

# Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

**2023:1**

[www.nordiskmiljoratt.se](http://www.nordiskmiljoratt.se)

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2023:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Charlotta Zetterberg

Webpage <http://nordiskmiljoratt.se/about-the-journal.html> (which also includes writing instructions).

## Content

Charlotta Zetterberg; **Introduction** ... 5

Gustav Stenseke Arup; **Tankar om en proaktiv miljörettsvetenskap.  
En kritisk analys av Earth System Law** ... 7

Fabianne Lenvin; **Omprovning av vattenverksamhet. Effektivitet och moderna  
miljövillkor på bekostnad av vattenkraftsproduktion?** ... 27



---

## Introduction

*Charlotta Zetterberg*

The thirtieth issue of Nordic Environmental Law Journal includes two articles. First out is Gustav Stenseke Arup with the article: “Tankar om en proaktiv miljö-rättsvetenskap...” (“Thoughts on a proactive environmental law...”), where he is questioning some elements in the new legal paradigm that will govern the earth system in a way that help humanity not to exceed the planetary boundaries. Among other things, he argues that international environmental law needs to be treated as the diversity of different political constructions that it actually is. Accordingly environmental law constructions have a limited ability to contribute on their own to solving environmental problems and hinder reforms.

In the next article, “Omprövning av vattenverksamhet...” (“Re-examination of water activities...”), Fabianne Lenvin identifies several factors that contribute to a current ineffective re-examination process of water activities. The focus is on how the collaboration process, the court’s investigative process management, and *urminnes hävd* permits influence on the efficiency of the re-examination. The author’s analysis is based on several interviews with professionals actively involved in the re-examinations. For instance, the analysis implies that at the same time as the legislator intends to create a simplified re-examination by eliminating the requirement for an environmental impact assessment process re-examinations according to modern environmental standards requires a decision basis that is as extensive as required in the case of a new permit examination.

I would also like to announce that this is my final contribution as an editor for this journal. From the next issue of the journal, the editor-in-chief will be shouldered by Professor David Langlet. Since 2019, I have had the privilege of having the main responsibility for the journal and it has been a very interesting and rewarding experience. The journal’s first issue was published in 2009 by the late

Professor Gabriel Michanek, whose contributions to the Faculty of Law at Uppsala University and especially the subject of environmental law have been significant. It is to his credit that the journal was started, which enabled us to take part in each other's texts. Since I am now handing over the responsibility, I would like to take this opportunity to thank all of you who have contributed to the journal over the years. Special thanks go to all the authors who contributed so many refreshing and interesting perspectives on the subject of environmental law. Thanks also to all the reviewers who without blinking always have put a great deal of effort to review the manuscripts that have been submitted, even though I know you have been busy with your ordinary duties. Co-editors Helle Tegner Anker, Ole Kristian Fauchald, Timo Koivurova and Aðalheiður Jóhannsdóttir have also been an important support. Jenny Nordenankar, eddy.se ab, has formatted the texts smooth and ably. The Faculty of Law in Uppsala has funded the formatting. Many thanks to you all, I wish you and David Langlet all luck in the future!

---

# Tankar om en proaktiv miljörettsvetenskap

## En kritisk analys av Earth System Law

Gustav Stenseke Arup\*

### Abstract

An urgent task for environmental legal scholarship is to imagine proactive legal solutions to the multiple environmental crises of the Anthropocene. The emergent scholarship on Earth System Law aims to produce a new legal paradigm that will govern the earth system in a way that help humanity to not exceed the planetary boundaries. In this article I conduct a critical analysis of Earth System Law and discuss some traps that this particular theory, as well as environmental legal scholarship in general, needs to avoid in order to become more proactive.

### 1. Introduktion

I en av sina sist publicerade artiklar, *Rätt och riktig rettsvetenskap*, redogjorde Staffan Westerlund för miljörettsvetenskapens utveckling i Sverige, från att ha varit vad han kallade en "reaktiv" till att ha blivit en mer "proaktiv" vetenskap.<sup>2</sup> Texten är ett manifest för en miljörettsvetenskap som inte bara studerar gällande rätt utan även aktivt utvecklar rättsliga lösningar på miljöproblem. Westerlund skrev bland annat att "en tillräckligt utvecklad rettsvetenskap är inte begränsad till att studera rätten som den är, utan den är också utvecklad för att lösa reella problem och för att fördjupa och utveckla adekvat teori".<sup>3</sup>

---

\* Gustav Stenseke Arup är lektor i allmän rettslära vid Karlstads Universitet. Jag vill tacka den anonyme granskaren för värdefulla kommentarer på manuset.

<sup>2</sup> Westerlund, S. (2010), *Rätt och riktig rettsvetenskap*. *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2010:1, s. 3–22.

<sup>3</sup> A.a. s. 21.

Den proaktiva miljörettsvetenskapens centrala forskningsuppgift formulerade Westerlund genom följande frågeställning:

Hur behöver styr- eller reglersystemen vara konstruerade och fungera för att på så sätt påverka vad som händer i samhället och vidare i och med biosfären, att biosfären inte försämras så långt så att människor någon gång i framtiden inte kan tillgodose sina behov?<sup>4</sup>

I den internationella miljörettsvetenskapliga debatten har liknande forskningsfrågor fortsatt att ställas vilket lett till en växande flora av teori-bildningar och rettsvetenskapliga koncept. I den här artikeln gör jag en kritisk analys av Earth System Law, en av de senaste i raden av miljörettsvetenskapliga teorier som tar sig an samma uppgift som Westerlund formulerade. I analysen lyfter jag fram ett antal förskjutningar, grundantaganden och tendenser som en proaktiv miljörettsvetenskap bör undvika för att på allvar ha potential att bidra till förändring.

Behovet av en proaktiv miljörett och proaktiva miljörettsteorier är idag kanske större än någonsin. I den senaste IPCC-rapporten visar den samlade klimatvetenskapen att genomgripande politiska reformer krävs för att villkoren för vår civilisation inte ska erodera redan under

---

<sup>4</sup> Westerlund, S. (2010). *Rätt och riktig rettsvetenskap*. *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2010:1 s. 18.

vår, åtminstone min, livstid.<sup>5</sup> Redan år 2000 myntade nobelpristagaren Paul Crutzen begreppet antropocen som betecknar att människans geologiska fotavtryck nu är så stort att vi har inträtt i en ny geologisk epok som präglas av att jordens geologi medskapas av människan.<sup>6</sup> Detta sker på en rad olika sätt. Exempelvis överstiger den sammanlagda massan av människoskapat material numera all biomassa på jorden, 96 % av alla däggdjur på jorden är antingen människor, husdjur eller boskap och om plasten i haven fortsätter öka kan vi om 30 år ha mer plast än fisk i haven.<sup>7</sup> Tillsammans med planetomfattande människoskapade kriser såsom klimatförändringarna och det sjätte massutdöendet innebär detta att människan har blivit en naturkraft som påverkar själva jordsystemet.<sup>8</sup> Begreppet antropocen har fått stor spridning inom många vetenskapsgrenar och även börjat rendera en hel del kritik och alternativa begrepp.<sup>9</sup> Inom jordsys-

temvetenskapen har man exempelvis diskuterat hur skiftet från den tidigare epoken, holocen, till antropocen innebär ett skifte från en epok med perfekta förhållanden för mänsklig civilisation till en mer osäker och oförutsägbar epok.<sup>10</sup>

Den antropogena påverkan på naturen har i antropocen blivit såpass stor att definitioner av naturen som "den del av den omgivande verkligheten som inte är skapad av människan" (Svensk Ordbok), eller "orört landskap" (SAOL), inte längre är funktionella. För att komma bort från dikotomiparet natur/samhälle och bättre artikulera den socio-ekologiska komplexitet som präglar våra livsmiljöer använder jag begreppet *landskap*. Det är ett begrepp med lång historia inom framförallt kulturgeografi och som jag försökt utveckla i en rättsvetenskaplig kontext i min avhandling *Entangled Law*.<sup>11</sup> I den här artikeln avser jag med landskap de sammanvävda processer, kroppar, fenomen, som tillsammans skapar en mer eller mindre avgränsad plats.<sup>12</sup> Eftersom det inkluderar allt som är närvarande inom ett visst område och det som rör sig ige-

<sup>5</sup> IPCC: Synthesis report of the IPCC Sixth Assessment Report (AR6). Se specifikt IPCC: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Shukla, P.R. et al. eds.] Cambridge University Press.

<sup>6</sup> Crutzen, P. and Stoermer, E. (2000), *The Anthropocene*. IGBP newsletter, 41: 17–18. Sörlin, S. (2017). *Antropocen: en essä om människans tidsålder*. Weyler förlag.

<sup>7</sup> Bar-On, Y. M., Phillips, R., & Milo, R. (2018). The biomass distribution on Earth. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 115(25), 6506–6511. Elhacham, E., Ben-Uri, L., Grozovski, J., Bar-On, Y. M., & Milo, R. (2020). Global human-made mass exceeds all living biomass. *Nature*, 588(7838), 442–444. World Economic Forum, January. (2016). *The New Plastics Economy: Rethinking the future of plastics*.

<sup>8</sup> Hamilton, C. (2017). *Defiant Earth*. Polity Press.

<sup>9</sup> T.ex. Haraway, D. J. (2016). *Staying with the trouble: Making kin in the Chthulucene*. Duke University Press., Demos, T. J. (2017). *Against the Anthropocene: Visual Culture and Environment Today*, Sternberg Press., Malm, A. & Hornborg, A. (2014), *The geology of mankind? A critique of the Anthropocene narrative*. *The Anthropocene Review*. 2014;1(1):62–69. Sharp, H. (2020). Not all humans: Radical criticism of the Anthropocene narrative. *Environmental Philosophy*, 17(1), 143–158. Några alternativa begrepp som föreslagits är "Cthulucene", "Gynocene"

och "Plantatiocene". Se t.ex. ovan refererade Haraway, *Staying with the trouble*, Davis, J. et al. *Anthropocene, capitalocene, ... plantationocene?: A manifesto for ecological justice in an age of global crises*. *Geography Compass*, 13(5), e12438, <https://www.scientificamerican.com/article/the-term-anthropocene-is-popular-and-problematic/> hämtad 2023-05-27.

<sup>10</sup> Hamilton, C. (2017), *Defiant Earth*. Polity Press.

<sup>11</sup> Stenseke Arup, G. (2021). *Entangled Law: A Study of the Entanglement of Wolves, Humans, and Law in the Landscape* (Avh. Karlstads universitet). För en översikt om landskapsbegreppet inom kulturgeografi, se t.ex. Dubow, J. *Landscape*. I Kobayashi, A. (2019), *International Encyclopedia of Human Geography*, "The complexity of the term 'landscape' is matched only by the clamor of competing theoretical and methodological positions which have sought to understand it." För en översikt om hur landskapsbegreppet använts inom rättsvetenskapen, se Bufbery, C. A. (2016). *Changing landscapes: a legal geography of the River Severn* (Avh. University of Birmingham).

<sup>12</sup> Se ex. Hägerstrand, T. (1988). *Landet som trädgård. Naturresurser och landskapsomvandling: Report from a seminar on the future*, s. 7–20. Stockholm: Bostadsdepartementet och Forskningsrådsnämnden.



nom det skapas ingen på förhand given åtskillnad mellan mänskliga och icke-mänskliga processer eller natur och samhälle.

## 2. Earth System Law

Earth System Law (ESL) är den rättsvetenskapliga grenen av det bredare tvärvetenskapliga projektet Earth System Governance som initierades av Frank Biermann 2007.<sup>13</sup> I Biermanns första artikel utgjorde Earth System Governance ett nytt socialt fenomen, ett politiskt program, en realistisk utopi, och ett interdisciplinärt forskningsfält som byggde på en sammanlänkning av jordsystemvetenskap och governance-teori.<sup>14</sup> Sedan dess har konceptet vuxit till ett stort forskningsnätverk med en egen tidskrift och flera publikationer av artiklar och monografier varje år.<sup>15</sup> 2017 skapades the Taskforce on Earth System Law och 2019 publicerade Louis Kotzé och Rakhyun Kim den första vetenskapliga artikeln som på allvar undersökte vad Earth System Law skulle kunna vara.<sup>16</sup> Kotzé och Kim har

sedan fortsatt att publicera artiklar om ESL och begreppet har även spritt sig snabbt inom den internationella miljörettsliga akademien och redan renderat en ansenlig mängd litteratur.<sup>17</sup>

I likhet med andra akademiska begrepp som ger intryck av att vara enhetliga och ha en bestämd betydelse saknar ESL en exakt definition.<sup>18</sup> Karaktäristiskt för ESL är dock en systemteoretisk ansats och en idé om ett de rättsliga systemen bör ha som övergripande syfte att förvalta det jordsystem vi alla är en del av. I en syntetiserande artikel i tidskriften för Earth System Governance, undertecknad av många av de främsta ESL-forskarna, beskrivs ESL som ett angreppssätt som sammanfogar jordsystemets och rättssystemets systemiska och komplexa naturer i ett gemensamt operativt ramverk.<sup>19</sup>

ESL är besläktad med och liknar andra miljörettsvetenskapliga idéer om vad rätten bör vara i antropocen, inte minst *eco-constitutionalism* och *ecological law*.<sup>20</sup> Eco-constitutionalism handlar

---

<sup>13</sup> Biermann, F. (2007). 'Earth system governance' as a crosscutting theme of global change research. *Global Environmental Change* 17(3-4) s. 326–337.

<sup>14</sup> A.a., Biermann, F. (2014). *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*. MIT Press., Albert, M. (2020). Capitalism and Earth System Governance: An Ecological Marxist Approach. *Global Environmental Politics*, 20(2) s. 37–56.

<sup>15</sup> Biermann, F. (2007). 'Earth system governance' as a crosscutting theme of global change research. *Global Environmental Change* 17(3-4) s. 326–337. *Earth System Governance* (journal), <https://www.earthsystemgovernance.org/>, Cadman, T. (2021). Introduction: Origins and evolution of Earth system law. In Cadman, T. et al. eds. *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene*. Routledge., Biermann, F. et al. (2019). The Earth System Governance Project as a network organization: a critical assessment after ten years. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 39, s. 17–23.

<sup>16</sup> Kotzé, L.J. & Kim, R.E. (2019). Earth system law: The juridical dimensions of Earth system governance. *Earth System Governance*, 1, 100003., Cadman, T. (2021). Introduction: Origins and evolution of Earth system law. In Cadman, T. et al. eds. *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene*. Routledge.

<sup>17</sup> Ex. Kotzé, L.J. & Kim, R.E. (2019). Earth system law: The juridical dimensions of Earth system governance. *Earth System Governance*, 1, 100003., Cadman, T. (2021). Introduction: Origins and evolution of Earth system law. In Cadman, T. et al. eds. *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene*. Routledge., *Earth System Governance* vol. 11 (special issue concerning Earth System Law). Petersmann, M. C. (2021). Sympoietic thinking and earth system law: the earth, its subjects and the law. *Earth System Governance*, 9, 100114. Kim, R. E. (2021). Taming Gaia 2.0: Earth system law in the ruptured Anthropocene. *The Anthropocene Review*, 9(3), 411–424.

<sup>18</sup> Cadman skriver tex. "It is far easier to reflect on the fate of the planet and advocate for a new approach to doing law in the context of the contemporary era, than it is to describe ESL". Cadman, T. (2021). Introduction: Origins and evolution of Earth system law. I Cadman, T. et al. eds. *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene*. Routledge, s. 36.

<sup>19</sup> Eller som de skriver i artikeln: "an approach that merges the systemic and complex nature of the earth system and of the legal system into a single operative framework". Kotzé L.J. et al. (2022). Earth system law: Exploring new frontiers in legal science, *Earth System Governance*, 11, 100126, s. 3.

<sup>20</sup> Collins, L. (2021). *The Ecological Constitution: Reframing Environmental Law*. Routledge. Kap. 1.

om att konstitutionalisera ekologiska principer för att säkerställa långsiktig hållbarhet i de ekologiska systemen.<sup>21</sup> Klaus Bosselman definierar eco-constitutionalism som en tillämpbar ekologisk rättsfilosofi som strävar efter att ekocentrism ska styra våra samhällen lokalt, nationellt och globalt.<sup>22</sup> Det inkluderar på så sätt flera miljörättsliga idéer såsom naturens rättigheter, Earth jurisprudence, Earth charter, och Rule of law for nature.<sup>23</sup>

Ecological law är ett annat begrepp som lanserats för att definiera en tillämpbar ekocentrisk rättsteori.<sup>24</sup> Även detta begrepp gör anspråk på att inkludera såväl naturens rättigheter som earth jurisprudence, men även eko-konstitutionalism och Westerlunds miljörättsliga metod.<sup>25</sup> Syftet med ecological law är att ersätta den antropocentriska miljörätten och göra de ekologiska förutsättningarna för liv till grunden för all rätt.<sup>26</sup> Detta uttrycks bland annat i Oslo manifestet, som publicerades 2016 i samband med att The Ecological Law and Governance Association (ELGA) utvecklades.<sup>27</sup> Manifestet kompletterades året därpå med en deklARATION, Siena-deklARATIONEN, där det också framgår att målet är ett globalt rättsligt ramverk som har jordsystemet som referenspunkt.<sup>28</sup> Flera verk som vidareut-

vecklar ecological law har sedermera fortsatt att publiceras.<sup>29</sup>

Kotzé menar att ecological law bara är ett försteg till ESL eftersom den är ekocentrisk och inte jorden-centrerad och inte i tillräcklig mån erkänner hur sammanvävt människor och ekologi är.<sup>30</sup> Därtill syftar Ecological law, enligt Kotzé, till att återställa naturen till ett tänkt förflutet stadium, medan ESL mer syftar till att förvalta hela jordsystemet.<sup>31</sup> Rent praktiskt påminner skolbildningarna dock mycket om varandra. Inte minst i artikeln *Earth system law: Exploring new frontiers in legal science*, som är författad bland annat av förespråkare för ecological law, argumenteras det för att ESL kan vara det övergripande epistemiska ramverk som sammanbinder såväl ecological law som andra mer eller mindre ekocentriska perspektiv inom miljörätten såsom sustainability law, earth-centred law, earth jurisprudence och wild law, anthropocene law, planetary boundaries law, feminist, queer och posthuman ecological law.<sup>32</sup>

En utgångspunkt för ESL är att de senaste 50 årens accelererande miljöproblem visar att den internationella miljörätten misslyckats med att skydda miljön.<sup>33</sup> Den internationella miljörätten har inte lyckats skapa tillräckligt starka rättsliga normer som sätter gränser för miljöförstöring. Den har också själv varit en bidragande faktor till miljöproblem och utgör ett hinder för pro-

<sup>21</sup> A.a. s. 21.

<sup>22</sup> Se Bosselman, K. (2011). *Eco-Constitutionalism: A New Area of Legal Research and Advocacy* (Address on International Developments delivered at Australia's Third Wild Law Conference, 16 September 2011).

<sup>23</sup> Collins, L. (2021). *The Ecological Constitution: Reframing Environmental Law*. Routledge.

<sup>24</sup> Se Anker, K. et al. eds. (2021). *From environmental to ecological law*. Routledge.

<sup>25</sup> Ecological Law and Governance Association (ELGA). (2016). "Oslo Manifesto" for Ecological Law and Governance, s. 9.

<sup>26</sup> A.a.

<sup>27</sup> A.a.

<sup>28</sup> Ecological Law and Governance Association (ELGA). (2017). *Siena Declaration*.

<sup>29</sup> T.ex. Sbert, C. (2020). *The Lens of Ecological Law: A Look at Mining*. Edward Elgar Publishing., Woolley, O. (2014). *Ecological governance*. Cambridge University Press.

Garver, G. (2020). *Ecological law and the planetary crisis: A legal guide for harmony on earth*. Routledge, Anker, K. et al. eds. (2021). *From environmental to ecological law*. Routledge.

<sup>30</sup> Kotzé, L. J., & Kim, R. E. (2019). Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance. *Earth System Governance*, 1, 100003.

<sup>31</sup> A.a.

<sup>32</sup> Kotzé, L.J., et al. (2022). Earth system law: Exploring new frontiers in legal science. *Earth System Governance* 11: 100126.

<sup>33</sup> Kotzé, L. J. (2019). Earth system law for the Anthropocene. *Sustainability*, 11(23), 6796.

gressiva lösningar.<sup>34</sup> För att den internationella miljörätten ska bli mer effektiv behöver den därför reformeras i grunden, den behöver bygga på ett nytt paradig: ESL.

Det är svårt att förneka att vi behöver globala lösningar som säkerställer att mänskligheten inte överskrider de planetära gränserna. ESL belyser därför på ett förtjänstfullt sätt frågan om miljörättens och miljörättsvetenskapens funktion i antropocen. En viktig uppgift för miljörättsvetenskapen bör vara att vara visionär och utveckla rättsliga lösningar som kan hjälpa oss att inte överskrida de planetära gränserna. För att det ska vara meningsfullt krävs dock att lösningarna har reell progressiv potential. För att utveckla bra lösningar krävs adekvata problembeskrivningar eftersom sammansättningen och konstruktionen av problembeskrivningar har en tendens att påverka vilka lösningar man sedan utvecklar. Den generella problembild som ESL delar med andra mer ekocentriska miljörättsliga teorier, att den internationella miljörätten har bidragit till våra miljöproblem och hindrar att de blir lösta, är på ett sätt intuitiv eftersom rätten har varit en del av det system som skapat miljöproblemen. Samtidigt riskerar problembilden att överdriva vilken betydelse just juridiska konstruktioner haft.

I det följande presenterar jag en kritisk analys av ESL och lyfter fram några problem som jag menar att även miljörättsvetenskapen generellt behöver förhålla sig till för att kunna vara mer proaktiv.

## 2.1 Den internationella miljörätten som en kropp med förmågor

En tendens som jag noterat i ESL-litteraturen är att den internationella miljörätten behandlas som en helhet: ett stort objekt eller en enda kropp. I exempelvis artikeln *Earth system law: The*

*juridical dimensions of earth system governance* beskriver Louis Kotzé och Rakhyun Kim den internationella miljörätten och jordsystemet som två storheter som för närvarande inte harmonierar.<sup>35</sup> Det skulle kunna förstås som en typ av generalisering som man måste göra när man beskriver vissa makro-fenomen. Ibland förtydligas detta också med förbehåll om att den internationella miljörätten förstås består av en mängd disparata dokument och institutioner.<sup>36</sup> Det finns heller ingen anledning att tvivla på att författarna till ESL-litteraturen själva är medvetna om att den internationella miljörätten är en heterogen massa av processer, avtal och konventioner. I det följande ska jag ändå göra en poäng av att det trots författarnas medvetenhet och förbehåll får betydelse för analysen att "den internationella miljörätten" rent språkligt behandlas som en kropp.

En direkt konsekvens av att "den internationella miljörätten" eller ibland även "miljörätten" behandlas som en kropp är att den mångfald av internationella överenskommelser och konventioner som kommit till de senaste femtio åren och som relaterar till miljöområdet åtminstone temporärt smälter ihop till en enhet.<sup>37</sup>

I artikeln *Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law* frågar sig till exempel Kotzé och Kim om den internationella miljörätten överhuvudtaget bidragit till att upprätthålla eller förbättra planetär integritet eller socio-ekologisk rättvisa de senaste

---

<sup>34</sup> A.a.

---

<sup>35</sup> "The body of international environmental law and its accompanying 'institutional maze' on the one hand and the functioning of the Earth system on the other are currently not aligned". Kotzé, L. J. & Kim, R. E. (2019). *Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance*. *Earth System Governance*, 1, 100003, s. 6.

<sup>36</sup> Se t.ex. Kotzé, L. J. (2019). *Earth system law for the Anthropocene*. *Sustainability*, 11(23), 6796.

<sup>37</sup> Se t.ex. Kotzé, L. J., & Kim, R. E. (2020). *Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law*. *Environmental Policy and Law*, 50(6), 457–470.

50 åren.<sup>38</sup> Frågan är i sig inte ointressant, men förskjuter perspektivet eftersom de konventioner och avtal som haft en eventuell positiv effekt osynliggörs. Den internationella miljöretten görs till en helhet, en kropp, som i sig kan bidra till och påverka den globala utvecklingen antingen negativt eller positivt. Istället för att fråga sig om någon miljörettslig konvention bidragit positivt till att upprätthålla eller förbättra planetär integritet är det effekterna av den sammanbakade helheten som analyseras.

En konsekvens av att den internationella miljöretten behandlas som en sammanbakad helhet är att denna helhet kan behandlas som *ett* direkt hinder för den nödvändiga transformationen av samhället.<sup>39</sup> Kritiken stannar dock inte vid att den internationella miljöretten kan fungera som hinder. Kotzé och Kim ser den och även andra rättsliga konstruktioner som en sorts kropp med förmåga att påverka och i viss mån även skapa effekter. Ett tydligt exempel är när Kotzé och Kim menar att hållbar utveckling som princip är en särskilt betydelsefull och lömsk kroppsdel inom den internationella miljöretten som bara utgör ett rökmoln helt utan förmåga att främja planetär integritet och som därför är en djupt vilseledande princip.<sup>40</sup> Principen verkar alltså enligt dem sakna de förmågor som den bör ha men har istället en stark förmåga att vilseleda människor.

---

<sup>38</sup> A.a. s. 459: "has international environmental law actually managed to contribute to maintaining and/or improving planetary integrity and socio-ecological justice the past 50 years?"

<sup>39</sup> A.a. t.ex. s. 461: "international environmental law does not offer the norms we need to remain within the Earth system's safe operating space".

<sup>40</sup> A.a. s. 462: "only continues to offer a smokescreen without having any ability whatsoever to achieve the type of deep and meaningful internal and external transformations that are necessary to promote planetary integrity". "haloed but deeply deceiving and politically appeasing principle".

Den här typen av resonemang öppnar upp för ytterligare en förskjutning som är central för ESLs problemformulering: den internationella miljöretten är en kropp som inte bara utgör ett hinder för progressiva lösningar, utan har en egen förmåga att direkt bidra till att skapa miljöproblem:

[I]nternational environmental law (mostly implicitly, but often also explicitly), structurally contributes to causing, sustaining, and exacerbating these predatory paradigms that, in turn, result in Earth system destruction, exploitation, and the oppression of vulnerable humans (mostly those situated in the Global South) and oppression of the non-human world.<sup>41</sup>

När den internationella miljöretten behandlas som en monolit med förmågor kan alltså de hundratals konventioner skrivna de senaste 50 åren analyseras som *en* viktig orsak och drivkraft till miljöproblem.

En effekt av att den internationella miljöretten analyseras som en viktig orsak till miljöproblem är att den separeras från sina politiska kontexter. Därmed hamnar alla andra krafter och aktörer som rätten är beroende av för att uppstå och få effekt i bakgrunden. Att miljörettsliga konventioner alltid är en produkt av politiska kompromisser blir därför ointressant och hanteras inte i analysen. Detta är olyckligt eftersom det ofta är den politiska oviljan att hantera miljöproblem snarare än miljöretten i sig som hindrar mer progressiva lösningar. Det som exempelvis hindrar EU, Kina och USA från att enas om radikala utsläppsminskningar handlar mer om politik och mindre om juridiska paradigmer. På samma sätt innebär fokuset på "den internationella miljöretten" att författarna inte

---

<sup>41</sup> Kotzé, L. J. (2019). Earth system law for the Anthropocene. *Sustainability*, 11(23), 6796.

behöver hantera att åtminstone den rätt som kommer från demokratiska länder delvis är ett utflöde av riktiga människors åsikter.

Ett övertydligt exempel på tendensen att klandra den internationella miljöretten som helhet för vissa effekter finns i den ovan nämnda artikeln *Earth system law: Exploring new frontiers in legal science* som är undertecknad av flera av de viktigaste ESL-författarna.<sup>42</sup> Där beskrivs hur man utan ett holistiskt fokus kan missa att rätten när den löser ett miljöproblem samtidigt skapar ett annat.<sup>43</sup> Som exempel anges problemen med att ersätta bensin med biodrivmedel. Samtidigt som koldioxidutsläppen minskar leder det till andra miljöproblem såsom övergödning och vattenbrist.<sup>44</sup> Den relevanta agent som skapar lösningen i detta fall, dvs. ersätter bensin med biodrivmedel, anges alltså vara *rätten* i sig. Det är förstås sant att rättsliga konstruktioner används för att administrera dylika lösningar men problemen härrör kanske mer ur policy-beslutet att ersätta bensin med biodrivmedel än de specifika juridiska verktyg som använts för att verkställa politiken.

Ett annat exempel från samma artikel är att författarna argumenterar för att rätten "dikterar" världen.<sup>45</sup> Det implicerar att det är rätten i sig, snarare än politik, ekonomiska intressen, ideologi, eller liknande, som ses som en grundläggande orsak och drivkraft bakom att ekonomisk utveckling och egendomsrätt prioriteras över miljöskydd globalt.

Även mer partikulära rättsliga konstruktioner än den internationella rätten verkar ses

---

<sup>42</sup> Kotzé, L.J. et al. (2022). Earth system law: Exploring new frontiers in legal science. *Earth System Governance* 11: 100126.

<sup>43</sup> A.a.

<sup>44</sup> A.a.

<sup>45</sup> A.a. s. 5: "No longer can the imperative of economic development reign supreme, as dictated by Western law's unsustainable insistence on protecting human property rights, for example."

som objekt med egna förmågor eller rentav egen agens. Ett tydligt exempel är när Kotzé och Kim menar att hållbar utveckling som princip är en särskilt betydelsefull och lömsk kroppsdel inom den internationella miljöretten som bara utgör ett rökmoln helt utan förmåga att främja planetär integritet och som därför är en djupt vilseledande princip.<sup>46</sup> Principen saknar tydligen de förmågor som den bör ha men har istället en stark förmåga att vilseleda människor.

Enligt Kotze et al. är det dock inte bara misslyckade rättsliga konstruktioner som är problematiska. Problemet sitter i rättens själva ontologi och epistemologi:

[E]nvironmental law's prevailing ontologies and epistemologies of mastery often work to exacerbate systemic inequalities, and inter- and intra-generation as well as inter-species injustices. In doing so, they repeatedly generate social-ecological harms, and cause destruction of the earth system – a destruction that further intensifies the interconnected vulnerability of the entire living order.<sup>47</sup>

Sammantaget tycks argumentet vara att miljöförstöring drivs av den internationella miljörettens ontologi och juridisk-tekniska paradigm snarare än av exempelvis politiska prioriteringar.

Genom att fokusera på "den internationella miljöretten" som en kropp med egna förmågor skapar man så en bild av att de verkliga problemen ligger i rätten och inte den materiella poli-

---

<sup>46</sup> Kotzé, L. J., & Kim, R. E. (2020). Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 462. "sustainable development only continues to offer a smokescreen without having any ability whatsoever to achieve the type of deep and meaningful internal and external transformations that are necessary to promote planetary integrity". Det är en "haloed but deeply deceiving and politically appeasing principle".

<sup>47</sup> Kotzé, L.J. et al. (2022). Earth system law: Exploring new frontiers in legal science. *Earth System Governance* 11: 100126, s. 5.

tik som rätten administrerar. Resultatet blir en problembild renons på politik, där det är rätten i sig, konventionstexterna, eller snarare deras underliggande gemensamma paradig, som skapar miljöproblem. De politiska processer i vilka internationell miljö rätt skapas och får effekt försvinner från analysen. Detta är problematiskt eftersom alla internationella avtal och konventioner är politiska kompromisser. Inte minst Greta Thunberg har träffande beskrivit Parisavtalet som världens största kompromiss.<sup>48</sup> Avtalen är alltid i sig politiska produkter som sedan implementeras av politiker i olika nationella och internationella kontexter. Även om avtalstexterna kan framstå som ambitiösa har de hittills inte varit avsedda att på allvar utmana den fossilbaserade kapitalism vi lever i. I den mån som konventionerna inte bidrar till att lösa miljöproblem är det inte sällan för att de inte var tänkta att helt lösa problemen och därmed används de inte heller för att i tillräcklig mån lösa problemen. Det är därför svårt att klandra specifika juridiska konstruktioner, än mindre hopbakade med hundratals andra konstruktioner i olika konventioner, för att på egen hand förvärra miljöproblem. Det blir lite som att påstå att George Bush skulle ha ratificerat Kyotoprotokollet om det bara hade byggt på ett mer radikalt paradig eller att Paris-avtalet skulle haft tänder om det inte var för att förhandlingarna styrdes för mycket av en undermåligt konstruerad "internationell miljö rätt".

Även om det finns konstitutionella och internationellrättsliga konstruktioner som försvårar genomförandet av en progressiv politik är de sällan oöverstigliga hinder som helt hindrar de stora globala aktörerna att sluta nya, mer progressiva avtal. Snarare än miljö rätten i sig är

det ofta politiken som hindrar den nödvändiga transformationen. När väl en progressiv politik får momentum, om de stora utsläppsländerna till exempel skulle komma överens om radikala utsläppssänkningar, blir juridiken mer av en formsak än en aktiv agent som på egen hand hindrar eller skapar politik. Kotzé et al. hantlar den här invändningen genom att helt enkelt vända på det: innan förändring kan ske i våra samhällen måste de juridiska paradigmen ändras.<sup>49</sup> Detta påstående backas dock inte upp mer än av antagandet att rätten styr människors attityder och beteenden (som jag diskuterar mer ingående nedan).<sup>50</sup>

Ett bättre sätt att förstå internationella konventioners är att deras effekter på politik och miljö samskapas tillsammans med en mångfald av andra olika aktörer. Parisavtalet går exempelvis inte att isolera till att vara en ensam orsak till en specifik effekt, men däremot är det en del i ett nätverk av kroppar och aktörer som tillsammans skapar effekter. När bensin ersätts med biodrivmedel används juridiska konstruktioner för att administrera det, och i den mån dessa juridiska konstruktioner påverkar effekterna av politiken sker det inte isolerat från de processer som de uppkommit från. På samma sätt är det inte den västerländska rätten som är orsaken, ursprunget, grunden, till att egendomsskydd är så pass viktig i den globala kapitalismen.<sup>51</sup> I den mån rätten påverkar egendomsskyddets utformning görs det tillsammans med andra politiska aktörer och kroppar.

---

<sup>48</sup> <https://www.theguardian.com/environment/2022/oct/08/greta-thunberg-climate-delusion-greenwashed-out-of-our-senses> hämtad 2023-05-29.

---

<sup>49</sup> "Earth system law will remain difficult to realize unless societies show signs of change, and societal transformation will unlikely materialize unless legal paradigms start shifting". Kotzé, L. J. & Kim, R. E. (2020). Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 466.

<sup>50</sup> A.a.

<sup>51</sup> Se not 38.

Istället för att bunta ihop alla internationella miljörettsliga konventioner och avtal de senaste 50 åren till en kropp skulle internationell miljörettslag kunna definieras som internationell rätt som reglerar eller relaterar till det vi kallar miljö.<sup>52</sup> En del av dessa regler har drivits på av miljörörelsen och kommit till för att skydda och bevara miljön. En del av dessa regler lyckas i viss mån bidra till förändring men eftersom reglerna är produkter av politiskt kompromissande är de sällan så ambitiösa som skulle krävas för att komma till rätta med miljöproblemen. Andra regler är till för att administrera exploatering och rent av miljöförstörelse. De har vare sig ett gemensamt syfte eller ett gemensamt funktionssätt. Vad de har gemensamt är att de kategoriseras som internationell miljörettslag eftersom de är internationell rätt som berör miljön i någon mening.

Oavsett om det är en medveten ontologisk position eller en förenklande språklig generalisering så menar jag alltså att det skapas ett antal förskjutningar när man analyserar "den internationella miljörettslagen" som en kropp med förmågor. Resultatet blir att den politiska verkligheten glöms bort. Om man istället för idén om att miljörettslag är till för att skydda miljön använder den pragmatiska definition av miljörettslag som jag angav ovan blir också analysen av miljörettslagens och den internationella miljörettslagens ändamål en annan. Internationella konventioner kan då läsas för de tandlösa kompromisser som de ibland är avsedda att vara och som också är i linje med många förväntningar på dem. Det blir då enklare att se hur rätten fungerar som verktyg skapat för att genomföra den politik som kompromissats fram. Det blir då även svårt, eller i viss mån meningslöst, att hävda att miljörettslag i

sig har särskilt stor skuld i miljöproblemen. För att miljörettslag ska kunna klandras krävs ju att de rettsliga konstruktionerna inte tillräckligt effektivt har genomfört den politik de var avsedda att genomföra. Men om den politik de var avsedda att genomföra redan från början var otillräcklig så kan det inte vara de rettsliga konstruktionernas fel att en mer progressiv politik inte genomförts.

## 2.2 Den internationella miljörettslagens potential

En konsekvens av att den internationella miljörettslag behandlas som en kropp med förmågor är att det blir möjligt rent språkligt att föreställa sig att denna kropp skulle kunna ersättas av en annan kropp, *en* ny internationell miljörettslag, med samma typ förmågor. Eftersom den internationella miljörettslag och dess paradigm i sig har identifierats som en viktig orsak till vår tids miljöproblem blir lösningen att konstruera en ny rätt, ESL, Ecological law, earth law, etc., byggd på andra paradigm.<sup>53</sup>

För att kunna hävda att denna nya rätt i sig löser de planetomfattande utmaningarna vi står inför görs ett grundantagande om att rätten är ett ändamålsenligt verktyg för att forma människors beteende i syfte att uppnå önskade effekter.<sup>54</sup> Rätten definieras av Kotzé och Kim som en socialt reglerande institution som begränsar, styr, betingar, straffar och belönar.<sup>55</sup> Karaktäris-

---

<sup>53</sup> Det här bygger alltså på de förskjutningar jag redogjort för i förra avsnittet. De individuella konventionerna separeras från de politiska kontexter varur de är sprungna, de buntas ihop med alla andra miljörettsliga konventioner, dessa konventioner antas gemensamt ha en förmåga att bidra till att skapa miljöproblem. Eftersom det är "den internationella miljörettslag" som helhet som är problemet, är den enda lösningen att byta ut rätten.

<sup>54</sup> "law is a purposeful vehicle for shaping behavior to achieve desired ends", Kotzé, L. J. & Kim, R. E. 2020. Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 461.

<sup>55</sup> A.a.

---

<sup>52</sup> Den här definitionen är inspirerad av Elizabeth Fishers definition av miljörettsvetenskap. Se Fisher, E. et al. (2009). Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship. *Journal of Environmental Law*, 21(2), s. 217.

tiskt för denna rättsliga ontologi är att rätten har en förmåga att förändra samhället ovanifrån. Kotzé et al menar till exempel att transformationen till det ekologiskt hållbara samhället ska ske genom att en jorden-centrerad global rättsordning införs. Bara en fullständigt transformerad internationell miljörätt kan transformera människors beteende i tillräcklig utsträckning för att våra samhällen ska undvika att överskrida de planetära gränserna.<sup>56</sup> Målet för ESL blir därför att skapa en helt ny uppsättning normer som har förmåga att begränsa människors beteende.<sup>57</sup>

Flera författare diskuterar hur detta globala rättssystemet ska uppstå.<sup>58</sup> Kotzé et al. beskriver det såhär:

These shifts, however, will likely occur in phases rather than a great leap. Notably, all of the above suggestions will be time consuming for individuals and institutions and will require research organisations and leaders to be intra-, inter- and transdisciplinary advocates. Through such steps, new paradigms may gradually emerge to transcend traditional boundaries and develop new languages and thought processes for earth system law research and practice.<sup>59</sup>

En återkommande tanke verkar vara att en mindre rörelse ska skapa det rättsliga skiftet på den globala nivån, att detta sedan ska verka styrande

för resten av planeten och att detta kommer leda till att människors beteende ändras. En grundläggande idé som jag utläser är att rätten på något sätt ska uppstå och sedan i nästa led rädda världen. Jag tolkar därför ESL som en idé att från internationell nivå styra människors beteende såpass radikalt att vi tillsammans kan undvika att överträda de planetära gränserna.

Inom rättssociologin har man ofta försökt hålla isär frågan om vad rätten är från hur den får effekt i samhället.<sup>60</sup> En poäng med den uppdelningen är att det tydliggör att det inte finns en direkt koppling mellan rättens utformning och dess effekter. Eftersom rätten bara är en del av de komplexa socio-ekologiska system som formar våra landskap skapas rättens effekter alltid i samspel med en mångfald av andra processer och aktörer.<sup>61</sup> Hur rätten får effekt, blir giltig, legitim och ändamålsenlig, är därför primärt empiriska frågor, vilket sysselsatt rättssociologin i över ett århundrade.<sup>62</sup> Vad rätten är, vad en rättsregel är och vad som gör den teoretiskt giltig inom ett givet rättssystem är istället frågor som är mer diskuterade inom rättsvetenskapens och rättsfilosofins domäner.<sup>63</sup> Den klassiska kritiken mot formalism generellt och rättspositivismen specifikt är att man inom dessa strömningar förklarar rätten utan att ta hänsyn till dess effekter i verkligheten. En rättspositivist skulle då typiskt sett kunna svara att de inte heller gör några an-

<sup>56</sup> Kotzé, L. J. & Kim, R. E. (2020). Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 463. "only a fully transformed version of international environmental law can transform the behaviour of society in such a way so as to stay within Earth system limits".

<sup>57</sup> A.a. s. 458: "offering a new set of appropriate norms that are able to restrain human behaviour".

<sup>58</sup> För en djupgående diskussion, se: Mai, L. & Boulot, E. (2021). Harnessing the transformative potential of earth system law: From theory to practice. *Earth System Governance*, 7, 100103.

<sup>59</sup> Kotzé, L.J. et al. (2022). Earth system law: Exploring new frontiers in legal science. *Earth System Governance* 11: 100126.

<sup>60</sup> Se t.ex. Baier, M. (2003). *Norm och rättsregel: En undersökning av tunnelbygget genom Hallandsåsen*. (Avh. Lunds universitet). Hydén, H. (2002). *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Studentlitteratur. Kap. 1., Hydén, H. & Hydén, T. (2019). *Rättsregler*. Studentlitteratur.

<sup>61</sup> Detta är också ett tema i min avhandling, Entangled law. Stenseke Arup, G. (2021). *Entangled Law: A Study of the Entanglement of Wolves, Humans, and Law in the Anthropocene*. (Avh. Karlstads Universitet).

<sup>62</sup> Se not 59.

<sup>63</sup> A.a.



språk på att behandla rättens effekter i samhället just eftersom det är en fråga för rättssociologer.<sup>64</sup>

Dessa frågor är förstås överlappande, men inom ESL tycks man ofta sammanblanda dessa frågor utan en reflekterad medvetenhet om att det rör sig om olika saker. Som redogjorts för ovan är en utgångspunkt inom ESL att rätten är ett ändamålsenligt verktyg för att styra människors beteende. Hur detta verktyg är tänkt att fungera diskuteras dock inte närmare. Snarare skönjer jag ett mer eller mindre implicit grundantagande om att rätten har en direkt ändamålsenlig effekt i landskapet.<sup>65</sup> Detta grundantagande leder i sin tur till att författarna inte behöver ta ställning till frågor om effektivitet och legitimitet. Sålunda blir det möjligt för ESL att konstruera ett nytt rättssystem som bottnar i de planetära gränserna och samtidigt säga att det är effektivt utan en empirisk analys: ändamålsenligheten är given i ontologin.

En konsekvens av grundantagandet om rättens effektivitet är att man konstruerar en lösning på miljöproblem som är särkopplad från de politiska villkor under vilka lösningen skulle kunna uppstå. ESL-författarna behöver därför inte förhålla sig exempelvis till den politiska motvind som klimatrörelsen ofta möter bland politiker såväl som medborgare. Givet detta kan de analysera den internationella miljörätten som en kropp med en inneboende potential att skapa rättsliga gränser som direkt hindrar människor

från att överskrida planetära gränser.<sup>66</sup> Det är därför som den kritiska uppgiften för den internationella miljörätten överhuvudtaget kan handla om att transponera de planetära gränserna till rättsliga gränser. Om den internationella miljörätten gör detta leder det, i enlighet med samma ontologiska antaganden, till att den mänskliga aktiviteten begränsas i tillräcklig utsträckning. Eftersom rätten ses som ett ändamålsenligt verktyg som styr människor och deras beteende från ovan, och miljöproblemen beror på rätten, kan problemen därmed lösas genom att en ny internationell miljörätt helt enkelt införs.

Detta är på ett sätt truistiskt. Om vi behöver en radikalt annorlunda politik måste den genomföras genom stora ändringar i rätten. Men som diskuterats ovan innebär det ju inte att rätten i sig är ett hinder för en progressiv politik och inte heller att rätten måste ändras för att en progressiv politik ska vara möjlig.

Sammantaget skapas så ett problematiskt förhållande till det politiska: det politiska innehållet i ESL framstår som apolitiskt. Referenserna till konkret sakpolitik är ofta få. De radikala förändringarna ska inte ske inom politiken utan i de juridiska ramverken. Eftersom man i ESL konstruerar juridiska ramverk som bygger på de naturvetenskapliga förutsättningarna för de planetära gränserna och de samhällsvetenskapliga förutsättningarna för exempelvis rättvis omställning så gör man i princip anspråk på att beskriva en vetenskaplig teori snarare än en politisk ideologi.

### 3. Teknokratiska och utopiska tendenser

Jag har hittills försökt visa hur ESL bygger på ett antal problematiska förskjutningar och grundantaganden. Genom att behandla "den internatio-

---

<sup>64</sup> A.a. Se också Baier, M. & Svensson, M. (2018). *Om normer*. Studentlitteratur. Kap. 2.

<sup>65</sup> Mai och Boulot berör förvisso det här problemet. Deras analys rör sig dock fortfarande på en nivå som handlar om hur ESL kan införas, inte vilken effekt det kan ha när det väl införts. Se Mai, L. & Boulot, E. 2021. Harnessing the transformative potential of earth system law: From theory to practice. *Earth System Governance*, 7, 100103.

<sup>66</sup> Se ovan, Kotzé, L. J. & Kim, R. E. (2020). Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 457–470.

nella miljörätten” som en kropp med förmågor som bidragit till att skapa vår tids miljöproblem konstrueras ett problem som bara kan lösas genom att en ny internationell miljörätt införs. En förutsättning för att detta resonemang ska vara logiskt hållbart är grundantagandet att rätten effektivt styr människor. En konsekvens är att analysen inte tar hänsyn till den mångfald av olika rättsliga och icke-rättsliga aktörer och processer som samverkar, vilket i förlängningen försvårar en operationalisering av idéerna i verkligheten.

Som en konsekvens av ESLs brist på politisk analys är det, trots radikala politiska implikationer, sällan tydligt vilken typ av politiskt projekt som ESL skulle innebära. I min kritiska analys av ESL framträder dock två politisk-teoretiska tendenser, teknokrati och utopi.

### 3.1 Teknokrati

ESL är ingen explicit teknokratisk teori, tvärtom. Det normativa ramverket är avsett att vara inkluderande och demokratisk och prioritera behoven och intressena från marginaliserade grupper och omfördela mellan rika och fattiga länder.<sup>67</sup> Ursprungsbefolkningar, fattiga och diverse marginaliserade grupper ska få komma till tals.<sup>68</sup> Framtida generationer, djur, floder, och andra icke-mänskliga entiteter ska kunna representeras.<sup>69</sup> Olika sätt att vara, agera och få kunskap ska erkännas och tas tillvara. Likaså ska olika former av processer tas tillvara, ex.

[C]itizen science, citizen sensing commoning civil disobedience and dissent community organising, fugitive planning autonomous and insurrectional practices against fossil capitalism traditional ecologi-

cal knowledge or crowdsourcing. inclusion and empowerment by providing a space for collaboration, and permitting non-experts to contribute to legal proceedings through accessible, inclusive and familiar modalities. intentionally welcoming a variety of stakeholders (including, for example, vulnerable poor people, the unborn, and non-humans) and to explore possibilities for their strengthened/improved representation into the legal arena.<sup>70</sup>

Som beskrevs i förra avsnittet handlar ekocentriska rättsteorier, som Ecological Law, om att rättssystemen ska bygga på en ekocentrisk logik som omöjliggör alltför miljöskadliga åtgärder. Inom ESL har man delvis tagit avstånd från den rena ekocentrismen och säger sig istället vara jorden-centrerad. Det är jordsystemets välmående som helhet, alltså människor inkluderat, som ska vara basen för rättssystemet.

Samtidigt bygger ESL på ett antagande om att rätten styr människor ovanifrån och att införandet av ESL kommer att ändra folks beteende och åsikter. Kotzé skriver t.ex. att

For international environmental law to achieve deep structural transformations externally, it must itself be fundamentally transformed internally; in other words, only a fully transformed version of international environmental law can transform the behaviour of society in such a way so as to stay within Earth system limits.<sup>71</sup>

ESL ska tillhandahålla en uppsättning normer som kan begränsa människors beteende i så betydande grad att de håller sig inom de planetära

<sup>67</sup> Kotzé L.J. et al. (2022) Earth system law: Exploring new frontiers in legal science, *Earth System Governance* Volume 11, 100126.

<sup>68</sup> A.a.

<sup>69</sup> A.a.

<sup>70</sup> Kotzé L.J. et al. (2022) Earth system law: Exploring new frontiers in legal science, *Earth System Governance* Volume 11, 100126.

<sup>71</sup> Kotzé, L. J. & Kim, R. E. 2020. Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 463.

ramarna.<sup>72</sup> Det kommer bygga på ett interdisciplinärt vetenskapligt analytiskt ramverk som kan hantera och svara bättre på socio-ekologiska problem. Som jag förstår det ska ESL därmed utgöra ett normativt fundament som kan styra hela spektrumet av relationer inom jord-systemet på ett sätt som leder till bättre planetär integritet och mer rättvisa. Det planetära perspektivet innebär att man istället för nationsgränser ska bry sig om de ekologiska och socio-ekologiska processer som kan förstås med hjälp av forskning, framförallt inom jordsystemvetenskapen och Earth System Governance.<sup>73</sup>

Sammantaget ska ett ramverk skapas som ska göra det möjligt att designa bättre lagar för att bättre styra det socio-ekologiska jordsystemet. Med ESL som grund skulle den internationella miljörätten därmed ha potential att styra människors beteende såpass radikalt att mänskligheten kommer lyckas att hålla sig inom de planetära gränserna.

I praktiken borde detta innebära omfattande politiska reformer. IPCC har visat att för att klimatförändringarna på allvar ska kunna bekämpas måste kraftfulla reformer vidtas.<sup>74</sup> En svensk studie framtagen av Isak Stoddard och Kevin Anderson har till exempel visat att vi i Sverige måste minska våra koldioxidutsläpp med 20 % per år.<sup>75</sup> Ett rättssystem som styr oss i rätt rikt-

ning måste därför kunna transformera samhället i snabb takt. Allt det demokratiska samskapandet av jord-system-samhället som ESL explicit bygger på kommer därför behöva ske inom relativt snäva ramar satta av den nya internationella miljörätten.<sup>76</sup> Dessa ramar skulle förvisso också kunna ses som en produkt av samskapandet som ESL ser framför sig, men eftersom resultatet ändå är givet på förhand är det svårt att komma från att ramarna också verkar vara givna på förhand. Det demokratiska inslaget i ESL borde därför i praktiken bara kunna avse administrationen av de på förhand givna, och av vetenskapen definierade, målen.

Det finns ett pragmatiskt argument för en global teknokrati i vår tid, att de kriser vi är inne i kräver vetenskaplig styrning och att vi har inte tid att låta folk vara med och bestämma.<sup>77</sup> Politikerna måste sluta bråka, vara "modiga" och fatta tuffa beslut utan att ta hänsyn till opinionen. Vetenskapen har lösningarna, implementera dem så räddar vi både liv och civilisation.

Ett misstag som jag ser med den här typen av argument är att man reducerar demokrati till en fråga om inkluderande och medbestämmande för sakens skull. En viktig aspekt med demokratin, som jag ser det, är ju dess förmåga att legitimerar maktutövande. För att göra anspråk på att presentera ett realistiskt alternativ behöver därför teknokraten svara på följande frågor: Hur ska teknokratin uppkomma och hur ska den bestå? Hur ska teknokraterna övertyga folket om att de bör fransäga sig makten och hur ska teknokratin upprätthållas? Dvs. hur ska människors missnöje med makten dämpas? Om

---

<sup>72</sup> A.a.

<sup>73</sup> A.a. s. 465: "ecological and socio-economic processes that are elaborated by earth system governance and earth system science".

<sup>74</sup> IPCC: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Shukla, P.R. et al. eds.] Cambridge University Press.

<sup>75</sup> Stoddard, I., & Anderson, K. (2022). A new set of Paris Compliant CO<sub>2</sub>-Budgets for Sweden. *Carbon Budget Briefing Note 1*. Se också Anderson, K., Broderick, J. F., & Stoddard, I. (2020). A factor of two: how the mitigation plans of 'climate progressive' nations fall far short of Paris-compliant pathways. *Climate Policy*, 20(10), 1290-1304.

---

<sup>76</sup> Dvs. För att uppnå de radikala förändringar som krävs, och för att på så sätt också vara ett bättre system än den nuvarande internationella miljörätten, berör de mål och ramar som ESL ställer upp innebära en radikalt annan politik än den nuvarande.

<sup>77</sup> Se t.ex. Tännsjö i DN 2018-11-28. <https://www.dn.se/kultur-noje/sa-kan-klimatkrisen-leda-fram-till-en-global-despoti/> hämtad 2023-05-29.

det därtill ska vara ett alternativ borde man också visa varför det skulle vara mer realistiskt att lyckas skapa och upprätthålla en planetär teknokrati än att rädda klimatet på annat sätt.

En grundläggande utmaning för att operationalisera den här typen av idéer är därför att komma på dels hur det teknokratiska maktövertagandet ska uppnås och dels hur det ska upprätthållas. I en tid när miljörörelserna inte ens vinner demokratiska val är det helt enkelt svårt att se hur tillräckligt mycket politiskt kapital, eller våldskapital, skulle kunna mobiliseras för att ta makten och vidmakthålla den.

Kotzé och Kim har ett systemteoretiskt svar på denna utmaning. Riktningen och målet med ESL är given, men reformerna måste kunna anpassas efter förhållandena i samhället. För att ta reda på hur de sociala systemen kan styras i rätt riktning på ett så effektivt sätt som möjligt behöver man därför pröva sig fram i en iterativ process.

One way to confront this challenge is to adaptively manage complex adaptive legal systems which could be used to adaptively manage the complex adaptive Earth system. Such adaptive management of the regulatory object through adaptive management of our regulatory systems will need to be an ongoing, iterative, and interactive process. Earth system law can therefore not be too rigid, and will rather have to constantly adapt by responding to the dynamics of an Earth system that is always in flux. In this sense, it will be important to strike a fine balance between stability and flexibility of the rule of law. This may seem at odds with the necessity to “bolster legal boundaries” for the sake of staying within planetary boundaries, but it is not. Legal boundaries can be strict, but these boundaries can be revised periodically to allow for flexibility.

[...]

For the purpose of guiding earth system transformations through earth system law, we will presumably first need to identify and analyse pathways through which legal institutions guide, shape, and/or block societal transformations. This will enable us to constantly develop, implement, and critically reflect on reform proposals such as the constitutionalization of international environmental law mentioned above.<sup>78</sup>

Processen liknar en sorts maskininlärning där den iterativa processen leder till att rättssystemet förbättras tills det slutligen styr medborgarna på det mest optimala sättet. Den samhällsmodell de föreställer sig är inte helt olik narrativet i Isaac Asimovs science fiction-klassiker *I robot*.<sup>79</sup> I *I robot* styrs robotarna av robotikens tre lagar, tre principer där den grundläggande principen handlar om att robotarna inte får skada människorna. I den sista novellen i boken har robotarna utvecklat den första lagen till att betyda: en robot får inte genom handling, eller underlåtelse att handla, orsaka att mänskligheten skadas. Enda sättet att uppfylla den första lagen är att successivt ta kontroll över mänskligheten utan att de märker det. På slutet är det därför egentligen inte robotarna som styr utan den grundläggande principen, att mänskligheten inte får skadas. På samma sätt tycks ESL vara en vision om att jorden ska kunna styras av några få givna grundläggande principer som får genomslag genom en vetenskapligt grundad iterativ process snarare än mer klassisk parlamentarisk eller utomparlamentarisk politisk kamp.

---

<sup>78</sup> Kotzé, L. J., & Kim, R. E. (2020). Exploring the analytical, normative and transformative dimensions of earth system law. *Environmental Policy and Law*, 50(6), s. 466.

<sup>79</sup> Asimov, I. (2004). *Jag, Robot*. Översättning av Fredrik Liungman. Natur och Kultur.

### 3.2 Utopi

Ett annat sätt att se det är att ESL uttrycker en utopi. Kanske beskriver de hur rätten skulle kunna se ut i en rationell världsstat som tar miljöutmaningarna på allvar samtidigt som den tar hänsyn till sociala orättvisor och demokratiaspekter. Liksom i en typisk utopi skapas då en sorts cirkelargumentation där lösningarna alltid är bra eftersom det är villkoret för själva utopin: om ESL bara infördes på planeten skulle miljöproblemen lösas eftersom miljöproblemen är lösta i ESL-utopin. Kritik om att ESL skulle vara teknokratiskt skulle då alltid kunna bemötas genom enkla konstateranden om att ESL kommer vara demokratiskt, inkluderande, etc. Utopin kan modifieras i all oändlighet med enkla ställningstaganden utan att behöva ta praktiska hänsyn.

Utopier är i sig inte meningslösa. En viktig poäng med till exempel Gaia-inspirerade teori-bildningar är just att visa att i den bästa av världar måste människan ta ansvar för jordsystemet som helhet. Kärnan i ESLs politiska utopi är att detta förvaltarskap skapas och styrs av juridiska principer och rättsregler. Problemet för miljö-rörelsen har dock aldrig varit att föreställa sig vad de vill uppnå. Det akuta problemet är ju att uppnå det.

Ett exempel på när utopier kan ställa till problem för miljörettsvetenskapliga analyser är när Geoffrey Garver i sin bok *Ecological law and the planetary crisis: A legal guide for harmony on earth* beskriver hur naturens rättigheter i Ecuador inte ledde till radikal förändring.<sup>80</sup> I enlighet med det teoretiska ramverk, ecological law, som Garver utgår ifrån skyller han misslyckandet på de rättsliga konstruktionerna. Därmed negligerar han andra faktorer i landskapet som påverkar effekterna av lagarna. Logiken blir att eftersom miljöskyddet inte är adekvat är det en defekt i

det rådande juridiska paradigmet. Att ett lands miljöproblem inte blir lösta trots ett konstitutionellt skydd för naturens rättigheter bevisar enligt denna logik att naturens rättigheter inte är en tillräckligt bra konstruktion. Lösningen måste därför, enligt samma logik vara en ännu mer vattentät juridisk konstruktion som på allvar sätter ekologin, eller de planetära gränserna, i centrum. För Garver innebär detta en ännu mer utvecklad Ecological law. Problemet är att det perfekta juridiska systemet aldrig fullt ut kan kompensera bristen på politisk vilja. ESL och Ecological law kan bara operationaliseras i en värld där de samtidigt åtnjuter politisk legitimitet. Inom de utopiska ramar som teorierna bygger på är detta aldrig ett problem, men i praktiken gör det utopierna svårtillämpade.

Om man föreställer sig att det perfekta miljörettsliga systemet faktiskt skulle bli lag kommer lagen fortfarande vara beroende av att den genomförs och tolkas i en politisk kontext som den rättsliga konstruktionen i sig inte kan skapa. Om, å andra sidan, de politiska förutsättningarna för att ge lagen effekt redan finns, är det ju inte längre lagen som styr medborgarna i rätt riktning. I så fall administrerar, och på sin höjd verkställer, lagen bara den politiska viljan.

Så länge de politiska paradigmen inte ändras, så kommer heller inte rättssystemet på egen hand kunna genomföra tillräckligt radikala reformer. Därför kommer varje ny juridisk konstruktion kunna kritiserars på samma grunder som Garver kritiserar naturens rättigheter och ESL kritiserar internationell miljörett. Inte förrän man erkänner att det inte är juridiken i sig som är det stora problemet kan man komma vidare. Alternativet är att man gör de rättsliga systemen så vattentäta att alternativa politiska idéer inte ens är möjliga. Detta kräver i sin tur antingen just att den perfekta politiska kontexten uppstår, eller en rätt hög grad av repression.

---

<sup>80</sup> Garver, G. (2020). *Ecological law and the planetary crisis: A legal guide for harmony on earth*. Routledge, kap. 8.

Detta problem med miljörättsteoretiska utopier blir extra tydligt när Garver resonerar kring den internationella miljörättens förhållande till ekonomisk tillväxt. Garver menar att det internationellt sett dominerande samhällseliga målet är att öka och upprätthålla ekonomisk tillväxt och att den internationella miljörätten i praktiken är den tillväxt-drivna ekonomiska globaliseringens betjänt.<sup>81</sup> För Garver verkar lösningen vara att den internationella miljörätten helt enkelt slutar vara globaliseringens betjänt och istället börjar styra globaliseringen till att hålla sig inom de planetära gränserna. Problemet med resonemanget är att det tycks bygga på att den internationella miljörätten antingen på egen hand skulle kunna skaka av sig sina bojor, resa sig, och ta makten över de nationer som skriver konventionerna eller att någon som befinner sig bortom tillväxtparadigmet på något sätt lyckas ta kontrollen över globaliseringen. För mig känns det rimligare att se internationell miljörätt som en integrerad del i den tillväxtdrivna globaliseringen snarare än något som kan betjäna eller styra globaliseringen utifrån.

En utopi kan ha flera funktioner men typiskt sett är den motsatsen till lösningsorienterad eftersom den infaller efter att problemen är lösta. Utopier är nödvändiga men de kan inte i sig själva utgöra lösningar eftersom lösningarna då flyter ihop med målet, den perfekta tillvaron. Den här kritiken av grön utopism har artikulats på ett tydligt sätt av Alyssa Battistoni. I en artikel om Andreas Malms bok *How to blow up a pipeline*, där Malm förespråkar en sorts krigskommunism för att komma tillrätta med miljöproble-

men, avfärdar Battistoni resonemanget som lika meningsfullt som en fantasi "just think of what we could do with the state if we somehow controlled it".<sup>82</sup> En utopi besvarar inte frågan "hur vi ska skapa den perfekta tillvaron?" utan frågan "vad är den perfekta tillvaron?". Vad den rena utopisten inte kan besvara är därför hur vi kan skapa de villkor och förutsättningar som krävs för att den radikala politiken ska kunna genomföras och utopin skapas.

#### 4. Sammanfattande diskussion

ESL är både en relativt konkret idé om hur ett globalt rättssystem som löser våra akuta miljöproblem skulle kunna se ut och ett samlande paradigm för progressiv miljörättsteori i allmänhet. På så sätt är det precis den typ av proaktiv miljörättsvetenskap som Westerlund efterfrågade. I min läsning av ESL-litteraturen har jag dock identifierat några förskjutningar, grundantaganden och tendenser som jag menar hindrar ESL från att på allvar vara proaktiv.

##### 4.1 Sammanfattning av argumentet

För det första ses den internationella miljörätten som *en* kropp med förmågor. För det andra antas den internationella miljörätten som en kropp i betydande grad ha bidragit till att skapa de miljöproblem vi har och det antas också att den internationella miljörätten är ett fundamentalt hinder för att miljöproblemen ska gå att lösa. För det tredje ses rätten som ett ändamålsenligt verktyg för att forma människors beteende i syfte att uppnå önskade effekter. Rätten ses som en socialt reglerande institution som begränsar, styr, betingar, straffar och belönar. Karaktäristiskt för denna rättsliga ontologi är att rätten har en förmåga att förändra samhället ovanifrån. Givet

---

<sup>81</sup> Garver, G. (2020). *Ecological law and the planetary crisis: A legal guide for harmony on earth*. Routledge, s. 58 respektive s. 68. "societal objective internationally currently is to raise and perpetually maintain economic growth" och att "The principal problem is that global environmental law is essentially the handmaiden of growth-driven economic globalization".

---

<sup>82</sup> Battistoni, A. (2022). *Is sabotage a pipe dream?*. I *Property Will Cost Us the Earth*. Verso Books. Malm, A. (2021). *How to blow up a pipeline*. Verso Books.

detta har därför den internationella miljöretten en inneboende potential att skapa rättsliga gränser som hindrar människor från att överskrida planetära gränser. Den kritiska uppgiften för den internationella miljöretten kan därför inom ESL sägas vara att transponera de planetära gränserna till rättsliga gränser. Om den internationella miljöretten gör detta leder det, i enlighet med samma ontologiska antaganden, till att den mänskliga aktiviteten begränsas i tillräcklig utsträckning.

Av dessa antaganden följer en logisk slutledning: för att rädda livet på jorden inklusive den mänskliga civilisationen måste vi skapa en ny internationell miljörett som utgår ifrån de planetära gränserna. Denna nya internationella miljörett är en politisk vision om en global rättsordning där juridiken, utifrån några givna principer och med hjälp av vetenskap, styr människor till att hålla sig inom de planetära gränserna.

Den forskningsuppgift Westerlunds formulerade för den proaktiva miljörettsvetenskapen skulle därmed kunna anses vara besvarad: För att påverka vad som händer i samhället och vidare i och med biosfären, att biosfären inte försämras så långt så att människor någon gång i framtiden inte kan tillgodose sina behov, behöver styr- eller reglersystemen vara konstruerade så att biosfären inte försämras så långt så att människor någon gång i framtiden inte kan tillgodose sina behov.<sup>83</sup> Dvs. För att vi inte ska överskrida de planetära gränserna behöver vi konstruera ett globalt rättssystem som hindrar oss att överskrida de planetära gränserna. Rättssystemet ska bygga på den bästa tillgängliga vetenskapen och styra människors attityder och beteende i en riktning som gör att miljöproblemen försvinner.

För mig är detta ingen riktig lösning, utan en utopi eller en idé om en teknokrati som byg-

ger på en övertro på juridikens transformativa potential. Denna övertro kan även utläsas i det Westerlund kallade mänsklighetens rättekologiska dilemma: om rätten "medger sådant som bidrar till degradering av naturbasen bortom vad som räcker för att upprätthålla en folkmängd på så många miljarder som finns vid varje tillfälle nu och i framtiden, så utgör rätten en fara för mänskligheten".<sup>84</sup> Implicit uttrycks i detta dilemma att rätten har en stark förmåga att på egen hand styra världen.

Den här idén om rättens potential är en hörnsten i ESL. När man väl har visat att rättsliga konstruktioner på egen hand kan bidra till skapa och lösa miljöproblem är det som att man har gett sig själv frihet att argumentera för att rätten kan lösa alla möjliga problem. På vägen växer rätten från att bara bidra och upprätthålla miljöproblem till att bli miljöproblemens grundorsak och lösning. För mig vore det rimligare att anta att dominerande paradigmet som exempelvis ekonomisk tillväxt inte skapas av rätten utan tvärtom bidrar till att rätten ser ut som den gör. Utan förändring av dylika politiska paradigmer är det svårt att förvänta sig att en internationell miljörett skulle kunna uppstå som utgår från helt andra paradigmer. En proaktiv miljörettsvetenskap kan sammantaget inte ha som ambition att lösa problemet med bristande politisk vilja genom rättslig styrning.

Genom att istället erkänna betydelsen av politik i sina miljörettsliga analyser tvingas man lämna sin neutrala rettsvetenskapliga fernissa och redogöra för konturerna av det politiska projekt man ser framför sig. Med ett mer tydligt definierat politiskt projekt blir det också lättare att driva opinion utanför akademien. Det politiska projekt jag ser framför mig i min kanske aningen illvilliga läsning av ESL-litteraturen är dock en

---

<sup>83</sup> Se inledningsavsnittet i artikeln.

<sup>84</sup> Westerlund, S. (2010). Rätt och riktig rettsvetenskap. *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2010:1 s. 18.

teknokratisk global stat där medborgarnas utrymme att påverka är begränsat till beslut som inte hämmar den radikala samhällsomvandling som antropocen kräver. I utopin erkänns inte detta eftersom i utopin kommer ökad demokrati och inkludering ofrånkomligen att leda till precis den radikala samhällsomvandling som behövs.

#### 4.2 Miljörettsvetenskap och politik

Det uttalade syftena med ESL, Ecological law, och andra liknande miljörettsliga teorier, är dock inte att skapa en global teknokrati eller att formulera rena utopier. Anledningen till att dessa tendenser ändå framträder tror jag beror på att de saknar politisk situering i de landskap där de är tänkta att fungera.

Miljöskydd kan inte förstås som en strikt rättslig fråga, särkopplad från politiken. En juridisk konstruktion har alltid en begränsad potential att av sig självt skapa ett starkare miljöskydd. Till exempel behöver en konstruktion som djurens rättigheter ses som ett specifikt rättsligt verktyg för att skydda djuren snarare än ett moraliskt fundament, och det behöver därmed utvärderas och viktas utifrån de specifika processer och funktioner det skulle ha i verkligheten. Djurens juridiska rättigheter är avhängiga det politiska innehåll som dessa rättigheter ges, vilket i sin tur beror på vilken politisk majoritet det finns i parlamentet och vilken legitimitet rättigheterna har i landskapet. Detsamma gäller andra miljörettssteoretiska paradigmer. För att värdera deras potential att förändra landskapet i en mer hållbar riktning krävs analyser som kan situera dem i deras specifika politiska ekologier.

En teori som Earth System Law saknar förankring i landskapet just för att den inte framställs som en politisk teori och därför också saknar en politisk analys om hur den skulle kunna genomföras och få legitimitet i landskapet. Om man exempelvis vill att hållbarhet eller planetära gränser ska vara grundläggande principer

i rättssystemet är detta i sig ett politiskt projekt som handlar om att det offentliga, all maktutövning ska utgå även från vetenskapen. Det är ingen intern, juridisk-teknisk diskussion utan en ideologisk idé om hur jorden bör styras som behöver någon typ av legitimitet för att genomföras. Avsaknaden av politisk situering leder i förlängningen till att det blir svårt att göra riktig politik av idéerna, vilket i sin tur gör att det proaktiva idéerna riskerar att stanna inom akademien.

En anledning till den bristande politiska analysen skulle kunna vara kvarhållandet av ett modernistiskt ideal om åtskillnad mellan vetenskap och politik. Westerlund skrev till exempel att miljö kvalitetsgränser inte relaterar "till ideologiska parametrar, heller inte ekonomiska, utan till något ute i naturen – luften, vattnet etc". Det senaste decenniet har det dock blivit övertydligt att det som borde vara ett gemensamt projekt för hela mänskligheten, att ta till sig av vetenskapen för att kunna bevara förutsättningar för en värdig civilisation, är ett politiskt projekt som en stor del av åtminstone den rika världens regeringar och även befolkningar ännu inte i praktiken helt står bakom.

#### 5. Avslutning

I antropocen behöver vi en proaktiv miljörettsvetenskap som kan konstruera rättsliga lösningar som är adekvata för vår tid. För att kunna göra detta krävs dock rimliga ontologiska antaganden och skarpa problemformuleringar. Westerlund skrev att "varje rättsvetenskaplig analys som rör en regel vars syfte är att uppnå eller undvika något utanför rätten själv [...] måste bygga på information om, och bedömningar av, sådant som ändamålet inbegriper".<sup>85</sup> För att en miljörettslig teori ska ha potential att vara proak-

---

<sup>85</sup> Westerlund, S. (2010). Rätt och riktig rättsvetenskap. *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2010:1 s. 12.



tiv krävs därför att den bygger på adekvat information om det omgivande landskap där rätten är tänkt att operationaliseras.

Utifrån de diskussioner som jag fört i artikeln angående Earth system law till skulle jag avslutningsvis vilja formulera några generella tankar som miljörättsvetenskapen behöver förhålla sig till för att öka sin proaktiva potential:

1. Miljörätten och den internationella miljörätten behöver behandlas som den mångfald av olika politiska konstruktioner som de faktiskt är.
2. Denna mångfald av olika politiska konstruktioner bör i sin tur förstås som integrerade i landskap där rättsliga dokument samverkar med andra processer och aktörer, såväl mänskliga som icke-mänskliga.
3. Miljörättsliga konstruktioner har därför en begränsad förmåga att på egen hand bidra till miljöproblem, hindra reformer eller lösa miljöproblem.
4. Det innebär också att det sällan är rätten i sig, separerad från landskapet, som styr människor.



---

# Omprövning av vattenverksamhet Effektivitet och moderna miljövillkor på bekostnad av vattenkraftsproduktion?

*Fabianne Lenvin*

## Abstract

In Sweden, hydropower constitutes approximately 45 % of the total electricity generation, playing a crucial role in the country's energy transition, climate policy framework, and the objective of achieving carbon neutrality by 2045 at the latest. Nonetheless, hydropower exerts significant adverse effects on the environment, particularly on lake and river ecosystems. As a result, on the 1<sup>st</sup> of January 2019, a new law was established that requests the re-examination of water operations that produce hydroelectric power to ensure they adhere to modern environmental standards as set out in the Environmental Code. This article examines how the collaboration process, the court's investigative obligation and process management, and *urminnes hävd* permits influence the efficiency of the re-examination process. To gain insight into the disparities between theory and practice, the author of this article conducted interviews with professionals actively involved in the re-examinations. In conclusion, the legislator intended to create a simplified re-examination by eliminating the requirement for an environmental impact assessment process. However, a re-examination according to modern environmental standards requires a decision basis that is as extensive as required in the case of a new permit examination. Additionally, the courts often require supplemental detail-oriented information regarding *urminnes hävd* permits, affecting both the collaboration process and the continued examination in court. Furthermore, the interviews show that there is a disagreement concerning the setting of environmental quality standards and balancing

the best outcomes to ensure the greatest benefit for aquatic environment and efficient access to hydroelectricity. All these factors contribute to a current ineffective re-examination process.

## 1. Inledning

Det svenska samhället står för närvarande inför en möjlig energi- och klimatkris, för att inte tala om en möjlig säkerhetskris.<sup>1</sup> Samtidigt har Sverige träffat en politisk överenskommelse om den svenska energipolitiken med ett mål om 100 % förnybar elproduktion år 2040.<sup>2</sup> Därtill föreligger ett klimatmål i överenskommelsen att år 2045 inte ha några nettoutsläpp av växthusgaser till atmosfären.<sup>3</sup> En viktig källa för Sveriges energiförsörjning är vattenkraften som idag står för 45 % av Sveriges elproduktion.<sup>4</sup> Vattenkraften är vidare en viktig förnybar energikälla där förekomsten av farliga ämnen och växthusgasutsläpp är förhållandevis låg jämfört med annan elproduktion. Därutöver är vattenkraften med dess reglerförmåga en viktig del av balanseringen i det svenska elsystemet och säkerställandet av behovet av tillgänglig effekt på marknaden.<sup>5</sup> Vattenkraften har dock en avsevärd negativ på-

---

<sup>1</sup> Energimyndigheten, *Vad beror de höga energipriserna på?* [webbsida].

<sup>2</sup> Prop. 2017/18:243 s. 91.

<sup>3</sup> Naturvårdsverket, *Sveriges klimatmål och klimatpolitiska ramverk* [webbsida].

<sup>4</sup> Prop. 2017/18:243 s. 63.

<sup>5</sup> Prop. 2017/18:243 s. 182.

verkan på den fysiska miljön och ekosystem i sjöar och vattendrag, vilket på senare år har lett till ändringar gällande lagstiftningen på det vattenrättsliga området.<sup>6</sup>

Enligt den äldre lagstiftningen var grundsynen att en markägare fick utnyttja vattnet över sin mark så länge det inte orsakade skada för annan. I takt med den ökande vattenkraftsutbyggnaden tillkom en tillståndsprövning som förenades med en samhällsnyttoprincip, alltså att nytan med verksamheten skulle prövas mot den skada och intrång som verksamheten medförde.<sup>7</sup> När miljöbalken (1998:808) [cit. MB] trädde i kraft år 1999 integrerades de centrala delarna av tidigare vattenlagstiftningen genom de allmänna hänsynsreglerna, som återfinns i 2 kap. MB, medan regeln om den samhällsekonomiska tillåtligheten infördes i 11 kap. 6 § MB.<sup>8</sup>

Allt eftersom samhällets syn på vikten av en god miljö förändrades har reglerna i miljöbalken avseende vattenverksamhet kommit att revideras.<sup>9</sup> Sverige har vidare till följd av sitt medlemskap i den Europeiska unionen [cit. EU] antagit Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om uppträdande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område i december 2000 [cit. vattendirektivet]. Vattendirektivet syftar till att bevara och förbättra vattenmiljön i Europas grund- och ytvatten genom att bland annat ställa krav på medlemsländerna om en mer samordnad förvaltning av sina vatten.<sup>10</sup> Mellan åren 2007 och 2019 drev EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige om genomförandet av vattendirektivet.<sup>11</sup> Mot bakgrund härav tillsatte regeringen en särskild utredare år 2012 för

att se över reglerna om vattenverksamhet i miljöbalken, vilket resulterade i en del utredningar på vattenverksamhetens område, däribland SOU 2013:69 *Om vattenverksamhet* och SOU 2014:35 *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*. Under våren 2016 träffades den tidigare nämnda energiöverenskommelsen där det, utöver 100 % förnybar energi år 2040, även stadgas att Sverige ska ha "ett robust elsystem med hög leveranssäkerhet, en låg miljöpåverkan och el till konkurrenskraftiga priser".<sup>12</sup> Miljö- och energidepartementet tog så småningom fram en promemoria om vattenmiljö och vattenkraft med förslag till lagändringar som skulle tydliggöra energiöverenskommelsen och genomförandet av vattendirektivet.<sup>13</sup> Promemorian remissbehandlades och utmynnade i en proposition, vilken således ligger till grund för införandet av ett omprövningsförfarande för moderna miljövillkor av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel.<sup>14</sup> EU-kommissionen yttrade i överträdelseärendet att omprövningen av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel var ett steg i rätt riktning, men problemet kvarstod dock med tanke på att omprövningen inte omfattade alla vattenverksamheter.<sup>15</sup> Lagändringarna enligt propositionen trädde ändock i kraft den 1 januari 2019.<sup>16</sup>

Enligt den nya bestämmelsen i 11 kap. 27 § MB ska den som bedriver en tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel se till att verksamheten har moderna miljövillkor. Med detta avses att ett tillståndsvillkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt miljöbalken genom en dom eller i ett beslut som inte är äldre

<sup>6</sup> A.a. s. 64.

<sup>7</sup> SOU 2009:42 s. 157–159.

<sup>8</sup> Se SOU 2009:42 s. 159–162 och SOU 2014:35 s. 145.

<sup>9</sup> SOU 2013:69 s. 213.

<sup>10</sup> Se artikel 1 och 3 i vattendirektivet.

<sup>11</sup> Prop. 2017/18:243 s. 60.

<sup>12</sup> Se bilaga 3 till prop. 2017/18:243.

<sup>13</sup> Prop. 2017/18:243 s. 60.

<sup>14</sup> A.st.

<sup>15</sup> Europeiska kommissionen, Motiverat yttrande från den 25 januari 2018, s. 26.

<sup>16</sup> Prop. 2017/18:243 s. 2.

än fyrtio år. Efter en ansökan om omprovning av en vattenverksamhet för sådana miljövillkor ska tillståndsmyndigheten enligt 24 kap. 10 § MB upphäva, ändra och besluta nya bestämmelser och villkor i den utsträckning som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön.

Vid en första anblick kan bestämmelsen uppfattas som relativt enkel och tydlig. Problemet är dock att miljöprocessen, och särskilt den vattenrättsliga omprovningen för moderna miljövillkor, är ett komplext system. För det första innehåller processen komplicerade bedömningar vilka, utöver nationell rätt, även grundar sig i EU-rätten.<sup>17</sup> Sådana EU-rättsliga bedömningar avser exempelvis bestämmelser om artskydd och Natura-2000 områden.<sup>18</sup> För det andra påverkas ett och samma vattendrag av olika verksamheter och kräver därför en samordnad provning för att säkerställa en helhetssyn avseende största möjliga nytta för vattenmiljön och nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel.<sup>19</sup> För det tredje grundar sig många tillstånd i äldre rättigheter, vilka nu behöver komma in i omprovningen "på ett enkelt sätt".<sup>20</sup> Slutligen utgör miljöprocessen ett dynamiskt rättsområde där flera olika aktörer har rätt att yttra sig och föra talan i domstolen såsom verksamhetsutövare, myndigheter, och kommuner. Även miljöföreningar och enskilda fastighetsägare kan anse sig berörda av ärendet och har därför rätt att föra talan i domstolen. Samtliga faktorer skapar följaktligen en synnerligen dynamisk och komplicerad omprovningssprocess. Samtidigt har lagstiftaren förtydligt i förarbetena att omprovningarna för moderna miljövillkor ska genomföras på ett snabbt och resurseffektivt sätt, där "provningssystemet ska utformas så att det inte blir onödigt

administrativt och ekonomiskt betungande för den enskilde i förhållande till den eftersträlvade miljönyttan".<sup>21</sup>

I juni 2022 lämnade Miljöprovningssutredningen över sitt betänkande *Om provning och omprovning – en del av den gröna omställningen* till regeringen.<sup>22</sup> Utredningen hade till syfte att se över miljöprovningssystemet och lämna förslag på ändringar och åtgärder för att uppnå en mer effektiv miljöprovning. Utredning avsåg vidare att granska omprovning av tillstånd och villkor för att åstadkomma moderna miljövillkor. Trots att utredningen främst fokuserar på miljöfarlig verksamhet, lyfter utredningen fram en intressant aspekt avseende den aktuella problembilden med långa handläggningstider och oförutsebarhet som påverkar effektiviteten vid miljö-tillståndsprocessen.<sup>23</sup>

Mot bakgrund av den aktuella problembilden som framkommer i Miljöprovningssutredningen gällande nuvarande miljöprovningssystem, är syftet med förevarande artikel att närmare undersöka omprovningen för moderna miljövillkor av tillståndspliktiga vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel enligt 11 kap. 27 § och 24 kap. 10 § MB. Särskild vikt kommer att läggas på hur samverkansprocessen, domstolens utredningsskyldighet och processledning samt tillstånd enligt den äldre rättigheten *urminnes hävd* påverkar omprovningens processeffektivitet.

Givet att omprovningssförfarandet trädde i kraft år 2019 saknas det för närvarande praxis för att utforska rättsläget som sådant.<sup>24</sup> I stället

---

<sup>21</sup> Prop. 2017/18:243 s. 85; Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 114.

<sup>22</sup> Se SOU 2022:33.

<sup>23</sup> Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 83 och 87.

<sup>24</sup> Jag kontaktade mark- och miljödomstolarna med en förfrågan avseende antal avgjorda mål avseende ansökningar om moderna miljövillkor. De första ansökningarna har inkommit till mark- och miljödomstolarna den 1 februari 2022 följt av den 1 september 2022 och fram till

<sup>17</sup> SOU 2022:33 s. 99.

<sup>18</sup> A.a. s. 104.

<sup>19</sup> Prop. 2017/18:243 s. 203–204.

<sup>20</sup> Angående citat, se a.a. s. 110.

kommer jag att integrera rättsligt material med empiriskt material bestående av utdrag från intervjuer. Genom att redogöra för intervjuresultat med praktiskt verksamma parter vill jag belysa differensen mellan det teoretiska och praktiska förhållandet avseende omprövningen för moderna miljövillkor.<sup>25</sup>

Artikeln är disponerad som följer. Efter några metodologiska klargöranden i *avsnitt 2*, lämnas en inledning i *avsnitt 3* till den aktuella problembilden som redovisas i Miljöprövningsutredningen. Därefter följer *avsnitt 4–6* som presenterar mina tre teman, nämligen (1) samverkansprocessen, (2) domstolens utredningsskyldighet och processledning, samt (3) tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd. Samtliga teman introduceras med en rättslig bakgrund, följt av intervjuresultat och en diskussion kring givet tema i förhållande till omprövningens processeffektivitet. Därefter presenteras slutsatser i *avsnitt 7*.

## 2. Metod och genomförande

Inom ramen för artikeln genomförde jag djupintervjuer med ett strategiskt urval och ett urval enligt en tvåstegsmetod, av sammanlagt 12 respondenter som aktivt är involverade i omprövningsförfarandet.<sup>26</sup> Dels har jag intervjuat representanter från Havs- och vattenmyndigheten, länsstyrelsen och Kammarkollegiet, samt tre domare och ett tekniskt råd från mark- och miljödomstolen för att få ta del av myndighets- och domstolsperspektivet på omprövningsförfarandet; dels representanter för både den storskaliga och småskaliga vattenkraftsbranschen för att

---

den 12 september 2022 hade bara en ansökan utmynnats i ett beslut.

<sup>25</sup> Här avses en skillnad mellan vad som framkommer i den rättsvetenskapliga litteraturen och det som pågår i den praktiska verksamheten med omprövningarna.

<sup>26</sup> Ahrne, G, & Svensson, P, *Handbok i kvalitativa metoder*, s. 62–64; Kvale, S & Brinkmann, S, *Den kvalitativa forskningsintervjun*, s. 310.

erhålla verksamhetsutövarnas partsperspektiv. Slutligen har jag även intervjuat en miljöorganisation och ett ombud för att komplettera och utöka partsperspektivet. Vid respektive citat i artikeln uppges endast vilken organisation eller myndighet som respondenterna representerar för att säkerställa deras anonymitet.

Samtliga intervjuer genomfördes digitalt och ljudet spelades in med respondenternas godkännande för att tillförsäkra korrekta citat.<sup>27</sup> Intervjuerna var semi-strukturerade och utgick från en i förväg upprättad intervjuguide med en uppsättning färdiga teman som riktades mot alla respondenter. Samtliga teman har återkopplat till syftet med artikeln, medan intervjufrågorna hörande till varje tema har grundat sig i den problembild som framkommer i Miljöprövningsutredningen avseende nuvarande miljötillståndsprocess och orsaken till en ineffektiv miljöprövning. Av denna anledning handlade tema ett om samverkansprocessen, tema två om domstolens utredningsskyldighet och processledning och tema tre om tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd. Härutöver förekom allmänna frågor om respondenternas uppfattning om omprövningsförfarandet och prövningens effektivitet. Utifrån givet tema och respondent valde jag därefter att ställa frågor som riktades mot den särskilda myndighet eller verksamhet som respondenten representerade. Genom ett sådant tillvägagångssätt hade jag möjlighet att registrera oväntade svar och ställa uppföljande frågor, vilket resulterade i en dialog och möjliggjorde kartläggandet av respondenternas uppfattning om handläggningen av omprövningsärenden och förfarandet i dess helhet.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Jag har inför redogörelsen av intervjuresultaten valt att redigera citaten för läsbarhetens skull.

<sup>28</sup> Esaiasson, P, m.fl., *Metodpraktikan: konsten att studera samhälle, individ och marknad*, s. 260.

### 3. Den aktuella problembilden i Miljöprovningsutredningen

Av den politiska energiöverenskommelsen följer att provningssystemet för omprovning enligt 24 kap. 10 § MB ska utformas på ett sätt som "inte blir onödigt administrativt och ekonomiskt betungande för den enskilde i förhållande till den eftersträlvade miljönyttan".<sup>29</sup> Lagstiftaren har därtill angett att samverkansprocessen ska säkerställa en effektiv provning och att domstolen ska säkerställa att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att provningen ska resultera i nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått.<sup>30</sup> Som tidigare nämnt är omprovningen för moderna miljövillkor ett relativt nytt förfarande där det för närvarande saknas stöd i praxis för att kunna analysera rättsläget som sådant. Däremot föreligger det ett intresse att se över hur omprovningssystemet har utvecklats sedan det infördes och särskilt i förhållande till den problembild med nuvarande miljöstillstandsprocess och orsaken till en ineffektiv miljöprovning som presenterades i Miljöprovningsutredningens betänkande tidigare i år.<sup>31</sup> Regeringen gav en särskild utredare i uppdrag att se över miljöprovningssystemet och lämna förslag på ändringar och åtgärder som krävs för att uppnå en moderna och mer effektiv miljöprovning. Syftet med utredningen var att lämna förslag på ändringar som kan leda till en snabbare och enklare provningsprocess, samtidigt som säkerställandet av miljöskyddet efterlevs. Genom ett tilläggsdirektiv beslutade regeringen att utöka uppdraget. Bland annat angavs att utredningen skulle omfatta domstolarnas handläggning för en effektivare provning vid mark- och miljödomstolarna och hur omprovningar av tillstånd och villkor

skulle kunna bli mer effektiva och verkningsfulla medel för att säkerställa att verksamheter och åtgärder bedrivs med moderna miljövillkor i syfte att nå miljö- och klimatmålen. Syftet med tilläggsdirektivet var att identifiera de bakomliggande problem som påverkar handläggningstiderna och oförutsebarheten med provningsprocessen.<sup>32</sup> Trots att utredningen främst utgår från miljöfarlig verksamhet, och en fullständig miljöstillstandsprovning, är det intressant att använda den presenterade problembilden i utredningen för att närmare undersöka huruvida liknande förhållanden råder vid omprovningssärenden av vattenverksamhet och i förlängningen hur samtliga tre teman påverkar omprovningens effektivitet.<sup>33</sup>

Miljöprovningsutredningen har identifierat fem faktorer som gemensamt påverkar handläggningstiderna och miljöprovningens effektivitet. För det första rör det sig om ett ändamålsenligt samråd och dialogen parterna emellan.<sup>34</sup> Utredningen visar på att ett effektivt samråd mellan verksamhetsutövaren, länsstyrelsen och andra berörda myndigheter ökar möjligheterna att tidigt i processen identifiera väsentliga miljöeffekter. För det andra uppger utredningen att kvaliteten på beslutsunderlaget i en ansökan minskar behovet av kompletteringar längre fram i processen. Även samrådet har en stor betydelse för kvaliteten på beslutsunderlaget. För det tredje bidrar en aktiv processledning till en mer förutsebar, transparent och ändamålsenlig

---

<sup>29</sup> Bilaga 3 till prop. 2017/18:243 *Energiöverenskommelsen*; Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 247.

<sup>30</sup> Prop. 2017/18:243 s. 120.

<sup>31</sup> SOU 2022:33.

---

<sup>32</sup> För vidare läsning om regeringsuppdraget, se SOU 2022:33 s. 83, dir. M2020:86 s. 1 och dir. 2021:57 s. 1–2.

<sup>33</sup> Här åsyftas de tre teman som följer av syftet med artikeln och som presenteras under avsnitt 4, 6 och 6 nedan.

<sup>34</sup> Jag vill dock påpeka att det vid en omprovning enligt 24 kap. 10 § MB inte föreligger något krav på samråd, men lagstiftaren har i stället infört samverkan som liknar samrådsförfarandet. Vad som framkommer i utredningen avseende samråd har jag därför valt att tillämpa på samverkansförfarandet som en inspiration för mina intervjuer.

process, vilket kan minska behovet av anstånd. För det fjärde betonar utredningen miljöprovningens komplexitet i sak, där provningarna ofta innehåller svåra EU-rättsliga bedömningar och flera olika parter som har rätt att yttra sig och föra talan i domstol. Slutligen anger utredningen den femte faktorn som utgörs av resurser, kompetens och prioriteringar hos verksamhetsutövare, myndigheter, provningsmyndigheter och övriga parter som alla påverkar provningseffektiviteten.<sup>35</sup>

Mot bakgrund av vad som framkommer i utredningen avseende samrådets påverkan på provningsprocessens effektivitet, har jag valt att genom intervjuer undersöka om liknande förhållanden framkommer vid samverkansprocessen. På liknande sätt har jag därefter valt att undersöka domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet och hur den uppfattas av praktiker vid omprövningsförfarandet enligt 24 kap. 10 § MB. Slutligen har jag valt att titta närmare på hur tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd kommer in i provningen och vilken påverkan sådana tillstånd har på omprövningens processeffektivitet.

## 4. Tema ett: Samverkansprocessen

### 4.1 Rättslig bakgrund

Vid en fullständig tillståndsprövning för vattenverksamheter enligt miljöbalken gäller som huvudregel att den som avser att bedriva en vattenverksamhet ska ansöka om tillstånd hos mark- och miljödomstolen enligt 11 kap. 9 § MB och 21 kap. 1 a § p. 2 MB. Vidare framgår i 6 kap. 20 och 23 §§ MB att det vid en sådan tillståndsansökan ska göras en specifik miljöbedömning för att undersöka huruvida verksamheten eller den planerade åtgärden kan antas medföra en betydande miljöpåverkan. En sådan undersökning innebär enligt 6 kap. 24 § MB att den som avser

att bedriva en vattenverksamhet ska ta fram ett samrådsunderlag och samråda i fråga om betydande miljöpåverkan och i fråga om miljökonsekvensbeskrivningens innehåll och utformning med länsstyrelsen, tillsynsmyndigheten och de enskilda som kan antas bli särskilt berörda av verksamheten eller åtgärden.<sup>36</sup>

Utöver att bedöma huruvida en föreslagen åtgärd medför en betydande miljöpåverkan, syftar ett samråd till att tidigt i processen ge myndigheter och det allmänna en möjlighet att påverka utformningen av en ansökan, dess innehåll och omfattning.<sup>37</sup> Lagstiftaren har härutöver yttrat att ett väl genomfört samråd minskar risken för krav på kompletteringar och överklaganden längre fram i processen.<sup>38</sup>

Enligt 13 kap. 13 och 19 §§ vattenlagen (1983:291) förelåg det ett krav på en miljökonsekvensbeskrivning i alla ansökningsmål, även omprövningar. Efter miljöbalkens införande ansåg dock lagstiftaren att det i bland annat mål om omprövning av tillstånd eller villkor inte längre skulle föreligga ett krav på en miljökonsekvensbeskrivning, varken på initiativ av myndigheterna eller tillståndshavaren.<sup>39</sup> Motiveringen till ändringen grundade sig på att verksamhetsutövaren känner sin verksamhet bäst och behöver ta fram ett tillräckligt beslutsunderlag för att i provningen kunna genomföra en bedömning enligt de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Enligt lagstiftaren skulle en omprövning därför utgöra en förenklad provning i förhållande till en fullständig ny tillståndsprövning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd.<sup>40</sup>

Mot bakgrund härav föreligger det inget

<sup>35</sup> Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 89, 98–99.

<sup>36</sup> Fler regler om samråd finns bl.a. i Miljöbedömningsförfordningen (2017:966). Se särskilt 8 §.

<sup>37</sup> SOU 2022:33 s. 299.

<sup>38</sup> Prop. 2016/17:200 s. 118.

<sup>39</sup> Prop. 2001/02:65 s. 35.

<sup>40</sup> Se prop. 2001/02:65 s. 34–35 och prop. 2017/18:243 s. 120.



krav på samråd vid en omprovning för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § MB.<sup>41</sup> I stället har lagstiftaren valt att införa en s.k. samverkansprocess, vilket dels framkommer i den nationella planen för moderna miljövillkor, dels i 42 a och b §§ i förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter [cit. VF].<sup>42</sup> En samverkan tjänar i viss utsträckning samma syfte som ett vanligt samråd, nämligen att det ska föras en dialog mellan verksamhetsutövare och myndigheter kring verksamhetens förutsättningar och påverkan på miljön och ska utmytna i ett mer utförligt beslutsunderlag och en mer effektiv provning.<sup>43</sup>

Enligt 42 a § VF gäller att länsstyrelserna ska, i god tid före det att verksamhetsutövaren senast ska ha gett in en ansökan om provning enligt 39 §, samverka kring det underlag som behövs för att säkerställa en effektiv provning. Vidare stadgas följande i 42 b §:

Syftet med samverkan i 42 a § är att inför de individuella provningarna av berörda verksamheter sammanställa det underlag som behövs för att

1. alla verksamheter inom en provningsgrupp ska kunna föras med moderna miljövillkor på ett sätt som, i enlighet med 11 kap. 28 § miljöbalken, innebär största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel, och
2. tillgodose krav på en ansökans innehåll enligt 22 kap. 1 § 4 miljöbalken.

Samverkan ska ske i den omfattning som länsstyrelsen bedömer vara lämplig med hänsyn till syftet med samverkan, antalet verksamheter som berörs, den eller de be-

rörda provningsgruppernas storlek och förutsättningarna i övrigt.

Syftet med samverkan är alltså att sammanställa det underlag som behövs för att säkerställa en effektiv provning, vilket inbegriper en avvägning mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel. Avvägningen utgör därefter en utgångspunkt för bedömningen av miljöåtgärder i samband med domstolsprocessen. En samverkan ska därför ses som ett stöd för verksamhetsutövare att ta fram ett underlag som behövs för provningen för att möjliggöra en effektiv provning. Genom ett sådant tillvägagångssätt utgör samverkan grunden för att omprovningarna ska leda till största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel, samt därtill säkerställa en effektiv provning i mark- och miljödomstolen.<sup>44</sup>

För att säkerställa en effektiv provning ska omprovningarna av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel genomföras inom 20 år.<sup>45</sup> Ansökningar som kommer in till domstolen behöver därför vara tillräckliga för att undvika långdragna kompletteringsrundor. Till följd härav ska myndigheterna, som en del av sin serviceskyldighet, bistå verksamhetsutövare att ta fram ett fullständigt provningsunderlag.<sup>46</sup> Särskild betoning läggs på att tidigt i processen klargöra vilka delar av en verksamhet som bedöms sakna tillstånd och i stället behöver genomgå en fullständig tillståndsprovning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd. Återigen betonas i detta sammanhang att beviskravet för äldre rättigheter inte bör ställas så högt att det i praktiken inte blir möjligt att bevisa vad

---

<sup>41</sup> Prop. 2017/18:243 s. 120.

<sup>42</sup> Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 4.

<sup>43</sup> Havs- och vattenmyndigheten, *Vägledning om samverkan inför provning enligt nationella planen* [webbsida] [cit. HaV – Vägledning om samverkan].

---

<sup>44</sup> Angående stycke, se HaV – Vägledning om samverkan.

<sup>45</sup> HaV – Vägledning om samverkan; Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 4.

<sup>46</sup> Prop. 2017/18:243 s. 83.

som är rättskraftigt avgjort.<sup>47</sup> Enligt förarbetena ska prövningen koncentreras till att verksamheten får moderna miljövillkor och att EU-rättens kvar uppfylls.<sup>48</sup> För nämnda ändamål är det dock viktigt med väl underbyggda beslutsunderlag. Ju mer underlag som saknas desto större krav på utredning inom ramen för samverkansprocessen.<sup>49</sup>

Sammanfattningsvis finns en hel del likheter mellan en samverkan och ett vanligt samråd. Det som kan sägas vara utmärkande för de båda är att en samverkan, likt ett samråd, ska leda till ett fullständigt prövningsunderlag och en mer effektiv prövning.

#### 4.2 Praktikers perspektiv på samverkansprocessen

De första intervjufrågorna ämnade att ge en förståelse för respondenternas bild av själva samverkansförfarandet och hur avvägningen mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och effektiv tillgång till vattenkraftsel fungerar inom ramen för samverkansprocessen.<sup>50</sup> Härutöver var intervjuerna ämnade till att förstå vilken påverkan samverkansförfarandet har för den fortsatta domstolsprocessen och den komplettering som kan uppstå till följd av bristande beslutsunderlag och oenighet parter emellan. Samtliga diskussionsämnen har åsyftat att ge en bredare förståelse för omprövningens effektivitet och hur det förhåller sig till att omprövningen ska utgöra en förenklad prövning jämfört med en fullständig tillståndsprövning som utformas på ett sätt som inte är onödigt administrativt och ekonomiskt betungande.<sup>51</sup>

Den generella bilden bland respondenter-

na är att lagstiftaren har haft en stark tilltro till samverkansprocessen och vad som kan lösas ut inom ramen för samverkan. Samtidigt är alla eniga om att en samverkan påverkar den fortsatta domstolsprocessen och omprövningens effektivitet, precis som är fallet med ett samråd vid en tillståndsprövning. Det kan exemplifieras med följande två citat:

Det är ju alltid en fördel, det som är samrätt innan, alltså frågor som är lösta innan ärendet kommer in till domstolen. Det är ju ofta som domstolarna får kritik för långa handläggningstider, och vad jag kan se beror det ofta på att saker inte är tillräckligt samrådda innan. Vi har påtalat det från vårt håll innan. Där ligger det en stor vinst att göra. *(Tekniskt råd)*

Ingen större skillnad på samråd och samverkan – ju längre man kommer i samverkan desto snabbare handläggning i domstolen. Om samverkan inte fungerar är det svårt att i domstolsprocessen läka den bristen. *(Domare A)*

Med andra ord är det viktigt att samverkansprocessen fungerar för att säkerställa en effektiv omprövning. Samtidigt lyfter respondenterna fram en problematik kring samverkan och den avvägning som ska göras mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och effektiv tillgång till vattenkraftsel.<sup>52</sup> Respondenten från Havs- och vattenmyndigheten har uppmärksammat att det tidigare fanns en möjlighet att genomföra en bedömning kring samhällsekonomisk tillåtlighet i 11 kap. 6 § MB, som i samband med lagstiftningsarbetet inför omprövningen för moderna miljövillkor har tagits bort. Respondenten redogör därutöver för hur avvägningen numera

<sup>47</sup> Bet. 2017/18:CU31 s. 19.

<sup>48</sup> Prop. 2017/18:243 s. 110; Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 2.

<sup>49</sup> HaV – Vägledning om samverkan.

<sup>50</sup> Avser avvägningen i enlighet med 42 b § VF.

<sup>51</sup> Prop. 2017/18:243 s. 114 och s. 120.

<sup>52</sup> Angående syfte med samverkan, se redogörelse ovan om 42 b § VF.

hänger ihop med vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna och anger följande:

Från tidigt 1900-tal har det funnits bestämmelser i vattenlagstiftningen som har handlat om att domstolen ska göra en samhälls-ekonomisk avvägning mellan den som vill ansöka om att få starta upp en verksamhet och vilken nytta den ger samhälls-ekonomiskt, kontra vilka miljöskador den ger [syftar till dåvarande 11 kap. 6 § MB]. Där har domstolen genom historien gjort den typen av avvägningar. [...] Även efter miljöbalkens införande fanns den samhälls-ekonomiska avvägningen kvar för vattenverksamheter. Samtidigt infördes allmänna hänsynsregler i 2 kap. MB där det gjordes en slutlig avvägning i domstolsprovningen enligt 2 kap. 7 § MB, men där man fortfarande hade kvar den samhälls-ekonomiska nyttan i 11 kap. 6 § MB. Sen kom vattenförvaltningen och bestämmelser i vattendirektivet som anger att vattenmyndigheten ska göra en viss avvägning om nyttan utav hur man uppnår god status i olika vattenförekomster. Vattenmyndigheten ska dels göra en viss samhälls-ekonomisk bedömning inom förklarandet av kraftigt modifierat vatten, KMV, dels bedöma orimliga kostnader för att återställa vattnet. I nästa steg, när man ska besluta om miljö kvalitetsnormen, ska man återigen göra en samhälls-ekonomisk bedömning av miljönytta kontra påverkan på samhällsintresset som kanske vattenkraften är. Ett synsätt är därför att domstolen inte ska göra den samhälls-ekonomiska avvägningen. Tittar man i 2 kap. 7 § MB så har man infört ett stycke att domstolen inte får besluta mot normen i 5 kap. 4 § MB. Man antyder då att domstolen är bunden till de normer som vattenmyndigheten har beslutat. Om domstolen i sin provning av en en-

skild verksamhet tycker att normsättningen ser konstig ut i förhållandet till storleken på verksamheten och vad kostnaderna är för att göra miljöåtgärder, kan de fråga vattenmyndigheterna om normsättningen stämmer. [...] Förloppet som jag beskrev nu gör att frågan om hur man ska ta hänsyn till effektiv tillgång till vattenkraftsel och miljönyttan har blivit mer komplicerad än den var tidigare, mycket till följd av att vi har fått in vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna. Det är i första hand vattenmyndigheten i sitt arbete med att förklara en vattenförekomst som kraftigt modifierad och i själva normsättningen och beslut om eventuella undantag från normen, som ska ta hänsyn till effektiv tillgång till vattenkraftsel, så att normsättningen inte gör att domstolen i nästa steg beslutar om miljöåtgärder som kan äventyra tillgången till vattenkraftsel. [...] Vattenförvaltningens arbete regleras dels i 5 kap. MB, dels i vattenförvaltningsförordningen och andra föreskrifter. Samverkansprocessen, som vi pratar om, är inte inkilad i vattenförvaltningsbestämmelserna utan ligger lite på sidan om. Det har varit återkommande kritik, framför allt från den storskaliga vattenkraftsbranschen, att vattenmyndigheten borde vara mer närvarande i samverkansprocesserna. På så sätt skulle vattenmyndigheten kunna fånga upp det som sägs och justera sina normer, innan ansökan når domstolen. (*Havs- och vattenmyndigheten*)

Precis som respondenten ovan har ett större antal respondenter lyft fram problematiken med att normsättningen sker inom vattenförvaltningen. Det kan bäst illustreras med följande citat:

Vattenförvaltningen beslutar om normer utifrån sin bedömning och expertis. Vår uppfattning är dock att normsättningen många

gångar leder till mer omfattande åtgärder än vad som ryms inom riktvärdena. [...] Vattenkraftsägare får endast diskutera åtgärder inom ramen för samverkan. Problemet är dock att vattenkraftsägare inte alltid håller med om normerna och då är det svårt att diskutera åtgärder. Samtliga målkonflikter och avvägningar mellan miljönytta och vattenkraft hamnar på så sätt i den fortsatta domstolsprövningen. Men, domstolen måste döma efter normerna och har svårt att göra någon annan avvägning. Det är svårbegripligt. (*Energiföretagen*)

På liknande sätt har en annan respondent uttryckt samma problematik:

Samverkan ska utgå från miljökvalitetsnormer som är satta. Det är första problemet. [...] Vattenförvaltningen har många gånger inte hunnit sätta korrekta miljökvalitetsnormer och i andra fall har man inte, upplever vi, lyssnat på oss. [...] Förutsättningarna för samverkan är dåliga eftersom vi inte har en gemensam bild. Verksamhetsutövarna tänker ompröva normerna, så det är ingen idé att diskutera de höga kraven, medan länsstyrelserna tar fokus på den normsättning som finns idag och det gör det svårt att komma framåt. (*Vattenregleringsföretagen*)

Den sistnämnde respondenten framhåller vidare att själva förfarandet kring miljökvalitetsnormer är väldigt rättsosäkert. Vattenförvaltningen beslutar om normsättningen, men det går inte att överklaga normerna och domstolen ges således inte någon möjlighet att göra en ny prövning av normen. Respondenten uttryckte i sammanhanget att förfarandet med en vattendelegation som fattar beslut kring normerna är ett annorlunda system, vilket både känns ovant och är en lagom bra ordning.

Precis som ovannämnda respondent och

respondenterna dessförinnan förklarar så är domstolen begränsad i sitt sätt att besluta om normer. Domstolen har likaså att förhålla sig till miljökvalitetsnormer som beslutas av vattenförvaltningen och trots att domstolen måste beakta de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB får rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB aldrig leda till en otillåten påverkan.<sup>53</sup> Från mark- och miljödomstolens sida har en domare uttryckt sig på följande sätt:

Enligt andra stycket i 2 kap. 7 § MB ska man inte göra avvägningen när det gäller att uppnå god status, som framgår av MKN-bestämmelserna [miljökvalitetsnormer] i 5 kap. 4 och 5 §§ MB. Väldigt mycket fokus i hela omprövningsförfarandet gäller ju normsättningen. Det är där som själva huvudpunkten ligger. Ska man använda de möjligheter till undantag som finns, besluta om undantag eller ska man klassa ner till kraftigt modifierat vatten eller konstgjort. Gör vattenmyndigheten inte det, då gäller de normer fullt ut. Då kan inte vi [domstolen] göra den avvägningen mellan nyttan och kostnader. Det vi kan göra, om det framkommer något i våra mål om att normsättningen kan ifrågasättas och kanske borde ändras, är att vi kan begära in ett yttrande från vattenmyndigheten. Då ska vi säga att det i ett fall har framkommit material som gör att man kan anta att normsättningen behöver justeras. Då får vattenmyndigheten överväga det utifrån ett nytt material. Den klassning som vattenmyndigheten har gjort

<sup>53</sup> Enligt 2 kap. 7 § MB gäller de allmänna hänsynsreglerna i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Vid denna bedömning ska särskild hänsyn tas till nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana åtgärder. Andra stycket anger dock att det trots första stycket ska de krav ställas som behövs för att följa 5 kap. 4 § (alltså miljökvalitetsnormer).

är i många delar grundad i expertbedömningar. Man har inte haft möjlighet att vara ute på alla ställen och undersökt alla parametrar. Men, får man då in faktiska kunskaper om platsen kan det ju förändras. Beslutar vattenmyndigheten att det inte ska ändras, då ska de skicka det till regeringen som ska fatta beslut. Det blir en väldigt omgång. Den normsättning som de [vattenmyndigheten] har gjort, god status och att det inte ska klassas som kraftigt modifierat eller konstgjort, är stenhårt. Det finns en liten öppning i vattenförvaltningsförordningen att vi kan, men den är väldigt liten, om man ändrar status från hög till god, att det finns vissa starka skäl, men den är väldigt smal. Oftast blir avvägningen enligt 2:7 MB aldrig aktuell hos oss. (*Domare B*)

Vad domaren ovan förklarar om möjligheten att begära in ett yttrande från vattenmyndigheten är reglerat i 22 kap. 13 § MB. Där anges att mark- och miljödomstolen ska inhämta ett yttrande från berörd vattenmyndighet om utredningen i målet ger anledning att anta att en miljökvalitetsnorm inte överensstämmer med det som har lagts till grund för normen eller om det kan ha en betydelse för att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljövillkor. Om vattenmyndigheten inte finner att det föreligger förutsättningar för att ändra en miljökvalitetsnorm ska vattenmyndigheten anmäla detta till regeringen enligt 4 kap. 14 § vattenförvaltningsförordningen (2004:660) [cit. VFF]. Regeringen kan i en sådan situation komma att göra en annan bedömning än vattenmyndigheten och meddela föreskrifter som ändrar miljökvalitetsnormen.<sup>54</sup> Dessutom får alltså myndigheter och kommuner tillåta en verksamhet eller åtgärd som medför en risk att en ytvattenförekomsts kvalitet försämras från

hög status till god status enligt 4 kap. 11 och 12 §§ VFF.

Det tekniska rådet från mark- och miljödomstolen uppger dock att förfarandet enligt 22 kap. 13 § MB har satts in som en ventil för tillfällen när normen är felaktigt satt på grund av att vattenmyndigheten inte har haft tillräckligt komplett underlag inför provningarna. Respondenten konstaterade dock att det har förekommit få sådana förfrågningar hittills i omprovningarna.

Samtidigt har vattenkraftsbranschen gett ett uttryck för att i provningarna yrka på en begäran om yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB. Följande citat kan illustrera detta:

Många verksamhetsutövare förbereder sig på att ifrågasätta normen i domstolen [genom att yrka på begäran om yttrande från vattenmyndigheten]. Som vattenkraftsägare är det svårt att acceptera kostsamma åtgärder som tar vattenkraftsproduktion, men som inte nödvändigtvis medför någon biologisk nytta. (*Energiföretagen*)

Enligt en annan respondents uppfattning är det därutöver svårt för domstolarna att förstå sig på klassificeringarna, varför en verksamhetsutövare i en del fall får kompletteringar avseende varför man anser att en viss vattenförekomst ska klassas som kraftigt modifierad. Samtidigt verkar det inte vara så enkelt att begära ett yttrande från vattenmyndigheten:

Vad som är god ekologisk potential ska beskrivas för varje enskild vattenförekomst, och vattenmyndigheten har kategoriskt sagt att det ska vara konnektivitet, men det finns inget stöd för det påståendet. Jag hade inte förväntat mig att det skulle vara så stor sak att begära ett sådant yttrande, utan att det

---

<sup>54</sup> Prop. 2017/18:243 s. 157.

var tanken med systemet att vi får upp det här med klassificeringen på bordet. (*Ombud*)

Från mark- och miljödomstolens perspektiv på 22 kap. 13 § MB har en domare i stället uttryckt en tveksamhet över vad ett sådant tillvägagångssätt, med att begära in yttrande från vattenmyndigheten, ska tillföra i målet:

Vi gör först en prövning om vi tycker att det behövs, men vi har inte använt den så mycket. Det finns andra domstolar där det har yrkats mer. Jag har förstått att det finns en del verksamhetsutövare som vill ha det så [begära in yttrande från vattenmyndigheten], men jag är inte säker på vad det skulle tillföra i målet. [...] Det finns egentligen bara två typer av normer, god status eller god ekologisk potential, och det är ganska höga krav i alla fall. Jag är inte säker att sökanden har förstått innebörden av god ekologisk potential. Det går inte att göra vad som helst med vatten [...] Man måste nästan gå ner på parameternivå för att se vad som har gjort att den här vattenförekomsten har fått den här normen. [...] Ifall vattenmyndigheten säger nej till att ändra normen, då ska, det ska, gå till regeringen. Om regeringen ändrar normen, då är frågan om det får någon effekt för prövningen? Det är det vi [domstolen] får ta ställning till innan vi skickar det till vattenmyndigheten. Kommer det få någon effekt för vilka villkor som ska sättas för verksamheten? Jag tror inte att det alltid kommer att få det. Jag tror att det finns en större tilltro till det än som är fallet. (*Domare C*)

Sammanfattningsvis lyfter respondenterna fram att tanken med samverkan är god och kan skapa förutsättningar för en effektiv prövning. Samtidigt uttrycker en del respondenter ett missnöje över systemet kring beslutsfattandet av miljö-

kvalitetsnormer och därtill avsaknaden av möjligheten att överklaga normen. Kritiken riktas främst emot förfarandet kring själva normsättningen och problematiken med att samverkan inte är inarbetad i vattenförvaltningsbestämmelserna och vattenmyndigheterna.

#### 4.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Enligt förarbetena skulle en samverkan inom ramen för omprövningen komma att efterlikna ett samråd som genomförs vid en fullständig tillståndsprövning. Intervjuresultaten bekräftar likheter mellan ett samråd och en samverkan där det bland annat ska ske en dialog parterna emellan för att säkerställa ett utförligt beslutsunderlag, vilket i sin tur ska säkerställa en effektiv prövning i den fortsatta domstolsprocessen.<sup>55</sup> Av det följer att en samverkan är berättigad, men utifrån vad respondenterna har framfört verkar samverkan i dagsläget inte leda till varken ett utförligt beslutsunderlag eller en effektiv prövning. Av intervjuerna följer att problemet grundar sig i att den avvägning som ska göras mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel inte upplevs göras inom ramen för samverkan. I stället är den redan genomförd inom vattenförvaltningen och av vattenmyndigheterna. Denna ordning verkar avvika från lagstiftarens ursprungliga intention.

Som nämnt i inledningen ligger vattendirektivet till grund för införandet av bestämmelsen för omprövning för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § MB. Vattendirektivet trädde i kraft i Sverige år 2000 och syftar till att skydda och förbättra vattenmiljön i yt- och grundvatten och uppfylla de fastställda miljömålen genom att ställa krav på medlemsländerna att utforma en

<sup>55</sup> Exempelvis genom att ett väl genomfört samråd eller samverkan kan motverka långdragna kompletteringsrundor.

mer samordnad förvaltning över sina vatten.<sup>56</sup> Enligt artikel 4.1 i vattendirektivet framgår att medlemsstaterna ska, vid genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt, bland annat genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla yt- och grundvattenförekomster och skydda, förbättra och återställa alla yt- och grundvattenförekomster i syfte att uppnå god yt- och grundvattenstatus senast år 2015.<sup>57</sup>

Vattendirektivet föreskriver samtidigt en möjlighet att tillämpa undantag under vissa förutsättningar, vilka har implementerats i 4 kap. 11 och 12 §§ VFF. Ett av undantagen i vattendirektivet föreskriver att en medlemsstat får definiera en ytvattenförekomst som *konstgjord* eller *kraftigt modifierad*. Enligt artikel 4.3 i vattendirektivet kan undantaget tillämpas när uppnåendet av *god ekologisk status* skulle få betydande negativ inverkan på verksamheter för vilka vatten lagras (exempelvis dricksvattenförsörjning, kraftproduktion eller bevattning) och att de mål som ska uppnås på grund av teknisk genomförbarhet eller oproportionerligt höga kostnader inte rimligen kan uppnås på något annat sätt som utgör ett bättre alternativ för miljön. En sådan definition och skälen till dem ska särskilt anges i de förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt som krävs enligt direktivet.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Prop. 2017/18:243 s. 65; Larfeldt Alvé, A, & Strömberg, R, *Vattenverksamhet: den rättsliga regleringen*, s. 33 [cit. Larfeldt & Strömberg].

<sup>57</sup> SOU 2013:69 s. 113; Medlemsstaterna får förlänga tidsfristerna för att uppnå miljömålen i vattenförekomster förutsatt att ingen ytterligare försämring sker av vattnets status och de nödvändiga förbättringarna är av en storlek som av tekniska skäl endast kan åstadkommas stegvis på ett sätt som spränger tidsramarna, om det skulle vara oproportionerligt kostsamt att slutföra förbättringarna inom tidsramarna eller om naturliga förhållanden omöjliggör tillräckligt snabb förbättring av statusen (artikel 4.4).

<sup>58</sup> Undantagen har implementerats i 4 kap. VFF.

Därutöver föreskriver vattendirektivet om ytterligare ett undantag i artikel 4.5 där medlemsstaterna får inrikta sig på att uppnå *mindre stränga miljömål* än de som krävs enligt första punkten för särskilda vattenförekomster när dessa är så påverkade av mänsklig verksamhet eller när deras naturliga tillstånd är sådant att uppnåendet av dessa mål skulle vara omöjligt eller oproportionerligt dyrt.<sup>59</sup> Likaså för nämnda undantag gäller att skälen särskilt anges i förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet.

Sverige har delats in i fem vattendistrikt utifrån de avrinningsområden som finns i landet och inom dessa vattendistrikt har fem länsstyrelser utsetts till vattenmyndigheter. Inom varje vattenmyndighet finns en vattendelegation som ska besluta om miljö kvalitetsnormer.<sup>60</sup> I svensk rätt är miljö kvalitetsnormer ett sätt att uttrycka vattendirektivets miljömål om icke-försämring och god ytvattenstatus, det vill säga i föreskrifter om kvaliteten på vattenmiljön, och har införts i 5 kap. MB.<sup>61</sup> Enligt 5 kap. 1 § MB får regeringen meddela föreskrifter om kvaliteten på mark, vatten, luft eller miljön i övrigt, om det behövs för att varaktigt skydda människors hälsa eller miljön eller för att avhjälpa skador på eller olägenheter för människors hälsa eller miljön (miljö kvalitetsnormer). Enligt andra stycket får regeringen överlåta till en myndighet att meddela miljö kvalitetsnormer som följer av Sveriges medlemskap i EU, vilket regeringen alltså har överlåtit till de fem vattenmyndigheterna i landet. Vidare följer av 5 kap. 4 § MB att en myndighet eller kommun inte får tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan

---

<sup>59</sup> Därtill stadgas ett antal villkor som behöver vara uppfyllda för att tillämpa undantaget mindre stränga miljömål. För vidare läsning, v.g. se artikel 4.5.

<sup>60</sup> SOU 2013:69 s. 115.

<sup>61</sup> Larfeldt & Strömberg, s. 84.

ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljö kvalitetsnorm. Följaktligen måste prövningsmyndigheten vid en prövning säkerställa att verksamheten eller den åtgärd som ska vidtas inte strider mot kraven i 5 kap. 4 § MB. Förenklat kan sägas att den nämnda bestämmelsen utgör en s.k. stoppregel. Enligt 5 kap. 3 § MB ska myndigheter och kommuner härutöver ansvara för att miljö kvalitetsnormer följs, vilket medför en mer omfattande rättsverkan och möjliggör för prövningsmyndigheten att kunna ställa mer långtgående krav för att en verksamhet inte ska medföra en sådan försämring eller ett sådant äventyr som avses i 5 kap. 4 § MB.

Miljö kvalitetsnormer tar således sikte på tillståndet i miljön för en viss vattenförekomst och består av ett krav på vilken kvalitet eller status som ska uppnås i den aktuella vattenförekomsten innan en viss angiven tidpunkt. En miljö kvalitetsnorm kan uttryckas som en vattenförekomst ekologiska eller kemiska status, vilket ligger i linje med beteckningarna i vattendirektivet. Ett beslut om miljö kvalitetsnormer är rättsligt bindande för myndigheter och kommuner och bygger på en statusklassificering som vattenmyndigheterna har gjort. Statusklassificeringen bestäms för varje förvaltningscykel. Eftersom vattenmiljön är föränderlig kan det också tillkomma nytt material eller mer detaljerat underlag för statusklassificeringen under pågående och inför nästkommande förvaltningscykel.<sup>62</sup> Till följd härav kan den status som vattenmyndigheten lagt till grund för miljö kvalitetsnormen

visa sig vara en annan vid en enskild tillståndsprövning.<sup>63</sup>

I svensk rätt är det alltså vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna som har i sin klassificering av vattendrag och vid fastställandet av miljö kvalitetsnormer att tillämpa de undantag som finns fastställda i vattendirektivet.<sup>64</sup> Samtidigt har flera respondenter uttryckt att det förefaller vara orimligt att i vissa fall uppnå de fastställda miljö kvalitetsnormerna och att undantag enligt vattendirektivet inte utnyttjas fullt ut trots skrivningarna i förarbetena.<sup>65</sup> Framför allt framhäver respondenterna att problemet grundar sig i att normsättningen sker inom vattenförvaltningen utan att verksamhetsutövare kan vara med och bidra med underlag för beslutet. Vattenmyndigheterna beslutar om normer som sedan läggs till grund för samverkan och den fortsatta domstolsprocessen. Verksamhetsutövare har egentligen ingen vidare möjlighet att diskutera normerna. I stället är det åtgärder som diskuteras inom ramen för samverkan, vilka ska beslutats mot bakgrund av redan satta miljö kvalitetsnormer. Verksamhetsutövare håller inte alltid med om normerna och parterna går då in i domstolsprövningen med målkonflikter och avvagningsfrågor. Följaktligen skapas en ineffektiv process.

Som nämnt tidigare fanns det en bestämmelse om samhällsekonomisk tillåtlighet för vattenverksamheter enligt 11 kap. 6 § MB, även kallad båtnadsregeln. Där angavs att en vattenverksamhet endast fick bedrivas om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna

<sup>62</sup> Nuvarande förvaltningscykel pågår till och med år 2027.

<sup>63</sup> Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 154–155 och Larfeldt & Strömberg, s. 87.

<sup>64</sup> Prop. 2017/18:243 s. 156. Undantag som kraftigt modifierat vatten, konstgjort vatten och mindre stränga krav.

<sup>65</sup> Jfr Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljö villkor*, s. 3.



av densamma. Syftet med regeln var att inte tillåta en vattenanläggning som inte var samhälls-ekonomiskt motiverad. När omprovningen för moderna miljövillkor infördes ansåg lagstiftaren att det saknades skäl för att bevara den särskilda regeln om samhälls-ekonomisk tillåtlighet med motiveringen att provningsmyndigheten ändå måste ta ställning till om en verksamhet kan tillåtas med hänsyn till den miljöpåverkan som verksamheten har enligt hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Dessutom skulle bestämmelsen i 5 kap. 4 § MB införas och därmed säkerställa att inte tillåta verksamheter som påverkar vattenmiljön på ett oacceptabelt sätt.<sup>66</sup>

Samtidigt är det värt att nämna att flera remissinstanser avstyrkte förslaget om borttagandet av båtnadsregeln. Vänersborg tingsrätt ansåg exempelvis att båtnadsregeln utgjorde en tydlig anvisning till provningsmyndigheterna gällande hur avvägningen skulle göras i samhälls-ekonomiskt hänseende.<sup>67</sup>

På liknande sätt är fallet med rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB. Vid införandet av omprovningen för moderna miljövillkor angav lagstiftaren att rimlighetsavvägningen inte får ge ett resultat som strider mot vattendirektivets krav.<sup>68</sup> Följaktligen anges i andra stycket i den nämnda bestämmelsen att det trots första stycket ska ställas krav som behövs för att följa 5 kap. 4 § MB. Med andra ord kan rimlighetsavvägningen enligt 2 kap. 7 § MB aldrig beaktas vid bedömningen av tillåtligheten av en verksamhet som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljö kvalitetsnorm.

Till följd härav har det blivit svårare att i domstolsprovningen bedöma huruvida föreslagna åtgärder kan anses vara rimliga i förhål-

lande till de kostnader som uppstår för verksamhetsutövare.

Några remissinstanser var oroliga över en sådan ordning och ansåg att undantagen enligt vattendirektivet inte skulle komma att utnyttjas fullt ut enligt skrivningarna i förarbetena. För att tillmötesgå remissinstanserna och säkerställa att nödvändiga avvägningar mellan motstående intressen blir gjorda har lagstiftaren angett i 4 kap. 14 § andra stycket VFF att om vattenmyndigheten finner att det inte finns förutsättningar för att ändra en miljö kvalitetsnorm efter en redogörelse som avses i 22 kap. 13 § MB, ska vattenmyndigheten hänskjuta frågan till regeringen för bedömning.<sup>69</sup>

En verksamhetsutövare har därför en möjlighet att i det enskilda fallet yrka på ett yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB. Det förutsätter dock att verksamhetsutövaren kan visa på att det finns en anledning att anta att ett vatten som kan påverkas inte har den kvalitet som lagts till grund för en miljö kvalitetsnorm alternativt att något annat förhållande föreligger som har betydelse för att normgivningen inte överensstämmer med det som har lagts till grund för beslutet om normen.<sup>70</sup> Några av mina respondenter har lyft fram att vattenmyndigheten inte har kunnat vara ute på platsen för verksamheten för att se de faktiska förhållandena, utan endast beslutat om normer på expertbedömningar. I sådana fall kan verksamhetsutövaren komplettera sin ansökan med underlag som visar på att vattenmyndighetens klassificering inte stämmer överens med faktiska förhållanden. Om domstolen finner att utredningen som verksamhetsutövaren presenterar ger anledning att anta att det finns förutsättningar att ändra en miljö kvalitetsnorm ska domstolen begära ett ytt-

---

<sup>66</sup> Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 166–168.

<sup>67</sup> Angående stycke, se a.a. s. 165–166.

<sup>68</sup> Prop. 2017/18:243 s. 147.

---

<sup>69</sup> Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 156–157. Se även 5 kap. 6 § MB.

<sup>70</sup> Prop. 2017/18:243 s. 151.

rande från vattenmyndigheten som därefter får möjlighet att göra ändringar som utredningen föranleder. Ändringen som vattenmyndigheten kan göra inbegriper även utnyttjande av undantag enligt vattendirektivet.<sup>71</sup> Även regeringen får meddela föreskrifter om undantag från en otillåten påverkan på vattenmiljön om det behövs för att tillgodose allmänna intressen av större vikt, vilket regleras i 5 kap. 6 § MB.

Mot bakgrund av aktuella förarbeten och den rättsliga regleringen kan uttolkas att regeringens avsikt var att avvägningen mellan motstående intressen skulle lösas inom ramen för samverkan eller åtminstone innan ansökan inkommer till domstolen. Avvägningen framkommer som tidigare nämnt i 42 a § VF där det anges att samverkan ska syfta till att sammanställa ett underlag som innebär största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel. Avvägningen framkommer även i propositionen och i den nationella planen. På flera ställen lyfter lagstiftaren upp vikten av behovet av en samordnad prövning och en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel.<sup>72</sup> I den nationella planen har lagstiftaren dessutom beslutat att prövningarnas sammantagna negativa inverkan på den nationella tillgången till vattenkraftsel ska hållas till ett riktvärde om 1,5 TWh.<sup>73</sup> Avvägningen, och särskilt tillgången till vattenkraftsel, framstår därmed som en central del i omprövningarna för moderna miljövillkor. Samtidigt får det inte genomslag i den praktiska tillämpningen.

Av intervjuresultaten följer dessutom att myndigheterna inte utnyttjar undantagen enligt vattendirektivet i den utsträckning som

verksamhetsutövarna har förväntat sig till följd av skrivningarna i propositionen och den nationella planen. Det verkar, enligt respondenterna, inte heller så enkelt att visa att det finns anledning att anta att en statusklassificering inte överensstämmer med faktiska förhållanden på platsen och därmed yrka på en begäran om yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB för att ändra en miljö kvalitetsnorm.<sup>74</sup> Dessutom kommer normen, även om frågan hänskjuts till regeringen, innebära en ändring i det enskilda fallet och då kan man åter fråga sig hur en sådan ordning förhåller sig till behovet av en samordnad prövning och den nationella tillgången till vattenkraftsel.

Av det ovan sagda följer att det föreligger oenigheter bland samverkansparterna gällande avvägningen mellan miljönytta och tillgången till vattenkraftsel. Oenigheterna hindrar parterna att uppnå en samsyn under samverkansprocessen avseende åtgärder som ska vidtas vid verksamheten, vilket i förlängningen hindrar säkerställandet av en effektiv prövning.

## 5. Tema två: Domstolens utrednings- skyldighet och processledning

### 5.1 Rättslig bakgrund

Mark- och miljödomstolen är enligt 21 kap. 1 § MB första instans i mål om omprövning för moderna miljövillkor. Enligt 4 kap. 1 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar gäller att i mål där mark- och miljödomstolen är första instans ska tillämpas vad som är föreskrivet om tvistemål i allmän domstol, om inte annat föreskrivs i denna lag eller annan lag. Vidare anges i andra stycket att det vid handläggningen av ärenden i första instans ska lagen (1996:242) om domstolsärenden tillämpas.

Rättegången vid tvistemål i allmän dom-

<sup>71</sup> A.a. s. 156.

<sup>72</sup> För vidare läsning, se exempelvis prop. 2017/18:243 s. 117 ff. och Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 1–2.

<sup>73</sup> Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 1.

<sup>74</sup> Det som ändras är den bestämda vattenkvaliteten i exempelvis ett vattendrag.

stol regleras i 42–44 kap. rättegångsbalken (1942:740), där bestämmelsen i 42 kap. 8 § anger i andra stycket att rätten ska, allt efter målets beskaffenhet, vid förberedelsen verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Andra stycket uttrycker det som kallas för materiell processledning med vilket menas att rätten aktivt ska undersöka i vad mån det föreligger oenighet respektive enighet mellan parterna, inte bara i fråga om yrkanden och rättsfakta, utan även i övrigt när det gäller sakförhållanden av betydelse för avgörandet. Målets beskaffenhet är således avgörande för processledningens omfattning, både i sak och övriga omständigheter i målet. Rätten har vidare en möjlighet att självmant föra in nytt material i målet.<sup>75</sup>

På motsvarande sätt kommer den materiella processledningen till uttryck i miljöbalken. Enligt 22 kap. 11 § 2 st. MB gäller att mark- och miljödomstolen under förberedelsen ska se till att utredningen i målet får den riktning och omfattning som krävs. Bestämmelsen reglerar därmed domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet.<sup>76</sup> Vikten av domstolens processledning i omprövningsförfarandet kommer framför allt till uttryck i samband med att samråd inte krävs vid en ansökan om omprövning för moderna miljövillkor. I förarbetena till omprövningsbestämmelsen i 24 kap. 10 § MB framkommer följande:

I avsaknad av krav på samråd med andra berörda enskilda och myndigheter är det viktigt att prövningsmyndigheten tidigt under beredningen säkerställer att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att prövningen ska resultera i att verksam-

heten förenas med nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått.<sup>77</sup>

Mark- och miljödomstolarna har bland annat tagit fram en kortare redogörelse för vad en ansökan om omprövning för moderna miljövillkor ska innehålla. Där framkommer exempelvis att verksamhetsutövare ska inkomma med underlag för bedömning av miljökonsekvenserna till följd av de åtgärder som ska vidtas. Trots att en omprövning för moderna miljövillkor inte ställer krav på en specifik miljöbedömning enligt 6 kap. 20 § MB måste verksamhetsutövaren ändå lämna en beskrivning för att tillräckligt väl kunna bedöma verksamhetens miljökonsekvenser.<sup>78</sup>

Härutöver finns det en reglering i 22 kap. 12 § MB att om det för bedömningen av målet behövs någon särskild utredning eller värdering, kan mark- och miljödomstolen förordna en eller flera sakkunniga att efter förberedande undersökning avge utlåtande i målet. Bestämmelsen ger uttryck för ett behov av utredning som många gånger behövs i miljösmål.<sup>79</sup>

Domstolens utredningsskyldighet och processledning i miljösmål är väl reglerad i lagstiftningen, men det saknas en vidare förklaring till innebörden av densamma i förarbetena. Vad gäller omprövningen för moderna miljövillkor förekommer det ingen utförligare ledning i förarbetena utöver stadgandet ovan om prövningsmyndighetens skyldighet att säkerställa ett tillräckligt underlag för målet. Därför har jag valt att undersöka saken närmare genom att i första hand intervjua domare från mark- och miljödomstolen och få ett praktiskt perspektiv på domstolens utredningsskyldighet och process-

---

<sup>75</sup> Angående stycke, se prop. 1986/87:89 s. 196.

<sup>76</sup> Angående citat, se Wik, M, *Miljöbalken (1998:808)*, kommentar till 22 kap. 11 § MB, Juno.

<sup>77</sup> Prop. 2017/18:243 s. 120.

<sup>78</sup> Angående stycke, se, Mark- och miljödomstolen, *Moderna miljövillkor – Nationella planen* [webbsida].

<sup>79</sup> Wik, M, *Miljöbalken (1998:808)*, kommentar till 22 kap. 12 § MB, Juno.

ledande verksamhet.<sup>80</sup> Här vill jag åter lyfta att avsikten inte är att generalisera resultatet, utan endast belysa respondenternas uppfattning om domstolens processledning vid omprövningsmål enligt 24 kap. 10 § MB.

## 5.2 Praktikers perspektiv på domstolens utredningsskyldighet och processledning

Intervjufrågorna har ämnat att undersöka domstolens roll i omprövningen med särskild betoning på domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet. Mot bakgrund av Miljöprövningsutredningen har frågan om kompletteringar diskuterats för att förstå domstolens uppfattning kring kompletteringsrundor som en del av domstolens utredningsskyldighet. En aspekt som jag har valt att undersöka är om kompletteringar i omprövningsmål enligt 24 kap. 10 § MB skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar av vattenverksamheter, och i sådana fall, på vilket sätt.<sup>81</sup>

Två av domarna från mark- och miljödomstolen förklarade att utredningsskyldigheten inte skilde sig åt i något hänseende gentemot andra miljöprövningar, vilket kan exemplifieras med följande citat:

Som i alla miljömål har domstolen ett långtgående utredningsansvar och officialprövning, men av betydelse är också hur parterna för processen och vilka svårigheter myndigheterna pekar på. (*Domare A*)

På liknande sätt anförde den andra domaren avseende frågan huruvida utredningsskyldigheten sträcker sig längre än i fullständiga tillståndsprövningar:

<sup>80</sup> Frågan om domstolens processledning har även diskuterats med andra respondenter, men huvudsakligen domare från mark- och miljödomstolen.

<sup>81</sup> Här avses tillståndsprövningar enligt 11 kap. MB. När det gäller kompletteringar har frågan även riktats till övriga respondenter, inte enbart domarna.

Inte mer än i andra mål. Vi har samma regler. Här finns inga nya regler. [...] När det kommer in ett underlag så skickar vi den ofta på remiss till partsmyndigheterna och om de tycker att de är fullgott eller inte. Samtidigt tar vi ställning till om vi tycker att det är fullgott eller inte och det gör vi i alla ansökningsmål, inte endast NAP-mål [mål enligt den nationella planen]. Beroende på vad partsmyndigheterna säger och vad vi själva säger så skickar vi förelägganden om det som behöver utredas mer. (*Domare C*)

Till skillnad från de två ovan presenterade citaten, yttrade den tredje domaren att det föreligger ett större ansvar på domstolens processledning inom ramen för omprövningar:

Det läggs ett större ansvar på domstolen på processledningen i den här processen. I ett normalt tillståndsmål ska de föregås av ett samråd där länsstyrelsen ger anvisningar om vad man bör utreda inom ramen för MKB [miljökonsekvensbeskrivning] och vilka man ska ha kontakt med. Tanken är att det ska påverka utformningen och innehållet i ansökan och MKB. Nu kan det ju bli så att när man inte har samråd så kommer det in knapphändiga ansökan, då får domstolen begära in kompletteringar. [...] Vi kontrollerar alltid ansökan, men det ligger större tyngd att vi får med allt för att man ska kunna göra de avvägningar och bedömningar i processen. (*Domare B*)

Kompletteringar utgör således en del av domstolens utredningsskyldighet. Samtidigt ligger kompletteringar till grund för långa handläggningstider och en ineffektiv prövning enligt Miljöprövningsutredningen. Till följd härav valde jag att övergå till frågan gällande kompletteringar och vad kompletteringsrundor handlar om vid omprövningsförfarandet.

Bland respondenterna är uppfattningen överlag att det föreligger ett stort kompletteringsbehov vid omprovningarna, men att det också förefaller vara på grund av bristande underlag och knapphändiga ansökningar från verksamhetsutövare. För att illustrera det sagda kan följande två intervjuцитат få belysa detta:

Oftast är det ju att det finns brister i ansökan från verksamhetsutövaren. Ibland är det så att myndigheter vill ha komplettering, men verksamhetsutövaren anser att det inte behövs för provningen. Den situationen förekommer och då får domstolen bestämma. (*Domare B*)

På Älvräddarsidan ser vi att sökanden, särskilt större bolag i många fall, har extremt stora ekonomiska resurser, men många gånger kommer in med undermåliga underlag och ansökningar. (*Miljöorganisation*)

Samtidigt uttrycker några av respondenterna att kompletteringarna som föreligger inom ramen för omprovningen inte skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar, vilket i sin tur påverkar omprovningens effektivitet och tanken med att det ska vara en förenklad provning. Detta kan illustreras av följande två citat:

Nej, det skulle jag inte säga [att kompletteringar sticker ut för omprovningar]. Jag kan bara uttala mig i de mål jag har haft. Jag har ingen aning vad andra domare har och vad som ligger på andra domstolar, men i de mål jag har haft har jag inte sett egentligen något annorlunda alls än i vanliga mål, mer än att det är ett annat krav på MKB [miljökonsekvensbeskrivning]. Eller, inte på MKB:n, för att, om man ska man vara riktigt krass, så är det är lika stort krav på underlag genom 22 kap. MB. Det som är skillnaden är samrådet. (*Domare C*)

Genom att vi inte har något ärende skarpt i domstol har vi inte tagit del av komplettering än. Jag har endast tagit del av vad mina branschkollegor ger uttryck för. Det är mycket kompletteringar som ska till och man lägger en stor utredningsbörda på verksamhetsutövaren. Igen, man skulle behöva definiera omprovningensinstitutet, tanken var ett smidigt, snabbt och enkelt förfarande och det går man ifrån om det blir den typen av kompletteringar. (*Vattenregleringsföretagen*)

Ytterligare en aspekt som kom upp under intervjuerna hörde samman med kompletteringar till följd av oklara rättsförhållanden kring huruvida det föreligger ett tillstånd för verksamheten. Respondenten från länsstyrelsen uppgav att orsaken till det stora kompletteringsbehovet är att myndigheten tittar på helheten inför en provning och angav följande:

Länsstyrelsen verkar för att provning i domstol ska resultera i ett tillstånd för hela verksamheten och med villkor som leder till att MKN [miljökvalitetsnormer] för berörda vattenförekomster kan nås. I sammanhanget behöver dessutom länsstyrelsen i varje enskild provning ta ställning till om omprovning av befintligt tillstånd är tillräckligt eller om hela eller delar av verksamheten bedöms kräva tillståndsprövning. [...] Det är något som verksamhetsutövarna och deras ombud ofta tycker att vi är onödigt krävande i, men jag tror att vi har fog för detta, och framför allt har vi stöd i domstolen. (*Länsstyrelsen*)

Ett liknande resonemang uppgav det tekniska rådet vid mark- och miljödomstolen avseende frågan huruvida det föreligger en skillnad i kompletteringar mellan omprovning för moderna miljövillkor och vanliga vattenmål:

De första frågorna har inte varit så tekniska, utan det handlar ofta om rent juridiska frågor, kopplade till tillstånd. Vilka tillstånd finns i botten. Där har det varit en fråga i många mål som man behövt reda ut. Inte helt ovanligt att sökande har haft två yrkanden. Ett om omprövning och en tillståndsansökan, med samråd och MKB [miljökonsekvensbeskrivning]. (*Tekniskt råd*)

Återigen belyser respondenten i sistnämnda citatet frågan huruvida omprövningsförfarandet verkligen kan anses utgöra en förenklad prövning. Ett sådant tillvägagångssätt ifrågasätter hela syftet med omprövningen, men även frågan om rättssäkerhet och förutsebarhet i omprövningsprocessen.

### 5.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Det förefaller ligga en oenighet mellan de intervjuade domarna kring hur långt domstolens utredningsskyldighet sträcker sig i omprövningsmål samtidigt som domarna är överens om att utredningsskyldigheten överlag är långtgående i miljömål.<sup>82</sup> En domare angav dock att skillnaden i omprövningsmål är att prövningen inte föregås av ett samråd och därför ställer högre krav på domstolens processledning. Det ligger också i linje med lagstiftarens uttalande i förarbetena om att avsaknaden av samråd ställer krav på prövningsmyndigheterna att "säkerställa att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att prövningen ska resultera i att verksamheten förenas med nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått".<sup>83</sup> Frågan som uppkommer rör i stället kompletteringar och hur det förhåller sig till omprövningens effektivitet.

Enligt Miljöprövningsutredningen har en delvis inaktiv processledning hos mark- och miljödomstolarna visat sig påverka tidsåtgången mellan ansökan och kungörelse till följd av kompletteringsbehoven. Därutöver konstaterar utredningen att reglerna för processledningen i vissa fall är otydliga och att reglerna därför inte tillämpas på ett ändamålsenligt sätt, vilket på sikt leder till långa kompletterings- och handläggningstider samt en oförutsebar process.<sup>84</sup>

I förhållande till omprövningsförfarandet, och det som har framkommit om kompletteringar under mina intervjuer, verkar det förhålla sig på liknande sätt i omprövningsmål som utredningen framhåller. Enligt respondenterna föreligger det ett stort kompletteringsbehov i processen. På annat sätt har några av mina respondenter uttryckt att kompletteringsbehovet inte skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar, vilket ställer en annan fråga på sin spets, nämligen huruvida omprövningen är tänkt att vara en förenklad prövning. Framför allt har en domare lyft fram att det i omprövningsmål verkar föreligga ett lika stort krav på underlag som vid en fullständig tillståndsprövning. Den enda skillnaden, som respondenten förklarade, ligger i att det inte föregås av ett samråd. Härtill kommer vad det tekniska rådet nämnde ovan om kompletteringar och frågor om tillstånd. Respondenten förklarade att flera verksamhetsutövare har valt att inkomma med två yrkanden – ett yrkande på omprövning för moderna miljövillkor och ett annat yrkande på en fullständig tillståndsprövning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd. Återigen kan en sådan ordning inte anses ligga i linje med lagstiftarens uttalande att omprövningen ska innebära en förenklad prövning i förhållande till en fullständig tillståndsprövning.<sup>85</sup> På liknande sätt förhåller

---

<sup>82</sup> Se även Wik, M, *Miljöbalken (1998:808), kommentar till 22 kap. 11 § MB*, Juno.

<sup>83</sup> Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 120.

---

<sup>84</sup> Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 92.

<sup>85</sup> Se särskilt prop. 2017/18:243 s. 120.

det sig till att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter inte ska behöva söka nytt tillstånd som om verksamheten ännu inte hade påbörjats.<sup>86</sup>

Vad som har framkommit ovan gällande domstolens utredningsskyldighet och processledning kan även ifrågasätta domstolens roll och påverkan på omprovningens effektivitet. Med stora kompletteringsbehov, alternativt ett yrkande på en fullständig tillståndsprövning, kan inte omprovningen anses utgöra ett effektivt förfarande. Samtidigt är det svårt att undvika kompletteringar om kompletteringar utgör en del av domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet. Däremot kan man fråga sig vad kompletteringarna beror på och hur långt domstolens utredningsskyldighet ska sträcka sig. Om domstolen fördjupar sig i vad som omfattas av ett tillstånd enligt urminnes hävd, och utger detaljorienterade kompletteringar till följd därav, skapas friktion i processen. Ett sådant tillvägagångssätt för inte omprovningarna framåt och hämmar dessutom processeffektiviteten.

## 6. Tema tre: Tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd

### 6.1 Rättslig bakgrund

För närvarande finns det sammanlagt 3 727 vattenkraftverk och dammar som har tillstånd enligt s.k. äldre rättigheter, varav den största delen har tillstånd enligt äldre vattenlagen (1918:523).<sup>87</sup> Därutöver har ett mindre antal vattenkraftverk och dammar tillstånd enligt vattenlagen (1983:291) och ännu ett mindre antal har tillstånd enligt äldre bestämmelser såsom urminnes hävd och privilegiebrev.<sup>88</sup>

En verksamhetsutövare som anser sig ha en vattenverksamhet som drivs med stöd av en

s.k. äldre rättighet behöver ta med dokumentation till stöd för sitt påstående i en ansökan om omprovning för moderna miljövillkor. Det är nämligen den som påstår sig ha ett tillstånd för sin verksamhet enligt en äldre rättighet som har bevisbördan för dess existens och innehåll.<sup>89</sup>

Ett större antal av de vattenkraftverk och dammar som drivs med tillstånd enligt äldre rättigheter utgörs av småskalig vattenverksamhet som bidrar med en mindre andel effekt för den totala elproduktionen i Sverige. Samtidigt kan sådana verksamheter ha en betydelse i ett nationellt, regionalt eller lokalt perspektiv avseende elberedskapen i Sverige och omställningen till 100 % förnybar energi år 2040. Därutöver kan sådana vattenverksamheter även ha betydelse utifrån andra samhällsintressen såsom kulturmiljön, rekreationsintressen och landskapsbilden.<sup>90</sup>

Genom tiderna har tolkningen avseende äldre bestämmelser diskuterats i förarbetena och särskilt till hur äldre rättigheters rättskraft ska bedömas. Enligt 24 kap. 1 § MB har ett tillstånd till en vattenverksamhet eller vattenanläggning rättskraft avseende de frågor som har prövats i målet. Problemet är att det förefaller vara svårt att bedöma rättskraftens räckvidd särskilt i förhållande till ett tillstånd som grundar sig på den äldre rättigheten *urminnes hävd*. Lagstiftaren anger att, i fråga om urminnes hävd, har de frågor rättskraft som kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten har bedrivits.<sup>91</sup>

Förutsättningarna för urminnes hävd stadgades som en rättighet i 15 kap. jordabalken i 1734 års lag där lagen angav att "man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvald och obehindrad besuttit, nyttjadt och brukadt

---

<sup>86</sup> Bet. 2017/18:CU31 s. 17.

<sup>87</sup> SOU 2013:69 s. 209.

<sup>88</sup> A.a. s. 209.

<sup>89</sup> Prop. 2017/18:243 s. 110.

<sup>90</sup> Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 93 och SOU 2013:69 s. 329.

<sup>91</sup> Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 109–110 och s. 114.

hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först thertil komne äro".<sup>92</sup> En sådan rättighet kan åberopas av en verksamhetsutövare om han kan visa att verksamheten har bedrivits "två mansåldrar före jordabalkens ikraftträdande".<sup>93</sup> Med formuleringen menas att urminnes hävd kan omfatta en verksamhet och tillhörande anläggningar som tillkommit före år 1882, alltså 90 år innan jordabalken trädde i kraft.<sup>94</sup> I fråga om urminnes hävd ligger svårigheten i att det oftast saknas någon skriftlig dokumentation för rättighetens existens.<sup>95</sup> Verksamhetsutövaren kan i stället fullgöra bevisningen genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan lång tid tillbaka utan invändning från motstående intressen.<sup>96</sup>

Därtill ska verksamheten ha lämnats obestridd med vilket menas att verksamhetsutövaren, med hänsyn till omständigheterna, kan göra sannolikt att "den verksamhet som bedrivs idag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits före införandet av de tillståndskrav som miljöbalken sedan ersatte".<sup>97</sup> Därutöver anges inte hur formuleringen *inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits* ska förstås, vilket enligt min uppfattning öppnar upp för ett tolkningsutrymme för prövningsmyndigheterna i deras bedömning.

Mot bakgrund härav och i samband med införandet av omprövningsbestämmelsen i 24 kap. 10 § MB förtydligade lagstiftaren äldre rättigheters status i förhållande till andra tillstånd meddelade enligt miljöbalken genom att införa en

ny bestämmelse i miljöbalkens promulgationslag. Enligt 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken gäller att en verksamhet som bedrivs i enlighet med en urminnes hävd, ett privilegiebrev eller annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523) ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken eller i föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken, om det inte följer något annat av denna lag eller av föreskrifterna. Syftet med förtydligandet var att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter på ett enkelt sätt ska komma in i omprövningssystemet för moderna miljövillkor och att prövningen därefter kan koncentreras kring behovet av miljöanpassning och miljöprövning.<sup>98</sup> Inför omprövningarna har lagstiftaren därför förtydligat att det avgörande är om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med stöd av en äldre rättighet.<sup>99</sup> För att åstadkomma en sådan ordning är det därför viktigt att beviskraven gällande vad som omfattas av en äldre rättighet inte ställs allt för höga så att det i praktiken inte kommer vara möjligt för en verksamhetsutövare att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort.<sup>100</sup> Till följd härav har jag valt att genom intervjuer undersöka hur den äldre rättigheten urminnes hävd har kommit in i prövningen till denna dag och reflektera kring vad det kan tänkas innebära för omprövningens processeffektivitet.

## 6.2 Praktikers perspektiv på tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd

De sista intervjufrågorna gällde tillstånd som grundar sig på den äldre rättigheten urminnes hävd och var ämnade att förtydliga hur olika

<sup>92</sup> Angående citat, se SOU 2013:69 s. 179.

<sup>93</sup> Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 236.

<sup>94</sup> SOU 2013:69 s. 180; Jordabalken (1970:994) trädde i kraft år 1979.

<sup>95</sup> Prop. 2017/18:243 s. 110.

<sup>96</sup> A.st.

<sup>97</sup> Prop. 2017/18:243 s. 236; Angående citat, se bet. 2017/18:CU31 s. 19.

<sup>98</sup> Prop. 2017/18:243 s. 110.

<sup>99</sup> Bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

<sup>100</sup> A.a. s. 19.



parter uppfattar vad som omfattas av ett sådant tillstånd. Här har jag specifikt ställt mig frågande till huruvida det förekommer oenigheter över vad som enligt tillståndet kan anses vara rättskraftigt avgjort och hur respondenterna ser på saken. Frågorna riktades främst till myndighetsrepresentanterna och domarna vid mark- och miljödomstolen i deras bedömning av verksamhetsutövarnas tillstånd.

Det första som kan sägas är att representanterna på myndighetssidan ger uttryck för att det föreligger en problematik kring domstolens instruktion och bedömning avseende urminnes hävd, samt vad som anses rättskraftigt avgjort. Följande två intervjuцитat kan illustrera det nämnda:

Från Havs- och vattenmyndighetens sida har vi valt att inte lägga så stort fokus på äldre rättigheter i prövningarna. Däremot upplever jag att domstolarna lägger mycket fokus på sådana tillstånd, vilket har att göra med skrivningarna i propositionen inför de nya bestämmelserna. Där nämns att äldre rättigheter gäller för vad det var avsett för och inte mer, och då är det förväntat, tänker jag, att domstolen intresserar sig för [Respondenten exemplifierar med följande] Okej, det har varit en kvarnverksamhet här. När slutade kvarnen drivas och när startade man upp vattenkraftverket? [Slut exempel]. Eftersom de flesta vattenkraftverk kom till på 1900-talet och hävdinstitutet ska vara före år 1882, då blir det svårt för många och säga att de har en urminnes hävd för vattenkraftverket. Då handlar prövningen mer om hur själva anläggningen ser ut. (*Havs- och vattenmyndigheten*)

Domstolen begär, när så bedöms nödvändigt, kompletteringar som visar tillståndstatus för aktuell anläggning, men också andra nödvändiga uppgifter för prövningen.

Urminnes hävd är ett begrepp som sträcker sig långt bakåt i tiden, från 1882. Anläggningar och verksamheter som åberopar hävdvunna rättigheter ska i princip vara intakta från den tiden. Verksamhetsutövare kan få svårt att bevisa att anläggningen vilar på urminnes hävd eller annan äldre rättighet. I Sverige tog elenergiproduktionen fart i början av 1900-talet. Frågan som har ställts är om man kan driva ett vattenkraftverk för elenergiproduktion och åberopa urminnes hävd? Kommande prövningar i domstol får vägleda i hur bedömningar ska göras, men en hel del av de anläggningar som ska in i prövningen och åberopar rättigheter, kan behöva söka tillstånd. Vi på länsstyrelsen har därför under samverkansprocesser varit noga med att informera om vikten av att ta ställning till vilken typ av prövning som är aktuell i det enskilda fallet. (*Länsstyrelsen*)

Respondenten i sistnämnda citatet ger alltså uttryck för att det i vissa fall kan komma att krävas en fullständig tillståndsprövning, vilket innefattar en miljökonsekvensbeskrivning och ett samråd. På liknande sätt har en domare från mark- och miljödomstolen gett uttryck för att det enligt deras instruktion är avgörande vad som är rättskraftigt avgjort och att en verksamhetsutövare i stället kan behöva söka tillstånd för verksamheten. Följande intervjusekvens kan få illustrera detta:

För att slippa omgångar med samråd ska det finnas en rättighet i botten som man omprövar. [...] Om vi bedömer att en verksamhet bedrivs idag utan något som kan betecknas som tillstånd, då måste man söka om tillstånd. Då måste man följa MKB [miljökonsekvensbeskrivning] och samråd. Om verksamhetsutövaren tycker att han eller hon eller det anses ha tillstånd med hänsyn till urminnes hävd och vi anser att det inte

är uppfyllt, då riskerar de att få sin ansökan avvisad och då får de börja om från början med samråd och allt sådant. Där kan man tänka sig att det är lite strul i processerna. (*Domare B*)

Men, om man ändå kan visa att man har haft en rättighet att bedriva en verksamhet på platsen, hur kommer det sig att man inte fokuserar på miljöprövningen [moderna miljövillkor]? Är det reglerat att man behöver visa vad rättigheten omfattar? (*Fabianne Lenoir*)

Det ligger i begreppet, omprövning. Det är ju en omprövning av en rättighet som man har. Har man ingen rättighet, så finns det inget som kan omprövas. Det kan man tycka är onödigt formalistiskt, men domstolarna är typiskt formalistiska. (*Domare B*)

Ytterligare en domare från mark- och miljödomstolen har lyft fram vikten av att frågan vid en omprövning rör sig kring den rättighet som ligger till grund för prövningen och vad den omfattar:

Ska du fortsätta avleda vatten och du inte kan visa att du gjort det tidigare eller att du vill avleda vatten året runt till visst ändamål, då får man söka tillstånd för det. Det är mycket där som svårigheterna ligger med många prövningar vi har. [...] Allting beror på omständigheterna i det enskilda fallet och hur mycket dokument som finns, hur mycket ritningar och hur mycket man kan visa var du avledde vatten 1882. Det är en bedömning i det enskilda fallet att bedöma vilken anläggningsdel har resulterat i vilken vattenverksamhet och vilken vattenverksamhet som därmed anses omfattas av rättigheten och vilken vattenverksamhet har vi ingen aning om. Och finns det ingenting

som visar på det så hjälper det inte med bevislättnad.<sup>101</sup> (*Domare C*)

Med andra ord, samtidigt som lagstiftaren yttrar att det ska finnas en bevislättnad för verksamhetsutövare att visa att det finns en rättighet i botten, för att på ett enkelt sätt ska komma in i prövningen, har domstolen att förhålla sig till bestämmelsen i 24 kap. 1 § MB som säger att ett tillstånd till en vattenverksamhet eller vattenanläggning har rättskraft avseende de frågor som har prövats i målet.<sup>102</sup> Här har en respondent uttryckt att lagstiftaren på så sätt har gjort bort sig lite. Respondenten tillade även följande:

Det är ju helt uppenbart att själva avledningen för vattenkraften, den kan ju inte omfattas av hävd. Då måste man hålla på att visa att det har skett en avledning till en kvarn som är ungefär lika stor. Det har blivit svårare att göra det nu. (*Ombud i vattenkraftsmål*)

Sammanfattningsvis ger respondenterna uttryck för att det föreligger en svårighet för den äldre rättigheten urminnes hävd att komma in i omprövningen för moderna miljövillkor. Det främsta skälet är svårigheten i att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort, varför bedömningen blir mer detaljorienterad kring verksamhetens utformning och tar därför ett avstamp från själva miljöprövningen.

### 6.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Vad som framkommer i den rättsvetenskapliga litteraturen skiljer sig åt från vad mina respondenter har lyft fram kring urminnes hävd och hur den rättigheten hittills har kommit in i prövningen, särskilt om man ser på formuleringarna

<sup>101</sup> För vidare läsning om bevislättnad, se bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

<sup>102</sup> A.st.

kring hur urminnes hävd ska bevisas och tolkas i förhållande till vad som anses vara rättskraftigt avgjort.

Propositionen anger att en verksamhetsutövare kan fullgöra bevisningen gällande urminnes hävd "genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan lång tid tillbaka utan invändning från motstående intressen".<sup>103</sup> Vad som därtill anses rättskraftigt avgjort har lagstiftaren angett att det i fråga om urminnes hävd gäller vilka frågor som kan visas vara "tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivits".<sup>104</sup>

Civilutskottet har i sitt betänkande tydliggjort skrivningen i propositionen med ett perspektiv utifrån energiöverenskommelsen på följande sätt:

Det avgörande är därmed inte om den teknik som verksamheten använder skiljer sig från den teknik som ursprungligen användes, utan om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med s.k. äldre rättigheter. Utifrån förhandlingarna inom energiöverenskommelsen ska detta tolkas som att exempelvis rätten att bedriva verksamhet med en gammal kvarn med generator ska kunna ha rättskraft.<sup>105</sup>

Syftet med en sådan ordning är att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter, och däribland urminnes hävd, inte ska behöva söka nytt tillstånd som om verksamheten ännu inte hade påbörjats.<sup>106</sup> Emellertid ser prövningarna i dagsläget ut att generera fullständiga tillståndsprövningar avseende verksamheter som drivs med stöd av urminnes hävd. Det beror till viss del på att tillstånd enligt urminnes hävd inte är tillräckligt tydliga i vilka rättigheter de avser för

att kunna jämföras med den verksamhet som bedrivs på platsen, medan en annan del hänför sig till svårigheten att kunna visa vad som är rättskraftigt avgjort.

En annan intressant aspekt är att lagstiftaren hänvisar i propositionen till vad tidigare utredningar har kommit fram till avseende äldre rättigheter.<sup>107</sup> Gällande urminnes hävd stadgade den tidigare utredningen att en verksamhetsutövare kan fullgöra bevisningen genom en utredning som visar att "viss vattenhushållning sedan lång tid tillbaka tillämpats vid byggnaden utan invändning från motstående intressen".<sup>108</sup>

Det föreligger en skillnad mellan att *visa på vilket sätt* en verksamhet har bedrivits och att *visa att en viss vattenhushållning har tillämpats* vid byggnaden.<sup>109</sup> Till detta kommer att vattenlagstiftningen innan år 1880 framför allt styrdes av 1734 års lag. Som nämnt tidigare var grundprincipen på den tiden att den som ägde marken även fick utnyttja vattnet som gick över marken så länge det inte skadade andra intressen. Med införandet av omprovningen för moderna miljövillkor kräver lagstiftaren att verksamhetsutövaren ska visa vilka frågor som har blivit rättskraftigt avgjorda. En sådan ordning går stick i stäv med lagstiftarens uttalande i samma proposition om att äldre rättigheter på ett enkelt sätt ska komma in ett system där den äldre rättigheten "synliggörs och erkänns och där det sedan ges tid för såväl verksamhetsutövarna som myndigheterna att koncentrera sig på de frågor som rör behovet av miljöanpassning och miljöprovning".<sup>110</sup>

Intervjuresultaten tyder på att det vid omprovningen av äldre rättigheter krävs en bevis-

---

<sup>103</sup> Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 110.

<sup>104</sup> Angående citat, se a.st.

<sup>105</sup> Bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

<sup>106</sup> A.a. s. 17.

<sup>107</sup> I prop. 2017/18:243 s. 73 anges följande: "Av betydelse för det här lagstiftningsärendet är Vattenverksamhetsutredningens förslag om den rättsliga statusen för verksamheter som bedrivs med stöd av urminnes hävd, privilegiebrev eller andra särskilda s.k. äldre rättigheter."

<sup>108</sup> SOU 2013:69 s. 196.

<sup>109</sup> Jfr prop. 2017/18:243 s. 110 och SOU 2013:69 s. 196.

<sup>110</sup> Prop. 2017/18:243 s. 110.

ning för vad som har blivit rättskraftigt avgjort. Därtill kommer att prövningen avseende rättigheten urminnes hävd i dagsläget blir detaljorienterad, vilket leder till svåra och långdragna kompletteringar som skapar en ineffektiv omprövningsprocess.

## 7. Avslutning

Till följd av Sveriges medlemskap i EU och implementeringen av vattendirektivet, råder det ingen tvekan om att det föreligger ett behov av moderna miljövillkor för vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel. Emellertid öppnar lagstiftningen upp för tolkningsutrymmen och diskrepanser i omprövningsprocessen, vilket påverkar förfarandets processeffektivitet.

I artikeln framgår att den nuvarande samverkansprocessen inte säkerställer ett effektivt omprövningsförfarande. Orsaken ligger främst i meningsskiljaktigheter mellan parterna avseende normsättningsförfarandet av miljökvalitetsnormer och därmed bestämmandet av åtgärder som ska vidtas för att uppnå moderna miljövillkor. Samtidigt står det klart att en samverkan, i likhet med ett samråd, har en stor betydelse för den fortsatta domstolsprocessen och därmed omprövningens processeffektivitet. Ju fler frågor och oklarheter som kan lösas ut inom ramen för samverkan, desto snabbare process i domstolen och därmed en mer effektiv prövning.

Mark- och miljödomstolens utredningsskyldighet och processledning är långtgående i alla miljömål och särskilt i förhållande till omprövningen som inte är förenad med ett krav på

miljökonsekvensbeskrivning enligt 6 kap. MB och samråd. Eftersom den nuvarande samverkansprocessen inte fungerar som lagstiftaren har åsyftat inkommer parter ofta med målkonflikter till domstolen som egentligen bör kunna utlösas inom ramen för samverkan. Parterna är många gånger oeniga avseende normsättningen och den avvägning som ska göras mellan nyttan för vattenmiljön och tillgången på vattenkraftsel. Därtill kommer en oklarhet avseende äldre rättigheters rättskraft och vad som omfattas av sådana tillstånd. Samtliga faktorer bidrar till långdragna kompletteringsrundor som åtskilliga gånger är detaljorienterade och hämmar således en effektiv prövning.

Avslutningsvis har intervjuresultaten visat att tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd inte kommer in i prövningen på ett enkelt sätt. Orsaken grundar sig i motsägelsefulla skrivningar i förarbetena, särskilt i förhållande till tillstånd enligt urminnes hävd. Det är svårt för verksamhetsutövare att å ena sidan visa vad som är rättskraftigt avgjort och vad som därmed omfattas av ett tillstånd, om man å andra sidan inte beaktar lagstiftningen som gällde vid tillståndets uppkomst. En sådan ordning bidrar i dagsläget till en ineffektiv prövning.

Sammanfattningsvis finns det faktorer inom både samverkansprocessen, domstolens utredningsskyldighet och processledning, samt tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd, som bidrar till bristande processeffektivitet i den nuvarande omprövningen för moderna miljövillkor.