



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Anna Treschow, Ingemar Bengtsson,
Eric Norén & Malin Sjöstrand

Konflikterna i skogen
– en analys av regelkonflikter och myndighetsagerande

Särtryck ur häfte 1/2021

KONFLIKTERNA I SKOGEN

– EN ANALYS AV REGELKONFLIKTER OCH MYNDIGHETSAGERANDE

Av Anna Treschow, Ingemar Bengtsson, Eric Norén & Malin Sjöstrand¹

Vi har undersökt orsaken till de pågående konflikterna mellan skogsägare och skogsvårdande myndigheter angående tillämpningen av artskyddsförordningen. Vi konstaterar att myndigheterna i ett internt projekt har utvecklat en tillämpning av artskyddsförordningen som saknar stöd i gängse rättskällor, som lagtext, förarbeten och praxis. Tillämpningen etablerades i internt framtagna riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden. Vi konstaterar att den nya tillämpningen konsekvent är till nackdel för den enskilde skogsbrukaren. De viktigaste punkterna är a) en försämrad möjlighet att få ersättning vid nekad skogsbruksätgard, b) svårighet att av myndigheten få svar på vad som gäller och c) en utökad börda för utredningar och bevisföring för den enskilde.

I. INLEDNING

2019 inleddes vid avdelningen för Fastighetsvetenskap vid LTH, Lunds universitet, ett forskningsprojekt om markanvändning. Författarna till artikeln har arbetat med en del av detta projekt, vilket består i att analysera användningen av skogsmark. Inom denna del initierades en studie av den kumulativa effekten av tillämpningen av de lagar, förordningar och andra regleringar som berör skogsbruket och förutsättningarna för att bruka skogsmark. Den studien resulterade i föreliggande artikel.

Studien tar särskilt sikte på konsekvenserna av att skogens brukande regleras i olika nivåer: grundlag och allmänna rättsprinciper, EU-rätt, Europeiska konventionen om skydd för mänskliga rättigheter (EKMR), miljöbalken (MB, 1998:808), förvaltningslagen (FL, 2017:900), speciallagstiftning som skogsvårdslagen (SkogL, 1979:429), förordningar som artskyddsförordningen (ArtsF, 2007:845) samt föreskrifter, riktlinjer och allmänna råd från

¹ Anna Treschow, jur.kand., Ingemar Bengtsson, fil.dr i nationalekonomi, Eric Norén, civ.ing. i lantmäteri och Malin Sjöstrand, jur.dr. Ingemar och Malin är universitetslektorer och Eric är doktorand vid Fastighetsvetenskap, LTH, Lunds universitet. Anna var under flera år adjungerad universitetsadjunkt vid samma avdelning. Artikeln utgör en del av ett delprojekt i ett övergripande forskningsprogram om markanvändning med utgångspunkt i de tre hållbarhetsmålen och de grundläggande principerna för rättsstaten. Delprojektet *Håller äganderätten till skogsmark på att urholkas?* har löpt under åren 2019 och 2020 på Fastighetsvetenskap, LTH, Lunds universitet och finansierades av Södra skogsägarnas Stiftelse för Forskning, Utveckling och Utbildning.

skogsvårdande myndigheter. Mängden tillämpliga regler och deras karaktär av lager-på-lager gör det särskilt intressant att studera den kumulativa effekten på förutsättningarna för att bedriva skogsbruk. När regelverken är överlappande uppstår osäkerhet beträffande vilket regelverk som bör tillämpas.² Detta gör det särskilt intressant att studera tillämpningen av regelverken och hur de tillämpande myndigheterna tolkar de olika typerna av regler i förhållande till varandra. Vi studerar både hur tillämpningen går till och hur den förhåller sig till rättsordningen i stort. Som studieföremål för denna artikel valde vi ArtsF.

Skogsbruket är en tillgång för markägarna men är också av betydelse för landets ekonomi, sysselsättning och andra intressen som exempelvis att uppnå målet om en levande landsbygd.³ I och med 1993 års SkogL infördes två jämställda mål för skogspolitiken: produktionsmål och miljömål. Sedan dess har skogens betydelse för klimatmålen givits ökad uppmärksamhet. Skogen kan sägas ha en nyckelroll i omställningen till en biobaserad samhällsekonomi, och för att minska mänsklighetens klimatpåverkan. Skogens förutsättningar att även generera friluftsvärden har uppmärksamats alltmer då människor anses må väl av att vistas i skogen. Skogsbruket ger också ekonomiska förutsättningar för en levande landsbygd med lokala arbetstillfällen.⁴

Skogen har många potentiella användningsområden men alla potentiella verksamheter kan inte bedrivas samtidigt. Prioriteringar mellan olika intressen behöver därför göras. I grunden förfogar ägaren över skogen och bestämmer hur den ska brukas. Denna förfoganderätt begränsas dock genom att användningen ska vara förenlig med samhällets reglering av skogsbruket. Regleringarnas övergripande syfte får antas vara att åstadkomma en balans mellan de olika användningarna så att mesta möjliga nytta erhålls ur skogen som resurs samtidigt som grundläggande rättsprinciper upprätthålls.

Med tanke på alla skogspolitiska mål som samhällets regleringar ska balansera är det inte förvånande att det uppstår konflikter runt hur den balansakten utförs. Det pågår en intensiv debatt i både media och domstol, där det från markägarnas sida argumenteras för att äganderätten till skogen och drivkrafterna att bruka skogen för produktion av virke är hotade.⁵ Den övergripande principen som har gällt sedan tillkomsten av SkogL, att produktions- och miljömål existerar sida vid sida, är i sig inte föremål för konflikt. Det är själva

2 Prop. 2013/14:141, *En svensk strategi för biologisk mångfald och ekosystemtjänster*, s. 81.

3 Se t.ex. prop. 2017/18:179, *En sammanhållen politik för Sveriges landsbygder – för ett Sverige som håller ihop*.

4 Ibid., s. 83.

5 Sténs, A. & Mårald, E. (2020) "Forest property rights under attack" Actors, networks and claims about forest ownership in Swedish press 2014–2017. I: *Forest Policy and Economics*.

implementeringen i konkreta situationer som debatteras. En av utmaningarna gäller den nya tillämpningen av ArtsF som väckt starka känslor hos både skogsägare och andra delar av befolkningen i sådan utsträckning att de har lett till konkreta politiska initiativ.⁶ Några av de skogsägare som berörts av myndigheternas nya tillämpning har också valt att få sin sak prövad i domstol.

ArtsF utfärdades 2007 som ett led i att implementera EU:s art- och habitatdirektiv samt fågeldirektiv i den svenska rättsordningen. Redan från början ansåg myndigheter och privata aktörer att förordningens utformning var problematisk. Myndigheter och skogliga organisationer har sedan dess, upprepade gånger, efterfrågat en översyn av förordningen och dess tillämpning.⁷ Önskemålet har även förts fram i riksdagen med argumenten att förordningen ansetts varken tillämpbar, effektiv eller rättssäker.⁸ En översyn har sedermera lyfts upp på agendan i samband med januariöverenskommelsen. Enligt överenskommelsen skulle översynen vara klar under 2020, med en ny förordning på plats 2021.⁹

ArtsF tillämpades initialt inte på *pågående markanvändning* så att denna avsevärt försvårades. På grund av detta är rättspraxis som berör ArtsF före 2016 hänförlig till *tillståndspliktiga* verksamheter såsom vindkraft, täktverksamhet och övrig samhällsbyggnad.¹⁰ Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) har i den så kallade *Bombmurkledomen* uttalat att ”det inte varit lagstiftarens avsikt att fridlysningsbestämmelserna i ArtsF skulle kunna ges en tillämpning som innebär att pågående markanvändning avsevärt försvåras.” Istället menar

6 Se punkt 26 i *Utkast till sakpolitisk överenskommelse mellan Socialdemokraterna, Centerpartiet, Liberalerna och Miljöpartiet de gröna*, den s.k. januariöverenskommelsen.

7 Se t.ex. Naturvårdsverket och Skogsstyrelsens skrivelse till Miljö- och energidepartementet 2016-06-12, dnr. NV-08573-15, dnr. 2015/568; *Skog & industri [elektronisk resurs]*. (Nr 3 2016) Stockholm: Arbio/Skogsindustrierna. Tillgänglig på internet: <https://www.skogsindustrierna.se/siteassets/dokument/skog--industri-pdfer/skog--industri-nr-3-2016.pdf> (hämtad 2020-05-26); prop. 2013/14:141, s. 80; Dir. 2020:58.

8 Se t.ex. interpellation 2016/17:523 från Jonas Jacobsson Gjørtler, *Översyn av artskyddsförordningen*; fråga 2017/18:866 från Maria Malmer Stenergard, *En översyn av artskyddsförordningen*.

9 Enl. Dir. 2020:58 *Översyn av artskyddsförordningen* ska en särskild utredare se över förordningen och ta ställning till om ändringar i MB:s ersättningsbestämmelser eller andra delar av balken är nödvändiga för att översynens syfte ska kunna nås. Uppdraget ska numera redovisas den 10 juni 2021.

10 Se t.ex. MÖD i dom M 2920-14 angående uppförande av vindkraftspark i närheten av havsörnar.

MÖD att lagstiftarens utgångspunkt torde vara att regler om områdesskydd¹¹ ska användas i fall där pågående markanvändning avsevärt försvåras.¹²

Med start runt 2015–2016 hade dock Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket börjat tillämpa ArtsF på ett annorlunda sätt inom skogsbruket. Fokus låg då endast på skogsbruket, medan andra gröna näringar inte berördes. Myndigheterna gjorde i och med denna omsvängning en del, i förhållande till tidigare praxis, nydanande tolkningar som innebar att de förbud som utfärdades inte skulle anses vara ersättningsgilla, även om pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvårades. Därutöver intog myndigheterna ståndpunkten att de enskilda verksamhetsutövarna hade såväl hela bevisbördan som ansvar för större delen av utredningens innehåll i alla led.¹³

Omsvängningen i tillämpningen av ArtsF sammanföll med projektet *Artskyddet i skogen* som genomfördes av Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen tillsammans med länsstyrelserna under åren 2015–2016.¹⁴ Projektet utmynnade i att Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket fastställde nya riktlinjer (härefter i löptext benämnt enkom Riktlinjerna) för handläggning av skogsbruksärenden som berör fridlysta arter skyddade genom 4 och 7 §§ i ArtsF. Riktlinjerna, som innehåller myndigheternas gemensamma tolkningar och rekommendationer för handläggning av ärenden där skogsbruksåtgärder berör fridlysta arter, publicerades i juni 2016. Myndigheterna beskriver dessa riktlinjer som ett första steg i tillämpningen av artskyddsärenden i skogsbruket.¹⁵

Den nya tillämpningen resulterade i stoppade avverkningar och flera domstolsprocesser. Skogsstyrelsen anger i en intervju att knappt 500 avverkningar under tidsperioden 2016 till juni 2019 har stoppats med stöd av ArtsF. Utöver helt stoppade avverkningar har tillämpningen av ArtsF också lett till att många

11 För områdesskydd, t.ex. bildande av naturreservat enligt 7 kap. 4 § MB, finns det tydliga lagar och praxis som hanterar intrångsfrågor på ett rättssäkert sätt. Vid bildande av områdesskydd finns i 31 kap. MB regler om rätt till ersättning för fastighetsägare där pågående markanvändning avsevärt försvåras.

12 MÖD 2017:7.

13 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016). *Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket, 21 juni 2016*, s. 50 ff.

14 Initiativet till projektet *Artskyddet i skogen* går inte att finna i Skogsstyrelsens regleringsbrev utan projektet nämns först i 2016 års regleringsbrev när Skogsstyrelsen fick i uppdrag att redovisa resultatet av projektet. Initiativet till projektet verkar härstamma ur rapporten 2014:7 *Förstudie Artskydd i skogen Slutrapport*. Den studien genomfördes gemensamt av Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket. Initiativet till riktlinjerna förefaller därmed komma inifrån myndigheterna, vilket är intressant eftersom Riktlinjerna kom att leda till ändrad rättstillämpning.

15 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 3.

skogsägare, för att undvika förbud, har nödgats begränsa sina avverkningar p.g.a. olika typer av hänsynskrav.¹⁶

Problem tycks ha uppstått som en följd av nämnda vändning i tillämpningen av förordningen. I flera fall har tvister återförvisats till underinstanser då domstolar och myndigheter har haft olika syn på vad som ska prövas och av vem. På grund av hur rätten till ersättning vid rådighetsinskränkningar är konstruerad, har följden av den nya tillämpningen blivit att när ett ärende väl har avgjorts, och i de fall avverkningsförbudet består genom eventuella överklagandeprocesser, måste den enskilde stämma staten för att erhålla ersättning.¹⁷ I flera fall har vi sett domstolsprocesser som har pågått under många år. Man kan anta att en sådan osäkerhet avhåller enskilda både från att avverkningsanmäla och från att processa mot myndigheter, och att det därför sannolikt finns ett mörkertal av påverkade skogsägare som inte kommer till uttryck i domstolsprocesser.

De skogsvårdande myndigheterna har själva hävdats att de har varit osäkra på tillämpningen av ArtsF och att de har velat testa denna genom tillämpning och processer mot enskilda skogsbrukare för att få fram praxis.¹⁸ Om det förhåller sig så att myndigheter aktivt väljer att göra långtgående tolkningar av regler i syfte att driva fram tydligare praxis är det motiverat att studera dessa tolkningar närmare eftersom det är tveksamt om ett sådant förhållningssätt gentemot enskilda är förenligt med rättsordningen.

Sammantaget ger Riktlinjerna anledning att närmare studera omsvängningen i tillämpningen av ArtsF. I denna artikel analyseras och förklaras därför bakgrunden till konflikterna som har uppstått i samband med myndigheternas tillämpning av ArtsF, hur och varför den har uppstått och vilka konsekvenser den ger för den enskilde.

Syftet med forskningsprojektet är att undersöka hur denna tillämpning förhåller sig till svensk rätt särskilt beträffande frågor om legalitet, proportionalitet, rättssäkerhet, officialprincipen och egendomsskyddet. I detta ingår att studera såväl hur tillämpningen förhåller sig till underliggande förordning

16 ATL (2019). Otydlig artskyddsförordning har stoppat 500 avverkningar. I: *Lantbrukets affärstidning*. Nummer 80 den 22 november 2019.

17 Se praxis t.ex. MÖD M 10104-17 som hänvisar frågan om ersättning till prövning i särskild ordning enligt 31 kap. 13 § MB, om parterna inte kommer överens.

18 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 3. Jfr pressmeddelande från Skogsstyrelsen 8 juni 2020, https://www.skogsstyrelsen.se/nyhetslista/klart-med-malen-om-avverkning-i-fjallnara-skog/?fbclid=IwAR3-X6XyYrxGvD6swH8azlOsneg2_-XCRaMGkFetA7Ct09I5NscTp9mo3o (hämtad 2020-09-29).

och relevanta rättsregler i övrigt, som hur konsekvenserna för enskilda förhåller sig till rättsordningen.

Inledningsvis studerades offentligt tryck och doktrin. Vidare har myndigheternas interna riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden som togs fram 2015–2016 analyserats.¹⁹ Relevant domstolspraxis, företrädesvis från MÖD och mark- och miljödomstolen (MMD) rörande skog och artskydd under åren 2014–2020 har studerats för att se hur praxis har utvecklats under perioden. Vissa begrepp och beskrivningar presenteras kort.

För att utröna vad som låg bakom omsvängningen i tillämpningen av ArtsF i skogsbruket har Naturvårdsverkets samt Skogsstyrelsens regleringsbrev och årsredovisningar under åren 2014–2018 gått igenom. Riksdagsbeslut, motioner, propositioner och andra dokument som eventuellt kan förklara den nya tillämpningen, och inte minst visa var förändringen kom ifrån, studerades. Därtill analyserades viss kommunikation från myndigheter.

2. REGLERNA SOM STYR SKOGSBRUK

De övergripande krav som samhället har på skogsägare uttrycks i SkogL. Vidare fyller tillsynsmyndigheterna ut SkogL:s innehåll genom olika styrmedel som föreskrifter och allmänna råd, information, förelägganden och förbud. Därutöver tillämpas MB:s regler och ArtsF.

Utformningen av den svenska skogspolitiken bygger på tanken om att skogsägare och myndigheter har ett gemensamt ansvar och på principer om ekonomiskt, socialt och ekologiskt hållbar utveckling.²⁰ Utbildning, rådgivning och information till skogsägare har varit väsentliga styrmedel i skogspolitiken. Av Skogsstyrelsens egen statistik verkar det som om de mjuka styrmedlen på senare tid alltmer har ersatts eller kompletterats med kontroll och tvångsinsatser.²¹

SkogL kännetecknas av de två tydliga jämställda produktions- och miljömålen och av stor handlingsfrihet för skogsägarna. Det mål som avser produktion innebär att man siktar mot ett effektivt och ansvarsfullt nyttjande av skog och skogsmarker för att nå en långsiktigt god avkastning. Miljömålet syftar

19 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016).

20 Hysing, E., & Olsson, J. (2011). Who greens the northern light? Green inside activists in local environmental governing in Sweden. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 29(4), 693-708. doi:10.1068/c101114; Hysing, E., & Olsson, J. (2018). *Green Inside Activism for Sustainable Development*. Örebro, Sweden: Palgrave Macmillan.

21 Skogsstyrelsens årsredovisning 2019 Diagram 10:6, s. 63.

till att bevara skogsmarkernas produktionsförmåga samtidigt som biologisk mångfald främjas.²² Syftet med denna politik var, när den infördes, att avreglera skogsbruket och att stärka äganderätten.²³ Ett annat syfte var att lägga ett ökat ansvar för miljön på skogsägarna, under devisen *frihet under ansvar*.²⁴ Virkesförrådet har ökat med den förda politiken,²⁵ samtidigt som naturvårdshänsynen och de frivilliga avsättningarna också har ökat kraftigt.²⁶ De skogspolitiska målen verkar således ha varit lyckosamma så här långt, och verkar ha fungerat sida vid sida.

Kravet på miljöhänsyn förtydligades genom 1993 års lagändring i förhållande till tidigare formulering, i och med det miljöpolitiska målet i 1 § och kravet i 30 § SkogL. I den sistnämnda bestämmelsen stadgas ett bemyndigande, att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om den hänsyn som ska tas till naturvårdens och kulturmiljövårdens intressen vid skötseln av skog, såsom i fråga om hyggens storlek och utläggning, beståndsanläggning, kvarlämnande av träd och trädsamlingar, gödsling, dikning samt skogsbilvägars sträckning. Föreskrifterna härvidlag begränsas till sin omfattning av kravet i 30 § 3 st. SkogL på så sätt att de inte får vara så ingripande att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

2.1 FÖRHÅLLET MELLAN SKOGSVÅRDSLAGEN OCH MILJÖBALKEN

I likhet med andra lagar som handlar om markanvändning, införlivades inte SkogL med MB vid dess tillkomst. MB ska tillämpas vid verksamheter och åtgärder som har betydelse för miljöbalkens mål, parallellt med den lagstiftning som reglerar verksamheten.²⁷ Lagstiftaren har utgått från att de föreskrifter som meddelas av skogsvårdsmyndigheterna är förenliga med de regler som finns i MB och dess allmänna målsättning.²⁸

Skyddet för miljön kan vara olika reglerat i MB och i annan lag och reglerna kan i vissa fall vara oförenliga. I propositionen om följdlagstiftning till MB

22 Öhman, Conny, kommentar till Skogsvårdslagen 1 §, Karnov.

23 Prop. 1992/93:226, om en ny skogspolitik, s. 38 f.

24 Bengtsson, Bertil (2018). *Speciell fastighetsrätt: miljöbalk*. 12., [omarb. och utök.] uppl. Uppsala: lustus, s. 246.

25 SLU (2018). *Skogsdata 2018 aktuella uppgifter om de svenska skogarna från Riksskogstaxeringen*, s. 53, 83; Se även Enander, Karl-Göran (2007). *Skogsbruk på samhällets villkor, Skogsskötsel och skogspolitik under 150 år*, s. 228.

26 En genomgång av Naturvårdsverkets årsredovisningar åren 1998–2017 visar att total skyddad areal i form av nationalpark, naturvårdsområde, naturreservat och skogliga biotopskyddsområden under tidsperioden 1998–2017 har ökat med 148 procent.

27 Prop. 1997/98:90, *Följdlagstiftning till miljöbalken*, s. 143 och 146.

28 Bengtsson, Bertil (2018), s. 246.

anges förhållandet mellan MB och annan reglering enligt följande. Om det är MB:s reglering som ska gälla, ska bestämmelsen i den andra lagen upphävas eller kompletteras med ytterligare krav. Om det i stället är regleringen i den särskilda lagen som bör gälla, ska en bestämmelse införas om att ytterligare krav i frågan inte får ställas enligt MB.²⁹ En bedömning måste göras i det enskilda fallet, med utgångspunkt i allmänna lagvalsprinciper.³⁰ Vad gäller då enligt SkogL, som är *lex specialis* och tillämpas i första hand i förhållande till de mer generella reglerna i MB? I 30 § SkogL anges det att föreskrifter om den hänsyn som ska tas till naturvårdens intressen vid skötseln av skog inte får vara så långtgående att pågående markanvändning avsevärt försvåras. I ljuset av detta framstår formuleringen i SkogL som en inskränkning beträffande hur långtgående krav som kan ställas med grund i MB. Beträffande förhållandet mellan SkogL och MB följer att de detaljerade föreskrifterna om miljöhänsyn i skogsvårdsförfattningarna ska tillämpas.³¹

Regeringen ansåg att det inte borde gälla någon begränsning, liknande 30 § 3 st. SkogL, i möjligheterna att ställa krav i fråga om föreläggande eller förbud som beslutas i samband med samrådsanmälan enligt 12 kap. 6 § MB. En avverkningsanmälan som görs enligt SkogL anses enligt 6 § förordningen om anmälan om samråd (1998:904), som en anmälan om samråd enligt 12 kap. 6 § MB. Om ett sådant föreläggande eller förbud medför att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras finns rätt till ersättning (via 12 kap. 6 § 4 st.) i 31 kap. 4 § MB.³² Ersättningsbestämmelserna för nekad avverkning av miljöskäl finns i 18–19 §§ SkogL och infördes genom 1991 års lagstiftningsärende om skogsbruket i fjällnära skogar.³³

2.2 KORT OM ARTSKYDDSFÖRORDNINGEN

I samband med Sveriges inträde i EU förtydligades artskyddet i den svenska lagstiftningen. Skogspolitiken är inte ett område där kompetens generellt har överlämnats till EU, utan regleras huvudsakligen av varje medlemsstat. Beslut inom EU-gemensamma politikområden som miljö- eller jordbruksområdet kan dock påverka enskilda medlemsstaters nationella skogspolitik. EU-gemensamma regler som rör skogens biologiska mångfald och ekosystemtjänster omfattas i vissa delar av exempelvis fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet men begränsas i övrigt delvis av subsidiaritetsprincipen.³⁴ ArtsF:s regler

29 Prop. 1997/98:90, s. 146 och 148.

30 *Ibid.*, s. 148.

31 Prop. 1997/98:90, s. 241.

32 *Ibid.*, s. 241 f.

33 SOU 2013:59, s. 82.

34 Jfr regeringsbeslut M2014/593/Nm, s. 8.

är meddelade med bemyndigande genom bestämmelser i 8 kap. 1–2 och 4 §§ MB.

Reglerna i EU:s naturvårdsdirektiv, art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet sammanförs i den svenska ArtsF, som ersatte tidigare artskyddsförordning (1998:179). Art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet har olika syften och olika rättsliga verkningar på EU-nivå. Enligt direktiven ska livsmiljöer, områden och djur- och växtarter skyddas bl.a. genom skapandet av ett europeiskt nätverk av skyddade områden (Natura 2000).³⁵ Fågeldirektivet gäller för alla fågelarter och ger primärt dessa ett skydd på artnivå medan art- och habitatdirektivet skyddar vissa särskilt utpekade områden samt enskilda individer av särskilt utpekade arter. I den svenska ArtsF har en långtgående tolkning gjorts av direktiven. Enligt Naturvårdsverket var habitatdirektivets artskydd styrande vid utformningen av ArtsF. Följden blev att alla fågelarter kom att omfattas av samma regelverk som de arter som var särskilt listade i habitatdirektivets bilaga 4. Både art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet är minimidirektiv, vilket innebär att de enskilda medlemsländerna kan införa bestämmelser som är mer långtgående. Ett exempel är ArtsF där fåglarnas skydd, enligt Naturvårdsverket, är något förstärkt jämfört med i fågeldirektivet.³⁶ Vi menar att skyddet i ArtsF jämfört med i fågeldirektivet är väsentligt starkare då det omfattar alla fågelarter och inte enbart särskilt utpekade.

Art- och habitatdirektivet har dessutom fler möjligheter till undantag och dispenser än ArtsF. Innebörden av begreppet avsiktligt har tolkats av EU-kommissionen, med stöd av bl.a. EU-domstolens mål C-103/00 (avsiktlig störning) och C-221/04 (avsiktligt dödande vid jaktsituation). EU-kommissionen menar att den som utför gärning, utan att ha för avsikt att faktiskt skada eller döda, agerar avsiktligt om han är tillräckligt informerad och medveten om vad som sannolikt kommer ske om handlingen genomförs.³⁷

Förbuden i 4 § ArtsF härstammar från art- och habitatdirektivet och enligt direktivet gäller det enbart för specifikt utpekade arter. Av artikel 12 i art- och habitatdirektivet framgår en skyldighet att införa förbud mot avsiktliga åtgärder men även vissa skyldigheter att förhindra oavsiktlig fångst och oavsiktligt dödande, men bara avseende vissa i en särskild bilaga angivna arter.³⁸

35 Prop. 2000/01:111, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer*, s. 30.

36 Naturvårdsverket (2009). *Handbok om artskyddsförordningen del I – fridlysning och dispenser*, s. 16.

37 EU-kommissionen (2007). *Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer*, s. 38.

38 Jfr EU-kommissionen (2007), s. 48.

I den svenska tillämpningen i ArtsF har reglerna istället kommit att gälla för betydligt fler arter än vad som angetts i direktivet.³⁹

Den bestämmelse i ArtsF som vid tillämpning ger mest vittgående konsekvenser för verksamhetsutövaren är tidigare nämnda 4 §. Enligt ordalydelsen ger bestämmelsen ett skydd för alla vilda fåglar på ett mer långtgående sätt än vad fågeldirektivet syftar till. Det är inte, som fågeldirektivet stadgar i artikel 5, bara förbjudet att avsiktligt döda eller fånga fåglar eller förstöra deras bon och ägg utan också fortplantning- eller viloplats. Att avsiktligt störa dem, oavsett om det påverkar bevarandet av fågelarten eller inte är förbjudet enligt ArtsF medan det i fågeldirektivet är kopplat till huruvida den avsiktliga störningen har betydelse för fågeldirektivets syfte. Detta medför att fåglar som fritt får jagas under stora delar av året samtidigt skyddas mot verksamheter som skogsbruk, energiproduktion och bostadsbyggande i en utsträckning som i vissa fall påtagligt inskränker möjligheterna att bedriva dessa verksamheter.

Den utformning som nu finns i ArtsF är således inte ett krav som direkt ställts av Kommissionen eller som följer av internationella åtaganden. Naturvårdsverket⁴⁰ har tidigare framfört synpunkter på ArtsF och ansett att förordningen behöver utredas för att bli tillämpbar, effektiv och rättssäker.⁴¹ På senare tid verkar myndigheten dock istället förespråka en mer extensiv tolkning.⁴²

3. EGENDOMSSKYDDET OCH RÄTTEN TILL ERSÄTTNING VID INTRÅNG

Det grundläggande egendomsskyddet och ersättningsrätten framgår av 2 kap. 15 § RF. RF har i egenskap av grundlag företräde framför andra lagar och regler av lägre dignitet enligt lex superiorprincipen. Andra lagar och annan normgivning ska enligt 11 kap. 14 § RF inte tillämpas om de är oförenliga med grundlagen.⁴³

Vid sidan av den inhemska normhierarkin gäller bl.a. principen om unionsrättens företräde. I EU-stadgans artikel 17 återfinns en regel om egendomsskydd. EKMR jämte ändringar och tilläggsprotokoll gäller som lag i Sverige. 2 kap. 19 § RF förbjuder lagstiftaren att besluta om regler som bryter mot

39 Marklund Andersson, Å. & Schultz, M. (2015). *Artskydd Grunder och tillämpning*, Stockholm: Wolters Kluwer, s. 76.

40 Naturvårdsverkets framställan till miljödepartementet 2010-06-17, dnr 104-1326-10 Nv, s. 5.

41 Se bl.a. Näringsdepartementet (2018). *Handlingsplan för Sveriges nationella skogsprogram 2018*. Dnr N2018/04161/SK. Stockholm: Regeringskansliet, s. 10.

42 Naturvårdsverket (2009), s. 21.

43 Jfr t.ex. NJA 2018 s. 753, NJA 2015 s. 323 och NJA 2014 s. 332.

Sveriges åtaganden enligt denna konvention. Det egendomsskydd som stadgas i artikel 1 första tilläggsprotokollet innebär att det finns ett krav på staten att respektera varje fysisk och juridisk persons äganderätt samt ett krav på att ingen får berövas sin egendom, annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser.

Grundlagens långtgående egendomsskydd med stöd av egendomsskyddet i EU-stadgan och skyddet i tilläggsprotokollet till EKMR har företrädare framfört andra regler och begränsar effektivt möjligheterna att det ska uppkomma konflikt med regler på lägre nivå. Emellertid innehåller egendomsskyddet, regleringen i 2 kap. 15 § RF, vissa formuleringar som lämnar utrymme för begränsningar av egendomsskyddet. Det har dock framförts olika synsätt på hur dessa ska tolkas.⁴⁴

Ändringarna i RF som genomfördes 1979,⁴⁵ 1994,⁴⁶ och 2010,⁴⁷ syftade till att stärka enskildas rättställning och stärka skyddet mot intrång från det allmänna i de grundläggande fri- och rättigheterna.⁴⁸ Skyddet av egendom och pågående markanvändning uppmärksammades därvid särskilt, och 2010 genomfördes även väsentliga ändringar i expropriationslagen (1972:719) för att ytterligare stärka äganderätten.⁴⁹

3.1 RÄTT TILL EGENDOM

Utgångspunkten i 2 kap. 15 § 1 st. RF är att vars och ens egendom är tryggad. Det krävs att *angelägna* allmänna intressen föreligger för att någon ska tvingas avstå sin egendom genom expropriation eller något annat sådant förfogande, eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad, s.k. rådighetsinskränkning.⁵⁰ Som sådana allmänna intressen räknas t.ex. miljöskydd, totalförvar, infrastruktur och kommunikation som kan anses acceptabla ur rättssäkerhetssynpunkt i ett modernt och demokratiskt samhälle.

Av såväl nationell praxis⁵¹ som Europadomstolens praxis⁵² följer även ett krav på en fristående proportionalitetsbedömning vid ett intrång som aktualiseras

44 Se t.ex. Obminska, Marta "En ny grundlagsutredning". I: *Svensk juristtidning* 2019, s. 671–678.

45 Prop. 1978/79:195, *Om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.*

46 Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*, s. 246.

47 Prop. 2009/10:80, *En reformerad grundlag*, s. 1.

48 Se t.ex. SOU 2013:59, s. 36.

49 Prop. 2009/10:162, *Ersättning vid expropriation*, s. 44.

50 Prop. 2009/10:80, s. 164.

51 Se RÅ 1999 ref 76, NJA 2013 s. 350 och NJA 2018 s. 753.

52 Se t.ex. Europadomstolen, *Sporrong och Lönnroth mot Sverige*, nr. 7151/75; 7152/75, dom med-

enligt bestämmelsen i 2 kap. 15 § RF. Bedömningen av proportionaliteten mellan allmänintresset av ett tvångsförfogande och den enskildes egendomsintresse ska ske i tre led där man utreder om ingreppet är avsett att tillgodose det avsedda ändamålet, om ingreppet är nödvändigt för att tillgodose ändamålet eller om alternativ finns samt om den fördel det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde. Möjligheten för det allmänna att vidta rådighetsinskränkningar sträcker sig således inte hur långt som helst. Gällande lagstiftning måste tillämpas så att inte orimliga krav ställs på den enskilde med hänsyn till inskränkningens effekt och kostnaderna härför.⁵³

Det krävs samtidigt en viss kvalifikation på ingreppet för att det ska anses vara en rådighetsinskränkning.⁵⁴ Som exempel kan nämnas att anpassning av skogsbruk enligt de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, som blir aktuella med anledning av 30 § SkogL, inte anses vara en rådighetsinskränkning. Det beror på att hänsynsreglerna utgör en miniminivå för naturskydd m.m. som alla har att förhålla sig till. Att anpassa sig efter dessa regler innebär därför ingen ersättningsrätt, vilket är i linje med hänsynsreglernas syfte att inte vara så långtgående att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

3.2 RÄTT TILL ERSÄTTNING

I 2 kap. 15 § 2 st. RF stadgas ersättningsrätten. Ersättning ska utgå då det allmänna ianspråkar eller begränsar användningen av egendom på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras.

Användningen av mark måste vara laglig för att ersättning ska utgå om användningen begränsas. Kravet på lagenlighet innebär ett krav på att verksamhetsutövaren följer de regler som gäller när verksamheten påbörjas och att ersättning inte ska utgå för inskränkningar som vidtas med stöd av bestämmelser som var i kraft redan när markanvändningen påbörjades. Ersättning ska som regel komma ifråga om en senare tillkommen regel har medfört att en tidigare laglig verksamhet har blivit olaglig.⁵⁵ Här tas även hänsyn till både vad den enskilde med fog hade anledning att förvänta sig och om inskränkningarna medför orimligt betungande konsekvenser för den enskilde. Både principen om den enskildes legitima förväntningar och proportionalitets-

delad den 23 september 1982, Series A nr. 52; *Håkansson och Stureson mot Sverige*, nr. 11855/85, dom meddelad den 21 februari 1990, Series A nr. 171-A (brott mot proportionalitetsprincipen); *Allan Jacobsson mot Sverige*, nr. 16970/90, dom meddelad den 19 februari 1998, Case Reports 1998-I (ej brott mot proportionalitetsprincipen).

53 Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk del I*, s. 3 och 321 f.

54 Prop. 1993/94:117, s. 17; Jermsten, Henrik, Lexinokommentar till 2 kap. 15 § RF, kap 7.

55 SOU 2013:59, s. 13.

principen begränsar det allmännas möjligheter till ersättningsfria intrång.⁵⁶ Då markägarens pågående användning av marken ska försvåras avsevärt för att någon ersättning ska kunna aktualiseras omfattas i regel inte förväntningar om en ändrad markanvändning. Om ett planerat förfarande är tillståndspliktigt kan man inte heller utgå från att det är fråga om intrång i en pågående markanvändning.⁵⁷

Egendomsskyddet har varit föremål för prövning i ett antal domar där det klargjorts att egendomsskyddet är en stark rättsprincip och att den får genomslag i rättstillämpningen även där det inte direkt framgår av lag.⁵⁸ Av rättspraxis framgår även att myndigheter inte ska kunna undandra sig ersättningsansvar genom att tillämpa olika lagrum.

3.3 RÅDIGHETSINSKRÄNKNINGAR SOM ERSÄTTS ENLIGT LAG

2 kap. 15 § 3 st. RF infördes 2011 för att komma tillrätta med de tolkningsproblem som uppkom efter 1994 års grundlagsändring.⁵⁹ Bestämmelsen innebär att i fråga om sådana rådighetsinskränkningar som sker av hälso-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl följer rätten till ersättning av lag. I propositionen anförs att det inte skulle lämpa sig att detaljreglera vilka fall som medför ersättningsrätt. Det ansågs istället mer lämpligt att ersättningsfrågan särskilt skulle övervägas vid införandet av lag som inskränker användningen av mark.⁶⁰

Vid 1994 års grundlagsbeslut förtydligades att rådighetsinskränkningar skulle omfattas av motsvarande grundlagsskydd och rätt till ersättning som vid expropriativa ingrepp. Eftersom inskränkningar i enskildas äganderätt i stor utsträckning sker genom inskränkning av användningen av egendom och är särskilt vanlig vad gäller fast egendom, ansågs det särskilt motiverat att i grundlagen införa ett uttryckligt skydd mot rådighetsinskränkningar i mark och byggnader.⁶¹ I konsekvens därmed ansågs även rätten till ersättning vid

56 Ibid., s. 65 ff och I 19 ff.

57 Ibid., s. 67.

58 Se bl.a. NJA 2014 s. 332 där HD dömde att staten var ersättningsskyldig till ett antal fiskare efter det att regeringen med stöd av bemyndigande beslutat om förordning som inskränkte fiskerätten. I MÖD M 9276 dömde domstolen att kommunen var skyldig att utge ersättning till en potatisodlare efter att ha inrättat vattenskyddsområde med tillhörande skyddsföreskrifter som omöjliggjorde fortsatt brukande av marken som odling.

59 SOU 2013:59, s. 54.

60 Prop. 2009/10:80, s. 169 f.

61 Prop. 1994/94:117, s. 15.

sådana inskränkningar skulle ges ett motsvarande grundlagsskydd så att den enskilde hålls ekonomiskt skadeslös.⁶²

Redan i samband med naturvårdslagens (1964:822) införande uttalades i förarbetena en ersättningsrätt som framstår som förenlig med nuvarande reglering. I huvudsak ska fortfarande ingen ersättning erhållas för att iaktta allmänna hänsynsregler, men ersättning är utgångspunkten för mer långtgående inskränkningar av markägarens rådighet.⁶³

I 2008 års grundlagsutredning fastslogs att undantag från rätt till ersättning enligt tillkommande tredje stycke skulle omfatta de bestämmelser i MB som tidigare fanns i hälsoskyddslagen och miljöskyddslagen, d.v.s. miljöfarlig verksamhet, medan bestämmelser som reglerade miljövard och bevarande inte skulle omfattas av tredje styckets undantag.⁶⁴

Regeringen delade grundlagsutredningens uppfattning att en översyn av vilka underliggande lagstiftningar som ger ersättning, även om rådighetsinskränkning sker med hänsyn till hälsoskydds-, miljöskydds-, eller säkerhetsskäl, behövs.⁶⁵ Högsta domstolen (HD) har uttryckt, att även om ersättningsrätt saknas i lag kan karaktären av ingrepp i den enskildes egendom vara sådan att ersättning ändå ska utgå, genom att tillämpa RF direkt.⁶⁶

Vissa rådighetsinskränkningar enligt MB:s bestämmelser som inte medger någon rätt till ersättning är tänkta att vara mindre ingripande. Det har i förarbeten uttryckts att de inte får tillämpas så att pågående markanvändning avsevärt försvåras.⁶⁷ Av förarbetena framgår också att om det fordras ett starkare ingripande måste andra skyddsformer väljas, t.ex. naturreservat.⁶⁸

Av Europadomstolens praxis⁶⁹ framgår att det finns en inneboende ersättningsrätt vid inskränkningar och av 2 kap. 15 § 2 st. RF framgår att utgångspunkten är full ersättning. Ingrepp i äganderätten måste vara proportionerliga och syftet måste tillgodoses genom den åtgärd som vidtas. Det ska inte heller kunna till-

62 Ibid., s. 16 f.

63 NJA II 1965 s. 245.

64 SOU 2008:125, s. 446 f.

65 Prop. 2009/10:80, s. 170.

66 NJA 2014 s. 332.

67 Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk del 1*, s. 311.

68 Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk del 2*, s. 82 f.

69 Se t.ex. målet *Marckx mot Belgien*, nr. 6833/74, dom meddelad den 13 juni 1979, p. 63, där domstolen uttalade att egendomsskyddet ska tolkas som skydd för den enskildes som utgångspunkt oinskränkta ägande, "the right to the peaceful enjoyment of his possessions".

godoses genom mindre ingripande åtgärder. Det allmänna måste se till vilka effekter ett visst ingrepp har för den som drabbas. En viktig del i bedömningen av huruvida ett ingrepp i äganderätten är proportionerligt är t.ex. huruvida ersättning utgått, hur det drabbar det enskilda ägandet och vilka förfogandemöjligheter den enskilde har kvar.

4. ANALYS AV RIKTLINJERNA

I det här kapitlet kommer vi att analysera de riktlinjer för tillämpning av ArtsF i skogsbruksfrågor (Riktlinjerna) som de skogsvårdande myndigheterna tog fram 2015–2016 och som vi presenterade i inledningen. Riktlinjerna kommer att analyseras utifrån fyra olika perspektiv: utifrån allmänna rättsprinciper så som legalitet, objektivitet, proportionalitet och egendomsskyddet, utifrån begreppet pågående markanvändning, utifrån rättssäkerhet vid myndighet-sutövning, samt utifrån det ansvar för utredning som skjutits över på den enskilde och den bevisbörliga som måste uppfyllas av denne.

4.1 RIKTLINJERNA I FÖRHÅLLANDE TILL ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER, EGENDOMS- OCH ARTSKYDD

Allmänna rättsprinciper är grundläggande principer som rättssamhället bygger på. Om rättsprincipen finns konkretiserad i lag kan även rättsföljder knytas till den. Legalitetsprincipen i 1 kap. 1 § 3 st. RF är en sådan konkretiserad viktig rättsprincip, som innebär att maktutövningen är normbunden och gäller för samtliga statliga och kommunala organ, även för de organ som själva är normgivande.⁷⁰ Den innebär också ett krav på kvalificerat lagstöd enligt 8 kap. 2 § andra punkten RF vid beslut om föreskrifter som innebär ingrepp eller åligganden för enskilda. Det måste med andra ord finnas ett bemyndigande i lag innan en myndighet genom delegation kan besluta om vissa föreskrifter. Slutligen innebär legalitetsprincipen ett krav på strikt lagtolkning vid tvångsåtgärder från det allmännas sida.⁷¹ Detta innebär sammantaget ett skydd mot alltför vidlyftig tolkning av föreskrifter till nackdel för enskilda.

Riktlinjerna inleder med att redogöra för den ersättningsrätt som finns om pågående markanvändning avsevärt försvåras vid tillämpning av 12 kap. 6 § MB. Därefter kommer en viktig del i omsvängningen av tillämpningen. Följande citat ur Riktlinjerna illustrerar den tillämpning av egendomsskyddet och ersättningsrätten som införts i samband med skogsvårdsmyndigheternas ändrade tillämpning från att gälla tillståndspliktig verksamhet till att gälla även

70 Sterzel, Fredrik (2009). Regeringsformen i rättsstatens perspektiv. I: *Författning i utveckling*. Uppsala: Lustus, s. 38.

71 Lebeck, Carl (2018). *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Stockholm: Nordstedts Juridik, s. 116.

för pågående markanvändning i form av skogsbruk: ”En underförstådd och självklar begränsning i uttrycket pågående markanvändning är att endast lagenlig användning av mark [...] berättigar till ersättning. Någon rätt till ersättning finns därför inte vid myndighetsingripanden i syfte att se till att en lags aktsamhets- eller hänsynskrav följs. Verksamhetsutövaren är vidare skyldig att följa hänsynsreglerna, oavsett om myndigheten ingriper eller inte.”⁷² Vidare menas det i Riktlinjerna att man i förarbetena till MB anger att markanvändningen aldrig kan anses försvårad då en fastighetsägare har att förhålla sig till MB:s hänsynsregler: ”[I] praktiken kan man inte få intrångsersättning för att följa miljöbalkens hänsynsregler.”⁷³ Förarbetena redogör dock för konsekvensen av att knyta an lagenligheten till *pågående markanvändning* eller *avsevärt försvåras*, ”[o]m lagenligheten i stället knyts till uttrycket ’avsevärt försvåras’ betyder det att en markanvändning aldrig kan anses försvårad så länge det allmännas beslut enbart går ut på att fastighetsägaren skall följa en hänsynsregel.”⁷⁴

Med detta synsätt, som demonstreras av citatet ovan, skulle staten genom en förordning kunna göra pågående markanvändning olaglig och på så sätt göra egendomsskyddet verkningslöst. Här kan man diskutera vad som avses med begreppet lagenlig. Pågående markanvändning i form av vedertagna skogsbruksåtgärder inom icke-områdesskyddad fastighet torde alltid vara att betrakta som lagenlig verksamhet. Två sentida domar som särskilt exemplifierar att egendomsskyddet inte kan sättas ur spel genom att införa begränsningar i flera steg är M 10104-17 och M 1729-19.⁷⁵ Längre fram i artikeln berörs den här frågan ytterligare.

M 10104-17 avser prövning av ett av Skogsstyrelsen nekat avverkningstillstånd med stöd av 4 § ArtsF p.g.a. att det inom avverkningsområdet förekommer en spelplats för tjäder. Beskyddandet av tjäder anses vara ett sådant unionsintresse som medför att särskilda skyddsområden behöver utses. Av fågeldirektivet framgår att medlemsstaterna även utanför särskilt utpekade skyddsområden ska sträva efter att undvika försämring av livsmiljöer. Tjäder är i den svenska Rödlistan klassificerad som livskraftig men ojämnt utspridd i landet och i det aktuella länet finns mindre än en procent av det totala tjäderbeståndet i landet. MÖD bedömer att det är rimligt att vid avgränsningen av fortplantningsområdet ha kända spelplatser av en viss storlek som utgångspunkt. MÖD finner att de anmälda åtgärderna kan komma att skada eller förstöra ett

72 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 22.

73 Ibid.

74 Prop. 1997/98:45 del I, s. 551.

75 M 1729-19 avser MÖD:s avgörande i tidigare not 12 nämnda fjällnäramål. MÖD prövade flera mål för samma fråga och domarna avkunnades med samma domskäl: M 1732-19, M 1734-19, M 1736-19 och M 1737-19.

fortplantningsområde för tjäder och därmed finns det en risk för att tjäderns bevarandestatus i Västra Götalands län påverkas negativt. Skogsstyrelsen har därför haft fog för sitt beslut att förelägga om försiktighetsåtgärder med stöd av 12 kap. 6 § MB för att begränsa eller motverka skada på naturmiljön. Utan att pröva frågan om ersättning upplyser MÖD att ersättningsrätt föreligger om pågående markanvändning avsevärt försvåras med anledning av en tillämpning av 12 kap. 6 § 4 st. MB: ”[E]n fastighetsägare har rätt till ersättning om ett beslut, förelägganden eller förbud enligt 12 kap. 6 § fjärde st. MB innebär att pågående markanvändning inom berörd del av en fastighet avsevärt försvåras, se 31 kap. 4 § första st. 7 MB.”

I M 1729-19 prövar MÖD huruvida ersättning ska utgå när avverkning av fjällnära skog nekats med stöd av 18 § SkogL. Fjällnära skog är särskilt utpekat i 15 § SkogL; det krävs tillstånd från Skogsstyrelsen för att fastighetsägaren ska kunna avverka fjällnära skog. MÖD konstaterar att ersättningsrätt föreligger enligt 19 § SkogL. Att det faktum att 31 kap. 4 § MB inte nämner inskränkningar med stöd av 18 § SkogL innebär inte att någon ersättningsrätt uteblir så som Skogsstyrelsen menat. MÖD menar att innebörden av 19 § SkogL skulle bli obsolet om så vore fallet. MÖD instämmer även i MMD:s domskäl beträffande pågående markanvändning; det är skogsbruk även om ledtiderna i brukandet är långa. Det nekade avverkningstillståndet innebär således att den pågående markanvändningen avsevärt försvåras. MMD menar, vilket MÖD senare inte har någon annan uppfattning om, att även om avslagsbeslutet lagtekniskt skiljer sig från beslut om ett områdesskydd får det i praktiken samma innebörd för fastighetsägaren.⁷⁶ MMD motiverar synsättet ovan med att de anser att det är i linje med hur MB:s regler ska tolkas och tillämpas med vad som följer av RF:s bestämmelser om ersättning vid rådighetsinskränkning och av EKMR. Det är ett resonemang som stämmer väl överens med principer om förutsebarhet och tydlighet för den enskilde.

Den rättstillämpning som är en följd av Riktlinjerna har etablerats hos myndigheterna trots att den saknar nödvändigt kvalificerat lagstöd. De vidlyftiga tolkningarna har varit till nackdel för enskilda.

4.2 RIKTLINJERNA I FÖRHÅLLANDETILL PÅGÅENDE MARKANVÄNDNING OCH PROPORTIONALITET

Begreppet pågående markanvändning är centralt för den här artikeln eftersom rätten till ersättning beror på huruvida det är pågående markanvändning som påverkas. Vad som ska utgöra pågående markanvändning har diskuterats

⁷⁶ MMD:s domskäl i M 2037-17, s. 26.

tidigare.⁷⁷ I NJA 2015 s. 323 rörande naturreservatet Bunkeflo strandängar uttrycker HD att bedömningen av pågående markanvändning är ”tänkt att utgå från vad som vid varje tidpunkt framstår som en naturlig fortsättning av den pågående markanvändningen”. Omläggning till annan slags näringsverksamhet betraktas inte som pågående markanvändning. Åtgärder som kräver någon form av tillstånd anses i allmänhet inte utgöra pågående markanvändning. Rätten till ersättning begränsas dock inte av varje tillstånd som kan krävas inom ramen för en viss verksamhet. I stället måste det vara fråga om sådana mer grundläggande tillstånd som är nödvändiga för att en verksamhet av en viss karaktär överhuvudtaget ska kunna bedrivas. Markägare som genom föreskrifter eller beslut hindras från att vidta en för verksamheten normal rationalisering av pågående markanvändning på ett sätt som gör att denna avsevärt försvåras på berörd del av fastigheten ska få ersättning. Däremot kompenseras sällan förväntningsvärden. Att fastigheten inte kunnat användas på annat sätt som planerats (exempelvis exploatering för bostadsbyggande) ger alltså inte rätt till ersättning. I det aktuella fallet var det inte tal om någon tillståndspliktig ändrad markanvändning.

MB:s hänsynsregler ska tolkas och tillämpas i linje med RF:s bestämmelser om ersättning vid rådighetsinskränkningar och av EKMR. Därmed kan inte heller hänsynsreglerna eller andra generella inskränkningar i fråga om markanvändningen inverka på rätten till ersättning när pågående markanvändning avsevärt försvåras på berörd del av fastigheten, dock kan rätten till ersättning utgå enligt lag om ett intrång sker av miljöskyddsskäl. MB:s införande kom att ersätta ett flertal andra lagar. I dessa lagar var skydds- respektive bevarandeperspektiven tydligare åtskilda. Att dagens tillämpning av MB, och förordningar som meddelats med stöd av denna, inte är i samklang med ordalydelsen i 2 kap. 15 § 3 st. RF, leder till problem. Grundlagsutredningens avsikt med det nya styckets omfattning tycks inte delas av Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket som menar att ”[e]n allmän princip som traditionellt gällt i svensk rätt är att ingrepp i miljöns intresse inte ger en fastighetsägare rätt till ersättning. Denna princip har inte ändrats genom MB:s tillkomst. Det är till och med så att ändringen i nuvarande 2 kap. 15 § RF stärkt denna princip.”⁷⁸

Vi delar inte uppfattningen i Riktlinjerna om att ändringen av RF *stärkte* en princip om avsaknad av ersättning vid intrång i miljöns intresse. Att en rådighetsinskränkning omfattas av undantaget i 2 kap. 15 § 3 st. RF utesluter

77 Jfr Westerlund, Staffan (1980). *Naturvård och pågående markanvändning: en undersökning av naturvårdslagens ersättningsregler*. Stockholm: LiberFörlag; Jonzon, S-G., Delin, L. & Bengtsson, B. (1988). *Naturvårdslagen: en kommentar*. 3. uppl. Stockholm: Norstedt, s. 205 f.

78 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 47.

inte att frågan om rätt till ersättning aktualiseras. Grundlagsutredningen uttryckte bl.a. att i situationer där det inte är rimligt att den enskilde själv ska bära hela kostnaden för inskränkningar till följd av hälsoskydds-, miljöskydds-, eller säkerhetsskäl bör ersättning utgå efter en avvägning mellan de allmänna och de enskilda intressena, om det handlar om omständigheter helt utanför den enskildes kontroll och som drabbar denne avsevärt.⁷⁹

MB:s införande kan antas ha haft en stor inverkan på sammanblandningen av begreppen. Sammanblandningen får negativa effekter för enskilda markägare då den bl.a. får antas påverka tolkningen av 2 kap. 15 § 3 st. RF där möjligheten till undantag från rätten till ersättning framgår. Vad gäller hänsynsreglerna i 2 kap. MB framgår, som tidigare redogjorts för, att dessa inte kan tillämpas så att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

I likhet med HD:s resonemang i fallet med strandängarna är sådana rationaliseringsåtgärder rörande skog, som exempelvis avverkning i olika former, markberedning för att främja tillväxt av ny skog och plantering att anses som en naturlig fortsättning av pågående markanvändning. En allmän princip, enligt HD, är att man bör utgå från den mest lukrativa användning som är möjlig inom ramen för begreppet pågående markanvändning.⁸⁰

Sammantaget visar de domar som ovan redogjorts för att det inte spelar någon roll om markägarens rådighet inskränks genom ett myndighetsbeslut eller till följd av ett myndighetsbeslut. Staten kan inte upphäva den grundlagsskyddade ersättningsrätten genom att först förbjuda en pågående markanvändning, eller göra den anmälnings- eller tillståndspliktig, för att sedan inskränka markanvändningen med hänvisning till det första beslutet. Detta framgår, som tidigare nämnts, av en rad domar där staten, genom vissa myndigheter, försökt göra just detta.⁸¹ Att tillvägagångssättet inte är förenligt med egendomsskyddet bekräftas även av ett antal domar som berör artskyddet.⁸²

När det gäller ArtsF har Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket, sedan omsvängningen 2016, hävdad en ny definition som skulle innebära att en markanvändning inte skulle anses vara pågående markanvändning om det var så att ArtsF var tillämplig. Resonemanget innebär att den då inte är rätt lokaliserad, vilket är ett begrepp som hänför sig till tillståndspliktiga verksamheter. En pågående verksamhet har ju ingen alternativ lokalisering utan pågår på en given plats, vilket gör frågan om lokalisering irrelevant.

79 SOU 2008:125 s. 446 f; SOU 2013:59, s. 62.

80 NJA 2015 s. 323.

81 NJA 2014 s. 332, MÖD M 9276-17 och MÖD M 2037-17.

82 MÖD 2018:18, MÖD M 10104-17, MÖD 2017:7 och MMD M 4634-17.

Riktlinjerna säger vidare: ”Artskyddsförordningen ska anses vara en precisering av 2 kap. miljöbalken. Detta framgår av praxis. [...] Det förhållandet att artskyddsbestämmelserna ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna innebär dock inte att en avvägning enligt 2 kap. 7 § MB kan göras. Om en konflikt med artskyddet kvarstår trots tänkta försiktighetsmått blir frågan om artskyddsdispens aktuell [...]”⁸³ Citatet visar hur nämnda myndigheter tänker sig att en proportionalitetsavvägning inte behöver göras. De domar som nämns i citatet ovan handlar om uppförande av vindkraftverk inom områden där det förekommer fladdermöss och kungsörn (MÖD 2013:13) samt havsörn (MÖD 2014:48). Att anlägga vindkraftverk i dessa båda fallen är inte pågående markanvändning, utan tillståndspliktig ny verksamhet. Att resonemang om lokalisering, som det uttrycks i Riktlinjerna, ska gälla för pågående markanvändning kan inte hittas stöd för i nämnda domar. Domskäl i MÖD 2013:13 tar inte upp frågan huruvida lokaliseringen skulle vara olämplig om förbud enligt ArtsF är aktuellt. I MÖD 2014:48 menar domstolen att om en *ny tillståndspliktig verksamhet* kan komma att stå i strid med fridlysningsbestämmelserna i ArtsF är den olämpligt lokaliserad och inte tillåten.⁸⁴

Att applicera domskäl som handlar om tillståndspliktig verksamhet på åtgärder som är pågående markanvändning är problematiskt. Att se ArtsF som en precisering tycks komma från Naturvårdsverkets eget remissyttrande i MÖD 2013:13, som alltså ej rörde pågående markanvändning, där följande yttrades: ”[f]rågor om en miljöfarlig verksamhets påverkan på flora och fauna ska ingå som en naturlig del i lokaliseringsbedömningen enligt 2 kap. 6 § MB samt bedömningen av nödvändiga försiktighetsmått och skyddsåtgärder [...]. ArtsF kan ses som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna i detta hänseende.”⁸⁵

Innan omsvängningen i tillämpningen av ArtsF tillämpades förordningen i huvudsak i ärenden som rörde CITES,⁸⁶ vindkraft och andra tillståndspliktiga infrastrukturprojekt, inte vid pågående markanvändning i de gröna näringarna, där fråga om lokalisering inte aktualiseras. I citatet från Riktlinjerna (not 95), antyds att en proportionalitetsavvägning, d.v.s. rimlighetsavvägning enligt 2 kap. 7 § MB, inte behöver genomföras. Stöd för detta påstående tycks i grunden hämtas från en artikel av Darpö och Lindahl. Där menar författarna att bestämmelserna i 4 § ArtsF grundar sig i ”EU-rätt som

83 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 19.

84 MÖD:s domskäl i MÖD 2014:48.

85 MÖD 2013:13, s. 5.

86 CITES står för ”the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora”. En internationell överenskommelse om handeln med hotade arter av vilda växter och djur. Kallas även för Washingtonkonventionen.

har en egen förståelse och här gäller inga svenska avvägningar”.⁸⁷ Upprinnelsen till att ArtsF ska ses som en precisering för all typ av markanvändning tycks även denna komma från Darpö och Lindahls artikel som avhandlar tillståndspliktig verksamhet: ”Alldeles oavsett hur man ser på den saken [att 2 kap. 7 § MB inte ska prövas i artsskyddsärenden, förf. anm.] har, utvecklingen i rättspraxis medfört att fridlysningsbestämmelserna ses som materiella regler som ska tillämpas vid prövningen av en planerad eller pågående verksamhet, oavsett om det är fråga om tillståndsärende eller tillsynsärende.”⁸⁸

Utöver att något sådant uttalande om ”allmän användning” av ArtsF inte kan återfinnas i de domar som Darpö och Lindahl hänvisar till i artikeln så menar vi att de framförda tolkningarna strider mot grundläggande principerna i svensk rättsordning. Krav på att en proportionalitetsprövning ska ske vid myndighetsutövning har, p.g.a. att det är en grundläggande del av svensk förvaltningsrätt, skrivits in i 5 § FL som trädde i kraft den 1 juli 2018. Eftersom proportionalitetsavvägningar ska göras i all myndighetsutövning av det slag som är aktuellt i den här artikeln menar vi att det är ett problem hur tillämpningen förklaras i Riktlinjerna. Anledningen till det är att Riktlinjerna innefattar felaktiga instruktioner avseende tillämpning av ArtsF. Som stöd för detta påstående hänvisas till tidigare nämnda fall MÖD 2017:7 där domstolen uttrycker att en proportionalitetsavvägning ska göras vid samtliga äganderättsliga intrång: ”[v]id samtliga slag av äganderättsintrång gäller en proportionalitetsprincip som innebär att nödvändigheten av ett intrång i det allmännas intresse måste balanseras mot det men den enskilde lider av intrånget.”⁸⁹ MÖD klargör även i samma dom, vad gäller 8 § ArtsF, att en proportionalitetsavvägning ska genomföras vid fråga om dispens: ”[ä]ndamålen bakom skyddsbestämmelserna i artskyddsförordningen talar i stället för att förbudet i 8 § ArtsF i och för sig ska anses tillämpligt i ett sådant fall och att dispens måste sökas. Tillämpningen i det enskilda fallet ska dock ske utifrån en proportionalitetsavvägning inom ramen för ett dispensförfarande.”⁹⁰

Om ArtsF i alla lägen ska ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, trots att stöd för detta påstående är svårt att finna i förarbeten och rättspraxis, pekar mycket på att lagstiftarens syfte inte varit att pågående markanvändning avsevärt försvåras.⁹¹ Det kan därför argumenteras för att preciseringen saknar betydelse för rådighetsinskränkningar i pågående

87 Darpö, J. & Lindahl, H. (2015). *Vindkraft, fåglar och brister i höjden – Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk*, s. 17.

88 *Ibid.*

89 MÖD 2017:7, s. 17 f.

90 *Ibid.*, s. 24.

91 Se citat vid not 11.

markanvändning med stöd av ArtsF. Praxis pekar då på att skydd bör ske med någon ersättningsberättigad skyddsform.

Såsom svensk rätt är konstruerad borde inte någon av de åtgärder som rymms inom vad som anses utgöra pågående markanvändning kunna anses väsentligt ändra naturmiljön. Markanvändningen måste här ses i det långa perspektivet, med produktiv skogsmark där skogen växer och avverkas i cykler. Samtidigt kan man argumentera för att en avverkning påverkar miljön här och nu. Begreppet pågående markanvändning måste dock, för att vara meningsfullt, syfta på hela produktionscykeln. Att en slutavverkning momentant förändrar naturen på platsen kan inte tas som intäkt för att markanvändningen har ändrats.

4.3 RIKTLINJERNA OCH RÄTTSSÄKERHETEN VID MYNDIGHETSUTÖVNING

Att enskilda medborgare behandlas på ett rättssäkert sätt är ett av grundfunderna i svensk rätt. Rättssäkerhet bygger på principer som förutsebarhet, legalitet, objektivitet, proportionalitet och allas likhet inför lagen.⁹²

Legalitetsprincipen är en av de förvaltningsrättsliga principer som ska skydda enskilda mot nyckfull och godtycklig maktutövning från det allmänna. Den är också en av de principer som anses känneteckna en rättsstat och tillmäts därmed avgörande betydelse i EU:s rättssystem liksom i EKMR.⁹³ (Legalitetsprincipen innebär att ingripanden mot enskilda ska ha ett klart författningsstöd och är grundlagsfäst genom den i 1 kap. 1 § RF intagna bestämmelsen om att "[d]en offentliga makten utövas under lagarna". RF:s bestämmelser om normgivningsmakten i 8 kap. ger också uttryck för en legalitetsprincip, eftersom den innebär att lagformen som huvudregel krävs för beslut om föreskrifter i mera väsentliga ämnen och även att myndigheternas beslutanderätt i särskilt känsliga fall förutsätter lagstöd. Exempelvis räcker inte förordningsformen för att göra ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden enligt 8 kap. 2 § RF. En sådan begränsning skapar garantier för att detta område inte regleras genom administrativa föreskrifter på en lägre nivå.)

Legalitetsprincipen och principen om myndigheternas opartiskhet i 5 § FL innebär sammantaget, att allt myndighetsmaterial: checklistor, riktlinjer, principiella uttalanden samt yttranden i tvister mot enskilda, måste vara förenligt med lagtexten, den praxis som finns och de huvudsakliga syften som framgår av förarbetena. Av 4 § FL framgår att om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från FL, ska den bestämmelsen tillämpas. Det innebär att FL i vissa fall är subsidiär.

92 Jfr prop. 1993/94:151, *Rättssäkerhet vid beskattning*, s. 69 f.

93 Prop. 2016/17:180, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 57.

Av 5 § FL följer, att en myndighet i sin verksamhet ska vara saklig och opartisk. Myndigheter ska enligt 5 § 3 st. FL ingripa i ett enskilt ärende endast om det antas att åtgärden kan leda till avsett resultat. En åtgärd får inte vara mer långtgående än vad som behövs för att nå målet och den måste stå i rimlig proportion till de olägenheter som kan uppkomma för den som åtgärden vidtas mot. I de fall en myndighet har flera alternativa vägar att nå fram till ett önskat resultat ska deras överväganden om lämpligt tillvägagångssätt präglas av legalitet, förutsebarhet och proportionalitet, och vid sin handläggning enligt 9 § FL ska myndigheten säkerställa att rättssäkerheten upprätthålls.

Normerande, svårtolkade och motsägelsefulla råd eller informationstexter skapar bristande förutsebarhet för enskilda. Information som finns under rubriken ”Ersättning” på Skogsstyrelsens hemsida ger endast myndigheternas tolkning om ersättning i förhållande till vissa arter och om dispensmöjligheter.⁹⁴ Det anser vi inte vara ett tydligt besked om vad som gäller. I Skogsstyrelsens regleringsbrev för åren 2014 och 2015 står att Skogsstyrelsen ska arbeta för förenkling och minskad administration för skogsföretagen. Riktlinjerna kan inte anses verka i denna riktning.

Enligt Riktlinjerna menar myndigheterna att vilken nivå av försiktighet och hänsyn som behöver tas styr huruvida föreskrifter enligt SkogL är tillräckliga eller om ärendet ska bli ett samråd enligt 12 kap. 6 § MB: ”Om försiktighetsåtgärderna tillsammans med annan hänsyn som ska tas enligt Skogsstyrelsens föreskrifter går utöver skogsvårdslagens intrångsbegränsning bör ärendet bli ett 12:6-samråd.”⁹⁵ Riktlinjerna rekommenderar även att i de fall där beslut om hänsyn krävs men som inte ryms inom ramen för samråd enligt 12 kap. 6 § MB kan beslut fattas med två beslutsmeningar och med hänvisning om hur dessa överklagas.⁹⁶ Dessa två exempel visar hur administrativt svår och svårförutsebar den tillämpning som Riktlinjerna förordar blivit för de enskilda skogsbrukarna.

Om en avverkningsanmälan görs enligt SkogL anses enligt 6 § förordningen om anmälan om samråd (1998:904), att en anmälan om samråd enligt 12 kap. 6 § MB är gjord. Av 12 kap. 6 § MB följer en ersättningsrätt enligt fjärde stycket. Trots detta anges i Riktlinjerna att det inte finns någon ersättningsrätt när pågående markanvändning avsevärt försvåras med tillämpning av ArtsF, då myndigheten tolkar denna som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna

94 Skogsstyrelsen (2020), *Så handläggs artskyddsärenden*. <https://www.skogsstyrelsen.se/lag-och-tillsyn/artskydd/sa-handlaggs-artskyddsarenden/> (hämtad 2020-06-03).

95 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 15 f.

96 Ibid.

i 2 kap. MB, vars efterlevnad inte ger ersättningsrätt.⁹⁷ Vi har tidigare resonerat om detta i kapitel 3.

Vad gäller rättssäkerhetsaspekterna av den tillämpning som följt sedan projektet *Artskydd i skogen* initierades, som ledde fram till Riktlinjerna, uppkommer även frågan om de är förvaltningsrättsligt korrekta. Är det i linje med tankarna bakom den nya FL, att förorda ett system som är oöverskådligt och komplicerat för de enskilda skogsägarna? Härvid kan återigen hänvisas till att ArtsF aldrig var tänkt att tillämpas vid pågående markanvändning på det sätt som senare skedde. För tillämpning som innebär att pågående markanvändning avsevärt försvåras talar mycket för att lagstiftarens mening är att områdesskydd ska inrättas.⁹⁸ Vid inrättande av områdesskydd är ersättningsfrågan hanterad på ett relativt rättssäkert sätt till skillnad från de långa handläggningstider, osäkerhet och de höga kostnader som nu drabbat de enskilda markägarna vid tillämpandet av ArtsF på det sätt Riktlinjerna anvisar.

4.4 RIKTLINJERNA, BEVISBÖRDA OCH KRAV PÅ DEN ENSKILDE ATT LÄGGA FRAM UTREDNING

En aspekt av rättssäkerheten är att all myndighetsutövning mot enskilda måste bygga på tillräckliga underlag och utredningar. FL anger grunderna för god förvaltning i 5 §. Som ett allmänt krav på handläggningen av ett ärende stadgar 9 § samma lag att ärenden ska handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt, utan att rättssäkerheten blir eftersatt. Inskränkningar av grundlagsskyddade rättigheter såsom begränsningar av pågående markanvändning är särskilt ingripande för den enskilde, därför är rättssäker handläggning och förvaltningsrättsliga principer särskilt viktiga. Myndigheterna har enligt 23 § FL ett ansvar för att ärenden blir utredda i den omfattning som behövs. Paragrafen är en kodifiering av officialprincipen.⁹⁹ Om ärendet har inletts av en enskild part ska denne emellertid medverka till utredningen genom att så långt som möjligt ge in det underlag vederbörande vill åberopa till stöd för sin framställning, och myndigheten ska genom frågor och påpekanden verka för att den enskilde förtydligar eller kompletterar framställningen om det behövs. Omfattningen av en enskild parts medverkan i en utredning beskrivs

i propositionen som så långt som det är praktiskt möjligt, utredning som är orimligt kostsam eller som förutsätter en orimlig arbetsbörda krävs inte.¹⁰⁰

97 Ibid., s. 20 och 47 f.

98 MÖD 2017:7. Se även not 10.

99 Officialprincipen anses vara en grundläggande princip inom den svenska förvaltningsrätten, se SOU 2010:29, *En ny förvaltningslag*, s. 79.

100 Prop. 2016/17:180, s. 309.

En väsentlig fråga är vilket slags ärende det är fråga om och på vilket sätt ärendet påverkar den enskilde. Allmänt kan sägas att myndighetens utredningsplikt sträcker sig längre när det är myndigheten som tar initiativet till myndighetsutövning mot en enskild, såsom att inskränka pågående markanvändning, än när initiativet kommer från den enskilde, t.ex. genom att ansöka om en förmån från det allmänna.¹⁰¹ I ärenden om bidrag, tillstånd och liknande kan det i första hand anses åligga den sökande att visa, att förutsättningarna för ett positivt beslut är uppfyllda. Det kan dock anses åligga myndigheten att ge anvisningar om utredningen behöver kompletteras i något avseende.¹⁰² När det gäller förvaltningsmål, vilket avverkningsanmälningar är, gäller huvudprincipen att enskilda bär bevisbördan när det gäller rättigheter, medan myndigheten bär bevisbördan beträffande skyldigheter.¹⁰³ Med skyldigheter förstås beslut om t.ex. indragande av tillstånd eller andra sådana beslut om ingripande mot enskild som för den enskilde är särskilt betungande.¹⁰⁴

I 2 kap. 1 § MB stadgas en bevisbörderegeln. Denna innebär att det är den som vidtar en åtgärd eller bedriver, eller avser att bedriva, en verksamhet som ska visa att tillräckliga åtgärder och försiktighetsmått till skydd för människors hälsa och miljön vidtas, och att alla förpliktelser enligt 2 kap. MB iakttas. Bevisbördan för att 2 kap. MB har iakttagits åvilar verksamhetsutövaren eller den som vill vidta en åtgärd inte endast vid en första tillståndsprövning för en verksamhet, utan gäller även omprövning av tillståndet och villkor för detta, och den tillämpas även på verksamhet som är underkastad tillsyn utan föregående tillståndsprövning.¹⁰⁵ Ansvaret är begränsat till skador och olägenheter för miljön. För skyldigheter med anledning av uppkomna personskador, brott eller liknande gäller sedvanliga bevisbörderegler eftersom dessa skyldigheter inte regleras av hänsynsreglerna.

Förutom kravet på kunskap om eventuella miljökonsekvenser enligt 2 kap. 2 § MB finns även ett krav att iaktta försiktighet. Försiktighetsprincipen i 2 kap. 3 § MB innebär att den som vidtar åtgärd eller bedriver verksamhet ska utföra skyddsåtgärder, iaktta begränsningar och vidta försiktighetsmått som behövs för att förebygga skador. Eftersom varje verksamhetsutövare är skyldig att fortlöpande hålla sig underrättad om verksamheten och dess verkningar på

101 Ibid., s. 308.

102 Ragnemalm, Hans (2014). *Förvaltningsprocessrättens grunder*. 10 uppl. Stockholm: Jure, s. 82.

103 Diesen, C. & Lagerqvist Veloz Roca, A. (2003). *Bevis. 7, Bevisprövning i förvaltningsmål*, 1 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, s. 63 och 73.

104 Ibid., s. 74; Diesen, C. et al. (2007). *Bevis. 8, Prövning av migrationsärenden*, 1 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, s. 192.

105 Prop. 1997/98:45 del 2, s. 12 f.

miljön¹⁰⁶ innebär kunskapskravet och försiktighetsprincipens krav sammantagna att bevisbördeförflyttningen ses som en följd av de skyldigheter som följer därav.¹⁰⁷

Riktlinjerna anger att ärenden enligt SkogL ska hanteras enligt officialprincipen. Det innebär att det är myndigheten som ska leda utredningen och ombesörja att nödvändigt beslutsunderlag blir inhämtat. Riktlinjerna anger dock att bevisbördan och utredningsansvaret kan variera beroende på ärendets art. Om det t.ex. handlar om ingripande mot enskild part eller om enskild önskar erhålla en förmån från det allmänna gäller det för det förstnämnda att myndigheten bör ha bevisbördan medan för det sistnämnda är det den enskilde. Huruvida tillämpning av SkogL är ett ingripande mot enskild eller åberopande av förmån från det allmänna säger Riktlinjerna ”[o]m en anmälan om en åtgärd enligt [SkogL], och eventuella krav på hur åtgärden ska gå till, ska bedömas som ett ingrepp eller en ansökan om att få utverka en förmån kan diskuteras.”¹⁰⁸

För den enskilde markägaren är det av stor vikt att veta om det är myndigheterna som först har skyldighet att visa att den begärda rådighetsinskränkningen uppfyller rättsordningen krav för ingrepp i egendomsskyddet eller om det istället åligger den enskilde att redan i början av ett ärende visa att några rådighetsinskränkningar inte är nödvändiga. Frågan om bevisbördans placering vid olika skeden i processen och vilket krav som kan ställas på den utredning som ska utgöra underlag för ett beslut är avgörande för rättssäkerheten. Här anför Riktlinjerna bl.a. att ”[u]tgångspunkten är alltså att det är den som vill vidta en åtgärd som bäst kan klargöra hur verksamheten bäst kan bedrivas och därför får ta fram utredning i fråga om det blir en diskussion kring verksamhetens/åtgärdens tillåtlighet eller under vilka former den kan bedrivas”. Vad gäller ArtsF anges i riktlinjerna att kravet på utredning kan ställas högre: ”Kan en åtgärd typiskt sett innebära skada på en art som skyddas enligt 4 eller 7 §§ ArtsF kan högre krav ställas på utredning. Detta innebär att om den som vill vidta en åtgärd inte lyckas visa att de krav som ställs enligt MB är uppfyllda, kan detta medföra att myndigheten antingen förbjuder verksamheten/åtgärden eller meddelar försiktighetsmått.” Om brister föreligger i utredningen menar Riktlinjerna att myndigheterna kan ålägga den enskilde att komplettera dessa.¹⁰⁹

106 Prop. 1997/98:45 del I, s. 212.

107 Ibid., s. 210.

108 Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 50.

109 Ibid.

Citaten ovan är problematiska ur flera aspekter. För den enskilde är det väldigt otydligt hur vederbörande ska tolka sina egna eventuella skyldigheter. Riktlinjerna syftar förvisso till en enhetlig handläggning av ärenden om artskydd men inte heller ur den aspekten blir det tydligt vad som gäller. I vilka fall åvilar bevisbördan myndigheten och i vilka fall den enskilde? Uttalandet ovan om att frågan, om en anmälan om en åtgärd enligt SkogL ska bedömas som ett ingrepp eller som en ansökan om att få utverka en förmån, kan diskuteras bidrar inte heller till en tydlig och förutsebar situation. I juridiska sammanhang brukar förmåner ses som olika sociala bidrag. I de fallen kan man enklare förstå att den enskilde bör, och enkelt kan, styrka sin eventuella rätt till sådana.¹¹⁰ När det gäller inskränkningar av grundlagsskyddade rättigheter och ingrepp i den enskildes förmögenhetsrättsliga ställning är fallet det omvända.

För rättssäkerheten är inte bara frågan om utredningsskyldighet och bevisbördans placering viktig, även beviskravet har stor betydelse. Beviskravet avser vilka krav som ställs på utredningens omfattning, eller med andra ord vilken styrka på bevisning som krävs för att beslut, eller dom, ska kunna grunda sig på beviset i fråga. Beviskravet riktar sig till den part som bär bevisbördan i ett ärende. Med bevisbörda avses vem som ska stå risken att en myndighet anser att en omständighet, som har betydelse för beslutet, inte är styrkt.¹¹¹ Med anledning av officialprincipen faller det normalt på myndighetens ansvar att ärenden blir ordentligt utredda. Bördan av eventuella brister i utredningen ska normalt inte bäras av den enskilde.¹¹² I speciallag och praxis har dock klargjorts att avsteg från denna norm kan ske.

Ju mer ingripande ett beslut är, desto strängare beviskrav ställs. Av praxis följer att beviskravet genomgående har ställts mycket högt när det gäller ärenden som har allvarliga konsekvenser för enskildas yrkesutövning eller möjligheter att bedriva näringsverksamhet.¹¹³ I analogi med detta är en rimlig ståndpunkt att en inskränkning av den grundlagsskyddade äganderätten innebär höga beviskrav.

För att den enskilde vid en prövning ska kunna ta till vara sin rätt är det dessutom viktigt att veta vilka beviskrav som gäller och vad det är som ska bevisas eller motbevisas. Att myndigheterna är tydliga i detta avseende är en förutsättning för rättssäkerheten då det bidrar till förutsebarhet. Att beviskraven är rimliga är också en förutsättning för att hanteringen ska anses vara

110 Ragnemalm, Hans (2014), s. 82.

111 Nordh, Roberth (2011). *Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav*. Uppsala: lustus, s. 75.

112 Ragnemalm, Hans (2014), s. 112.

113 *Ibid.*, s. 113.

rättssäker. En situation där kraven är omöjliga att uppfylla gör att den enskilde blir rättslös. Det bör alltså framgå av myndigheters beslut var bevisbördan är placerad och vilket beviskrav som ställs i olika typer av ärenden.

När det är fråga om skogsbruk stadgar Riktlinjerna även hur markägaren ska uppfylla beviskravet i förhållande till ArtsF. Om en skogsägare inte har inkommit med tillräckligt underlag för att beslut ska kunna fattas vid en anmälan om avverkning och därefter har kompletterat denna, gäller enligt Riktlinjerna att "[...] Skogsstyrelsen och länsstyrelsen återigen [ska] göra en bedömning om underlaget denna gång är tillräckligt för att det ska vara möjligt att bedöma åtgärdens påverkan på bevarandestatus och/eller på det berörda områdets kontinuerliga ekologiska funktion för den aktuella arten."¹¹⁴ Här kan det t.ex. vara fråga om en inventering av förekommande arter inom ett område. Riktlinjerna ger råd om hur myndigheterna ska bedöma det inkomna underlaget.¹¹⁵

Skogsstyrelsens och Naturvårdsverkets syn på hanteringen av bevisbördan vid tillämpning av ArtsF framgår av följande: "Bevisbörderegeln och kunskapskravet innebär att det alltid är verksamhetsutövaren som ska ha den kunskap som behövs för att uppfylla anmälningsplikten. Kraven på det underlag som kan begäras kan vara långtgående, men samtidigt inte längre än vad tillsynsmyndigheten behöver för att fullgöra sina skyldigheter."¹¹⁶ Här framträder en tydlig bild av att man anser att bevisbörderegeln i 2 kap. 1 § MB gäller i dessa ärenden. Den tolkningen medför att myndigheternas utredningsansvar reduceras till att begära in önskade underlag från markägaren med den enda begränsningen till vad myndigheterna själva anser vara tillräckligt i det enskilda fallet. Detta får följden att ett ärende som inletts som en anmälan enligt SkogL hanteras i enlighet med MB:s krav på ett sätt som inte är förutsebart för den enskilde markägaren.

En svårighet med denna typ av utredningsskyldighet är att fastställa vad som egentligen ska redas ut/utredas. Riktlinjerna bortser från att MB:s tillämpning i det här fallet begränsas av speciallagstiftning i form av 14 och 30 §§ SkogL. Den förstnämnda reglerar vad skogsägaren är skyldig att bistå myndigheten med, bl.a. enligt 14 § 3 p. SkogL, hur naturvårds- och kulturmiljövårdsintressen avses ombesörjas i samband med avverkning. 30 § SkogL reglerar att det ankommer på myndigheten att meddela "föreskrifter om den hänsyn som ska tas till naturvårdens och kulturmiljövårdens intressen vid skötseln av skog, såsom i fråga om hyggens storlek och utläggning, beståndsanläggning,

¹¹⁴ Naturvårdsverket, Skogsstyrelsen (2016), s. 33.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid., s. 21.

kvarlämnande av träd och trädsamlingar, gödsling, dikning och skogsbilvägars sträckning.” Dessa föreskrifter får, enligt 30 § 3 st. SkogL, inte vara utformade på så sätt att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

För att myndighetsutövning ska leva upp till kraven på rättssäkerhet måste krav på enskilda bygga på tillräckliga underlag och utredningar. Inskränkningar av grundlagsskyddade rättigheter, som exempelvis begränsningar av pågående markanvändning, är exempel på särskilt ingripande beslut där förvaltningsrättsliga principer, som redogjorts för ovan, måste upprätthållas. Bestämmelsen i 30 § SkogL som tar hänsyn till pågående markanvändning utgör *lex specialis* i förhållande till MB, men myndigheternas föreskrifter avseende vad den enskilde markägaren har att visa för att inte avverkning skall förbjudas tycks styras av andra normer. Myndighetens utredningsplikt sträcker sig längre när det är myndigheten som tar initiativet till myndighetsutövning mot en enskild, som att inskränka pågående markanvändning, än när initiativet kommer från den enskilde. Här är det alltså återigen viktigt att åtskillnad görs mellan tillståndspliktig verksamhet och pågående markanvändning där myndigheten har att visa att den tänkta rådighetsinskränkningen både utgör ett angeläget allmänt intresse och att den är proportionerlig.

5. SLUTSATS

I denna artikel har bakgrunden till konflikterna som har uppstått i samband med myndigheternas tillämpning av ArtsF analyserats och förklarats. Vidare har analyserats hur och varför konflikten har uppstått och vilka konsekvenser den ger för den enskilde.

Vi har konstaterat och beskrivit hur tillämpningen styrs av Riktlinjerna som sektorsmyndigheterna tog fram i projektet *Artskyddet i skogen* och att denna tillämpning innebar en omsvängning i tillämpningen av ArtsF jämfört med tidigare. Vidare har vi argumenterat för att myndigheterna genom Riktlinjerna drivit en tillämpning som konsekvent är till nackdel för den enskilde och som inte har stöd i lag eller praxis. Den enskilde drabbas särskilt av tre inslag i myndigheternas tillämpning av ArtsF. Det handlar om *ersättningsrätt*, *förutsebarhet* samt *utredningsansvar* och *bevisbörda*.

1) Myndigheterna har genom Riktlinjerna försökt etablera en ordning där vedertagna krav på tillståndspliktig verksamhet utvidgas till att gälla även för pågående verksamhet. Det har fått till följd att enskilda har nekats ersättning i de fall där myndigheternas beslut påtagligt försvårat pågående markanvändning. Istället för att betrakta vedertagna skogsbruksåtgärder som en del av pågående markanvändning har man hanterat dem som en ny verksamhet och har därför

ställt krav som annars ställs på förslag till ny, tillståndspliktig verksamhet. Vi har inte funnit något stöd för detta förfarande i lagtext, förarbeten eller praxis.

2) Riktlinjerna är skrivna på ett sätt så att den enskilde inte på ett rimligt sätt kan förutse vad myndighetens tolkning av ett ärende kan komma att bli. Riktlinjerna förefaller härvidlag vara mer ägnade att underlätta myndigheternas arbete och hålla så många möjligheter som möjligt öppna för myndigheterna att agera, snarare än att skapa förutsebarhet för den enskilde.

3) Myndigheterna har genom riktlinjerna försökt att omtolka sitt utredningsansvar och skjuta över bevisbördan på den enskilde, vilket delvis är en följd av punkt 1 där myndigheterna har drivit ståndpunkten att den enskildes önskan att fortsätta bedriva pågående skogsbruk ska tolkas som ett initiativ från den enskilde att utverka en förmån från det allmänna.

När myndigheter ska tillämpa lagstiftning finns det åtminstone tre olika mål som bör eftersträvas. Självklart ska tillämpningen vara lagenlig och försöka uppfylla lagstiftarens intention. Detta är ju själva utgångspunkten för lagstiftningen och vi kan kalla det för lagstiftarens perspektiv. Men vid tillämpningen tillkommer ytterligare två perspektiv – myndighetens och individens. För att tillämpa lagstiftningen måste myndigheten förbruka resurser och allt annat lika är det bra ifall denna resursförbrukning hålls nere. På samma sätt är det ur individens perspektiv önskvärt att lagstiftningen tillämpas på ett sätt som begränsar individens resursförbrukning i uppfyllandet av lagstiftningen. Den samlade bilden som framträder är att myndigheterna under arbetet med att uppfylla lagstiftarens perspektiv konsekvent satt myndigheternas interna perspektiv före individens perspektiv.

Punkt 1 ovan kan då förklaras som ett sätt att få ut så mycket miljöskydd som möjligt till så låg intern kostnad som möjligt. Genom att neka ersättningsrätt för stoppad avverkning har man försökt skjuta över kostnaden för miljöskydd från det allmänna till den enskilda fastighetsägaren. Punkt 2 innebär att den enskilde får gissa sig till vilka skogliga åtgärder som kommer att tillåtas respektive förbjudas vilket skapar osäkerhet hos den enskilde som behöver fatta beslut om åtgärder utan att på förhand få full klarhet i myndighetens uppfattning om åtgärden. För myndigheten är detta dock fördelaktigt då tydliga förhandsbesked om vad som är tillåtet respektive inte tillåtet åtminstone i viss mån binder myndigheten vid dessa besked. Det är enklare för myndigheten att på förhand endast informera den enskilde om att hen kan komma att begå lagbrott som myndigheten då kommer att beivra. Punkt 3 är lik punkt 2 i det att den skjuter över ansvaret för att utreda och bevisa vad som är lagenlig

verksamhet till den enskilde. Ett särskilt problem med detta är att när myndigheten skjuter över utredningsansvaret till den enskilde blir kostnaderna för utredningar externa i förhållande till myndigheten. Därmed har myndigheten inget incitament att göra avvägningar mellan nytta och kostnad av utredning, utan kan betrakta kostnaden för utredningar som noll. Det finns därmed en risk att myndigheten kräver kostsamma utredningar ”för säkerhets skull”.

Generellt, på alla nivåer inom både privat och offentligt beslutsfattande, är det för samhällsekonomisk effektivitet viktigt att beslutsfattaren tar hänsyn till alla nyttor och kostnader som följer av beslutet, d.v.s. att beslutsfattaren internaliserar alla effekter av beslutet. Detta kan vi anta sker automatiskt när beslutsfattaren själv bär alla nyttor och kostnader, eftersom det då ligger i beslutsfattarens eget intresse att beakta alla effekter av sina beslut. När det föreligger externa effekter som inte direkt berör beslutsfattaren själv krävs kompletterande strukturer för att säkerställa att beslutsfattaren arbetar i enlighet med det breda samhällsintresset. Rättsordningen i sin helhet, och grundlag och förvaltningslag i synnerhet, är exempel på sådana stödjande strukturer som ska säkerställa att myndigheter internaliserar alla konsekvenser av sitt beslutsfattande. I det studerade fallet med tillämpningen av ArtsF kan vi konstatera att det förefaller som att myndigheterna genom att skjuta över kostnader på den enskilde verksamhetsutövaren inte har internaliserat alla konsekvenser av sitt agerande. Man har gjort detta genom att på eget initiativ ändra tillämpningen av ArtsF, vilket strider mot grundläggande principer i den svenska rättsordningen, särskilt legalitetsprincipen som syftar till att säkerställa att all lagstiftning sker under demokratisk kontroll.

Utifrån våra slutsatser ser vi att behovet av en översyn av ArtsF är stort, vilket vi inte är ensamma om att anse, då det redan pågår en utredning i frågan. Vi vill framföra budskapet att utredningen särskilt behöver adressera de problem (ersättningsrätt, förutsebarhet samt utredningsplikt och bevisbörda) som vi har betonat i artikeln, som vi anser har uppstått på grund av sammanblandningen av pågående verksamhet och tillståndspliktig verksamhet. Av särskilt intresse är förutsebarheten i myndighetsutövningen som betonas i den nya förvaltningslagen men som inte nuvarande tillämpning av ArtsF lever upp till. Vidare ser vi ett behov av ytterligare forskning om motiven bakom myndigheternas omsvängning. Att förstå vilka krafter som framdriv omsvängningen kan leda till ökad förståelse inte bara i det specifika fallet utan även generellt öka förståelsen för hur lagar tillämpas. 🙏