

Rätt ersättningsrätt? Ett grundlagsperspektiv på ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar

Av Simon Bergdahl¹

I Sverige tillvaratas äganderätten på bästa sätt genom det skydd som stadgas i både grundlag och vanlig lag. Det innebär att den enskilde både är tillförsäkrad ett skydd mot de flesta situationer av rådighetsinskränkningar och dessutom i många fall en generös ersättningsrätt som kompensation om en inskränkning ändå anses tillätlig enligt gällande rätt. Enskilda markägare brukar inte sällan motsätta sig den här beskrivningen. Istället brukar dessa markägare ha den uppfattningen att svensk rätt inte ger det äganderättsliga skydd i form av förutsägbarhet och rätt till ersättning vid äganderättsliga inskränkningar som grundlagen är tänkt att tillvarata. Svensk rätt har visserligen kommit en bit på väg, samtidigt som det är svårt att förneka det förhållandet att det kanske ligger något i misstron mot den nuvarande ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar. Under år 2010 gjordes ett tillägg i regeringsformen som klargör att alla rådighetsinskränkningar inte ska leda till ersättning och att ersättning i vissa fall inte är en rättighet utan kan bestämmas i vanlig lag. Detta är ett undantag från huvudregeln om rätt till ersättning. Artikelns syftar till att i sin tur utreda undantag från detta undantag. Med andra ord när rätt till ersättning bör föreligga enligt regeringsformen trots det nyinförda undantaget.

I. INLEDNING

Rätten till ersättning vid rådighetsinskränkningar av fast egendom har lagreglerats i en allt större mån. Det har särskilt kommit till uttryck under år 2010 när riksdagen beslutade om två centrala förändringar i ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar. Den ena förändringen är egendomsskyddet i regeringsformen (RF, SFS 1974:152). Där stadgas det, i 2 kap. 15 § 3 st. RF,² numera ett undantag som innebär att rådighetsinskränkningar på grund av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskyddsskäl inte har någon grundlagskyddad ersättningsrätt. Den andra förändringen återfinns i expropriationslagen (ExL, SFS 1972:719) där huvudregeln numera är full ersättning vid rådighetsinskränkningar, vilket inkluderar ett schablonillägg om 25 procent utöver den fastslagna ersättningen.

¹ Verksam som upphandlingsjurist vid Jämtlands läns landsting. Föreliggande arbete utgör en förkortad version av artikelförfattarens examensarbete inom ramen för juristprogrammet vid Uppsala universitet. Arbetet färdigställdes år 2011 i november månad under handledning av professor Karin Åhman.

² Enligt RF:s tidigare lydelse återfanns egendomsskyddet i 2 kap. 18 § RF.

I och med dessa förändringar borde rimligtvis lagstiftaren ytterligare sett till att ersättningsrätten både är mer konform med grundlagen och att förutsägbarheten förbättrats när det gäller ersättning med anledning av rådighetsinskränkningar. Det finns dock indikationer på att så inte riktigt är fallet. Både Grundlagsutredningen och lagstiftaren har till exempel uppmärksammat att det finns situationer där det är sakligt motiverat att rådighetsinskränkningar ska medföra en ersättningsrätt, trots att de egentligen omfattas av undantaget från ersättning i 2 kap. 15 § 3 st. RF. Med andra ord innebär det att lagstiftaren anser att det ska finnas möjligheter till undantag från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF. Vilka situationer som avses eller under vilka förutsättningar har dock inte förtydligats i lagstiftningen.³ Vidare menar Bertil Bengtsson att det, trots att det inte stadgas någon uttrycklig ersättningsrätt i den aktuella lagstiftningen, ändå finns en möjlighet att utdöma ersättning med stöd av grundlagen.⁴

Med anledning av det ovan nämnda aktualiseras tre frågeställningar. Den första avser besvara om det finns situationer där enskilda kan tillerkännas en ersättning med stöd av 2 kap. 15 § 2 st. RF trots undantaget i bestämmelsens 3 st. Den andra ämnar problematisera om nuvarande ersättningsreglering, som belyses i fyra konstruerade typexempel, kan anses vara förenlig med RF. Den tredje avser, på ett översiktligt plan, besvara vilken syn Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) har på rätten till ersättning vid rådighetsinskränkningar.

2. EGENDOMSSKYDDET ENLIGT REGERINGSFORMEN

För att rådighetsinskränkningar ska anses tillåtna enligt 2 kap. 15 § RF krävs att ett angeläget allmänintresse tillgodoses av tvångsåtgärden, vilket bedöms enligt proportionalitetsprincipen.⁵

Huvudregeln är, enligt 2 kap. 15 § 2 st. RF, att ersättning ska utgå. Enligt lag-

³ Se bl.a. prop. 1993/94:117 "Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor", kapitel 5, SOU 2008:125 "En reformerad grundlag", s 446 f. och prop. 2009/10:80 "En reformerad grundlag", s 169 f.

⁴ Bengtsson, Bertil, *Grundlagen och fastighetsrätten*, Sthlm 1996 (härefter Bengtsson, B., *Grundlagen och fastighetsrätten*), s 88 f samt Bengtsson, B., *Ersättning vid offentliga ingrepp I*, Sthlm 1986, s 192-197 (härefter Bengtsson, B., *Ersättning vid offentliga ingrepp I*). Se även Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Uppsala 2010, s 118 f (härefter Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*) angående rättsanalogier och allmänna rättsgrundsatser. Anförd litteratur av Bengtsson är visserligen inte nyligt utgiven. Det utesluter dock inte att vissa delar i litteraturen fortfarande är relevant för frågan om rätten till ersättning vid rådighetsinskränkningar, inte minst då ämnet behandlats under lång tid samt det faktum att få författare har berört problematiken.

⁵ Helmius, Ingrid, *Proportionalitetsprincipen*, Uppsala 2005 (härefter Helmius, I., *Proportionalitetsprincipen*), s 111 samt Sterzel, Fredrik, *Proportionalitetsprincipen i Vänbok till Staffan Westerlund*, Uppsala 2001 (härefter Sterzel, F., *Proportionalitetsprincipen*), s 322.

motiven till bestämmelsen ska inte rådighetsinskränkningar medföra full ersättning, utan endast en rätt till ersättning vars nivå bestäms enligt lag. Vidare ska den pågående markanvändningen avsevärt försvåras alternativt att skada uppkommer, som är betydande i förhållande till värdet på den berörda delen av fastigheten, för att en ersättningsrätt ska aktualiseras. Detta har i lagmotiven till 1994 års reform av RF beskrivits som en kvalifikationsgrad, där skadan måste uppnå en viss omfattning för att ersättning ska utgå.⁶

När det gäller ersättningsrätt enligt undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF, är läget delvis ett annat. Som framgår av lydelsen omfattas inte rådighetsinskränkningar som sker med anledning av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl av någon grundlagskyddad ersättningsrätt. I princip kan undantaget innebära att ingen ersättning tillerkänns den enskilde, eftersom det dels inte är någon självklarhet att det finns någon lagstadgad ersättningsrätt för just den aktuella situationen, dels eftersom lagstiftaren eller myndigheter inte uttrycker något krav på att utge någon ersättning vid de ovan nämnda typerna av rådighetsinskränkningar.

Lagstiftaren uppställer två förutsättningar där ersättning enligt grundlagsregeln ändå kan aktualiseras, vilket i sin tur kan innebära ett undantag från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF.⁷ Förutsättningarna för en ersättningsrätt är således:

att den enskilde inte är vållande till rådighetsinskränkningen och

att det, vid en bedömning enligt proportionalitetsprincipen, fortfarande framstår som rimligt att den enskilde inte ska stå hela kostnaden och att samhället istället ska dela på bördan.

3. RÄTT TILL ERSÄTTNING ENLIGT REGERINGSFORMEN TROTS FRÅNVARO AV UTTRYCKLIGT LAGSTÖD

Såsom framhålls ovan ska det, enligt Bengtsson, finnas en möjlighet att utdöma ersättning med stöd av grundlagen, trots att ingen ersättningsrätt uttryckligen stadgas i den aktuella lagstiftningen. Enligt min tolkning av Bengtssons resonemang är orsaken att RF torde ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om ersättning. För att en ersättningsrätt ska kunna konstrueras även i fall där

⁶ Prop. 1993/94:117, s 17, se även prop. 1972:111 "Kungl. Maj:ts proposition angående regional utveckling och hushållning med mark och vatten", bilaga 2, s 335 f.

⁷ Prop. 2009/10:80, s 169 f.

den aktuella tvångslagstiftningen saknar en ersättningsregel, måste en rimlig rättsanalogi genomföras mot en lagregel där en väldigt liknande situation tillerkänns en ersättningsrätt.⁸

Vid beaktande av undantaget från ersättningsrätt vid rådighetsinskränkningar på grund av miljö-, hälso- och säkerhetsskyddsskäl i 2 kap. 15 § 3 st. RF, blir dock ovan förda resonemang lite mer oklart. Orsaken är att 3 st., utifrån Bengtssons resonemang, borde innebära ett uttryck för en allmän rättsgrundsats om att ersättning inte ska utges vid rådighetsinskränkningar på grund av nämnda skäl. Saken blir än mer komplicerad i de fall där det dessutom finns likartade regler som, på grund av exempelvis miljöskäl, ändå medför ersättning. Likväl kan en, enligt min åsikt, rimlig lösning vara att konstatera existensen av en allmän rättsgrundsats där rådighetsinskränkningar på grund av miljöhänsyn inte ger en grundlagsskyddad ersättningsrätt, men samtidigt falla tillbaka på lagstiftarens resonemang i propositionen till 2010 års reform av RF; nämligen att det kan finnas ett undantag från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF. En ersättningsrätt torde således, i enskilda fall, ändå kunna konstitueras i och med det nyss nämnda förarbetsuttalandet.⁹ Ett sådant resonemang kan innebära en rätt till full ersättning i enlighet med ExL, inklusive schablon tillägget om 25 procent, i vissa fall som för närvarande inte alls har någon ersättningsreglering.¹⁰

4. TVÅ LAGAR, FYRA TYPEXEMPEL PÅ ERSÄTTNINGSSITUATIONER

För att belysa utfallet av undantaget i och grundlagsenligheten av 2 kap. 15 § 3 st. RF, kommer i det följande fyra konstruerade typexempel av rådighetsinskränkningar beskrivas och analyseras. Ett lämpligt angreppssätt, som dessutom förarbetena till RF förordar, är att utgå ifrån de två förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en ersättningsrätt enligt grundlagsstadgandet ändå ska kunna hävdas trots undantaget från rätten till ersättning i 2 kap. 15 § 3 st. RF.¹¹

⁸ Bengtsson, B., Grundlagen och fastighetsrätten, s 88 f samt Bengtsson, B., Ersättning vid offentliga ingrepp I, s 192-197. Även Lehrberg, B., Praktisk juridisk metod, s 118 f, angående rättsanalogier och allmänna rättsgrundsatser.

⁹ Jfr prop. 2009/10:80, s 169, Bengtsson, B., Ersättning vid offentliga ingrepp I, s 105 ff.

¹⁰ Jfr Bengtsson, B., Ersättning vid offentliga ingrepp I, s 194 ff. och ersättningsreglerna i 4 kap. ExL.

¹¹ Se bl.a. prop. 1993/94:117, kapitel 5, SOU 2008:125, s 446 f. och prop. 2009/10:80, s 169 f.

4.1 BEGRÄNSNINGAR MED HÄNSYN TILL MILJÖN – TVÅ TYPEXEMPEL

4.1.1 INRÄTTANDE AV NATURRESERVAT

Ett konstruerat typexempel

Det här typexemplet behandlar en situation där ett naturreservat inrättas på en privatägd skogsfastighet. Till reservatet har det, i enlighet med 7 kap. miljöbalken (MB, SFS 1998:808), beslutats om rådighetsinskränkningar i markanvändningen i form av ett avverkningsförbud på delar av fastigheten.

Lagreglering

När ett naturreservat inrättas regleras ersättningen till fastighetsägaren i 31 kap. 4 § 1 st. p. 2 MB. Enligt 31 kap. 2 § MB bestäms nivån på ersättning i ExL. Bestämmelserna i 4 kap. 1 § 1 och 2 st. ExL innebär att fastighetsägaren dels får en ersättning motsvarande marknadsvärdet av den berörda delen av fastigheten, dels får ett schablonpåslag om 25 procent utöver marknadsvärdet.

Skäl för ersättningsrätt

Några tydliga och uttömmande skäl för rätten till ersättning med anledning av naturreservat har inte presenterats i förarbetena till RF. Vid 2010 års reform av RF tydliggjorde i alla fall lagstiftaren att ersättningsrätt på grund av rådighetsinskränkningar anknutna till naturreservat ska omfattas av grundlagsskyddet. I likhet med lagmotiven till RF ligger tyngdpunkten i resonemanget på att den pågående markanvändningen avsevärt försvårats, vilket är en förutsättning för ersättning enligt grundlagsregeln; inte att det är något speciellt med just naturreservat och andra områdesskydd vars inrättande beslutas enligt MB:s regler.¹² Vidare slår lagstiftaren fast en ersättningsrätt vid naturreservat med motiveringen att grundlagen uttrycker en rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar, vilket anses göra det svårt att inta någon annan inställning i frågan.¹³ Dessutom anses miljöansvaret vara gemensamt och att det av dessa skäl kan hävdas att det ekonomiska ansvaret ska delas av alla.¹⁴

¹² Se prop. 2009/10:80, s 168 f, även med hänvisning till resonemangen i prop. 1993/94:117, s 17.

¹³ I själva verket verkar lagstiftaren vilja undvika en ersättningsrätt i dessa fall då dennes, vid sidan om PPP-principen (Polluter Pays Principle eller på svenska "förörenaren betalar"), egentliga avsikt är att dylik naturvård ska anses innefattas av en pågående verksamhet och därigenom inte rendera i någon ersättning från staten. Se bl.a. prop. 1997/98:45 "Miljöbalk", del I, s 560 samt Bengtsson, B., Speciell fastighetsrätt – miljöbalken, Uppsala 2010 (härefter Bengtsson, B., Speciell fastighetsrätt – miljöbalken), s 162 f.

¹⁴ Prop. 1997/98:45 del I, s 549 ff. Se även prop. 2009/10:80 s 168 f där lagstiftaren tar upp just det argumentet för att vissa fall av inskränkningar, pga. miljöskyddsskäl, ändå skulle medföra en ersättningsrätt.

4.1.2 INDRAGET TILLSTÅND PÅ GRUND AV NYA FORSKNINGSRÖN

Ett konstruerat typexempel

Det här typexemplet belyser situationen där en fastighetsägare driver en tillståndspliktig vindkraftspark. Fastigheten förvärvades endast av den anledningen att den är belägen på ett område som är utpekad som riksintresse för vindkraft. Fastighetsägaren har ett tidsbegränsat tillstånd som i princip löper fram till att vindkraftverken behöver totalrenoveras cirka 20 år framåt i tiden. Två år efter att tillståndet beviljas och verksamheten byggts upp fullständigt drar Länsstyrelsen tillbaka tillståndet på grund av miljöskyddsskäl i enlighet med 24 kap. 3 § p. 3 eller 4 MB.¹⁵ Orsaken är att nya forskningsrön tyder på en ökad risk för att fåglar påverkas negativt av vindkraftsparken. Det indragna tillståndet innebär att den enskilde fastighetsägaren inte får fortsätta med sin verksamhet och får därmed sin rådighet begränsad. Fastighetsägaren är dock inte berättigad någon ersättning enligt ersättningsreglerna i 31 kap. MB.

Skäl för ersättningsrätt

Enligt lagmotiven till MB framhåller lagstiftaren att det finns hänsynsregler¹⁶ som innebär att en verksamhetsutövare hela tiden måste anpassa sig till de senaste forskningsrönen. När det gäller tillståndsgivna verksamheter framhålls det att sådan verksamhet inte ska behöva iakta hänsynsreglerna i vidare mån än vad som följer av tillståndet. Vidare anser lagstiftaren att en tillståndshavare som följer villkoren i tillståndet inte behöver frukta några ytterligare krav med stöd av hänsynsreglerna.¹⁷ Trots det nyss anförda kan tillståndet ändå återkallas utan att ersättning tillerkänns verksamhetsutövaren i situationer där verksamheten inte kan anses följa hänsynsreglerna i MB. Lagstiftaren menar att den pågående markanvändningen inte är laglig och därmed inte ersättningsberättigad.¹⁸

4.1.3 EN GRUNDLAGSENLIG ERSÄTTNINGSRÄTT?

Såsom framförts ovan kan det, vid en första anblick, te sig korrekt att indragna tillstånd på grund av nya forskningsrön inte ger någon rätt till ersättning. Var-

¹⁵ Det torde vara p. 4 som främst avser situationer av nytillkommen forskning men samtidigt är inte gränsen, punkterna emellan, helt glasklar.

¹⁶ Se främst 2 kap. MB. För en mer utförlig beskrivning av reglerna se prop. 1997/98:45, s 593-596.

¹⁷ Prop. 1997/98:45 del I, s 551 f.

¹⁸ A. prop. s 551 f. Resonemanget kan dock te sig lite motsägelsefullt i och med lagstiftarens uttalande om att hänsynsreglerna inte ska få samma genomslag på redan beviljade tillstånd än hos verksamheter som inte kräver något tillstånd.

ken MB eller RF uttrycker ju någon ersättningsrätt vid dessa situationer.

Ett av de grundläggande resonemangen i propositionen till MB om varför ersättningsrätt ska, eller inte ska, tillerkännas den enskilde vid de två typexemplen kretsar främst kring begreppet pågående markanvändning. Resonemanget kan å ena sidan anses rimligt ur den aspekten att det allmänna måste kunna ingripa mot en pågående verksamhet som strider mot gällande miljöskyddsregler trots att den enskilde har ett tillstånd som är att se som ett gynnande förvaltningsbeslut.¹⁹ Men å andra sidan kan det te sig lite märkligt att återkalla ett beviljat tillstånd, utan en rätt till ersättning därav, på grund av nyligen tillkomna forskningsrön där den enskilde med anledning av det beviljade tillståndet i princip har ändrat den pågående markanvändningen genom att, som i typexemplet, uppföra en vindkraftspark. Det har bland annat framförts åsikter om att det inte går att dra några paralleller mellan nyss nämnda situation och en situation där en verksamhet var olaglig redan från början. Oaktat jämförbarheten mellan nämnda situationer uttrycks uppfattningen att det inte är helt självklart att den enskilde ska stå utan ersättning om verksamheten inte stred mot någon norm vid starten. Handlar det om en reglering som bygger på viktiga miljö- och hälsoskyddsintressen kan dock en ersättningsrätt bli mycket begränsad.²⁰

Det kan i vilket fall te sig lite underligt att lagstiftaren intar den ståndpunkten att rådighetsinskränkningar på grund av inrättande av naturreservat ska innebära en ersättningsrätt på de grunderna att pågående markanvändning inskränks, samtidigt som lagstiftaren hävdar att indragna tillstånd enligt 24 kap. 3 § MB inte ska medföra någon ersättningsrätt.

Rimligtvis borde det vara möjligt att jämställa en situation där någon köper en skogsfastighet med avsikten att bedriva skogsbruk med en situation där en person köper samma skogsfastighet för att använda den för drift av en vindkraftspark. I den första situationen är ju köparen medveten om att myndigheterna har möjligheter att inrätta ett naturreservat i miljöskyddets intresse. I den andra situationen är köparen istället införstådd med att området är utpekad som riksintresse för vindkraft och av den anledningen förvärvar fastigheten, även om köparen också är medveten om att verksamheten troligen kommer att förenas med tillståndskrav. Eftersom den första situationen anses omfattas av begreppet pågående markanvändning är det svårt att se varför den andra

¹⁹ Se a. prop. s 551 f samt Åhman, K., Företagen och förvaltningen, s 258 f med hänvisning till RÅ 1999 ref. 76.

²⁰ SOU 2001:19 "Vissa grundlagsfrågor", s 98 med hänvisning till prop. 1977/78:75 "med förslag till ransoneringslag m.m.", s 144.

situationen ska behandlas annorlunda, inte minst då begreppet dessutom ska tolkas relativt generöst.²¹

Det är givetvis av intresse att även se på typexemplet om vindkraftverken utifrån lagstiftarens resonemang om att det även kan finnas undantag från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF.²²

När det gäller den första förutsättningen för en tillämpning av undantaget från undantaget, dvs. att fastighetsägaren inte själv är vållande till beslutet om rådighetsinskränkningen, går det å ena sidan att hävda att denne följt tillståndet och därför inte har någon skuld till det inträffade.²³ Å andra sidan går det även att hävda det faktum att samhället, bland annat genom hänsynsreglerna i MB, måste ha en möjlighet att ingripa i fall där den enskilde visserligen skött sig enligt gällande rätt men samtidigt har en verksamhet som innebär miljörisiker som inte kunnat förutses när tillståndet beviljades.

Gällande den andra förutsättningen, att det vid en intresseavvägning visar sig att den enskilde drabbas särskilt hårt, torde det inte vara främmande att hävda att samhället ska vara med och dela på kostnaden för det skydd för miljön som de nya forskningsrönen visat. Orsaken är att både miljöintresset och den enskildes verksamhet anses vara ett allmänt intresse.²⁴ I likhet med naturreservat, som berättigar ersättning från det allmänna, är inrättande av vindkraftsparker ofta att se som av allmänt intresse. Det kan följaktligen, ur ett likabehandlingsperspektiv, tyckas märkligt att ersättning inte utgår för den enskilde i de fall tillståndet för verksamheten dras tillbaka. Dessutom blir konsekvensen att den enskildes intresse får stå tillbaka fullt ut medan det allmännas intresse delvis tillgodoses genom att tillstånd inte beviljas. Samtidigt får det sistnämnda intresset också stå tillbaka eftersom det allmänna riksintresset av tillgång till miljövänlig energi inte uppfylls. Mot det argumentet går det givetvis att hävda att förvaltningsbeslut, som tillstånd de facto är, i regel inte kan ses som helt orubbliga i och med att ändrade förhållanden kan motivera ett annat ställningstagande i framtiden.²⁵

21 Se prop. 1997/98:45 del 1, s 550.

22 Se Prop. 2009/10:80, s 169 f.

23 Jfr utredningsförslaget i prop. 2009/10:80, s 169 f.

24 Jfr prop. 1997/98:45 s 321 om miljön som allmänt intresse samt prop. 2009/10:80, s 169 f.

25 Strömberg, Håkan och Lundell, Bengt, Allmän förvaltningsrätt, Malmö 2006 (härefter Strömberg, H., Allmän förvaltningsrätt), s 72 samt Åhman, K., Företagen och förvaltningen, s 258 f.

Frågan är dock, i alla fall med tanke på att tillståndet är beviljat av Länsstyrelsen, om det i vissa fall kan ses som mer rimligt att det allmänna får stå för kostnaden. Inte bara på grund av att den nyss nämnda myndigheten har gett den enskilde ett gynnande förvaltningsbeslut som denne i de flesta fall ska våga rätta sig efter; utan även på grund av andra rättssäkerhetsskäl som exempelvis retroaktiv myndighetsutövning.²⁶ Resonemanget får stöd i lagmotiven till 2010 års reform av RF där lagstiftaren menar att ett tillbakadraget tillstånd med anledning av nya forskningsrön, i vissa fall, borde medföra en rätt till ersättning. Förutsättningarna är att det miljöfarliga momentet i verksamheten inte kunde förutses vid tillståndets utgivning samt att verksamhetsutövaren har gjort stora investeringar med anledning av tillståndet.²⁷ Investeringarnas omfattning kan således ha betydelse för rätten till ersättning vilket också indirekt blir en del av den intresseavvägning som görs gällande undantaget från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF.

En avslutande fundering, som dessutom har koppling till likabehandlingsresonemanget ovan, är om det dessutom är möjligt att hävda en ersättningsrätt vid frånvaro av en lagstadgad ersättningsrätt i den specifika situationen. Såsom framkommit i tidigare avsnitt menar Bengtsson att det, i sådana situationer, ändå bör finnas en möjlighet att utdöma ersättning med stöd av grundlagen.²⁸ En viktig förutsättning är dock att det finns en situation där en rätt till ersättning är lagstadgad och vilken dessutom är jämförbar med den situationen där någon uttryckligen ersättningsrätt inte föreligger. På så sätt ska det, analogt, gå att tolka in en ersättningsrätt även i den ej ersättningsberättigade situationen. I typexemplet om indragna tillstånd torde det, utifrån Bengtssons resonemang, därför vara möjligt att jämföra indragna tillstånd med exemplet gällande naturreservat där en lagstadgad ersättningsrätt enligt 31 kap. MB föreligger. Både naturreservat och indragna tillstånd sker med anledning av miljöskäl, vilka av lagstiftning och förarbeten utpekats som allmänna intressen. Dessutom är inte den enskilde vållande till rådighetsinskränkningen.

Av de ovan framförda anledningarna torde det därför vara svårt att avfärda ett analogislut som en helt främmande lösning, inte minst utifrån det faktum att motiven bakom rådighetsinskränkningarna i de två typexemplen är desamma. Ett ytterligare argument är att det utifrån 2 kap. 15 § RF:s lydelse torde gå att utläsa en rättsgrundsats om ersättningsrätt i och med att grundlagsbestämmelsen numera stadgar en huvudregel gällande rätt till ersättning

26 Jfr Ahman, K., *Företagen och förvaltningen*, s 265 f.

27 Prop. 2009/10:80, s 171.

28 Bengtsson, B., *Grundlagen och fastighetsrätten*, s 88 f.

vid rådighetsinskränkningar. Dessutom finns det argument för undantag från undantaget i 2 kap. 15 § RF, vilket enligt min mening också möjliggör en grundlagsskyddad ersättningsrätt. Det skulle i sin tur möjliggöra en analogi med ersättningsbestämmelserna i ExL, vilka innebär full ersättning vid indragna tillstånd, i likhet med inrättande av naturreservat.²⁹

4.2 BEGRÄNSNINGAR MED HÄNSYN TILL PLANREGLERING

4.2.1 VÄGRAT BYGGLOV EFTER ATT EN BYGGNAD FÖRSTÖRTS AV EN OLYCKSHÄNDELSE

Ett konstruerat typexempel

Det här typexemplet behandlar den situationen att en fastighetsägare får sitt bostadshus förstört på grund av en olyckshändelse. När denne sedan söker bygglov för återuppbyggnad av huset blir det avslag på bygglovsansökan. Orsaken är att någon av förutsättningarna för bygglov i 9 kap. 30 § plan- och bygglagen (PBL, SFS 2010:900) inte är uppfyllda då kommunen, i en ny detaljplan, fastslagit att det av miljöskydds- och säkerhetsskäl numera inte är möjligt att uppföra ett hus på samma plats.

Lagreglering

Följden i det här typexemplet blir, enligt 14 kap. 5 § 2 st. PBL, att den enskilde fastighetsägaren får ersättning för skadan det vägrade bygglovet medför. Bestämmelsen har ingen s.k. kvalifikationsgräns såsom ”pågående markanvändning avsevärt försvåras” eller ”är betydande i förhållande till värdet av den berörda delen av fastigheten”. Enligt 14 kap. 23-24 §§ PBL bestäms ersättningen av reglerna i 4 kap. ExL. De nya ersättningsreglerna i ExL innebär att den enskilde får ersättning för skadan som det vägrade bygglovet innebär, med eventuella avdrag om det vägrade lovet medför ett ökat marknadsvärde, samt ett 25 procentigt påslag på denna ersättning.³⁰

Skäl för ersättningsrätt

I propositionen till nya PBL utvecklades inte ersättning vid situationer som avses i dess 14 kap. 5 § 1 st. något närmare. I lagmotiven till införandet av gamla PBL (GPBL) framkom dock att det i vissa fall kan utgå ersättning utan

²⁹ Se Bengtsson, B., Ersättning vid offentliga ingrepp I, s 194 f.

³⁰ Jfr Bengtsson, B., Speciell fastighetsrätt, s 65 ff., som verkar mena att hela 14 kap. 5 § PBL omfattas av en kvalifikationsgräns. Utifrån bestämmelsen ordalydelse torde dock detta endast gälla fall som träffas av bestämmelsens 2 st.

någon kvalifikationsgräns. Det kan handla om att olika planer ändras under genomförandetiden. I andra fall ska dock huvudregeln vara att någon sorts kvalifikationsgräns används för rätt till ersättning. Byggnader som, i likhet med det konstruerade typexemplet, förstörts av en olyckshändelse nämndes till exempel inte alls.³¹ I samband med införandet av GPBL uttalade bostadsutskottet, visserligen på ett föga tydliggörande sätt, att det kan ifrågasättas om det ska finnas någon kvalifikationsgräns om en byggnad förstörs genom olyckshändelse.³²

4.2.2 VÄGRAT BYGGLOV EFTER ATT BYGGNAD AVSIKTLIGT FÖRSTÖRTS

Ett konstruerat typexempel

I det här typexemplet har en fastighetsägare ett högst ordinärt och nedgången hus på sin tomt, vilket medför att denne så småningom river huset eftersom skadorna är för stora. Fastighetsägaren ansöker sedan om bygglov för återuppbyggnad av ett likadant hus, placerat på samma plats som det rivna huset. Kommunen avslår dock, med stöd av 9 kap. 30 § PBL, ansökan om bygglov på grund av miljö- och säkerhetsskäl.

Lagreglering

Situationer som detta konstruerade typexempel avser belysa regleras i 14 kap. 5 § 2 st. PBL. Förutsättningarna för en ersättningsrätt är dels att byggnaden förstörts utan att det beror på en olyckshändelse, dels att skadan uppnått en viss omfattning, den s.k. kvalifikationsgränsen.³³ Enligt 14 kap. 23-24 §§ PBL bestäms ersättningen av reglerna i 4 kap. ExL. I likhet med det förra typexemplet innebär reglerna i ExL att den enskilde får ersättning för skadan det vägrade bygglovet innebär, med eventuella avdrag ifall det vägrade bygglovet medför ett ökat marknadsvärde, samt ett 25 procent påslag på denna ersättning. Ersättningen täcker således åtminstone hundra procent av skadan, trots kvalifikationsgränsen.

Skäl för ersättningsrätt

Såsom framkommit i avsnitt 4.2.1 framhålls det i lagmotiven att en grundlagskyddad ersättningsrätt ska råda vid situationer som avses i 14 kap. 5 § PBL,

31 Prop. 1985/86:1 "Med förslag till ny plan- och bygglag", s 374 och 378. Enligt lagmotiven överensstämmer 14 kap. 5 § 2 s. PBL i stora drag med 14 kap. 8 §, se prop. 2009/10:170 "En enklare plan- och bygglag", s 506.

32 BoU 1985/86:1, s 141.

33 Se prop. 1985/86:1, s 383.

eftersom det rör mark och byggnader som i övrigt omfattas av en ersättningsrätt vid olika ingrepp i äganderätten.³⁴ Det faktum att PBL, i de fall byggnaden förstörts av andra orsaker än olyckshändelse, endast tillerkänner en ersättning om skadan har nått upp till en viss kvalifikationsgräns har inte motiverats något närmare av lagstiftaren. Lagrådet framhåller i alla fall, i sitt yttrande inför införandet av GPBL, att det ska vara fråga om ett någorlunda kvalificerat intrång och att den enskilde måste acceptera en viss nivå av ingrepp i det allmännas intresse.³⁵

Kvalifikationsgränsens exakta nivå har inte berörts i den senaste propositionen till PBL. Uttalanden i lagmotiven till GPBL tyder dock på att gränsen torde ligga någonstans mellan 10 procent och 20 procent av den enskildes skada, med andra ord det sänkta marknadsvärdet som orsakats av rådighetsinskränkningen. I samma proposition framhöll departementschefen även att om kvalifikationsgränsen uppnås och ersättning tillerkänns den enskilde, ska endast skadan utöver kvalifikationsgränsen ersättas.³⁶

4.2.3 EN GRUNDLAGSENLIK ERSÄTTNINGSRÄTT?

De två föregående typexemplen visar på en skillnad avseende rätten till ersättning beroende på om byggnaden förstörts av en olyckshändelse eller om det skett av andra anledningar. Att det är just sättet som byggnaden förstörs på som är avgörande för ersättningens nivå kan verka som en lite märklig utformning av lagstiftningen. Det går exempelvis att ifrågasätta rimligheten i att en fastighetsägare som, i syfte att utveckla sin fastighet, river en alltför förfallen byggnad ska betala en självrisk med anledning av kravet på en kvalifikationsgräns. Detta i jämförelse med om byggnaden förstörs av en olyckshändelse, där denna kvalifikationsgräns inte stadgas.

Vidare är det, utifrån dessa två typexempel, intressant att se på lagstiftarens resonemang kring undantaget från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF och de två förutsättningar som då ska vara uppfyllda för att det ska aktualiseras.³⁷

Den förstnämnda förutsättningen, att den enskilde inte är vållande till rådig-

³⁴ Se prop. 1993/94:117, s 17. Se även prop. 2009/10:80, s 164 där lagstiftaren bekräftar att byggnadsförbud omfattas av bestämmelsen.

³⁵ A. prop. 1985/86:1, s 385 f.

³⁶ A. prop. 1985/86:1, s 390-393.

³⁷ Prop. 2009/10:80, s 169 f.

hetsinskränkningen, är intressant att diskutera utifrån bestämmelserna i 14 kap. 5 § PBL. Med beaktande av bestämmelsens lydelse och dess förarbeten, fokuserar lagstiftaren på orsaken till att byggnaden förstörts. Detta står i kontrast till de ovan nämnda förarbetena till RF, som istället fokuserar på den enskildes skuld till rådighetsinskränkningen.³⁸

Av denna anledning borde det, enligt min mening, inte nödvändigtvis vara orimligt att utge full ersättning utan kvalifikationsgräns även i fall där bygglov vägrats efter att byggnaden förstörts avsiktligt. Visserligen är den enskilde på sätt och vis vållande till att byggnaden har förstörts av andra anledningar än en olyckshändelse. Rivningen har ju skett avsiktligt. Det går dock inte att med samma tyngd hävda att den enskilde är vållande till det vägrade bygglovet; med andra ord att denne är vållande till rådighetsinskränkningen. Det sistnämnda sker inte på grund av att byggnaden rivits avsiktligt. Ansökan om bygglovet har inte heller avslagits på grunder där kommunen anser att det är olämpligt att uppföra en likvärdig byggnad på samma plats. I de fall en bygglovsansökan för en likadan byggnad avslås, torde den byggnad som förstördes av en olyckshändelse inte heller stå kvar. I sådana fall kan det hävdas att den enskilde istället bidragit till att kommunens detaljplan uppnår dess miljöskydds- eller säkerhetsskäl. Utifrån det nyss nämnda torde därför den första förutsättningen för en möjlig tillämpning av ett undantag från undantaget 2 kap. 15 § 3 st. RF vara uppfylld, eftersom det går att se det som att den enskilde inte är vållande till rådighetsinskränkningen.

Den andra förutsättningen för en tillämpning av undantaget från undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF är att det, vid en intresseavvägning, visar sig att den enskilde drabbas särskilt hårt. När det gäller de två typexemplen utifrån PBL kan det svårligen hävdas att den enskilde drabbas så pass hårt. Den enskilde står i och med de nya ersättningsreglerna ingen börda alls, utan får istället en smärre ersättning utöver den faktiska skadan.

Vidare är det av intresse att ifrågasätta om det, utifrån grundlagen, verkligen kan anses sakligt motiverat att tillerkänna mer än full ersättning vid rådighetsinskränkningar. Å ena sidan kan det hävdas att grundlagen endast är ett grundskydd, vilket innebär att det inte kan anses vara oförenligt med 2 kap. 15 § RF att ge enskilda ett starkare skydd gentemot det allmänna.³⁹ Men å

³⁸ Se t.ex. a prop. s 169 f.

³⁹ Grundlagen anger ju egentligen när det allmänna får kränka den enskildes rättigheter vilket torde, enligt min mening, möjliggöra en generösare tolkning, till den enskildes fövör, av ordalydelsen i 2 kap. 15 § RF. Se exempelvis Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils, Vår författning, Sthlm 2003 (härefter Holmberg, E., Vår författning), s 67 och 70 samt Bull, T. och Sterzel, F., Regeringsformen – en kommentar; Sthlm 2010 (Härefter Bull, T., Regeringsformen – en kommentar), s 24 f, angående resonemang kring grundlagens funktion.

andra sidan tappar kvalifikationsgränsen lite av sitt syfte då den, exempelvis när det gäller den avsiktligt rivna byggnaden, i många fall äts upp av schablonpåslaget om 25 procent utöver den fastställda ersättningen. Orsaken är att kvalifikationsgränsen anses ligga någonstans mellan 10 och 20 procent av det sänkta marknadsvärdet vilket medför att den enskilde ändå kan få åtminstone 5 procent utöver kvalifikationsgränsens självrisk. Precis som Bengtsson anför, går det, med hänvisning till ExL:s lagmotiv, att ifrågasätta dessa konsekvenser. Orsaken är att den självrisk som kvalifikationsgränsen i tidigare lagmotiv ansetts utgöra helt sonika endast blir en gräns för ersättningsrätt och inte någon självrisk som belastar den enskilde.⁴⁰

Om det är orimligt att full ersättning utges när en byggnad förstörts av just en olyckshändelse, är inte alldeles lätt att ta ställning till. Ur ett grundlagsperspektiv torde det dock endast handla om en rätt till någon sorts ersättning, inte just full ersättning. Orsaken är att det skulle stå i strid med 2 kap. 15 § RF:s ordalydelse, i och med undantaget från grundlagsstadgad ersättningsrätt i bestämmelsens 3 st. I förarbetena till RF har det satts upp principer om under vilka förutsättningar det ansetts rimligt att den enskilde i alla fall ska stå en viss del av risken själv och att inte det allmänna ska stå hela risken.⁴¹ Nu blir konsekvensen att det allmänna inte bara står för den enskildes självrisk, utan även ersätter en del utöver denna. Det går sålunda att framföra en viss tveksamhet inför huruvida det verkligen kan vara i linje med grundlagens nuvarande ändamål att tillerkänna en sådan extensiv ersättningsrätt.⁴²

Slutligen är det av intresse att behandla det av Bengtsson framförda resonemanget att det, i vissa fall, går att hävda en grundlagsskyddad ersättningsrätt, trots att vanlig lag inte stadgar någon sådan. Det borde vid en första anblick vara möjligt att hävda en likartad ersättningsrätt genom en analogitolkning. Situationerna vid indraget tillstånd och vid en olyckshändelse är trots allt väldigt lika men medför inte samma ersättningsrätt. Med andra ord att inskränkningen inträffar, för den enskilde, oförutsett och som den enskilde dessutom inte haft någon skuld i.

Resonemanget är dock förenat med vissa tveksamheter. För det första används i regel endast rättsanalogier på fall som är oreglerade. Båda situationerna i 14

40 Se Bengtsson, B., Nya ersättningsfrågor i fastighetsrätten, SvJT 2010s 726 (härefter Bengtsson, B., SvJT 2010 s 726), s 10 även s 11 f om ändringarna i självriskreglerna gällande MB, samt prop. 2009/10:162, s 112.

41 Prop. 1972:111 bilaga 2, s 335.

42 Se Bengtsson, B., SvJT 2010s 726, s 10 som indirekt efterlyser lagmotiv till den aktuella ersättningsrätten angående schablonläggets delvisa neutralisation av den enskildes självrisk.

kap. 5 § PBL har en lagstadgad ersättningsrätt, om än olika generös. För det andra medför ersättningsreglerna i ExL en ersättning som i de flesta fall uppgår över kvalifikationsgränsen och därmed ofta ersätter mer än hela skadan. Detta torde vara linje med grundlagsbestämmelsen, eftersom de båda situationerna i vart fall tillerkänner en ersättning.

5. EN UTBLICK MOT EUROPAKONVENTIONEN

Eftersom EKMR med dess praxis både är en del av och har en stor inverkan på svensk rätt är det av intresse att, om än på ett översiktligt plan, beröra dess syn på ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar.

I likhet med RF stadgar EKMR:s egendomsskydd, som återfinns i första tilläggsprotokollet artikel 1, ett krav på ett allmänt intresse för att genomföra en tvångsåtgärd. Till skillnad från rena egendomsberövanden har Europadomstolen gett det allmänna en relativt stor frihet att inskränka rådigheten så länge det föreligger ett allmänt intresse.⁴³

Rätten till ersättning stadgas inte i artikel 1 men har behandlats av Europadomstolen i James-fallet, vilket visserligen gällde egendomsberövanden. Enligt domstolen är rätten till ersättning av stor vikt vid den obligatoriska proportionalitetsbedömningen, även om det inte finns något krav på full ersättning. En princip om full ersättning har framförallt framförts i doktrin. Om ersättning inte tillerkänns kan det svårigen anses vara ett proportionerligt ingripande av det allmänna.⁴⁴ Även vid rådighetsinskränkningar är synsättet numera, om än inte i lika stor omfattning som vid egendomsberövanden, att rätten till ersättning ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen.⁴⁵

När det gäller indragning av beviljade tillstånd, som indirekt innebär att rådigheten över egendomen begränsas, har synsättet istället varit lite generösare till den enskildes förmån. Ur ett proportionalitetsperspektiv har domstolen endast accepterat inskränkningar som medför mindre verkningar för den enskilde. Proportionalitetskravet har därför, i fall med mer ingripande begränsningar av rådigheten, inte ansetts uppfyllt.⁴⁶ Detta synsätt delas av Bengtsson som, i ett

43 Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Sthlm 2008, (härefter Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*) s 47 f.

44 James m.fl. mot Storbritannien, dom av 21 februari 1986, SOU 2008:99, s 85 f, Sterzel, F, m.fl., *Äganderätten - ansvar - skydd*, s 36 samt Danelius, H., *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s 459 ff.

45 Åhman, K., *Egendomsskyddet*, s 363 och 375.

46 Se a.a. s 475, med där hänvisade fall.

resonemang om innebörden av RF:s egendomsskydd, menar att det kan vara motiverat utifrån Europadomstolens praxis att indragna tillstånd i vissa fall kan medföra ett särskilt skydd. Detta under förutsättning att tillståndet gett fastighetsägaren en befogad uppfattning, så kallade legitima förväntningar, om att verksamheten skulle fortgå utan inskränkningar. Dessa förväntningar ska särskilt respekteras när det gäller tillståndspliktig näringsverksamhet. Dras tillståndet tillbaka kan det ses som ett ingrepp i egendomsskyddet.⁴⁷

Karin Åhman instämmer visserligen i den mening att ett indraget tillstånd, i Europadomstolens mening, kan betraktas som ett ingrepp i verksamhetsutövarens äganderätt.⁴⁸ Däremot pekar hon även på det faktum att i samtliga fall där den svenska staten varit inblandad i mål där tillstånd dragits tillbaka i förtid på grund av strängare föreskrifter, har Sverige inte fallts en enda gång. Enligt Åhman var det två aspekter som domstolen särskilt beaktade vid prövningen av de båda fallen. Den ena är hur det allmänna agerat i och med de strängare föreskrifterna. Den andra aspekten är vilka ekonomiska risker som var förenade med ett sådant beslut.⁴⁹

Utifrån Bengtssons och Åhmans resonemang borde en rimlig slutsats vara att EKMR talar för en ersättningsrätt vid situationer av indragna tillstånd. För det första eftersom den enskilde haft en befogad uppfattning om att verksamheten skulle fortsätta. För det andra borde domstolens två aspekter i bedömningen påverkas av att tillståndet plötsligt dras tillbaka vilket i sin tur innebär stora ekonomiska risker för den enskilde i och med att verksamheten troligen omöjliggörs.

Vid situationer där naturreservat inrättas eller bygglov för återuppbyggnad vägras är läget istället ett annat. Det torde svårligen gå att hävda att ersättningen i dessa situationer inte är förenliga med EKMR. I dessa exempel utgår ju oftast en ersättning som till och med går utöver det minskade marknadsvärde som den enskilde inledningsvis drabbats av. Dessutom har Europadomstolen gett staterna stora möjligheter att vägra ersättning till enskilda.⁵⁰

6. SYNPKUNKTER DE LEGE FERENDA

Såsom regeringen själv anför i propositionen till nya RF finns det ett antal

47 Bengtsson, B., Grundlagen och fastighetsrätten, s 85 f. samt Danielius, H., Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s 474 ff. Se även Warnling-Nerep, Wiweka., Till frågan om legalitet och retroaktivitet, JT 2009-05 s 847.

48 Chassagnou m. fl. mot Frankrike, dom av 29 april 1999 samt Åhman, K., Företagen och förvaltningen, s 268.

49 A.a. s 268 f.

50 Se Åhman, K., Egendomsskyddet, s 375-379.

situationer där ersättning för närvarande inte utgår, men som i själva verket borde tillerkännas en ersättningsrätt.⁵¹ Av den anledningen allena kan det vara motiverat att genomföra en ordentlig översyn av lagstiftningen. Beroende på om äganderättsintresset ska stärkas eller om avsikten är att snäva av de fall där ersättning inte ska utgå till den enskilde fastighetsägaren kan översynen ske på olika sätt.

Om avsikten är att stärka äganderätten genom att ersättning ska utgå i en större omfattning än idag är ett alternativ att helt enkelt göra en översyn av dels vilka fall som för närvarande omfattas av undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF, dels vilka situationer som i framtiden bör omfattas av undantaget.

Är istället avsikten att snäva av den nuvarande ersättningsrätten blir läget ett annat. Med ett sådant synsätt krävs verkligen en utredning som går till botten med egendomsskyddet i svensk grundlag och underliggande ersättningslagstiftning. Att så inte skett beror troligen på att lagstiftaren är medveten om att RF, med påverkan av EKMR, egentligen talar för en än generösare ersättningsrätt än vad som framkommer i den nu gällande lagstiftningen på området. En uttömmande utredning i frågan kan således resultera i att nu gällande ersättningsrätt måste göras mer konform med RF och EKMR, vilket medför att ersättning ska utgå vid en rad situationer som för tillfället inte har någon lagstadgad ersättningsrätt. För att undvika ett sådant scenario kan lagstiftarens enda alternativ vara att genomföra större förändringar av det svenska egendomsskyddets uppbyggnad i syfte att fortfarande kunna stadga en utebliven rätt till ersättning i vissa fall av rådighetsinskränkningar.

Gällande indragna tillstånd enligt MB är det möjligt att ifrågasätta om det verkligen kan anses vara av allmänt intresse att inskränka pågående markanvändning med anledning av nytillkomna forskningsrön som inte kunnat förutses vid tillståndets beviljande. Istället torde det, ur en rättssäkerhetsaspekt, vara rimligare att ett sådant tillstånd får bestå till dess giltighetstid gått ut, vilket dessutom torde passera en prövning enligt proportionalitetsprincipen. Om det allmänna kan avgöra om ersättning ska utbetalas genom att helt enkelt bestämma att det inte rör sig om inskränkningar i en laglig pågående markanvändning, går det verkligen att ifrågasätta om ändamålen med grundlagskyddet överhuvudtaget efterlevs.⁵²

Vidare borde snarare det allmännas intresse gynnas om vindkraftverken är byggda på en plats utpekad som riksintresse för vindkraft och dessutom

51 Se prop. 2009/10:80 s 169 f. Även SOU 2008:125, s 446-449 där lagstiftare resp. utredare fastlär ett lagstiftningsbehov.

52 Se prop. 2009/10:80, s 164 med hänvisning till prop. 1993/94:117, s 48.

främjar miljön på många andra sätt för hela samhällskollektivet. Vid en avvägning mot att, exempelvis, nya forskningsrön tyder på att fåglar påverkas negativt av verksamheten, torde det kunna vara motiverat att låta tillståndet i alla fall löpa tiden ut för att sedan göra en ny prövning. I annat fall blir ju konsekvensen att den enskildes intresse får stå tillbaka fullt ut medan det allmännas intresse delvis tillgodoses genom att tillstånd inte beviljas, även om det sistnämnda intresset också får stå tillbaka genom att det allmänna riksintresset miljövänlig energi inte uppfylls.

Avseende typexemplen där bygglov vägrats är det relevant att ifrågasätta skillnaden i ersättning mellan de två ovan angivna exemplen. Bara för att en byggnad förstörs av en olyckshändelse i det ena fallet torde det gå att ifrågasätta rimligheten i att en fastighetsägare, som vill utveckla sin fastighet och därför river en byggnad som förfallit alltför mycket, ska betala en självrisk med anledning av kvalifikationsgränsen. Detta i jämförelse med om byggnaden förstörts av en olyckshändelse, där denna kvalifikationsgräns inte finns.

Skillnaden mellan de två belysta situationerna skulle exempelvis kunna åtgärdas antingen genom en förändring av själva bygglovsprocessen där den enskilde, innan huset rivs, garanteras information om förutsättningarna för ett bygglov och till eventuell anknuten ersättning, alternativt att ersättningsrätten görs mer likformig.

Kvalifikationsgränsens innebörd och nuvarande funktion är en annan detalj i det ersättningsrättsliga systemet som borde förtydligas av lagstiftaren. Orsaken är att den tidigare utgångspunkten för en kvalifikationsgräns var att den dels ska fungera som en självrisk som den enskilde alltid får räkna in i sitt ägande, dels att skadan inte skulle vara obetydlig för att det allmänna överhuvudtaget skulle utge någon ersättning.⁵³ Såsom de nya ersättningsreglerna i ExL är utformade blir numera kvalifikationsgränsens funktion som självrisk tämligen betydelselös. Orsaken är att kvalifikationsgränsen anses ligga någonstans mellan 10 och 20 procent av skadan medan ExL tillerkänner ett schablon tillägg på 25 procent utöver ersättningen av skadan.

Även ur ett perspektiv av rättsanalogier kan det anses viktigt för lagstiftaren att göra en genomgång av lagstiftningen. Orsaken är att det finns relativt hållbara argument för att det, om förutsättningarna är likartade, är möjligt att hävda en grundlagsskyddad ersättningsrätt även i situationer som inte har någon lagstadgad ersättningsrätt. Riskerna är annars att ett sådant synsätt, om det får

53 Se t.ex. prop. 1985/86:1, s 374 och 385.

acceptans i rättspraxis, öppnar upp för en ersättningsrätt som riskerar att bli relativt generell i jämförelse med den nuvarande.

7. RÄTTSPOLITIKEN OCH FRAMTIDEN

Det kan med fog hävdas att äganderätten i allmänhet och ersättningsrätten i synnerhet är ett relativt politiserat område där de partipolitiska skiljelinjerna är tämligen påtagliga. Visserligen har äganderätten stärkts åtskilligt de senaste åren, även om det fortfarande finns olika uppfattningar om hur stark äganderätten ska vara och på vilket sätt den ska skyddas.⁵⁴

Utifrån ändringarna av både RF och ExL kan det ifrågasättas om vi inte ser tecken på ett paradigmskifte avseende det äganderättsliga skyddet, inte minst när det gäller enskildas ersättningsrätt. Frågan är om det är lagstiftaren eller allmänheten som stått för förändringen.⁵⁵

Den förändrade ersättningsrätten tyder således på ett synsätt där samtliga situationer, som på något vis inskränker äganderätten, ska kompenseras oavsett hur marginella inskränkningarna är eller vilket allmänt intresse de avser att tillgodose. Vilka konsekvenser detta synsätt långsiktigt medför är svårt att förutse. Mycket tyder dock på att det allmänna kommer att få ersätta allt fler intrång i det enskilda ägandet och troligen till en högre kostnad än tidigare om utvecklingen fortsätter. Det finns således en risk för att pendeln svänger från att enskilda har haft för lite makt i förhållande till det allmänna till motsatsen.

Baksidan av en sådan utveckling är att det är svårt att justera tillbaka det enskilda ägandets ställning ifall det råkar få en alltför stark position gentemot det allmänna. Det kan helt enkelt bli för dyrt för det allmänna att ersätta de enskilda markägarna för att den, i tanken, okränkbara äganderätten fått en än starkare ställning än idag. För om allt fler situationer ska anses vara intrång i äganderätten, där ersättningen dessutom ligger på en nivå av 125 procent av marknadsvärdet, kan staten få det svårt att överhuvudtaget genomdriva för samhället viktiga reformer som exempelvis tillgång till energi eller insatser för miljön. Av den anledningen är det därför viktigt att bevaka utvecklingen så att


⁵⁴ Se t.ex. Bull, T., Regeringsformen – en kommentar, s 89, SOU 2008:125, s 387 ff. samt Sterzel, F., m.fl., Äganderätten - ansvar - skydd, s 45 ff. Även debatten om de nya ersättningsreglerna i SvJT belyser också olika synsätt, se Bengtsson, B., SvJT 2010 s 726, SvJT 2011 Replik på Fredrik Bondes artikel, s 318 samt Bonde, F., SvJT 2011, Professorskritik mot den nya reformen om förhöjd ersättning vid expropriation skjuter över målet, (härefter Bonde, F., SvJT 2011 s 202) s 202.

⁵⁵ Se Bonde, F., SvJT 2011 s 202, där en förändrad samhällsyn på äganderätten framförs som argument för förändringar av ersättningsrätten.

inget av dessa motstående intressen får en alltför stark ställning gentemot den andra.

Samtidigt är det en sund utveckling att det enskilda ägandet skyddas av både grundlag och EKMR. Ur ett individuellt fri- och rättighetsperspektiv är det givetvis välbehövligt att enskilda inte lider orimliga ekonomiska förluster i och med att det allmänna behöver vidta vissa åtgärder eller att den enskilda ägandet i allmänhet förlorar sin självklara del i samhällslivet. Dessutom är det ur många aspekter viktigt med en lagstiftning som ger någorlunda förutsägbar kontinuitet avseende de äganderättsliga förutsättningarna och i tillämpningen av lagstiftningen.

Ett annat vägval som kan kräva ett ställningstagande av den lagstiftande församlingen är frågan om hur intresseavvägningen mellan det allmännas intresse av att inte alltid behöva utge ersättning och den enskildes intresse för dennes egen ekonomi ska utformas. Det är å ena sidan rimligt att kollektivet, i vissa fall, delar på bördan om den enskildes rätt inskränkts. I synnerhet om det sker i kollektivets intresse, men även ifall den enskilde investerat mycket pengar i egendomen.⁵⁶ Men å andra sidan går det att ifrågasätta om det är rimligt att andra medborgare, som själv aldrig äger eller någonsin kommer att äga en fastighet, ska stå för samtliga inskränkningar som det allmänna behöver göra i kollektivets intresse. I vissa fall torde det inte vara omöjligt att hävda att det, i en marknadsekonomi, borde ligga i den enskildes risk att, vid ett förvärv av en fastighet, kalkylera in sannolikheten för rådighetsinskränkningar. Detta förutsätter givetvis både förutsägbara och tydliga ersättningsregler vilka tillåter den enskilde att på förhand göra denna beräkning, vilket något nuvarande lagstiftning inte i alla lägen kan sägas innebära.

En sammanfattande reflektion av framställningen ovan kan således vara att det finns regleringar, eller snarare en brist på regleringar, som inte ur alla synvinklar kan anses vara sakligt motiverade utifrån det konstitutionella egendoms-skyddet. Av denna anledning är det verkligen, som lagstiftaren i propositionen till 2010 års reform av RF anför, motiverat att genomföra en översyn över ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar.⁵⁷ Om, när och hur detta i sådana fall kommer att ske, kan endast framtiden utvisa. 

⁵⁶ Se t.ex. prop. 2009/10:80, s 169 f.

⁵⁷ Se a. prop. 2009/10:80, s 169 f.