
Promemoria

TILL: Svensk Vattenkraftsförening
FRÅN: Viktor Falkenström, Advokatbolaget Sjutton34
ÄMNE: Urminnes hävd vid omprövningar av vattenkraft
DATUM: 2022-10-11
KOPIA:

Undertecknad har av styrelsen för Svensk Vattenkraftsförening ombetts att sammanställa och konkretisera hur man i de kommande och pågående omprövningarna av vattenkraften ska förhålla sig till begreppet urminnes hävd. Hur ska kraftverksägare som har kraftverk som vilar på denna rättighet genomföra omprövningarna och vad gäller mera allmänt kring begreppet urminnes hävd? Detta är de primära frågorna som denna PM avser att besvara. För att detta ska vara möjligt så behöver dock klargöras kring vad urminnes hävd faktiskt är, dess historik och plats i frågor kopplade till vattenverksamheter. Vidare behöver även redogöras kring hur man leder i bevis att en urminnes hävd finns då detta torde vara relativt oklart för många kraftverksägare i landet. Först därefter går det att ange detaljer kring urminnes hävd och de pågående och kommande omprövningarna. Denna PM är därför uppdelad i olika avsnitt som redogör för respektive delfråga.

Här måste dock redan från början klargöras att nedanstående är undertecknads bedömningar av det juridiska läget. De bygger, förutom på sedvanlig fakta om tolkning av lagstiftning, på egna erfarenheter i de pågående omprövningarna. Utifrån detta ges en bild av undertecknad kring hur jag vid ovanstående tidpunkt bedömer att rättsläget ser ut. Om dessa bedömningar delas av domstolarna framöver är i dagsläget oklart vilket gör att jag inte med säkerhet kan säga att allt som anges i denna PM är den objektiva sanningen. Det är frågan om ett rättsläge som är under konstant förändring och hittills finns ytterst få avgöranden från omprövningarna att tillgå. Så viss osäkerhet finns inbyggd i nedanstående bedömningar från min sida.

Vad är urminnes hävd?

Den första delfråga som måste besvaras när man har att göra med urminnes hävd är att klargöra vad begreppet faktiskt omfattar. Det torde nämligen finnas en rad missuppfattningar om urminnes hävd i landet och vad det faktiskt medför inom vattenkraften. Initialt kan dock redan från början sägas att det inte är helt enkelt att redogöra för vad urminnes hävd är eftersom det saknar en faktisk modern legaldefinition. Begreppet som rättslig företeelse inom övriga delar av svensk lagstiftning utmönstrades definitivt år 1972 då Jordabalken infördes. Så idag finns det egentligen ingen lag som specifikt anger vad som är urminnes hävd och hur man förhåller

sig till denna. Och inom exempelvis fastighetsrätten går det numera alltså aldrig att påstå att man har rätt till ett visst markområde på grund av urminnes hävd. Så i de allra flesta fall inom svensk rätt är urminnes hävd enbart en fråga om ett historiskt begrepp som saknar betydelse i dagens samhälle. Begreppet har dock fortsatt betydelse inom vattenrätten och skälet till detta kommer att preciseras nedan. Men för att inleda med att försöka skapa en uppfattning och förståelse kring urminnes hävd måste man inleda med dess historiska definition.

För begreppet urminnes hävd är troligen lika gammalt som de första svenska lagarna. Det omnämns som företeelse redan i Magnus Erikssons landslag från år 1350 men det är troligt att man än tidigare än detta använde sig av att begreppet. Genom århundradena kom därefter urminnes hävd att användas för att beskriva en rätt att råda över visst markområde som inte baserade sig på köp eller annan form av s.k. fång utan istället enbart relaterade till att nyttjandet eller rådigheten av marken pågått under mycket lång tid. Och eftersom man redan från landskapslagarnas tid i landet kan råda över vatten genom att man äger marken på den plats där vattnet rinner fram så hade frågan om urminnes hävd även betydelse för vattenrättsliga frågor. Försöken att klargöra vad som faktiskt menas med urminnes hävd har genom åren varit flera men ett av de allra första fallen som brukar ses som en utgångspunkt för att definiera begreppet är 1734 års Jordabalk (Äldre Jordabalken). Balkens 15 kap. har just rubriken ”Om urminnes hävd” och ger de regler som fanns i balken kring urminnes hävd. I aktuellt kapitel 1 § anges följande:

” Det är urminnes häfd där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvad och obehindrad besuttit, nyttjadt och brukadt hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångsmän först thertil komne äro”.

Och i samma kapitelns fjärde paragraf angavs även en form av bevisregel kring hur man skulle visa att urminnes hävd förelåg:

”Förebär någon urminnes häfd som klander warder; wise tå med gamla och laggilda bref och skrifter eller trowärdiga män, the ther om orten wäl kunnige äro och på ed sin vittna kunna, at the hvarken sielfve veta eller af andra hördt, någon tid annorlunda varit hafva. Gitter han thet ej; vare thå the utan kraft och värkan”

Med ett mera modernt språkbruk så får alltså 1734 års skrivningar anses klargöra att vid denna tid så sågs urminnes hävd som en rätt som uppkommer genom en lång och oavbruten rådighet, där ingen påstått annorlunda eller på annat sätt motsatt sig rådigheten, över en fast egendom eller en rättighet. Rådigheten ska vidare ha pågått under så pass lång tid att ingen numera minns hur rådigheten uppkom utan det går inte att knyta till en särskild tidpunkt. Att urminnes hävden föreligger kunde styrkas med äldre handlingar men även av vittnesmål av personer som hade kännedom om förhållandena på platsen vilket framgår av den fjärde paragrafen i kapitlet.

Hur lång tid som faktiskt ska ha förflutit för att en urminnes hävd skulle ha ansetts kunna uppstå svarar dock inte aktuell regel på utan det får anses vara en fråga som lämnades mera öppen.

Under åren som gick sedan 1734 års lag så förekom olika avgöranden där frågan hanterades och succesivt får det anses att man nått fram till en definition som får sägas finnas angiven i doktrinen första gången i boken Svensk Sakrätt II av Östen Undén. Där anges att med urminnes hävd avses två mansåldrar och då varje mansålder sågs som 45 år så blir det sammanlagt 90 år. Denna definition har sedan kommit att mer och mer få rollen som en faktisk gräns och när vi idag talar om urminnes hävd så gör vi det alltid utifrån premissen att det är frågan om ett tidsspänn om 90 år.

Dessa 90 år har sedan betydelse på så sätt att när man år 1972 införde Jordabalken så upphörde urminnes hävd som företeelse inom fastighetsrätten. Efter denna tidpunkt så kan alltså urminnes hävd aldrig uppstå, det är omöjligt. Men frågan blev då hur lång tid tillbaka i tiden som urminnes hävd ska anses ha giltighet och det är då som tidsgränsen om 90 år får sin verkliga betydelse. För om det med urminnes hävd avses en tid om 90 år och begreppets slutpunkt är år 1972 så måste alltså den sista urminnes hävden ha uppstått senast år 1882. Det är därför som detta år ofta nämns när man talar om urminnes hävd, det är den teoretiska gränsen för en urminnes hävd i och med den systematik som angetts ovan. Och detta synsätt har numera fått så pass vid spridning att det får anses vara klarlagt att det förhåller sig på detta sätt. Således är utgångspunkten att för att man idag överhuvudtaget ska kunna tala om en urminnes hävd så måste man kunna visa att man har att göra med en urminnes hävd som har pågått sedan år 1882 eller tidigare. Och detta får anses vara den mera moderna betydelsen av urminnes hävd och det som har en faktisk betydelse i de pågående omprövningarna av vattenkraften.

Urminnes hävd och vattenverksamheter

Som nämnts ovan så hade urminnes hävd längre tillbaks i tiden betydelse för all form av nyttjande och rådighet över fast egendom men även olika former av rättigheter. Detta kom dock genom århundrandena att minska i betydelse vilket mera allmänt brukar tillskrivas framväxten av den moderna fastighetsrätten. När regler för fastighetsbildning skapades och lantmätare på allvar började skapa regelrätta fastigheter så fanns ingen riktig plats för urminnes hävd. Så avskaffandet av begreppet i 1972 års Jordabalk var fullt ut logiskt då det sedan länge hade saknat betydelse för den moderna fastighetsbildningen. Men inom vattenrätten har det ända sedan lång tid tillbaka förhållit sig annorlunda och orsakerna till detta går i grunden att spåra tillbaka till vattenrättens framväxt som juridisk företeelse. För på samma sätt som för fastighetsrätten så har vattenrätten sina rättsliga spår i de gamla landskapslagarna. Rätten att förfoga över vattnet kopplades i Sverige från dessa tidpunkter till ägandet av marken där vattnet flyter fram.

Och genom detta synsätt, så fästs också en mycket stor vikt vid frågan om det inom vattenrätten så oerhört viktiga begreppet rådighet. Och det som avses med detta är alltså rätten att råda över vattnet, att bestämma hur det ska användas och att på alla sätt och vis för egen vinning använda vattnet. Sverige tillhör i detta avseende en liten skara av de europeiska länderna som ser allt vatten på detta sätt, endast Norge och Finland och till viss del Storbritannien har detta synsätt. Övriga europeiska länder har som utgångspunkt att alla sjöar och vattendrag är allmänna och

inte kan ägas eller rådås över av enskild. Endast vad gäller grundvatten gäller andra synsätt i de flesta europeiska länder. Det som rådigheten därefter ger är en i grunden mycket omfattande rätt att vidtaga vilka åtgärder som man så önskar i vattendraget. Rådighetens centrala roll i cementeras således genom detta synsätt det kan sägas klarläggas genom skrivningen i 1734 års lag, i Byggningsbalken. De begränsningar som kan sägas finnas vid denna tid enbart i frågeställningen kring om aktuell byggnation i vattnet medförde skada för annan. För grundregeln får, enligt vad som anges i 12 kap. 4 § Äldre Jordabalken om hur bedömningar av rådigheten vid ett vattendrag skulle göras, medföra att den som hade rådighet också kunde utföra vad den så önskade för att tillgodogöra sig vattnet. Begränsningen låg endast i just frågan om rådigheten samt om någon annan negativt påverkades. Det sistnämnda klargörs i 20 kap. 2 § i Byggningsbalken vars första mening anger följande:

”Ej må någon så bygga, att annan ofwan eller nedan deraf mehn hafwer”.

Eftersom det ligger i sakens natur att frågan om man som närboende till en vattenverksamhet kunde ha olika uppfattningar om negativ påverkan uppstod eller inte så innehåller även aktuella regler i Byggningsbalken en möjlighet att begära prövning av den nya vattenverksamheten. Detta genom den lokala häradsrätten och dess häradshövding som via synegång kunde avgöra hur dämningen skulle ske så att risk för skada inte skulle uppstå på närliggande fastigheter. Och skrivningar för detta fanns i 4 § i Byggningsbalken. Detta förfarande, vilket är mycket viktigt att komma ihåg, är dock inte detsamma som dagens prövningar i domstol på så sätt att utan tillstånd från rätten så ses verksamheten som olaglig. En sådan rättsföljd existerade helt enkelt inte eftersom ju huvudregeln var att så länge rådighet fanns så var allt tillåtet i vattendraget. Endast om någon uppströms eller nedströms kunde visa negativ påverkan eller om rådigheten gick att ifrågasätta så kunde man tala om en byggnation som stred emot reglerna. Så det som prövningsförfarandet i praktiken medförde var egentligen att agera som försäkring mot att någon efter anläggningen uppförts kom och klagade och att man då fick riva eller ändra byggnaden. Genomfördes prövning så kunde ingen komma i efterhand helt enkelt.

Utöver detta ska i denna del anmärkas att vad som nu angetts lätt kan få någon att påstå att det vore orimligt att den enda regel som gällde var frågan om rådighet, att enbart detta var grunden för att starta omfattande vattenverksamheter. Och svaret på den frågan är att nej, detta är inte hela bilden. Men det som skiljer förhållandena från idag, där vi i tillstånd enligt Miljöbalken reglerar konkret alla villkoren för en vattenverksamhet, är att det fanns en mängd andra regler som fick till konsekvens att den som bedrev vattenverksamhet med grund i 1734 års lag hade begränsningar som denne måste följa. Utan att gå in på alla dessa delar så kan kort nämnas att eftersom det vid denna tid inte rådte näringsfrihet, den kom först 1862, så behövdes tillstånd av staten (kungen) att få bedriva näringsverksamhet. Detta var en i grunden separat fråga som kan sägas vara en form av koncession där staten bedömde behovet av en föreslagen verksamhet samt såg till att lägga på skatt på verksamheten på visst sätt. Detta är också en form av prövning som genom tillhörande privilegiebrev medförde vissa begränsningar i rätten att bedriva verksamhet. Utöver detta tillkommer även begreppet kungsådra som i många vattendrag medförde att även den som hade rådighet fick se denna rådighet delvis inskränkt på grund av

mera allmänna intressen såsom möjlighet att färdas på vattnet med bår och/eller fisket. Och slutligen så var frågan om dikning en synnerligen viktig fråga på så sätt att de regler som fanns för denna typ av verksamhet, vilket genom åren preciserade i olika förordningar, kunde medföra begränsningar. Väger man ihop detta så är det i grunden så att en vattenverksamhet som bedrivs med stöd av urminnes hävd i sig inte hade några villkor angivna men det betyder inte enligt min uppfattning att det saknades regler för vattenverksamheten. Dessa fanns bara angivna i annan lagstiftning och var mera allmänt hållna på så sätt att de inte explicit angav hur verksamheten vid just nu aktuell kvarn eller såg fungerade. Så kort sagt, att säga att en verksamhet som vilar på urminnes hävd skulle sakna tillstånd är i grunden fel enligt min uppfattning, det är ett synsätt som annat än i extrema undantagsfall inte stämmer.

Att detta resonemang är korrekt anser jag visas av de uttalanden som sedermera kom att göras inför skapandet av 1880 års förordning om jordägarens rätt till vatten å hans grund (nedan 1880 års förordning). För inför skapandet av denna förordning menar jag att man resonerade på samma sätt som jag angett ovan. Man kom vid införandet av aktuell förordning först och främst att klargöra att denna nya förordning inte medförde någon förändring mot den ordning som gällt innan på så sätt att verksamheter som ansågs lagliga enligt tidigare lagstiftning var det även enligt 1880 års förordning. Detta då man vid införandet av aktuell förordning genom 25 § i övergångsbestämmelsen klargjorde att den nya förordningen inte innebar någon rubbning i den rätt och frihet som var förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk och inte heller i annan rättighet att stänga av eller dämna vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet. Kort sagt, äldre tiders ”tillstånd” skulle bestå trots de nya reglerna i 1880 års vattenrättsförordning. Och att urminnes hävd ingår i äldre tiders rättigheter som avses i 25 § specifikt framgår inte av aktuell regel utan det anges i förarbetena till förordningen.

Utöver frågan om övergångsreglerna är här av vikt att påpeka att den nya förordningen byggde på samma principer som angetts ovan. Detta klargörs tydligt genom 1 § som anger:

” En hvar eger att det vatten, som å hans grund finnes, sig tillgodogöra, så vidt ej här nedan eller eljest i lag annorledes stadgas”.

Och ser man till kommentaren (Vattenrättsförordningen jemte i sammanhang dermed utfärdade författningar, sid. 3) till detta lagrum anges följande:

”Förordningens 1 §, hvilken afser att gifva en sammanträngd framställning af den allmänna rättsprincipen i ämnet, tillförsäkrar således den, som eger grunden, hvarå vattnet finnes, rätt att tillgodogöra sig detsamma så vidt denna rätt ej är genom uttryckliga lagbud inskränkt”.

I och med de nu aktuella skrivningarna i 1880 års vattenrättsförordning så knöts de äldre rättigheterna, där urminnes hävd ingår, till den moderna vattenrätten på ett sätt som har avgörande betydelse för dess fortsatta bestånd. Och det klargjordes samtidigt att vad som tidigare varit utgångspunkterna för vad som den som hade rådighet att göra kunde utföra i ett vattendrag. Lagstiftaren valde vid denna tidpunkt helt enkelt att istället för att tvinga alla

vattenverksamheter att genomgå provningar eller på annat sätt förhålla sig till den nya regelmassan välja en lösning där man klargjorde att äldre tiders tillstånd eller rättigheter ägde samma status som helt nya företag och att några ändringar av äldre tiders juridiska utgångspunkter inte avsågs. Och grunddragen i detta synsätt kom från och med denna tidpunkt att bli ett genomgående tema för hur man från lagstiftarens sida såg på vattenverksamheterna under de kommande lite drygt 140 åren. För det som därefter inträffar är att man vid antagandet av 1918 års vattenlag (äldre vattenlagen, ÄVL) gjorde samma bedömning av varaktigheten av de äldre rättigheterna. Vid införandet av ÄVL så skapades nämligen en med 25 § i övergångsbestämmelserna till 1880 års vattenrättsförordning mycket lik regel. Denna betecknas 2 kap. 41 § i ÄVL och består av en regel som anger följande:

”Genom vad i detta kap. finnes föreskrivet göres ej rubbning i den rätt och frihet som är förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk, ej heller i annan rättighet att stänga eller uppdämma vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet; dock vare den, som njuter sådan rättighet till godo, icke fri från skyldighet att, efter ty förut är i detta kap. stadgat, tåla förlust, skada eller intrång till förmån för den, som äger eller vill verkställa byggnad i vatten, eller till fiskets befrämjande”.

Således en i många stycken väldigt lik regel som fanns i 1880 års vattenrättsförordnings övergångsbestämmelser. Vidare är denna skrivning om möjligt än mera central för de äldre rättigheternas status som utgångspunkt för omprövning för moderna miljövillkor. Detta då den regel som idag får sägas tillse att urminnes hävd kan utgöra utgångspunkten för en omprövning för moderna miljövillkor, 5 a § i lagen om införande av Miljöbalken, direkt hänvisar till aktuell regel i ÄVL. Detta genom följande skrivning:

”En verksamhet som bedrivs i enlighet med en urminnes hävd, ett privilegiebrev eller en annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523) ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken eller i föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken, om det inte följer något annat av denna lag eller av föreskrifterna”.

Vid införandet av Nya Vattenlagen år 1984 användes en liknande skrivning och avsikten var även att man skulle göra på samma sätt vid Miljöbalkens införande. Detta skedde dock inte förrän 2019 års lagändringar där införandet av 5 a § i lagen om införande av Miljöbalken klargjorde att samma synsätt som tidigare har gällt fortsatt ägde giltighet. Det får således anses vara så att genom de lagar och förordningar som nu har nämnts i detta avsnitt så har lagstiftaren skapat ett system som innebär att i en obruten kedja som startar med 1880 års vattenrättsförordning så har äldre rättigheter, där urminnes hävd ingår, haft status som är i paritet med ett tillstånd i enlighet med den lagstiftning som gäller vid aktuell tidpunkt. Och i och med 2019 års klargöranden så medför det att urminnes hävd har en status som är att jämnställa med ett tillstånd enligt Miljöbalken. Tidigare fanns praxis och uttalanden i doktrin som medförde att man kunde påstå att denna kedja var bruten, att urminnes hävd och andra äldre rättigheter vid införandet av Miljöbalken förlorat sin status som juridisk grund för en pågående vattenverksamhet. Men detta är genom klargörandena i 5 a § i lagen om införandet

av Miljöbalken slutligen avhjälpna och det torde således idag inte råda några tvivel om att urminnes hävd har samma status som ett tillstånd enligt äldre eller nya vattenlagen. Och i och med detta så kan alltså även en verksamhet som vilar på en urminnes hävd ligga till grund för en omprövning för moderna miljövillkor.

Hur kan man bevisa att urminnes hävd föreligger?

Eftersom urminnes hävd är en så pass oklar rättighet, som i grunden saknar skriftliga källor, så går det inte att bara låta en verksamhetsutövare påstå att rättigheten finns. Någon form av bevisning måste till för att styrka rättigheten. Och som nämnts ovan, även det synsättet har funnits med åtminstone sedan 1734 års Jordabalk som ju talade om skriftliga och muntliga källor för att visa att rättigheten finns. Men för att vi ska kunna klargöra hur en urminnes hävd ska bevisas numera så måste man först veta omfattningen av bevisningen, det som brukar kallas för beviskrav. Detta ska skiljas från det andra begrepp som också brukar användas när man talar om bevisning, bevisbörd. Det sistnämnda avser vem som har att till domstolen framföra bevisning och beviskravet är alltså hur omfattande eller klargörande som beviset i sig självt måste vara. Och när vi talar om dessa frågor som behandlas i denna PM så ligger bevisbördan allena hos sökanden (verksamhetsutövaren) i omprövningen. Detta då det ju sedan 1734 års Jordabalk har klargjorts att den som påstår sig ha urminnes hävd måste visa detta. Således är det inte så konstigt att vi även i omprövningarna har detta krav, den som påstår sig ha urminnes hävd har bevisbördan för påståendet. När detta är klarlagt kan man återgå till frågan om beviskravet och när det gäller detta begrepp är det frågan om att man relaterar till hur klar eller omfattande som bevisningen måste vara för att domstolen ska acceptera att man har uppfyllt beviskravet. Och historiskt har man alltid sett det som att beviskravet är satt lågt, det krävs inte så omfattande och konkret bevisning för att visa att urminnes hävd föreligger som i andra typer av mål. Att så är fallet får sägas framgå bl. a. av vad som anges i 1734 års regler men även i kommentaren till Äldre Vattenlagen, ÄVL, (af Klintberg, Om byggande i vatten) anges skrivningar som indikerar att beviskraven är lågt satta. Detta synsätt förklarar också varför man vid antagandet av 2019 års regler var relativt generös i skrivningarna om beviskravets omfattning. Vid antagandet av reglerna klargjordes i Civilutskottets yttrande (2017/18:CU31) nämligen följande:

”För att denna ordning ska kunna få genomslag är det som regeringen anför viktigt att beviskraven i frågan om vad den äldre rättigheten omfattar inte ställs så höga att det i praktiken blir omöjligt att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort. Vad som är förenligt med urminnes hävd framgår sällan av något särskilt dokument. Som påpekas i propositionen bör det räcka med att verksamhetsutövaren med hänsyn till omständigheterna kan göra sannolikt att den verksamhet som bedrivs i dag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits före införandet av de tillståndskrav som miljöbalken sedan ersatte”.

Det nu angivna, och av undertecknad understrukna, klargör att beviskravet som ska användas då man ska visa på en urminnes hävd är att man ska göra det sannolikt. Och det är den lägsta formen av beviskrav som finns i svenska domstolar och medför i praktiken att all form av

bevisning som kan göra det sannolikt att urminnes hävd föreligger. I andra typer av mål talar man ofta om att något ska vara styrkt för att domstolen ska kunna se det som att man har uppfyllt beviskravet. Det gäller exempelvis i de flesta typer av tvistemål. Och vid brottmål brukar man precisera beviskravet som att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade är skyldig, ett beviskrav som är mycket högt ställt. Men när man som i detta fall ställer beviskravet till att det ska göras sannolikt så är det ett så pass lågt ställt beviskrav som det överhuvudtaget torde vara möjligt att ställa i en domstol. Och detta gör också att alla former av bevisning kan åberopas utan några större möjligheter för domstolen att säga att det inte har betydelse för frågan. Så länge som åberopad bevisning på något sätt kan sägas ge ledtrådar eller annan information kring den påstådda urminnes hävden så är det frågan om bevisning som kan åberopas. Böcker, utdrag från hemsidor, skrivningar i gamla brev liksom olika typer av kartor är därmed alla giltiga som bevis för att man ska kunna göra en urminnes hävd sannolik.

Så långt så vet vi alltså att bevisbörda ligger på den som påstår sig ha en urminnes hävd men de beviskrav som finns för påståendet är så pass lågt ställda att det räcker med att sökanden kan göra det sannolikt att urminnes hävd föreligger. Och det får i de allra flesta fall betydelse på det sättet att man kan göra det sannolikt att det föreligger urminnes hävd, det är relativt få fall där detta inte är möjligt enligt undertecknads bedömning.

Här måste dock frågan kompliceras ytterligare och det beror på omständigheter som redogörs för nedan. För det är tyvärr inte så enkelt numera att enbart historiska uppgifter är tillräckliga. De senaste årens avgöranden i domstolarna liksom vissa formuleringar i förarbetena gör att man enligt min uppfattning måste göra en sorts uppdelning av urminnes hävden och hur man visar att denna finns. Arbetet med att fullgöra beviskravet stannar inte vid historiken utan mer måste till. För i samma del som ovan citerats i Civilutskottets yttrande så finns även en skrivning som anger följande:

”Utskottet anser i likhet med regeringen att det är viktigt att bestämmelserna om rättskraft får en tydlig reglering, och det är därför angeläget att det nu uttryckligen regleras att de särskilda äldre rättigheterna ska anses ha rättskraft. Rättskraft tar sikte på hur ett avgörande kan hindra att samma fråga prövas igen. Lagförslaget innebär att rätten att bedriva en verksamhet som omfattas av de äldre rättigheterna, bl.a. urminnes hävd, ska anses ha rättskraft enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken. Lagförslaget innebär vidare att rätten att bedriva en verksamhet som i dag skiljer sig från villkoren i ett privilegiebrev (exempelvis en kvarn eller andra typer av energiproducerande anläggningar) bör kunna ha rättskraft, även om det har genomförts förändringar av den teknik som verksamheten använder. Det avgörande är därmed inte om den teknik som verksamheten använder skiljer sig från den teknik som ursprungligen användes, utan om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med s.k. äldre rättigheter. Utifrån förhandlingarna inom energiöverenskommelsen ska detta tolkas som att exempelvis rätten att bedriva verksamhet med en gammal kvarn med generator ska kunna ha rättskraft. Huvudregeln för rättskraft enligt svensk rätt är att samma sak inte ska kunna prövas igen – om någon väcker en talan om en sak som redan avgjorts, utgör det tidigare avgörandet ett rättegångshinder. Den som bedriver en vattenverksamhet i enlighet med det som kan anses ha

tillåtits enligt en särskild äldre rättighet (t.ex. enligt ett privilegiebrev eller enligt urminnes hävd) kommer alltså inte längre att kunna föreläggas att söka tillstånd för verksamheten eller för den anläggning som vattenverksamheten drivs med”.

Den av mig angivna understrykningen är en skrivning som möjligen kan tolkas på olika sätt men av intresse för omprövningarna är den tolkning som får anses vara rådande inom praxis. Och det är att skrivningen ska tolkas som att det vid påståenden om urminnes hävd måste visas att det är frågan om en vattenverksamhet som bedrivs i huvudsaklig överensstämmelse med den aktuella urminnes hävden. Att det inte bara räcker att visa att urminnes hävd föreligger utan det måste även klargöras att dagens vattenverksamhet bedrivs i huvudsaklig överensstämmelse med den äldre rättigheten. Detta har angetts i flera fall de senaste åren men i framförallt avgörandet M 1328-19 från Mark- och miljööverdomstolen som på sid. 4 i sin dom anger följande:

”I frågan om det finns tillräckligt stöd för bolagets talan gör Mark- och miljööverdomstolen följande bedömning. Utredningen gällande dammanläggningarna på fastigheten [...] ger stöd för att de kan ha funnits på platsen så länge att det kan vara fråga om en urminnes hävd och det har inte framkommit något som styrker att invändningar från motstående intressen skulle ha riktats mot dammen. Mark- och miljödomstolen har också gjort den bedömningen. Domstolen har vidare bedömt att den vattenverksamhet som dammarnas omfattning medger omfattas av en urminnes hävd. Domstolen har emellertid inte tagit ställning till om dammens funktion och dess inverkan på vattenförhållandena i allt väsentligt förefaller ha varit desamma sedan slutet av 1800-talet. En sådan prövning måste göras. Det kan då konstateras att det saknas närmare uppgifter om vilken vattenverksamhet som bedrivs och har bedrivits. Det har påståtts att dammanläggningarna anlagts för att tillgodose tidigare järnbruksverksamheters behov av vattenkraft i området, vilket stöds av de uppgifter som framkommit, men det saknas detaljerade uppgifter. Det saknas konstruktionsritning samt uppgifter om dammens avbördningskapacitet och vilken aktiv reglering som bedrivs och har bedrivits där. Vidare saknas preciserade uppgifter om tillämpad dämning- respektive sänkningsgräns och om tappade flöden nedströms”.

Innan man går vidare med konsekvenserna av detta avgörande för hur praxis numera ser ut måste undertecknad klargöra att de aktuella skrivningarna som MÖD anger går att ifrågasätta. Med tanke på hur lagstiftningen utformades fram till och med införandet av ÄVL den 1/1 1919 så är det i grunden så att frågeställningarna som MÖD vill få information om oftast inte har dokumenterats på något sätt. Det finns vid väldigt många anläggningar som vilar på urminnes hävd eller andra äldre rättigheter inga uppgifter som visar hur vattenregleringen har pågått, vilka anläggningar som har tillkommit m.m. Och det beror alltså inte på dålig dokumentation utan att det fram till ÄVL:s inträde helt saknade mening att dokumentera aktuella åtgärder vid exempelvis en kvarn. Detta då ju den rätt som gavs i 1734 års lag och som uttryckligen också framgick av 1880 års vattenrättsförordning medförde att den som hade rådighet kunde bygga, förändra och på alla sätt göra åtgärder i vattendraget som den själv ville. Begränsningar fanns genom frågor om negativ påverkan på andra närliggande fastigheter och i annan lagstiftning.

Men så länge frågor som aktualiserade problem kopplade till nu angivna premisser inte aktualiserades så var det inte heller något som man som verksamhetsutövare behövde bekymra sig om. Därav kan man ställa sig frågan varför MÖD menar att man måste uppställa det nu aktuella kravet på redovisning vid påstående om urminnes hävd. Jag återkommer mer kring den fråga nedan.

Men om vi bortser från föregående stycke så kan man enligt min uppfattning genom detta avgörande, som det sedan har relaterats till i många andra domar efteråt, så får alltså praxis idag enligt min uppfattning anses medföra att för att man ska kunna visa att en urminnes hävd finns och har funktion som ett tillstånd för en pågående vattenverksamhet och därmed kan utgöra utgångspunkt för en omprövning så måste bevisning förebringas som hanterar två aspekter av en urminnes hävd:

1. Den historiska aspekten, att det överhuvudtaget finns en urminnes hävd. Denna del av frågeställningen kan uppfyllas med hjälp av allmänt tillgängliga uppgifter. En bra utgångspunkt för att uppfylla beviskravet i den historiska aspekten är Lantmäteriets kartdatabas Historiska kartor som innehåller en söktjänst där man kan zooma in på den plats där ens anläggning ligger och därefter få tillgång till alla historiska kartor som finns för platsen. Detta helt utan kostnad. Och de nu aktuella kartorna innehåller många gånger markeringar av de dammar som vid kartans upprättande fanns på platsen och därmed kan man knyta dammen till en tidpunkt. Andra källor till kunskap kan vara att finna i de förrättningsakter som finns tillgängliga i fastighetsregistret. Eftersom vatten och rådigheten över denna har betydelse vid fastighetsregleringar så finns det många gånger skrivningar om detta i äldre handlingar från Lantmäteriet. Dessa akter kräver oftast ett abonnemang hos exempelvis Metria men om man vet aktnumret så kan man få del av handlingarna via Lantmäteriet eller Landsarkivet. Sistnämnda myndighet är också en bra källa till kunskap över olika bygders historik och det går till viss del att söka på nätet efter uppgifter i Landsarkivets register. Utöver detta så brukar de flesta hembygdsföreningar som finns där ens kraftverk är beläget ha uppgifter om traktens historik så ett tips kan vara att ta kontakt med denna. Utöver detta finns ibland uppgifter i böcker tillgängliga på det lokala biblioteket, särskilt om ens anläggning har varit kopplad till någon form av industri såsom ett bruk eller liknande. Då ökar möjligheten att det finns något skrivet om anläggningen. Kort sagt när det gäller den historiska aspekten så kan vilka källor som helst användas så länge de är något så när trovärdiga och objektiva.
2. Den tekniska aspekten, den del som hanterar frågan om dagens vattenreglering sker i huvudsaklig överensstämmelse med urminnes hävden. Den här delen av bevisföringen är klart mera komplicerad och svår att hantera på egen hand. För att kunna hantera frågan är det troligen inte tillräckligt att bara hänföra sig till foton och jämföra dem med äldre bilder. Någon form av teknisk utredning måste göras och den kan då troligen bara göras med hjälp av teknisk kunnig person i form av en konsult. Inom ramen för omprövningen för moderna miljövillkor så ingår normalt sett en sådan person i kretsen

av de som hjälper verksamhetsutövaren av med omprövningen. Det är därför naturligt att det i ansökan om omprövning för moderna miljövillkor finns en särskild del av det tekniska underlaget som anger den pågående vattenregleringens förenlighet med urminnes hävden. Denna del av praxis och hur domstolarna ser på detta är dock oklar och det återstår att se hur långt bevisbördan i dessa delar sträcker sig. Så långt är dock klart att i omprövningarna så förväntar sig domstolarna att sökanden ska ha med aktuell aspekt vid påståenden om urminnes hävd.

Att särskilt notera kring punkten 2, d.v.s. den tekniska aspekten, är att det som nämnts ovan det är svårt att säga exakt hur detta ska gå till, vad är det som krävs för att domstolen ska anse att man har uppfyllt beviskravet. I de få fall där saken har berörts hittills så verkar det som att domstolarna vill se en teknisk analys som utgår från vad som kan iakttas och hur det relaterar till den historiska aspekten. Här finns dock flera parametrar som kan vara utgångspunkten och som i många fall det finns antingen faktiska uppgifter kring eller åtminstone en praxis vid kraftverket som sträcker sig långt tillbaka i tiden. Med detta avses exempelvis följande aspekter vid kraftverket:

- a) Dämmningsgräns som kan finnas markerad och/eller dokumenterad. Sänkningsgräns är ytterst ovanlig på äldre anläggningar men möjligheten att finna en dämmningsgräns är desto vanligare. Och om den har brukats under lång tid så går detta ofta att se, antingen via vattenmärken eller att den kan iakttas på annat sätt.
- b) Kontinuerlig vattenreglering vid dammen genom århundrandena kan i vissa fall styrkas. Och här är viktigt att notera att det som är det väsentliga i denna del torde vara att se till hur själva vattenregleringen och avbördningen förhåller sig till den urminnes hävden. Det är detta som i grunden är det som regleras i lagstiftningen och i förarbetena görs idag en enligt undertecknads bedömning klar distinktion mellan den teknikutveckling som har skett vad gäller utvinningen av kraft ur vattnet såsom turbiner och generatorer och själva vattenregleringen. För det får anses klarlagt med de uttalanden som anges ovan i Civilutskottets yttrande att övergången från exempelvis en kvarn till kraftverk inte ska ha betydelse för frågan om den äldre rättighetens bestånd. Det är enbart vattenregleringen som är intressant och således om det går att finna bevis kring beständig vattenreglering så är detta ett klart användbart bevis.

Att urminnes hävd och bevisningen av denna har de ovan nämnda aspekterna och att domstolarna generellt ser på saken på angivet sätt anser undertecknad vara klarlagt utifrån den första omgången ansökningar om omprövningar som har erhållit kompletteringsförelägganden. Förelägganden har i dessa delar kommit direkt ifrån domstolarna i vissa fall och i andra är det via synpunkter från länsstyrelsen eller Kammarkollegiet som frågeställningarna har kommit in i ärendena. Oavsett vem som har initierat frågan så går det dock inte att bortse från frågeställningen, i den absoluta merparten av alla de pågående omprövningarna har frågan kommit i ett föreläggande som innehåller en skrivning om att om inte föreläggandet följs så finns risk för avvisning. Så kort sagt, yttranden och kompletteringar måste i dessa fall göras. Domstolarna verkar vidare resonera i dessa frågor på det sätt som anges ovan och där den

tekniska aspekten är den klart svåraste att visa. Och här kommer det framöver att uppstå gränsfall som det är oklart hur domstolarna ser på. Som exempel kan nämnas de fall, vilket i sig torde vara relativt vanligt förekommande, där avbördningsförmågan har ändrats vid dammen, utbyggnadsvattenföringen har utökats eller att vattenhushållningen på annat sätt har ändrats. Om detta är omständigheter som medför att en urminnes hävd upphör att existera eller inte är till viss del oklart idag. Frågeställningen berörs nedan under särskilt kapitel i denna PM då undertecknad har vissa tankegångar kring saken utan att veta fullt ut med säkerhet. Men det kommer att vara en fråga som måste hanteras på ett bra sätt i ansökningarna om omprövning men exakt vad den innebär är svårt att uttala sig om ännu. Det kommer att visas i de domar som kommer framöver men det får för kommande omprövningar anses vara så att verksamhetsutövaren måste vara beredd på att frågan kommer att komma upp, det kan såsom läget ser ut varje kraftverksägare med urminnes hävd helt utgå ifrån.

Urminnes hävd och omprövning för moderna miljövillkor

Som nämnts i föregående avsnitt så är och kommer i kommande omprövningar frågan om urminnes hävd att vara en fråga som måste hanteras noggrant. Detta är en slutsats som måste kunna sägas att man kan dra utifrån den första omgången omprövningar där förelägganden om kompletteringar har kommit i många av de fall där urminnes hävd är det tillstånd som är utgångspunkten för omprövningen. Med stöd i dessa förelägganden från domstolarna är det inte troligt att det kommer att accepteras av domstolarna att enbart ange att man har en urminnes hävd. Domstolarna kommer i ett sådant läge troligen att kräva att detta visas på ett sätt som de anser vara acceptabelt och det är då rimligen i frågan om den äldre rättighetens förenlighet med pågående vattenverksamhet som är fokus för begäran om kompletteringar. Orsakerna till att domstolarna förhåller sig till denna fråga på aktuellt sätt är flera, vilket klargörs nedan. Vidare så har länsstyrelserna och i flera fall Kammarkollegiet också intagit en inställning som går ut på att man anser att verksamhetsutövaren måste precisera och bevisa att det föreligger en urminnes hävd som kan utgöra grund för en omprövning. Detta förfaringssätt har i vissa fall ifrågasatts av kraftverksägare som anser att myndigheter och domstolar, helt i onödan, ifrågasätter äldre rättigheter i allmänhet och urminnes hävd i synnerhet.

Min personliga uppfattning i frågan är att det inte hade behövt vara så komplicerat som det är i dagsläget men det går heller inte att i egentlig mening peka på domstolar och myndigheter och säga att de har helt fel i sina påståenden. För som angetts ovan, det finns en utveckling inom praxis när det gäller urminnes hävd som visar att lagstiftningen ska tolkas som att det inte räcker med att bara hänvisa till den historiska aspekten av urminnes hävd. Och beroende på hur man tolkar skrivningarna i förarbetena som talar om att dagens vattenverksamhet ska bedrivas i huvudsaklig överenskommelse med urminnes hävd så är det inte helt ologiskt att utvecklingen har rört sig åt detta håll. Det är vidare en utveckling och bedömning som till viss del får anses vara pågående och accelererande på ett sätt som jag personligen inte trodde skulle vara möjligt när omprövningarna drogs igång.

För ser man till de mera övergripande delarna av förarbetena så är det ju lagstiftarens utgångspunkt att alla som vill ska få fortsätta att bedriva verksamhet vid sina kraftverk oavsett vilken rättighet eller tillstånd som dagens verksamhet bedrivs med. Vidare skulle ju omprövningarna vara förenklade prövningar som inte hade samma krav på omfattningen av underlag och därmed skulle en mera smidig process vara modellen som vi hade att arbeta med för omprövningarna. Som nämnts ovan, med ledning av dessa slutsatser så borde ju då inte avgöranden av den typ som kommit från MÖD om vattenverksamheter med stöd i äldre rättigheter ha kommit, åtminstone när det gäller omprövningarna så borde en klart enklare hantering genomföras. Men ändå så är det ju på det sättet att MÖD har klargjort sin inställning i frågan och att domstolen har hamnat i den bedömningen kan bero på flera orsaker. Personligen misstänker jag att det handlar om att förarbetena i dessa delar skiljer sig sinsemellan. Läser man vad som står i själva propositionen (prop. 2017/18:243, sid. 110) kring frågan så anges följande:

”Ett beslut eller en äldre rättighet som anses vara ett tillstånd enligt Miljöbalken har rättskraft endast beträffande de frågor som har prövats, eller i fråga om urminnes hävd, kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivs”.

Den nu aktuella skrivningen, i ljuset av vad som angetts ovan kring äldre rätts utgångspunkt kring den som hade rådighet och möjligheten som detta gav att fullt ut nyttja vattnet, är enligt min uppfattning ytterst märklig. Jag menar att någon sådan regel eller synsätt aldrig har rått i svensk rätt, inte vid någon gång under historiens gång har sådana krav uppställts på en äldre rättighet. Det finns i denna del i förarbetena inga egentliga grunder för påståendet, det bara anges. Så det går inte att härleda någonstans utan ger snarare intrycket av att det är en form av uppfattning av den som skrivit förarbetena. Det går helt enkelt inte att förhålla sig till. Och än märkligare blir det om mot aktuell skrivning väger in de skrivningar som finns i Civilutskottets yttrande och som anges ovan på sid. 8 i denna PM. För de sistnämnda skrivningarna och motiveringarna är enligt min uppfattning, utan att det uttryckligen klargörs, helt i linje med hur man historiskt har sett på de äldre rättigheterna och framförallt urminnes hävd. Och det är att dessa former av grunder för vattenverksamheten måste tolkas i ljuset av de regler som rådde då verksamheten startade. Och om detta, som i fallet med urminnes hävd, medför att några egentliga begränsningar i vad som fick göras inte finns så uppställs genom uttalandena i propositionen en begränsning som saknar historisk grund och dessutom strider emot lagstiftarens uttryckliga vilja. Detta kan synes vara en ytterst provocerande slutsats men jag kan inte se saken på annat sätt.

Dock gäller som sagt att så här långt finns det väldigt lite som tyder på att min uppfattning i frågan kommer att gälla utan istället så avkrävs i omprövningarna omfattande bevisning som gäller den tekniska aspekten av urminnes hävd. Och hittills i omprövningarna medför detta att domstolarna och myndigheternas synpunkter på inlämnade underlag är så pass omfattande att om detta ska vara utgångspunkten framöver så är det i princip samma omfattning av underlaget som vid en nyprövning. Och det får då även effekter för frågan om urminnes hävd som leder till att denna form av tillstånd avkrävs omfattande underlag för att det ska anses vara acceptabelt. Så kort sagt, det är inte ologiskt att läget ser ut som det gör sett till MÖD:s

avgörande och uttalandet i propositionen. Men omständigheterna går att tolka annorlunda och det återstår att se hur domstolarna ser på av mig angiven argumentation.

Så för att sammanfatta så här lång så kan jag personligen anse att man inte behövde ställa så höga krav på redovisningen av urminnes hävd som nu sker i omprövningarna. Men samtidigt kan jag inte säga att domstolar och myndigheter har helt fel när de kräver mera underlag varför det i dagsläget måste vara så att om man inte vill riskera att få sin ansökan om omprövning avvisad så måste man gå in med mera detaljerad information om sin urminnes hävd. Och för att närmare förstå utmaningarna som detta medför för omprövningarna så måste man även närmare förstå vad det är som myndigheter och domstolar anser är problematiskt med en urminnes hävd i omprövningen. För det är enligt min uppfattning och bedömning, vilken baseras på erfarenheterna från de pågående omprövningarna, så att det som ifrågasätts i de allra flesta fall inte är den historiska aspekten av urminnes hävd utan den tekniska. I de allra flesta fall där urminnes hävd har hamnat under luppen är det just frågan om vattenverksamheten kan anses bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med påstådd urminnes hävd. Domstolar och myndigheter har i dessa fall uttryckt sig på det sättet att man förväntar sig och kräver att sökanden i en ansökan om omprövning som utgår från en urminnes hävd ska presentera analyser som visar att det är frågan om en vattenreglering som är i huvudsaklig överensstämmelse med den historiska regleringen. Och det i sig är inte helt enkelt i många fall. Detta då det ju många gånger har gått väldigt lång tid sedan vattenverksamheten påbörjades och att få tillräckliga fakta kring hur vattenregleringen såg ut i äldre tider är många gånger svårt. Att det finns en damm på en plats från exempelvis år 1762 går många gånger att få fram fakta kring. Men hur vattenregleringen såg ut vid denna tidpunkt är många gånger inget som framgår i tillgängliga källor utan då måste man på annat sätt söka svaret på frågan. Skickliga och erfarna tekniska konsulter kan ofta se spår av den historiska vattenregleringen på platsen men det är inte givet att det går att dra några exakta slutsatser i frågan. Så här kommer på en hel del platser krävas att arbete läggs ner för att klargöra förutsättningarna annars riskerar ens ansökan att bli avvisad.

Så hur hanterar man då detta i omprövningarna som verksamhetsutövare och kraftverksägare? Min uppfattning är att man ökar chanserna för att domstolarna ska acceptera ens slutsatser i ansökan om man har följande två förutsättningar:

1. En duktig och erfaren teknisk konsult som kan analysera och på ett bra sätt i skrift klargöra förutsättningarna på platsen. Och då helt enkelt att denna person kan tydliggöra och förklara de spår av historisk vattenreglering som går att finna idag och därefter jämföra detta med de historiska uppgifterna.
2. Att man antingen själv eller via annan sakkunnig eller konsult så noga som det bara går utreder den historiska aspekten av urminnes hävd. Ett gediget och väl undersökt historiskt utgångsläge är en förutsättning för att man ska kunna uttala sig närmare om frågan om dagens vattenverksamhet bedrivs i huvudsaklig överensstämmelse med urminnes hävd. Ju bättre det historiska underlaget är desto lättare är det att bedöma om dagens verksamhet bedrivs i huvudsaklig överensstämmelse.

Så kort sagt, det går troligen inte att komma runt frågan om urminnes hävd vid omprövning för moderna miljövillkor utan att det finns bra underlag både vad gäller den historiska och tekniska aspekten. Det borde enligt min uppfattning i grunden inte krävas att man ska behöva lägga så pass mycket tid och resurser på denna fråga men det går inte i dagsläget att se någon annan utväg. Detta med hänsyn till praxis utveckling under de senaste åren och de slutsatser som går att dra från första omgången med inlämnade ansökningar om omprövning.

Stoppföreläggandens inverkan på möjlighet till omprövning

Som om det ovan anförda inte vore nog så finns utöver detta en form av särfall där det sätts än hårdare press på urminnes hävd och andra äldre rättigheter. Och det är de fall där länsstyrelserna riktade förelägganden emot olika kraftverk som gick ut på att om inte ansökan om tillstånd (nyprövning) gjordes så var fortsatt avledning av vatten för produktion av el förbjuden. Detta är en typ av förelägganden som undertecknad brukar benämna stoppförelägganden och som vissa länsstyrelser riktade emot ägare av småskalig vattenkraft framförallt under åren 2015-2018. En del av dessa förelägganden hann vinna laga kraft och medförde att produktionen av el var tvungen att avslutas medan det i vissa fall var så att 2019 års lagändringar hann träda ikraft innan tidpunkten för stoppförbudet vann laga kraft. Genom att merparten av alla kraftverksägare kom att anmäla sig och få godkänt att vara med i den nationella planen så glömdes till stor del frågan om stoppföreläggandena bort, de hade ju spelat ut sin betydelse eftersom den nationella planen och omprövningarna skulle medföra att frågan om miljöanpassning hanterades slutligt.

Men det som därefter sker är att Mark- och miljööverdomstolen i december 2021 kom med fem avgöranden som kan sägas ha potential att påverka de som fick stoppförelägganden emot sig och deras möjlighet till omprövning. De fem avgörandena kan när det gäller grundläggande förutsättningar delas in i två huvudsakliga kategorier. Den första kategorin är kraftverk som har erhållit förelägganden som har inneburit att länsstyrelsen förbjuder fortsatt avledning av vatten till turbinerna för produktion av det som numera betecknas vattenkraftsel. Detta föreläggande har antingen varit en del i att förmå verksamhetsutövaren att inkomma med ansökan om tillstånd eller så har det varit en del i tillsynen där länsstyrelsen har bedömt att någon rätt att reglera och avleda vattnet inte har funnits. Eller helt enkelt att något tillstånd för kraftproduktion inte existerar. Till denna kategori hör avgörandena M 1812-20, M 11798-19 samt M 2113-20. Den andra kategorin utgörs av målen M 1532-20 och M 1533-20. I dessa fall hade länsstyrelsen processat mot en verksamhetsutövare som hade en dom enligt nya vattenlagen för de två anläggningarna. I villkoren för domen så angavs att fisktrappa och ålyngelledare skulle uppföras. Då detta inte hade skett förde länsstyrelsen talan om att sådana anordningar skulle skapas och om så inte skedde skulle verksamheten rivas ut. Länsstyrelsen fick gehör för sin talan i domstolen och domen vann sedermera laga kraft.

Det som därefter har skett i alla de aktuella ärendena är att verksamhetsutövarna i enlighet med de särskilda regler som fanns under våren 2019 har anmält kraftverken till att medverka i den nationella planen. D.v.s. att verksamheterna ska ingå i NAP och sedermera kunna omprövas i

enlighet med de regler som infördes från och med en 1 januari 2019. Länsstyrelserna har dock i alla de aktuella fallen nekat kraftverksägaren att få vara med i NAP och då hänvisat till det faktum att vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel inte bedrevs vid anmälningstillfället. Eller med andra ord att respektive kraftverk inte uppfyller de regler som framgår av 11 kap. 6 § MB och som anger kraven för att få vara med i NAP. Detta överklagades av alla berörda verksamhetsutövare och i de allra flesta fallen kom man att få rätt i Mark- och miljödomstolen.

Men det som därefter sker i de aktuella avgörandena, när målen kom att nå till MÖD, är i korta ordalag följande. MÖD ifrågasätter inte att en äldre rättighet ger en rätt att bedriva vattenverksamhet och att denna rätt är en med tillstånd enligt Miljöbalken liknande rättighet. Detta genom införandet av regeln i 5 a § i lagen om införande av Miljöbalken. Med de nya reglerna som infördes den 1 januari 2019 har dock numera tillkommit ett krav på att vattenverksamheter som producerar vattenkraftsel ska ha moderna miljövillkor. Detta preciseras i regeln i 11 kap. 27 § Miljöbalken. Vägen för att dessa moderna miljövillkor ska erhållas är via den nationella planen och genom omprövning. Denna lösning är en form av inskränkning av rättskraften i de befintliga tillstånden för verksamheterna, den ligger så att säga ovanpå själva tillståndet eller rättigheten. Den grundläggande regeln för tillståndsplikt för vattenverksamheter finns dock i 11 kap. 9 § Miljöbalken och denna regel är i grunden den som slutligen avgör vad som är tillståndspliktigt och vad som inte är det. Och i lagstiftningsarbetet med de nya reglerna om omprövning så har lagstiftaren inte angett att regeln i 11:27 på något sätt ersätter 11:9 när det gäller att reglera vidden av tillståndsplikten. Tvärtom anges i förarbetena att sistnämnda regler även fortsatt är styrande för tillståndsplikten. Med MÖD:s resonemang i frågan medför det alltså att en omprövning av en verksamhet endast är möjlig i de fall där det finns ett faktiskt tillstånd eller tillståndsliknande rättighet. Och vidare så innebär MÖD:s resonemang att domstolen menar att den rätt som framgår av 11:27 andra stycket Miljöbalken, som innebär att fortsatt drift av kraftverket får pågå till dess omprövningen är klar, endast gäller i de fall där det finns ett tillstånd eller en rättighet. Så kort sagt så är alla delar i ett kraftverks medverkan i omprövningarna och NAP beroende av om det finns ett tillstånd eller tillståndsliknande rättighet. Finns inte denna rättighet eller tillstånd kvar, av vilken anledning det än må vara, så kan inte anläggningen omprövas och ska inte vara med i NAP. I de aktuella fallen blev slutsatsen därför att eftersom verksamheterna i form av avledning av vatten till kraftverken hade upphört genom förelägganden och i ett fall hade tillståndet upphävts helt så fanns inte den grundläggande rättigheten eller tillståndet kvar. Dessa var genom länsstyrelsernas åtgärder raderade och kvar finns endast tillståndspliktiga verksamheter som för att få vara kvar måste tillståndsprövas på nytt (nyprövning).

De nu aktuella slutsatserna från MÖD misstänkte undertecknad skulle komma att aktualiseras även i omprövningarna och detta har sedan visat sig vara korrekt. Det som sker och troligen kommer att ske på andra platser är att länsstyrelserna i de fall där stoppförelägganden tidigare har utfärdats anger att deras bedömning är att det kan ifrågasättas om tillståndet, i form av äldre rättighet, finns kvar. D.v.s. att man resonerar i linje med MÖD:s resonemang på så sätt att stoppföreläggandets effekt är att radera ut det tidigare tillstånd som har funnits. Detta beroende

på att en urminnes hävds status som tillstånd endast kan bestå så länge som vattenregleringen pågår. När den upphörde genom stoppföreläggandet så försvann även urminnes hävden. När målet därefter når domstolen så hanterar sistnämnda detta i de fall som hittills har kommit så att domstolen förelägger sökanden att redovisa hur MÖD:s nya praxis förhåller sig till den rättighet som ligger till grund för omprövningen. Eller mera konkret, domstolen anser att sökanden ska visa att den äldre rättigheten finns kvar trots tidigare stoppföreläggande. Exakt hur man ska bemöta detta och om domstolarna accepterar den argumentation som kan anföras emot länsstyrelsens och/eller Kammarkollegiets ifrågasättande är i dagsläget oklart. Undertecknads bedömning är att en potentiell väg ur problematiken är om man kan visa att ansökan och beslut om medverkan i den nationella planen är kopplade till ett datum som ligger före den dag då stoppföreläggandet började att gälla. Det borde enligt min uppfattning vara en rimlig lösning på frågan då det i så fall måste vara så att tidigare stoppföreläggande aldrig hann få någon effekt och därmed helt har spelat ut sin roll. Men detta kan i dagsläget inte sägas vara klarlagt, det får kommande omprövningar visa. Men det är teorin idag från min sida. I denna del får rimligen uppdatering av denna PM göras efter årsskiftet 2022 då troligen en mera komplett bild kan ges av rättsläget.

Det som dock är klarlagt är att det nu ovan angivna ställer ytterligare krav på verksamhetsutövaren när det gäller att ha koll på historiken vid sin anläggning. Att gå tillbaka i äldre skrivelser och förelägganden från länsstyrelsen kommer framöver att vara en viktig del i arbetet inför ansökan och det är vidare något som man som kraftverksägare i god tid innan ansökan ska lämnas in bör undersöka och dokumentera. Detta för att skapa klarhet och underlätta arbetet vid själva ansökan. Och skulle stoppförelägganden ha utfärdats så måste det hanteras för sig i särskild ordning i ansökan.

Om vattenverksamheten har ändrats – vad gäller då?

Som nämnts ovan är det i frågan om urminnes hävd och dess hantering i omprövningarna ofta en fråga om dagens vattenreglering sker i enlighet med den äldre rättigheten. Och då är det många gånger så att det kan konstateras att dagens vattenreglering eller vattenhushållning har ändrats jämfört med hur den såg ut tidigare. Detta beror på en mängd omständigheter som alla enskilda eller tillsammans kan vara applicerbara på det enskilda kraftverket. Det handlar om förändringar av dammens utseende på så sätt att exempelvis krönhöjden har ökats, ökad avbördningsförmåga genom exempelvis större utskov, förändringar av inlopps- och utloppskanaler m. m. Skälen till varför dessa åtgärder gjordes är många gånger mycket oklara men det troliga är att det handlar om åtgärder som antingen är kopplade till bytet av teknik för utvinningen av vattenkraften när man övergick till turbiner och generatorer eller att det är frågan om åtgärder som ansågs nödvändiga för att tillse att andra motstående intressen inte påverkades negativt. Och då är det oftast frågan om närliggande konkurrerande vattenverksamheter eller att flottningen har medfört ytterligare behov av vattenföring. Alla dessa åtgärder skulle idag ses som direkt tillståndspliktiga och kan aldrig sägas falla under den regel som i 11 kap. 12 § Miljöbalken anger då åtgärder kräver varken tillstånd eller anmälan. Detta är ju nämligen enbart möjligt då det är uppenbart att allmänna eller enskilda intressen inte påverkas negativt. Och

särskilt de allmänna intressena är idag väldigt svårt att säga att de inte påverkas negativt med tanke på systemet med miljökvalitetsnormer för vatten. Så anlägger man dagens ögon på många av de åtgärder som har gjorts vid anläggningar med urminnes hävd och andra äldre rättigheter så är det på ett sätt naturligt att frågan om förenligheten med äldre tillstånd uppstår.

Undertecknads uppfattning är dock att svaret på denna fråga inte per definition kan sägas vara att alla åtgärder som är gjorda vid ett kraftverk medför att den äldre rättigheten påverkas negativt. Att man i frågan om förenligheten med urminnes hävd i såväl tekniskt som historiskt perspektiv måste väga in hur man vid den tidpunkt där ändringarna genomfördes såg på frågan om förändringar av en pågående vattenverksamhet. Att detta ska ha en betydelse framgår inte explicit av förarbetena till reglerna om omprövningarna. Men då det är frågan om legalitetsaspekter och rättskraften av äldre tiders tillstånd så måste det rimligen ha en betydelse hur man vid tidpunkten för åtgärden såg på behovet av tillstånd. Så kort sagt, min bedömning är att historiken kring denna frågeställning har betydelse för hur man ska se på förändringar av en verksamhet som vilar på urminnes hävd.

Exakt när en förändring av en vattenverksamhet är genomförd kan många gånger vara svårt att uttala sig om. Det kan finnas skrivningar om detta i äldre handlingar men det behöver inte vara så. Dock kan man rimligen utgå från att många förändringar genomfördes i samband med övergången från direktverkande utvinning av kraften i vattnet vid exempelvis en kvarn till att en turbin installerades. De förändringar som då gjordes har då rimligen inträffat någon gång mellan 1800-talets slut fram till 1940-talet då vi har att göra med den småskaliga vattenkraften. Så mycket översiktligt så har vi alltså att göra med denna period då rimligen många förändringar kom att genomföras vid dagens kraftverk. Och till stor del parallellt med detta får även sägas att förändringar drivna av flottningen är relativt vanliga. Flottningen var som mest intensiv under en ca ett hundra år lång period, från mitten av 1800-talet fram till 1960-talet. När flottningen pågick i vattendrag där kraftverk också fanns medförde detta att de två verksamheterna konkurrerade om vattnet på alla sätt och vis. Flottningen behövde forsande vatten medan vattenkraften erfordrar att kunna dämna och styra vattnet. Så här är det väldigt ofta så att vattenkraften fick ge visst avkall på sin verksamhet för att tillse att ett annat väsentligt samhällsintresse i form av flottningen gavs möjligheter att fortsätta. Därav de ofta förekommande flottningsrännorna och de till detta hörande villkoren i tillstånd om hur vattenföringen skulle garanteras för flottningen. Så kort sagt, de två nu angivna omständigheterna eller företeelserna gjorde att det på många håll krävdes förändringar av befintliga anläggningar och det i sig skulle då med moderna vattenrättsliga ögon medföra skäl för en ny tillståndsansökan.

Så om vi utgår från vad som angetts ovan så handlar det generellt sett på många platser om åtgärder som har genomförts från slutet av 1800-talet och fram mot 1960-talet. Och detta aktualiserar då under dessa lite drygt 80 års tid två regelmassor som dåtidens verksamhetsutövare hade att förhålla sig till, 1880 års vattenrättsförordning och ÄVL. Om man först ser till 1880 års vattenrättsförordning så har frågor kopplade till den ”tillståndsplikt” som denna förordning medför delvis berörts ovan men nu redogörs för mera detaljer kring frågan

om ändring av en verksamhet enligt förordningen. Utgångspunkten för frågeställningen handlar i denna del dels om vad 1 § medger för rätt att utföra åtgärder i vatten och dels vad som anges i 10 §. Sistnämnda kan vid en första anblick sägas vara en tillståndsregel då den verkar kräva tillstånd:

”Vill någon för vattenverk göra ny eller förändra äldre damm, göre anmälan derom hos domaren med uppgift å vattendraget och den fastighet, å hvars grund byggnaden skall göras, samt socken och härad, hvartill fastigheten hörer. Domaren begäre hos konungens befallningshafvande förordnande för lämplig person att i afseende å företaget bevaka talan, till betryggande af det allmännas rätt, och förfare i öfrigt på sätt i 19 och 20 §§ stadgas angående utsättande af syn på stället, kungörelse om tiden för häradsrättens sammanträde samt tillkallande af sakkunnig man för afvägning eller annan undersökning af vattendrag med dess af- och tillopp, ofvan eller nedan.

Efter det frågan sålunda vunnit nödig utredning med alla tillhörande omständigheter, bestämme rätten om och under hvilka vilkor byggnaden må inrättas, så att annan i sin rätt deraf ej må förnäras, huruvida och till hvad storlek damlucka bör anbringas, vid hvilka tider den skall hållas öppen, och huru vattenmärke till utvisande af lofliga vattenhöjden bör på vattenverksegarens bekostnad inhuggas i berg, jordfast sten eller annat fast föremål med hvad öfrigt må finnas nödigt föreskifva.”

Men den nu aktuella skrivningen kan aldrig tolkas som en tillståndsregel på det sätt som vi idag talar om att det finns i Miljöbalken. Regeln handlar helt enkelt inte om att införa ett tillståndsförfarande innan anläggande genomfördes utan den handlar enbart om att agera väg för den som ville bedriva en vattenverksamhet och var osäker på rådighet eller om övrig lagstiftning skulle medföra negativa begränsningar. Detta får anses klargöras mycket väl i sedan tidigare angiven kommentar till 1880 års förordning på sid. 35-36:

”Någon nödvändighet synes ej heller förfinnas, att den, som vill å sin egen grund bygga vattenverk, först ovillkorligen måste låta genom en formlig embetsmannaundersökning utrönas om hans anläggning till äventyrs kan göra annan person skada. Är han, t.ex. som egare af båda stränderna ända ned till vattendragets lopp, viss på att skada ej sker, bör han ock vara fri från kostnad och besvär, som af undersökningen vållas. Medgifva ej omständigheterna en dylik visshet, är det onekligen för honom af väsentlig vikt att genom provokatorisk rättegång kunna bereda trygghet för anläggningen”.

Det nu sagda samt övriga skrivningar i kommentaren får enligt min uppfattning anses medför att aktuell regel enbart gav en möjlighet till prövning. Utgångsläget var att fanns rådighet och risk för skada på allmänna eller enskilda intressen inte uppstod så var alla åtgärder, inklusive ändringar tillåtna.

Att det förhöll sig på detta sätt måste vidare anses vara fastslaget genom de uttalanden som gjordes i betänkandet med förslag till ÄVL:

”En anmärkning, som med rätta gjorts mot vattenrättsförordningens föreskrifter i fråga om förundersökning, är att de ej visat sig fullt effektiva. Påbudet om en dylik undersökning är visserligen för de fall som därmed avses, ovillkorligt, men uraktlåtenheten att iakttaga detsamma är icke – fränsett de tillfällen, då det är fråga om ett förfarande i strid mot någon bestämmelse i allmänna strafflagen – belagd med någon påföljd av kriminell natur. Ej heller medför en sådan uraktlåtenhet, att byggnaden under alla förhållanden betraktas som olaglig. Vål utsätter sig den, som bygger utan föregående prövning enligt 10 §, för risken att på yrkande av någon, vilken genom byggnaden tillskyndas skada, nödgas ändra eller utriva byggnaden. Men om byggnaden sker så, att annans rätt eller allmänna intressen ej förnärmas, upphör denna risk och byggnaden måste, oaktat föreskriften om förundersökning ej blivit iakttagen, anses vara av laga beskaffenhet. Det är således beroende av den byggande själv, om han vill utsätta sig för den nämnda risken eller genom att påkalla offentlig förundersökning förskaffa sig trygghet”.

Läser man dessa uttalanden så menar jag att det är direkt uppenbart att både själva anläggandet av en anläggning men även en förändring av en sådan inte kan sägas ha medfört något krav på tillstånd på det sätt som vi idag känner. Och därmed kan en ändring av en anläggning inte heller anses vara ett problem vid en omprövning om vi ser till 1880 års förordning.

Att detta synsätt verkligen verkar ha varit allmänt utbrett styrks enligt min uppfattning även av hur lagstiftningen i ÄVL kom att utformas i dessa delar. För reglerna för tillstånd i denna lag var inte alls så omfattande som de är idag med en tillståndsplikt som träffar alla typer av åtgärder som görs i vatten och endast i det undantag som nämns ovan i 11 kap. 12 § Miljöbalken finns undantag. Den ordningen skapades först med Nya Vattenlagen (NVL) som trädde i kraft år 1984 och sedan utvecklades reglerna i dessa delar ytterligare med införandet av Miljöbalken. Men på ÄVL:s tid var det istället frågan om en tillståndsplikt som byggde på äldre tiders synsätt och som då innebar följande.

I utgångsläget kan man, vid en första anblick, få intrycket av tillståndsplikten för åtgärder i vatten var total. Detta om man läser vad som anges i de inledande delarna av regeln i 2 kap. 20 § ÄVL:

”Ej må i älv, ström, å eller större bäck arbete för uppförande eller förändrande av damm påbörjas, förrän efter ansökan i den ordning som i 11 kap. sägs, vattendomstolen meddelat besked, huru och under vilka villkor arbetet må göras. Om genom annat byggande i älv, ström, å eller större bäck märkbar inverkan kan ske på vattenståndet eller vattnets lopp, gälle ock därom vad nu sagts, såframt det ej är uppenbart, att varken allmän eller enskild rätt genom byggnaden förnärmas”.

Och till detta ska även adderas regeln i 2 kap. 1 § ÄVL som anger vad som räknas med begreppet byggande i vatten:

” Med byggande i vatten avses i denna lag uppförande av damm, bro, brygga, vall, hus eller annan anläggning ävensom verkställande av fyllning eller pålning i vattendrag, sjö eller mindre vattensamling eller havet eller ock på land så nära strandbrädden, att inverkan kan ske på vattenståndet. Till byggande i vatten hänföres ock, sedan byggnad, som nu sagts, kommit till stånd, varje ändrings- eller reparationsarbete därå nedom högsta kända vattenståndet”.

Som sagts ovan, utifrån dessa regler verkar det relativt uppenbart att alla åtgärder som förändrar en damm var tillståndspliktiga enligt ÄVL och krävde tillstånd. Men det finns alltså ett antal avvikelser från denna huvudregel och en första kommer i redan i ovan nämnda 2:20 ÄVL där det ju talas om att tillståndsplikten gäller för älv, ström, å eller större bäck. Bedömningen av om ett vattendrag föll in i någon av de aktuella kategorierna gavs det ingen större ledning kring utan det framgår bl.a. av ovan angiven kommentar till ÄVL av af Klintberg (sid. 109) att begreppet ”större bäck” mycket väl kunde tolkas olika beroende på vilken del av Sverige man befann sig i. I dessa fall, där man alltså föll utanför den explicita tillståndsplikten i ÄVL, gällde istället andra stycket i 2:20 som angav att:

”Äro i andra fall än ovan nämnts sannolika skäl, att genom byggande i vatten allmän eller enskild rätt förnäras, erfordras jämväl domstolens prövning; dock äge vad nu sagts icke tillämpning i fråga om fiskebyggnad i vatten, där varje svensk undersåte äger rätt att fiska, ej heller beträffande sådan byggnad i annat vatten, såframt det icke kan antagas, att byggnaden förnärmar allmän rätt eller inverkar på vattenståndet eller vattnets lopp”.

Och den nu aktuella skrivningen ger en helt annan flexibilitet vad gäller tillståndsplikten, särskilt då man måste beakta att de motstående intressena, både allmänna och enskilda, var få. Så redan i denna del av tillståndsplikten fanns helt klart tolkningsutrymme som kunde göra att man kunde anses inte behöva tillstånd för åtgärder vid en damm.

Men sedan kommer de verkliga avstegen från tillståndsplikten som blir den praktiska konsekvensen av de särskilda regler som handlar om vattenhushållning i 2 kap. 27-32 §§. Av särskilt intresse här är reglerna i 27-29 §§:

”27 §

Har vid byggnad i vatten utsatts vattenmärke till utmärkande av tillåten dämningshöjd eller till betecknande av det vattenstånd, under vilket vattnet ej må sänkas, skola de i sammanhang därmed meddelade bestämmelser om hushållningen med vattnet av byggnadens ägare noga iakttagas. Finnes vattenmärke utsatt till utmärkande av tillåten dämningshöjd, utan att särskilda bestämmelser meddelats om hushållningen med vattnet, åligge honom att, i vad på hans åtgärd ankommer, så förfara, att vattnet ej må stiga över märket.

28 §

Är för dammluckas öppnande viss tid i laga ordning bestämd eller eljest särskild föreskrift om vattnets framsläppande given, lände det till efterrättelse.

29 §

Har ej vattenmärke utsatts, och hava ej heller eljest meddelats bestämmelser om hushållningen med vattnet, skall dammlucka eller däremot svarande inrättning för vattnets avlopp hållas öppen, när sådant tarvas till förekommande av skada för dem, som ovan eller nedan äga jord, strömfall eller annan egendom”.

Dessa regler ger de förutsättningar som enligt ÄVL gällde för hur vattenhushållningen i vattendrag med vattenverksamheter skulle gå till. Reglerna gäller generellt för alla vattenverksamheter, oavsett om tillstånd enligt ÄVL finns eller är baserade på äldre rättigheter såsom urminnes hävd. Och de får enligt min uppfattning anses medföra att lagstiftaren har ansett att intresset av att få till samlade regler för vattenhushållningen i alla vattendragen var ett större intresse än att tillse att alla ändringar av en damm hanterades som ett tillståndsärende. För ser man till kommentaren till den situation som regleras i 27 § andra meningen, d.v.s. den mycket vanliga situation vid äldre dammar där vattenmärke finns men särskilda regler för vattenhushållningen saknas, så anges i kommentaren till lagrummet (af Klintberg, a.a. sid. 143) följande:

”I 2:27 punkt 2 ges en regel för de fall att viss dämningshöjd blivit utmärkt utan att särskilda hushållningsbestämmelser dessutom meddelats. Det åligger då byggnadens ägare att vidtaga alla på honom ankommande åtgärder till förebyggande av att vattnet överstiger den bestämda höjden. Därvid borde det ej vara tillfyllest att han öppnar alla dammluckor och andra vattenvägar först vattnet redan stigit i jämnhöjd med dämningmärket, utan han bör även anses skyldig att i god tid möta en befarad höstflod genom förhandstappning i den omfattning som erfarenhetsmässigt är behövlig. Om byggnadens vattenöppningar ej blivit i laga ordning bestämda är ägaren även pliktig tillse att de ha sådan storlek och utformning att vattnet kan släppas fram utan att vattenmärket överskrides. I motsatt fall torde han vara ansvarig för skada som uppkommer genom att öppningarna varit otillräckliga”.

Såsom denna skrivning rimligen måste tolkas så innebär den att den praktiska vattenhushållningen vid en anläggning, och att denna inte medför skada för annan, var viktigare än att söka tillstånd för åtgärden. Helt enkelt att man från lagstiftaren såg det som att det var viktigare att få till en lösning som fungerade i praktiken än att de formella förutsättningarna i form av tillstånd vara klara innan åtgärder gjordes. Detta får ses som ett direkt motsatt synsätt som råder idag då ju möjligheten att göra åtgärder som påverkar vattenhushållningen innan tillstånd söks är mycket små. Kort sagt, i ÄVL så gick vattenhushållningen först och därefter frågan om tillstånd medan det idag är tvärtom.

Och för de äldre rättigheterna blir det juridiska utgångsläget, att vattenhushållningen övertrumfades frågan om tillstånd, än mera uppenbart enligt min uppfattning när man ser till kommentaren avseende 29 § (af Klintberg a.a., sid. 144):

”Förevarande paragraf ger regler för det fall att såväl vattenmärke som särskilda hushållningsföreskrifter saknas. Det åligger då byggnadens ägare att undvika allt innehållande av vatten varigenom annans egendom kan skadas, oavsett om egendomen är belägen uppströms eller nedströms byggnaden. Dammlucka eller motsvarande vattenväg får sålunda icke utan särskild rättsgrund hållas stängd, om därigenom annans egendom löper risk att skadas. För den händelse byggnadens vattenöppningar ej blivit i laga ordning bestämda, är ägaren även skyldig tillse att de ha sådan storlek och utformning att vattnet kan släppas fram utan att åstadkomma skada”

Väger man ihop det nu angivna så leder det alltså till att den som vid tiden för när äldre vattenlagen gällde, d.v.s. mellan år 1919 och 1983, bedrev vattenverksamhet med grund i en urminnes hävd hade att följa de nu aktuella reglerna. Om det då uppstod en situation där någon som ägde mark eller annan egendom som påverkades av dammen, exempelvis en närliggande bondgård eller den lokala flottningsföreningen, påtalade att vattenhushållningen medförde skador för dessa så hade dammägaren inget egentligt val. Åtgärder behövde per omgående genomföras för att eliminera skadorna, i annat fall riskerade skadeståndsgrund föreligga för dammägaren och potentiellt även straffrättsligt ansvar. De aktuella reglernas konstruktion är således uppenbart tvingande på ett sådant sätt att de i grunden får sägas stå över tillståndsplikten. Eller att man skulle kunna beskriva det hela som hierarkiskt så att de aktuella reglerna innehåller särskilda regler som går före de mera allmänt skrivna reglerna om tillståndsplikt. Och därmed är det i grunden högst naturligt att en mängd åtgärder kom att utföras i landet utan att tillstånd söktes för detta. Och detta måste anses vara i laga ordning enligt dåtidens regler. För något krav att söka tillstånd för åtgärderna som vidtogs i efterhand fanns inte, bara en möjlighet enligt 2 kap. 32 § i ÄVL. Så återigen, såsom lagstiftningen var konstruerad så syftade den till att tillse att vattenhushållningen inte medförde skador för annan och så länge det uppfylldes så måste lagstiftaren ha ansett att tillståndsfrågan kunde vara underordnad.

Och att denna lösning var vald och konstruerad på ett sätt som inte inverkar negativt på den äldre rättighetens bestånd får sägas vara uppenbart om man ser till fortsättningen av kommentaren till 2:29 på sid. 144:

”I motiven har dock framhållits, att med regeln i 2:29 ej avsetts att göra någon inskränkning i de särskilda rättigheter att förfoga över vattnet vilka på grund av privilegium, dom eller lagligen gällande servitut tillkomma någon. Förbehåll för dylika rättigheter har gjorts i 2:41. I åtskilliga rättsfall ha också ägare av äldre byggnader i vatten förklarats berättigade att på grund av tidigare förvärvade rättigheter utöva dämning till skada för motstående intressen [...]”.

För att sammanfatta denna del så torde gälla att de åtgärder som kom att utföras under perioden från 1880 års vattenförordning och fram till och med att äldre vattenlagen ersattes av nya vattenlagen inte per definition kan anses medföra att de ändringar som är gjorda var tillståndspliktiga när de utfördes. Ingenting tyder på detta i utgångsläget så länge som åtgärden

går att relatera till någon form av hänsynstagande till annans egendom eller rätt. Det är först när nya vattenlagen har trätt i kraft som det går att i egentlig mening tala om att ändringar av en vattenverksamhet alltid är tillståndspliktiga. Ändringar gjorda efter 1984 är således mera problematiska och kan då ha potential att negativt påverka en urminnes hävd. Men går åtgärden att knyta till tidpunkt innan dess så torde det gå att påstå att det är en ändring i linje med gällande rätt.

Det ska i denna del åter påtalas, liksom har gjorts tidigare, att det nu angivna är undertecknads uppfattning. Detta är inte prövat i domstol så det går i dagsläget inte att fullt ut uttala sig om ovan angivet resonemang är korrekt. Det är dock enligt min uppfattning en beskrivning av de legala förutsättningarna som är korrekt så till dess att domstolarna kommit med annan praxis är det min uppfattning att detta är såsom de legala förutsättningarna ska bedömas.

Urminnes hävd och utrivningar

Vad som ovan har angetts och redogjorts för utgår från premissen att kraftverksägaren vill fortsätta verksamheten vid kraftverket och att omprövningen då handlar om att få till moderna miljövillkor. Det förekommer ju dock att kraftverksägare inte vill fortsätta verksamheten utan man avser att avsluta verksamheten och riva ut anläggningen i sin helhet. Eller så vill man riva ut en till kraftverket hörande damm som inte längre fyller någon funktion. Och i båda dessa fall aktualiseras frågan om utrivning inom ramen för omprövningarna. Och här ska initialt klargöras att när man i dessa sammanhang talar om utrivning så anser jag att man måste göra en distinktion vad som avses. Detta då det i och med de nya reglerna för omprövningar i kombination med Vattenkraftens miljöfonds regler för ersättning får sägas finnas två vägar att nå ett läge där vattenverksamheten vid ett kraftverk eller en damm kan anses vara slutligt avslutad.

- Utrivning i enlighet med 11 kap. 19 § Miljöbalken. Detta är den traditionella formen av utrivning som har funnits med ända sedan Miljöbalken skapades och som i sin tur bygger på liknande regler som funnits sedan ÄVL. En ansökan om utrivning förutsätter samråd och upprättande av miljökonsekvensbeskrivning och hanteras på ungefär samma sätt som en ansökan om nyprövning. Fonden ersätter vid en sådan talan endast delar av de kostnader som uppkommer, i flera delmoment så ersätts bara 50 % av de kostnader som har uppkommit.

- Återkallande av tillstånd enligt 24 kap. 10 § Miljöbalken. Detta är ett förfarande som följer av de nya reglerna och genom återkallandet av tillstånd så ska domstolen även ta ställning till vilka åtgärder som ska vidtas för att minska negativ påverkan med anledning av återkallandet. Detta genom regeln i 24 kap. 4 § Miljöbalken. I detta ligger att domstolen ska besluta om att utrivning ska ske, vilket är den uppenbara vägen i de allra flesta fall av återkallelse av tillståndet som domstolarna kommer att gå. Så i praktiken leder även denna väg i de allra flesta fall till utrivning. Och denna form av utrivning kan hanteras helt inom ramen för omprövningarna och därmed så ersätter fonden fullt ut för upparbetade kostnader och vidare gäller precis som vid omprövning för moderna miljövillkor inget krav på samråd eller MKB.

Vilken av de två tillgängliga varianterna som ska väljas, vilket som är det bästa alternativet, går inte att svara på generellt sätt. Det beror på förutsättningarna i det enskilda fallet, vad som ska göras o.s.v. Men en faktor som måste tas i beaktning när val ska göras kring vägen för att nå en utrivning är frågan om det finns ett tillstånd för dagens vattenverksamhet och då är det åter en fråga som komplicerar frågeställningar för de som har en urminnes hävd.

För såsom regeln i 24 kap. 10 § är uppbyggd så utgår den från att det finns ett tillstånd. Om inte detta finns kan inte domstolen återkalla tillståndet och då leder det troligen till att domstolen anser sig inte kunna bifalla den talan som förs. Att så är fallet får det i dagsläget enda avgörandet som kommit som ett resultat av omprövningarna anses utvisa. I det målet fördes talan om utrivning och det domstolen anger i sina domskäl är just vad som angetts ovan, att först måste domstolen pröva om det finns något tillstånd som kan ligga till grund för prövningen. Och därefter kan beslut om återkallande göras och det leder i sin tur till frågan om villkor som handlar om att anläggningen ska rivas ut. Detta kan möjligen anses vara en lek med ord, slutresultatet är ju ändå detsamma. Att utrivning sker. Dock anser undertecknad att skrivningarna i domen samt lagstiftningen som sådan får sägas utvisa att den som vill riva ut sin anläggning inom ramen för omprövningarna och som har en verksamhet som idag vilar på urminnes hävd måste, på samma sätt som vid omprövning för moderna miljövillkor, visa att det finns en urminnes hävd och att dagens vattenverksamhet bedrivs i huvudsaklig överensstämmelse som denna. Det går troligen inte att komma undan frågeställningen ens i fall som gäller återkallande av tillstånd och utrivning. Och det är en skillnad jämfört med en utrivning som hanteras inom ramen för 11 kap. 19 § Miljöbalken som inte uppställer något krav på att tillstånd ska finnas för att kunna hantera utrivningen. Det är inte ett absolut krav i regelns konstruktion. Således kan det bli så att det i vissa fall är ett bättre val för verksamhetsutövaren att genomföra en prövning av en utrivning enligt 11 kap. 19 § Miljöbalken då det finns risk att man annars får sin talan om återkallande av tillstånd avvisad.

Exakt hur denna fråga, om utrivning, kommer att utveckla sig framöver är oklart. Läget får enligt undertecknads uppfattning dock anses se ut enligt vad som anges ovan. Det kan tänkas att kommande års praxis leder till förändringar men såsom läget är nu så är alltså frågan om ett juridiskt läge där urminnes hävd och beviskraven kopplade till denna även i ett utrivningsförfarande är av stor vikt att kontrollera och förhålla sig till.

Avslutande kommentar

För att sammanfatta denna PM så kan konstateras att urminnes hävd är en mycket gammal form av rättighet som har sitt ursprung i de tidigaste formerna av lagstiftning i landet. Urminnes hävd var tidigare en form av rättighet som gav rätt till en fastighet eller annat markområde som gav innehavaren en rådighet över marken. Och detta enbart på grund av det faktum att nyttjandet av marken har pågått under så pass lång tid att ingen längre minns hur länge den pågått. Därefter kom urminnes hävd att förlora sin status med tiden och den upphörde inom fastighetsrätten definitivt år 1972 då Jordabalken infördes. Men inom vattenrätten så har urminnes hävd fortsatt

att ha en betydelse som en form av tillstånd för vattenverksamheten och denna status finns fortsatt när nu omprövningarna ska genomföras. Dock uppställer dagens lagstiftning och praxis sådana krav på redovisning av urminnes hävd att det gränser till vad som är faktiskt möjligt att undersöka och redovisa. Detta gör att en vattenverksamhet som ska omprövas för att få moderna miljövillkor och som vilar på urminnes hävd många gånger får anses ha det kanske besvärligaste utgångsläget av alla. Så pass mycket får anses stå klart efter den första omgången omprövningar samt det senaste årets avgöranden från domstolarna.

Den stora frågan blir då – måste det vara på detta sätt? Och min bedömning är att svaret på denna fråga i grunden är nej. Det är enligt min uppfattning frågan om ett helt i onödan komplicerat synsätt på frågan om de äldre rättigheterna och omprövning. Lagstiftaren har varit relativt tydlig, i Civilutskottets yttrande, kring att de äldre rättigheternas vara eller inte vara är en mindre fråga i omprövningarna. Det som ska vara fokus är frågan om moderna miljövillkor och miljöanpassningar. Och här anser jag att man skulle kunna ta avstamp i vad som angetts i denna PM, om hur äldre tiders rätt såg på frågan om rådighet som central och att det i grunden inte går att kräva att de äldre rättigheterna ska svara på samma frågor som ett modernt tillstånd. Utan att det framgår av Civilutskottets yttrande så finns ju ett enormt stöd för uppfattningen att äldre rättigheter är en klart mindre fråga i omprövningarna. Med stöd i äldre rätt och de uttalanden som gjorts av denna finns helt enkelt en faktiskt grund för att säga att vi inte behöver lägga så mycket tid på frågan om äldre rättigheter i omprövningarna. Utan det som helt klart kan sägas borde vara fokus är miljöanpassningen. Den praxis som har utvecklats av domstolarna är dock ett problem och enligt min uppfattning borde lagstiftaren och politiken överväga ytterligare klagoranden i saken. Det skulle då kunna ske genom lag eller förordning för att tillförsäkra att saken hanteras på ett korrekt sätt. För som det är nu blir det upp till varje ombud och/eller verksamhetsutövare att försöka argumentera i dessa frågor och det är helt enkelt relativt komplicerat. Så detta är rimligen vad man framöver kan kräva av politiken, att de äldre rättigheternas behandling i omprövningarna klagörs direkt i lag och att det därmed inte kan ifrågasättas att omprövning är möjlig på grundval av äldre rättigheter.

Karlstad dag som ovan

Viktor Falkenström

Advokat

Advokatbolaget Sjutton34 Karlstad AB