

Høyringsinnspel frå prosessor Ingunn Elise Myklebust, professor Sigrid Eskeland Schütz og stipendiat Siv Elén Årskog Vedvik, forskarar i forvaltningsrett/plan- og bygningsrett ved Det juridisk fakultet, Universitetet i Bergen

1. Innleiing

Vi viser til regjeringa sitt høyringsbrev og høyringsnotat om forslag til endring i pbl. § 19-2 om dispensasjon. Forslaget er grunngjeve med at det er trong for å gje kommunane «økt handlingsrom» i dispensasjonssaker. Med endringsforslaget meiner departementet at ein på ein betre måte enn tidlegare vil ivareta *balansen* mellom kommunalt sjølvstyre på den eine sida og vern av nasjonale og regionale interesser på den andre sida.

Slik vi ser det, er endringsforslaga lite eigna til å nå dette målet; det er tvert imot grunn til å frykte at det vil bli *meir uklart* kva handlerom kommunen eigentleg har, *meir uklart* korleis fylkesmannen skal praktisere sin overprøvingskompetanse i klagesaker og *meir uklart* kvar grensa går for kva som kan prøvast av domstolane. Konsekvensen kan bli at *unntaksregelen* om dispensasjon frå plan og føresegner ikkje ivaretek viktige nasjonale og regionale omsyn like godt som tidlegare. Kostnadane ein påfører vern av natur og miljø ved å prøve å gje kommunane større handlerom i dei «små og lokale» sakene, kan bli store. Dette må Stortinget vere klar over når det skal stemmast over desse lovendringane.

2. Byggeforbodet i 100-metersbeltet – ei viktig ramme for dispensasjonssakene

Den urnorske allemannsretten gjev oss alle rett til å gå i naturen og langs stranda, og dei seinaste månadane har til fulle vist oss verdien av at det er mange stader vi kan utforske utandørs. Somme stader er det rett nok stengsler og tett utbygd, så vi må ta omvegar for å kome oss til grønne lunger, innsjøar, elvar eller strand. Dels skuldast dette tidlegare svak planlegging av arealbruken, men også at kommunane har gjeve eit utal dispensasjonar.

Vår plan- og bygningslov frå 2008 har som mål at 100-metersbeltet langs sjøen skal vere fri for bygningar. Det er ønskjeleg med ein streng dispensasjonspraksis. Ein einskild dispensasjon kan ha gode grunnar for seg. Likevel kan slike bit for bit svekke nasjonale, regionale og lokale omsyn som typisk vert sikra gjennom kommunale planar, som ferdselsrett, miljøomsyn, utsikt og luft mellom husa.

I dag skal statlege og regionale rammer og mål for planlegginga «tillegges særleg vekt», og kommunen «bør» ikkje dispensere når statleg eller regional styresmakt har uttalt seg negativt. Slik vil eit offentleg organ med ansvar på feltet, gjennom negativ uttale mot å gje dispensasjon, ha eit særleg ord med i laget. Om det kjem på spissen, kan domstolen prøve om det er grunnlag for dispensasjon.

Det rettslege utgangspunktet om byggjeforbod i 100-meterbeltet ligg relativt støtt, medan dispensasjon i større grad har vore gjenstand for politisk tautrekking. Rause unntaksreglar vil undergrave hovudregelen om byggjeforbod. Så dette er viktig. Plukkar ein frå kvarandre reglar som Stortinget har gitt for å sikre miljøomsyn, må det også gjerast vurderingar av om dette kan skje innanfor ramma av Grunnlova § 112. Før andre gong på kort tid ser vi no at det noko uklare omsynet til «det kommunale sjølvstyret» vert brukt som rambukk for eit ønske om å utvide dispensasjonsadgangen og unnta delar av vurderinga frå prøving i domstolen.

I 2016 – 2017 vart det gjort framlegg om å endre dispensasjonsregelen. Målet var gjere den, som det vart uttrykt, enklare å praktisere, men også å gi større handlerom til kommunane. Ein føreslo både ei endring i sakshandsaminga, vilkåra for dispensasjon og rettsleg prøving. Både statlege styresmakter og domstolen skulle plasserast på sidelinja og kommunen skulle ha det avgjerande ordet. I inn-

stillinga frå energi- og miljøkomiteen vart lovforslaget ikkje følgt opp.¹ Ein ønskte å ha lova slik som den var ettersom dispensasjon berre skal vere ein «praktisk sikkerhetsventil», som fleirtalet uttrykte det.

Allereie få år etter sit vi likevel med eit nytt forslag om endringar i dispensasjonsføresegna. Målet er igjen å styrke «hensynet til det kommunale selvstyret». Ved første augkast ser det først og fremst ut til å vere ei lovteknisk forenkling, ein kan knapt sjå at det er gjort endringar i prosess eller vilkår for å føreta dispensasjonar. Når ein ser nærare på forslaget er det likevel klart at det vil bli endringar – og desse endringane kan, som vi no skal gjere greie for, få både tilsikta og *utilsikta* verknader.

3. Styrking eller *svekking* av nasjonale og regionale omsyn?

I endringsforslaget har § 19-2 første avsnitt første setning fått ei tilføyning; no skal det stå at ein ikkje kan gje dispensasjon dersom omsyna bak føresegna, planen, lova si formålsføresegn eller «andre nasjonale eller regionale interesser blir vesentlig tilsidesatt». I høyringsnotatet er det peika på at ein ved dette vil «tydeliggjøre kommunens ansvar for å sikre at nasjonale og regionale interesser forstås og ivaretas i den lokale sammenheng». Det at ein uttrykkeleg presiserer at nasjonale og regionale interesser ikkje kan setjast vesentleg til side ved ein dispensasjon, er i seg sjølv positivt.

Når ein ser denne endringa i samanheng med den endringa som blir gjort i fjerde avsnitt, er det likevel grunn til å stille spørsmål ved om desse omsyna blir *styrka* eller *svekka*: I dagens dispensasjonsføresegn heiter det i fjerde avsnitt at kommunen ikkje «bør» dispensere når statleg eller regional styresmakt har uttalt seg negativt. Denne regelen sørgjer for at *statleg eller regional styresmakt si*

¹ Innst.181 L (2016–2017) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Endringer i plan- og bygningsloven (mer effektive planprosesser, forenklinger mv.).

oppfatning av om, eller i kva grad, nasjonale eller regionale omsyn blir sette til side ved dispensasjonen blir lagt vekt på i kommunen si avgjerd. Dette er fjerna i høringsforslaget; no legg ein med andre ord til grunn at kommunane *si eiga* vurdering av forholdet til nasjonale og regionale omsyn er nok. Departementet grunngjev dette med at føreseigna slik ho er i dag «legger unødvendige begrensninger på det kommunale selvstyret», og held fram at om «en direkte berørt statlig eller regional myndighet er misfornøyd med kommunens vedtak, vil det være adgang til å påklage vedtaket». Premissen synes å vere at statlege og regionale organ uttaler seg negativt om dispensasjonssøknader utan at lovvilkåra for å nekte dispensasjon gjev grunnlag for det. Vi kan ikkje sjå at det er underbygd at det er tilfelle.

Statlege og regionale styresmakter har etter plan- og bygningslova eit ansvar for å følgje opp at dei nasjonale og regionale omsyna som ligg til deira område blir ivaretekne i kommunane si planlegging og i kommunane sine enkeltvedtak. Når ein fjernar føringa om at kommunane «bør» legge sjølvstendig vekt på kva desse styresmaktene meiner om dispensasjonen, tek ein bort eit viktig verkemiddel i denne oppfølgjinga. Plan- og bygningslova sitt system er generelt at statlege og regionale styresmakter skal høyrast *i prosessen* og ikkje berre ha høve til å klage etterpå; lova legg opp til *medverknad*, og det er noko anna enn overprøving.

Det er her naturleg å trekkje ein parallell til planprosessane (kommuneplan og reguleringsplan). Der kan statlege og regionale organ som blir «berørt» fremje motsegn mot planen dersom *dei* meiner at denne reiser spørsmål av «nasjonal eller vesentlig regional betydning». Dersom det blir fremja motsegn og kommunen og motsegnsorganet ikkje blir einige om ei løysing på denne, mister kommunane rett til å eigengodkjenne planen, og kompetansen til å gjere endeleg planvedtak blir overført til departementet. Vi stiller spørsmål ved kvifor kommunen skal ha større

makt til å vurdere konsekvensane for nasjonale og regionale interesser i saker som gjeld dispensasjon enn dei har i plansaker.

Slik vi ser det fører dei endringane ein vil gjere når det gjeld vektlegging av nasjonale og regionale omsyn i første og fjerde avsnitt *tilsaman* til at desse omsyna blir svekka og ikkje styrka. Ein kan gjerne «ansvarleggjere» kommunane i første avsnitt, men når ein samstundes fjernar retningslina i fjerde avsnitt har ein etter vårt syn tapt meir enn ein har vunne.

Av omsyn til både ressursbruk og til dei partane saka gjeld er det også viktig at vedtak blir treft på korrekt grunnlag i kommunane som førsteinstans, slik at ein *unngår* klage. Dersom det no skal bli opp til kommunane åleine å vurdere om dispensasjonen fører til at nasjonale og vesentlege regionale omsyn blir sette vesentleg til side, vil det utvilsamt raskt bli konflikstar; både om kva saker som eigentleg *gjeld* nasjonale eller regionale omsyn, og kor mykje som skal til før desse omsyna blir sette «vesentlig» til side. At kommunane og statlege og regionale organ kan ha ulikt syn på dette, er ikkje noko nytt. Det nye blir at kommunane kan treffe vedtak ut ifrå sitt syn åleine. Ein kan vere trygg på at dette vil gi fleire klager og dermed større grad av *overprøving* frå fylkesmannen. Når det ein forsøker å få til er større handlerom for kommunane – større kommunalt sjølvstyre – er ikkje det å legge opp til eit system der fleire kommunale vedtak blir underlagt klagebehandling eit tenleg verkemiddel. Slik vi ser det, er dei endringane som er føreslegne når det gjeld regionale og nasjonale omsyn i første og fjerde avsnitt derfor å bomme på målet.

4. Endringsforslaga vil gjere lite for det kommunale sjølvstyret

Det er også grunn til å sjå nærare på kva departementet eigentleg vil med forslaget til endring av § 19-2 andre avsnitt, andre setning. Her kjem det andre vilkåret for dispensasjon: «I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn

ulempene etter en samlet vurdering». Her foreslår ein å ta ut «klart» og «etter en samlet vurdering», det siste visstnok berre ei språkleg forenkling. Regelen er då foreslått til: «Fordelene ved å gi dispensasjon må være større enn ulempene». Når ein fjernar at interesseavveginga i andre avsnitt kjem «i tillegg» til vilkåret i første avsnitt, kan ein få inntrykk av at det ikkje lenger er to sjølvstendige vilkår i føresegna, men éi samla vurdering der det første vilkåret inngår i heilskapsvurderinga. Samstundes er det likevel i høyringsnotatet lagt til grunn at interesseavveginga av fordelar og ulemper skal vere «underlagt kommunens frie skjønn». Dette skaper forvirring ettersom det betyr at det, trass i at ordlydsendringa kunne tale for det motsette, blir viktigare å ha eit *klart skilje* mellom vurderinga etter første og andre avsnitt. Denne endringa i skjønnet sin karakter er viktig. I praksis betyr endringa frå rettsbruksskjønn til fritt skjønn at verken statlege eller regionale styresmakter, eller domstolen, skal kunne «blande seg inn i» dei konkrete vurderingane som kommunen gjer under vilkåret om interesseovervekt. Domstolen skal framleis kunne prøve det første vilkåret for dispensasjon, men altså ikkje sjølve interesseavveginga.

Vi finn det problematisk å skulle trekkje eit skarpt skilje mellom vurderinga av «vesentlig» avvik frå lov eller plan, og interesseavveginga «fordelene større enn ulempene». Sjølv om lova også i dag har to vilkår, og dermed to vurderingstema, så kan likevel fylkesmannen og domstolen prøve både lovtolking og bruk av lova i saka uavhengig av korleis kommunen vel å *byggje opp* grunngivinga for vedtaket. Kompetansen deira er ikkje avhengig av rekkjefølgja på eller oppdelinga av argument i kommunen sitt vedtak. Etter lovforslaget vert det naudsynt å gjennomføre ei klarare to-deling i oppbygginga av ei dispensasjonsvurdering; først vilkår, der både lovtolkinga og den konkrete vurderinga kan prøvast av fylkesmann og domstol, og så interesseavveging, der den konkrete vurderinga skal tilhøyre kommunen sitt frie skjønn, som domstolane ikkje kan overprøve og fylkesmannen må vere varsam med å prøve. Vi meir enn aner at desse endringane,

på same måte som dei vi har omtalt ovanfor, vil føre til nye diskusjonar om kva for vurderingar som faktisk er unntatt frå statleg og rettsleg prøving, fordi dei er «kommunen sitt bord».

Vi meiner at departementet sin intensjon om å styrke det kommunale sjølvstyret i saker som gjeld dispensasjon, utan at ein samstundes svekker omsynet til nasjonale og regionale interesser, er eit urealistisk mål. Vi har éin heimel for dispensasjon som gjeld alle typar saker, og då er det viktig at ein ikkje gjer endringar i denne ut frå ein tanke om at ein skal gjere dei «små» sakene enklare, når dette samstundes opnar for at det også kan bli fleire dispensasjonar til dømes i 100-metersbeltet i strandsona.

Endringane departementet foreslår vil ikkje i utgangspunktet kunne gjere det enklare med dispensasjonar i saker av nasjonal eller regional interesse. I dei tilfella fylkesmannen eller domstolen skulle kome til at lov eller plan, som t.d. byggjeforbodet i strandsona, vert «vesentlig tilsidesatt», er det ikkje er noko rom for interesseavveging, og kommunen sin dispensasjon må omgjerast til avslag. Men allereie i dag er det eit vanskeleg tolkingsspørsmål – og ofte konflikhtar om - kva som er eit «vesentlig» avvik frå dei overordna normene. Når ein no vil gi kommunane fritt skjønn i interesseavveginga etter andre avsnitt, er det grunn til å tru at kommunane også oftare vil *utfordre* rammene for vilkåret i første avsnitt slik at ein kan kome vidare, gjere den frie interesseavveginga og gi dispensasjon. Der dette skjer vil likevel statlege organ kunne påklage vedtaket, og ettersom fylkesmannen alltid kan prøve lovtolkinga vil det vere han – eller domstolane – som får siste ordet i kva som skal til for å setje ei interesse «vesentlig» til side. Dermed oppnår ein ikkje større «kommunalt sjølvstyre» ved dei endringane som er valt. Det er i vedtaket av planar, kommunen kan utøve sjølvstyre. Det ein truleg oppnår med dette forslaget er større uklarheit, fleire klager og saker for domstolen - og i verste fall løyver som kan omgjerast fordi dei er gitt på grunnlag av ein

dispensasjon som er gitt med feil lovforståing. Dette vil verken kommunane, private eller fellesinteressene våre vere tente med.

Sigrd Eskeland Schütz (professor)
Ingunn Elise Myklebust (professor)
Siv Elén Årskog Vedvik (stipendiat)