

Klimarettssaken og «amerikanisering» av norske domstoler

Av professor Ole Kristian Fauchald

Klimarettssaken har for alvor satt forholdet mellom jus og politikk på dagsorden. Regjeringsadvokaten bidro sterkt til dette ved å advare mot «amerikanisering» av norske domstoler. Denne artikkelen ser nærmere på to aspekter ved debatten om domstolenes politiske rolle i klimarettssaken: bruk av domstolene som et middel for å oppnå oppmerksomhet om klimapolitikken og forsøk på å få domstolene til å ta stilling til temaer som heller bør håndteres gjennom politiske prosesser. Debatten så langt har foregått på et overordnet nivå der statsrett og forholdet mellom Grunnloven § 112 og oljepolitikken har stått i sentrum. I denne artikkelen drøftes temaet fra et miljørettslig perspektiv.

Ole Kristian Fauchald er professor ved PluriCourts, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo.

1 Innledning

Under prosedyren i klimarettssaken for Oslo tingrett brukte Regjeringsadvokaten anledningen til å advare mot «amerikanisering» av norske domstoler. Amerikaniserings-argumentet innebar kritikk i to retninger: miljøorganisasjonenes bruk av rettssaken for å mobilisere oppmerksomhet og debatt om oljepolitikken, samt miljøorganisasjonenes «frittrettslige» argumentasjon som grunnlag for søksmålet.¹ Miljøorganisasjonene har anket tingrettsdommen direkte til Høyesterett. Disse temaene kommer utvilsomt opp igjen dersom Høyesterett tar saken til behandling.

Det første spørsmålet er om det er grunn til å kritisere miljøorganisasjoner generelt og i klimarettssaken spesielt for å (mis)bruke domstolene for å skape blest om miljøsaker. Deretter skal vi se nærmere på om det er særtrekk ved miljøretten som gjør at spørsmålet om «frittrettslig» argumentasjon stiller seg annerledes på dette rettsområdet enn ellers. Artikkelen avsluttes med noen synspunkter på det som i tingrettens dom fremstår som klimarettssakens kjerne – er utvinningstillatelsenes betydning for klimagassutslipp i utlandet relevant ved avgjørelsen av om de er ugyldige?

2 Mobilisering av debatt

I Norge har det vært en lang tradisjon for å la frivillige organisasjoner bringe saker til domstolene, og norske domstoler har generelt vært åpne for å slippe organisasjonene til med sine søksmål. Det var ingen som stilte seriøst spørsmålstegn ved miljøorganisasjonenes partsevne i klimarettssaken. Formelt

¹ Se eksempelvis oppslag i *Advokatbladet*: «Tapte klimasøksmål: Domstolene uegnet til å overprøve konsekvensene», 4. januar 2018 (<http://www.advokatbladet.no/2018/01/%C2%A7112-saken-tapte-klimasoksmal-mot-staten/>) og *Morgenbladet*: «Amerikanisering for klima», 14. november 2017 (<https://morgenbladet.no/aktuelt/2017/11/amerikanisering-klima>).

sett ligger Norge veldig langt fremme i å gi frivillige organisasjoner mulighet til å bringe slike søksmål.

I lys av Regjeringsadvokatens uttalelser skulle man tro at miljøorganisasjonene bringer mange saker til norske domstoler. Når man leser aviser, kan man også lett få dette inntrykket. Det er ikke sjelden miljøorganisasjoner kommer med påstander om ulovligheter og trusler om søksmål. Men hvis vi ser forbi retorikken, finner vi at miljøorganisasjonene svært sjelden bringer slike søksmål. Beregninger indikerer at omtrent én av 250 saker som behandles av norske domstoler, er initiert for å ivareta miljøinteresser, og blant saksøkerne i disse sakene er miljøorganisasjoner en sjeldenhet (åtte prosent).² Miljøorganisasjonenes saker kommer sjelden opp for Høyesterett, og blant de som Høyesterett har behandlet siden Alta-saken i 1982, har de aller fleste (fem av syv) dreid seg om partsevne.³ Sammenligner vi Norge med andre land, ser det ut til at Norge ligger lavt i antallet søksmål reist av miljøorganisasjoner.⁴ Men man bør være forsiktig med å trekke klare konklusjoner ut fra slike sammenligninger på grunn av store ulikheter i landenes rettssystemer.

Det er flere forhold ved det norske forvaltningsklagesystemet som tilsier at frivillige organisasjoner, og kanskje særlig miljøorganisasjoner, skulle antas å være aktive brukere av domstolene. Ved forvaltningsklager skal det opprinnelige organet foreta en første behandling av klagen og avgj innstilling om hvordan klagen skal behandles til det overordnede organet. Dersom det opprinnelige organet ikke er innstilt på å omgjøre sitt eget vedtak, sier det seg selv at argumentasjonen vil peke i retning av at vedtaket bør opprettholdes. Til dette kommer at det er nære bånd mellom over- og underordnede forvaltningsorganer i form av blant annet instruksjer, retningslinjer, bevilgningsbrev, veiledere, politiske føringer, dialog og rapporteringsordninger. Det vil dermed ofte være et sterkt interessefelleskap mellom over- og underordnede forvaltningsorganer.

² Se O. K. Fauchald, «Environmental Justice in Courts – a Case Study from Norway», i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, nr. 1/2010, s. 58–59. Undersøkelsen er basert på tall fra 1996 til 2005.

³ Følgende saker er identifisert: 1) Løvenskiolds sak mot Naturvernforbundet angående utlevering av miljøinformasjon, Naturvernforbundet vant saken: Rt. 2010 s. 385 og 321; 2) diverse organisasjoners sak om ugyldighet av vedtak om plassering av USAs ambassade, saken førte ikke fram: Rt. 2009 s. 661 og 2007 s. 538; 3) Naturvernforbundets sak om plikt for myndighetene til å nedlegge hogstforbud, saken førte ikke fram på grunn av manglende rettslig interesse: Rt. 2003 s. 1630; 4) Stopp Regionfelt Østlandet ble funnet å ha partsevne i sak om etablering av skytefelt for forsvarer: Rt. 2003 s. 833; 5) Bellona fikk ikke medhold i å ha rettslig interesse i sak om tilsetningsstoffer i olje: Rt. 1995 s. 198; 6) Framtiden i våre hender og Naturskyddsforeningen i Strömstad fikk medhold i partsevne i sak om allmennhetens erstatningskrav i sak om ulovlig forurensning: Rt. 1992 s. 1618 og s. 1058; 7) Naturvernforbundet ble nektet å være sterk hjelpeintervenient i sak om utbygging av vei: Rt. 1991 s. 913.

⁴ H. T. Anker, O. K. Fauchald, A. Nilsson og L. Suvantola, «The Role of Courts in Environmental Law – a Nordic Comparative Study», i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, nr. 1/2009, s. 9–34. Se også O. K. Fauchald, «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110 b», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1–2/2007, s. 72–73, som finner at miljøorganisasjonene over en 26-års periode initierte ni sivile saker i Norge. I en studie av andre europeiske land over en fem-års periode fra 1996 til 2001 ble det funnet følgende antall søksmål: Belgia – 146, Frankrike – 1197, Nederland – ca. 4000, Portugal – 57, Italia – 117, Tyskland – 115, Storbritannia – 102 og Danmark – 4. At man i Danmark hadde fire slike saker, ble beskrevet som «extremely low» og forklart med at slike saker normalt får sin avgjørelse i «quasi-judicial appeal boards». Nicolas de Sadeleer, Miriam Dross og Gerhard Roller, *Access to justice in environmental matters and the role of NGOs: Empirical findings and legal appraisal*, Groningen 2005.

Dette er særlig aktuelt når det opprinnelige vedtaket fattes av fylkesmenn, direktorater og departement. På miljøområdet vil søksmål potensielt være en spesielt viktig rettssikkerhetsgaranti ettersom det ikke finnes uavhengige klagenemnder.⁵ Endelig kan det se ut til å foregå en innsnevring av klageadgangen overfor miljøorganisasjoner.⁶

Mange miljøorganisasjoner velger å klage til Sivilombudsmannen. Sjansen for å nå fram hos Sivilombudsmannen er imidlertid svært begrenset. Basert på statistikk fra 2016 finner vi at 4,8 % av sakene endte med «kritikk» eller «henstilling om å se på saken på nytt». Slik kritikk eller henstilling er imidlertid ingen garanti for at forvaltningen endrer sin avgjørelse i tråd med det en miljøorganisasjon måtte ønske. Et eksempel fikk vi nylig i en sak om lovforståelsen av plan- og bygningslovens bestemmelser om byggeforbud i strandsonen, der Kommunal- og moderniseringsdepartementet nektet å følge Sivilombudsmannens lovforståelse.⁷ I en annen sak som ble avsluttet i 2013, hadde Sivilombudsmannen og Klima- og miljødepartementet totalt brukt to år og fem måneder på å ferdigbehandle saken, med endelig konklusjon om at departementet opprettholdt sitt vedtak. Sivilombudsmannen «lot saken bero med departementets fornyede behandling».⁸ Dersom saken er tilstrekkelig viktig for forvaltningen, er det følgelig usikkert om en klage til Sivilombudsmannen vil være formålstjenlig for ivaretagelse av miljøinteressene.

Miljøorganisasjonenes begrensede muligheter for å nå fram gjennom eksisterende klageordninger gjør det enda mer interessant å prøve å finne årsakene til at miljøorganisasjoner ikke bruker domstolene oftere. Jeg har ikke noe klart svar på dette, men følgende faktorer ut til å være dominerende (i tilfeldig rekkefølge):

- Kostnadsrisikoen ved å bringe saker er svært høy.⁹ Staten (og eventuelle partshjelpere) krever som hovedregel dekning av saksomkostninger i miljø saker. Erfaring viser også at dersom

⁵ Miljøinformasjonsklagenemnden behandler kun saker angående tilgang til miljøinformasjon fra private.

⁶ Et aktuelt eksempel finnes i forbindelse med ulvesaken som foreløpig er avgjort av Oslo tingrett i favør av staten (se nærmere om saken i fotnote 12). Her fattet Klima- og miljødepartementet et nytt vedtak om avliving av ytterligere tre ulver. I vedtaket skriver departementet følgende: «Beslutningen om uttak regnes ikke som enkeltvedtak, jf. nml. § 18 tredje ledd, og det er ikke klageadgang.» Klima- og miljødepartementet, Beslutning om ekstraordinært uttak av ulv i ulverevirene Osdalen og Julussa, datert 7. februar 2018. Et annet eksempel er en klage fra SalmonCamera over tildeling av oppdrettstillatelser. Ved forberedelsen av klagesaken før oversendelse til Nærings- og fiskeridepartementet vedtok Fiskeridirektoratet å avvise klagen. Avvisningsvedtaket ble påklaget til Nærings- og fiskeridepartementet, som opprettholdt vedtaket (brev fra Nærings- og fiskeridepartementet til SalmonCamera datert 29. november 2016). Fra klagen til det endelige vedtaket tok saksbehandlingen mer enn åtte måneder.

⁷ Se stortingsdokument nr. 4:2 (2015– 2016) Særskilt melding fra Sivilombudsmannen. Se også «Massiv nedbygging av strandsonen – med departementets velsignelse», i *Forskningsmagasinet Apollon*, nr. 1/2018, s. 42–46.

⁸ Saken ble siden bragt inn for Århuskonvensjonens etterlevelsesmekanisme, som etter fire år konkluderte: «The Committee finds that that the review procedure before the Parliamentary Ombudsman failed to comply with the requirement in article 9, paragraph 1, second indent, to be ‘expeditious’ and in article 9, paragraph 4, to be ‘timely’.» Aarhus Convention Compliance Committee, Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2013/93 concerning compliance by Norway, adopted 19 June 2017.

⁹ Et eksempel på saksomkostningsrisiko kan finnes i Sjørdalen-saken, som ble reist av grunneiere mot Klima- og miljødepartementet angående en dispensasjon som åpnet for inngrep i et naturreservat på deres eiendommer (Rt. 2014 s. 1324). I tingretten ble saksøkerne idømt

miljøorganisasjonen vinner saken i tingretten eller lagmannsretten, er det svært sannsynlig at saken vil bli anket fra statens side. I tillegg er risikoen for å måtte gå en egen runde i domstolene om partsevne høy i miljør saker.

- Tiden det tar før endelig avgjørelse er normalt lang. Gjennomsnittet for en sivil sak behandlet i tre instanser var i 2016 ca. to år.¹⁰ Behandlingstiden kan bli vesentlig lengre dersom partsevnen bestrides.¹¹
- Det har i mange tilfeller vist seg vanskelig å få effektive avgjørelser om midlertidig forføyning i miljør saker.¹²
- Miljør saker angår ofte spørsmål der myndighetene har bred skjønnsmyndighet – lovgivningen på dette området inneholder få klare materielle rettigheter og plikter (mer om dette nedenfor).
- På miljørettens område er det tradisjon for å vektlegge prosessuelle regler, særlig regler om utredning og begrunnelse av vedtak. Det har imidlertid vist seg vanskelig å nå fram med søksmål om at brudd på slike regler medfører ugyldighet (mer om dette nedenfor).

På denne bakgrunn er det ikke grunn til å legge vekt på Regjeringsadvokatens frykt for «amerikanisering» av norske domstoler, i den forstand at miljøorganisasjonene (mis)bruker sakene til å mobilisere oppmerksomhet og debatt om oljepolitikken. Miljøorganisasjonene i Norge er i praksis ikke særlig aktive brukere av domstolene, og kostnadsrisikoen og tidsbruken i slike saker viser at miljøorganisasjonene trenger offentlig oppmerksomhet for å ha økonomi til å føre slike saker og redusere risikoen for at miljøverdiene skal gå tapt i løpet av rettssaken.

3 Frirettslig argumentasjon

166 000 i saksomkostninger, i ankesaken ble staten idømt 1,5 millioner i saksomkostninger. Høyesterett avviste saken og idømte staten 94 000 i saksomkostninger. Total saksomkostningsrisiko i denne saken var følgelig godt over 3 millioner, og potensielt enda høyere, dersom det hadde blitt full behandling i Høyesterett. Til sammenligning er saksøkerne foreløpig idømt 580 000 i saksomkostninger i klimarettssaken.

¹⁰ Sjørdalen-saken tok to år og to måneder, men hadde ikke full behandling i Høyesterett.

¹¹ Et eksempel finnes i saken om USAs ambassade, der spørsmål om partsevne ble avgjort i Høyesterett før saken ble tatt til behandling. Saken tok nesten tre år, se Rt. 2009 s. 661 og 2007 s. 538.

¹² Et ferskt eksempel er den pågående saken om felling av ulv der miljøorganisasjonene fikk medhold i midlertidig forføyning om stansing av jakten i Oslo tingrett etter at fem av tolv ulv var felt, se Oslo tingretts kjennelse av 21. november 2017. Staten fattet deretter nytt fellingsvedtak med samme konklusjon. I tillegg var det i mellomtiden også fattet avgjørelse i en klagesak om felling av ytterligere seksten ulv. Ny sak om midlertidig forføyning ble reist om begge vedtakene, og Oslo tingrett valgte å benytte ny dommer i den nye saken (en lite skjønnsom beslutning gitt at det hastet å behandle saken på nytt og saken i stor grad var den samme). I den nye saken ble midlertidig forføyning avslått for begge vedtak. På dette tidspunkt var henholdsvis seks av tolv og ti av seksten ulv felt under de to vedtakene, se Oslo tingretts kjennelse 5. januar 2018. Kjennelsen er anket, og det er stor sannsynlighet for at alle ulvene vil være felt før lagmannsretten har tatt stilling til anken (innen én uke etter tingrettens kjennelse var ytterligere fem ulv felt). Et annet eksempel er saken anlagt av Natur og Ungdom for å få stanset arbeid som ville ødelegge miljøverdier i forbindelse med utbyggingen av Rikshospitalet, se LE-1994-1104.

3.1 Innledning

Regjeringsadvokatens argument om at miljøorganisasjonene benytter «frirettslig» argumentasjon, er nært knyttet opp mot debatten om forholdet mellom jus og politikk. Balansen mellom jus og politikk er et tema uten klare svar på hvor grensen ligger eller bør ligge til enhver tid. Det er politikerne, og ikke domstolene, som avgjør hvor grensen skal trekkes. Spørsmålet om forholdet mellom klimarettssaken og demokratiske verdier er grundig og godt diskutert av Jørn Øyrehagen Sunde. Han diskuterer tre hovedtemaer: domstolskontrollens tradisjon i Norge, tendenser mot økende utfordringer av rettsstaten og domstolenes bidrag til den demokratiske offentlighet. Om domstolenes kontroll med etterlevelsen av Grunnloven § 112 konkluderer han som følger:

«Ein slik kontroll styrker ikkje bare vernet om miljøet, men om rettsstaten, gjennom å etterprøva statleg maktutøving. Og den kan gje eit bidrag til den demokratiske offentlegheit som supplerer, men ikkje erstattar, stemmerettsdemokratiet.»¹³

Jeg tar ikke sikte på å diskutere Sundes argumentasjon og konklusjoner. Hans drøftelse tar et «metaperspektiv» (eller «ovenfra-perspektiv»). Jeg vil snarere bidra med synspunkter fra et «mikroperspektiv» (eller «nedenfra-perspektiv») basert på hvordan miljøspørsmål er regulert i lovgivningen. Dette har stor betydning for forståelsen av hvilken rolle Grunnloven § 112 har og bør ha innenfor miljø- og naturressursrett. Fra dette perspektivet vil jeg trekke fram to hovedtemaer: graden av skjønn delegert til forvaltningen under eksisterende lovgivning og bruken av prosessuelle regler.

3.2 I hvilken grad er delegasjon til forvaltningen preget av skjønn?

Mens det i økende grad har skjedd en «rettsliggjøring» av vesentlige aspekter ved velferdsstaten i form av klarere definisjoner av rettigheter og plikter i lovgivningen samt etablering av spesialiserte ombudsordninger, uavhengige klagesystemer og spesialiserte domstoler,¹⁴ finnes det i liten grad noen tilsvarende utvikling innenfor miljø- og naturressursretten.¹⁵ De sistnevnte kan dermed fremstå som «politiske» rettsområder der lovgiver bevisst har valgt at domstolene skal ha liten betydning. Miljø- og naturressurslovgivning er i stor grad basert på tillatelsesordninger som overlater stor skjønnsfrihet til forvaltningen, som hovedregel bredt anlagte kost–nytte vurderinger.¹⁶ Regelverket setter få eller svært generelt utformede skranker for hva som kan vedtas,¹⁷ og krav om hvilke miljøkvaliteter som

¹³ Jørn Øyrehagen Sunde, «Klimasøksmål og demokrati», *Nytt Norsk Tidsskrift*, nr. 4/2017, s. 354–365.

¹⁴ Se A. Kjønstad, A. Syse og M. Kjelland, *Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, Gyldendal, 6. utgave (2017) s. 107–119.

¹⁵ Se I. L. Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, Gyldendal, 5. utgave (2012) s. 81–122 og H. C. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, Universitetsforlaget, 4. utgave (2015) s. 28–40.

¹⁶ Eksempler er adgangen til å gi forurensningstillatelse basert på en avveining av «forurensningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre», forurensningsloven (1981 nr. 6) § 11 og vedtak om å åpne nye områder for petroleumsutvinning basert på en avveining av «de ulike interesser som gjør seg gjeldende på det aktuelle området», inklusive en «vurdering av de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsvirksomheten og mulig fare for forurensninger samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha», petroleumsloven (1996 nr. 72) § 3-1.

¹⁷ Eksempler er kravet om at oppdrettstillatelser og -virksomhet skal være «miljømessig forsvarlig», akvakulturloven (2005 nr. 79) §§ 6 og 10 og kravet om at vassdragstiltak skal «fylle krav som

skal oppnås.¹⁸ Et viktig unntak fra dette er etablering av verneområder, der det legges strenge rammer for hva som er tillatt og hvilke dispensasjoner som kan gis.¹⁹ Men selv her er det ikke etablert skranker for å oppheve eller endre vedtakene.²⁰ Et annet unntak følger av Norges deltakelse i EØS-avtalen. Blant annet som følge av vannrammedirektivet og direktivene om støy og luftkvalitet har norske myndigheter innført detaljerte og forpliktende miljøkvalitetsnormer.²¹ Endelig er det gjennom naturmangfoldloven §§ 4, 5 og 13 innført «forvaltningsmål» for naturtyper, økosystemer og arter og «retningsgivende kvalitetsnormer» for villaks.²² Rettsvirkningene av disse kvalitetsnormene i naturmangfoldloven er uklare. Alt i alt avtegner det seg et bilde der det gradvis skjer en «rettsliggjøring» også innenfor miljørettens område. Men denne rettsliggjøringen møter mye motstand i forvaltningen, og de politikere som til enhver tid sitter i regjering, synes å ha en tendens til å støtte forvaltningen.²³

På denne bakgrunnen kan vi reise spørsmålet om Grunnloven § 112 innebærer rettigheter som skal sikre at Stortinget, regjeringen og forvaltningen ikke selv iverksetter eller tillater andre å utføre tiltak som belaster miljøet utover en viss grense. Tingretten kom til at § 112 kan innebære slike rettigheter. Hovedproblemet med et slikt standpunkt er at de grensene § 112 gir anvisning på, ikke

med rimelighet kan stilles til sikring mot fare for ... miljø», vannressursloven (2000 nr. 82) § 5.

¹⁸ Eksempler er reglene om at petroleumsvirksomhet skal ta «alle rimelige foranstaltninger ... for å unngå skade på dyre- og plantelivet i havet, kulturminner på havbunnen, og forurensning og forsøpling av havbunnen, dens undergrunn, havet, luften eller på land», petroleumsløven § 10-1, om at forvaltning og bruk av mineralressurser skal «ivareta hensynet til: ... miljømessige konsekvenser», mineralloven (2009 nr. 101) § 2, og at forvaltningstiltak for fiskerier skal «sikre ei berekraftig forvaltning av dei viltlevande marine ressursane», havressurslova (2008 nr. 37) § 7.

¹⁹ Se naturmangfoldloven (2009 nr. 100) kapittel V. Se også Sjørdalen-saken om Klima- og miljødepartementets bruk av dispensasjonsbestemmelsen i § 48 (Rt. 2014 s. 1324).

²⁰ I Sjørdalen-saken ble resultatet at regjeringen vedtok å endre vernevedtaket etter å ha tapt saken i domstolene, se kgl. res. om endring av verneforskriften for Sjørdalen naturreservat (PRE-2015-02-06-98). Det finnes også eksempler på endring av verneområder, som er gitt spesiell internasjonal status (Ramsar-områder), for utbygging av vei og tilrettelegging for oppdrettsvirksomhet. Se kgl. res. om grenseendring av Åkersvika naturreservat og opprettelse av Stilla og Brauterstilla naturreservat (PRE-2016-01-22-47) og kgl. res. om endringer i forskrift om vern av Froan landskapsvernområde (PRE-2017-09-01-1330).

²¹ Forskrift om rammer for vannforvaltningen (FOR-2006-12-15-1446) og forurensningsforskriften (FOR-2004-06-01-931) kapittel 5 om støy og 7 om lokal luftkvalitet.

²² Kvalitetsnorm for ville bestander av atlantisk laks (FOR-2013-09-20-1109).

²³ Debatten rundt klimaløven (2017 nr. 60) er et relevant eksempel. Her kom spenningen mellom forvaltningens og regjeringens ønske om å opprettholde fleksibilitet i beslutningsprosessene og Stortingets ønske om å definere plikter på spissen. Se følgende dokumenter: Meld. St. 21 (2011–2012) og Innst. 390 S (2011–2012) s. 26 (opprinnelig forslag), Dokument 8:32 S (2014–2015), Innst. 212 S (2014–2015), og Stortingsvedtak 475–478 av 24. mars 2015 (Stortingets oppdrag til regjeringen), Prop. 77 L (2016–2017) og Innst. 329 L (2016–2017) (lovforarbeidene). Stortingets energi- og miljøkomite uttalte følgende: «Løven etablerer ingen rettigheter eller plikter for private som er ment å kunne håndheves ved søksmål for domstolene. Siden løven ikke er utformet som en rettighetslov, er det heller ikke naturlig å utforme en sanksjonsbestemmelse.» Innst. 329 L (2016–2017) s. 2. Et annet eksempel er initiativene fra forvaltning og regjering for å utvide adgangen til å gi dispensasjoner under plan- og bygningsloven samt å unnta slike vedtak fra domstolsprøving, se Prop. 149 L (2015–2016) s. 54–55 og Innst. 181 L (2016–2017) s. 4–5 og 7–8.

er konkret fastsatt i bestemmelsen, og at dette som utgangspunkt overlater stor skjønnsmyndighet til domstolene. Ønsket virkelig Stortinget å gi domstolene så stor frihet gjennom grunnlovsvedtaket?

Grunnloven § 112 kan ikke forstås i et vakuum. Som bestemmelsen selv sier, skal staten «iverksette tiltak som gjennomfører» grunnsetningene. Et helt sentralt ledd i disse tiltakene er å utforme lovgivning som gir indikasjoner på hvor Stortinget til enhver tid mener at den nedre grensen bør trekkes, slik som ved angivelsen av forvaltningsmål og kvalitetsnormer i naturmangfoldloven. Disse vedtakene blir viktige holdepunkter ved tolkningen av § 112.²⁴ Videre vil etablering av enighet om minstestandarder gjennom internasjonale forhandlinger og tilslutning til traktater, retningslinjer og anbefalinger være et sentralt tiltak. I hvilken grad internasjonale minstestandarder, som noen ganger legges fram for Stortingets godkjenning men ofte bare behandles av regjeringen, skal ha betydning for tolkningen av § 112, er mer omstridt. Mye taler for at der Stortinget er tungt inne i forhandlings- og vedtaksprosessen, slik tilfellet har vært i klimaforhandlingene, så bør også slike vedtak kunne utgjøre sentrale momenter ved fastleggelsen av grensene i § 112. Alt i alt gir dette domstolene et bredt tilfang av momenter for å fastlegge grensene i § 112. Det skulle være fullt mulig for en domstol å konkludere i saker der det er klart at grensene er overskredet, uten at dette blir preget av «frirettslige» argumenter eller resonnementer. I saker der det er tvil om grensene i § 112 er overskredet, vil nok norske domstoler ha en tendens til å konkludere i favør av staten.

3.3 Prosessuelle regler

På miljø- og naturressursrettens område finnes et stort antall særregler om forvaltningens saksbehandling. Dette er typisk særregler om plikt til utredning, høringer, begrunnelser, vilkår og omgjøring. Som hovedregel vil lovgivningen vektlegge hensynet til tredjepartsinteresser – interessene til de som ikke er part i saken men som likevel blir påvirket av utfallet – tyngre enn det som følger av forvaltningsloven.²⁵

Gitt at § 112 omhandler retten til tilgang til kunnskap, skal drøftelsen begrenses til regler om utredning, høring og begrunnelser. Ved utformingen av slike regler står forvaltningen overfor noen dilemmaer. Et slikt dilemma følger av at prinsipielle og overordnede beslutninger potensielt har store langsiktige konsekvenser og dermed burde utredes grundig, samtidig som beslutningenes egenskap av å være overordnede og langsiktige innebærer at konsekvensene vanskelig lar seg utrede. Et annet dilemma følger av ønsket om å forebygge miljøskader så tidlig og til så lave kostnader som mulig, samtidig som usikkerheten om virkningene av tiltaket øker jo tidligere man fatter en beslutning. Begge disse dilemmaene er fremtredende i klimarettssaken, eksemplifisert med at klimagassutslipp vanskelig kan beregnes så lenge man ikke vet hvor store petroleumsforekomster som finnes.

Reglene om konsekvensutredninger i plan- og bygningsloven kapittel 4 og 14 og konsekvensutredningsforskriften (FOR-2017-06-21-854) er av særlig stor betydning for utredning og høringer av, begrunnelser for og vilkår i forvaltningsvedtak innenfor miljø- og naturressursretten. Disse reglene blir imidlertid ikke anvendt på petroleumssektoren. Petroleumsloven inneholder særregler for konsekvensutredninger i §§ 3-1 og 4-2 tredje ledd. Disse reglene er mye mer generelle

²⁴ Se O. K. Fauchald, «Hvilke krav stiller Grunnloven § 112 til lakseoppdrettsnæringen? Forholdet mellom oppdrettsnæringen og villaks», FNI rapport 6/2016, s. 37–43.

²⁵ Forurensningsloven § 18 om omgjøring er illustrativ. Denne strammer inn på forvaltningslovens muligheter til å omgjøre til gunst for forurenseren og utvider muligheten til å omgjøre til gunst for miljøet (og til «skade» for forurenseren).

enn konsekvensutredningsforskriften og overlater veldig bred skjønnsmyndighet til forvaltningen. Det er uavklart om særreglene for petroleumssektoren og forvaltningspraksis på dette rettsområdet er regulert av og eventuelt oppfyller kravene i EU-direktivene om konsekvensutredninger.²⁶

Anvendelsen av § 112 annet ledd kom nylig på spissen i en sak om endring av motorferdselsloven (1977 nr. 82) for å tillate kommunene å etablere snøscooterløyper for «fornøyelseskjøring». Klima- og miljødepartementet argumenterte med at konsekvensene av lovendringen ikke skulle utredes fordi man ikke kunne forutsi hvordan kommunene ville følge opp muligheten til å etablere snøscooterløyper.²⁷ I Energi- og miljøkomiteens innstilling blir forholdet til utredningsplikten i Grunnloven § 112 grundig diskutert. Komiteen var delt omtrent på midten i spørsmålet om utredningsplikten var oppfylt i den konkrete saken.²⁸ Uansett denne uenigheten indikerer Klima- og miljøministerens svar til komiteen og komiteens innstilling at det er generell enighet om at § 112 annet ledd inneholder en selvstendig utredningsplikt for vedtak på lovsnivå, altså for et prinsipielt og overordnet vedtak.

Det finnes en del eksempler på mangelfull etterlevelse av prosessuelle regler innenfor miljøretten.²⁹ Dette medfører imidlertid ikke alltid at vedtakene blir ugyldige, jf. gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41. For konsekvensutredninger har Høyesterett indikert at det skal mye til for at mangelfull etterlevelse skal medføre ugyldighet.³⁰ Denne praksisen har vært kritisert.³¹ Særlig kan Høyesteretts syn vise seg å komme i konflikt med EU-domstolens rettspraksis der det er plikt til konsekvensutredninger etter EU-direktivene.

Drøftelsen over viser at retten til kunnskap om virkningene av planlagte inngrep i naturen i henhold til Grunnloven § 112 er svakt gjennomført på petroleumslovens område, sammenlignet med andre rettsområder innenfor miljø- og naturressursretten. En stor del av denne rettsutviklingen innenfor miljø- og naturressurslovgivningen har funnet sted etter at petroleumsløven ble vedtatt. Det har ikke funnet sted tilsvarende utvikling av rettsreglene under petroleumsløven. Utsagnet i petroleumsløvens forarbeider der departementet «finner at § 3-1 tilfredsstillende de kravene

²⁶ Se direktiv 2001/77/EF om konsekvensutredninger av planer og programmer og direktivene 2001/42/EF og 2011/92/EU om konsekvensutredninger av tiltak.

²⁷ Se brev fra Energi- og miljøkomiteen i Stortinget til Klima- og miljøministeren Vedrørende Prop. 35 L (2014–2015) Endringer i lov om motorferdsel i utmark og vassdrag mv., datert 7. april 2015 (<http://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/olefa/dokumenter/komite-kld-7-04-2015.pdf>) og svarbrev fra Klima- og miljøministeren, datert 15. april 2015 (<http://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/olefa/dokumenter/brev-kld-lovavd-stt.pdf>).

²⁸ Se Innst. 253 L (2014–2015) s. 4–9.

²⁹ Se eksempelvis, for miljøinformasjonslovens vedkommende, O. K. Fauchald, «Effective Access to Environmental Information in Norway?», i Backer, Fauchald og Voigt (red.), *Pro Natura: Festskrift til Hans Christian Bugge*, Universitetsforlaget, (2012) s. 170–188. Et annet mulig eksempel er unnlåtelsen av å kreve konsekvensutredninger for oppdrettskonsesjoner og lokalitetsklareringer etter akvakulturloven.

³⁰ To viktige saker om ugyldighet av vedtak som følge av manglende konsekvensutredninger er illustrerende, se Høyesteretts dom om unnlatt konsekvensutredning i en veisak, HR-2017-2247-A og Husebysaken Rt. 2009 s. 661.

³¹ I. L. Backer og H. C. Bugge, «Forsømt konsekvensutredning av alternativer – Høyesteretts dom i Rt-2009-661 om den amerikanske ambassade i Husebyskogen», *Lov og Rett*, 2010, s. 115–127.

Grunnloven § 110 b oppstiller», et utsagn som mer fremstår som et postulat enn et utsagn basert på grundige vurderinger,³² kan derfor ikke lenger tillegges særlig vekt.

På bakgrunn av det jeg har anført over, har jeg veldig vondt for å akseptere at et søksmål basert på at Grunnloven § 112 kan medføre ugyldighet for utvinningstillatelser under petroleumsloven, med nødvendighet må være basert på «frirettslig» argumentasjon. Om saksøkernes argumentasjon i klimarettssaken var «frirettslig», går jeg ikke nærmere inn på.

4 Noen tanker om klimarettssakens kjernesporsmål

Tingrettens dom indikerer at det viktigste spørsmålet i klimarettssaken er hvordan norske myndigheter skal forholde seg til de utslippene som følger av norsk eksport av olje og gass. I de internasjonale klimaforhandlingene ble det tidlig enighet om å rette inn virkemiddelbruken mot forbruket snarere enn mot produksjonen av fossil energi. Dette var nødvendig for å få med petroleumsproduserende land. Denne tilnærmingen har tjent Norges interesser og vært høyt prioritert av norske forhandlere. Norsk virkemiddelbruk har i all hovedsak fulgt det internasjonale opplegget. Eksempelvis har skatteregimet overfor oljesektoren vært innrettet for å sikre staten inntekter, samtidig som oljeselskapene får størst mulig insentiv til å igangsette ny produksjon på norsk sokkel. Virkemiddelbruken har ikke tatt sikte på å øke eksportandelen for de mest utslippsvennlige petroleumsproduktene.

Sett fra et miljørettslig perspektiv er det imidlertid ikke gitt at den mest resultat- og kostnadseffektive tilnærming til klimaproblemet er å regulere utslipp. Mer enn 25 år med slike virkemidler i klimasektoren viser at de ikke har vært særlig effektive, og at de, i alle fall i en norsk sammenheng, er kostnadskrevende. For svært mange andre miljøproblemer er det et hovedargument at det er mer resultat- og kostnadseffektivt å sette inn virkemidlene tidlig i en årsakskjede. Dette er en hovedgrunn til at vi forbyr eller regulerer produksjonen av en rekke farlige og skadelige produkter.

Det er ingen selvfølge at vi som eksportland ikke skal bry oss om konsekvensene av det vi eksporterer til andre land. Eksempelvis finnes det nasjonalt og internasjonalt strenge regler om eksport av ulike typer avfall, særlig til utviklingsland. Når norske bedrifter og investorer «eksporterer» kapital til andre land, forutsetter vi at investeringene skal følge en del norske regler og normer. Statoil kan ikke fritt drive sin virksomhet i utlandet til skade for lokalbefolkningen selv om virksomheten skulle være i tråd med vertslandets lovgivning.

Tingretten var klar på at det ikke var noen plikt under § 112 til å ta hensyn til konsekvensene av norsk oljeeksport. Det kan godt være at tingretten har rett, men det kan også godt hende at Høyesterett har et annet syn på saken.

³² Ot.prp. nr. 43 (1995–1996) s. 33. Forholdet til Grunnloven er ellers ikke omtalt i forarbeidene (i NOU 1993: 23 ble forholdet til Grunnloven § 97 nevnt, men ikke forholdet til § 110 b).