

MILJÖBALKEN OCH STRÅLSÄKERHETEN

OLIKA PRÖVNINGSORDNINGAR – SAMMA MÅL

Förord

Jag har fått i uppdrag av Strålsäkerhetsmyndigheten att skriva en promemoria om myndighetens roll vid tillståndsprövning av anläggning för använt kärnbränsle eller kärnavfall och gränsdragningen mellan lagen (1984:3) om kärnteknisk verksamhet och miljöbalken m.m. Detta är min promemoria. Jag har valt att kalla den Miljöbalken och strålsäkerheten. Olika provningsordningar – samma mål.

Täby den 28 januari 2019

Stefan Rubenson

INNEHÅLL

Sammanfattning	2
1 Inledning	4
1.1 Uppdraget	4
1.2 SKB:s ansökan	4
1.3 De skilda bedömningarna	4
2 Rättsregler för slutförvar	5
2.1 Strålsäkerhetsmyndigheten, SSM	5
3 Mer om lagstiftningen	6
3.1 Strålsäkerhetslagstiftning och miljöbalken	6
3.1.1 SSM:s föreskrifter	8
3.2 Miljöbalken	8
3.2.1 Miljöbalkens tillämpningsområde	9
3.2.2 Något om miljöbalkens allmänna hänsynsregler	9
3.2.3 Rimlighetskrav och beviskrav enligt miljöbalken	10
4 Något om provningsordningen	12
4.1 Mer om tillåtligheten enligt miljöbalken	12
4.2 Tillståndsprövning	13
5 Om stegvis provning	14
5.1 Miljöbalken	14
5.2 Kärntekniklagen	15
5.3 Slutsats	16
6 Lagval	16
6.1 Principiella utgångspunkter	16
6.2 Prop. 1997/98:90 Följdlagstiftning till miljöbalken	17
6.2.1 Strålsäkerhetslagstiftningen i följdlagstiftningen	18
6.3 Frågan om lagval i senare offentligt tryck	19
6.4 Praxis genom MÖD 2006:70 – en samordnad tillämpning	21
7 Miljöbalkens betydelse för SSM vid tillståndsprövning enligt kärntekniklagen	22
7.1 Prioriteringen vid lagvalet	22
7.2 Hur kunde man komma till olika resultat?	23
8 Den slutliga bedömningen	27

Sammanfattning

Miljöbalkens övergripande mål innefattar strålsäkerhet och verksamheter som alstrar joniserande strålning. Därmed faller i princip alla strålsäkerhetsfrågor inom ramen för miljöbalkens tillämpningsområde. De allmänna hänsynsreglerna är just allmänna och anger vidden på de krav som ställs på verksamhetsutövaren. De allmänna hänsynsreglerna kan sägas ange vad som ska åstadkommas med respektive hänsynsregel men däremot inte vilka metoder eller vilka närmare åtgärder som krävs för att nå ända fram. De allmänna hänsynsreglerna behöver således ofta kompletteras med ytterligare hänsynsregler, regler som i den utsträckning de är närmare beskrivna, kan kallas för särskilda hänsynsregler. Sådana särskilda hänsynsregler förekommer ofta inom ramen för miljöbalken för verksamheter som rör avfall eller kemikalier, men också för naturvård exempelvis föreskrifter för att skydda Natura 2000-områden. Här bygger föreskrifterna alltså på bemyndiganden i miljöbalken.

Då Strålsäkerhetsmyndighetens (SSM:s) verksamhet faller inom ramen för miljöbalkens tillämpningsområde kan också myndighetens föreskrifter som rör riskbegränsning och skyddsåtgärder betecknas som särskilda hänsynsregler med tillämpning på miljöbalken. Här bygger dock bemyndigandena att meddela föreskrifter främst på bestämmelser i strålskyddslagen och kärntekniklagen. Eftersom SSM:s föreskrifter hämtas från dessa bemyndiganden och inte från miljöbalken aktualiseras principen om lagval. Principen innebär att en lag eller annan föreskrift som särskilt reglerar något specifikt, något uttalat, ska ges företräde vid tillämpningen framför en mer allmän författningsreglering av den aktuella saken. I den utsträckning ”specialförfattningen” reglerar en utmärkande fråga mer i detalj än vad miljöbalken gör, blir alltså miljöbalkens allmänna regler endast utfyllande, dvs. de kompletterar specialregleringen.

Vid bedömningen av frågor som rör strålsäkerhet är det således SSM:s föreskrifter som äger företräde, om myndigheten har reglerat saken, eftersom miljöbalken nästan helt saknar mer specifika föreskrifter om strålsäkerhet för särskilda fall eller förhållanden. Vad så vidare gäller miljöbalken är de allmänna hänsynsreglernas roll vid en lagtolkning, att de utgör ”golvet” i fråga om vad verksamhetsutövaren ska iaktta och vad som ska uppnås. Således kan inte miljöbalken sättas åt sidan, om verksamhetsutövaren inte lever upp till kraven där.

2 kap. miljöbalken inleds med en bevisregel: det är verksamhetsutövaren som ska visa att han iakttar de förpliktelser som följer av de allmänna hänsynsreglerna. Beviskravet ”visa” varierar med verksamhetens eller åtgärdens art, omfattning och risker för omgivningen och vad som med hänsyn till omständigheterna är rimligt att kräva. I rättspraxis har beviskravet kopplats särskilt till 2 kap. 3 § miljöbalken, vilket innebär att verksamhetsutövaren ska visa att han vidtagit tillräckliga skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått med hänsyn till verksamhetens verkningar. Också bedömningen av miljökonsekvensbeskrivningen faller ofta in under vad

verksamhetsutövaren lyckats visa i fråga om hur han kan begränsa verksamhetens verkningar vid tillståndsprövningen.

Den särskilda komplikationen med slutförvaret av använt kärnbränsle rör beviskravet och de skilda prövningsordningarna, alltså att SSM å sin sida etappvis prövar vad verksamhetsutövaren förmått visa i fråga om sina förpliktelser medan miljöbalkens tillståndsprövning å andra sidan sker vid ett och samma tillfälle. Det ligger i de skilda ordningarna, att beviskraven på verksamhetsutövaren blir strängare, om beviskravet i miljöbalken tillämpas vid ett samlat tillfälle. Emellertid bör man vid bedömningen av de skilda ordningarnas beviskrav utgå från miljöbalkens mål, alltså att människor och miljö även i framtiden tillförsäkras en hälsosam omgivning eller som det står i miljöbalkens inledande bestämmelse: *Bestämmelserna i denna balk syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl.*

Slutsatsen blir därför att så länge som SSM:s föreskrifter, och vad som därutöver följer av de standarder som verksamhetsutövaren förpliktas följa, inte understiger de allmänna hänsynsreglerna, och så länge som de beviskrav som gäller för verksamhetsutövaren inte leder till att miljöbalkens mål äventyras, ska frågor rörande SKB:s här aktuella planerade verksamhet regleras enligt lagvalsprincipen. Det innebär att strålsäkerhetslagstiftningens närmare föreskrifter och standarder om strålsäkerhet ska tillämpas. En sådan ordning ligger också i linje med rättspraxis och den fördelning av ansvaret som följer av MÖD 2006:70, nämligen att en lämplig balans åstadkoms mellan specialmyndigheten och mark- och miljödomstol genom att myndigheten reglerar verksamheten mer i detalj medan mark- och miljödomstolen gör en generell avvägning mellan kostnad och nytta av åtgärderna.

Vad jag försöker säga med detta är att om man litar på att SSM sköter sina uppgifter enligt sina föreskrifter och standarder, alltså enligt den ordning som miljöbalken förutsätter för förvaltningsmyndigheter i allmänhet, finns det ingen risk enligt miljöbalken. Slutförvaret kan inte accepteras enligt den sista fasen i den etappvisa prövningen enligt kärntekniklagen, om inte förutsättningarna enligt samtliga etappvisa prövningar är uppfyllda. Brister i SSM:s prövning skulle strida mot miljöbalkens mål och även mot de allmänna hänsynsreglerna, de senare sedda i ljuset av de särskilda hänsynsreglernas mer specificerade krav. Därför är ställningstagandet från regeringen i tillåtlighetsfrågan inte beroende på hur saken står i dag så länge som SSM på förvaltningsmässig grund finner att det med ”hög grad av sannolikhet” eller motsvarande uttryck är visat att SKB klarar sina förpliktelser i den aktuella etappen och att SSM vid den sista prövningen finner det ”utrett” att SKB kan följa villkoren för verksamheten.

1. Inledning

1.1 *Uppdraget*

Jag har fått i uppdrag att ta fram en promemoria som rör Strålsäkerhetsmyndighetens roll vid tillståndsprövning av anläggning för använt kärnbränsle eller kärnavfall och gränsdragningen mellan lagen (1984:3) om kärnteknisk verksamhet och miljöbalken.

Mitt uppdrag ska ses mot bakgrund av de yttranden som respektive mark och miljödomstolen och SSM avgav till regeringen rörande tillåtligheten av en ansökan från Svensk Kärnbränslehantering AB (SKB) om tillstånd enligt miljöbalken till anläggningar i ett sammanhängande system för slutförvaring av använt kärnbränsle och kärnavfall.

Utgångspunkten för denna promemoria är främst anläggningen i Forsmark och den omständigheten att mark- och miljödomstolen och SSM gjorde skilda bedömningar i frågan om verksamheten nu borde tillåtas enligt 17 kap. miljöbalken.

1.2 *SKB:s ansökan*

Ansökan avser tillstånd enligt miljöbalken till slutförvaring av använt kärnbränsle och kärnavfall från det svenska kärnkraftsprogrammet, bl.a. en slutförvarsanläggning i Forsmark, Östhammars kommun.

Slutförvaringen ska ske med den av SKB framtagna KBS-3-metoden, som bygger på tre säkerhetsbarriärer – kapseln med ett kopparhölje om 50 mm, bufferten med bentonit och berget i Forsmark. Avsikten är att kunna deponera 6 000 kapslar med vardera cirka 2 ton kärnavfall, totalt cirka 12 000 ton kärnavfall. Deponeringen ska ske i berget på ett djup av cirka 470 m. Anläggandet av slutförvaret fram till dess förslutning beräknas ta cirka 70 år.

1.3 *De skilda bedömningarna*

Regeringen, som överlämnat ansökan till mark- och miljödomstolen och SSM för yttrande, ska pröva om verksamheten kan tillåtas. Mark- och miljödomstolen har berett målet åt regeringen och beslutat yttrande till regeringen den 23 januari 2018. Samma dag, den 23 januari 2018, lämnade SSM i egenskap av beredande myndighet i fråga om strålsäkerheten, sitt yttrande till regeringen.

SSM tillstyrkte för sitt vidkommande att SKB gavs tillstånd enligt kärntekniklagen att bygga ett slutförvar för använt kärnbränsle i Forsmark.

SSM ansåg att SKB, genom sina ansökningar, hade visat att man har förutsättningar att kunna uppfylla kärntekniklagens krav på strålsäker slutförvaring av använt kärnbränsle från de svenska reaktorerna. SKB har även enligt SSM visat att

anläggningarna och tillhörande säkerhetsredovisningar kan utvecklas i enlighet med det etablerade förfarandet för stegvis prövning enligt kärntekniklagen. SSM bedömde att SKB har möjlighet och förmåga att ta fram de uppdaterade säkerhetsredovisningar för uppförande, drift och långsiktig strålsäkerhet som ska granskas och godkännas av myndigheten i kommande steg, om regeringen beviljar SKB tillstånd. Tillstyrkandet förutsätter enligt SSM att SKB under uppförandet av anläggningarna beaktar frågor av betydelse för strålsäkerheten och att SKB, i kommande arbete med detaljerade konstruktionsbeskrivningar, tillhörande säkerhetsredovisningar och säkerhetstekniska driftförutsättningar för anläggningarna tar hänsyn till de utvecklingsbehov som SSM har identifierat i sin granskning. SSM har vidare föreslagit vissa villkor för regeringens tillstånd till SKB:s anläggningar. Det handlar om att anläggningarna ska byggas, innehas och drivas så som SKB har angett i ansökningarna samt att SKB ska ta fram säkerhetsredovisningar som ska prövas och godkännas av myndigheten innan byggnationen påbörjas, innan provdrift inleds och innan anläggningen tas i rutinmässig drift.

Mark- och miljödomstolen har i sitt yttrande funnit att sammantaget uppfyller SKB:s utredning högt ställda krav enligt miljöbalken utom i ett avseende, nämligen kapselns säkerhet. Domstolen har menat att det kan finnas osäkerheter och risker i ett antal närmare angivna hänseenden som vissa korrosionsformer och andra kemiska processer, vilka kan försämra kapselns förmåga att innesluta kärnavfallet på lång sikt. Dessa osäkerheter om kapseln är sammantaget betydande och har inte fullt ut beaktats i resultatet i SKB:s säkerhetsanalys anmärker domstolens i sin sammanfattning. Domstolen har därför i sitt yttrande som en första punkt uttalat att verksamheten är tillåtlig först när SKB redovisar underlag som visar att slutförvarsanläggningen på lång sikt uppfyller miljöbalkens krav i fråga om kapselns skyddsförmåga mot bakgrund av hur kapseln eventuellt kan komma att reagera och påverkas i olika avseenden.

Således har SSM och mark-och miljödomstolen, såvitt man kan förstå, kommit till delvis olika resultat i fråga om sin bedömning huruvida domstolen respektive myndigheten på sakens nuvarande standpunkt kan förorda regeringens godkännande av slutförvarsanläggningen i Forsmark.

2. Rättsregler för slutförvar

2.1 Strålsäkerhetsmyndigheten, SSM

SSM är regeringens expertmyndighet i frågor om strålsäkerhet och har samma uppgift när myndigheten fungerar som särskilt sakkunnigt remissorgan åt domstolen vid dess beredning av regeringens ärende. Enligt sin instruktion ska SSM vara pådrivande för en god strålsäkerhet i samhället och i sin verksamhet arbeta bl.a. för att förebygga radiologiska olyckor samt säkerställa strålsäker drift och avfallshantering i kärnteknisk verksamhet. SSM ska även verka för att det

generationsmål för miljöarbetet och de miljö kvalitetsmål som riksdagen har fastställt nås och ska vid behov föreslå åtgärder för miljöarbetets utveckling samt samordna uppföljning, utvärdering och rapportering i fråga om miljö kvalitetsmålet Säker strålmiljö.

I sin rättstillämpning blir främst kärnteknik- och strålskyddslagstiftningen med tillämpningsföreskrifter aktuella för SSM, men även miljöbalken har en framträdande roll. Således ska bl.a. 2 kap. miljöbalken, de allmänna hänsynsreglerna, tillämpas vid prövning enligt 5 b § kärntekniklagen, varvid det alltså ankommer på SSM att ta ställning till dessa regler när myndigheten, som i förevarande fall, ska yttra sig över en tillståndsansökan.

3 Mer om lagstiftningen

3.1 Strålsäkerhetslagstiftning och miljöbalken

Omfånget av prövningen enligt en lag bestäms, i den mån något annat inte har angetts, uteslutande av reglerna i den aktuella lagen. I den särskilda lagen kan dock föreskrivas att även annan lagstiftning skall tillämpas vid prövningen. Exempel på detta är just kärntekniklagen och strålskyddslagen som båda i en inte obetydlig omfattning uttryckligen hänvisar till miljöbalken.

Lagen om kärnteknisk verksamhet, kärntekniklagen, är till sin karaktär en säkerhetslag, vilket utmärks av att den i huvudsak är inriktad på att tillgodose de krav på säkerhet som ställs rörande kärnteknisk verksamhet på kärnenergiområdet. Med kärnteknisk anläggning innefattas bl.a. anläggning för lagring och slutförvaring av kärnämne. Lagen är inriktad på att dels ta tillvara säkerheten i slutförvaret, dels ta tillvara Sveriges åtaganden på icke-spridningsområdet samt på tillsyn över och insyn i denna verksamhet. Flera bestämmelser i kärntekniklagen handlar om att tillståndshavaren måste hålla en hög säkerhetsnivå. Lagen har karaktären av ramlag som får sitt konkreta innehåll genom föreskrifter som meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Regeringen har bemyndigat SSM att utfärda föreskrifter enligt kärntekniklagen som rör omhändertagande och slutförvaring av kärnavfall och använt kärnbränsle.

Tillstånd får återkallas enligt 15 § kärntekniklagen, under vissa förutsättningar såsom vid väsentliga villkorsbrott eller vid ”synnerliga skäl från säkerhetssynpunkt”.

Kopplingen till miljöbalkens regler om hänsyn, miljö kvalitetsnormer och miljöbedömningar är centrala vid tillämpningen. Således ska vid prövning av ärenden kärntekniklagen miljöbalkens 2 kap. (de allmänna hänsynsreglerna) och 5 kap. 3-5 §§ miljöbalken (myndighetsansvar för att miljö kvalitetsnormer följs) iakttas.

Av 5 c § kärntekniklagen gäller vidare att för en kärnteknisk anläggning som ska prövas för ett tillstånd att uppföra, inneha eller driva en sådan anläggning ska bestämmelserna om planer och planeringsunderlag i 3 kap. 11 och 12 §§ och 5 kap. 18 § miljöbalken tillämpas och ytterligare ska frågan om verksamheten eller åtgärden kan antas medföra en betydande miljöpåverkan avgöras i ett särskilt beslut enligt 6 kap. 26 och 27 §§ miljöbalken efter att en undersökning – som närmare beskrivs i 6 kap. 23 – 25 §§ – har gjorts, om annat inte följer av undantagen i 6 kap. 23 § andra stycket. Även en specifik miljöbedömning ska göras, information lämnas och samordning ske enligt 6 kap. 28-46 §§ miljöbalken, om en betydande miljöpåverkan kan antas. En liten miljökonsekvensbeskrivning ska tas fram enligt 6 kap. 47 § miljöbalken, om länsstyrelsen beslutar att en betydande miljöpåverkan inte kan antas.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om att 6 kap. miljöbalken ska tillämpas även i andra ärenden om tillstånd enligt kärntekniklagen än sådana som avses i 5 c §. Tillståndsreglerna för Natura 2000 områden i miljöbalken erinras om i 6 § kärntekniklagen.

Den som har tillstånd att inneha eller driva en kärnteknisk anläggning ska minst vart tionde år enligt 10 a § kärntekniklagen göra en ny systematisk helhetsbedömning av säkerheten och strålskyddet och hur dessa uppfyller kraven enligt kärntekniklagen, miljöbalken och strålskyddslagen och enligt föreskrifter och beslut som har meddelats med stöd av dessa lagar. I helhetsbedömningen ska tillståndshavaren ta ställning till hur säkerheten och strålskyddet kan upprätthållas och förbättras fram till nästa helhetsbedömning eller till dess att anläggningen har avvecklats.

Strålskyddslagen syftar till att skydda människor, djur och miljön från skadliga effekter till följd av strålning. Strålskyddslagen gäller för såväl joniserande som icke-joniserande strålning. Lagen är parallellt tillämplig med kärntekniklagen inom det kärntekniska området. Medan kärntekniklagen reglerar främst säkerhetsaspekter i syfte att hindra olyckor, gäller strålskyddslagen för strålskydd i olika sammanhang. Strålskyddslagen gäller även utanför det kärntekniska området, t.ex. vid hantering av radioaktivt material i industrier eller sjukhus och hantering av det radioaktiva avfallet från sådan verksamhet.

Genom sitt syfte har strålskyddslagen en naturlig koppling till miljöbalken, alltifrån radon till avfallshantering. I 1 kap. 4 § strålskyddslagen sägs att utöver vad som sägs i den lagen finns det också bestämmelser bl.a. i miljöbalken. I samma kapitel (6 §) slås fast att 2 kap. miljöbalken (de allmänna hänsynsreglerna) gäller i fråga om prövning och tillsyn. 6 kap. strålskyddslagen reglerar förutsättningar för tillstånd med hänvisning till balkens regler om miljö kvalitetsnormer (10 §), miljöbedömningar (17 §) samt finansiell säkerhet (18 §).

SSM får meddela föreskrifter om att 6 kap. miljöbalken ska tillämpas i fråga om sådana ärenden om tillstånd som avses i strålskyddslagen. SSM får även i det

enskilda fallet besluta om att 6 kap. miljöbalken ska tillämpas i fråga om ärenden om tillstånd som avses i 6 kap. 1 och 2 §§ strålskyddslagen eller ärenden om villkor enligt 6 kap. 22 § strålskyddslagen.

Strålskyddslagen är således inte bara viktig när det gäller att skydda anställda som är sysselsatta i verksamheten vid slutförvaret utan även för allmänheten i omgivande miljö.

3.1.1 SSM:s föreskrifter

Kärntekniklagen liksom strålskyddslagen har i mycket karaktären av ramlag och får sitt konkreta innehåll genom myndighetsföreskrifter.

Regeringen har således bemyndigat SSM att utfärda detaljerade föreskrifter som rör strålsäkerheten. Av särskilt intresse är här SSMFS 2008:37, Strålsäkerhetsmyndighetens föreskrifter och allmänna råd (SMSFS 2018:9) om skydd av människors hälsa och miljön vid slutligt omhändertagande av använt kärnbränsle och kärnavfall. Även SSM:s föreskrifter 2008:1: Strålsäkerhetsmyndighetens föreskrifter och allmänna råd om säkerhet i kärntekniska anläggningar, och SSMFS 2008:21: Strålsäkerhetsmyndighetens föreskrifter och allmänna råd om säkerhet vid slutförvaring av kärnämne och kärnavfall spelar en central roll för SSM:s bedömningar i fall som förevarande. Dessa föreskrifter ger de allmänna hänsynsreglerna ett gripbart innehåll för verksamhetsutövaren och för prövningsmyndigheten och också för domstolen i frågor om strålsäkerhet. Genom sina mer noggranna föreskrifter om krav på hänsyn i strålsäkerhetssammanhang, kan föreskrifterna i detta sammanhang kallas för särskilda hänsynsregler särskilt som de ger de allmänna hänsynsreglerna och dess krav på verksamhetsutövaren ett mer precist innehåll.

Tekniken, att komplettera de allmänna hänsynsreglerna med föreskrifter som mer preciserat beskriver vad som ska åstadkommas och hur det ska ske, är tämligen vanlig inom regleringen av miljö- och hälsoskydd. Den används i miljöbalken genom bemyndiganden till myndigheter särskilt i frågor som rör avfall, kemikalier och naturvård men. Även utanför miljöbalkens primära område är det tämligen vanligt med kompletterande föreskrifter om omgivningsskydd, som exempel på detta vid sidan av strålsäkerhetsföreskrifterna, kan nämnas skog- och transportsektorn. Utfyllande hänsynsregler återfinns också genom EU-förordningar.

3.2 Miljöbalken

I miljöbalkens definition av vad som är miljöfarlig verksamhet nämns i 9 kap. 1 § punkt 3 sådant som användning av mark, byggnader och anläggningar på ett sätt som kan medföra olägenheter för omgivningen genom joniserande strålning. Miljöbalken omfattar alltså uttryckligen människors hälsa eller miljön även i fråga om kärnsäkerhet och strålskydd.

Här kan tilläggas att SSM:s arbete också knyter an till miljöbalkens mål och det i fråga om miljökvalitetsmålet Säker strålmiljö, som innefattar att utsläppen av radioaktiva ämnen i miljön ska begränsas så att människors hälsa och den biologiska mångfalden skyddas. Av motiven till miljöbalken framgår att miljöbalken är ett sätt att genomföra miljömålsarbetet och att miljömålen i sin tur är knutna till miljöbalkens mål. Miljökvalitetsmålet Säker strålmiljö inkluderas också i regeringens förordning med instruktion för Strålsäkerhetsmyndigheten. Miljökvalitetsmålet ska alltså ses som ett led i värnandet av strålsäkerheten och på ett mer övergripande som ett instrument för att uppnå regeringens miljökvalitetsmål. Därigenom kopplas också strålsäkerhetsarbetet till miljöbalkens övergripande mål som det beskrivs i 1 kap. 1 § miljöbalken.

Miljöbalken utgör en samlad miljölagstiftning som syftar till att främja en hållbar utveckling. Enligt miljöbalken innebär detta att nuvarande och kommande generationer ska tillförsäkra en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl. Miljöbalkens tillämpningsområde är inte avgränsad i lagstiftningen genom någon uttrycklig regel, utan frågan om balkens tillämpningsområde följer endast av allmänna lagvalsprinciper. I balkens inledande kapitel och paragraf anges tillämpningsområdet.

3.2.1 *Miljöbalkens tillämpningsområde*

I 1 kap. 1 § andra stycket miljöbalken sägs att balken ska tillämpas så att

- människors hälsa och miljön skyddas mot skador och olägenheter oavsett om dessa orsakas av föroreningar eller annan påverkan,
- värdefulla natur- och kulturmiljöer skyddas och vårdas,
- den biologiska mångfalden bevaras,
- mark, vatten och fysisk miljö i övrigt används så att en långsiktigt god hushållning tryggas, och
- återanvändning och återvinning liksom annan hushållning med material, råvaror och energi främjas så att ett kretslopp uppnås.

Dessa tillämpningsregler ska förstås på det sättet att balkens tillämpningsområde framgår av balkens regler i sig. Det innebär att balkens tillämpningsområde aktualiseras, när de värden eller intressen som balken säger sig värna riskerar att hotas genom en mänsklig verksamhet eller åtgärd. Med andra ord innebär detta att balken ska tillämpas vid all verksamhet och alla åtgärder som har betydelse för eller inverkan på miljöbalkens mål.

3.2.2 *Något om miljöbalkens allmänna hänsynsregler*

I den utsträckning miljöbalken tillämpas, ska prövningen ta sin utgångspunkt i de allmänna hänsynsreglerna. I miljöbalken finns allmänna hänsynsregler som ska iakttagas av var och en. Reglerna innebär att förebyggande åtgärder och andra försiktighetsmått ska vidtas så snart det kan befaras att skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön kan uppkomma.

Enligt hänsynsreglerna ska den som utövar en verksamhet eller vidtar en åtgärd som inte är av försumbar betydelse för människors hälsa eller miljön skaffa sig tillräcklig kunskap och vidta sådana skyddsåtgärder och övriga försiktighetsmått som behövs för att förebygga och motverka skador och andra olägenheter. Vidare ska verksamhetsutövaren välja bästa möjliga teknik, en lämplig plats för verksamheten, hushålla med råvaror och energi, utnyttja möjligheterna till återanvändning och återvinning, samt inte använda eller sälja kemikalier som kan ersättas av mindre farliga produkter. Av särskilt intresse i detta sammanhang är att krav på tillräckliga kunskaper är en förutsättning för att kunna vidta tillräckliga skyddsåtgärder. Den kopplingen kan sägas vara typisk för utvecklingsprojekt där man inte kan utgå från beprövad teknik.

Vid tillståndsprövningen liksom vid en tillåtlighetsprövning och tillsyn enligt miljöbalken åligger det verksamhetsutövaren att visa att verksamheten kan bedrivas på ett sätt som är förenligt med hänsynsreglerna i miljöbalken, något som regleras i 2 kap. 1 § miljöbalken. Denna regel anger således vem som har bevisbördan och också vilka beviskrav som gäller. Det gäller bl.a. skyldigheten att vidta skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått enligt 2 kap. 3 § miljöbalken och att välja en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön enligt 2 kap. 6 § miljöbalken. Om ansökan och övriga handlingar i målet inte är tillräckliga för en bedömning av den miljömässiga påverkan eller inte visar att verksamheten kan bedrivas på ett för människors hälsa och miljön godtagbart sätt finns det risk att verksamheten inte tillåts.¹

Vid tillämpningen av hänsynsreglerna ska en rimlighetsavvägning göras. Kraven får inte vara orimliga enligt 2 kap. 7 § miljöbalken. En bärande tanke är att miljöbalkens regler ska väga olika intressen mot varandra. I MÖD 2017:51 hade en miljönämnd förbjudit ett bolag att doftsätta entréer och toaletter i en centrumballeria. Mark- och miljööverdomstolen fann att trots att utredningen inte med säkerhet visade att komponenterna i den doftsättning som bolaget använt var sådana att de orsakade besvär, ansåg MÖD att redan risken för olägenhet medförde att bolaget varit skyldigt att vidta åtgärder. Ett föreläggande om att upphöra med doftsättning kunde inte heller anses vara mer ingripande än vad som krävs eller orimligt i förhållande till de kostnader som det medför för bolaget tillade MÖD i sin rimlighetsbedömning.

3.2.3 *Rimlighet och beviskrav enligt miljöbalken*

¹ Jmf MÖD 2018:19.

Exemplet om MÖD:s bedömning av doftsättning i gallerier visar också att rimlighetskravet i miljöbalken naturligt är knutet till beviskravet. Vad som är rimligt att begära av verksamhetsutövaren hänger ofta samman vad man vet eller kan bedöma om verksamhetens verkningar och dess farlighet. Bedöms verksamhetens farlighet vara av begränsad art innebär detta samtidigt att beviskraven på verksamhetsutövaren, att visa att han iakttar miljöbalken, inte blir lika långtgående som om verksamheten typiskt sett bedöms vara omedelbart farlig för omgivningen. Beviskraven skärps alltså allt eftersom verksamhetens ökade farlighet och anspråk på skyddsåtgärder. Vad som är rimligt att begära av verksamhetsutövaren i fråga om skyddsåtgärder i det ena fallet behöver inte gälla i det andra; det är arten och omfattningen av verksamheten som bestämmer vilka riskkriterier som gäller och vad som är rimligt att begära. Ju farligare en verksamhet är desto högre krav på tillräckliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder och alltmer krympande utrymme för rimlighetsbedömningar.

Mark- och miljödomstolen har här, såvitt man kan förstå, särskilt fäst sig vid beviskravet enligt 2 kap. 1 § miljöbalken som en utgångspunkt för bedömningen enligt 2 kap. 3 §. Domstolen framhåller att beviskravet är högt, något som innebär att kravet på SKB:s utredning är långtgående om än inte orimligt att uppfylla säger domstolen. Med den utgångspunkten stannar den rättsliga prövningen vid bedömningen att riskkriteriet i SSM:s föreskrifter inte är uppfyllt. Mark- och miljödomstolens slutsats blir därför att verksamheten vid Forsmark är tillåtlig endast om SKB redovisar underlag som klargör att slutförvaret är långsiktigt säkert även med avseende på kapselns skyddsförmåga. Som man får förstå domstolen är det först då som verksamhetsutövaren har fullgjort de beviskrav som följer av 2 kap. 1 § miljöbalken och som innebär att det är verksamhetsutövaren som ska visa att miljöbalkens allmänna hänsynsregler fullt ut har iakttagits.

I praxis har bevisregeln i miljöbalken närmast tillämpats som en hjälpregel för domstolarna i deras prövning av miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet. Bedömningen har då gällt huruvida verksamhetsutövaren har uppfyllt hänsynsreglerna, särskilt när det gäller skyddsanordningar och övriga försiktighetsmått enligt 2 kap. 3 § miljöbalken, men också när det gäller om miljökonsekvensbeskrivningen är tillräckligt belysande för frågor som rör verkningarna av verksamheten.² Beviskraven i miljöbalken är inte statiska som i ett brottmål, där det i princip gäller samma beviskrav för en hastighetsöverträdelse som för ett mord, utan i miljöprövningen anpassas beviskravet till verksamhetens farlighet och risknivå samt till vad som är rimligt att begära.

SSM har uppmärksammat samma frågor som domstolen där denna redovisat kritiska synpunkter i fråga om riskerna, men SSM har dock gjort bedömningen att utredningen är sådan att man kan bedöma ansökan och tillstyrka tillåtligheten av ansökan. Som skäl för detta anförs att genom den stegvisa prövningsprocessen kan

² Jmf MÖD 2010:29 och MÖD 2012:19.

nya vetenskapliga rön och djupare kunskap om kapseln, kopparhöljet och dess skyddsförmåga minska osäkerheterna. SSM tillägger i denna fråga enligt mark- och miljödomstolens yttrande (sid 429): ”Däremot är frågorna inte av sådan betydelse att SSM inte kan bedöma ansökan och de slutsatser som SKB redovisar om slutförvarets omgivningspåverkan och således förutsättningarna att uppfylla myndighetens krav på långsiktig säkerhet.”

I fråga om de allmänna hänsynsreglerna säger SSM enligt mark- och miljödomstolens yttrande (sid 428): ”SKB uppfyller, eller har visat att bolaget har förutsättningar att uppfylla, de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken för att skydda människors hälsa och miljön mot skadlig verkan av joniserande strålning. Den inkapsling- och den slutförvarsanläggning som tillhör SKB:s system för slutliga omhändertagandet av använt kärnbränsle *har förutsättningar* (min kursivering), att uppfylla de strålsäkerhetskrav som behövs för att skydda människors hälsa och miljön mot skadlig verkan av joniserande strålning. SKB har *gjort troligt* (min kursivering), att SSM:s föreskriftskrav kommat att uppfyllas när anläggningen tas i drift. Jag återkommer i avsnitt 7 till beviskraven.

4 Något om prövningsordningen

4.1 Mer om tillåtligheten enligt miljöbalken

De av mark- och miljödomstolen prövade anläggningar kräver tillstånd av mark och miljödomstolen enligt 58 och 59 §§ miljöprövningsförordningen. Innan tillstånd kan ges prövar regeringen tillåtligheten av verksamheten enligt 17 kap. MB.

Obligatorisk tillåtlighetsprövning av regeringen gäller bl.a. tillåtligheten av anläggningar för kärnteknisk verksamhet liksom sådana anläggningar som behövs i slutförvarssystemet enligt kärntekniklagen. En sådan prövning föregår en tillståndsprövning enligt miljöbalken. Kärntekniska anläggningar är av nationellt intresse och ofta mycket kontroversiella. Att tillåtlighetsprövningen lades på regeringen motiverades i förarbetena till tidigare lagstiftning, lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m., bl.a. med att ingen annan än regeringen kunde åstadkomma en allsidig prövning med en sammanvägning av bl.a. miljöskyddsmässiga, arbetsmarknadspolitiska och regionalpolitiska synpunkter. Vid miljöbalkens införande konstaterades att det fortfarande var viktigt att regeringen behöll tillåtlighetsprövningen som en tidig och betydelsefull länk i prövningskedjan för att därigenom kunna utöva en politisk styrning av vissa beslut.³

I förarbetena till miljöbalken anförs att regeringens prövning bör utgå från miljöbalkens allmänna hänsynsregler och övriga tillståndsregler samt att samma miljökrav bör ställas på en verksamhet som prövas av regeringen som på en

³ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 442.

verksamhet som prövas av annan myndighet.⁴ Regeringen ska således vid sin tillåtlighetsprövning göra en fullständig bedömning av den aktuella verksamheten.⁵ En tillåtlighetsprövning enligt miljöbalken kan inte göras mindre omfattande i fråga om verksamhetens miljöpåverkan än när det är fråga om en tillståndsprövning. Ett fullständigt underlag är således en förutsättning för att en förprövning av de samlade miljöeffekterna av den planerade verksamheten ska kunna genomföras. En miljökonsekvensbeskrivning ska ingå i beslutsunderlaget för regeringen så att verksamhetens art, omfattning, miljöpåverkan, lokalisering m.m. är redovisade.

I förarbetena till miljöbalken anförs vidare att när regeringen har beslutat att tillåta en verksamhet är frågan om tillåtlighet avgjord och ska sålunda inte ingå i en efterföljande tillståndsprövning enligt miljöbalken.⁶ Tillståndsmyndigheternas prövning begränsas således efter regeringens prövning till de frågor som inte på ett tydligt sätt har prövats av regeringen.⁷

Vad som också är viktigt att notera i detta sammanhang är alltså att mark- och miljödomstolen efter regeringens beslut om tillåtlighet, inte ges något tillfälle att åter pröva tillåtligheten av verksamheten. Det är en avgörande skillnad mot SSM:s möjligheter att ingripa efter tillåtlighetsbeslut eller tillståndstånd enligt kärntekniklagen.

Regeringens tillåtlighetsprövning kan efter överklagande komma att prövas av Högsta förvaltningsdomstolen genom rättsprövning.

4.2 *Tillståndsprövning*

Sedan regeringen beslutat att en verksamhet är tillåtlig går prövningen åter till domstolen som ska pröva tillståndsfrågan. En given tillståndsdom enligt miljöbalken som rör vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet har rättskraft och intar en särställning, då den gäller gentemot alla och för all framtid, om tillståndet inte är tidsbegränsat. Villkoren kan ändras endast om det föreligger sådana förhållanden som sägs i miljöbalken. En ansökan om ändring enligt 24 kap. 5 § miljöbalken får göras enbart av de i 7 § angivna myndigheterna. SSM, som inte omfattas av bestämmelsen, kan därför inte själv inleda en sådan omprövning.

Rättskraften enligt miljöbalken innebär främst att en tillsynsmyndighet normalt inte kan ställa ytterligare krav i de frågor som har prövats i tillståndet enligt miljöbalken. Ett beslut om tillstånd eller liknande enligt en lag som ligger utanför miljöbalken som kärntekniklagen eller strålskyddslagen saknar dock den rättskraft som gäller för motsvarande beslut inom balken. Bestämmelserna i strålsäkerhetslagstiftningen kan alltså tillämpas fullt ut trots att en sak redan har prövats enligt miljöbalken. När en

⁴ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 436.

⁵ MÖD 2006:44.

⁶ MÖD 2009:38.

⁷ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 443 och MÖD 2006:44.

verksamhet är tillståndspliktig enligt både balken och en annan lag är det till och med förutsatt att två prövningar skall ske. Det finns i sådana situationer inte några förvaltningsrättsliga principer som säger att den prövning som sker först binder den senare prövningen.

Det finns också anledning att här nämna möjligheten till provisoriska villkor vid tillståndsgivning enligt miljöbalken, s.k. provotidsvillkor enligt 22 kap. 27 §. När verkningarna av verksamheten inte kan förutses med tillräcklig säkerhet, får mark- och miljödomstolen vid meddelande av tillstånd till verksamheten skjuta upp frågan om villkor till dess erfarenhet har vunnits av verksamhetens inverkan. Det är möjligt att skjuta upp avgörandet både av ett visst eller vissa villkor eller villkoren i dess helhet; de utredningar som ska redovisas till domstolen kan ges in successivt. Om det är nödvändigt för att motverka olägenheter, ska provisoriska föreskrifter om skyddsåtgärder eller andra försiktighetsmått meddelas. Den uppskjutna frågan, som kan avse den tekniska utformningen, ska avgöras så snart som möjligt. Ett provotidsförfarande kan inte användas om domstolen är osäker på om tillstånd över huvud taget kan lämnas. Förfarandet får alltså endast användas i samband med att tillstånd lämnas. Det är endast osäkerheten om hur en fråga ska regleras – och inte beträffande själva tillståndsfrågan – som motiverar ett provotidsförfarande.⁸

Strålskyddslagen liksom kärntekniklagen uppvisar däremot en annan ordning. För ändring av föreskrifter eller villkor som har meddelats enligt någon av dessa båda lagar finns inte några motsvarande formella begränsningar i fråga om ingripanden mot tillståndsgiven verksamhet enligt de föreskrifter som gäller enligt miljöbalken. Den centrala myndigheten, SSM, har befogenhet att förbjuda verksamheten eller ändra ett villkor eller annan bestämmelse – i skärpande eller mildrande riktning – utan att några särskilda former vid sidan av förvaltningslagen behöver iakttas.

5 Om stegvis prövning

5.1 Miljöbalken

Mark- och miljödomstolen slår fast att en eventuell fortsatt utredning efter ett beslut om tillåtlighet enligt miljöbalken inte kan tillåtas inverka på bedömningen av om slutförvaret är långsiktigt säkert. Därmed har domstolen lagt fast att ett besluts tillåtlighet inte är suspensivt enligt miljöbalkens tillåtlighetsregler, utan det finns en sista dag för bedömningen vad som är långsiktigt säkert och den dagen är dagen för regeringens beslut om tillåtlighet.

Har regeringen funnit en verksamhet tillätlig enligt miljöbalken innebär det att verksamheten normalt också ska ges tillstånd vid den fortsatta prövningen.

⁸ Vid tillståndsprövningen av tillstånd till ESS-anläggningen i Lund, mark- och miljödomstolens deldom i Växjö i mål M1007-12 sköt domstolen upp prövningen av frågor som radioaktivitet och omhändertagande av slutligt omhändertagande av radioaktivt avfall.

Annorlunda är det som nämnts enligt strålsäkerhetslagstiftningen. Den bundenhet vid bedömningen vid beslutstillfället som manifesteras i miljöbalken återfinns som tidigare nämnts inte i strålsäkerhetslagstiftningen.

5.2 *Kärntekniklagen*

SSM har framhållit att en prövning enligt kärntekniklagen – till skillnad från miljöbalken – bygger på en stegvis prövning som omfattar fyra steg.

Av de fyra stegen, nedan redovisas som punkter, följer att SSM:s granskning syftar till att etappvis bedöma om det finns förutsättningar för en sökande att etablera en sökt verksamhet så att den kan förväntas komma att bedrivas på ett sådant sätt att gällande krav på säkerhet och strålskydd med allt större säkerhet stegvis kan komma att uppfyllas i senare skeden för att så småningom vara helt uppfyllt.

Den stegvisa prövningen kan beskrivas enligt följande.

1. Ett första steg som innebär en principiell prövning för att på en övergripande nivå bedöma om det finns förutsättningar för en sökande att etablera en sökt verksamhet så att den kan förväntas komma att bedrivas på ett sådant sätt att gällande krav på säkerhet och strålskydd kan komma att uppfyllas vid efterföljande steg (innan medgivande om uppförande, provdrift, respektive rutinmässig drift) i den stegvisa prövningen. Beslut om att medge tillstånd eller ej fattas av regeringen.
2. Ett andra steg som innebär att ett medgivande från myndigheten att inleda själva uppförandet av en kärnteknisk anläggning baserad på en s.k. preliminär säkerhetsredovisning (PSAR). Redovisningen i PSAR utgör en teoretisk beskrivning/modell av hur gällande krav på säkerhet och strålskydd konkret är tänkta att uppfyllas för verksamheten i rutinmässig drift.
3. Ett tredje steg som innebär ett medgivande från myndigheten att inleda provdrift av anläggningen baserat på en förnyad säkerhetsredovisning (SAR) som innehåller en första version av s.k. säkerhetstekniska driftsförutsättningar (STF). Redovisningen i den förnyade SAR utgör redovisning av faktisk kravuppfyllelse för konstruktioner och installationssystem samt en teoretisk beskrivning/modell av hur gällande krav på säkerhet och strålskydd konkret är tänkta att uppfyllas för själva driften.
4. Ett fjärde steg som innebär ett medgivande från myndigheten att inleda rutinmässig drift av anläggningen baserad på en redovisning av ny version av SAR som kompletterats med erfarenheterna från provdriften samt uppdaterade säkerhetstekniska driftsförutsättningar (STF). Redovisningen i den kompletterade SAR utgör redovisning av faktisk kravuppfyllnad för såväl konstruktioner och installationssystem som för själva driften av anläggningen.

SSM:s bedömning av SKB:s ansökan i denna stegvisa process utgör alltså det första steget i processen enligt ovan. Denna bedömning har också enligt uppgift varit tillgänglig för mark- och miljödomstolen vid dess beredning av tillåtlighetsprövningen enligt miljöbalken.

Av ovanstående framgår att någon bedömning av egentlig kravuppfyllnad inte låter sig göras förrän anläggningen uppförts (faktisk kravuppfyllelse för konstruktioner och installationssystem) och efter genomförd provdrift (faktisk kravuppfyllnad för själva driften).

5.3 *Slutsats*

Det är enkelt att konstatera att de olika tillvägagångssätten inte går att förena, antingen prövar man tillåtlighet eller tillstånd vid samlat tillfälle som mark- och miljödomstolen eller så gör man en stegvis prövning i etapper som SSM. Det är alltså nödvändigt att avgöra vilken prövningsordning som ska ha försteg särskilt som en dubbelprövning av samma frågor ska undvikas. Lösningen är att göra ett lagval, ett val som sålunda görs för att undvika en eventuell dubbelreglering av samma sak.

6. **Lagval**

6.1 *Principiella utgångspunkter*

Av allmänna lagvalsregler följer att miljöbalken ska tillämpas parallellt med annan lagstiftning som reglerar verksamheten i fråga. I svensk rätt tillämpas i fråga om lagval principen om *lex specialis*. Denna princip innebär att en regel eller lag som särskilt reglerar något specifikt, något uttalat, ska ges företräde vid tillämpningen framför en mer allmän författningsreglering av den aktuella saken. I den utsträckning ”speciallagen” reglerar en utmärkande fråga mer i detalj än vad miljöbalken anger, blir alltså miljöbalkens regler endast kompletterande, dvs. de kan vid behov fylla ut specialregleringen till angränsade områden som exempelvis artskydd eller biologisk mångfald. Vid bedömningen av strålsäkerhet är det följaktligen SSM:s föreskrifter som äger företräde i den utsträckning myndigheten har reglerat saken, eftersom miljöbalken saknar uttryckliga eller specifika föreskrifter om strålsäkerhet för särskilda fall eller förhållanden.⁹

Vissa bestämmelser i miljöbalken är dock av en sådan art att de måste iakttas, här är balken speciallag. Det gäller t.ex. föreskrifter för skyddade områden, meddelade med stöd av 7 kap. miljöbalken, och miljö kvalitetsnormer enligt 5 kap. miljöbalken,

⁹ Ett exempel på att specialregleringen har företräde återfinns i prop. 2017/18:94 med förslag om strålskyddslag. Där ges exemplet att bestämmelser om fastighetsägares ansvar för radon i bostäder och lokaler återfinns även i 9 kap. 9 § miljöbalken. Den paragrafen innebär att ägare eller nyttjanderättshavare till berörd egendom ska vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att hindra uppkomsten av eller undanröja olägenheter för människors hälsa. Med olägenhet avses t.ex. radon. Paragrafen i strålskyddslagen om fastighetsägares ansvar för radon dock är en specialregel i förhållande till bestämmelsen i miljöbalken och ställer i huvudsak mer långtgående krav än miljöbalken i fråga om bostäder. Bestämmelsen i strålskyddslagen ska därför tillämpas före bestämmelserna i miljöbalken.

föreskrifter som ska tillämpas och iakttas vid all verksamhet som riskerar att påverka miljön.

6.2 *Prop. 1997/98:90 Följdlagstiftning till miljöbalken*

I propositionen om följdlagstiftning till miljöbalken uppmärksammades miljöbalkens förhållande till annan lagstiftning. Regeringen anförde här.¹⁰

Reglerna i miljöbalken skall enligt huvudregeln gälla för miljöpåverkande verksamheter även om dessa omfattas av annan lagstiftning. Miljöbalken och de andra lagarna gäller alltså parallellt i den bemärkelsen att regler om vad som skall iakttas vid utövandet av verksamheten kan finnas i både miljöbalken och andra lagar. Exempelvis skall den som bedriver gruvsdrift följa reglerna i såväl miljöbalken som minerallagen (1991:45). Detta är inte någon nyhet. Redan i dag måste en verksamhetsutövare iaktta reglerna i olika lagstiftningar. Det förhållandet att lagarna gäller parallellt kan i några enstaka fall leda till att bestämmelser i miljöbalken kan komma i konflikt med miljöregler i de nyss nämnda lagarna. En bedömning måste då göras i det enskilda fallet med utgångspunkt i allmänna lagvalsprinciper. Enligt regeringens mening är det likväl lämpligt att i händelse av normkonflikter införa regler som tar bort olägenheterna av att två bestämmelser gäller parallellt. Vid ett sådant arbete bör följande utgångspunkter gälla. Om det direkt kan konstateras att regeln i den andra lagen inte bör gälla skall regeln ändras eller upphävas. Detta är fallet när bestämmelsen enbart berör frågor som regleras i miljöbalken och bestämmelsen inte ställer krav utöver miljöbalken. I de fall regeln omfattar annat än sådant som regleras i miljöbalken bör den stå kvar. I detta fall bör bestämmelsen ändras så att materiella krav i nivå med miljöbalkens regler ställs. Exempel på en sådan bestämmelse finns i 13 kap. 4 § minerallagen (1991:45), där det stadgas att koncessionshavaren skall utföra efterarbete när koncessionen upphör, i den mån det är motiverat från allmän eller enskild synpunkt. Sid 148 f. Om en regel omfattar miljökrav utöver vad som anges i miljöbalken skall den naturligtvis stå kvar. Detta kan vara fallet i strålskyddslagstiftningen.

Ett utmärkande drag för följdlagstiftningspropositionen är att regeringen gång efter annan framhåller att även vid tillämpningen av lagstiftning utanför miljöbalken får inte tillämpningen bli mindre omsorgsfull i fråga om hänsyn till omgivningen. Således framhöll regeringen beträffande exempelvis miljöhänsynen vid tillämpningen av luftfartslagen och farledslagen ”att beslutsmyndigheterna enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer har ett ansvar för att ärendena blir tillfredsställande utredda. Därmed har de också en befogenhet att förordna om de kompletteringar av beslutsunderlaget som de bedömer erforderliga”.¹¹ Att motsvarande gäller SSM får sägas vara en självklarhet.

När det gällde att utveckla resonemanget om lagvalsprincipen, valde regeringen att använda skogsvårdslagstiftningen som exempel och anförde.¹²

När två bestämmelser som är tillämpliga på samma fråga leder till olika resultat och bestämmelserna alltså är oförenliga, måste en bedömning göras av vilken bestämmelse som skall tillämpas. Av allmänna lagvalsprinciper följer i förevarande fall att de detaljerade föreskrifterna om miljöhänsyn i skogsvårdsförfattningarna skall tillämpas. *Lagrådet* har föreslagit att det lagval som skall göras regleras direkt i lagtexten. Regeringen gör dock den bedömningen att någon uttrycklig lagreglering inte behövs, eftersom den valda metodiken med tillräcklig tydlighet knyter an till allmänt erkända lagvalsprinciper. En tillsynsmyndighet får således inte med stöd av miljöbalkens allmänna hänsynsregler

¹⁰ Sid 148 f.

¹¹ Sid 196 och 202.

¹² Sid 244 f.

meddela förelägganden om bredden på skyddszoner med träd och buskar som lämnas kvar mot vattendrag, eftersom bestämmelser om sådana skyddszoner finns i Skogsstyrelsens föreskrifter. Däremot kan med stöd av miljöbalken krav ställas på t.ex. kemikaliehantering, eftersom sådan hantering inte regleras i skogsvårdsförfattningarna. En lagvalsprövning leder nämligen till bedömningen att om en fråga om miljöhänsyn är oreglerad i skogsvårdsförfattningarna kan miljöbalkens hänsynsregler läggas till grund för ingripanden. Miljöbalkens hänsynsregel om försiktighetsmått (2 kap. 3 §) blir således tillämplig i de frågor som inte är särskilt reglerade i skogsvårdsförfattningarna.

Det förda resonemanget kan givetvis föras också med strålsäkerhet som utgångspunkt.

6.2.1 *Strålsäkerhetslagstiftning i följdlagstiftningen*

Sedan det från SSI och SKI vid remissbehandlingen framfördes kritik mot att miljöbalken skulle omfatta joniserande strålning svarade regeringen på kritiken i propositionen om följdlagstiftning till miljöbalken. Regeringen anförde där.¹³

Miljöbalken innehåller i jämförelse med kärntekniklagen regler avseende yttre faktorer som kan påverka människors hälsa eller miljön negativt eller som kan äventyra en långsiktigt god hushållning med mark, vatten och den fysiska miljön i övrigt. I miljöbalken ges alltså generella bestämmelser om miljöhänsyn. Bestämmelserna skall iakttas av alla. Genom att kärntekniklagens bestämmelser så tydligt inriktas på säkerheten i kärnteknisk verksamhet bedömer regeringen, i likhet med vad som anförts i remissyttrandet från *Lunds universitet*, att de normalt bör kunna tillämpas vid sidan om miljöbalkens bestämmelser utan att det behöver ge upphov till någon oklarhet om vilken bestämmelse som gäller framför den andra i olika situationer. Det betyder att ytterligare krav på hänsyn till miljön skall kunna ställas enligt miljöbalken på den som bedriver kärnteknisk verksamhet, exempelvis i fråga om buller, vattenverksamhet, resurshushållning m.m. På samma sätt som i dag skall alltså bestämmelser med generell räckvidd i annan skyddslagstiftning, som t.ex. miljöbalken, gälla också för kärnteknisk verksamhet

Svaret från regeringens sida skulle kunna bibringa läsaren uppfattningen, att avsikten med utvidgningen skulle vara att miljöbalken skulle gälla mer generella miljökrav men inte joniserande strålning. Tveksamhet av en sådan tolkning blir dock tydlig när regeringen återkommer i ämnet enligt följande:

Med anledning av vad *SKI* har anført om oklarheter beträffande prövningen av kärntekniska anläggningar m.m. hänvisar regeringen inledningsvis till vad som har anförts i propositionen med förslag till miljöbalken (prop. 1997/98:45, del 1 s. 328). Av vad som anføres där framgår att tanken är att alla utsläpp och störningar från kärntekniska anläggningar i framtiden skall prövas av den regionala miljödomstolen, dvs. även utsläppet av radioaktiva ämnen och frågor om joniserande strålning. Är ärendet av det slaget att regeringen skall pröva tillåtligheten enligt 17 kap. MB, dvs. motsvarigheten till nuvarande 4 kap. naturresurslagen, skall miljödomstolen efter beredning av ärendet överlämna det till regeringen för prövning. Det kan förutsättas att miljödomstolens handläggning enligt miljöbalken sker parallellt med en beredning hos *SKI* av tillståndsärendet enligt kärntekniklagen. Tillåtlighetsprövning enligt miljöbalken och tillståndsprövning bör därvid samordnas så att såväl miljödomstol som berörd kommun har tillgång till expertmyndigheternas granskningsrapporter i kärntekniklagsärendet vid sin behandling av

¹³ Sid 266.

tillåtlighetsprövningen enligt miljöbalken. Även regeringens slutliga beredning och beslut enligt de båda lagarna bör ske samordnat, såvida inte regeringen delegerat beslutanderätten i kärntekniklagsärendet till myndighet. Efter att tillåtlighetsprövningen enligt miljöbalken har slutförts hos regeringen lämnas ärendet åter till miljödomstolen om det krävs tillstånd enligt miljöbalken och då prövas alla utsläpp och störningar från anläggningen. Den regionala miljödomstolen är då prövningsmyndighet i första instans. Förhållandet mellan miljöbalken och strålskyddslagen hindrar inte att tillsynsuppgiften såvitt gäller iakttagandet av strålskyddsvillkoren kvarstår på SSI. Den utvidgade definitionen av miljöfarlig verksamhet i 9 kap. 1 § MB behöver därför enligt regeringens förmenande inte leda till några samordningsproblem. Regeringen ser inte heller någon grund för SKI:s farhågor om att villkor enligt miljöbalken kan komma att kollidera med villkor meddelade med stöd av kärntekniklagen respektive strålskyddslagen. Regeringen anser tvärtom att den samlade prövningen av störningskällor som medges genom miljöbalken skapar förutsättningar för en bättre helhetsbild av riskerna för miljön och ger samtidigt betydande fördelar när det gäller strålskyddskontrollen. SKI:s roll som expertmyndighet på kärnteknikområdet skall naturligtvis bibehållas oavsett miljöbalksreformen och det är självfallet SKI som i framtiden utövar tillsynen enligt kärntekniklagen.¹⁴

Senare i propositionen (sid 274.) förtydligas i fråga om strålskyddslagens förhållande till miljöbalken:

Naturligtvis kan det inte helt uteslutas att miljöbalkens bestämmelser i ett visst fall kommer i konflikt med någon bestämmelse i strålskyddslagen eller att förhållandet mellan lagverkens bestämmelser kan uppfattas som oklart. Enligt regeringen finns det dock inga skäl att överdriva olägenheterna av detta. Strålskyddslagen innehåller praktiskt taget i alla delar inom sitt tillämpningsområde en specialreglering för strålskyddet. För den händelse det skulle uppstå tvekan om det i miljöbalkens eller strålskyddslagens bestämmelse ställs från miljösynpunkt längre gående krav såvitt gäller strålskyddet bör det enligt regeringens mening i rättstillämpningen vara fullt möjligt att med stöd av allmänna rättsgrundsatser för lösning av lagkonflikter bestämma vilken bestämmelse som skall gälla framför den andra. Vidare är det enligt regeringens bedömning liten risk för dubbelprövning eftersom tillståndsplikten enligt strålskyddslagen är specialreglerad och huvudsakligen delegerad till SSI. Dessutom kan det förväntas att berörda myndigheter liksom i dag samråder i de fall där det kan råda tvekan. Följaktligen anser regeringen att SSI även efter miljöbalkens ikraftträdande har en klart definierad roll som tillstånds-, tillsyns- och expertmyndighet på strålskyddets område.

Det kan av vad som här citerats dras slutsatsen att domstolen vid sin prövning är oförhindrad att pröva alla frågor som rör kärnteknisk verksamhet, men för den händelse det skulle bli fråga om en dubbelprövning, alltså en prövning av samma sak, gäller allmänna lagvalsprinciper.

6.3 *Frågan om lagval i senare offentligt tryck*

Frågan har återkommit i senare sammanhang. Således återkom Kärnsäkerhetsutredningen, SOU 2003:100, i någon mån till saken och föreslog att 24 kap. 1 § miljöbalken skulle kompletteras med ett nytt stycke, där det skulle slås fast att villkor, föreläggande eller föreskrift som har meddelats med stöd av kärntekniklagen respektive strålskyddslagen ska tillämpas istället för dom eller beslut

¹⁴ Sid. 270.

enligt vad som följer av miljöbalken, om någon av de många förpliktelser som följer av strålsäkerhetslagstiftningen innebär strängare eller mer långtgående säkerhets- eller strålskyddsåtgärder. Regeringen avfärdade emellertid förslaget som onödigt och anförde att tillsynsmyndigheterna på strålsäkerhetens område är oförhindrade att ingripa med stöd av respektive speciallagstiftning, även då det finns avvikande villkor i en verksamhets miljöbalkstillstånd. Om ett sådant ingripande innebär strängare eller mer långtgående åtgärder kommer det i praktiken att bli dessa som gäller, eftersom efterlevnaden är straffsanktionerad. Den föreslagna lagändringen skulle därför endast bekräfta ett förhållande som redan gäller fastslog regeringen.¹⁵

I propositionen en effektivare miljöprövning (prop. 2004/05:129) diskuterar regeringen den föreslagna ordningen med en mer begränsad obligatorisk tillåtlighetsprövning från regeringens sida och säger där i fråga om en bibehållen obligatorisk regeringsprövning av kärntekniska anläggningar och det rådande förhållandet mellan miljöbalken och kärntekniklagen bl.a.:

Regeringen prövar dessutom sådana anläggningar som behövs i slutförvarssystemet enligt lagen (1984:3) om kärnteknisk verksamhet (kärntekniklagen). Prövningen enligt balken och kärntekniklagen avser skilda frågor. Den prövning som sker enligt kärntekniklagen är framför allt inriktad på säkerhetsfrågor. Prövningen enligt balken avser mer övergripande frågor såsom anläggningens lokalisering, art och omfattning samt frågor om verksamhetens effekter på markanvändning, miljön, energi och transporter m.m. De två prövningarna sammantagna ger en samordnad och ändamålsenlig prövning. Regeringen delar den uppfattning som har framförts av flera remissinstanser att en förändring av regelverket för anläggningar för kärnteknisk verksamhet riskerar att väsentligt försvara genomförandet av pågående projekt. Eftersom anläggningar för kärnteknisk verksamhet nästan alltid är av nationellt intresse, sammantaget med den prövning som sker enligt kärntekniklagen, talar starka skäl mot att – utan ett väl utrett förslag av hela regelverket kring kärntekniska anläggningar – ändra regelverket för sådana verksamheter.¹⁶

Om regeringen i följdlagstiftningspropositionen intog en inte entydig hållning till prövningens omfattning enligt miljöbalken blev dock tolkningen från regeringens sida helt entydig med detta uttalande, dock kan det sagda inte sägas utgöra någon rättskälla, då det kom flera år efter följdlagstiftningspropositionen och utgör motiv i efterhand, något som inte godtas vid lagtolkning.

Vad man kan konstatera är att något stöd i själva lagtexten eller rättare sagt någon begränsning i lagtexten till miljöbalken finns alltså egentligen inte när det gäller hur domstolarna ska se på förhållandet mellan lagarna, men motiven hänvisar till förvaltningsrättsliga principer som myndigheternas utredningsskyldigheter och vid tolkning av vad som gäller i det enskilda fallet tillämpningen av allmänna lagvalsprinciper för att undvika dubbelreglering av samma fråga. I ljuset av det blir en domstolstolkning av lagstiftningen av avgörande betydelse för besvarande av frågan hur man ska se på rollfördelningen. Uttalandet i propositionen En effektivare

¹⁵ Prop. 2005/06:76 sid. 29.

¹⁶ Prop. 2004/05:129 sid. 81.

miljöprövning har möjligen haft betydelse för hur Mark- och miljööverdomstolen såg på förhållandet i avgörandet MÖD 2006:70.

6.4 *Praxis genom MÖD 2006:70 – en samordnad tillämpning*

Det exemplet som framhålls från praxis och som illustrerar hur dåvarande Miljööverdomstolen bedömde frågan om lagkonkurrens och parallella prövningar av tillstånd är som antytts målet om tillstånd till befintlig och utökad verksamhet vid Ringhals kärnkraftverk, MÖD 2006: 70. Domstolen slog fast att det inte föreligger några hinder för domstolen mot att, om det behövs, meddela villkor enligt 22 kap. 25 § första stycket miljöbalken, även i fråga om kärnsäkerhet och strålskydd).¹⁷ Den centrala frågan vid prövningen var emellertid om det i tillståndet fanns skäl enligt miljöbalken att föreskriva ytterligare villkor som reglerar strålskyddet och kärnsäkerheten än vad strålsäkerhetsmyndigheterna hade gjort.

Ringhals argumenterade i målet att de rättskraftsregler som gäller enligt miljöbalken inte har någon motsvarighet i lagarna om kärnteknik och strålskydd och att specialregleringen ger en uttömmande reglering i frågor om säkerheten för omgivningen. Ringhals framhöll därvidlag att det inte finns något utrymme för villkor om strålskydd och säkerhet av annat än mycket övergripande slag. Denna inställning delades av SKI och SSI vilka ansett att det lämpligen bör ankomma på myndigheterna att i sina respektive föreskrifter och beslut föreskriva villkor om kärnsäkerhet och strålskydd.

MÖD, som alltså inte delade SSI:s och SKI:s inställning om respektive myndighets exklusiva kompetens, fann likväl att en lämplig balans åstadkoms mellan å ena sidan specialmyndigheterna, dåvarande Kärnkraftsinspektionen och Strålskyddsinstitutet, och å andra sidan miljödomstol genom att myndigheterna reglerar verksamheten mer i detalj enligt sina föreskrifter medan miljödomstolen gör en generell avvägning mellan kostnad och nytta av de åtgärder som kommer att presenteras genom utredningsvillkoret, alltså en avvägning främst enligt 2 kap. 7 § miljöbalken.

MÖD gjorde således bedömningen att det var en lämplighetsfråga; det var lämpligast att miljöprövningen i domstol tog sin utgångspunkt i vad som var rimligt att begära i fråga om säkerhet med beaktande av kostnadsaspekterna. Härigenom undvek MÖD lagvalsfrågan, men den bör likväl ha spelat roll för MÖD:s sätt att angripa problemet.

Av hur MÖD och underinstansen i Ringhalsmålet redovisat rollfördelningen mellan domstol och myndigheter i avvägningen mellan vad var och en av aktörerna ska ha för inflytande på tillståndsprövningen, kan ingen annan tolkning göras än att en avgörande fråga har varit att var och en av tillsynsmyndigheterna, (som numera begränsas till SSM), har mandat att på egen hand ingripa mot verksamheten, om det skulle visa sig nödvändigt. Därigenom ansåg sig MÖD kunna avgränsa vad som var

¹⁷”tanken är att alla utsläpp och störningar från kärntekniska anläggningar i framtiden skall prövas av den regionala miljödomstolen, dvs även utsläppet av radioaktiva ämnen och frågor om joniserande strålning”. (Se prop.uttalande i anknytning till fotnot 13).

lämpligt att reglera i en dom enligt miljöbalken och domstolen kunde därför också avstå från att bedöma sådant som rörde ställningstaganden i avancerade strålsäkerhetsfrågor.

Domen, som är den enda i sitt slag från en överinstans, får anses vara vägledande hur avgränsningen bör göras mellan miljöbalken och strålsäkerhetslagstiftningarna.

7. Miljöbalkens betydelse för SSM vid tillståndsprövning enligt kärntekniklagen

7.1 Prioriteringen vid lagvalet

Förhållandet miljöbalken till kärntekniklagen kan enklast beskrivas med att det är verksamhetsutövaren, SKB, som i sin verksamhet ska ha vidtagit tillräckliga skyddsåtgärder och försiktighetsmått i övrigt samt även beaktat miljöbalkens mål och tillämpat hänsynsreglerna såväl de allmänna som de särskilda. SSM:s roll är att pröva huruvida verksamhetsutövaren kan leva upp till och iaktta kraven. SSM ska alltså pröva verksamheten enligt vad som framgår av 2 kap. miljöbalken, eller med andra ord pröva frågor som vad verksamhetsutövaren och hans verksamhet kan visa i fråga om kunskap, försiktighetsmått, platsval hushållning med råvaror och kemikalieanvändning, och om allt detta kan anses vara tillräckligt från ett strålsäkerhetsperspektiv, om verksamhetsutövaren åstadkommer vad som kan kvalificeras som en säker strålmiljö.

Miljöbalkens allmänna hänsynsregler säger ingenting om den närmare utformningen av de försiktighetsmått eller skydd som det åligger verksamhetsinnehavaren att inrätta eller vilka kunskaper han ska ha. De allmänna hänsynsreglerna kvalificerar kraven till nivån att de ska motsvara de försiktighetsmått ”som behövs”. Också platsvalet uttrycks i termer som ”en plats som är lämplig”. De allmänna hänsynsreglerna betecknar i allmängiltiga och allomfattande termer vad som ska eftersträvas och sätter en norm och samtidigt en kvalifikationsgräns för de krav som kan ställas på verksamhetsutövaren. De allmänna hänsynsreglerna är sålunda vad som i juridiska termer skulle kunna kallas för ”generalklausuler” som ska gälla för prövningen och iakttas i verksamheten.¹⁸ Normernas materiella innebörd bestäms närmare någon annanstans, antingen genom kompletterande normgivning, oftast genom myndighetsföreskrifter, eller som en skälighetsstandard eller rättslig standard, det senare en normbildning vid sidan av bindande normföreskrifter, t.ex. som byggstandarder, tekniska standarder som ISO 14 001 eller som råd eller rekommendationer från myndigheter eller vetenskapliga organ. Allt detta måste eller ska kunna ingå i det underlag som fullständigt innehåller av de allmänna hänsynsreglerna och som samtidigt bildar utgångspunkten vid prövningen och som ska kunna inverka på bedömningen vid prövningen av tillåtligheten, tillståndet liksom villkoren för verksamheten.

¹⁸ Med generalklausul menas här en paragraf som utgör en tillämpningsregel och som täcker in många olika situationer jämfört med en lagregel som täcker in en mer specifik situation.

Det är så som miljöbalkens betydelse för SSM manifesteras vid myndighetens tillämpning av 2 kap. miljöbalken och de överväganden och lagval som tillämpningen innebär. Som tidigare beskrivits är det den lag som mer specifikt reglerar frågan som har företräde, om det skulle uppstå risk för en dubbelreglering.¹⁹ Miljöbalkens regler blir i stället kompletterande och utfyllande och utgör miniminivån, ”golvet” för vad som kan anses vara godtagbart för bedömningen av strålsäkerheten. Kärntekniklagen och strålskyddslagen med dess föreskrifter, liksom standarder och råd från vetenskapliga organ, är vad som till stor del ger 2 kap. miljöbalken dess materiella innehåll. Innehållet i uttryck som ”vad som behövs” eller vad som är ”en lämplig lokalisering” fylls först genom en tillämpning av strålsäkerhetslagstiftningen med sitt egentliga innehåll.²⁰ Det är med utgångspunkt i paragrafens fullständiga innehåll i ett strålsäkerhetssammanhang som SSM ska pröva om verksamheten kan anses vara tillåtlig. Miljöbalkens betydelse för SSM i tillståndsprovning enligt kärntekniklagen blir alltså en avvägning; den som MÖD gjorde i MÖD 2006:70 i fråga om vem som bedömer vad en tillståndsansökan och där resultat blir en samordnad provning inte en överprovning

7.2 *Hur kunde man komma till olika resultat?*

Svaret på den frågan är såvitt jag förstår hur beviskravet ska förstås, skillnaden mellan hur domstolen bedömer risken med kapselns inkapsling jämfört med vad SSM gjort. Domstolen tar ställning från vad 2 kap. 1 § miljöbalken säger och då är utgångspunkten för ett tillstyrkande av tillåtligheten, att utredningen genomgående håller den kvaliteten att alla förutsättningar för tillstånd föreligger. SSM bedömer frågan enligt sin etappvisa bedömning och med den utgångspunkten kan myndigheten säga att grund föreligger för att tillstyrka tillåtligheten. Den provning som sker enligt kärntekniklagen innefattar ett problem jämfört med miljöbalken därför att det enligt kärntekniklagen inte är möjligt att nu påvisa att den säkerhet som miljöbalken kräver finns i dag: det går helt enkelt inte att på sakens nuvarande ståndpunkt visa att samtliga säkerhetskrav är uppfyllda. Det är först när provdriften påbörjas som sådan kunskap i det närmaste har vunnits, den kunskap som ligger till grund för att anläggningen succesivt ska kunna få sin mer bestämda utformning i alla delar.

Det handlar om riskbedömning. Kan man i dag från en riskbedömning säga att SSM:s föreskrifter som SSMFS 2008:37 med föreskrifter och allmänna råd om skydd av människors hälsa och miljön vid slutligt omhändertagande av använt kärnbränsle och kärnavfall kan iakttas? I 5 §, som beskriver skydd för människors hälsa, anges att

¹⁹ Något som regeringen framhöll i följdlagstiftningspropositionen, prop. 1997/98:90 sid. 274.

²⁰ På något annat sätt går inte heller att förstå innebörden av 5 b § kärntekniklagen som säger att 2 kap. miljöbalken ska tillämpas vid provning av ärenden enligt kärntekniklagen. Alltså att avsikten med bestämmelsen är att provningen av miljöbalkens hänsynsregler i strålsäkerhetssammanhang får sitt materiella innehåll även genom kärntekniklagen och vad som följer av den. En annan tolkning skulle göra bestämmelsen i kärntekniklagen innehållslös.

ett slutförvar för använt kärnbränsle eller kärnavfall ska utformas så att den årliga risken för skadeverkningar efter förslutning blir högst 10^{-6} för en representativ individ i den grupp som utsätts för den största risken. Sannolikheten för skadeverkningar på grund av en stråldos ska beräknas med de sannolikhetskoefficienter som redovisas i Internationella strålskyddskommissionens publikationer nr 101a, 2006 och 103, 2007. Denna rättsligt bindande föreskrift kompletteras med allmänna råd från myndigheten (SMSFS 2018:9) där det i sin tur bl.a. hänvisas till rekommendationer och vägledning från vetenskapliga organ på strålskyddets område. Så fylls alltså generalklausulen i 2 kap. 3 § miljöbalken ut av kompletterande föreskrifter, myndighetens allmänna råd om tillämpningen som i sin tur till viss del bygger på vetenskapliga rapporter. Därigenom har föreskriften gjorts så fullständig som ansetts nödvändig. Om verksamhetsutövaren kan visa att han har iakttagit samtliga dessa krav har han samtidigt fullgjort sin bevisbörda enligt 2 kap. 1 § miljöbalken, han har då visat att han kan följa de förpliktelser som följer av de allmänna hänsynsreglerna. Problemet är emellertid att verksamhetsutövaren i dag inte med nödvändig säkerhet kan visa att han i alla delar kan uppfylla kraven i 5 § i förordningen SSM 2008:37.

Beaktansvärt i sammanhanget är också att det nu är fråga om en tillåtlighetsprövning enligt miljöbalken inte en tillståndsprövning. En prövning av tillåtlighet är i princip uppbyggd på samma sätt som en tillståndsprövning med samma förfaranden innefattande en miljökonsekvensbeskrivning där det behövs. I materiellt hänseende måste prövningsmyndigheten med säkerhet kunna slå fast att förutsättningar för senare tillstånd enligt miljöbalken föreligger för att verksamheten ska anses tillåtlig.²¹ Det är också viktigt att inse att en tillåtlighetsprövning inte kan omfatta någon prövotid till skillnad från en tillståndsprövning. Osäkerheten får alltså inte vara knuten till väsentliga delar av verksamheten som sådan. Därför måste utredningen som sökanden presenterar vara robust.²²

Slutförvaringsanläggningen i Forsmark måste sägas vara ett utvecklingsprojekt som är unikt. Mot den bakgrunden gör SSM den stegvisa prövningen av SKB:s systembeskrivningar och säkerhetsanalyser enligt bestämda bedömningskriterier som närmare framgår av föreskrifter och vetenskapliga bedömningar.

²¹ En viss osäkerhet om gränserna för tillåtlighetens bindande verkan för den efterkommande tillståndsprövningen finns efter Högsta domstolens dom, NJA 2013 s. 613. HD menade där att om en sökande begär tillstånd till en verksamhet som kan påverka ett Natura 2000-område, ska domstolen göra en samlad bedömning som uppfyller unionsrättens krav på fullständighet, exakthet och slutlighet. Detta har ansetts gälla också när tillåtligheten har prövats i en särskild dom som har vunnit laga kraft. Den samlade bedömningen ska i sådana fall ske vid den efterföljande tillståndsprövningen utan hinder av tillåtlighetsdomen.

²² Vid tillståndsprövningen av tillstånd till ESS-anläggningen i Lund, mark- och miljödomstolens deldom i Växjö i mål M1007-12 sköt domstolen upp prövningen av frågor som radioaktivitet och omhändertagande av slutligt omhändertagande av radioaktivt avfall, något som alltså inte hade varit möjligt om anläggningen i stället varit föremål för en tillåtlighetsprövning.

Vad SSM på sakens nuvarande ståndpunkt kan säga är att verksamhetsutövaren har visat att han har förutsättningar att uppfylla kraven. Bevisbördan och beviskraven ligger på verksamhetsutövaren. Som saken står har SSM prövat ansökan enligt det första steget, alltså en prövning på övergripande nivå för att bedöma om det finns förutsättningar för SKB att etablera den sökta verksamheten i Forsmark och om den så småningom kan förväntas komma att bedrivas på sådant sätt att gällande krav på säkerhet och strålskydd kan uppfyllas allt eftersom de olika stegen inträffar i den stegvisa prövningen.

Den prövningen som SSM har gjort har utmynnat i att SSM har tillstyrkt ansökan. Myndigheten säger att inkapslingen och slutförvarsanläggningen som tillhör SKB:s system för det slutliga omhändertandet av använt kärnbränsle har förutsättningar att uppfylla de strålsäkerhetskrav som behövs för att skydda människors hälsa och miljön mot skadlig verkan av joniserande strålning. SKB har gjort troligt, att SSM:s föreskriftskrav kommer att uppfyllas när anläggningen tas i drift, säger SSM. SSM säger sig vidare ha gjort bedömningen att SKB därmed uppfyller, eller har visat att bolaget har förutsättningar att uppfylla de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken.

Och det är här som problemet uppstår mellan mark- och miljödomstolens bedömning och SSM:s ställningstagande. Att man har förutsättningar att uppfylla de allmänna hänsynsreglerna är inte detsamma som att *visa* att man har förutsättningar enligt miljöbalken att helt uppfylla beviskravet, inte när det är fråga om att det kan vara risk för allvarliga störningar lika lite som det räcker med att det är *troligt* att man kan iaktta de säkerhetskrav som framgår av SSM:s föreskrifter. Det är lätt att tolka beviskraven högre än så och vad 2 kap. 1 § miljöbalken säger är att det i samband med prövning av bl.a. tillåtlighet åligger verksamhetsutövaren att visa, att han kan iaktta de förpliktelser som följer av de allmänna hänsynsreglerna. Frågan blir närmast vilka beviskrav som i dag ska gälla: är det fråga om att vid en tillåtlighetsprövning tillräckligt säkert kunna säga att det är *visat* att tillräckliga skyddsåtgärder kommer att kunna vidtas eller räcker det med att för dagen kunna säga att SKB har visat att man har *förutsättningar* och nöja sig med det därför att man kan utgå från att den dag anläggningen tas i drift kommer det att finnas tillräckliga skyddsåtgärder vidtagna, alltså såvitt man kan bedöma i dag.

Kraven för särskilda hänsynsreglerna enligt strålsäkerhetslagstiftningen kan inte sättas lägre än vad som följer av miljöbalken; det följer av lagvalsreglerna, men problemet här är som nämnts, när ska den bedömningen slutligen göras?

SSM använder uttrycken ”troligt” och ”ha förutsättningar” Vad som är troligt brukar i bevishänseende jämföras med sannolikt och att ha förutsättningar kan möjligen utsträckas till att det är övervägande sannolikt. När miljöbalken säger att verksamhetsutövaren ska visa att hans planerade verksamhet är tillåtlig, alltså på en sådan nivå att tillstånd ska kunna ges, så innebär det att risken ska bedömas i

förhållande till verksamhetens farlighet, alltså här närmast en försumbar risk, och vidare att kunskaperna ska vara tillräckliga och att skyddsanordningar och försiktighetsåtgärderna till sin utformning är betryggande, låt vara att tekniken i någon begränsad del kan behöva prövas fram genom tillfälliga villkor, men det ska i så fall vara begränsade, överblickbara och hanterbara risker.

Här rör osäkerheten själva kapselns skyddsförmåga, alltså det mest centrala i verksamheten. Den osäkerheten som domstolen redovisar kan delvis förklaras av de skilda förvaltningskulturerna. Miljöskyddslagen, som föreskrifterna om miljöfarlig verksamhet i miljöbalken bygger på, var en förvaltningsrättslig lagstiftning som inte kände verksamheter med jonisk strålning eller med sådana tidsperspektiv som den aktuella. Verksamheter enligt miljöskyddslagen som fabriker, deponier eller vattenföretag innebar oftast överblickbara risker och riskbedömningen kunde ske utifrån tämligen välkända förhållanden

Beviskravet i miljöbalken kan i förevarande sammanhang närmast också sägas vara hämtad från förvaltningsrätten. Sökanden vill ha ett tillstånd och ska visa att förutsättningar för tillstånd föreligger. I förvaltningsrätten har beviskravet beskrivits på följande sätt.²³

- ”Anledning att anta”. Bedöms vara ett lågt beviskrav.
- ”Kan antas” och ”antagligt”. Bedöms vara ett beviskrav strax under medel.
- ”Övervägande skäl”. Bedöms vara ett beviskrav omkring eller strax över medel.
- ”Skälig anledning att anta”. Bedöms vara ett beviskrav strax över ”övervägande skäl”.
- ”Grundad anledning att anta”. Bedöms vara ett beviskrav omkring eller strax under ”sannolikt”, dvs. omkring ett medelhögt beviskrav.
- ”Sannolikt”. Bedöms vara ett medelhögt beviskrav.²⁴
- ”Särskild anledning att anta”. Bedöms vara ett beviskrav omkring eller strax över ”sannolikt”.
- ”Välgrundad anledning att anta”. Bedöms vara ett högt beviskrav.
- ”Hög grad av sannolikhet”. Bedöms vara ett högt beviskrav.
- ”Klart framgår”. Bedöms vara ett högt beviskrav.
- ”Synnerlig anledning att anta”. Bedöms vara ett högt beviskrav.
- ”Klarlagd”, ”styrka”, ”visa”. Bedöms vara ett högt beviskrav.
- ”Mycket hög grad av sannolikhet”. Bedöms vara ett mycket högt beviskrav.
- ”Uppenbart”. Bedöms vara ett mycket högt beviskrav.
- ”Utrett”. Bedöms vara ett mycket högt angränsande exceptionellt högt beviskrav.

²³ Gustav Lindkvist: Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen (Norstedts Juridik, 2018, s. 336).

²⁴ Sägs hos Ekelöf Rättegång IV s. (2009) sid. 200 motsvara omkring 75 procents sannolikhet givet kvarstående osäkerhet och anses inte vara ett högt beviskrav.

”Uttryckssätten ”lågt”, ”omkring medel” och ”högt” etc. relaterar till *robustheten*. Robustheten bör i första hand hanteras inom ramen för utredningsskyldigheten/utredningskravet. Detta gäller i de situationer då utredningsskyldigheten/utredningskravet är måttlig eller omfattande.”²⁵

Det kan alltså noteras att såväl domstolen som SSM har som utgångspunkt samma föreskrifter från SSM, men myndigheten förespråkar att regeringen ska tillåta verksamheten enligt kärntekniklagen medan mark- och miljödomstolen på sakens nuvarande ståndpunkt anser att en prövning mot de allmänna hänsynsreglerna i miljöbalken, närmast 2 kap. 3 §, ger till resultat att utredningen från SKB behöver kompletteras.

Eftersom domstolen i väsentliga strålsäkerhetsfrågor har bedömt samma problemkomplex som SSM är som nämnts förklaringen till de olika ställningstagandena skillnaden i den ordning, den bedömningsgrund, som gäller enligt miljöbalken och strålsäkerhetslagstiftningen i fråga om prövningen av slutförvarets långsiktiga säkerhet.

8 Den slutliga bedömningen

Den avgörande skillnaden mellan domstolen och SSM är som nämnts främst synen på kapseln och riskerna.

Om man för enkelhetens skull utgår från att domstolen har haft fog för sin bedömning, alltså, kapseln är enligt den utredning som finns för dagen, inte så säker som det kan krävas enligt 2 kap. 3 § miljöbalken för att tillåta en slutförvaring enligt projektplanerna, då uppkommer frågan: Kan man ändå gå vidare med projektet? Ställningstagandet till den frågan hänger samman med om det finns någon risk för människors hälsa och miljön med ett beslut om att tillåta den fortsatta projekteringen mot slutförvar enligt ansökan.

Jag ser det på följande sätt.

Det övergripande målet med miljöbalken är att främja en hållbar utveckling. Balken ska tillämpas så att människors hälsa och miljön skyddas mot skador. Om vi tar det som utgångspunkt och fortsätter med lagvalsprincipen. Strålsäkerhetslagstiftningen ska då tillämpas enligt miljöbalkens övergripande mål men med närmare tillämpning av strålsäkerhetslagstiftningens föreskrifter som kan sägas ge de allmänna hänsynsreglerna dess materiella innehåll i de tekniska frågorna.

Först när verksamheten genomgått flera etappvisa prövningar enligt kärntekniklagen kan den nu aktuella riskfyllda verksamheten med slutförvar av kapseln påbörjas. När det sker ska tillämpbara säkerhetsföreskrifter i SSMFS till fullo vara uppfyllda. Ett

²⁵ Lindkvist sid 336.

iakttagande av dessa föreskrifter i alla dess delar liksom av rekommendationer från vetenskapliga organ och av tekniska standarder innebär samtidigt att de allmänna hänsynsreglerna måste anses ha iakttagits både av verksamhetsutövaren och av SSM vid dess slutliga prövning. Brister verksamhetsutövaren i sina förpliktelser har SSM både rätt och skyldighet att upphäva tillståndet enligt kärntekniklagen. Då kan inte heller verksamheten med slutförvar av kapslar enligt miljöbalken bedrivas. Ett gällande tillstånd enligt kärntekniklagen måste för en anläggning som den här aktuella vara nödvändigt för att ett tillstånd enligt miljöbalken ska kunna tas i anspråk för vad det är avsett för, här alltså slutförvaring av använt kärnbränsle med inneslutning av visst utförande.

Vad jag försöker säga med detta är att om man litar på att SSM sköter sina uppgifter enligt sina föreskrifter och standarder, alltså enligt den ordning som miljöbalken förutsätter för förvaltningsmyndigheter i allmänhet, finns det ingen risk enligt miljöbalken. De allmänna hänsynsreglerna så som de ska förstås till sin karaktär förutsätter en tillämpning som till fullo har beaktat de särskilda hänsynsregler som SSM föreskrivit. Slutförvaret kan med en sådan ordning inte accepteras enligt den sista fasen i den etappvisa prövningen enligt kärntekniklagen, om inte förutsättningarna enligt samtliga etappvisa prövningar är uppfyllda. Brister i SSM:s prövning skulle nämligen strida mot miljöbalkens mål och även mot de allmänna hänsynsreglerna, de senare alltså sedda i ljuset av de särskilda hänsynsreglernas mer specificerade krav. Därför är ställningstagandet från regeringen i tillåtlighetsfrågan inte beroende på hur saken står i dag så länge som SSM på förvaltningsmässig grund finner att det med ”hög grad av sannolikhet” eller motsvarande uttryck är visat att SKB klarar sina förpliktelser i den aktuella etappen och att SSM vid den sista etappvisa prövningen finner det ”utrett” att SKB kan följa villkoren för verksamheten. – Dock kan det vara pedagogiskt viktigt att regeringen i sitt beslut att anmärker, att tillåtlighet/tillstånd enligt kärntekniklagen är villkorlig. Beslutet kan upphävas, om sådana omständigheter uppkommer som ändrar de förutsättningar som en gång bedömdes föreligga för beslutet.