

Kravet til kunnskapsgrunnlaget for offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet.

Kandidatnr:

13 18 90

Antall ord:

12 173

Veileder:

Professor dr. juris Ernst Nordtveit

1. Innledning.

1.1. Problemstilling, historikk og bakgrunn.

1.2. Rettskildesituasjonen.

1.2.1. Norske rettskilder, folkerett, statspraksis og miljørettslige prinsipper.

1.2.2. Forholdet til annen norsk lovgivning.

1.2.2.1. Innledning.

1.2.2.2. Regel eller retningslinje?

2. Virkeområdet.

2.1. Stedlig virkeområde.

2.2. Saklig virkeområde; "[o]ffentlige beslutninger som berører naturmangfoldet".

2.2.1. "Offentlige".

2.2.2. "[B]eslutninger".

2.2.3. "[S]om berører naturmangfoldet".

3. Kravet til kunnskapsgrunnlaget.

3.1. Innledning; bakgrunnen for kravet om vitenskaplig kunnskap.

3.2. Hva kan det kreves kunnskap om?

3.3. Vitenskapsbegrepet generelt og i naturmangfoldloven.

3.3.1. Hva skiller vitenskaplig kunnskap fra annen kunnskap?

3.3.2. Hva skjer når det ikke foreligger vitenskaplig kunnskap?

3.3.2.1. Formålmessig tolkning.

3.3.2.2. Virkningene av formålmessig tolkning av "vitenskaplig kunnskap".

3.3.2.3. Når heller ikke formålmessig tolkning fører frem.

3.4. Hvem skal fremskaffe kunnskapen?

3.5. Forholdsmessighetsvurderingen.

4. Oppsummering.

5. Litteraturliste

1. Innledning.

1.1. Problemstilling, bakgrunn og historikk.

Naturmangfoldloven § 8 fastsetter et krav om at ”offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet” skal bygge på ”vitenskapelig kunnskap om arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger”. Jeg skal i denne fremstillingen ta for meg nml § 8 med hovedvekt på bestemmelsens rettskildemessige funksjon, stedlig og saklig virkeområde, og kravet den stiller til kunnskapsgrunnet for offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet.

Mennesker lever av naturens ressurser og naturens evne til å opprettholde produksjonen av ressurser. Naturressursene er vår eneste matvarekilde, energikilde og råvarekilde. Overbeskatning og menneskelige inngrep i naturen truer imidlertid naturens produksjonsevne i stadig mer omfattende grad. Dette medfører at tapet av biologisk mangfold nå er urovekkende stort. Uoppdagede naturressurser står i fare for å forsvinne for godt. Stadig større ressurser brukes derfor på forvaltning og regulering av bruk og høsting av naturressurser. Den overordnede målsetting for forvaltningen, både på det lokale, nasjonale og internasjonale plan, er at menneskers bruk av naturressursene skal være bærekraftig. Nærmere bestemt skal ikke nålevende generasjoners bruk og høsting av naturressurser ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal kunne nyttiggjøre seg, og leve, av de samme ressursene. Bærekraftig bruk fordrer at man forvalter i forhold til føre- var – prinsippet og søker den nødvendige kunnskap før avgjørelser tas, og dersom kunnskap ikke kan fremskaffes iverksetter de nødvendige tiltak for å forebygge skade på naturmangfoldet. Begrepet ”naturmangfold” slik det er definert i naturmangfoldloven (nml), omfatter hele naturens mangfold fra livløse deler som stein og vann, til alle levende organismer. De deler av naturmangfoldet som består av biologisk, eller levende, materiale faller i tillegg innunder begrepet ”biologisk mangfold”, jf nml § 3 bokstaver c og i.

Sammenhengene mellom komponentene i det biologiske mangfoldet er svært komplekse og ennå mangler mye kunnskap. Dersom man ikke kjenner sammenhengene mellom arter og økosystemer kan et tilsynelatende lite inngrep få uante konsekvenser. Utrykkes for eksempel en truet art uten at man er klar over det, kan hele økosystemet arten inngikk i bryte sammen. Når slike skader skjer uforvarende blir det også ytterst vanskelig å forhindre skaden eller å reparere den. I verste fall oppdages ikke skaden før det er for sent. Da vil arten og dens genetiske materiale være tapt. For at uopprettelig skade ikke skal skje skal forvaltningen av naturmangfoldet og dets ressurser bygge på kunnskap om arter, deres habitat, økosystemer, naturtyper og sammenhengene mellom alle komponentene i naturmangfoldet.

Tapet av biologisk mangfold er et globalt problem og ved FNs konvensjon om biologisk mangfold¹ har konvensjonslandene forpliktet seg til å bremse tapet av biomangfold i betydelig grad innen 2010². Konvensjonslandene er forpliktet til å kartlegge alt biologisk mangfold på sitt territorium og skal gjennom miljøkonsekvensanalyser sikre at skade på naturmangfoldet ikke skjer der hvor generell kunnskap om naturmangfoldet enda ikke er tilgjengelig.

¹ United Nations Convention on Biodiversity, ratifisert av Norge 9. juli 1993, med ikrafttreden for Norge 29. desember 1993, jf St.prp. nr. 56 (1992-93) og Innst. S. nr. 168 (1992-93).

² World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, Sør- Afrika, 2002. Se for øvrig www.cbd.int.

Ved ratifisering av biomangfoldkonvensjonen i 1993 ble det ikke ansett nødvendig å endre det norske lovverket for å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen. Dette gjaldt også for artiklene 7 og 14. Forpliktelsene ble ansett oppfylt ved blant annet den dagjeldende naturvernloven, forurensingsloven og plan- og bygningsloven av 1985. I tillegg fantes det bestemmelser om vern av natur og miljø i diverse andre lover. Problemet med lovgivningen var at den var oppdelt i forskjellige virkeområder. Dette var tilstrekkelig ut i fra den oppfatningen om miljøvern som rådet ved vedtakelsen av biomangfoldkonvensjonen i 1993. Etter dette har imidlertid tilnæringsmåten til miljøproblemer endret seg. Miljøtankegangen i dag er preget av forståelsen av at naturen er et mangfold som fungerer i et helhetlig økosystem og at naturvernarbeidet på samme måte må være økosystemtilnærmet. Det nytter for eksempel ikke å verne vassdraget hvis regnet som faller er så surt at livet i vassdraget dør. Et annet godt eksempel er hvordan vern av enkeltstående arter beror på hvor godt man klarer å verne økosystemet som arten utgjør en del av. Sektorinndelt lovgivning gjorde det vanskelig å bekjempe miljøproblemer over en bredere front. Det har vist seg å være behov for lovgivning som effektivt kan regulere forvaltningen av hele naturmangfoldet under ett. Naturmangfoldloven er resultatet av behovet for en helhetlig tilnæringsmåte overfor naturproblemene i vår tid. Samtidig har man beholdt de eldre sektorielle lovene fordi de er effektive på sine områder.

Nok en grunn til at lovgivningen i de senere år har endret seg er at det globale tapet av biologisk mangfold har vært svært høyt siden konvensjonen ble undertegnet. For eksempel regner Direktoratet for Naturforvaltning³ med at 10 % av dyre og planteartene på jorden vil forsvinne de neste 25 årene. For det meste er dette arter som lever i tropisk regnskog. Men også i Europa er antallet utrydningstruede arter høyt. For eksempel er 42 % av Europas 250 pattedyrarter utrydningstruede. Det samme gjelder for 15 % av Europas 520 fuglearter⁴. I Norge er 1988 av alle arter (40 til 60.000 arter totalt) utrydningstruet⁵. Ytterligere tiltak ble derfor igangsatt i regi av FN gjennom biomangfoldkonvensjonen.

Etter FNs toppmøte om bærekraftig utvikling⁶ i Johannesburg i 2002 forpliktet partene til biomangfoldkonvensjonen seg til i vesentlig grad å redusere tapet av biologisk mangfold ("significant reduction of the current rate of biodiversity loss", min oversettelse) innen 2010⁷. Denne målsettingen er også et av tusenårsmålene til FN. EU-landene, og blant annet Norge, har, uavhengig av biomangfoldkonvensjonen, gått enda lenger, og har som målsetting helt å stanse tapet av biologisk mangfold innen 2010^{8, 9}.

Naturvernloven fra 1972 manglet virkemidler for å imøtekomme de nye målsettingene om å stanse tapet av biologisk mangfold. Også andre mangler gjorde at naturvernloven ikke var et egnet redskap for å møte dagens miljøproblemer. For eksempel manglet reglene om fremmede arter og forvaltning av genetisk materiale. Manglene gjorde også at det kunne stilles spørsmål ved om Norges internasjonale forpliktelser til å verne det biologiske mangfoldet ble

³ Se http://www.dirnat.no/naturmangfold/true_arter/

⁴ Dette ifølge tall fra International Union for Conservation of Nature (IUCN) Species Survival Commission, 2002 IUCN red list of threatened species.

⁵ <http://www.artsdatabanken.no/ThemePage.aspx?m=29>

⁶ World Summit on Sustainable Development, WSSD.

⁷ Se www.cbd.int/2010-target/

⁸ Jf vedtak fra den femte ministerkonferansen for miljø i Europa i 2003.

⁹ St.prp nr.1 (2004-2005) for Miljøverndepartementet, s 36.

tilstrekkelig ivaretatt. I lys av målsettingen om å stanse tapet av biologisk mangfold tok biomangfoldlovutvalget i NOU 2004: 28 til orde for å skjerpe lovgivningen på området. Naturvernloven fra 1972 ble derfor erstattet av Lov av 19 juni 2009 nr 100 om Forvaltning av Naturens Mangfold, naturmangfoldsloven, nml.

Kravet til kunnskap om naturmangfoldet som grunnlag for offentlige beslutninger, slik det fremgår av nml § 8, er et svar på utfordringene knyttet til tapet av biologisk mangfold. Bestemmelsen er konkret utformet for å sikre at Norges forpliktelser etter biomangfoldkonvensjonens artikler 7 og 14 er oppfylt¹⁰. Nml § 8 krever at offentlige beslutningstakere må bygge beslutningene sine på kunnskap om naturmangfoldet dersom avgjørelsen berører naturmangfoldet. Men kunnskap kan være kostbart og tidkrevende å fremskaffe. Konflikten mellom behovet for kunnskap om naturmangfoldet på den ene siden og kostnadene ved å fremskaffe kunnskapen på den andre siden er tema for denne fremstillingen. Konflikten rommer en rekke problemstillinger. Hva vil det si at kunnskapen må være ”vitenskaplig”? Hva skjer hvis vitenskaplig kunnskap ikke finnes? Hvem skal fremskaffe kunnskapen? Disse problemstillingene vil bli behandlet i kapittel 3. Dessuten blir nml § 8 sin rettskildemessige stilling drøftet i punkt 1.2.2.2. mens virkeområdet behandles i kapittel 2.

1.2. Rettskildesituasjonen.

1.2.1. Norske rettskilder, folkerett, statspraksis og miljørettslige prinsipper.

Fordi loven, og dermed den aktuelle lovregelen, er relativt ny er rettskildesituasjonen rundt nml § 8 preget av manglende praksis og ferske forarbeider. Forarbeidene er NOU 2004: 28 og Ot.prp. nr. 52 (2008-2009). At forarbeidene er såpass ferske betyr at de er resultater av nylig foretatte redegjørelser og vurderinger. Forarbeidene gir derfor et oppdatert bilde av den helhetlige tilnærmingen til miljøvernarbeid, og hvordan denne skiller seg fra den tidligere miljøverntankegangen. Forarbeidene utgjør derigjennom oppdaterte uttrykk for lovgiverviljen. Dette igjen taler for at forarbeidene har relativt stor rettskildemessig tyngde. Likevel må forarbeidenes rettskildemessige vekt vurderes konkret i forhold til hvert enkelt argumentasjonstilfelle.

Det foreligger ikke på dette tidspunkt (mai 2010) rettskraftige avgjørelser fra domstolene hvor nml § 8 har vært del av tvistespørsmålet. Det praksismateriale som foreligger så langt er en forvaltningsavgjørelse fra Miljøverndepartementet¹¹, og et generelt veiledningsdokument fra Miljøverndepartementet¹² om hvordan nml § 8 skal forstås. Veiledningsdokumentet er mer eller mindre et sammendrag av Ot.prp. nr. 52 og har lav selvstendig rettskildemessig vekt.

¹⁰ Ot.prp 52 på side 89, avsnitt 8.5.2

¹¹ I sak 2009/00722 (MDs ref.nr.) avslo Miljøverndepartementet å godkjenne Tvedestrand Kommunes reguleringsplan for Ulevågen pga tvil rundt effekten av bebyggelse i nærheten av habitatet til den sterkt utrydningstruede sommerfuglen klippeblåvinge.

¹² Se www.regjeringen.no/nb/dep/md/aktuelt/nyheter/2009/informasjonskriv-om-ny-naturmangfoldlov.html?id=570534

Naturmangfoldloven bygger på bestemmelser i FNs Konvensjon om Biologisk Mangfold¹³. Spesiell betydning for nml § 8 har artiklene 7 og 14 i konvensjonen. Gjennom art. 7 er konvensjonslandene forpliktet til å skaffe kunnskap (identify) om komponentene i det biologiske mangfoldet, og til å overvåke (monitor) disse, jf art. 7. Bestemmelsen innebærer som sagt at nasjonale myndigheter plikter å kartlegge hele det biologiske mangfoldet i sitt land. For eksempel lagres all generell kunnskap om arter i Norge i artsdatabanken¹⁴. Helhetlig oversiktskunnskap er av grunnleggende viktighet for å identifisere utrydningstruede arter før det er for sent. For å kunne iverksette vernetiltak trenger en ikke bare kunnskap om selve arten, men om alle arter den lever i økosystematisk samspill med. Dessuten trenger man kunnskap om de geofysiske forutsetningene som utgjør selve leveområdet for økosystemet som den utrydningstruede arten er en del av. Helhetlig oversiktskunnskap er også meget viktig for å hindre at uopprettelig skade påføres naturmangfoldet uforvarende.

Mangfold som ikke enda er kartlagt kan imidlertid rammes av inngrep. Som et svar på dette problemet kreves det gjennom art. 14 at statene gjennomfører miljøkonsekvensanalyser ved enkelttiltak i naturmangfoldet. Kravet om miljøkonsekvensanalyser gjelder imidlertid kun dersom det er fare for betydelig negativ effekt på naturmangfoldet ("significant adverse effects", min oversettelse), jf art 14, 1. ledd, bokstav a. Art. 14 er i hovedsak ivaretatt i norsk rett ved plan- og bygningslovens bestemmelser om miljøkonsekvensutredninger, jf pbl § 4 og kap XIV. Men også nml § 8 bygger på prinsippet om analyse av konsekvenser for miljøet ved enkelttiltak. Bestemmelsene har dermed tilsynelatende overlappende virkeområder. Forholdet mellom nml § 8 og reglene om miljøkonsekvensutredninger i pbl § 4-2 åpner for interessante problemstillinger, men faller utenfor emnet for denne fremstillingen.

Sammenhengen mellom nml § 8 og biomangfoldkonvensjonens art. 7 gir art. 7 rettskildemessig vekt ved fastleggingen av innholdet i nml § 8. Antageligvis er det også tilstrekkelig sammenheng mellom nml § 8 og biomangfoldkonvensjonens art. 14 til at også art. 14 vil kunne ha rettskildemessig betydning for hvordan nml § 8 skal tolkes og anvendes. Hvilken rettskildemessig vekt konvensjonsbestemmelsene kan ha må fremgå av en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Generelt presumeres det at norsk lovgivning er i samsvar med internasjonale prinsipper. Men skulle tvilstilfeller dukke opp, og dersom en harmonisering mellom den norske regelen og den internasjonale regelen ikke fører frem, og motstrid konstateres, skal norsk lov gis forrang.

Under tolkingen av innholdet i internasjonale konvensjoner tillegges konvensjonenes forarbeider liten eller ingen vekt. Derimot står formålet med konvensjoner helt sentralt. Av wienkonvensjonen om tolkning av traktater¹⁵ fremgår at konvensjonsbestemmelsene skal tolkes slik at de best mulig oppfyller formålet med konvensjonen. Formålene bak biomangfoldkonvensjonen fremgår formelt av konvensjonens fortale. Denne vil derfor også kunne få rettskildemessig vekt ved fastleggingen av innholdet i nml § 8.

Det folkerettslige opphavet til nml § 8 gjør at også andre lands forståelse og praktisering av forpliktelsene etter biomangfoldkonvensjonens art 7 vil kunne ha betydning for tolkingen av

¹³ Se hjemmesiden til Convention on Biodiversity; www.cbd.int

¹⁴ Se www.artsdatabanken.no

¹⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men den gjelder uansett som folkerettslig sedvanerett. Se http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=UNTSO&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en#Participants

og

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

konvensjonen og dermed også i fastleggingen av innholdet i nml § 8. Generelt kan en enkelt stats praktisering av en konvensjonsbestemmelse ikke ses som et uttrykk for gjeldende folkerett. Etter wienkonvensjonen om tolkning av traktater, og praksis ved ICJ¹⁶ er konvensjons- og traktatbestemmelser folkerettslig autonome, og skal derfor gis samme innhold for hver enkelt stat. Men dersom flere stater viser samme entydige praktisering, kan dette være et tolkningsargument for at disse sampraktiserende statene praktiserer den felles forståelse og enighet som konvensjonen er uttrykk for. Kanskje er andre staters praksis viktigere innenfor miljøretten enn innenfor andre rettsområder. Svært ofte er miljøproblemene grenseoverskridende og løsningene på miljøproblemene baseres på fellesløsninger mellom land. Men ingen land ønsker å hemme egen konkurranseevne ved å gå for langt i å fremme miljøvennlige løsninger. Andre lands praksis blir dermed iaktatt. Andre staters praktisering av biomangfoldkonvensjonens art. 7 er ikke en bindende rettskilde for norsk gjeldende rett, men kan bidra til å kaste lys over hvordan konvensjonen skal tolkes. Andre lands praktisering vil også kunne si noe om, og i hvilken grad, Norge oppfyller sine forpliktelser etter konvensjonen. Men det vil i så fall i første rekke kun være interessant å sammenligne med land med lignende rettskulturell bakgrunn. Dette er i første rekke de andre nordiske land, men også andre lands praktisering vil forutsetningsvis kunne yte bidrag som tolkningsmoment. Så langt har ingen av de øvrige nordiske landene skilt ut en egen bestemmelse om kunnskapsgrunnet for offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet og som spesifikt er innrettet for å sikre oppfyllelsen av biomangfoldkonvensjonens art. 7. Grunnene til dette kan være at øvrig lovverk i det enkelte land anses å oppfylle forpliktelsene i forhold til biomangfoldkonvensjonens art. 7 på en tilfredsstillende måte, eller at det har blitt ansett som unødvendig med lovregler for å oppfylle forpliktelsene. Uansett grunn, så er norsk lovgivning på området forskjellig fra øvrig nordisk lovgivning. Dette kan tyde på at den norske forståelsen av konvensjonsforpliktelsene etter art. 7 skiller seg fra den forståelsen som legges til grunn i andre nordiske land. Dette igjen kan være et moment i vurderingen av konvensjonsforpliktelsene etter art. 7, som igjen vil kunne ha betydning som tolkningsmoment ved fastleggingen av innholdet i nml § 8.

I tillegg til konvensjonsbestemmelsene, biomangfoldkonvensjonens fortale og andre staters praksis vil også de miljørettslige prinsipper som art 7 er uttrykk for ha rettskildemessig betydning i fastleggingen av innholdet i nml § 8. Dette gjelder også de tolkningsprinsipper som styrer tolkningen av art. 7. Å gå nærmere inn på tolkningsprinsippene for internasjonale konvensjoner faller utenfor området for denne fremstillingen. Kort kan imidlertid nevnes prinsippet om formålmessig tolkning av konvensjonsbestemmelser (som nevnt over), og i forhold til norsk rett; prinsippet om at norsk rett antas å være i overenskomst med Norges internasjonale forpliktelser (presumsjonsprinsippet).

Sammenhengene mellom de miljørettslige prinsippene er tette, og prinsippene er mange. Karakteristisk er likevel at de synes å ha et felles utspring. Overordnet blant prinsippene er målsettingen om at menneskeheten skal leve i et bærekraftig samspill med sine omgivelser uten at en generasjons bruk av naturmangfoldet ødelegger for senere generasjoners nytte av de samme ressursene. Bærekraftig bruk og vern er et overordnet, tverrpolitisk mål for utviklingen av samfunnet, for forvaltningen av naturmangfoldet, og for samspillet mellom naturmangfold og samfunn. Naturmangfoldet muliggjør eksistensen av menneskenes samfunn, og må forvaltes slik at fortsatt eksistens av menneskelige samfunn er mulig. Men bærekraftighet fordrer eksistensen av en rekke andre prinsipper. Biomangfoldkonvensjonens art. 7 er uttrykk for føre- var - prinsippet om at bærekraftig bruk av naturmangfoldet kun kan

¹⁶ International Court of Justice i Haag, Nederland.

oppnås ved at forvaltningen av naturressursene baseres på kunnskap om naturmangfoldets komponenter, sammenhengene mellom dem samt grensene for hvor mye naturmangfoldet kan belastes ved menneskelig bruk. Før- var – prinsippet henger også nøye sammen med prinsippet om at skade på naturmangfoldet i størst mulig grad skal forebygges. Det innebærer at man ikke igangsetter naturinngrep uten kunnskap om hvilke effekter tiltaket vil ha på naturmangfoldet. Dette igjen innebærer at den offentlige tjenesteperson som tar beslutninger som berører naturmangfoldet, må ha kunnskap om naturmangfoldet og dets tålegrense. Kunnskapsbasert forvaltning av naturens mangfold og før- var - prinsippet er grunnleggende forutsetninger for å oppnå bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet.

Prinsippet om bærekraftig bruk er lovfestet i en mengde forskjellige regler, som oftest i formålsbestemmelser. Blant annet brukes bærekraftbegrepet i nml § 1, i plan- og bygningslovens § 1-1, genteknologiloven § 10 og i Svalbardloven § 29 første ledd. Hvor stor rettskildemessig vekt prinsippet om bærekraftig utvikling har i norsk rett *generelt* er det ikke hensiktsmessig å gå nærmere inn på her, annet enn å slå fast at det er et hensyn som har vekt på tvers av samfunnssektorer og at den rettskildemessige vekten må bedømmes særskilt i hvert enkelt tilfelle¹⁷.

1.2.2. Forholdet til annen norsk lovgivning.

1.2.2.1. Innledning.

Nml er en generell lov med et sektorovergripende virkeområde med betydning for en rekke andre lover. Naturvernloven fra 1972 erstattes fullstendig av nml, og noen bestemmelser i andre lover endres eksplisitt av nml, jf nml § 78. I viltloven oppheves § 47 og § 26 nr 8 og 9. I Lov om laksefisk og innlandsfisk oppheves §§ 8 og 9. Og i havressurslova endres § 7 tredje ledd. Endringene i medhold av nml § 78 har liten rettskildemessig betydning for forholdet mellom nml og annet lovverk, eller for fastleggingen av innholdet i nml § 8.

Dessuten vil nml § 8 gjelde på tvers av en rekke forvaltningssektorer som har det til felles at de avgjørelser som tas i sektorene berører naturmangfoldet. Sektorene er for det meste underlagt egne lovverk, for eksempel plan- og bygningsloven, viltloven og forurensingsloven. Myndighetsforhold mellom disse sektorene berøres ikke av nml. Sektorlovverket i seg selv endres ikke eksplisitt av nml, men det vil i praksis måtte skje tilpasninger mellom nml § 8 og sektorlover, noe som i klartekst betyr at det vil måtte skje endringer i tolkning av sektorlovverket. Forbindelsene mellom nml § 8 og allerede eksisterende lovgivning er mange og åpner for mange problemstillinger. Her kan kort nevnes forholdet til reglene om miljøkonsekvensutredninger i plan- og bygningsloven som delvis overlappes av nml § 8. Også verdt å nevne er forholdet til miljøinformasjonslovens § 8 som pålegger forvaltningsorgan plikt til å fremskaffe og til å tilgjengeliggjøre miljøinformasjon om sine respektive ansvarsområder. Problemstillingen om hvordan forvaltningslovens utredningsplikt i fvl § 17 påvirker kravet til kunnskapsgrunnlaget etter nml § 8 er også interessant. Disse problemstillingene krever imidlertid grundigere behandling enn det er rom til innenfor rammene av denne fremstillingen. De er av plassmessige hensyn utelatt fra videre behandling.

¹⁷ Se for øvrig dommen om Lunner Pukkverk: Rt. 1993 s. 528.

1.2.2.2. Regel eller retningslinje?

Virkeområdet for nml § 8 er "[o]ffentlige beslutninger". Men nml § 7 gir i tillegg nml § 8 virkning som "retningslinje ved utøving av offentlig myndighet". Begrepene "[o]ffentlige beslutninger" og "utøving av offentlig myndighet", er forskjellige i ordlyd, men også innholdsmessig. For en grundigere analyse av begrepene vil jeg vise til punkt 2.2.1 og 2.2.2. "Offentlige beslutninger" i nml § 8 kan omfatte disposisjoner som ikke vil gjelde "utøving av offentlig myndighet" i nml § 7. For eksempel vil ikke "[o]ffentlige beslutninger" om innkjøp og andre privatrettslige beslutninger som det offentlige tar felle innunder ordlyden "utøving av offentlig myndighet". Samtidig kan "utøving av offentlig myndighet" gjelde andre handlinger enn å fatte beslutninger. Dette medfører i praksis at nml § 8 har to forskjellige virkeområder.

Bakgrunnen til tolkningsproblemene ligger i endringer som ble gjort av MD. I lovutvalgets utkast var rekkefølgen på nml § 8 og § 7 omvendt. Nml § 8 het i utkastet § 7, mens nml § 7 het § 8. I utkastet var ikke nml § 8 underlagt retningslinjeregelen i nml § 7, men var en selvstendig regel. Et argument for ombyggingen var MDs ønske om å sette kunnskapskravsregelen i nml § 8 mer tydelig i sammenheng med føre- var – prinsippet i nml § 9 og de andre miljørettslige prinsippene i §§ 10 til 12¹⁸.

For det andre ble ordlyden "som retningslinje" føyd til ordlyden "skal legges til grunn [som retningslinje] ved utøving av offentlig myndighet" i nml § 7. Hvilken rettskildemessige vekt en retningslinje har faller det utenfor fremstillingen her å behandle. Kort kan det imidlertid slås fast at en retningslinje i enkelttilfeller ikke har bindende kraft som rettsregler har, men kan ha bindende virkning for et forvaltningsorgans praksis. Nml § 8 ble dermed stilt sammen med miljørettslige prinsipper og underlagt samme regel som kun ila disse virkning "som retningslinje for utøving av offentlig myndighet".

Endringene ville føre til betydelige endringer i rekkevidden til nml § 8. I biolovutvalgets utkast skulle nml § 8 og kravet til kunnskapsgrunnlaget også gjelde for det offentliges utøving av eierinteresser¹⁹. Forslaget var at nml § 8 også skulle gjelde det offentliges utøving av eierinteresser i selskaper. Realiseringen av et slikt forslag kunne hatt stor betydning for offentlig eierskap i private selskaper og ville antageligvis fått store ringvirkninger i næringslivet. Forslaget ble uansett grunn tilbakevist, men departementet opprettholdt at nml § 8 burde få anvendelse ved det offentliges forvaltning av sin faste eiendom²⁰. Dette er i seg selv kontroversielt og åpner for interessante problemstillinger i grenselandet mellom forvaltningsrett og privatrett. Et spørsmål som reiser seg er for eksempel om nml § 8 også får anvendelsen for selskaper som Gassco og Peto som begge forvalter offentlige eierinteresser på norsk sokkel. Å gå nærmere inn på disse problemstillingene faller imidlertid utenfor emnet for denne fremstillingen.

De miljørettslige prinsippene i nml §§ 9 til 12 skulle også i utkastet gjelde ved det offentliges forvaltning av fast eiendom. Antageligvis ønsket MD å gi den samme anvendelsen for nml § 8, og dette skulle oppnås ved å la nml § 8 falle innunder virkeområdet til nml § 7. Når så ordlyden "som retningslinje" ble tilføyd til nml § 7 førte dette til at ombyggingen av utkastets §

¹⁸ Ot.prp.nr.52 (2008-2009) på side 92, punkt 8.5.5.2

¹⁹ NOU 2004: 28 på side 582 merknader til § 8 (som i lovteksten er § 7).

²⁰ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 7.

7 og § 8 fikk uforutsette konsekvenser med påfølgende tolkningsproblemer. Det kan reises spørsmål ved om det i det hele tatt var nødvendig å legge nml § 8 under nml § 7 sitt virkeområde for å gi nml § 8 anvendelse også ved det offentliges utøving av eierrådighet over egen fast eiendom. Slik virkning kan allerede følge av en fortolkning av ordlyden "[o]ffentlige beslutninger", jf nml § 8. Se for øvrig punkt 2.2.1.

Hensikten med endringene av nml § 8 og nml § 7 var isolert sett for det første å tydeliggjøre at nml § 8 også skulle gjelde ved det offentliges utøving av sin eierrådighet over egen fast eiendom. For det andre skulle tilføysen "som retningslinje" bidra til å tydeliggjøre de miljørettslige prinsippenes rettskildemessige vekt. Sammen førte endringene til at rekkevidden og betydningen av nml § 8 har blitt utydelig. Lovgivers intensjoner har sannsynligvis ikke vært å svekke virkningen av nml § 8 sin selvstendige virkning. Det mest nærliggende, og lovgiverlojale, blir da å tolke nml § 8 slik at den prinsipalt får virkning etter sin ordlyd. Subsidiært vil nml § 8 også få virkning som retningslinje ved det offentliges utøving av eierrådighet over egen fast eiendom.

2. Virkeområdet.

2.1. Stedlig virkeområde.

Naturmangfoldloven gjelder "på norsk landterritorium", jf § 2. Med dette menes norsk fastlandsterritorium med naturlig tilhørende øyer, holmer og skjær. Dette omfatter også sjøer og vassdrag på landterritoriet, jf nml § 2, første ledd. Videre følger at enkelte bestemmelser i nml også gjelder på "kontinentalsokkelen og i jurisdiksjonsområder opprettet i medhold av lov (...) om Norges økonomiske sone", jf § 2, tredje ledd. Den norske økonomiske sonen strekker seg 200 nautiske mil ut i havet fra grunnlinjene. Bestemmelsene som gjelder for den økonomiske sonen får kun anvendelse så langt de passer overens med folkerettslige forpliktelser som gjelder for slike økonomiske soner. Det er da verdt å merke seg at nml § 8 gjelder også for oljeinstallasjoner på norsk sokkel. Bestemmelsen endrer ikke allerede eksisterende lovgivning på området.

Av forarbeidene²¹ fremgår at nml ikke skal gis anvendelse på norsk biland i Antarktis grunnet de spesielle juridiske og folkerettslige forhold som gjelder der. Blant annet vil Antarktistraktaten legge spesielle folkerettslige begrensninger på norsk jurisdiksjon i Dronning Mauds Land og på Peter 1s Øy. Bouvetøya ligger ikke under virkeområdet til Antarktistraktaten, men er likevel unntatt fra virkeområdet til nml. Bouvetøya er for øvrig i sin helhet regulert som naturreservat.

Av nml § 2, andre ledd fremgår at nml ikke gjelder på Svalbard eller Jan Mayen, med unntak av kapittel VII om tilgang til genetisk materiale. I følge forarbeidene²² begrunnes dette med at svalbardmiljøloven og den midlertidige forskriften for regulering av naturinngrep på Jan Mayen²³ i tilstrekkelig grad regulerer bruk og vern av miljøet. Men verken svalbardmiljøloven

²¹ NOU 2004: 28 punkt 11.6 side 184, med tilslutning fra MD i Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) under punkt 7.2.4 på side 68.

²² NOU 2004: 28 punkt 11.6 side 182, med tilslutning fra MD i Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) under punkt 7.2.4. på side 68.

²³ FOR 1971-05-28 nr 8617: Midlertidig forskrift for regulering av naturinngrep på Svalbard og Jan Mayen.

eller Jan Mayenforskriften har bestemmelser som stiller krav om vitenskaplig kunnskap om naturmangfoldet ved avgjørelser som påvirker naturmangfoldet. Riktignok gjelder strenge regimer for tiltak som påvirker naturen for begge områdene, men der finnes ingen regler som er spesielt rettet mot vern og kartlegging av det sårbare naturmangfoldet på øyene. Tilsynelatende ville det være en vesentlig styrking av naturforvaltningen på Svalbard og Jan Mayen å gi nml § 8 anvendelse også for disse områdene.

Forskriften som regulerer naturinngrep på Jan Mayen er ikke like streng som svalbardmiljøloven. En høringsuttalelse fra Justisdepartementet²⁴ synliggjør at miljølovgivningen som gjelder for Jan Mayen kan være mangelfull. Dette taler ytterligere for at nml burde vært gitt anvendelse på Jan Mayen. På Jan Mayen gjelder heller ikke de folkerettslige begrensninger på norsk myndighet som gjelder etter svalbardtraktaten. Jan Mayen er å betrakte som del av Kongeriket Norge, jf Lov om Jan Mayen²⁵. Å gi nml anvendelse på Jan Mayen ville sannsynligvis ha vært uproblematisk. Slik miljølovgivningen er for Svalbard og Jan Mayen i dag kan det stilles spørsmål ved om biomangfoldkonvensjonen art 7 oppfylles i disse områdene. Det er oppsiktsvekkende at lovgiver og MD velger å ikke gi nml anvendelse for det mest sårbare naturmangfoldet under norsk myndighet.

En interessant folkerettslig problemstilling oppstår i forhold til anvendelsen av nml i havet rundt Svalbard. I utgangspunktet gjelder nml ”i alle områder der Norge kan utøve jurisdiksjon, med unntak av Svalbard og Jan Mayen”²⁶. Men dette unntaket gjelder bare landterritoriet og sjøterritoriet ut til 12 nautiske mil fra grunnlinjene²⁷. Nml er dermed ikke unntatt fra anvendelse i 200 milssonene rundt Svalbard og Jan Mayen.

Jan Mayen er ikke underlagt Svalbardtraktaten og Norge har dermed folkerettslig grunnlag for opprettelse av en økonomisk sone på 200 nautiske mil rundt øyen. Det er imidlertid kun opprettet en fiskerisone på 200 nautiske mil rundt Jan Mayen²⁸. De bestemmelser som etter nml § 2, tredje ledd gjelder i den norske økonomiske sonen, gjelder også i fiskerisonen rundt Jan Mayen²⁹, men dette gjelder bare så langt de er i samsvar med folkeretten.

For Svalbard er opprettet en fiskerivernsone³⁰ på 200 nautiske mil. Det offisielle norske standpunkt er at svalbardtraktaten ikke gjelder for fiskerivernsonen³¹, men dette er bestridt av andre stater. Heller ikke svalbardmiljøloven gjelder i fiskerivernsonen, jf svalbardmiljøloven § 2. Det betyr at de hensyn som tilsier at nml ikke skal få anvendelse for Svalbard ikke gjelder for fiskerivernsonen. De bestemmelser som får anvendelse for norsk økonomisk sone, jf nml § 2, tredje ledd, får dermed også anvendelse for fiskerivernsonen rundt Svalbard, så langt de passer med folkeretten.

Det offisielle norske standpunkt at Svalbard ikke har egen kontinentalsokkel, men at det er den norske kontinentalsokkelen som omgir Svalbard. Dette er også et omstridt spørsmål som

²⁴ Høringsuttalelsen er gjengitt i Ot.prp. nr.52. (2008-2009) på side 68 under punkt 7.2.3.

²⁵ LOV 1930-02-27 nr 02: Lov om Jan Mayen.

²⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) side 66, punkt 7.2.2

²⁷ NOU 2004:28 på side 182, punkt 11.6, med tilslutning fra MD i Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 66, punkt 7.2.2.

²⁸ Opprettet ved kgl. res. 23. mai 1980.

²⁹ Ot.prp.nr. 52 (2008-2009) side 66, punkt 7.2.2.

³⁰ Opprettet ved kgl. res. 3. juni 1977.

³¹ Ruud og Ulfstein, Innføring i Folkerett, 3 utg, 2006, Universitetsforlaget.

har møtt folkerettslig motbør. Jan Mayen har egen kontinentalsokkel og at denne faller innunder norsk jurisdiksjon er ikke omstridt.

Oppsummert har nml full virkning over norsk fastlandsterritorium med tilhørende øyer, holmer og skjær, og territorialfarvann, jf nml § 2, første ledd. Anvendelse i tråd med folkeretten er gitt norsk økonomisk sone, fiskerisonen rundt Jan Mayen, fiskerivernsonen rundt Svalbard, norsk kontinentalsokkel, kontinentalsokkelen utenfor Jan Mayen og kontinentalsokkelen utenfor Svalbard, jf nml § 2, tredje ledd. Dessuten gjelder lovens kap VII også for Svalbard og Jan Mayen. Nml gjelder ikke landterritoriene og tilhørende sjøterritoriene til Svalbard og Jan Mayen, og heller ikke de norske biland Dronning Mauds Land, Peter 1.s øy eller Bouvetøya.

2.2. Saklig virkeområde; ”[o]ffentlige beslutninger som berører naturmangfoldet”

2.2.1. ”Offentlige”.

Nml § 8 gjelder for ”[o]ffentlige beslutninger”. Som oftest det uproblematisk å slå fast om en beslutning er offentlig. Kjennetegnet ved en offentlig beslutning er at beslutningen er fattet av et statlig eller kommunalt forvaltningsorgan. Beslutninger fattet av statlig og kommunal forvaltningsvirksomhet kan være deler av utøving av offentlig myndighet, i motsetning til myndighet som kan utøves av private parter. Men ”[o]ffentlige beslutninger” vil omfatte også beslutninger som ikke gjelder ”utøving av offentlig myndighet”.

Som et utgangspunkt kan man derfor si at nml § 8 i alle fall gjelder for beslutninger knyttet til utøving av offentlig myndighet. Også offentlig myndighet som er tildelt private parter ved delegasjon er omfattet av nml § 8³². Problemene oppstår i grenselandet mellom offentlig og privat virksomhet. Vil for eksempel nml § 8 få anvendelse for av selskapet Gassco som er et helstatlig aksjeselskap opprettet i medhold av petroleumslova § 4-9 som forvalter olje- og gassrørledninger på norsk sokkel. Her vil rollen som forvalter av statlige interesser kunne ha stor betydning. Også Petoro forvalter offentlige interesser, men her er en betydelig eierandel på private hender.

Nml § 8 skal som nevnt i punkt 1.2.2.2 legges til grunn som ”retningslinje ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd”, jf nml § 7. Tildeling av offentlige midler foretas over de offentlige budsjetter. I den sammenheng er grensen mellom offentlig og privat virksomhet ganske tydelig. Men nml § 8 skal også legges til grunn som ”retningslinje ved utøving av offentlig myndighet, herunder (...) ved forvaltning av fast eiendom”, jf nml § 7. Det er kommunal og statlig eiendom det her vises til. Men forvaltning av fast eiendom innebærer disposisjoner som ikke bare kan utføres av det offentlige. For eksempel kan det reises spørsmål ved om nml § 8 kommer til anvendelse ved kjøp og salg av fast eiendom, inngåelse av avtaler og tildeling av kontrakter når det offentlige er part. Dersom nml § 8 får anvendelse for disposisjoner som normalt regnes for å være privatrettslige vil offentlige virksomheters handleevne og konkurranseevne kunne bli svekket.

³² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om det i nml § 7 er lagt til grunn en vid forståelse av begrepet ”offentlig”. Ordlyden ”forvaltning av fast eiendom” i nml § 7 fremstår som en spesifisering av hva som kan falle innunder ”utøving av offentlig myndighet”. At MD har funnet det nødvendig å spesifisere det nærmere innhold i ”utøving av offentlig myndighet” kan være begrunnet i at MD har lagt til grunn et videre offentlighetsbegrep enn det som følger av normal tolkning av begrepet ”offentlig”. En uoverensstemmelse mellom lovutvalgets utkast og departementets lovforslag viser at offentlighetsbegrepet har vært debattert i prosessen frem mot nml. Utvalget tok nemlig til orde for at nml skulle gjelde også ”ved det offentliges utøving av eierrådighet”, jf utkastets § 8. Dette skulle imidlertid bare gjelde i selskaper hvor det offentlige var eiereier³³. MD gikk uttrykkelig bort fra dette forslaget³⁴, men har opprettholdt at nml skal gjelde ved det offentliges forvaltning av sin eiendom. Antageligvis er grunnen til at MD endret lovutkastet at å gi nml § 8 anvendelse i offentlige selskaper ville kunne hatt omveltende virkninger for det offentliges deltagelse i næringslivet. Like fullt hold departementet døren åpen for at nml § 8 også skulle gjelde ved det offentliges forvaltning av egen eiendom. Dette kan trekke i retning av at offentlighetsbegrepet er tøyd noe for å gi et litt større virkeområde.

Rettstekniske hensyn og hensyn til oppfyllelse av formålet bak nml kan også tale for å legge til grunn en noe videre forståelse av offentlighetsbegrepet i nml § 8 enn ellers. Grunnen til dette er at nml § 8 skal sikre at forvaltningen av naturmangfoldet blir bærekraftig, og at tapet av biologisk mangfold stanser. Dette er overordnede og tverrpolitiske målsetninger av stor viktighet. Det er i slike tilfeller bedre at regelen fanger opp for mange tilfeller enn for få. Den feil at et unødvendig tilfelle omfattes er lettere å bøte på, enn den feil at et tilfelle som burde vært omfattet faller utenfor. Nml § 8 stiller som nevnt krav til kunnskapsgrunnlaget om naturmangfoldet ved offentlige avgjørelser, og det skal i hvert tilfelle foretas en forholdsmessighetsvurdering, jf ordlyden ”så langt det er rimelig” i nml § 8 første ledd, første punktum, og jf ordlyden ”rimelig forhold” i første ledd, andre punktum, av hvilke krav som skal stilles til kunnskapsgrunnlaget. Dette åpner for å stille lettere krav til kunnskapsgrunnlaget i tilfeller som unødig er blitt fanget opp av en vid ordlyd.

Som følge av dette resonnementet vil nml § 8 til en viss grad kunne gis anvendelse når det offentliges virksomhet er å regne som privatrettslig virksomhet. For eksempel kan det tenkes at nml § 8 bør få anvendelse ved disposisjoner hvor det offentlige er part dersom disposisjonen påvirker naturmangfoldet. Hvilket kunnskapsgrunnlag som kreves vil som nevnt være relativt i forhold til beslutningens omfang og betydning for naturmangfoldet.

2.2.2 ”[B]eslutninger”.

Nml § 8 gjelder etter sin ordlyd for alle beslutninger som faller innenfor rammen for offentlighetsbegrepet som det er gjort rede for under punkt 2.2.1. Enkeltvedtak og vedtak av forskrift etter forvaltningsloven er sentrale beslutningsformer i den offentlige forvaltningen og faller klart innenfor ”[o]ffentlige beslutninger”. Også andre typer avgjørelser enn enkeltvedtak etter forvaltningsloven omfattes av ordlyden ”beslutninger”³⁵.

³³ NOU 2004: 28 på side 582, merknader til § 8 (tilsvarer § 7 i den endelige loven)

³⁴ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 7.

³⁵ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 378, merknader til § 8.

Men innenfor den offentlige forvaltning tas en mengde avgjørelser av større og mindre betydning, og nml § 8 gjelder neppe for alle disse. Spørsmålet om hvilke ”beslutninger” som utløser krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag beror på en nærmere analyse av nml § 8 sett i lys av ordlyd, forarbeidene og reelle hensyn.

Krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag om naturmangfoldet foreligger også under ”utforming av ny lovgivning og annet regelverk, for tolkning av lover og regler og ved utøving av skjønn etter naturmangfoldloven eller andre lover”³⁶. Nml § 8 har tilsynelatende et svært vidt virkeområde innenfor forvaltningen. Selv om ordlyden kun nevner ”beslutninger”, kan uttalelsen over trekke i retning av at nml § 8 hjemler krav om at også forvaltningsprosesser og lovgivningsprosesser i sin helhet kan underligges krav om vitenskaplig kunnskap om naturmangfoldet.

MD endret ordlyden i lovutkastets § 7 (som tilsvarende lovens § 8) fra ”[m]yndighetsutøving” til ”[o]ffentlige beslutninger”. Vanligvis forbinder man myndighetsutøving først og fremst med det offentlige handlinger og beslutninger overfor private parter. Hver enkeltstående offentlige disposisjon fremstår ikke nødvendigvis som myndighetsutøvelse, for eksempel offentlige kjøp og salg. ”Offentlige beslutninger” vil antageligvis også omfatte offentlige disposisjoner som ikke har karakter av å være myndighetsutøvelse. Slik sett kan man nok si at ordlyden ”[o]ffentlige beslutninger” innebærer en utvidelse av virkeområde for nml § 8. MD gir ingen forklaring på endringen av ordlyden, men presiserer at nml § 8 gjelder ”ved beslutninger som offentlige instanser foretar i kraft av å være myndighet”³⁷. Uttalelsen fra MD kan trekke i retning av at det ikke stilles krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag for beslutninger som ikke er del av myndighetsutøvelse. Men dette strider mot ordlyden i det ytre virkeområdet hvor det slås fast at det skal legges til grunn vitenskaplig kunnskapsgrunnlag for ”forvaltning av fast eiendom”, jf nml § 7. Forvaltning av fast eiendom innebærer disposisjoner som foretas uten at det offentlige fatter dem ”i kraft av å være myndighet”. Forarbeidsuttalelsen kan nok dermed ikke tas helt på ordet. Antageligvis må nml § 8 også gjelde for en del ”[o]ffentlige beslutninger” som offentlige organer ikke fatter ”i kraft av å være myndighet”. Dette gjør at mengden beslutninger som omfattes av nml § 8 kan bli svært omfattende. Som nevnt over fremgår det av forarbeidene at nml § 7 åpner for anvendelse av nml § 8 i forvaltnings- og lovgivningsprosesser. I løpet av slike prosesser foretas en mengde mindre avgjørelser, for eksempel i form av notater og instruksjoner. Ordlyden ”beslutninger” bidrar dermed i liten grad til å avgrense virkeområdet til nml § 8. Det synes klart at ”beslutninger” må ses i sammenheng med neste vilkår i nml § 8.

2.2.3. ”[S]om berører naturmangfoldet”.

Potensielt er det svært mange avgjørelser som vil falle innunder ordlyden ”[o]ffentlig beslutning” i nml § 8. Feltet avgrenses imidlertid av vilkåret om at ”[o]ffentlige beslutninger” kun utløser krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag dersom de ”berører naturmangfoldet”, jf nml § 8. Indirekte vil svært mange beslutninger før eller seinere ha konsekvenser for naturmangfoldet. Spørsmålet blir da om det i ordlyden ”som berører naturmangfoldet” skal

³⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 103, punkt 8.6.6.2.

³⁷ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

innfortolkes et krav om adekvans, altså om det må til en berøring av en viss betydning før nml § 8 kommer til anvendelse.

Som hovedregel gjelder nml § 8 for alle "[o]ffentlige beslutninger som berører naturmangfoldet" innenfor rammene av drøftelsene under punkt 2.2.1. og 2.2.2. Som følge av dette vil en intern instruks tilsynelatende utløse krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag uansett om instruksen berører naturmangfoldet aldri så lite. En for stivbeint praktisering av kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag kan potensielt hemme forvaltningsorganers effektivitet mer enn det hindrer tap av biologisk mangfold. På denne bakgrunn kan rimelighetsbetraktninger komme til å tale for at hovedregelens utgangspunkt må modifiseres noe.

For det første synes det unødvendig å legge til grunn et krav om vitenskaplig kunnskap for beslutninger som påvirker naturmangfoldet positivt. Riktig nok gjelder kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag også for vern og ivaretagelse av natur³⁸, men dette er kun vern etter vernereglene i nml. Naturfremmende tiltak utenom vernetiltak etter nml er ikke underlagt krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Skulle en offentlig parkeringsplass eller et industriområde tilbakeføres til naturområde kan det vanskelig ses at det skulle være nødvendig med et vitenskaplig kunnskapsgrunnlag for å tillate tiltaket. Forbehold må her tas for de tilfeller hvor den positive effekten av et gjenoppsettiltak kan være basert på subjektive oppfatninger. Hvor det positive bidraget til naturmangfoldet er uproblematisk vil nok ikke et krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag utløses av nml § 8.

For det andre finnes beslutninger som berører naturmangfoldet kun i ubetydelig grad. Ethvert inngrep i biomasse vil ikke utgjøre et inngrep i naturmangfoldet. Her vil imidlertid omkringliggende faktorer kunne ha stor betydning. For eksempel vil det å lage et busstopp kunne ha stor betydning for naturmangfoldet dersom busstoppet lages i et habitatområde for utrydningstruede arter. Dersom busstoppet kun berører en vegskulder vil betydningen for naturmangfoldet kunne være nærmest fraværende, selv om flere kubikk biomasse fjernes. Her vil omkringliggende omstendigheter kunne avgjøre i hvilken grad beslutningen om å utvide busstoppet utløser krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Dette taler for å innfortolke et krav om at berøringen i inngrepsituasjoner må kunne ha en viss grad av potensiale for negative følger. Det kan være grunn til å presisere at tvil om de potensielle negative følgene av et tiltak vil tale for at tiltaket underkastes kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Foreligger ingen slik tvil kan en ikke se bort i fra at tiltaket ikke berører naturmangfoldet i tilstrekkelig negativ grad til at det vitenskaplige kunnskapskravet utløses.

Krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag utløses for inngrep i naturmangfoldet, men etter ordlyden også for vern. Dermed er tilsynelatende hele skalaen av mulige handlinger overfor naturmangfoldet underlagt krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Dette kan tale imot at kravet om vitenskaplig kunnskap ikke utløses dersom berøringen ikke er potensielt negativ nok for naturmangfoldet. Imot dette igjen kan innvendes at det antageligvis må gjelde et tilsvarende tilstrekkelighetskrav for beslutninger som positivt berører naturmangfoldet. For både vernebeslutninger og inngrepsbeslutninger må det derfor antageligvis innfortolkes et tilstrekkelighetskrav til beslutningens evne til å berøre naturmangfoldet.

Det kan også tenkes at prosessuelle avgjørelser som er fjerne fra, men bidrar til, den endelige avgjørelsen som berører naturmangfoldet, forutsetningsvis kan falle utenfor kravet om

³⁸ Ot.prp. nr.52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Her kan tenkes en instruks fra lederen for en offentlig instans om hvordan instansen vil uttale seg i et høringsutkast til et lovforslag som vil påvirke naturmangfoldet. Berøringen en slik beslutning om instruks har med naturmangfoldet kan være så fjern og avledet at det kan stilles spørsmål ved om det er meningen at slike beslutninger skal underkastes krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag.

På den andre siden taler prinsippet om kunnskapsbasert forvaltning og føre- var – prinsippet for at hele forvaltningsprosessen underkastes et krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Kunnskapsgrunnlaget skal som kjent hindre uforvarende skade på naturmangfoldet og da er det viktig at mulighetene for skader som følge av kunnskapsmangel lukes bort. Dette fordrer at hele forvaltningsprosessen baseres på kunnskap. Like fullt kan det argumenteres for at beslutninger som er fjerne og avledede neppe vil ha noen reell påvirkning på naturmangfoldet. Er ikke beslutningens påvirkning på naturmangfoldet reell kan man heller ikke si at den ”berører” naturmangfoldet.

Enten det følger av rimelighetsbetraktninger eller analyser av ordlyden, synes det klart at beslutninger må ha en tilstrekkelig og reell berøring med naturmangfoldet dersom de skal utløse krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag.

Der kan også reises spørsmål ved rekkevidden av begrepet ”naturmangfoldet”.

Naturmangfoldet i seg selv er grenseoverskridende, det samme er ofte miljøproblemene. For eksempel kan et lite inngrep i habitatet til en art som ikke er utrydningstruet i Norge, få store internasjonale konsekvenser fordi arten kun finnes i Norge. Det tilsynelatende ubetydelige lokale inngrepet kan da få store følger. Her kan rett og slett internasjonale interesser tenkes å få betydning for tolkningen av nml § 8 og derigjennom for lokale tiltak. Tilsvarende vil norske myndigheter kunne måtte ta i betraktning at arter som det finnes få individer av i Norge kan finnes i rikelig monn andre steder i verden. Et spørsmål blir da hvilken betydning slike betraktninger får i fastleggingen av innholdet i nml § 8.

I utgangspunktet gjelder naturmangfoldsbegrepet alle naturens bestanddeler fra geologiske forekomster og encellede organismer til komplekse økosystemer som befinner seg på norsk territorium, jf nml § 8, jf, nml § 3 i), og jf nml § 2, se også punkt 2.1 i denne fremstillingen. Men på dette punkt må nok det folkerettslige opphavet til nml § 8 få betydning for tolkningen. Her må bemerkes at biomangfoldkonvensjonen ikke omhandler alt naturmangfold, kun de deler som består av biologisk materiale. Biomangfoldkonvensjonen handler om å ivareta hele klodens biologiske mangfold og at statene er ansvarlig for dette arbeidet på sitt territorium. Av konvensjonens fortale fremgår imidlertid at et av de sentrale hensyn bak konvensjonen er at bevaring av klodens biomangfold er menneskehetens felles utfordring (”the conservation of biological diversity is a common concern of humankind” (min oversettelse)). Nasjonalt biomangfold inngår i det globale biomangfoldet. En kan da se det slik at norske myndigheter dermed forvalter naturmangfoldet på det norske territoriet på vegne av menneskeheten. Dette vil igjen bety at globale interesser kan komme til å få betydning for norske offentlige beslutningstakere som skal fatte beslutninger som berører naturmangfoldet.

Det samme resultat vil nok også måtte følge av at kravet til kunnskapsgrunnlaget skal omfatte ”vitenskaplig kunnskap om arters bestandssituasjon”. Herunder vil artens globale bestandssituasjon helt klart være meget viktig.

Dersom situasjonen er slik at en art er utrydningstruet i Norge, men finnes i rikelig monn andre steder vil andre momenter for vurderingen måtte legges til grunn. Det vil for eksempel

kunne være av stor betydning å bevare alle slags habitatområder for å unngå at arten i fremtiden skal komme i en utrydningssituasjon.

3. Kravet til kunnskapsgrunnlaget.

3.1. Innledning; bakgrunnen for kravet om vitenskaplig kunnskap.

De komplekse sammenhengene mellom arter og økosystemer gjør at små menneskelige inngrep kan forårsake stor og varig skade på naturmangfoldet. Myndighetene skal derfor være føre- var og søke kunnskap om arter, deres habitat, økosystemer, naturtyper og sammenhengene mellom alle komponentene i naturmangfoldet før inngrep skjer. Kunnskapen skal telle med i vurderingen av om tillatelse til inngrep i naturmangfoldet skal gis. På denne måten skal forvaltningsprosesser være i tråd med føre- var – prinsippet. Dersom det finnes usikkerhet om hvordan et inngrep i naturmangfoldet vil få konsekvenser kreves det i henhold til føre- var – prinsippet at inngrepet nektes tillatt, eller at tiltaket tillates med vilkår om at tiltakshaver skal gjøre det som er mulig for å hindre at skade på naturmangfoldet skjer.

Ivaretagelse av føre- var – prinsippet er også bakgrunnen for miljøinformasjonslovens pålegg om at myndigheter skal fremskaffe, lagre og gjøre tilgjengelig for andre generell kunnskap om miljøet på sine respektive ansvarsområder. Men hullene i kunnskapen er mange og naturmangfoldet er langt fra fullstendig kartlagt. Bakgrunnen for kravet om vitenskaplig kunnskap etter nml § 8 er å sikre at kunnskap foreligger i det enkelte tilfelle, også der hvor naturmangfoldet enda ikke er fullstendig kartlagt. Kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag er nødvendig for å sikre at norsk forvaltning av naturmangfoldet er i samsvar med føre- var – prinsippet.

Ordlyden i nml § 8 fastsetter et krav om at ”[o]ffentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal (...) bygge på vitenskaplig kunnskap” om naturmangfoldet. Hva som nærmere ligger i kravet om ”vitenskaplig kunnskap” er tema for de følgende deler av denne fremstillingen. Først vil det blir gjort nærmere rede for det generelle vitenskapsbegrep og vitenskapsbegrepet i nml. Herunder vil også bli gjort rede for hvilken kunnskap som kan regnes for vitenskaplig og hva som blir situasjonen dersom det ikke foreligger vitenskaplig kunnskap. Avslutningsvis vil det bli gjort rede for *hva* det kan kreves vitenskaplig kunnskap om og når denne kunnskapen kan kreves innhentet.

3.2. Hva kan det kreves kunnskap om?

Som nevnt over under punkt 3.1.1. stilles det en rekke krav til kunnskap for at den skal kunne kalles vitenskaplig. Disse kravene handler om kunnskapens tilblivelse. I nml § 8 er imidlertid også listet opp en rekke kategorier hvor det fremgår *hva det kreves vitenskaplig kunnskap om* ved offentlig beslutningstaking som berører naturmangfoldet.

For det første kreves det vitenskaplig kunnskap om ”arters bestandssituasjon”. Herunder rubriseres all kunnskap som dreier seg om mengden individer av en art, hvor mange individer som behøves for å sikre bestandens levedyktighet og hvordan levedyktige bestander kan

oppretholdes og eventuelt bygges opp (forvaltningsmål). Også kunnskap om situasjonen for leveområdene, habitatene, til artene henføres under dette punktet. Fordi de fleste arter finnes også på andre lands territorium vil også kunnskap fra andre land måtte være relevant under dette punktet. Men det kan også tenkes at andre staters oppfordringer eller meninger vil måtte vurderes. Dette gjelder ikke minst i lyset av biomangfoldkonvensjonens folkerettslige funksjon. Se for øvrig også punkt 2.2.3.

For det andre kreves det vitenskaplig kunnskap om ”naturtypers utbredelse”. Kunnskap om de trekk ved naturen som ikke direkte omhandler levende arter, men geologiske forekomster og landskap, for eksempel fjell, fjorder, strender, myrer og så videre, rubriseres under dette punktet. Fordi nmls virkeområde også omfatter territorialfarvannet og delvis den økonomiske sonen og kontinentalsokkelen vil også undersjøiske naturtyper være omfattet.

For det tredje kreves vitenskaplig kunnskap om naturtypenes ”økologiske tilstand”. Herunder kan kreves den kunnskap som handler om i hvilken grad naturtypene er i stand til å opprettholde sitt biologiske mangfold. Skulle for eksempel tilsiget av vann til en myr forhindres eller dreneres vil myrens økologiske tilstand kunne være svekket.

For det fjerde kreves vitenskaplig kunnskap om ”effekten av påvirkninger”. Her kreves vitenskaplig kunnskap ikke bare om effekten av isolerte enkelttilfeller, men også om effekten av summen av påvirkninger³⁹. Her er nærliggende å anta at det også må tas med i vurderingen potensielle fremtidige påvirkninger. Eksempelvis vil det gjerne være påregnelig at det gjerne kommer flere hytter i et fjellområde. Da bør også den første utbyggingen vurderes som en del av en samlet påvirkning, selv om det ikke på beslutningstidspunktet finnes andre hytter i området. Det må også kreves kunnskap om påvirkningens samlede effekt på arter, bestander og naturtyper. Dette vil eksempelvis innebære at et inngrep i en lokalt bærekraftig bestand vil kunne bli underkastet et strengt kunnskapskrav dersom arten som helhet er truet.

Disse fire kategoriene kunnskap gjelder krav til den vitenskaplige kunnskapens kvalitative egenskaper, om hvilken type kunnskap som kreves. Dette må anses som en uttømmende regulering av hvilke kvalitative egenskaper som det kan kreves vitenskaplig kunnskap om. Det betyr at det skal foreligge kunnskap om alle kategoriene, men også at andre kategorier kunnskap er irrelevant i forhold til vurderingen etter nml § 8.

3.3. Vitenskapsbegrepet generelt og i naturmangfoldloven.

3.3.1. Hva skiller vitenskaplig kunnskap fra annen kunnskap?

Ordlyden ”vitenskaplig kunnskap” i nml § 8 er problematisk. Å definere hva som er vitenskaplig avhenger av hvilke kilder man bruker. Kravene til vitenskap er også forskjellige etter disiplin. For eksempel stilles det forskjellige krav til vitenskap i filosofiske fag og naturvitenskaplige fag. Grensene for begrepet vitenskaplig er under stadig debatt og noe entydig svar på hva som er vitenskaplig finnes kanskje ikke. Det blir til syvende og sist et rettslig spørsmål om noe oppfyller kravet om ”vitenskaplig kunnskap” i nml § 8. I det

³⁹ Ot.prp. nr. 52 på side 379, merknader til § 8.

følgende vil det bli gjort rede for rammene for vurderingen av hva som vil være ”vitenskaplig kunnskap” i nmls forstand.

Kunnskap kan være basert på fakta. At en sirkel er rund er for eksempel bevist forbi vitenskaplig tvil. Faktakunnskap er uttrykk for en høyere grad av sannhet enn hva som følger av ”vitenskaplig kunnskap” og vil derfor utvilsomt oppfylle kravet til kunnskapsgrunnlaget i nml § 8. Kunnskap kan også basere seg på sanseinntrykk, hva vi har sett med egne øyne, hva andre forteller oss. Men slike inntrykk er ikke vitenskaplige. De kan til og med være svært upålitelige. Summen av sanseinntrykk akkumulert gjerne av flere personer danner grunnlaget for erfaringer. Men selv om førti generasjoners erfaring tilsier at en vulkan aldri har utbrudd, blir denne erfaringen aldri vitenskaplig. Erfaring bygger på induksjon. En generaliserer ut fra et begrenset antall observasjoner. Slik erfaring har for store muligheter for feilslutninger til at det er forsvarlig å basere forvaltningens kunnskap utelukkende på den alene. I nml § 8 andre ledd er det riktignok tatt hensyn til den verdi ”generasjoners kunnskap” kan ha. Men nml § 8 andre ledd pålegger bare den offentlige beslutningstaker å ”legge vekt på” slik kunnskap. Kravet til kunnskapsgrunnlaget er fremdeles ”vitenskaplig kunnskap”. Erfaringskunnskapen er også i nml § 8 satt i andre rekke.

Det som skiller vitenskaplig kunnskap fra annen kunnskap er hvordan den vitenskaplige kunnskapen blir til. Den enkelte vitenskaplige disiplin har sine egne mål for hva som er vitenskaplig. Kunnskap om naturmangfoldet faller innunder den naturvitenskaplige disiplinen og det naturvitenskaplige vitenskapsbegrep danner grunnlaget for den videre fremstillingen her. Til grunn for den naturvitenskaplige kunnskap ligger en rekke krav om kunnskapens tilblivelse. Kunnskapen må være resultat av forskningsarbeid som igjen er underlagt strenge krav om metodikk og systematikk. En fremsatt påstand skal testes gjennom observasjon (empiri). For eksempel vil påstanden ”Det finnes en bestand av fuglearten storjo i Norge” måtte testes ved fugletellinger. Resultatet av observasjonene, fugletellingene, kan for det første bli at påstanden må tilbakevises. Det finnes ingen storjoer i Norge. For det andre kan observasjonene vise at påstanden var riktig i det eksakte typetilfellet. Akkurat under disse forholdene befant disse 10 fugleindividene seg i Norge. Dette er den hypotetisk- deduktive metode. I henhold til denne vil et forskningsarbeid aldri hevde å uttrykke sannheten. At det er talt 10 storjoer i Norge taler for at ”Det finnes en bestand av storjo i Norge”, men påstanden er ikke bevist som en endelig sannhet. Poenget med den hypotetisk- deduktive metode er å vise at påstanden var riktig under de forhold som observasjonen ble utført under. Hvis senere observasjoner viser at 15 storjo finnes i Norge vil dette være ytterligere et tilfelle der påstanden ikke var gal.

Men selv om noen meddeler til MD å ha telt 1000 storjo er ikke dette automatisk å regne som vitenskaplig kunnskap. MD må kunne kontrollere opplysningene. Bruk av den hypotetisk- deduktive metode fordrer at den som utfører en observasjon legger til rette for at observasjonen må kunne underbygges eller tilbakevises av andre forskere. Hver observasjon utgjør en stein i et fundament. Skal en påstand kunne underbygges ytterligere eller tilbakevises er det essensielt at de observasjoner som er foretatt er grundig dokumentert. Dokumentasjonen må inneholde tilstrekkelig data om alle forutsetningene som ligger til grunn for observasjonen til at observasjonen om nødvendig kan gjentas. Om nødvendig må observasjonen kunne gjentas for å tilbakevises. Da må også de holdepunkter som taler for å tilbakevise påstanden være dokumentert. Observasjonene og måten de er utført på må derfor være objektive og kritiske.

FNs klimapanel bygger imidlertid ikke sin virksomhet på teorien om at det er unormal aktivitet på solens overflate som forårsaker global oppvarming, selv om denne teorien så langt oppfyller kravene som er stilt for at et forskningsarbeid skal kunne sies å være uttrykk for vitenskaplig kunnskap. Etter hvert som en påstand etterprøves vil hver observasjon som underbygger påstanden bidra til påstandens oppslutning. Det legges flere og flere steiner i byggverket. Påstanden og observasjonene vil danne grunnlag for en vitenskaplig teori. Rammene for byggverket synes å ta form. Etter hvert som observasjonene øker i antall, minsker sannsynligheten for at teorien er gal. Teoriens oppslutning vil øke jo mer sannsynlig den er. Tilslutningen avhenger av mange faktorer, men en teori som bryter sterkt med den alminnelige etablerte oppfatning vil kunne ha liten oppslutning selv om den er meget sannsynlig. Evolusjonsteorien kalles fremdeles en teori, selv om den må kunne sies å være bevist ut over enhver rimelig tvil. Dersom en vitenskaplig teori får oppslutning på en slik måte at en betydelig del av fagmiljøet holder teorien for overveiende sannsynlig vil den på dette tidspunkt kunne være vitenskaplig kunnskap. Men dette vil imidlertid være basert på subjektive oppfatninger som det vil være et rettslig spørsmål å ta stilling til. Hvor tid byggverket er ferdig avhenger av hvilke egenskaper man krever av byggverket.

Begrepet ”vitenskaplig kunnskap” slik det fremgår i nml § 8 vil dermed for det første omfatte faktakunnskap. For det andre omfattes objektive, dokumenterte og etterprøvbare vitenskaplige teorier som er fremkommet ved hypotetisk- deduktiv metode og som enda ikke er avvist eller tilbakevist på en overbevisende eller uomtvistelig måte, og som høster mer enn overveiende anerkjennelse⁴⁰.

3.3.2. Hva skjer når det ikke foreligger vitenskaplig kunnskap?

3.3.2.1. Formålmessig tolkning.

Det kan ta lang tid før en vitenskaplig teori kan legges til grunn som vitenskaplig kunnskap. Forskningsarbeidet som kreves vil også kunne ha en høy pris. Det er heller ikke sikkert at den kunnskapen som faktisk foreligger er eksakt nok til å oppfylle kravet om ”vitenskaplig kunnskap”. Vitenskaplig kunnskap er rett og slett ikke alltid tilgjengelig. Problemstillingen blir da hva som blir følgene når det ikke foreligger ”vitenskaplig kunnskap” som de [o]ffentlige beslutninger som berører naturmangfoldet” kan bygges på.

For det første følger det av nml § 9 og føre- var – prinsippet at kunnskapsmangel ikke er et argument mot vern. Dette innebærer at et vernevedtak kan gjennomføres til tross for usikkerhet rundt grunnlaget for vernevedtaket. Usikkerheten vil i dette tilfellet faktisk være et argument *for* vern.

For det andre reiser det seg spørsmål om ordlyden ”vitenskaplig kunnskap” kan fravikes slik at også annen kunnskap enn vitenskaplig kunnskap kan inngå i beslutningsgrunnlaget, eller om ”vitenskaplig kunnskap” er uttrykk for en minstestandard.

⁴⁰ For referanser se litteraturlisten.

Vitenskaplig kunnskapsgrunnlag kan kun kreves ”så langt det er rimelig”, jf nml § 8 første ledd, første punktum. Det kan ved første øyekast virke utydelig om ”så langt det er rimelig” retter seg mot vitenskapligheten av kunnskapen eller mot hvor mye kunnskap som kreves.

Av nml § 8 første ledd, andre punktum fremgår videre at ”kravet til kunnskapsgrunnlaget skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet”. Tilsynelatende kan det være snakk om to forholdsmessighetsvurderinger, men det fremgår forutsetningsvis av bestemmelsen og av forarbeidene⁴¹ at det er snakk om en og samme vurdering. Dermed vil ordlyden i nml § 8 første ledd, andre setning presisere ordlyden i første setning. Den forholdsmessighetsvurdering som MD har lagt til grunn vil da fremstå i en noe endret form. Da fremgår at ”så langt det er rimelig” og ”i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet” skal offentlige beslutninger bygge på ”vitenskaplig kunnskap” om naturmangfoldet. Ordlyden kan fremdeles tolkes dit hen at ”så langt det er rimelig” retter seg mot både mot vitenskaplighetskravet og mengden kunnskap, og dybden av kunnskap, som kan kreves.

Den noe uheldige oppdelingen av forholdsmessighetsvurderingen skyldes endringer gjort av MD. Hele andre punktum i første ledd i nml § 8, ble tilføyd av MD⁴² for å presisere at ”det må foretas en avveining mellom kostnadene ved ev. å fremskaffe ny kunnskap og sakens karakter og mulig miljørisiko”. I utkastet skulle ”[m]yndighetsutøving som berører naturmangfoldet (...) i størst mulig omfang bygge på vitenskaplig kunnskap” (min kursivering) om naturmangfoldet. Det synes klart at utkastets ordlyd uttrykker en strengere regel enn ordlyden ”så langt rimelig” i den endelige loven. Departementet har gjennom endringen svekket nml § 8 sin gjennomslagskraft og styrket posisjonen til de hensynene som taler mot et strengt krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Heller ikke når det gjelder disse endringene av nml § 8 har MD i tilstrekkelig grad tilpasset regelen på annen måte enn å gjøre tilføyelser. Dette gjør at nml § 8 på nok et punkt blir en tungvint og upraktisk regel å anvende.

En forarbeidsuttalelse om at et ”absolutt krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag for enhver beslutning som berører naturmangfoldet ville favne altfor vidt” kan imidlertid tyde på at kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag ikke er absolutt⁴³. Uttalelsen kan imidlertid ikke vurderes uten sin kontekst. Bakgrunnen for uttalelsen er en redegjørelse for byrdene som blir pålagt tiltakshavere ved krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Noen ganger kan kravet om vitenskaplighet måtte frafalles fordi det blir uforholdsmessig tyngende i forhold til ”sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet”. Det fremgår videre at formålet med forholdsmessighetsvurderingen er å hindre at alt for stor byrde blir pålagt tiltakshaver eller den som må skaffe til veie den vitenskaplige kunnskapen⁴⁴. Det synes dermed å være klart at forholdsmessighetsvurderingen retter seg mot mengden og dybden av kunnskap som kan kreves.

Spørsmålet om forholdsmessighetsvurderingen også hjemler fravikelse av kravet om ”vitenskaplig kunnskap” behandles ikke i forarbeidene. Forarbeidene utelukker altså ikke en forholdsmessighetsvurdering av kravet om ”vitenskaplig kunnskap”. Men det fremstår som lite sannsynlig at lovmakerene i det hele tatt har vurdert problemstillingen. Rettskildemessig vil det derfor ikke være holdbart å tilpasse forholdsmessighetsvurderingen slik at den senker kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag, selv om det gjøres for å tillate et videre spekter av momenter i kunnskapsgrunnlaget. Det ville vært å tillegge nml § 8 virkninger som lovgiver ikke bevisst har gitt den. Forholdsmessighetsvurderingen kan derfor ikke tolkes slik at den også retter seg mot kravet om ”vitenskaplig kunnskap”. Så langt fremstår kravet om

⁴¹ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, kommentar til § 8, andre spalte.

⁴² Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 91, punkt 8.5.5.1.

⁴³ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

”vitenskaplig kunnskap” som absolutt, med den virkning at argumenter som ikke når opp til standarden ”vitenskaplig kunnskap” må avvises fra vurderinger som leder frem mot beslutning som berører naturmangfoldet. I dette lyset fremstår ”vitenskaplig kunnskap” nærmest en standard for hvilke argumenter som er gyldige i kunnskapsgrunnlaget.

Det kan da tenkes at argumenter som finnes om ”arters bestandssituasjon, naturtypers utberedelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger” må utelukkes fra kunnskapsgrunnlaget fordi argumentene ikke oppfyller standarden ”vitenskaplig kunnskap”. Eksempelvis vil det være nærmest umulig å fastslå vitenskaplig hvordan et konkret korallrev vil påvirkes av oljeboring i nærheten fordi det vil kreve store ressurser og observasjoner over lengre tid. Da må nødvendigvis en del av de argumenter som taler imot inngrep og for vern måtte bygge på kvalifiserte gjetninger, antagelser og vitenskaplige teorier. Det er vanskelig å forestille seg at slike argumenter ikke skal kunne være gyldige argumenter i kunnskapsgrunnlaget for ”beslutninger som berører naturmangfoldet”.

En streng ordlydsfortolkning av nml § 8 vil hindre at viktige argumenter om naturmangfoldet kommer frem, og ville kunne hindre vernevedtak. Dessuten vil en slik tolkning stå i veien for at forvaltningen av naturmangfoldet bygger på den beste kunnskapen som til enhver tid er tilgjengelig, noe som er en helt grunnleggende side ved føre- var – prinsippet og det sentrale formålet bak nml § 8. Å tolke ”vitenskaplig kunnskap” som en absolutt minstestandard for gyldige argumenter i kunnskapsgrunnlaget vil gi nml § 8 virkning i strid med sitt formål. Dette taler i seg selv for at nml § 8, når det gjelder argumenter imot inngrep og til støtte for naturmangfoldet, ikke kan tolkes i tråd med sin ordlyd, men heller i tråd med sitt formål. Som kjent er formålet med nml § 8 å oppfylle de norske forpliktelsene i forhold til biomangfoldkonvensjonen og å sikre at forvaltningen av naturmangfoldet skjer i tråd med føre- var – prinsippet. Formålmessig tolkning av nml § 8 vil også samsvare bedre med prinsippet om at manglende kunnskap aldri er et gyldig argument mot vern. Vern er et tiltak som også må kunne iverksettes når usikkerheten rundt naturmangfoldets tilstand er stor. Usikkerhet om naturmangfoldets tilstand vil til og med være et argument for vern. Ordlyden ”vitenskaplig kunnskap” må dermed tolkes slik at formålene bak nml § 8 ikke hindres oppfylt. Dette innebærer i praksis at argumenter imot inngrep eller for vern av naturmangfoldet under gitte forutsetninger må kunne aksepteres selv om standarden ”vitenskaplig kunnskap” ikke er oppfylt.

3.3.2.2 Virkningene av formålmessig tolkning av ”vitenskaplig kunnskap”.

Spørsmålet som reiser seg dersom ”vitenskaplig kunnskap” skal tolkes i samsvar med formålet bak nml § 8 er hvilken kunnskap som kan aksepteres som del av kunnskapsgrunnlaget. Formålmessig tolkning av ”vitenskaplig kunnskap” betyr ikke at alle argumenter mot inngrep og for vern er gyldige. Det vil følge av formålene bak nml § 8, og biomangfoldkonvensjonen, at det fremdeles vil måtte kreves kunnskap av høy kvalitet og med høy grad av sannsynlighet som grunnlag for offentlige beslutninger. Begrepet ”vitenskaplig kunnskap” vil derfor fremdeles utgjøre den standard som argumenter måles etter for å vurderes som gyldige i kunnskapsgrunnlaget. Føre- var - prinsippet krever imidlertid at det gjøres unntak fra standarden når det gjelder argumenter til støtte for vern eller mot inngrep i naturmangfoldet. Kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag står dermed imot kravet om formålmessighet. Hvilke argumenter som skal aksepteres i kunnskapsgrunnlaget vil måtte bero på en vurdering av om kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag hindrer formålmessig

oppfyllelse av nml § 8. Hvis så er tilfellet må kravene til kunnskapsgrunnlaget senkes. Ved vurderingen vil de samme momenter som avgjør om en vitenskapelig teori kan være å regne som "vitenskapelig kunnskap" være med å avgjøre om en konkret kunnskap skal kunne være del av kunnskapsgrunnlaget. Standarden "vitenskapelig kunnskap" er uttrykk for en markert regel. Det er mest nærliggende å anta at bare kunnskap som ligger nært opp til å være "vitenskapelig kunnskap" vil kunne aksepteres i kunnskapsgrunnlaget. Da er det mest nærliggende å tenke seg at vitenskapelige teorier, kvalifiserte gjetninger og antagelser med en betydelig vitenskapelig forankring, og anerkjennelse, vil kunne aksepteres som del av kunnskapsgrunnlaget.

Kravet til kunnskapsgrunnlaget kan uansett ikke senkes lenger enn at utredningsplikten etter fvl § 17 er oppfylt. Beslutningstakeren plikter å påse at "saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes". Om utredningsplikten står i fare for ikke å bli oppfylt vil bero på en rettskildemessig tolkning av fvl § 17 og tilhørende tolkningspraksis. En subsumsjon under fvl § 17 kan ha som resultat at utredningsplikten ikke er oppfylt og at saken ikke kan opplyses godt nok til at det er forsvarlig å fatte vedtak.

3.3.2.3. Når heller ikke formålmessig tolkning fører frem.

En beslutningstaker kan komme i den situasjon at det ikke finnes kunnskap å basere avgjørelsen på også etter en formålmessig tolkning av "vitenskapelig kunnskap". I slike tilfeller vil føre- var – prinsippet utgjøre det sterkeste holdepunkt for hva avgjørelsen bør gå ut på. Prinsippet er lovfestet i nml § 9 første setning hvor det fremgår at "[n]år det treffes en beslutning" og tilstrekkelig kunnskap mangler, skal det "tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet". Dette kan for det første innebære at det stilles vilkår ved en tillatelse. Vilkåret vil da typisk være et krav om at naturmangfoldet skal skånes fra skade så langt som mulig. For det andre kan det følge av føre- var – prinsippet i nml § 9 at søknad om naturinngrep må avslås.

Hvilket konkret innhold en avgjørelse vil få når det ikke foreligger tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag vil ellers måtte følge av forvaltningsrettslige regler. Tre utfall er likevel mulige. For det første kan søknad om inngrep i naturmangfoldet måtte avslås. For det andre kan beslutningstakeren under gitte forutsetninger utsette å treffe beslutning til tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag foreligger. For det tredje kan tiltaket godkjennes med vilkår om at skade på naturmangfoldet skal unngås så langt det er mulig. Et mulig fjerde utfall kan være at den private part blir pålagt selv å skaffe til veie tilstrekkelig kunnskap. Dette vil imidlertid følge av den konkrete forholdsmessighetsvurderingen i hver enkelt sak. Mer om dette under punkt 3.5.

3.4. Hvem skal fremskaffe kunnskapen?

Mangler det tilstrekkelig kunnskap til å treffe beslutning reiser dette spørsmålet om den offentlige beslutningstakeren kan pålegge den private tiltakshaver å fremskaffe tilstrekkelig kunnskap for egen regning.

Plikten til vitenskaplig kunnskapsgrunnlag om naturmangfoldet påhviler i utgangspunktet den offentlige beslutningstaker. Dette følger også av fvl § 17 som pålegger forvaltningsorgan utredningsplikt. Det skilles imidlertid mellom de tilfeller hvor det er det offentlige som er den initierende part, det vil i praksis si saker hvor det offentlige gjør inngrep overfor private. Her påhviler plikten til å fremskaffe kunnskap det offentlige. Når den private part initierer prosessen som leder frem til en avgjørelse, saker hvor det offentlige gir en tillatelse, påhviler det vanligvis den private part å fremskaffe informasjon som tilsier at tillatelse i henhold til søknad bør gis. Dette følger av alminnelig forvaltningspraksis⁴⁵. Dette ligger også til grunn for systemet i plan- og bygningslovgivningen, herunder reglene om miljøkonsekvensutredninger. I plan- og bygningslovens § 14-5 i kapittel V om konsekvensutredninger er praksisen lovfestet, og det fastslås at "[k]ostnadene ved utarbeiding av (...) konsekvensutredning bæres av forslagsstilleren". Regelen er uttrykk for en viss sammenheng med prinsippet om at den som forurensar plikter å betale for reparasjoner av naturskader og prinsippet om at tiltakshaver betaler for å forebygge naturskade. Disse prinsippene gir grunnlag for å anta at også tiltakshaver etter nml § 8 kan pålegges å fremskaffe tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag for egen regning. Reglene om miljøkonsekvensutredninger har sterke likhetstrekk med nml § 8. Forholdene kan dermed ligge til rette for analogisk bruk av pbl § 14-5 ved avgjørelsen av hvem som skal belastes kostnadene ved fremskaffelse av "vitenskaplig kunnskap".

3.5. Forholdsmessighetsvurderingen.

Kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag for "offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet" vil kunne være omfattende og avhengig av omstendighetene vil kravet kunne virke ganske tyngende. Som vist under punkt 3.4 kan den offentlige beslutningstakeren kreve at tiltakshaveren fremskaffer nødvendig vitenskaplig kunnskap. Kravet om å fremskaffe vitenskaplig kunnskapsgrunnlag kan dermed i utgangspunktet pålegges hvilken som helst tiltakshaver, uansett tiltakets størrelse. Hvor tyngende kravet til kunnskapsgrunnlaget i realiteten blir, avhenger i stor grad av hvor tilgjengelig kunnskapen er.

Her har MD gjort betydelige endringer i forhold til biolovutvalgets utkast. Opprinnelig skulle offentlige beslutninger "i størst mulig omfang" bygge på vitenskaplig kunnskapsgrunnlag. Dette ble av MD endret til "så langt det er rimelig" og "i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet". Endringen innebærer at pliktene som kunne bli pålagt tiltakshaver nå blir gjenstand for en grundigere vurdering. Bestemmelsen fikk en større sikkerhetsventil når det gjelder å minske byrden som kan bli pålagt tiltakshaver. Hensynene til tiltakshaver er etter endringene betydelig styrket og hensynene til naturmangfoldet er tilsvarende svekket.

I utgangspunktet kan det kun kreves at man fremskaffer allerede eksisterende kunnskap. Kun unntaksvis kan det reises krav om fremskaffing av ny vitenskaplig kunnskap⁴⁶. Forholdsmessighetsvurderingen retter seg dermed mot to elementer. For det første hvor mye og hvor grundig utført vitenskaplig kunnskap som kan kreves. Denne kunnskapen kan være allerede eksisterende. For det andre må eventuelt vurderes i hvilken grad det er forholdsmessig å pålegge den private parten å fremskaffe ny kunnskap for egen regning.

Resultatet beror på en avveining mellom kostnadene ved å fremskaffe kunnskapen på den ene siden og behovet for vitenskaplig kunnskapsgrunnlag på den andre siden. Behovet for

⁴⁵ Se for eksempel Eckhoffs Forvaltningsrett på side 250, Ot.prp nr. 52 (2008-2009) på side 92, punkt 8.5.5.4.

⁴⁶ Ot.prp. nr.52 (2008-2009) på side 379, merknader til § 8.

vitenskaplig kunnskap henger nøye sammen med vurderingen av hvordan beslutningen ”berører naturmangfoldet”, se punkt 2.2.3. Her må den offentlige beslutningstakeren selv vurdere hvilket behov som må ligge til grunn for forholdsmessighetsvurderingen. Berøringen beslutningen har med naturmangfoldet må som nevnt være *tilstrekkelig* til å ha *reell* berøring med naturmangfoldet. Antageligvis vil føre- var – prinsippet også her legge sterke føringer. Usikkerhet rundt hvordan naturmangfoldet konkret blir berørt vil tale for at behovet for et vitenskaplig kunnskapsgrunnlag er sterkt.

Ved forholdsmessighetsvurderingen skal det tas hensyn til ”sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet”. Ganske mange argumenttyper kan tenkes å falle innunder det vide begrepet ”sakens karakter”. Viktig vil være om det dreier seg om beslutning om vern eller inngrep. Også partens karakteristika vil kunne være av avgjørende betydning. Av en privatperson kan det for eksempel forventes mindre egeninnsats enn fra et oljeselskap. Også hvordan inngrepet rammer i naturen og om, og hvordan, inngrepet lar seg reparere i ettertid vil være viktige argumenter. Listen over hva som kan henføres av argumenter under vurderingsmomentet ”sakens karakter” vil forutsetningsvis kunne bli lang. Vurderingsmomentet ”risiko for skade på naturmangfoldet” vil romme alle argumenter som relaterer seg til inngrepets omfang i tid og sted og hvor stort artsmangfold som vil rammes. Eksempelvis vil svært lite naturmangfold berøres av et vedtak om en større utbygging i Bergen sentrum. Heller ikke ved mindre utbygginger i utmark vil noe særlig naturmangfold bli berørt. Dersom en liten utbygging berører habitatet til en truet art vil imidlertid også et lite inngrep kunne forårsake store skader på naturmangfoldet.

Spesielt med forholdsmessighetsvurderingen etter nml § 8 er at føre- var – prinsippet kan gjøre kravet om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag svært strengt og ufravikelig selv om det blir uforholdsmessig. Dette vil for eksempel bli følgen der behovet for vitenskaplig kunnskap er svært stort. I for eksempel et lite vassdrag kan den økonomiske gevinsten ved en mikro kraftutbygging forsvinne dersom prosjektet underlegges et strengt krav om vitenskaplig kunnskap om habitatet til en mulig truet art som lever i vassdraget. Behovet for vitenskaplig kunnskapsgrunnlag kan i en slik situasjon være så sterkt at det blir ufravikelig. Da vil det i realiteten ikke skje noen forholdsmessighetsvurdering. Man vil da måtte konkludere med at tiltaket ikke blir økonomisk forsvarlig å gjennomføre. Området vil da i praksis være vernet all den tid det ikke finnes vitenskaplig kunnskap som sier at bruk av området er forenelig med ivaretagelse av naturmangfoldet. De problemstillinger et slikt de facto vern utløser faller det utenfor denne fremstillingen å ta stilling til.

Resultatet av at kravet til kunnskapsgrunnlaget skal være forholdsmessig med kostnadene ved å skaffe kunnskapen er at krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag antageligvis kun vil være forholdsmessig ved større inngrep og når det er snakk om ressurssterke aktører. Krav om vitenskaplig kunnskapsgrunnlag vil fort kunne bli vurdert som uforholdsmessig når det gjelder mindre ressurssterke aktører, for eksempel privatpersoner. Vurderingsmomentene er som nevnt vide og en rekke argumenter kan spille inn ved vurderingen, herunder føre- var – prinsippet.

4. Oppsummering.

Regler om krav til kunnskap for offentlige avgjørelser finnes allerede i en rekke sammenhenger, for eksempel fvl § 17 og reglene om miljøkonsekvensutredninger i pbl. Nytt

med nml § 8 er at den er gitt et svært vidt virkeområde ved at den omfatter alle offentlige sektorer hvor avgjørelsene som tas berører naturmangfoldet, uavhengig av om det allerede finnes lovgivning som stiller krav til kunnskapsgrunnlaget eller ikke. Biolovutvalgets utkast var en nyskapende, ambisiøs regel som ville hatt sterke virkninger. MD gjorde endringer som modererte disse, men som samtidig førte til en del tolkningsproblemer. Disse er forsøkt belyst i denne fremstillingen. Styrkingen av forholdsmessighetsvurderingens betydning for bruk av bestemmelsen har svekket hensynene til naturmangfoldet og styrket hensynene til utvikling og bruk av naturressurser. Det er i første rekke de større inngrep i naturmangfoldet at nml § 8 vil få virkning. Når naturmangfoldet er i krise er det kanskje bedre å fremme lovforslag som bidrar til små skritt i riktig retning, enn å fremme lovforslag som effektivt ville ha stanset tapet av biologisk mangfold, men som selv ville ha stanset i lovgivningsprosessen.

5. Litteraturliste.

NOU 2004: 28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold.

Ot.prp. nr. 52. (2008-2009) Lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

”Retten til vern som flyktning”, doktorgradsavhandling av Terje Einarsen, Cicero Publisher, Bergen 2000.

”Naturvern og naturinngrep” av Inge Lorange Backer, Universitetsforlaget AS, Oslo 1986.

”Miljøkonsekvensutgreiing av planar og tiltak”, doktorgradsavhandling av Sigrid Eskeland Schütz, Universitetet i Bergen, 2007.

”Frihagens Forvaltningsrett” av Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, Bind I, Fagbokforlaget/Forlaget A. Frihagen A/S, 2003.

”Lærebok i miljøforvaltningsrett” av Hans Christian Bugge, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2009.

”Forvaltningsrett” av Torstein Eckhoff og Eivind Smith, 8. utgave, Universitetsforlaget, 2006.

”Innføring i naturressurs- og miljørett” av Inge Lorange Backer, 4. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2006.

”Innføring i folkerett” av Morten Ruud og Geir Ulfstein, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2006.

”Rettslig kontroll med usikre følger for naturmiljøet, som følge av utsetting av GMO”, doktorgradsavhandling av Henrik Øvrebø, Universitetet i Bergen, 2009.

”Epistemology. A contemporary introduction to the theory of knowledge” av Robert Audi, Routledge, London and New York, 1998.

Aschehoug og Gyldendals Store Norske Leksikon, 4. utgave, Kunnskapsforlaget 2006.