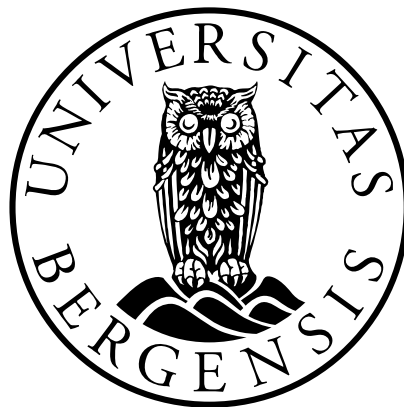


Miljøengasjement som inhabilitetsgrunn

*Kva skal til for at miljøengasjement medfører
inhabilitet ved tildeling av vindkraftkonsesjon?*

Kandidatnummer: 196

Ordtal: 9625



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2023

Innholdsliste

Innholdsliste	1
1 Innleiing	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Rettskjeldesituasjon og metode	3
2 Kva er inhabilitet?	6
2.1 Definisjon og rettsverknadar	6
2.2 Omsyna bak habilitetsregelen i forvaltningslova § 6 andre ledd.....	7
2.3 Vilkår for inhabilitet	8
3 Forskjellar i inhabilitetsvurderinga for folkevalde og tilsette i forvaltninga	11
4 Relative habilitetskrav	13
4.1 Spørsmål og struktur.....	13
4.2 Relative krav etter sakas kompleksitet	13
4.2.1 Gjeld det relative habilitetskrav etter sakas kompleksitet?	13
4.2.2 Vurdering av kompleksiteten av vindkraftkonsesjonssaker.....	14
4.3 Relative krav etter inngrepets art.....	15
4.3.1 Gjeld det relative krav etter inngrepets art?	15
4.3.2 Vurdering av kor inngripande vindkraftkonsesjonssaker er	15
4.4 Habilitet ved ulike ledd i saksbehandlinga	16
5 Kva skal til for at miljøengasjement medfører inhabilitet?.....	18
5.1 Utgangspunkt.....	18
5.2 Særleg interesse i saka.....	18
5.3 Engasjementets nærheit til saka.....	19
5.4 Korleis ein har engasjert seg.....	23
5.5 Kor sterkt ein har engasjert seg	27
5.6 Kor eksponert engasjementet er	29
6 Konklusjon	31
Kjelder.....	33
Lover og forskrifter	33
Forarbeid	33
Rettspraksis	33
Praksis frå andre institusjonar	34

Sivilombodet	34
Lovavdelinga.....	34
Litteratur.....	34
Bøker	34
Artiklar	35

1 Innleiing

1.1 Tema og problemstilling

Den siste tida har engasjementet rundt miljøvern auka kraftig, og ein del av dette engasjementet rettar seg mot produksjon av fornybar energi. Særleg engasjementet for og mot vindkraft har auka sterkt, med steile frontar på begge sider av debatten som har gjort vindkraft til eit betent tema. Slikt samfunnsengasjement er både positivt og viktig i eit demokrati, då det gir folk oppfordring og moglegheit til å bruke ytringsfridommen sin, og kastar lys på kva slags saker som er viktige for innbyggjarane. Samtidig kan det bli problematisk når forvaltnings-tenestemenn engasjerer seg sterkt i samfunnsdebatten. Forvaltninga skal vere mest mogleg nøytral, og i lita grad prega av dei politiske syna til dei tilsette. Dette er mellom anna viktig for befolkninga sin tillit til forvaltninga, og dersom saksbehandlarar i forvaltninga engasjerer seg for sterkt i samfunnsdebatten, kan det verke negativt inn på denne tilliten. Derfor har eg valt å skrive om politisk engasjement som inhabilitetsgrunn, med problemstillinga «kva skal til for at miljøengasjement medfører inhabilitet i saker om tildeling av vindkraftkonsesjon?».

1.2 Rettskjeldesituasjon og metode

Den sentrale føresegna for denne oppgåva er § 6 i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova, fvl.), altså inhabilitetsregelen på forvaltningsretten sitt område. Denne føresegna gir ei oversikt over inhabilitetsgrunnar i første ledd, og legg opp til ei meir skjønnsprega habilitetsvurdering i andre ledd. Andre ledd er ein ganske generell og open regel, som ikkje seier noko konkret om kva som skal til for å konstatere inhabilitet i ulike typetilfelle. I staden stiller inhabilitetsvilkåra opp rammer for når inhabilitet vil inntreffe, og det må vurderast frå sak til sak om det aktuelle tilfellet fell innanfor desse rammene. Dette er fordi andre ledd er meint å fange opp inhabilitet i tilfelle som ikkje blir omfatta av første ledd, slik at ein meir open regel som legg opp til ei konkret vurdering i kvar enkelt sak er ønskeleg.¹ Det

¹ NUT 1958:3 s. 145

gjer også at relevante vurderingsmoment og liknande for ulike typetilfelle må hentast frå rettspraksis og juridisk teori.

Den største metodiske utfordringa for mi oppgåve er at dei fleste rettskjeldene som tek føre seg inhabilitet etter forvaltningslova § 6 andre ledd behandlar temaet i meir generelle trekk. Berre eit fåtal behandlar samfunnsengasjement som inhabilitetsgrunn, og enda færre tek føre seg miljøengasjement spesifikt. Og der det blir tatt opp, blir det ofte drøfta nokså kort. Dette gir ei viss kjeldeknappheit knytt til problemstillinga mi. Forarbeida til forvaltningslova går ikkje inn på problemstillinga om samfunnsengasjement som inhabilitetsgrunn, og det finst også lite rettspraksis om det. Derfor vil andre rettskjelder, som tradisjonelt har lite rettskjeldemessig vekt, bli viktige her. Dette gjeld særleg praksis frå Sivilombodet og Lovavdelinga, men også juridisk teori vil vere meir av interesse her enn elles.

Det vil også vere relevant å sjå til NOU 2019:5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven). Då dette forarbeidet knyter seg til ei lov som ikkje enda er vedtatt av Stortinget, manglar det demokratisk legitimitet, og den rettskjeldemessige verdien er derfor i utgangspunktet liten. Samtidig er det ikkje foreslått nokon store endringar i habilitetsreglane, så framstillinga og argumentasjonen i kapittel 16 om inhabilitet vil likevel ha ein viss relevans for drøftingar etter dei noverande habilitetsreglane. Dessutan kan utgreiinga mellom anna gi eit inntrykk av dagens juridiske oppfatningar av ulike inhabilitetsgrunnar, og kan i alle fall ha verdi som støtteargument.

Som nemnt finst det lite rettspraksis om problemstillinga eg skal skrive om. Her er situasjonen annleis når det gjeld både politisk engasjement generelt og miljøengasjement spesifikt som inhabilitetsgrunn etter lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstollova, dl.) § 108, der det finst vesentleg meir rettspraksis. Det er store likskapar mellom forvaltningslova § 6 andre ledd og domstollova § 108, og det følgjer av forarbeida til forvaltningslova at habilitetsreglane i domstollova vart brukt som utgangspunkt.² Dette gjer at rettspraksis etter domstollova § 108 vil ha ein viss overføringsverdi til forvaltningslova § 6 andre ledd. Samtidig gjeld det strengare

² NUT 1958:3 s. 145

habilitetskrav for dommarar enn offentlege tenestemenn, så det er ikkje gitt at offentlege tenestemenn vil bli inhabile av alle dei same forholda som dommarar.³ Praksis etter domstollova kan likevel gi viktige tolkingsbidrag, argument og vurderingsmoment for spesifikke inhabilitetsgrunnar. Særleg interessant for denne oppgåva er HR-2020-2079-P om inhabilitet i klima-søksmålet, der spørsmålet om miljøengasjement som inhabilitetsgrunn kom opp i forbindelse med habilitetsvurderinga av dommar Noer.

³ Arvid Frihagen, *Inhabilitet etter forvaltningsloven*, Forlaget A. Frihagen 1985, s. 194

2 Kva er inhabilitet?

2.1 Definisjon og rettsverknadar

Det sentrale i habilitetsvurderinga er saksbehandlaren sitt forhold til saka eller partane. Felles for inhabilitetsgrunnane i forvaltningslova § 6 er at den inhabile saksbehandlaren anten har for sterk interesse i saka sjølv, eller har ei for nær tilknytning til nokon andre med interesse i saka, til at hen kan behandle saka. I forarbeida til forvaltningslova forklarte utvalet spesiell habilitet, som er det relevante i denne oppgåva, som «spørsmålet om en tjenestemann kan sies å ha slik personlig interesse eller særlig tilknytning til saken at han ikke bør delta i avgjørelsen av den».⁴ Inhabilitet kan altså definerast som ein situasjon der ein saksbehandlar på grunn av spesielle omstende har ei nær tilknytning til eller interesse i utfallet av ei sak, og derfor ikkje skal førebu eller behandle denne.

Dersom ein inhabil saksbehandlar likevel behandlar saka, er dette ein saksbehandlingsfeil etter forvaltningslova § 41, og kan føre til at vedtaket blir ugyldig. Dette gjeld likevel ikkje «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende inn på vedtakets innhold», jf. § 41. Tilsvarande vil ikkje inhabilitet vere aktuelt dersom det er «åpenbart at tjenestemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil kunne påvirke hans standpunkt og verken offentlige eller private interesser tilsier at han viker sete», jf. fvl. § 6 fjerde ledd. Dersom saka ville fått same resultat uavhengig av saksbehandlarens inhabilitet, får altså ikkje inhabiliteten noko betydning. Paragraf 41 er den same ugyldighetsregelen som gjeld for alle forvaltningsvedtak, og i forarbeida til forvaltningslova fann ein ikkje grunn til å behandle inhabilitet strengare enn andre saksbehandlingsfeil.⁵ Etter fvl. § 9 skal det oppnemnast ein «stedfortreder» for den inhabile saksbehandlaren, eventuelt kan saka behandlast av eit anna forvaltningsorgan. Saker som hastar kan likevel behandlast av den inhabile saksbehandlaren, som på visse vilkår kan treffe «foreløpig avgjørelse», jf. forvaltningslova § 7.

⁴ NUT 1958:3 s. 133

⁵ NUT 1958:3 s. 148

2.2 Omsyna bak habilitetsregelen i forvaltningslova § 6 andre ledd

Felles for alle saksbehandlingsreglane i forvaltningslova er at dei er meint å «øke borgernes rettssikkerhet».⁶ Dei stiller opp tydelege rammer for korleis saksbehandlinga skal gå føre seg, og reduserer dermed risikoen for feilkommunikasjon, misforståingar, at usaklege omsyn vert vektlagde, og andre ting som kan verke inn på resultatet i saka. Slik vernar saksbehandlingsreglane borgarane mot urettmessige inngrep og vilkårlig maktutøving, i tillegg til å bidra til å sørge for rett resultat i den enkelte saka. Det å sikre materielt rett resultat er også eit viktig formål med inhabilitetsreglane, då ein inhabil saksbehandlar kan ha vanskar med å halde seg objektiv i saksbehandlinga, og bevisst eller ubevisst kan vektlegge usaklege omsyn.⁷

For inhabilitetsreglane spesifikt er det sentrale formålet å sikre at avgjerder blir tatt «på et så objektivt grunnlag som mulig og ikke influeres av vedkommende tjenestemanns særlige stilling til saken».⁸ Det er ikkje gitt at ein inhabil saksbehandlar vil ta usaklege omsyn i saksbehandlinga, men det kan vere lett å la seg påverke av den eller det som gjer ein inhabil i saka, anten fordi det er utfordrande å treffe ei avgjerd som går mot det ein står for, eller fordi saksbehandlaren kompenserer for eigen inhabilitet ved å gå for langt i motsett retning.

Habilitetsreglane skal òg sikre tillit til forvaltninga, noko dei gjer ved å motverke at utanforliggende forhold verkar inn på resultatet, og ved å synleggjere at forvaltninga har reglar og rutinar som skal sikre saklegheit og objektivitet.⁹ Denne tilliten er mellom anna avgjerande for «forvaltningens legitimitet i befolkningen mer generelt, og dermed dens mulighet til å nå sine mål».¹⁰ Manglar forvaltninga tillit hos befolkninga, vil ikkje nødvendigvis myndighetene bli tatt på alvor, og innbyggjarar som ikkje føler at dei blir tatt på alvor, kan la vere å ta saka si til forvaltninga, fordi det opplevast som meiningslaust å klage.

⁶ Innst. O. nr. 2 (1966-1967) s. 2

⁷ Sjø t.d. NOU 2019:5 s. 222

⁸ NUT 1958:3 s. 133

⁹ Sjø t.d. NOU 2019:5 s. 222

¹⁰ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget 2022 s. 219

Medan desse formåla talar for klare, strenge og vidtgåande habilitetsreglar, må ein også ta effektivitetsomsynet i betraktning. Effektivitetsomsynet omfattar både tidseffektivitet og økonomisk effektivitet, og er eit viktig argument mot å praktisere habilitetsreglane for strengt. Dette ville forseinke saksbehandlinga, då både habilitetsvurderinga og det å finne ein habil, kvalifisert saksbehandlar til å behandle saka kan vere tidkrevjande, og dessutan ressurskrevjande, noko som kan bli ei belastning for både forvaltninga og parten.

Når det gjeld politisk engasjement som inhabilitetsgrunn, må ein også ta omsyn til saksbehandlarane sin tilgang til å engasjere seg. Også dei har grunnlovfesta rettar til ytringsfridom og demonstrasjonsfridom, jf. Grunnlova §§ 100 og 101, og habilitetsreglane må ikkje praktiserast så strengt at dei kjem i strid med desse rettane. Dessutan har dei som jobbar med eit tema mykje kunnskap om temaet, og deira engasjement vil vere eit positivt bidrag til debatten. Til dømes sit saksbehandlarar som jobbar med vindkraftkonsesjonssaker på mykje kunnskap om både vindkraft og jussen rundt det, og kan dermed opplyse nye sider av debatten. I tillegg er ofte dei som jobbar med eit tema sterkt engasjerte innanfor temaet, og det ville til dømes kunne opplevast som belastande om saksbehandlarar som jobba med vindkraft, ikkje skulle kunne engasjere seg politisk i vindkraftspørsmål. Alle desse omsyna må vegast mot kvarandre i habilitetsvurderinga, og vil få særleg betydning i tvilstilfelle.

2.3 Vilkår for inhabilitet

Før ein kan kome inn på inhabilitetsvurderinga i forvaltningslova § 6 andre ledd, må inngangsvilkåra i første ledd vere oppfylte. Her kjem det fram at habilitetsreglane gjeld offentlege tenestemenn, når desse skal «tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse» eller «treffe avgjørelse i en forvaltningssak».

Omgrepet «offentlig tjenestemann» er legaldefinert i forvaltningslova § 2 bokstav d som ein «embetsmann eller annen som er ansatt i statens eller en kommunes tjeneste». Verkeområdet for habilitetsreglane blir imidlertid utvida i forvaltningslova § 10, som slår fast at dei også gjeld «tilsvarende for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan». I

praksis vil altså habilitetsreglane gjelde for alle som er involverte i saksførebuinga og avgjerda i saka.

Vidare gjeld forvaltningslova § 6 arbeidet med å «tilrettelegge grunnlaget for» eller «treffe» avgjerd i ei forvaltningssak. Det vil seie at også dei som berre bidreg under saksførebuinga må oppfylle habilitetskrava, sjølv om dei ikkje er direkte involverte i avgjerda av saka. For at habilitetsreglane skal gjelde må ein likevel ha «deltatt i beslutningsprosessen på en måte som medvirker til tilblivelsen av avgjørelsen», og utsegna må «gis som et fastsatt eller meir etablert ledd i en saksbehandlingsprosess».¹¹

Habilitetsreglane gjeld sjølv sagt også den som skal «treffe avgjørelse i en forvaltningssak». Ordet «forvaltningssak» famnar mykje vidare enn legaldefinisjonen av «vedtak» i forvaltningslova § 2 første ledd bokstav a. I forarbeida til føresegna blir det lagt til grunn at habilitetsreglane «bør gjelde ved alle slags forvaltningsavgjørelser og ikke bare ved individuelle vedtak».¹²

Forvaltningslova § 6 andre ledd legg opp til ei breiare vurdering av om det føreligg «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» til saksbehandlaren si «upartiskhet». I denne vurderinga skal det mellom anna leggest vekt på «om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til».

Av ordlyden «særegne forhold» følgjer at det må vere noko særskilt ved situasjonen til den inhabile saksbehandlaren, som skil seg frå det som er vanleg. Sivilombodet har uttalt at «situasjoner svært mange befinner seg i, ikke vil medføre inhabilitet», då desse ikkje vil vere «særegne».¹³ Ein kan seie at forholdet må gjelde saksbehandlaren særskilt eller i særleg stor grad, men det kan likevel gjelde i like stor grad for ei avgrensa gruppe menneske.¹⁴

¹¹ SOM-2020-5288

¹² NUT 1958:3 s. 146

¹³ SOMB-1998-9

¹⁴ Geir Woxholth, *Forvaltningsloven: kommentarutgave*, 5. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2011 s. 161

Vilkåret «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» må lesast i samanheng med habilitetsreglane sitt formål om å sikre tillit til forvaltninga si saksbehandling. Det er denne tilliten som eventuelt kan bli svekka av inhabiliserande forhold. Det er ikkje eit krav om at tilliten til saksbehandlaren faktisk blir svekt av forholdet, så lenge forholdet er «egnet» til det. Vidare krevst det heller ikkje at saksbehandlaren faktisk ville ha opptredd usakleg eller partisk, då det avgjerande er tilliten parten og befolkninga elles har til vedkomande si upartiskheit.¹⁵ Spørsmålet er korleis forholdet ser ut utanfrå, og om desse ytre forholda vil vere eigna til å svekke tilliten til saksbehandlaren upartiskheit.¹⁶

Vilkåra om «særeigne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» er kumulative, så begge må vere oppfylte for å konstatere inhabilitet. Derimot er «særlig fordel, tap eller ulempe» berre vurderingsmoment, som truleg vil få større betydning om dei er til stades enn viss dei ikkje er det. Også andre forhold vil vere relevante for habilitetsvurderinga, som sakas art og situasjon. Eckhoff og Smith har uttalt at det bør stillast «strengere krav jo vanskeligere, viktigere eller mer skjønnspreget saken er».¹⁷ Sjølv om det dreier seg om kumulative vilkår, heng dei tett saman, og same forholdet vil ofte verke inn på begge vilkåra. Dette gjer at vurderinga av dei to vilkåra lett kan gli over i kvarandre, og i praksis blir dei ofte vurdert samla i ei større habilitetsvurdering. Det kjem eg også til å gjere her, då mange argument og vurderingsmoment bør drøftast etter begge vilkåra, og det ville bli kunstig og unødvendig gjentakande å vurdere dei separat.

¹⁵ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019 s. 320

¹⁶ Arvid Frihagen, *Forvaltningsloven: kommentarutgave*, Forlaget A. Frihagen 1986 s. 153

¹⁷ Eckhoff og Smith (2022) s. 226

3 Forskjellar i inhabilitetsvurderinga for folkevalde og tilsette i forvaltninga

Når det gjeld miljøengasjement og anna politisk engasjement som inhabilitetsgrunn, blir habilitetsvurderinga ulik for folkevalde og tilsette i forvaltninga. Når forvaltninga skal vere mest mogleg politisk nøytral, betyr det at dei tilsette i forvaltninga forventast å vere mest mogleg nøytrale i avgjerdene sine. Desse kan altså ikkje «agere på grunnlag av sine egne politiske preferanser».¹⁸ Dette stiller seg annleis for dei folkevalde, som er valt som representantar for innbyggjarane på grunnlag av sine politiske oppfatningar. Då må det forventast at desse politiske oppfatningane også pregar avgjerdene dei tek som folkevalde. For folkevalde gjer ein altså eit unntak frå utgangspunktet om mest mogleg politisk nøytralitet.

Lovutvalet sine utsegner i JDLOV-2012-3386 illustrerer at det skal mykje til for at folkevalde blir inhabile som følgje av politisk engasjement. Spørsmålet i saka var om ein statsråd som tidlegare hadde engasjert seg i saka om fjorddeponi i Førdefjorden var inhabil til å behandle denne saka. Statsråden var oppvaksen i kommunen der deponiet var planlagt, og kjende «løselig» folk som hadde engasjert seg i saka, men han kjende ingen som blei direkte påverka av henne. Han hadde sjølv engasjert seg i saka og uttalt seg sterkt imot deponiet, då som representant for SV, som også var imot deponiet. Lovavdelinga uttalte at engasjement av denne typen «er en legitim del av politisk oppnevnte tjenestemenns virke», og at når statsråden ikkje hadde «personlig særinteresse i saken», skulle det svært mye til» for at engasjement «basert på et bestemt politisk syn eller bestemte politiske avveininger» ville medføre inhabilitet. Etter dette var statsråden ikkje inhabil til å behandle saka.

Utsegna frå Lovavdelinga tyder på at det er svært høg terskel for at folkevalde blir inhabile på grunn av politisk engasjement. Dette støttast også av Frihagen, som har uttalt at om ein folkevalt har «stilt seg i spissen for aksjonsutvalg», vil dette «være et moment som i grensetilfellene må tillegges vekt slik at han dermed kan bli inhabil».¹⁹ Sjølv denne typen engasjement vil ikkje

¹⁸ Eckhoff og Smith (2022) s. 225

¹⁹ Frihagen (1985) s. 310

nødvendigvis medføre inhabilitet for folkevalde, men det kan få avgjerande vekt dersom habilitetsspørsmålet er uklart. Derimot vil tilsette som engasjerer seg sterkt, «f.eks. ved å starte en underskriftskampanje eller bli formann i en aksjonskomite», lett bli inhabile.²⁰ Dette kjem eg tilbake til seinare, men her kan det vere illustrerande for kvar terskelen ligg for tilsette i forvaltninga. Bernt og Rasmussen skildrar forholdet slik: «At rådmannens politiske syn bør være dempet ned, mens kommunestyremedlemmets bør eksponeres både i og utenfor kommunestyresalen, bør vi også godta».²¹ Altså kan folkevalde vise ein del meir engasjement enn tilsette utan å bli inhabile.

Likevel må det presiserast at dei ulike tersklane for folkevalde og tilsette ikkje gjeld uansett inhabilitetsgrunn. Dette kjem mellom anna fram i Rt. 1996 s. 64 Hegnar Hotell, der det inhabiliserande forholdet var «private særinteresser». Høgsterett fann då «ikke grunn til å stille mindre krav til kommunestyremedlem enn til tjenestemenn».²² I motsetning til politisk syn, har ikkje private særinteresser noko med vedkomande si rolle i forvaltninga å gjere. Folkevalde skal representere eit politisk standpunkt eller parti, som er det dei blir valde ut ifrå. Derfor aksepterer vi at dei kan handle ut frå egne politiske syn, og at folkevalde kan engasjere seg sterkt i ei sak utan å bli inhabile. Private særinteresser har derimot ingen samanheng med grunnen til at dei blei valt inn, og på dette punktet bør derfor habilitetsreglane gjelde likt for tilsette og folkevalde.

Det er ikkje klart akkurat kor langt verken folkevalde eller tilsette kan gå i forhold til miljøengasjement utan å bli inhabile. Det er imidlertid klart at det skal mykje til for at folkevalde blir inhabile på grunn av politiske ytringar og deltaking i den offentlege debatten, medan tilsette bør vere mest mogleg nøytrale, slik at terskelen for inhabilitet grunna politisk engasjement er lågare for dei.

²⁰ Frihagen (1985) s. 311

²¹ Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, Bind 1, 2. utg., Fagbokforlaget 2010 s.

222

²² Rt. 1996 s. 64, på side 68

4 Relative habilitetskrav

4.1 Spørsmål og struktur

Problemstillinga i dette kapitlet er om det gjeld relative habilitetskrav, og korleis vindkraft-konsesjonssaker stiller seg i forhold til desse relative krava. Eg kjem først til å ta føre meg relative krav i forhold til sakas kompleksitet, deretter relative krav i forhold til kor inngrepande vedtak det er tale om. Til slutt kjem eg til å sjå på prosessen i vindkraftkonsesjonssaker, og meir og mindre kurante ledd i saksbehandlinga.

4.2 Relative krav etter sakas kompleksitet

4.2.1 Gjeld det relative habilitetskrav etter sakas kompleksitet?

Det første spørsmålet er altså om det gjeld relative krav til habilitet avhengig av kor kompleks saka er. I denne delen kjem fokuset til å ligge på den overordna vurderinga av om konsesjon skal tildelast eller ikkje. Andre ledd i saksbehandlinga kjem eg tilbake til i punkt 4.4.

Det verkar å vere einigheit i den juridiske teorien om at ein stiller strengare krav til habilitet jo meir komplisert saka er. Frihagen skriv at kor strenge krav ein stiller, kjem an på «sakens art og tvilsomhetsgrad».²³ Bernt og Rasmussen vektlegg behovet for habilitetsreglane, som «varierer med sakens art, og utforming av forvaltningens hjemmel», altså graden av skjønn heimelen legg opp til.²⁴ Vidare skriv Eckhoff og Smith at ein bør «stille strengere krav jo vanskeligere, viktigere eller mer skjønnspreget saken er».²⁵ Også Woxholth trekker fram «sakens art, vanskelighets- og tvilsomhetsgrad».²⁶ Graver skil på si side mellom saker som «berører parter og interesser på en omfattende måte, hvor avgjørelsen må bygge på vanskelige

²³ Frihagen (1985) s. 200

²⁴ Bernt og Rasmussen (2010) s. 215

²⁵ Eckhoff og Smith (2022) s. 226

²⁶ Woxholth (2011) s. 168

vurderinger», og «saker som har mindre betydning og er mer kurante».²⁷ Også i NOU 2019:5 vart det uttalt at det må «tas hensyn til sakens art».²⁸

Etter dette kan det ikkje vere tvil om at det gjeld relative habilitetskrav avhengig av kor kompleks saka er. Sjølv om teoretikarane formulerer seg noko ulikt, verkar det også klart at det sentrale er kor krevjande vurderingar avgjerda må bygge på, og kor fritt forvaltningsorganet står i skjønnsutøvinga.

4.2.2 Vurdering av kompleksiteten av vindkraftkonsesjonssaker

Avgjerda av om ein konsesjonssøknad skal innvilgast eller ikkje, bygger i stor grad på skjønn og vurderingar frå departementet. Som eg kjem tilbake til seinare, skal funn frå konsekvensutgreiinga og innspel frå andre tilleggst ei viss vekt, men også her har departementet eit visst skjønn i forhold til kor mykje dei skal vektlegge ulike faktorar. Når avgjerda i så stor grad kjem an på departementet sitt skjønn, kan dette vere eit argument for å skjerpe habilitetskrava noko.

Vidare blir vurderinga komplisert av at det er mange forhold og omsyn som spelar inn. På den eine sida bidreg vindkraftutbygging til produksjon av fornybar energi, auke i energiforsyninga, og både utbyggingsprosjektet og drifta av vindkraftverket vil verke positivt inn på næringslivet og arbeidsmarknaden i området. På den andre sida produserer vindkraftverk mykje støy, og dei skadar både dyrelivet og naturmangfaldet på staden. Slik utgjer miljøomsyn viktige argument både for og mot vindkraft, med grøn energi som argument for utbygging og naturvern som motargument, som kompliserer forholdet vidare. Vindkraft har også blitt eit politisk betent tema, med steile frontar på begge sider av debatten.²⁹ Også dette bidreg til å gjere vurderinga av om eit vindkraftprosjekt skal få konsesjon eller ikkje, meir krevjande. I tillegg må avgjerdene bygge på avanserte tekniske og faglege vurderingar. Samla sett dreier det seg om nokså

²⁷ Graver (2019) s. 321

²⁸ NOU 2019:5 s. 224

²⁹ Til illustrasjon: Kjetil Malkenes Hovland, «NHO frykter høyt konfliktnivå rundt vindkraft», E24, 8. mars 2023, <https://e24.no/energi-og-klima/i/KnbzJG/nho-frykter-hoeyt-konfliktnivaa-rundt-vindkraft> (henta 06.05.2023)

vanskelege, komplekse vurderingar, der ein del av momenta vil kunne variere frå sak til sak. Dette kan tale for å skjerpe habilitetskrava noko i slike saker.

4.3 Relative krav etter inngrepets art

4.3.1 Gjeld det relative krav etter inngrepets art?

I Rt. 1981 s. 745 Isene uttalte førstevoterande at «[n]år det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen». Seinare har det blitt lagt til grunn at det same gjeld andre saksbehandlingsreglar, slik at ein stiller strengare krav til saksbehandlinga jo meir inngripande vedtaket er. Til dømes har Bernt og Rasmussen uttalt at «hvor strenge krav som skal stilles i en konkret sammenheng» mellom anna vil kome an på «[s]akstypen og kva slags avgjørelse det er spørsmål om å treffe».³⁰ Vidare har Frihagen uttalt at i habilitetsvurderinga etter forvaltningslova § 6 andre ledd vil det vere «plass for å legge en viss vekt på om det er tale om et saksområde og en type interesser som gjør at det er ønskelig med et særlig strengt eller et mindre strengt inhabilitetskrav».³¹ Graver skriv også at habilitetskrava vil vere sterkare i saker som «berører parter og interesser på en omfattende måte».³² Det må då kunne leggest til grunn at det gjeld relative krav i forhold til kor inngripande vedtaket er, også ved habilitetsvurderinga.

4.3.2 Vurdering av kor inngripande vindkraftkonsesjonssaker er

Vindkraftutbygging utgjer eit arealinngrep som vanlegvis inneberer at eit naturområde må byggast om til industriområde, og derfor ikkje lenger kan brukast på same måte som før, særleg med tanke på fritidssyslar som turgåing i naturen. Vindturbinane produserer også mykje støy, som kan ha same effekt. Vindkraftutbygging inneberer også sterke naturinngrep, med store skadar på naturen som ofte er irreversible og alltid er langvarige. Naturmangfaldet blir skada

³⁰ Bernt og Rasmussen (2010) s. 148

³¹ Frihagen (1985) s. 198

³² Graver (2019) s. 321

då mange artar vil forsvinne frå området som blir utbygd. Også dyrelivet blir ramma, då vindturbinane særleg utgjer ein fare for fuglane i området, men på grunn av iskast og liknande utgjer dei også ein fare for andre dyr. Sidan det dreiar seg om naturinngrep, merkast verknadane av inngrepet også av ein stor krins av personar, og dei langvarige konsekvensane vil også ofte ramme framtidige generasjonar.

Samtidig grip ikkje vindkraftutbygging inn i den private rettssfæren til enkeltpersonar, som gjer det mykje mindre inngripande enn ein del andre forvaltningsvedtak, som kan gripe direkte inn i skulegangen, helsa eller privatautonomien til innbyggjarane. I motsetning til vedtak av denne typen, rammar vedtak om vindkraftkonsesjon også hovudsakeleg indirekte i form av støy og mindre moglegheit for ferdsel i naturen. Vindkraftutbygging kan imidlertid i nokre tilfelle ramme enkeltpersonar direkte. Eit døme på dette er Fosen-saka, der Høgsterett kom til at utbygging av vindkraftverk i vinterbeita til Nord-Fosen siida og Sør-Fosen sijte var eit så sterkt inngrep i reindriftssamane sin rett til kulturutøving at det utgjer eit menneskerettsbrot.³³ Dette gjeld likevel berre eit fåtal av tilfelle, og kan ikkje vektleggast som eit argument for at habilitetskrava bør skjerpast i vindkraftkonsesjonssaker generelt. Samla sett er ikkje utbygging av vindkraftverk særleg inngripande sett i samanheng med andre forvaltningsvedtak, og det er ikkje grunn til å skjerpe habilitetskravet noko i slike saker.

4.4 Habilitet ved ulike ledd i saksbehandlinga

For vindkraftverk med installert effekt over 10 MW krevst det konsekvensutgreiing etter forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredningar (konsekvensutgreiingsforskrifta) § 6 første ledd bokstav c. Første ledd i saksbehandlinga blir då ei konsekvensutgreiing etter utgreiingsprogram fastsett av departementet, jf. konsekvensutgreiingsforskrifta § 16. Når denne er gjennomført, skal både konsesjonssøknad og funn frå konsekvensutgreiinga sendast på høyring, jf. § 25 i forskrifta. Dersom saka gjeld «beslutningar eller tiltak som vil kunne påvirke samiske interesser direkte», skal også Sametinget konsulterast, jf. lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (samelova, samel.) § 4-2, jf. § 4-1. Dette kan bli

³³ HR-2021-1975-S

aktuelt der det er spørsmål om vindkraftutbygging i samisk område, særleg reindriftsområde. Etter høyringsrunda skal departementet treffe vedtak om avslag eller innvilging av konsesjon, der det skal takast «tilbørlig hensyn til» konsekvensutgreiinga og høyringsinnspel, jf. konsekvensutgreiingsforskrifta § 29.

Nokre av desse saksbehandlingsledda er såpass kurante at behovet for habilitetsreglar er mindre, og det kan vere grunn til å lempe på habilitetskrava på desse punkta. Dette gjeld særleg høyringsrunda og avgjerda av om det krevst konsekvensutgreiing i saka, som etter konsekvensutgreiingsforskrifta § 6 første ledd bokstav c er heilt kurant. Også avgjerda om å konsultere Sametinget er nokså kurant, då spørsmålet om kor vidt avgjerda «vil kunne påvirke samiske interesser direkte» etter samelova § 4-1 er eit spørsmål om vilkåret er oppfylt, og ikkje ei skjønsmessig vurdering. Derfor vil det ikkje vere like stort behov for habilitetsreglar på dette punktet heller.

Andre ledd i saksbehandlinga er mindre kurante, og på desse punkta vil habilitetsreglane vere viktige, sjølv om det nok ikkje er grunnlag for å skjerpe habilitetskrava noko. Dette gjeld naturleg nok vedtaket om avslag eller innvilging av konsesjon, som i stor grad bygger på skjønn og vanskelege vurderingar. Det vil også vere tilfellet for fastsettinga av utgreiingsprogrammet etter konsekvensutgreiingsforskrifta § 16, som i stor grad kjem an på skjønn frå departementet.³⁴ Dette er også ei avgjerd som kan få stor betydning for utfallet i saka, då konsekvensutgreiinga ofte utgjer ein viktig del av faktagrunnlaget for vedtaket. Også vurderinga av om konsekvensutgreiinga oppfyller krava i kapittel 5 i forskrifta, eller om det «er behov for tilleggsutredningar eller ytterligere dokumentasjon», jf. konsekvensutgreiingsforskrifta § 27, vil vere prega av eit visst skjønn i forhold til kor strenge krav ein stiller, og som utgreiingsprogrammet kan også denne avgjerda få stor betydning for utfallet i saka. Til slutt er det også rom for ein del skjønn etter § 29 i konsekvensutgreiingsforskrifta når det gjeld kor stor vekt ein skal legge på konsekvensutgreiinga, høyringsinnspel og eventuelle innspel frå Sametinget.

³⁴ Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2022 s. 199-200

5 Kva skal til for at miljøengasjement medfører inhabilitet?

5.1 Utgangspunkt

Terskelen for inhabilitet i vindkraftkonsesjonssaker bør altså vere omtrent som vanleg, men dette vil kunne variere med detaljane i den enkelte saka. Spørsmålet blir så kva som skal til for at miljøengasjement når opp til denne terskelen, og må reknast som «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten» til ein saksbehandlars «upartiskhet» etter forvaltningslova § 6 andre ledd. Dette kjem an på ei avveging av dei nemnte omsyna i kapittel 2.2., altså på den eine sida borgarane sin rettstryggleik og tilliten til forvaltninga, og på den andre sida omsynet til effektivitet og at offentleg tilsette også skal kunne engasjere seg politisk og delta i offentleg debatt. Sentrale moment i denne vurderinga er om saksbehandlaren har særleg interesse i saka, kor nært engasjementet knyter seg til den aktuelle konsesjonssaka, korleis vedkomande har engasjert seg, og kor sterkt og eksponert engasjementet er.

5.2 Særleg interesse i saka

Dersom saksbehandlaren har særleg interesse i utfallet av den aktuelle konsesjonssaka, skal dette vektleggast i habilitetsvurderinga. Eventuell særleg interesse vil vere eit argument for at innbyggjarane sin rettstryggleik og tilliten til forvaltninga bør få større vekt enn effektivitetsomsynet og omsynet til offentleg tilsette si moglegheit til politisk engasjement. Momentet går fram av forvaltningslova § 6 andre ledd, som stiller opp som eit vurderingsmoment «om avgjørelsen kan innebære særleg fordel, tap eller ulempe» for saksbehandlaren «selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til». Kjernen i dette er tilfelle der vedkomande har økonomisk interesse i saka, til dømes dersom saksbehandlaren eig aksjar i eit selskap som vil bygge vindkraftanlegg, men også praktiske fordelar eller ulemper, som til dømes støy, vil vere relevante, sjå til dømes Rt. 1996 s. 64 Hegnar Hotell, på side 69.

Også andre forhold vil imidlertid kunne gi saksbehandlaren særleg interesse i saka. Dette støttast mellom anna av Frihagen, som har uttalt at det «i utgangspunktet ikke spiller noen rolle *hva slags* interesse det er tale om».³⁵ Vidare skriv Bernt og Rasmussen at også «forhold av ideell eller politisk karakter» kan gi særleg fordel, tap eller ulempe.³⁶ I NOU 2019:5 nemner utvalet spesifikt situasjonar der saksbehandlaren har «uttrykt sin klare mening om et spørsmål offentlig, slik at hans eller hennes egen æresfølelse og anseelse blir utfordret hvis avgjørelsen går imot denne».³⁷

Samla sett talar dette for at dersom avgjerda i saka kan bli ein politisk siger eller eit politisk tap for saksbehandlaren, kan dette vere ei slik særleg interesse som må vektleggast i habilitetsvurderinga. Då vil vekta av momentet særleg kome an på kor sterkt hen har engasjert seg, og kor nær tilknytninga er mellom engasjementet og den aktuelle saka. Dreier det seg om generelle, prinsipielle standpunkt, slik at avgjerda til dømes kan gå imot vedkomande sitt overordna syn på miljøvern og klimapolitikk, vil det nok vere lite grunn til å legge særleg stor vekt på det eventuelle nederlaget dette kunne innebere for vedkomande. Har saksbehandlaren derimot vist eit sterkt engasjement i akkurat denne spesifikke vindkraftsaka, kan hen på grunn av dette ha såpass sterk interesse i at saka skal gå ein bestemt veg, at dette nok bør få ei viss vekt i habilitetsvurderinga. Tilsvarande vil den som har engasjert seg sterkt i eitt eller fleire sentrale spørsmål i saka kunne ha sterk interesse, i alle fall i korleis spørsmåla hen har engasjert seg i blir vurderte, men vekta av dette vil altså avhenge av engasjementets styrke og nærheit til saka.

5.3 Engasjementets nærheit til saka

Eit anna viktig moment i habilitetsvurderinga er kor nært saksbehandlaren sitt engasjement knyter seg til den aktuelle vindkraftkonsesjonssaka. Tilknytninga mellom engasjementet og saka har mykje å seie for i kva grad engasjementet vil kunne påverke innbygarane sin rettstryggleik og tilliten til forvaltninga, og også for kor belastande det ville vere for både forvaltninga og

³⁵ Frihagen (1985) s. 196

³⁶ Bernt og Rasmussen (2010) s. 214

³⁷ NOU 2019:5 s. 232

saksbehandlaren om engasjementet lett skulle føre til inhabilitet. Det vil vere stor forskjell på situasjonar der saksbehandlaren har engasjert seg i same sak som skal opp til behandling, og der engasjementet ikkje har noko med denne saka å gjere.

Ordlyden «særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» talar for at det skal mykje til for at miljøengasjement medfører inhabilitet. Samfunnsengasjement er ikkje det inhabilitetsregelen i § 6 andre ledd først og fremst er meint å ramme, noko som kjem tydeleg fram når ein ser andre ledd i samanheng med inhabilitetsgrunnane i § 6 første ledd. Ein blir til dømes ikkje automatisk inhabil om ein er søskenbarn med nokon som er part i saka, jf. § 6 første ledd bokstav b som ikkje går lenger ut enn «søsken». Slektskap til ein part vil typisk i mykje større grad reknast som særeige og kome i konflikt med omsynet til innbyggjarane sin rettstryggleik og tillit til forvaltninga enn miljøengasjement. For at habilitetskrava ikkje skal bli strengare i forhold til miljøengasjement enn slektskap, talar dette for at dersom det ikkje er nær samanheng mellom engasjementet og saka, kan dette vere eit argument mot inhabilitet.

Inhabilitet vil vere meir nærliggande jo nærare tilknytninga er mellom saksbehandlaren sitt engasjement og den konkrete vindkraftkonsesjonssaka. Har ein til dømes engasjert seg sterkt imot gruvedrift eller oljeleding, vil det ikkje vere naturleg å vektlegge dette særleg i habilitetsvurderinga i forbindelse med ei vindkraftkonsesjonssak. Det same gjeld for engasjement innanfor miljøspørsmål generelt, til dømes gjennom medlemskap i ein miljøvernorganisasjon eller demonstrasjonar for større fokus på miljøvern. Dette har mellom anna støtte i HR-2020-2079-P avsnitt 35, der det blei uttalt at organisasjonsmedlemskap «i seg sjølv» klart ikkje var tilstrekkeleg til at dommar Noer vart inhabil i klimasøksmålet (HR-2020-2472-P). Sidan ein stiller strengare krav til dommarars habilitet enn offentlege tenestemenn, må det utan vidare kunne leggast til grunn at heller ikkje forvaltningstenestemenn vil bli inhabile på grunn av organisasjonsmedlemskap.³⁸

I begge desse typetilfella vil saksbehandlaren sitt engasjement påverke innbyggjarane sin rettstryggleik veldig lite. Dessutan vil engasjementet vere mindre eigna til å svekke tilliten til

³⁸ Frihagen (1985) s. 194

saksbehandlinga, jo mindre tilknytninga er mellom engasjementet og saka. Samtidig ville det gå hardt ut over effektiviteten til forvaltninga dersom engasjement utan noko tilknytning til den aktuelle saka lett skulle medføre inhabilitet. Det ville også i praksis vere ei sterk avgrensing i tilgangen til politisk engasjement om saksbehandlarar som jobbar med vindkraftsaker ikkje skulle kunne engasjere seg i miljøvernspørsmål utan å bli inhabile i nettopp vindkraftssaker.

Engasjement som spesifikt rettar seg mot den aktuelle saka vil derimot vere eit sterkt argument for inhabilitet. Slike tilfelle skil seg klart frå det som er vanleg i ein saksbehandlingssituasjon, og vil tale for at det føreligg «særegne forhold». Mange vil nok også oppleve at det er vanskelegare å ha tillit til saksbehandlaren si upartiskheit dersom hen har utvist eit visst engasjement innanfor akkurat denne saka, som talar for at situasjonen må reknast som «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». I desse typetilfella talar derfor nærheita mellom engasjementet og saka for at rettstryggleiken til innbyggjarane må vektleggast over effektivitet. Det vil truleg ikkje vere særleg belastande for verken forvaltninga eller den enkelte saksbehandlaren om nokon som har engasjert seg spesifikt i ei sak, ikkje deltek i behandlinga av akkurat den saka.

Praksis frå Sivilombodet støttar også at det vil tale for inhabilitet om saksbehandlaren har engasjert seg i den konkrete saka spesifikt. I SOMBU-2000-4 drøfta Sivilombodet «Noen forvaltningsrettslige spørsmål av generell interesse». Eitt av temaa han tok opp her var inhabilitet, både generelt og konkret i forhold til samfunnsengasjement på side 23-24. Her uttalte Sivilombodet at sterkt engasjement kan medføre inhabilitet til å delta i «saksbehandling og avgjørelse av enkeltsaken», som talar for at ein lett kan bli inhabil til å behandle den konkrete saka ein har engasjert seg innanfor. Det same kjem til uttrykk fleire stadar i teorien. Frihagen skriv til dømes at ein saksbehandlar som har engasjert seg i ei sak «gjerne vil være inhabil dersom han senere i sin stilling får saken til behandling».³⁹ Eckhoff og Smith skriv også om inhabilitet der saksbehandlaren har engasjert seg sterkt i «en bestemt sak».⁴⁰ Det same støttast av både Graver og Bernt og Rasmussen.⁴¹

³⁹ Frihagen (1985) s. 311

⁴⁰ Eckhoff og Smith (2022) s. 225

⁴¹ Graver (2019) s. 323 og Bernt og Rasmussen (2010) s. 221

Har saksbehandlaren engasjert seg i eitt eller fleire sentrale spørsmål i saka, kjem vekta engasjementet får i habilitetsvurderinga mellom anna an på kor sentralt spørsmålet står i saka. Dette har også ein viss støtte i teorien. Til dømes uttalar Bernt og Rasmussen at ein kan bli inhabil dersom ein har engasjert seg i «saken eller i den aktuelle type sak». ⁴² Graver skriv også at ein kan bli inhabil dersom ein har engasjert seg særleg i «det tema som er oppe i saken». ⁴³ Inhabilitet vil då vere meir nærliggande jo meir sentralt temaet er i den aktuelle saka. Dermed vil ikkje eit engasjement for eller mot vindkraft få like stor vekt som engasjement innanfor konkrete spørsmål som kjem på spissen i den aktuelle vindkraftkonsesjonssaka.

I HR-2020-2079-P vart det også lagt stor vekt på at engasjementet knytte seg til sentrale spørsmål i saka. Orskurden gjaldt habiliteten til fire dommarar i forbindelse med klimasøksmålet (HR-2020-2472-P), derunder dommar Noer, som var inhabil som følgje av miljøengasjementet sitt. Som medlem av styringskomiteen i miljøvernorganisasjonen WCEL, hadde ho vore involvert i to arbeidet med prosjekt som var relevante for klimasøksmålet, nemleg The IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law og prosjektet «Fighting climate change: a best practice guide for Judges and Courts». Den førstnemnde erklæringa framheva mellom anna eit prinsipp om at miljøomsyn skal få avgjerande vekt i tvilstilfelle, sjå avsnitt 41 i orskurden. I sistnemnte arbeid blei det mellom anna uttalt at dommarar og domstolar i nokre tilfelle kan «play decisive roles in holding governments and actors accountable for effectively addressing climate change», sjå avsnitt 43.

Førstevoterande fann at dette «går til kjernen i eitt av hovudspørsmåla i plenumssaka», jf. avsnitt 45, noko som etter hans syn gjorde at dommar Noer «vil kunne bli oppfatta som å mangle tilstrekkeleg distanse der dette spørsmålet verkar å stå sentralt i saka», sjå avsnitt 48. Dette var eitt av momenta som fekk avgjerande vekt når han «under noko tvil» kom til at dommar Noer var inhabil til å delta i behandlinga av klimasøksmålet, jf. avsnitt 49. Etter dette må det vektleggast som eit argument for inhabilitet om saksbehandlaren har engasjert seg i eit sentralt spørsmål i saka. Vekta av argumentet vil variere avhengig av kor sentralt spørsmålet er i den konkrete saka, noko som støttast av førstevoterande si presisering i avsnitt 48 av at dette gjeld

⁴² Bernt og Rasmussen (2010) s. 221

⁴³ Graver (2019) s. 323

«der dette spørsmålet verkar å stå sentralt i saka». Engasjement innanfor mindre sentrale spørsmål i saka, vil dermed få mindre vekt.

Orskurden i HR-2020-2079-P vart avsagt «under noko tvil», jf. avsnitt 49, og med dissens 10-5 om dommar Noer sin habilitet. Dessutan stiller ein som nemnt stiller strengare krav til habilitet etter domstollova enn etter forvaltningslova.⁴⁴ Samla sett talar dette for at det truleg skal ein del til for at miljøengasjement medfører inhabilitet der saksbehandlaren sitt engasjement har ei mindre nær tilknytning til den aktuelle saka enn det som var tilfellet for dommar Noer. I slike situasjonar vil engasjementet i liten grad vere eit problem i forhold til rettstryggleiken til innbyggjarane og deira tillit til ei objektiv, upartisk saksbehandling, samtidig som det vil vere belastande for både saksbehandlarane og forvaltninga generelt om miljøengasjement lett kan medføre inhabilitet sjølv om tilknytninga til den aktuelle saka er svak.

5.4 Korleis ein har engasjert seg

Korleis saksbehandlaren har engasjert seg, kan også få stor betydning i habilitetsvurderinga. Med dette siktar eg hovudsakeleg til korleis ein formulerer seg, og om engasjementet framstår som mest politisk, fagleg eller eit forsøk på å påverke resultatet i enkeltsaker.

I HR-2020-2079-P fann førstevoterande at dommar Noer sitt engasjement gjekk «klart lenger» enn å ha «slutta seg til fråsegner om politiske spørsmål». Han oppfatta at det som blei uttalt, «gjeld langt på veg kva som bør vera resultatet i saker om miljø- og klimaspørsmål som kjem opp for domstolane», jf. avsnitt 47, og dette vart avgjerande for inhabilitetsvurderinga, truleg fordi det kunne gi inntrykk av at dommar Noer allereie på førehand hadde bestemt seg for kva utfall klimaspørsmålet burde få.

⁴⁴ NOU 2019:5 s. 228

Eit uttrykt syn på kva utfallet bør bli i ei bestemt sak eller ein bestemt type sak, talar altså i større grad for inhabilitet enn politisk eller rettspolitisk engasjement. Forskjellen på dei to engasjementstypene er at førstnemnde hovudsakeleg har som mål å påverke utviklinga i samfunnet, og å påverke myndigheitene i ei bestemt retning. Dette vil ikkje i like stor grad kome i konflikt med omsynet til innbyggerane sin rettstryggleik og tilliten til forvaltninga. Sistnemnde engasjementstype vil derimot prøve å påverke utfallet i ei eller fleire enkeltsaker. Det er meir konkret, og rettar seg meir direkte mot den aktuelle saka som skal opp til behandling. Derfor vil slike ytringar og slikt engasjement lettare vere eigna til å påverke korleis ein behandlar saka, og til å svekke innbyggerane sin tillit til at saka vil bli behandla objektivt og upartisk. Som illustrasjon kan nemnast forskjellen på ein saksbehandlar som har uttrykt at hen er imot vindkraft og utbygging av fleire vindkraftanlegg, og ein saksbehandlar som har uttalt at hen meiner alle vindkraftkonsesjonssøknadar, anten generelt eller når det gjeld ein bestemt type naturområde eller liknande, må få avslag.

Liknande forhold har også blitt vektlagt tidlegare. Til dømes fann Høgsterett i Rt. 1994 s. 1372 at ein lagmann var inhabil fordi han hadde uttalt seg på ein måte som «kunne oppfattes som et råd til lagretten om å kjenne tiltalte skyldig». Også denne avgjerda gjaldt inhabilitet for dommarar etter domstollova § 108, som er strengare enn forvaltningslova § 6 andre ledd. Overføringsverdien er derfor noko avgrensa, men tanken om at det å ha uttrykt eit syn på kva utfallet bør bli i ei bestemt sak eller ein bestemt type sak lett vil føre til inhabilitet, må antakast å også gjelde på forvaltningsretten sitt område. Det finst også støtte for dette i den juridiske teorien. Bernt og Rasmussen skriv at «eksponert forutinntattheit kan svekke tilliten» til saksbehandlinga.⁴⁵ Eckhoff og Smith skriv også at inhabilitet vil vere særleg aktuelt dersom ein har «gitt uttrykk for sterke meninger om utfallet av en bestemt sak».⁴⁶ Engasjement og utsegner som gir inntrykk av at ein allereie har bestemt seg for kva utfallet i saka bør bli, indikerer større grad av forutinntattheit, og dette inntrykket vil vere sterkare der ein har engasjert seg for eit bestemt resultat, enn ved engasjement av reint politisk eller rettspolitisk karakter.

⁴⁵ Bernt og Rasmussen (2010) s. 221

⁴⁶ Eckhoff og Smith (2022) s. 225

Eit døme på at korleis ein har engasjert seg kan bli avgjerande, er SOMB-1978-55. Saka handla om ein trygdesjef som i fleire avisartiklar hadde uttalt seg om ei konkret trygdesak. I desse uttalte han seg sterkt negativt og kritisk om framstillinga av saka i eit tv-program. Mellom anna kritiserte han at programleiarane intervjuar «samfunnsfiendlige og misfornøyde elementer som gjennomsnittsklienter», med den implikasjon at parten i den aktuelle trygdesaka var ein av desse samfunnsfiendtelege og misfornøgde personane, sjå side 103 i saksreferatet. Sivilombodet fann at dei uttrykka som blei brukt var «utilbørlige» og måtte «sterkt kritiseres», jf. s. 104. Likevel var ikkje trygdesjefen inhabil «i den forstand at han og hans trygdekontor for fremtiden skal utelukkes frå å behandle trygdesaker med tilknytning til A og hans familie». Det blei avgjerande at trygdesjefen sine utsegner «hadde tilknytning til et fjernsynsprogram om A's sak». Sjølv om trygdesjefen hadde uttrykt seg sterkt og på ein måte han ikkje burde, ga ikkje utsegnene inntrykk av eit forutinntatt syn på kva resultat saka burde få. Dei var dermed i mindre grad eigna til å svekke tilliten til ei objektiv og upartisk saksbehandling.

Faglege ytringar vil i mindre grad tale for inhabilitet enn begge dei ovanneemde formene for engasjement. Faglege ytringar uttrykker ikkje eit politisk standpunkt eller eit syn på kva utfallet i saka bør bli, men eit juridisk-fagleg syn på spørsmål knytt til jussen rundt vindkraftsaker. Til dømes kan det dreie seg om korleis eit lovtilkår skal tolkast, kor vidt Sametinget skal konsulterast i visse typetilfelle, eller liknande. Desse tilfella skil seg ut fordi formålet ikkje er å påverke samfunnet, myndigheitene eller utfallet i ei konkret sak, men å svare på rettsspørsmål, oppklare rettstilstanden på eit område, eller å skape klarheit om kva som er materielt, juridisk rett. Slike faglege diskusjonar kan gi viktige bidrag til utviklinga av rettsvitskapen, og juristar som jobbar med vindkraftsaker må truleg ha eit visst rom for å uttale seg fagleg, sakleg og objektivt om jussen rundt slike saker. Om dei ikkje hadde det, ville det vere negativt for rettsvitskapen generelt, i tillegg til at det ville vere ei sterk avgrensing i deira tilgang til å engasjere seg. Faglege diskusjonar er også svært vanleg i juridiske miljø, og det ville derfor også kunne gjere saksbehandlinga i forvaltninga mindre effektiv om slikt engasjement skulle vektleggast som eit argument for inhabilitet. Samtidig vil nok fagleg engasjement normalt i liten grad påverke kor objektivt og upartisk saka blir behandla, og dermed ha lita betydning for innbyggjaranes rettstryggleik og tillit til forvaltninga.

At fagleg engasjement vanlegvis vil få lite vekt i ei habilitetsvurdering, støttast også av Sivilombodet. Saka i SOM-2020-5288 handla om inhabilitet i forbindelse med fastsetting av tilrådd hovudlitteratur i eit fag på masterstudiet i rettsvitskap ved Universitetet i Oslo. Emneansvarleg hadde innhenta tilbakemeldingar om éi av dei moglege pensumbøkene frå fleire personar, deriblant «B», som også hadde gitt ut ei lærebok i same fag. Sivilombodet uttalte at «det skal svært mye til for at faglige ytringer, samt faglige motsetningsforhold og uenighet, i seg selv medfører inhabilitet». Ueinigheit om faglege spørsmål ville altså truleg ikkje vere nok til å medføre inhabilitet. Det som derimot vart avgjerande i denne saka, var at B låg an til å få økonomiske fordelar dersom hans bok vart valt som hovudlitteratur.

Uansett kva slags ytring det dreier seg om, vil også måten vedkomande har formulert seg på, få betydning i habilitetsvurderinga. Dette gjeld særleg kor sakleg og objektiv ein er, og kor godt ein held seg til det temaet ein skal diskutere. Dersom ein saksbehandlar i offentleg debatt ikkje held seg sakleg eller held seg til det temaet hen skal diskutere, kan dette vere, eller i alle fall oppfattast som, ein indikasjon på at hen heller ikkje vil halde seg sakleg i saksbehandlinga. I så fall kan dette vere uttrykk for ein risiko for manglande upartiskheit og at utanforliggande omsyn kan bli vektlagt i saksbehandlinga, noko som kjem i konflikt med både omsynet til innbyggjarane sin rettstryggleik, og tilliten til forvaltninga.

Eit døme på dette knytt til vindkraftkonsesjonar kan vere tilfelle der ein saksbehandlar deltek i ein diskusjon om vindkraftutbygging i eit reindriftsområde. Held vedkomande seg til å sakleg og objektivt diskutere fordelar og ulemper ved ei slik utbygging, vil ikkje dette vere særleg oppsiktsvekkande, og særleg med tanke på tilliten til forvaltninga, vil ikkje nødvendigvis eit slikt engasjement tale særleg sterkt for inhabilitet. Glir vedkomande derimot over i ein diskusjon av samane sin status som urfolk, kvifor dei har eit særleg rettsleg vern, at reindriffta held igjen samfunnsutviklinga eller liknande, utan at diskusjonen gir haldepunkt for å ta opp dette, vil det i større grad kunne svekke tilliten til at saksbehandlaren vil ha ei sakleg, objektiv og upartisk tilnærming til saka.

Dersom saksbehandlaren går over til å kritisere den andre sida av debatten eller ein part i saka, vil også dette tale for inhabilitet. For det første er dette normalt mindre sakleg, og det vil som drøfta ovanfor få vekt i habilitetsvurderinga. For det andre er ikkje kritikk av eller personangrep mot nokon på andre sida av saka ei form for politisk engasjement, men eit forhold til den andre sida som i seg sjølv vil kunne svekke rettstryggleiken til vedkomande, og tilliten til at saka vil bli behandla sakleg og upartisk.

5.5 Kor sterkt ein har engasjert seg

Eit anna sentralt moment er altså kor sterkt saksbehandlaren har engasjert seg. Kor sterkt ein har engasjert seg, kan vere ein indikasjon på kor viktig utfallet av saka er for vedkomande, og jo viktigare dette er, jo meir vil engasjementet kunne kome i konflikt med ei objektiv og upartisk saksbehandling. Dermed vil engasjementet kome meir i konflikt med omsynet til rettstryggleik og tillit til forvaltninga, jo sterkare engasjementet er.

Med styrken av engasjementet meiner eg ikkje berre kva middel saksbehandlaren har brukt, men også kva grad av initiativ vedkomande har vist. Dette støttast av Frihagen, som skriv at vurderinga av saksbehandlaren sitt engasjement som inhabilitetsgrunn skal skje «i lys av ens aktivitet i forbindelse med protesten».⁴⁷ Han skriv som tidlegare nemnt òg at den som tek initiativ til å «starte en underskriftskampanje eller bli formann i en aksjonskomite», lettare vil bli inhabil enn den som har «undertegnet en protestliste saman med et stort antall andre».⁴⁸ Det vil seie at jo meir initiativ saksbehandlaren har tatt i forbindelse med til dømes ein demonstrasjon mot vindkraft, jo sterkare vil dette tale for at hen blir inhabil som konsekvens.

Etter dette vil til dømes arrangørane bak ein demonstrasjon lettare bli inhabile enn dei som møter opp på demonstrasjonen. Det vil også måtte vektleggast om saksbehandlaren har hatt ei leiande rolle i planlegginga eller arbeidet med å få med fleire på ein protest, eller på andre måtar har gått i front. Eit slikt engasjement vil lettare kome i konflikt med innbyggjarane sin

⁴⁷ Frihagen (1985) s. 228

⁴⁸ Frihagen (1985) s. 311-312

rettstryggleik og tilliten til forvaltninga, då det ofte vil vere meir sannsynleg at eit engasjement med denne typen initiativ, vil kunne påverke korleis ein behandlar saka. Har saksbehandlaren derimot ikkje tatt noko initiativ, men møter opp på demonstrasjonen eller signerer underskriftskampanjen for å vise støtte til saka og arrangørane, kan engasjementet framleis vektleggast, men det vil i mindre grad tale for inhabilitet. Dette vil i mykje mindre grad kome i konflikt med omsynet til rettstryggleik og tilliten til forvaltninga, samtidig som det ville vere sterkt avgrensande i saksbehandlarane sin tilgang til å engasjere seg politisk om engasjement av denne typen skulle tilleggast stor vekt i habilitetsvurderinga. Det vil også gjelde langt fleire tilfelle, slik at det ville stride mot effektivitetsomsynet om slikt engasjement lett skulle medføre inhabilitet.

Det vil også få betydning kva middel ein har brukt i engasjementet, altså kva for engasjementsform som har blitt brukt, då enkelte middel klart er sterkare enn andre. Når Sivilombodet i den tidlegare omtalte SOMBU-2000-4 på side 24 uttalte at offentlege tenestemenn «bør være seg bevisst sin rolle», verkar det klart at enkelte middel vil vere meir i tråd med denne rolla enn andre. Vidare skriv Bernt og Rasmussen at «[s]pesielle og særlig klart eksponerte engasjementer» lettare vil medføre inhabilitet enn elles, og det er klart at val av middel har mykje å seie for kor spesielt engasjementet er.

Det vil altså vere stor forskjell på om saksbehandlaren deltek i ein underskriftskampanje, ein demonstrasjon eller ein sivilt ulydig aksjon. Underskriftskampanjar er ein svært vanleg måte å engasjere seg på, samtidig som slikt engasjement ikkje er så sterkt at det sannsynlegvis vil påverke saksbehandlinga, og dermed innbyggjarane sin rettstryggleik og tillit til forvaltninga, særleg. Det ville derfor vere i konflikt med effektivitetsomsynet om dette skulle få stor vekt som argument for inhabilitet. Det same gjeld demonstrasjonar, som er ei sterkare form for engasjement, men samtidig ikkje så sterkt at det ville svekke rettstryggleiken til innbyggjarane. Når det gjeld sivil ulydigheit, blir situasjonen motsett. Dette er eit svært sterkt middel, og det blir ikkje brukt så ofte at det ville kome i konflikt med verken effektivitetsomsynet eller saksbehandlarane sin tilgang til å engasjere seg om dette fekk stor vekt i habilitetsvurderinga. Samtidig kan det at ein saksbehandlar går så langt som å aksjonere sivilt ulydig for ei sak klart indikere at engasjementet vil kunne påverke saksbehandlinga, og dermed rettstryggleiken til

innbyggerane. Så sterkt engasjement vil også påverke tilliten til forvaltninga og saksbehandlinga mykje meir. Slik sett vil det til dømes vere stor forskjell på dei som stod i front for Fosen-aksjonen i slutten av februar, og dei som demonstrerte for å vise støtte til desse.

5.6 Kor eksponert engasjementet er

Det har også betydning for habilitetsvurderinga kor eksponert saksbehandlaren sitt engasjement er. Dette har mellom anna støtte i Bernt og Rasmussen, som sitert ovanfor.⁴⁹ Her er spørsmålet kor eksponert saksbehandlaren sitt engasjement er, ikkje kor eksponert det generelle engasjementet rundt saka er. Jo meir eksponert engasjementet er, jo meir vil det særleg påverke innbyggerane sin tillit til vedkomande si upartiskheit. Dette vil imidlertid ikkje seie at det er betre om saksbehandlarar engasjerer seg på meir skjulte måtar. Det sentrale er at dei ofte bør engasjere seg på meir dempa måtar, som er meir i tråd med deira «rolle», jf. SOMBU-2000-4 s. 24, for å unngå inhabilitet.

Etter dette vil habilitetsvurderinga kunne sjå annleis ut for nokon som deltek på ein demonstrasjon, og nokon som har blitt ein slags «frontfigur» for saka. I tillegg til at det som nemnt er ein klar forskjell i kor sterkt desse har engasjert seg, vil førstnemnte sitt engasjement vere vesentleg mindre eksponert enn sistnemnte. Kor eksponert engasjementet til saksbehandlaren er, kan også vere ein indikasjon på kor investert vedkomande er i saka, altså kor viktig hen meiner saka er. Dette vil igjen ha betydning for kor sannsynleg det er at engasjementet vil påverke saksbehandlinga, og dermed rettstryggleiken til innbyggerane.

Det vil også vere forskjell på nokon som har skrive eitt lesarinnlegg om vindkraft i lokalavisa og nokon som har skrive fleire kronikkar i til dømes Aftenposten. Førstnemnte vil vere ein del mindre eksponert enn sistnemnte, og sistnemnte sitt engasjement er også meir aktivt. Ikkje berre på grunn av forskjellen i tal innlegg, men også fordi det må reknast som meir aktivt å sende ein

⁴⁹ Bernt og Rasmussen (2010) s. 221

kronikk til Aftenposten enn til ei mindre lokalavis. Dette kan i alle fall oppfattast som eit sterkare engasjement i nokre tilfelle.

Vidare vil det naturleg nok også vere forskjell på ein tilskodar og ein appellant på ein demonstrasjon. Ein appellant er ikkje berre meir synleg og aktiv enn ein tilskodar, men også ofte tydelegare. Det vil seie at ein appellant gjer det konkrete synet sitt på saka svært kjent, både for dei oppmøtte, media og andre. Sjølv om ein tilskodar gjer synet sitt tydeleg ved å delta i demonstrasjonen, er det fleire nyansar ein ikkje kan lese ut frå at nokon møter opp på ein demonstrasjon, mellom anna kor sterkt einig ein er med arrangøren sitt syn. Appellanten har ikkje denne same uklarheita, då mykje av dette vil kome fram gjennom appellen. Dessutan seier det at ein i det heile tatt held appell, mykje om kor investert ein er i saka. Derfor vil dette tale sterkare for inhabilitet enn «berre» å delta på demonstrasjonen.

6 Konklusjon

Det gjeld ulike tersklar for inhabilitet som følgje av miljøengasjement for folkevalde og tilsette i forvaltninga, som vist i kapittel 3. Folkevalde har ein del meir rom for å engasjere seg politisk, og det skal mykje til før desse blir inhabile som konsekvens. Tilsette i forvaltninga skal derimot vere meir politisk nøytrale, og blir lettare inhabile på grunn av politisk engasjement. Det vil derfor få betydning for habilitetsvurderinga om vedkomande saksbehandlar er folkevald eller tilsett.

Vindkraftkonsesjonssaker er prega av vanskelege, komplekse og skjønsmessige vurderingar. Vindkraftutbygging utgjer også eit sterkt inngrep overfor naturen. Det er ikkje like inngripande overfor innbyggerane, sjølv om desse også kan bli hardt ramma i nokre tilfelle, og vindkraftutbygging i nærområdet kan opplevast som ei stor belastning. Etter dette bør terskelen for inhabilitet vere omtrent den same som elles, men dette vil kunne variere frå sak til sak, slik at det i nokre vindkraftkonsesjonssaker vil vere grunnlag for å senke terskelen noko.

Det kan ikkje stillast opp nokon fast regel om når ein engasjert saksbehandlar blir inhabil. Å seie at eit bestemt nivå av engasjement eller engasjement som har ein bestemt type tilknytning til den aktuelle saka alltid gjer saksbehandlaren inhabil, vil bli unøyaktig, og kan få uheldige konsekvensar der det slår skeivt ut. Det einaste som er sikkert i alle tilfelle der spørsmålet kan kome opp, er at ein må sjå på alle sider av saka, og gjere ei samla vurdering, der sentrale moment vil vere om saksbehandlaren har særleg interesse i saka, nærleiken mellom engasjementet og den aktuelle saka, korleis saksbehandlaren har engasjert seg, og kor sterkt og eksponert engasjementet er. Desse er vurderingsmoment, ikkje vilkår, og dersom nokre av momenta gjer seg sterkt gjeldande i ei sak, kan saksbehandlaren bli inhabil sjølv om andre moment må tillegast lite vekt eller talar mot inhabilitet.

Også miljøengasjement som ikkje knyter seg til den aktuelle vindkraftkonsesjonssaka kan vere eit sterkt argument for inhabilitet. Samtidig vil det tale mot inhabilitet om tilknytninga mellom engasjementet og saka er heilt overordna, som viss saksbehandlaren har engasjert seg for at

myndighetene må ta miljøvern og klimaendringar meir på alvor. Har vedkomande engasjert seg for eller mot vindkraft, utan at det knyter seg direkte til den konkrete saka eller spørsmål som kjem opp i saka, vil dette truleg få lite vekt som argument for inhabilitet, men her vil dei andre momenta få stor betydning for utfallet av habilitetsvurderinga

Som vist skal det svært mykje til for at faglege ytringar og fagleg engasjement medfører inhabilitet. Politisk og rettspolitisk engasjement vil lettare vere inhabiliserande, særleg for tilsette tenestemenn, men det vil særleg kome an på kor sterkt ein har engasjert seg og kor eksponert engasjementet er. Her får det stor betydning kor mykje initiativ saksbehandlaren har tatt i engasjementet, til dømes om hen har vore med på å arrangere demonstrasjonar eller starte underskriftskampanjar. Samtidig vil nokre former for engasjement, som sivil ulydigheit, vere meir «særeigne» og «egnet til å svekke tilliten» til saksbehandlaren si upartiskheit enn andre uavhengig av kor mykje initiativ vedkomande har tatt, då engasjement av denne typen alltid må reknast som sterkt og aktivt.

Det er også forskjell på politisk engasjement og engasjement som uttrykker eit konkret syn på kva utfallet bør bli i ei bestemt sak eller ein bestemt type saker. Sistnemnte blir eit sterkare argument for inhabilitet, då det i større grad gir uttrykk for eit forutinntatt standpunkt, som lettare vil vere «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet». I vindkraftkonsesjonssaker kan det illustrerast med forskjellen på å generelt vere mot vindkraft, og det å meine at alle søknadar om vindkraftkonsesjon bør få avslag.

Kjelder

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova, Grl.)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstollova, dl.)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova, fvl.)

Lov 12. juni 1987 nr. 56 om Sametinget og andre samiske rettsforhold (samelova, samel.)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningslova, pbl.)

Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger (konsekvensutgreiingsforskrifta)

Forarbeid

NUT 1958: 3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning

Innst. O. nr. 2 (1966-1967) Innstilling fra justiskomiteén om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

Rettspraksis

Rt. 1981 s. 745 A

Rt. 1994 s. 1372 U

Rt. 1995 s. 530 A

Rt. 1996 s. 64 A

HR-2020-2079-P

HR-2020-2472-P

HR-2021-1975-S

Praksis frå andre institusjonar

Sivilombodet

SOMB-1978-55

SOMB-1998-95

SOMBU-2000-4

SOM-2020-5288

Lovavdelinga

JDLOV-2012-3386

Litteratur

Bøker

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, 2. utg., Fagbokforlaget 2010.

Bugge, Hans Chr., *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2022

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget 2022

Frihagen, Arvid, *Inhabilitet etter forvaltningsloven*, Forlaget A. Frihagen 1985

Frihagen, Arvid, *Forvaltningsloven: kommentarutgave*, bind I, 2. utg., Forlaget A. Frihagen 1986

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019

Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven – kommentarutgave*, 5. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2011

Artiklar

Kjetil Malkenes Hovland, «NHO frykter høyt konfliktnivå rundt vindkraft», E24, 8. mars 2023, <https://e24.no/energi-og-klima/i/KnbzJG/nho-frykter-hoeyt-konfliktnivaa-rundt-vindkraft> (henta 06.05.2023)