



Stockholm 2021-02-14

Svea hovrätt
Mark-och miljööverdomstolen
svea.avd6@dom.se

Skickas till:

Mark-och miljödomstolen
Vänersborgs tingsrätt
mmd.vanersborg@dom.se

Överklagande av Vänersborgs tingsrätt mark- och miljödomstolens dom i mål nr M 2744-20

Älvräddarnas Samorganisation (ÄlvS), som ansöker om prövningstillstånd, överklagar mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätts dom i rubricerat mål.

ÄlvS yrkar att mark- och miljödomstolens dom ska upphävas och att länsstyrelsens beslut, om än juridiskt sparsmakat, ska fastställas.

Skäl för prövningstillstånd

Mark- och miljödomstolens dom saknar juridikens två viktigaste förutsättningar för att kunna anses vara en rimlig dom, nämligen **legalitet** och **sunt förnuft**. Den **bristande legaliteten** består i att domstolen antagit en tolkning av 5 § i miljöbalkens promulgationslag som strider mot dess syfte. Det **bristande sunda förnuftet** manifesterar sig däri att domen effektivt stryper all tillsyn på vattenverksamheter så snart det finns uppgifter som talar för att vattenverksamheten bedrivits på platsen i någon form.

Nedan följer ovan i rättegångsbalkens ordskrud.

Det finns **stor** anledning att ifrågasätta riktigheten i mark- och miljödomstolens dom. Det vore också av **stor** betydelse för rättstillämpningen om Mark- och miljööverdomstolen, äntligen och en gång för alla, besvarade nedan rättsfrågor.

- Är uråldriga s.k. rättigheter, såsom urminnes hävd, privilegiebrev eller bygdeskrönor om vad som är "opåtalat" **företsättningslöst** omhuldade av 5 § i miljöbalkens promulgationslag och därmed bärare av miljöbalkens rättskraft? Gäller samma sak för dammar vars legalisering **inte** uppskjutits enligt den nationella planens turordning? Det finns visst hopp om

substantiell miljöprövning för "eldammarna", men för dammar såsom denna tycks hoppet ute.

- Vid mark- och miljödomstolens tillämpning av 26 kap 9 § miljöbalken torde de 21 länsstyrelserna kunna strunta i tillsyn på alla gamla dammar som lyckas visa att de är gamla. Tillsynsmyndighetens viktiga uppgift, att avgöra huruvida de uppfyller dåtidens bestämmelser och därmed är skyddade mot ingripanden genom sin rättskraft, bortfaller.
- Hur gäller rättskraftsövergången genom 2019 års regeländringar för dammar som inte tjänar elproduktionen? Är dammen plötsligt laglig bara för att den är gammal?
- Och till sist den intressanta rättsfrågan om återförvisningsmålets processram. Hur kan en återförvisning från Mark- och miljööverdomstolen, anses innehålla **endast** en enda fråga för underrätten att utreda efter återförvisningen? Mark- och miljödomstolen förhåller sig endast till **en ny** utredning som inlämnats till domstolen i återförvisningsmålet och tycks anse att övriga frågor redan är avdömda. Det vore av stort processuellt intresse att veta hur Mark- och miljööverdomstolen ser på den omständigheten att förvaltningsrättens domar i princip inte vidkännes "res judicata-verkan". Enligt denna vedertagna logik har mark- och miljödomstolen, efter återförvisningen, inte utfört sin prövningsskyldighet som innefattar hela målet. Länsstyrelsen har förelagt med innebörden att dammen måste söka tillstånd för en fortsatt miljöanpassad verksamhet eller för att avveckla sig själv. Processramen inom vilken återförvisningsmålet ska handläggas är således inte bara en bedömning av konsultens presenterade dammhistorik och dammfakta i målet. Inom processramen faller även en proportionalitetsbedömning av tillsynens beslutade föreläggande, som kan sammanfattas enligt följande: Är det rimligt och skäligt, utifrån allmänna intressen, att ifrågavarande damm fortsättningsvis ska påverka naturen på platsen? Är det tillräckligt att verksamhetsutövaren söker tillstånd för driften inklusive villkor för miljöanpassning, eller vore det långsiktigt mer hållbart att förelägga om utrivning. ÄlvS ansluter sig till den kända devisen att man "inte ska skjuta sparvar med kanon", men någonting måste rimligtvis vara rimligt att tillsynsmyndigheten tillåts göra, utifrån allmänna intressen.

Det roliga med rättsfrågor är att dom kan diskuteras helt utan koppling till verkligheten och nötas i det oändliga, så ÄlvS stannar där.

ÄlvS ser länsstyrelsens metaforer till fastighetsrätten och den urminnes hävdens konsekvenser, i förhållande till andra rättighetsinnehavare mm, som intressanta, men inte nödvändiga för Mark- och miljööverdomstolen att hantera vid en eventuell överprövning. Det är inte utan viss nyfikenhet ÄlvS ser framför sig en fusion mellan den miljörättsliga tillsynen och civilrättens fastställsetalan, såsom en väg att nå fram till det sanna svaret på frågan:

Är en damm laglig bara för att den är gammal?

Konklusion avseende rättsfrågor i målet

ÄlvS anser att det vore dags för Mark- och miljööverdomstolen att tydligt göra skillnad på en museal vattenverksamhet, original anno 1882, visavi en vattenverksamhet som förändrats över tid, men aldrig tillståndsprövats. Den senare kategorin ska prövas enligt miljöbalken och bedrivs därmed olagligt till dess den genomgått prövning. Sådana vattenverksamheter ska föreläggas att följa lagarna, liksom alla andra sorters verksamheter.

Att närma sig den antika vattenrätten är som att öppna Pandoras Ask, om man inte bevakar kopplingen till miljöbalkens promulgationslag och syftet med rättskraftsövergången. 24 kap 1 § gäller

främst i relation till vad som är prövat och därefter i förhållande till omständigheter som med lite god vilja, i gånge tid, prövats. Förbehållslös acceptans av uråldriga civilrättsliga omständigheter blir mer av ond eller obetänksam vilja.

Grunder i sak

”Återförvisningen är ett institut som den onde ingivit juristerna. På nytt börjar man gräva i arkiven och på nytt rullas akterna upp vid ting efter ting, på nytt få parterna andraga, yrka, påstå, göra gällande, invända, bestrida och tillvita” (Fritiof Nilsson ”Piraten”)

Så, hur utföll då den ondes ingivelse i detta vårt fall?

”När det gäller verksamheter som bedrivs med stöd av 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken omfattar inte rättskraften grundad på denna bestämmelse sådana ingrepp som krävs för fiskets befrämjande (jfr 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523). Länsstyrelsen har som skäl för det överklagade föreläggande emellertid endast anfört att verksamheten saknar tillstånd. Vad länsstyrelsen anfört ger inte heller stöd för att verksamheten kan angripas med tillsynsförelägganden grundade på 26 kap 9 § fjärde stycket eller i övrigt bör bli föremål för tillsynsinspektion. Vid angivna bedömningar ska Länsstyrelsen i Värmlands läns beslut den 8 februari upphävas” (domskälen).

Jo, med all respekt för mark- och miljödomstolen i Vänersborg, så levererade skraddaren varken en väst eller vante, utan bara ”ingenting”. Ärade hovrätt- er återförvisning ledde till ingenting.

För då länsstyrelsen förelade bolaget att ansöka om tillstånd var det inte ett ”endast anfört att”. Mark- och miljödomstolen förstår givetvis vad länsstyrelsen menade med sitt föreläggande. Den kommande prövningen får förutsättas att det utfaller i vad som på ”NAPjuridiskan” benämnes ”moderna miljövillkor”. För att vattenverksamheten ska bli modern (legaliseras) måste den få moderna villkor. Blir detta för dyrt- då måste den rivas ut, vilket också i denna legala kontext får anses vara modernt.

Domskälet visar på pricken vad Fritiof Nilsson en gång iakttog, då han lyssnade på de lärda juristerna, genom punsch-och cigarrdimman, då de höll hov på Grand i Lund. Återförvisningar är processekonomiskt tveksamt och leder sällan till någonting substantiellt. Varför inte se till att målen från början blir utredda såsom *deras beskaffenhet* kräver?

En tidsresa i överklagandets form

Låt oss nu, mina herrar, betänka de omständigheter som ovedersägligen råda, och därtill, till yttermera visso, utgöra grunden för ÄlvS överklagande. Sakens natur äro sådan att domstolen, efter den nesliga återförvisningen, haft att pröva den, från samhällets nyttiga elproduktion, fristående dammens ursprung och hävd. Vid tvivel avseende omständigheter av denna karaktär, vore det rätteligen så att konungens befallningshavande, i sin ämbetsutövning, vore i sin rätt att utfärda ett förbud mot dammens dämmande och ävenså dess fortbestånd. Eftersom dammens ägare, utifrån vattenrättens stadfästa principer, valt att genom uttömmande utredning föranstalta om uppgiftsingivande, till styrkande av statens i stället för egen rätt, vore det icke under domstolens mandat att upphäva konungens befallningshavares beslut.

Så där kunde man uttryckt sig 1886 eller tidigare. Under den juridiska era då den s.k. urminnes hävdens möjligen kunde etablerats. Den blev till en juridisk ingrediens i den fastighetsrättsliga rätt som förändrades redan 1973. Eftersmaken är angenäm för vissa, men bitter för andra.

Tillbaka till nutiden

ÄlvS vill uppmana Mark- och miljööverdomstolen att bedöma rimligheten i att den nya utredning som ingivits i återförvisningsmålet faktiskt visar att den dämmande vattenverksamheten, jämte dess anläggningar, idag bedrivs såsom på 1880-talet och är lagenlig enligt vad som då krävdes. Om så vore fallet vore den dämmande vattenverksamheten, åtminstone, utförd med anordning för fiskens fria passage. Hur är det med bottenluckan och när är den öppen?

Enligt ÄlvS uppfattning visar konsultens inlaga på hävdens motsats- nämligen att vattenverksamhetens syfte och bedrivande förändrats över tid. Tidigare dämdes för att utvinna kraft- nu dämnes för att dämna.

Länsstyrelsen har naturligtvis att hålla sig till den begränsning som råder enligt 26 kap 9 § miljöbalken. Myndighetsingripanden är bastanta rådighetsinskränkningar och det måste finnas ett tydligt lagstöd. Det faller under varje rimligt legalitetsresonemang att en tillsynsmyndighet inte kan angripa mot vad som är rätteligen prövat, genom ett föreläggande. I detta mål är det däremot bolaget självt, genom sin konsult, som sätter 5 § i miljöbalkens promulgationslag ur spel. Hur man än väljer att tillämpa rättskraftsövergången så blir det märkligt att kalla vad som är modernt för urminnes. Konsultens inlaga visar på hävdens motsats, nämligen utveckling. Efter utveckling råder ävenså utvecklade möjligheter för länsstyrelsen att bedriva tillsyn.

ÄlvS vill poängtera att **om** den typ av utredning som godkänts av mark- och miljödomstolen i återförvisningsmålet skulle bli normerande, då äger i princip varje tillståndslös damm, utan koppling till elproduktion, samma rättskraft som den andra kategorin fast utan krav på senare omprövning. ÄlvS påstår att snart när varje damm har sin egen historik och att en rik flora av bygdeskröner existerar kring just dammar. Dammar som dämmer obefläckade av tidens tand, i form av genomgångna reparationer eller förnyelser, torde däremot vara sällsynta. Praktisk tillämpning av dåtidens kloka bestämmelser om bottenluckors öppethållande, som måste vara en förutsättning för den obrutna hävdens, lär vara bristvara.

En resa tillbaka till dåtiden önskar ÄlvS den nya vattenrätten. Upp med bottenluckan!

Ytterligare felslut i mark- och miljödomstolens domslut

Eftersom detta är ett överklagande till Mark- och miljööverdomstolen finner sig ÄlvS föranledda att ikläda det ovan sagda en mer traditionellt juridisk skrud. Det blir då enklare för överrätten att tillämpa verkligheten på juridiken. Detta uttryckssätt ska uppfattas som en parafra på inlagor från konsulter som söker leda i bevis att miljöbalkens bestämmelser om rättskraftsövergång bör implementeras med "dammlandskapets" logik som grund för legaliteten, i stället för tvärt om. ÄlvS ser med oro på att juridiken anpassas till verkligheten i varje enskilt fall och anser av

rättssäkerhetsskäl att det borde vara tvärt om. Även om det är jobbigt att söka tillstånd för sin damm, så måste detta krävas.

Vad ska då tillsynsmyndigheten respektive bolaget visa och hur mycket?

Mark- och miljödomstolen har valt att tillämpa vedertagna principer om bevisbördans omfattning- och placering i tillsyns- respektive ansökningsmål på ett besynnerligt vis.

Bolagets konsult har själv visat att föreläggandet från länsstyrelsen var korrekt. Mark- och miljödomstolen har däremot inte förklarat på vilket sätt bolaget lyckats skingra tvivlen kring betydelsen av just detta. *Hur kan vattenverksamheten ändå anses åtnjuta den urminnes hävdens bekvämlighet då konsulten sagt motsatsen?*

Det konsultens nya utredning visar är, glädjande nog för ÄlvS, att den aktuella dammen **omöjligtvis** kan se en prövningslös framtid säkerställd genom hävd. Vore detta ett ansökningsmål hade det blivit nobben, eller villkor om fiskväg. I tillsynsmålet innebär detta att länsstyrelsen varit i sin fulla rätt att förelägga. Hotet mot hembygderna är påtagligt.

Myndighetsingripanden anses i normalfallet förutsätta att bevisnivån ”sannolikt” har uppnåtts av myndigheten. Konsultens utredning i återförvisningsmålet är till god hjälp för länsstyrelsen, för vips blev det sannolikt med ”sannolikt”. Konsulten har därmed gjort sin huvudman en björntjänst. Som dammägare ska man inte åläggas en orimlig bevisbörda för hävd, men då konsulten själv radar upp en räkka av omständigheter som visar på hävdens motsats- då blir det riktigt konstigt.

Tillsynens dilemma

ÄlvS vill avslutningsvis uttrycka stor glädje över länsstyrelsens tappra försök att utföra sin uppgift som tillsynsmyndighet. 26 kap miljöbalken är inte fritt valt arbete, utan en viktig skyldighet för länsstyrelsen. Den kontrollerande tillsynen kan inte ersättas med rådgivning och ÄlvS välkomnar varje föreläggande.

Dammen saknar tillstånd, det har nu även bolagets egen konsult berättat. Dammen är inte skyddad genom 2019 års bestämmelser avseende vattenverksamheter för elproduktion och tillsynen har därmed fulla möjligheter. Dammar av ifrågavarande slag ska miljöanpassas med fiskväg eller, ännu hellre, rivas ut. Hela miljöbalken gäller som utgångspunkt för tillsynsmyndighetens arbete och inte bara dess 5 kapitel. Om det ur allmän synpunkt är motiverat att förelägga om tillståndsprövning alternativt utrivning, ska inte juridiskt slentrianmässig syn på rättskraftsövergång från äldre- till modern rätt, ges företräde.

Det allra minsta, i rimlighetsväg, är att denna typ av verksamheter tvingas att söka tillstånd och därmed få sin miljöanpassning prövad.

Det tycks endast vara vattenrätten som inrymmer tolkningar av sin rättskraftsövergång som direkt strider mot allmänna intressen. Såsom jämförelse kan nämnas bestämmelserna om strandskydd. Inom detta regelverk har såväl tillsynsmyndigheter som domstolar intagit en restriktiv inställning till enskildas åberopande av rättskraftsövergång i samband med bedömningar av vad som inom strandskyddet anses vara i anspråkstaget genom anläggningar mm.

ÄlvS rekommenderar, avslutningsvis, att synen på vad som ska anses utgöra rättskraftens lagenliga tidsresa underkastas en jämförelse visavi vad som exempelvis gäller för legal privatisering inom strandskyddsområden.

ÄlvS ikläder avslutningsvis sitt överklagande och vattenrätten en litterär metafor.

I sin novellsamling *Onda Sagor* från 1924 beskriver Pär Lagerqvist ett långt dystert tåg av människor som går längs med en väg. En gammal man står i diket och gräver. Personen längst fram i ledet säger "Ursäkta min herre, vi är döda och vi letar efter Gud, ni vet händelsevis inte var han finns?" "Jodå, det är jag", säger den gamle mannen och fortsätter att gräva, utan att titta upp.

Den bilden visar, enligt ÄlvS uppfattning, allas vår hantering av vattenrätten. Ur den biologiska mångfaldens perspektiv är bilden, och dess grubbleri brutalt pessimistisk. ÄlvS önskar i och med detta överklagande bättre svar på de principiella frågorna.

Vid gåspennan;

Dr Margaretha Svenning, miljöjurist

Vid Århuskonventionen;

Christer Borg, generalsekreterare