



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2016 30 stp
Institutt for landskapsplanlegging, ILP.

Naturmangfoldlovens prinsipper for bærekraftig bruk - med fokus på usikkerheten §§ 8 og 9 medfører.

Stian Eriksen
Eiendom

Forord

Denne avhandlingen markerer avslutningen for mine fem år ved Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. Avhandlingen utgjør de siste 30 studiepoengene for å oppnå graden master i eiendom, og er utarbeidet våren 2016.

Valget av avhandlingens tema ble gjort på bakgrunn av interesse for miljørett, og etter en samtale med Nikolai K. Winge ble det betydelig lettere å lande på valg av tema.

Jeg vil takke Tove Kjærstad og Jørgen Storkaas for korrekturlesning av avhandlingen. Avslutningsvis vil jeg rette en stor takk til Nikolai K. Winge, førsteamanuensis i rettsvitenskap ved institutt for landskapsplanlegging som har vært min veileder gjennom arbeidet med avhandlingen. Hans veiledning og brennende engasjement for avhandlingens tema, har vært til stor hjelp for meg gjennom mitt arbeide.

Ås, 12. Mai 2016

Stian Eriksen

Sammendrag

Temaet for avhandlingen omhandler den usikkerheten som forvaltningsorganene opplever, når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven. Videre undersøkes det hva årsakene kan være til at forvaltningen opplever praktiseringen av de miljørettslige prinsippene som vanskelig. Avhandlingen ser i hovedsak på de funnene Multiconsult har gjort på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet i 2014, som tar for seg en gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven.

Funnene som er gjort gjennom arbeidet med avhandlingen, viser at det foreligger flere ulike faktorer som er med på å skape usikkerhet for forvaltningsorganene, som fører til at forvaltningen opplever praktiseringen av prinsippene som vanskelige og praktisere. Det har ikke vært mulig å peke på en konkret ting, som igjen fører til forvaltningens utfordringer. Det viser seg å være en kombinasjon av vanskeligheter med forstå hvordan prinsippene skal utøves i praksis. De databasene som benyttes i vurderingene av de miljørettslige prinsippene har vist seg og tidvis være svært mangelfulle, da de ikke nødvendigvis er oppdaterte med den nødvendige informasjonen. Andre grunner til at forvaltningen opplever at utøvelsen av prinsippene kan være utfordrende, er en del uklare og vage formuleringer i bestemmelsen i naturmangfoldlovens kapittel 2 og hvordan disse skal forstås ved tolkningssituasjoner. Hva utfordringene kan være og innebærer for forvaltningen, er i hovedsak gjort med bakgrunn i Multiconsult rapporten samt mine betraktninger. Dette er gjort da det viste seg at rapporten var av en mer generell karakter, og den gav ikke et godt nok grunnlag for å drøfte rapporten mer inngående. Juridisk litteratur har i mindre grad enn forventet vært med på å kunne belyse, spesifikt hvilke utfordringer forvaltningen opplever og hva mulige årsaker kan være.

Avslutningsvis i avhandlingen drøftes det mulige forbedringspunkter med tanke på de miljørettslige prinsippene. Her diskuteres det først om det vil være et behov for et selvstendig miljøorgan, som vil være en nøytral og objektiv part uten politisk koblinger som kan ta opp saker etter blant annet eget initiativ og etter klager, samt å føre kontroll med forvaltningen. Da dagens kontroll med forvaltningsorganene er fordelt på fem ulike institusjoner, og objektiviteten og nøytraliteten er i flere av tilfellene ikke slik den burde. Dette er videre noe som burde innføres i Norge, på bakgrunn av dagens segmenterte kontrollsituasjon.

Abstract

This master thesis deals with the uncertainty that the government have, when it comes to the practice of the principles of Act relating to the management of biological, geological and landscape diversity (Nature Diversity Act). Further examinations are carried out to show what the reason may be that the government experiences the principles of Nature Diversity act chapter II as difficult. The master thesis looks mainly on the findings that Multiconsult has done on behalf of the Ministry of Climate and Environment in 2014, witch deals with a review of the Nature Diversity Act chapter 2.

The discovery that have been done, shows that there are several different factors that are create uncertainty for the government, witch in turn causes difficulties when they practice the principles of the act. It has not been possible to identify one specific thing that is leading challenges. It proves to be a combination of difficulties in how to the principles should be applied in practice. The databases used in the assessment of the principles of the Nature Diversity Act has been shown and occasionally be deficient, they may not be updated with the required information. Other reasons why the government experience that the exercise of the principle can be challenging, will be part unclear and vague wording of the sections in Nature Diversity Act chapter 2, and how this should be understood when interpreting situations. What this challenges might be and what it means for the government is mainly done of the basis of Multiconsult report and my comments. This is done when it turned out that the report was more of a general nature, and it did not give an adequate basis to illuminate specifically the challenges government experience.

In conclusion treats this master thesis discusses the potential for improvement in terms of the principles of the Nature Diversity Act chapter 2. Here I will be discussing whether there will be a need for an independent environment agency, witch will be a neutral objective party without political links that can take up mattes by including their own initiates and for complaints, and to supervise with the government. When the current control of the government are divided into five different institutions, and objectivity and neutrality in several of the cases not it should. Furthermore, this master thesis looks if it will be room for the requirements to be clarified.

Innholdsfortegnelse

Forord	I
Sammendrag	II
Abstract	III
Kapittel 1 - Innledning	1
1.1 - Tema og problemstilling	1
1.2 - Bakgrunn	2
1.3 - Avgrensinger	3
1.4 - Metode	4
Kapittel 2 - Naturmangfoldlovens miljørettslige prinsipper	6
2.1 - Generelt om prinsippene	6
2.2 - Rettsvirkninger	8
2.3 - Kravet om vitenskapelig kunnskap	10
2.4 - Førre var-prinsippet	12
Kapittel 3 - Erfaringer ved praktiseringen av prinsippene	17
3.1 - Multiconsults mandat.....	17
3.2 - Generelle betraktninger	18
3.3 - Særlig om kunnskapsgrunnlaget og førre var-prinsippet	21
Kapittel 4 - Mulige utfordringer	24
4.1 - Introduksjon til mulige utfordringer, med tanke på plikter og begrunnelse	24
4.2 - Vurderinger	28
4.2.1 - Vurderinger som skal legges til grunn for kunnskapsgrunnlaget	28
4.2.2 - Vurderinger som forvaltningen skal legge til grunn for førre var-prinsippet	33
4.3 - Skjønn/vage/uklare formuleringer i naturmangfoldloven §§ 7, 8 og 9.....	36
Kapittel 5 - Mulige forbedringspunkter	41
5.1 - Kan kravene rettsliggjøres, og er det behov for et eget politisk og nøytralt kontrollorgan for miljø saker i Norge?	41
5.2 - Kan kravene tydeliggjøres?	46
5.3 - Samlede betraktninger og konklusjon	49
Litteratur	51
Forarbeider	52
Lover	52
Nettsider.....	52
Forarbeider	53

Kapittel 1 – Innledning

1.1 – Tema og problemstilling

Temaet i denne avhandlingen gjelder praktiseringen av naturmangfoldloven¹ §§ 8 og 9. Bakgrunnen er rapporten ”Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven”² som Multiconsult utarbeidet på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet i 2014. Rapporten, viser at det er knyttet betydelige utfordringer til praktiseringen og bruken av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven. Med utgangspunkt i denne rapporten søker avhandlingen å klargjøre årsaken til at det oppleves utfordrende å praktisere naturmangfoldlovens prinsipper. Dertil vil avhandlingen forsøke å avdekke eventuelle svakheter i gjeldende rettsregler, samt komme med forslag til mulige forbedringer.

Problemstillingen som danner utgangspunkt for analysen lyder som følger:

”Hva kan årsaken være til at det oppleves som vanskelig for forvaltningen å praktisere bestemmelsene i naturmangfoldloven §§ 8 og 9?”

Som avhandlingen vil vise er det til dels store variasjoner blant forvaltningen når det gjelder grader av utfordringer med hensyn til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven. Etter å ha gått igjennom rapporten er det tydelig at det er veldig varierende kunnskaper hos forvaltningen når det kommer til selve praktiseringen av naturmangfoldloven, og det som er interessant i dette er at problematikken er mer fremtredende jo lenger ned i ”forvaltningshierarkiet”³ man kommer. Hvorfor er det slik, hva kan grunnene være, eller er det slik virkeligheten er? Det er vel en mer legitim måte å stille spørsmålet på da rapporten hadde en noe varierende svarprosent.⁴

Rapporten viser at det knytter seg minst utfordringer til praktiseringen av §§ 11 og 12, og utfordringene gjelder i hovedsak bestemmelsene i nml. §§ 8 og 10.

¹ Lov 19. Juni 2009 nr. 100 om naturens mangfold (naturmangfoldloven). (Heretter nml).

² Multiconsult 2014 ”Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven” (heretter omtales denne som ”rapporten”).

³ Sett fra en nedadgående linje: Departement, fylkesmannens miljøvernavdelinger/nasjonalt park/verneområdestyret, direktoratene, fylkeskommunen og kommunene.

⁴ Multiconsult 2014, s. 23.

1.2 – Bakgrunn

Miljøvern og fokuset på en mer helhetlig forvaltning av naturmangfoldet, er veldig aktuelt i dagens samfunn, og dette reiser flere interessante spørsmål. Det vil være interessant å undersøke hvilke krav de nye bestemmelsene i naturmangfoldloven pålegger forvaltningen. Dette kan bidra til å belyse hvilke utfordringer som knytter seg til praktiseringene. I Norge har vi hatt et stort fokus på miljøet i lang tid, men vi fikk en større bevisstgjøring på miljøvern da Grl. § 110 b kom inn i grunnloven i 1992. Dette viser at naturmangfoldet i Norge har fått en sterk rettslig beskyttelse, og er konstitusjonelt forankret gjennom grunnloven.

I forbindelse med grunnlovens 200-års jubileum ble Grl. § 110 b omgjort til § 112, innholdet i bestemmelsen er mer eller mindre identisk bortsett fra bestemmelsens tredje ledd som er omformulert med den hensikt å styrke bestemmelsen, samt at Grunnloven er gitt en språklig fornyelse.

Grunnlovens bestemmelse jf. § 112 første ledd lyder som følger:

”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.”

Det at vi gjennom Grunnloven har fått et styrket fokus på vern av miljøet har medført at Stortinget er pålagt å gjennomføre ulike tiltak gjennom lover og stortingsvedtak. Videre er tanken bak bestemmelsen i Grl. § 112 at den skal være bindende for samfunnet og ikke bare ”løst” fremsatt i en erklæring.⁵

Naturmangfoldloven er relativ ny av dato, og loven ble satt i kraft 16.06.2009. At Klima- og miljødepartementet i 2014 ga Multiconsult i oppdrag å gjennomgå praktiseringen av naturmangfoldloven, taler for at lovverket kanskje er klart for enkelte forbedringer. Mandatet Multiconsult ble gitt, tyder videre på at dagens Regjering ikke er så fornøyd med loven slik den fremstår per dags dato. Dette viser at dagens Regjering ønsker å gjøre noe med naturmangfoldloven.

⁵ Nikolai Kristoffersen Winge 2013, ”Kampen om arealene – Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning”, (Heretter Winge 2013).

Gjennom regjeringsplattformen ”Sundvoll-erklæringen”⁶ ønsker Regjeringen ikke nødvendigvis en ny lov, men en gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven. Som tidligere nevnt er det bruken og praktiseringen av de miljørettslige prinsippene som fremstår som vanskelig for forvaltningen, men hvorfor er det slikt? Dette vil bli behandlet under avhandlingens kapittel 4. Bestemmelsene i nml. §§ 8 til 12 er viktig for at vi kan forvalte naturen og miljøet på en mer helhetlig måte, da det er oppstått uklarheter knyttet opp dette arbeidet er det kanskje på tide at noen vier tid til dette arbeidet og gjør en evaluering/undersøkelse og ser om det lar seg gjøre å avdekke svakheter, se på årsaker samt om det vil være rom for forbedringer i det eksisterende lovverket. Hensikten med denne avhandlingen er å bidra til å belyse disse spørsmålene.

1.3 – Avgrensinger

Her vil jeg gjøre rede for de avgrensningene jeg foretar meg i avhandlingen med tanke på de 30 studiepoengene avhandlingen skal omhandle. De miljørettslige prinsippene i naturmangfoldlovens kapittel 2 er et stort og omfattende tema, av den grunn har jeg valgt å begrense avhandlingens omfang til kun i hovedsak å gjelde nml. § 8 og 9. Årsaken til dette er at det er en nær sammenheng mellom bestemmelsene. Avhandlingen vil imidlertid ta for seg nml. § 7 som vil omtales nærmere under punkt 2.2, dette er for å belyse rettsvirkningene av de miljørettslige prinsippene. Bestemmelsen vil også bli omtalt under punkt 4.1 og 4.3. Videre reiser bestemmelsen i nml. § 10 som omhandler prinsippet om samlet belastning flere interessante spørsmål, men grunnet avgrensningen vil fokuset i avhandlingen rettes mot bestemmelsene ovenfor. Det finnes videre et bredt omfang av kilder som kunne gi interessante perspektiver på det temaet avhandlingen behandler, som blant annet en rikholdig forvaltningspraksis. Her vil det være naturlig å velge ut noen caser slik at man vil kunne få et representativt utvalg for forvaltningen. Dette vil kunne belyse hvordan utøvelsen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven fungerer i praksis. En annen farbar vei vil også være å ta for seg nml. § 10 som det også er knyttet utfordringer til når det kommer til praktiseringen av prinsippene, dette kunne være en annen vinkling på avhandlingens tema.

⁶ Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet 2013, s. 60. (Heretter Sundvoll-erklæringen).

Jeg har likevel valgt å avgrense avhandlingen til en behandling av Multiconsult sin rapport, samt studie av lovverk og tilhørende rettskilder. En annen viktig avgrensning i avhandlingen vil være at jeg kun behandler norsk rett og rettspraksis. Det kunne videre vært interessant og sett på hvilke følger og betydninger avhandlingens tema har innenfor EU.

Å innlemme dette i avhandlingen i tillegg til bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9 ville blitt for mye å komme i mål med, dette ville ført til at jeg ville hatt problemer med å behandle dette på en tilfredsstillende måte innenfor 30 studiepoeng.

På bakgrunn av at jeg har valgt en teoretisk vinkling på avhandlingen, har jeg som nevnt ikke gått inn og behandlet hvordan forvaltningspraksisen knyttet til de miljørettslige prinsippene utføres eller fungerer i praksis. Dette ville være en svært interessant vinkling å tatt for seg, men da kan vi stille spørsmålet: hvor mange kommuner, fylker eller saker skulle jeg behandle for at vi skulle fått til noe som ville vært representativt for den samlede forvaltningen.

1.4 – Metode

Her vil jeg gjøre rede for metoden jeg har benyttet meg av for å besvare problemstillingen herunder: hvilke utfordringer som har/kan oppstå ved den metoden jeg har benyttet meg av, og de forbehold som er tatt i avhandlingen. Kilder jeg i hovedsak har benyttet meg av gjennom arbeidet med denne avhandlingen er: lovverk,⁷ forarbeider,⁸ juridisk litteratur,⁹ rapporten fra Multiconsult¹⁰ og annen relevant litteratur. Kildene jeg har valgt å benytte meg av i forbindelse med denne avhandlingen, er skrevet av forfattere og fagfolk med en stor faglig tyngde. De skisserte kildene er videre godt dokumenterte, og må ansees å være av god kvalitet.

Avhandlingen bygger i hovedsak på en litteraturstudie, dokumentgjennomgang og videre en gjennomgang av det kilde grunnlaget som jeg har skissert ovenfor. Dette har blitt gjennomgått for å finne bakgrunnen(e) ved de utfordringene som er knyttet opp mot praktiseringen av de

⁷ Naturmangfoldloven, Grunnloven, Forvaltningsloven, Plan- og bygningsloven.

⁸ NOU 2004: 28 – Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven), Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) – Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

⁹ *Innføring i naturressurs- og miljørett* (2012) Inge Lorange Backer, *Naturmangfoldloven kommentarutgave* (2010) Inge Lorange Backer, *Lærebok i miljøforvaltningsrett* (2015) Hans Chr. Bugge, *Kampen om arealene – Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning* (2013) Nikolai Kristoffersen Winge.

¹⁰ *Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven* (2014) Multiconsult.

miljørettslige prinsippene. Denne fremgangsmåten er valgt for å prøve å belyse problematikken knyttet til praktiseringen av det gjeldende lovverket.

En av de utfordringen jeg har støtt på i arbeidet med avhandlingen er det snevre kildegrunnlaget med tanke på hva som finnes av juridisk litteratur til dette temaet og hvor grundig jeg skal gå i behandlingen av avhandlingens tema. Den tilgjengelige litteraturen vedrørende temaet, har vist seg og være tilnærmet fraværende med tanke på hva som kan tenkes å være en årsak til de utfordringene som forvaltningsorganene opplever, knyttet til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Dette har medført at det var vært noen utfordringer knyttet opp mot arbeidet med avhandlingen, da i stor grad kapittel 4 og 5 er basert på mine egne betraktninger. Selv om det er funnet støtte på noe av hva som kan tenkes å være de utfordringen forvaltningen opplever i det nevnt kildegrunnlaget ovenfor.

Rapporten som Multiconsult avla på vegne av Klima- og miljødepartementet har blitt benyttet for å kunne være med å belyse utfordringene forvaltningen opplever, den har videre blitt gjennomgått i lys av den nevnte litteraturen ovenfor for å se om det er beskrevet hva som kan vanskeliggjøre praktiseringen, men dette har vist seg å være vanskelig å få et godt tak på. Det har vist seg at rapporten er av en mer generell karakter, da den ikke viser bakgrunnene til utfordringene som oppleves med tanke på praktiseringen. Rapporten viser kun at det er utfordringer knyttet til praktiseringen. Dette har medført at jeg har på bakgrunn av mine egne betraktninger, måtte se på hva som utfordringen kan være, da grunnlaget i rapporten ikke gir en dyp nok gjennomgang til å drøftes mer inngående.

Samt utfordringen jeg vil stå ovenfor, da det kommer til tolkningen av lovverket med tilhørende miljørettslige prinsipper, da jeg ikke innehar juridisk kompetanse, på lik linje med de som har en master i rettsvitenskap. Perspektivet mitt er ikke å foreta en rettsdogmatisk drøftelse, men jeg må allikevel forholde meg til jussen, da rettsregler er en del av det materialet jeg har valgt å undersøke. Og videre innehar jeg ikke det juridiske perspektivet en jurist ville hatt.

Kapittel 2 – Naturmangfoldlovens miljørettslige prinsipper

I dette kapitlet behandler jeg de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven, behandlingen er begrenset til å gjelde nml. §§ 7, 8 og 9. I første del gis det en generell beskrivelse av de miljørettslige prinsippene, under punkt 2.2 beskrives rettsvirkningene av prinsippene, deretter behandler jeg kravet om vitenskapelig kunnskap under punkt 2.3 og runder av kapitlet med en redegjørelsen for føre var-prinsippet under punkt 2.4.

2.1 – Generelt om prinsippene

De miljørettslige prinsippene er hjemlet i nml. §§ 8 til 12, skal legges til grunn som retningslinjer når offentlige myndigheter skal treffe beslutninger som vedgår naturmangfoldet. Anvendelsesområdet for de miljørettslige prinsippene i 8 til 12 fremgår av naturmangfoldloven § 7. Denne bestemmelsen kommer jeg tilbake til senere. I tillegg danner formålsbestemmelsen, en ramme for bestemmelsenes anvendelsesområde.

Behovet for en ny lov om naturmangfoldet oppstod blant annet på bakgrunn av utfordringer i samfunnsutviklingen som den forrige naturvernloven av 1970 ikke tok høyde for.¹¹

Daværende naturvernlov inneholdt ikke de miljørettslige prinsipper eller hjemler som omhandlet muligheter for å gi regler om arter i naturmangfoldet eller en regulering av fremmede organismer. Naturvernloven av 1970 var først og fremst en vernelov, i motsetning til dagens naturmangfoldlov. Videre så lovgiver behovet for blant annet virkemidler for å ivareta hele naturmangfoldet på en mer dekkende måte, samt å legge til rette for gjennom lovverket å bygge opp under en bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet. I NOU 2004:28¹² diskuteres behovet for ny lov på bakgrunn økt menneskelig aktivitet som kan være en medvirkende årsak til skader på truede naturtyper, og det er utviklet nye kunnskaper vedrørende økosystemer og artene samt biomangfoldkonvensjonen som fokuserer på koblingen mellom bruk og vern a naturen.

FN-konvensjonen angående biologiskmangfold blir i ot.prp.nr. 52 trukket frem som den miljøavtalen som for alvor setter fokuset på sammenhengen ”*mellom bruk og vern*”, og videre at dette fokuset bør vektlegges gjennom det norske lovverket.

¹¹ Ot.prp. nr. 52, s. 13.

¹² Se s. 175 – 176.

Dette skiftet i naturforvaltningen har kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen. Det følger av nml. § 1 første ledd at:

”Lovens formål er at naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern, også slik at den gir grunnlag for menneskers virksomhet, kultur, helse og trivsel, nå og i fremtiden, også som grunnlag for samisk kultur.”

Som det fremkommer av ordlyden, legges det opp til at naturen skal sikres gjennom ”bærekraftig bruk og vern”. Ifølge forarbeidene, skal lovens virkemidler bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet.¹³

Bærekraftig bruk vil si at vi må ivareta hele naturmangfoldet, det vil ikke være tilstrekkelig å kun verne enkelte områder eller frede forskjellige arter. Når utviklingen av samfunnet går sin gang må vi utvikle områdene slik at vi ikke ødelegger de naturlige områdene som arter lever i og videre utvikle mål for hvordan naturen kan ivaretas.

Hele naturmangfoldet må forvaltes slik at de godene naturen gir, vil gi våre etterkommere de samme mulighetene som oss.

Begrepet ”bærekraftig utvikling” som kom på dagsorden gjennom Brundtlandskommisjonens rapport ”Vår felles fremtid” I 1987. Prinsippets kjerne slik det er nevnt i rapporten, er at vi må ivareta naturmangfoldet og at vi ser dagens utvikling av fremtidig bruk å utnyttelse, på en slik måte at kommende generasjoner skal få de samme mulighetene som oss. Begrepet bærekraftig bruk var en ny tanke den gangen og fremstår som noe vag og generell. Dette er videre i tråd med naturmangfoldlovens formålparagraf.

Som det fremkommer av kommentarutgaven til naturmangfoldloven innehar begrepet ”bærekraftig bruk” tre ulike aspekter: Økologisk, sosialt og økonomisk, mens det er aspektet vedrørende økologisk som er fremtredende i lovens forstand.¹⁴ Når det gjelder forståelsen av dette begrepet, må det forstås som forsvarlig og hensiktsmessig utnytting av naturen. For å ivareta en bærekraftig utvikling av naturen inneholder naturmangfoldloven forskjellige bestemmelser som hensikt å legge til rette for en bærekraftig bruk av naturen. Blant annet kapittel 2 som omhandler alminnelige bestemmelser om bærekraftig bruk. Begrepet er ikke til hinder for bruk av naturens ressurser, men setter grenser for vår utnyttelse med tanke på de

¹³ Ot.prp. nr. 52, s. 57.

¹⁴ Inge Lorange Backer 2010, ”Naturmangfoldloven kommentar utgave” s. 67, (heretter Backer 2010).

fremtidige generasjoner som kommer, slik at vi må behandle naturmangfoldet med varsomhet.

De prinsippene som omtales i naturmangfoldlovens kapittel to er § 8 – kunnskapsgrunnlaget, § 9 – føre var-prinsippet, § 10 – økosystemtilnærming og samlet belastning, § 11 – kostnadene ved miljøforringelse skal bæres av tiltakshaver og § 12 – miljøforsvarlig teknikker og driftsmetoder. Videre i dette kapittelet er det kun §§ 7, 8 og 9 som vil bli behandlet grundig, dette er fordi det er en nær sammenheng mellom disse. Selv om det fremkommer av rapporten ”Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven”¹⁵ at de største utfordringen for forvaltningen er knyttet til bestemmelsene i §§ 8 og 10.

2.2 – Rettsvirkninger

Jeg har valgt å behandle naturmangfoldlovens § 7 fordi bestemmelsen angir rettsvirkningene av de miljørettslige prinsippene jf. § 8 til 12. Det at bestemmelsen legger opp til at prinsippene skal angis som retningslinjer kontra rene rettskrav, kan være medvirkende til å skape noe usikkerhet når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Kan dette være en av årsakene til at bestemmelsene synes vanskelige å praktisere? Dette vil jeg komme tilbake til under kapittel fire, hvor jeg behandler mulige utfordringer ved de miljørettslige prinsippene i nml. kapittel 2, samt vage og uklare formuleringer i nml. §§ 7 til 9.

Bestemmelsen i nml. § 7 angir anvendelsesområdet for de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven, samt rettsvirkningene av dem. Det fremgår av bestemmelsen at:

”Prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom. Vurderingen skal fremgå av beslutningen.”

Bestemmelsen avgrenses til å gjelde prinsippene i nml §§ 8 til 12 samt offentlig beslutningstaking. Bestemmelsene gjelder offentlig myndighetsutøvelse etter naturmangfoldloven og annet sektorlovverk som har innvirkning på naturmangfoldet. Dette vil si at ethvert forvaltningsorgan er forpliktet til å ta hensyn til prinsippene, uavhengig av hvilken lov myndigheten utledes fra.

¹⁵ Multiconsult 2014.

Det at bestemmelsen legger opp til at prinsippene ”*skal legges til grunn som retningslinjer*” må forstås som at forvaltningen er forpliktet til å ta prinsippene til betraktning ved utøving av offentlig myndighet i forbindelse med naturmangfoldet. Dette betyr ikke at prinsippene nødvendigvis trenger å være avgjørende i enhver sak som berører naturmangfoldet, da andre samfunnsmessige hensyn og behov vil kunne være av betydning. Men som det omtales i forarbeidene skal alltid forvaltningen av naturmangfoldet utøves ”*i samsvar med retningslinjene.*”¹⁶ Backer¹⁷ kommenterer videre at dette standpunktet kan være vanskelig å forsvare i de tilfeller hvor det kommer frem at det er tatt for lite hensyn til prinsippene.

Som det har vært diskutert i forarbeidene¹⁸ hvorvidt de miljørettslige prinsippene skulle angis som retningslinjer eller være juridisk bindende for forvaltningen. Det man har landet på er resultatet av en politisk dragkamp, hvor enkelte ville at prinsippene skulle være helt klare rettskrav for forvaltningen mens andre vil at prinsippene skulle romme mulighetene for skjønnsutøving for forvaltningen. I følge NOU 2004:28¹⁹ ville varianten hvor bestemmelsen hadde blitt definert som et klart rettskrav, ville bestemmelsen blitt mer ullent formulert i lovteksten samt at rekkevidden av bestemmelsen hadde blitt mer uklar. Dette er noe jeg vil komme tilbake til under kapittel 4, hvor jeg behandler mulige utfordringer.

De prinsippene som fremgår av bestemmelsen i nml § 7 omhandler saker etter naturmangfoldloven og annet sektorlovverk som medfører at naturmangfoldloven er å ansees som en tverrgående lov.

Etter bestemmelsens annet punktum heter det at vurderingen som forvaltningsorganet skal foreta ”*skal fremgå av beslutningen*”. Dette vil si at forvaltningen skal gjøre rede for hvilken rolle prinsippene i nml. §§ 8 til 12 har hatt i den aktuelle saken og hvordan prinsippene er vektlagt. Dette er i tråd med begrunnelsesplikten som følger av forvaltningsloven § 25 og vil gjelde selv om begrunnelsesplikten etter de alminnelige forvaltningsreglene ikke skulle foreligge, jf. ot.prp. nr 52 s. 378.

¹⁶ Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven), s. 378. (Heretter ot.prp.nr 52).

¹⁷ Backer 2010 s. 85.

¹⁸ NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold, s. 190. (Heretter NOU 2004:28).

¹⁹ Se side 190.

2.3 – Kravet om vitenskapelig kunnskap

Kravet om vitenskapelig kunnskap følger av nml § 8, det heter i bestemmelsens første og annet ledd at:

(1) *”Offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap om arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger. Kravet til kunnskapsgrunnlaget skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet.*

(2) *Myndighetene skal videre legge vekt på kunnskap som er basert på generasjoners erfaring gjennom bruk og samspill med naturen, herunder slik samisk bruk, og som kan bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet.”*

Formålet bak denne bestemmelsen er at forvaltningen skal inneha et bredt kunnskapsgrunnlag når de skal fatte beslutninger som kan innebære skader på naturmangfoldet, og på den måten skape en bærekraftig forvaltning av naturen. I henhold til NOU 2004:28²⁰ fremkommer det at viktigheten av å inneha et godt kunnskapsgrunnlag. Dette er for å inneha et så godt som mulig grunnlag for å ivareta bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet. Videre i kapittel 11.8²¹ understrekes det viktigheten av å inneha grundig informasjon vedrørende naturmangfoldet når beslutninger tas, dette i form av godt utviklede databaser.

Bestemmelsen i nml. § 8 er ikke å definer som et miljørettslig prinsipp på lik linje med de andre prinsippene,²² men bestemmelsens plassering faller naturlig sammen med de andre prinsippene. Da den retter seg mot de beslutningene offentlige myndighetene utfører.²³

Bestemmelsen er kun ment som en retningslinje i forbindelse med vedtak som berører naturmangfoldet, i dette ligger det et skjærpet krav til forvaltningen når det kommer til deres kunnskapsgrunnlag angående virkninger og mulige utfall på naturen. Selv om bestemmelsen må sees som en retningslinje, vil den allikevel inneha begrensninger med tanke på rettsvirkningene av den.

²⁰ Se s. 85.

²¹ Se s. 185 – 186.

²² Miljøverndepartementet 2012, s. 22: Veileder Naturmangfoldloven kapittel II. Alminnelige bestemmelser om bærekraftig bruk – en praktisk innføring. (heretter Miljøverndepartementet 2012).

²³ Ot.prp. nr.52 (2008-2009) Om lov om forvaltning av naturens mangfold (Naturmangfoldloven) s. 378, (heretter Ot.prp. nr.52 (2008-2009)).

Det fremkommer av nml, § 8 at det skal stilles krav til vitenskapelig og erfaringsbasert kunnskap. Kunnskapsgrunnlaget gjelder både hvis det besluttes inngrep i naturen og i de tilfeller hvor det fattes beslutninger som varig og midlertidig vern av områder.

Den vitenskapelige kunnskapen forvaltningen er pålagt å fremskaffe skal basere seg på allerede eksisterende kunnskap. Den kunnskapen det her siktes til kan også innebære et krav om å fremlegge ny kunnskap i enkelte tilfeller.

Etter naturmangfoldlovens § 8 første ledd, skal offentlige myndigheter *”så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap om artes bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekter av påvirkninger.”* Videre skal offentlige myndigheter etter bestemmelsens annet ledd, vektlegge *”kunnskap som er basert på generasjoners erfaring gjennom bruk og samspill med naturen, herunder slik samisk bruk, og som kan bidra til bærekraftig bruk og vern av naturmangfoldet”*.

Som det fremkommer av nml. § 8 skal kunnskapsgrunnlaget *”...stå i et rimelig forhold til...”* inngrepet samt omfanget av det. Dette vil bero på en konkret vurdering av tiltakets omfang samt hvordan sakens risiko arter seg i hvert enkelt tilfelle, og at myndighetene skal vurdere kostnadene til innhenting av kunnskap knyttet opp mot hvor alvorlig inngrepet vil være for naturmangfoldet.

Med begrepet vitenskapelig kunnskap, menes det at kunnskapen skal fremstå som objektiv. Kunnskapen skal videre være innhentet ved tradisjonelle vitenskapelige metoder samt at funnene skal være etterprøvbare.²⁴ Med erfaringsbasert kunnskap, menes det at kunnskapen skal bygge på erfaringer som er anskaffet gjennom flere generasjoner. Kunnskapen som skal innhentes kan stamme fra blant annet: kommuneplanarbeid, ulike programmer, konsekvensutredninger eller fra forskning på området eller andre utredninger.²⁵

Betingelsen som bestemmelsen lister opp vedrørende kunnskapsgrunnlaget som forvaltningen skal inneha i de sakene de behandler, trenger nødvendigvis ikke være gjeldene for alle saker. I henhold til nml. § 8 første ledd skal kravet til kunnskapsgrunnlaget *”stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet”*, dette vil jeg komme tilbake til under kapittel 4. Det vil si at forvaltningen skal vurdere konkret i hver enkelt sak hvor stort

²⁴ Miljøverndepartementet 2012 s. 22.

²⁵ Cathrine Aulie 2014, note 39 til nml. § 8 lovkommentar hos Gyldendal rettsdata. Dette er en side som krever innlogging og passord, siden har jeg fått tilgang til institutt for landskapsplanlegging (NMBU).

kunnskapsgrunnlaget vil være, kravet til innhenting av kunnskap vil variere i hver enkelt sak dersom risikoen for skade på naturmangfoldet vil være stort eller ikke.²⁶ Bestemmelsen trenger ikke være utslagsgivende i et enkelt vedtak som forvaltningen fatter. Med dette siktes det til at andre samfunnsmessige behov vil kunne være med tyngende enn naturmangfoldloven og videre er ikke dette knyttet spesielt til resultatet, men retter seg kun til kunnskapsgrunnlaget.

Her åpnes det for en skjønnsmessigvurdering hvor forvaltningen vurderer ulike behov opp mot hverandre typisk pro/kontra, så i hvilken grad kunnskapsgrunnlaget blir vektlagt i hvert enkelt tilfelle vil kunne være varierende. Hvilke hensyn som vil typisk inngå i denne vurderingen og som kan være en medvirkende årsak til å skape usikkert med tanke på praktiseringen av prinsippet, vil bli behandlet under punkt 4.2.1. Dette er videre noe som også vil være en utfordring for forvaltningen når det kommer til praktiseringen av bestemmelsen som jeg vil komme tilbake til under kapittel 4. Her legges det opp til en varierende bruk av bestemmelsen med tanke på skjønnsvurderingen, men det er allikevel svært viktig at forvaltningen innehar muligheten for å gjøre en skjønnsmessigvurdering av de ulike sakene. Da alle tiltak vil ha forskjellig innvirkning på naturmangfoldet og det er saksbehandlere i de ulike forvaltningsorganene, som sitter på den lokale kompetansen som er nødvendig for å fatte mest mulig korrekt vedtak.

2.4 – Føre var-prinsippet

Føre var-prinsippet følger av nml § 9, og det heter i bestemmelsens første ledd at:

”Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningsvedtak.”

Føre var-prinsippet er et av de viktigste virkemidlene vi har i Norge innenfor forvaltning av naturmangfoldet. Formålet bak føre var-prinsippet er at myndighetene skal unngå å benytte et manglende kunnskapsgrunnlag som en sovepute for å fatte vedtak vedrørende naturmangfoldet. Prinsippet innebærer at det skal legges til grunn som en retningslinje for myndighetene i forbindelse med et manglende kunnskapsgrunnlag jf. nml. 8, slik at det ”bør

²⁶ Ot.prp. nr.52 (2008-2009), s. 379.

*legges inn en sikkerhetsmargin*²⁷ for å hindre at det forekommer alvorlige eller irreversible skader på naturmangfoldet. Bestemmelsen skal benyttes i de tilfeller det foreligger et manglende kunnskapsgrunnlag, jf. nml. § 8 om de langsiktige konsekvensene av et inngrep på naturmangfoldet samt den generelle usikkerheten et tiltak kan medføre på naturen.

Føre var-prinsippet har fått et godt fotfeste både i Norge og internasjonalt siden prinsippet ble juridisk bindende i flere ulike konvensjoner og andre politiske erklæringer som blant annet Rio-erklæringen av 14. Juni 1992 prinsipp 15, som er tatt inn i fortalen til biomangfoldkonvensjonen. Føre var-prinsippet har som hovedmål å ivareta naturmangfoldet og prinsippet medfører at forvaltningen skal treffe et vedtak. Selv om det foreligger saker hvor kunnskapsgrunnlaget jf. nml. § 8 er manglende med tanke på virkningen av naturmangfoldet.²⁸

Føre var-prinsippet har videre til hensikt å kunne sikre saker som vil inneholde mangler og/eller at man ikke innehar den nødvendige kunnskapen som bestemmelsen legger til grunn. Prinsippet inneholder to ulike sider da føre var-prinsippet påbyr bestemte tiltak mot det som vil være med på å påføre naturmangfoldet en mulig skade på miljøet, videre skal prinsippet forebygge at man tillater etablering av noe som kan sørge for at naturen blir påført en alvorlig eller irreversibel skade, videre omtaler Bugge dette som føre var-prinsippets offensive og defensive egenskaper.²⁹

Bestemmelsen i nml. § 9 omhandler føre var-prinsippet og vil komme til anvendelse i de tilfeller hvor kunnskapsgrunnlaget er usikkert eller mangelfullt, jf. nml. § 8. Prinsippet går i hovedsak ut på at man skal minimere skader på naturmangfoldet når forvaltningen fatter beslutninger som kan være en medvirkende årsak til endringer i naturen, og at man ved tvilstilfeller heter det at man skal la tvilen komme naturmangfoldet til gode.³⁰ Videre at myndighetene ikke skal kunne unnlate å treffe en beslutning på bakgrunn av et manglende kunnskapsgrunnlag.

²⁷ NOU 2004:28, s. 583.

²⁸ Inge Lorange Backer. "Naturmangfoldloven kommentar utgave" 2010, s. 67, (heretter Backer 2010).

²⁹ Hans Chr. Bugge "Lærebok i miljøforvaltningsrett" 2015 s. 146, (heretter Bugge 2015).

³⁰ Bugge 2015 s. 97.

Føre var-prinsippet er et av fem ulike miljørettslige prinsipper som ”...skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet...”³¹ En utfordring knyttet opp mot de miljørettslige prinsippene er at forvaltningen kun er forpliktet til å ta disse til etterretning, men at de ikke medfører en plikt til følge dem, dette er noe jeg vil komme tilbake til under punkt 4.2.2. Det at prinsippene i nml. §§ 8 til 12 kun fungerer som retningslinjer for forvaltningen vil kunne være problematisk med tanke på en konsekvent forvaltning av naturmangfoldet. Dette er jo en annen side av saken, men sett fra en annen vinkel kan det være problematisk med alt for stringente regler. Virkeligheten er mer sammensatt og kompleks, og i hver enkelt sak bør det videre kunne være rom for at det åpnes for skjønn.

Det fremkommer av forarbeidene,³² at nml. § 9 vil kunne være relevant i flere sammenhenger når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse. Prinsippet vil ha en betydning når det kommer til hvilke beviser som skal legges til grunn for den skjønsmessige vurderingen hvor det kommer til en ”avveining av kryssende hensyn når et forvaltningsorgan treffer sin avgjørelse”.³³ Som ved alt annet vil det også her ved forvaltning av naturmangfoldet være knyttet en del usikkerhet knyttet opp mot avgjørelser som vil kunne være bindende for flere generasjoner frem i tid, det er i slike tilfeller at forvaltningen skal legge føre var-prinsippet til grunn.

Ved de andre miljørettslige prinsippene er også føre var-prinsippet sektorovergipende, da denne bestemmelsen på linje med de andre prinsippene omfatter all offentlig myndighetsutøvelse, som er med på å fatte beslutninger som er med på å påvirke naturmangfoldet. Prinsippet skal ligge som en grunnmur for alle som fatter beslutninger på vegne av det offentlige, uavhengig av tiltaket så lenge det kan tenkes at tiltaket kan være med på å påvirke naturen med en alvorlig eller irreversibel skade.

Prinsippet skal videre benyttes i de tilfeller hvor det er knyttet usikkerhet til omfanget av det planlagte tiltaket. Usikkerheten det her siktes til vil være blant annet være usikkerhet knyttet

³¹ Nml 7 første punktum.

³² NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven) s. 583, (heretter NOU 2004:28).

³³ NOU 2004:28, s. 583.

til selve effekten av tiltaket eller hvilke arter som finnes i det området hvor det planlagte området er tiltenkt.³⁴

I bestemmelsens første ledd er det bestemt at forvaltningen skal ved beslutninger vedrørende tiltak som bygger på manglende eller usikker kunnskap, skal avverge at det vil skje alvorlige eller irreversible skader på naturmangfoldet. I bestemmelsens første ledd første punktum finner vi den generelle regelen hvor tiltaket er ment å omfatte andre anliggende enn naturmangfoldloven.³⁵ Dette vil i majoriteten av tilfellene typisk være utbyggingssaker etter pbl³⁶ eller behandling av konsesjonssaker angående vannkraft eller andre energitiltak etter energiloven.

I de skisserte tilfellene ovenfor hvor selve formålet med tiltaket ikke direkte er ivaretagelse av naturen vil bestemmelsen være en sikkerhetsventil, slik at forvaltningen ikke treffer beslutninger som vil kunne medføre alvorlig eller irreversible skader på naturmangfoldet. Sikkerhetsventilen i nml. § 9 er ment for *”å unngå mulig vesentlig skade”* på naturen, hva som menes med *”vesentlig”* må sees i sammenheng med bestemmelsens annet punktum hvor begrepene alvorlig og irreversibel skade omtales.

I henhold til Ot.prp. nr. 52 (2008-2009),³⁷ må begrepet alvorlig *”tolkes slik at en skade som påføres truet natur, raskere bli betegnet som alvorlig enn den samme skaden på annen natur”*. Hva som vil kunne være alvorlig eller irreversibelt etter bestemmelsens annet ledd må sees i sammenheng med forvaltningsmålene som er hjemlet i nml. §§ 4 og 5.

I bestemmelsens andre punktum ser vi prinsippets andre side. Som tidligere nevnt har det som formål å unnlate at myndighetene, på bakgrunn av et manglende eller usikkert kunnskapsgrunnlag ikke skal benyttes for å unnlate å treffe vedtak. Videre i bestemmelsen finnes det en handlingsplikt som inneholder en aktiv og/eller passiv plikt,³⁸ en aktiv handlingsplikt vil kunne være at forvaltningen for eksempel fatter et vernevedtak, mens en passiv handlingsplikt vil kunne være at forvaltningen avslår et tiltak eller setter et eller flere vilkår til det søkte tiltaket.

³⁴ Ot.prp. nr.52 (2008-2009) Om lov om forvaltning av naturens mangfold (Naturmangfoldloven) s. 581, (heretter ot.prp. nr.52 (2008-2009)).

³⁵ Backer 2010, s.97.

³⁶ Lov 27. Juni. 2008 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven), (heretter pbl).

³⁷ Se side 103.

³⁸ Ot.prp. nr.52 (2008-2009), s. 381.

Som tidligere nevnt skal ikke et manglende eller usikkert kunnskapsgrunnlag være til hinder for at det unnlates å treffe et vedtak i saken, i følge Backer³⁹ foreligger det ulike undersøkelser som vil kunne slå fast at vi kan se en nedgang i hva som er definert som en sårbar bestand. Videre at det ikke vil være grunnlag med hjemmel i lovverket til å utsette forskjellige tiltak på bakgrunn av usikkerhet knyttet opp mot virkninger på naturmangfoldet overtid. Man må ikke kunne bevise at det er sannsynlig at en slik skade som nevnt i annet punktum vil inntreffe, men kun at det vil kunne foreligge en mulighet.

³⁹ Naturmangfoldloven kommentarutgave 2010, s. 99.

Kapittel 3 – Erfaringer ved praktiseringen av prinsippene

I dette kapitlet behandler jeg rapporten ”Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven”.⁴⁰ Punkt 3.1 tar for seg mandatet som Multiconsult ble gitt. I punkt 3.2 foretas generelle betraktninger ved den avgitte rapporten. Punkt 3.3 behandler det i rapporten som spesifikt kan trekkes ut med tanke på kunnskapsgrunnlaget og føre var-prinsippet, samt mine betraktninger vedrørende rapporten. Bakgrunnen for at jeg velger å behandle denne rapporten er at den blant annet omhandler, hvordan de ulike forvaltningsorganenes opplevelser av de miljørettslige prinsippene og hvordan praktiseringen av dem fungerer. Rapporten kan videre være med på å belyse hva årsaken til at det oppleves som vanskelig for forvaltningen å praktisere bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9.

3.1 – Multiconsults mandat

Bakgrunnen for denne rapporten var å innhente informasjon vedrørende praktiseringen av fire ulike deler av naturmangfoldloven.⁴¹ Selv om loven er relativ ny av dato og videre må ansees som den er inne i en innkjøringsperiode, har Klima- og miljødepartementet med bakgrunn i regjeringens ønske⁴² sett et behov for en gjennomgang av praktiseringen av loven og videre om bestemmelsene fungerer slik de er tiltenkt. Metodene som ble benyttet i rapporten har vært telefonintervjuer, detaljerte spørreundersøkelser, gjennomgang av saksdokumenter, intervjuer samt analyse og rapportering.

Bakgrunnen for den ”innledende” runden med telefonintervjuer i starten var å avdekke om det forelå forskjeller i erfaringsgrunnlaget for de ulike respondentgruppene, for så under de mer detaljerte spørreundersøkelsene kunne utarbeide alternative spørsmål slik at tematikken og problemer kunne belyses mer helhetlig. Videre ble ikke alle spørsmålene som Multiconsult stilte oppfattet som like relevante for de ulike respondentgruppene, derav ble utformingen av spørsmålsgrunnlaget noe ulikt for respondentene. Svarprosentene i rapporten varierte noe, men vi kan allikevel benytte betegnelsen som god.⁴³

⁴⁰ Multiconsult 2014.

⁴¹ Se kapittel II – de miljørettslige prinsippene jf. §§ 8 til 12, kapittel III – artsforvaltning jf. §§ 23 og 24, kapittel IV – områdevern jf. § 48 og kapittel IV jf. §§ 52 til 56.

⁴² Politisk plattform for en regjering utgått av høyre og Fremskrittspartiet jf. kapittel 13.

⁴³ Kommunene 60 %, Fylkeskommunene 73 %, Fylkesmennene 89 - 100 %, Direktoratene 63 %, Departementene 50 % og for nasjonalpark/verneområdestyrene samt Fylkesmannens miljøvernavdeling ble svarprosenten på 95 og 92 %.

Siktemålet med gjennomgangen av praktiseringen av naturmangfoldloven er at det ønskes fra Klima- og miljødepartementet en mer helhetlig praktisering av naturmangfoldet på tvers av de ulike forvaltningsorganene, og videre at det bygges opp en økt kunnskap og en bredere forståelse av lovens bestemmelser. Slik at departementet kan legge et utgangspunkt for videre effektivisering av naturmangfoldloven.

3.2 – Generelle betraktninger

Under dette punktet vil jeg beskrive de generelle funnene som Multiconsult gjorde i forbindelsen med spørreundersøkelsen, på et beskrivende grunnlag. Med de generelle funnene, menes de funn Multiconsult har gjort med tanke på de miljørettslige prinsippene jf. nml, uten om å omtale det i rapporten som spesifikk kan trekkes ut, med tanke på kunnskapsgrunnlaget og føre var-prinsippet. Bakgrunnen for at jeg har valgt å behandle rapportens generelle funn, er at den kan være med å belyse utfordringer knyttet til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Beskrivelsen av de generelle funnene, er gjort med bakgrunn i rapportens spørreundersøkelser og tilhørende tabeller.

Det Multiconsult har sett er at flertallet av respondentene i undersøkelsen oppgir at de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven jf. §§ 8 til 12 blir vurdert så godt som alle sakene som berører naturmangfoldet. Videre som et unntak her kan det nevnes at Fylkesmannens juridiske avdeling oppgir, at de ikke vurderer de miljørettslige prinsippene eller at de vurderes i mindre enn 25 % av sakene. Bakgrunnen for dette må sees slik at avdelingen kun behandler klagesaker vedrørende andre forhold og saker hvor de miljørettslige prinsippene ikke er påklaget.

Videre fremkommer det at det miljørettslige prinsippene ofte benyttes i sammenheng med andre sektorlover som blant annet; pbl, energiloven, forurensningsloven og oreigningsloven for å nevne noen. Samt at de kan komme i bruk i de tilfeller hvor myndighetene jobber med utarbeidelse med blant annet forskrifter og tilskuddsordninger.

Ser vi på hvordan forvaltningen vurderer de miljørettslige prinsippene i hver enkelt sak viser funnene at det varierer en del blant de ulike forvaltningsorganene hvorvidt prinsippene vurderes separat eller gjennom en samlet vurdering. Her viser rapporten at det er kun er Fylkesmannens miljøvernnavdeling som stort sett vurderer de miljørettslige prinsippene

samlet, i den andre retningen fremkommer det at det er direktoratene som hyppigst behandler prinsippene separat.

Ser vi på hvordan integreringen av de miljørettslige prinsippene skjer etter sektorlovene, varierer det igjen mellom separat og integrert vurdering. Og etter sektorlovverket kan Fylkesmannens miljøvern avdeling trekkes frem som den gruppen som i all hovedsak vurderer prinsippene samlet i henhold til sektorlovene.

Videre fremkommer det av rapporten, at de ulike forvaltningsorganene benytter seg av alle de miljørettslige prinsippene når de fatter vedtak som berører naturmangfoldet. Ser vi på hvilke av prinsippene som oftest blir benyttet, viser rapporten til bestemmelsen i nml. § 8 er det prinsippet som hyppigst blir benyttet av forvaltningen. Samtidig som nml. § 8 er et av to prinsipper det er knyttet størst utfordringer for forvaltningsorganene å praktisere. Mens bestemmelsene i nml. §§ 11 og 12 trekkes videre frem som de prinsippene som blir benyttet minst når det kommer til saker som berører naturmangfoldet. Utfordringene for forvaltningen med tanke på nml. § 8 vil bli behandlet under punkt 4.2.1.

Som funnene i rapporten viser blir bestemmelsene i nml. §§ 8 og 10 trukket frem som det er knyttet flest utfordringer til for forvaltningen når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Bestemmelsen i nml. § 10 trekkes frem som det prinsippet hvor det kun er knyttet noen utfordringer til. Mens rapporten viser at bestemmelsene i nml. §§ 11 og 12 er de som forvaltningen opplever minimalt med utfordringer til. Dette fremheves av de to departementene i rapporten, mens de andre respondentene fremhever bestemmelsene i nml. §§ 8 og 10 som de prinsippene det er knyttet flest utfordringer til å praktisere. Funnene til Multiconsult viser at respondentene i rapporten er enige om at bestemmelsene i nml. §§ 11 og 12 er de av de miljørettslige prinsippene som lar seg praktisere uten utfordringer.

Når det kommer til årsaker til hvorfor praktiseringen av lovverket oppleves som utfordrende, viser rapporten til at respondentene er av den oppfatning av at rekkevidden av de ulike prinsippene fremstår som uklare. Det foreligger videre manglende informasjon vedrørende hvilke effekter et tiltak kan medføre på naturmangfoldet, samt at det foreligger manglende rutiner knyttet til praktiseringen som igjen kan være til hinder for en helhetlig vurdering av de miljørettslige prinsippene. Dette vil bli grundigere behandlet under punkt 4.2, hvor jeg vil behandle hva utfordringene kan være knyttet til nml. §§ 8 og 9.

Når det gjelder prinsippenes gjennomslagskraft i praksis, viser rapporten til at det kun er Miljøvernavdelingen til Fylkesmannen som oppgir at prinsippene får betydning for det endelige i saken. De to medvirkende departementene i rapporten oppgav at prinsippene av og til eller ofte får betydning, som en oppsummering på bakgrunn av dette kan det trekkes frem at de miljørettslige prinsippene av og til eller ofte vil få betydning for det endelige utfallet i saken.

Det som kan trekkes frem som bakgrunnen for at prinsippene kun av og til eller ofte og ikke alltid for betydning for utfallet har bakgrunn i at naturmangfoldet ikke berøres eller berøres i mindre grad i hver enkelt sak, en annen årsak til dette vil være at flere ulike tiltakshavere unnlater å søke om tiltak som det vil være urealistisk å få gjennomslag for, eller at tiltaket vil inneha en begrenset effekt på naturmangfoldet. Selv på bakgrunn av dette oppleves de miljørettslige prinsippene jf. nml §§ 8 til 12 som et svært godt verktøy for å ivareta naturmangfoldet.

Ser vi videre på rapportens funn angående de økonomiske, administrative samt andre konsekvenser på bakgrunn av de miljørettslige prinsippene, er det en faktor som kan trekkes frem når det kommer til behandlingen av de miljørettslige prinsippene er tidsbruken, da den medgåtte tidsbruken og saksmengden i hvert enkelt tilfelle er ulik. Fylkesmannens miljøvernavdelinger og landbruksavdelinger fremheves som de med høyest rapportert tidsbruk, mens enkelte av de resterende respondentene oppgir at det videre var vanskelig å anslå en bestemt tidsbruk når det kom til behandlingen av bestemmelsene. Dette har ikke direkte betydning på avhandlingen, men er tatt med for å vise at etter at de miljørettslige prinsippene er tatt inn i loven, har de ført til økt tidsbruk og kostnader knyttet til behandlingen av dem.

Når det kommer til vurderingene i henhold til sektorlovverket både før og etter at naturmangfoldloven trådte i kraft 19. Juni 2009, viser rapporten at forvaltningen opplever en merkbar merbelastning i medgått tidsbruk. Videre at det er kommunene som opplever størst merbelastning, mens Fylkesmannens juridiske avdeling oppgir minst merbelastning. Dette vil nok ha en sammenheng med at avdelingen, kun behandler klagesaker som nevnt ovenfor. Forvaltningen oppgir videre ikke at det er selve vurderingen av de miljørettslige prinsippene som en direkte årsak til den nevnte merbelastningen, men informasjonsinnhenting med tanke på kunnskapsgrunnlaget som oppgis som en direkte årsak. Videre har denne

informasjonsinnhenting medført at enkelte saker har blitt vanskeligere, dyrere og mer tidkrevende å gjennomføre for forvaltningen enn før naturmangfoldloven trådte i kraft.

Ser vi på rapportens funn vedrørende kunnskapsnivået angående regelverket etter naturmangfoldloven, fremheves Fylkesmannens avdelinger som den parten med størst grad av tilstrekkelig kunnskap. I den andre enden trekkes kommunene frem som de med minst kunnskaper vedrørende naturmangfoldlovens miljørettslige prinsipper. Videre fremheves andre tiltakshavere enn de ulike forvaltningsorganene som de med desidert minst kompetanse vedrørende praktiseringen av prinsippene jf. nml. §§ 8 til 12.

3.3 – Særlig om kunnskapsgrunnlaget og føre var-prinsippet

Etter å ha gått i gjennom rapporten ”Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven”,⁴⁴ er funnene i rapporten av mindre verdi enn først ventet med tanke på bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9. Det som kan trekkes ut av ”interessante” funn for avhandlingen vil bli kort behandlet nedenfor.

Som det fremkommer av rapporten er bestemmelsen i § 8 er det mest brukte prinsippet, samtidig som prinsippet er også det som fremheves som det er knyttet flest utfordringer til å praktisere. Bestemmelsen i § 8 fremstår i dag for forvaltningen som uklar ved tolkningssituasjoner, og videre at rekkevidden av bestemmelsen er uklar. Dette kan videre ha en nær sammenheng med at kvaliteten og grunnlaget på de databasene som i dag finnes⁴⁵ er av for dårlig kvalitet. Samtidig som de ikke er oppdaterte på virkninger og årsaker etter de tilstander på naturmangfoldet som i dag er gjeldende. De databasene som i dag finnes bør effektiviseres og samles i en helhetlig nasjonal database, hvor man samhandler ulike effekter et tiltak kan ha på naturmangfoldet, mulige tiltak som kan hjelpe på allerede truede naturtyper samt at man videre også legger inn i samme database overvåkning for naturmangfoldet. Dette vil bidra til å minimere de utfordringene som forvaltningen opplever ved behandlingen av kunnskapsgrunnlaget. Problematikken med for dårlige og oppdaterte databaser vil bli omtalt under punkt 4.2.1.

⁴⁴ Multiconsult 2014.

⁴⁵ Naturbase m.fl.

Føre var-prinsippet er det prinsippet som i likhet med kunnskapsgrunnlaget, er det prinsippet som det er også er knyttet utfordringer til når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldlovens kapittel 2. Problemene med denne bestemmelsen er ikke like fremtredende som bestemmelsen i nml. § 8, men den fremstår videre som vanskelig og frustrerende å følge opp. Dette kan ha en nær sammenheng med at bestemmelsen først inntreffer i de tilfellene hvor kunnskapsgrunnlaget ikke er tilfredsstillende med tanke på de innvirkninger et tiltak vil kunne ha på naturmangfoldet, og hvilke virkninger et tiltak vil kunne medføre på overtid.

Årsaker til at bestemmelsen slår inn er som tidligere nevnt mangel på tilstrekkelig kunnskap. Dette vil for eksempel være tilfeller hvor det for eksempel ikke foreligger kartlegging av ulike dyrearter og manglede kjennskap til de ulike naturtypene som finnes på stedet tiltaket ønskes gjennomført. Videre kommer bestemmelsen i bruk i de tilfeller hvor forvaltningen ikke innehar et nødvendig kunnskapsgrunnlag, fordi det for eksempel ønskes å ta i bruk ny type teknologi og i andre tilfeller hvor man ikke har blitt gjennomført forskning. En annen årsak til at bestemmelsen oppleves frustrerende og vanskelig å følge opp vil være at forvaltningen i enkelte tilfeller får blandede råd, dette er tilfeller hvor den vitenskapelige og erfaringsbaserte kunnskapen gir forskjellige råd.

Føre var-prinsippet skal alltid legges til grunn uavhengig om kunnskapsgrunnlaget kan ansees som tilstrekkelig etter bestemmelsen i nml. § 8. I saker som dette, skal prinsippet i legges mindre vekt. Men her kan et annet problem oppstå da forvaltningsorganene skal foreta en vurdering med tanke på fordeler og ulemper på den ene siden mot andre vesentlige samfunnsmessige hensyn på den andre siden. Videre medfører bestemmelsen en sannsynlighetsvurdering på om det planlagte tiltaket vil kunne føre til skader på naturmangfoldet, dette innebærer en vurdering om størrelsen og rekkevidden på en eventuell skade.

Som vi ser av det ovenfor, er det svært lite som kan trekkes ut av rapporten som ble avgitt av Multiconsult med tanke på utfordringer bestemmelsene i nml. §§ 7, 8 og 9 som avhandlingen omhandler. Men det er videre interessant å registrere at denne rapporten i svært liten grad går konkret inn på de enkelte bestemmelsen i loven. Dette tyder på at rapporten som ble utarbeidet på oppdrag fra Klima og miljøverndepartementet, er av en mer overordnet karakter, da de har valgt å rette et samlet fokus på naturmangfoldlovens bestemmelser jf. §§ 8 til 12, istedenfor å dykke ned i dybden på de enkelte bestemmelsene i loven.

Hadde Multiconsult gått mer ned i dybden på de enkelte bestemmelsene, kunne rapporten blitt betraktelig mer interessant. Som jeg nevner under punkt 3.1 jf. mandatet som Multiconsult ble gitt er at Klima og- miljøverndepartementet, så de kanskje ikke at det forelå utfordringer knyttet til de enkelte bestemmelsene i naturmangfoldloven på det tidspunktet oppdraget ble gitt Multiconsult. Hadde disse utfordringene vi nå ser vært synlig på det tidspunktet, ville nok rapporten vært betydelig mer konkret.

Det funnene rapporten viser er jo for så vidt veldig interessante i seg selv, men funnene er nok i liten grad interessante med tanke på forbedringspotensialet i loven. Det at man gjennom denne rapporten har funnet ut at det er flere av bestemmelsene i nml. jf. §§ 8 til 12 som kan være medvirkende til utfordringene knyttet til praktiseringen av naturmangfoldloven, vil medføre at rapporten vil heller fungere som en oversikt over de miljørettslige prinsippene som man kan bygge på for videre arbeider. Dette er videre helt i tråd med det mandatet Multiconsult ble gitt.

Allikevel må rapporten ansees som god, selv om den er av en mer generell karakter, da den viser at det er utfordringer knyttet til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene, men bare ikke konkret hva utfordringene er. Dette leder oss videre til kapittel 4 hvor jeg under punkt 4.2.1 og 4.2.2 vil forklare ut i fra mine betraktninger, hva som kan være utfordringene for forvaltningsorganene, da denne rapporten ikke gir nok grunnlag for å drøfte denne mer inngående.

Kapittel 4 – Mulige utfordringer

I dette kapittelet vil jeg diskutere mulige utfordringer knyttet til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldloven. På bakgrunn av de funn som er avdekket ovenfor, samt i rapporten fra Multiconsult og ut i fra mine betraktninger. Jeg vil i det følgende drøfte fire forhold som peker seg ut som hovedårsakene til forvaltningens utfordringer med hensyn til rettsanvendelsen. Dette omfatter de plikter og de krav til begrunnelse som bestemmelsen i nml. § 7 medfører ovenfor forvaltningen. Samt de vurderingene forvaltningen må foreta seg i henhold til bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9, og forvaltningens skjønnsrom herunder vage og uklare formuleringer i nml. §§ 7 til 9.

4.1 – Introduksjon til mulige utfordringer, med tanke på plikter og begrunnelse

De pliktene som forvaltningen er pålagt følger av nml. § 7, og medfører ovenfor forvaltningen som nevnt under punkt 2.2 at forvaltningen er pliktige til å legge til grunn og vurdere de miljørettslige prinsippene jf. nml. §§ 8 til 12, i alle saker som berører naturmangfoldet. Hvordan prinsippene skal legges til grunn for vurderingen nevnes det ikke noe om i NOU'en, men at dette "bør"⁴⁶ fremkomme av fvl. § 25. Videre følger det av nml. § 7 annet punktum at forvaltningen er pliktig til å grunngi de vurderingene som de foretar seg i hver enkelt sak, og dokumentere hvordan de har vektlagt de ulike prinsippene i vær enkelt sak.⁴⁷ I dette ligger det en begrunnelsesplikt, som medfører ovenfor forvaltningen at de skal synliggjøre betydningen av prinsippene i vedtaket som fattes. Dette vil si at forvaltningen må vise hvordan de miljørettslige prinsippene er vektlagt og vurdert. Videre vil bestemmelsen ansees som en saksbehandlingsregel som skal sees i sammenheng med sakbehandlingsreglene som finnes i forvaltningsloven.⁴⁸ Forvaltningslovens bestemmelser vedrørende begrunnelsesplikt er ment for å ivare ta søkerens ulike interesser, og videre skal bestemmelsen i nml. § 7 klargjøre vektleggingen og de ulike vurderingen med tanke på naturmangfoldet. Som følge av at nml. § 7 er å ansees som en saksbehandlingsregel, kan videre utfallet i enkelte saker bli ugyldig dersom forvaltningen ikke har fulgt kravene til nml. § 7.

⁴⁶ Se s. 583.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 52, s. 378.

⁴⁸ Lov 2. Februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Det at bestemmelsen legger opp til at prinsippene skal legges til grunn som retningslinjer, innebærer at de skal vurderes i den enkelte sak. Prinsippene trenger nødvendigvis ikke å bli avgjørende for utslaget i saken,⁴⁹ da andre samfunnsmessige hensyn vil kunne vektes høyere. Dette vil si at for eksempel behovet for vannkraft eller andre former for ulike energiltak, vil tillegges større vekt enn naturmangfoldet. Her legges det vekt på den vurderingen forvaltningen må foreta seg, dette kan for eksempel være behovet for energi satt opp mot naturmangfoldet. Hvor de setter fordeler for tiltaket opp mot ulemper tiltaket kan medføre ovenfor naturmangfoldet. Dette medfører videre at prinsippene vil kunne variere og vektes ulikt, ut i fra hvert enkelt tilfelle i den aktuelle sak.

Ser vi på hvilke vurderinger som forvaltningen må legge til grunn med tanke på de miljørettslige prinsippene, så følger dette av nml. § 7 som lyder følgende: *"Prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet..."*. Etter bestemmelsen må de vurdere konkret i hvert enkelt tilfelle om saken vil berøre naturmangfoldet eller ikke, enten det slår ut i en positiv eller negativ retning for søker/tiltakshaver. Fremgår det etter en gjennomgang av saken at det aktuelle tiltaket ikke innebærer at dagens bruk eller naturmangfoldet på stedet endrer karakter, vil derimot saken ikke falle innenfor bestemmelsen i nml. § 7. Kommer man derimot frem til at naturmangfoldet i saken berøres, skal prinsippene i nml. §§ 8 til 12 legges til grunn i saken og vurderes og begrunnes. I tilfeller som dette må forvaltningsorganet gå inn i de ulike databasene⁵⁰ som er tilgjengelig og finne frem til det aktuelle området tiltaket er ment å omfavne. Dette for å se etter om hvilke arter og naturtyper det finnes i det aktuelle området. For å ivareta at prinsippene vurderes på en mest mulig hensiktsmessig måte, står det i ot.prp.nr. 52⁵¹ at *"forvaltningen av naturmangfoldet må imidlertid være i samsvar med retningslinjene"*, videre fremkommer det av bestemmelsen annet punktum skal begrunnelsen som skal legges til grunn *"fremgå av beslutningen"*.

Med dette siktes det til at forvaltningen skal redegjøre for i hvilken grad de miljørettslige prinsippene er vesentlige for saken og hvordan forvaltningen har vurdert prinsippene, samt hvordan de har vektlagt dem.

⁴⁹ Se fremstillingen av § 7 som er behandlet under punkt 2.2.

⁵⁰ Det finnes en liste i veilederen som Miljøverndepartementet utarbeidet i 2012, som skisserer ulike databaser som kan være en kilde til vurderingsgrunnlaget. Se s. 28 - 29. Om denne er å ansees som uttømmende vites ikke, men virker å omfavne de fleste viktige temaer innenfor naturmangfoldet.

⁵¹ Se s. 378.

Begrunnelsen samt de vurderingene som forvaltningen skal legge til grunn, må tilrettelegges den bestemte sak. Dette medfører at de ikke kan vurdere og begrunne etter en mal. Står forvaltningen ovenfor en sak om omhandler svært viktig naturmangfold eller truede dyrearter, kreves det at vurderingene og begrunnelsen som skal legges til grunn må dokumenteres deretter. Er tilfellene derimot motsatt, letter dette vurderingene og begrunnelsen som må legges til grunn.

Vi kan jo stille oss spørsmålene:

- 1: Er det en utfordring for forvaltningen å foreta vurderinger og begrunnelser som loven legger til grunn jf. nml. § 7, all den tid den informasjonen som foreligger kan være vag eller mangelfullt fremstilt?
- 2: Er hovedårsaken til at prinsippene oppleves som utfordrende å praktisere, rett og slett at prinsippene kun skal legges til grunn som retningslinjer?

Hvis tar et tankeeksperiment og sier at; Nei det foreligger ingen utfordringer for forvaltningsorganene med tanke på de vurderinger og begrunnelser som kreves. Det at det ikke er knyttet utfordringer til praktiseringen av loven, viser jo til at man gjennom de ulike forarbeidene og den endelige loven har gjort de riktige vurderingene hele veien frem til loven slik den fremstår i dag. Dette ville videre ha vært legitimt å legge til grunn for de ulike forvaltningsorganene, da man til syvende og sist bør ha tiltro til den informasjonen som forvaltningen er satt til å håndheve. Fordelene med at alt hadde vært på stell gjør at det letter behandlingen for de vurderingene myndighetene er pliktig til å legge til grunn etter loven, og at forvaltningsorganene hadde hatt topp oppdatert informasjon angående truede dyrearter og verdifulle naturtyper. Så fordelen ved at vi kunne svart nei, istedenfor ja på det spørsmålet som er stilt ovenfor, ville medført til en klar overvekt av fordeler for forvaltningen når det kommer til praktiseringen av kapittel 2 i naturmangfoldloven og de miljørettslige prinsippene jf. §§ 8 til 12. Men slik det er per dags dato kan vi ikke si at dette er tilfelle, det er knyttet flere utfordringer til disse bestemmelsene. Disse utfordringene slik funnene er presentert av Multiconsult gjennom rapporten, viser kun i stor grad til en generell behandling av de miljørettslige prinsippene, ikke en dypere gjennomgang av de enkelte bestemmelsene jf. punkt 3.3.

Som det fremkommer av rapporten⁵² setter flere av respondentene et spørsmålstegn ved dagens databaser, da det kommer til kvaliteten på den informasjonen som danner grunnlaget for dem. Dette kan videre vanskeliggjøre de vurderingene, samt retningslinjene forvaltningen er pliktet til å legge til grunn etter loven. Det at dagens databaser fremstår med feil eller utdatert informasjon, gjør at de vurderingen som forvaltningen legger til grunn i sine beslutninger vil kunne inneha vesentlige feil og/eller mangler. Dette er noe som igjen kan tyde på at føre var-prinsippet må ilegges en større vekt enn hva som burde vært nødvendig. Hvis vi stiller oss spørsmålet: Er det uklar informasjon i form av de databasene som i dag foreligger, som fører til at forvaltningen opplever det som vanskelig og praktisere bestemmelsene i naturmangfoldloven §§ 8 og 9? Dette er problematikk som jeg vil behandle i avhandlingens kapittel 4 punkt 4.2.1 og 4.2.2, hvor jeg går dypere inn på de bestemmelsene forvaltningen må legge til grunn og vurdere i saken, som omhandler kunnskapsgrunnlaget etter bestemmelsen i naturmangfoldloven § 8 og føre var-prinsippet jf. § 9.

Naturmangfoldloven oppstiller videre ikke en fastlagt ”oppskrift” for forvaltningens vedtak, men sier noe om de vurderingene som de er pliktig til å legge til grunn.

Det kan tenkes at det er selve begrunnelsen som forvaltningen er pliktig til å legge til grunn jf. nml. § 7 annet punktum som kan by på utfordringer, ettersom det har fremkommet gjennom rapporten at det hersker tvil blant de ulike forvaltningsorganene, vedrørende kvaliteten⁵³ på informasjonen som de miljørettslige prinsippene skal vurderes etter. Det viser seg at det er svært lite som kan være til hjelp når det kommer til begrunnelsen til forvaltningens avgjørelse. Rapporten⁵⁴ bidrar heller ikke med informasjon vedrørende behandlingen av dette, så behandlingen av dette punktet er i stor grad basert på mine betraktninger. Bestemmelsen i nml. § 7 annet punktum forteller oss kun av vurderingen som blir lagt til grunn for vedtaket, ”skal fremgå av beslutningen.” Forarbeidene⁵⁵ går videre noe lenger, da det fremgår at forvaltningsorganet ”skal vise hvordan prinsippene er kommet inn i den konkrete saken og hvilken vekt de er tillagt”. Hvorvidt det holder og være kort, konsis eller hvordan omfanget av begrunnelsen skal være sies det ingen ting om.

⁵² Multiconsult 2014, s. 46.

⁵³ Multiconsult 2014, s. 46.

⁵⁴ Multiconsult 2014.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 52, s. 378.

Selv om en veileder⁵⁶ i motsetning til forarbeidene ikke har rettskildemessig vekt innen rettslig argumentasjon, og må derav ansees som en ren informasjonskilde, vil jeg allikevel trekke den inn i dette tilfellet da den sier noe om innholdet i begrunnelsen jf. nml. § 7 annet punktum. Av veilederen⁵⁷ fremkommer det at beslutningen samt størrelsen av vurderingene av de miljørettslige prinsippene jf. nml. § 8 til 12, må justeres i henhold til den konkrete sak. Dette vil si at forvaltningen står ovenfor en sak som omhandler en sårbar naturtype eller en art som er på rødlista, kreves det at omfanget av begrunnelsen skal utformes deretter. Jo større skade et tiltak kan medføre ovenfor naturmangfoldet, jo grundigere må saken dokumenteres og vurderes før forvaltningsorganet fatter sin avgjørelse i saken.

I de saker som forvaltningen behandler og naturmangfoldet i liten grad berøres, vil de vurderingene og omfanget av begrunnelsene som forvaltningen skal legge til grunn også kunne utføres enklere. Men allikevel vil nok dette kunne variere fra sak til sak eller mellom de ulike forvaltningsorganenes, da det til syvende og sist er det forvaltningsorganet som skal fatte vedtaket som bestemmer hvor grundige vurderingene skal utføres.

4.2 – Vurderinger

4.2.1 - Vurderinger som skal legges til grunn for kunnskapsgrunnlaget

I det følgende vil jeg gå inn å behandle de vurderingene forvaltningen må foreta seg etter naturmangfoldloven § 8.

Når forvaltningsorganene skal fatte vedtak etter nml. § 8 skal det offentlige vektlegge i sine beslutninger jf. første ledd første punktum: vitenskapelig kunnskap ”om arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger.” Allerede etter første punktum inntreffer vurderingene som forvaltningen skal legge til grunn, da forvaltningsorganet skal uttale seg om situasjonen, herunder naturmangfoldets tilstand både nå og fremtidig tilstand. Videre skal det også gjøres en vurdering av mulig effekter av tiltakets tilstand ovenfor naturen. Den vitenskapelige kunnskapen som skal legges til grunn for beslutningen, skal videre være objektiv og etterprøvbart.⁵⁸ Men selve vurderingen kan være subjektiv, og som det fremkommer av

⁵⁶ Miljøverndepartementet 2012.

⁵⁷ Naturmangfoldloven kapittel II, Alminnelige bestemmelser om bærekraftig bruk – en praktisk innføring, s. 15.

⁵⁸ Se blant annet: NOU 2004: 28, s. 582 og ot.prp. nr. 52, s 379.

forarbeidene skal kunnskapen baseres ”på konkrete funn eller observasjoner”,⁵⁹ videre legger legges det opp til innslag av alminnelig kunnskap. Her kan vi stille oss spørsmålet: Hvor langt kan dette gå og hvor mye av den almennelige kunnskapen kan legges til grunn for beslutningen som skal fattes?

Videre under punkt 4.2.1 vil jeg behandle skillet mellom hva slags typer skjønn som skal utøves av forvaltningen, da bestemmelsen legger opp til vurderinger av ulik karakter, og jeg vil behandle følgende fire punkter:

- 1) Hva er tilstanden på det berørte naturmangfoldet (§§ 3 bokstav i og s)
- 2) Hva er verdien av det berørte naturmangfoldet
- 3) Hva er sårbarhetsgraden av det berørte naturmangfoldet
- 4) Hva kvalifiseres som ”vitenskapelig kunnskap”

Ser vi på punktene: Hva er tilstanden på det berørte naturmangfoldet, hva er verdien av det berørte naturmangfoldet og hva er sårbarhetsgraden av det berørte naturmangfoldet. Så følger det av nml. § 8 at forvaltningen skal bygge beslutningen på ”*naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger*”. Det vil si at det skal gjøres en vurdering av situasjonen i dag vedrørende tilstanden på naturen i det aktuelle området. Dette omhandler også utbredelse og utvikling av naturmangfoldet. Hva som menes med naturmangfoldet er definert i nml. § 3 bokstav i og vil være: ”*biologisk mangfold, landskapsmessig mangfold og geologisk mangfold, som ikke i det alt vesentlige er et resultat av menneskers påvirkning.*”, og hva som menes med ”*arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand*”, så kan dette videre leses ut av bestemmelsen jf. nml. § 3 bokstavene i, b, j og s.

Disse punktene som er beskrevet ovenfor kan videre by på flere utfordringer. Grunnlaget for disse vurderingen jf. nml. § 8 skal foretas i lys av de databasene som forvaltningen skal benytte seg av, som igjen har fått kritikk gjennom å inneholde tidvis varierende informasjon som omtalt under punkt 3.3. Det er videre uheldig for en helhetlig og konsekvent forvaltning av naturmangfoldet at informasjonen forvaltningen skal legge til grunn ikke er oppdatert. Dette viser at praktiseringen av kravet til kunnskapsgrunnlaget, kan føre til at uriktig kunnskap vil kunne bli lagt til grunn av forvaltningen gjennom vurderingen av nml. § 8.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 52, s. 379.

Kravet til de vurderingene som forvaltningen skal legges til grunn, ”skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet” jf. nml. § 8. Dette vil si forvaltningen skal vurdere kravet til kunnskap opp mot de økonomiske kostnader ved innhenting av informasjon, og effektene av tiltaket på den andre siden. Dette vil være det Backer omtaler som rimelighetsbetraktninger.⁶⁰ Som det fremkommer av ot.prp. nr. 52⁶¹ ville det ikke vært hensiktsmessig med en altfor kostbar utredningsprosess i de saker hvor tiltaket vil ha en begrenset effekt, og videre den skaden tiltaket eventuelt kan medføre ovenfor naturmangfoldet vil være av en begrenset art. Det kan ha en sammenheng med at forvaltningen vil ha vanskeligheter med å forutse den komplekse utviklingen og sammensetningen av ”arter, naturtyper, økologiske prosesser med mer.” over tid. I de sakene hvor det søkes om å bygge ut til et privat kraftverk, vil kravet til kunnskap være mindre enn om det skal utvikles større kraftproduksjon hvor man for eksempel skal legge en foss i rør og liknende. Og Backer⁶² nevner at jo mer inngripende et tiltak vil være, jo større må kunnskapsgrunnlaget i saken være, dette kan omfavne de saker hvor særlig verdifulle naturtyper eller arter som er på rødlisten⁶³ berøres.

Når forvaltningen skal gå inn å si noe om tilstanden på naturmangfoldet, må de vurdere hvordan forholdene fremstår i dag. Videre må de behandle punkter som: hva er statusen for naturmangfoldet, hvilke naturtyper finnes, hvilke arter lever i det aktuelle området tiltaket er tiltenkt. Dette er vurderinger som ikke nødvendigvis bør by på de store utfordringene, da dette er i de fleste tilfeller kunnskap som forvaltningen allerede innehar i form av de tilgjengelige databasene. Dersom de mot formodning ikke besitter dette, vil forvaltningsorganet kunne innhente dette gjennom databaser som blant annet Naturbasen eller Artskart, eller de kart som er utviklet av Skog og landskap med tanke på miljøregistreringer. Disse databasene vil inneholde kunnskap om forhold vedrørende naturmangfoldet. Men problemet med disse er at de tidvis fremstår som svært mangelfulle, med tanke på oppdatert informasjon. Er dette en utfordring for forvaltningen å vurdere og innhente denne informasjonen? Er det videre rimelig å legge denne informasjonen som finnes i disse databasene ukritisk til grunn? Man burde nok som en klar hovedregel i de aller fleste tilfeller ha til tiltro til det systemet de er satt til å handle utfra, og burde derfor legge til grunn at den informasjonen som til en hver tid finnes i

⁶⁰ Se s. 92 i kommentarutgaven til naturmangfoldloven.

⁶¹ Se s. 379 og Backer 2010, s. 91-92.

⁶² Backer 2010, s. 92.

⁶³ Rødlisten er med på å gi en fortegnelse over forskjellige dyre og plantearter som er definert som sterkt sårbare eller utrydningstruet.

disse databasene inneholder korrekt og oppdatert informasjon. Hvis ikke man videre har tiltro til systemet man er satt til å forvalte er det noe som er vesentlig galt et sted.

Etter at disse punktene er behandlet, må forvaltningen vurdere hvilke verdier som finnes i det berørte naturmangfoldet. Dette vil omhandle vurderinger knyttet til om det finnes en sjelden eller utbredt naturtype på stedet, eller om det finnes en meget sjelden art. Kommer forvaltningsorganet frem til at det ikke finnes noen sjeldne eller truede arter som for eksempel arter som er definert som rødlistet, vil det være lettere å vurdere om tillatelsen skal gis enn om forvaltningen finner at i det aktuelle området finnes truede naturtyper eller sjeldne arter. Naturmangfoldloven er i likhet med plan- og bygningsloven⁶⁴ ikke en ”ja” lov, og i saker som omhandler naturmangfoldet kan forvaltningsorganet likevel nekte tillatelse til tiltaket selv om betingelsene er oppfylt. Som det fremkommer av rapporten trekker flere av respondenten frem at naturmangfoldloven *”har fått et ufortjent dårlig rykte... som en nei lov”*,⁶⁵ men dette er jo i utgangspunktet ikke helt riktig, da loven må ansees som en *”oppskrift for saksbehandling”*⁶⁶ når det kommer til forvaltning av naturmangfoldet.

Videre må forvaltningen vurdere sårbarhetsgraden for det berørte naturmangfoldet, i dette ligger det en vurdering om tiltaket kan medføre en alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, hva som menes med alvorlig eller irreversibel skade må sees i sammenheng med forvaltningsmålene i naturmangfoldloven jf. bestemmelsene i §§ 4 og 5.⁶⁷

Miljøverndepartementet⁶⁸ utarbeidet i 2012 en veileder med hensikt til å hjelpe de ulike forvaltningsorganene med tanke på å gi en praktiskinnføring i hvordan bestemmelsen i naturmangfoldloven skal vurderes. I veilederen finnes det en ”sjekklister”⁶⁹ som skal bistå forvaltningen med å synliggjøre informasjonen angående naturmangfoldet som finnes. Men det virker ikke like godt som departementet skulle ha det til, da det som nevnt ovenfor, stilles spørsmål til kvaliteten på disse databasene sjekklister baserer seg på. Vil en sjekklister være tilstrekkelig nok når man skal vurdere miljøhensyn og kan man sjekklister miljøet? Det som foreligger av informasjon vedrørende sjekklister, ikke føles tilstrekkelig nok for forvaltningen. Da en slik sjekklister vil kunne være en utfordring å håndtere for

⁶⁴ Lov 27. Juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven). § 20-1.

⁶⁵ Multiconsult 2012, s. 46.

⁶⁶ Multiconsult 2012, s. 46.

⁶⁷ Se blant annet; NOU 2004: 28, s. 583, ot.prp. nr. 52, s. 103 og Backer 2010, s. 99.

⁶⁸ Nå Klima- og miljødepartementet.

⁶⁹ Miljøverndepartementet 2012, s. 28.

forvaltningsorganene, da det blir stilt spørsmåltegn ved databasene som denne sjekklisten skal baserer seg på.

Som det fremkommer av rapporten,⁷⁰ etterspør flere av respondentene mer dagsaktuelle problemstillinger og flere relevante og praktiske eksempler. Dette tyder på at forvaltningsorganene ikke er fornøyde med dagens sjekkliste slik den fremkommer i veilederen.⁷¹ Årsaker til at de ønsker ytterligere informasjon fremkommer ikke av rapporten, men må nok forstås slik at forvaltningen ikke finner sjekklisten tilstrekkelig for den bruk vi i dag står ovenfor med tanke på naturmangfoldet. Det er betydelig utfordring at forvaltningen skal utføre en sjekklisteøvelse ovenfor miljøet, da kartgrunlaget sjekklisten baserer seg på ikke alltid samsvarer med virkeligheten. Dette er noe jeg vil komme tilbake til under kapittel 5 hvor jeg drøfte mulige forbedringspunkter.

Når det kommer til hva som ligger i begrepet ”vitenskapelig kunnskap” og hvilke vurderinger som forvaltningen skal gjøre i henhold til kravet om vitenskapelig kunnskap. Så skal ”vitenskapelig kunnskap” etter forarbeidene⁷² forstås som at den skal være vitenskapelig anskaffet og dokumenterbar. Denne kunnskapen skal basere seg på ”konkrete funn eller observasjoner”,⁷³ videre kan den inneholde innslag av kunnskap som er alminnelig kjent. Kunnskapen skal også omhandle erfaringsbasert kunnskap jf. nml. § 8 annet ledd. Bestemmelsens annet ledd medfører ikke et krav om at erfaringsbasert kunnskap legges til grunn i alle saker som det fremkommer av første ledd, men dersom det foreligger slik erfaringsbasertkunnskap skal den også vurderes og legges til grunn i saken.

Vi kan jo stille oss spørsmålet: er det noe med de nevnte vurderingene forvaltningen skal gjøre som vanskeliggjøre håndhevelsen av bestemmelsen jf. nml. § 8?

Ettersom informasjonen om naturmangfoldet i dag er spredt utover flere ulike databaser som tidligere nevnt, kan dette igjen kan tyde på at forvaltningen finner det vanskelig å vite hva de skal gå for i sine vurderinger. Som det fremkommer av rapporten⁷⁴ oppleves kvaliteten på de ulike databasene som av mindre god kvalitet, da de ikke alltid er oppdatert med den informasjonen de ulike forvaltningsorganene trenger for å gjøre de vurderingene loven legger

⁷⁰ Multiconsult 2014, s. 44 – 45.

⁷¹ Miljøverndepartementet 2012, s. 28 – 29.

⁷² NOU 2004:28, s. 582 og ot.prp.nr. 52, s. 379.

⁷³ Ot.prp.nr. 52, s 379.

⁷⁴ Multiconsult 2014, s. 46.

opp til. Dette gjør at det som legges til grunn for vurderingene, kan inneholde vesentlige feil eller mangler. Det medfører at forvaltningen nok i større grad, må ilegge føre var-prinsippet større vekt enn de trenger i flere tilfeller. Ville det da vært i hendelser som dette vært mer formålstjenlig å samle all kunnskapen i en database. For på den måten å høyne kvaliteten på informasjonen, selv om dette medfører en betydelig stor arbeidsoppgave. Slik det fremstår per dags dato, ville det trykt kunne svares ja på dette spørsmålet. Dette vil jeg komme tilbake til under kapittel 5, hvor jeg vil behandle rommet for mulige forbedringspunkter.

4.2.2 - Vurderinger som forvaltningen skal legge til grunn for føre var-prinsippet

I det følgende vil jeg i all hovedsak behandle naturmangfoldlovens bestemmelse § 9 første punktum. Grunnen til at kun bestemmelsens første punktum blir behandlet, er at den omhandler så godt som alle de avgjørelser hvor bestemmelsen kommer til anvendelse. Føre var-prinsippet inneholder to ulike sider, disse to sidene vil ikke bli omtalt her, da de er blitt redegjort for under punkt 2.4.

Føre var-prinsippet skal legges til grunn som nevnt under punkt 2.4 i de tilfeller hvor forvaltningen ikke innehar det nødvendige kunnskapsgrunnlaget etter § 8 eller i de tilfeller hvor kunnskapen som foreligger er usikker eller innehar mangler. Selv om kravet til kunnskap er vurdert og funnet tilstrekkelig for saken, skal føre var-prinsippet alltid vurderes i saken. Etter nml. § 9 første punktum *”skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet”*, dette vil være i de saker hvor man har funnet at kunnskapsgrunnlaget i saken er usikkert eller inneholder mangler. Dette vil omhandle saker hvor forvaltningen ikke har fått tilfredsstillende svar på hvilke virkninger det kan tenkes at tiltaket vil ha ovenfor naturmangfoldet. Det er i saker som dette føre var-prinsippet gis stor vekt.

Det vil være flere grunner til at det ikke *”foreligger tilstrekkelig kunnskap”* jf. nml. § 9 første punktum. Mangelen kan skyldes at de aktuelle områdene ikke er kartlagt eller er under kartlegging, eller forvaltningen kan inneha den nødvendig kunnskapen for et område slik at bestemmelsen i nml. § 8 må ansees som oppfylt. Kunnskapsmangelen kan også fremkomme når man tar i bruk nye arbeidsmåter eller teknologi, som igjen kan medføre at man ikke har nok kunnskaper om hva disse nye metodene eller teknologien kan medføre av eventuelle negative effekter på naturmangfoldet. Dette kan føre forvaltningen opp i situasjoner som kan skape utfordringer med tanke på naturmangfoldet, noe som kan resultere en hyppigere føre-

var bruk. Videre kan kunnskapsmangel, skyldes at forvaltningen vet kun noe om det aktuelle området tiltakshaver ønsker for eksempel bygget oppført på. Tilfeller som dette kan være en betydelig utfordring for forvaltningen å håndtere, men hva ville vært mest hensiktsmessig og gjøre? Skal forvaltningen sette seg ned å vente på kunnskapen kartlegges eller legge føre var-prinsippet til grunn med en gang? På den ene siden så kanskje de skulle satt saken på vent, men her må jo man vurdere nytten av tiltaket opp mot den kunnskapen som allerede foreligger selv om kunnskapen kan være liten. Andre samfunnsmessige hensyn kan også ilegges større vekt enn naturmangfoldet.

Men ser vi på det fra en annen vinkel, ville det vært riktig å legge prinsippet ukritisk til grunn? Det kan jo tenkes at naturmangfoldet på stedet ville bli ilagt mindre vekt, eller at det tiltaket medføre ikke ville ført til skade på naturmangfoldet.

Etter bestemmelsen i nml. § 9 burde videre forvaltningen sette seg ned og se over den kunnskapen som allerede er å oppdrive og videre stille seg spørsmålet; er denne kunnskapen god nok med tanke på dagens situasjon? Kan dette være en utfordring for forvaltningen, når de skal vurdere bestemmelsen? Her er det mye som taler akkurat for det er det. Hvor godt er kvaliteten på informasjonen på de eksisterende databasene? Det er ikke alltid den informasjonen som foreligger i de ulike databasene inneholder korrekt og oppdatert informasjon. Dette finner vi støtte for i rapporten, hvor det fremkommer at flere av respondentene mener at *”kvaliteten på databaser (Naturbase m.fl.) er dårlig med registreringer som upresise, feil eller ikke oppdatert.”*⁷⁵ Når dette er tilfelle vil det si at kanskje hele eller deler av et vedtak kan inneholde vesentlige feil eller mangler, slik at forvaltningen oftere må ilegge prinsippet større vekt enn de kanskje strengt tatt hadde hatt behov for. Eller at føre var-prinsippet ikke ilegges den nødvendige vekt da er av den oppfatning at det informasjonen de arbeider ut i fra er korrekt, det er jo i tilfeller som dette føre var-prinsippet slår inn med full vekt.

Selv om dette nok ikke inntreffer ofte kan kunnskapen forvaltningen mottar også gå mot hverandre i tilfeller hvor den erfaringsbaserte kunnskapen sier noe annet enn hva den vitenskapelige kunnskapen legger til grunn. Selv om disse som oftest omhandler ulike ting, kan de også gi uttrykk det samme. I tilfeller hvor kunnskapen står i et motsetningsforhold

⁷⁵ Multiconsult 2014, s. 46.

fremkommer de i kommentarutgaven til naturmangfoldloven⁷⁶ at det må gjøres en vurdering av hva man skal legge til grunn. Er det begrunnelser som dette som vanskelig gjør praktiseringen? Skal man legge den vitenskapelige kunnskapen til grunn som krever en sannsynlighet på 95 % eller den kunnskapen som er ervervet gjennom generasjoner, som kanskje også vil gi de svarene man trenger selv om den ikke kan bevise at det foreligger en sannsynlighetsovervekt på minst 95 %.

Når det kommer til vurderingen etter første punktum medfører dette ovenfor forvaltningen at de skal vurdere, om det tilsøkte tiltaket vil kunne påvirke eller medføre skade på naturmangfoldet. Dette vil si at de er nødt til å stille seg flere ulike spørsmål; vet forvaltningsorganet nok om landskapet, økosystemene i naturen, de ulike naturtypene, og videre om hvilke virkninger det aktuelle tiltaket kan inne ha ovenfor naturmangfoldet på disse punktene. Er det videre en sannsynlighetsovervekt som taler for at tiltaket vil kunne føre til vesentlig skade, som vil bety en alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet. Kommer forvaltningsorganet frem til at de den kunnskapen de har er av begrenset karakter skal føre var-prinsippet vektet i større grad enn dersom man har nødvendig kunnskap, men alltid vurderes uavhengig av kunnskapsgrunnlaget. Dette vil ikke medføre nødvendigvis de store utredningene, men her stilles forvaltningsorganet ovenfor flere ulike veivalg, istedenfor å avslå søknaden i sin helhet og bygge ytterligere opp under det dårlige ryktet loven har fått, kan heller forvaltningen sette vilkår til tillatelsen, og meddele ovenfor søker at tiltaket kan tillates med visse begrensninger, Backer omtaler dette som en *"begrenset tillatelse"*.⁷⁷

Videre vil den vurderingen som skal legges til grunn med tanke på bestemmelsen være av faglig kvalitet, men som Miljøverndepartementet har uttalt i Planjuss 1/2012⁷⁸ vedkommer dette de ulike fylkesmennene. Denne uttalelsen må nok forstås slik at dette vil være gjeldene for alle som kommer i befatning med de miljørettslige prinsippene. Det ville videre vært rart hvis vurderingene vedrørende faglig kunnskap kun skulle omfatte fylkesmennene, hva skulle da ellers bli lagt til grunn, generell synsing og subjektive meninger? Hvis ikke et forvaltningsorgan ikke innehar den nødvendig kunnskapen, må de innhente denne kompetansen gjennom andre. Dette kan fort bli en utfordring med tanke på tidsbruk, da ekstra kompetanseinnhenting og kartlegging vil i de aller fleste tilfeller vil føre til økt tidsbruk og en

⁷⁶ Backer 2010, s. 94.

⁷⁷ Inge Lorange Backer 2009, "Naturmangfoldloven" Tidsskrift for eiendomsrett, s. 7.

⁷⁸ Se s. 6.

markant merbelastning for forvaltningen. Førre var-prinsippet i seg selv kan ikke sees på som en direkte årsak til at man i enkelte tilfeller ser seg nødt til å innhente ekstra kompetanse, men må sees i sammenheng med alle prinsippene der kunnskapen som loven krever ikke er tilstrekkelig jf. nml. §§ 8 til 12.

4.3 – Skjønn/vage/uklare formuleringer i naturmangfoldloven §§ 7, 8 og 9.

Bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9 gir forvaltningen et betydelig spillerom for utøvelse av skjønn. Dette kan tyde på at det foreligger mangel på rettsligstyring, som vil kunne sees på som en hovedårsakene til at kommunene og andre forvaltningsorganer synes det er krevende å håndheve bestemmelsene. Dette med at rommet for skjønn virker for stort vil videre kunne ha en stor innvirkning på vedtakene som forvaltningen fatter vedrørende naturmangfoldet, ikke bare ved bygging/ og eller utvikling, men også kunne påvirke naturmangfoldet over tid.

Er det vugheten som ligger i naturmangfoldloven § 7 som byr på problemer når det kommer til praktiseringen av lovverket? Det at prinsippene i naturmangfoldloven ”...skal legges til grunn som retningslinjer...”, og videre hvordan bestemmelsene er formulert, kontra som et rent krav ovenfor forvaltningsorganene. Kan dette sees på som en årsak til at det oppleves som vanskelig for forvaltningen å praktisere bestemmelsene i naturmangfoldloven? Dette vil videre handle like mye om vughet med hensyn til rettsvirkningene i bestemmelsene. Dette vil si at forvaltningsorganet kun vil være pliktig til å vurdere prinsippene i naturmangfoldloven, dette betyr ikke at de alltid vil være utslagsgivende i enhver sak, men prinsippene skal ilegges stor vekt, her vil jeg vise til min tidligere fremstilling av nml. § 7 hvor jeg har forklart hvilke plikter nml. §§ 8 og 9 medfører.

I henhold til ot.prp.nr.52 skal ”den samlede forvaltningen av naturmangfoldet i midlertidig være i samsvar med retningslinjene.”⁷⁹

Dette vil kunne være en medvirkende årsak til at man ikke vil få en konsekvent behandling av de miljørettslige prinsippene på tvers av forvaltningen, da ulike aspekter kan bli lagt til grunn for beslutningen som gjøres.

Med dette mener jeg at på grunn av det rommet for skjønn forvaltningen er gitt, åpner bestemmelsen for en ulik behandling av prinsippene. Det kan virke som at, så lenge man handler ”i samsvar med retningslinjene” vil det være tilstrekkelig. Formuleringen ”i samsvar

⁷⁹ Se s. 378.

med retningslinjene” er etter min vurdering en noe uheldig formulering, da den fremstår som litt for vag og åpen. Det virker som at man ikke nødvendigvis trenger å ha en konsekvent behandling av de ulike prinsippene, selv om forvaltningen handler i samsvar med de retningslinjene som er hjemlet i naturmangfoldloven jf. §§ 8 til 12.

Og videre viser ot.prp.nr. 52 til alminnelig lovtolkning for hvilken vektlegging prinsippene vil ha i den bestemte sak, som også vil være av betydning for sakens utfall.

Det at bestemmelsen åpner for skjønn vil på den ene siden være et svært viktig virkemiddel for forvaltningen, da ikke alle saker vedrørende naturmangfoldet er like og av den grunn vil da kunne kreve ulik behandling. Men på den andre siden kan det være uheldig for forvaltningen da denne skjønnsmuligheten som de er gitt, også åpner for tolkning. Dette kan igjen medføre at bestemmelsen kan blir praktisert ulikt, selv om vi kan se likheter mellom ulike tiltak.

Når bestemmelsen er formulert sånn den er gjort, jf. nml. § 7, så er dette med på å gi rom for usikkerhet når forvaltningen skal praktisere lovverket. Hvis man hadde landet på den andre varianten som ble behandlet i forarbeidene⁸⁰ som gikk ut på å definere de miljørettslige prinsippene som et rettskrav kunne lovgiver eliminert mye av usikkerheten knyttet til praktiseringen av bestemmelsene.

Men å definere bestemmelsene i nml. §§ 8 til 12 som et rent rettskrav kontra retningslinjer som han har landet på i lovverket, ville i følge NOU 2004:28⁸¹ kunne medført at *”et prinsipp normalt vil gi en bestemmelse med vagt innhold”* og videre ville medført at *”rettighetene av bestemmelsen gir, vanskelig kan leses ut av lovteksten.”* Dette utsagnet er vrient å forstå seg på og videre hvordan de kunne komme frem til en slik begrunnelse. En mer utdypende begrunnelse for det valget utvalget har kommet frem til, fremkommer heller ikke av NOU 2004:28.

Problemet her er at det er nettopp dette som er tilfelle per dags dato. Det fremkommer gjennom rapporten⁸² at respondentene synes at bestemmelsene generelt er vanskelige og frustrerende å følge opp, da de kan være uklare. Det som nå oppleves er nettopp det man ønsket å unngå da denne diskusjonen var til behandling gjennom NOU 2004:28. Var det da

⁸⁰ NOU 2004:28, s.190.

⁸¹ Se side 190.

⁸² Multiconsult 2014, s. 45.

riktig å gå for varianten med å definere de miljørettslige prinsippene som retningslinjer? Ville man vært mer tjenlig med å definere de miljørettslige prinsippene som rene rettskrav istedenfor? Disse spørsmålene er noe jeg vil komme tilbake til under kapittel 5, hvor jeg vil se på og behandle mulige forbedringspunkter.

Ser vi på bestemmelsen i nml. § 8 er det flere av formuleringene som vil være medvirkende til at det kan skapes usikkerhet for forvaltningen. Ser vi på formuleringen om at offentlige beslutninger som omfatter *”naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap...”*, dette kan skape usikkerhet da dette legger til rette for en skjønnsvurdering. Formuleringen *”så langt det er rimelig”* legger videre opp til en individuell vurdering om hva som er rimelig, som igjen kan føre til uheldigheter når det kommer til hva som legges til grunn.

Det som er ment med formuleringen *”så langt det er rimelig”* er at kravet til vitenskapelig kunnskap som skal legges til grunn for beslutningen, skal være i forhold til den enkelte sak. Med dette menes det at det ikke foreligger et bestemt krav angående et kunnskapsgrunnlag, men at det åpnes for en individuell vurdering hvor forvaltingsorganet er nødt til å vurdere kostnadene på den ene med tanke på informasjonsinnhenting samt tiltakets omfang og på den andre siden hvordan naturmangfoldet vil bli påvirket på sikt. Dette tydeliggjøres av bestemmelsens første ledd annet punktum hvor det heter; *”kunnskapsgrunnlaget skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet.”*

Videre fremkommer det av bestemmelsens annet ledd jf. nml. § 8 at forvaltingsorganet skal vektlegge i sine beslutninger både vitenskapelig og erfaringsbasert kunnskap. Vitenskapelig og erfaringsbasert kunnskap omfatter som regel ulike typer av spørsmål, men som det omtales i *”Kommentarutgaven til naturmangfoldloven”*⁸³ kan disse i enkelte tilfeller handle om det samme spørsmålet. I tilfeller som dette kan de komme i konflikt med hverandre er det opp til forvaltningene å vurdere hva som skal legges til grunn for beslutningen. Denne type vurderinger kan slå uheldig ut for naturmangfoldet, hvis forvaltningen legger feil vurderinger til grunn for vedtaket.

⁸³ Backer 2010, s. 94.

Kunne man eliminert mye av usikkerheten ved de skisserte tilfellene hvis man heller hatt et uavhengig kontrollorgan som kom inn og overtok vurderingene/behandlingen, eller ville det vært mer hensiktsmessig for praktiseringen av naturmangfoldloven og minimert det skjønnsmessige spillerommet slik at forvaltningsorganene kun hadde mulighet for å utøve skjønn innenfor gitterrammer? Spørsmålet vil bli behandlet og kommentert i kapittel 5, under punkt 5.1

Noe annet som kan trekkes frem som mulige årsaker til at bestemmelsen i nml. § 8 oppleves som vanskelig for forvaltningen å praktisere, vil være at rekkevidden av prinsippet fremstår i dag som uklar og at det foreligger manglende informasjon i form av databaser som sorterer hvilke effekter som et tiltak kan medføre på naturmangfoldet. Gjennom rapporten⁸⁴ fremheves det at de databaser som allerede finnes, disse kan inneholde feil og mangler, noen som igjen kan føre til at forvaltningen legger feil vurderinger til grunn for tiltaket.

Når det kommer til praktiseringen av bestemmelsen i nml. § 9 kan det trekkes frem vanskeligheter som å forutse usikkerheten et tiltak vil ha på naturmangfoldet og som Bugge trekker frem at forbeholdet om at § 9 "bare" omhandler naturmangfoldet.⁸⁵ I bestemmelsen ligger det et større rom for skjønn, og det kan sees på som et av problemene ved praktiseringen av bestemmelsen, det kan se ut som at rommet for skjønn som forvaltningen er gitt er for stort, slik at det vanskeliggjør selve håndteringen av føre var-prinsippet.

Som det fremkommer av nml. § 9 annet punktum som omhandler myndighetenes forpliktelse til å handle å iverksette nødvendige tiltak når det kan foreligge en risiko for skader eller irreversible skader, i dette ligger det en vurderingssituasjon som kan oppleves som vrient å handle korrekt etter. Etter første punktum kan vi videre fremheve formuleringene "*tilstrekkelig kunnskap*" og "*...skal det tas sikte på å unngå vesentlig skade...*", dette er formuleringer som vil kunne føre til usikkerhet for forvaltningen når de knyttes opp til tolkningen av hva som egentlig ligger i bestemmelsen.⁸⁶ Disse problemene gjenspeiles også i rapporten fra Multiconsult⁸⁷ hvor blant annet bestemmelsen i nml. § 9 oppleves for forvaltningen som vanskelig og frustrerende å følge opp. Det at naturmangfoldloven og de miljørettslige prinsippene er relativt ny av dato, og at en ny lov trenger en innkjørings periode før den er oppe og fungerer slik den er tiltenkt, kan også trekkes frem som en annen mulig

⁸⁴ Multiconsult 2014, s.

⁸⁵ Bugge 2015, s. 150

⁸⁶ Dette er noe som omtales i ot.prp. nr. 52, s. 99.

⁸⁷ "Gjennomgang av praktiseringen av naturmangfoldloven" 2014.

årsak til prinsippene fremstår som vanskelige å praktisere. Dette er noe som jeg vil behandle og komme tilbake til under kapittel 5 – mulige forbedringspunkter, hvor jeg blant annet vil se på om det kan være rom for om kraven kan tydeliggjøres ytterligere. Slik at mye av usikkerheten som de miljørettslige prinsippene kan medføre kan minimeres eller utelukkes.

Kapittel 5 – Mulige forbedringspunkter

Under dette kapittelet vil jeg forsøke å se på om det kan være rom for ulike forbedringer. Jeg vil kort innledningsvis vise til hvordan uavhengige klageorganer er lagt opp i Sverige og Danmark, og hvordan kontrollen med dette skjer i Norge per dags dato. Videre drøftes det mulighetene for et eget klageorgan for miljø saker, som for eksempel et miljøombud. Kapittelet vil også behandle mulighetene for eventuelle forbedringer, med tanke på om det vil være hensiktsmessig å formulere bestemmelsene annerledes, eller om man kan foreta forenklinger i lovverket.

5.1 - Kan kravene rettsliggjøres, og er det behov for et eget politisk og nøytralt kontrollorgan for miljø saker i Norge?

Jeg vil innledningsvis underere dette punktet, kort ta for meg uavhengige klageorganer og miljødomstoler i våre naboland.⁸⁸ Før jeg behandler og ser på om det vil være et behov for et politisk og uavhengig organ i Norge, slik som i våre naboland.

I Danmark finnes det i dag uavhengige klageorganer, og i Sverige har de uavhengige miljødomstoler.⁸⁹ Disse organene er politisk nøytrale uten koblinger til regjeringen, denne typen offentlige organer har som formål å sikre uavhengige vurderinger av miljørettslige saker og utfordringer. Disse uavhengige organene behandler saker som begrenser seg til miljømessig tematikk, og dette kan være alt fra søknader knyttet til tillatelser vedrørende energisaker, samt tiltak som kan være farlig for naturmangfoldet, og ned til tvister vedrørende for eksempel vann og kloakk.⁹⁰ Videre under dette punktet vil jeg kort ta for meg hvordan dette foregår i Norge per dags dato, herunder fordeler kontra ulemper ved mulighetene, før jeg går inn å ser på om den svenske og danske varianten vil kunne være et alternativ i Norge.

⁸⁸ Danmark og Sverige.

⁸⁹ Temaet er behandlet av Nikolai K. Wings i en artikkel i tidsskriftet *Retfærd* årgang 36 2013 NR. 1/140. Overprøving av forvaltningsvedtak som kan påvirke målet om bærekraftig utvikling: Systemer for overprøving og prøvingsinstansenes stilling i de skandinaviske land.

⁹⁰ Sveriges Domstolar 2016, Mark- och miljödomstol.

I Norge er disse oppgavene betydelig mer spredt enn i våre naboland, og her er det fem ulike institusjoner som fører kontroll med forvaltningen.⁹¹ Disse er som følger:

- 1) Forvaltningen selv
- 2) Domstolene
- 3) Sivilombudsmannen
- 4) Riksrevisjonen
- 5) Internasjonale kontrollorganer

Dagens løsning inneholder flere ulemper enn fordeler, og kun et fåtall av de overnevnte institusjonene foretar en politisk nøytral og objektiv kontroll. Det at forvaltningen selv fører kontroll over eget arbeid, kan bidra til at tillitten til myndighetene svekkes. Med dette mener jeg at det er for mye politisk styring, som båndlegger kontrollen som skal gjøres. En fordel med denne varianten er at man får muligheten til at saken kan få en ny vurdering og behandling, og at vurderingen blir foretatt av et myndighetsorgan høyere opp enn de som har fattet avgjørelsen i første omgang. Som vi ser av domstolskontroll med forvaltningen er dette ofte en svært kostbar og tidkrevende måte å føre kontroll på, domstolene behandler i svært liten grad det skjønnsmessige spillerommet forvaltningen er gitt, men på den andre siden er vurderingen både objektiv og nøytral. Sivilombudsmannen kan ta opp saker etter eget initiativ eller behandle saker som kommer inn i form av klager på forvaltningens vedtak. Å klage vedtaket inn for sivilombudsmannen er gratis i forhold til å ta saken inn for domstolene. Sivilombudsmannen foretar videre en politisk og nøytral behandling av saken, og saker som vil kunne la seg behandle av Sivilombudsmannen vil også være noe av de samme sakene som vil være aktuelle for et miljøorgan og vil bli omtalt nedenfor. Riksrevisjonen fører kontroll med forvaltningen gjennom å se hvordan *”fellesskapets midler og verdier blir brukt og forvaltet slik Stortinget har bestemt”*⁹² Riksrevisjonens kontroll av forvaltningen er objektiv og uavhengig selv om de kontrollerer forvaltningen i tråd med Stortingets retningslinjer for bruk av midler og verdier.

⁹¹ Nikolai Kristoffersen Winge 2015, Hvem vokter vokterne? Om kontroll av miljøforvaltningen i Norge. Foredrag for Naturviterne. (heretter Winge 2015).

⁹² Riksrevisjonen 2015, Om Riksrevisjonen.

Er et uavhengig miljøorgan som for eksempel et miljøombud noe vi trenger, er dette noe som ville vært hensiktsmessig i Norge? Er det politisk vilje og gjennomslagskraft for å opprette et kontrollorgan for naturmangfoldet, som innehar særlig kompetanse på området, eller gi andre fagmyndigheter en slags vetorett? Kan man gi miljødirektoratet dette ansvaret, et slags mandat for å vurdere dette for eksempel for NVE, veimyndighetene eller kommunene, da i fortrinnsvis store prinsipielle saker. Og i de tilfeller der de sier: nei her er det for stor usikkerhet knyttet til tiltaket, og velger å legge ned et veto. Vi har Sivilombudsmannen som er politisk og nøytral, og som kan overprøve både juss og politikk, Sivilombudsmannen oppgaver vil bli omtalt nedenfor.

Dette fremstår som en veldig spennende tanke sånn vi ser utviklingen med tanke på naturmangfoldet og de utfordringene som knytter seg til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene i naturmangfoldlovens kapittel 2 jf. §§ 8 til 12, kanskje det er det som skal til får å gi disse prinsippene gjennomslag for å gjøre det lettere å praktisere disse. Igjen for da slipper man en kommune til å ta stilling til denne problematikken rundt praktiseringen av de miljørettslige prinsippene, for da i spesielle saker kunne sendt saken videre til de som sitter på denne spisskompetansen.

Opgaver som vil falle naturlig inn under et slikt ombud, vil også la seg behandles innenfor den alminnelige kompetansen som Sivilombudsmannen allerede innehar. Men Fauchald⁹³ viser til den utviklingen og de utfordringene vi i dag står ovenfor, med tanke på naturmangfoldet og klimaet. Fauchald viser videre til at det vil være behov for utvikling av andre virkemidler enn de vi allerede har for å ivareta naturmangfoldet. Slike arbeidsoppgaver som naturlig vil kunne falle inn under et slikt nyopprettet kontrollorgan for miljøsaker, og blir ikke i stor grad behandlet av andre organer. Selv om vi har fem ulike institusjoner i Norge som fører i ulik grad en kontroll med forvaltningen.

Et miljøombud i denne sammenheng vil være et organ som handler selvstendig og upartisk, med tanke på forvaltningen av naturmangfoldet. Et uavhengig og upartisk kontrollorgan vil kunne føre tilsyn med forvaltningen, med tanke på praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Og vil kunne gå inn i saker for å eventuelt overstyre de ulike

⁹³ NOU 2004:28, s. 830.

forvaltningsorganene i for eksempel store eller prinsipielt viktige saker, hvor det enkelte forvaltningsorganet innehar et manglende eller et usikkert kunnskapsgrunnlag.

Ole Kristian Fauchald⁹⁴ skisserer i forarbeidene fem ulike formål et slikt miljørettsligkontrollorgan kan operere under, og disse formålene går i hovedsak ut på:

- 1) Å fungere som et kontrollorgan som følger opp regelverket slik at vi får en mer konsekvent behandling av blant annet de miljørettslige prinsippene jf. nml. §§ 8 til 12.
- 2) Være et talerør og bidra til å øke rettssikkerheten for den vanlig mann i gata. Det å ta opp kampen mot forvaltningen gjennom rettssystemet kan medføre betydelige kostnader.
- 3) Legge opp til konstruktive forhandlinger å løse konflikter mellom ulike interessenter i en sak, før de kan eskalere.
- 4) Føre kontroll over enkelte av de ulike oppgavene forvaltningen er gitt av Stortinget.
- 5) Ivareta den ”svake” parts interesser i kampen mot ”ressurssterke” som for eksempel myndighetene, og videre fremstå som naturmangfoldets vokter/stemme.

Punktene ovenfor vil medføre at et miljøombud kan etter eget ønske behandle klager i forbindelser med søknader knyttet opp mot de miljørettslige prinsippene. Videre kunne føre kontroll etter eget initiativ og på oppdrag fra for eksempel Stortinget, dette for å sikre at de ulike forvaltningsorganene handler i tråd med det gjeldende regelverket. Videre vil et slikt ombud kunne virke som en forhandlings partner i særlig fastlåste saker, mellom for eksempel tiltakshaver og offentlige myndigheter, slik at man avverger at saker eskaleres og ender i rettsapparatet. Det å gi oppgaver som dette til et miljøombud, kan også medføre at man får mulighet til å frigjøre ressurser slik at disse kan benyttes til andre formål. Slik kontrollen i dag fremstår med tanke på kontroll med forvaltningen, er dette spredt fordelt på fem ulike institusjoner som beskrevet ovenfor. Denne kontrollen vil kunne være uheldig da det medfører økte kostnader og ressurser.

Hvis vi ser for oss et tankeeksperiment: la oss si at forvaltningen var forpliktet gjennom lov til å avslå søknaden eller avvise saken dersom det forelå usikkerhet, ville det vært mulig å få dette til? Dette handler derimot om en rettsliggjøring, altså å legge en rettslig skranke i prinsippene som innebærer at forvaltningen kan være forpliktet til å avslå en søknad om

⁹⁴ NOU 2004:28, s. 829.

naturinngrep. På den ene siden kanskje det kunne latt seg gjøre, men da må vi i tillegg stille spørsmålet: Er det politisk enighet og vilje til å gjennomføre dette?

Her må det vurderes fordelene ved å forplikte forvaltningen til å avslå tiltak, opp ulempene en slik forpliktelse kan medføre. Fordelene med å forplikte forvaltningen til å avise en sak hvor det foreligger usikkert, er at man velger å til gode se naturmangfoldet, videre noe alle vil kunne si seg enige i. Men det vil videre være mer hensiktsmessig å på sikt å legge vekt naturmangfoldets goder, fremfor andre tiltak som kan medvirke til forringelse av naturen overtid. For eksempel kan utvikling av nye metoder og teknologi medføre skader på naturmangfoldet, som man ikke har 100 % oversikt over før man har vurdert hva ny teknologi og metoder kan føre til. Men det er ikke alltid dette lar seg kombinere med andre samfunnsmessige hensyn som vil vektes høyere enn naturen.

Som tidligere nevnt vil for eksempel behovet for utvikling av energibehovet på sikt være en slik årsak til at man velger å nedprioritere naturmangfoldet, der hvor man ved sikkerhet vet at det ikke foreligger sårbare naturtyper eller truede arter.

Dette ville nok vært noe som ville vært vanskelig å få gjennomført dette til syvende og sist. Ulempene ved å forplikte forvaltningsorganene til å avslå saker hvor det foreligger usikkerhet kunne medført at, i tilfeller som dette ville det videre kunne være en mulig sannsynlighet for at forvaltningen eller ansvarligmyndighet ville kunne definert bort den usikkerheten som kan oppstå, for så å slippe å ta stilling til den i det første. Dette vil videre være en uheldig løsning for en helhetlig samfunnsutvikling, da det vil medføre at forvaltningen aldri tar stilling til usikkerheten som kan oppstå med tanke på naturmangfoldet fremfor å gjøre noe med den. Det at forvaltningen sier at det ikke foreligger usikkerhet i tilfeller som dette, ville nok ført til at forvaltningen eller overordnet myndighet bare ville forskjøvet problemet ytterligere frem i tid og overlatt avgjørelsen til neste gang en liknende sak dukker opp igjen. Men hva om å si at kravet til kunnskap som skal foreligge etter nml. § 8, skal defineres som et absolutt krav, kunne det være en mer riktig vei å legge opp til? Men da kunne et annet problem oppstå, da ville det blitt en kamp om hva som skal ansees som vitenskapelig nok. Dette ville kanskje ikke vært en optimal løsning for saken med tanke på for eksempel formuleringen *"i et rimelig forhold til sakens karakter"* jf. nml. § 8, da dette kan føre til en mer slepphendt praksis blant forvaltningen, da selve brodden på bestemmelsen blir i stor grad fjernet. Men hva om man fjerner denne formuleringen, og la til grunn at forvaltningen *skal* være føre-var hvis det var et snev av usikkerhet, da usikkerheten skal komme naturmangfoldet til gode i alle tilfeller. Dette

vil føre til at det forvaltningsorganet som har saken enten må avslå saken eller at de må gi de avbøtende vilkårene slik at man kan være sikker på miljøhensyn vil bli ivaretatt.

5.2 – Kan kravene tydeliggjøres?

Her vil jeg se på om det kravene vil la seg tydeliggjøres, dette gjøres på bakgrunn av de overnevnte kapitlene. Med hovedvekt på avhandlingens punkt 4.3 hvor jeg har behandlet vage og uklare formuleringer i nml. §§ 7 til 9.

Det viser seg at flere av de miljørettslige prinsippene fremstår i dag som en utfordring for forvaltningen å praktisere, kan tale for at det bør åpnes for en ytterligere konkretisering og presisering av bestemmelsene i nml. kap 2. Og videre at lovgiver bør sette seg ned å se på mulighetene for en klargjøring av de vurderingene som vil være nødvendige for å kunne praktisere bestemmelsene jf. nml. §§ 8 til 12 på en mer helhetlig og konstruktiv måte.

Det at Miljøverndepartementet⁹⁵ allerede i 2012 utgav en veileder tre år etter at loven trådte i kraft, kan sees på som det allerede da hersket tvil for forvaltningen i henhold til praktiseringen av naturmangfoldlovens kapittel 2.

Etter en gjennomgang av de overnevnte kapitlene, er det flere ting som kan tyde på at naturmangfoldlovens bestemmelser angående de miljørettslige prinsippene jf. nml. §§ 7, 8 og 9, vil kunne ha et behov for en ytterligere konkretisert og tydeliggjøring. Slik at den usikkerheten som forvaltningen opplever når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige minimeres.

Dette er videre i tråd med Regjeringens ønsker for naturmangfoldet, slik det fremkommer av Sundvollerklæringens kapittel 13.⁹⁶

Tar vi først for oss bestemmelsen i nml. § 7, så fremkommer det her som kjent at de miljørettslige prinsippene ”skal legges til grunn som retningslinjer”. Dette vil si at prinsippene ikke nødvendigvis vil ilegges vekt i enhver sak som omhandler naturmangfoldet, da andre samfunnsmessige hensyn vil kunne vektes høyere enn naturmangfoldet i flere tilfeller. Her vil behovet for energi i form for eksempel kraftverk være viktigere for samfunnsutviklingen enn ”ubetydelige” deler av naturmangfoldet. Ville det her vært mer

⁹⁵ Nå Klima- og miljødepartementet.

⁹⁶ Se s. 60.

hensiktsmessig når det kommer til praktiseringen av bestemmelsen for forvaltningen hvis man hadde valgt å definere prinsippene som rene rettskrav istedenfor dagens variant?

Slik situasjonen fremstår i dag, kunne dette vært mer hensiktsmessig for forvaltningen. Selv om utvalget gjennom forarbeidene mener at *”Svakheten ved denne løsningen er at lovfesting av et prinsipp normalt vil gi en bestemmelse med vagt innhold, og at rettighetene som bestemmelsen gir, derfor vanskelig kan leses ut av lovteksten.”*⁹⁷ Hva legger de til grunn for en slik konklusjon? Det er videre vanskelig å forstå dette utsagnet, etter å ha jobbet meg gjennom avhandlingen, er det den svakheten de henviser til her med tanke på å definere prinsippene som rene rettskrav, som er realiteten i dag, da flere av respondentene i rapporten⁹⁸ kommenterer at bestemmelsene *”kan være vanskelige å forstå”* samt *”hvordan de skal praktiseres”*.

Hvis vi stiller oss spørsmålet: Hadde situasjonen for de ulike forvaltningsorganene vært annerledes og hadde utfordringene som oppleves i dag knyttet til praktiseringen av prinsippene vært på et minimalt og akseptabelt nivå?

Det kan være vanskelig å sette to streker under svaret i tilfeller som dette, da vi ikke vet hvordan praktiseringen av prinsippene hadde fungert som rene rettskrav kontra retningslinjer, og videre at vi kun kan se på dette gjennom et tankeeksperiment. Det er nok lite som går i den retningen av at praktiseringen av de miljørettslige prinsippene hadde blitt vesentlig mer uklare for de ulike forvaltningsorganene enn hva tilfellet er i dag. Det hadde nok i hvert fall blitt en klarhet i hva forvaltningen, skal legge til grunn av vurderinger og plikter. Det skjønnsmessige spillerommet som forvaltningen er gitt kunne med fordel blitt innskrenket. Slik at de allikevel innehar muligheten til å utøve et rom for skjønn, men da innenfor gitte rammer med mindre den aktuelle situasjonen tilsier noe annet. Eller la det gå til et overordnet miljøorgan, som behandler særlig viktige og prinsipielle avgjørelser som behandlet ovenfor i punkt 5.1.

Går vi over til bestemmelsen knyttet til nml. § 8 ser vi at et av problemene til at bestemmelsen angående kunnskapsgrunnlaget er at bestemmelsen fremstår som vag, selv om det kommer klart frem av § 8 hva myndighetene skal legge til grunn. Ser vi på formuleringen *”så langt det er rimelig”* fremstår denne som en utfordring for hvordan den skal legges til grunn når det kommer tolke bestemmelsen, da den legger opp til en mulige individuell vurdering. Videre

⁹⁷ NOU 2004:28, s.190.

⁹⁸ Multiconsult 2014, s. 45.

bør dette omformuleres, slik at den fremstår mer konkret og holdefast. Når det kommer til forvaltningen av naturmangfoldet kunne det vært mer hensiktsmessig med noen mer faste rammer som skjønnsvurderingen skal gjøres innenfor. Dette med tanke på at avgjørelsene som fattes av forvaltningen kan påføre naturmangfoldet alvorlige eller irreversible skader. For eksempel ville det vært mer hensiktsmessig med kun en database, der alle forhold og virkninger på naturmangfoldet samhandles på en mer effektiv måte enn det gjør per dags dato. Per dags dato er denne informasjonen spredt fordelt på ulike databaser. Videre har den informasjonen som foreligger der, sine mangler i form av ulike feil og udatert informasjon. Dette ser ut til å være en mulig farbar vei å gå for de ansvarlige for databasene å samhandle disse til en helhetlig informasjonskilde.

Det at flere av respondentene i rapporten stiller spørsmåltegn ved kvaliteten på de databasene som foreligger, kan igjen tyde på at forvaltningsorganene ikke innehar tiltro til det de er satt til å forvalte og praktisere. Dette vil bety at det er noe som er vesentlig galt vedrørende systemet.

Videre vil bestemmelsen kunne ha behov for en ytterligere konkretisering og presisering da det er vrient å forstå hvordan den skal følges opp i praksis, da det er selve praktiseringen som oppleves som vanskelig å håndtere i praksis. Dette ser ut til å ha en nær sammenheng med det overnevnte. En annen vei å gå for eksempel slik som det fremkommer i rapporten,⁹⁹ vil kunne være blant annet utarbeide nye rutiner for innhenting av informasjon, legge til grunn et ytterligere opplærings løft for forvaltningen og flette inn flere dagsaktuelle temaer og problemstillinger med tanke på praktiseringen av prinsippene. Slik at en ny veileder og en bedre formulert sjekklister, utarbeides i tråd med de funnene Multiconsult har gjort. Disse mulighetene kan være med på å bidra til å tydeliggjøre omfanget av bestemmelsen slik at den blir mer konkret, særlig med tanke på hva som skal legges til grunn for de vurderingene som forvaltningen er pliktige til å utføre.

Forflytter vi oss over til bestemmelsen i nml. § 9 vedrørende føre var-prinsippet og ser på formuleringen i første punktum *”skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade”*, dette er en av to formuleringer i bestemmelsen som med fordel kunne ha blitt tydeliggjort. Denne formuleringen er med på å føre til usikkerhet for forvaltningen som diskutert under kapittel

⁹⁹ Multiconsult 2014, s. 44.

fire. Som behandlet under punkt 4.2.2 kan bestemmelsen jf. første ledd føre til vanskeligheter, da den skal vurderes i lys av det kunnskapsgrunnlaget som foreligger. Denne usikkerheten er beskrevet under punktene 3.3 og 4.2.1, som omhandler henholdsvis de funnene som Multiconsult har gjort med tanke på bestemmelsen i nml. § 8 og de vurderinger som skal legges til grunn for kunnskapsgrunnlaget.

Det er videre vanskelig å forstå hva som ligger i begrepene ”*vesentlig skade*”, samt ”*alvorlig eller irreversibel*” jf. annet punktum, selv om det til forståelse for begrepene alvorlig eller irreversibel, henvises det gjerne til forvaltningsmålene i nml. §§ 4 og 5.¹⁰⁰ Disse begrepene bør kunne utdypes betydeligere klarere, og være mer spesifikt rettet på hva som er ment med begrepene fra lovgivers side. Men er dette godt nok med tanke på å unngå uklarheter med praktiseringen av de miljørettslige prinsippene? Det kunne med stor sannsynlighet være til stor hjelp for forvaltningen å fått en tydeligere klarhet i begrepsbruken i bestemmelsen, slik at man kan få luket bort de formuleringene som kan være med på å skape usikkerhet og forvirringer eller formulere begrepene på en annen måte.

5.3 – Samlede betraktninger og konklusjon

Etter å ha jobbet med denne avhandlingen kan jeg ikke sette to streker under svaret på hva som kan være årsakene til spørsmålet problemstillingen reiser, som er ”Hva er mulige årsaker til at det oppleves vanskelig for forvaltningen å praktisere bestemmelsene i nml. §§ 8 og 9.” På bakgrunn av de overnevnte kapitlene jeg har behandlet, har jeg kommet frem til at årsakene til de nevnte utfordringene som forvaltningsorganene opplever, tydelig ser ut til å være satt sammen av flere ulike faktorer.

Det er ikke mulig å sette fingeren på en konkret ting, som for eksempel at det er formuleringen ”*Prinsippene i §§ 8 til 12 skal legges til grunn som retningslinjer...*” som er årsaken til problemene. Det har vist seg at det ikke kun er lovverket som byr på problemer for forvaltningen når det kommer til praktiseringen av de miljørettslige prinsippene. Som jeg har behandlet under punkt 3.2, 3.3 og kapittel 4, ser vi blant annet at endel formuleringer i bestemmelsene som fremstår som noe vagt og uklart, som igjen vil være en medvirkende årsak som fører til ulike former for utfordringer for forvaltningen. Bestemmelsene i naturmangfoldlovens kapittel 2 fremstår som uklare ved tolkningssituasjoner, samt at omfanget av dem ikke er konkrete nok.

¹⁰⁰ Se blant annet: Backer 2010, s. 98, og ot.prp.nr. 52, s.103.

Bestemmelsene bør formuleres slik at de ikke skaper usikkerhet for forvaltningsorganene, og videre formuleres slik at de ikke legger opp til en vidstrakt bruk av skjønn.

Som jeg blant annet har omtalt under punkt 3.3, er det bestemmelsen i nml. § 8 som er det prinsippet som det er flest utfordringer knyttet til. Bakgrunnen for dette er som jeg har beskrevet under kapittel 3 og 4, er i hovedsak at kartgrunnlaget som forvaltningsorganene skal legge til grunn, tidvis er svært mangelfulle. Dette fører til at forvaltningen oftere, ubevisst vil kunne legge et uriktig kunnskapsgrunnlag til grunn i sine begrunnelser.

Som det fremkommer under punkt 4.3, er formuleringen jf. nml. § 8 *”naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap...”*, med på å skape usikkerhet da bestemmelsen legger opp til bruk av skjønn. Denne formuleringen vil kunne føre til en subjektiv vurdering, noe som er uheldig med tanke på vurderingene de skal gjøre. Samtidig er det flere utfordringer knyttet til de ulike vurderingene forvaltningen skal gjøre, som jeg har behandlet under punkt 4.2.1.

Utfordringene knyttet opp mot føre var-prinsippet er ikke like fremtredende, men prinsippet fremstår allikevel tidvis som en utfordring samt at den frustrerende å følge opp. Her viser funnene, at det er tydelig at dette har en nær sammenheng at med prinsippet først trer inn der hvor kunnskapsgrunnlaget er mangelfullt. Det er mye som taler for at bakgrunnen for de utfordringene som er knyttet til føre var-prinsippet, bunner ut i problemet knyttet til holdbarheten til de databasene som i dag foreligger. Da forvaltningen skal vurdere føre var-prinsippet i lys av det kunnskapsgrunnlaget som foreligger. Dette er uheldig med tanke på forvaltningen av naturmangfoldloven, så det bør legges til rette for å samhandle dagens ulike databaser. Dette for å kun ha en database og forholde seg til. Dette vil gjøre praktiseringen av de miljørettslige prinsippene enklere, da forvaltningsorganene vet at den informasjonen som foreligger er oppdatert, uten feil og mangler slik dagens databaser fremstår.

Litteratur

- Backer, I. L. (2009). Naturmangfoldloven. *Tidsskrift for Eiendomsrett 2009 s. 182-213 - (TFEI-2009-182)*.
- Backer, I. L. (2010). *Naturmangfoldloven. Kommentaarutgave*: Universitetsforlaget. 702 s.
- Backer, I. L. (2012). *Innføring i naturressurs og miljørett*. 5 utg. Oslo: Gyldendal Akademisk. 404 s.
- Bugge, H. C. (2015). *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 4 utg. Oslo: Universitetsforlaget. 368 s.
- Miljøverndepartementet. (2012). Veileder Naturmangfoldloven kapittel II. Alminnelige bestemmelser om bærekraftig bruk - en praktisk innføring. 47 s.
- Multiconsult. (2014). Gjennomgang av praktisering av naturmangfoldloven. 93 s.
- Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet*. (2013). Sundvollen. 75 s.
- UMD-2011-2781 (PLANJUSS-2012-1-4). (2011). UMD-2011-2781 (PLANJUSS-2012-1-4). Miljøverndepartementet - uttalelser.
- Winge, N. K. (2013a). *Kampen om arealene: Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*: Universitetsforlaget. 443 s.
- Winge, N. K. (2013b). Overprøving av forvaltningsvedtak som kan påvirke målet om bærekraftig utvikling: Systemer for overprøving og prøvingsinstansenes stilling i de skandinaviske land. *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 36 (1/140): 69-84.
- Winge, N. K. (2015, 29. Oktober). *Hvem vokter vokterne? Om kontroll av miljøforvaltningen i Norge*. Foredrag for Naturviterne, NMBU, Ås.

Forarbeider

NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven). (2004). Miljøverndepartementet. 839 s.

Ot.prp.nr.52 (2008-2009) Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven). (2009). Klima- og miljødepartementet. 480 s.

Lover

Lov 2. Februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). (1967).

Lov 19. Juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven). (2009).

Lov 17. Mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 27. Juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven). (2008).

Nettsider

Aulie, C. (2014). Note 39 til nml § 8, lovkommentar Gyldendal rettsdata. Tilgjengelig fra: <https://min.rechtsdata.no/-/Dokument/gL20090619z2D100z2EKII?noteid=gN20090619z2D100z2E39> (lest 9.2.2016).

Sveriges domstolar. (2016). Mark- och miljödomstol. Tilgjengelig fra: <http://www.domstol.se/Om-Sveriges-Domstolar/Domstolarna/Tingsratt/Mark--och-miljoddomstol/> (lest 21.4.2016).



Norges miljø- og biovitenskapelig universitet
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003
NO-1432 Ås
Norway