
JON CHRISTIAN FLØYSVIK NORDRUM

BEDRE REGULERING?

ÅRSÅK-VIRKNINGSANALYSER I NORSK REGULERINGSPROSESS

JON CHRISTIAN FLØYSVIK NORDRUM

BEDRE REGULERING?

ÅRSAK–VIRKNINGSANALYSER I NORSK REGULERINGSPROSESS

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2019
1. utgave, 1. opplag 2019

ISBN 978-82-05-51135-4
Omslagsdesign: HAVE A BOOK
Layout: Laboremus Oslo AS
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven
eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR,
interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i
strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning,
og kan straffes med bøter eller fengsel.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.
Se www.gyldendal.no/miljo

Forord

Denne boken er i hovedsak et opptrykk av min avhandling for graden ph.d. som ble levert i september 2017.

Planen min var å utvikle avhandlingen på noen punkter, blant annet med utgangspunkt i gode innspill jeg fikk fra komiteen som bedømte avhandlingen. Etter at avhandlingen ble bedømt, har jeg startet i ny stilling, og det har vist seg vanskelig å finne tiden til å revidere. Samtidig har flere ytret ønske om at avhandlingen gis ut, og problemstillingene som omhandles i boken er aktuelle. Jeg har derfor valgt å gi ut avhandlingen innholdsmessig slik den ble levert til bedømmelse.

Det innebærer at avhandlingen ikke er oppdatert, i den forstand at det noen steder kunne vært vist til nyere utgaver av for eksempel rapporter og indikatorer. Det har likevel ikke skjedd vesentlige endringer som har betydning for analysene i denne boken. Poenget har vært å drøfte *metodene* som brukes for å *anta om årsaks-sammenhenger* utløst av reguleringer. Disse drøftelsene er ikke mindre aktuelle eller relevante nå, enn da avhandlingen ble levert.

Arbeidet med avhandlingen var krevende, tidvis fortvilende og stort sett svært givende. Jeg fikk god støtte og hjelp, og det er mange som er takket i forordet til avhandlingen. I dette forordet vil jeg særlig trekke frem min veileder Inge Lorange Backer og mine tidligere kollegaer Michael Reiertsen og Arnulf Tverberg, som alle har lest flere ulike versjoner av teksten og som har bidratt vesentlig til at jeg kom i mål.

Jeg vil også takke forlagsredaktør Ida Kyhring og andre hos Gyldendal Norsk Forlag som har sørget for en rask og god prosess med å gi ut boken.

Til slutt vil jeg takke min kone Eidi Ann Hansen, som har stått last og brast med meg gjennom en strevsom tid med altoppslukende doktorgradsarbeid og etter hvert tre barn – Sverre, Edda og Eilif. Boken er tilegnet dem.

Oslo, april 2019

Jon Christian Fløysvik Nordrum

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING	14
1.1 Tema	14
1.2 Reguleringspolitiske årsak-virkningsspørsmål	18
1.3 Bokens oppbygning	22
1.4 Avgrensninger	25
1.5 Metodologiske spørsmål	30
1.5.1 Innledning	30
1.5.2 Lovgivningslære	30
1.5.3 Materiale	34
KAPITTEL 2 KUNNSKAPSBASERTE REGULERINGER	43
2.1 Innledning	43
2.2 Kunnskapsgrunnlaget	43
2.3 Utviklingstrekk	49
2.4 Krav til analyser i norsk reguleringsprosess	54
2.4.1 Innledning	54
2.4.2 Overordnede krav	55
2.4.3 Bakgrunn	60
2.4.4 Aktuelle krav	68
2.4.5 Hva utredes i praksis?	71
2.5 OECDs kritikk av norsk reguleringsprosess	76
2.5.1 Innledning	76
2.5.2 Landrapport 2003	78
2.5.3 Anbefalinger og norske reguleringspolitiske reformer	82
2.5.4 Evalueringer av norsk reguleringspolitikk	86
2.6 Regelmengdekontroll	95
2.7 Oppsummering	102

KAPITTEL 3 REGULERINGERS OPPBYGGING OG VIRKEMÅTE	105
3.1 Innledning	105
3.2 Lagvis oppbygning – utviklet over tid	106
3.3 Sammenligninger mellom reguleringsystemer	111
3.3.1 Innledning	111
3.3.2 Sammenlignende rett som grunnlag for årsak–virkningsanalyse ...	112
3.3.3 Sammenlignende rett i lovgivningsprosessen	119
3.3.4 Sammenlignende reguleringsprosess i styringsinstrumenter og utredninger	122
3.3.5 Oppsummering	123
3.4 Reguleringer som system	124
3.4.1 Innledning	124
3.4.2 Komplekse adaptive systemer	130
3.4.3 Side- og overordnede reguleringsystemer	133
3.4.4 Oppsummering	140
3.5 Pliktnormer og kompetansenormer	141
3.5.1 Innledning	141
3.5.2 Utforming av pliktnormer	145
3.5.3 Utforming av kompetansenormer	157
3.5.4 Endring og utvikling av pliktnormer	159
3.5.5 Tolkning av normer	164
3.5.6 Fungerende og operative rettsoppfatninger	167
3.5.7 Rettsavklaring innen reguleringsystemer	171
3.5.8 Kontroll, reaksjon og sanksjon	174
3.5.9 Oppsummering	179
3.6 Reguleringsadressaten	180
3.6.1 Innledning	180
3.6.2 Individuelle handlinger og sosial endring	180
3.6.3 Adressaten for pliktnormer	186
3.6.4 Atferdsanalyse	188
3.6.4.1 Innledning	188
3.6.4.2 Forenklinger	189
3.6.4.3 Absolutt regeletterlevelse	190
3.6.4.4 Overveid regeletterlevelse	192
3.6.4.5 Variasjon og dynamikk i adressatkretsen	193
3.6.5 Oppsummering	199
3.7 Systemfaktorer	200
3.7.1 Innledning	200
3.7.2 Den riktige balansen	200
3.7.3 God stat, legitimitet og tillit	204
3.7.4 Oppsummering	217

3.8	Utfordringer	218
3.8.1	Innledning	218
3.8.2	Årsak-virkningsmodeller	218
3.8.3	Virkninger varierer og inntreer til ulik tid	225
3.8.4	Ulike former for samvirke	227
3.8.5	Oppsummering	232
3.9	Oppsummering	233
KAPITTEL 4 AMERIKANSK REGULERINGSPOLITIKK		237
4.1	Innledning	237
4.2	Betydningen av amerikanske forforståelser, teori og empiri	238
4.3	Politikk, domstol og forvaltning	244
4.4	Reguleringsprosess og reguleringsteknikk	248
4.4.1	Innledning	248
4.4.2	Lov- og forskriftsprosess	248
4.4.3	Lov- og forskriftsteknikk	255
4.4.4	Lovgivningskultur	259
4.4.5	Tolkningslære	260
4.5	Konfliktorientering og politisering i domstoler og forvaltning	263
4.5.1	Innledning	263
4.5.2	Domstolenes rolle	265
4.5.3	Tilsynsstil	268
4.6	Sammenligning av reguleringsadressatene	269
4.7	Reform av reguleringspolitikk og miljølovgivning	272
4.7.1	Innledning	272
4.7.2	Reformer av amerikansk reguleringspolitikk	274
4.7.3	Reformer av amerikansk miljøregulering	281
4.7.4	Resultatet av reformene	285
4.8	Norsk og amerikansk petroleumsregulering	287
4.9	Kort om EU-rettens betydning for norsk reguleringsprosess	293
4.10	Oppsummering	293
KAPITTEL 5 PRØVNING AV ANALYSER OG ANTAKELSER		297
5.1	Innledning	297
5.2	Årsak-virkningsspørsmålene	297
5.3	Analysenivå	299
5.4	Teoretiske forutsetninger i årsak-virkningsanalyser	301
5.5	Konstruktiv og kritisk prøvning	305
5.5.1	Innledning	305
5.5.2	Vitenskap og utredning	306
5.5.3	Kunnskap om reguleringer som virkestoff	313
5.5.4	Overførbarhetsvurderinger	319

5.5.5	Sammenligninger	323
5.5.5.1	Innledning	323
5.5.5.2	Balanserte sammenligninger	323
5.5.5.3	Kontrafaktiske sammenligningsgrunnlag	328
5.5.6	Åpenhet, etterprøvbarehet og integritet	334
5.6	Oppsummering	342

KAPITTEL 6 METODER FOR ÅRSÅK–VIRKNINGSANALYSER

	AV REGULERINGER	345
6.1	Innledning	345
6.2	Indikatorer	347
6.2.1	Innledning	347
6.2.2	Styringsindikatorer på makronivå	347
6.2.3	Verdensbankens <i>Doing Business</i> -indikator	350
6.2.3.1	Innledning	350
6.2.3.2	Omtale i norske styringsdokumenter	350
6.2.3.3	Presentasjon av metoden	353
6.2.3.4	Norske bygningsreguleringer i <i>Doing Business</i>	355
6.2.3.5	Generell vurdering	363
6.2.4	Oppsummering	367
6.3	Eksperimenter	368
6.3.1	Innledning	368
6.3.2	Evidensbasert politikk	370
6.3.3	Eksperimentell forskning	383
6.3.4	Eksperimentell tilnærming	391
6.3.5	Oppsummering	394
6.4	Modeller	395
6.4.1	Innledning	395
6.4.2	Økonomiske modeller	396
6.4.2.1	Innledning	396
6.4.2.2	Realistiske modeller	397
6.4.2.3	Erfaringstestede modeller	400
6.4.2.4	Modeller i rettsteori og reguleringspolitikk	402
6.4.2.5	Virkemiddelanalysen for klimakvoteloven	407
6.4.3	Dynamiske modeller	421
6.4.4	Oppsummering	423
6.5	Analysen av kostnader og nytte i reguleringsprosessen	424
6.5.1	Innledning	424
6.5.2	Datainnsamling	426
6.5.2.1	Innledning	426
6.5.2.2	Tilgjengelige data (sekundærdata)	427
6.5.2.3	Datainnsamling i reguleringsprosessen (primærdata)	432

6.5.3	Kostnad-nytte-analyse av reguleringer	436
6.5.3.1	Innledning	436
6.5.3.2	Stegene i en kostnad-nytte-analyse	438
6.5.3.3	Norske styringsdokumenter, praksis og teori	441
6.5.3.4	Sammenligning mellom investeringsprosjekter og regulering	446
6.5.4	Analyse av etterlevelseskostnader	451
6.5.4.1	Innledning	451
6.5.4.2	Omtale av etterlevelseskostnader i styringsdokumenter og forarbeider	452
6.5.4.3	Metoder for å utrede kostnader	453
6.5.4.4	Standardkostnadsmetoden og næringspaneler	456
6.5.4.5	Andre tiltak for å redusere administrative kostnader	463
6.5.4.6	Substansielle etterlevelseskostnader	464
6.5.5	Analyser av nyttevirksomheter og sidevirksomheter	469
6.5.6	Verdsetting i kostnad-nytte-analyser	471
6.5.7	Erfaring med årsak-virkningsanalyser i USA og EU	474
6.5.8	Oppsummering	479
6.6	Oppsummering	481

KAPITTEL 7 ÅRSK-VIRKNINGSANALYSER I NORSK

	REGULERINGSPROSESS	483
7.1	Innledning	483
7.2	Reguleringsprosessen	484
7.3	Lovutvalg	485
7.3.1	Innledning	485
7.3.2	Omfang og organisering	485
7.3.3	Oppgaver og arbeidsmåter	488
7.4	Høring	493
7.5	Lovforarbeid etter høring	495
7.6	Samarbeid om gjennomføring av lovene	496
7.7	Vurdering av norsk reguleringsprosess og mulighetene for evidensbasering	501
7.7.1	Innledning	501
7.7.2	Styrker ved den norske reguleringsprosessen	501
7.7.3	Mulighetene for evidensbasering	512
7.8	Oppsummering	520

KAPITTEL 8 AVSLUTNING

8.1	Innledning	524
8.2	Oppsummering av bokens funn	524
8.3	Noen tanker om veien videre	527

FIGURER	530
TABELLER	532
FORKORTELSER	533
LOVER OG FORSKRIFTER	535
INTERNASJONALE KONVENSJONER, OVERENSKOMSTER, DIREKTIVER OG BESLUTNINGER	539
RETTSAVGJØRELSER	541
NORGES OFFENTLIGE UTREDNINGER, ANDRE UTREDNINGER OG MELDINGER	542
ANDRE NORSKE DOKUMENTER	553
OFFENTLIGE DOKUMENTER OG RAPPORTER FRA ANDRE LAND	567
RAPPORTER, VEILEDNINGER O.L. FRA INTERNASJONALE ORGANISASJONER	575
FAGLITTERATUR	582
TIDSSKRIFT OG AVISOPPSLAG	647
ANNET	649
STIKKORD	652

«Wenn Sie Gesetze und Würste mögen, dann sollten
Sie niemals bei der Herstellung von beiden zuschauen.»

Otto von Bismarck¹

«[T]he ideas of economists and political philosophers, both when they are right and wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist. Madmen in authority, who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler of a few years back. I am sure that the power of vested interests is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas. Not, indeed, immediately, but after a certain interval; for in the field of economic and political philosophy there are not many who are influenced by new theories after they are twenty-five or thirty years of age, so that the ideas which civil servants and politicians and even agitators apply to current events are not likely to be the newest. But, soon or late, it is ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil.»²

John Maynard Keynes

Nullius in verba

1 Sitatet er i ulike sammenhenger tillagt Otto von Bismarck.

2 Avslutningsord i *The general theory of employment, interest, and money*, Keynes (1997) s. 383–384.

Innledning

1.1 Tema

Mange lover og forskrifter prøver å hindre eller løse f.eks. miljøproblemer som næringsvirksomhet kan forårsake. Når slike reguleringer kommer i stand, spiller antakelser om virkningene av dem en viktig rolle i beslutningsprosessen og inngår som en vesentlig del av beslutningsgrunnlaget.

I flere rapporter fra Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD) og fra ulike norske institusjoner er norsk reguleringsprosess kritisert for ikke å gi tilstrekkelige analyser av fortidige, aktuelle og fremtidige virkninger av reguleringer (se punkt 2.5). Denne kritikken har ledet til flere reguleringspolitiske reformer. En ny utredningsinstruks ble vedtatt i 2016 og en ny instruks om samfunnsøkonomisk analyse i 2014. Regelrådet ble etablert i 2016 for å bidra til at instruksene etterlevs av forvaltningen.

Reformene speiler en internasjonal utvikling. I OECD-landene sprer lignende reguleringsreformer seg raskt. Gjennom rangeringer og landrapporter måler OECD i stadig større grad kvaliteten på landenes reguleringsprosesser. Målet for reformene er å sikre det som gjerne omtales som kunnskaps- eller evidensbaserte beslutningsgrunnlag for reguleringer. Disse skal gi presise kvantitative beskrivelser av antatte virkninger av reguleringer som foreslås. Idealet er å beskrive årsaker og virkninger så presist at de kan verdsettes i en kostnad-nytte-analyse.

Norsk reguleringsteknikk og reguleringsprosess har særtrekk som gjør det rimelig å tale om en særegen norsk reguleringsmodell. Disse særtrekkene er i stor utstrekning felles for nordiske land. Det er en reguleringsmodell preget av åpenhet, deltagelse og konsensus- og samarbeidsorientering. Dette gjenspeiles på alle nivå, i alle faser av reguleringsprosessen og i utformingen av reguleringer. F.eks. utformes

ofte beslutningsgrunnlaget for lovgivning av lovforberedende utvalg sammensatt av representanter for berørte interesser og eksperter. Et annet eksempel er at lovgivningsteknikken er karakterisert av utstrakt delegering til forvaltningen på ulike nivå, og av vage og skjønnspregede vurderingstemaer. På flere områder blir til og med viktige deler av reguleringen overlatt helt eller delvis til næringen selv, i form av selvstyre- og samarbeidsordninger.

Den norske reguleringsmodellen er basert på en skrittvis tilnærming, der beslutningskompetansen spres, og problemene løses etter hvert som de oppstår. Lovens funksjon i dette systemet er først og fremst å sette mål og rammer og å gi virkemidler for å nå målene. I norske lovforarbeider er det ofte uttalt at det ikke er mulig å gi presise årsak-virkningsanalyser på grunn av reguleringsprosessuelle og regulerings-tekniske forhold. Dette er én av flere grunner til at det kan spørres om den norske modellen er forenlig med presis årsak-virkningsanalyse, og således hvordan den norske reguleringsmodellen og OECDs anbefalinger lar seg avpasse.³

Hovedspørsmålet i denne boken er om det er hensiktsmessig å legge om den tradisjonelle norske reguleringsprosessen til en evidensbasert reguleringsprosess – i tråd med bl.a. OECDs anbefalinger. For å avgjøre om det er hensiktsmessig, må jeg vurdere hva vi legger om fra; det er det som er sammenligningsgrunnlaget. Derfor er det en viktig del av boken å redegjøre for styrker og svakheter ved gjeldende norsk reguleringsprosess og norske reguleringer. Om det er hensiktsmessig med evidensbasert prosess, beror på mange og store delspørsmål. Det grunnleggende spørsmålet er om vi kan årsak-virkningsanalysere reguleringer på en holdbar måte. Dersom slike analyser ikke lar seg gjennomføre på en holdbar måte, er det et vesentlig argument mot at slike analyser bør ha en viktig funksjon i norsk reguleringsprosess.

Antakelser om og analyser av regulerings virkninger fremgår uttalt eller underforstått i flere sammenhenger, f.eks. i forarbeidene til en lov eller i regler om utredning av regler (f.eks. utredningsinstruksen). De kan også fremgå i granskingsrapporter etter en ulykke, i evalueringer av en forskrift, i lærebøker i retts sosiologi, i økonomiske modeller, i empiriske undersøkelser av forurensningslovgivning, som et virkningsorientert argument for en bestemt rettslig forståelse i en dom, i den rettspolitiske debatten i mediene eller i politiske beslutningsorganer som Stortinget. Jeg diskuterer ikke her årsak-virkningsargumenter fremsatt i enhver sammenheng, men konsentrerer meg om årsak-virkningsanalyser som anvendes eller fremmes for praktisk reguleringsvirksomhet – årsak-virkningsantakelser som ledd

3 OECD legger til grunn at den norske samarbeids- og konsensusbaserte modellen trolig ikke lar seg kombinere med en evidensbasert modell (se punkt 2.5.2.).

i rettspolitisk argumentasjon med sikte på å påvirke aktuelle beslutninger. Arbeidet har både deskriptive og normative siktemål: Jeg sier noe om hvordan utredere og forskere faktisk analyserer, og om hvilke utrednings- og forskningsmetodologiske anbefalinger som fremsettes i ulike sammenhenger. I tillegg sier jeg noe om hvordan forskning på og utredning av årsak-virkningsantakelser og analyser *bør* være. Noen av spørsmålene jeg stiller, er:

1. Hvilke metoder for årsak-virkningsanalyser av reguleringer anbefales og anvendes i forskning og utredning?
2. Er disse metodene holdbare? Eller sagt på annen måte: Hvilke begrensninger og muligheter gjelder for metodene?
3. Hvilke antakelser om årsakssammenhenger legges faktisk til grunn i forskning og utredning av reguleringer?
4. Hvilke årsak-virkningsanalyser bygger disse antakelsene på? Er antakelsene holdbare?
5. Hvilke metoder *bør* anvendes for årsak-virkningsanalyser i forskning og utredning om reguleringer?
6. Hvilke årsak-virkningsantakelser *bør* legges til grunn i forskning og utredning om reguleringer?
7. Hvordan kan og *bør* årsak-virkningsantakelser og analyser etterprøves?

Termene «årsak-virkningsanalyser» og «årsak-virkningsantakelser» indikerer at det både kan være spørsmål om retten er årsak til en observert virkning, og spørsmål om hvilke virkninger retten har.⁴ De to spørsmålene er forskjellige. I det første tilfellet observerer man et fenomen, f.eks. en nedgang i utslippet av ozonnedbrytende gasser. Man kan da spørre: Er forurensningslovens regulering av utslipp av gasser en årsak til den observerte nedgangen? I det andre tilfellet tar man utgangspunkt i et rettsstoff, f.eks. et sett regler i akvakulturloven, og spør: Hvilke virkninger har disse reglene? Spørsmålene er selvsagt nær forbundet, og i praksis vil man veksle mellom å lete etter årsaker og å lete etter virkninger. Det er likevel viktig å bevare åpenheten overfor begge perspektivene som sammenstillingen «årsak-virkningsanalyser» gir. Heri ligger det en utfordring: I årsak-virkningsanalyser av retten observeres og analyseres normalt et *stadig* fenomen – reguleringer virker over tid – og det innebærer at både erfarte og antatte virkninger må inngå i analysen. Som vi skal se, går det ikke å analysere antatte virkninger av foreslått rett uten å vurdere nåtilstanden og hvordan nåtilstanden er etablert.

4 Jeg bruker petitavsnitt f.eks. for å forklare begreper eller utdype temaer i teksten, der utdypningen ikke er nødvendig å lese for sammenhengen. Fotnoter bruker jeg til å dokumentere samt gi tilleggsopplysninger mer *en passant*.

Jeg legger hovedvekten av fremstillingen på *utredning*, både prosessen «å utrede», og som resultat – altså den skrevne redegjørelsen som er et resultat av utredningsprosessen. Med «utredning» sikter jeg til analyser som er utarbeidet i forbindelse med en beslutningsprosess. En viktig oppgave i en utredning er kritisk å vurdere overførbarheten av resultater fra forskning, og å vurdere om teori, metoder og empiri utviklet og anvendt innen forskning også kan anvendes på utredningsspørsmålene. Dette henger altså nær sammen. Det innebærer likevel i en viss grad prøvning mot to ulike grunnlag. En metode som er vitenskapelig holdbar, trenger ikke å være holdbar i en utredning. *Formålet* med årsak–virkningsanalyser er et annet i vitenskap enn i utredninger. En utredning skal bl.a. være praktisk håndterbar innenfor et politisk-administrativt system, og den skal vareta hensyn som demokrati, rettssikkerhet og legitimitet. Disse spørsmålene drøftes nærmere i kapittel 5.

I forlengelsen av dette er et annet formål med boken å etterprøve noen viktige antakelser om regulerings virkning som presenteres som argumenter i diskusjonen om valg og utforming av reguleringer. Slike rettspolitiske argumenter kan være motiverende for at politikere velger den ene eller den andre løsningen, og de blir tidvis presentert som *faglige* vurderinger. Dersom det ikke er tale om annet enn ukvalifisert syning, kan skinnen av faglighet være et problem som forhindrer en ubundet politisk vurdering.

En hovedutfordring i dette arbeidet har vært å samle tråder fra ulike fag og å forsøke å veve det hele sammen for å danne utgangspunkt for en teori. Det har vært nødvendig å gå bredt til verks for å vise sammenhenger som en mer avgrenset fremstilling ville tapt av syne. Jeg har prioritert fugleperspektivet. At boken er bredt anlagt, innebærer imidlertid begrensninger i muligheten til å utdype, problematisere og dokumentere. Ambisjonen er derfor relativt beskjeden, i den forstand at boken introduserer spørsmål og temaer, dokumenterer relevans og viktighet, men ikke i samme grad besvarer spørsmålene. Boken er derimot ambisiøs i den forstand at en underliggende hovedpåstand er at det trengs en ny gren innenfor rettsvitenskapen: rettsvitenskapelig styringsforskning, der årsak–virkningsanalyser av reguleringer må stå sentralt (se kapittel 5). Jeg heller – for å låne Elsters formulering – mot at en «ufullkommen innsikt i helheten kan ha en betydning som ikke kan erstattes av mer presise analyser av enkelt-aspekter».⁵

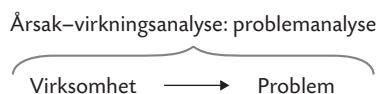
Det er flere grunner til at jeg har valgt oversyn fremfor dybde. For det første mangler et helhetsblikk på forskning og utredning av årsak–virkningsspørsmål ved reguleringer. Det er store gap mellom det som forfektes i teori, og det som

5 Elster (1977) s. 7.

gjøres i praksis. Det er også store gap mellom det som forfektes som idealer i ulike vitenskapsgrener. For mange spørsmål beror svaret helt på hvilket teorigrunnlag man bygger på. Det er også fravær av brytning mellom fag som angriper lignende spørsmål med ulike teorier og metoder. F.eks. er det i nordisk sammenheng vanskelig å finne eksempler på diskusjon mellom rettsøkonomer og retts sosiologer, selv om fagene pretenderer å si noe om de samme spørsmålene. Det er behov for helhetlige, anvendbare og realistiske teorier og metoder som kan anvendes i praktiske årsak–virkningsanalyser av reguleringer. Slike metoder og teorier tilbys i dag verken av rettsvitenskapen, (retts)sosiologien eller (retts)økonomien. I disse dager skjer det samtidig store og raske endringer av vesentlige forhold av betydning for reguleringspolitikken. Mange av endringene bunner i en ufullstendig problemanalyse eller i uegnede teorier og metoder. Jeg stiller derfor begrunnede spørsmål og peker mot andre alternativer i den pågående debatten.

1.2 Reguleringspolitiske årsak–virkningsspørsmål

Reguleringslovgivning vedtas normalt fordi lovgiver antar at reguleringen vil utløse virkninger. Derfor er analysen av reguleringers virkninger viktig. Det er flere årsak–virkningsspørsmål som er aktuelle for reguleringspolitikken. Jeg gir en grovinndeling av spørsmålene her. Det første er om samfunnet står overfor et *problem*, og hva som er *årsaken* til problemet. Denne problemanalysen kan illustreres slik:



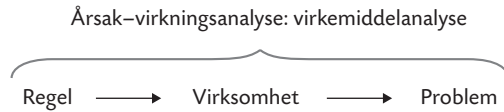
Figur 1. Problemanalyse.

Dette årsaksforholdet kan utløse et *reguleringsbehov*. Problemanalysen er viktig i forberedelse av en regulering. Man kan ikke løse et problem før man vet hva problemet er. Problemanalysen kan bestå av spørsmål som «Hvilke virkninger har et akvakulturanlegg for omkringliggende økosystemer?», «Hvilke virkninger har gassutslipp for klimaet?», «Hvor stor sannsynlighet er det for olje- og gassutblåsning fra Ekofisk-feltet i Nordsjøen?»⁶ og «Hvilke virkninger vil en slik utblåsning medføre?»

Det andre årsak–virkningsspørsmålet oppstår når man vurderer ulike måter å løse problemet på. For å avgjøre om en regulering er en god måte å løse et problem

⁶ Se NOU 1979: 8 og Eckhoff (1983) s. 187–189.

på, må man bygge på *antakelser* om virkningene av selve reguleringen. Ettersom regelen normalt retter seg mot en virksomhet, vil virkningen av regelen bero på om regelen påvirker virksomheten. Dette kan omtales som en *virkemiddelanalyse*:



Figur 2. Virkemiddelanalyse.

Spørsmålene i problemanalysen og i virkemiddelanalysen er forskjellige. Problem-analyse er ikke tema for denne boken. Selv om problemanalyse aktualiserer rettslige problemstillinger, har rettsvitenskapen lite å bidra med i denne årsak–virknings-analysen. Rettsvitenskapen bør derimot ha en sentral plass i virkemiddelanalysen: I denne analysen er spørsmålet hvilke virkninger selve *reguleringen* kan føre til. Rettsvitenskapen kan bidra til å avklare spørsmålet om hvilke virkninger regulerings-systemer og reguleringer kan ha. Rettsvitenskapen og juristene kjenner innholdet i reguleringene – *virkestoffet* som benyttes – best. Jeg vil i denne boken vise at denne kunnskapen er nødvendig for å foreta holdbare årsak–virkningsanalyser (se bl.a. punkt 5.5.3).

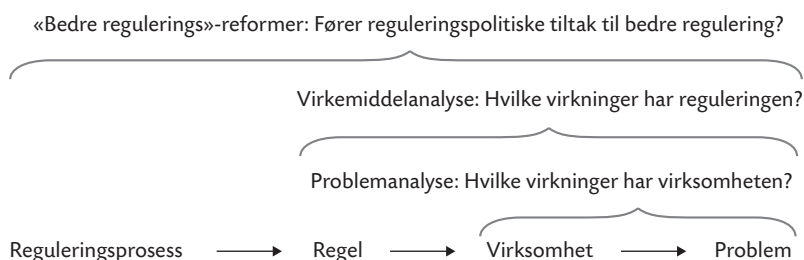
Et viktig spørsmål i boken er hvordan vi på holdbart vis kan analysere fortidige, aktuelle og fremtidige virkninger av ulike reguleringsalternativer. Dette omfatter prinsipielt alle virkninger der reguleringer har gitt, eller kan tenkes å gi, et vesentlig bidrag.

Årsak–virkningsspørsmålene kan deles i to hovedspørsmål, der det ene ser på sammenhengen mellom regel og virksomhet (eller regel og *atferd*) og det andre på sammenhengen mellom virksomhet (eller atferd) og virkninger (se figur 2).⁷ Skillet mellom de to årsak–virkningsspørsmålene er likevel ikke absolutt. Problemanalysen som ligger til grunn der det konstateres behov for regulering, vil ofte inkludere spørsmål om problemet skyldes mangler ved gjeldende regulering – altså en evaluering av gjeldende rett. Som oftest er en virksomhet allerede regulert. Spørsmålet er da om reguleringen skal endres. For slike spørsmål – altså hvilke virkninger en

⁷ Jeg benytter «atferd» og «virksomhet» om hverandre i boken uten å legge noe i skillet. Gitt at det stort sett er organisasjoner som reguleres, fremstår det ofte naturlig å bruke termen «virksomhet». Men fordi det også er tale om personer i organisasjoner, og «behavior» er en mye brukt term på engelsk i sammenheng med regulering, f.eks. i sammensetningene «behaviorally informed regulation» og «behavioral law and economics», benytter jeg termen «atferd» der det passer.

regulering har hatt – gjelder det jeg har sagt ovenfor tilsvarende: Her er reguleringsretten virkestoffet, og det er behov for rettsvitenskapelig innsikt i årsak–virkningsanalysen.

Et tredje årsak–virkningsspørsmål er hva virkemidler for å forbedre reguleringene fører til, f.eks. i hvilken grad tiltak i reguleringsprosessen fører til *bedre reguleringer*. Det kan være tale om en utredningsinstruks eller kostnad–nytte–analysepraksis eller om institusjonelle tiltak, som f.eks. introduksjonen av et kvalitetssikrende organ.⁸ Dersom man forstår «bedre reguleringer» som reguleringer som realiserer den tiltenkte virkningen bedre enn den opprinnelige, eller i mindre grad utløser uønskede sidevirkninger, kan man i prinsippet evaluere om man oppnår dette gjennom reformer for bedre reguleringer. Årsak–virkningsforholdet man da antar noe om, kan illustreres slik:



Figur 3. Årsak–virkningsspørsmålene i «bedre reguleringer»-reformer, virkemiddelanalyse og problemanalyse.

Argumentene for evidensbasert reguleringsprosess er nettopp antakelser om at bestemte metoder anvendt i reguleringsprosessen vil lede til bedre reguleringer. Om det virkelig forholder seg slik, er et sentralt spørsmål i boken. Til tross for at det nå iverksettes omfattende reformer, er forskningen på disse spørsmålene begrenset.⁹ En fullstendig analyse av «bedre reguleringer»-reformer må også inkludere virkemiddelanalyse.¹⁰ Målet for «bedre reguleringer»-reformer er jo at reguleringer skal virke bedre. Likeledes vil en virkemiddelanalyse inneholde en problemanalyse: For

8 Med «bedre reguleringer» sikter jeg til sjargongen som for tiden benyttes i flere rettspolitiske dokumenter, f.eks. European Commission (2015b). Innenfor «bedre reguleringer»-programmer finnes flere reguleringspolitiske verktøy, deriblant krav til utredning og prosess i forkant av reguleringsvedtak.

9 Det er flere som påpeker at vi ikke vet om OECDs reguleringspolitiske reformprogram «virker». Et eksempel er Voermans (2015) s. 107, som fremholder at «the causal connections on which this hypothesis [OECDs program] is based [...] have yet not been proven».

10 Slik også Coglianese (2012) s. 13.

å kunne si om et virkemiddel har virket, må man vurdere «problemet» både før og etter reguleringen. Det er altså en nær sammenheng mellom analysetemaene (se figur 3).

Med *årsak-virkningsanalyse* sikter jeg til enhver metode for å forutsi eller identifisere et årsaksforhold mellom to fenomener.¹¹ I denne sammenhengen er minst ett av fenomenene i analysen en del av – eller et trekk ved – offentligrettslig reguleringslovgivning.¹² Hovedperspektivet er reguleringen som årsak til endringer av sosiale fenomener. Men også sosiale fenomener som årsak til endringer av retten kan stå sentralt i en årsak-virkningsanalyse. F.eks. vil virkningene av reguleringene ha selvstendig betydning som rettslig argument ved klarlegging av gjeldende rett (se punkt 3.5.5). Denne tosidigheten innebærer at retten kan være dynamisk, noe som igjen har betydning for årsak-virkningsanalyser.

Årsak-virkningsanalysen danner grunnlag for *årsak-virkningsantakelser*. Årsak-virkningsantakelser er antakelser om hvilke virkninger reguleringer har hatt eller kan få. Årsak-virkningsantakelser er sentrale reguleringspolitiske argumenter: Det vises til slike antakelser i beslutningsgrunnlaget for reguleringer og i den rettspolitiske debatten for øvrig. Årsak-virkningsantakelser baserer seg ikke nødvendigvis på eksplisitte analyser. De kan også være fremsatt uten analyse eller bygge mer eller mindre implisitt på en analyse. Årsak-virkningsantakelser kan prøves i en årsak-virkningsanalyse. Årsak-virkningsantakelser inngår nødvendigvis også som teoretiske forutsetninger i årsak-virkningsanalyser (se punkt 5.4).

Flere steder i boken bruker jeg termen «evidensbasert». Hovedårsaken er at dette har blitt en vanlig term for å betegne ulike former for kunnskapsbasering av reguleringspolitikk. «Evidensbasert» benyttes i ulike sammenhenger og med ulik betydning. Termen benyttes bl.a. i reguleringspolitiske publikasjoner.¹³ OECD kaller f.eks. et kapittel i publikasjonen *Regulatory Policy Outlook* fra 2015 for «Evidence-based policy making through Regulatory Impact Assessment».¹⁴ I norsk sammenheng ses stadig oftere uttrykksformen «evidensbasert politikk».¹⁵ I helsesektoren har uttrykksformen «evidensbasert praksis» lenge vært benyttet. I punkt 6.3.2 bruker jeg «evidensbasert politikk» snevert om retningen som argumenterer bl.a. for bruk av evidenshierarkier med randomiserte kontrollforsøk som gullstandard. Ellers i boken bruker jeg termen løst om reguleringspolitiske virkemidler for

11 Jeg benytter også termen om den enkelte analyse som foretas.

12 Jeg beskriver nærmere hva jeg mener med «offentligrettslig reguleringslovgivning» i punkt 1.4.

13 Se European Commission (2015a) s. 14, der et mål er å lage «evidence-based better regulation». Se tilsvarende for USA US OIRA (2010b) s. 2 og US OIRA (2010a) s. 3, i sistnevnte fremheves det at: «The unifying goal is to ensure that regulation is evidence-based and data-driven [...]»

14 OECD (2015e) kapittel 4.

15 Se f.eks.kronikken «Etterlyst: evidensbasert politikk» av Dahlum, Wiig og Skorge (2016) og Aspøy (2015c).

å bedre kunnskapsgrunnlaget for regulering som markedsføres av bl.a. OECD. F.eks. kaller jeg noen steder den samlede summen av tiltak foreslått av OECD for «det evidensbaserte programmet» eller lignende. Slike virkemidler er særpreget av ønsket om presise og kvantitative analyser i beslutningsdokumentene.

I boken drøfter jeg både regulerings *virkemåte* og deres *virksomheter*. For å avdekke virkemåten er det nødvendig å studere reguleringsenes ulike bestanddeler for å forstå hvordan de virker både hver for seg og sammen. Kunnskapen om virkemåten gjør oss i stand til å gjøre antakelser om virkninger og hvilke betingelser som må være oppfylt for at bestemte virkninger skal inntre. Regulerings virkemåte er et hovedtema i kapittel 3.

Flere steder i boken bruker jeg *effektivitet* som et uttrykk for regulerings eller regulerings-systemers virkemåte. I norske styringsinstrumenter – særlig de økonomisk orienterte – brukes begrepene *styringseffektivitet* og *kostnadseffektivitet*. Med «styringseffektivitet» menes med hvor stor grad av sikkerhet vi kan vite at målet med virkemiddelet kan oppnås med bruk av virkemiddelet. *Hvor trygge kan vi være på at vi løser problemet?*¹⁶ «Kostnadseffektivitet» sikter derimot til om virkemidlene løser problemet til lavest mulig samfunnsmessige kostnad. *Løser vi problemet på billigst måte?*¹⁷ Det er et styringsprinsipp for norsk miljøpolitikk at den skal være både kostnadseffektiv og styringseffektiv.¹⁸ Jeg vil også referere til et tredje effektivitetsbegrep – *tilpasningseffektivitet* –, som ikke på samme måte er lagt til grunn for norsk miljøpolitikk. Med «tilpasningseffektivitet» sikter jeg til regulerings-systemets og reguleringsenes evne til å tilpasse seg til endringer i omgivelsene slik at regulerings- og regulerings-systemet over tid gir best mulig virkninger.¹⁹

1.3 Bokens oppbygning

Boken er bygd opp som følger:

I kapittel 2 viser jeg til at det er en gjengs beskrivelse at vi har for lite kunnskap om nær sagt alle spørsmål av relevans for offentlig reguleringsvirksomhet. Deretter

16 Styringseffektivitet omtales tidvis på miljøområdet som «miljøeffektivitet», se NOU 2004: 28 s. 199.

17 Se om begrepene St.meld. nr. 58 (1996–97) s. 25 og NOU 2009: 16 s. 20. I tillegg refererer noen dokumenter til «dynamisk effektivitet», som betegner «i hvilken grad virkemidlene gir stimulans til ytterligere utslippsreduksjoner og/eller kostnadsbesparelser over tid», NOU 1995: 4 s. 12.

18 Følgende formulering er representativ for styringsdokumentene: «På bakgrunn av miljøutfordringenes alvor, behovet for betydelige endringer og potensielt økende konflikter med andre samfunns mål, må virkemiddelbruken være styrings- og kostnadseffektiv», St.meld. nr. 58 (1996–97) s. 25. En lignende målformulering gis i NOU 2000: 1 s. 6.

19 Den grunnleggende tanken bak tilpasningseffektivitet («adaptive efficiency») er at dersom vi ikke kan vite hva kostnaden og nytten av våre beslutninger vil bli, må beslutningene åpne for fremtidig tilpasning. Se Driesen (2012) s. 6.

redegjør jeg for noen utviklingstrekk som har betydning for reguleringsstatens utfordringer generelt og den norske reguleringsstaten spesielt. Videre følger en omtale av utviklingen av norske utredningskrav og en presentasjon av gjeldende krav. Jeg presenterer så de viktigste dokumentene fra OECD om reguleringspolitikk, særlig dokumentene fra OECD som omhandler norsk reguleringspolitikk. Jeg peker bl.a. på at OECD i sine vurderinger av norsk reguleringspolitikk hevder at den norske samarbeids- og konsensusbaserte reguleringspolitikken står i veien for en evidensbasert reguleringspolitikk. OECD anbefaler at Norge endrer reguleringspolitikken på vesentlige punkter. En del av disse anbefalingene er fulgt opp.

I kapittel 3 beskriver jeg regulerings oppbygging og virkemåte. Fremstillingen viser at rettssystemene har utviklet seg over tid og er lagvis oppbygd. Dette har – som vist i komparativ rettsteori – betydning for muligheten til å sammenligne ulike rettssystemer. Jeg trekker veksler på bl.a. allmenn kompleksitetsteori for å analysere hvilke konsekvenser det har for analysene at reguleringer inngår i – og er ment å regulere – komplekse systemer. Deretter beskriver jeg virkemåten til regulerings hovedbestanddelene – pliktnormer og kompetansenormer. Et hovedpoeng er at samvirket mellom disse normene er sentralt for å forstå regulerings virkemåte. Etter dette går jeg inn på forhold ved reguleringsadressaten som kan ha betydning for analysen. Jeg legger vekt på å vise forbindelsene mellom ulike analysenivåer (individ, gruppe, system) og på å vise at det er viktig å analysere på flere nivåer for å gi dekkende beskrivelser av regulerings virkemåte. Deretter drøfter jeg noen særlige trekk ved reguleringsystemer og reguleringer det er viktig å ta hensyn til i årsak–virkningsanalyser. Avslutningsvis presenterer jeg noen forsøk på å sammenfatte regulerings virkemåte i en modell og påpeker noen utfordringer ved dette.

I kapittel 4 sammenligner jeg amerikansk og norsk materiell og prosessuell reguleringspraksis. Jeg viser at en stor del av reguleringslitteraturen dreier seg om amerikanske forhold, og at USA har stått sentralt i utviklingen av analysemetoder som bl.a. konsekvensutredning, kostnad-nytte-analyse og bruk av økonomiske modeller, som i dag på ulike måter står sentralt i det evidensbaserte reguleringspolitiske programmet. USA har også vært først ute med reformer av reguleringspolitiske institusjoner. Det fremgår av analysen at USA og Norge på mange vis er som reguleringsstatlige ytterpunkter å regne. Denne ulikheten har betydning for flere av spørsmålene som drøftes senere i boken. Det er bl.a. ikke uten videre slik at antakelser om hvordan reguleringer virker i amerikansk sammenheng, er relevante og holdbare i norsk sammenheng. Det er heller ikke opplagt at amerikanske reguleringspolitiske reformer bør tjene som modell for norsk reguleringspolitikk.

I kapittel 5 drøfter jeg på hvilket grunnlag man kan etterprøve årsak–virknings-antakelser og analyser. Jeg gir først en oversikt over relevante årsak–virkningsperspektiver på regulering. Jeg omtaler disse som henholdsvis *faktiske*, *kontrafaktiske* og *hypotetiske perspektiver*. Deretter drøfter jeg hvilke kriterier som bør ligge til grunn for en prøvning av om antakelser og analyser er holdbare. Jeg argumenterer for en rettsvitenskap som bereder grunnen for en kritisk og konstruktiv prøvning. I en slik prøvning er det viktig med kunnskap om reguleringer som virkestoff. På bakgrunn av denne kunnskapen bør oppmerksomheten rettes mot om overførbarhetsvurderinger og sammenligninger er holdbare, og om analysene legger til rette for åpne, informerte og demokratiske beslutninger.

I kapittel 6 analyserer jeg ulike metoder som brukes eller foreslås for årsak–virkningsanalyser av reguleringer. Jeg drøfter bruk av indikatorer, eksperimenter og modeller. Jeg supplerer den generelle drøftelsen med konkrete prøvninger av enkeltanalyser. Jeg analyserer bl.a. Verdensbankens *Doing Business*-indikator. Deretter drøfter jeg utredning av kostnader og nytte i reguleringsprosessen. Jeg peker på at det er få gode, tilgjengelige datakilder, og at analysemetodene i all hovedsak baseres på data innhentet gjennom spørreundersøkelser. Forsøkene som er gjort på utredning av kostnader og nytte i norsk sammenheng, har vist at det ikke er enkelt. Erfaring med kostnad–nytte-analyse fra USA og EU viser at det er store uløste utfordringer med disse metodene. Et viktig funn er at metodene i for stor grad fremhever kostnader. Kapitlet oppsummeres med at jeg tar til orde for at det teoretiske ambisjonsnivået for årsak–virkningsanalyser i det evidensbaserte utredningsprogrammet er for høyt i forhold til hva kjente metoder med rimelighet kan besvare.

I kapittel 7 beskriver jeg hvordan årsak–virkningsanalyser og drøftelser finner sted i den norske tradisjonelle reguleringsmodellen. Den norske modellen særpreges av at reguleringslovgivningen er overordnet, og at den blir til med et betydelig innslag av deltakelse fra berørte interesser, gjerne gjennom representasjon i lovutvalg. I lovvedtakene delegeres myndighet videre, slik at lovens bestemmelser kan utvikles skrittvis over tid av spesialiserte forvaltningsorgan. Den nærmere presiseringen og gjennomføringen av lovgivningen skjer i stor utstrekning med innslag av samarbeid og dialog. I den norske modellen er det større oppmerksomhet rundt reguleringenenes virkemåte enn om konkrete virkninger, og det er større oppmerksomhet rundt utredningsprosessen enn om utredningsdokumentene. Jeg viser at det er vanskelig å forene OECD-inspirert evidensbasert reguleringspolitikk med norsk konsensus- og samarbeidsorientert reguleringspolitikk. Jeg argumenterer for at det er adskillige fordeler med den norske tilnærmingen som gjør at vi

bør være varsomme med å gjøre grunnleggende endringer i reguleringspolitikken. Jeg peker også på at aktuelle reguleringspolitiske reformer hviler på en manglende problem- og virkemiddelanalyse, og at den norske reguleringsprosessen og norske reguleringer stort sett fungerer godt. Til slutt peker jeg på flere mulige strategier for å styrke det rettsvitenskapelige bidraget til kunnskapsgrunnlaget for styring gjennom reguleringer.

I kapittel 8 oppsummerer jeg bokens funn og presenterer noen tanker om veien videre. Blant annet peker jeg på at det er på tide med en nordisk reguleringsteori som studerer særegenhetene ved nordisk reguleringsprosess og nordisk reguleringsstil

1.4 Avgrensninger

Jeg har til nå lagt til grunn følgende premisser: (1) at regelgiver kan foreta et valg mellom ulike reguleringer med grunnlag i kunnskap, (2) at dette valget iallfall i noen grad kan bygge på en oppfatning om samfunnets felles interesser, og (3) at dette valget har virkninger i samfunnet. Dette innebærer en avgrensning mot teorier som avviser disse forutsetningene. Et viktig eksempel er interesseteorier, som *public choice*-teorien, der det legges til grunn at regelgivers valg fullt ut beror på interessekamp eller byråkratiets egen nytte.²⁰ I norsk sammenheng er *public choice* først og fremst diskutert i statsvitenskapelig litteratur, men i noen grad også innen rettsøkonomi.²¹ Dersom alle er styrt av (snevre) egeninteresser, vil utredningens betydning svekkes. Dersom utredningen ikke har innvirkning på politiske vedtak, eller utredningen er styrt til å passe et bestemt politisk vedtak, har det ikke særlig verdi å drøfte holdbarheten av årsak–virkningsantakelsene som ligger til grunn. Andre eksempler er ulike teorier innen retts sosiologien som utelukker eller reduserer betydningen av rettslig styring. Et eksempel er teorier som legger til grunn

20 Økonomen og den sentrale *public choice*-teoretikeren George J. Stigler avviste at regulering kan tjene fellesinteressen, rett og slett fordi «as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits», Stigler (1971) s. 3. For en generell redegjørelse for *public choice* i en rettslig kontekst, se Farber og Frickey (1991). Revesz (2001) argumenterer på teoretisk og empirisk grunnlag for at *public choice* ikke kan forklare utviklingen av miljøregulering (selv) i en amerikansk kontekst. Å gi en plausibel teori om statens handlinger ut fra en rasjonell aktør-modell er ifølge den amerikanske statsviteren Francis Fukuyama «hard to develop [...] as capacity in any organization is so heavily influenced by norms, organizational culture, leadership, and other factors that do not easily fit into a model based on economic incentives», Fukuyama (2013) s. 348.

21 Eide og Stavang (2008) s. 43–45 omtaler interessegruppeteorien som én av flere forklaringer på hvordan retten har blitt til. Trondsen og Ørebech (2012) s. 33 vurderer «jussens formål og virkninger med utgangspunkt i 'public choice theory'».

at regelgivningen skjer i samsvar med «makthavernes» interesser.²² I konklusjon ligner dette utgangspunktet *public choice*-forklaringer, men den underliggende samfunnsanalysen er forskjellig. Et annet eksempel er teorier som legger til grunn at relevante systemer er autonome, og at det derved ikke lar seg gjøre å påvirke det ene systemet med det andre.²³

Bokens emne er avgrenset til *offentligrettslig reguleringslovgivning*. Med «offentligrettslig reguleringslovgivning» forstår jeg ethvert rettslig virkemiddel som det offentlige i kraft av sin ensidige kompetanse fastsetter for å påvirke personers eller organisasjoners økonomiske virksomhet for å nå politisk fastsatte mål. Jeg inkluderer også ordninger som bygger på andre rettslige grunnlag, dersom ordningene samvirker med myndighetsutøvelse og er ment å realisere mål fastsatt i offentligrettslige lover. Det kan være ordninger som bygger på lovgrunnlag, men det kan også være samarbeidsordninger som offentlige myndigheter legger til rette for. Ett eksempel er miljøavtalen mellom flere bransjeorganisasjoner og Klima- og miljødepartementet om reduserte utslipp av NO_x.²⁴ Avtalen gir fritak fra lovbestemt avgiftsplikt mot at det innbetales en tilsvarende avgift til et særskilt fond. Fondet subsidierer utslippsreducerende teknologiinvesteringer. Samtidig stiller avtalen krav til at bransjen som helhet reduserer utslippene. For bedrifter som ikke slutter seg til avtalen, er alternativet å betale ordinære forurensningsavgifter. Et annet eksempel er private organisasjoner som regulerer eller kontrollerer etterlevelsen av reguleringer i medhold av delegert offentligrettslig kompetanse. Jeg inkluderer også situasjoner der det offentlige lar være å bruke myndighet i tiltro til at private – gjennom selvreguleringsordninger – vil bidra til å løse problemet.²⁵

Lovgivning som faller utenfor begrepet *offentligrettslig reguleringslovgivning*, kan imidlertid være sentral for å forstå *reguleringssystemets virkemåte*, som igjen kan påvirke reguleringens virkemåte.

22 Mathiesen fremmer i flere verker et slikt skeptisk rettssosiologisk utsyn på regelgivningen, se f.eks. Mathiesen (2011).

23 Rettssosiologen Niklas Luhmann inntar et særegent systemteoretisk synspunkt: Ulike samfunnssektorer utgjør adskilte og autonome subsystemer. Fordi disse systemene er adskilte, går det ikke an at ett system påvirker et annet. Han sammenligner forsøk på å regulere med hopienes regndans, se Baldwin, Cave og Lodge (2012) s. 41 og Bernt og Doublet (1998) s. 265.

24 NO_x-avtalen 2018–2025. Avtalen er ment som et virkemiddel for å oppnå mål formulert i folkerettslige forpliktelser og forurensningsloven. Se om denne miljøavtalen og andre lignende reguleringer i punkt 3.8.4 og punkt 7.5.

25 Dette kan omtales som selvregulering i «skyggen av staten», se Scharpf (1997) s. 204 og Scruggs (1999) s. 5. Muligheten for offentlig regulering fungerer i slike situasjoner som et mildt press på private aktører til å løse problemer. Det er derfor ikke riktig å se slike ordninger som rent frivillige.

Privatrettslige regler er med i analysen flere steder i boken av den enkle grunn at i mange sammenhenger samvirker offentligrettslige og privatrettslige regler. Dermed går det ikke å årsak–virkningsanalysere det ene uten å ta hensyn til det andre. Men privatrettslige regler er bare drøftet så langt de påvirker virkningene av offentligrettslige reguleringer eller vurderinger av reguleringsvalg. I en særstilling står reguleringer som retter seg mot organisasjoners indre liv og organisasjoners forhold til utenverdenen. Selskapslovgivningen regulerer bl.a. hvordan beslutninger i organisasjoner skal tas, og fordeler ansvar internt og utad. Disse reglene kan være viktige i en årsak–virkningsanalyse fordi reguleringer ofte retter seg mot organisasjoner eller personer i organisasjoner. Måten beslutninger tas på, og hva som motiverer beslutningene, er sentrale spørsmål. Privatrettslige regler om forsikring og erstatning kan også påvirke regulert virksomhet.

Regulering er en term som blir gitt ulikt innhold i ulike sammenhenger og på ulike språk. Det innebærer at det kan oppstå begrepsuklarheter. Den britiske rettsøkonomen Anthony Ogus' beskrivelse av «regulation» er dekkende også for «regulering» på norsk: «The expression 'regulation' is frequently found in both legal and non-legal context. It is not a term of art, and unfortunately it has acquired a bewildering variety of meanings.»²⁶ Forståelsen av termen «regulation» på *engelsk* er også viktig, fordi engelsk er det dominerende språket i overnasjonal regulering, reguleringspolitikk og faglitteratur. Det er stor variasjon i bruken av termen både på norsk og engelsk. I noen utredninger og publikasjoner anvendes et vidt begrep, i andre et snevert.²⁷ I styringsdokumenter og styringsteori brukes «regulering» på norsk og «regulation» på engelsk for det meste relativt løst. EU kaller f.eks. sin reguleringspolitiske strategi «Better regulation for better results»,²⁸ mens den amerikanske reguleringspolitiske agendaen beskrives slik: «The unifying goal is to ensure that regulation is

26 Ogus (2004) s. 1. Mitnick (1980) s. 4–11 gir en oversikt over ulike definisjoner av regulering.

27 Et eksempel på et *svært* vidt reguleringsbegrep finnes i vedlegg til NOU 2012: 9 *Energiutredningen*, der «pris på utslipp» (f.eks. avgifter og omsettelige kvoter), «støtteordninger» og «pålegg, tekniske standarder og kvantitative reguleringer» omtales som «tre typer klimamotiverte reguleringer» (s. 221). OECD har definert reguleringer slik: «Regulations include laws, formal and informal orders and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by nongovernmental or self-regulatory bodies to which governments have delegated regulatory powers», jf. OECD (2012b) s. 21. OECD definerer et annet sted økonomiske instrumenter som alle instrumenter som «affect estimates of the cost and benefits of alternative actions open to economic agents» (sitert i European Commission (2015a) s. 93). Denne definisjonen av økonomiske instrumenter er så vidt at all miljøregulering er inkludert. St.meld. nr. 57 (1984–85) s. 10 gir et eksempel på en snever definisjon, der regulering er definert som «regler som bindende beskriver hva som er tillatt og hva ikke».

28 European Commission (2015b), som bl.a. inkluderer European Commission (2015a).

evidence-based and data-driven, and that it is rooted in the best available work in science (including social science).»²⁹

I noen sammenhenger – særlig i økonomisk teori eller styringsdokumenter som i stor grad bygger på økonomisk teori – hender det at virkemidler som jeg refererer til som «reguleringer», omtales som «økonomiske virkemidler» eller «markedsbaserte virkemidler». Et eksempel gir veilederen i samfunnsøkonomisk analyse utgitt av Direktoratet for økonomistyring i 2014, der reguleringer er omtalt slik: «Reguleringstiltak er en type tiltak som i hovedsak bruker juridiske virkemidler [...]. Typiske reguleringer er ulike typer standarder samt forbud og påbud regulert i lover og forskrifter.» Økonomiske virkemidler omtales videre som «handel med tillatelser (særlig aktuelt for miljøutslipp), avgifter, subsidier, pantestystemer og skatteinsentiver». ³⁰ Alle de nevnte økonomiske virkemidlene har en rettslig side, men avgifter, subsidier, skatt og pantestystemer er det stort sett vanlig å omtale som økonomiske virkemidler.³¹ I veilederen omtales «handel med tillatelser» som alternativ til «reguleringstiltak», som omtales som tiltak «som i hovedsak bruker juridiske virkemidler». Når jeg snakker om offentlig rettslig reguleringslovgivning, inkluderer dette bruk av omsettelige tillatelser. Jeg ser handel med tillatelser som en tilpasning innenfor offentligrettslig reguleringslovgivning. Grunnlaget for klimavotehandling er forurensningstillatelser etter forurensningsreguleringen. Klimavotehandling betegner situasjoner der slike tillatelser kan selges eller kjøpes. Introduksjonen av handel innebærer at offentligrettslige regler suppleres med privatrettslige regler (f.eks. verdipapirregler) som samlet utgjør et reguleringssystem. Dette er ikke regler som retter seg direkte mot økonomisk atferd i en eksisterende markeds plass, slik f.eks. avgifter gjør: Selve «markeds plassen» er et produkt av reguleringer som er ment å påvirke atferd, og markedet ville ikke ha eksistert uten reguleringene.

Tidvis brukes termen «regulation» om en formell klasse av regler. I Storbritannia betegner «regulatory law» regler gitt i medhold av delegert lovgivningskompetanse. I EØS-sammenheng benyttes «regulation» om regler som Norge er forpliktet til å inkorporere uforandret i nasjonal lovgivning («forordninger») jf. EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a).

Uavhengig av hva man måtte mene er hensiktsmessig terminologi, er det et poeng at den varierer. Særlig er det grunn til å være oppmerksom på dette ved oversettel-

29 US OIRA (2010b) s. 2 og US OIRA (2010a) s. 3.

30 DFØ (2014) s. 54. I veilederen varierer terminologien: På s. 50 omtales «regulering» som et juridisk virkemiddel ved siden av «lover og forskrifter», «konsesjoner», «vedtekter» og «tilsyn og kontroll». Her er eksemplene på juridiske virkemidler av ulik karakter, og det er ikke klart hvordan det er ment at «regulering» står i forhold til «konsesjoner» eller «lover og forskrifter».

31 Slik Eckhoff (1983) s. 29–34, som omtaler ulike måter staten kan påvirke privates atferd på.

ser fra engelsk når man står overfor utsagn om årsaksforhold, og ved anbefalinger der anbefalingene bygger på *kategorier* kalt «regulering» eller lignende. Der hvor avvikende begrepsbruk i sitert eller diskutert materiale utgjør et vesentlig poeng, vil jeg påpeke det.

Tross uklarhetene bruker jeg termene «regulering» og «offentligrettslig reguleringslovgivning». Denne terminologien benyttes i flere fag og av de fleste jurister og gir stort sett riktige assosiasjoner. Når jeg i det følgende bruker termene «regulering» eller «regler», sikter jeg til offentligrettslig reguleringslovgivning med mindre annet fremgår av sammenhengen.

Boken er særlig vinklet inn mot *miljøreguleringer*. Det er flere grunner til det. For det første er det en vanlig oppfatning at miljøproblemene er blant de mest akutte problemene menneskeheten står overfor. Dette er uttrykt i flere folkerettslige, konstitusjonelle og politiske tekster. Et eksempel er Grunnloven § 112, som på treffende vis illustrerer hvor sentrale antakelser om virkninger er for den rettslige beskyttelsen av miljøet:

«Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.

Borgerne har rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har etter foregående ledd.

Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.»

Bestemmelsen innebærer flere krav til årsak–virkningsanalyser fra myndighetenes side. For å kunne disponere naturens ressurser ut fra en «langsiktig og allsidig betraktning» som varetar retten til bærekraftig miljø også for etterslekten, må myndighetene vite noe om hvordan naturressursene påvirkes av menneskelig virksomhet. For å kunne vareta borgernes rett til kunnskap om virkningene av inngrep i naturen etter andre ledd forutsettes også årsak–virkningsanalyser.

For det andre er det særegenheter ved miljøreguleringer og miljøvirkninger som innebærer at det er særlig grunn til å ta årsak–virkningsanalysene nærmere i øyesyn. Et slikt forhold er at miljøvirkninger kan være langsiktige: Dagens industrielle virksomhet kan ha virkninger for kommende generasjoner. Noen virkninger har vi grunnlag for å vite noe om selv om de først viser seg på lang sikt. Vi har f.eks. god grunn til å anta at klimaet vil endre seg som følge av utslipp av klimagasser, som igjen er en følge av menneskelig aktivitet. Andre virkninger vet vi i dag lite eller ingenting om. Gjennombrudd innen nanoteknologi, genteknologi og bioteknologi kan ha skadevirkninger, men antakelser på disse områdene må tidvis bygge på

rent spekulativt grunnlag.³² Miljøvirkninger kan altså være langsiktige og usikre. I tillegg er virkningene vanskelige å observere, og de kan være spredt snarere enn konsentrert. Disse trekkene ved miljøvirkninger innebærer utfordringer for årsak-virkningsanalyser. Et analyseverktøy som ikke tar hensyn til usikre, langsiktige og vanskelig målbare virkninger, vil føre til skjeve beslutningsgrunnlag dersom den politiske avveiningen skjer mot mer kortsiktige, håndfaste og ikke minst målbare verdier, f.eks. kostnader for næringen.

Det er også slik at miljøreguleringer ofte utløser store kostnader. Det gjelder særlig kostnader som er nødvendige for at reguleringsadressaten skal etterleve reguleringene (etterlevelseskostnader). At det koster å etterleve, stiller regulerings-systemene overfor utfordringer: Kostnadene innebærer at det kan være motstand ved både utarbeidelsen og håndhevingen av slike reguleringer. Det kan også føre til argumenter om at reguleringene er dårlig begrunnet. Disse sidene ved miljøregulering er en kjerne i dagens reguleringsdebatt. Det ser vi særlig tydelig i amerikansk sammenheng, der reguleringspolitiske reformer primært er utviklet med tanke på miljøreguleringer, og der reguleringsteorien i stor utstrekning omhandler miljøregulering. På miljøområdet foreligger det etter hvert også noe erfaringsmateriale med ulike reguleringsteknikker og former for årsak-virkningsanalyser som gir et visst grunnlag for å evaluere disse teknikkene.

1.5 Metodologiske spørsmål

1.5.1 Innledning

I dette punktet drøfter jeg generelle metodologiske spørsmål og veivalg. Andre metodologiske spørsmål som boken reiser, drøftes underveis. F.eks. presenterer jeg i kapittel 5 en metode for å evaluere og anvende årsak-virkningsanalyser. Denne metoden anvender jeg så i kapittel 6.

1.5.2 Lovgivningslære

Bokens emne er ikke rettsdogmatisk. Boken drøfter hensiktsmessigheten av ulike metoder for å etablere det reguleringspolitiske kunnskaps- og beslutningsgrunnlaget. Slik sett er arbeidet rettsvitenskapelig atypisk. Som den finske rettsteoretikeren Kaarlo Tuori har fremhevet: «It is a well-known fact that the legal theory, as well

32 Se Kuraj (2017) for en drøftelse av problemer ved regulering av nanoteknologiske gjennombrudd.