

MÖD 2017:7

MÖD 2017:7

Dispens enligt artskyddsförordningen --- En fastighetsägare ansökte om dispens enligt 15 § artskyddsförordningen för att slutavverka 1,5 ha skog inom ett område av sin fastighet där inventering hade visat förekomst av svampen bombmurkla. Arten omfattas av de nationella fridlysningsbestämmelserna i 8 § artskyddsförordningen. Länsstyrelsen och mark- och miljödomstolen avlog ansökan eftersom förutsättningar för dispens inte ansetts föreligga. MÖD upphävde länsstyrelsens beslut att inte ge dispens enligt artskyddsförordningen och återförvisade målet till länsstyrelsen för fortsatt handläggning. Domstolen fann att övervägande skäl talar för att det inte varit lagstiftarens avsikt att fridlysningsbestämmelserna ska ges en sådan tillämpning att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten. En bedömning av proportionaliteten måste därför ske inom ramen för dispensförfarandet. Om en tillämpning av de nationella fridlysningsbestämmelserna skulle innebära att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten ska åtgärden bedömas som tillåten och dispens ges. Frågan om pågående markanvändning avsevärt försvåras ska prövas av länsstyrelsen som första instans.

2 kap. 15 § regeringsformen (1974:152); 8 kap. 2 §, 7 kap. 11 § och 31 kap. 4 § miljöbalken (1998:808); 4 §, 6 §, 8 §, 9 § och 15 § artskyddsförordningen (2007:845); 14 § naturvårdslagen (1964:822); 1 e § artsyddsförordningen (1998:179); NJA 2014 s. 332; MÖD 2016:1

Mark- och miljööverdomstolen

Målnummer: M9914-15

Avdelning: 6

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2015-10-23 i mål nr M 789-15, se bilaga A

KLAGANDE

H S

Ombud: A N

LRF Konsult AB

MOTPART

Länsstyrelsen i Värmlands län

SAKEN

Dispens enligt artskyddsförordningen (2007:845) för avverkning av skog på fastigheten X i Kristinehamns kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Med ändring av mark- och miljödomstolens dom, undanröjer Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Värmlands län beslut den 10 februari 2015, dnr 522-2214-2014, och visar målet åter till länsstyrelsen för fortsatt handläggning.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

H S har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med ändring av mark- och miljödomstolens dom, i första hand ska upphäva Länsstyrelsens i Värmlands län beslut i sin helhet och i andra hand bevilja dispens för avverkning av skog på fastigheten X i Kristinehamns kommun.

Länsstyrelsen i Värmlands län (länsstyrelsen) har motsatt sig att mark- och miljödomstolens dom ändras.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

H S har utöver vad som anförts i mark- och miljödomstolen tillagt i huvudsak följande:

Pågående markanvändning

Det är missvisande att endast tolka ordalydelsen vad avser frågan om 8 § artskyddsförordningen ska kunna hindra pågående markanvändning. Det utgör en enkel tolkning av en komplex fråga. Om ändamålet med 8 § i förordningen skulle stämma överens med länsstyrelsens tolkning hade ersättningsbestämmelser funnits och då hade den bristande proportionaliteten kompenseras av ersättning från det allmänna. Nu saknas ersättningsregler varför proportionaliteten av beslutet måste beaktas.

Förbudet i 8 § är, till skillnad från 4 § i förordningen, inriktad på exemplar av växterna, inte växternas livsmiljöer. Förbudet i 8 § är hämtat från de ursprungliga fridlysningsbestämmelserna som har utgjort ett skydd mot att plocka enskilda individer.

Formuleringen att förbudet ska omfatta just "exemplar" tyder på att man velat undvika direkta skador på exemplar av arten. En avverkning av området skulle med största sannolikhet inte medföra någon direkt skada på exemplaren. Att artens livsmiljö förändras eller skadas faller enligt ordalydelsen utanför paragrafens tillämpning.

Innebörden av skyddet har inte avsett växternas livsmiljöer och har aldrig varit så långtgående att det har inneburit begränsningar av pågående markanvändning.

Lagstiftningen bygger på olika skydds nivåer. Mer omfattande skydd för livsmiljöer skapas med stöd av bestämmelserna om områdesskydd. Lagstiftarens avsikt har aldrig varit att ge myndigheterna möjlighet att välja mellan olika skyddsformer för att skydda växternas livsmiljöer mot pågående markanvändning. En sådan valfrihet skulle innebära en möjlighet att kringgå den lagstadgade och grundlagsskyddade ersättnings- rätten och strida mot Europakonventionen, miljöbalkens systematik och grundläggande rättsprinciper. Det har aldrig varit lagstiftarens avsikt och en så omfattande förändring av lagstiftningen kan inte tolkas in i bestämmelsens ordalydelse då det överhuvudtaget inte varit föremål för diskussion i lagstiftningsärendet. En sådan avvikelse från lagstiftning och grundläggande principer skulle dessutom sannolikt ha kommenterats och ifrågasatts av lagrådet. Beslutet drabbar en mindre lantbruksföretagare som, för att klara av lån och omkostnader i lantbruket, måste kunna avverka skog på sin fastighet. Lönsamheten för enskilda små företagare på landsbygden klarar inte av sådana inskränkningar som det nu är fråga om utan att någon ersättning ges. Rätten till ersättning är en högst central fråga för den enskilde.

Förbudet tar sikte på åtgärder som riktas direkt mot artindividerna och gäller inte markanvändning som medför påverkan på arterna som sker i samband med att en skogsmaskin ska sköta skogen eller när livsmiljön för en

skyddad art försämrats till följd av skogsavverkning. I det fall det finns behov att skydda arternas livsmiljö ska detta ske genom 7 kap. miljöbalken.

Det faktum att den tidigare bestämmelsen i 1 e § artskyddsförordningen (1998:179), inte kom med i den nya förordningen innebär inte att betydelsen av 8 § artskyddsförordningen har förändrats.

Han har ingen avsikt att plocka, gräva, ta bort eller skada exemplar av bombmurkla. Såsom länsstyrelsen får förstås är man orolig för att en avverkning skadar bombmurklornas livsmiljö och inte själva exemplaren. Bestämmelsen i 8 § artskyddsförordningen omfattades inte av Naturvårdsverkets framställan om ändringar i artskyddsförordningen.

Dispensprövning

Bombmurklans bevarandestatus påverkas inte av planerad avverkning. Det finns äldre iakttagelser av fruktkroppar från bombmurklan men med hänsyn till osäkerheten av bombmurklans förekomst är det inte konstaterat att avverkningen berör exemplar i det aktuella området nu. Länsstyrelsens tillämpning får därför ifrågasättas då det inte är klart att exemplar skadas av en avverkning av aktuellt område. Prövningen bör därför ske om 8 § artskyddsförordningen verkligen omfattar även arternas livsmiljö och inte bara exemplaren av växterna.

Det är klarlagt att bombmurklan är beroende av viss störning i marken för att etableras och det är sannolikt med hänsyn till vad man vet om bombmurklans biologi att den överlever eller i vart fall återkommer till lokalen efter avverkningen. Inom aktuellt område har aktivt skogsbruk bedrivits långt tillbaka. Den senaste avverkningen skedde för ca 80 år sedan. Sannolikt hade inte bombmurklan funnits etablerad om inte området hade avverkat. Det är inte heller konstaterat att den helt försvinner från ett avverkat område då exemplar hittats både i ungskogar och på körvägar. Av en registrering av en nyckelbiotop i Töreboda kommun framgår att Skogsstyrelsen har funnit bombmurkla i en 35 år gammal granskog som tidigare slutavverkats. Om försiktighet och hänsyn beaktas medför inte avverkning av den aktuella storleken att bevarandestatusen för arten påverkas negativt. Förekomsten av bombmurkla är så pass omfattande över landet att en eventuell skada på enstaka exemplar inte bör hindra planerad avverkning och även om enstaka exemplar skadas består platsen och marken intakt jämfört med exempelvis bergtäkt som för alltid ändrar förhållandena. Exemplar av svampen har också konstaterats i närområdet vilket borde öka chanserna till återkolonisering. I närområdet är arten också skyddad både norr och söder om aktuellt område, i norr genom ett drygt 90 ha stort naturreservat (Klämmeshöjden), vilket får anses utgöra tillräckligt skydd för artens bevarandestatus.

Frågorna om hänsynstagande ska hanteras inom ramen för en anmälan/tillståndsansökan som ska lämnas in enligt skogsvårdslagen. Om myndigheten finner att det finns ett behov av att skydda delar av skogen utöver den nivå som följer av skogsvårdslagens hänsyn får länsstyrelsen möjlighet att skydda området enligt 7 kap. miljöbalken. Då kan intresset att skydda arter tillvaratas på ett relevant sätt samtidigt som markägarens intresse av att bedriva sitt skogsbruk tillvaratas inom ramen för vad som kan anses proportionerligt.

Avsevärt försvårande av pågående markanvändning

Det är tydligt att pågående markanvändning på aktuell del av fastigheten avsevärt försvåras. Att bruka aktuellt område genom en slutavverkning är det enda ekonomiskt försvarbara alternativet. Att genomföra uttag av enstaka stammar i området genom plockhuggning medför inte tillnärmesevis samma avkastning som en traditionell avkastning och blir både avsevärt försvårande och fördyrande. Även om aktuellt ärende endast prövar avverkningen i ett visst område bör även följden av att omgivningen och eventuellt andra delar kan komma att drabbas av ett likadant förbud poängteras. Det kan således bli fråga om ackumulerade intrång. Vid en proportionalitetsbedömning kan det inte anses vara rimligt att den enskilde markägaren ensam ska bära kostnaden för det allmännas eventuella vinst att få beståndet skyddat från avverkning.

Länsstyrelsen har utöver vad som tidigare anförts i huvudsak tillagt följande.

Fridlysning är ett komplement till områdesskyddet. Det framgår klart av ordalydelsen i 8 § i förordningen att bombmurklan omfattas av förbudet att bl.a. skada exemplar eller delar av svampen. H S:s dispensansökan avser slutavverkning av skog med efterföljande markberedning och plantsättning inom ett område där bombmurklor finns. Utifrån nu gällande kunskapsläge är det helt klart att den planerade åtgärden kommer att leda till att exemplar eller delar av bombmurklor skadas. Den aktuella åtgärden kräver därför dispens.

Omfattas planerade åtgärder av förbudet?

Skadebegreppet i 8 § omfattar både direkta och indirekta skador på bombmurklor. Förbudet gäller oavsett om en handling sker avsiktligt eller inte och är tillämplig även om en planerad handling sker utan direkt avsikt att skada exemplar av svampen men där effekten trots allt skadar den. Bombmurklans livsmiljö blir därigenom indirekt skyddad mot förstörelse. Den samlade vetenskapen talar entydigt för att traditionell skogsavverkning medför skada på exemplar av bombmurkla. Av ArtDatabankens faktablad framgår t.ex. att svampen inte tycks överleva en slutavverkning och normalt inte återkommer i den nyanlagda och uppväxande skogen. I Naturvårdsverkets åtgärdsprogram anges också att den mest påfallande orsaken till att bombmurklan blivit alltmer sällsynt är införandet av kalhyggesskogsbruket och att aktuella hot främst är skogsavverkning. Den störning som gynnar etableringen av bombmurkla och många andra marklevande svampar är betydligt mildare än den störning som uppkommer vid körning med skogsmaskiner. Länsstyrelsens uppfattning är att avverkning medför skada på exemplar av bombmurkla, dels genom körskador i samband med trädfällning, dels genom att svampens livsmiljö förstörs då träden fälls. En traditionell slutavverkning, som ansökan avser, kan därmed aldrig anses gynnsam för arten.

Det finns brister i kunskapen om bombmurklan. Det är t.ex. osäkert om svampen är mykhorrizbildare eller en saprofyt och även om det är helt klarlagt att svampen är beroende av granar har man idag inte kunskap om exakt vilka biologiska mekanismer som styr detta. Sambandet mellan träden och bombmurklan är emellertid klarlagt och att bombmurklan dör om dess livsmiljö förstörs genom en avverkning.

Länsstyrelsen har utfört inventeringar 2009 och 2012 som visar att bombmurklan förekommit på platsen. Inventeringen 2012 visade att det vid tillfället fanns 150 fruktkroppar inom berört område. Länsstyrelsen har vid inventering den 5 maj 2016, trots att bästa tiden för inventering av bombmurkla passerats, funnit 33 fruktkroppar av bombmurkla inom det aktuella skogsbeståndet. Fynden är registrerade i Artportalen.

Inventeringen visar att bombmurklans utbredning i området har minskat från 2012 till 2016. Den troligaste förklaringen är att inventeringen 2016 genomfördes för sent för att samtliga fruktkroppar skulle kunna hittas. En annan rimlig förklaring är att den avverkning som genomfördes i direkt anslutning till aktuellt bestånd, där det vid inventeringen 2016 inte har gjorts några fynd, har påverkat förekomsten av bombmurkla i området. Bombmurklan lever i regel i slutna bestånd med tjocka barmattor och utan gräns eller annan högre vegetation. Ett intelligande hygge kan medföra att den typen av vegetation får fäste och därmed konkurrera med bombmurklan. Det är rimligt att anta att båda förklaringarna bidragit till att utbredningsområdet inom aktuellt bestånd synes ha minskat. Att det inte med säkerhet går att fastställa exakt var inom området som det finns exemplar av svampen är mindre intressant eftersom en avverkning av skogsbeståndet i området kommer att skada exemplar av bombmurkla. Det faktum att arten har en ogynnsam bevarandestatus i landet, att den har en minskande trend och att den är rödlistad, både i Sverige och i samtliga andra europeiska länder där arten är påträffad motsäger påståendet att bombmurklan kan återkomma i skogsbeståndet efter en avverkning. Enligt informationen på ArtDatabankens hemsida ligger det område som nu är aktuellt för avverkning i utkanten av bombmurklans utbredningsområde västerut i landet. En avverkning får därför anses leda till att artens utbredningsområde minskar både lokalt och nationellt.

Pågående markanvändning

Förbudet i artskyddsförordningen är generellt och gäller utan undantag. Länsstyrelsens beslut innebär inte att H S har förbjudits avverka sin skog. H S har ansökt om dispens från artskyddsförordningen och länsstyrelsen är skyldig att pröva ansökan i enlighet med bestämmelserna i artskyddsförordningen. Miljöbalkens ändamålsstadga och de

allmänna hänsynsreglerna bör återverka på tolkningen av artskyddsförordningens bestämmelser. Av 1 kap. 1 § andra stycket miljöbalken framgår också bl.a. att miljöbalken ska tillämpas så att den biologiska mångfalden bevaras. Ändamålet med 8 § artskyddsförordningen kan sägas vara att skydda skyddsvärda arter. Traditionell avverkning utgör främsta hotet mot bombmurkla. Det finns således utifrån ändamålsöverväganden starka skäl att tillämpa förbudet att skada bombmurklor i fall som avser skogsavverkning. Systematiskt bör det också, i avsaknad av uttryckliga särregleringar, råda koherens mellan hur olika bestämmelser i artskyddsförordningen tolkas och tillämpas. Det bör inte komma ifråga att tolka och tillämpa bestämmelserna i förordningen olika beroende på om de vilar på EU-rättslig grund eller inte. Inte minst intresset av förutsebarhet och rättssäkerhet talar för detta. Naturvårdsverket har i en framställan den 17 juni 2010 till regeringen om förslag till ändringar i artskyddsförordningen, vilket även omfattade 8 §, anfört bl.a. att enligt EU-domstolens praxis gäller skyddet av arter listade i habitatdirektivet också pågående markanvändning och att några möjligheter till generella undantag som innebär att områden ska kunna användas på ett ändamålsenligt sätt inte finns enligt direktivet.

Förbudet gäller oaktat att det saknas ersättningsrätt när det gäller eventuella inskränkningar i pågående markanvändning kopplad till förbudet i 8 § artskyddsförordningen. I händelse av att förbud införs som avsevärt försvårade pågående markanvändning är markägaren hänvisad till att föra talan om ersättning mot staten i domstol. Begränsningarna i möjligheterna att meddela förbud som inskränker pågående markanvändning i form av avverkning av skog togs bort långt innan artskyddsförordningen trädde i kraft och gällde oaktat att ersättningsrätt inte förelåg.

Även enligt 1998 års artskyddsförordning fanns möjlighet att besluta om föreskrifter som hindrade att mark utnyttjades på ett ändamålsenligt sätt utan att det fanns någon rätt till ersättning.

När omfattningen av förbudet enligt ordalydelsen klart kan medföra hinder i pågående markanvändning är det rimligt att författningstexten ändras om annan ordning är önskvärd. Att genom rättspraxis skapa en ordning som saknar all förankring i lagtexten bör inte ske i fall som det förevarande. Det är också regeringen som har förhållit sig passiv trots påtalat behov av ändring/översyn av regleringen.

Dispensprövningen

Förutom att det handlar om dispens från en förbudslagstiftning är skyddet av skyddsvärda arter ett starkt intresse. Det framgår inte minst av de stränga krav som föreskrivits för att dispens ska få meddelas. Mot bakgrund av befintlig kunskap om bombmurklan och dess förekomst inom aktuellt område samt försiktighetsprincipen, är det varken möjligt att avverka hela eller delar av skogsbeståndet inom det i målet aktuella området utan att dispens meddelas. En traditionell slutavverkning leder oundvikligen till att livsmiljön för bombmurklorna förstörs och skulle försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd. H S har inte visat att det föreligger förutsättningar att meddela dispens från förbudet i 8 § artskyddsförordningen.

Naturvårdsverkets tolkning att förbudet i 8 § är tillämpligt på åtgärder som har samband med pågående markanvändning om sådan verksamhet innebär en risk för påverkan på en fridlyst arts bevarandestatus, medför en begränsning av förbudets räckvidd vid pågående markanvändning som inte har stöd i författningstexten. En sådan konstruktion avviker från gängse tolkningsmetoder och innebär att vissa verksamheter genom ett reduktionslut undantas från bestämmelsens tillämpningsområde. Det normala vid reduktionslut är att en bestämmelses ändamål befordras om ett sådant företas. Att tillåta vissa pågående verksamheter som skadar skyddade arter utan krav på föreskriven dispensprövning innebär en försämring av skyddet för de skyddade arterna. I många fall, som i det förevarande, är det i första hand verksamheter som innebär pågående markanvändning som innebär hot mot skyddade arter. Länsstyrelsen förordar en tolkning som innebär att förbudet blir tillämpligt om en verksamhet riskerar att medföra att en skyddad art skadas och att det efter ansökan om dispens får prövas om undantag från förbudet för den planerade verksamheten kan medges. En sådan ordning är mer förutsebar, leder till en mindre komplicerad rättstillämpning, harmoniserar systematiskt bättre med hur bestämmelserna i 8 och 15 §§ är utformade och bidrar till ett bättre artskydd.

Avsevärt försvårande av pågående markanvändning

H S har fått fastigheten som gåva. Avverkningen avser en begränsad yta om ca 1,5 ha som är förhållandevis liten jämfört med fastighetens totala yta. H S har inte gett in någon fullständig redovisning av sin ekonomi och han har uppenbarligen även vissa tillgångar. H S kan inte anses ha visat att han drabbats oproportionerligt hårt av förbudet i 8 § artskyddsförordningen.

YTTRANDEN FRÅN REMISSMYNDIGHETER

Mark- och miljööverdomstolen har inhämtat yttranden från Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen som framfört i huvudsak följande.

Naturvårdsverket

Naturvårdsverket tar inte ställning till ersättningsfrågan men anser att 2 kap. 15 § regeringsformen inte utgör något hinder för tillämpning av förbuden i artskydds- förordningen i samband med åtgärder inom ramen för pågående markanvändning. Paragrafens tredje stycke öppnar upp för rådighetsinskränkningar som motiveras av miljöskäl även i fall då uttrycklig rätt till ersättning saknas. Naturvårdsverkets sammantagna bedömning är att förbuden i 6, 8 och 9 §§ artskyddsförordningen är tillämpliga på åtgärder som har samband med pågående markanvändning, om sådan verksamhet innebär en risk för påverkan på en fridlyst arts bevarandestatus.

Naturvårdsverket anser att denna tolkning är i linje med senare tids praxis från Mark- och miljööverdomstolen, samt en naturlig konsekvens av att det saknas ett undantag för pågående markanvändning i artskyddsförordningen. Verket anser att den planerade avverkningen träffas av förbuden och att förutsättningarna för dispens inte är uppfyllda.

Naturvårdsverkets ställningstagande i handboken avseende pågående markanvändning baserades i stort på de nationella fridlysningsbestämmelsernas bakgrund och historik. Redan i samband med att handboken (2009:2) togs fram noterades att fridlysnings- bestämmelsernas tillämpning inom de areella näringarna var otydlig varför verket i en framställan till regeringen 2010 föreslog förändringar i artskyddsförordningen bl.a. att det uttryckliga undantaget för pågående markanvändning borde återinföras i 6, 8 och 9 §§ i förordningen om det var lagstiftarens mening att bestämmelserna inte skulle utgöra hinder för en ändamålsenlig användning av marken inom jord- och skogsbruk. Någon ändring av bestämmelserna har inte skett. Naturvårdsverket arbetar tillsammans med Skogsstyrelsen med att utveckla gemensamma riktlinjer för hanteringen av fridlysta arter i samband med skogsbruksåtgärder. På grund av det oklara rättsläget omfattas inte de nationellt fridlysta arterna enligt 6, 8 och 9 §§ av förslaget. Av de remissvar som kommit in i samband med detta arbete framgår att det råder stor osäkerhet hos berörda myndigheter när det gäller hanteringen av fridlysta arter i samband med åtgärder inom de areella näringarna. Sedan 2010 har en omfattande praxisutveckling ägt rum när det gäller tillämpningen av artskyddsförordningen och Naturvårdsverket ser anledning att ompröva det ställningstagande som redovisades i handboken och en revidering är planerad under det kommande året.

Tillämpningen av 6, 8 och 9 §§ artskyddsförordningen avseende pågående markanvändning

Bombmurklan omfattas av den nationella fridlysningsbestämmelsen i 8 § förordningen. Med begreppen ta bort, skada eller ta delar av avses bl.a. blomplockning, brytande av kvistar och borttagande av hela plantor. Innan den nuvarande artskyddsförordningen trädde i kraft den 1 januari 2008 fanns en bestämmelse i den tidigare artskyddsförordningen som angav att fridlysningar inte fick hindra att marken utnyttjades på ett ändamålsenligt sätt, om inte annat föreskrevs när förbudet meddelades.

Samma innehåll i sak fanns tidigare i 14 § andra stycket naturvårdsförordningen (1976:484). Det fanns därmed en stadgad process för att, vid fridlysning av nationellt skyddade arter, inskränka pågående markanvändning.

Huvudregeln var dock att så inte skulle ske. Ordalydelsen i 8 § artskyddsförordningen innehåller numera inte någon begränsning av förbudets tillämpning i förhållande till pågående markanvändning.

Bakgrunden till miljöbalkens särskilda bestämmelser om skydd för vilda växtarter är att skydda arter som hotas av insamling eller är sällsynta eller hotade. Enligt förarbetena till 8 kap. miljöbalken kan fridlysning behöva ske som ett komplement till områdesskyddet.

Det övergripande syftet med fridlysningsbestämmelserna i artskyddsförordningen är enligt Mark- och miljööverdomstolens tolkning att säkerställa de fridlysta arternas gynnsamma bevarandestatus. Mot bakgrund av detta syfte har Mark- och miljööverdomstolen tolkat ordalydelsen i 8 § som att frågan om artskyddsdispens aktualiseras inte bara i samband med plockning och insamling utan även när växter tas bort eller skadas till följd av exploateringsföretag. När det gäller verksamheter där syftet uppenbart är ett annat än att ta bort eller skada fridlysta växter har dock Mark- och miljööverdomstolen gjort bedömningen att det krävs en risk för den fridlysta artens bevarandestatus i området för att utlösa förbudet i 8 §. Naturvårdsverket anser mot bakgrund av bestämmelsens syfte att detta är en rimlig utgångspunkt. Om en prövningsmyndighet finner att det står i strid med förbudet på denna grund saknas förutsättningar att meddela dispens enligt 15 § i förordningen och då är det inte relevant att pröva frågan om andra lämpliga lösningar. Mark- och miljööverdomstolen har i flera avgöranden slagit fast att artskyddsförordningen är att betrakta som en precisering av vad som följer av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken när det gäller skydd av arter. En konsekvens av detta är att en prövningsmyndighet, med tillämpning av relevanta fridlysningsbestämmelser, har att bedöma hur fridlysta arter påverkas av en planerad verksamhet. Naturvårdsverket konstaterar att de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken är generella bestämmelser, vilket innebär att det i detta sammanhang inte finns skäl att tillämpa andra principer för hantering av artskyddsfrågorna i samband med skogsbruksåtgärder än för exploateringsföretag som innebär ändrad markanvändning.

Innebär 8 § artskyddsförordningen ett hinder för planerad avverkning?

I enlighet med Mark- och miljööverdomstolens praxis ska en bedömning av åtgärdens påverkan på bombmurklans bevarandestatus göras. Med bevarandestatus av en art avses summan av de faktorer som påverkar den berörda arten och som på lång sikt kan påverka den naturliga utbredningen och mängden hos dess populationer.

Bombmurklan är upptagen på rödlistan (2015) och är klassad som sårbar (VU), vilket innebär att den bedöms löpa hög risk att dö ut i vilt tillstånd. Den främsta orsaken till att arten gått tillbaka är kalhyggeskogsbruk, där en slutavverkning normalt sett innebär att arten försvinner från en lokal. Det finns visserligen fall där arten påträffas i unga och triviala granskogsbestånd, men dessa förekomster ligger då som regel i nära anslutning till äldre skog där det förekommer bombmurkla och har sannolikt begränsade utsikter att långsiktigt överleva. Arten gynnas visserligen i många fall av en viss grad av störning och utglesning av trädskiktet exempelvis genom skogsarbete eller försiktig gallring. Enligt verkets uppfattning får det dock anses klarlagt att en traditionell slutavverkning i ett område med förekomst av bombmurkla innebär en stor risk för att en lokal population slås ut och försvagas. Artens förhållandevis snäva ekologiska nisch med spridda förekomster gör bevarandestatusen känslig för lokala utdöenden, särskilt om dessa beror på habitatförlust. Bombmurklans förekomst inom det område som berörs av den planerade avverkningen är inte helt klarlagt. Detta är naturligt då antalet synliga fruktkroppar av arten varierar kraftigt mellan olika år.

Under sådana förutsättningar bör enligt verkets uppfattning en bedömning av påverkan på arten baseras på bästa tillgängliga kunskap samt på försiktighetsprincipen i 2 kap. 3 § miljöbalken.

Sju av åtta växtplatser som registrerats för arten i det berörda området berörs, enligt vad länsstyrelsen uppgivit i sitt beslut, av den planerade avverkningen. Mot bakgrund av detta bedömer Naturvårdsverket att det finns en påtaglig risk att en traditionell förnyingsavverkning i enlighet med ansökan skulle medföra att den lokala populationen av bombmurklar slås ut. Mot bakgrund av den begränsade populations- storleken och den fortgående förlusten av lokaler kan arten enligt verkets bedömning inte anses ha gynnsam bevarandestatus på nationell nivå.

Bombmurklans förekomster i Värmland ligger dessutom i utkanten av artens svenska utbredningsområde, vilket sannolikt gör den regionala bevarandestatusen extra känslig för förluster eller försvagningar av lokala populationer. Detta innebär att bedömningen av verksamheter och åtgärder som kan påverka lokala populationer av bombmurkla i landet i allmänhet och Värmland i synnerhet bör vara mycket restriktiv. Naturvårdsverkets sammantagna bedömning är därför att den aktuella avverkningen innebär risk för påverkan på bombmurklans bevarandestatus och att åtgärden därmed inte är förenlig med fridlysningsbestämmelserna i 8 § artskyddsförordningen och eftersom avverkning riskerar att försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus för bombmurklan, kan förutsättningarna för att meddela dispens enligt 15 § i förordningen inte vara uppfyllda. Det föreligger därför hinder mot att tillåta avverkningen.

Skogsstyrelsen

Länsstyrelsen är prövningsmyndighet för dispenser enligt artskyddsförordningen och tillsynsmyndighet för artskyddsfrågor enligt 8 kap. miljöbalken och Naturvårdsverket är tillsynsvägledningsmyndighet för dessa områden. Skogsstyrelsen arbetar dock med artskyddsfrågor som vägledande och operativ tillsynsmyndighet för skogsbruksåtgärder som avses i 12 kap. 6 § miljöbalken och som tillsynsmyndighet över skogsvårdslagstiftningen. Många av de bedömningar som är aktuella i dispensfrågan är därför också aktuella i de ärenden som Skogsstyrelsen hanterar. Skogsstyrelsen har tillsammans med Naturvårdsverket och länsstyrelser tagit fram riktlinjer för hantering av arter fridlysta enligt 4 och 7 §§ artskyddsförordningen. Det är ett stort och viktigt steg i artskyddsarbetet. Vad gäller de fridlysta arterna i 6, 8 och 9 §§ artskyddsförordningen har Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket avvaktat dom i detta mål för att få ledning hur 6, 8 och 9 §§ ska hanteras innan de inkluderas i riktlinjerna.

Pågående markanvändning

Skogsstyrelsen kan konstatera att enligt ordalydelsen i 8 § artskyddsförordningen gäller förbudet generellt och utan undantag för areella näringar eller pågående markanvändning. Skogsstyrelsen ser inte att tidigare bestämmelser i naturvårdslagen och motiv till denna påverkar detta faktum. Av EU-domstolens praxis följer att fridlysningsbestämmelserna, som omfattar de arter som förtecknats med N och n på bilaga 1 till artskyddsförordningen (4 och 7 §§ artskyddsförordningen), är tillämpliga på skogsbruk och kan innebära en begränsning av pågående markanvändning.

Historiskt sett har det funnits en skillnad mellan skyddet för arter upptagna i bilaga 1 och bilaga 2 när det gäller om begränsning mot pågående markanvändning är tillåten. Arterna i bilaga 1 har getts en särställning genom EU-domstolens praxis, medan arterna i bilaga 2 genom äldre rätt har getts en svagare ställning. Det är oklart varför en sådan skillnad skulle vara motiverad. Mark- och miljööverdomstolen har i ett flertal domar fastställt att artskyddsreglerna är en precisering av de allmänna hänsynsreglerna (se bl.a. MÖD 2013:13) och av miljöbalkens förarbeten framgår att miljöbalkens allmänna hänsynsregler är tillämpliga på skogsmark och skogsbruk. I detta sammanhang kan även konstateras att miljöbalken och skogsvårdslagens gäller parallellt och att skogsvårdslagstiftningen inte får strida mot artskyddsbestämmelserna. Skogsstyrelsen gör bedömningen att 8 § artskyddsförordningen gäller generellt och utan undantag för pågående markanvändning.

Proportionalitet och ersättningsregler

Proportionalitetsprincipen finns både i EU-rätten och miljöbalken. Generellt innebär principen att de åtgärder som vidtas inte får vara mer ingripande än att syftet med regleringen uppnås. Mark- och miljööverdomstolen har konstaterat att ett syfte med fridlysningsbestämmelsen får anses vara att säkerställa de fridlysta arternas gynnsamma bevarandestatus (dom den 25 januari 2016 i mål nr M 11317-14).

Domstolen konstaterar i detta sammanhang också att artskyddsdispens från 8 § artskyddsförordningen aktualiseras även i de fall som växter skadas som en följd av ett exploateringsföretag. Domstolen anser dock att det liksom vid tillämpning av 4 § i förordningen krävs en risk för påverkan på den skyddade artens bevarandestatus

i området för att utlösa förbuden i 8 § artskyddsförordningen. Med hänsyn till ovanstående är Skogsstyrelsens bedömning att de åtgärder som behövs för att säkerställa de fridlysta arternas gynnsamma bevarandestatus också får anses vara proportionerliga oavsett om det finns en rätt till ersättning eller inte. Skogsstyrelsen gör vidare bedömningen att 8 § artskyddsförordningen omfattar skador på växter som är en följd av en skogsbruksåtgärd om det finns en risk för en negativ påverkan på den skyddade artens bevarandestatus i området.

Områdesskydd och artskydd

Bland annat länsstyrelsen och Skogsstyrelsen får besluta om skydd för områden som av någon anledning är särskilt värdefulla. I detta arbete ingår naturligt också en del artskydd. Eftersom myndigheternas resurser är begränsade finns en nationell strategi för formellt skydd av skog. Strategin anger, utifrån vissa kriterier, vilken typ av områden som ska skyddas först. Artskyddsreglerna i 8 kap. miljöbalken och artskyddsförordningen skiljer sig från detta arbete genom att det är en tvingande förbudslagstiftning. Om ett område är prioriterat för områdesskydd fattar myndigheten beslut om sådant skydd, men om området inte är prioriterat kan en åtgärd ändå vara förbjuden enligt artskyddsbestämmelserna. Detta är ingen godtycklig hantering från myndighetens sida.

Om bombmurklans biologi

H S påstår att det är "ostridigt att bombmurklan är beroende av viss störning i marken för att etableras" och att bombmurklan "gynnas på liknande sätt av ett pågående skogsbruk som medför störningar i marken m.m.". Vidare påstår han att "Sannolikt hade inte bombmurklan funnits etablerad om inte området avverkats". Dessa påståenden stämmer inte. Flera lokaler för bombmurkla i Svealand och norra Götaland utgör tidigare kulturpräglade skogsmarker ("bondeskog") med extensivt brukade skogar. Dessa har en historia av kreatursbete kombinerat med plockhuggning. Denna markanvändning har gett upphov till strukturellt luckiga, flerskiktade skogar med inslag av allt ifrån mycket gamla granar, till granar i yngre åldersstadier. En sådan skogsstruktur har varit gynnsam för bombmurklan och bidragit till långvarig och obruten grankontinuitet. Det finns inga vetenskapliga belägg för att en markstörning i sig på något sätt gynnar bombmurkla annat än att luckiga och olikåldriga skogar har varit gynnsamt. Bara för att flera växtlokaler har en historia som tidigare skogsbetesmark, kan man inte dra den slutsatsen om störningar i marken som H S gör. Bombmurklan förekommer endast inom granens naturliga utbredningsområde i naturligt förekommande granskog, och bara i områden där gran har funnits under mycket lång tid. I ett område med sådana mycket gamla förekomster kan arten under optimala förhållanden (som sällan inträffar), sprida sig från en växtplats till det direkta närområdet. I sådana undantagsfall kan arten dyka upp i yngre skogsbestånd.

Bombmurklan förekommer inte på kalhuggna skogsmarker. Den är knuten till kalkrika sandmarker med gamla förekomster av gran, en miljö som idag är mycket sällsynt förekommande i landskapet. I skogsbrukssammanhang brukar gran betraktas som "fel trädslag" på sådan mark, då tall från virkesproduktionssynpunkt är att föredra på sandig mark. Detta har ytterligare bidragit under senare tid till att decimera lämpliga växtplatser för bombmurklan.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Utgångspunkter för prövningen

H S har ansökt om dispens enligt 15 § artskyddsförordningen för att slutavverka 1,5 ha skog inom ett område av sin fastighet där inventering har visat förekomst av svampen bombmurkla (*Sarcosoma globosum*). Arten omfattas av de nationella fridlysningsbestämmelserna i 8 § artskyddsförordningen. Enligt den bestämmelsen är det förbjudet att bl.a. ta bort eller skada exemplar av bombmurkla. Arten är även upptagen på Rödlistan (2015).

Förbudet i 8 § artskyddsförordningen har meddelats med stöd av bemyndigande i 8 kap. 2 § miljöbalken. Enligt den bestämmelsen får regeringen meddela föreskrifter om bl.a. förbud att skada vilt levande växter. Förbudet har enligt sin ordalydelse ingen begränsning i tillämpningen avseende pågående markanvändning. Mark- och miljööverdomstolen har i praxis klargjort att frågan om artskyddsdispens aktualiseras även när växter som omfattas av 8 § förordningen tas bort eller skadas som en indirekt följd av ett exploateringsföretag (MÖD 2016:1).

När det är fråga om verksamheter där syftet uppenbart är ett annat än att ta bort eller skada fridlysta växter krävs dock en risk för påverkan på den skyddade artens bevarandestatus i området för att utlösa förbudet i 8 § artskyddsförordningen. Förbudet inträder alltså inte vid varje borttagande eller skadande av en individ utan först när artens bevarandestatus påverkas. Det finns inte skäl att göra en annan bedömning i detta fall som avser pågående markanvändning än den som gjordes i nämnda rättsfall. Det är i båda fallen fråga om skada som är en indirekt följd av verksamheten. I nu aktuellt fall aktualiseras således förbudet i [8 § artskyddsförordningen](#) först om den tänkta skogsbruksåtgärden kan leda till att bombmurklans gynnsamma bevarandestatus påverkas.

Av åtgärdsprogrammet för bombmurkla, som fastställts av Naturvårdsverket, framgår att hotbilden mot bombmurklan och dess skogsmiljö är välkänd och dokumenterad.

Idag klassas den som sårbar och hotas framförallt av konventionellt trakthyggesskogsbruk; arten försvinner vid slutavverkning. Den har försvunnit på många håll i Europa. Sverige har ojämförligt flest växtplatser kvar, vilket medför att vårt land har ett internationellt ansvar för artens bevarande. Den har också en negativ trend i landet. I samband med inventeringsinsatser upptäcks fortfarande ibland nya växtplatser men det försvinner även områden till följd av avverkning. Arten överlever inte en slutavverkning och återkommer normalt inte i den nyanlagda och uppväxande skogen.

Utredningen i målet visar att den aktuella slutavverkningen av skogen skulle komma att påverka bombmurklans gynnsamma bevarandestatus. Det allmänna intresset av att åtgärden inte kommer till stånd är starkt särskilt mot bakgrund av att arten försvunnit på många håll i Europa och att arten även har en negativ trend i landet. Eftersom den gynnsamma bevarandestatusen kommer att påverkas av en avverkning aktualiseras förbudet i [8 § artskyddsförordningen](#). Någon uttrycklig dispensgrund i denna situation finns inte heller i artskyddsförordningen.

Rådighetsinskränkningar av miljöskäl

H S har anfört att tillämpningen av förbudet skulle innebära att den pågående markanvändningen avsevärt skulle försvåras och att det inte är förenligt med proportionalitetsprincipen att begränsa pågående markanvändning med stöd av [8 § artskyddsförordningen](#) utan att ersättning utgår. Han har även anfört att mer omfattande skydd för livsmiljöer bör skapas med områdesskydd.

Utgångspunkten i lagstiftningen är att markägaren har rådighet över sin fastighet. Av [2 kap. 15 §](#) regeringsformen framgår att den enskildes egendom inte är ovillkorligt skyddad utan inskränkningar kan göras för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Ett sådant allmänt intresse är miljöskydd. Även Europakonventionen för mänskliga rättigheter ger utrymme för rådighetsinskränkningar av miljöskäl. Vid 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. Staten ges vid tillämpningen av denna princip en förhållandevis vid egen bedömningsmarginal ([prop. 2009/10:80 s. 165](#)).

En fastighetsägare får alltså tåla vissa inskränkningar av rådigheten över sin fastighet för att tillgodose allmänna intressen. När det allmännas intresse kolliderar med ett enskilt intresse måste en proportionalitetsavvägning göras.

Av miljöbalkens portalparagraf framgår att balkens syfte är att främja en hållbar utveckling, vilket bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människors rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl. Balken ska tillämpas så att den biologiska mångfalden bevaras. Naturen tillerkänns ett självständigt skyddsvärde ([prop. 1997/98:45](#), del 2, s. 7-9).

I [8 kap.](#) miljöbalken och i artskyddsförordningen finns bestämmelser som närmare preciserar artskyddet. Syftet med fridlysningsbestämmelserna är att skydda vilda djur- och växtarter från att försvinna eller utsättas för plundring (a.a. s. 104).

Skydd för en djur- eller växtart kan uppnås både genom fridlysning av hela eller delar av landet eller genom att t.ex. naturreservat inrättas för skydd av arter i ett område. Till skillnad mot vad som gäller vid inrättande av naturreservat finns det inga ersättnings- bestämmelser kopplade till artskyddet i [8 kap.](#) miljöbalken. Historiskt sett har nationella bestämmelser till skydd för växter i stället varit utformade så att det satts en gräns för hur långtgående restriktioner som det allmänna får lägga på en fastighet. I den ursprungliga naturvårdslagen (1964:822) angavs att förbud mot att ta bort eller skada en växt inte fick hindra avverkning av skog eller markens ändamålsenliga nyttjande. Lydelsen ändrades från och med den 1 januari 1975 och skrivningen om att förbud inte fick hindra avverkning av skog eller markens ändamålsenliga nyttjande togs bort. Enligt förarbetena borde dock föreskrifter som kunde meddelas med stöd av 14 § naturvårdslagen inte få medföra att pågående markanvändning avsevärt försvårades ([prop. 1974:166 s. 118](#)). Enligt 14 § naturvårdsförordningen (1976:484) fick Naturvårdsverket meddela föreskrifter om förbud enligt 14 § naturvårdslagen. Ett sådant förbud fick inte utgöra hinder mot att marken nyttjades på ett ändamålsenligt sätt, om ej annat föreskrevs vid dess meddelande. Om ett förbud kunde medföra hinder mot att marken nyttjades på ett ändamålsenligt sätt, skulle ägare och innehavare av särskild rätt till marken ges möjlighet att erinra mot åtgärden. I vissa fall kunde alltså förbuden medföra ekonomisk skada för markägare, men förbuden fick aldrig gå så långt att pågående markanvändning avsevärt försvårades. Före 1975 års ändring kunde ett förbud enligt 14 § naturvårdslagen aldrig hindra marks ändamålsenliga nyttjande, men efter lagändringen fick detta ske, om än undantagsvis.

När miljöbalken infördes ersattes naturvårdslagen och naturvårdsförordningen av dels bestämmelser i miljöbalken, dels bestämmelser i artskyddsförordningen. I den ursprungliga artskyddsförordningen infördes bestämmelser som motsvarade vad som tidigare gällt enligt 14 § naturvårdsförordningen. Den 1 januari 2008 trädde den nu gällande artskyddsförordningen i kraft och bestämmelsen om att förbud inte fick hindra ändamålsenligt nyttjande av mark togs bort.

Frågan är om det, trots avsaknad av uttryckligt författningsstöd, fortfarande kan anses finnas en gräns för hur långtgående restriktioner som det allmänna får lägga på en fastighet med stöd av [8 § artskyddsförordningen](#). Ett argument för det är att rätt till ersättning saknas i fall då en nekad artskyddsdispens leder till att pågående markanvändning avsevärt försvåras. Om någon ersättningsrätt inte finns i ett särskilt fall påverkar det proportionalitetsbedömningen och det allmännas möjligheter att vidta åtgärden (jfr [SOU 2013:59 s. 117](#)).

Närmare om ersättning

Enligt [2 kap. 15 §](#) regeringsformen ska ersättning vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Vid sådana inskränkningar som sker av t.ex. miljöskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning. Enligt [31 kap. 4 §](#) miljöbalken föreligger ersättningsrätt vid inrättande av naturreservat och annat områdesskydd om pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras. Rätt till ersättning föreligger även vid vägran att ge dispens avseende biotopskyddsområde enligt 7 kap. 11 § första stycket 1. Några motsvarande ersättningsregler finns inte vad avser inskränkningar som skett med stöd av artskyddsförordningen.

Det tredje stycket i [2 kap. 15 §](#) regeringsformen infördes i samband med ändringar i [regeringsformen](#) som trädde ikraft den 1 januari 2011. I det sammanhanget uttalades att det finns situationer där det inte framstår som rimligt att den enskilde ensam får bära hela den ekonomiska bördan vid rådighetsinskränkningar som sker av bl.a. miljöskäl. Frågan aktualiseras vid ingripanden som beror på omständigheter helt utanför den enskildes kontroll och som drabbar den enskilde mycket hårt ([prop. 2009/10:80 s. 169](#), jfr även [NJA 2014 s. 332](#)).

Ersättningsrätt vid inskränkningar av pågående markanvändning av miljöskäl är således inte ovillkorlig. I förarbetena till [2 kap. 15 § tredje stycket](#) regeringsformen anges: "Vid stiftande av lag som medför rätt för det allmänna att inskränka användningen av mark eller byggnad av hälso-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl får det (därför) övervägas om en rätt till ersättning bör införas" ([prop. 2009/10:80 s. 169 f](#)).

Miljölagstiftningen innehåller tämligen långtgående möjligheter till inskränkningar av pågående markanvändning av miljöskäl. Utgångspunkten synes vara att mer betydande inskränkningar av pågående markanvändning ska leda till ersättningsrätt, när behovet av miljöskydd föranleds av omständigheter som den enskilde markägaren inte råder över.

Rätt till ersättning vid rådighetsinskränkning i ett fall där ersättningsrätten inte är reglerad i lag har prövats i rättsfallet [NJA 2014 s. 332](#). Högsta domstolen har i detta rättsfall slagit fast att ersättningsrätt kan föreligga direkt enligt [regeringsformen](#) i ett sådant fall som angavs i [2 kap. 18 §](#) [regeringsformen](#) (nuvarande [2 kap. 15 §](#) [regeringsformen](#)) om ersättningsrätten inte är reglerad. HD anförde att inskränkningar av bl.a. miljöskäl som regel inte ger rätt till ersättning. Om inskränkningen beror på omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll och drabbar denne särskilt hårt kan dock ersättning utgå utan uttryckligt lagstöd, direkt enligt [regeringsformen](#). Det förutsätter dock, enligt HD, att pågående markanvändning avsevärt försvåras eller att en betydande skada uppkommer för markägaren.

Frågan om ersättning i förhållande till rådighetsinskränkningar har behandlats av Utredningen om ersättning vid rådighetsinskränkningar ([SOU 2013:59](#)). Utredningen anförde att det finns ett behov av en översyn av frågan om ersättning vid rådighetsinskränkningar enligt artskyddsförordningen. Utredningen anförde vidare att det i kommentaren till naturvårdslagen angavs att tillämpningen i något fall kunde innebära skada för markägaren, men aldrig gå så långt att pågående markanvändning avsevärt skulle försvåras. Vid [miljöbalkens](#) och artskyddsförordningens tillkomst gjordes ingen ändring i denna del. Enligt utredningen förefaller det inte ha varit lagstiftarens avsikt att låta förbud meddelade med stöd av bestämmelserna i [8 kap.](#) miljöbalken gå så långt att pågående markanvändning avsevärt skulle försvåras. De fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen som har sitt ursprung enbart i naturvårdslagen (6, 8 och 9 §§ artskyddsförordningen) bör således, enligt utredningen, inte kunna aktualisera en sådan situation som faller inom ramen för när ersättning skulle kunna komma i fråga. Utredningen fann dock att i brist på tydliga uttalanden av den innebörden har det skapats en osäkerhet på den punkten. Utredningen konstaterade även att om möjligheterna att vidta rådighetsinskränkningar med stöd av artskydds- förordningen har ökat borde möjligheten att i vissa fall erhålla ersättning vid sådana rådighetsinskränkningar övervägas samt att det finns ett behov av översyn ifråga om rådighetsinskränkningar med stöd av artskyddsförordningen ([SOU 2013:59](#) s. 153 f).

Utvecklingen avseende miljöskydd och egendomsskydd

Sedan 1960-talet då naturvårdslagen trädde i kraft har insikten om att biologisk mångfald har ett egenvärde successivt ökat. Den faktiska kunskapen om hur beroende vi är av fungerande ekosystem har vuxit, vilket bl.a. har lett till flera internationella konventioner som har till syfte att skydda biologisk mångfald. EU har antagit rättsakter som syftar till att skydda arter och livsmiljöer, bl.a. fågeldirektivet samt art- och habitatdirektivet. Betydelsen av skydd för växt- och djurarter har även på ett övergripande plan lyfts fram i arbete med nationella miljökvalitetsmål, där det finns en målsättning om bevarande av biologisk mångfald med ett rikt djur- och växtliv.

Mot bakgrund av den utveckling som skett på miljöområdet kan den omständigheten att det i äldre lagstiftning föreskrevs att ett förbud mot att skada växter inte fick innebära att pågående markanvändning avsevärt försvårades inte automatiskt läggas till grund för ett antagande att samma begränsning skulle gälla i dag.

Parallellt med utvecklingen på miljöområdet har, å andra sidan, enskildas rättsliga ställning i förhållande till det allmänna, också såvitt avser egendomsskydd, förstärks under de senaste decennierna. Europakonventionens allt starkare ställning och möjligheterna för enskilda att direkt åberopa rättigheter i [regeringsformen](#) (se ovan) understryker en sådan utveckling.

Den generella utgångspunkten vid lagstiftning inom miljöområdet torde vara att dessa intressen måste balanseras mot varandra. Denna aspekt gör sig gällande också vid tolkningen av gällande rätt.

Tillämpning av artskyddsförordningen i aktuellt fall

Artskyddsförordningen, tillämpad enligt sin ordalydelse, är långtgående. Trots att regleringen kan få mycket ingripande konsekvenser för den enskilde saknar den en uttrycklig proportionalitetsreglering. Inte heller finns några ersättningsregler knutna till regleringen. Genom Högsta domstolens ovan berörda avgörande skulle i och för sig en ersättningsrätt kunna föreligga vid en motsvarande inskränkning av rådigheten som föranleds av reglerna i artskyddsförordningen. Frågan är dock osäker och förutsätter under alla förhållanden att talan väcks mot staten.

Bestämmelserna i regeringsformen synes förutsätta att mer betydande inskränkningar av rådigheten av fastigheter sker genom lag och att lagstiftaren i det sammanhanget tydligt tar ställning till frågan om rätten till ersättning (se ovan). Lagstiftaren har också tagit ansvar för upprätthållandet av principerna för ersättningsrätten i 2 kap. 15 § regeringsformen genom bl.a. ersättningsrätten enligt 31 kap. 4 § miljöbalken.

Artskyddsförordningen utgör en reglering på regeringsnivå. Den saknar därigenom det underlag för tolkning som beredningskravet ifråga om lag normalt föranleder. Några egentliga förarbeten finns således inte. Förordningen måste tolkas mot bakgrund av bemyndigandet som den vilar på.

Som ovan anförts kan konstateras att lagstiftaren inte synes ha övervägt frågan om ersättning vid införandet av det bemyndigande i miljöbalken som artskyddsförordningen bygger på. Detta talar för att lagstiftaren förutsatt att tillämpning av regler som kan härledas från detta bemyndigande inte skulle kunna innebära mer betydande inskränkningar i pågående markanvändning.

I förarbetena till bemyndigandebestämmelsen i 8 kap. 2 § miljöbalken anføres att när utrotningshotade växter förekommer inom begränsade områden är det normalt lämpligt att åstadkomma skydd genom bestämmelserna om områdesskydd, i första hand naturreservat eller biotopsskyddsområde (prop. 1997/98:45, del 2, s. 104).

Utgångspunkten för de myndigheter som har att tillämpa regelsystemet måste också vara att rådighetsinskränkningar avseende pågående markanvändning som innebär stora ekonomiska konsekvenser för den enskilde i första hand ska åstadkommas genom åtgärder som ger rätt till ersättning för inskränkningen. Det kan i sammanhanget anmärkas att nekad dispens för vissa åtgärder inom ett biotopsskyddsområde också kan grunda ersättning enligt 31 kap. 4 § miljöbalken. Det finns enligt Mark- och miljööverdomstolen knappast sakliga skäl ur lagstiftningssynpunkt för att skilja den typen av fall från en rådighetsinskränkning som är en följd av en nekad dispens enligt artskyddsförordningen.

Mot angiven bakgrund talar övervägande skäl för det inte varit lagstiftarens avsikt att fridlysningsbestämmelserna i artskyddsförordningen skulle kunna ges en tillämpning som innebär att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras. Lagstiftarens utgångspunkt synes vara att regler om områdesskydd i första hand ska användas i en sådan situation.

Artskyddsförordningen ger enligt sin ordalydelse dock inget direkt utrymme eller anvisning för en sådan tillämpning. Någon dispensgrund med en sådan inriktning har inte heller föreskrivits. Det kan samtidigt konstateras att lagstiftningen inte heller ger någon tydlig lösning för hur den intresseavvägning som aktualiseras i detta mål ska göras.

Ett alternativ kan då vara att tolka förbudet i artskyddsförordningen på så sätt att förbudet inte är tillämpligt i ett fall där dess tillämpning skulle leda till att pågående markanvändning avsevärt skulle försvåras. Det som talar emot detta är dock bristen på förutsebarhet eftersom det finns risk att den enskilde markägaren i så fall på egen hand gör en bedömning om pågående markanvändning avsevärt försvåras. Om markägaren gör en felaktig bedömning kan denne riskera att göra sig skyldig till artskyddsbrott. En sådan ordning är därför inte godtagbar.

Ändamålen bakom skyddsbestämmelserna i artskyddsförordningen talar i stället för att förbudet i 8 § artskyddsförordningen 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.

Det sagda leder till att om prövande myndighet finner att förbudet i 8 § artskyddsförordningen i ett enskilt fall medför att rådigheten över marken inskränks på ett sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras ska dispens medges från förbudet i denna bestämmelse. Åtgärden ska därmed bedömas som tillåten. En sådan ordning ger utrymme för att, på det sätt som lagstiftaren synes ha förutsatt, initiera frågan om skyddet för hotade växter i stället kan åstadkommas genom någon form av områdesskydd. Det ger också möjlighet att, vid behov, utforma en dispens på ett sådant sätt att fridlysningsbestämmelserna i möjligaste mån upprätthålls utan att rådigheten över marken inskränks i betydande grad. I och med att dispens måste sökas uppnås även kravet på förutsebarhet.

Skulle en tillämpning av förbudet innebära att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten?

H S har gjort gällande att slutavverkning är det enda ekonomiskt försvarbara alternativet. Att genomföra uttag av enstaka stammar medför inte tillnärmelsevis samma avkastning som en traditionell avverkning och blir både avsevärt försvårande och fördyrande. Länsstyrelsen har anfört bl.a. att den aktuella avverkningen avser en begränsad yta som är förhållandevis liten jämfört med den totala ytan av H Ss fastighet och att H S inte heller lämnat någon fullständig redovisning av sin ekonomi.

Det är enligt Mark- och miljööverdomstolen uppenbart att en tillämpning av förbudet i 8 § artskyddsförordningen, med hänsyn till vad H S anfört, skulle påverka pågående markanvändning inom det område av fastigheten där slutavverkning planeras. Frågan om hur stor denna påverkan är har dock inte tidigare prövats i ärendet. Det har inte heller prövats om ett skydd kan åstadkommas genom någon form av områdesskydd som ger rätt till ersättning. Med hänsyn till instansordningens princip bör dessa frågor prövas av länsstyrelsen som första instans.

Mark- och miljööverdomstolens slutsats

Mot bakgrund av vad som sagts ovan bedömer Mark- och miljööverdomstolen att målet bör återförvisas till länsstyrelsen för bedömning av om en tillämpning av förbudet innebär ett avsevärt försvårande av pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten. Om svaret på den frågan blir att den pågående markanvändningen inte avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten, utgör den omständigheten att det är fråga om pågående markanvändning inget hinder mot att avslå dispensansökan. I annat fall ska dispens ges, med eventuella villkor. Det bör då även övervägas om skyddet för bombmurklan kan uppnås genom någon form av områdesskydd som ger fastighetsägaren möjlighet att få ersättning.

Sammanfattning

H S har ansökt om dispens enligt 15 § artskyddsförordningen för att slutavverka 1,5 ha skog inom ett område av sin fastighet där inventering har visat förekomst av svampen bombmurkla. Arten omfattas av de nationella fridlysningsbestämmelserna i 8 § artskyddsförordningen. Enligt den bestämmelsen är det förbjudet att bl.a. ta bort eller skada exemplar av bombmurkla.

Länsstyrelsen och, efter överklagande, mark- och miljödomstolen har avslagit ansökan eftersom förutsättningar för dispens inte ansetts föreligga.

Målet i Mark- och miljööverdomstolen gäller frågan om räckvidden av förbudet i 8 § artskyddsförordningen när det är fråga om pågående markanvändning.

Mark- och miljööverdomstolen konstaterar att den gynnsamma bevarandestatusen för bombmurklan påverkas genom den planerade åtgärden från markägaren och att förbudet i 8 § artskyddsförordningen därför i och för sig aktualiseras.

Övervägande skäl talar dock för att det inte varit lagstiftarens avsikt att bestämmelsen i 8 § artskyddsförordningen ska ges en sådan tillämpning att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten. Trots bestämmelsens till synes kategoriska utformning måste därför en proportionalitetsavvägning göras.

Någon uttrycklig dispensgrund finns inte för denna situation. Frågan om proportionalitet bör dock prövas inom ramen för ett dispensförfarande.

Om prövande myndighet finner att en tillämpning av de nationella fridlysningsbestämmelserna i det enskilda fallet skulle leda till att pågående markanvändning avsevärt försvåras bör åtgärden, inom ramen för ett dispensförfarande, bedömas som tillåten enligt förordningens bestämmelser. I det sammanhanget får prövas om en dispens kan utformas på ett sådant sätt att fridlysningsbestämmelserna i möjligaste mån upprätthålls utan att rådigheten över marken inskränks i betydande grad. Inom ramen för en proportionalitetsbedömning kan också prövas om det är möjligt att upprätthålla skyddet för berörd art på det aktuella området genom områdesskydd eller på annat sätt som ger markägaren möjlighet att få ersättning.

Frågan om ett förbud innebär att H Ss pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras har inte tidigare prövats i målet. Den frågan bör prövas av länsstyrelsen som första instans. I det sammanhanget kan också prövas om skydd för bombmurklan i området kan ges genom en mindre ingripande åtgärd eller i annan form. Men hänsyn härtill ska målet återförvisas till länsstyrelsen för fortsatt handläggning.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921), om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, hovrättsrådet Lars Borg, tekniska rådet Mikael Schultz (skiljaktig) och hovrättsrådet Margaretha Gistorp, referent (skiljaktig).

Föredragande har varit Gunilla Barkevall.

Skiljaktig mening, se nästa sida.

SKILJAKTIG MENING I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Tekniska rådet Mikael Schultz och hovrättsrådet Margaretha Gistorp är skiljaktiga och anför följande.

Vi anser att det är oklart om lagstiftaren förutsatt att tillämpning av regler som kan härledas från bemyndigandet som artskyddsförordningen bygger på inte skulle kunna innebära mer betydande inskränkningar i pågående markanvändning (s. 22 f i domskälen). I övrigt är vi ense med majoriteten fram till s. 23 tredje stycket, som börjar "Mot angiven bakgrund.". Där gör vi istället följande bedömning:

Mot denna bakgrund aktualiseras en intresseavvägning men lagstiftningen ger inte någon lösning för hur den ska göras. Trots att artskyddsförordningen inte ger uttryckligt utrymme för det måste proportionalitetsprincipen sätta en gräns för vad det är möjligt att kräva av den enskilde.

Som ovan konstaterats är förbudet i 8 § artskyddsförordningen i och för sig tillämpligt när det gäller åtgärd inom pågående markanvändning om åtgärden påverkar den gynnsamma bevarandestatusen för en art. För det fall markägaren i en dispensansökan enligt 15 § artskyddsförordningen, gör gällande att den pågående markanvändningen avsevärt försvåras om förbudet tillämpas och dispens inte ges, måste prövningsmyndigheten bedöma om detta, inom ramen för proportionalitetsprincipen, ska leda till att åtgärden ändå ska tillåtas. En sådan bedömning är nödvändig mot bakgrund av att ersättningsregler i nuläget saknas.

Om den prövande myndigheten finner att en tillämpning av förbudet i 8 § artskyddsförordningen i ett enskilt fall leder till att rådigheten över marken inskränks på ett sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras ska således en avvägning ske mellan nödvändigheten av intrånget/ inskränkningen

som fridlysningen innebär och det men som uppstår för den enskilde. Inom ramen för denna bedömning bör övervägas om skyddet för arten istället kan uppnås på ett sätt som för den enskilde ger möjlighet till ersättning, t.ex. genom beslut om naturreservat eller biotopskydd.

Om det allmänna intresset i ett enskilt fall är så starkt att det väger tyngre än intresset för den enskilde markägaren att inte drabbas av inskränkningen då bör avvägningen leda till att dispensansökan avslås trots att det saknas ersättningsbestämmelser.

Markägaren har i så fall att föra talan om ersättning mot staten. Om det enskilda intresset väger tyngre bör avvägningen, mot bakgrund av den reglering som finns idag vad gäller möjligheter till ersättning, leda till att åtgärden, trots att den strider mot de nationella fridlysningsbestämmelserna, ändå får utföras.

Skulle en tillämpning av förbudet innebära att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten?

H S har gjort gällande att slutavverkning är det enda ekonomiskt försvarbara alternativet. Att genomföra uttag av enstaka stammar medför inte tillnärmelsevis samma avkastning som en traditionell avverkning och blir både avsevärt försvårande och fördyrande. Länsstyrelsen har anfört bl.a. att den aktuella avverkningen avser en begränsad yta som är förhållandevis liten jämfört med den totala ytan av H Ss fastighet och att H S inte heller lämnat någon fullständig redovisning av sin ekonomi.

Det är uppenbart att en tillämpning av förbudet i 8 § artskyddsförordningen, med hänsyn till vad H S anfört, skulle påverka pågående markanvändning inom det område av fastigheten där slutavverkning planeras. Frågan om hur stor denna påverkan är har dock inte tidigare prövats i ärendet. Det har inte heller prövats om ett skydd kan åstadkommas genom någon form av områdesskydd som ger rätt till ersättning. Med hänsyn till instansordningens princip bör dessa frågor prövas av länsstyrelsen som första instans.

Slutsats

Mot bakgrund av vad som sagts ovan bedömer vi att målet bör återförvisas till länsstyrelsen för bedömning av om en tillämpning av förbudet innebär ett avsevärt försvårande av pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten. Om svaret på den frågan blir att den pågående markanvändningen inte påtagligt försvåras inom berörd del av fastigheten, finns inget hinder mot att avslå dispensansökan med hänsyn till påverkan på pågående markanvändning. I annat fall bör en proportionalitets- bedömning ske i enlighet med vad som angetts ovan. Det bör då även övervägas om skyddet för bombmurklan kan uppnås genom någon form av områdesskydd som ger fastighetsägaren möjlighet att få ersättning.

Sammantaget innebär vårt ställningstagande alltså, till skillnad från majoritetens, att en proportionalitetsavvägning bör göras i varje enskilt fall inom ramen för dispensförfarandet där påverkan på pågående markanvändning får vägas mot styrkan i det allmänna intresset av att skydda arten. Det enskilda intresset avseende påverkan på pågående markanvändning kan inte generellt ges företräde framför det allmänna intresse som de nationella fridlysningsbestämmelserna avser att tillgodose.

BILAGA A

Mark- och miljödomstolen

VÄNERSBORGS TINGSRÄTT, MARK- OCH MILJÖDOMSTOLEN, DOM

KLAGANDE H S

Ombud: A N

MOTPART

Länsstyrelsen i Värmlands län

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsens i Värmlands län beslut den 10 februari 2015, dnr 522-2214-2014, se bilaga 1

SAKEN

Dispens enligt artskyddsförordningen (2007:845) avseende fastigheten X i Kristinehamns kommun

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

Med anledning av förekomst av arten bombmurkla inom ett område för planerad slutavverkning på fastigheten Kristinehamn X ansökte H S den 28 mars 2014 hos Länsstyrelsen i Värmlands län (nedan Länsstyrelsen) om dispens från förbudet i 8 § artskyddsförordningen (2007:845).

Länsstyrelsen avlog ansökan eftersom förutsättningar för dispens inte ansågs föreligga, se bilaga 1.

YRKANDEN

H S har i första hand yrkat att det överklagade beslutet ska upphävas då det är fråga om pågående markanvändning i form av skogsbruk, vilket inte avses med förbudet i 8 § artskyddsförordningen. Eftersom dispens inte krävs bör Länsstyrelsens beslut upphävas. I andra hand har han yrkat att beslutet ska ändras på så sätt att dispens för avverkning av skog beviljas då förutsättningarna för detta är uppfyllda.

Länsstyrelsen har bestritt ändring av det överklagade beslutet. Länsstyrelsen har även yrkat att mark- och miljödomstolen ska inhämta yttrande från Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen.

UTVECKLANDE AV TALAN

H S har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande.

Förbudet i 8 § artskyddsförordningen är inte tillämpligt

Det finns inget behov av dispens. Pågående markanvändning på aktuellt område är normalt skogsbruk. Om 8 § artskyddsförordningen ges den tolkning som Länsstyrelsen gjort i aktuellt ärende blir genomslaget för skogsbruket i Sverige enormt. I artskyddsförordningens bilaga 2 som visar vilka arter som omfattas av bl.a. 8 § framkommer ett stort antal växter, mossor, lavar, svampar och alger. Det skulle exempelvis kunna innebära att tämligen vanliga arter som Gullviva och Blåsippa i vissa län skulle kunna förhindra ett ändamålsenligt skogsbruk. Konsekvenserna av Länsstyrelsens beslut måste sättas i sitt sammanhang. Rationellt skogsbruk kommer inte att kunna bedrivas på omfattande arealer i stora delar av landet om länsstyrelsens tolkning ska gälla.

I Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen (Handbok 2009:2 Utgåva 1, Del 1 - fridlysning och dispenser) sidan 28 framkommer med all tydlighet att förbudet i 8 § inte gäller den pågående markanvändningen, såsom jordbruk och skogsbruk om de innebär att marken inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt.

Vidare anges att ändamålsenligt sätt bör tolkas som sådana fall då pågående markanvändning avsevärt försvåras. Det torde vara uppenbart att pågående markanvändning i form av skogsbruk avsevärt försvåras genom Länsstyrelsens beslut.

Inom berörd del av fastigheten inte bara försvåras brukandet, det hindras helt.

Vidare framgår det i Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen, bilaga 20 sidan 2, att förstörelse av enstaka bon av en art med gynnsam bevarandestatus kan vara acceptabelt då artens bevarandestatus inte påverkas av åtgärden. Exempel på hänsyn man kan visa i skogsbruket är enligt handboken att skogsbruksåtgärder undantas på vissa platser under häckningssäsong. Så som handboken får förstås bör information och kunskap vara vägledande för att trygga arternas fortlevnad. Inte totala förbud att avverka hela områden såsom Länsstyrelsen valt att göra.

I framställan från Naturvårdsverket - Förslag om ändringar i artskyddsförordningen - daterad den 17 juni 2010 tydliggörs verkets inställning till att 8 § artskyddsförordningen ej ska hindra pågående markanvändning, att Miljödepartementet anser att formuleringen i en äldre version av artskyddsförordningen (1 e §) inte skulle få hindra att marken utnyttjas på ett ändamålsenligt sätt samt att EU-kommissionen poängterat att 4 och 7 §§ gäller även om det förhindrar ett ekonomiskt ändamålsenligt nyttjande av marken, e contrario gäller det inte 8 §.

Om tanken med 8 § i artskyddsförordningen var att skogsområden helt skulle skyddas från avverkning så torde man ha tagit in ersättningsbestämmelser i regelverket. Detta har inte gjorts vilket tyder på att lagstiftaren inte velat ge 8 § sådan kraft så att avverkning helt kan stoppas. Ska berörda fastighetsägare kunna få någon ersättning är de hänvisade till att väcka talan mot staten om skadestånd.

Förutsättningar för dispens enligt 15 § artskyddsförordningen föreligger

Enligt 15 § artskyddsförordningen får dispens ges från förbudet i 8 § om det inte finns någon annan lämplig lösning och dispensen inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus. Det är svårt att se vad en annan lämplig lösning skulle kunna bestå av. För att även fortsättningsvis upprätthålla den pågående markanvändningen, d.v.s. bedriva skogsbruk behöver skogen avverkas. Ska fastighetsägaren tillgodogöra sig träden måste de huggas ned. Någon annan lämplig lösning finns inte om man ska kunna tillgodogöra sig virket. Länsstyrelsen hävdar i det överklagade beslutet att han inte visat att det saknas annan lämplig lösning. Det är oklart hur han ska kunna visa att det saknas annan lämplig lösning. Antingen tas träden ned eller så står de kvar. Länsstyrelsen anser att det sannolikt skulle vara möjligt att genomföra planerade åtgärder på annat sätt än genom traditionell slutavverkning och utan att skada bombmurklorna. Det är i så fall förvånande att inte Länsstyrelsen förklarar eller ens ger ett exempel på hur man tänker sig detta.

Så som Länsstyrelsens beslut får förstås anser Länsstyrelsen att bombmurklan har en gynnsam bevarandestatus men att en dispens skulle försvåra upprätthållandet av just gynnsam bevarandestatus. Naturvårdsverkets handbok, bilaga 20 sidan 2, ger stöd för uppfattningen att förstörelse av enstaka bon kan accepteras både lokalt och nationellt om det råder gynnsam bevarandestatus för arten ifråga. Eftersom bombmurklan har gynnsam bevarandestatus torde en viss förstörelse av enstaka individer av bombmurkla vara acceptabelt då skogsbruk ska bedrivas.

Länsstyrelsen har till stöd för sitt bestridande anfört bl.a. följande.

Det är ostridigt att en avverkning på det sätt som angivits i H Ss ansökan kommer att medföra skada på bombmurklor inom aktuellt område i den mening som avses i 8 § artskyddsförordningen. Därmed föreligger ett

förbud mot åtgärden.

Det finns inte något stöd för att förbuden i 6, 8 och 9 §§ artskyddsförordningen inte skulle avse pågående markanvändning. Naturvårdsverket och Länsstyrelsen i Skåne kan möjligen vara av en annan uppfattning. Dock kan konstateras att det i gamla naturvårdslagen och naturvårdsförordningen, som utgör grund för de nationella fridlysningsarna i artskyddsförordningens bilaga 2, fanns förutsättningar som reglerade denna fråga. "Förbud... skall ej utgöra hinder mot att marken utnyttjas på ett ändamålsenligt sätt.". Dessa förutsättningar finns dock inte i artskyddsförordningen.

Naturvårdsverkets framställan den 17 juni 2010 till dåvarande Miljödepartementet stödjer ställningstagandet att pågående markanvändning träffas av förbuden. Naturvårdsverket synes ha gjort samma konstaterande; d.v.s. att det från förbuden i fridlysningsbestämmelserna som rör arterna i bilaga 2 till artskyddsförordningen saknas undantag för pågående markanvändning. Just detta torde ju vara skälet till att framställan gavs in. Möjligen utgör tidigare lydelse en grund för att se över nuvarande bestämmelser om fridlysning av arterna i bilaga 2 till nuvarande artskyddsförordningen, men de kan inte anses utgöra något stöd för att inte följa nuvarande bestämmelser.

Länsstyrelsen delar delvis uppfattningen att Länsstyrelsens tolkning av bestämmelserna skulle medföra ett "enormt genomslag" för skogsbruket i Sverige men finner inte att den utgör skäl att frångå bestämmelserna i artskyddsförordningen. Det är regeringen, som meddelat förordningen, som i första hand har att utreda bestämmelsernas konsekvenser.

Följande ska framhållas i frågan om andra lämpliga lösningar som kan utgöra dispensgrund. Vid ett möte med H S, innan den nu överklagade ansökan om dispens gavs in, har tillsammans med Skogsstyrelsen diskuterats och rådgetts hur en avverkning skulle kunna genomföras utan att träffas av förbuden i fridlysningsbestämmelserna. Den avverkningsmetod som H S valt, en traditionell slutavverkning, följer inte de rekommendationer som lämnades. Rådgivning kan inte lämnas i ett beslut om dispens. Då det, tillsammans med Skogsstyrelsen, har bedömts möjligt att genomföra planerad åtgärd på ett annat sätt kan det inte anses saknas annan lämplig lösning. Inte heller kan det anses vara en given förutsättning att avverkning ska genomföras. En alternativ lösning till avverkning måste också kunna vara att inte avverka. Kravet i 15 § artskyddsförordningen på "avsaknad av alternativa lösningar" kan sammantaget inte anses vara uppfyllt.

I frågan om bombmurklans gynnsamma bevarandestatus är arten klassad som hotad på den svenska rödlistan. Detta faktum i sig torde vara en fullt tillräcklig grund för att konstatera att arten därmed inte kan ha gynnsam bevarandestatus i landet.

Bombmurklan har sin huvudsakliga europeiska förekomst i Sverige och vårt land får därmed anses ha ett nationellt ansvar för artens fortlevnad. Det främsta hotet mot arten är traditionellt trakthyggesskogsbruk och svampen överlever inte en traditionell slutavverkning. Även om man skulle bedöma att arten, trots ovanstående förutsättning, har gynnsam bevarandestatus så kan man ändå inte komma till någon annan slutsats än att varje traditionell slutavverkning i skogsbestånd som hyser bombmurkla kommer att leda till att artens utbredningsområde kommer att minska. Definitionen av begreppet gynnsam bevarandestatus innebär bl.a. att artens utbredningsområde inte får minska. En slutavverkning kommer ofrånkomligen att leda till att utbredningsområdet minskar. H Ss uppfattning att man kan tillåta en-staka avverkningar med hänsyn till att arten finns i andra områden delas inte. Sammantaget bedöms att förutsättningen i 15 § artskyddsförordningen, att den gynnsamma bevarandestatusen hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde inte får försvåras, inte kan anses vara uppfyllt. H S har feltolkat Länsstyrelsens beslut då han menar att Länsstyrelsen ansett att bombmurklan har gynnsam bevarandestatus.

Mark- och miljödomstolen har den 6 oktober 2015 hållit sammanträde med syn på platsen.

DOMSKÄL

Det överklagade beslutet är föränlett av en ansökan enligt 15 § artskyddsförordningen om dispens från förbudet i 8 § samma förordning att skada bl.a. vilt levande exemplar av bombmurklan.

Pågående markanvändning

Mark- och miljödomstolen har att först ta ställning till om nämnda förbud äger tillämplighet på åtgärder som hänför sig till pågående markanvändning. Det är i målet ostridigt att pågående markanvändning är skogsbruk.

Enligt bestämmelsens ordalydelse gäller förbudet generellt och utan något undantag. Inte heller föreskriver någon av övriga bestämmelser i förordningen lättnad i fråga om pågående markanvändning eller för åtgärder inom areella näringar. Förbudet träffar således också åtgärder som motiveras av att marken ska kunna brukas på ett ändamålsenligt sätt - i detta fall en slutavverkning av cirka 1,5 hektar skog.

Visserligen fanns i tidigare gällande fridlysningsbestämmelser (14 § naturvårdslagen, SFS 1964:822, samt 14 § naturvårdsförordningen, SFS 1976:484) uttryckliga undantag för åtgärder som motiverades av ett ändamålsenligt brukande av marken och den nu gällande skrivningen i 8 § artskyddsförordningen har tillkommit utan närmare motivering i förarbeten eller motsvarande. Den avviker emellertid så klart från den tidigare lydelsen att förändringen inte kan förklaras genom att regeln om hänsyn till pågående markanvändning oavsiktligt har fallit bort. Domstolen drar därför slutsatsen att den nu gällande artskyddsförordningen avser att skydda uppräknade arter även om det kan försvåra pågående markanvändning. Då lagtexten är klar och entydig i denna fråga kan enligt domstolens mening betydelse inte tillmätas Naturvårdsverkets uttalanden eller det förhållandet att förbudet enligt verkets handbok inte gäller pågående markanvändning om det innebär att marken inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt.

Avsaknad av ersättningsregler

Frågan är då om det förhållandet att det saknas ersättningsregler i miljöbalken motiverar att förbudet ska tolkas på det sätt som H S har gjort gällande.

Regeringsformen innehåller i 2 kap. 15 § bestämmelser om egendomsskyddet. I bestämmelsen anges att vars och ens egendom är tryggad bl.a. genom att ingen kan tvingas tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad, utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen (första stycket). Ersättning ska tillförsäkras bl.a. om det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten (andra stycket). Vid inskränkningar i användningen av mark som sker av bl.a. miljöskyddsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning (tredje stycket).

Inför det tredje styckets tillkomst anfördes i förarbetena (prop. 2009/10:80 s. 168 f.f.) att förhållandet mellan dåvarande lydelse och uttalanden i förarbetena till denna lett till en osäkerhet om hur bestämmelsen skulle tolkas. Det hade uppstått en diskussion med fokus på frågan om ersättning även skulle utgå vid rådighetsinskränkningar som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl, eftersom det enligt svensk rätt gällde en princip att sådana ingripanden inte medför rätt till ersättning. Genom lagändringen avsågs att klargöra att ersättningsrätten i dessa fall i stället ska följa av bestämmelser i vanlig lag. Emellertid ansågs det nödvändigt att se över den underliggande lagstiftningen för att ringa in de fall där ersättning bör lämnas trots att ett ingripande skett av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhets- skäl och man föreslog att en utredning skulle tillsättas för att närmare överväga frågan.

Uppdraget gavs Utredningen om ersättning vid rådighetsinskränkningar, som uttalade (SOU 2013:59 s. 59) att ett relativt stort område - troligen vidare än vad som avsågs vid införandet - undantas genom det tredje stycket i 2 kap. 15 § RF. Utredningen anförde att det inte förefaller ha varit lagstiftarens avsikt att låta förbud meddelade med stöd av bestämmelserna i 8 kap. miljöbalken gå så långt att den pågående markanvändningen avsevärt skulle kunna försvåras. De fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen med ursprung enbart i 8 kap. miljöbalken borde

därför inte kunna aktualisera en sådan situation som faller inom ramen för när ersättning skulle kunna komma i fråga (a.a. s. 154). Utanför utredningens uppdrag låg emellertid att föreslå ändringar i de bestämmelser som möjliggör rådighetsinskränkningar av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl, varför man nöjde sig med att uttala att det bl.a. beträffande rådighetsinskränkningar med stöd av artskyddsförordningen fanns ett behov av en allmän översyn av regelverket (a.a. s. 17). I särskilda yttranden anför miljöjurist U W att en ersättningsbestämmelse bör införas i miljöbalken som ger rätt till ersättning vid förbud eller annan rådighetsinskränkning enligt artskyddsförordningen och som innebär att pågående markanvändning avsevärt försvåras (s. 163) och f.d. hovrättslagman U B anför att enligt hans mening kan tillämpningen av artskyddsförordningen leda till ett intrång som i princip bör kunna motivera en ersättningsrätt och att det inte finns skäl att undanta artskyddsförordningen från ersättningsrätt enligt miljöbalken (s. 175).

Enligt mark- och miljödomstolens mening torde det vara svårt att hävda att den rådighetsinskränkning som tillämpningen av artskyddsförordningen i föreliggande fall medför inte har föreskrivits av miljöskyddsskäl. På grund härav och mot bakgrund av undantagsbestämmelsen i 2 kap. 15 § tredje stycket RF finner domstolen att avsaknaden av ersättningsregler i miljöbalken inte innebär att dispensregeln i artskyddsförordningen inte ska tillämpas i målet.

Dispensprövning

Den avvägning mellan berörda intressen som ska göras får nu ske endast inom ramen för dispensprövningen. Enligt bestämmelsen ska den som avser att vidta en åtgärd som kan strida mot skyddet pröva alla till buds stående alternativa möjligheter att utföra planerade åtgärder på ett sätt som inte påverkar skyddade arter. När det visats att mindre skadliga alternativ saknas får dispens medges först om den inte leder till att gynnsam bevarandestatus försämras.

Av utredningen i målet framgår att klaganden tidigare har utfört avverkningar på två andra lokaler där bombmurklor iakttagits. I dessa fall har avverkningarna anpassats på ett sätt som gjorde att de inte bedömdes omfattas av förbudet i 8 §. Anpassningarna kostnadsberäknades och befanns då ligga inom rimliga ramar. Några åtgärder som i aktuellt område skulle kunna komma ifråga för att minimera skada på bombmurklorna eller kostnader härför har emellertid inte redovisats. Det är heller inte möjligt att utifrån vad som presenterats i målet bedöma huruvida andra lämpliga åtgärder, som leder till mindre skada för bombmurklan, är möjliga. Så som länsstyrelsen påpekat tyder det faktum att hänsyn till bombmurklan tagits vid andra avverkningar i närområdet på att alternativa åtgärder och rimliga hänsynstaganden faktiskt kan övervägas.

Domstolen finner därför anledning att anta att det är möjligt att finna andra lämpliga lösningar också i det nu aktuella fallet. Det kan visserligen vara svårt - för att inte säga omöjligt - att visa att något inte finns, men i vart fall har klaganden inte redovisat varför de lösningar som tidigare tillämpats inte är möjliga i aktuellt område eller de ekonomiska konsekvenserna härav.

De konsekvenser som förstörelse av ett enstaka bo kan medföra för en art torde, av lättförståeliga skäl, vara av en annan karaktär än att förstörelse av en individ. Uttalandena i Naturvårdsverkets handbok kan därför inte tolkas på det sätt som H S anför och eftersom bombmurklans bevarandestatus inte är gynnsam, kan enligt domstolens mening inte ens en viss förstörelse accepteras.

Sammanfattningsvis delar domstolen länsstyrelsens slutsats att det inte finns förutsättningar för att meddela dispens. Överklagandet ska därför avslås.

Vid denna utgång saknas anledning för mark- och miljödomstolen att inhämta yttranden från Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen. Länsstyrelsens yrkande om detta föranleder därför ingen ytterligare åtgärd från domstolens sida.

Susanne Lindblad

Joel Morales

I domstolens avgörande har deltagit tf. rådmannen Susanne Lindblad, ordförande, och tekniska rådet Joel Morales.

Sökord: Egendomsskydd; Pågående markanvändning; Avsevärt försvåras; Rådighetsinskränkning; Ersättningsrätt; Proportionalitetsprincipen; Europakonventionen; Artskyddsdispens; Artskyddsförordning; Fridlysning; Gynnsam bevarandestatus; Områdesskydd; Bombmurkla; Avverkning

Litteratur: