



Föreställningar om Allemansrätt



Gunnar Wiktorson

Captivo

Gunnar Wiktorson

Föreställningar om Allemansrätt

Captivo

Captivo
Gunnar Wiktorsson
gunnar.wiktorsson@captivo.se

FÖRESTÄLLNINGAR OM ALLEMANSRÄTT
Gunnar Wiktorsson
ISBN 978-91-981104-0-1
Copyright © 2013 Medborgarrättsrörelsen och Gunnar Wiktorsson
Tryck Captivo, Stockholm 2013

Innehåll

INNEHÅLL	I
FÖRORD	III
1 KONSTITUTIONELLA ASPEKTER PÅ ALLEMANSRÄTTEN	1
1.1 KARIN ÅHMANS KONSTITUTIONELLA PERSPEKTIV.....	1
1.2 MARGARETHA SVENNINGS MYNDIGHETSPERSPEKTIV.....	2
1.3 TORGNY HÅSTAD OM ALLEMANSRÄTT SOM GRUNDLAGSSKYDDAD SEDVANA.....	3
1.4 BERTIL BENGTTSSON PRECISERINGSFÖRSLAG.....	3
1.5 DJUP OENIGHET OM GRUNDLAGENS INNEHÅLL.....	3
1.6 ÄGANDERÄTTEN OCH DESS INSKRÄNKNINGAR.....	7
1.7 RÄTTSFALL I EUROPADOMSTOLEN.....	14
1.8 OPINIO JURIS SIVE NECESSITATIS.....	16
2 ALLEMANSRÄTT SOM BEGREPP	19
2.1 KLAS SANDELL OM ALLEMANSRÄTTENS FRAMTID.....	19
2.2 STEFAN RUBENSON OM ALLEMANSRÄTTEN IDAG.....	20
2.3 BEHÖVS NÅGOT SÅDANT BEGREPP SOM ALLEMANSRÄTT?.....	22
2.4 UPPKOMSTEN AV BEGREPPET ALLEMANSRÄTT.....	23
2.5 DE FEODALA SEDVÄNJORNA.....	26
2.6 KOMMERSIELL ALLEMANSRÄTT.....	27
3 ALLEMANSRÄTT OCH MYNDIGHETSUTÖVNING	29
3.1 MARGARETHA SVENNINGS MYNDIGHETSPERSPEKTIV.....	29
3.2 TORGNY HÅSTAD OM REFORMBEHOVET.....	30
3.3 STRANDSKYDDET I SVERIGE.....	31
3.4 REGLER OM STRANDBEBYGGELSE I FINLAND.....	34
4 VETENSKAPLIGA PERSPEKTIV	39
4.1 KARL POPPER OM VAD SOM ÄR VETENSKAP.....	39
4.2 ALLEMANSRÄTTENS VETENSKAPLIGA GRUND.....	41
4.3 AXEL HÄGERSTRÖM OCH HANS LÄRJUNGAR.....	42
4.4 VILKET FÖRHÅLLNINGSSÄTT HAR FÖRFATTARNA TILL VETENSKAP OCH VÄRDENIHILISM?.....	44

Förord

Tisdagen den 8 maj 2012 samlades på juridiska fakulteten vid Uppsala universitet en utvald skara lärda män och kvinnor för att i ett symposium diskutera allemansrätten.

Arrangörer var Institutet för fastighetsrättslig forskning (IFF) genom docenten Erika P Björkdahl, professorn i civilrätt Margareta Brattström samt professorn i offentlig rätt Karin Åhman.

IFF skall enligt sina stadgar bedriva forskning inom fastighetsrättens område, bygga upp ett fastighetsrättsligt specialbibliotek och anordna vetenskapliga seminarier och symposier. Ordförande är generaldirektören för Lantmäteriet Bengt Kjellson.

Professor Karin Åhman inledde med ett föredrag om konstitutionella perspektiv på allemansrätten.

Stefan Rubensson var en av förgrundsfigurerna i lagstiftningsarbetet med miljöbalken och har tidigare bl.a. varit chef för rättsenheten på miljödepartementet. Han är en av författarna till Norstedts miljöbalkskommentar. Efter nio år som chef för Statens VA-nämnd arbetar han nu hos Advokatfirman Åberg & Co som är specialister på miljö- och fastighetsrätt. Rubensson höll ett anförande om allemansrätten idag.

Klas Sandell är halvtidsprofessor vid Karlstads universitet med forskningsinriktning mot friluftslivets framväxt och dess samspel med landskapsperspektiv, allemansrätt, samhällsutveckling och miljöengagemang. Han talade om allemansrättens framtid – om behovet av precisering för överlevnad.

Margareta Svenning som är naturvårdsjurist på länsstyrelsen i Skåne län och har doktorerat i miljö rätt pratade om allemansrätt och myndighetspraktik.

Torgny Håstad som varit professor i civilrätt vid Uppsala universitet och justitieråd och även ordförande i Svenska turistföreningen diskuterade om det behövs reformer av allemansrätten.

Bertil Bengtsson har haft ett antal professurer i juridik och även varit justitieråd och är författare till ett stort antal skrifter om uttolkningen av allemansrätten. Han sökte besvara frågan om det behövs en lagstiftning av allemansrätten.

Alla talare var rörande överens om att allemansrätten var en sedvanerätt, men just därför var symposiets sammansättning ensidig.

Man kan konstatera att det övergripande synsättet tycks vara att för att kunna förstå och diskutera innebörden av denna förment urgamla sedvänja måste man ha förvärvat åtminstone en akademisk doktorsgrad samt vara innehavare av en statlig tjänst. Kreti och pleti bland undersåtarna kan tydligtvis varken anses begripa vad deras nedärvda sedvänja innebär eller i vilken riktning sedvänjan skall utvecklas. Det är uppenbarligen en akademisk och statlig angelägenhet.

Men denna enögdhet medför att andra perspektiv än den rådande doktrinen går förlorade. Det finns andra lärda akademiker som skulle kunna ha bidragit med andra perspektiv på frågeställningarna, men sådana var inte inbjudna.

Flera talare diskuterade konstitutionella aspekter som anknöt till europakonventionens egendomsskydd. Där skulle exempelvis professor emeritus i allmän rättslära vid Stockholms universitet Jacob W F Sundberg kunnat bidra med intressanta aspekter.

Flera diskuterade naturligtvis allemansrättens förment sedvanerättsliga karaktär, men enbart ur utövarens perspektiv. Klas Sandell har exempelvis åsikter som forskare i friluftsliv och Torgny Håstad som tidigare ordförande i en av friluftslivets intresseorganisationer. Markägarens och den bofastes perspektiv saknades helt, såväl historiskt som i aktuella frågor.

Därvid skulle exempelvis professor Janken Myrdal kunna bidra med redogörelser för forna tiders samhällsförhållanden på landsbygden. Myrdal är professor i agrarhistoria vid Sveriges lantbruksuniversitet sedan 1994. Bokverket *Det svenska jordbrukets historia*¹, det så kallade fembandsverket publicerades i fem band åren 1998–2001 och där han själv författade volymen om jordbruket under feodalismen.

Pelle Gräslund är ett välkänt namn i den östgötska och småländska skärgården. Han har ärvt sitt Grönsö i Gryts skärgård, Valdemarsvik, efter sina föräldrar och farföräldrar. De var stora föregångare som natur- och kulturskyddare och Pelle känner sitt ansvar att föra kunskapen och entusiasmen vidare till sina egna barn- och barnbarn. Med största omsorg har han nu länge brukat sin fantastiska ö tillsammans med sin livskamrat Margareta. Arvet består i att sköta framför allt den världsunika slätterängen som skimrar med sin blomsterprakt i slutningen ner mot Råtoppsfjärden.

Innan han blev civilekonom och gjorde en karriär inom näringslivet var han fil kand i arkeologi, etnologi och sociologi, hade studerat socialantropologi vid University of Chicago och varit amanuens vid Nordiska Museet och Skansen. Pelle Gräslund hade kunnat ha haft mycket att berätta, inte minst om problematiken kring det fria handredskapsfisket.

En annan som kunnat lämna värdefulla bidrag är konstnären Björn Gidstam. Han ha bland annat givit ut ett antal böcker där han kombinerat konstnärlig dokumentation av gamla landskapsmiljöer i många av Sveriges landskap med genuin kunskap om landsbygdens kulturhistoria.

Symposiets anföranden har givits ut i bokform². Bokens frågeställningar är inte allsidigt belysta, författarnas åsikter har inte kunnat bemötas eller kommenteras. Författarna har egna intressen att försvara. Syftet med denna skrift är att fylla dessa luckor.

Skriften disponeras så att ett första kapitel behandlar konstitutionella aspekter, ett andra kapitel behandlar allemansrätt som begrepp och ett tredje allemansrätt och myndighetsutövning. Kapitlen kan sägas motsvara en uppdelning mellan dömande, lagstiftande och exekutiva synvinklar.

Ett fjärde kapitel är en granskning ur ett vetenskapligt perspektiv. Det skulle då kunna motsvara den granskande fjärde statsmakten.

Miljöjuristerna vid Uppsala universitet lyste med sin frånvaro, trots att de har varit djupt involverade i utvecklingen av den lagstiftning som diskuterades. I ett femte kapitel görs därför en summering med särskild utgångspunkt i uppsalaskolans rättsfilosofi.

Gunnar Wiktorsson

¹ Finns tillgängligt på Internet: <http://www.ksla.se/anh/amnessokning/allmant/fembandsverket/>

² Åhman, Karin (red), Allemansrätten i förändring – Symposium 2012, Norstedts Juridik, 2013

1 Konstitutionella aspekter på allemansrätten



Karin Åhman och Bertil Bengtsson
Foto: www.realtid.se, www.infotorgjuridik.se

1.1 Karin Åhmans konstitutionella perspektiv

Karin Åhman pekar i sin uppsats *Konstitutionellt perspektiv på allemansrätten* på att äganderätten har i regeringsformen ett grundlagsskydd, medan allemansrätten bara har en grundlagsförankring. Hon går dock inte närmare in på skillnaden mellan "skydd" och "förankring".

Åhman frågar sig därför om allemansrätten i 2 kap. 15 § stycke tre i regeringsformen utgör en legal begränsning av äganderätten. Hon menar att för vad hon kallar den "gångse allemansrätten" är så inte fallet.

Hon pekar på att de legala begränsningarna enligt regeringsformen (och europa-konventionen) kan vara berövande av egendom (expropriationer) eller rådighetsbegränsningar (nyttjandebegränsningar). Det fastslås att det varken *de jure* eller *de facto* kan vara frågan om berövande av egendom, men kan det vara frågan om en rådighetsbegränsning? Åhman anser att allemansrätten (när den används som de flesta av oss känner den) varken i normalfallet berör en fastighetsägares rättsliga förfogandemöjligheter eller dennes möjligheter att nyttja sin fasta egendom.

Om det uppstår skador menar hon att det då inte är frågan om ett bruk av allemansrätten, utan ett missbruk och anger utan närmare förklaring att detta resonemang skulle även stödjas av det sätt på vilket europa-konventionen har behandlat äganderätten. Hon tycks mena att det är fritt fram att använda annans egendom så länge ägaren ersätts för eventuella skador. Det är först när allemansrätten missbrukas som andra erkända intressen begränsas.

Åhman konstaterar dock att vissa regler som tillkommit för att främja och stärka allemansrätten som stängselgenombrott och strandskyddsregler utgör begränsningar av äganderätten men då begränsas äganderätten legalt. Det behöver inte nödvändigtvis medföra ekonomiska konsekvenser för en fastighetsägare men det rör sig definitivt om en begränsning av nyttjandet som därtill i regel inte är marginellt. Myndigheter och domstolar måste därför

beakta skyddsreglerna i regeringsformen och i Europakonventionen, men hon går inte närmare in på vilket sätt det i så fall måste göras.

Karin Åhman ställer sig sedan frågan om kommersiell allemansrätt är förenligt med regeringsformens egendomsskydd och konstaterar att detta inte diskuterades vid bestämmelsernas införande i regeringsformen. Man kan dock inte heller utesluta att det ingår i undantaget för allemansrätt, menar hon. Regeringsformen ger alltså ingen egentlig ledning och domstolsutslaget i Ätranfallet angav att det inte fanns några hinder mot ett sådant nyttjande. Hon menar därför att det är en politisk fråga om man vill strama åt allemansrätten i detta hänseende. Hon pekar dock på att då kan båda parter äganderätt och näringsfrihet ställas mot varandra.

För en eventuell ny reglering ser hon en utveckling mot den norska friluftslöven som intressant.

Åhman refererar också till en annan uppsats i ämnet som hon publicerat³ och där hon vill "bidra med egna reflektioner om denna sedan urminnes tid hävdvunna rätt att för eget bruk plocka bär och svamp samt att tillfälligt uppehålla sig och färdas på annans mark".

Hon menar där att äganderätten som den kommer till uttryck i nuvarande 2 kap. 15 § regeringsformen får sägas omfattas eller innefattas av allemansrätten. Det ingår i hur vi ser på äganderätten enligt regeringsformen. Det måste väl förstås som att hon menar att allemansrätten är förenlig med egendomsskyddet därför att lagstiftningen helt enkelt har definierat svensk äganderätt så.

Allemansrättens sedvanerättsliga positiva utövande menar hon skall förstås så att envar för eget bruk får plocka bär och svamp och uppehålla sig på annans mark även om dispositions- och förfoganderätten över enskild mark som utgångspunkt tillhör markägaren och bär och svamp enligt jordabalken utgör tillhör till den fasta egendomen.

Allemansrättens negativa utövande begränsas gentemot stöld i brottsbalken, vållande av skada enligt skadeståndslagen, störande av hemfrid enligt brottsbalken och ytterst av europakonventionens egendomsskydd och skydd för privatlivet.

Karin Åhman avslutar uppsatsen med att det kan argumenteras för att nyttjande av allemansrätten i viss storskalig omfattning och/eller i organiserad form (oavsett om det är kommersiellt eller inte) medför en begränsning av äganderätten som enligt regeringsformen inte har stöd i kravet på ett angeläget allmänt intresse eller att det skall finnas proportionalitet mellan mål och medel. En sådan allemansrätt kan därför också ur principiell synvinkel ifrågasättas enligt europakonventionen. Dessutom kan det ifrågasättas om markägaren ges tillgång till effektiva rättsmedel enligt artikel 13 därför att domstolar inte kan utfärda förbud i tid.

1.2 Margaretha Svennings myndighetsperspektiv

Även Margaretha Svenning diskuterar i *Allemansrätt och myndighetspraktik* allemansrätten i förhållande till äganderätten. Hon citerar, förutom John Locke och Jean-Jacques Rousseau, såväl FN-stadgan som europakonventionen om mänskliga rättigheter. Hennes poäng är dock att äganderätten inte är absolut, utan kan inskränkas i olika hänseenden.

Hon menar att allemansrätten vilar på sedvanerätt som utgörs av oskrivna regler som varit i bruk så länge att de har fått karaktär av lag. Dess legitimitet får anses säkrad under generationer genom dess rättsliga användning.

³ Åhman, Karin, Allemansrätten satt ifråga, ERT, 2011 s 609-615.

Svenning måste dock tolkas så att hon anser att äganderätt och allemansrätt är två parallella positiva rättigheter: rätten att äga och rätten att röra sig fritt på annans mark enligt allemansrätten.

1.3 Torgny Håstad om allemansrätt som grundlagsskyddad sedvana

Torgny Håstad anser i *Behövs reformer av allemansrätten?* att allemansrätten bygger på sedvana, men att den närmare utformningen kan variera lokalt. Eftersom endast några detaljer är reglerade i lag finns flera oklara frågor som exempelvis hur länge man får tälta och grundlagen ger inget preciserat skydd för allemansrätten. Långtgående ändringar i allemansrätten torde dock kräva grundlagsändring, anser han.

Håstad nämner också europakonventionen, men betonar att den ger stater rätt att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse. Inskränkningar kan enligt regeringsformen ske för angelägna allmänna intressen, till vilka allemansrätten säkert hör. Ersättning för sådana inskränkningar är grundlagsskyddad bara om pågående markanvändning inom berörd del av fastighet försvåras eller skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten.

Håstad anser därför att det saknas stöd i grundlag och europakonvention för markägare att flytta fram sina positioner.

1.4 Bertil Bengtsson preciseringsförslag

Även Bertil Bengtsson tar i *Lagstiftning om allemansrätten?* upp frågan om allemansrätten i regeringsformen. Han anser för sin del att det inte är nödvändigt att göra ändringar i grundlagen, inte ens om man helt vill förbjuda kommersiellt nyttjande av allemansrätt. Uttrycket "tillgång till naturen enligt allemansrätten" kan syfta på en grupp rättsregler som närmare anger vad rätten gäller, inte en oinskränkt rätt. Man bör alltså kunna lagstifta om vad rätten innebär utan att ändra grundlagen, menar Bertil Bengtsson.

Bertil Bengtsson lämnar även ett förslag till lagtext i 7 kap. 1 § miljöbalken:

Naturen är tillgänglig för alla enligt vads som gäller om allemansrätten. Rätten får dock inte utnyttjas varaktigt eller intensivt i näringsverksamhet utan samtycke av den som äger eller annars innehar fastigheten.

Var och en som vistas i naturen ska visa hänsyn till miljön och till markägare och andra som nyttjar området.

Bengtsson preciserar dock inte vad som kan anses vara "varaktigt" eller "intensivt".

Bengtsson avstyrker straffpåföljd för den som bryter mot bestämmelsen och anser att förslag från markägarhåll om ersättningsskyldighet för obehörig vinst kan vara lämpligt men vara svårt att tillämpa. Han föreslår i stället en skadeståndsregel i miljöbalken:

Den som överträder det förbud som anges i 7 kap. 1 § första stycket andra meningen ska ersätta uppkommen skada för fastighetens ägare eller innehavare.

1.5 Djup oenighet om grundlagens innehåll

Som synes är författarna inte eniga om innebörden av allemansrättens grundlagsskydd. Karin Åhman och Bertil Bengtsson verkar anse att grundlagsregeln endast är en markering utan reellt innehåll som kan åberopas. Margaretha Svenning och Torgny Håstad intar positionen att äganderätt och allemansrätt är likvärdiga positiva rättigheter.

Alla tar upp europakonventionens egendomsskydd, men ingen diskuterar närmare hur det förhåller sig till egendomsskyddet i regeringsformen.

Bland juristprofessorerna förekommer det skilda uppfattningar om innebörden av grundlagsbestämmelsen om allemansrätt. Somliga anser att det endast är en "förankring", en markering att den finns. Somliga åter anser att det faktisk uttrycker en positiv rätt som enskilda kan åberopa med stöd av grundlag.

Somliga anser att ändringar i den påstådda sedvanerätten, exempelvis beträffande kommersiellt eller organiserat nyttjande kräver ändring av grundlagen, andra inte.

Efter det att symposiet har ägt rum har Högsta förvaltningsdomstolen dömt i fallet om Mora kommun har rätt att ta en avgift för nyttjande av skidspår.⁴ Domstolen skriver i domen:

Den omständighet att det inte finns någon tydlig författningsreglering av allemansrätten hindrar enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte att det kommunala avgiftsbeslutet prövas mot den i stor utsträckning sedvanerättsligt bestämda innebörden av allemansrätten.

Allmansrätten 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 särskilt 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. Detta är också den ståndpunkt som intagits i litteraturen. Det förhållande att den som ställer i ordning en sådan anläggning kan vara en kommun som inom vissa ramar kan välja att finansiera sitt åtagande genom skatteintäkter eller avgiftsbeläggning saknar från allemansrättslig synpunkt betydelse.

Justitieråden Sandström och Nord var dock av skiljaktig mening, i förhållande till de tre justitieråden i majoritet och anförde:

Ett centralt inslag i allemansrätten är rätten att, med vissa begränsningar, ta sig fram över annans mark. Denna s.k. färdselrätt (SOU 1962:36 s. 179) kan utövas till fots men också på skidor, i förekommande fall med utnyttjande av befintliga skidspår.

Allmänt bör allemansrätten inte hindra en markägare eller annan rättighetsinnehavare att ta ut en avgift av den som vill nyttja vad som kan betecknas som en anläggning på fastigheten. Ett exempel som ofta nämns är badplats med hoptorn och trampoliner.

När frågan om avgifter har aktualiserats har de i regel gällt ett mindre och sammanhållet område (jfr exemplet badplats). Hemusspåren förgrenar sig över ett stort område. Även om spåren underhålls väl och håller hög standard är de fortsatt ingenting annat än just skidspår.

Vår bedömning är att Hemusspåren inte kan betecknas som en anläggning eller som del av en större anläggning. Eftersom laglig grund för att avgiftsbelägga spåren saknas ska AAs talan i denna del bifallas.

⁴ Mål nr 6966-11

Det som var avgörande för majoriteten var således att det var frågan om anläggning som var förenade med kostnader i viss omfattning. Minoriteten ansåg att det inom ramen för allemansrätten finns en generell färdselrätt som inte kan inskränkas genom att avgiftsbeläggas.

Man kan notera att såväl Högsta förvaltningsdomstolens minoritet som Torgny Håstad i sin uppsats lutar sig på naturvårdsutredningens betänkande Naturen och samhället, SOU 1962:36, för att där söka belägg för en sedvanerättslig oinskränkbar generell färdselrätt.

Men, som också Stefan Rubenson senare påpekar, det blev ingen lagstiftning som utredningen föreslagit, utan man slog in på det spår som alltjämt gäller, nämligen att genom propaganda upplysa folket om innebörden av deras sedvänja, s.k. broschyrlagstiftning.

Detta kan jämföras med vad Högsta domstolen anförde i Åtranfallet:⁵

Allemansrätten grundas på sedvana som har kommit till uttryck i bl a 2 kap 18 § 3 st regeringsformen som anger att alla skall ha tillgång till naturen enligt allemansrätten, och 1 § 1 st naturvårdslagen enligt vilken naturen utgör en nationell tillgång som skall skyddas och vårdas. Det föreligger inte någon lagstiftning angående allemansrättens närmare innehåll varför innebörden härav är svår att fastställa. Nyligen har Miljöbalksutredningen i betänkandet SOU 1996:103 med förslag till miljöbalk valt att inte lagreglera allemansrättens innebörd. Som en allmän utgångspunkt kan det därför vara närliggande att särskilt beakta den allmänna tendensen bl a i naturvårdslagen att tillvarata allmänhetens intresse av rörelsefrihet i markerna, så länge markägaren inte tillfogas nämnvärd ekonomisk skada eller störning i hemfriden och inte heller nämnvärd olägenhet från naturvårdssynpunkt (se Jonzon m fl, Naturvårdslagen, 3 uppl, 1988 s 36).

De berörda bestämmelserna om allemansrätten tar primärt sikte på förhållandet mellan den enskilde och markägaren och inte på den omfattande friluftsvksamhet som under senare år utvecklats genom olika organisationer och näringsidkare. Gällande rätt saknar emellertid bestämmelser som förbjuder organiserad friluftsvksamhet på allemansrättslig mark (a betänkande s 322 och Naturvårdsverket, Allemansrätten och kommersen, 1995 s 10). Det torde därför inte vara möjligt att förhindra organisationer eller enskilda från att utnyttja allemansrätten kommersiellt eller på annat sätt, så länge verksamheten inte blir så omfattande att den s k toleransgränsen överskrids.

Man kan notera en nyansskillnad mellan Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD). HD uttrycker att markägaren inte får tillfogas nämnvärd ekonomisk skada eller störning av hemfriden och inte heller nämnvärd *olägenhet från naturvårdssynpunkt*, medan HFD anser att ägaren inte får tillfogas någon olägenhet eller skada, i den mån denna nyansskillnad har någon betydelse.

Man kan vidare notera att HFD:s majoritet inte betecknar allemansrätten som en "rätt", utan som en "befogenhet". Nationalencyklopedin definierar "befogenhet" som "term som används inom fullmaktsrätten för att särskilja vad en fullmäktig på grund av uppdragsgivarens, huvudmannens, instruktioner får göra vid ingående av avtal med tredje man, från vad han kan göra med bindande verkan för huvudmannen", medan man definierar "rättighet" som något som har sitt fundament i gällande rättsregler. Ordvalet antyder att HFD:s majoritet anser att allemansrätt inte är en positiv rätt, utan något som sker med ägarens goda minne. De skiljaktiga justitieråden anser däremot att allemansrätten är en "rätt" med vissa begränsningar.

Vad Karin Åhman menar med att den "gängse allemansrätten" skulle vara förenligt med regeringsformens äganderättskydd förklarar hon inte närmare. Möjligen kan hon med det avse

⁵ NJA 1996 s. 495.

att möjligheten för andra att beträda mark och där tillgodogöra sig vissa naturalster för eget bruk innebär ingen direkt inskränkning i ägarens egen förfoganderätt, vilket dock strandskydd och stängselgenombrott är.

När man så även gör en tomtplatsavgränsning på den enskildes fastighet och förbjuder ägaren att klippa gräs, röja sly, placera trädgårdsmöbler därför att sådana aktiviteter skulle medföra att utomstående inte skulle känna sig allemansrättsligt välkomna tar man inskränkningen av äganderätten till en ytterligare nivå.

Det faktum att regeringsformen endast garanterar ersättning för pågående markanvändning står i ett motsatsförhållande till näringsfrihet så som det allmänt förstås, men även detta kan den svenska regeringsformen svära sig fri ifrån. Regeringsformen, 2 kap. 17 § säger: "Begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke får införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag." Allemansrätten kan möjligen hävdas vara ett angeläget allmänt intresse som kan inskränka näringsfriheten.

Det finns alltså ingen generell näringsfrihet i Sverige. Regeringsformen anger i stället ramarna för statens rätt att inskränka näringsfriheten. Möjligen kan man i analogi med Karin Åhmans resonemang om allemansrätten säga att näringsfriheten därmed är "grundlagsförankrad", men inte "grundlagsskyddad".

Näringsfriheten skyddas även i EU-stadgan artikel 16, utan att preciseras: Näringsfriheten skall erkännas i enlighet med gemenskapsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.

EU-domstolen har i några rättsfall tagit upp frågan om när en näringsidkare har skyldighet att leverera till andra näringsidkare. Frågan har sin historiska grund i doktrinen om "essential facilities" i amerikansk konkurrensrätt⁶ där ägaren till den enda järnvägsbron in till St Louis vägrade andra operatörer att köra över bron.

I europeisk rätt har rättsfallet sin motsvarighet i fallet Oscar Bronner⁷. Bronner gav ut en dagstidning och ville få tillgång till det konkurrerande företaget Mediaprints distributionsapparat. Domstolen fann att Mediaprint inte hade leveransskyldighet eftersom Oscar Bronner hade andra alternativ som att distribuera per post samt att det var möjligt att etablera ett konkurrerande system.

I ett färskare fall⁸ har förutsättningarna för leveransskyldighet preciserats ytterligare och domstolen har ansett att leveransskyldighet krävs endast om förfarandet riskerar att helt eliminera konkurrensen på den relevanta marknaden.

Marknaderna för exempelvis bärplockning eller turistaktiviteter är inte sådana att de skulle helt upphöra om markägare gavs samma rätt som näringsidkare i andra branscher.

Karin Åhman ansåg i sitt anförande att allemansrätten i normalfallet inte berör fastighetsägarens rättsliga förfogandemöjligheter eller dennes möjligheter att nyttja sin fasta egendom. Detta är knappast korrekt. I normalfallet ingår i begreppet äganderätt ensamrätten att förfoga över egendomen och att med rättsliga medel exkludera andra från att nyttja den och även rätten att begära ersättning när andra nyttjar egendomen.

Karin Åhman anser vidare, utan närmare förklaring att det är även så europakonventionen har behandlat äganderätten. Detta är knappast heller generellt sett korrekt. Europakonventionen tillåter inskränkningar av äganderätten för allmänna ändamål, men äganderätt har företräde

⁶ United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912)

⁷ Mål C-7/97

⁸ Mål T-201/04 Microsoft mot kommissionen

och avvägningen måste ske enligt den så kallade proportionalitetsprincipen och därmed inte vare mer inskränkande än vad som är nödvändigt och skall framgå av lag och länderna har en vid nationell tolkningsmarginal.

Både Karin Åhman och Torgny Håstad tycker att man skall blicka mot den norska lagstiftningen när man söker förändra den svenska allemansrätten. Man kan notera att inga blickar vänds mot Finland, där man av tradition har en mycket stark äganderätt.

Karin Åhmans åsikt att äganderätten enligt den svenska regeringsformen kan sägas omfattas eller innefattas av allemansrätten. Det är ett resonemang som liknar Åsa Åslunds, nämligen att allemansrätten skulle vara "ett utflöde av äganderättens sociala dimension".

Som kommer att diskuteras längre fram är denna definition av äganderätten ett sätt för staten att undvika att behöva betala ersättning för det intrång i äganderätten som den långtgående svenska allemansrätten utgör.

Ingen av författarna diskuterar tillgången till effektiva rättsmedel, vilket är ett krav enligt europakonventionen.

1.6 Äganderätten och dess inskränkningar

I svensk lagstiftning definierar man inte vad som ingår i begreppet äganderätt. En vitt spridd lärobok i civilrätt⁹ skriver: "Vad vi kallar äganderätten är ett knippe befogenheter, utrustade med verkan även mot tredje man". Närmare än så definieras inte begreppet där.

Går man till svenska Wikipedia finner man samma otydlighet;

Äganderätt är ett materiellt rättighetsanspråk, där ägaren besitter kontrollmakt över en individuellt bestämd materiell sak, en egendom, med vissa befogenheter. Äganderätten är den mest grundläggande och långtgående juridiska rätten till ett föremål. Det är en rätt att fritt förfoga över en viss sak i alla hänseenden som inte är särskilt undantagna genom lag, avtal eller sedvanerätt.¹⁰

Går man däremot till engelska Wikipedia får man en närmare precisering av begreppets innehåll:

Property (or owndom) is any physical or intangible entity that is owned by a person or jointly by a group of people or a legal entity like a corporation. Depending on the nature of the property, an owner of property has the right to consume, sell, rent, mortgage, transfer, exchange or destroy it, or to exclude others from doing these things.¹¹

Samma sak gäller franska Wikipedia:

Le droit de propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose, en être le maître absolu et exclusif dans les conditions fixées par la loi. La propriété désigne également le bien sur lequel porte ce droit. Cette propriété peut être immobilière ou mobilière.¹²

Och den tyska:

Die Theorie der Verfügungsrechte unterscheidet folgende Verfügungsrechte (Beispiele für ein Auto in Klammern):

⁹ Malmström, Åke, Civilrätt, Liber Läromedel, Lund

¹⁰ <http://sv.wikipedia.org/wiki/%C3%84gander%C3%A4tt> hämtad 2012-02-07

¹¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Property_right hämtad 2012-02-07

¹² http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_de_propri%C3%A9t%C3%A9 hämtad 2012-02-07

1. usus: Das Recht eine Sache zu benutzen (Das Recht, mit dem Auto zu fahren)
2. usus fructus: Das "Fruchtziehungsrecht". Das Recht, die Erträge, die mit der Benutzung der Sache einhergehen, zu behalten. (Das Recht, die Erträge aus der Vermietung zu erhalten.)
3. abusus: Das Recht, die Sache in Form und Aussehen zu verändern. (Das Recht, das Auto neu zu lackieren.)
4. ius abutendi: Das Recht, die Sache gesamt oder teilweise zu veräußern und den Veräußerungsgewinn einzubehalten. (Das Recht, das Auto zu verkaufen.) Der Wert eines Gutes bestimmt sich aus ökonomischer Sicht nämlich nicht nur aus dessen Substanz (was ist es), sondern vor allem daraus, was man mit dem Gut anfangen kann (was darf ich damit machen). Ein Grundstück in bester Lage ist zum Beispiel deutlich weniger wert, wenn die Genehmigung zur Bebauung versagt wird.¹³

Man kan notera att den engelska och franska definitionen inbegriper rätten att exkludera andra från nyttjande.

Sådan begreppsbildning fanns dock i även i Sverige före tiden när Axel Hägerström och hans politiska lärjungar som exempelvis Östen Undén förklarade sådant som enbart vidskepelse. Äganderätten definierade man som¹⁴

- *Proprieteten*: rätten att disponera över tingets substans bl. a. att förstöra, förbättra, försämma förändra, avyttra och tillgodogöra sig dess tillväxt
- *Jus utendi*: Rätten att bruka tinget inbegripet rätten att utesluta andra från tingets nyttjande samt även att bruka det på ett annat sätt än vad som svarar mot dess natur och ändamål
- *Jus possidendi*: rätten att vara i besittning av tinget
- *Jus fruendi*: rätten att tillägna sig avkastningen av tinget

Äganderätten enligt traditionellt synsätt kunde vara oinskränkt (*dominium absolutum*) eller inskränkt (*dominium restrictum* eller *dominium limitatum*).

Inskränkningarna kan vara grundad på någon annans rätt (*jus in re*) eller bestämmelser enligt lag.

Vidare ingick i det traditionella svenska äganderättsbegreppet på 1800-talet att staten hade en överäganderätt (*dominium eminens*). Den första expropriationslagen 1845 är exempel på detta. Den angav särskilda och uppräknade ändamål för expropriation såsom försvar, vägar, broar, vattenledning och allmänna byggnader och ersatte ägaren till det fulla värdet och hälften därutöver. Expropriationslagen från 1845 kan därför sägas ha tillämpat en proportionalitetsprincip, även om det inte uttrycktes så.

Europakonventionen om mänskliga rättigheter skyddar äganderätten¹⁵:

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. Ovanstående bestämmelser inskränker dock inte en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter eller andra pålagor eller av böter och viten.

¹³ http://de.wikipedia.org/wiki/Theorie_der_Verf%C3%BCgungsrechte hämtad 2012-02-07

¹⁴ Framställningen bygger på Schrevelius, Fredrik, Lärobok i Sveriges nu gällande Civilrätt, Andra delen Förmögenhetsrätten, Berglings förlag, 1847

¹⁵ Artikel 1 i första tilläggsprotokollet

Europakonventionen skyddar inte bara äganderätten utan även rätten till skydd för privat- och familjeliv¹⁶:

1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

I europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna¹⁷ uttalas även skydd för äganderätten i artikel 17:

1. Var och en har rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen.
2. Immateriell egendom skall vara skyddad.

Enligt den europeiska rättsordningen är arken äganderätten eller rätten till skydd för privat- och familjeliv är således obegränsade, utan kan begränsas för allmänna intressen. För avvägningen mellan dessa motstående intressen har Europadomstolen med utgångspunkt i konventionen utarbetat den s.k. proportionalitetsprincipen. Principen kan uttryckas på olika sätt, men härstammar ursprungligen från rättsfallet *Handyside*¹⁸ där domstolen pekar på en strikt tillämpning när fundamentala rättigheter (som kränkning av privatlivet) står på spel:

- Finns det ett trängande socialt behov ("pressing social need") för någon form av begränsning av konventionen?
- Om så är fallet, motsvarar restriktionen detta behov?
- Om så är fallet, är det frågan om en proportionerlig respons till behovet?
- I vart fall, är skälen som presenteras av myndigheterna relevanta och tillräckliga?

Den andra fundamentala principen är den nationella tolkningsmarginalen ("margin of appreciation") innebärande att länderna själva har en vid marginal att själva avgöra vad som ligger i det allmännas intresse¹⁹.

Proportionalitetsprincipen kan alltså beskrivas så här:

Skyddad äganderätt	Nationell tolkningsmarginal	Inskränkning i allmänt intresse
--------------------	-----------------------------	---------------------------------

¹⁶ Artikel 8

¹⁷ 2000/C 364/1

¹⁸ *Handyside vs United Kingdom*, dom 7.12.1976

¹⁹ För en auktoritativ genomgång av "margin of appreciation" och proportionalitetsprincipen se Council of Europe, *Judicial Professions, The Lisbon Network, The Margin of Appreciation*, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/ECHR/Paper2_en.asp

Dessa båda principer innebär dock inte att ett land kan bestämma helt efter eget skön. I fallet Sporrong och Lönnroth²⁰ dömdes Sverige för kränkning av de klagandes äganderätt efter prövning av såväl proportionalitetsprincipen och "margin of appreciation".

1996 gjorde Regeringsrätten en rättsprövning i förhållande till europakonventionens egendomsskydd för ett strandskyddsärende i Mättinge²¹. Det var alltså efter det att Europakonventionen införts som lag i Sverige och samtidigt det gjorts ett undantag från regeringsformens egendomsskydd för allemansrätt. Domstolen uttalade om proportionalitetsprincipen:

Vid den avvägning mellan allmänna och enskilda intressen som avses i 3 § första stycket naturvårdslagen bör naturligtvis beaktas vilken vikt lagstiftaren i olika sammanhang har lagt vid miljö- och naturvårdshänsynen i jämförelse med bl.a. den enskilde markägarens intressen (se t.ex. Jonzon m.fl., Naturvårdslagen, 3 uppl., s. 59). En grundläggande princip är emellertid att en inskränkning från det allmänns 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). Vid tillämpningen av art. 1 i det första tilläggsprotokollet till konventionen har Europadomstolen konsekvent hävdad en sådan proportionalitetsprincip (se Danelius, Svensk juristtidning 1991 s. 329-333, 1994 s. 381-383, 1995 s. 534-535 och 1996 s. 75).

I förevarande mål gäller det närmast att avgöra huruvida den praxis som föreligger i fråga om dispenser i strandskyddsärenden och som tillämpats av länsstyrelsen och regeringen kan anses ligga i linje med den proportionalitetsprincip som enligt vad nyss anförts har vunnit hävd i svensk rätt och som i varje fall numera – sedan Europakonventionen upphöjts till lag i Sverige – måste beaktas av prövande myndigheter och domstolar.

Domen väckte stor uppståndelse hos politiskt orienterade jurister, kanske särskilt miljöjuristerna vid Uppsala Universitet. 1996 skrev professorn där, Staffan Westerlund, en svavelosande pamflett²² mot regeringsrättens dom i Mättingefallet.

Pamfletten måste ses som exempel på juridisk desinformation: den handlar om allt möjligt om svensk rätt, men knappast något om det saken gällde, nämligen den europeiska rättsordningens tillämpning i Sverige. Domen var ju en rättsprövning i ett europamål.

Westerlunds kollega i Uppsala, Jan Darpö, anlätades som expert vid tillkomsten av miljöbalken. I miljöbalkens kap. 7 om skydd av områden bakades strandskyddsbestämmelserna in vid sidan av nationalparker, naturreservat, kulturresevat, naturminne, biotopskyddsområden, djur- och västskyddsområden, miljöskyddsområden, vattenskyddsområden mm. Det som utmärker de senare är att de utgör genuina allmänintressen. Det som utmärker strandskyddet är att man ställer två grupper av medborgare mot varandra och behandlar de fastboende som en olägenhet eller närmast en förorening för det rörliga friluftslivet och behandlar dem därefter²³. Det rörliga friluftslivet är den norm som de fastboende måste foga sig till.

7 kap. 13 § miljöbalken hade ursprungligen år 1998 följande lydelse:

²⁰ Sporrong and Lönnroth vs Sweden 23.6.1982 case 1/1981/40/58-59

²¹ RÅ 1996 ref. 44

²² Proportionalitetsprincipen – verklighet, missförstånd eller nydaning?, Miljörättslig tidskrift 1996:2 sid. 1-36

²³ Fastighetsägare betraktar nog snarare skrånande ungdomar på midsommarafton om en förorening

Strandskydd råder vid havet och vid insjöar och vattendrag. Syftet med strandskyddet är att trygga förutsättningarna för allmänhetens friluftsliv och att bevara goda livsvillkor på land och i vatten för djur och växtlivet.

I 18 § skrevs även:

Länsstyrelsen får meddela dispens från bestämmelserna i 16 §, om det finns särskilda skäl. Om dispens meddelas, skall länsstyrelsen bestämma i vilken utsträckning mark får tas i anspråk som tomt eller annars användas för det avsedda ändamålet.

Strandskyddet kom att prövas enligt den nya miljöbalken för ett fall inom samma område som ovanstående RÅ 1996 ref. 44. Då inträffar det häpnadsväckande att Jan Darpö, som bidragit vid lagens tillkomst, sattes in som adjungerad ledamot och referent. Längre än så går tydligen inte maktindelningen i Sverige mellan verkställande och dömande makterna. I domen skrevs:

De förhållanden som klaganden avser att belysa med syn på fastigheten och dess omgivningar är inte ifrågasatta i målet. Mot denna bakgrund anser Miljööverdomstolen att syn skulle sakna betydelse för prövningen och har därför med stöd av 23 kap. 6 § första stycket första meningen miljöbalken (MB) avgjort målet efter föredragning.

Strandskyddsdispenser får enligt 7 kap. 18 och 26 §§ MB medges endast om det finns särskilda skäl och om det är förenligt med strandskyddets syfte. Strandskyddet syftar till att trygga strandområdena från bebyggelse till fromma för allmänhetens friluftsliv och för bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtliv. En grundläggande tanke med strandskyddet är att dispensgivningen skall vara restriktiv och skyddet långsiktigt. Vid prövning av dispens från strandskyddet skall enligt 7 kap. 25 § MB hänsyn tas även till enskilda intressena. En inskränkning i enskildas rätt att använda mark eller vatten får därför inte gå längre än som krävs för att syftet med strandskyddet skall tillgodoses.

Vid avvägningen mellan de allmänna och de enskilda intressena skall den s.k. proportionalitetsprincipen tillämpas (se bl.a. prop. 1997/98:45 del 1 s. 321). Vid tillämpningen av den principen finns det skäl att ta hänsyn till den samlade effekten av en mer omfattande dispensgivning i den aktuella trakten, en omständighet som gör sig särskilt gällande i tätortsnära områden med både stort exploateringsstryck och frekvent friluftsliv (jfr RÅ 1997 ref. 59).

Granholmen ligger i ett område som är av särskild betydelse för både naturvården och det rörliga friluftslivet. I likhet med miljödomstolen anser Miljööverdomstolen att vad klaganden anfört inte utgör sådana särskilda skäl som krävs för att dispens skall kunna medges. Att medge den ansökta dispensen skulle inte heller vara förenligt med syftet med det bebyggelseförbud som strandskyddet innebär. Av vad som framgår ovan är ett avslag också förenligt med proportionalitetsprincipen.

Man kan i domen konstatera följande:

- Miljööverdomstolen är inte intresserad av att genom syn underrätta sig omständigheterna i det enskilda fallet
- Den grundläggande tanke som anges om att syftet med strandskyddet är att dispensgivningen skall vara restriktiv och skyddet långsiktigt framgår inte av lag, vilket är ett krav enligt såväl regeringsformen som Europakonventionen. De nämnda grunderna för inskränkning av äganderätten framgår endast av förarbetena
- Domen hänvisar till RÅ 1997 ref. 59, men den domen handlar inte om det som diskuteras, nämligen den samlade effekten av exploateringsstryck. Den nämnda domen bedömde huruvida en stenmur var en inskränkning på pågående markanvändning

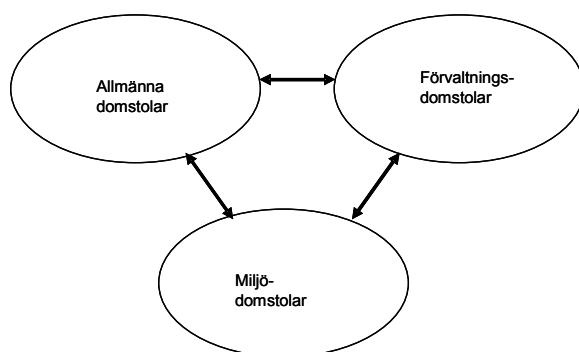
- I den sista meningen gör man gällande att ett avslag är förenligt med proportionalitetsprincipen enligt vad som framgår ovan, men någon proportionalitetsprövning enligt europakonventionens egendomsskydd har inte skett. Man har inte prövat nödvändigheten i det enskilda fallet.

Sammanfattningsvis präglas domen av obskyr logik som inte är förenlig med regeringsrättens uttalande i RÅ 1996 ref. 44.

Proportionalitetsprincipen beaktas i domen, men rundas genom att göra syftet mycket långtgående, nämligen att vara långsiktigt samt även gälla växt- och djurliv.

Emellertid kan enligt proportionalitetsprincipen även syftet ifrågasättas. Syftet måste svara mot "a pressing social need"²⁴. Man kan ifrågasätta om bevarandet av 400 000 km strand kan anses vara "a pressing social need".

Men man hade nått sitt mål att neutralisera Regeringsrättens dom i Mättingefallet. Det hade bl.a. åstadkommits genom att frånta de administrativa domstolarna domsrätten i strandskyddsärenden. Betrakta nedanstående schematiska bild²⁵:



Allmänna domstolar är som bekant domstolar med allmän behörighet att pröva mål och ärenden. De allmänna förvaltningsdomstolarnas huvudsakliga uppgift är att pröva frågor som rör förhållandet mellan den enskilde och det allmänna (exempelvis stat och kommun). Förvaltningsdomstolar tar alltså ställning till om staten har behandlat enskilda korrekt enligt lag, medan allmänna domstolar tar exempelvis tillvara statens intressen gentemot felande medborgare i brottmål.

Det var alltså en förvaltningsdomstol som hävdade europakonventionens proportionalitetsprincip i ett strandskyddsärende, medan det var en allmän domstol som ansåg att det var i sin ordning att bedriva kommersiell verksamhet på annan mark i Åtranfallet. En rimlig hypotes är att anta att de allmänna domstolarna, av ovan nämnda skäl är mera positivt inställda till inskränkningar i äganderätten än förvaltningsdomstolar^{26,27}.

I och med miljöbalkens införande inrättades fem miljödomstolar vid tingsrätterna samt miljööverdomstolen som var en avdelning vid Svea Hovrätt, alltså en allmän domstol. Det hade givetvis varit naturligt, om specialdomstolen över huvud taget behövts, att inrätta miljödomstolarna hos förvaltningsdomstolarna eftersom saken oftast gäller det allmännas

²⁴ Fallet Handyside

²⁵ Bilden är starkt förenklad men tjänar att åskådliggöra framställningen

²⁶ I konsekvens härmed hade Åtranfallet kanske fått en annan prejudicerande verkan om man i stället lyckats baxa fallet till Regeringsrätten som ett förvaltningsärende

²⁷ Docent Sara Stendahl har gjort en jämförande underökning hur allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar dömer i fall om rätten till ersättning vid trafikolyckor. Stendahl, Sara, Arbetsoförmåga i rättstillämpningen, Göteborgs Universitet, vetenskapliga skriftserie Nr 2009:43 (8).

tillståndsgivning till enskilda. Man kan misstänka att förfarandet är avsiktligt och är ägnat att försvaga enskildas möjligheter att få rätt gentemot staten.

Införandet 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. I konsekvens med det tidigare sagda menar jag att förfarandet minskar ytterligare enskildas rätt gentemot staten.

Rätten till lagprövning preciserades 2010 i regeringsformen 11 kap. 14 §:

Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst. Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.

Formuleringen i andra stycket aktualiserar frågan om europakonventionens (EKMRs) ställning i förhållande till regeringsformen. Art. 1 i EKMR säger nämligen:

De höga fördragsslutande parterna skall garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges i avdelning I av denna konvention.

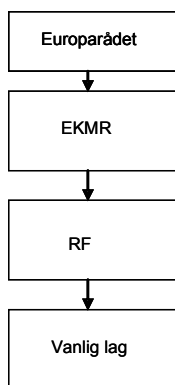
Samt artikel 46.1:

De höga fördragsslutande parterna förbinder sig att rätta sig efter domstolens slutgiltiga dom i varje mål där de är parter

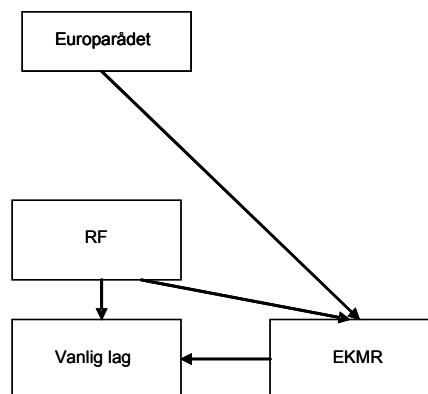
EKMR måste därför tolkas som bilden till vänster nedan. Europakonventionen länder konungariket Sverige till efterrättelse. Men så ser det inte ut i enligt RF 11 kap. 14 § andra stycket. EKMR är visserligen införd som lag, men som vanlig lag underordnad regeringsformen.

Det torde betyda att man med juridisk fingerfärdighet lyckats trola bort effekten av Europakonventionen på nationell nivå. Allemansrätten är undantagen den svenska regeringsformens egendomsskydd och det undantaget är överordnat den europakonvention som är införd i svensk lag.

Därför lär en klagande numera inte ha så mycket att hämta vid en rättsprövning. Regeringsrättens domslut i fråga om tolkningen av europakonventionens proportionalitetsprincip har effektivt eliminerats



EKMRs ställning enl.
Art 1 EKMR



EKMRs ställning enligt 13 kap. 14 § RF

Man kan notera att hemfriden inte heller är skyddad av den svenska regeringsformen, utan anges även den som vanlig lag. Samma eliminering av europakonventionen gäller alltså för skyddet av privatlivet i Sverige.

1.7 Rättsfall i Europadomstolen

Man måste även beakta att är en europeisk överstatlig reglering och Europarådets medlemsländer är skyldiga att inrätta sin rättordning efter vad som lagts fram i Europadomstolens prejudikat. Denna ordning övervakas av Europarådets ministerkommitté. Avvikelser i nationell lagstiftning kan alltså anmälas till ministerkommittén för granskning.

Europadomstolen har redan tagit upp några fall som har anknytning till allemansrättsliga frågeställningar, och som alltså åligger Sverige att rätta sin lagstiftning efter.

I fallet *Chassagnou and Others v. France*²⁸ ansåg domstolen att obligatoriskt överförande av jakträttigheter till jaktföreningar var en oproportionerlig inskränkning i föfoganderätten över fast egendom, särskilt som ägaren önskade att jakt inte skulle bedrivas på fastigheten:

In conclusion, notwithstanding the legitimate aims of the Loi Verdeille when it was adopted, the Court considers that the result of the compulsory-transfer system which it lays down has been to place the applicants in a situation which upsets the fair balance to be struck between protection of the right of property and the requirements of the general interest. Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision.

I fallet *Moreno Gómez v. Spain*²⁹ fann domstolen att Spaniens lagstiftning var oförenlig med skyddet för privatlivet enligt artikel 8 genom att tillåta etablerande av störande barer och restauranger i Valencia. Domstolen uttalade:

Article 8 of the Convention protects the individual's right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. A home will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops. The individual has a right to respect for his home, meaning not just the right to the actual physical area,

²⁸ 29 April 1999, punkt 85

²⁹ 16 november, 2004, punkt 53-56

but also to the quiet enjoyment of that area. Breaches of the right to respect of the home are not confined to concrete or physical breaches, such as unauthorised entry into a person's home, but also include those that are not concrete or physical, such as noise, emissions, smells or other forms of interference. A serious breach may result in the breach of a person's right to respect for his home if it prevents him from enjoying the amenities of his home (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* cited above, § 96).

....

Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it may involve the authorities' adopting measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, among other authorities, *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, pp. 1505, § 62; and *Surugiu v. Romania*, cited above, § 59). Whether the case is analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8 or in terms of an interference by a public authority to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from the first paragraph of Article 8, in striking the required balance the aims mentioned in the second paragraph may be of a certain relevance (see *Hatton and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 98).

The Court reiterates that the Convention is intended to guarantee rights that are "practical and effective", not "theoretical or illusory" (see, among other authorities, *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, judgment of 24 June 1993, Series A no. 260-B, § 42).

Fallet *Moreno Gómez v. Spain* visar att staten har ett ansvar för att se till att andra inte kränker enskildas hemfrid.

Enligt artikel 13 i europakonventionen ges rätt till effektiva rättsmedel:

Var och en, vars i denna konvention angivna fri- och rättigheter kränkts, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet och detta även om kränkningen utförts av någon i offentlig ställning.

Undanhållandet av allmänt åtal för åverkan kan vara i strid med artikel 13.

Det betyder enligt min mening att den oproportionerliga svenska allemansrätten och dess fanatiska strandskydd måste prövas av europadomstolen.

Visserligen är den nationella tolkningsmarginalen vid, men det som talar för en upprepning av fallet *Sporrong-Lönnroth* är bl.a.

- Det verkar kränkande på hemfriden, vilket är en särskilt fundamental rättighet enligt Europarådet
- En tomplatsavgränsning som förutsättning för strandskyddsdispens innebär att fastighetsägaren utanför den av staten avgränsade tomten inte har större rätt än vem annan som helst. Han har inte rätt att placera trädgårdsmöbler, klippa gräs eller röja för sly. Det är alltså frågan om en de facto expropriation
- lanspråktagandet sker utan ersättning
- Vem som helst har rätt att bedriva näringsverksamhet på fastighet med allemansrätt
- Fastighetsägaren straffas när han nyttjar fastigheten på ett sätt som normalt ingår i äganderätten

- Ägaren har svårt att få rättvis prövning enligt inhemsk lag
- Inskränkningar i äganderätten är inte preciserade enligt lag, utan hänvisar till en nationell sedvänja som aldrig existerat

En verklig prövning gentemot europakonventionen måste alltså ske genom att analysera den förenade effekten av flera artiklar: egendomsskydd, rätt till privatliv, rätten till effektiva rättsmedel, inskränkningar uttryckta i lag samt rätt till rättvis rättegång.

1.8 *Opinio juris sive necessitatis*

I sin doktorsavhandling *Allemansrätten och markutnyttjande*³⁰ har Åsa Åslund ett kapitel som avhandlar allemansrätten som sedvanerätt. Åslund konstaterar just att med rättsinstitutet allemansrätt förhåller det sig annorlunda jämfört med skrivna rättsregler, och anser i stället att den har sin grund i sedvanerätt och att rättsreglerna därför får sin legitimitet inte i lagstiftningen utan i sedvanan.

Åslund skiljer därvid mellan en sedvana som uppfattas som en social norm och en sedvanerätt som fastställts av domstol och ställer sig frågan: skapar domstolen rätt eller bekräftar den bara en redan befintlig rätt?

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 Peczenik³¹ 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.

Åslund fortsätter resonemanget med att den sociala normen att ta väg över annans mark och färdas i annans vatten som ett led i en kommersiell verksamhet skulle, med Peczeniks sätt att resonera, vara att hänföra till sedvana av det snävare slaget - beteendet står i samband med en känsla av förpliktelse. Genom domstolens dom har det konstaterats att det föreligger sedvanerätt. Huruvida detta är sedvanerätt som har uppstått hos folket och som domstolen bör anpassa sig till eller sedvanerätt som domstolen skapat själv, är öppet för diskussion. Peczeniks begreppsbildning för med sig att försränningsfallet kan anses falla in under båda undergrupperna av sedvanerätt - domen i sig skapar praxis och utvecklar sedvanerätten, men det kan också vara så att den endast bekräftar det som redan uppfattas vara rättsligt gällande.

Åsa Åslunds undersökningar i sin avhandling behandlar egentligen den senare frågeställningen, den sedvanerätt som domstolar på ganska vaga grunder har fastställt. Hon konstaterar att Högsta Domstolen som bärande argument tycks mena att skulle kommersiellt utnyttjande av allemansrätten inte vara tillåtet skulle en stor del av den svenska turistnäringen falla samt att turism och kommersiell verksamhet generellt sett är till godo för samhället. Åslund konstaterar att därmed tycks domstolen också finna att *opinio necessitatis*

³⁰ Åslund, Åsa, *Allemansrätten och markutnyttjande* – Studier av ett rättsinstitut, Linköping, 2008.

³¹ Peczenik, A., *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995

förlåg/föreligger - och därmed sedvanerätt av innebörd att nyttjande av annans mark i kommersiell verksamhet är tillåtet enligt allemansrättsliga regler.

Domstolens argumentation är vag, men är resonemanget ur ett vetenskapligt perspektiv korrekt?

Sedvanerätt som rättsnorm är vanlig i internationell rätt. I staturena för internationella domstolen i Haag framgår av artikel 38.1 b 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 komponenten, *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.

Man kan ta den diplomatiska immuniteten som exempel. Regeln att diplomater inte kan åtalas under värdlandets lagar är sedan 1961 reglerat i Wienkonventionen om diplomatiska förbindelser, men har betraktats som bindande sedvanerätt ända sedan antiken därför att alla parter har uppfattningen att det måste vara så, alltså *opinio juris sive necessitatis* föreligger. Detta framstår som rimligt. En diplomat skall inte kunna utsättas för påtryckningar av värdlandet genom hot om åtal. Om diplomaten bär sig illa åt skall det hanteras inom det diplomatiska systemet som i värsta fall kan utvisa personen som *persona non grata*.

Stig Strömholm tar i sin bok *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* upp andra exempel på *opinio juris sive necessitatis*. Det kan för hantverkare vid takläggning finnas förfaranderegler som av fackfolk finns en allmän uppfattning som det enda försvarbara eller det kan hos läkare vid operationer finnas rutiner och moment som är så beskaffade att deras åsidosättande skulle med nödvändighet anses stå i strid mot inom yrkeskåren accepterad standard.

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 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 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 Åtranfallet.

Påståendet falsifieras dock redan i utgångspunkten. 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 är lämpligt och nödvändigt. Endast det som kan visas vara nödvändig kan anses vara sedvanerättsligt inskränkt.

Man kan här återknyta till Peczeniks resonemang: Är allemansrätt en sedvana som har skapats av folket och som sedan bekräftats av domstolar, eller är det en praxis som skapats av domstolar och som sedan folket fått anpassa sig till?

Mitt svar är följande:

1. Man har konstaterat att vissa handlingar på annans mark inte är uttryckligen straffbara
2. Man har kallat detta straffria utrymme för "allemansrätt"
3. Man har fråntagit markägaren de rättsmedel denne tidigare haft till sitt förfogande för att skydda sin äganderätt
4. Domstolar har sedan dömt efter denna doktrin och därvid etablerat myten som rättpraxis

2 Allemansrätt som begrepp



Klas Sandell och Stefan Rubenson
Foto: www.nordicwellbeing.com, Stefan Tell

2.1 Klas Sandell om allemansrättens framtid

Den av föredragshållarna som främst uppehåller sig vid allemansrätten som begrepp är Klas Sandell i uppsatsen *Allemansrättens framtid – om behovet av precisering för överlevnad*.

Sandells utgångspunkt är att den praktik som vi associerar med den moderna allemansrätten verkar ha tagits för given när friluftsliv och naturturism etablerades i slutet av 1800-talet. Den moderna allemansrätten har sedan som begrepp och vana successivt vuxit fram parallellt med det moderna urbaniserade samhällets friluftsliv, utomhuspedagogik, sociala naturvård och naturturism. Allemansrättens starka koppling till den övriga samhällsutvecklingen är av avgörande betydelse för att förstå dess framtid, menar han.

Han exemplifierar med det nya fenomenet "geocaching". När nya sätt att utnyttja naturen visar sig, måste allemansrätten anpassa sig.

Sandell ser på allemansrätten som ett "toleransavgränsat frirum". Allemansrätten är en frihet som inramas av krav på hemfrid, naturskydd, landskapets bruk och ekonomiska intressen. Utövandet kan ske i två dimensioner: ett utnyttjande som är organiserat eller oorganiserat och som är kommersiellt eller icke-kommersiellt.

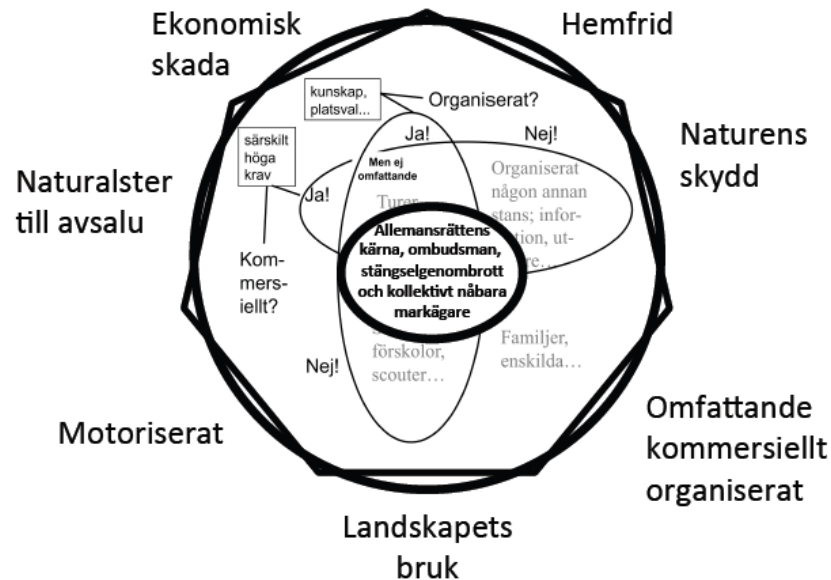
Allemansrätten ser han som ett uttryck för ett mångbrukat hänsynslandskap. Han föredrar begreppet "landskap" framför begreppet "naturen".

För allemansrättens framtid ser Sandell fyra handlingsalternativ:

- A. Se vad det blir
- B. Business as usual. Bevara allemansrätten genom informationsinsatser om vad som anses vara sedvana.
- C. Fokusera på allemansrättens grundläggande värden och vara öppen för ny lagstiftning
- D. Göra principiella förskjutningar till förmån för äganderätt, turistnäring eller naturskydd och lagstifta utifrån detta.

Sandell förordar för egen del sitt C-alternativ och anknyter till Åsa Åslunds indelning i "rekreationsspår" och "vardagsnyttospår".

Sandell vill se allemansrätten som ett frihetsprismas avgränsningar och försvar och som är en utveckling av sin utgångspunkt genom avgränsningar gentemot:



Allemansrättens frihets- och ansvarsprisma. Källa: Klas Sandell

Han har ändrat "naturskydd" till "naturens skydd" för att markera behovet av att minimera inskränkningar i allemansrätten motiverade av naturskydd. Till detta har lagts avgränsningar mot omfattande kommersiellt organiserat bruk, motoriserat bruk samt naturalster för avsalu.

2.2 Stefan Rubenson om allemansrätten idag

Stefan Rubensons har i stället i sin uppsats *Allemansrätten idag* som sin utgångspunkt att allemansrätten inte är någon rätt i den meningen att någon hos mark- och miljödomstolar eller myndigheter kan grunda en klagorätt med stöd av den, men kan av enskilda åberopas för att rättfärdiga sitt handlande. Men allemansrätten kan användas av myndigheter för att hindra en markägare för att utföra byggnadsåtgärder vid stränder därför att det skulle kunna begränsa allemansrätten.

Avgränsningen av allemansrätten är diffus och kontroversiell. Tredje lagutskottet hade i början av 60-talet gjort vissa uttalanden, men undvikit lagstiftning. När naturvårdsutredningen 1962 gjorde ytterligare preciseringar blev den kritiserad för att göra inskränkningar.

Rubenson pekar på att allemansrätten begränsas av brottsbalkens bestämmelser om hemfrid och skadegörelse. Åverkansparagraferna är dock ålderdomliga, svårförståeliga, delvis obsoleta och i praktiken tandlösa. I praktiken tillämpas i stället straffbestämmelser om stöld när någon tagit ris på växande träd eller vitlava i betydelsefull omfattning.

Även om broschyrer om allemansrätt talar om gränser för straffbara områden, tillämpas det aldrig i praktiken. Några rättsfall förekommer inte.

Grannelagsrättsligt pekar Rubenson på ett intressant rättsfall från 1946³², där två lantbrukare var oense om användandet av en stig. HDs majoritet ansåg att visserligen fanns det ingen särskild rätt för grannen att använda stigen, och visserligen hade markägaren rätt att stänga

³² NJA 1946 s. 468.

av den, men eftersom stigen fanns hade grannen rätt att använda den om det inte skedde till förfång för markägaren. Det fanns dock ingen rätt att köra med häst eller skottkärra.

Rubenson observerar att allemansrättens relation till äganderätten har fått ökad betydelse på senare år. Han noterar det finns tre intressen 1) den naturälskande allmänheten 2) naturen som det finns ett särskilt värde i att skydda och c) markägarens intressen. 1 och 2 regleras av miljöbalken, medan 3 regleras av ordinarie rättsmedel.

Han menar att det nuvarande rättsläget kan sammanfattas som att ett varaktigt besittningstagande av annans mark är inte tillåtet och inte heller att skada annans mark.

Rubenson anser att om en fastighetsägare vill förbjuda någon kommersiell aktör att utnyttja hans marker för olika arrangemang som kan skada hans ekonomiska intressen finns möjligheten att gå till domstol för att yrka förbud mot arrangemanget vid äventyr av vite. Samrådsreglerna i miljöbalken kan användas om naturintressen kan åberopas. När det gäller en sådan fråga som bärplockning anser Rubenson att det är fullt möjligt för en fastighetsägare att genom vitesförbud förhindra kommersiell bärplockning på sina marker antingen därför att han själv avser att utnyttja marken för bärplockning eller att han kan visa att tidigare kommersiell bärplockning orsakat skador på marken. Det krävs dock en utpekad motpart

Vad gäller strandskyddet pekar Rubenson på att det är en tillskapad allemansrätt som kommit till som en del av 1930-talets sociala reformarbete och som inte är historiskt betingad. Allemansrätten till stränderna har från dess tillkomst successivt utvidgats. Enligt ändring i miljöbalken 2009 krävs mycket angeläget intresse eller att området redan tagits i anspråk på ett sådant sätt att allemansrättens intressen har utsläckts för att en dispens från strandskyddet skall vara aktuellt,

Rubenson pekar på att i vissa fall har allemansrätten efter hand utvidgats och slutligen fått ett helt nytt innehåll:

Man har tidigare i litteraturen försökt göra en distinktion mellan allemansrätt på vatten och allemansrätt på land. Vad jag vill påstå är att när det gäller rätten att få anlägga bryggor har egentligen strandskyddsdispensen fått ett innehåll som utvidgat allemansrätten och gett institutet ett delvis nytt innehåll särskilt om man menar färdselrätt och rätt att idka friluftsliv på annans mark. Allemansrätten har vidgats till ett institut där medborgarna har getts ett fritidsutrymme vid vattnet som går utanpå annan allemansrätt. De 50 metrarna utgjorde någon form av tomtgräns enligt 1962 år Naturvårdsutredning och som kunde utgöra en gräns mellan konkurrerande intressen, är helt lagd åt sidan. Det är inte frågan om huruvida fastighetsägaren blir störd av folk som befinner sig inom radien 50 meter från strandgräsen. Vad som nu gäller i frågan om allemansrätten och strandskydd är snarare att allmänheten som vistas på sjön kan känna sig besvärad av en fastighetsägare som har en brygga, även om det skulle vara enkelt att hålla sig 50 meter ut från stranden med sin båt eller vad det nu är frågan om.

Han exemplifierar med några rättsfall från Miljööverdomstolen. I det ena fallet³³ förelade miljööverdomstolen en fastighetsägare att ta bort en flytbrygga eftersom man ansåg att den kunde ha en avhållande effekt på det rörliga friluftslivet. I ett annat fall³⁴ avslog Miljööverdomstolen en dispensansökan för ett bryggdäck som man ansåg hade en avskräckande effekt på det rörliga friluftslivet och innebär en utökning av det privata området på bekostnad av det område som var allemansrättsligt tillgängligt.

Detta sammanfattas med:

³³ MÖD 2002:76

³⁴ MÖD 2011:34

Mark och miljööverdomstolen avgöranden måste sägas innehålla ett ställningstagande att allemansrätten ska ses som en materiell rättighet i juridisk mening, en rätt att idka friluftsliv som tillkommer envar. Vid konkurrens skall allemansrätten anses ha försteg framför fastighetsägaren utanför hans hemfridszon. Talar vi om en obebyggd tomt inom strandskyddsområde kan markägaren lägga åt sidan eventuella planer att bebygga den, detta à propos att Försvarsmakten har avrustat ett antal skärgårdsöar.

Här antyder Rubenson frågan om allemansrättens konstitutionella ställning i förhållande till äganderätten, men han diskuterar saken inte närmare.

2.3 Behövs något sådant begrepp som allemansrätt?

Begreppet allemansrätt har skapats för att ge allmänheten vidsträckta befogenheter på andras fastigheter utan ersättning till ägaren.

Man hävdar, utan belägg, att det skulle vara frågan om en gammal sedvanerätt och begreppet har successivt utvidgats till att nu har en fastighetsägare vid vattendrag endast rätt till en mycket begränsad del av sin fastighet genom att myndigheterna fastställt en "tomtplatsavgränsning" som ger ägaren minsta möjliga rätt till egen hemfrid. Resten av fastigheten får inte disponeras på ett sådant sätt att allmänheten får intrycket att man inte får vistas där.

Klas Sandells grundläggande syn är att det finns en uppsättning förfoganderätter som ägare, allmänhet och samhälle disponerar, alltså ett funktionssocialistiskt synsätt.

Såväl Rubenson som Håstad och Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar till Naturvårdsutredningens betänkande SOU 1962:36 där det gjordes vissa preciseringar för vad man ansåg vara alle mans rätt. Det var då man på allvar började prata om "färdselrätt" och behovet av att genom propaganda upplysa om "sedvanerättens" närmare innehåll.

De åverkansparagrafer som finns beträffande straffbarheten för vissa handlingar såsom tagande av olovlig väg eller vissa naturalster tillämpas inte av den enkla anledningen att de faller inte längre under allmänt åtal. Därför saknas det också rättsfall. Paragraferna tolkas bokstavigt, men borde tolkas analogt.

Det av Rubenson refererade rättsfallet från 1946 där två lantbrukare tvistade om användandet av en stig är belysande. Begreppet allemansrätt hade ännu inte fått fäste, varken hos allmänhet eller hos domstolar. Man använder inte ens någon föreställning om ett sådant begrepp. Domstolen argumenterade inte i termer av sedvanerätt eller någon färdselrätt, men landar likväl i ett rimligt ställningstagande. Eftersom stigen fanns kunde grannen använda den till att gå på, men hade inte rätt att använda den i jordbruket för att köra mjölk och ägaren hade även rätt att stänga av stigen om han så önskade.

Om detta rättsfall hade dykt upp idag hade utfallet sannolikt blivit annorlunda. Man kan anta att grannen skulle ha ansetts ha haft en generell färdselrätt som markägaren inte hade rätt att hindra. Färdselrätten skulle sannolikt också ge rätt att använda stigen i annans näringsverksamhet.

Rättsfallet från 1946 visar att man kan komma till rättsligt rimliga slutsatser, utan ett behöva använda begreppet allemansrätt. Man kan därför anknyta till Klas Sandells uppräknig: det finns ytterligare ett alternativ: använd sunt förnuft och gör en avvägning mellan äganderätt och andra intressen på ett proportionerligt sätt

2.4 Uppkomsten av begreppet allemansrätt

Den som myntade begreppet "alle mans rätt" vid förra sekelskiftet var Adolf Åström. Han vände sig mot att svensk rättstillämpning i praktiken faktiskt använde sig av den romerska rätten vars grundsyn var att enskild äganderätt var i princip oinskränkt. Åström ansåg att staten hade en överäganderätt till all mark och vände sig mot den liberala rättsstaten. All mark, ansåg Åström, tillhörde alltså staten och "alle män", såvida staten inte uttryckligen hade lämnat ifrån sig nyttjanderätten. Grunder för detta ansåg Åström var förekomsten av en historisk "riksallmanning", ett begrepp som han själv hittat på.

Vad gäller de s.k. åverkansparagraferna i strafflagen, som anger vad som är straffbart vad avser tagande av olovlig väg eller tillgodogörande av naturalster, rasade han över att högsta domstolen år 1900 dömt att tillgrepp av sten och mistel var straffbart, trots att de inte fanns bland det som räknats upp i åverkansparagraferna som straffbara tillgrepp. Från sina egna utgångspunkter ansåg Åström att detta var fel och uttryckte att den romerska rättens absoluta äganderättsbegrepp fått genomslag i rättstillämpningen trots att staten inte uttryckligen i lagstiftningen hade av sagt sig sin överäganderätt till sten och mistel. Redan 1891 hade man dömt att det var otillåtet att ta tång, trots att tång inte fanns med i uppräknningen.

Det Åström skrev om alle mäns rätt var således inte något uttryck för samtidens gällande rätt, utan det sätt han i germanistisk anda ville förändra rätten. Gällande rätt vid förra sekelskiftet var att straffbart tillgodogörande av naturalster tolkades som att även sådant som liknade det som var uppräknat, och inte som Åström ansåg var en uttömmande uppräknning, s.k. analogisk lagtolkning. Med en sådan lagtolkning lämnas inte utrymme för något allemansrättsbegrepp.

Fritidsutredningens sekreterare Gunnar Carlesjö gjorde 1940 gällande att det faktum att 1864 års strafflag inte uttryckligen räknade upp vissa företeelser som straffbara skulle vara uttryck för en "alle mans rätt". Det finns inga hållbara belägg för att så skulle vara fallet.

Förklaringen ur ett genusperspektiv är i stället att sådana naturalster som blommor, bär och svamp hörde vid tillkomsten av 1734 års lag till den kvinnliga sfären och kvinnornas värv osynliggjordes av lagen. Tagande av sådana naturalster som kunde användas inom jordbruk och bostadsskötsel, och alltså tillhörde den manliga sfären, straffades av lagen.

Rätten till bären och svampen reglerades inte inom straffrätten, utan av husbondeväldet, alltså av de patriarkala strukturerna. Kvinnan var i likhet med drängar och pigor underordnad husbonden i det så kallade hjonelaget och straffades inom ramen för husagan.

Betrakta nedanstående figur³⁵. Det man brukar beteckna rättsordningen består av ett antal discipliner. Det Gunnar Carlesjö, efter inspiration från Adolf Åström gjorde var att enbart betrakta den straffrättsliga aspekten och helt ignorera det faktum att rättsordningen bygger på att civilrätten kompletterar straffrätt och förvaltningsrätt.

När allemansrätten lanserades 1940 fanns det i 1864 års strafflag bestämmelser som underlättade för markägare att skydda sina ägor. Således stadgades i 24 kap. 12 §:

Sätter sig i något av de fall som i 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12, 13, eller 14 § sagda äro [åverkansparagraferna, förf. anm.], förbrytare sig till motvärn emot den som egendomen eger, innehafver eller vårdar, eller emot dess folk, då någon af dem vill honom från gerningen hindra, eller af honom taga åter havd han åtkommit, eller och frantaga honom de, som till vedermåle af geringen kvarhållas må; dömes till fängelse i högst sex månader eller straffarbete i högst två år.

³⁵ Bilden är starkt förenklad men tjänar endast att åskådliggöra det förda resonemanget

Ägaren eller de som var i hans ställe hade således närmast polisiära befogenheter. Dessutom hade markägaren civilrättsliga befogenheter inneboende i äganderätten, vilket redan Seve Ljungman noterade³⁶:

Vid fastställande av toleranspunkten har i det föregående endast varit tal om de sanktioner, som stått till ägarens förfogande gentemot allmänhetens anlopp. Allteftersom allemansrätt vunnit insteg i rättsmedvetandet har emellertid diskussionen jämväl kommit att röra sig om, i vad mån allmänheten har några tvångsmedel till förfogande för att genomdriva sin "rätt", då ägaren upprest faktiska hinder för dess "utövning", exempelvis genom klätterfria stängsel, folkilskna hundar eller kreatur, eller, allra enklast, ett bestämt avvisande av besökare. Fråga är, om icke dessa fastighetsägarens faktiska försvarsmöjligheter för närvarande fylla en beaktansvärd funktion såsom säkerhetsventil, då friluftslavinen hotar att förjaga trivsamt på landet. I varje fall kan man icke de lege lata hävda några snävare gränser för fastighetsägarens rådighet utan att samtidigt påvisa de sanktioner, som uppbära en dylik gränsdragning. Att de svenska domstolarna skulle vägra döma den fastighetsägare till ansvar för egenmäktigt förfarande, som rubbat allemans "besittning" genom att uppföra ett högt stängsel kring sina utmarker, torde man kunna utgå ifrån. Något mera tveksamt förefaller väl, om icke Konungens Befallningshavare för upprätthållande av allmän ordning och säkerhet mot folkilskna hundar och kreatur på enskild mark. Överhuvud gäller emellertid för allemansrätt, att sanktioner som garanterar dess utövande, knappast äro tänkbara i annan form eller straff eller vite, ty skadestånd åt varje enskild "utövare" kan ju icke gärna ifrågakomma. Och just i fråga om straff och vite anses ju mera fri och rättsbildande analogitolkning av rättssäkerhetsskäl i regel utesluten. Utan stöd av lagstiftning kunna således icke alle man avgå med större seger i maktkampen med fastighetsägarna. När fritidsutredningen på sin tid föreslog befogenhet för Konungens Befallningshavare att vid vite ålägga fastighetsägare att inom strandområde anordna grindled igenom sådant stängsel, "som omöjliggör eller avsevärt försvårar tillträdet till mark, där allmänheten äger rätt att färdas till fots", innebar detta därför icke, som utredningen syntes anse, ett sanktionerande av en redan befintlig rätt utan en rättslig nyskapelse av icke ringa principiell betydelse.

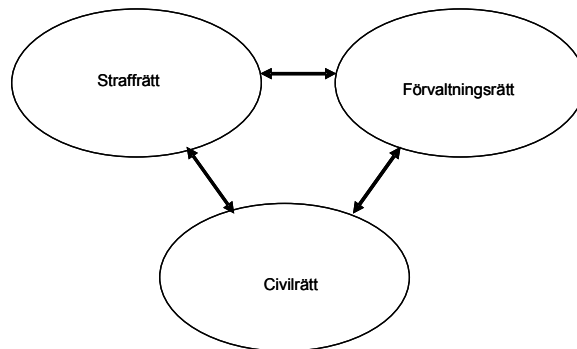
Det gick således inte att upprätthålla en föreställning om "sedvanerätt" utan att göra förändringar i rättsordningen. Det innebar i praktiken att man tog bort ägarens befogenheter enligt 24 ap. 16 § i strafflagen. När så den nya Brottsbalken 1962 ersatte den gamla strafflagen begränsades möjligheterna för åklagare att lagföra åverkan och tagande av olovlig väg: "Åverkan eller tagande av olovlig väg må, om brottet endast förnärmar enskilds rätt, åtalas av åklagare allenast om åtal av särskilda skäl finnes påkallat ur allmän synpunkt."9. Det som då återstår för en fastighetsägare som anser sig kränkt är att väcka enskilt åtal, vilket i praktiken är omöjligt. Något sådant har mig veterligen inte heller förekommit. Senare har man också i BrB 4 kap. 4b § punkt 8 tvärt emot vad som tidigare gällde nyligen föreskrivit att den som följer efter någon som gör åverkan kan dömas för olaga förföljelse till fängelse i högst fyra år.

Samma bestämmelse överfördes till 52 kap. 1 § Missgärningsbalken i 1734 års lag. Att ta lagen i egna händer var förbjudet, men: "doch må han thet återtaga af then, som är löscker man, eller misstänckt at wilja rymma, eller ther stulit gods å färska gierning finnes". Det är nog okänt för de flesta att denna paragraf i Missgärningsbalken är fortfarande gällande rätt. När såväl 1864 års strafflag som den nuvarande brottsbalken infördes angavs i promulgationslagarna att detta lagrum alltjämt skall gälla, och går under begreppet "var mans rätt".

För att upprätthålla en föreställning om sedvanerätt har man således sammanfattningsvis tagit bort alla straffrättsliga bestämmelser till markägarens förmån och i stället infört straffrättsliga bestämmelser som omöjliggjorde för markägaren att ta tillvara sin rätt. Vidare

³⁶ Ljungman, Seve, Om skada och olägenhet från grannfastighet, Uppsala, 1943, sid 268-270

har man upphävt nästan alla civilrättsliga rättsgrundsatser om att ägaren har exklusiv rätt att med andras uteslutande använda egendomen och till och med förklarat det lagligt att bedriva näringsverksamhet på annans mark utan tillåtelse. I stället har man infört förvaltningsrättsliga bestämmelser om exempelvis strandskydd och stängselgenombrott som hindrar fastighetsägaren att utöva sin äganderätt enligt allmänna rättsgrundsatser. Slutligen har man utsett förvaltningsmyndigheter som Naturvårdsverk, länsstyrelser och kommunala byggnadsnämnder (eller motsv.) att förvalta myten.



Detta visar att allemansrätt och strandskydd inte är grundad på sedvänja. Om det hade varit en nationell sedvänja hade några inskränkningar i markägares möjligheter att ta tillvara sin rätt behövts införas. Båda parter hade varit överens om vad som skulle gälla. I själva verket är den svenska allemansrätten ensidigt proklamerade av staten.

Den finska strafflagen hade på 1800-talet nästan exakt samma lydelse som den svenska, men i

Finland tolkade man lagen så att det som inte var straffbart kompletterades med civilrättsliga rättsgrundsatser:

Straffrättsligt skydd är åter egare af fastighet förmenadt mot att annan vandrar eller färdas å hans mark utom tomt och odlade egor, eller å hans mark plocka vila bär, svampar eller nedfallna kottar, ållon eller nötter. I och för sig innebär denna omständighet endast att ett nyttjande av ifrågavarande slag icke ådrager sig straff, däremot icke att ett dylikt nyttjande vore en hvar tillåtet. En allmäningsrätt till ett sådant nyttjande kan således inte härledas ur nämnda förhållande. Egaren är tvärtom obetaget att vidtaga åtgärder, hvarigenom slikt nyttjande faktiskt hindras; utöfvar någon sådan nyttjande, oakadt det förbjudits honom af egaren, begår han en rättsstridig handling. Men å andra sidan förmår egaren skydda sig mot ingrepp af ifrågavarande slag endast om och såvidt han faktiskt kan förhindra dem, och i följd häraf värkar saknaden af straffrättsligt skydd och faktiskt såsom en inskränkning i hans rättsliga herravälde³⁷.

Efter de vitas seger i det finska inbördeskriget bildades republiken Finland 1919. Den finska författningen hade från början ett starkt skydd för äganderätten. Annorlunda var det i Sverige.

Under 1900-talet var svensk socialdemokratisk rättsuppfattning starkt påverkad av Axel Hägerströms filosofi. Den s.k. Uppsalaskolan, värdenihilismen, vände sig mot den romerska rättens begreppsjuridik och menade att sådant som absoluta mänskliga rättigheter och äganderätt endast var ett uttryck för vidskepelse och ansåg att staten hade rätt att utan juridiska inskränkningar stifta de lagar man fann för gott.

³⁷ Serlachius, Julian, Sakrätten enligt gällande finsk rätt, Helsingfors, 1912 sid. 44-45. Samma tolkning i Wrede, R. A., Grunddragen av sakrätten enligt Finlands lag, Helsingfors 1947 (1926) sid. 206.

När så socialdemokratin 1940 tog till sig Adolf Åströms allemansrättsbegrepp platsade det därför som hand i handske i partiets rättsuppfattning. För Gunnar Carlesjö, sekreterare i fritidsutredningen och som skrev ett PM om alle mans rätt, ligger sambandet nära. Han var inte bara Axel Hägerströms lärjunge i Uppsala, utan även gift med Hägerströms brorsdotter.

Allemansrätten som begrepp har skapats genom att markägaren fråntagits effektiva rättsmedel för att kunna hävda sin rätt.

2.5 De feodala sedvänjorna

Själva termen feodalism uppkom under första hälften av 1800-talet för att särskilja franska revolutionens idéer om frihet, jämlikhet och broderskap från det gamla systemet som man ansåg vara orättvist och föråldrat.

Enligt det medeltida feodala systemet kunde en fri man underordna sig en herre genom *commendatio*. Han blev därigenom dennes *vasall* eller man (*homo*). Detta skedde genom en ceremoni, *homagium*, där ömsesidig trohet svors. Denna ömsedighet bestod i att den ena parten fullgjorde tjänst och den andre gav beskydd.

Feodalismens framväxt kan förklaras med att det var ett rationellt sätt att hantera samhällen som karakteriserades av självhushållning och ett komplicerat nätverk av herre-vasallrelationer var grunden för den sociala ordningen. Det feodala samhället bestod i en hierarki av befogenheter, snarare än rättigheter för de enskilda individerna. Det var i stället dessa individuella absoluta rättigheter som äganderätt som lanserades genom de franska och amerikanska revolutionerna under slutet av 1700-talet.

Sveriges territoriella indelning har sedan forntiden sin grund i landskapen. Detta ändrades genom 1634 års regeringsform då landet indelades i landshövdinge-dömen, län. Landshövdingen var Kunglig Majestäts befallningshavande.

I häradet och socknar utövades den kommunala självstyrelsen på landsbygden under flera århundraden, och i häraderna förenades på gammalt sätt rättskipning och en del "kommunala" politiska beslut. Häradindelningen hade sålunda betydelse för flera slag av offentlig verksamhet, däribland även väghållningen.

Enligt Byggningsbalken i 1734 års lag skulle häradet svara för byggandet av gästgivargårdar, landsvägar, häradsvägar och broar samt uppsättandet av milstolpar, ha tillsyn över häradssällmänningar och fisken, av vilkas avkastning häradet hade inkomster. Rättegångsbalken ålade häradet att bygga och underhålla tingshusbyggnad, häradsfängelse och häradssarkiv, samt ha ansvaret för den s.k. häradskistan som skulle innehålla olika judiciella handlingar och symboler (till exempel sammanträdesklubba och sigill).

I Sverige fick socknen och dess invånare en självständighet som gick långt utöver den religiösa utövningen. I landskapslagarnas kyrkobalkar är prästen och sockenborna två parter med ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Redan på medeltiden fick socknen också funktioner som inte direkt hade med kyrkan att göra, bland annat på Gotland, där sockenmännen själva dömde i vissa mål. Detta utvecklades senare till formella sockenstämmor. Kyrksockenarna är därmed ursprunget till den civila lokalförvaltningen i Sverige, den som numera utövas inom ramen för kommunerna

Samtliga svenska socknar var sedan 1682 i sin tur administrativt uppdelade i rotar. Bönderna i en rote hade gemensamt ansvar för olika uppgifter, exempelvis rotering (vid soldatrote, båtsmansrote eller ryttarrote), fattigvård (vid fattigrote), årliga husförhör (vid husförsrote), med mera.



I bykistan förvarades bland annat dokument som reglerade samverkan mellan bönderna.

Bykista från Vads by, Kumla socken i Västmanland. Byordning från Järstads by och bylur från Vreta klostrets socken, båda i Östergötland.

Källa: Det svenska jordbrukets historia, Skogs- och lantbruksakademien

Rotarna bestod i sin tur av byar med sina byalag som beslutande organ. Byalagen var redan från början viktiga institutioner för att avhandla ekonomiska frågor rörande exempelvis allmänningar, vägunderhåll, kvarnar, gemensamt ägda kreatur, fåbodar, eller gemensamt ägda fiskevatten.

Längst ner i den feodala hierarkin var äktenskapet, men det kallades i lagen för *hjonelag*. "Vill man hjonlag bygga; då skall han mö af hennes giftoman begära, och ej med våld taga, eller hemigen till sig locka", hette det i 1 kap. 1 § giftermålsbalken i 1734 års lag.

Hjonelaget var således en sorts administrativ enhet med husbonden som överhuvud. "Sedan man och qvinna sammanvigde äro, då är han hennes rätte målsman, och eger söka och svara för henne, utom vad angår egendom, som är från hans förvaltning undantagen" hette det i 9 kap. 1 § giftermålsbalken.

Ett hjon var i äldre svenskt språkbruk en person som ingick i ett hushåll i egenskap av familjemedlem eller tjänstefolk. Tjänsthjon (eller legohjon) i jordbruket kallades dräng respektive piga. Inhyses-hjon var arbetslösa och obemedlade människor som socknens fattigvård placerat, "inhyst", hos en familj mot ersättning.

Legostadgan (eller "legohjonsstadgan") reglerade tjänstehjonens skyldigheter och rättigheter gentemot husbonden i Sverige.

Enligt de medeltida landslagarna hade husbonden rätt att aga och tukta sina hjon. Genom 1734 års lag inskränktes denna rätt till en del och det fastslogs att var och en som huvudregel skulle svara för sina brott, men enligt 10 § legostadgan var tjänstehjon skyldiga att lyda husbonden och den som vägrade straffades enligt missgärningsbalken.

Det var dessa förhållanden som Vilhelm Moberg skildrade i sin romansvit om utvandarna. Karl Oskars bror Robert hade rymt från sin husbonde därför att han hade misshandlats och valde därför att följa med sin äldre bror till Amerika.

2.6 Kommersiell allemansrätt

Ersättningsfrågan har alltid varit central när allemansrätten lanserats. När Gustaf Möller tillsatte fritidsutredningen 1937 var utgångspunkten att allmänhetens behov av mark för fritidsändamål skulle lösas genom förvärv av fritidsreservat av den typ Nackareservatet representerar. Man föreställde sig vidare att städer och kommuner skulle teckna avtal med markägare som ville upplåta sin mark för ändamålet. Man ansåg det väsentligt att markägarens intressen skulle tillvaratas. I stället lanserades begreppet allemansrätt varvid marken kunde disponeras utan ersättning.

Frågan om reglering av strandbebyggelse kom efter kriget åter på tapeten och justitieminister Herman Zetterberg lade fram ett förslag till lagstiftning. Från oppositionshåll påpekades dock att lagstiftningen inte var nödvändig. Den byggnadslag som infördes 1947 medgav reglering av strandbebyggelse menade man, men det fanns en hake. Inskränkningar i ägarens förfoganderätt medförde enligt byggnadslagen rätt till ersättning, men justitieministern förklarade att "det allmänna saknar medel anslagna för dylika ändamål".

Därför infördes den ordning som alltiämt gäller. Strandskyddet hanteras av en lagstiftning vid sidan om den gängse lagstiftningen för bygglov och ger ingen rätt till ersättning även för mycket långtgående inskränkningar i förfoganderätten.

Det var i samband med strandlagens införande som justitieministern Zetterberg började hårdlansera myten om allemansrätten. Argumentationen var att allmänheten sedan urminnes tid givits en viss rätt att disponera markerna. Strandskyddet innebar därför ingen inskränkning, därför att markägarens äganderätt aldrig haft den omfattningen. Äganderätten enligt denna definition har därför inte inskränkts och ger därför inte någon rätt till ersättning från det allmänna.

Kommersiell allemansrätt saknar helt historisk grund. De s.k. åverkans-paragraferna i såväl 1734 års lag som 1864 års strafflag tog just sikte på att göra straffbart att använda annans mark i egen näringsverksamhet.

Ordet åverkan har i dag snarast en betydelse av skadegörelse, men det är inte den ursprungliga betydelsen. Att "verka å" någons mark innebar att bruka annans mark.

I förslag till allmän kriminallag 1832 skrev man således att åverkan enligt 1734 års lag var ett olovligt ingrepp i annans nyttjanderätt till fast egendom för att bereda sig själv nytta eller att tillgripa något som tillhörde egendomen.

Julian Serlachius behandlade begreppet åverkan i en uppsats 1889³⁸ där han just pekade på att den ursprungliga betydelsen av ordet åverkan var egentligen att verka på, bruka eller nyttja, utan att ordet i sig betydde något olovligt. Efterhand har åverkan dock kommit att beteckna olovligt nyttjande. Den som sådde i annans åker, eller inhägnade hans odlade mark eller från hans mark tog skogsprodukter gjorde sig alltså skyldig till åverkan.

Kommersiellt nyttjande av annans mark har således sedan urminnes tid varit brottslig åverkan. Det finns inget som helts historiskt stöd för någon "kommersiell allemansrätt".

³⁸ Serlachius, Julian, Om begreppet fast egendom, Tidskrift utgifven av juridiska föreningen i Finland, 1889

3 Allemansrätt och myndighetsutövning



Margaretha Svenning och Torgny Håstad
Foto: Sydsvenskan, Affärsvärlden

3.1 Margaretha Svennings myndighetsperspektiv

Margaretha Svenning har som tidigare nämnts i uppsatsen *Allemansrätt och myndighetspraktik* som utgångspunkt att det finns ett rättsläge med två grundlagsskyddade parallella rättigheter: rätten att äga och rätten att röra sig fritt på annans mark enligt allemansrätten. Dessutom är grundlagen formulerad som en relation mellan de båda rättigheterna: äganderätten gäller fullt ut under förbehåll att inte allemansrätten gäller.

Svenning uttrycker vidare att olägenheter som uppkommer för markägare vid allemansrättsligt bruk, ryms aldrig inom allemansrätten, utan faller under annan lagstiftning. Som exemplen nämns skadegörelse och nedskräpning.

Svenning anser att vakthållningen kring allemansrätten inte är rationellt organiserad, men portalparagrafen i miljöbalken om att var och en som utnyttjar allemansrätten eller annars vistas i naturen skall visa hänsyn och varsamhet i sitt umgänge med den kan tillhandahålla ett användbart verktyg.

Hon anser det vara viktigt att konstatera att det inte finns några tillsynsmöjligheter med förelägganden som kan hantera allemansrättsliga konflikter av grannelagsrättslig karaktär. För detta krävs en civilrättslig process.

Som den vanligaste konflikten mellan allmänhet och markägare anser hon vara utestängning dvs. att markägaren mer eller mindre utestänger allmänheten från marken.

Svenning skiljer mellan proaktiva och reaktiva allemansrättsliga styrinstrument. Till de förra hör reglering i form av lagar, förordningar och föreskrifter samt ekonomisk och kommunikativ styrning. Tillsynen kan sägas vara en kontroll av att de proaktiva styrmedlen fungerar. Genom tillsyn över ett områdes tillgänglighet blir allemansrätten ett tillsynsobjekt och 26 kap. 1 § miljöbalken ger lagstöd för sådan tillsyn genom att "säkerställa syftet med denna balk och föreskrifter som har meddelats med stöd av balken".

Svenning konstaterar att det enda sättet att avgränsa en hemfridszon är en tomtplatsavgränsning enligt miljöbalken, men endast ett fåtal fastigheter har genom strandskyddsdispenser fått en sådan avgränsning. Strandskyddslagstiftningens syfte är att säkerställa tillgänglighet och biologisk mångfald inom strandskyddsområden som inte är privatiserade, och därmed har mist sin betydelse för allemansrättsligt nyttjande. Vad som kan

anses vara en olovlig privatisering måste avgöras från fall till fall, vilket aktualiserar tre frågor: 1) Hur stor är hemfridszonen? 2) Har det skett en laglig privatisering? 3) Är en eventuell privatisering avhållande för en vidare krets av allmänhet eller är den till förfång för växt- och djurlivet?

Svenning skriver:

När man vid prövning av strandskyddsdispenser tagit ställning till om en viss exploatering kan genomföras med angivande av ett eller flera giltiga särskilda skäl enligt miljöbalken, ankommer det på prövningsmyndigheten att besluta om tomtplatsavgränsning. Utfallet av den prövningen kan bli antingen att verksamhetsutövaren ges rätt att använda en del av strandskyddsområdet, i anslutning till bostaden som hemfridszon, samt att detta område märks ut i fält, eller att den dispensgivna exploateringen inte medger någon rätt till hemfridszon. Rättspraxis medger i princip inte anläggningar såsom staket, grillplats, fågeltorn, brygga etc. I vissa fall kan dock en hel fastighet tas i anspråk som hemfridszon. Vad som gör en anläggning eller anordning privatiserande måste bedömas i varje enskilt fall. Detta är tillsynens möjlighet och dilemma.

En anläggning eller anordning blir att anses som privatiserande när tillsynsmyndigheten bedömer att flertalet skulle känna sig bortkörda eller i varje fall obehagliga till mods. Enklast är det när dessa privatiserande anläggningar och/eller anordningar uppföres i anslutning till tomtplats, och på det sättet på ett olagligt sätt successivt utökar markägarens hemfridszon. Då finns det ofta fog för tillsynsmyndigheten att antingen sätta stopp för en sådan utvidgning eller uppmana fastighetsägaren att ansöka om strandskyddsdispens för att man på det sättet ska kunna avgränsa tomtplatsen i förhållande till den nya situationen. I efterhand legalisering av anläggning såsom privata, eller med villkor om allmän förfoganderätt, förekommer.

Svenning har i stort sett samma inställning till markägande som Adolf Åström hade på sin tid. All mark tillhör det allmänna och staten kan endast uttryckligen överlåta specifika förfoganderätter till rättighetsinnehavare. Sådana rättigheter som inte uttryckligen överlåts tillhör det allmänna. Det är samma inställning som återkommer hos Åsa Åslund: all mark är i princip allemansrättsligt tillämplig.

3.2 Torgny Håstad om reformbehovet

Torgny Håstad anser i sin tidigare nämnda uppsats om *Behövs reformer av allemansrätten?* att det finns en uppsjö av regler som motverkar skador och lägenheter vid utövande av allemansrätt och som ålägger den som missbrukar allemansrätten skyldighet att ersätta markägaren för uppkomna skador. Det går inte att åstadkomma så mycket mer, anser han, men problemet är naturligtvis att övervakningen av straffbestämmelserna är så gott som obefintlig från polisens sida.

Håstad anser att det finns rättsmedel som markägaren kan använda, men medger samtidigt att de inte är speciellt effektiva.

Han vänder sig mot LRF: s krav på samtycke för organiserad eller kommersiell allemansrätt som han menar skulle ha betydande nackdelar och anser i stället att det redan finns möjligheter att föra domstolstalan om förbud samt att länsstyrelser kan meddela föreskrifter och förbud.

Håstad pekar på att somliga betraktar allemansrättens inskränkning av äganderätten som oacceptabel och åberopar europakonventionens egendomsskydd men anser att dessa inte nämner att konventionen medger inskränkningar i det allmännas intresse. Inskränkningar är tillåtna även enligt den svenska regeringsformen om det är frågan om angelägna allmänna

intressen, vilket han anser allemansrätten är. Ersättningar för sådana inskränkningar är grundlagsskyddad endast för pågående markanvändning.

Håstad anser dock att även om markägare saknar konventions- och grundlagsstöd för en framflyttning av sina positioner hindrar inte att deras krav ändå kan vara beaktansvärda. En regel om förbud mot organiserad kommersiell allemansrätt skulle dock föranleda stora avgränsningsproblem.

Vad gäller bärplockning på annans mark i försäljningssyfte säger han att det har förekommit sedan länge. Rätten att plocka bär och svamp skiljer sig dock från färd- och uppehållsrätten genom att det kan föreligga en konkurrens om det faktiska utnyttjande mellan allmänheten och markägaren. Ett förbud i brottsbalken mot bärplockning på annans mark för annat än egen konsumtion skulle dock medföra juridiska problem eftersom det skulle vara svårt att avgöra syftet med plockningen. Han menar att det i stället skulle kunna genomföras ett system med certifiering av större bärföretag. Håstad förordar synbarligen en offentligrättslig reglering framför en civilrättslig.

Håstad pekar på att i Norge har det sedan länge funnits en sedvanerättsligt grundad allemansrätt liknande den svenska, men där har man år 1957 valt att precisera allemansrättens innehåll i lag.

Resten av uppsatsen ägnar han åt personliga förtydliganden av allemansrätten av samma slag som Bertil Bengtsson i stor omfattning ägnat sig åt.

Han avslutar med åsikten att det viktigaste för bevarandet av allemansrätten är tillgången till mark som är fri från bebyggelse och anläggningar genom plan- och bygglagen och strandskyddsbestämmelserna. Länsstyrelsernas uppgift att ex officio granska alla kommunala strandskyddsdispenser anser han vara värdefull för allemansrätten och har förmodligen fått större betydelse än vad Naturvårdsverkets tidigare överklaganderätt hade.

Sammanfattningsvis anser Torgny Håstad att det inte behövs någon lagreglering av allemansrätten. De praktiska problemen är inte så många och de flesta kan lösas på annat sätt. En lagreglering skulle sannolikt leda till allmänt formulerade regler som inte ger nämnvärd ökad klarhet eller till stelbenta regler som minska flexibiliteten och i onödan inskränker oskadlig allemansrätt.

3.3 Strandskyddet i Sverige

Strandskyddet kom till på 1950-talet för att förhindra en överexploatering av stränderna och bevara allmänhetens tillgång till stränder och vatten för friluftsliv. Det utvidgades 1994 till att också skydda stränderna på grund av deras stora betydelse för den biologiska mångfalden.

Strandskyddsbestämmelserna gäller lika i hela landet, oavsett hur tät- eller glesbebyggt området är, hur gott det är om sjöar och vattendrag eller vilka naturtyper, biotoper eller arter som finns i området.

Med den nya lagstiftningen kan kommunerna peka ut områden för landsbygdsutveckling i strandnära lägen där det ska vara lättare att få dispens.

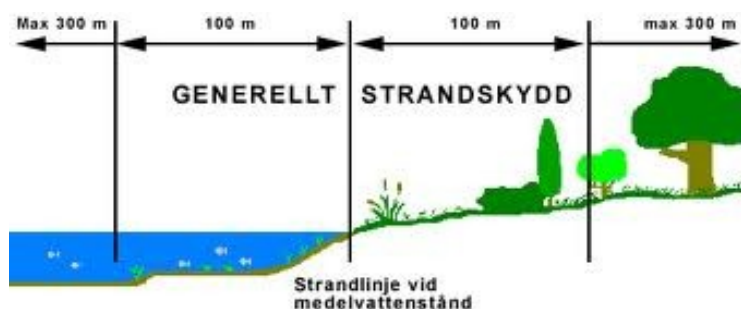
Strandskyddszonen omfattar både land och vatten, inklusive undervattensmiljön. Den utgår från strandkanten och sträcker sig vanligtvis 100 meter upp på land och 100 meter ut i vattnet. Länsstyrelsen kan utvidga zonen upp till 300 meter, om det behövs för att säkerställa strandskyddets syfte.

Det kan till exempel gälla områden som

- är av riksintresse för naturvården och friluftslivet
- visar obetydlig påverkan av exploatering
- är ekologiskt särskilt känsliga
- ligger nära tätorter med begränsad tillgång till fria strandområden

Kommunerna kan fatta beslut om att upphäva strandskyddet i en detaljplan om det finns särskilda skäl. Strandskyddet återinträder om området upphör att omfattas av detaljplanen.

I de flesta fall är det kommunerna som fattar beslut om dispens från strandskyddsbestämmelserna. För att få dispens krävs särskilda skäl. Länsstyrelsen fattar beslut om dispenser och upphävande av strandskyddet i områden som skyddas enligt 7 kap. i miljöbalken. Det är till exempel inom nationalparker och naturreservat.



Det generella strandskyddet. Källa: Piteå Kommun

Strandskyddets förbudsregler kan sammanfattas så här enligt Naturvårdsverket³⁹

Nya byggnader	Inom strandskyddsområde får inte nya byggnader uppföras. (15 §, 1.)	Även flyttbara konstruktioner kan anses som byggnader, till exempel husvagnar och husbåtar som står uppställda betydligt längre än en normal semesterperiod. Om- och tillbyggnader för samma användningssätt räknas inte som en ny byggnad. Större tillbyggnader kan dock kräva dispens.
Ändrat ändamål	Inom strandskyddsområde får inte byggnader eller byggnaders användning ändras eller andra anläggningar eller anordningar utföras, om det hindrar eller avhåller allmänheten från att beträda ett område där den annars skulle ha fått färdas fritt. (15 §, 2.)	Med detta avses till exempel ombyggnad av en sjöbod till fritidshus, även om byggnaden inte upptar större yta än tidigare. Formuleringen "kan tillgodose" innebär att det inte är avsikten med ändringen som räknas, utan hur den faktiskt kan användas och hur den uppfattas.
Förberedelsearbeten	Inom strandskyddsområde får inte grävningssarbeten eller andra förberedelsearbeten utföras för byggnader, anläggningar eller andra anordningar som avses i 1 och 2. (15 §, 3.)	Med "andra förberedelsearbeten" avses till exempel trädfällning, schaktning, sprängning eller anläggande av väg.
Andra anläggningar eller anordningar	Inom strandskyddsområde får inte andra anläggningar eller anordningar utföras som hindrar eller avhåller allmänheten från att beträda ett område där den annars skulle ha fått färdas fritt eller som väsentligen förändrar livsvillkoren för djur- eller växtarter. (15 §, 4.)	Anläggningar eller anordningar som inkräktar på strandskyddets syfte är inte tillåtna enligt denna bestämmelse. Redan om allmänheten avhålls från att beträda ett område där den annars hade kunnat färdas fritt är anläggningen förbjuden. Det har alltså betydelse hur

³⁹ <http://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Vagledning-amnesvis/Skyddade-omraden/Strandskydd/Forklaring-till-strandskyddets-forbudsregler/>

		allmänheten uppfattar sin rätt till tillträde. Det kan till exempel betyda att en anläggning på en befintlig tomt kan vara otillåten om den ger intryck av att tomtplatsen har utvidgats. Exempel på anläggningar som kan omfattas är: staket, bersåer, grillplatser, lekplatser, trädgårdsgångar, flaggstänger, trädgårdsland, vägar, parkeringsplatser, campingplatser, golfbanor, tennisbanor, upplag för sprängsten, bryggor, pirar och anordningar för upptagning av båtar.
Andra åtgärder	Inom strandskyddsområde får inte andra åtgärder vidtas som väsentligen förändrar livsvillkoren för djur- och växtarter. (15 §, 4.)	Sådana åtgärder kan till exempel vara spridning av gödsel eller bekämpningsmedel, trädfällning eller grävning. Åtgärder inom ramen för näringsverksamhet i jord- och skogsbruk är undantagna från förbudet.

På Naturvårdsverkets hemsida framgår följande beträffande tomtplatsavgränsning:

En tomtplats för ett bostadshus måste dels medge en förnuftig användning av huset och tillhörande anordningar, dels göra så litet intrång som möjligt i allemansrätten. En tomt bör normalt inte bestämmas så att den går ner till strandlinjen. Enligt miljöbalkspropositionen bör en fritidshustomt normalt inte omfatta mer än 2000 kvadratmeter.

Nyttillkommande komplementbyggnader eller andra anordningar bör så långt det är möjligt placeras inom den etablerade tomtplatsen. Om en komplementbyggnad, eller motsvarande, ändå måste placeras utanför tomtplatsen ska en ny tomtplatsbestämning göras för denna byggnad. Tomten bör då bara omfatta den yta som byggnaden eller anordningen upptar.

Gammal bebyggelse kan sakna tomtplatsbestämning, men ändå ha en hävdad hemfridszon. När det blir aktuellt med en strandskyddsprövning av någon byggnad eller anordning i anslutning till en sådan bebyggelse, bör tomtplatsbestämningen omfatta både den nya byggnaden (eller motsvarande) och den tidigare bebyggelsen.

Om en dispens ges för en komplementbyggnad inom en redan tidigare bestämd tomt bör tomtplatsbestämningen bestå i ett uttalande av myndigheten att någon ny mark inte får tas i anspråk som tomtplats.

Tomtplatsen eller den mark som annars får tas i anspråk ska tydligt och i sin helhet markeras på en karta i lämplig skala. Eventuella förändringar jämfört med tidigare tomtplatsbestämning bör framgå.



Tomtplatsavgränsning. Fastighetsgränsen med blått. Tilldelad tomtplats för fastighetsägaren med rött. Resten skall disponeras av allmänheten. Källa: Ulricehamns Kommun

Dessa extrema bestämmelser fick europaparlamentarikern och tidigare partiledaren Alf Svensson erfaras för några år sedan.

Han fick ett brev från Trelleborgs kommun där kommunen påpekade att Alf Svensson olovligt placerat ut stolar och klippt gräset vid stranden på sin fastighet, vilket strider mot strandskyddsreglerna. Kommunen ansåg att åtgärderna kunde uppfattas som privatiserande av ett område som omfattades av allemansrätten. Om han inte åtgärdade överträdelserna riskerade han böter eller upp till två års fängelse.



Alf Svensson vid brottsplatsen. Han har på ett brottsligt sätt kränkt allmänheten genom att placera trädgårdsmöblerna utanför tomtplatsavgränsningen på sin fastighet. Allmänheten kan därvid på ett olagligt sätt bibringas uppfattningen att de inte skulle vara välkomna på hans fastighet. Källa: Expressen.

Allmansrätten skapades genom att utnyttja en lucka i det straffbara området. Nu har det i stället skapats ett nytt straffbart område när en markägare uppträder på ett sätt som allmänheten kan tolka som att man inte är välkommen på fastigheten.

Skälet till att det nu höjs röster för att begränsa allemansrätten är att det har gått alldeles för långt i inskränkningar av äganderätten. Krav på förändringar beror inte på att markägare "flyttar fram sina positioner" för äganderätten. Missnöjet beror på att den nuvarande ordningen av många framstår som vettlös.

3.4 Regler om strandbebyggelse i Finland

Flera av författarna pekar på Norge för att finna inspiration till utveckling av allemansrätten, men man bör i stället se mer på hur man har gjort i Finland.

Det finska landskapet liknar i hög grad det Svenska med sina skogar, småbruk, myrar och framför allt sina många sjöar, "de tusen sjöarnas land". Det finska landskapet är mer likt Sverige än Norge eller Danmark om man undantar Skåne.

Skyddet för äganderätten har haft en stark ställning i Finland alltsedan de vitas seger i inbördeskriget.

I den finska grundlagen från 1999 skrivs om egendomsskyddet i 15 §:

Vars och ens egendom är tryggad. Angående expropriation av egendom för allmänt behov mot full ersättning bestäms genom lag.

Det är kort och koncist och grundlagen går inte närmare in på avvägningen mellan enskild äganderätt och det allmännas intresse.

Även hemfriden skyddas av den finska grundlagens 10 §, till skillnad från i Sverige:

Vars och ens privatliv, heder och hemfrid är tryggade. Närmare bestämmelser om skydd för personuppgifter utfärdas genom lag. Brev- och telefonhemligheten samt hemligheten i fråga om andra förtroliga meddelanden är okränkbar. Genom lag kan bestämmas om åtgärder som ingriper i hemfriden och som är nödvändiga för att de grundläggande fri- och rättigheterna skall kunna tryggas eller för att brott skall kunna utredas. Genom lag kan också bestämmas om sådana begränsningar i meddelandehemligheten som är nödvändiga vid utredning av brott som äventyrar individens eller samhällets säkerhet eller hemfriden, vid rättegång och säkerhetskontroll samt under frihetsberövande.

I Finland uppmärksammar man att vattendragen har i betydande grad format markanvändningen och bosättningsstrukturen i landet⁴⁰. Den tidigaste stadsliknande bebyggelsen uppkom invid goda hamnplatser; forsarna erbjöd senare en bra plattform för industrialiseringen. Också bebyggelsen på landsbygden har dragit nytta av vattendragen, såväl vid havsstranden och i skärgården som vid älv- och sjöstränder.

Till skillnad från i Sverige ser man i Finland positivt på det fasta friluftslivet. Man skriver att de första sommarvillorna byggdes på 1700-talet och villakoncentrationerna vid kusten växte fram på 1800-talet. De första koncentrationerna bildades i omgivningen kring kuststäderna vid Bottenviken, senare i Helsingforsregionen och på Karelska näset. I början av 1900-talet fanns det ca 1 000 sommarvillor, som hade koncentrerats kring de stora städerna.

Finland har en lång strandlinje jämfört med andra länder i Europa, ca 314 000 km³. Omkring 15 % av strandlinjen är havskust, 68 % sjöstränder och 17 % älvstränder. Vid havskusten uppgår öarnas andel av strandlinjen till 86 % och i insjöar till 19 %. Ungefär en fjärdedel av stränderna i landet finns i Lapland.

Endast en del av strandlinjen lämpar sig för byggande, menar man. Helt eller delvis olämpliga för byggande är t.ex. försumpade stränder, branta klippiga stränder samt stränder där det finns risk för ras och översvämningar. En del av stränderna hör dessutom till olika skyddsprogram eller rekreationsområden i landskapsplaner (regionplaner) eller också är de annars värdefulla till sina naturförhållanden.

Stränderna ses i Finland som en nationell resurs, om än en ändlig sådan, som har en utvecklingspotential för såväl fast bebyggelse som rörligt friluftsliv.

Strändernas betydelse för utvecklingen av kommunerna kan bedömas med hjälp av följande utredningar:

- Hur mycket strand finns det i kommunen och hur placerar den sig i kommunens samhällsstruktur?
- Vad grundar sig strändernas dragningskraft på? (landskapet, kulturmiljön, naturen, renhet, lugn, aktiv användning i rekreationssyfte, båtliv...?)
- Hurdana skyddsintressen riktas mot stränderna?
- Hur många fritidsinvånare och permanenta invånare bor det på stränderna?
- Hur placerar sig strandbebyggelsen i förhållande till kommunens centrum, byarna och vägnätet?
- Var finns de mest sammanhängande obebyggda stränderna?
- Hur utvecklas folkmängden i kommunen och hur stor del av befolkningen kan bo på stränderna i framtiden?
- Vart riktas det största trycket i fråga om byggande?

⁴⁰ Planeringen av strändernas markanvändning, Miljöministeriet, Helsingfors, 2005

- Vilka tjänster behöver de nuvarande och framtida invånarna och hur kan de tillhandahållas?
- Hur ordnas vattentjänsterna inom kommunen?
- Vilka näringar i kommunen stöder sig på stränderna och hur kan dessa näringar utvecklas?
- Vilka planeringsinstrument lönar det sig att använda?
- Vad bör planeras nu och vad kan vänta?

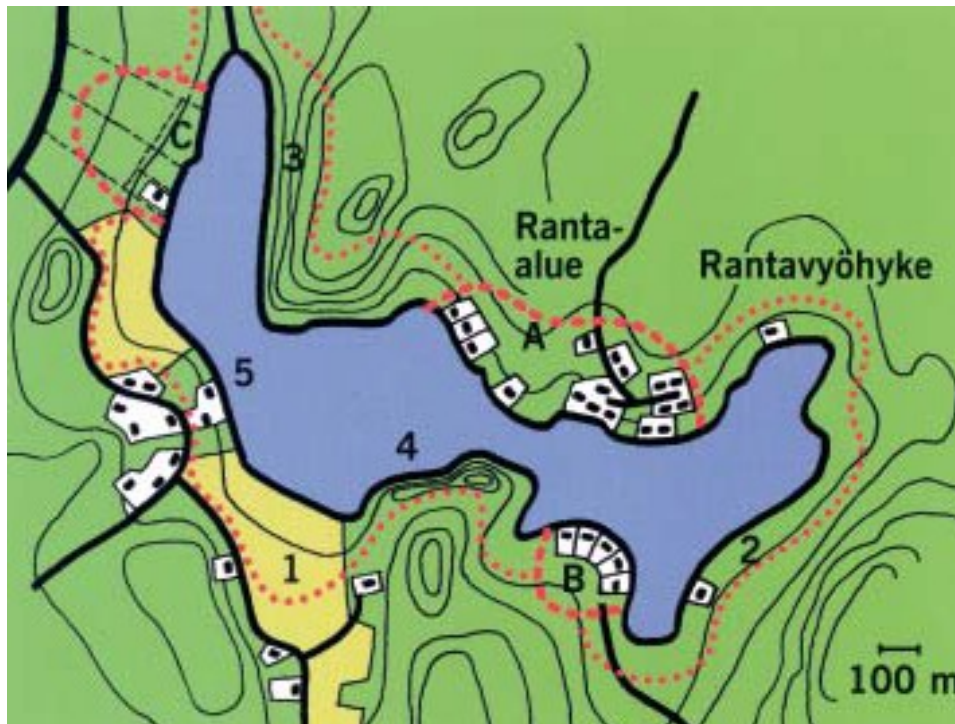
Enligt markanvändnings- och bygglagen får byggnader inte uppföras på stränder utan en detaljplan eller en generalplan avsedd för styrande av byggandet. Behovet av planering gäller uppförande av nya byggnader, betydande utbyggnad av befintliga byggnader och ändring av ändamålet från fritidsbostad till permanent bostad. Om det inte finns någon plan, behövs det ett undantagsbeslut

Enligt MBL 72 § 1 och 2 mom. gäller:

I en strandzon som hör till ett strandområde vid hav eller annat vatten får byggnader inte uppföras utan en detaljplan eller en sådan generalplan med rättsverkningar där det särskilt bestäms att generalplanen eller en del av den kan användas som grund för beviljande av bygglov. Vad som bestäms i 1 mom. gäller också ett strandområde där det på grund av det byggande som kan väntas på området är nödvändigt att planera byggande och annan användning för att reglera i huvudsak strandbaserad fritidsbebyggelse.

Med strandzon avses en sådan del av stranden vars naturförhållanden påverkas av havet eller vattendragen som landskapsmässigt upplevs höra till stranden eller som är aktuell för olika markanvändningsbehov där avsikten är att utnyttja stranden (RP 79/1996). Strandzonens bredd påverkas av vegetationen, landskapstypen, terrängformationerna och andra naturförhållanden. Strandzonen kan anses sträcka sig ungefär 100 m, dock ingenstans längre än 200 m från strandlinjen vid medelvattenstånd. Inom förvaltningspraxisen har 50 m betraktas som minsta bredd för en strandzon.

Med strandområde avses en bredare del av stranden än strandzonen där fritidsbebyggelse vid eller i närheten av stranden måste regleras. Utöver den befintliga bebyggelsen kan behov av planering av strandområde uppkomma på grund av det byggande som kan väntas. Strandområdet sträcker sig från strandlinjen inåt land så långt som byggandet stöder sig på användning av vattendraget eller dess dragningskraft. Stödandet på vattendraget kan innebära t.ex. en vägförbindelse, en hamn eller en badstrand. Inom förvaltningspraxisen har man ofta räknat med att strandområdet är ca 200 m brett, men det kan också vara mer, beroende på landskapet och andra omständigheter



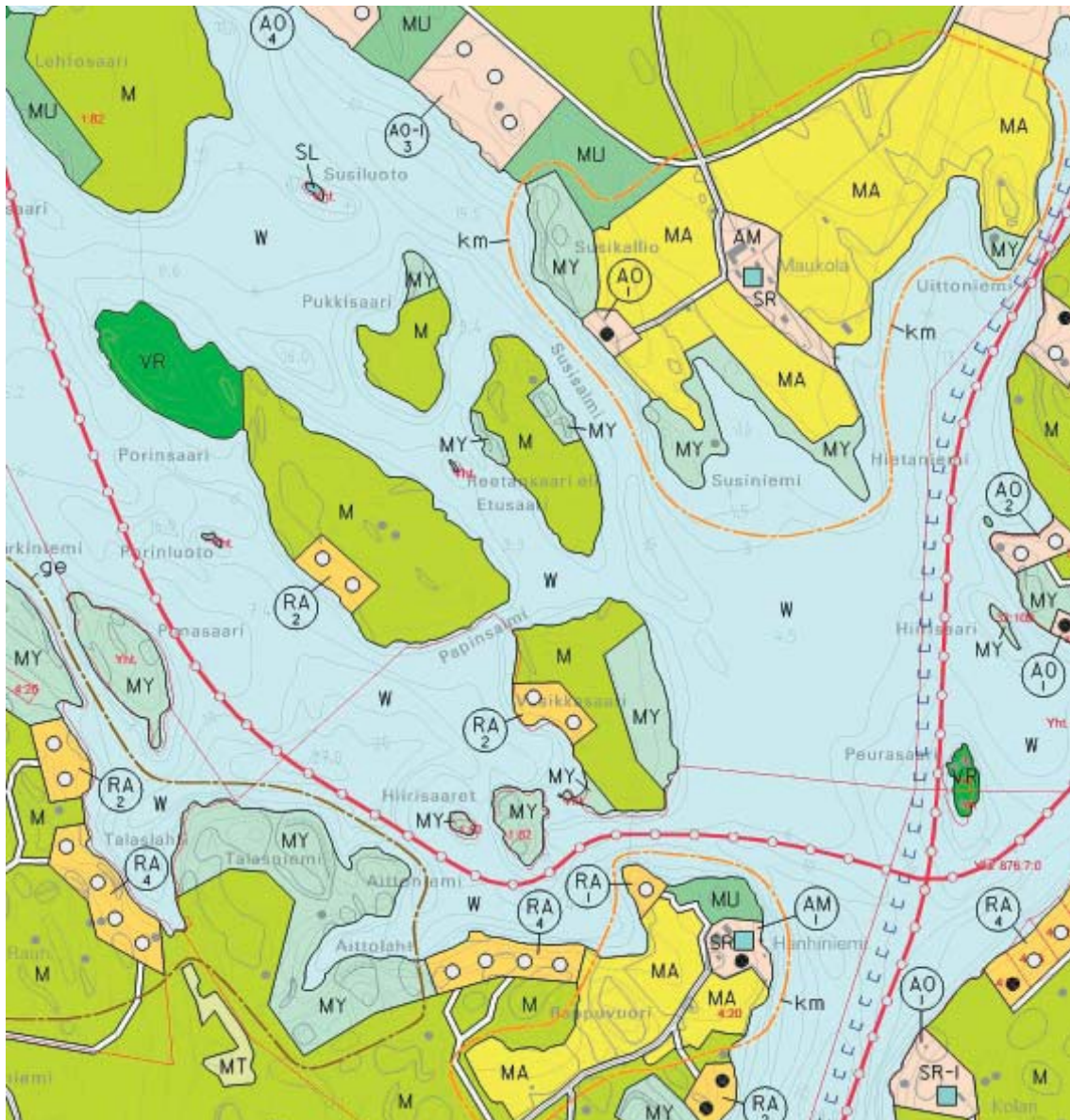
Strandzon

I ett öppet åkerlandskap (1) är strandzonen bredare än i skogsterräng (2). I en sluttning sträcker sig strandzonen så långt som byggnaderna i sluttningen klart syns och inverkar på vattnen (3). En ås eller backe invid stranden kan göra att byggnaderna inte syns från sjön, och då kan strandzonen vara smalare (4). I fråga om byar tillämpas vanligen de bestämmelser som gäller planläggning på torra land (MBL 16 §). Bestämmelserna om strandbyggande tillämpas bara på strandzoner

Strandområde

Ett strandområde avgränsas på basis av att fritidsbebyggelsen ligger nära vattnet och inverkar på det (A). Tät fritidsbebyggelse vid stranden leder till att det behövs planläggning på området, även om det inte finns någon fritidsbebyggelse inåt land (B). Strandområden bör alltid planläggas då man kan förutse att mer byggande kommer att bli aktuellt, t.ex. på grund av att fastighetsindelningen ändras (C).

Källa: Strandbyggande - Markanvändnings och bygglagen 2000, Broschyr, juni 2001



° Ny byggplats

• Befintlig byggplats

AO Område för fristående småhus

AM Område för lantbrukslägenheters driftscentrum

VR Frilufts- och strövmråde

RA Område för fritidsbostäder

SL Naturskyddsområde

M Jord- och skogsbruksdominerat område

MT Jordbruksområde

MA Landskapsmässigt värdefullt åkerområde

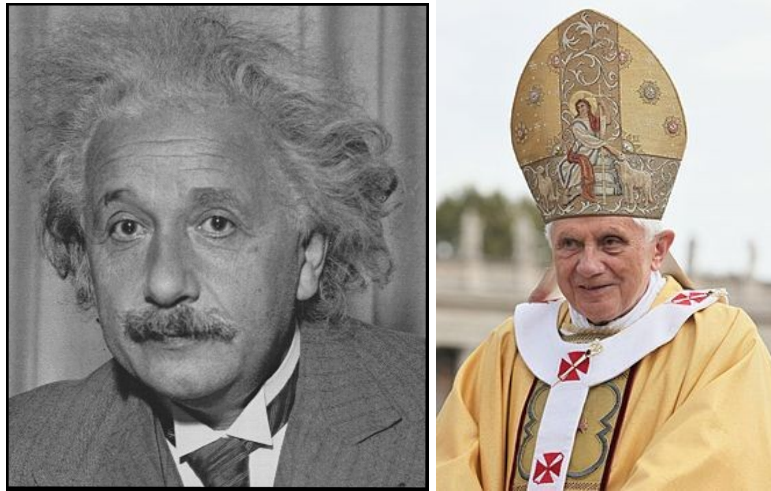
MU Jord- och skogsbruksdominerat område med särskilt behov att styra friluftslivet

MY Jord- och skogsbruksdominerat område med särskilda miljövärden

SR Byggnad som skall skyddas

Exempel på generalplan som styr byggandet. De generalplanebestämmelser som markeringarna avser presenteras inte här. Utdrag ur strandgeneralplanen för Hankavesi-Kalajanjärvi i Rautalammi. Jaakko Pöyry Infra/Maa ja Vesi Oy.

4 Vetenskapliga perspektiv

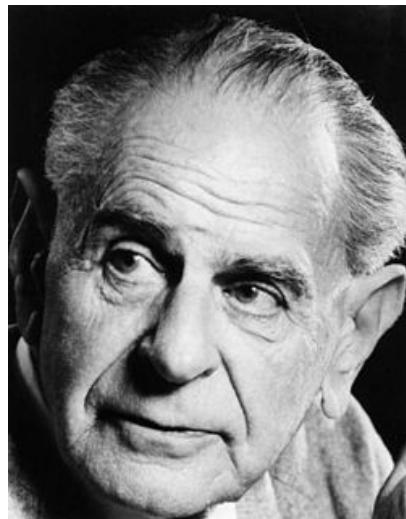


Albert Einstein och påven Benedictus XVI

4.1 Karl Popper om vad som är vetenskap

Vad är vetenskap, vad är inte vetenskap och hur avgör man skillnaden? Detta är det inom vetenskapsteorin kända s.k. demarkationsproblemet.

Karl Popper (1902-1994) gav för sin del ett svar som idag torde vara förhärskande inom naturvetenskaperna. Popper ansåg att för att ett forskningsrön skall kunna betraktas som vetenskap måste det vara falsifierbart: man måste kunna avgöra om det är sant eller falskt. Kan man inte göra det är det inte vetenskap.



Karl Popper (1902-1994)

Enligt Poppers mening kan ingenting fullt ut bevisas, däremot kan någonting fullt ut motbevisas. Därför skall forskaren aktivt söka efter kriterier som kan motbevisa ett påstående, det s.k. falsifierbarhetskriteriet.

Som exempel på god vetenskap pekade Popper på Albert Einstein som själv angav att hans relativitetsteorier fick till följd att ljusstrålar böjer sig för gravitationsfält och om någon kunde

visa att solen inte fick ljuset från avlägsna stjärnor att böja sig kunde hans abstrakta relativitetsteorier motbevisas och skulle såldes anses vara falska. Experiment visade emellertid att Einstein hade rätt. Nyligen påstods att elementarpartiklar kunde nå hastigheter överstigande ljusets, vilket också skulle falsifiera Einsteins teorier. Det visade sig emellertid vara ett mätfel och teorin stod sig även den gången. Det är just det som karakteriserar vetenskap enligt Popper. Vetenskapliga rön gäller så länge de inte är motbevisade.

Marxismen gjorde anspråk på att vara vetenskaplig, men Popper menade att Marxismen var ofalsifierbar i såväl teori som praktik. Marxismens prognos att kapitalismen skulle gå mot värre och värre kriser och slutligen gå mot en revolutionär situation erbjöd en möjlighet att testa teorin. Den revolutionära situationen infann sig aldrig, och slutsatsen borde då vara att teorin var falsk, men i stället gjorde Marx anhängare en omtolkning av såväl teori som utfall.

Samma sak gällde för Freuds psykoanalytiska teorier. En människas psyke kunde enligt Freud beskrivas i termer av jaget, överjaget och detet, men det var inte möjligt att testa om begreppen verkligen existerade hos en människa. Därför var psykoanalysen ingen vetenskap enligt Karl Popper, och hade inte mer vetenskapligt värde än Homeros epos om Olympen.

Popper hade 1928 disputerat på en avhandling i psykologi med titeln *Die Methodenfrage der Denkpsychologie*. Det var mot denna bakgrund av kritik av Freuds psykoterapi som Popper kom att intressera sig för vetenskapsteori. 1934 gav han därför ut boken *Logik der Forschung* där han först lade fram sitt falsifierbarhetskriterium för demarkationsproblemet.

Härvid går mina tankar till min gamle skolkamrat, den alltför tidigt bortgångne docenten i teoretisk fysik Hans Uno Bengtsson. Tidigt i sina studier hade han planer på att arbeta med medicinsk fysik och läste därför medicin parallellt med fysikstudierna. Han fick emellertid aldrig ut sin medicine kandidatexamen. Där ingick nämligen en liten kurs i psykologi och han tvärvägrade att låta sig tenteras i någonting som han inte ansåg vila på vetenskaplig grund. En sådan intellektuell hederlighet framstår som ovanlig i Sverige 2013.

I *Logik der Forschung* beskrev Popper den Hypotetiskt deduktiva metoden som består i

1. Att formulera en eller flera hypoteser.
2. Att härleda konsekvenser som logiskt måste följa av hypotesen eller hypoteserna
3. Att undersöka om dessa konsekvenser stämmer överens med verkligheten.

Om man hittar konsekvenser som inte överensstämmer med verkligheten måste hypotesen förkastas.

Ett sätt är att ställa upp en alternativ motstående hypotes, vilket är vanligt vid statistisk hypotesprövning. Om man vill testa hypotesen att ett läkemedel har en viss verkan ställer man upp den alternativa hypotesen att medlet inte har någon verkan alls, utan är bara inbillning s.k. placeboeffekt. Hypotesen och den alternativa hypotesen testas genom att ge patienten dels den aktuella substansen dels helt överksamma medel och sedan jämföra resultaten.

Med till exempel psykoanalytisk verksamhet förhåller det sig annorlunda. För en psykoanalytiker spelar det ingen roll om behandlingen vetenskapligt sett är verksam eller är ren inbillning, huvudsaken är att patienten känner sig bättre.

Human-”vetenskaper” som psykologi, bygger på en annan forskningstradition än naturvetenskaperna, nämligen den hermeneutiska metoden. Till dessa ämnen räknas exempelvis om etnologi, filosofi, historia, idéhistoria, arkeologi, språk, litteraturvetenskap, sociologi, pedagogik, kulturanthropologi och psykologi.

Den hermeneutiska metoden har sitt ursprung i religionskunskap där tolkningen är central. Ordet i sig härstammar från guden Hermes. Enligt den grekiska mytologin var Hermes gudarnas budbärare till folket. Den hermeneutiske forskaren försöker svara på frågan: Vad är det som visar sig och vad är innebörden av det? Man söker ingen absolut sanning, eftersom någon sådan inte anses finnas inom dessa discipliner.

Juridisk vetenskap liknar således mer teologi än naturvetenskap. Inom teologin studerar lärda teologer de skriftliga urkunderna och gör tolkningar av vad det gudomliga väsendets vilja kan vara. Ur dessa studier kan påven i Rom utfärda bullor. Inom islam kan skriftlärda *mufi* utfärda *fatwor*, utlåtande om sharialagarna eller religiösa påbud.

En rättslärdd jurist arbetar i stort sett på samma sätt, och det gäller nog speciellt inom den svenska rättstraditionen där förarbeten anses ha mycket stor betydelse. Juristens roll är att tolka "lagstiftarens", gudens, intentioner. Kunskapen söks i juridiska källskrifterna. Utlåtande från auktoriteter, som professorer, har mycket stor betydelse.

4.2 Allemansrättens vetenskapliga grund

För att utröna vad som är gällande kodifierad rätt är en hermeneutisk metod naturlig. Det gäller att utröna vad "lagstiftaren" kan ha avsett och domstolar eller akademiker gör uttalanden på samma sätt som påvliga bullor eller islamiska *fatwor*.

Men när det gäller för en domstol att söka utröna vad som kan anses vara sedvanerätt är förhållandena annorlunda. Använder man en för jurister naturlig hermeneutisk metodik riskerar domstolen att hamna fel.

Åsa Åslund skriver i sin doktorsavhandling att Högsta Domstolen i Ätranfallet "tycks" anse att *opinio juris sive necessitatis* förelåg i fallet. Det är kanske en åsikt man politiskt måste ha för att få en doktorsavhandling godkänd i Sverige, men det har inte presenterats några vetenskapligt hållbara belegg för påståendet. I stället utgår Åslund från att eftersom domstolen dömt som om *opinio juris sive necessitatis* föreligger, måste det vara så, vilket är att förutsätta det som skall bevisas.

Allemansrätten som sedvänja bygger på tvivelaktigt vetenskapligt underlag: man nöjer sig med att det finns implikationer och ignorerar fakta som motsäger tesen (vilket just karakteriserar pseudovetenskaper).

Påståendet att för det fall allemansrätten missbrukas är det inte allemansrätt är ett exempel på ett icke falsifierbart påstående.

Att sedan Gunnar Carlesjös PM om alle mans rätt i Fritidsutredningen 1940 har man utan belegg påstått att alle mans rätt bygger på sedvanerätt. Man har aldrig redovisat några undersökningar om omfattningen och beskaffenheten av en påstådd sedvänja. Det närmaste man kan komma är den undersökning som lagberedningen gjorde till sitt förslag till jordabalk 1909.

Man kan således sammanställa följande indikationer på att allemansrätten saknar vetenskaplig grund:

- Bygger på tittron till auktoriteter som justitieråden Bertil Bengtsson och Torgny Håstad, Naturvårdsutredningen SOU 1962:36 och Tredje lagutskottets utlåtande
- Pekar på lösryckta exempel från landskapslagarna om tagande av nötter så mycket som ryms i en vante
- Pekar på lösryckta exempel från naturturismens tillkomst kring förra sekelskiftet

- Oförenligt med andra historiska föreställningar om brist på demokrati och jämställdhet
- Oförenligt med historiska föreställningar om laglöshet och ofred
- Likgiltighet inför fakta att Magnus Erikssons allmänna landslag förbjuder obehöriga att vistas i andras allmänningar
- Svensk definition av äganderätt där allemansrätt sägs ingå i begreppet
- Har aldrig genomförts någon utredning om historiska sedvänjor av föregivet slag
- Juridiska utredningar bristfälliga;
- Opinio juris sive necessitatis har inte beaktats
- Kan inte förklara historiska förhållningssätt gentemot exempelvis snapphanar
- Kan inte förklara hur allemansrätten hänger samman med feodala samhällsstrukturer
- Kan inte förklara sådana historiska juridiska begrepp som "var mans rätt"
- Kan inte förklara varför begreppet allemansrätt inte används före 1940
- Kan inte förklara varför det över huvud taget inte finns något historiskt begrepp för företeelsen

4.3 Axel Hägerström och hans lärjungar



Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona
Foto: Wikipedia, Riksarkivet

Som Åslund också påpekar för Högsta Domstolen ett resonemang om samhällsnyttan av allemansrättsliga inskränkningar genom allemansrätt. Därmed anknuter domstolen till en filosof som också på sitt sätt avhandlade ett vetenskapligt avgränsningsproblem, nämligen Axel Hägerström och Uppsalaskolan.

Axel Hägerström (1868-1939) var professor i praktisk filosofi vid Uppsala Universitet. År 1908 skrev han sitt banbrytande verk *Das Prinzip der Wissenschaft*.

Värdeomdömen, menade man, kunde varken vara sanna eller falska, utan hade bara ett metafysiskt innehåll. Därför finns inga absoluta rättigheter. Man menade vidare att domare inte skulle skipa rättvisa, utan måste vara rättskapande och att handla till gagn för samhällsnyttan. Domaren skulle med Vilhelm Lundstedts ord "självständigt uppställa maximer där lagorden icke räcka till".

I högsta domstolens uttalande i Ätranfallet finns över huvud taget ingen avvägning mellan äganderätt och allemansrätt. Högsta domstolens resonemang är helt klart i Axel

Hägerströms och Vilhelm Lundstedts anda. Den överordnade frågan är samhällsnyttan och där enskilda individers rätt är av underordnad betydelse.

Detta är också ett synsätt som präglar Åsa Åslunds avhandling. När hon räknar upp linjer som konfliktlösningen styrs efter nämner hon i första hand tillgodoseendet av intresset/värdet av att mark skall användas lämpligt. I andra hand upptäcker hon andra intressen/värden, bland dessa räknar hon upp:

- "Rättvisa" med citationstecken. Dit räknar hon Regeringsrättens dom i Mättingefallet⁴¹ alltså en proportionalitetsprövning enligt europakonventionens egendomsskydd
- Värdet av att upprätthålla förtroendet för av myndighet given dispens
- Värdet av att upprätthålla det allmännas beslutanderätt över marken
- Värdet av att upprätthålla rättsäkerheten

Uppsalaskolan söker svaret på vad som är gällande rätt genom studier av förarbetena, snarare än genom studier av rättsfall eller analys av rättsliga begrepp som tillkommer enskilda individer. Motivet kan sägas vara att "lagstiftaren" därvid ger uttryck för en slags folkvilja.

Vilhelm Lundstedt (1882-1955) var professor i civilrätt och romersk rätt i Uppsala (1914-1948) samt socialdemokratiskt riksdagsman (1929-48). Straff ansåg Lundstedt skulle ses till dess funktion i samhället, och inte till skuld eller rättvisa.

Lundstedt motionerade 1932 i riksdagen om att göra homosexuella gärningar tillåtliga. Riksdagsmotionen skall inte ses som ett specifikt stöd från Lundstedts sida för homosexuellas rättigheter, utan är snarast ett exempel på Lundstedts uppfattning att det inte fanns skäl att förbjuda ett sexuellt beteende. Hotet om bestraffning, liksom straffet i sig självt, fyllde ingen social funktion men medförde däremot sociala nackdelar, ansåg han.

En annan av Hägerströms lärjungar var Karl Olivecrona (1897-1980). Han var professor i processrätt vid Lunds Universitet (1933-64) och så övertygad om statens överordnade rätt att an var nazist. Karl Olivecrona ansåg sig ha vetenskapligt stöd för sin uppfattning: för honom skapades rätten av lagen och lagens ursprung är makten

Östen Undén (1886-1974) var professor i civilrätt i Uppsala (1917-37) samt rektor där och universitetskansler (1937-51). Han var socialdemokratisk riksdagsman 1934-64 men är kanske främst känd som utrikesminister 1945-62.

Som utrikesminister kallade Undén även Sovjetunionen ett "rättssamhälle". Även som utrikesminister var han präglad av värdenihilism, ett förnekande av absoluta värden. Han tog inte ställning till vilka stater som var rättfärdiga eller inte.

Såväl under andra världskriget som under det kalla kriget har Sverige anklagats för att inte ha tagit ställning i konflikten mellan de västliga demokratierna och diktaturena i Nazityskland och Sovjetunionen. Detta förhållningssätt kan förklaras med Axel Hägerströms värdenihilism.

⁴¹ RÅ 19916 ref. 44



Östen Undén och Nils Karleby
Foto: Wikipedia

Nils Karleby (1892-1926) var socialdemokratisk politiker, ideolog och tidningsman. Tage Erlander skriver i sina memoarer att Nils Karleby betydde mycket för hans samhällsuppfattning. Karlebys analys av äganderätten förde in Östen Undéns och Vilhelm Lundstedts uppfattningar i den praktiska politiken. Nils Karleby ansåg att individen var en social varelse som endast existerade i samliv med andra. Karlebys åsikter om äganderätten fick Gunnar Adler-Karlssons att 1967 mynta begreppet funktionssocialism. Funktionssocialismen innebar att man ansåg det inte nödvändigt att överföra den formella äganderätten, det räckte att frånta ägaren sina äganderättsliga befogenheter.

4.4 Vilket förhållningssätt har författarna till vetenskap och värdenihilism?

I detta kapitel har presenterats två olika synsätt. I den ena dimensionen beskrivs ett förhållningssätt till vetenskap som antingen kan vara grundat på naturvetenskapernas hypotetiskt deduktiva metod eller humanvetenskapernas endast beskrivande ambition och hög tilltro till auktoriteter, dit även domstolar och demokratiska församlingar kan räknas.

I en annan dimension kan man å ena sidan ha uppfattningen att det finns grundläggande värden som under alla förhållanden måste tillskrivas individen. I en till den motstående positionen förnekas alla sådana värden till förmån för en samhällsnytta.

Författarna har olika förhållningssätt till det som behandlas i denna skrift. Även om skillnaderna kan vara svåra att kvantifiera kan man lätt göra iakttagelsen att Margaretha Svenning och Torgny Håstad tycks falla i en grupp som karakteriseras av värdenihilism och hermeneutik samt att Klas Sandell och Stefan Rubensson tycks falla i en motstående grupp som mer karakteriseras av vetenskaplighet och individuella oinskränkbara rättigheter. Bertil Bengtsson och Karin Åhman verkar falla i en mellanposition, även om deras inställning verkar ha ändrats över tid.

De som inte var med låter sig dock inte positioneras. De är som Jacob Sundberg och Galileo Galilei på sin tid förklarade som *damnatio memoriae*, samhällets icke-personer, men historien tenderar att ge vetenskapen rätt. När Jacob Sundberg i det så kallade *ius docendi*-ärendet kritiserades av studenterna för förespråka politiska irrläror fanns det åsikter om att han borde förbjudas att undervisa studenter⁴². Han anklagades för att förespråka naturrätt

⁴² Sundberg, Jacob, W.F., *Minnen från en stormig professur*, Häggelunds förlag, 2011 sid. 43 f

och hans komparativa studier ansågs som ovetenskapliga. De klagande fick dock mothugg från professorn i vetenskapsteori vid universitetet i Trieste, Gerard Radnitzky:

the authors of the Memo apparently do not care much about the history of science. Otherwise they would have known, as almost everybody knows, that all scientific progress has begun by somebody daring to propose a new theory, a new problem solution. When Copernic proposed his theory, nothing similar was taught at any other university. If you would like to start legal proceedings against a modern Galilei, independently from which discipline he may come, this could be simply done by enlisting the advice of the Board of Line of the Faculty of Law at the University of Stockholm.

Europakonventionen är knappast heller naturrätt, alltså förekomsten av en allmängiltig universell rätt, som vissa av författarna i andra sammanhang har ansett. Konventionens föregångare, den brittiska *Bill of Rights* från 1698, den *amerikanska självständighetsförklaringen* från 1776, samt den franska *förklaringen av människans och medborgarens rättigheter* från 1789 var utan tvekan ett utslag av naturrätt.

Europakonventionen har emellertid sitt ursprung i erfarenheterna av att man i framför allt i Tyskland frångått dessa principer⁴³, vilket lett till världskatastrof. Ur detta perspektiv är även europakonventionen nyttoinriktad.

⁴³ Se Russell, Bertrand, *Freedom and Organization, 1814-1914*, London, 1934 samt Burnham, James *The managerial revolution : what is happening in the world*, New York, 1941



FÖRESTÄLLNINGAR OM ALLEMANSRÄTT
Gunnar Wiktorsson
ISBN 978-91-981104-0-1