

Gabriel Michanek

Artskyddet, politiken och juridiken*

1. Inledning

Den sannolikt största miljöpolitiska utmaningen idag, vid sidan av att motverka klimatuppvärmningen och lindra dess effekter, är att hejda utarmningen av biologisk mångfald. Allt fler arter dör ut eller hotas. Orsakerna är flera, men den främsta är att arternas livsmiljöer, såsom gammal skog, våtmarker, ängar och korallrev minskar. Denna negativa utveckling har pågått i många decennier, trots flera internationella konventioner som syftar till att skydda arter och livsmiljöer. Bidraget till denna bok känns angeläget med hänsyn till Bertil Bengtssons gedigna kunskaper i och starka engagemang för de rättsliga naturskyddsfrågorna, men även utifrån hans stora intresse för faunan och floran som friluftsmänniska och botanist.

Syftet med uppsatsen är att undersöka delar av den svenska regleringen för bevarande av biologisk mångfald.¹ Framställningen begränsas till reglerna om fridlysning av arter (som här hänförs till det ”direkta artskyddet”) och skydd för arters livsmiljöer. Det betyder att flera regler inom miljörätten utelämnas, trots att de i praktiken har stor betydelse för den biologiska mångfalden. Hit hör reglerna om individuell prövning och kontroll av enskilda verksamheter som riskerar förorening eller liknande störning (”miljöfarlig verksamhet”) eller som orsakar fysiska ingrepp i

* *Bertil Bengtsson 90 år* (red. Blomstrand S., Mattsson D. och Skarhed A.), Jure (2016), s. 383–397.

¹ Uppsatsen ingår i forskningsprojektet Landscape Planning for Forest Biodiversity and Diverse Forestry, påbörjat 2016 och finansierat av Naturvårdsverket.

vattenområden ("vattenverksamhet"). Inte heller behandlas regleringen av det svårhanterliga problemet med invasiva arter.

Uppsatsen inleds med en inblick i de politiska målen för biologisk mångfald och hur hoten mot denna uppfattats internationellt, inom EU och i Sverige. Därefter analyseras det direkta artskyddet och skyddet för livsmiljöer i den svenska lagstiftningen.² I avslutningen finns några funderingar om framtiden.

2. Politiska mål om biologisk mångfald och genomförandet

Konventionen om biologisk mångfald antogs 1992.³ Denna övergripande och globala överenskommelse innehåller inte några långtgående rättsliga skyldigheter för parterna att motverka skövlingen av urskogar eller annan degradering av biologisk mångfald,⁴ utan fungerar nog snarare som en plattform för rekommendationer från konventionens parter. I dessa beslut avspeglas, åtminstone på ett officiellt plan, en vilja att hejda den skadliga utvecklingen. Parterna antog 2002 en strategisk plan med målet att senast år 2010 uppnå en "betydande minskning av den nuvarande förlusten av biologisk mångfald på global, regional och nationell nivå".⁵ Parterna konstaterade 2010, i ett möte i Nagoya, att strategin tyvärr hade misslyckats och att mångfalden av gener, arter och ekosystem fortsätter att minska. Orsaken till minskningen är att "pressen på biologisk mångfald är fortsatt konstant eller ökar i intensitet, i huvudsak till följd av mänsklig aktivitet".⁶ En ny, än mer ambitiös strategisk plan antogs vid mötet för att med "effektiva och snabba åtgärder *stoppa* för-

² I en nyutkommen bok ges en aktuell sammanställning och analys av regler och rättspraxis om artskyddet inom EU och i Sverige. Se Marklund Andersson Å och Schultz M; *Artskydd – Grunder och tillämpning*, Norstedts Juridik, Stockholm 2016.

³ SÖ 1993:77.

⁴ Se t.ex. de citerade orden i artikel 8: Parterna ska "så vitt möjligt och om så är lämpligt" inrätta ett system med skyddade områden och områden där särskilda bevarandeåtgärder behövs.

⁵ COP 6 Decision VI/26, 11.

⁶ COP 10 Decision X/2, Annex, 7; "The 2010 biodiversity target has not been achieved, at least not at the global level. The diversity of genes, species and ecosystems continues to decline, as the pressures on biodiversity remain constant or increase in intensity mainly, as a result of human actions."

lusten av biologisk mångfald i syfte att år 2020 ha resilienta ekosystem” (kursiverat här),⁷ men konventionen ändrades inte.

EU-kommissionen antog 2011 en egen strategi för att genomföra Nagoyaplanen,⁸ och beskrev då situationen så här:

”I Europa befinner sig den biologiska mångfalden i kris. Aldrig har så många arter varit utrotningshotade. Många ekosystem är så decimerade att de inte längre kan tillhandahålla alla de funktioner som vi är beroende av – frisk luft, rent vatten, pollinering av grödor och skydd mot översvämningar. Denna försämring innebär enorma sociala och ekonomiska förluster för EU. Insektspollineringen minskar till exempel kraftigt i Europa. Dess ekonomiska värde i EU uppskattas till 15 miljarder euro per år.”⁹

Hur är det då i Sverige, ”föregångslandet” på miljöområdet som genom sina miljömål ”visar vägen” för omvärlden?¹⁰ Ambitionen är hög, såväl i lagstiftningen – ”Miljöbalken skall tillämpas så att ... den biologiska mångfalden bevaras”¹¹ – som i flera av riksdagens politiska miljömål, såsom ”Ett rikt växt- och djurliv”:

”Den biologiska mångfalden ska bevaras och nyttjas på ett hållbart sätt, för nuvarande och framtida generationer. Arternas livsmiljöer och ekosystemen samt deras funktioner och processer ska värnas. Arter ska kunna fortleva i långsiktigt livskraftiga bestånd med tillräcklig genetisk variation. Människor ska ha tillgång till en god natur- och kulturmiljö med rik biologisk mångfald, som grund för hälsa, livskvalitet och välfärd.”¹²

Naturvårdsverkets utvärdering 2015 visar dock att vi inte är i närheten av att nå målen för biologisk mångfald.¹³ När det gäller målet ”Ett rikt växt- och djurliv” var bedömningen: ”Miljökvalitetsmålet är inte uppnått och kommer inte kunna nås till år 2020 ... med befintliga och beslutade

⁷ COP 10 Decision X/2, Annex, 12. Planen innehåller de 20 så kallade ”Aichimålen”.

⁸ http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/biodiversity_2020/2020%20Biodiversity%20Factsheet_SV.pdf.

⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-526_sv.htm.

¹⁰ Regeringens skrivelse 2013/14:145 (”Svenska miljömål visar vägen!”), s. 7: ”Sverige ska fortsätta vara ett föregångsland för god miljö och hållbar utveckling.”

¹¹ 1:1 miljöbalken (1998:808, MB).

¹² <http://www.miljomal.se/sv/Miljomalen/16-Ett-rikt-vaxt--och-djurliv/>.

¹³ <http://www.miljomal.se/sv/Miljomalen/Uppfoljning-utvardering/>. Omdömena är lika negativa vid utvärderingen av de relaterade miljömålen ”Myllrande våtmarker” och ”Ett rikt odlingslandskap”.

styrmedel och åtgärder”. Det konstateras även att ”Utvecklingen i miljön är negativ”, det går alltså åt fel håll.

Den svenska skogen är viktig som livsmiljö för många arter. Skogsvårdslagen (1979:429) har två likställda mål: att uppnå en uthålligt god avkastning och att behålla den biologiska mångfalden.¹⁴ Även i riksdagens miljömål ”Levande skogar” är bevarandet av biologisk mångfald centralt. I utvärderingen 2015 konstateras dock att inte heller detta miljömål kommer att nås 2020 och att det inte går att se en tydlig riktning för utvecklingen. Skälen är bl.a. att livsmiljöer förloras i för stor omfattning, att det råder ”brist på arealer gammal skog med bibehållen skogskontinuitet” (trots att arealen gammal skog faktiskt ökar) och att det ”avverkas skogar med höga naturvärden, exempelvis nyckelbiotoper och andra värdekärnor. Fler ekologiskt värdefulla skogar behöver långsiktig skydd och takten i områdesskyddsarbetet behöver öka.”¹⁵

Sammanfattningsvis finns ambitiösa politiska mål för bevarandet av biologisk mångfald internationellt, inom EU och i Sverige, samtidigt som utvecklingen i naturen går åt fel håll. Den centrala frågan i de följande två avsnitten är hur effektiv den svenska lagstiftningen är när det gäller skyddet för arter och deras livsmiljöer. Kan den på ett avgörande sätt bidra till att de politiska målen nås?

3. Det direkta artskyddet

Till det direkta artskyddet hör restriktioner för jakt och fiske, som regleras i särskild lagstiftning. Därutöver finns mer övergripande fridlysningsregler i MB, som kompletterar jakt- och fiskelagstiftningen.¹⁶ Här behandlas först fridlysningen.

3.1 Fridlysningen bör vara ett skyddsnät

Det mest effektiva sättet att skydda arter och deras livsmiljöer är att skräddarsy restriktioner mot skadliga åtgärder inom det område där arten förekommer, såsom i naturreservat, men om exempelvis en hotad vadar-

¹⁴ 1 §.

¹⁵ <http://www.miljomal.se/sv/Miljomalen/12-Levande-skogar/fu2015/>.

¹⁶ Fridlysningsreglerna i miljöbalken kompletterar jakt- och fiskelagstiftningen på två sätt. Dels omfattar fridlysningen jakt och fiske efter andra arter. Dels gäller den för andra åtgärder än jakt och fiske på de arter som omfattas av jakt- och fiskelagstiftningen.

fågel väljer att rasta eller häcka på en strand utanför det för ändamålet avsatta naturreservatet, måste den ges ett skydd även där. Fridlysningen kan då innebära ett nödvändigt kompletterande skyddsnät.¹⁷ Ett sådant är nödvändigt, dels eftersom det i praktiken inte inrättas områdesskydd i tillräcklig omfattning, dels därför att utvecklingen i naturen inte säkert kan förutses. Det förutsätter dock att fridlysningen har en tillräcklig räckvidd mot de olika hot mot arten som finns. I detta avseende har det skett viktiga rättsliga förändringar.

Fridlysningen enligt den tidigare gällande naturvårdslagen (1964:822) riktades mot vissa beteenden av privatpersoner i naturen, såsom att störa djur vid häckningsplatser, plocka vissa blommor eller ägg eller att rent av uppsåtligt skada artindivider eller boplatser. Däremot innebar förbuden inte "hinder mot avverkning av skog eller eljest mot marks ändamålsenliga utnyttjande".¹⁸ Guckuskon som inte fick plockas fick alltså köras sönder av en skogsmaskin. Ornitologen fick inte komma i närheten av havsörnboet i gammeltallen, men trädet fick sågas ner av skogsbolaget, även om man såg boet med ungar i trädtoppen och örnföräldrarna, som skrikande seglade ovanför. Begränsningen togs bort i lagtexten 1974, men enligt motiven, utan att ändringen skulle få någon nämnvärd praktisk betydelse.¹⁹ Begränsningen fanns kvar på förordningsnivå som en huvudregel fram till 2001,²⁰ varefter den endast gällde för vissa arter,²¹ som inte skyddades genom fågeldirektivet²² eller art- och habitatdirektivet.²³ Regeln togs bort helt i den nu gällande artskyddsförordningen (2007:845).

EU-rätten förändrade det svenska rättsläget. Såväl artikel 5 fågeldirektivet (som gäller alla i landet naturligt förekommande fåglar) som artikel

¹⁷ Artskyddet innebär även ett extra skydd för arter inom ett skyddat område när föreskrifterna för området är otillräckliga från artskyddssynpunkt.

¹⁸ 14 § 3 st. naturvårdslagen.

¹⁹ Prop. 1974:166, s. 118. I lagkommentaren ansågs förbuden i vart fall inte kunna medföra "avsevärt försvårande av pågående markanvändning". Se vidare Jonzon S-G, Delin L och Bengtsson B; Naturvårdslagen, andra uppl., Norstedts, Stockholm 1976, s. 86 f. Det fanns inga ersättningsregler kopplade till 14 § naturvårdslagen.

²⁰ "Förbud ... skall ej utgöra hinder mot att marken nyttjas på ett ändamålsenligt sätt, om ej annat föreskrives vid dess meddelande"; 14 § 2 st. naturvårdsförordningen (1976:484).

²¹ 1 e § artskyddsförordningen (1998:179), en regel som infördes genom SFS 2001:447.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet).

²³ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (art- och habitatdirektivet).

12 art- och habitatdirektivet (som gäller vissa, i bilaga 4 utpekade, strikt skyddade arter), förbjuder som huvudregel handlingar som innebär borttagande, skada eller störning av artindivider. Vidare omfattas skada på och borttagande av bon, ägg m.m. En förutsättning är att handlingen är "avsiktlig", utom i en situation som regleras i art- och habitatdirektivet (men inte i fågeldirektivet); det är förbjudet att, oavsett avsikt, "skada eller förstöra parningsplatser eller rastplatser".²⁴ I den svenska artskyddsförordningen har art- och habitatdirektivets regel i huvudsak kopierats.²⁵ Konsekvensen är att skyddet för parningsplatser och rastplatser i artskyddsförordningen även gäller för alla vilda fåglar, något som är förenligt med EU-rätten eftersom fågeldirektivet endast anger minimikrav. Nedan analyseras endast fridlysningen av djurarter, men även för växter gäller förbuden i många fall endast om handlingen är avsiktlig.²⁶

De flesta av förbuden i direktiven och den svenska artskyddsförordningen förutsätter alltså att handlingen är "avsiktlig". Detta uttryck har direkt eller indirekt behandlats i flera domar från EU-domstolen. I den första från 1987 hade kommissionen stämt Västtyskland,²⁷ som i sin naturskyddslag hade ett undantag från artikel 5 i fågeldirektivet, för "normal användning av mark inom jordbruk, skogsbruk eller fiske" (jfr ovan om undantaget i den svenska naturvårdslagen före 1974). Domstolen accepterade inte undantaget, trots Västtysklands invändning att avsiktligt dödande och skadande inte kan vara en del av normalt jordbruk, skogsbruk eller fiske. Slutsatsen är logisk (i vart fall när det gäller jord- och skogsbruk) om man med avsiktligt menar ett *direkt* syfte att skada eller döda. Här kan enligt min mening antas, utan att det sägs uttryckligt i domen, att EU-domstolen lägger in mer i uttrycket "avsiktligt" än bara det direkta syftet att skada eller döda. Även en dom från 2005 (här art- och habitatdirektivet) har relevans i detta sammanhang. Storbritannien hade undantagit "laglig verksamhet" från artskyddsförbuden, men domstolen ansåg att ett "sådant undantag, som bygger på handlingens rättsenlighet,

²⁴ Se närmare artikel 5 fågeldirektivet och artikel 12 art- och habitatdirektivet.

²⁵ 4 §. Enligt 4 p. är det förbjudet att "skada eller förstöra djurens fortplantingsområden eller viloplatser". Motsvarande uttryck i artikel 12.1 d) art- och habitatdirektivet är "parningsplatser eller rastplatser" (svenska språkversionen).

²⁶ 7 § artskyddsförordningen. För vissa vilt levande kärlväxter, mossor, lavar, svampar och alger (bilaga 2) är den skadliga handlingen förbjuden oavsett avsikt; 8–9 §§.

²⁷ C-412/85 *Kommissionen mot Västtyskland* [1987] ECR 3503.

strider ... mot såväl andan i och syftet med livsmiljödirektivet som mot lydelsen av artikel 16 i detta direktiv”.²⁸

Frågan om vad som är en ”avsiktlig” handling förtydligades i en dom från 2002 (art- och habitatdirektivet).²⁹ Individer av den skyddade arten havssköldpadda (*Caretta caretta*) utnyttjade en sandstrand för parning. På denna strand förekom mopedtrafik och i havsområdet utanför trampbåtar och småbåtar. Även om det sknades ett direkt syfte att störa eller skada sköldpaddorna och deras parningsplatser, sågs aktiviteterna som ”avsiktliga” handlingar, eftersom det fanns förbudsskyltar och även information om strandens sköldpaddsbö. ³⁰ Domstolen ansåg att Grekland mot den bakgrunden inte hade ”vidtagit nödvändiga konkreta åtgärder för att förhindra ... att havssköldpaddan *Caretta caretta* avsiktligt störs under parningsperioden”.³¹

I ett annat överträdelseärende hade spanska myndigheter gett tillstånd till att använda bromsförsedda snaror i direkt syfte att fånga räv. Kommissionen menade att den skyddade arten utter fanns i området och att det fanns risk för att den kunde fångas och dödas genom snarorna. Domstolen framhöll, principiellt, att kravet på avsiktlighet är uppfyllt om personen i fråga har ”godtagit risken” för att en skyddad art kan fångas eller dödas. Det var inte nödvändigt att personen hade velat fånga eller döda utter.³²

I nutida svensk rättsvetenskaplig debatt finns olika uppfattningar om innebörden i begreppet ”avsiktligen” i gällande rätt.³³ Min uppfattning i

²⁸ C-6/04 *Kommissionen mot Storbritannien och Irland* [2005] ECR I-09017, 113. Artikel 16 specificerar undantagen från förbudet i artikel 12 art- och habitatdirektivet.

²⁹ C-103/00 *Kommissionen mot Grekland* [2002] ECR I-1147.

³⁰ Havsområdet var avsatt som skyddsområde med särskilda markeringar.

³¹ C-103/00, 39.

³² C-221/04 *Kommissionen mot Spanien* [2006], ECR I-02173, 71. Spanien ansågs inte ha brutit mot artikel 12 i art- och habitatdirektivet eftersom kommissionen enligt domstolen inte hade bevisat att utter förekom i området och därmed inte heller att spanska myndigheter ”var medvetna om att de därigenom riskerade att utsätta uttern för fara”; a.a., 73.

³³ Fröberg M och Ekdahl H; Mark- och miljööverdomstolen har klargjort att vindkraft inte innebär ett avsiktligt dödande eller störande enligt artskyddsförordningen, *JP Miljönet*, 2015-01-23, Darpö J och Lindahl H; Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk, *JP Miljönet* 2015-1-08 (nedan Darpö och Lindahl), samt Fröberg M; Kommentar av Magnus Fröberg till Jan Darpös och Helene Lindahls artikel ”Vindkraft, fåglar och brister i höjden”, *JP Miljönet*, 2015-11-09 (nedan Fröbergs kommentar).

denna fråga är, sammanfattningsvis, att förbuden i de två EU-direktiven inte enbart omfattar handlingar där det direkta syftet är döda, skada eller störa en art, utan även handlingar som får sådana konsekvenser, förutsatt att den som handlar är medveten om riskerna.³⁴ Dessutom följer av domarna mot Västtyskland 1987 och Storbritannien 2005 att jordbruk, skogsbruk och annan markanvändning inte kan undantas generellt från förbuden.³⁵ Så har även artskyddsförordningen tillämpats av Mark- och miljööverdomstolen, där sannolikheten för en negativ inverkan på arten har varit avgörande för frågan om avsikt (medvetenhet) ska anses föreligga eller inte hos en verksamhetsutövare.³⁶

Den gällanderättsliga diskussionen är intressant men i denna uppsats är den rättspolitiska viktigare. Utifrån hoten mot biologisk mångfald och mot bakgrund av de politiska målen bör det finnas ett effektivt rättsligt artskydd och här fyller som sagt fridlysningen en funktion som skyddsnät, som komplement till områdesskydden. Det är då ändamålsenligt att reglerna, såsom utvecklats i praxis inom EU och Sverige, gäller inte bara mot "friluftsmänniskan", utan även mot verksamheter av olika slag eftersom skyddet annars blir otillräckligt (jfr exemplen ovan med guckuskon och örnböet). Däremot är det inte alls ändamålsenligt att fridlysning ska förutsätta en direkt avsikt eller ens en medvetenhet hos en verksamhetsutövare, t.ex. vid en tillståndsprövning. Denna subjektiva omständighet borde inte ha någon betydelse om skyddsnätet ska fungera. Relevant är då enbart om det *objektivt* sett finns en beaktansvärd risk för negativ inverkan på arten. Rekvisitet avsiktligt bör alltså ersättas med en objektiv riskbedömning.

Det finns dock även andra ändringar som bör övervägas, särskilt om avsiktsrekvisitet tas bort. Förbudet i artikel 5 fågeldirektivet och det motsvarande i 4 § artskyddsförordningen avser *samtliga* vilda fåglar, samtidigt som undantagsreglerna är mycket restriktiva. Denna reglering kan i enskilda fall leda till orimliga konsekvenser för verksamhetsutövare och motstående viktiga samhällsintressen (såsom utvecklingen av vindkraft).³⁷ Det kan inte finnas några vetenskapliga skäl till att skydda fåglar starkare än många andra arter. Avgörande bör, för alla skyddsvärda arter, vara om

³⁴ Uppfattningen är i huvudsak i enlighet med vad som anförs i Darpö och Lindahl, där frågorna behandlas mer ingående än här, bl.a. praxis.

³⁵ I Fröbergs kommentar finns inte någon analys av de två rättsfallen.

³⁶ MÖD 2015:3 och MÖD 2016-01-25 M 11317-14.

³⁷ Jfr kritiken i Fröberg kommentar, avsnitt 4.

det finns risk för negativ inverkan på *populationen* i landet eller i regionen. Risken för att en enskild artindivid skadas, dödas eller störs kan i vissa fall vara tillräckligt, men i många fall inte. Detta synsätt finns i Mark- och miljööverdomstolens praxis,³⁸ men borde av rättssäkerhetsskäl framgå av författningstext. Slutligen ett påpekande om att förbuden i artskyddsförordningen inte har kopplats till ersättningsreglerna i MB, trots att ett skydd för djurens fortplantningsområden eller viloplatsar i vissa fall kan innebära att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av en fastighet. Det finns alltså en skillnad mot när livsmiljöer skyddas genom exempelvis ett naturreservat.³⁹

3.2 Jakt- och fiskelagstiftning

Det finns goda möjligheter att genom fiskelagstiftningen skydda fiskarter av fiskevårdsskäl, i hela landet eller inom vissa områden.⁴⁰ EU:s förordning om den gemensamma fiskeripolitiken innebär inget hinder mot nationella mer långtgående restriktioner och även utländska fartyg kan under vissa förutsättningar träffas av de svenska kraven.⁴¹ Om däremot syftet med en restriktion mot fiske är naturskydd, såsom att skydda det akvatiska ekosystem som fisken är en del i, så får restriktionen inte vara ”så ingripande att fisket avsevärt försvåras”, vilket enligt motiven innebär att ett ”rationellt fiske, om än i anpassad form, kan utövas i normal omfattning på platsen.”⁴² Uppdelningen mellan fiskevård och naturskydd är inte helt lämplig eftersom det i praktiken är svårt att skilja på syftena. En restriktion som rör uttaget av fisk kan syfta till fiskevård, men även till naturskydd om uttaget inverkar på det akvatiska ekosystemet.

³⁸ T.ex. MÖD 2016-01-25 M 11317-14; ”De individer av arten som riskerar att dödas eller störs till följd av en exploatering av området kan inte antas medföra någon beaktansvärd risk för påverkan på fjärlsarternas bevarandestatus inom populationen på nordöstra Gotland och inte heller på arternas bevarandestatus inom boreal region.”

³⁹ 31:4 MB. Jfr 2:15 2 st. RF. Se även den rättspolitiska diskussionen i avsnitt 5 nedan.

⁴⁰ Exempelvis får arterna mal och flodpärlmussla inte fångas någonstans i Sverige; 2:5 förordningen (1994:1716) om fisket, vattenbruket och fiskerinäringen.

⁴¹ Se närmare Christiernsson A, Michanek G, och Nilsson P; Marine Natura 2000 and Fishery – The Case of Sweden, in *Journal for European Environmental & Planning Law* 12 (2015) (nedan Christiernsson et al.), s. 41 ff.

⁴² Prop. 1992/93:232, s. 45. I sådana situationer kompletterar miljöbalken om skyddet behöver vara starkare.

Artskyddet enligt jaktlagstiftningen är särskilt kontroversiellt när det gäller vissa rovdjur, som typiskt sett ofta anses ha en nyckelroll i ekosystemet, men som samtidigt dödar och skadar tamdjur, liksom vissa vilda djur som är attraktiva att jaga.⁴³ Under de senaste åren är det framför allt frågan om vargjakt som diskuterats och som kommit upp i rättstillämpningen på olika sätt.⁴⁴ Här begränsas framställningen till jakt på varg (främst så kallad licensjakt), men den är delvis relevant även vid jakt på vissa andra rovdjur (främst lo).

Enligt en huvudregel i art- och habitatdirektivet är det förbjudet att döda varg, som är en strikt skyddad art.⁴⁵ I ett motiverat yttrande 2011 kritiserade EU-kommissionen den svenska regeringen för att tillåta så kallad licensjakt på varg,⁴⁶ utan att denna hade stöd i direktivets undantag.⁴⁷ En viktig del i kritiken var att vargstammen i Sverige skulle sakna ”gynnsam bevarandestatus”, men även på andra sätt ansågs jakten strida mot direktivet. En fråga som aktualiserades till följd av jaktbesluten var om miljöorganisationer ska ha rätt att klaga på jaktbeslut till förvaltningsdomstol. Frågan blev avgörande för om jaktbesluten skulle kunna prövas i domstol eftersom ingen enskild hade rätt att klaga på verkets positiva jaktbeslut. Svaret kom i ett prejudicerande avgörande av HFD 2015 (utan förhandsbesked från EU-domstolen). HFD anser att organisationerna har sådan klagorätt, trots att denna slutsats är i direkt strid med ordalagen i jaktförordningen.⁴⁸ Motiveringen enligt domstolen

⁴³ Synen på rovdjuren (och andra arter) utifrån jaktperspektivet har varierat mycket historiskt, se Danell K och Bergström R; *Birds. Laws and Management in Sweden. I Miljörättsliga perspektiv och tankevändor, Vänbok till Jan Darpö & Gabriel Michanek* (red. Gipperth L och Zetterberg C), Iustus förlag, Uppsala 2013 (nedan *Miljörättsliga perspektiv och tankevändor*), s. 193 ff. Exempelvis gavs vissa tider skottpengar för dödande av rovfåglar. Under en sådan period, 1827–1910, dödades enligt statistiken 710 193 rovfåglar; a.a., s. 207.

⁴⁴ Se även Darpö J; Om den svenska rovdjurspolitiken och mötet med EU-rätten. *Info-Torg Juridik-Rättsbanken* 2014-12-01, 2014-12-22 och 2014-12-30.

⁴⁵ Artikel 12.

⁴⁶ Motiverat yttrande riktat till Konungariket SVERIGE i enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt till följd av landets underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 12 och 16 i direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter. Överträdelsenummer 2010/4200. K(2011) 4030 Slutlig. Bryssel den 16.6 2011 (nedan Motiverat yttrande).

⁴⁷ Artikel 16.1 e.

⁴⁸ 58 § 1 jaktförordningen (1987:905). Det är fråga om beslut av länsstyrelser (som beslutar om vargjakt efter delegation) som överklagats till Naturvårdsverket, vars beslut är slutligt enligt regeln.

är i grunden EU-rättens företrädare och mer specifikt att miljöorganisationer kan göra rättigheter gällande enligt art- och habitatdirektivet, att EU-rätten kräver ett effektivt domstolsskydd samt att art- och habitatdirektivet ska ges en ändamålsenlig verkan.⁴⁹

Ytterligare en fråga är om den svenska jaktlagstiftningen på ett korrekt sätt överför undantagen i art- och habitatdirektivet. Kommissionen har valt att inte ta upp denna fråga i överträdelseärendet trots att Sverige, enligt min mening, inte skulle klara en sådan prövning i EU-domstolen. Utgångspunkten i både direktivet och jaktlagen är förbud mot att döda varg.⁵⁰ Däremot är direktivet mer restriktivt än den svenska lagstiftningen när det gäller under vilka förutsättningar man kan tillämpa det undantag som åberopas i samband med beslut om licensjakt.⁵¹ Direktivet, men inte jaktförordningen, kräver att jakten ska ske ”i begränsad omfattning” samt avse ”vissa exemplar” och en ”begränsad mängd”.

Här är frågan vilka skyldigheter en medlemsstat har i samband med överföring av direktiv till nationell rätt. Enligt funktionsfördraget är direktiv bindande med avseende på målet medan medlemsstaten får ”bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet”.⁵² Denna regel har preciserats av EU-domstolen i flera avgöranden, som påtalar att direktiv inte nödvändigtvis måste överföras ordagrant. Det kan, ”beroende på dess innehåll, vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram”, men bara ”om det därigenom på ett *effektivt sätt säkerställs* att direktivet tillämpas *fullt ut* på ett tillräckligt *klart och precist* sätt” (kursiverat här).⁵³ Uttalandet innebär att det är den aktuella direktivregelns utformning och funktion som avgör hur noga medlemsstaten måste vara vid implementeringen. När det gäller licensjakt på rovdjur är huvudregeln i direktivet som sagt ett förbud mot att döda strikt skyddade arter. Undantagsregeln innehåller flera rekvisit som ska säkerställa en restriktiv bedömning. Det bör innebära att samtliga dessa rekvisit tydligt ska återspeglas i undantagsregeln i jaktförordningen och följaktligen att denna måste kompletteras.⁵⁴

⁴⁹ HFD den 18 december 2015 i mål 312-15, s. 9.

⁵⁰ Artikel 12 art- och habitatdirektivet. Vargen är strikt skyddad art enligt bilaga 4 i direktivet. Enligt 3 § jaktlagen (1987:259) är allt vilt fredat som utgångspunkt.

⁵¹ Artikel 16.1 e jfr med 23 c § jaktförordningen.

⁵² Artikel 288 3 st., fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁵³ C-6/04, 21.

⁵⁴ Se närmare Michanek G; Strictly Protected European Wolf Meets Swedish Hunter

Behovet av ändring i jaktförordningen är angeläget även mot bakgrund av de faktiska omständigheterna vid den licensjakt som hittills tillåts. Som exempel kan nämnas en licensjakt 2010 då 28 vargar dödades (av tillåtna 27) motsvarande ca 15 % den totala vargstammen.⁵⁵ Uttrycken ”begränsad mängd” och ”begränsad omfattning” ger strängt taget inte något besked om antalet djur som får dödas, men i belysning av motsvarande regel i det närbesläktade Fågeldirektivet bör 15 % av stammen anses vara mer än så. I Fågeldirektivet krävs att jakten ska avse ett ”litet antal”, något som EU-domstolen anser motsvara 1 % av den årliga dödligheten, inkluderat även andra dödsorsaker.⁵⁶ Enligt beräkningar dog 62 vargar år 2010 av olika orsaker, motsvarande ca 30 % av populationen.⁵⁷ Vidare har licensjakterna varit urskiljningslösa när det gäller vilka individer som får skjutas (bortsett från att några revir undantagits helt), något som inte kan vara förenligt med uttrycket ”vissa exemplar”.

Ytterligare en skillnad mellan den svenska jaktlagstiftningen och art- och habitatdirektivet är den särskilt reglerade rätten att döda individer av varg, järv, björn eller lo, i samband med ett angrepp på tamdjur (såsom får och jakthundar) eller när det ett sådant angrepp kan befaras.⁵⁸ Den svenska regeln saknar samtliga rekvisit för undantag som regleras i art- och habitatdirektivet.⁵⁹ Det finns dock inget stöd i direktivet för denna extra möjlighet till jakt när tamdjur angrips eller hotas akut. Direktivets undantagsregler är uttömmande.⁶⁰

with License to Kill, *Pro Natura: Festskrift till Hans Christian Bugge*, (eds. Backer I L, Fauchald O K, Voigt C, Oslo: Universitetsforlaget, 2012, s. 340 ff (nedan Michanek (2012))).

⁵⁵ Motiverat yttrande, 3.59. Vid en licensjakt 2011 dödades 20 vargar, motsvarande ca 10 % av totala populationen, a.a., 3.62.

⁵⁶ C-342/05, *Commission v. Finland*, REG 2007 s. I-04713, 25, som rör tillämpningen av 9 § Fågeldirektivet. Uttrycket ”litet antal” är i detta sammanhang tydligare än ”begränsad mängd”, men det nära förhållandet mellan de två direktiven bör innebära att tillämpningen ska vara likartad.

⁵⁷ Motiverat yttrande, 3.63. Orsaker utöver licensjakt är skyddsjakt, illegal jakt, trafikolyckor och naturlig dödlighet.

⁵⁸ Se närmare om de olika förutsättningarna i 28 § jaktförordningen.

⁵⁹ Närmast artikel 16.1 b).

⁶⁰ Se vidare Michanek (2012), s. 342 ff. I *NJA 2004 s. 786* fälldes en person för grovt jaktbrott efter att ha brutit mot bestämmelsen. HD anser i domskälen att det ”i och för sig kan ifrågasättas om bestämmelsen är förenlig med art- och habitatdirektivet”, närmare bestämt artikel 16.1(b). HD tar inte ställning i frågan eftersom den inte var direkt relevant för avgörandet. 28 § jaktförordningen ändrades med anledning av rättsfallet så att möjligheterna till dödande utvidgades (!).

4. Olika rättsliga möjligheter att skydda arters livsmiljöer

4.1 Områden skyddade efter myndighetsbeslut

Det starkaste skyddet för en livsmiljö kan uppnås om ett visst geografiskt område avsätts efter beslut av myndighet, främst som nationalpark eller naturreservat, och kompletteras med föreskrifter för utnyttjandet av området, skräddarsydda med hänsyn till det specifika skyddsbehovet.⁶¹ Även Natura 2000-områden ("särskilt skyddsområde" respektive "särskilt bevarandeområde") inrättas efter förvaltningsbeslut.⁶² Det krav som då gäller är att tillstånd måste sökas för en verksamhet eller åtgärd som på ett "betydande sätt kan påverka miljön" i området, men det finns inga lagliga förutsättningar i Natura 2000-reglerna för att anta föreskrifter om skötsel.⁶³ För en hållbar förvaltning av området kan det därför även behöva inrättas ett naturreservat för området med kompletterande föreskrifter. Det finns dock en lucka i lagstiftningen när det gäller skyddet för korallrev och andra marina livsmiljöer inom Sveriges ekonomiska zon. Natura 2000-områden får inrättas där och tillståndsprövningen kan då medföra att potentiellt skadliga projekt hindras, exempelvis bottentrållning.⁶⁴ Även utländska fiskefartyg kan under vissa förutsättningar omfattas av den restriktionen.⁶⁵ Däremot är det inte möjligt att besluta om föreskrifter om skötsel av området, eftersom lagstöd saknas för att inrätta ett kompletterande marint naturreservat eller marin nationalpark utanför territorialgränsen.

⁶¹ Även djur- och växtskyddsområden (7:12 MB) hör till denna kategori. Som lagtexten formulerats förefaller föreskrifterna inte kunna styra markanvändning allmänt, utan enbart jakt, fiske m.m. (några ersättningsregler är inte heller kopplade till detta områdeskydd), men med hänsyn till den större räckvidden i artskyddet genom EU-rätten (ovan, avsnitt 3) är rättsläget inte klart i detta avseende.

⁶² Sverige har över 4000 Natura 2000-områden enligt prop. 2013/14:141, s. 16. Vid Sveriges medlemskap i EG saknade naturvårdslagen den kontroll som krävdes enligt art- och habitatdirektivet för Natura 2000-områden. Efter kritik från EU-kommissionen utreddes frågorna av Bertil Bengtsson i promemorian Genomförande av art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet (Ds 2000:29). I huvudsak återspeglas promoriens förslag i dagens reglering.

⁶³ 7:28 a MB.

⁶⁴ 7:28–7:29 a och 7:32 MB.

⁶⁵ Se närmare Christiernsson et al., s. 41 ff.

Även om lagstiftningen alltså, i huvudsak, tillhandahåller mycket effektiva möjligheter att individuellt reglera skydd för geografiskt avgränsade livsmiljöer, blir det inte alltid så i verkligheten. Motstående intressen kan medföra att skyddet inte tillkommer alls eller blir mer eller mindre begränsat. Till detta kommer att markägare ofta har rätt till ersättning och i vissa fall inlösen.⁶⁶ När ekonomiska resurser saknas för att ersätta markägare, eller för att förvalta området, kan behövligt skydd utebli. Jag återkommer till frågan i avsnitt 5.

4.2 Skydd för naturtyper och områden direkt i författning

Vid sidan av de individuellt beslutade områdesskydden har lagstiftaren direkt i författning skyddat vissa naturtyper och geografiska områden. För att genomföra våtmarkskonventionen har våtmarker i vissa län, kommuner och därutöver i vissa angivna våtmarksområden identifierats i en förordning. Det är enligt en huvudregel förbjudet att avvattna dessa.⁶⁷ Detta förhållandevis starka skydd gäller främst våtmarker i södra Sverige,⁶⁸ men det bör ses mot bakgrund av att de flesta våtmarker redan tidigare hade dikats ut i denna landsdel.

Ett liknande instrument är biotopskyddsområde, som infördes i naturvårdslagen 1991. I naturvårdsförordningen specificerades 1993 vissa typiskt sett viktiga, små nyckelbiotoper, som inte fick skadas. På detta sätt skulle biotoperna få ett omedelbart skydd, utan den tidskrävande handläggning som föregår ett förvaltningsbeslut om områdesskydd. Dock var det bara vissa av de listade biotoperna som skyddades direkt genom lagen, nämligen lätt igenkännbara naturtyper, såsom ”stenmurar” och ”åkerholmar” (så kallade A-biotoper), medan skyddet för andra biotoper, exempelvis ”örtrika allundar” och ”ravinskogar”, av rättssäkerhetsskäl förutsatte att varje biotopskyddsområde först utpekades geografiskt av myndighet (så kallade B-biotoper), en procedur som försenade skyddet avsevärt, bl.a. i skogen. En svaghet med biotopskyddet är att det avser

⁶⁶ 31:4 MB.

⁶⁷ 11:14 MB och 4–4 c §§ förordningen (1998:1338) om vattenverksamhet m.m.

⁶⁸ Dispens kan ges vid särskilda skäl; 11:14 2 och 3 st. Prövningen ska vara restriktiv. I prop. 1997/98:45, del 2, s. 136 förutsätts för dispens att ”området som berörs av markavvattning i princip saknar betydelse från naturskyddssynpunkt” eller att åtgärden är så begränsad att naturvärdena inte försämras.

geografiskt mycket små områden. Vidare får A-biotoper lagligen förstöras av nya vägar och järnvägar efter beslut enligt speciallagstiftning.⁶⁹

Fjällnära skog har ett visst skydd i skogsvårdslagen genom att avverkning inte får ske utan tillstånd. Skyddet är i praktiken inte starkt eftersom avverkning regelmässigt ses som pågående markanvändning, med följd att ersättning normalt ska utgå om tillstånd inte meddelas.⁷⁰ Resurserna för att kunna betala ersättning blir då avgörande.

Ett särskilt slags biotopskydd fanns tidigare för livsmiljöer i områden där grus- och bergmaterial kan utvinnas. Tillstånd fick inte ges till en rakt som kunde "befaras försämra livsbetingelserna för någon djur- eller växtart som är hotad, sällsynt eller i övrigt hänsynskrävande". Detta snäva men förhållandevis mycket starka skydd försvagades avsevärt efter en lagändring 2009. Numera gäller förbudet enbart vid prövning av naturgrustäkt; tillstånd får inte ges om "naturgrusförekomsten utgör en värdefull natur- eller kulturmiljö".⁷¹ Visserligen har skyddet vidgats genom att omfatta värdefulla miljöer, men det är samtidigt mycket vagare än tidigare.

I övergången mellan land och vatten finns ofta värdefulla och specifika biotoper, som bl.a. utgör spridnings- och vandringskorridorer för olika arter. Mot den bakgrunden utvidgades strandskyddet 1994 efter en ändring i naturvårdslagen.⁷² Strandskyddet fick två likvärdiga mål: att som tidigare trygga förutsättningarna för allemansrättslig tillgång till strandområden och att "bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet på land och i vatten".⁷³ Utgångspunkten är förbud mot bebyggelse och andra åtgärder, men det finns flera undantag som försvagar strandskyddet, bl.a. det generella undantaget för åtgärder inom areella näringar.⁷⁴ Vidare kan

⁶⁹ 7:11 a MB. Se även 7:11 b MB; sedan 2014 är det enklare att få dispens för åtgärder som syftar till att "utveckla eller bibehålla ett aktivt brukande av jordbruksmark", dock bara om biotopskyddets syften fortfarande kan tillgodoses "med hänsyn till förekomsten av samma typ av biotopskyddsområde eller med hänsyn till naturvärdena hos det biotopskyddsområde som dispensen avser och de naturvärden som biotopskyddsområdet bidrar till i landskapet". Rätt tillämpad borde regeln inte innebära någon betydande försvagning av biotopskyddet.

⁷⁰ 15–19 §§ skogsvårdslagen.

⁷¹ 9:6 f 3 MB.

⁷² Jfr prop. 1993/94:229, s. 9.

⁷³ 7:13 MB. Sambandet mellan friluftsliv och naturskydd är omdiskuterat, se t.ex. Bengtsson B; Friluftsliv, naturskydd, markägarintresse och grannhänsyn enligt miljöbalken, I *Miljörättsliga perspektiv och tankeväндor*, s. 78.

⁷⁴ Se närmare Michanek G och Zetterberg C; *Den svenska miljörätten*, tredje uppl., Iustus, Uppsala 2012, s. 216 ff. (nedan Michanek och Zetterberg).

det i enskilda dispensärenden vara svårt att bedöma om det finns livsmiljöer som kan skadas, eftersom en miljökonsekvensbeskrivning bara krävs ”i den utsträckning som det behövs i det enskilda fallet”,⁷⁵ vilket förutsätter vissa förkunskaper om områdets naturvärden.

Efter en lagändring 2009 beslutas frågor om bl.a. dispens från strandskyddsförbuden av politiker i nämnder vid landets samtliga 290 kommuner,⁷⁶ trots en dokumenterat felaktig kommunal tillämpning av dispensreglerna tidigare (många kommuner beslutade då om dispens efter delegation).⁷⁷ Länsstyrelsen är dock skyldig att överpröva och upphäva felaktiga dispensbeslut, men huruvida denna statliga kontroll kommer att överleva politiskt är inte självklart eftersom den begränsar det omhuldade kommunala självstyret.

Flera av hushållningsbestämmelserna i MB omfattar områden som kan rymma arters livsmiljöer, men vaga formuleringar och undantag gör det rättsliga skyddet svagt eller osäkert. En generell svaghet är också att bestämmelserna inte alls gäller mot ”pågående markanvändning”,⁷⁸ såsom normala avverkningsinom skogsbruket. Hushållningsbestämmelserna kan inte analyseras närmare här,⁷⁹ men några exempel får illustrera bristerna i skyddet för bl.a. livsmiljöer.

Enligt de grundläggande hushållningsbestämmelserna kan bl.a. arters livsmiljöer vara av ”riksintresse” för naturvård och skyddas då normalt mot verksamheter och åtgärder som kan medföra ”påtaglig” skada (som kan vara svårbedömt),⁸⁰ men om samma område bedöms vara av riksintresse även för ett motstridigt ändamål (sådana överlappningar är inte

⁷⁵ 23 § förordningen (1998:1252) om områdesskydd.

⁷⁶ Strandskyddets tillämpning efter lagändringen 2009 har utretts av Strandskyddsdelegationen i SOU 2015:108 (Strandskyddet i praktiken).

⁷⁷ Prop. 2008/09:119, s. 32. Se också Naturvårdsverkets rapport 5185 Kartläggning m.m. av strandskyddsbestämmelserna, april 2002, s. 26. Av 685 granskade dispensbeslut bedömdes endast 32 % vara välgrundade. En stor del bedömdes vara formellt felaktiga eller baserade på bristfälligt underlag.

⁷⁸ 2:6 2 st. MB.

⁷⁹ Se Michanek och Zetterberg, kap. 9.

⁸⁰ 3:6 2 st. MB. Se även 3:3 MB som reglerar områden som är särskilt känsliga från ekologisk synpunkt. Ett område kan dock aldrig vara av ”riksintresse” enligt denna paragraf. Skyddet är därmed svagt eftersom det ekologiska värdet bara skyddas ”så långt möjligt” mot skadliga åtgärder (med andra ord ska en intresseavvägning ske).

ovanliga), exempelvis för placering av vindkraftverk,⁸¹ finns inte något egentligt skydd för livsmiljöerna området.⁸²

De särskilda hushållningsbestämmelsernas skydd för stora geografiskt bestämda områden av visst slag (fjäll, vattendrag, kuster, skogar m.m.) varierar beroende på vilket område och vilken verksamhet det är fråga om, men generellt hindras ingrepp som ”påtagligt skadar områdenas natur- och kulturvärden”.⁸³ Enligt förarbeten och Regeringsrättens praxis ska dock skadan bedömas med utgångspunkt från de *samlade* natur- och kulturvärdena som finns i *hela* det berörda området av riksintresse.⁸⁴ Lokala livsmiljöer kan därför få förstöras utan att skadan bedöms som påtaglig enligt regeln. Det finns också generella undantag i de särskilda hushållningsbestämmelserna, utan att någon avvägning ska ske mot skyddsintresset, för bl.a. ”utvecklingen av lokalt näringsliv”,⁸⁵ ett uttryck som enligt motiven ska ges en vid innebörd.⁸⁶ Om exempelvis vattenkraftsutbyggnad skulle anses som utveckling av lokalt näringsliv i en Norrlandsregion finns inget skydd mot sådan verksamhet i de särskilda hushållningsbestämmelserna ens för våra nationalälvar, med biflöden och livsmiljöer.⁸⁷ Exemplet är medvetet tillspetsat, men tveklöst är undantaget en potentiell fallucka i skyddet för i lag utpekade områden av riksintresse för natur- och kulturmiljöskydd.

5. Avslutande kommentarer

Av de tidigare avsnitten framgår att vi är långt ifrån att nå de politiska målen för bevarande av biologisk mångfald, inte bara globalt och inom EU, utan även i Sverige. Det är mycket sannolikt att den mark- och miljörättsliga regleringen har stor betydelse vid målgenomförandet, men den har hittills inte räckt till. Det finns brister som kan åtgärdas med för-

⁸¹ 3:8 2 st. MB.

⁸² En relativt fri avvägning ska då ske mellan riksintressena, se 3:10 MB.

⁸³ 4:1 1 st. 2 MB. Detta generella skydd, liksom de generella undantagen, se nedan, gäller dock bara de områden som regleras i 4:2–6 MB.

⁸⁴ Prop. 1985/86:3, s. 171 f, RÅ 1993 not 550.

⁸⁵ 4:1 2 st. MB. Se även undantaget för utvecklingen av befintliga tätorter, och för mineralbrytning (just för detta krävs dock ”särskilda skäl”).

⁸⁶ Enligt prop. 1985/86:3, s. 172, ”bör ... anläggningar inom huvudparten av industrins olika grenar kunna tillåtas i flertalet av områdena, under förutsättning att lokaliserings- och utformningsfrågorna behandlas med tillräcklig omsorg”.

⁸⁷ Andra regler i MB kan dock hindra projektet.

fattningsändringar när det gäller exempelvis fridlysning, undantagen för jakt på vissa rovdjur, skötsel av Natura 2000-områden och kontrollen av livsmiljöer inom strandskyddade områden. Hushållningsbestämmelserna i MB bör också bli tydligare och enklare att tillämpa; här krävs förmodligen en del konstruktivt tänkande, eftersom den lagtekniska kvaliteten som helhet inte är bra.⁸⁸

Det finns dock en rättslig fråga som är viktigare än de justeringar som nyss nämndes, nämligen markägares grundlagsskyddade ersättningsrätt som gäller generellt i samband med olika slags naturskyddsrestriktioner. Markägare har rätt till ersättning om pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras.⁸⁹ Detta gäller exempelvis vid bildande av naturreservat, när tillstånd inte kan ges till avverkning av fjällnära skog eller till verksamhet eller åtgärd som påverkar ett Natura 2000-område, liksom vid tillämpning av samrådsregeln.⁹⁰ Ersättningsregeln är även indirekt avgörande för vilken naturskyddshänsyn som kan krävas enligt skogsvårdslagstiftningen. Till saken hör att avverkningsrätt inom skogsbruket och mycket annat inom de areella näringarna ses som "pågående markanvändning" (även normala och naturliga rationaliseringar inom näringarna räknas hit) och att toleranströskeln "avesvärt försvårande" är mycket låg.⁹¹ Dessutom gäller att när en restriktion ger rätt till ersättning, ska denna utgå med 125 % av minskningen i marknadsvärdet.⁹² Det finns inte utrymme här att behandla ersättningsrätten ingående,⁹³ men jag vill ge några principiella synpunkter på denna rätt i förhållande till det misslyckade genomförandet av de svenska målen om biologisk mångfald (jfr ovan avsnitt 2).

⁸⁸ "Enligt lagrådets mening balanserar förslaget på gränsen för vad som i detta hänseende är förenligt med god lagstiftning"; prop. 1985/86:3, s. 21 (lagrådets yttrande). Omdömet fälldes över förslaget till lag (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m. Hushållningsbestämmelserna infördes nästan helt oförändrade i MB och reglerna har inte förtydligats därefter.

⁸⁹ 2:15 2 st. RF. Se även 31:4 MB.

⁹⁰ 12:6 MB.

⁹¹ I motiven uttalas att intrånget inte i något fall får vara mer än "bagatellartat"; Bet. 1986/87:BoU1, s. 150 (skogbruket) och s. 151 (samma principer för jordbruket).

⁹² 4:1 2 st. expropriationslagen.

⁹³ Bertil Bengtssons skrifter om ersättningsregeln i regeringsformen är många och analyserna djuplodande. Här nöjer jag mig med att hänvisa till en aktuell uppsats: Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, *SvJT* 2014 s. 431. Här analyseras bl.a. *NJA* 2014 s. 332, ett rättsfall där grundlagsregeln 2:18 (numera 2:15) RF läggs till grund för skadeståndsansvar för det allmänna i samband med fiskerestriktion.

För att nå målen måste livsmiljöer skyddas i betydligt större utsträckning än idag (se exempelvis utvärderingen av miljömålet "Levande skogar"). Samtidigt saknar stat och kommun ofta tillräckliga resurser för att täcka kostnaderna för intrångsersättning. I praktiken är därför ersättningsrätten för markägare en avgörande fråga för genomförandet av målen för biologisk mångfald, oavsett vilken politisk syn man har på det gällanderättsliga egendomsskyddet. Om det allmänna tillskjuter tillräckliga medel för att täcka kostnaderna är den kostnadsfrågan löst, men om resurser även fortsättningsvis saknas måste man fundera över alternativ.

Ett alternativ kan vara att branscher som typiskt sett påverkar viktiga livsmiljöer (eller andra naturvärden) bör ta ett kollektivt ansvar för livsmiljöerna på så sätt att de enskilda verksamhetsutövarerna betalar avgifter till en fond, exempelvis vid avverkning av skog. Medel från fonden används för att betala ersättning när särskilt viktiga naturmiljöer, såsom gammal skog, måste skyddas och restriktioner medför att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

Ett annat alternativ är att ifrågasätta ersättningsregelns utformning. I princip har en markägare inte bara rättigheter att använda egendomen utan även vissa förpliktelser som måste iakttas utan rätt till ersättning.⁹⁴ Av tradition gäller detta normalt i Sverige när det allmännas restriktioner begränsar markäganderätten av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl.⁹⁵ I en rättspolitisk diskussion bör ifrågasättas om dessa skäl numera är så mycket viktigare än skälet att bevara biologisk mångfald mot olika fysiska ingrepp, att skillnaden ska vara avgörande för om ersättning ska utgå eller inte. Det finns en bred politisk konsensus om den biologiska mångfaldens avgörande betydelse för nuvarande och kommande generationer, inte minst som ett slags "försäkring" för utvecklande av livsmedel och läkemedel och för att motverka översvämnningar vid kommande klimatuppvärmning. Distinktionen mellan olika miljöskäl i grundlagsregeln förefaller föråldrad och den är inte internationellt allmängiltig. I sammanhanget kan nämnas att restriktioner i markanvändningen som följer av beslut enligt Endangered Species Act i USA inte ger rätt till ersättning, även om pågående markanvändning hindras helt inom stora

⁹⁴ Denna sida av äganderätten anges uttryckligen i Artikel 14 (2), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: "Eigentum verpflichtet". Någon motsvarande principiell regel finns inte i den svenska regeringsformen.

⁹⁵ Se 2:15 3 st. RF. I vanlig lag kan bestämmas undantagssituationer där ersättning ska utgå.

arealer; allmänintresset av att skydda hotade arter och deras livsmiljöer är så starkt att intrånget inte ses som en form av "taking" (expropriation och vissa slags rådighetsinskränkningar).⁹⁶ Omvänt ter sig vissa effekter av "miljöfarlig verksamhet" (såsom förfulad landskapsbild) som tämligen harmlösa i jämförelse med artutrotning.⁹⁷ Det finns argument för ett nytt tänkande.⁹⁸

Jag har inga stora förhoppningar om att något av de ovan nämnda alternativen – att tillskjuta mer resurser för naturskydd, att ålägga kollektivet ett ansvar för värdefulla livsmiljöer eller att överväga förändringar av ersättningsprincipen – kommer att ses med någon entusiasm hos statsmakten. Och då återstår bara en fråga till de styrande i föregångslandet: Hur ska förlusten av biologisk mångfald i Sverige stoppas senast 2020?

⁹⁶ Se vidare Michanek G; Principer för ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa stater. Med särskild inriktning på skydd för biologisk mångfald, *Miljörättslig tidskrift* 1996:1, s. 32 ff. Rättsläget i USA när det gäller "taking" och artskydd är detsamma 2016.

⁹⁷ En annan förekommande uppfattning är att verksamhetsutövare m.fl. utan ersättningsrätt bör få tåla miljökrav som syftar till att motverka förorening och liknande störningar, eftersom dessa kan nå omgivningen och utanför fastighetsgränsen. Detta argument är enligt min mening inte övertygande, dels eftersom principen "förorenaren betalar" gäller även när föroreningen stannar inom fastigheten, dels eftersom även fysiska ingrepp i naturen (t.ex. en skogsavverkning), kan inverka negativt på ekosystemet i omgivningen, men då med följd att ersättning i princip utgår till den som träffas av krav på att begränsa eller inte alls vidta åtgärden, se vidare om dessa frågor Michanek G; Markägare med rätt att döda? *Miljörättslig tidskrift* 1995:2, s. 155 ff.

⁹⁸ Maria Forsberg argumenterar i sin doktorsavhandling för möjligheten att utan ersättning kunna föreskriva om tvingande naturhänsyn för att möta vissa "centrala naturvårdsbiologiska behov, såsom att inte avverka i anslutning till vattendrag". Se Forsberg M; *Skogen som livsmiljö. En rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald*, Uppsala universitet, 2012. Denna och andra frågor kring ersättningsprincipen behandlas inom ramen ett forskningsprojekt (se ovan not 1).