

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2019:1

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2019:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Charlotta Zetterberg

Webpage <http://nordiskmiljoratt.se/about-the-journal.html> (which also includes writing instructions).

Content

- Charlotta Zetterberg; **Introduction** ... 5
- Justry Patrick Lumumba Nyaberi; **Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol** ... 7
- Dag Øistein Endsjø; **Ulv, miljøparagrafen i Norges grunnlov og vernet av truede dyrearter** ... 29
- Hans Morten Haugen; **Klimasøksmålet og Grunnloven § 112
Hva rommer tiltaksplikten i 3. ledd?** ... 47
- Yaffa Epstein; **Biodiversity Protection: An Environmental Issue? On Sweden's Implementation of EU Species Protection Laws in Environmental and Sectoral Legislation** ... 69
- Gabriel Michanek; **Species and Habitats Protection in U.S. Forest Planning** ... 83

Introduction

Charlotta Zetterberg

As Professor Gabriel Michanek ends his tenure as the editor for the Nordic Environmental Law Journal, I would like to express my gratitude for the work he has devoted to this Journal since 2009, as well as that I have the privilege to continue his work. It is a great responsibility and although I may not fully succeed, I shall endeavor to ensure that the Journal retains its high quality of context and design, as well as its wide distribution. From now on, Jenny Nordenankar at Eddy.se AB will help us with the typesetting of the Journal.

This twenty-second issue of the Nordic Environmental Law Journal includes five contributions. The first one: *Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*, authored by Justice Patrick Lumumba Nyaberi, analyzes the legal framework for access and benefit sharing from the exploitation of genetic resources where the legal frameworks are scrutinized in the light of their fitness for their intended purpose. Several shortcomings in particular the Nagoya Protocol are highlighted and recommendations are made. In the second article: *Ulv, miljøparagrafen i Norges grunnlov og vernet av truede dyrearter*, written by Dag Øistein Endsjø, focuses on Article 112 of the Constitution of Norway, the so called environmental paragraph. It examines to what extent Article 112 protects endangered species through its general provision on the right of everyone, even future generations, to a natural environment where diversity is maintained. The focus of the next article, authored by Hans Morten Haugen: *Klimasøksmålet og Grunnloven § 112: Hva rommer tiltaksplikten i 3. ledd?*, is also the environmental paragraph of the Constitution of Norway. It looks at The people v. Arctic oil lawsuit (which is about opening an oil business in Barents sea) and the question of whether there has been sufficient consideration of the climate. In the fourth article – *Biodiversity Protection: An Environmental Issue? On Sweden's Implementation of EU Species Protection Laws in Environmental and Sectoral Legislation* – Yaffa Epstein analyzes dispensation decisions concerning species that are strictly protected under both EU and Swedish law. She finds that most of the decisions are made under sectoral legislation, which do not have environmental protection as their primary goals and examines what legal consequences this may result in. The purpose of the fifth

and last article, authored by Gabriel Michanek: *Species and Habitats Protection in U.S. Forest Planning*, is to provide information on the U.S. National Forest System, which can provide a useful comparison if Sweden decides to introduce a legislation for forest landscape planning, with the objective to protect forest biodiversity more effectively than today.

Access and Benefit Sharing under the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol

*Justy Patrick Lumumba Nyaberi**

Abstract

The Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity are international instruments which were enacted to address access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization. These instruments arose due to concerns over the unregulated exploitation of genetic resources acquired from countries rich in biological diversity and resulting in great financial benefits; without any of those benefits going to the countries that provided the genetic resources.

Therefore, countries which provided genetic resources called for the setting up of a legal framework to regulate access to genetic resources and ensure fair and equitable benefit sharing from their exploitation. Consequently, the Convention on Biological Diversity and later on, the Nagoya Protocol came into force. This article seeks to analyse the legal framework for access and benefit sharing from the exploitation of genetic resources as established under these two international instruments in order to determine whether it is fit for its intended purpose and what can be done to ensure its efficacy.

1. Introduction

The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity¹ (Hereinafter referred to as “the Nagoya Protocol” or “the Protocol”) came into force on 12th October 2014. The Protocol developed as a result of the need to expand on the third objective of the Convention on Biological Diversity (CBD)², which is “...the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources...”^{3,4}

Genetic resources are naturally occurring components containing functional hereditary units which when exploited have actual or potential value such as agricultural crops, medicinal plants and breeds of animals. Historically, genetic resources were considered the common heritage of mankind (CHM) and were therefore exchanged freely as no one had ownership over them. This in turn led to their unregulated ex-

Denmark for his superb guidance in the writing of the thesis from which this article is extracted.

¹ Nagoya, 29 October 2010.

² Rio de Janeiro, 5 June 1992.

³ Article 1 of the CBD.

⁴ In September 2002, the heads of state at the World Summit on Sustainable Development in Johannesburg, South Africa stressed the need for an international regime to promote and safeguard a fair and equitable sharing of benefits and called for negotiations to be carried out within the framework of the Convention on Biological Diversity in order to come up with such an instrument. This led to the development of the Nagoya Protocol which came into effect in October 2014.

* PhD (Law) Candidate, University of Copenhagen, Denmark. Special thanks go to my Supervisor Prof Peter Pagh of the Faculty of Law, University of Copenhagen,

ploitation especially due to technological developments that have facilitated the exploitation of genetic resources resulting in enormous financial and scientific benefits to individuals and companies.

The unregulated exploitation and lack of benefit sharing from the use of genetic resources led countries, which formerly would provide these genetic resources for free, to call for the establishment of legal frameworks to regulate access to genetic resources and ensure fair and equitable benefit sharing from their exploitation. They no longer wanted genetic resources to be under the CHM but for states to have sovereign rights over the genetic resources in their countries and thus control access to these resources with the end that they would benefit from their exploitation.

This led to the development of the CBD which explicitly recognized the authority of states to determine access to genetic resources as part of their sovereign rights over natural resources under their jurisdiction.⁵ The CBD also provided that the benefits derived from the use of genetic resources should be shared in a fair and equitable manner.⁶ However, since the CBD did not clearly provide for access and benefit sharing (ABS) between providers and users of genetic resources, States saw a need to develop an international instrument that would make clear provisions. This led to the adoption of the Nagoya Protocol.

This article will examine the ABS legal framework under the Nagoya Protocol, highlight challenges of the Protocol and propose measures that can be taken to address these challenges in order to make the Protocol fit for its intended purpose. To this end, the article is divided into three main parts. First, the article will provide an extensive

background on the circumstances that led to the enactment of the Nagoya Protocol. Second, the article will analyse the Nagoya Protocol and its provisions on ABS. This will include challenges facing the Protocol. Finally, the article will make recommendations on how the challenges in the Nagoya Protocol can be addressed in order to strengthen the ABS legal framework.

2. Background to the Nagoya Protocol

2.1 The Tragedy of Commons

Ruin is the destination towards which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.⁷

Where every individual tries to reap the greatest benefits from a given resource, the demand of the resource overwhelms the supply as every individual who consumes an additional unit directly harms others who can no longer enjoy the benefits, as the resource of interest is easily available to all individuals. Thus the individuals involved deflect the well-being of the society in the pursuit of personal gain leaving the resource depleted and unsustainable even for future generations. This was the state of genetic resources before 1993, when the CBD was adopted. Genetic resources were prospected without any consideration to conservation or their sustainable use. Countries had no jurisdiction to control the use of genetic resources as they were regarded as a common heritage. This led to what is now known as the tragedy of commons.

The tragedy of commons can therefore be described as a situation in which many individuals, acting independently and rationally, con-

⁵ Article 15(1) of the CBD.

⁶ Article 1 of the CBD.

⁷ Hardin, G. (1968). The Tragedy of Commons. *Science*, [online] 162(3859), pp.1243-1248. Available at: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243> [Accessed 13 Aug. 2018].

sulting their own self-interest, ultimately deplete a shared limited resource even when it was clear that it was not in anyone's long-term interest if the resource is depleted. This concept was first described by Hardin⁸ in 1968 and is usually applied to issues of environmental conservation and its sustainable use. This concept is clearly applicable to genetic resources before the Convention for Biological Diversity where individuals, states or companies would undertake bio prospecting through the open access system until most of these genetic resources almost faced extinction. Further, when these resources were exploited, no compensation was paid to the countries in which they were found as they were considered public goods. This led states to seek for sovereign rights over their resources and a share of the benefits derived from the exploitation of these resources.

However, the principle of 'tragedy of commons' has come under criticism especially considering technological advancements that have made it such that the amount of genetic material needed for research and development has drastically reduced to the point where there are limited concerns in terms of conservation and sustainable use.

Nevertheless, the 'tragedy of commons' is still applicable with regard to the sharing of benefits arising from the use of genetic resources. This is because before the CBD, *ex-situ* collections⁹ acquired genetic resources through the open access system in countries throughout the world.¹⁰ Expeditions would be undertaken both at the national and international level in order to acquire genetic resources. Other methods

through which these resources were acquired include exchanges with other collections and buying from collectors. These collections were thereafter approached by entities such as cosmetic and pharmaceutical companies who wanted to exploit these genetic resources for commercial gain through product development. As a result, these companies made huge financial benefits from the exploitation of these resources without benefits flowing to the countries which provided the resources originally.

This led countries that were rich in biodiversity to reject the principle of the common heritage of mankind over resources found within their borders on the basis of the concept of tragedy of commons. This in turn created a need for a legal framework that would affirm the sovereign rights of states over GR found within its borders with the attendant right to control access to these genetic resources. Moreover, such a legal framework would need to provide for the fair and equitable sharing of benefits derived from their exploitation. These objectives led to the establishment of the CBD and the Nagoya Protocol which dealt with access and benefit sharing of genetic resources.

2.2 The Convention on Biological Diversity (CBD)

In November 1988, the United Nations Environment Programme (UNEP) convened a working group of experts on Biological Diversity to come up with an international convention on biological diversity.¹¹ In May 1989, an *ad hoc* working group of experts was convened to draft a legal document addressing the conservation, sustainable use of biological resources, and the need to share benefits between provider and user coun-

⁸ Hardin, P. 1248.

⁹ Article 2 of the CBD defines *ex-situ* collections as the conservation of components of biological diversity outside their natural habitats.

¹⁰ Jackson, P.S.W., 1997. Botanic Gardens and the Convention on Biological Diversity. *Botanical Gardens Conservation (BGC) News*, 2(8). Available at: <https://www.bgci.org/resources/article/0025/> [Accessed August 15, 2018].

¹¹ Shah, A. (2011). *Why is biodiversity important? Who cares?*. Available at: <http://http://www.globalissues.org/article/170/why-is-biodiversity-important-who-cares> [Accessed 20 Oct. 2015].

tries as well as to recognize the importance of traditional knowledge associated with genetic resources. By February 1991, this working group became an inter-governmental negotiating committee and concluded its work at the Nairobi Conference on 22nd May 1992 with the adoption of an agreed text of the Convention on Biological Diversity which was opened for signature on 5th June 1992 at the Rio Earth Summit, which was a United Nations' Conference on Environment and Development. It remained open until 4th June 1993 by which time it had received a total of 168 signatures. The convention came into force on 29th December 1993, 90 days after ratification by the 30th member. Presently the Convention has 196 parties including member states and regional bodies.

2.3 ABS Provisions in the CBD

The Preamble of the CBD reaffirms the sovereign rights of states over their biological resources. It further recognizes the dependence on biological resources by indigenous and local communities (ILCs) as part of their traditional lifestyle and the desirability that benefits that proceed from the utilization of traditional knowledge (TK), innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components should be shared in a fair and equitable manner.¹² This desire is further outlined in Article 1 which states that one of the objectives of the convention is "the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources". To this end, the CBD makes a number of provisions.

2.3.1 State Sovereignty

Article 3 and Article 15 (1) of the convention provide for the sovereignty of states over the genetic resources found within its borders. This provi-

sion is important for provider countries because the recognition of their sovereign rights allowed them to enact national laws on access to such resources which in turn will ensure that they share the benefits arising out of the commercial and non-commercial use of these resources. Through this provision, the CBD has restricted the unregulated exploitation of genetic resources by giving states the right to regulate access to their biodiversity which in turn enables them to put conditions in place to allow for fair and equitable sharing of benefits derived from their exploitation. Nevertheless, the authority of any state to determine access is subject to Article 15(2) of the CBD which requires contracting parties to create conditions that facilitate access for environmentally sound uses and not impose restrictions that run counter to the CBD's objectives.

2.3.2 Jurisdiction

According to Article 4 of the CBD, ABS of genetic resources can only result from those genetic resources that are found in the provider country. This Convention therefore does not provide for access and benefit sharing for genetic resources that are found beyond the national jurisdiction of any of the contracting parties such as marine genetic resources found in the high seas.

2.3.3 Traditional Knowledge

Article 8(j) of the CBD requires contracting parties to respect and promote practice of indigenous and local communities (ILCs) in conservation, sustainable use and equitable sharing of benefits derived from the utilization of genetic resources. This is because traditional knowledge (TK) is often the lead in the initial screening for isolating particular properties of genetic resources thereby guiding a number of institutions in the

¹² Preamble of the CBD.

development of new products.¹³ Nevertheless, article 8 (j) of the CBD does not define what TK is thus leaving it to individual perspectives and formulations. A number of attempts have been made to come up with a definition but there is none that is universally accepted. The United Nations Environmental Program (UNEP) has defined TK as what a distinct society holds or acquires “by means of inquiry peculiar to that culture, and concerning the culture itself or the local environment in which it exists.”¹⁴ Therefore, it encompasses knowledge and practices adhered to by a society that has developed over time through modification by additions and subtractions and is passed through generations.

Moreover, problems have arisen as to when the ownership of TK occurs and therefore it is not clear when ILCs can be involved in ABS. Also, there are times whereby the ILCs who are the rightful holders of TK cannot be determined with precision. Furthermore, there are instances where the TK was neither supported by Prior Informed Consent (PIC)¹⁵ nor protected by intellectual property law.¹⁶ This is despite the fact that Article 15(5) of the CBD makes PIC a condition upon which access to genetic resources is granted and where such access has been granted, it must be based on mutually agreed terms

(MAT)¹⁷ as per article 15(4) of the CBD. The CBD only requires PIC to be obtained from national governments thus leaving out PIC from ILCs. The procedure for PIC and MAT is not provided for in the CBD as it was intended to be governed by the national legislation.

2.3.4 *Prior Informed Consent (PIC) and Mutually Agreed Terms (MAT)*

Under Article 15(5) of the CBD, prior informed consent (PIC) is made a condition upon which access to genetic resources is granted and where such access has been granted, it must be based on mutually agreed terms (MAT) as per article 15(4) of the CBD. This means that PIC and MAT are the conditions precedent to obtaining access and subsequent fair and equitable benefit sharing from the utilization of genetic resources. PIC simply connotes that the provider of the genetic resources has given his consent through affirmative action based on the information provided by the potential user of the genetic resources before access was allowed. The CBD only requires PIC to be obtained from national governments thus leaving out PIC from ILCs.

MAT, on the other hand, implies that negotiations have taken place between the provider and the user parties leading to an agreement containing provisions for BS. The procedure for PIC and MAT is not provided for in the CBD as it was intended to be governed by the national legislation. It falls on the parties to decide, in exercising their sovereign rights, whether or not they require PIC.

2.3.5 *Access*

The CBD provides for the authority of national governments to regulate physical access to ge-

¹³ Laird, S. & Wynberg, R., 2008. *Access and Benefit-Sharing in practice: Trends in Partnerships Across Sectors*, Secretariat of the Convention on Biological Diversity. Available at: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-ts-38-en.pdf>.

¹⁴ UNEP/CBD/COP/3/Inf. 33, Annex 2.

¹⁵ This refers to a situation whereby the provider of genetic resources gives his consent through affirmative action based on the information provided by the potential user of the genetic resources before access to these resources is allowed.

¹⁶ Medaglia, J.C., Perron-Welch, F. & Rukundo, O., 2012. *Overview of National and Regional Measures on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Challenges and Opportunities in Implementing the Nagoya Protocol* 2nd ed., Montréal, Canada: Centre for International Sustainable Development Law (CISDL).P 16.

¹⁷ This refers to legal terms on access and benefit sharing agreed upon after negotiations have taken place between the provider and the user of genetic resources.

netic resources within their jurisdiction under Article 15(1). The authority of any government to determine access is subject to Article 15(2) which requires contracting parties to try and create conditions that facilitate access for environmentally sound uses and not impose restrictions that run counter to the CBD objectives. However, what entails “environmentally sound” uses is left to the determination of the providing parties of the genetic resources.

Article 15(3) states that the genetic resources covered by the CBD are those provided by the country of origin or those acquired in accordance with the CBD. This means that access to genetic resources acquired before the CBD are not included.

2.3.6 Benefit Sharing

Article 15(7) of the CBD provides for benefit sharing. Each contracting party is mandated to take legislative measures in achieving a fair and equitable sharing of benefits thus leaving it to the discretion of states. Article 15(7)¹⁸ the CBD does not define the benefits to be shared but they could be monetary as provided in Articles 20 and 21 of the CBD or non-monetary such as research and development results, transfer of technology¹⁹ among others.²⁰ Benefit sharing is to be based on MAT and negotiations should be on each individual case.²¹ Usually non-commercial research means non-profit making research leading to new scientific insights. This was obviously one of the criti-

cal reasons for the conservation and sustainable use of biodiversity. Countries which provided access to genetic resources for non-commercial research would attract non-monetary benefits such as exchange of technology.

Monetary benefits can take the form of access fees, licensing rights over patents or one off compensation payments.²² Access fees refer to a situation whereby the provider sets a fee for access and the user pays. One off compensation refers to a situation whereby a person in possession of TK gives such knowledge in exchange for a onetime payment with no subsequent payments. Licensing rights refer to a situation whereby the patent derived from the use of the GR or TK is co-owned by both the provider and user and both share the benefits that are derived from its utilization.

The provisions of Article 15(7) creates a relationship between states whereas for the most part it is private entities that engage in the collection of genetic resources and the MAT are usually outlined in private law contracts. On the provider side, it is often private land owners and local communities that give these genetic resources. It is therefore important that when national legislation is being drafted, such considerations are put in place to ensure that the key stakeholders are involved for purposes of ensuring fair and equitable sharing of benefits.

Article 16(3) provides for technology transfer which can be to governmental or private institutions. If IPRs are involved in the technology transfer, access will be on the conditions of the registered IPR.

Article 18 provides for technical and scientific collaboration between the relevant stakeholders involved in research on biodiversity.

¹⁸ Medaglia *et al.*

¹⁹ Nevertheless, Article 16 (2) of the CBD states that in cases where technology is protected by IPRs, access to such technologies is to be provided for on terms that are “consistent with the adequate and effective protection of IPRs”. However, Article 16(5) of the CBD requires parties to cooperate in order to ensure that national and international laws creating IPRs are supportive of and do not run counter to the objectives of the convention.

²⁰ These are provided for in Articles 16-19.

²¹ Article 19 (2), CBD.

²² Kwa, E.L. *et al.*, 2006. *Access and Benefit Sharing: Policy and Legal Implications for Papua New Guinea*, Report for the Papua New Guinea Institute of Biodiversity.

Such collaboration in research is geared towards building human capacity and strengthening institutions on the basis of laws and policies at the national level.

Article 19 provides for benefit sharing as a result of the exploitation of biotechnology whereby contracting parties are to take measures whether legal, policy or administrative in order to ensure benefits arising from biotechnologies are shared in a fair and equitable manner.

Emerging trends in technology and science have greatly affected these issues of research and development, technology transfer and biotechnology. Scientific and technological advances have led to changes in the nature of genetic resource demands, how they are used, the business environment among others. For instance, in the 1990s, large samples of plants as well as other samples were collected for mass screening including TK on medicinal plants.²³ Currently, genetic resources required in order to conduct research had reduced dramatically thus reducing the need to go to provider countries to get huge amounts of genetic material for purposes of research. Further, a lot of genetic material needed for a certain compound can now be found in the country of the user. Moreover, the spread of means of communication especially the internet has made it such that genetic information is readily available online thus negating the need to travel to other countries to get the information required. All the above pose challenges for benefit sharing as the CBD did not make any provision for these emerging trends.

²³ Laird, S. and Wynberg, R. (2012). *Bioscience at a Crossroads: Implementing the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing in a time of Scientific, Technological and Industry Change*. Secretariat of the Convention on Biological Diversity.

2.3.7 Intellectual Property Rights (IPRs)

Under the CBD, IPRs affect provisions relating to fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of genetic resources, preservation of and respect for the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities and technology transfers.²⁴

Fair and Equitable Benefit Sharing

Article 15(7) of the CBD call on parties to take measures at a legislative, administrative and policy level that would ensure fair and equitable benefit sharing resulting from research and development and the commercial use of GR. IPRs systems can have negative effect on benefit sharing under the CBD. This is because IPRs can be granted in one country over genetic resources that have been acquired in another country. Often, these GR are acquired without PIC and MAT which result in benefits not accruing to provider states.

Developed countries have, through their patent offices, given patents that cover genetic resources without obtaining permission from the providers of these resources and without sharing the benefits with them.

The implementation of measures to ensure the sharing of benefits, whether monetary or non-monetary by patent holders may be undermined by the use of the TRIPS agreement. This can be done by challenging such benefit sharing measures on the basis that they “unreasonably prejudice” interests of patent holders.²⁵

²⁴ Monagle, C., 2001. *Biodiversity & Intellectual Property Rights: Reviewing Intellectual Property Rights in Light of the Objectives of the Convention on Biological Diversity*, Gland, Switzerland: World Wide Fund For Nature (Formerly World Wildlife Fund), Gland, Switzerland and by CIEL, Geneva, Switzerland. Available at: <https://www.ciel.org/Publications/tripsmay01.PDF>.

²⁵ Monagle, P. 13.

*Indigenous Local Communities (ILCs)
and Traditional Knowledge (TK)*

Traditional knowledge cannot be protected under TRIPs because its development occurs within a cultural context and it therefore does not meet the criteria set out in TRIPs. Further, because TK is collective in nature, determinations of who holds the IPRs are difficult to determine. Benefit sharing as envisaged under the CBD has therefore been affected by the IPRs system as provided for by the TRIPs agreement as IPRs have been granted to individuals or companies in one country over the genetic resources of a local community of another country without PIC and MAT that would guarantee fair and equitable sharing of benefits.²⁶ These challenges related to the protection of the rights of holders of TK led to proposals for the development of *sui generis* systems of IP protection that would cover traditional knowledge so that ILCs can share in the benefits derived from the exploitation of genetic resources that incorporates their knowledge.

Technology Transfer

Technologies that are developed from genetic resources and their subsequent transfer are affected by IPRs. The technologies referred to in the CBD are those that are “relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity or make use of genetic resources and do not cause significant damage to the environment”²⁷. These

technologies are to be transferred to developing countries on “fair and most favourable terms”.²⁸

Nevertheless, in cases where technology is protected by IPRs, access to such technologies is to be provided for on terms that are “consistent with the adequate and effective protection of IPRs”²⁹ However, Article 16(5) of the CBD requires parties to cooperate in order to ensure that national and international laws creating IPRs are supportive of and do not run counter to the objectives of the convention.

This provision on technology transfer can bring problems in situations where parties who own technology are obliged to be given licenses to such technologies based on considerations outside the TRIPs. However, if a conflict arose between the CBD and TRIPs, then the latter would prevail based on Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.³⁰

2.3.8 Relationship with other Conventions

Article 22 (1) outlines the relationship between the CBD and other conventions. It states that the rights and obligations of contracting parties “shall not affect the rights and obligations or any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the exercise of those rights and obligations would cause a serious damage or threat to biological diversity”. Nevertheless, the convention does not define the term “serious damage or threat” and it is therefore difficult to determine what falls under this classification.

²⁶ Among many examples: Neem patent is also a contentious one. The patent was granted by the European Patent Office to the USA department of agriculture and the W.R Grace Corporation over the process of extracting oil from the Neem tree, which had been used for generations in India. The patent was overturned in 2000. Although overturned in Europe, the Neem patent remains unchallenged in the USA. In Rural advancement foundation international (RAFI), Biopiracy annual update 1996. www.rafi.org.

²⁷ Article 16(1) of the CBD.

²⁸ Article 16(2) of the CBD.

²⁹ Article 16(2) of the CBD.

³⁰ The Article provides that when interpreting two treaties that are dealing with the same subject matter but having provisions that are different, the provisions of the treaty that is most recent will prevail unless otherwise expressly stated to the contrary.

2.3.9 Marine Genetic Resources

Article 22 (2) provides that parties are to implement the provisions of the CBD in a manner that is consistent with the rights and obligations of states under the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).³¹ UNCLOS is the main treaty governing oceans and seas and sets out a legal framework within which all activities in the oceans and seas must be carried out by coming up with different maritime zones where by countries have different degrees of ownership rights over the natural resources in their zones. These zones range from: Internal waters to international seabed areas. As per article 8 of UNCLOS, the internal waters are those waters that are lying landward off the baseline³² including harbour waters, deltas and estuaries. The coastal state sovereignty extends to these waters.

Another maritime zone is the territorial sea.³³ The territorial sea is a belt of sea adjacent to a coastal state, the breadth of which may not exceed 12 nautical miles measured from the baseline. Other maritime zones include; the contiguous zone³⁴, the exclusive economic zone (EEZ)³⁵, and the continental shelf.³⁶ According to UNCLOS the coastal states have sovereign and exclusive rights over these zones on exploration,

exploitation and conservation of natural resources. Hence resources in these zones are governed by UNCLOS and to some extent the CBD and Nagoya protocol where such resources are under the national sovereignty of a given country.

However, under UNCLOS,³⁷ coastal states must share with the international community part of the revenue derived from exploiting resources from any part of the continental shelf beyond 200 nautical miles. Nevertheless, all states enjoy the freedom of the high seas on navigation, over flight, scientific research and fishing.³⁸ The high seas comprise of all the parts of the sea that are not included in the EEZ, territorial sea or in the internal waters of a state. In the international sea bed Area all solid, liquid or gaseous mineral resources, *in situ* are considered the common heritage of mankind.³⁹

Therefore, even though UNCLOS defines the various maritime zones above, it does not expressly provide a legal framework for ABS of marine genetic resources in areas beyond the national jurisdiction.⁴⁰ Coastal states have jurisdiction over the genetic resources in all the maritime zones within their jurisdiction and the ABS system contemplated in the CBD and the Nagoya protocol 2010 is applicable since these zones are under the sovereignty of the respective coastal states as per UNCLOS.

2.3.10 Dispute Settlement

Article 27 of the CBD deals with dispute settlement. The provisions here state that dispute settlement shall be by way of negotiations.⁴¹ Ar-

³¹ The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) was adopted in 1982.

³² Article 5 of UNCLOS. The normal baseline for measuring the breadth of territorial sea is the low water line along the coast. Article 7 where the coastline is heavily indented or where there is a fringe of islands in its immediate vicinity. Straight baselines may be drawn connecting points on land.

³³ Article 3 of UNCLOS.

³⁴ Article 33 UNCLOS, the contiguous zone may not extend beyond 24 nautical miles from the baseline.

³⁵ Article 55-57 UNCLOS, EEZ is zone immediately adjacent and beyond the territorial seas extending to a distance of 200 nautical miles from the baseline.

³⁶ Article 76 UNCLOS, the continental shelf covers the sea bed and subsoil of the submarine areas out to a distance of 200 nautical miles irrespective of whether the continental margin extends that much.

³⁷ Article 82 of UNCLOS.

³⁸ Article 86 of UNCLOS.

³⁹ Article 136 of UNCLOS.

⁴⁰ Greiber, T., 2011. *Access and Benefit Sharing in Relation to Marine Genetic Resources from Areas Beyond National Jurisdiction: A Possible Way Forward*, Federal Agency for Nature Conservation. P. 11. Available at: https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/service/Skript_301.pdf.

⁴¹ Article 27(1).

ticle 27(2) allows parties to pursue mediation if it is jointly requested. If the above mechanisms do not work, Article 27(3) provides for parties to pursue arbitration or go to the International Court of Justice if they declare their willingness to do so in writing when ratifying, accepting, approving or acceding to the convention. However, no mandatory provision for settling disputes in the event that a state party is aggrieved is given if the other state party refuses to cooperate or has previously not made a declaration as per Article 27(3).

Further, no sanctions are provided for to compensate an aggrieved party in the event of non-compliance by another state party. Moreover, the convention does not provide a mechanism for settling disputes where the conflicting parties are not states but private entities within states.

2.4 Challenges Facing ABS under the CBD

First, technologies that are developed from genetic resources and their subsequent transfer are affected by Intellectual Property Rights (IPRs). In cases where technology is protected by IPRs, access to such technologies is to be provided for on terms that are “consistent with the adequate and effective protection of IPRs”⁴² However, the implementation of measures to ensure the sharing of benefits, whether monetary or non-monetary may be hindered on the basis that they “unreasonably prejudice” interests of patent holders.⁴³

Second, the CBD does not create an institutional framework to implement its provisions. This has been left to member states, leading to competition among existing environmental agencies within some countries regarding the authority to grant access. Furthermore, in other countries there is a multiplicity of institutions

seeking consultation hence fostering incompetence, corruption and unclear and overlapping roles. There is also a lack of personnel who can comprehend the technical aspects of BS.⁴⁴

Third, most genetic resources had been collected in *ex-situ* collections before or after the adoption of the CBD. *Ex-situ* collections take the form of gene banks for seeds, zoos, botanical gardens, in-vitro storage and DNA storage among others. Most of the collections that are *ex-situ* have genetic resources whose source is unknown hence making it hard to implement ABS, even though most of these genetic resources came from biodiversity rich countries. The CBD itself excludes them from its jurisdiction as it does not provide for retrospective application of its provisions.

Fourth, the CBD does not provide for instances where there are trans-boundary genetic resources. In most cases genetic resources as well as TK are not restricted to a specific country. Some genetic resources and TK may be found in different countries or in more than one geographic region. However, the CBD envisages only bilateral arrangements which can be problematic especially with regard to benefit sharing. This is because a bilateral agreement on benefit sharing can be unfair as it would give a single provider the rights to receive benefits to the exclusion of other owners of the same genetic resources or TK.

Fifth, there is a lack of proper cooperation between developing and developed countries. Under Article 15(3) of the CBD, the ABS concept was founded on a bilateral relationship between a provider of the genetic resources on one hand

⁴² Article 16(2) of the CBD.

⁴³ Kwa, E.L. *et al.*, P. 13.

⁴⁴ Carrizosa, S. *et al.* eds., 2004. *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, in collaboration with BMZ, Germany and GRCP, University of California, Davis CA USA. P. 14.

and the user on the other.⁴⁵ For the most part provider states are from developing countries while user states are from developed countries. Many developing countries do not have the capacity to implement comprehensive legislations dealing with ABS, while developed countries have shown reluctance in adopting measures that would facilitate fair and equitable benefit sharing.

Finally, with regard to dispute settlement, no mandatory provisions are given in the event that a state party is aggrieved by another. Further, no sanctions are provided for to compensate an aggrieved party in the event of non-compliance by another state party. Moreover, the CBD does not provide a mechanism for settling disputes where the conflicting parties are not states but private entities within states.

2.5 From the Convention on Biological Diversity (CBD) to the Nagoya Protocol

From the above analysis, it is clear that the CBD had a number of regulatory gaps. This is partly due to the fact that, in order to secure the consensus necessary for adoption of the CBD, the text was severally altered resulting in many ambiguities and omissions. It had broad objectives of wide scope and having emerged through contentious negotiations among polarized groups, many grey areas.⁴⁶ There was no agreement on how benefits would be shared equitably and fairly amongst provider and user countries even though the objective is clearly provided for in the Convention.⁴⁷ In September 2002, the heads of state at the World Summit on Sustainable Development in Johannesburg, South Africa stressed the need for an international regime to promote

and safeguard a fair and equitable sharing of benefits and called for negotiations to be carried out within the framework of the Convention on Biological Diversity in order to come up with such an instrument. An *ad hoc* open-ended working group on access and benefit sharing was set up to elaborate and negotiate an international regime on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources and implementation of Article 15 and 8(j) of the CBD on access to genetic resources and preservation of traditional knowledge respectively.⁴⁸ After six years of negotiations, on the 29th October 2010, at the tenth meeting of the Conference of Parties in Nagoya Japan, there was adopted a protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization to cover the third objective of the CBD above. The protocol came to be called the Nagoya protocol 2010.

3. The Nagoya Protocol

The Protocol is said to be the most significant and decisive step towards complying with the third objective of the CBD, namely, achieving easy access and a fair and equitable benefit sharing arrangement of benefits arising out of the utilization of genetic resources as it creates a legal framework to this end.

3.1 ABS Provisions in the Nagoya Protocol

3.1.1 Scope of Application

Article 3 of the Nagoya Protocol restates the provisions of the CBD by stating that the scope of the protocol shall be “to genetic resources within the scope of Article 15 of the convention and to the benefits arising from the utilization of such resources”. The protocol defines “utilization of genetic resources” to mean “to conduct research

⁴⁵ Medaglia *et al.* 2011, P. 12.

⁴⁶ Goldstein, P. & Reese, R.A., 2013. *Selected Statutes and International Agreements on Unfair Competition, Trademark, Copyright and Patent*, 2013, Foundation Press. P. 617.

⁴⁷ Shah.

⁴⁸ Shah.

and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology".⁴⁹ This is a major improvement as many supporters of strong benefit sharing rules, mostly developing countries, wanted coverage to extend to research on naturally occurring biochemical compounds (that is derivatives), notwithstanding any lack of hereditary units.⁵⁰ This is an improvement from the CBD which was limited to materials containing functional units of heredity.

Moreover, the scope of the Protocol's application is Article 15(1) of the CBD which covers genetic resources found within the national jurisdiction of a party. This means that the ABS regime under this Protocol does not cover genetic resources found beyond its borders. Article 10 which provides for a multilateral benefit sharing system is primarily aimed at instances where parties cannot meet their obligations of prior informed consent (PIC)⁵¹ such as in Article 11 on trans-boundary genetic resources and traditional knowledge (TK)⁵² associated with genetic resources.

⁴⁹ Article 2(c) of the Nagoya Protocol.

⁵⁰ Oliva, M., 2011. Sharing the Benefits of Biodiversity: A New International Protocol and its Implications for Research and Development. *Planta Medica*, 77(11), pp. 1221–1227. Available at: <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/pdf/10.1055/s-0031-1279978.pdf>.

⁵¹ Prior informed consent refers to a situation whereby the provider of genetic resources gives his consent through affirmative action based on the information provided by the potential user of the genetic resources before access to these resources is allowed.

⁵² The United Nations Environmental Program (UNEP) has defined TK as what a distinct society holds or acquires "by means of inquiry peculiar to that culture, and concerning the culture itself or the local environment in which it exists." In UNEP/CBD/COP/3/Inf. 33, Annex 2. Therefore, it encompasses knowledge and practices adhered to by a society that has developed over time through modification by additions and subtractions and is passed through generations.

3.1.2 Access to Genetic Resources

Access to genetic resources is provided for in Article 5 and 6 of the Nagoya Protocol. Article 6(1) of the Protocol confirms and consolidates Articles 15(1) and 15(3) of the CBD by requiring PIC before access to genetic resources is given. This is in recognition of the sovereign rights of member states over the genetic resources that are within their national jurisdiction. Parties are required to take measures, whether, policy, legislative or administrative to govern access to genetic resources.⁵³ Users of genetic resources are in turn required to comply with the access requirements of the provider country.⁵⁴

Parties to the Nagoya Protocol who require PIC to access genetic resources are obliged to take the necessary domestic measures to realize the international access standards as outlined under Article 6(3) (a) to (g). These standards seek to ensure that access to genetic resources is achieved with transparency and predictability in the application process, adherence to due process when applying for PIC and to support the effective implementation of user country measures on PIC and mutually agreed terms (MAT)⁵⁵. The standards also obligate the provider country to issue permits at the time of access and lastly it indicates the contents of MAT as key components in spelling out contractual obligations.

Article 6(2) and 6(3)(f) of the Protocol obligates parties to ensure that indigenous and local communities are involved in giving PIC or approval when obtaining access where these communities have established the right to grant access. This provision goes beyond Article 8(j) of the CBD where the right was only recognized in

⁵³ Article 6(3) of the Nagoya Protocol.

⁵⁴ Article 6(1) of the Nagoya Protocol.

⁵⁵ Mutually agreed terms refer to legal terms on access and benefit sharing agreed upon after negotiations have taken place between the provider and the user of genetic resources.

relation to conservation and sustainable use of genetic materials. In the protocol, it indicates the increasing emphasis on the rights of ILC.

3.1.3 Multilateral Benefit Sharing Mechanism

Article 10 of the Protocol provides for the establishment of a multilateral benefit sharing mechanism which can be used in the event that “it is not possible to grant or obtain prior informed consent” or where genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources are found in more than one country. Situations where the granting or obtaining of PIC may be difficult include genetic resources whose country of origin is unknown, areas that are beyond the national jurisdiction of any one country or genetic resources obtained from *ex-situ* collections.

A number of *ex-situ* collections including botanical gardens consider the entirety of their collections, despite the time of their collection, as being under the obligations created by the CBD.⁵⁶ Networks of *ex-situ* collections have adopted ABS codes of conduct, guidelines and/or best practices including:⁵⁷

- The International Plant Exchange Network (IPEN) Code of Conduct for botanical gardens governing the acquisition, maintenance and supply of living plant material, which was developed in 2001; and
- The Consortium of European and Taxonomic Facilities (CETAF) Code of Conduct and Best Practice for Access and Benefit-Sharing, which was developed in 2012.

⁵⁶ Brogiato A., Dedeurwaerdere T., Batur F. and Coolsaet B. Access, Benefit Sharing and the Nagoya Protocol: The Confluence of Abiding Legal Doctrines. In Coolsaet, B., Batur, F., Brogiato, A., Pitseys, J. and Dedeurwaerdere, T. (2015). *Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-Sharing Regimes in Europe*. Leiden: Brill Nijhoff. pp. 10.

⁵⁷ Brogiato *et al.* Access, Benefit Sharing and the Nagoya Protocol: The Confluence of Abiding Legal Doctrines. In Coolsaet *et al.*

These codes of conduct function to raise awareness among researchers on the international ABS regime, institutional recognition and support for the international ABS regime and facilitate exchange of genetic resources through a group where such exchanges are carried out within a code of conduct that is standardized and ABS compliant.⁵⁸ This is in line with the Nagoya Protocol which encourages parties to develop, update and use “voluntary codes of conduct, guidelines and best practices and/or standards in relation to access and benefit-sharing”.⁵⁹

Article 10 is therefore a good step forward as it can remove the ambiguity as to how benefits derived from genetic resources sourced through the aforementioned means can be shared. Benefits derived from this multilateral mechanism would be “used to support the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components globally”.⁶⁰

Such a multilateral mechanism can be modelled after the Food and Agriculture Organization’s (FAO) International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA). The main objective of this treaty is the conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture and fair and equitable sharing of benefits derived from their use. Both objectives of ITPGRFA are covered by the CBD in its third objective and are, by extension, similar to the objective of the Nagoya protocol. Under this treaty, member countries undertake to establish an efficient, effective and transparent multilateral system to facilitate access to plant genetic resources for food and agriculture and to share the benefits in a fair and equitable way.

⁵⁸ Brogiato *et al.* Access, Benefit Sharing and the Nagoya Protocol: The Confluence of Abiding Legal Doctrines. In Coolsaet *et al.*

⁵⁹ Article 20(1) of the Nagoya Protocol.

⁶⁰ Article 10 of the Nagoya Protocol.

The implementation of the treaty is overseen by the governing body composed of the countries that have ratified the treaty with FAO serving as the Secretariat. This body is responsible for setting up the conditions for access and benefit sharing of plant genetic resources for food and agriculture under the treaty through material transfer agreements.⁶¹ The conditions for access under this system are to the effect that resources are obtained for conservation and utilization in research, breeding and training from the multilateral system. When a commercial product is developed using these resources, the treaty provides for the payment of an equitable share of the resulting monetary benefits. If the product is used by others, then payment is voluntary. The ITPGRFA provides for sharing of benefits of varying plant genetic resources for food and agriculture through information exchange, access to and the transfer of technology and, capacity building. It also considers a funding strategy in mobilizing funds for activities, plants and programmes to help in information exchange, transfer of technology among others.

3.1.4 *Fair and Equitable Benefit Sharing*

Article 5(1) of the Nagoya Protocol provides for fair and equitable benefit sharing with the provider state thus reiterating the provisions of the CBD⁶². It requires parties to take “legislative, administrative and policy measures” to ensure that benefits arising from utilizing genetic resources and TK associated with genetic resources held by communities are shared in an equitable manner. These benefits can be either monetary or non-monetary as listed in Annex 1 of the Protocol. The list is not exhaustive. This also covers benefit sharing resulting from the use of deriva-

tives as they are included in the definition of the term “utilization of genetic resources”. Benefit sharing also includes technology transfer as stated in Article 1 of the Protocol though the formulation here is not as elaborated as in the CBD. Article 23 of the Protocol encourages the parties to promote access and transfer of technology to developing and least developed countries. During negotiations, developing countries wanted to add to this Article 23 provisions that were specifically targeting the private sector of developed countries as these are the ones who for the most part hold these technologies. Nevertheless, this was not included in the final draft and therefore concerns on enforcement of this obligation arise. National legislations will need to take this into account.

The article provides that benefit sharing will result from the use of genetic resources accessed “in accordance with the Convention”. This raises the question of what happens when genetic resources are acquired through a means contrary to the CBD. Will benefits arising from their exploitation still be shared? This would create an awkward situation where a country has to negotiate a benefit sharing scheme with a country that has violated its sovereign rights. This issue ought to be provided for in national legislations.

Benefit sharing under the Protocol not only covers the whole process of research and development, but also subsequent application and commercialization. Issues arise when third parties are involved in the above named processes, who were not party to the agreement between the user and provider. National legislation should include such considerations in order to ensure benefits accrue to such original providers. This situation is provided for in the Protocol which states that rules and procedures for MAT may include “terms on subsequent third party use”⁶³.

⁶¹ www.fao.org/ag/acgrfa/itpgr/htm. [Accessed on 15 January 2014].

⁶² Article 15(7) and 15(3).

⁶³ Article 6(3)(g)(iii) of the Nagoya Protocol.

Article 5(2) of the Protocol states that parties shall take measures for benefit sharing from “the utilization of genetic resources that are held by indigenous and local communities, in accordance with domestic legislation regarding the established rights of these indigenous and local communities over these genetic resources”. This provision seems to provide that only ILCs with rights that have been established by national law can share the benefits arising from the utilization of their genetic resources under their control. In creating national laws, governments need to provide extensive lists of genetic resources under the control of ILCs in order to ensure that they can share in the benefits of their exploitation.

3.1.5 *Traditional Knowledge*

Article 7 of the Protocol requires that PIC or approval and involvement be obtained from ILCs before the utilization of genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources. The difference between PIC and approval and involvement is not clear. COP 5 through Decision V/16 adopted General Principles that made clear that “access to TK, innovations and practices of ILCs should be subject to prior informed consent or prior informed approval from the holders of such knowledge, innovations and practices”. Therefore, there would seem to be no significant difference between these two expressions. This enlarges the provisions in the CBD Article 8(j) which only promotes the wider application of TK with the involvement and approval of ILCs.

The provisions in Article 7 are subject to domestic law and are to be applied “as appropriate”. These qualifications can be taken to mean that the consent of ILCs is only required in instances where they have rights that have been provided for by formal legislation. On the other hand, the flexibility provided to nations in this clause was thought to be a good thing during the

negotiations for this Protocol as it was felt that the complex nature of TK can best be dealt with at a national level.⁶⁴

The use of the term “as appropriate” may be interpreted to give discretion to a user on what they deem as appropriate as this has not been expressly provided for in the Protocol. These issues need to be clearly addressed in national laws in order to ensure the consent of ILCs is obtained and that they can subsequently share in any accrued benefits.

Further, Article 12 provides conditions for benefit sharing upon utilization of TK. Parties are required to take into consideration “customary laws, community protocols and procedures”⁶⁵ when implementing their obligations under the Protocol. Further, parties are required to “establish mechanisms to inform potential users of TK associated with genetic resources about their obligations”.⁶⁶ This is a further measure that is geared towards ensuring that benefits obtained through the exploitation of TK relating to genetic resources are shared in a fair and equitable way with ILCs.

Parties are also obliged to help ILCs develop mechanisms to facilitate benefit sharing such as community protocols, minimum requirements for MAT and model contractual clauses.⁶⁷ The exchange of TK between ILCs is not to be restricted in the implementation of the Protocol.⁶⁸

ILCs participated actively during negotiations of the Nagoya Protocol for benefit sharing. While these ILCs advocated for the recognition of their rights over genetic resources and TK, other parties had concerns about such recognition

⁶⁴ Nijjar, G.S., 2011. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: Analysis and Implementation Options for Developing Countries*, South Centre. P. 26.

⁶⁵ Article 12(1) of the Nagoya Protocol.

⁶⁶ Article 12(2) of the Nagoya Protocol.

⁶⁷ Article 12(3) of the Nagoya Protocol.

⁶⁸ Article 12(4) of the Nagoya Protocol.

premised on issues such as the complex nature of TK especially when it traverses borders or is in the public domain. A proposal was made regarding the provisions for benefit sharing upon use of TK in the public domain, this was however not included in the final text of the Protocol.

This is contrary to the ITPGRFA which makes provision for the protection of traditional knowledge held by ILCs. The treaty recognizes the important contribution made by farmers and their communities in the conservation and development of plant genetic resources and protects the farmers' rights which include the protection of traditional knowledge and the rights to participate equitably in benefit sharing and the national decision making process on plant genetic resources. The treaty dealt with farmers' rights under article 9 pursuant to the resolutions of both the Nairobi Conference under Resolution 3 and the FAO Conference. The article in recognition of the contributions of ILCs and farmers in the conservation of plant genetic resources, places the responsibility of ensuring the protection of their rights on the national governments. In this regard, national governments are required to ensure the protection of Traditional Knowledge relevant to plant genetic resources for food and agriculture,⁶⁹ the rights of farmers to participate in benefit sharing arising from the utilization of those plant genetic resources and the right of farmers to participate in making decisions at national level on issues of conservation and sustainable use of plant genetic resources for food and agriculture.

3.1.6 Research and Development

Article 8(a) of the Protocol instructs parties to "create conditions to promote and encourage research which contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity, particu-

larly in developing countries, including through simplified measures on access for non-commercial research purposes, taking into account the need to address a change of intent for such research".

Biodiversity research encompasses a wide spectrum from bio-prospecting for commercial purposes to basic research carried out in a number of institutions such as universities. There are some research undertakings which present classification challenges on whether they are commercial or non-commercial. During negotiations of the Nagoya Protocol, it was stressed that the ABS regimes should not undermine academic or basic research, but also, such provisions for ease of access were acceptable only if measures were taken to ensure that these genetic resources were not redirected to commercial use. None the less, the ability to put this provision into practice will depend on the legal provisions at the national level and their subsequent implementation. National laws ought to provide for procedures to be followed if there is a change in usage of genetic resources or third-party sales of genetic resources. This situation is provided for in the Protocol which states that rules and procedures for MAT may include "terms on changes of intent"⁷⁰.

With regard to benefit sharing from research and development, it has been argued that in order for developing countries to benefit from their genetic resources, expectations of fair and equitable benefit sharing and the demand by other countries to capitalize on their natural resources must be balanced.⁷¹ Unprocessed biodiversity is rarely the source of wealth. This is because success in discovery of beneficial components is low

⁷⁰ Article 6(3)(g)(iv) of the Nagoya Protocol.

⁷¹ Kursar, T.A. *et al.*, 2006. Securing Economic Benefits and Promoting Conservation through Bioprospecting. *BioScience*, 56(12), pp.1005–1012. Available at: <https://academic.oup.com/bioscience/article/56/12/1005/221596>. P. 1006.

⁶⁹ Article 9 (2)(a) of the ITPGRFA.

and therefore, financial benefits are highly unlikely.⁷² Moreover, it may take over 10 years from the time of discovery to the reaping of benefits. It has therefore been proposed that the way to get benefits through bio-prospecting is by facilitating research in these provider countries. This will enable these biological resources to be the subject of research that can yield value to the provider state. Moreover, other benefits arising from having research conducted in provider states include development of infrastructure, job creation, capacity building and continued investment in research and development.⁷³

3.1.7 Compliance

Article 15 and 16 of the Protocol provide for compliance with domestic legislations and regulations for benefit sharing from the use of genetic resources and TK associated with genetic resources respectively. Articles 15 and 16 provide that parties shall take “appropriate, effective and proportionate” measures, whether legislative, administrative or policy that provide that genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources used in its jurisdiction were accessed through PIC or approval and involvement of ILCs (in cases of TK) and MAT “as required by the domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements of the other party”. Developing countries found this to be a key provision as it mandated user countries to put in place compliance measures in their own countries, including measures to address non-compliance.⁷⁴

These provisions are aimed at ensuring that the genetic resources and TK used in a country have been acquired legally. Nevertheless, the term “appropriate, effective and proportionate”

as used in these two articles are not defined thus leaving it to the discretion of individual states.

Further, the term “research and development” as used in these articles is not defined and discretion is given to states to define it. Such a definition could possibly cover different stages of research, innovation, development, modification, pre-commercialization and commercialization involving the use of the genetic resource.⁷⁵

Moreover, though countries are obliged to designate one or more checkpoints to monitor compliance and enhance transparency⁷⁶, no obligations are outlined as to the type of checkpoint to be created. Nevertheless, countries should establish clear rules and regulations on disclosure at such checkpoints.

3.1.8 Monitoring the Use of Genetic Resources

Article 17 of the Protocol provides for the monitoring of the utilization of genetic resources in order to support compliance measures. The article provides for the establishment of ‘checkpoints’ that will monitor compliance with benefit sharing regimes. These checkpoints would collect information to determine compliance with ABS requirements such as PIC and MAT. Parties are required to take “appropriate, effective and proportionate” measures in addressing instances of non-compliance. Such measures are however not defined and can only find expression at the national level.

During negotiations, countries differed on whether or not these measures should be compulsory or voluntary, the extent of their incorporation into administrative structures and where to strike a balance between transparency, confidentiality and practicability.⁷⁷

Article 17 which establishes these check-

⁷² Kursar T.A. *et al.*

⁷³ Kursar T.A. *et al.*

⁷⁴ Article 15(2) and 16(2) of the Nagoya Protocol.

⁷⁵ Nijjar, G.S. P. 6.

⁷⁶ Article 17 of the Nagoya Protocol.

⁷⁷ Maria Julia Oliva, M.J.

points states that they ought to be “effective and should have functions relevant to implementation of this subparagraph (a). They should be relevant to the utilization of genetic resources, or to the collection of relevant information at, *inter alia*, any stage of research, development, innovation, pre-commercialization or commercialization”⁷⁸. This formulation of the provision was agreed to by developing countries in a bid to include key element for effective checkpoints encompassing situations whereby new genetic resources or traditional knowledge associated with genetic resources are marketed, patented or otherwise dealt with.⁷⁹

The obligation to disclose information by the user on PIC and MAT has been couched in the term “as appropriate”.⁸⁰ This can be interpreted to mean that discretion lies with the user as to whether or not to disclose any genetic resource they have acquired and the terms under which they have acquired it. Parties should include mandatory disclosure agreements in their national laws as a way to prevent non-disclosure.

The provisions of Article 17 are “without prejudice to confidential information”.⁸¹ Information that is deemed to be confidential is not defined in the protocol. None the less, parties can be guided in the development of national legislation by the Cartagena Protocol on Bio-safety which elaborates on what constitutes confidential information and how and when claims of confidential information can be made.⁸²

Article 17 on monitoring compliance does not make reference to traditional knowledge associated with genetic resources, which has often been a victim of bio-piracy⁸³. National laws

should endeavour to capture TK monitoring in their laws.

Despite the challenges mentioned, the measures introduced by the Nagoya Protocol could prove to be effective in curbing bio-piracy and ensuring fair and equitable benefit sharing.

3.2 Challenges facing ABS under the Nagoya Protocol

The first and the most critical problem is that the Nagoya Protocol does not make reference to patents or other intellectual property rights⁸⁴ (IPRs) as part of the monitoring and enforcement

property systems are used to legitimize the exclusive ownership and control of biological resources and knowledge without recognition, compensation or protection of the contribution from indigenous and rural communities. In Gian Carlo Delgado. Biopiracy and intellectual property as the basis for biotechnological development: The case of Mexico. *International journal of politics, culture and society*. Vol 16, no 2 (winter 2002) 299. The Nagoya Protocol was intended to address bio-piracy. The question was whether the general provisions under Article 15 could enable parties to take measures to address bio-piracy by initiating concrete obligations on parties to monitor the use of genetic resources under their jurisdiction. Developing countries strongly argued that there was need to establish checkpoints at patent offices where users could be obliged to disclose information that could be assessed in a bid to demonstrate the legal status of the genetic resources. Developed countries opposed the obligations of disclosure and even issuance of an international certificate of compliance arguing that they were inflexible, costly and ineffective in identifying instances of bio-piracy. At the end of the day, the issues of disclosure, checkpoints and international certificates were done away with in the Nagoya protocol. Nevertheless, some countries have included measures on disclosure in their legal systems.

⁸⁴ Intellectual property rights are the rights protecting intellectual property and allow creators or owners of patents, trademarks among others to benefit from their own works or investments in the creation of those ideas. On the other hand, Intellectual property simply refers to any ideas skillfully expressed and comprises of creations of the mind in form of inventions, literary and artistic works and take the forms of symbols, names and images used in commercial aspects.

⁷⁸ Article 17(1)(a)(iv) of the Nagoya Protocol.

⁷⁹ Nijar, G.S. P. 9.

⁸⁰ Article 17(1)(a)(i) of the Nagoya Protocol.

⁸¹ Article 17(1)(a)(iii) of the Nagoya Protocol.

⁸² Article 21 of the Cartagena Protocol on Biosafety.

⁸³ Bio-piracy refers to a situation whereby Intellectual

process⁸⁵ despite the evidences acknowledging the problem. In so doing, the Nagoya Protocol fails in utilizing the established intellectual property mechanisms to enhance fair and equitable benefits sharing of genetic resources. Intellectual property laws in form of patents, exclusive rights, moral rights, copyrights, design rights and even trademarks could be applied to achieve appropriate, effective and proportionate measures in the utilization of genetic resources.⁸⁶

On the other hand, intellectual property regimes also have potential to serve as a barrier to equitable benefit sharing of genetic resources by limiting the enforceability of the later regime. The question then arises as to what extent intellectual property law will be applied to ensure equitable benefit sharing under the Nagoya Protocol. The Protocol also fails to address the issue of disclosure during registration of IPRs. This was supposed to be considered by the Nagoya protocol as it had achieved exemplary notoriety in the genetic resources legal regime.

The second critical issue affecting the Nagoya protocol is how to effectively implement the Nagoya Protocol at the national level. Countries are bound under the Protocol to come up with a legal framework to spell out the terms of the relationship between those countries that want to utilize genetic resources and those that possess the genetic resources. Further, the Protocol seems to presuppose that there should be a model law or a legal regime which should be adopted by all countries. The problem is that user countries may not adopt a uniform legal framework that

will support a fair and equitable sharing of benefits of genetic resources. This is because most users of genetic resources are individuals or companies and not countries themselves. In essence, the Nagoya Protocol is supposed to be enforced by the states which have no direct interest in genetic resources, since most of them are used by research institutions and corporations. These legal instruments are vested in the state, including policing powers over individuals and companies who might use those genetic resources in their foreign branches, offices or industries. Countries cannot be expected to track down organizations and individuals with regard to the use of genetic resources especially across borders. The Protocol, therefore, foresees an ideal system of enforcing benefit sharing which is not always the case. The indigenous and local communities in developing countries may also lack information and resources to implement and facilitate benefit sharing frameworks to their detriment.⁸⁷

The third legal aspect is that the Nagoya Protocol is a further expression of Article 15(7) of the CBD dealing with access and equitable benefit sharing of genetic resources. The question is what happens to those countries that have ratified the CBD and fail to ratify the Nagoya Protocol. The Nagoya Protocol is supposed to expand the CBD by introducing concepts such as prior informed consent and mutually agreed terms. In other words, the Nagoya Protocol dependent on the CBD. The question then is: will the countries that have not adopted the Nagoya Protocol be bound by these concepts?⁸⁸ Besides, there are new provisions that occur in the Nagoya Pro-

⁸⁵ UNCTAD & ICTSD, 2011. *What Comes After Nagoya? Addressing Developing Country Needs in Intellectual Property Rights and Biodiversity*, The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and the International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). Available at: <https://www.ictsd.org/sites/default/files/downloads/2011/05/ictsd-unctad-what-comes-after-nagoya-report.pdf> [Accessed January 20, 2011].

⁸⁶ UNCTAD & ICTSD, 2011. Report.

⁸⁷ UNCTAD's Bio-Trade Initiative, "Implications for Bio-Trade of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization", http://www.biobio.org/ResourcesPublications/UNCTAD_DITC_TED_2011_9.pdf (accessed on 20/01/2011).

⁸⁸ Nijjar, G.S.

protocol which have no direct linkage to the CBD. For instance, the Nagoya Protocol refers to the utilization of genetic resources that are held by indigenous and local communities. In the CBD, the role of the indigenous and local communities is only recognized in relation to the traditional knowledge and not genetic resources.

Fourthly, the Nagoya Protocol provides for the concept of access. The question then arises as to when access occurs? This problem may arise in two circumstances, one, where the genetic material occurs on trans-boundary areas and secondly, where the genetic resources of the provider country are used to develop derivatives. The Question is: at what stage does access occurs: is it at the acquisition stage or after they have been value added? This problem was also noted when considering the various national legal frameworks.

Fifthly, the benefit sharing framework under the CBD and the Nagoya Protocol presupposes that the conditions imposed by the provider country such as prior informed consent and mutually agreed terms (MAT) shall be applied in the user country. However, given that the user country is a sovereign state, there may be no effective sanctions to compel it to implement these terms. This also raises the question of the extent to which the Nagoya Protocol interferes with the concept of state sovereignty.

The other aspect on benefit-sharing relates to prior informed consent (PIC). Under the Nagoya Protocol, for genetic resources to be used, there must be a PIC by the provider state. It is the terms of the PIC that are applicable even in the user state. This, then, means that user countries will be implementing terms which they may not be aware of and whose legal framework may be different from theirs. In any case, the legislation on equitable benefit sharing might not be uniform in all countries. This could prove to be worse where those conditions will be applied in

a third country which is neither the user nor the provider state.

Sixth, there is the issue of integration of public participation in giving consent to use of genetic resources and the administrative infrastructure in the provider countries. For instance, should the community take responsibility in regulating access and benefit sharing agreement or should the same be left to the administrative authority or state? As things stand, it is not clear what role then should be played by the community as well as the administrative authority or state in the enforcement of the protocol.

Seventh, in order for the provider country or any other person to sue in a foreign country, he should have capacity. Most jurisdictions do not provide explicitly whether foreign entities have capacity to institute proceedings in their local court. This is especially necessary in the case of an unregistered local community organization or an amorphous body. There is the question of whether international contracts can be ventilated in national courts unless there is a specific law in that country empowering such courts to consider those contracts.

There is also the issue of how to address "benefit-sharing" in relation to traditional knowledge associated with genetic resources that would accommodate the diversity of national circumstances.

Lastly, there is the legal challenge as to whether the Nagoya Protocol will apply retrospectively, that is, whether the benefit sharing will apply solely to those genetic materials accessed after the entry into force of the protocol on 12th October 2014 or whether it extends to the use of genetic resources that took place after CBD or even before the CBD was adopted. The Protocol does not elaborate on the scope of the genetic resources that are covered under it.

4. Recommendations

The CBD and the Nagoya protocol need to be re-assessed and amended as necessary to achieve an effective ABS system. The necessary amendments include:

4.1 For the CBD:

First, the inclusion of provisions for access and benefit sharing from the exploitation of genetic resources in areas beyond the national jurisdiction of any state.

Second, with regard to traditional knowledge, the CBD needs to include a clear definition of constitutes traditional knowledge; when ownership of traditional knowledge occurs, what constitutes an ILC and specific provisions for the protection of traditional knowledge.

Third, a provision needs to be included which requires the acquisition of PIC from ILCs before using genetic resources or associated traditional knowledge found in their territories.

Fourth, the provision for the need to enact legislative, administrative and policy measures for benefit sharing at the national level needs to be couched in mandatory terms in order to compel state action in this regard. Further, minimum requirements for the above measures should be included in order to promote uniformity in state implementation.

Fifth, the CBD needs to include a mandatory dispute resolution mechanism for all state parties as well as appropriate sanctions in cases of non-compliance. Sixth, the CBD need to create an international body that will oversee the implementation of the law on benefit sharing worldwide. Seventh, the CBD should make provisions for benefit sharing from the use of genetic resources acquired from *ex-situ* collections. Eighth, the CBD needs to make provision for benefit sharing in circumstances of trans-boundary genetic resources and associated traditional

knowledge. Finally, the CBD needs to provide for how benefits will be shared in instances of third party users.

4.2 For the Nagoya Protocol:

First, it needs to include provisions on IPRs derived from the use of genetic resources and associated TK so as to curb bio-piracy and outline sanctions for those found culpable. This also includes making patent offices in state parties mandatory checkpoints where inventions that have used genetic resources can be examined to determine whether those resources were acquired in accordance with PIC and MAT. Further, an amendment of the Nagoya Protocol can also follow the pattern provided in the ITPGRFA. This Treaty has ensured that the rights of both users and providers of plant genetic resources for food and agriculture are secured in the interest of realizing sustainable agriculture and food security. To this end, Article 12(3) of the treaty, states that recipients of genetic resources under the treaty shall not claim any intellectual property or other rights that limit the facilitated access to the plant genetics resources for food and agriculture or genetics components thereof in the form received from the multilateral system. This provision provides open access to genetic resources for food and agriculture while ensuring the researchers do not acquire IPRs on TK to the detriment of ILCs and against farmers' and breeders rights.

Second, the Nagoya Protocol should include provisions on ABS of genetic resources in areas beyond the national jurisdiction of any country. Such a provision can follow the model provided in the ITPGRFA by setting up a fund where benefits arising from the exploitation of genetic resources can be deposited into and shared equitably. Further, the Protocol can establish a body at the international level or grant power to an already existing body to govern genetic resources that are beyond the territorial borders of any

state. Such governance would include setting rules on access and how benefits acquired from the exploitation of such resources can be shared with third party states.

Third, provisions regarding technology transfer, as a form of non-monetary benefit sharing, should include clauses directed at the private sectors in states which should be included in national laws.

Fourth, the Nagoya Protocol needs to make mandatory provisions for the protection of traditional knowledge which are to be implemented nationally. Minimum standards of protection for traditional knowledge should be outlined in the Protocol.

Fifth, compliance measures provided in the Protocol need to be clarified such as what constitutes “appropriate, effective and proportionate” measures that a state needs to implement.

Sixth, the Protocol needs to clarify on the exact measures to be taken in instances of non-compliance with ABS processes.

Seventh, disclosure requirements at designated checkpoints in member states as provided in the Protocol should be made mandatory.

Eighth, the Protocol should be amended to provide for monitoring the use of traditional knowledge. Ninth, the Protocol should set out minimum standards to be included in national laws in order to change the current situation whereby national laws on benefit sharing vary from one country to the next. Finally, the Protocol should be amended to provide for a mandatory dispute resolution mechanism. This may

also involve the setting up of an international ombudsman to deal with as was proposed by developing countries during negotiations for the Protocol.

5. Conclusion

The CBD and the Nagoya Protocol were landmark achievements in the quest to realize fair and equitable sharing of benefits from the exploitation of genetic resources and associated traditional knowledge. For the CBD, it demonstrated a global political will to tackle the loss of biodiversity by recognizing the need for taking coordinated efforts within an international forum and at a global scale. Thereafter, the adoption of the Nagoya Protocol focused the world’s attention on the third objective of the CBD namely, access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization. Though the Nagoya Protocol was meant to provide certainty with regard to the CBD’s third objective, there are clear inadequacies in its provisions which have affected its implementation at the international, regional and national level. Its wide and general provisions have led to divergent regional and national laws and regulations with provider countries focusing more on terms for benefit sharing while user countries fail to institute sufficient measures to monitor compliance with ABS requirements. There is therefore a need to re-evaluate the international regime governing ABS in order to forge the way forward in realizing the third objective of the CBD.

Ulv, miljøparagrafen i Norges grunnlov og vernet av truede dyrearter

*Dag Øistein Endsjø**

Abstract

There is a dearth of judicial deliberation on article § 112 of the Constitution of Norway, the so-called environmental paragraph. It is consequently a need to examine to what extent this article protects endangered species on the basis of its more general provision of the right of “everyone”, including future generations, to a natural environment where diversity is maintained. As the legislative history is always pertinent for the understanding of Norwegian legislation, it is of particular importance to examine how the environmental paragraph was directly based on a number of specific recommendations. Most prominently in the formal parliamentary deliberations was the emphasis on the 1987 World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission) and how this held that “states have a responsibility towards their own citizens and other states ... to maintain ecosystems and ... biological diversity by ensuring the survival and promoting the conservation in their natural habitats of all species of flora and fauna.” This legislative history must thus be taken into consideration for the proper judicial interpretation of the article’s relevance for the protection of endangered animals both in general and in connection with the preservation of species in their original ecosystems. The legislative history also has relevant bearings in connection with the state’s responsibility towards future generations and other states, the understanding of other legislation concerning the environment, and the official practice of limited

geographical “wolf zones” and maximum number of each of the species of predators. Moreover, the way the rights set forth in this article are explicitly considered human rights according to its legislative history, wording and placement in the Constitution, raises the question to what degree any limitation of these rights must be in accordance with how human rights generally only may be limited when there is an objective and reasonable justification and a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.

1. Innledning

Mai 2018 var alt klart for rettslig behandling av i hvilken grad Grunnloven § 112, den såkalte miljøparagrafen, gir beskyttelse av truede dyrearter i Norge. I en sak initiert av WWF Verdens naturfond, skulle Oslo tingrett ta stilling til om Klima- og miljødepartementets (KLD) vedtak om lisensjakt på ulv «strider mot Grunnloven § 112».¹ Men så skjedde likevel ikke dette. Domstolen foretok ikke noen reell behandling av grunnlovsparagrafen. Uten noen som helst drøfting, slo domstolen i stedet bare fast at «det er naturmangfoldloven § 18» – ikke Grunnloven – «som setter de materielle skranker for uttak av ulv». Med dette konkluderte retten at siden «vilkårene etter naturmangfoldloven § 18 er oppfylt», forelå det heller «ikke brudd på de nevnte bestemmelser» i Grunnloven.²

* Professor i religionsvitenskap ved Universitetet i Oslo og tidligere leder av Menneskerettsalliansen. Arbeider blant annet med religion, lovgivning og menneskerettigheter.

¹ 17-196251-TVI-OTIR/08 (Oslo), s. 6.

² 17-196251-TVI-OTIR/08 (Oslo), s. 44.

Som påpekt av WWF, kan dommen i Oslo tingrett vanskelig sees som annet enn «i strid med lex superior-prinsippet», da retten la «til grunn at Grunnlovens vilkår er oppfylt dersom lovens vilkår er det.»³ Ved å konkludere at «de materielle skranker for uttak av ulv» bare kan sees i lyset av naturmangfoldloven, tømte domstolen i realiteten Grunnlovens miljøbestemmelse for innhold.

Når de har hatt anledning, har domstolene generelt unnlatt å drøfte i hvilken grad Grunnlovens miljøparagraf legger føringer for statens forvaltning av truede dyrearter og relevant lovgivning av lavere grad. I en sak om gyldigheten av vedtak om felling av ulv fra 2006, viste Oslo tingrett to ganger til den daværende § 110b uten å behandle om denne hadde noen relevans for problemstillingen.⁴ Da samme sak kom opp i Borgarting lagmannsrett i 2008, unnlot også denne domstolen å foreta noen reell drøfting av miljøparagrafen, men konkluderte likevel at bestemmelsen er helt uten reelt innhold eller konsekvens for vern av utrydningstruede dyr: «I denne grunnlovsbestemmelsen er preget av generelle og nokså abstrakte målsetninger og hensyn såpass sterkt at den etter lagmannsrettens oppfatning ikke har noen direkte betydning for spørsmålet om bestandsbegrepet.»⁵ Selv om også denne frittstående konklusjonen undergraver lex superior-prinsippet ved å avvise at miljøparagrafen har føringer på lavere lovgivning, ble anke likevel avvist av Høyesteretts ankeutvalg.⁶

I 2013 og 2014 behandlet rettsvesenet en sak der person «A» tre ganger skjøt en hønsehauk som hakket på en av As høns, fuglen «B», uten først å forsøke å skremme den bort. Verken Namdal tingrett, som dømte A for brudd på na-

turmangfoldloven § 15, Frostating lagmannsrett, som frikjente A etter bestemmelse om nødverge i naturmangfoldloven § 17, eller Høyesterett som oppretthold lagmannsrettens frikjennelse, trakk Grunnlovens miljøparagraf inn i sin vurdering.⁷ Som professor dr. juris Inge Lorange Backer påpeker, synes domstolene her å ha oversett «det at Grunnloven § 110 b [nå § 112] iallfall i grensetilfelle kan tenkes å påvirke vurderingen av om lovkravet er oppfylt.»⁸

Det er slik lite å hente verken i dommen fra Oslo tingrett i 2018 eller annen rettspraksis om det spesifikke forholdet mellom truede dyrearter og Grunnlovens miljøparagraf. Det finnes likevel annen mer generell rettspraksis om paragrafen, som sak fra 1993 om erstatning i sammenheng med fredning av landskapsområde. Her understreket Høyesterett at «bestemmelsen står plassert i vår høyeste rettskilde som uttrykk for hvilken betydning et godt natur- og livsmiljø tillegges.»⁹ I sak fra 1995 om fredning av to vann med omgivelser med et «mangfold av dyr og planter», om enn ikke utrydningstruede dyr, og der den generelle hensikten var «å bevare representative områder med biologisk mangfold for ettertiden», viste Høyesterett til statens egen anføring om miljøparagrafens mer generelle betydning: «Arbeidet med naturvern har i dag både en konstitusjonell bakgrunn i Grunnloven § 110b [nå § 112] og en folkerettslig bakgrunn i Konvensjon om biologisk mangfold av 22. mai 1992. Disse rettskilder må ha adskillig vekt selv om de er kommet til etter det fredningsvedtak som de foreliggende saker gjelder.»¹⁰

⁷ TNAMD-2012-194178 (Namdal), LF-2013-71056 (Frostating), HR-2014-00497-A.

⁸ Inge Lorange Backer «Hønsehauk i Høyesterett: Rt. 2014 s. 238» i *Lov og rett* 53 (7), 2014, s. 405, DOI: 10.18261/issn.1504-3061.

⁹ Rt-1993-321, s. 325.

¹⁰ Rt-1995-1427, s. 1430; om fredningens generelle hensikt, se sakens behandling i Frostating lagmannsrett, LF-1991-667 og LF-1992-59.

³ WWFs anke til Borgarting lagmannsrett 13.06.2018, avsnitt 3.1.

⁴ TOSLO-2005-18299 (Oslo), s. 6, 8.

⁵ RG-2008-577 (Borgarting), avsnitt 4.2.

⁶ HR-2008-926-U.

I dommen i Greenpeace Norden og Natur og Ungdoms såkalte klimasøksmål mot staten om forvaltningsvedtak om norsk petroleumsvirksomhet fra 4. januar 2018, finner man at Oslo tingrett mer inngående drøftet miljøparagrafens betydning i sammenheng med klima og oljevirksomhet, med til dels også relevans for paragrafens mer generelle betydning for miljøpolitikk. Tingretten understreket blant annet spesielt betydningen av paragrafen som en «rettighetsbestemmelse».¹¹ Det viktigste med denne dommen, er likevel den klare poengteringen av hvilken vekt det må legges på forarbeidene for å få den korrekte forståelsen av miljøparagrafen. Selv om forarbeider generelt er viktige rettskildefaktorer i norsk rett, har ikke dette blitt trukket inn i forståelsen av hvilken beskyttelse miljøparagrafen gir truede dyrearter. Ut fra hvordan Oslo tingrett i denne saken bare gjorde det helt klart at «forarbeidene til § 112 er relevante når bestemmelsen skal tolkes,»¹² blir det åpenbart at domstolene som tidligere har behandlet miljøparagrafen i sammenheng med utrydningstruede dyr ikke har gjort den nødvendige vurderingen. Forarbeidene er altså noe som ikke kan sees bort fra i denne sammenhengen heller. Miljøparagrafen kan følgelig ikke tolkes uten at man også ser på den formelle behandlingen både i de offisielt nedsatte lovutvalgene og i Stortinget, spesielt i de respektive stortingskomiteene som har vært ansvarlige for selve grunnlovsparagrafens utforming.

Det generelle fraværet av relevant rettspraksis om i hvilken grad Grunnlovens miljøparagraf gir beskyttelse til utrydningstruede dyr, gjør at det er behov for å utrede dette nærmere. Ikke minst bør forarbeidene som ligger til grunn for utformingen av grunnlovsbestemmelsen, vurderes ut fra om de legger føringer nettopp på beskyttelsen av truede dyrearter. I denne artik-

kelen har jeg følgelig sett nærmere på hva som ble vektlagt i forarbeidene, både i Stortinget og i de formelle lovutvalgene, med henhold til hvilke forpliktelser disse pålegger staten. Jeg har også sett problemstillingen i lyset av det lille som er av rettspraksis. Ut fra dette har jeg videre forsøkt å identifisere ni ulike punkter som kan være spesielt relevante for rettsvesenet å vurdere for å kunne skape en bedre forståelse av hvilke rammer Grunnloven § 112 faktisk setter for forvaltning av truede dyrearter.

2. Grunnleggende rettskilder og statens forpliktelser

Grunnloven § 112 lyder som følgende:

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

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

Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.

Grunnlovens miljøparagraf ble opprinnelig vedtatt som § 110b i 1992. I forbindelse med den større grunnlovsrevisjonen i 2014, ble paragrafens tredje og siste ledd om statens tiltakspflicht endret samtidig med at paragrafen i sin helhet ble til § 112 og språklig oppdatert fra 1814-norsk til moderne norsk. Dette innebar ingen endring av innholdet i paragrafens to første ledd, som understreket i argumentasjonen for grunnlovsendringen.¹³ Forarbeidene for både dagens § 112 og

¹¹ 16-166674TVI-OTIR/06 (Oslo), 5.2.1.

¹² 16-166674TVI-OTIR/06 (Oslo), 5.2.2, jf. 3.1, 4.1.

¹³ Dokument 12:31 (2011-2012), s. 199.

dens forløper § 110b, er slik begge relevante for forståelsen av paragrafens innhold.

Noe av det som kommer klart frem i forarbeidene, er hvordan miljøparagrafen alltid var ment som en bestemmelse med konsekvens for annen lovgivning og klare føringer til statens forvaltning. I 1992 understreket Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité enstemmig «at det i grunnlovsforslagets tredje ledd [Statens Myndigheter give nærmere Bestemmelser til at gjennomføre disse Grundsætninger] ligger en *plikt* for de lovgivende myndigheter til å sørge for at miljøhensyn innarbeides i lovgivningen på alle aktuelle samfunnsområder.»¹⁴ Hvordan Høyesterett i 1993 påpekte at «bestemmelsen står plassert i vår høyeste rettskilde som uttrykk for hvilken betydning et godt natur- og livsmiljø tillegges,»¹⁵ ble trukket frem i 2011 av Menneskerettighetsutvalget – utvalget som ble formelt nedsatt av Stortingets presidentskap i 2009 for å utrede og fremme endringer i Grunnloven som kunne styrke menneskerettighetenes stilling. Menneskerettighetsutvalget viste samtidig til at Høyesterett «synes ... å ha tillagt Grunnloven § 110b [nå § 112] betydning som et tolkningsprinsipp ved fortolkningen av øvrige lovbestemmelser» – altså i samsvar med Grunnloven § 89 som fastslår at «i saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.»¹⁶

I 2014 styrket flertallet i Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité (alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet) statens forpliktelser i miljøparagrafens tredje ledd til at «Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger», fordi de mente at det var «behov for å tydeliggjøre plikten for myn-

dighetene til å etterleve prinsippene i første ledd om å iverksette adekvate og nødvendige tiltak for å sikre miljøet.» Det samme komitéflertallet understreket at «forslaget som innstilles under, må leses som en aktiv *plikt* for myndighetene til å iverksette tiltak for å ivareta miljøet.»¹⁷

Hvordan miljøparagrafen forplikter staten å beskytte miljøet har også direkte konsekvens for statens politikk overfor truede dyrearter, noe som kom enda klarere frem da Stortinget i 2014 valgte å styrke vernet ytterligere ved å endre tredje ledd. Dette skjedde nemlig på bakgrunn av hvordan Menneskerettighetsutvalget spesifikt viste til faren for «utrydning av arter» på grunn av miljøutfordringer, som en av grunnene for behovet for at miljøparagrafen «bør skjerpes ytterligere».¹⁸

Forarbeidenes fokus på statens forpliktelser er samtidig tett forbundet med hvordan miljøparagrafen alltid var ment som en rettighetsbestemmelse. Selv om paragrafens tredje ledd opprinnelig sa med noe mindre ettertrykk at «Statens Myndigheter give nærmere Bestemmelser til at gjennomføre disse Grundsætninger», innebar allerede dette, som påpekt av Menneskerettighetsutvalget i 2011, at «Stortinget la også til grunn at private borgere eller organisasjoner i gitte tilfelle kan fremme sine miljørettigheter etter [Grunnloven] § 110b for domstolene. Dette var forutsatt i det opprinnelige grunnlovsforslag.» Menneskerettighetsutvalget understreket samtidig at «bestemmelsen må anses som en rettighetsbestemmelse.»¹⁹

Samtidig som grunnlovsendringens fremheving av statens plikt i tredje ledd innebar en styrking av miljøparagrafen som rettighetsbestemmelse, er det viktig å poengtere at det ikke bare er dette siste leddet som representerer en rettig-

¹⁴ Innst. 163 S (1991-1992), s. 6, min utheving.

¹⁵ Rt-1993-321, s. 325.

¹⁶ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 40.2.

¹⁷ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9, min utheving.

¹⁸ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 40.5.

¹⁹ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 40.2; jf. Innst. S. nr. 163 (1991-1992) s. 2.

hetsbestemmelse i lovbestemmelsen. I dommen i klimasøksmålet, avviste Oslo tingrett 4. januar 2018 statens påstand om at miljøparagrafen § 112 første ledd – altså om at «Enhver har rett til et miljø» – ikke også er en rettighetsbestemmelse i seg selv:

I første ledd første punktum brukes ordet «rett». Dette taler for at bestemmelsen er en rettighetsbestemmelse ... Også ordlyden i § 112 første ledd annet punktum, som omhandler «denne rett», taler for å se første ledd første punktum som en rettighetsbestemmelse.

I denne sammenhengen siterte tingretten Gøran Østerman Thengs i Tidsskrift for Rettsvitenskap, om at «konklusjonen må etter dette bli at § 112 første ledd, jf. tredje ledd, er en rettighetsbestemmelse som gir hver enkelt en rett til et sunt miljø og en natur der produksjonsevne og biologisk mangfold ivaretas.» Som domstolen presiserte, «en slik forståelse ligger innenfor bestemmelsens ordlyd og ingen avgjørende rettskilder taler mot.»²⁰ I lyset av hvordan miljøparagrafens første ledd også understreker plikten til å ivareta «denne rett også for etterslekten», kan man også se til hvordan Menneskerettsutvalget i 2011 understreket at «miljø som menneskerettighet» vil «kunne påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av *fremtidige generasjoner*.»²¹ Rettighetsbestemmelsen i første ledd som gir hver enkelt en rett til et sunt miljø og en natur, synes slik også å involvere etterslekten.

3. Brundtlandskommisjonens betydning

I forarbeidene er det først og fremst én kilde som fremheves: Verdenskommisjonen for miljø og utvikling, ofte kalt Brundtlandskommisjonen, som ble nedsatt av FNs generalsekretær Javier Pérez de Cuéllar i 1983 etter et vedtak av FNs Generalforsamling og som ble ledet av Norges da tidligere statsminister Gro Harlem Brundtland. I 1992 la en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité anbefalingene fra Verdenskommisjonen fra 1987 til grunn for sin utforming av Grunnlovens miljøparagraf: «Komiteen viser til at Verdenskommisjonens ekspertgruppe for miljølovgivning anbefalte at regjeringene tok de nødvendige forholdsregler for å anerkjenne de ovennevnte gjensidige rettigheter og forpliktelser.»²² Hvordan Brundtlandskommisjonens prinsipper lå til grunn for hele grunnlovsforslaget ble videre understreket av et enstemmig Storting, da paragrafen ble vedtatt 25. mai 1992. Da Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité igjen behandlet miljøparagrafen i 2014, bekreftet igjen flertallet (alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet) at selve det at «bestemmelsen i § 110 b kom inn i Grunnloven i 1992 ... kan sees som et resultat av anbefalinger fra FN gjennom Verdenskommisjonen for miljø og utvikling og skal leses som rettslig forpliktende bestemmelse.»²³

Når man ser på Brundtlandskommisjonens betydning for miljøparagrafen, bør man konsentrere seg om de delene av kommisjonens rapport som det ble vist direkte til. Disse gir samtidig et utførlig bilde på hvordan bestemmelsen i § 112 må forstås. Av hva som er direkte sitert av utenriks- og konstitusjonskomiteen, er følgende utdrag spesielt relevante med hensyn til Grunnlovens beskyttelse av truede dyrearter:²⁴ Som komiteen påpeker, fremholder Brundtlandskom-

²⁰ 16-166674TVI-OTIR/06 (Oslo), punkt 5.2.1; Gøran Østerman Thengs «En standardtilnærming til Grunnloven § 112» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 130:1 (2017), s. 44, DOI: 10.18261/issn.1504-3096.

²¹ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 9.4, min utheving.

²² Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

²³ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

²⁴ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

misjonen at «statene er forpliktet overfor egne borgere og andre stater til å»:

- opprettholde økosystemer og beslektede økologiske prosesser som er livsviktige for at biosfæren skal funksjonere.
- opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.
- overholde prinsippet om optimalt bærekraftig utbytte i utnyttelsen av levende naturressurser og økosystemer.
- forhindre eller stanse betydelig forurensning av eller skade på miljøet.
- fastsette de nødvendige standarder for miljøvern.
- gjennomføre eller kreve forhåndsvurderinger for å sikre at nye omfattende tiltak, prosjekter og teknologier bidrar til en bærekraftig utvikling.
- offentliggjøre all relevant informasjon straks i tilfelle av skadelig eller mulig skadelig utslipp av forurensende stoffer, spesielt radioaktive utslipp.

Disse punktene bør igjen sees i lyset av følgende påpekning til Brundtlandskommisjonen, som også ble trukket frem av utenriks- og konstitusjonskomiteen i 1992:²⁵

Nasjonal og internasjonal rett har tradisjonelt ligget etter begivenhetene. I vår tid blir lovverkene temmelig fort distansert av de virkninger utviklingen har på miljøgrunnlaget, virkninger som viser seg stadig raskere og får stadig større omfang. Menneskets lover må skrives om for å holde menneskelig virksomhet i harmoni med naturens uforanderlige og universelle lover. Det er et påtrenge behov for:

- å anerkjenne og respektere enkeltmen-

neskers og staters rettigheter og forpliktelser i forhold til en bærekraftig utvikling.

- å utforme og innføre nye normer for statlig og interstatlig atferd for å oppnå en bærekraftig utvikling.
- å styrke og utvide anvendelsen av eksisterende lover og internasjonale avtaler til støtte for en bærekraftig utvikling.
- å styrke eksisterende metoder og utvikle nye framgangsmåter for å forhindre og løse og miljøkonflikter.

Utenriks- og konstitusjonskomiteen viste i sin behandling av miljøparagrafen også til hvordan regjeringene i Stockholmerklæringen fra 1972, «uttaler ... sin forpliktelse til å beskytte og vern miljøet både for nåværende og fremtidige generasjoner.»²⁶

Til grunn for det opprinnelige vedtaket av miljøparagrafen, ble det trukket frem at «eit kjernepunkt for kommisjonen er at miljøvernomsyn skal inn i alle avgjerdsprosessar som gjeld utnytting eller påverknad av naturgrunnlaget.»²⁷ En enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité fremhevet også

at en grunnlovsbestemmelse vil være et viktig signal både nasjonalt og internasjonalt om hvilken vekt det legges på miljøvernomsyn i Norge. Grunnlovsfesting vil fungere som en politisk retningslinje som kan gjøre det lettere å fremme miljøverntiltak og det vil også kunne hindre en utvikling som går i miljøfiendtlig retning. Grunnlovsfesting vil også være et budskap til privat sektor om den betydning lovgivende myndighet tillegger miljøvernet. ... Komiteen vil understreke at rett til en viss miljøkvalitet er en grunnleggende menneskerettighet. Komiteen mener

²⁵ Innst. 163 S (1991-1992), s. 3.

²⁶ Innst. 163 S (1991-1992), s. 3.

²⁷ Innst. 163 S (1991-1992), s. 2.

at dette bør uttrykkes gjennom vedtak av en særskilt grunnlovsbestemmelse.²⁸

Komiteen understreket også følgende: «Endelig framholdes det i utredningen at det er grunn til å se solidaritet over grenser og generasjoner som et miljørettslig prinsipp.»²⁹

4. Ni punkter om beskyttelse av truede dyrearter ut fra Grunnloven § 112

Forarbeidene til Grunnloven § 112 tydeliggjør altså en rekke aspekter som er sentrale for forståelsen av paragrafen. Man kan i den sammenhengen identifisere i alle fall ni punkter med relevans for miljøparagrafens beskyttelse av truede dyrearter, som alle bør kunne ligge til grunn for videre drøfting av bestemmelsen i rettsvesenet.

4.1 Forpliktelsen til å sikre overlevelsen til alle arter og fremme beskyttelsen av dem som materiell skranke

Grunnloven § 112s bestemmelse om at «enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevarer», bør sees i lyset av hvordan en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité viste til at, ifølge Brundtlandskommisjonen, er staten «forpliktet overfor egne borgere og andre stater til å ... opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»³⁰ Dette er et prinsipp som må anses som ytterligere styrket, da hele miljøparagrafen ble skjerpet i 2014 med spesifikk henvisning til faren for «utrydning av arter» som en av grunnene for dette.³¹

Hvordan Grunnloven § 112s beskyttelse av enhvers «rett ... til en natur der ... mangfold be-

varer» ifølge forarbeidene innebærer forpliktelse for staten om «å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder», synes å representere en egen materiell skranke for bevaring av dyrearter. Tiltak som truer «overlevelse» eller undergraver «beskyttelse», synes følgelig å være i strid med Grunnloven. At miljøparagrafen medfører en materiell skranke i beskyttelsen av dyr, støttes også av professor dr. juris Ole Kristian Fauchald som understreker at Grunnloven § 112 vil «normalt innebære en skranke mot politikk som tar sikte på utrydning av arter fra Norge.»³² Her kan man også se til Inge Lorange Backers påpekning av hvordan «avliving av truede arter griper rett inn i grunnlovbestemmelsens kjerne om bevaring av naturmangfoldet».³³

Idet Grunnloven § 112 gjennom sine forarbeider synes å kreve at Staten er forpliktet til å «opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder»,³⁴ er dette noe som også bør få konsekvenser for vurderingen av om dagens rovdyrpolitikk er i overensstemmelse med Grunnloven. Når man ser for eksempel på den nåværende forvaltningen av ulv, handler det, i all korthet, altså om en politikk hvis formål Oslo tingrett identifiserte som «å redusere ulvebestanden»,³⁵ altså en art som KLD selv presiserer «er klassifisert som kritisk truet på Norsk rødliste for arter 2015»³⁶ og som «har ekstremt høy risiko for å dø ut fra Norge dersom det ikke legges til rette for at ulv

²⁸ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5–6.

²⁹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5.

³⁰ Innst. 163 S (1991-1992), 4.

³¹ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 40.5.

³² Ole Kristian Fauchald *Juridisk betenkning angående vedtak om lisensfelling av ulv 27.02.2017*, 1.2.

³³ Inge Lorange Backer «Høsehauk i Høyesterett: Rt. 2014 s. 238» i *Lov og rett*, vol. 53 (7), 2014, s. 404, DOI: 10.18261/issn.1504-3061.

³⁴ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

³⁵ 17-196251-TVI-OTIR/08 (Oslo), s. 35.

³⁶ *Avgjørelse av klage på vedtak om kvote for lisensjakt på ulv i region 4 og 5 2015-2016*, 10.07.2015, s. 4.

får en bedret bestandsstatus.»³⁷ Rettsvesenet må slik altså vurdere om det statlige målet om «å redusere» en «kritisk truet art» med «ekstremt høy risiko for å dø ut fra Norge», er i overensstemmelse med den materielle skranken forarbeidene la til grunn for Grunnlovens § 112, om å «sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»

4.2 Beskyttelse mot innavl og større risiko for utryddelse

Det å redusere bestanden av en art med «ekstremt høy risiko for utdøing» er ikke bare i seg selv noe som er med på å true artens overlevelse, men som KLD påpekte i tilrådning til Stortinget er dette noe som kan føre til ytterligere trussel gjennom innavl:

En betydelig trussel mot den sør-skandinaviske ulvebestandens overlevelse på lang sikt er at bestanden er isolert og sterkt innavlet. Det er gjort flere ulike sårbarhetsanalyser for den sørskandinaviske ulvepopulasjonen de senere årene, som belyser ulike spørsmålsstillinger og som gir en større forståelse av sammenhengen mellom tap av genetisk variasjon og risiko for at populasjonen dør ut.³⁸

Dette må sees i lyset av hvordan KLD selv understreker hvordan statens nåværende rovdyrpolitikk ytterligere øker faren for innavl og dermed utrydding av hele arten i Norge: «Problemet med innavl er vurdert av departementet. Man har som mål å ta vare på genetisk viktige ulver, men ved lisensjakt vet man ikke på forhånd hvilke dyr som blander seg inn og man kan da felle dyr man burde tatt vare på.»³⁹

³⁷ Stortingsmelding 21 (2015-2016) Ulv i norsk natur, s. 110.

³⁸ Stortingsmelding 21 (2015-2016) Ulv i norsk natur, 3.5.

³⁹ 17-172521TVI-OTIR/07 (Oslo), s. 7.

Med utgangspunkt i hvordan reduksjon av en rovdyrstamme fremmer innavl i en art med «ekstremt høy risiko for utdøing» og slik ytterligere øker faren nettopp for utryddelse, bør rettsvesenet altså drøfte om dette representerer et brudd på Grunnloven § 112 om statens plikt til å «iverksette tiltak», som ifølge rettskildene må være «adekvate og nødvendige»,⁴⁰ for å sikre at «mangfold bevares».

4.3 Rovdyrsoner og rovdyr i sine naturlige leveområder

Da en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité vedtok Grunnlovens bestemmelse om at myndighetene må sikre at «mangfold bevares», var dette blant annet basert på hvordan komiteen vektla statens plikt til å «opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»⁴¹

Idet det meste av landet er ulvens tradisjonelle «naturlige leveområder», blir det slik et spørsmål om myndighetene har rett til ikke bare å ytterligere senke vernet til ulven innenfor forvaltningssonen, men ha det som formål «å redusere ulvebestanden utenfor ulvesonen.»⁴² Her synes WWF å ha rett i sin argumentasjon: «Lovens vilkår gjelder for hele landet. Det innebærer at dersom det finnes andre tilfredsstillende løsninger enn å drepe ulv, så skal dette vurderes og anvendes – også utenfor ulvesonen.»⁴³

Det kan i en rettsbehandling dermed være relevant å drøfte om statens avgrensning av bare fem prosent av fastlands-Norge som ulvesone er i strid med Grunnloven § 112 om statens plikt til å «iverksette tiltak», som ifølge rettskildene må være «adekvate og nødvendige», idet dette

⁴⁰ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

⁴¹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4, min utheving

⁴² 17-196251-TVI-OTIR/08 (Oslo), s. 35.

⁴³ Anke til Borgarting lagmannsrett 13.06.2018, avsnitt 7.2.

også innebærer å «fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»⁴⁴

4.4 Bestandsmål i lys av plikt til beskyttelse

Dagens rovdyrpolitikk har utgangspunkt i at «Stortinget har fastsatt helt konkrete bestandsmål for forvaltningen av rovvilt i Norge. Disse er *satt lave* ut fra hensynet til beitenæringen.» Det vises samtidig til at «Regjeringen legger stor vekt på å ha et bestandsmål for ulv som er i samsvar med Norges forpliktelser etter Bernkonvensjonen [Konvensjonen om vern av ville europeiske planter og dyr og deres naturlige leveområder]», men dette synes lite forenlig med hvordan KLD understreker at det ikke er noe mål at ulven som art skal ha større sjanse til overlevelse: «Bestandsmålet for ulv er fastsatt slik at arten er kritisk truet [CR] på norsk rødliste for arter.»⁴⁵

Siden statens bestandsmål er fastsatt så lave at det er et mål at ulv skal *forbli* kritisk truet (CR), helt uten hensyn til «at ulv som art har ekstremt høy risiko for å dø ut fra Norge dersom det ikke legges til rette for at ulv får en bedret bestandsstatus»,⁴⁶ må rettsvesenet vurdere hvorvidt dagens bestandsmål i seg selv er i strid med kravet i Grunnloven § 112 om at «mangfold bevares». Hvordan det i forarbeidene er definert en materiell skranke som krever at staten må «sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder»,⁴⁷ innebærer at det må også vurderes om staten er forpliktet til å «iverksette adekvate og nødvendige tiltak» for å øke bestanden til en kritisk truet art (CR) slik at artens bestandsstatus forbedres.

⁴⁴ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

⁴⁵ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 111, 110, min utheving.

⁴⁶ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 111, 110.

⁴⁷ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

4.5 Forpliktelsen til å opprettholde økosystemer som materiell skranke

Hvordan Grunnloven § 112s krav om at «mangfold bevares» er basert på forarbeidenes fremheving av at staten «er forpliktet overfor egne borgere og andre stater til å *opprettholde økosystemer* og beslektede økologiske prosesser som er livsviktige for at biosfæren skal funksjonere,»⁴⁸ synes også å ha relevans for miljøparagrafens beskyttelse av truede rovdyr. Som i stadig større grad understrekes i biologien, er ikke natur uten sine naturlig hjemmehørende store rovdyr et fullkomment økosystem. Dette speiles ikke bare i overdimensjonerte og mindre friske populasjoner av store planteetere og problemer med overbeiting, men også i hvordan fraværet av store rovdyr fører til ubalanse i alt fra mindre rovdyr, åtselere, små planteetere og mikroorganismer. Jakt kan ikke erstatte rovdyrenes funksjon i et økosystem.⁴⁹ Viktigheten av bevaring av mest mulig fullstendige økosystemer kan også sees i sammenheng med hvordan forvaltningsmålet for arter presiseres i naturmangfoldloven § 5, første ledd:

Målet er at artene og deres genetiske mangfold ivaretas på lang sikt og at artene forekommer i levedyktige bestander i sine naturlige utbredelsesområder. Så langt det er nødvendig for å nå dette målet ivaretas også artenes økologiske funksjonsområder og de øvrige økologiske betingelsene som de er avhengige av.

Statens forpliktelse ifølge rettskildene «til å opprettholde økosystemer og beslektede økologis-

⁴⁸ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4, min utheving.

⁴⁹ Se f.eks. Enric Sala «Top predators provide insurance against climate change». *Trends in Ecology and Evolution* 30:10 (2006):1-2, DOI:10.1016/j.tree.2006.07.006 og Douglas A. Frank «Evidence for top predator control of a grazing ecosystem». *Oikos. Synthesizing Ecology* 117:11 (2008):1718-24, DOI:10.1111/j.1600-0706.2008.16846.x.

ke prosesser» synes slik å representere enda en materiell skranke ved Grunnloven § 112, som rettsvesenet bør vurdere i lyset av den generelle ubalanse fraværet av store rovdyr skaper for alle deler av økosystemet og statens forpliktelse til å «iverksette tiltak», som må være «adekvate og nødvendige» for å sikre «rett ... til en natur der ... mangfold bevarer.»⁵⁰

4.6 Rett for etterslekten som materiell skranke

Et annet sentralt moment i sammenheng med rovdyrforvaltningen er rettighetene til kommende generasjoner, slik dette er nedfelt i Grunnloven § 112: «Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.»

Hvor sterkt hensynet til etterslekten er, understrekes flere ganger i miljøparagrafens forarbeider. Som grunnlag for utformingen av paragrafen, viser en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité «solidaritet over ... generasjoner som et miljørettslig prinsipp,»⁵¹ samtidig som de vektlegger Brundtlandskommisjonens påpekning: «At staten anerkjenner sine forpliktelser til å sikre et tilfredsstillende miljø for nåværende og framtidige generasjoner, er et viktig skritt mot en bærekraftig utvikling.»⁵² Saksordfører i utenriks- og konstitusjonskomiteens behandling av miljøparagrafen, Anne Enger Lahnstein, understreket på sin side viktigheten av at «prinsippet om solidaritet med framtidige generasjoner ... er nedfelt i [grunnlovs]forslagets første ledd.»⁵³ I 2014 viste igjen flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité (alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet) til hensynet til «framtidige generasjoner.»⁵⁴ Her er det viktig dessuten å se til

hvordan Menneskerettsutvalget i 2011 fastslo at miljøparagrafen medfører at «miljø som menneskerettighet» vil «kunne påberopes ... på vegne av fremtidige generasjoner.»⁵⁵

For å få en mer presis forståelse av hva «rett også for etterslekten ... til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevarer» innebærer, kan man også se til hvordan utenriks- og konstitusjonskomiteen viste til Stockholm-erklæringen fra 1972, prinsipp 1 om «et forpliktende ansvar for å beskytte og forbedre miljøet for kommende generasjoner.»⁵⁶ Om staten ikke forhindrer en generell forringelse av miljøet for etterslekten, synes slik å være i strid med hele miljøparagrafen.

Kravet i Grunnloven § 112 om at miljøet også skal sikres «for etterslekten» – mer presist ifølge rettskildene «beskytte og forbedre miljøet for kommende generasjoner» – er slik så sterkt, at dette synes å representere enda en materiell skranke, som følgelig også vil ha relevans for forvaltningen av utryddelsestruede dyr. Det er vanskelig å se annet enn at miljøparagrafens krav til staten om å «iverksette tiltak» for å gjennomføre «rett også for etterslekten ... til en natur der ... mangfold bevarer», må inkludere tiltak for å forhindre at dyrearter dør ut. Det vil slik være relevant for rettsvesenet å vurdere hvordan statens forvaltning av en kritisk truet (CR) dyreart med «ekstremt høy risiko for å dø ut fra Norge», er relatert til den materielle skranken «rett også for etterslekten» nedfelt i Grunnloven § 112.

4.7 Forpliktelse overfor andre stater som miljørettslig prinsipp

Statens forsvar av at bestandsmål er «satt lave» for ulv, er fullstendig avhengig av at Sverige har et mye sterkere vern av en dyreart med «ekstremt høy risiko for utdøing». Dette er noe som bør

⁵⁰ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

⁵¹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5.

⁵² Innst. 163 S (1991-1992), s. 3, min utheving.

⁵³ Forhandlinger i Stortinget nr. 254 (1991-1992), 25.05.1992, s. 3736.

⁵⁴ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

⁵⁵ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 9.4.

⁵⁶ Innst. 163 S (1991-1992), s. 3, min utheving.

drøftes ut fra hvordan en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité understreket i 1992 «at det er grunn til å se solidaritet *over grenser* ... som et miljørettslig prinsipp.»⁵⁷ Stortinget baserte sitt grunnlovsvettdtak også direkte på anbefalingene fra Brundtlandskommisjonen om «å utforme og innføre nye normer for statlig og *interstatlig* atferd for å oppnå en bærekraftig utvikling» og at «statene er *forpliktet overfor* ... *andre stater* til å opprettholde økosystemer og beslektede økologiske prosesser som er livsviktige for at biosfæren skal funksjonere» og «opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»⁵⁸ Komiteen viste dessuten til professor dr. juris Inge Lorange Backers fremheving av «at det er grunn til å se solidaritet over grenser ... som et miljørettslig prinsipp.»⁵⁹ I sammenheng med hvordan Norge baserer sin rovdyrforvaltning på bestanden i naboland, kan det her også sees til forpliktelsene i Bernkonvensjonen, som den nåværende regjeringen selv «legger stor vekt på» og som understreker hvordan «*hver* konvensjonspart [stat] skal ta de egnede og nødvendige lovgivnings- og administrative tiltak for å sikre det spesielle vernet av arter av vill fauna spesifisert i Vedlegg II» og «Vedlegg III.»⁶⁰

Det vil slik være relevant for rettsvesenet å vurdere hvorvidt reduksjon av en dyreart med «ekstremt høy risiko for utdøing» er i strid med «rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares» i Grunnloven § 112, med hensyn til rettskildenes vektlegging av Norges forpliktelser overfor andre stater.

4.8 Plikt til å fremme beskyttelse – prøving av naturmangfoldloven

Naturmangfoldloven åpner opp for uttak av ellers beskyttede ville dyrearter både i § 17 annet ledd, som slår fast at «eieren, eller en som opptrer på vegne av eieren, kan avlive vilt under direkte angrep på bufe, tamrein, gris, hund og fjørfe», og § 18 b som sier at «Kongen kan ved forskrift eller enkeltvedtak tillate uttak av vilt ... for å avverge skade på avling, husdyr, tamrein, skog, fisk, vann eller annen eiendom.» Det er dette som ble vist til av Oslo tingrett da den ga staten medhold i saken om uttak av ulv i 2018 og i rettsvesenets behandling av saken om hønsehauken som ble skutt etter at den angrep en høne. Hvis dette representerer en korrekt forståelse av naturmangfoldloven, vil det slik være relevant å vurdere om de respektive delene av naturmangfoldloven i seg selv er i overensstemmelse med Grunnloven § 112, igjen i samsvar med Grunnloven § 89: «I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.»

Om noen deler av naturmangfoldloven ikke tilstrekkelig forplikter staten, slik forarbeidene presiserer, til «adekvate og nødvendige tiltak»⁶¹ for at «mangfold bevares», mer presist for «å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder,»⁶² kan de respektive delene av naturmangfoldloven altså være i motstrid mot Grunnloven § 112. Dette er noe rettsvesenet bør drøfte.

4.9 Rett til miljø og biologisk mangfold som menneskerettighet

At innholdet i Grunnloven § 112 skal forstås som en menneskerettighet innenfor norsk lovgivning, ble slått fast av en enstemmig utenriks- og kon-

⁵⁷ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5, min utheving.

⁵⁸ Innst. 163 S (1991-1992), s. 3 og 4, min utheving.

⁵⁹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5.

⁶⁰ Bernkonvensjonen, § 6 og 7.1, min utheving.

⁶¹ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

⁶² Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

stusjonskomité da de i 1992 «understreke[t] at rett til en viss miljøkvalitet er en grunnleggende menneskerettighet.»⁶³ Menneskerettighetsutvalget bekreftet igjen denne forståelsen i 2011, da den fremholdt at «retten til et sunt miljø er minst like viktig for individets eksistens og livsutfoldelse som de *øvrige* menneskerettigheter som naturlig hører hjemme i Grunnloven» og at «miljø som menneskerettighet» kan «påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av fremtidige generasjoner.»⁶⁴ I sin behandling av miljøparagrafen i 2014, understreket også kontroll- og konstitusjonskomiteen at «komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, mener forholdet mellom miljø og menneskerettigheter bør knyttes nærmere sammen.»⁶⁵ Den menneskerettslige statusen til § 112 fremheves også av hvordan bestemmelsen er plassert i Grunnloven under kapittel E. «Menneskerettigheter», og av hvordan den er utformet som en klassisk menneskerettighet der utgangspunktet er «enhvers rett».

Idet menneskerettighetene går ut fra de sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene til det menneskelige individ, er det i utgangspunktet lite om miljøet i de opprinnelige menneskerettighetskonvensjonene. Her må man derfor primært se på videre fortolkning og rettspraksis i de internasjonale menneskerettighetsregimene. Hvordan FNs generalsekretær Javier Pérez de Cuéllar etablerte Brundtlandskommisjonen i 1983 kan forstås som et viktig skritt i retning av nettopp en slik forståelse av retten til miljø som en menneskerettighet, idet den definerte «the solemn responsibility of governments to protect and improve the environment for both

present and future generations.»⁶⁶ Hvordan menneskerettighetene må forstås å inkludere retten til et mest mulig opprinnelig miljø, ble også presisert av FNs Komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i en formell kommentar om FNs Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (CESCR) i 2009. Her understreket komiteen at CESCR artikkel 15, som forplikter konvensjonspartene å ivareta «retten til for enhver til ... å delta i det kulturelle liv,» også innebærer retten til et beskyttet naturmiljø generelt og til vern av dyre- og plantearter spesifikt:

The following are necessary conditions for the full realization of the right of everyone to take part in cultural life on the basis of equality and non-discrimination. (a) Availability is the presence of cultural goods and services that are open for everyone to enjoy and benefit from, including ... nature's gifts, such as seas, lakes, rivers, mountains, forests and nature reserves, *including the flora and fauna* found there, which give nations their character and biodiversity.⁶⁷

Det meste av menneskerettslig rettspraksis som berører miljø, går likevel på hvordan retten til liv (EMK 2, CCPR 6) og rett til respekt for privatliv og familieliv (EMK 8, CCPR 17, CESCR 10), inkluderer retten til et sunt miljø. Også sentralt er at retten til å motta og meddele opplysninger og ideer (EMK 10, CCPR 19) må inkludere informasjon om miljøet – altså fullstendig i overensstemmelse med bestemmelsen i Grunnloven § 112 andre ledd. Her kan man for eksempel se til rapporten fra FNs Høykommissær for menneskerettigheter fra 2011, *Analytical study on the relati-*

⁶³ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5.

⁶⁴ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 40.5, 9.4, min utheving.

⁶⁵ Innst. 187 S (2013-2014), avsnitt 2.9.

⁶⁶ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 01.10.1987. § 5.1 (81).

⁶⁷ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 21 Right of everyone to take part in cultural life*, 21.12.2009, § 16, min utheving.

onship between human rights and the environment,⁶⁸ og følgende saker fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen: López Ostra mot Spania (1994), Guerra o.a. mot Italia (1998), Öneryıldız mot Tyrkia (2004), Taşkın o.a. mot Tyrkia (2004), Fadeyeva mot Russland (2005), Öçkan o.a. mot Tyrkia (2006), Giacomelli mot Italia (2007), Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva og Romashina mot Russland (2007), Tătar mot Romania (2009), Deés mot Ungarn (2010) og Dubetska o.a. mot Ukraina (2011).

Med den stadig økende kunnskapen om betydningen fungerende økosystem har for miljøet og menneskets tilværelse generelt, kan denne menneskerettslige rettspraksisen sees som relevant også for forståelse av Grunnlovens beskyttelse av «rett ... til en natur der ... mangfold bevarer», altså statens forpliktelse ifølge rettskildene til «å opprettholde økosystemer og beslektede økologiske prosesser» og «opprettholde biologisk mangfold ved å sikre overlevelsen til og fremme beskyttelsen av alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder.»⁶⁹

Hvordan Grunnlovens beskyttelse av retten til miljø er definert som en menneskerettighet, er altså i overensstemmelse med hvordan den internasjonale forståelsen av menneskerettighetene har utviklet seg. Det kan slik i prinsippet være relevant for rettsvesenet å drøfte hvorvidt det å redusere utrydningstruede dyrearter og følgelig også skade sårbare økosystemer, er i overensstemmelse med Norges menneskerettslige forpliktelser til å retten til et sunt miljø ifølge retten til liv og retten til privatliv og familieliv. Det kan videre vurderes om dette er i strid med retten til å delta i det kulturelle liv, i lyset av den formelle kommentaren til CESCR 15 om rett til «naturens gaver», inkludert dens flora og fauna.

Siden det er liten praksis å trekke inn men-

neskerettighetskonvensjonene direkte inn i norsk rettsbehandling, er muligens det viktigste med det at Grunnlovens «rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevarer» må forstås som en menneskerettighet, antagelig hvordan dette innebærer at terskelen for inngrep som begrenser lovens bestemmelse er desto høyere. At retten til miljø er definert som en menneskerettighet må få konsekvens for selve *rettsbehandlingen* i det norske rettsvesenet, presiseres også i forarbeidene. Som Menneskerettighetsutvalget understreket, «vil miljø som menneskerettighet kunne påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av fremtidige generasjoner.»⁷⁰ Når Grunnloven § 112s enhvers «rett ... til en natur der ... mangfold bevarer» – et mangfold som ifølge rettskildene er ensbetydende med «alle arter innen flora og fauna i deres naturlige leveområder»⁷¹ – må forstås som en menneskerettighet, kan enhver begrensning av denne retten følgelig også sees i lyset av reglene for hvordan menneskerettighetene generelt *kan* begrenses. Inngrepet må dermed, slik det er definert i for eksempel retten til privatliv i EMK artikkel 8, være «i samsvar med loven og ... nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»⁷²

Rettsvesenet kan følgelig vurdere om de ulike aspektene ved statens nåværende rovdyrforvaltning er legitime i henhold til en slik menneskerettslig prøving av Grunnloven § 112,

⁷⁰ Dokument 16 (2011-2012), avsnitt 9.4, min utheving.

⁷¹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

⁷² Jf. formuleringen av omtrent likelydende begrensning av menneskerettighetene i ulike i artikler i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og FN's Konvensjon om sivile og politiske rettigheter og Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

⁶⁸ A/HRC/19/34 fra 16.12.2011.

⁶⁹ Innst. 163 S (1991-1992), s. 4.

altså om de statlige inngrepene kan objektivt og saklig begrunnes ut fra de menneskerettslige åpningene for begrensning og om disse inngrepene er proporsjonale i forhold til ønsket målsetning. Dette gjelder begrensninger i retten til miljø, økosystem og overlevelsen til alle arter – både for mennesker i dag og for etterslekten. Ut fra dette, kan retten se nærmere på regler for uttak, fastsetting av rovdyrsoner og bestandsmål, forpliktelse overfor andre stater, så vel som relevante bestemmelser i naturmangfoldloven.

Alle de statlige inngrepene som begrenser rettighetene i Grunnloven § 112 har det til felles at de har utgangspunkt i at staten har som mål å begrense en utrydningstruet dyreart. Rettsvesenet bør følgelig primært vurdere statens *begrunnelse* for dette målet i lyset av de generelle mulighetene stater har til å begrense menneskerettslige bestemmelser. Ser man på de ulike begrunnelsene staten viser til for å begrense en utrydningstruet dyreart, faller de alle i utgangspunktet inn under myndighetenes plikt ifølge menneskerettighetene til «å beskytte andres rettigheter».

KLD fremhever «hensynet til beitenæringen» som selve grunnen for at det «helt konkrete bestandsmål for forvaltningen av rovvilt i Norge ... er satt lave.»⁷³ Her bør det altså presiseres at «hensynet til beitenæringen» i hovedsak er ensbetydende med retten for bønder til å slippe ut beitedyr på utmarksbeite uten tilsyn, siden faren for rovdyrangrep minsker betraktelig når beitedyrene sikres på ulikt vis. Domstolene bør dermed drøfte om dette «hensynet til beitenæringen» er en saklig begrunnelse og et legitimt mål som er proporsjonalt i forhold til statens målsetning om å gripe inn i Grunnloven § 112s «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten» ved å redusere vernet av utrydningstruede dyr. Ser man på akkurat saken som

ble behandlet i Oslo tingrett i 2018, skulle «hensynet til beitenæringen» antagelig ha vært avvist som begrunnelse, siden de relevante uttakene på ulv her var i områder der rovdyr *ikke* utgjorde en trussel mot beitenæringen, noe som er redegjort for av både WWF og Stortinget.⁷⁴ Man kan ikke vise til «hensynet til beitenæringen» som begrunnelse, i saker der dette ikke har relevans «for å beskytte andres rettigheter».

Når det gjelder uttak i områder der rovdyr ikke utgjør en trussel mot beitenæringen eller om domstolene mer generelt avviser «hensynet til beitenæringen» som et legitimt mål som er proporsjonalt i forhold til ønsket målsetning om å gripe inn i «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten», må man se til statens sekundære begrunnelser for sin rovdyrpolitikk. Her blir det relevant å vurdere hensynet til andre grupper i befolkningen som staten viser til som negativt berørt av rovdyrbestanden. Den ene av disse er «rettighetshavere og jegere som driver løshundjakt», primært i forbindelse med elgjakt som KLD understreker «er viktig både økonomisk og som rekreasjon for mange i Norge.»⁷⁵ Rettsvesenet bør slik vurdere om det å beskytte de økonomiske og rekreasjonsmessige rettighetene til «rettighetshavere og jegere som driver løshundjakt» altså representerer en objektiv begrunnelse og et legitimt mål som er proporsjonalt i forhold til ønsket målsetning om å gripe inn i «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten».

Rettsvesenet bør i denne sammenhengen også vurdere rettighetene til de «deler av befolkningen som føler frykt for ulv.»⁷⁶ siden staten trekker frem hensynet til disse som en gruppe som er negativt berørt av rovdyrbestanden. Mens 32,8 % i rovdyrområdene oppga «å være redde

⁷³ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 111, 110, min utheving.

⁷⁴ WWF Sluttinnlegg til Oslo tingrett 10.04.2018, avsnitt 3.3, Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 78.

⁷⁵ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 112, 51.

⁷⁶ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 98, 113 og 114.

for å møte ulv» i 2010, gjaldt dette 25,8 % av befolkningen generelt.⁷⁷ Det er likevel vanskelig å se at slik frykt, siden den i all hovedsak er grunnleggende irrasjonell, representerer en saklig begrunnelse som er proporsjonal i forhold til det å begrense grunnlovens menneskerettslige «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten». Som KLD selv påpeker, «avtar folks frykt med økt kunnskapsnivå om rovvilt.»⁷⁸ Idet KLD viser til sammenheng mellom frykt og politikk overfor dyr, blir det relevant å se på statistikk om hvilken fare ulike dyrearter representerer i landet. Mens ingen er drept av ulv på over to hundre år i Norge, ble for eksempel åtte mennesker drept av kyr mellom 1997 og 2008 og like mange av hunder mellom 1996 og 2016. Flere innbyggere blir dessuten drept og alvorlig skadet hvert eneste år i møte med elg i trafikken.⁷⁹ Statens henvisning til en irrasjonell frykt overfor ulv som et relevant moment, blir slik noe underlig i lyset av at staten aldri har gått inn for å redusere bestanden verken av kyr, hunder eller elg ut fra den reelle faren disse andre dyreartene representerer for mennesker.

Et viktig moment i rovdyrforvaltningen er hvordan regjeringen er «opptatt av at konfliktnivået skal være lavest mulig og at det er bredest mulig aksept for forvaltning av rovvilt i Norge.»⁸⁰ Det er viktig å understreke at denne konflikten primært ikke er forbundet med beitenæringen, verken i eller utenfor ulvesonen. Som KLD presiserer: «Konflikten i ulvesonen er i dag

i hovedsak knyttet til rettighetshavere og jegere som driver løshundjakt» og «de som føler frykt grunnet ulvens tilstedeværelse.»⁸¹ Samtidig er det viktig å merke seg at *konfliktnivået* i sammenheng med jegere, rettighetshavere og mennesker som er redd for ulv, fremstilles slik som en større utfordring for staten, enn selve *interessene* til disse grupperingene.

Denne forståelsen av hvor konflikten om ulv er konsentrert, bekreftes av forskere. I sin doktoravhandling i anvendt økologi, konkluderer Kristin Evensen Gangås som følgende:

«Vi fant ingen sammenheng mellom folks holdninger til rovvilt eller generelle miljøholdninger og om det faktisk var rovvilt tilstede eller om de hadde opplevd tap av sau. I stedet fant vi en mer negativ holdning til rovvilt i områder som har sterke tradisjoner for storviltjakt eller har store mengder sau på beite uavhengig av om det er faktiske tap av sau eller ikke.»⁸²

Under behandlingen i Oslo tingrett, demonstrerte Ketil Skogen, forsker ved Norsk institutt for naturforskning, samme forståelse av hva som forårsaker konflikt, idet «han forklarte at negative holdninger til ulv i stor grad er knyttet til jaktinteresser.»⁸³

Staten har som et uttalt mål å «søke å redusere konfliktmålet» knyttet til «de store rovviltartene.»⁸⁴ Det blir dermed et spørsmål om det å «søke å redusere konfliktnivået» også er et *motiv* for staten for å gripe inn i «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten», ved å begrense antallet allerede utrydningstrue-

⁷⁷ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 59.

⁷⁸ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 59.

⁷⁹ Erik Sveberg Dietrichs «Rovdyrangrep i Norge» i *Tidsskriftet Den norske legeforening* 136 (2016): s. 1236–38, DOI: 10.4045/issn.16.0341; Linda Sunde «Mange flere drept av storfe» i *Bondebladet* 19. oktober 2010; Tor Sandberg «Åtte drept av hunder i Norge» i *Dagsavisen* 7. januar 2017; Statens Vegvesen *Statens vegvesens rapporter. Temaanalyse av trafikkulykker i tilknytning til vilt og andre dyr i perioden 2005-2011*. Statens Vegvesens rapporter nr. 191. Region nord, Veg- og transportavdelingen 2013, s. 3.

⁸⁰ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 112.

⁸¹ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 112, 115.

⁸² Kristin Evensen Gangås *Attitudes towards large carnivores and acceptance of illegal hunting. The importance of social attitudes and scales in large carnivore management*. Hedmark University College 2014, s. 7.

⁸³ 17-196251-TVI-OTIR/08 (Oslo), s. 42.

⁸⁴ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 89.

de rovdyr. Om så er tilfelle, må det vurderes hvorvidt en slik motivasjon er legitim og proporsjonal i forhold til statens rett til å begrense menneskerettighetene «for å forebygge uorden».

Som KLD viser, er etablering av ulv i nye områder noe som i seg selv kan «øke konfliktnivået innenfor» de respektive områdene.⁸⁵ Dette demonstrerer samtidig at *reduksjon* av ulv er faktisk noe som demper konfliktnivået i områdene det måtte skje. Som KLD også refererer til, begrunnes ofte begrensningen av antallet rovdyr nettopp med konfliktnivået, men man må merke seg at det er primært «de som ikke ønsker å øke bestanden» som «peker på konfliktnivået i ulveforvaltningen» som en utfordring. Konflikt *skapt* av rovdyr motstandere brukes altså som et argument for å redusere bestanden av utrydningstruede rovdyr.⁸⁶ Men konflikt når dette *genereres* av motstandere av at menneskerettighetene opprettholdes – her altså «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten» – kan likevel på ingen måte brukes som begrunnelse for å begrense grunnleggende menneskerettigheter. Dette er ganske enkelt ikke noen saklig eller objektiv begrunnelse for statens rett til å gripe inn i noens menneskerettigheter, verken «for å forebygge uorden» eller «for å beskytte andres rettigheter». Her kan det for eksempel vises til saken *Alekseyev mot Russland* fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i 2010, der nettopp en slik argumentasjon fra Russlands side ble avvist som grunnleggende illegitim og ensbetydende med at «the authorities effectively endorsed the intentions of persons and organisations» som truet med konflikt for å begrense andres grunnleggende menneskerettigheter.⁸⁷

⁸⁵ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 114, 115, 51, jf. 98, 99, 100, 101.

⁸⁶ Stortingsmelding 21 (2015-2016), s. 84.

⁸⁷ EMDs dom 21. oktober 2010, *Alekseyev mot Russland* (4916/07, 25924/08 og 14599/09), avsnitt 77, jf. avsnitt 72-76.

Statens ønske om «at konfliktnivået skal være lavest mulig», synes slik ikke å representere noen objektiv eller saklig begrunnelse for å begrense «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten» gjennom å redusere antallet allerede truede rovdyr, og vil slik antagelig også være i strid med Grunnloven § 112 om det faktisk har vært brukt som en begrunnelse for at bestandsmål for rovdyr er «satt lave».

5. Konklusjon

Ser man Grunnloven § 112 i lyset av sine forarbeider, er det grunn til å anse at grunnlovsbestemmelsen innebærer en ganske så omfattende beskyttelse av truede dyrearter, spesielt utfra hvordan en enstemmig utenriks- og konstitusjonskomité da de først utformet paragrafen, la stor vekt på en rekke av anbefalingene fra Verdenskommissjonen for miljø og utvikling. Dette handler om hvordan miljøparagrafen beskyttelse av enhver «rett til ... en natur der ... mangfold bevares ... også for etterslekten», synes å presentere materielle skranker for å beskytte og sikre overlevelsen til alle arter, for å sikre mest mulig fullstendige økosystemer og for å bevare dette for kommende generasjoner. I hvilken grad disse materielle skrankene vektlagt i forarbeidene setter føringer overfor norske myndigheter, er nettopp noe av det rettsvesenet må vurdere nøye. Dette vil få videre konsekvenser ikke bare for myndighetenes plikt til å bevare og styrke dagens økosystemer og bestander av truede dyr, men også for hvorvidt alle deler av naturmangfoldloven, dagens fastsatte bestandsmål og ordning med avgrensede rovdyrsoner er i overensstemmelse med miljøparagrafens bestemmelser. Ut fra forarbeidene føringer, må rettsvesenet dessuten vurdere Norges forpliktelser overfor andre stater som miljørettslig prinsipp. Det må også fastslås hvilke konsekvenser det har at Stortinget så klart har definert og understreket enhver rett til miljø og biologisk mangfold som en menneskerettighet,

både ut fra relevant menneskerettslig rettspraksis om miljø og fra hvordan enhver begrensning av menneskerettigheter generelt må vurderes ut fra om den er saklig begrunnet og proporsjonal i forhold til ønsket målsetning, ikke minst når det vises til hensynet til andres rettigheter.

Med tanke på hvordan Stortinget allerede i 1992 insisterte at deres grunnlovsvedtak var

«et viktig signal både nasjonalt og internasjonalt om hvilken vekt det legges på miljøvern hensyn i Norge,»⁸⁸ er det desto viktigere at de norske domstolene foretar en grundig behandling av Grunnloven § 112 i lyset av forarbeidene, for klargjøre hva konsekvensene av dette signalet faktisk innebærer.

⁸⁸ Innst. 163 S (1991-1992), s. 5.

Klimasøksmålet og Grunnloven § 112: Hva rommer tiltaksplikten i 3. ledd?

*Hans Morten Haugen**

Even though the plaintiffs lost the legal writ in the Oslo District Court, after alleging that the 23rd licensing round awards were not valid as they violated Article 112 of the Norwegian Constitution, the Attorney General's claims that he did not consider the Constitution § 112 as a rights were rejected. On the taking of measures for the implementation of the rights there are, however, four weaknesses in the judgment. First, the term 'adequate' measures is too imprecise to qualify the measures and the term 'effective' measures is better in identifying the measures able to achieve the climate targets. Second, the reliance upon the international system of emissions trading and debates in the Norwegian parliament were considered by the court as adequate for the duty to take measures in Section 112 to be complied with. Third, the emissions resulting from the consumption outside of Norway were considered as 'not relevant' for assessing whether Section 112 of the Constitution and the Norwegian Petroleum Act had been complied with. Fourth, the court linked the scope of the measures taken in accordance with paragraph 3 of Section 112 as decisive

for the determining the existence of the rights under the first and second paragraphs, as the measures must bring the enchoachment 'down to' the permitted threshold. The article provides a comprehensive human rights assessment of climate change in light of Section 112 of the Constitution, and also the requirements of the (previous) regulation on investigations, that the article finds have not been complied with.

1. Innledning

I Norge har vi liten tradisjon for såkalte miljø-søksmål. Strategien har heller vært å invitere til brede høringsprosesser, og i noen tilfeller justere eller flytte omstridte prosjekter. Det er grunn til å tro at miljø-søksmål kan bli mer vanlig, som følge av to endringer av Grunnloven. For det første ble miljøbestemmelsen (§ 112) endret i grunnlovsrevisjonen i 2014 for å gjøre den mer operativ. For det andre vedtok Stortinget i 2015 en ny grunnlovsrevisjon, med en ny bestemmelse om domstolers prøvingsrett (§ 89). Denne nedfelte i Grunnloven en tidligere ulovfestet prøvingsrett for domstolene.

Grunnloven § 112 ble for første gang prøvd for Oslo tingrett i november 2017, der saksøkerne, Foreningen Greenpeace Norden og Natur og Ungdom, anførte at Grunnloven § 112 var brutt som følge av tildeling av utvinningstillatelser under 23. konsesjonsrunde (lisensvedtaket). Saken handlet primært om Norges ansvar for å redusere globale klimaendringer. Søksmålet, levert

* Hans Morten Haugen er professor i internasjonal diakoni ved VID vitenskapelige høyskole, Oslo; e-post: hans.morten.haugen@vid.no. Dr.Juris fra Universitetet i Oslo (2006) og leder av Foreningen Grunnloven § 112. Forskningsfeltet dekker internasjonale menneskerettigheter og internasjonal økonomisk rett, menneskerettigheter og miljø, og inkluderende utvikling. Takk til deltakerne på International Workshop on International Law and Article 112 of the Norwegian Constitution on the Right to Environment, holdt ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 15.-16. mai 2018, hvor en tidligere versjon av artikkelen ble presentert.

i oktober 2016,¹ skapte betydelig debatt.² Dom forelå 4. januar 2018,³ og staten ble frifunnet for å ha brutt Grunnloven. Saken kommer opp i Borgarting lagmannsrett i november 2019.

Med unntak av Dagsavisen og Dagbladet,⁴ tok alle aviser som uttalte seg på lederplass stilling mot søksmålet, primært ut fra advarsler mot rettsliggjøring av politikken og hensynet til maktfordelingsprinsippet. Overraskende få viser til grunnlovsrevisjonene av 2014 og 2015. Den siste endret Grunnloven § 89, som nå lyder: 'I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.' Prøvingsretten omfatter altså både lover og andre beslutninger. I søksmålet var det selve forvaltningsvedtaket (lisensvedtaket) som blir hevdet av saksøkerne å være i strid med Grunnloven § 112.

¹ Stevningen er tilgjengelig fra <<http://www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2016/10/STEVNING-Endelig-uten-signatur-1810162.pdf>> lastet ned 26. mars 2019. Se også Regjeringsadvokaten, *Tilsvar til Oslo Tingrett* (2016); tilgjengelig fra <<https://www.regjeringen.no/contentassets/23be3168015543a6b76c87731f09dded/tilsvar.pdf>> lastet ned 26. mars 2019. For senere prosesskriv og tilsvar, se <<http://www.greenpeace.org/norway/no/nyheter/2017/Klimasoksmålet>> lastet ned 26. mars 2019.

² For juridisk begrunnede støtteerklæringer til søksmålet, se H P Graver, 'Når politikerne lammes', *Klassekampen* 26. oktober 2016, og B Sjøfjell, 'Politikernes plikter', *Klassekampen* 8. november 2016.

³ Oslo Tingrett, *Greenpeace Norden og Natur og Ungdom mot Staten, dom 4. januar 2018*; tilgjengelig fra

<<https://secured-static.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/bilder/2017/Dom%20Klimars%C3%B8ksma%CC%8Alet.pdf>>; anken av 5. februar 2018 finnes her: <https://nu.no/wp-content/uploads/2018/02/anke-05-02-18.pdf> lastet ned 26. mars 2019. Regjeringsadvokatens anketilsvar til Høyesterett, levert 9. mars 2018, kan skaffes via forfatteren.

⁴ *Dagsavisen*, 'En klar plikt' (hovedleder), 3. november 2016; *Dagbladet*, 'Skremmende enkelt' (redaksjonell kommentar ved G Ramnefjell), 18. oktober 2016; se også *Dagbladet*, 'Dagbladet mener: Klimasøksmålet mot staten bør havne på høyesteretts bord' (hovedleder), 6. februar 2018. En viss forståelse uttrykkes også i *Dagens Næringsliv*, 'CO² i retten' (redaksjonell kommentar), 7. november 2017, men det framholdes at søksmålet er 'litt tynt'.

Artikkelen tar først opp innholdet i Grunnloven § 112 – og den opprinnelige § 110b – i visshet om at andre vitenskapelige arbeidere har analysert begge deler,⁵ og artikkelen søker å avdekke den interne logikken mellom rettighets- og pliktbestemmelsene i Grunnloven § 112. Dernest drøftes tiltaksplikten mer inngående, ut fra det vi nå vet om framtidige klimaendringer. En inngående analyse av hvordan plikter avledet av menneskerettigheter skal forstås følger deretter, og siden særlig økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i liten grad er drøftet i norske domstoler i lys av klimaendringer understrekes at deler av denne drøftingen vil ha preg av *de lege ferenda*. Til sist, fordi det er *forvaltningsvedtaket* som er gjenstand for søksmålet, og fordi det er behov for innsikt i forvaltningens saksforberedelse både fram mot og etter Stortingets vedtak, drøftes hvordan utredningsplikten i petroleumsforskriften ved åpning av nye områder og den generelle utredningsinstruksen er etterlevd. Denne drøftingen skjer i lys av hva de siste Stortingsmeldingene knyttet til petroleumsutvinning sier om klimaendringer. Det er opplagt at verken forvaltningsvedtak, Stortingsmeldinger eller tingrettsdommer har stor rettskildemessige vekt. Disse vil imidlertid trekkes inn for å drøfte både forståelsen av og gjennomføringen av tiltaksplikten i Grunnloven § 112.

Problemstillingen som artikkelen vil søke å finne svar på er: *Hvorvidt har klimahensyn i tråd*

⁵ G Østerman Thengs, En standardtilnærming til Grunnloven § 112 (2017) 130 *Tidsskrift for rettsvitenskap* 28; O K Fauchald, 'Hva er konsekvensene av Grunnlovens miljøparagraf?', B Sjøfjell og A Stubhaug (red), *Fra ord til handling. Om Grunnlovens miljøparagraf 112*, *Privus* 200/2015; B Sjøfjell og A M Halvorsen, The Legal Status of Oil and Gas Exploration in the Arctic: The Case of Norway', 14 *Oil Gas & Energy Law Intelligence* 2016; G Østerman Thengs, *En fremmed fugl i den konstitusjonelle faunaen? Om tolkningen av miljøbestemmelsen § 112 i Grunnloven*. Masteroppgave ved Universitetet i Bergen 2016; O K Fauchald, 'Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110b' (2007) 120 *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1.

med Grunnloven § 112, særlig tredje ledd om plikten til å 'iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetningene', blitt tilstrekkelig hensyntatt i prosessen fram mot og under 23. konsesjonsrunde, som søksmålet fra Greenpeace og Natur og Ungdom retter seg mot?

Siden Regjeringsadvokaten fastholder at det rettslige kjerneinnholdet i § 112 ligger i tiltaksplikten i tredje ledd, er dette spørsmålet sentralt å avklare. Artikkelen vil anvende det Thengs omtaler som en problematiserende tilnærming,⁶ med en bred forståelse av hva som omfattes av pliktbestemmelsen i Grunnloven § 112, samt utredningsplikten etter petroleumsløven, sett i lys av nye EU-direktiver og den økte kunnskapen om klimaendringer. For å fremme en problematiserende tilnærming, vil jeg benytte forarbeider, selv om jeg kjent med at forarbeider er vurdert å spille en mer begrenset rolle i grunnlovstolkning enn i annen lovtolkning.⁷ Likevel har Høyesterett valgt å anvende forarbeider ved grunnlovstolkning, eksempelvis for § 100 om ytringsfrihet.⁸ Også forarbeider kan være nødvendige å tolke.

Artikkelen drøfter om ordlyden særlig i første ledd gjør det rimelig å anføre at også urfolksrettigheter faller innenfor vernet, fordi urfolk er særlig avhengige av en 'natur der produksjons- evne og mangfold bevares...'⁹ Ut fra ordlyden om en 'langsiktig og allsidig betraktning som

ivaretar denne rett også for etterslekten' er det ingen tvil om at Grunnloven § 112 også verner miljørettighetene til våre etterkommere. Artikkelen drøfter ikke de potensielle risikoer mot dyre-, fugle- og fiskelivet, selv om slike hensyn opplagt faller innenfor Grunnloven § 112 første ledd. Videre drøfter jeg ikke de ulike miljøkonsekvensene, som risikoen for oljelekkasjer, men det er relevant å peke på at de *samlede* 'norske' utslipp som følge av å ta opp den beregnede mengden olje og gass (altså ikke forbrenning i utlandet) fra Barentshavet sørøst beregnes i 'høyt scenario' til å utgjøre 41 prosent av *årlige* norske CO²-utslipp.¹⁰ Dersom vi ser for oss en utvinning som foregår over 20 år vil 'norske' utslipp som følge av åpningen av Barentshavet sørøst utgjøre omtrent to prosent av *dagens* årlige utslipp – men vil utgjøre en større andel i framtiden gitt at Norge skal etterleve klimalovens §§ 3 og 4. Utslippene ved forbrenning i andre land er beregnet til omtrent det dobbelte. Til slutt er det relevant å nevne at artikkelen heller ikke drøfter hvorvidt et vedtak som ville ha skapt manglende fortjeneste for petroleumsselskaper kunne ha medført sak mot Norge for brudd på bilaterale investeringsavtaler.¹¹

PAR), Avtalen om vern av isbjørn og Konvensjonen om biologisk mangfold.

¹⁰ Energi- og miljøkomiteen, *Innst. 495 S (2012-2013)* (2013), som behandler Regjeringen, *Meld. St. 36 (2012-2013) Nye muligheter for Nord-Norge – åpning av Barentshavet sørøst for petroleumsvirksomhet* (2013). Oslo tingrett (n 3), 22 viser til beregninger i M Greaker og K E Rosendahl, *Petroleumsvirksomhet i Barentshavet sørøst – om klima, økonomi og sysselsetting* (2017) av utslipp i Norge knyttet til de to scenariene (*høyt*: 22 millioner tonn CO²-ekvivalenter; *lavt*: 4,5 millioner tonn CO²-ekvivalenter; *globale* utslipp er beregnet til henholdsvis 40 og 13 millioner tonn CO²-ekvivalenter), basert på tall fra Oljedirektoratet, *Scenarioer for petroleumsvirksomhet i Barentshavet sørøst*, Departementenes servicesenter 09/2012 (2012).

¹¹ Norge er i dag part i 14 investeringsavtaler (BITs); se <<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/handel/nfd--innsiktsartikler/frihandelsavtaler/investeringsavtaler/id438845>> lastet ned 26. mars 2019. Rettspraksis viser at selskaper som har sine hovedkontorer i en stat

⁶ Thengs 2016 (n 5), 47.

⁷ Thengs 2016 (n 5), 11-12.

⁸ A Kierulf, 'Hvilken rolle spiller Grunnloven § 112 i Høyesterettsytringsfrihetspraksis?' (2012) 51 *Lov og Rett* 131, der hun løfter fram på s. 148 at slik tolkning 'muliggjør beskyttelse av de parallelle EMK-rettigheter...'

⁹ For en analyse av urfolks rett etter både SP-konvensjonen, ØSK-konvensjonen og Rasediskrimineringskonvensjonen, se H M Haugen, 'The right to veto – or emphasizing adequate decision-making processes? Clarifying the scope of the free, prior and informed consent (FPIC) requirement' (2016) 44 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 250. For en bred gjennomgang av pliktene til å ivareta biologisk mangfold, se Sjøfjell og Halvorsen (n 5), 22-27, som drøfter Havrettstraktaten, Konvensjonen for bevaring av det marine miljø i Nordøst-Atlanteren (OS-

2. Grunnloven § 112, særlig forholdet mellom rettighetsbestemmelsene og tiltaksplikten

For å forstå innholdet i tiltaksplikten etter § 112 tredje ledd er det nødvendig å kjenne innholdet i § 112 første og annet ledd. I tillegg til å vise til forarbeider løftes fram de sentrale vurderingstemaene i dommen fra Oslo tingrett for å avklare forholdet mellom rettighetene etter første og annet ledd og plikten etter tredje ledd.

Første ledd omhandler en materiell rettighet – som også skal ivaretas for våre etterkommere: '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.'

Andre ledd omhandler en prosessuell rettighet – til informasjon om miljøtilstanden og virkningene av naturinngrep, konkretisert gjennom en miljøkonsekvensanalyse: 'Borgerne har rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har etter foregående ledd.'

Tredje ledd omhandler en handlingsplikt for myndighetene, og det var denne som ble revidert i grunnlovsrevisjonen i 2014: 'Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.' Tredje ledd i det som var § 110b var langt snevrere, primært forstått som lover og forskrifter, ved at ordlyden presiserte plikten som å 'give nærmere Bestemmelser til at gjennomføre...'

Det var altså bare tredje ledd som ble revidert i grunnlovsrevisjonen i 2014. Den opprinnelige § 110b ble av Stortinget i 1992 presisert å

uten en BIT med en stat hvor en angivelig avtalestridig praksis har funnet sted – som forstått av selskapet – kan bruke en BIT inngått med en annen stat der dette selskapet er registrert.

omfatte viktige miljørettslige prinsipper – der et rettslig prinsipp ble definert som 'standpunkt til et rettslig hovedspørsmål som verdimesig eller på annen måte anses som særlig viktig.'¹² Miljøprinsippene som ble omtalt i innstillingen er 'rett til en viss miljøkvalitet, plikt til å unngå miljøforringelse og miljøskade, aktsomhetsplikt, grunneierens forvalteransvar og integrering av miljøhensyn i beslutningsprosesser', samt 'solidaritet med framtidige generasjoner...'¹³

Utenriks- og konstitusjonskomiteen understreket i 1992 at § 110b 'vil ha rettslig betydning på flere måter'¹⁴:

- i. som 'grunnlovsfestet retningslinje for Stortingets lovgivende myndighet';
- ii. 'viktig moment ved tolkningen av det regelverk som Stortinget selv har vedtatt eller gitt hjemmel for';
- iii. 'bånd på forvaltningen ... når et forvaltningsorgan utøver myndighet etter fritt skjønn';
- iv. 'skal anvendes når det gjelder miljøproblemer som lovgiverne ikke selv har tatt stilling til'.¹⁵

Som formulert av Thengs: 'Gitt ambisjonsnivået hos grunnlovgiver, kunne bestemmelsen ha fått stor rettslig og politisk betydning som overordnet norm for rettsutviklingen.'¹⁶ Ambisjonen for § 110b ble likevel begrenset av tredje ledd om å 'give nærmere Bestemmelser...'. Miljøbestemmelsen er blitt tolket innskrenkende, fordi formuleringen 'give nærmere Bestemmelser...' innebar at bestemmelsen tidligere ble forstått

¹² Utenriks- og konstitusjonskomiteen, *Innst. S nr. 163 (1991-1992)* 4.

¹³ *Ibid*, 6.

¹⁴ Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12) 6.

¹⁵ *Ibid*; merk at disse stammer fra Inge Lorange Backer, *Grunnlovfesting av miljørettslige prinsipper. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6 (1990)* 30; Backer understreket at en slik bestemmelse kunne fungere som sikkerhetsnett ved 'hull i loven', *ibid*, 38.

¹⁶ Thengs 2016 (n 5) 25.

som å forutsette spesifikk lovgivning for å komme til anvendelse. Gjennom endringen til 'skal iverksette tiltak...' i dagens § 112 er tiltakplikten tydeliggjort.

2.1 Den interne logikken i Grunnloven § 112 belyst gjennom klimasøksmålet og forarbeider

Kort fortalt anførte saksøkerne at lisensvedtaket under 23. konsesjonsrunde overskrider 'forbudet mot miljøskade etter § 112 første ledd'.¹⁷ I tillegg ble det anført at Grunnloven § 112 annet ledd stiller 'strengt krav til ... utredningsarbeid i forkant av tiltak som kan ha negative miljøkonsekvenser', og at manglende etterlevelse av denne plikten gjør lisensvedtaket ugyldig.¹⁸

Det ble anført at lisensvedtaket er et brudd med føre var-prinsippet, vil medføre grenseoverskridende miljøkonsekvenser og vil utgjøre et brudd på menneskerettighetene.¹⁹ Jeg vil under drøfte miljøskader, og se disse utover Norges grenser, også fordi Grunnloven § 112 har en vid ramme, ved å bruke begrepene 'enhver' og 'fremtidige generasjoner'. Jeg vil også vurdere saksøkernes anførsler om utilstrekkelig begrunnelse i utredningsarbeidet fram mot lisensvedtaket.

2.1.1 Miljøskade og føre-var-prinsippet

Det er hevdet at føre var-prinsippet innhold og status er omstridt i miljøretten generelt.²⁰ I søksmålet presenteres føre var-prinsippet som at 'ikke mangel på sikker kunnskap brukes som be-

grunnelse for ikke å avstå fra tiltaket',²¹ og at 'en gitt negativ miljøkonsekvens ... legges til grunn ... dersom ikke staten kan sannsynliggjøre det motsatte'.²² Konkret betyr dette ifølge saksøkerne at tiltakplikten oppstår når problemet er kjent. Begrepet 'negativ miljøkonsekvens' er brukt i denne sammenhengen, men saksøkerne skriver også at 'de miljøskadelige effektene av Lisensvedtaket er så alvorlige at de aldri kan forsvares ut fra økonomisk gevinst...'²³

Dommen fant at det sentrale vurderingste-maet innenfor en føre var-tilnærming var risiko, som er et produkt av en sannsynlighet og konsekvenser.²⁴ Partene var uenige i både sannsynlighet og konsekvenser, men det er verdt å merke seg at Regjeringsadvokaten sluttet seg til de globale klimaframskrivninger som ble lagt fram av sakkyndige vitner.

Saksøkerne pekte på at myndighetene kun legger vekt på at de ulike miljøhensynene er belyst i beslutningsprosessen, ikke en samlet vurdering av konsekvensene av en økning i globale CO²-utslipp. I denne sammenheng er det relevant å nevne at grenseoverskridende miljøkonsekvenser er nedfelt i forurensningsloven § 2 nr. 6.²⁵

Regjeringsadvokaten anførte at Parisavtalen ikke inneholder 'substansielle forpliktelser for partslandenes utslippspolitik',²⁶ men bare prosessuelle forpliktelser. Greenpeace og Natur og Ungdom imøtegikk dette ved å vise til Parisavtalens artikkel 4.3 som nedfeller målsettingen om høyest mulige ambisjon.²⁷

¹⁷ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 43.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid, 40-42.

²⁰ H C Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett* (4. utg) (2015) 98. For en artikkel som kritiserer EUs angivelige selektive bruk av dette prinsippet, se M A Recuerda, 'Dangerous Interpretations of the Precautionary Principle and the Foundational Values of European Union Food Law: Risk Versus Risk' (2008) 4 *Journal of Food Law & Policy* 1.

²¹ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 40.

²² Ibid.

²³ Ibid, 42.

²⁴ Oslo tingrett (n 3) 20.

²⁵ Backer (n 15) 22.

²⁶ Regjeringsadvokaten (n 1) 28.

²⁷ Greenpeace og Natur og Ungdom, *Prosesskriv til Oslo Tingrett* (2017) 6; tilgjengelig fra <<http://www.greenpeace.org/norway/Global/norway/Arktis/Dokumenter/2017/Prosesskriv.pdf>> lastet ned 26. mars 2019.

2.1.2 Begrepene 'etterslekten' og 'enhver' og deres betydning for tiltakplikten

Det er særlig ett begrep i Grunnloven § 112 første ledd som er gitt liten oppmerksomhet, både i lovgivning, rettspraksis og forvaltningsvedtak, nemlig 'etterslekten'.²⁸ De rettigheter som 'enhver' har i dag skal også kunne utøves av dem som kommer etter oss. Politikk som vil øke globale klimautslipp må innebære særlig årvåkenhet og helhetlig tenkning, gitt at rettighetene under § 112 skal ivaretas også for etterslekten. Disse begrepene ble i liten grad drøftet i anførselene til partene og i dommen fra Oslo tingrett.

Menneskerettighetsutvalget skriver at 'vurderingstemaet først og fremst er hensynet til flere generasjoner'.²⁹ En *enstemmig* Utenriks- og forsvarskomite understreket – med direkte henvisning til § 112 – under behandlingen av Menneskerettighetsmeldingen at 'regjeringen skal være en pådriver og støttespiller for rettsvernet til kommende generasjoner'.³⁰

Bugge skriver at rettigheter for etterslekten innebærer at domstolene 'kan sette et vedtak ... til side som grunnlovstridig hvis det klart neglisjerer eller bidrar til å forsterke alvorlige miljøproblemer som for alvor vil merkes i framtiden'.³¹

I forlengelsen av denne diskusjonen om rettighetshavere, er det også verdt å merke seg at § 112 første ledd bruker begrepet enhver mens § 112 andre ledd bruker begrepet borgerne. Innebærer dette at lovgiver har en tilsiktet forskjell i rettighetshavere? I Backers Alternativ B, som han selv mente var det beste,³² er subjektformen bor-

ger i både foreslåtte første og annet ledd.³³ Forslaget fra Liv Aasen og Einar Førde, som ble gitt tilslutning fra Utenriks- og konstitusjonskomiteen, og deretter vedtatt, erstattet 'Nulevende og fremtidige Borgere' i første ledd med 'Enhver', mens borgere ble beholdt i annet ledd.³⁴

Videre var det under behandlingen av miljøbestemmelsen i 2014 ikke noen problematisering av skillet mellom 'borger' og 'enhver'. Verken Menneskerettighetsutvalget³⁵ eller de åtte forslagsstillerne om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i Grunnloven³⁶ korrigerer Fauchald som i sin sentrale artikkel fra 2007 skriver at daværende § 110b 'gir rettigheter til enhver',³⁷ der det korrekte *etter ordlyden* er at rettighetene etter *annet ledd* bare gis til borgere.

Som redegjort for av Smith må både 'enhver' og 'borger' leses til å bety individer med oppholdstillatelse i Norge, uavhengig av om disse er statsborgere eller ikke.³⁸ Ås Hovind understreker at 'borger' må forstås som norske samfunnsmedlemmer, og at disse har prosessuelle rettigheter som 'enhver' ikke har.³⁹ Hun viser også til – med henvisning til Menneskerettighetsutvalget – at begrepet enhver må forstås å omfatte en videre krets av rettighetshavere, noe som 'kan indikere at Grunnloven § 112 første ledd ikke har territoriell begrensning'.⁴⁰

Grunnloven § 112 skiller seg fra de andre be-

²⁸ Thengs 2016 (n 5) 54

²⁹ Menneskerettighetsutvalget, *Dok. 16 (2011-2012)* (2011), 45; på s. 245 presiserer Menneskerettighetsutvalget at klima faller innenfor ordlyden til det som da var § 110b i Grunnloven.

³⁰ Utenriks- og forsvarskomiteen 2015, *Innst. 226 S (2014-2015)* 7.

³¹ Bugge (n 20) 157.

³² Backer (n 15) 30, 36-39.

³³ *Ibid.*, 35; i første ledd som 'Nulevende og fremtidige Borgere' og i annet ledd som 'Borgerne'.

³⁴ Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12) 1.

³⁵ Menneskerettighetsutvalget (n 29).

³⁶ Åtte stortingspolitikere, *Innst. 187 S (2013-2014)*.

³⁷ Fauchald 2007 (n 5) 82.

³⁸ E Smith, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys* (4. utg) (2017) 356. Menneskerettighetsutvalget (n 29) presiserer også at på s. 44 at 'statsborgerskap normalt er uten betydning for det individuelle rettighetsvernet.'

³⁹ D M Ås Hovind, *Krav til utredning av klimavirkninger fra eksportert olje og gass etter Grunnloven § 112 annet ledd*, masteroppgave, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo (2018) 13.

⁴⁰ *Ibid.*, 12.

stemmelsene i Grunnloven som også bruker begrepet enhver ved at det som skal vernes ('miljø som sikrer helsen, og ... natur der produksjons- evne og mangfold bevares') ikke naturlig kan begrenses territorielt. Jeg mener likevel det er vanskelig å se at enhver person hvor som helst i verden kan utlede rettigheter overfor norske myndigheter etter Grunnloven § 112 første ledd. Imidlertid er det utvilsomt at norske myndigheter etter ordlyden i bestemmelsen har plikt til å vurdere konsekvensene av tiltak i Norge også for miljøet utenfor Norge, ut fra en 'langsiktig og allsidig betraktning...', noe som er spesielt påkrevet for virksomhet som vil medføre klimagassutslipp mange tiår fram i tid.

2.1.3 Grunnloven § 112 annet ledd: tiltakspflicht gjennom utredninger og stortingsdebatter?

Søksmålet anførte tre saksbehandlingsfeil som angivelig har funnet sted, mer spesifikt at det var gjort en manglende vurdering av (i) forholdet til Norges klimaforpliktelser, (ii) kostnad-nytte (økonomisk forholdsmessighetsvurdering) og (iii) innvirkning på særlig verdifulle områder.⁴¹ Vekten legges på den første vurderingen, og i avsnitt 5 under vil jeg komme tilbake til økonomiske og økologiske hensyn.

I Regjeringsadvokatens tilsvaret løftes fram at det ble gjennomført en konsekvensanalyse i tråd med lov og forskrift, at innholdet i den spesifikke politiske prosessen, også i Stortinget,⁴² som ledet fram til lisensvedtaket under 23. konsesjonsrun-

de, var grundig og forsvarlig, og at norske folkerettslige forpliktelser er tilbørlig tatt hensyn til.

Det sentrale i tilsvaret er anførselen om at 'hvis først lovgiver har trukket inn og lagt vekt på miljøhensyn, så er ikke meningen at domstolene skal gå inn og overprøve ... vurderingene ... eller avveiningene...'⁴³ Spørsmålet er om miljøhensyn reelt sett er trukket inn og vektlagt.

Deretter anførte Regjeringsadvokaten at dersom myndighetene har truffet tiltak, 'kan ikke domstolene sette vedtak eller myndighetshandlinger til side...'⁴⁴ Som forklart innledningsvis innebar Grunnloven § 89 som ble vedtatt 2015 en grunnlovsforankret prøvingsrett for domstolene. Jeg kan ikke se at forståelsen som ble uttrykt av Regjeringsadvokaten er i samsvar med Grunnloven § 89.⁴⁵

Videre trakk Regjeringsadvokaten inn det momentet som ble omtalt i den opprinnelige komiteinnstillingen, om at påberopelse av Grunnloven § 112 overfor domstolene kan skje kun på miljøområder der 'lovgiverne ikke har tatt stilling...'⁴⁶ Dette er også et argument som må utfordres i lys av dagens rettsforståelse og vedtakelsen av Grunnloven § 89.⁴⁷

Til spørsmålet om prosessen fram til lisensvedtaket i 23. konsesjonsrunde er basert på tilstrekkelig grundige vurderinger, viste saksøkerne til den nyeste Stortingsmeldingen, som ble gitt tilslutning fra en enstemmig Energi- og miljøkomite, med unntak av KrF,⁴⁸ og hvor det skrives: 'Utslipp til luft fra petroleumsvirksomhet i området vil kun medføre marginale bidrag til total-

⁴¹ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 29-31. I anken understrekes at vedtakets ugyldighet må forstås som et resultat av summen av saksbehandlingsfeilene; se Greenpeace og Natur og Ungdom (n 3), 18. For Regjeringsadvokatens understrekning av at økonomiske vurderinger ikke var del av beslutningsgrunnlaget i prosessen fram mot 23. konsesjonsrunde, men bare i prosessen fram mot Stortingets vedtak i 2013, se anketilsvaret fra Regjeringsadvokaten (n 3) 12-14.

⁴² Regjeringsadvokaten (n 1) 24-27; se også Regjeringsadvokaten (n 3).

⁴³ Ibid, 36.

⁴⁴ Ibid, 37.

⁴⁵ Merk at det har kommet forslag om endring av § 89; se tre stortingspolitikere, *Dokument 12:19 (2015–2016)*; fem av forslagene spesifiserer hva domstolene kan overprøve, konkret lover og 'andre beslutninger' eller 'beslutninger... under utøving av offentlig myndighet'.

⁴⁶ Regjeringsadvokaten (n 1) 37.

⁴⁷ Thengs 2017 (n 5) 44.

⁴⁸ Energi- og miljøkomiteen (n 10) 8-10.

belastningen, og generelt ikke medføre negative virkninger på miljø.⁴⁹ Selv om det er vanskelig å forutse hvor mye olje og gass som faktisk finnes i det aktuelle området, viste jeg over at Oljedirektoratet opererer med et høyt scenario som beregnes å gi utslipp i Norge på 22 millioner tonn,⁵⁰ altså 41 prosent av Norges årlige utslipp.

Saksøkerne understreker at dette 'ikke representerer noen reell drøftelse av hvilken klimaeffekt Lisensvedtaket har og om den er akseptabel.'⁵¹ Stortingsvedtaket innebar en åpning av et helt nytt område for oljeutvinning, men det er altså selve lisensvedtaket som fulgte deretter som er klaget inn av saksøkerne. Det er vanskelig å se at utredningene som lå til grunn for behandlingen i Stortinget og selve debatten i Stortinget har en tilstrekkelig inngående vurdering av Norges internasjonale forpliktelser, og hva som er nødvendig for å oppfylle disse forpliktelsene.

2.2 Substansiell rettighetsbestemmelse, men prosessuell tiltaksplikt?

I dommen fra Oslo tingrett oppsummeres statens anførsler som følger: (i) Grunnloven § 112 er ikke en egen rettighetsbestemmelse; (ii) det er ikke rettslig grunnlag for å si at det materielle innholdet i (gamle) § 110b ble endret gjennom vedtakelsen av § 112; (iii) § 112 må tolkes autonomt, ikke ved å trekke inn Norges folkerettslige forpliktelser; (iv) tiltaksplikten etter § 112, tredje ledd er det sentrale rettslige innholdet i § 112; (v) valg av tiltak er ikke underlagt domstolskontroll; og (vi) myndighetene har behov for politisk og faglig handlingsrom.⁵²

Selv om det var tiltaksplikten som ble løftet fram av Regjeringsadvokaten, ved å hevde at alminnelig utredningsarbeid ville innebære at

denne var oppfylt, fikk altså ikke Regjeringsadvokaten medhold i anførselene som omhandlet forståelsen av at § 112 ikke er en egen rettighetsbestemmelse. Saksøkerne leste imidlertid Regjeringsadvokaten slik at denne erkjenner at organisasjoner 'kan bygge rettskrav direkte på bestemmelsen',⁵³ og dette fikk tilslutning i Oslo Tingrett.

Regjeringsadvokaten skriver om Grunnloven § 112 at denne 'har en annen karakter enn de tradisjonelle rettighetsbestemmelsene.'⁵⁴ Forsøket på å sidestille Grunnloven § 112 med andre bestemmelser av 'deklarativ karakter' eller programerklæringer imøtegås av Oslo tingrett, som finner at § 112 er en rettighetsbestemmelse.⁵⁵ Regjeringsadvokaten gjentar i anketilsvaret at 'bestemmelsens rettslige innhold følger av tredje ledd ... og at første ledd må ses mer som en grunnsetning.'⁵⁶ Grunnloven § 112 forstås av Regjeringsadvokaten å være en retningslinje ved lovarbeid og forvaltningsvedtak og en tolkningsfaktor for domstolene, noe som ikke ble endret ved endringen av § 112, tredje ledd. Ifølge Regjeringsadvokaten var hensikten med revisjonen i 2014 å 'synliggjøre den rettslige kjernen i paragrafen, og slik sett gjøre den mer operativ',⁵⁷ men ikke gi § 112 sterkere preg av en rettighetsbestemmelse.

Følgende standpunkt ble fremmet av saksøkerne:

Tolkningen av § 112 som en rettighetsbestemmelse uten noen rettslig kjerne, slik staten argumenterer for, har ikke paralleller

⁴⁹ Regjeringen 2013 (n 10) 28; se også s. 33. For tall som imøtegår dette, se n 10 og tilhørende tekst.

⁵⁰ Greaker og Rosendal (n 10).

⁵¹ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 27) 7.

⁵² Oslo tingrett (n 3) 9-10.

⁵³ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 27) 3; de viser til Regjeringsadvokaten (n 1) 35.

⁵⁴ Regjeringsadvokaten (n 1) 36.

⁵⁵ Oslo tingrett (n 3) 16.

⁵⁶ Regjeringsadvokaten (n 3), 2; om tiltaksplikten som statens prinsipale tolkning av kjernen i § 112, se s. 10; se også s. 6 om Stortingets angivelige forståelser, både i 1992 og 2014.

⁵⁷ Oslo tingrett (n 3) 10.

i annen grunnlovstolkning og harmonerer heller ikke med klare uttalelser i lovforarbeidene, verken til § 112 eller forgjengeren § 110b.⁵⁸

Dette standpunktet gis støtte i dommen, mens statens primære standpunkt imøtegår. Jeg er enig med Oslo tingrett. Dommen imøtegår i langt mindre grad Regjeringsadvokatens forståelse av hva som er det faktiske innholdet i tiltakplikten, slik vi skal se under.

3. Drøfting av tiltakplikten etter § 112 tredje ledd

Drøftingen vil først fastslå hva som har vært den faktiske anvendelsen av Grunnloven § 112. Deretter er det nødvendig å få en mer presis rettslig forståelse av uttrykket 'skal iverksette tiltak'.

3.1 Forståelsen av og anvendelsen av Grunnloven § 112

Den nye ordlyden gjennom 2014-revisjonen er 'skal iverksette tiltak...'. Begrepet tiltak må forstås som å omfatte langt mer hva som rommes av begrepet bestemmelser, og i tillegg er begrepet skal tatt inn. I denne sammenheng er det relevant å vise til at Lovavdelingen i Justisdepartementet vurderer at det nye tredje ledd i Grunnloven § 112 medfører at plikten til utredning 'er sterkere forankret i Grunnloven enn før revisjonen.'⁵⁹

Videre var det fjerde (iv) momentet omtalt i komiteinnstillingen fra 1992 ('ikke ... tatt stilling til') egnet til å leses slik at det var bare på miljøområder hvor det ikke var spesifikk lovgivning at det ville være aktuelt å anvende § 110b. Dette imøtegår av Fauchald, som konkluderer at

'synspunktet om at Grunnlovens miljøbestemmelse mister sin betydning på områder som er lovregulert, ikke lenger er holdbart.'⁶⁰ Konklusjonen bygger på at Grunnloven § 112 bør tolkes selvstendig og slik bidra til å innholdsbestemme relevante paragrafer i særlover.

Menneskerettighetsutvalget vurderer oppfølgingen av daværende § 110b slik: 'At man ved utforming av slik lovgivning skulle stå mer eller mindre fritt i forhold til påbudet i Grunnloven § 110b, første ledd, er imidlertid i strid med ordlyden og formålet med bestemmelsen.'⁶¹

For domstolenes del finner Menneskerettighetsutvalget at § 110b var påberopt overfor Høyesterett i 13 saker, og at § 110b i åtte av disse sakene var tillagt betydning som et tolkningsprinsipp.⁶² Fauchald finner imidlertid at domstolene hovedsakelig har anvendt § 110b som *støtteargument*, ikke som selvsending tolkningsmoment.⁶³ Fauchald konkluderer med at til tross for klare uttalelser i forarbeidene og den brede politiske enigheten da miljøbestemmelsen ble vedtatt har den likevel 'hatt liten rettslig og rettspolitisk betydning.'⁶⁴ Vil den nye ordlyden i § 112 tredje ledd endre på dette?

3.2 Hva betyr 'grunnsetninger' og 'skal iverksette tiltak'?

Vekten vil ligge på begrepene 'gjennomfører' og 'grunnsetninger' som brukt i § 112, tredje ledd, samt 'adekvate og nødvendige tiltak', som brukt av Menneskerettighetsutvalget og Stortinget.⁶⁵

Begrepet gjennomfører i § 112 tredje ledd må forstås som tiltak som effektivt sikrer rettighetene etter første og annet ledd. Tiltakene må

⁵⁸ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 27) 3.

⁵⁹ Justisdepartementet, § 112 – *Vedrørende Prop. 35 L (2014-2015) Endringer i lov om motorferdsel i utmark og vassdrag mv. Tolkningssuttalelse fra lovavdelingen, JDLOV-2015-2968*. Vurderinger av globale virkninger av oljevirkomheten understrekes av Sivilombudsmannen, *Dokument nr. 4 (1999-2000)* 50-53.

⁶⁰ *Ibid*, 37.

⁶¹ Menneskerettighetsutvalget (n 29) 243.

⁶² *Ibid*.

⁶³ Fauchald 2015 (n 5) 32.

⁶⁴ Fauchald 2007 (n 5) 81.

⁶⁵ Menneskerettighetsutvalget (n 29) 245; åtte stortingspolitikere (n 36) 5.

være substansielle, og en utredning som ikke får konsekvenser for politiske prioriteringer kan ikke sies å være et tiltak som oppfyller kravet til å gjennomføre.

Av betydning i tredje ledd er også begrepet grunnsetninger. Grunnsetningene det vises til er § 112 første og andre ledd. Begge disse fastslår en rett, henholdsvis til tilfredsstillende miljøkvalitet og til tilfredsstillende miljøinformasjon. Jeg vil kort drøfte om begrepet grunnsetninger i § 112 tredje ledd kan innebære å redusere betydningen av begrepet rett som brukt i § 112 første og annet ledd. At Stortinget i 2014 valgte å beholde begrepet grunnsetninger i tredje ledd mens den øvrige ordlyden ble endret til å innebære en tydeligere tiltakspålagt er verdt å merke seg. Kan dette forstås som at Stortinget ikke ville regne § 112 som en menneskerettighetsbestemmelse?

Det er nødvendig å innholdsbestemme hva som utgjør kjernen i begrepet grunnsetning. Ingen definisjon finnes i jusleksikon.no, og snl.no forankrer definisjonen i filosofisk logikk ved at grunnsetning er 'et aksiom i et deduktivt system', og grunnsetningen må være sann eller ha høy grad av sannsynlighet.⁶⁶ Videre knytter snl.no begrepet grunnsetning til definisjonen av 'prinsipp'.⁶⁷ Som vi så over definerte Utenriks- og konstitusjonskomiteen et rettslig prinsipp som 'standpunkt til et rettslig hovedspørsmål som verdimesig eller på annen måte anses som særlig viktig'.⁶⁸ Ut fra dette kan vi slutte at begrepet grunnsetning representerer en sentral forutsetning som andre forhold kan utledes fra. Dette avviker fra essensen i begrepet rettighet, hvis kjerne er et rettighetskrav som kan stilles til en plikthaver. Oslo tingrett, som imøtegikk Regje-

ringsadvokatens forståelse av Grunnloven § 112 første ledd, drøfter om begrepet grunnsetninger i § 112 tredje ledd kan innebære at begrepet rett i § 112 kan leses som både 'allmenn grunnverdi' og 'rettighet', men ender på det siste ved å bruke forarbeider.⁶⁹

Generelt vil en effektiv sikring av rettigheter kreve en klar forbindelse mellom en rettighetsbestemmelse og en tilhørende pliktbestemmelse. Forarbeidene, som vektla ønsket om en mer operativ miljøbestemmelse, taler uansett for at begrepet grunnsetninger ikke skal leses som at Grunnloven § 112, første og annet ledd ikke utgjør rettigheter, men snarere prinsipperklæringer eller politiske programerklæringer. Begrepet grunnsetninger kan altså ikke forstås som å svekke den selvstendige betydningen av rettighetene anerkjent i § 112 første og annet ledd, men snarere vil tiltakspålykten i tredje ledd bekrefte disse. Et slikt resonnement er også i samsvar med Oslo tingrett sin forståelse. Resonnementet over imøtegår også personer som omtalte den gamle § 110b som henholdsvis prinsipperklæring/prinsippføresegn og politisk programerklæring.⁷⁰

I spørsmålet om hva som må til for å oppfylle tiltakspålykten sluttet Oslo Tingrett seg til Regjeringsadvokaten: Norge har ikke 'ansvar ... for miljøskade etter eksport av norske råvarer'.⁷¹ Mens § 112 første ledd understreker en 'langsiktig og allsidig betraktning...' som også tar inn

⁶⁹ Oslo tingrett (n 3) 14; på s. 14–17 viser dommen til Menneskerettighetsutvalget (n 29) 243–246 og debatten i Stortinget; se også Thengs 2017 (n 5) 44; og Fauchald 2015 (n 5). Regjeringsadvokaten fastholder i sitt anketilsvare (n 3) at § 112 sitt rettslige innhold ligger i tredje ledd, og at første ledd er en grunnsetning.

⁷⁰ F Sejersted, 'Det elastiske panser', i E Holmøyvik red., *Tolkingar av Grunnlova. Om forfatningsutviklinga 1814–2014* (2013) 45; J Aall og E Holmøyvik 'Debatt – Grunnlovsfesting av menneskerettane' (2010) 123 *Tidsskrift for rettsvitenskap* 345; M Emberland, 'I grunnlovs-konservatismens favntak' (1997) 15 *Mennesker og rettigheter* 313.

⁷¹ Oslo tingrett (n 3) 19; basert på at utslipp ved forbrenning i utlandet 'er det ikke relevant å ta i betraktning...', *ibid*, 20.

⁶⁶ K E Tranøy, *Grunnsetning – logikk, filosofi* (2017) tilgjengelig fra <https://snl.no/grunnsetning_-_logikk,_filosofi> lastet ned 26. mars 2019.

⁶⁷ L F H Svendsen, *Prinsipp* (2018) tilgjengelig fra <<https://snl.no/prinsipp>> lastet ned 26. mars 2019.

⁶⁸ Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12).

hensynet til etterslekten, velger altså Oslo tingrett å se helt bort fra utslipp som følge av forbrenning i utlandet. Samtidig legger Oslo tingrett betydelig vekt på det internasjonale avtaleverket, ved at CO²-avgift og handel med utslippskvoter omtales som 'viktige virkemidler'.⁷²

Vi skal nå se på hvilke krav som må stilles til tiltakene, med særlig vekt på om tiltakene er 'adekvate og nødvendige'. Dommen presiserer dette slik:

Sammenhengen mellom § 112 første og tredje ledd tilsier således at tiltakene etter tredje ledd må bringe inngrepet 'ned til' den tillatte terskel. Dette kan uttrykkes slik at tiltaket må være tilstrekkelig. Tiltak som er tilstrekkelig vil tilfredsstillende kravet om at det må være 'adekvat og nødvendig'.⁷³

Det er noe uklart hvorfor begrepet tilstrekkelig er sentralt for å vurdere tiltakenes innhold.⁷⁴ Det er hovedsakelig i sluttinnlegget til saksøkernes advokat, Cathrine Hambro, at uttrykket tilstrekkelig brukes,⁷⁵ primært for å stille krav til tiltakene.

Hvilke type tiltak er det snakk om? For det første er det opplagt at uttrykket 'tiltak' omfatter politiske, administrative, økonomiske og rettslige virkemidler, i motsetning til uttrykket 'Bestemmelser' i § 110b, som bare omfatter lovgivning, forskrifter og ulike retningslinjer til forvaltningen. Menneskerettighetsutvalget spurte om ordlyden i § 110b tredje ledd 'kan være en medvirkende årsak til bestemmelsens begrensede betydning i praksis'.⁷⁶ Menneskerettighetsutvalget foreslo en endring for å 'tydeliggjøre

at myndighetene har en aktiv plikt til å ivareta miljøet'.⁷⁷

I komitebehandlingen uttalte flertallet (alle bortsett fra Frp) at det var:

behov for å tydeliggjøre plikten for myndighetene til å etterleve prinsippene i første ledd om å iverksette adekvate og nødvendige tiltak for å sikre miljøet. Forslaget ... må leses som en aktiv plikt for myndighetene til å iverksette tiltak for å ivareta miljøet.⁷⁸

Tiltakene må altså være 'adekvate og nødvendige'. Av Oslo tingrett forstås dette som forutsetninger for at tiltakene skal være 'tilstrekkelige'. Alle disse begrepene må avklares, og jeg bruker snl.no og synonymordboka.no. Begrepet *adekvat* er nødvendig å definere, og forstås som 'helt dekkende eller fullgodt for et bestemt formål'.⁷⁹ Formålet er i tråd med § 112 første ledd å oppfylle retten 'til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares.' Begrepet *nødvendig* må forstås som mer enn bare 'viktig'. På Synonymordboka.no finnes i alt 47 synonymer til nødvendig, deriblant 'maktpåliggende, obligatorisk, presserende, påkrevet'.⁸⁰ Begrepet *tilstrekkelig* har en rekke synonymer, der ett er 'effektiv', altså at midlene (tiltakene) er de best egnede til å nå et mål. De andre synonymene impliserer langt svakere tiltak, som 'middels' eller 'passende'.

Forfatteren er ikke enig med Oslo tingrett i at begrepet tilstrekkelig oppfyller kravene til 'adekvate og nødvendige tiltak'.⁸¹ Snarere ville begrepet effektiv vært mer egnet for å stille krav til type tiltak.

⁷² Ibid, 18.

⁷³ Oslo tingrett (n 3) 18. Merk at formuleringen 'adekvate og nødvendige' stammer fra Menneskerettighetsutvalget (n 29) 245.

⁷⁴ Se også Oslo tingrett (n 3) 6.

⁷⁵ Sluttinnlegget er tilgjengelig via forfatteren.

⁷⁶ Menneskerettighetsutvalget (n 29) 244.

⁷⁷ Ibid, 245.

⁷⁸ Åtte stortingspolitikere (n 36) 25.

⁷⁹ G Kjell og B Nordbø, Adekvat (2018); tilgjengelig fra <<https://snl.no/adekvat>> lastet ned 26. mars 2019.

⁸⁰ Se <www.synonymordboka.no/no/?q=n%C3%B8dvendig> lastet ned 26. mars 2019.

⁸¹ Menneskerettighetsutvalget (n 37) 245; åtte stortingspolitikere (n 36) 25.

Uavhengig av hvilken betydning man faktisk velger er begrepene adekvat og nødvendig brukt sammen tydelige i å fastslå betydningen av å treffe tiltak. Videre innebærer forslaget – slik stortingsflertallet ser det – en *aktiv* plikt til å iverksette tiltak. Dommen understreker at det ikke er noen uenigheter mellom partene om at det foreligger en tiltaksplikt,⁸² uenigheten handler om innholdet i tiltakene. Det er altså ingen tvil om hva Stortingsflertallet ville med endringen, som vist i debatten i Stortingets plenum i 2014 om innholdet i § 112.⁸³ Tydeliggjøring av en tiltaksplikt, der tiltakene skal være ‘adekvate og nødvendige’, men også stadfesting av at § 112 skal kunne ‘påberopes som en konkret rettighetsbestemmelse for den enkelte.’⁸⁴ Betydningen av å treffe tiltak som er både effektive og adekvate for realisering av menneskerettighetene understrekes i FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-konvensjonen), som vi skal se under.

3.3 Oppsummering

Vi ser altså at de internasjonale *konsekvensene* av økt olje- og gassutvinning i Norge ikke ble vektlagt av Oslo tingrett. Derimot ble Norges tilknytning til et internasjonalt *avtaleverk* – og debatter i Stortinget, som ytterligere forklart i avsnitt 5.1⁸⁵ – uten videre ansett av Oslo tingrett som tilstrekkelig for å oppfylle tiltaksplikten i § 112 tredje ledd. Dermed underslår Oslo tingrett at Grunnlovens miljøbestemmelse – som har som hensikt å stille opp skranker for lovgiver og utøvende myndighet – må forstås å ha ekstraterritoriell relevans. Videre stiller ikke Oslo tingrett substansielle krav til innholdet i tiltakene etter tredje ledd, altså om tiltakene – gjennomført i samarbeid mellom

lovgivende og utøvende myndighet – effektivt bidrar til å oppnå rettigheten anerkjent i første ledd. Siden Grunnloven § 112 tredje ledd presiserer ‘tiltak som gjennomfører...’ må det sentrale være hvorvidt tiltakene faktisk er effektive i å gjennomføre.

4. En menneskerettighetslesing av Grunnloven § 112

Menneskerettighetene har både substansielle og prosessuelle dimensjoner, som ikke-diskriminering og deltakelse.⁸⁶ Parisavtalen tydeliggjør en forbindelse mellom klimaendringer og menneskerettigheter, ved at statene i sine tiltak mot klimaendringer må fremme menneskerettigheter særlig for mennesker i sårbare situasjoner og gjennom rettferdighet mellom generasjonene.⁸⁷

Etter en kritikk av Oslo Tingrett sin forståelse av rettigheten ‘foreligger’ dersom tiltaksplikten ikke er oppfylt, vil jeg avklare hva en menneskerettighetstilnærming for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter rommer. Jeg vil også spesifisere innholdet i en menneskerettighetstilnærming for sivile og politiske rettigheter.

4.1 Forholdet mellom individuell rettighet og statlig forpliktelse

Det er sentralt i tolkning av menneskerettigheter at rettighetsbestemmelser må leses i lys av hverandre og i lys av generelle og spesifikke pliktbestemmelser. Sagt på en annen måte kan innholdet i en rettighet tydeliggjøres gjennom en pliktbestemmelse som er avledet av denne rettigheten. Anvendt på Grunnloven § 112 framholder Eivind Smith at ‘lov og andre tiltak skal presisere omfanget av disse ‘grunnsetningene’’.⁸⁸

⁸² Oslo tingrett (n 3) 18.

⁸³ Thengs 2017 (n 5) 41-43; Thengs 2016 (n 5) 37-39.

⁸⁴ *St.tid.* 2469-2542 (2013-2014) 2477 (innlegg fra M. Tetzschner (H)).

⁸⁵ Oslo tingrett (n 3) særlig 33-39.

⁸⁶ Haugen (n 9).

⁸⁷ Parisavtalen, vedtatt 12. desember 2015, i kraft 4. november 2016, 11. fortaleavsnitt; se også Partsmøtet til FNs Rammekonvensjon mot klimaendringer, *Decision 1/CP.16* (2010), 7. fortaleavsnitt.

⁸⁸ Smith (n 38) 320. Han framholder at Grunnloven § 112

Oslo tingrett har imidlertid en annen forståelse av forholdet mellom rettigheter og plikter, ved å hevde at 'det foreligger en rettighet etter § 112 dersom plikten etter tredje ledd ikke er oppfylt.'⁸⁹

Motsatt vil en situasjon der tiltakplikten forstås å være oppfylt – uansett hvor lite spesifikke tiltakene faktisk er – kunne innebære at rettigheten får en ikke-reell anvendelse. Dette uttrykkes slik i anken: 'Rettigheten har da intet annet innhold enn plikten til å iverksette ett eller annet tiltak'.⁹⁰

Oslo tingretts måte å lese en rettighetsbestemmelse på samsvarer ikke med en vanlig forståelse av menneskerettigheter. Det er ikke slik at en menneskerettighet 'foreligger' dersom en pliktbestemmelse ikke oppfylles – eller at generell pliktetterlevelse innskrenker anvendelsesområdet for en rettighet. Overført på § 112 eksisterer rettighetene som anerkjennes i første og annet ledd *uavhengig* av hvorvidt tiltakplikten etter tredje ledd er oppfylt eller ikke, rett og slett fordi lovgiver formulerte bestemmelsene som rettighetsbestemmelser.

Disse rettighetene – og tilsvarende plikter – er tydeliggjort gjennom Konvensjon om tilgang til miljøinformasjon, allmenn deltakelse i beslutningsprosesser og tilgang til rettsmidler i saker vedrørende miljø (Århuskonvensjonen) fra 1998. Denne er implementert i Norge gjennom miljøinformasjonsloven. Som vi så over – og som vi kommer tilbake til i avsnitt 5 under – er det særlig svakheter i forvaltningens konsekvensanalyser som imøtegås av saksøkerne.

'ikke uten videre kan forstås i samsvar med ordlyden' – se også Oslo tingrett (n 3), 14 – men at særlig første ledd annet punktum uttrykker 'et *forvalteransvar* som kan ha betydning ved tolkningen av andre grunnlovsbestemmelser...' (utheving i original).

⁸⁹ Oslo tingrett (n 3) 17.

⁹⁰ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 3) 15.

4.2 Særlig viktige hensyn i en menneskerettighetstilnærming

Thengs vurderer to teorier for å operasjonalisere § 112: En menneskerettighetstilnærming og en standardteoritilnærming, den siste som avledet av praksis knyttet til Grunnloven §§ 97 (tilbakevirkningsforbudet) og 105 (erstatning ved ekspropriasjon) for å balansere styringshensyn og rettigheter. Han mener at en standardtilnærming kan skape 'fastere og mer generelle vurderingskriterier...'⁹¹ enn hva som er tilfelle for en menneskerettighetstilnærming. Samtidig er det viktig å kjenne til at standardtilnærmingen samsvarer med sentrale bestemmelser i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, nemlig Artikkel 7 (tilbakevirkningsforbud) og Artikkel 1 i 1. Tilleggsprotokoll (erstatning ved ekspropriasjon). Hans innvending mot en menneskerettighetstilnærming er at 'en konkret vurdering av rettighetskrenkelse i hver enkelt sak i liten grad gir generell veiledning.'⁹² Jeg velger å ikke gå videre i Thengs' forståelse av standardtilnærmingen,⁹³ men heller drøfte menneskerettighetstilnærmingen mer inngående, og vektlegge det grunnleggende formålet i en ØSK- (økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter) tilnærming og en SP- (sivile og politiske rettigheter) tilnærming.

4.2.1 En tilnærming særlig for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-tilnærmingen)

En ØSK-tilnærming er i realiteten to ulike tilnærminger: respektere, beskytte & oppfylle, og identifisering av minimumsinnhold. Disse er ikke eksplisitt anvendt av norske domstoler, og drøftingen vil derfor bære preg av *de lege ferenda*. Jeg vil drøfte hvorvidt tilnærmingene har egenskaper som gjør at de kan gi generell veiledning

⁹¹ Thengs 2016 (n 5) 71.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid, 71-83; Thengs 2017 (n 5) 50-55.

utover 'hver enkelt sak',⁹⁴ som Thengs anfører som en innvending mot ØSK-tilnærmingen.

Menneskerettighetsomtalen i selve søksmålet er knapp og viser til artiklene 2 (rett til liv) og 8 (rett til privatliv) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, artikkel 12 i FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-konvensjonen) (rett til helse), tolkningskommentar (General Comment) 15 fra Barnekomiteen, og det som omtales som en 'uttalelse' fra Menneskerettighetsrådet.⁹⁵ Denne siste er ikke en uttalelse, men en studie fra FNs Høykommissær for menneskerettigheter.⁹⁶

Den første ØSK-tilnærmingen handler om en typologi av forpliktelser: Respekttere, beskytte og oppfylle, der den siste kan deles i tilrettelegge, fremme og besørge.⁹⁷

Å *respekttere* anvendt på retten til et miljø som sikrer helsen og til en gitt naturkvalitet handler om å unnlate å treffe tiltak som vil forringe miljøet.⁹⁸ Å *beskytte* handler om å hindre at andre treffer slike tiltak. Å *fremme* handler om å treffe aktive tiltak for å oppfylle retten til et miljø som sikrer helsen og til en gitt naturkvalitet.⁹⁹

Det er relevant at helse løftes fram i søksmålet; dette er også i tråd med ordlyden i Grunnloven § 112 første ledd ('rett til et miljø som sikrer helsen...'). Skadevirkningene av klimaendringer for innbyggerne i Norge er ikke av betydelig om-

fang, iallfall på kort og mellomlang sikt, men kan være betydelige i andre deler av verden.¹⁰⁰

Den påfølgende delen av Grunnloven § 112 første ledd ('rett til ... en natur der produksjons- evne og mangfold bevares') er ikke løftet fram i søksmålet menneskerettighetsargumentasjon. Den tydeligste menneskerettighetsbestemmelsen om naturressurser finnes i felles artikkel 1.2 i SP-konvensjonen og ØSK-konvensjonen, som omhandler rettigheter for folk, herunder anerkjente urfolk.

Vi kan tydeliggjøre plikten til å *respekttere* og *beskytte* anvendt på Grunnloven § 112 første ledd, sett i lys av felles artikkel 1.2 i SP-konvensjonen og ØSK-konvensjonen. Stater har en plikt til å ikke selv treffe tiltak som svekker rettighetsrealiseringen og en plikt til å regulere andre virksomheter slik at deres handlinger ikke svekker rettighetsrealiseringen. FNs Menneskerettighetskomité fastslår at statene må identifisere alle forhold som hindrer realisering av rettighetene anerkjent i artikkel 1, og i hvilken grad dette hindrer utøvelsen av de øvrige rettighetene.¹⁰¹

Gjeldende forvaltningsplan for Barentshavet sier at målet er å 'oppretholde økosystemenes struktur, virkemåte, produktivitet og naturmangfold'.¹⁰² Dersom miljøforringing svekker muligheten for kulturbevaring for urfolk kan dette svekke rettighetsrealiseringen både i Norge og utenfor Norge.

Dersom vi nå går over til plikten til å *oppfylle* har vi allerede funnet at begrepet tiltak i Grunnloven § 112 tredje ledd må forstås vidt.¹⁰³ ØSK-konvensjonen legger vekt på statenes plikt

⁹⁴ Thengs 2016 (n 5) 70.

⁹⁵ Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 41-42.

⁹⁶ FNs Høykommissær for menneskerettigheter, *A/HRC/32/23, Analytical study on the relationship between climate change and the human right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health* (2016).

⁹⁷ Asbjørn Eide, *Report on the right to adequate food as a human right*, E/CN.4/Sub.2/1987/23 (1987) (nyutgitt i Human Rights Study Series No. 1, UN publications Sales No. E.89.XIV.2: Right to adequate food as a human right).

⁹⁸ Menneskerettighetsutvalget (n 29) 30; som gjengir ØSK-komiteen, *General Comment no. 3 (The Nature of States Parties' Obligations)* (1990) avsnitt 9 (siste setning).

⁹⁹ Menneskerettighetsutvalget (n 29) 30; Fauchald 2007 (n 5) 39-40; Thengs 2016 (n 5) 67-68.

¹⁰⁰ WHO, *Climate change and human health* (2003), tilgjengelig fra <<http://www.who.int/globalchange/summary/en>> lastet ned 26. mars 2019.

¹⁰¹ Menneskerettighetskomiteen, *General Comment 12, Article 1* (1984) avsnitt 5.

¹⁰² Regjeringen, *Meld. St. 10 (2010–2011) Forvaltningsplanen for Barentshavet – Lofoten* (2011a) 5.

¹⁰³ Den brede tiltaksplikten ble understreket av Oslo tingrett (n 3) 18.

til å treffe tiltak som er nødvendige for å sikre rettighetsrealisering.

En annen sentral ØSK-tilnærming er å identifisere menneskerettighetsbestemmelsens kjerneinnhold (core content).¹⁰⁴ Som presisert av ØSK-komiteen i tolkningskommentar (General Comment) 3: 'Hvis Konvensjonen ... ikke skulle etablere et slikt kjerneinnhold, ville den i stor grad fratras sin *raison d'être*.'¹⁰⁵ Fauchald identifiserer hva som utgjør kjerneinnholdet ('minimumsnormen') i retten til tilfredsstillende miljøkvalitet: At 'miljøsituasjonen i et område er helseskadelig...'¹⁰⁶ Videre legger han til grunn følgende forståelse: 'Forpliktelsen til å oppfylle kan antas å ligge i randsonen av det som må anses å være dekket av minimumsnormen.'¹⁰⁷ Med denne forståelsen knytter Fauchald sammen de to ØSK-tilnærmingene.

Jeg er også enig med Thengs i at den første ØSK-tilnærmingen (respekttere, beskytte og oppfylle) er mest relevant for å forstå Grunnloven § 112, blant annet fordi denne vektlegger statens plikt til å treffe tiltak. Bugge påpeker at for å lykkes med et søksmål må søksmålet dreie seg om et avgrenset tema, med klar påpekning av at det må kunne påvises 'manglende eller for svake tiltak på avgrensede områder...'¹⁰⁸ I en vurdering vil flere forhold telle inn, som muligheten og behovet for tiltak, men også 'sammenhengen med andre menneskerettigheter...'¹⁰⁹ Mer konkret

¹⁰⁴ Menneskerettighetsutvalget (n 29), 30-31; Fauchald 2007 (n 5) 37-40; Thengs 2016 (n 5) 68-69.

¹⁰⁵ ØSK-komiteen (n 98) avsnitt 10. I tillegg finnes en tredje tilnærming for å vurdere etterlevelse av ØSK-konvensjonen, den såkalte 'analytical categories approach', som identifiserer struktur (lovgivning, forskrifter, retningslinjer, institusjoner), prosess (etterlevelse av menneskerettighetsprinsipper) og resultat (utøvelse av menneskerettighetene). Denne vurderes som mindre relevant for denne artikkelen.

¹⁰⁶ Fauchald 2007 (n 5), 40. Han vurderer også spørsmålet om "tålegrensen" i nabolovens § 2; *ibid*, 78-81.

¹⁰⁷ *Ibid*, 40.

¹⁰⁸ Bugge (n 20) 157.

¹⁰⁹ *Ibid*.

påpeker Bugge 'helsefare'.¹¹⁰ Fauchald påpeker også 'vesentlige ... helseeffekter, eller virkninger for naturens produksjonsevne...'¹¹¹ Thengs mener det 'må innfortolkes en terskel eller et vesentlighetskrav etter § 112 første ledd...'

Jeg deler disse vurderingene, både at det er et vesentlighetskrav, og at vi må anlegge en bred forståelse av statens plikter, som både kan omfatte effektive og adekvate tiltak og å unnlate å legge til rette for visse typer virksomhet. Oslo tingrett vurderte ikke i tilstrekkelig grad hva § 112 første ledd sier, nemlig 'en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.' Særlig fordi Oslo tingrett oppfatter utslipp som foregår i utlandet som 'ikke relevant å ta i betraktning...'¹¹² er det vanskelig å se at Grunnloven § 112 første ledd er tilstrekkelig hensyntatt.

4.2.2 En tilnærming særlig for sivile og politiske rettigheter (SP-tilnærmingen)

Vi så i avsnitt 2.2 over at Regjeringsadvokatens argument for at § 112 ikke var en rettighetsbestemmelse ble imøtegått av Oslo tingrett. SP-tilnærmingen anvendt på den norske Grunnloven handler om å forstå de ulike bestemmelsene i Grunnlovens menneskerettighetskapittel i lys av § 92 ('respekttere og sikre'). Etter en slik forståelse kan det kan påberopes rettighetskrenkelse dersom et inngrep ikke oppfyller tre krav: lovhjemmel (jf. Grunnloven § 113), formålsmessighet (inngrepet bidrar til å fremme, ikke svekke rettighetene) og proporsjonalitet (ikke mer omfattende inngrep enn nødvendig). Thengs anfører:

Selv om forarbeidene og forhistorien kan tas til inntekt for at det ikke har vært meningen

¹¹⁰ *Ibid*, 156.

¹¹¹ Fauchald 2015 (n 5) 37. Også Thengs mener det 'må innfortolkes en terskel eller et vesentlighetskrav etter § 112 første ledd...'; se Thengs 2016 (n 5) 76.

¹¹² Oslo tingrett (n 3) 20.

at § 112 skal tolkes i lys av § 92, må vi uten sikre holdepunkter for noe annet følge ordlydens løsning om at staten skal 'sikre og respektere' rettighetene i § 112 første ledd, jf. § 92.¹¹³

Thengs mener altså at det ikke er grunnlag for å behandle § 112 annerledes enn de såkalte EMK-inspirerte rettighetene. Jeg slutter meg til at både materielle og prosessuelle elementer i Grunnloven § 112 innebærer at en SP-tilnærming kan få anvendelse på miljøområdet.¹¹⁴

4.3 Oppsummering

Det er tiltakene – eller mangel på slike – i møte med en konkret miljøfare som vil være sentralt, og at omfanget av miljøskade må være av vesentlig art. Hvilke krav som rent konkret skal stilles til tiltakenes innhold er gjort rede for i avsnitt 3.2, som argumenterer for at begrepet *effektive* tiltak, altså tiltak som effektivt sikrer rettighetene etter første og annet ledd, burde vært brakt inn i dommen fra Oslo tingrett. Selv om fastlegging av årsakssammenhenger mellom konkrete prosjekter og klimaendringer kan være krevende,¹¹⁵ er saksøkernes hovedinnvending at myndighetene gjennom hele beslutningsprosessen hadde en for overfladisk vurdering av skadepotensialet – for klodens klima, og dermed for naturressursene og for folks helse – ved å tildele lisenser under 23. konsesjonsrunde.

¹¹³ Thengs 2016 (n 5) 64; dette er en menneskerettighetstilnærming som har større anvendelighet for sivile og politiske rettigheter. Regjeringsadvokaten (n 3) 9 motsier en menneskerettighetstilnærming i tolkningen av Grunnloven § 112 ved å understreke prinsippet om autonom grunnlovstolkning.

¹¹⁴ For naturinngrep som påvirker samiske næringer, har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen – og -kommisjonen – bekreftet en skjønnsmargin for statene; se T Koivurova, 'Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects' (2011) 18 *International Journal on Minority and Group Rights* 1.

¹¹⁵ Thengs 2017 (n 5) 64.

Slik svekkelse av naturressursene kan også svekke urfolks rett til videreføring av sin kultur.¹¹⁶ Samtidig kan det anføres at selv om det er en årsakssammenheng mellom økt petroleumsutvinning og endringer av naturgrunnlaget som urfolk er avhengige av for utøvelse av sin kultur, kan opplagt sentrale deler av kulturen opprettholdes selv under endrede naturforhold. Det er lettere å påvise sammenheng mellom lokale utslipp og helseplager hos en stor del av befolkningen, som mer direkte innebærer at retten til høyest oppnåelig helsestandard ikke er oppfylt i den gitte lokaliteten. Samtidig innebærer ordlyden i § 112 første ledd at retten til et miljø som sikrer helsen og retten til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares er likestilte hjemmelsgrunnlag for å vurdere om § 112 er krenket. Det er derfor et åpent spørsmål om det vesentlighetskravet som eksempelvis Thengs legger til grunn for at det skal kunne konkluderes med krenkelse av Grunnloven § 112 er oppfylt hvis subsumsjonen er knyttet til svekket produksjonsevne og redusert naturmangfold som vil *virke inn på* – men ikke *hindre* – urfolks mulighet til å utøve sin kultur og sine næringer.

5. Tiltaksplikten avledet av Stortingsmeldinger, komitéinnstillinger og forskrifter

Siden det er forvaltningsvedtaket som er påklaget er det nødvendig å gå grundigere inn på hva som ligger av faktiske overordnede føringer for slike vedtak, særlig på klimaområdet. Vi vil drøfte om både politiske dokumenter og forskrifter gir ytterligere forståelser av myndighetenes erkjennelse av tiltaksplikt, eventuelt mangel på

¹¹⁶ Se ØSK-komiteen, E/C.12/GC/21, *General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* (2009) avsnitt 36-37; Menneskerettighetskomiteen, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, *CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities)* (1994) avsnitt 7.

slik erkjennelse. Først vil relevante stortingsmeldinger og stortingsvedtak bli drøftet. Drøftingen er generell, men der det er relevant henvises det til forhold som er relevante for klimasøksmålet. Som vi så i 2.1.1 sluttet Regjeringsadvokaten seg både før og under rettssaken til de generelle klimaframskrivingene.

5.1 Stortingsmeldinger og -vedtak

Til grunn for lisensvedtaket under 23. konsesjonsrunde lå et mer overordnet stortingsvedtak.¹¹⁷ Verken konsekvensutredningen for 23. konsesjonsrunde – slik denne er gjengitt i Stortingsmeldingen om åpning av Barentshavet sørøst – eller innstillingen fra Energi- og miljøkomiteen omhandler globale klimahensyn på en substansiell måte.¹¹⁸ Flertallet i Energi- og miljøkomiteen understreker snarere at 'klimapolitikk og en vellykket prising av CO₂- utslipp vil kunne gi en ekstra stimulans til gassetterspørselen.'¹¹⁹ Den samme tenkningen preger Stortingsmeldingen.¹²⁰ Globale klimahensyn er kun vektlagt av ett parti, KrF.¹²¹

Til grunn for Stortingsmeldingen fra 2013 ligger to Stortingsmeldinger fra 2011, om forvaltningsplan for Lofoten og Barentshavet og om petroleumsvirksomheten generelt. I først-

nevnte Stortingsmelding omtales klima en rekke ganger, og det understrekes: 'Konsekvensene av [store endringer i økosystemet som følge av klimaendringer] er vanskelig å forutsi, men kan potensielt bli svært store.'¹²²

I den andre Stortingsmeldingen fra 2011 er klima omtalt på følgende måte: 'Omfattende endringer i energibruken er nødvendig dersom skadelige klimaendringer skal unngås.'¹²³ Samtidig skriver Regjeringen at den vil 'intensivere arbeidet for at naturgassens fortrinn framfor bruk av kull tas i betraktning når rammene for Europas energistruktur legges.'¹²⁴ Videre understrekes 'offentlige høringer før utlysning av blokker... Forvaltningsplanene har en omfattende faglig prosess med faglig innspill og involvering av interessegrupper...'¹²⁵

I arbeidet med å revidere forvaltningsplanen for Lofoten og Barentshavet foreslo regjeringen i 2015 å 'oppdatere beregningen av iskanten i forvaltningsplanen basert på nye registreringer av isens utbredelse.'¹²⁶ Dette møtte motstand hos de øvrige partiene på Stortinget. Ifølge Miljødirektoratet er målet å ferdigstille en ny forvaltningsplan i 2020.¹²⁷

Som vi ser av disse stortingsmeldingene som spesifikt omhandler petroleumsutvinning er det tydelig at klimaendringer erkjennes å ha skadevirkninger. Det er imidlertid ingen drøfting av Grunnloven § 112 og heller ingen drøfting av innvirkningen på helse eller urfolk – selv om

¹¹⁷ Energi- og miljøkomiteen (n 10).

¹¹⁸ Regjeringen 2013 (n 10) 15 som kun viser til 'rammer som ivaretar miljø- og klimahensyn og hensynet til andre næringer på en god måte.' Kun høringssvarene til konsekvensutredningen er tilgjengelige; et sammendrag av konsekvensutredningen finnes i Regjeringen, *ibid*, 25-29; høringssvarene er gjengitt på s. 29-35, og regjeringen skriver på s. 32 at den har 'ikke mottatt uttalelser som avdekker at kunnskapsgrunnlaget ikke er egnet til å ta stilling til åpning av området.' Klimaeffekter omtales som av 'generell karakter'.

¹¹⁹ Energi- og miljøkomiteen (n 10) 6.

¹²⁰ Regjeringen 2013 (n 10) 8.

¹²¹ Energi- og miljøkomiteen (n 10) 6: '...Norge må ta sin del av ansvaret for å redusere de globale utslippene av klimagasser, og at dette betyr at noen av de gjenværende oljeressursene på norsk sokkel må bli liggende under havbunnen.'

¹²² Regjeringen 2011a (n 102) 9; se også s. 28, hvor det heter at klimaendringer 'vil ha vesentlig betydning for tilstand og utvikling i økosystemene...' og s. 23, som sier at 'skadevirkninger, særlig fra klimaendringer, kan få langvarige eller irreversible konsekvenser.'

¹²³ Regjeringen, *Meld. St. 28 (2010-2011) En næring for framtida – om petroleumsvirksomheten (2011b)* 7.

¹²⁴ *Ibid*.

¹²⁵ *Ibid*, 89.

¹²⁶ Regjeringen, *Meld. St. 20 (2014-2015) Oppdatering av forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten med oppdatert beregning av iskanten (2015)*.

¹²⁷ Miljødirektoratet, *Barentshavet og Lofoten (2016)*.

konsultasjonsordningen med Sametinget omtales.¹²⁸

Det er grunnlag for å si at klimaendringer erkjennes av både Stortinget og forvaltningen å ha et betydelig miljømessig skadepotensiale. Klimaendringers innvirkning på menneskerettigheter, som retten til helse og urfolks rettigheter, tematiseres ikke i verken Stortingsmeldinger eller komiteinnstillinger. Det er i samband med åpning av nye områder at de helhetlige konsekvensene må utredes, i tråd med petrl § 3-1, men utredning skal også skje når tillatelser til utbygging og drift gis, i tråd med petrl § 4-2, som vi skal se under.

5.2 Petroleumsforskriften, utredningsinstruksene, og konsekvensutredningsforskriften

Å åpne nye områder for petroleumsutvinning er basert på vedtak i Stortinget, men de faktiske kravene i den enkelte utlysning fastsettes av regjeringen ved Olje- og energidepartementet (OED), i samspill med andre departementer. I prosessene fram mot vedtak av åpning av nye områder må forvaltningen gjøre en tilstrekkelig god utredning, i samsvar med kapittel 2a i petroleumsforskriften, med tittel Konsekvensutredning ved åpning av nye områder for petroleumsvirksomhet. Dette kapitlet ble tilføyd i tråd med forskrift av 20. januar 2006 nr. 49.

Petroleumsforskriften § 6 c sier at utredningen:

skal beskrive antatte virkninger ... blant annet ...

b) redegjørelse for forholdet til ... relevante miljømål ... og hvordan disse er tatt hensyn til.

(...)

e) beskrivelse av virkningene av åpning av området for petroleumsvirksomhet for bl.a. dyre- og planteliv, havbunn, vann, luft, klima...

Verken menneskerettigheter generelt eller urfolksrettigheter spesielt er omfattet av petroleumsforskriften § 6 c.

Nærmere redegjørelse for prosessen i det mer overordnede utredningsprogrammet, ledet av OED, finnes i petrl § 4-2 – særlig om plan for utbygging og drift av en petroleumsforekomst (PUD). Den generelle plan- og bygningsloven og tilhørende forskrift gjelder ikke for petroleumsvirksomhet, og det har skjedd en betydelig rettsutvikling innenfor natur- og ressursforvaltning i årene etter vedtakelsen av petroleumsloven.¹²⁹

I denne sammenheng er det også relevant at forskriften om *konsekvensutredninger*,¹³⁰ som gjennomfører to EU-direktiver: EIA-direktivet – for *prosjekter*¹³¹ – og SEA-direktivet – for *planer og programmer*¹³² – ikke gjelder for kontinentalsokke-

¹²⁹ O K Fauchald, 'Klimarettssaken og 'amerikanisering' av norske domstoler' (2018) 57 *Lov og rett* 158, 165.

¹³⁰ Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger; forskriften innebærer at 2014-forskriftene (forskrift 19. desember 2014 nr. 1724 om konsekvensutredninger for tiltak etter sektorlover) og forskrift 19. desember 2014 nr 1726 om konsekvensutredninger for planer etter plan- og bygningsloven) oppheves. 2017-forskriften omtaler klimaendringer som del av forurensning i artikkel 10(g) og i artikkel 21 første ledd. Helse omtales i både artikkel 10(f) og artikkel 21 første ledd, mens 'samisk natur- og kulturgrunnlag' er omtalt i artikkel 21 første ledd. Både artikkel 10 og artikkel 21 bruker formuleringen 'vesentlige virkninger'.

¹³¹ EU, *Direktiv 2014/52/EU* (2014). Endringene fra det forrige direktivet (2011/92/EU) omhandler menneskelig helse og biologisk mangfold; se EU 2014, artikkel 3.

¹³² EU, *Direktiv 2001/42/EF* (2001). Direktivet er tydeliggjort gjennom flere dommer og en presisering fra

¹²⁸ Regjeringen 2011b (n 123) 138-139; regjeringen 2013 (n 10) 37; sistnevnte har tendenser til drøfting på s. 26 når det sies at 'petroleumsaktivitet ... kan berøre samiske interesser både positivt og negativt' (egen utheving. Forvaltningsplanen omtaler heller ikke samiske rettigheter eksplisitt, men omtaler genetisk materiale og ivaretagelse samiske interesser under naturmangfoldloven § 14 og havressurslova § 7; Regjeringen 2011a (n 102) 75 og 16-18.

len; jf. plan- og bygningsloven § 1-2. Mellom EU og Norge har det lenge vært uenighet om EU-direktiver gjelder for norsk kontinentalsokkel,¹³³ men i dag opererer Norge som at EØS-avtalen ikke gjelder for kontinentalsokkelen. Det er da petrl som legger rammene for konsekvensutredninger.

I tillegg finnes en generell utredningsinstruks som skal anvendes i arbeidet med statlige tiltak, herunder offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget. Den gjeldende utredningsinstruks som er i kraft fra 1. mars 2016,¹³⁴ avviker fra den forrige instruks fra 2000.¹³⁵ Formålsbestemmelsen er kortere, ved å bare presisere at den gjelder for statlige tiltak, mens den forrige instruks presiserte at den gjelder offentlige reformer, regjendringer og andre tiltak. Dette innebærer ingen reell endring, siden begrepet statlige tiltak må forstås vidt.

2016-instruksen sier i § 1-3, fjerde ledd: 'Instruksen gjelder ikke når det i lov eller forskrift, eller med hjemmel i lov eller forskrift, er fastsatt særskilte regler.' 2000-instruksen har ingen tilsvarende bestemmelser. Dette innebærer at den gjaldt for prosessen fram mot åpningen av Barentshavet sørøst for olje- og gassutvinning.

De mest omfattende konsekvensvurderingene skal altså skje før vedtak i Stortinget om åpning av nye områder (petrl § 3-1; petroleumsforskriften kap. 2a), hvor man har minst informasjonsgrunnlag fordi prosessen er i en tidlig

fase. Det skjer ingen konsekvensutredning ved tildeling av utvinningstillatelser (lisenser), men en konsekvensutredning skal også skje før tillatelser til utbygging og drift gis (petrl § 4-2).

2000-instruksen understreket: 'Utredningene bør ta utgangspunkt i ... at borgerne, etter Grunnloven § 110b, har rett til kunnskap om virkningene av planlagte inngrep i naturen.'¹³⁶ Videre het det at forvaltningen skal 'redegjøre for om menneskerettskonvensjonene stiller krav til myndighetene på det aktuelle området.'¹³⁷ Vi ser at det er en bør-formulering i miljøpunktet, men en *skal*-formulering i menneskerettighetspunktet.

2016-instruksen har ingen tilsvarende bestemmelse, verken om miljø eller menneskerettigheter, kun et generelt avsnitt kalt Omfang og grundighet.¹³⁸ I 2016 ble det også vedtatt en Veileder for den nye utredningsinstruks, og denne ble revidert i 2018. En veileder har ikke stor rettskildemessig vekt, men for å forstå utredningsinstruks – som er en intern instruks for forvaltningen – er den relevant. Denne sier at 'der dette er relevant' skal internasjonale (klima-) forpliktelser vurderes og [...] Klima- og miljødepartementet skal koples inn ved tiltak som vil 'medføre vesentlige virkninger for miljøet...'¹³⁹ Menneskerettigheter er ikke omtalt overhodet.

Med såpass generelle bestemmelser kan det spørres om den nye utredningsinstruks med veileder, er utformet uten at den forrige instruks – i kraft til 1. mars 2016 – sine bestemmelser om hva som skal tematiseres er tatt tilstrekkelig høyde for.¹⁴⁰

Vi har altså fått en situasjon der det kort tid

EU-kommisjonen; se EU-kommisjonen, COM(2017)234, avsnitt 2.2, n 6 og tilhørende tekst; for en drøfting av EIA og SEA-direktivene, se Ås Hovind (n 39) 25-27.

¹³³ Ås Hovind (n 39) 4 viser til at det er 'rettslig uavklart' hvorvidt EØS-avtalen gjelder på kontinentalsokkelen.

¹³⁴ Instruks 2. februar 2016 nr. 184 om utredning av statlige tiltak.

¹³⁵ Instruks 18. februar 2000 nr. 108 om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget.

¹³⁶ Ibid., § 2.3.2 ('andre vesentlige konsekvenser').

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Instruks 2. februar 2016 (n 134) § 2-2, første ledd.

¹³⁹ Direktoratet for økonomistyring, *Veileder til utredningsinstruks. Instruks om utredning av statlige tiltak* (2016) 15 og 36.

¹⁴⁰ Se n 135 og 136 og tilknyttet tekst.

etter at Grunnloven ble revidert til å tydeliggjøre en tiltakspålykt vedtas en utredningsinstruks og veileder som i sin ordlyd er langt mindre konkrete enn den tidligere utredningsinstruksen. Dette har skjedd selv om Lovavdelingen sier at revisjonen av Grunnloven § 112 tredje ledd innebærer en skjerpet utredningspålykt.¹⁴¹ Neglisjeringen av Grunnloven § 110b / § 112 er – slik Fauchald ser det – ‘illustrerende for en generell holdning til Grunnloven som gjelder for store deler av Stortinget og forvaltningen.’¹⁴²

Grunnloven § 112 har som hensikt å fungere som skranke for forvaltningens frie skjønn, der verdenssamfunnet søker å begrense global oppvarming til maksimalt 2 grader – helst 1,5 grader – fra førindustrielt nivå.¹⁴³ Det er på denne bakgrunn Backer har uttalt at oljeleting i Arktis harmonerer dårlig med Grunnloven § 112.¹⁴⁴

5.3 Oppsummering

Vi har sett at globale klimaendringer erkjennes å ha ‘irreversible konsekvenser’. Stortingsmeldingene og komiteinnstillingene mangler likevel konkrete og inngående vurderinger både av de direkte klimaeffekter den 23. konsesjonsrunden vil få, samt virkninger disse klimaendringene vil ha på utøvelsen av en rekke menneskerettigheter, både for urfolk og for andre sårbare grupper av personer. Særlig den forrige utredningsin-

¹⁴¹ Justisdepartementet (n 59). Som eksempel på at Lovavdelingen vektla daværende § 110b som skranke ved tiltak med ‘mer omfattende miljøproblemer eller –konsekvenser’, se Justisdepartementet, § 18 – *Juridiske spørsmål vedrørende Innst. S. nr. 122 (1999-2000) – gasskraft (2000)*, avsnitt 4.3.

¹⁴² Fauchald 2017 (n 5) 82.

¹⁴³ Sjøfjell og Halvorsen 2016 (n 5) 60, som skriver at § 112 ‘gives us a right to a minimum level of environmental protection. The planetary boundaries encapsulates these on a global scale.’

¹⁴⁴ Besteforeldrenes Klimaaksjon, Når Grunnlovens miljøparagraf blir glemt (2015). Backer uttaler seg også mot nye beregninger av ‘iskanten’ (se Regjeringen 2015, (n 126)): ‘Det som burde være en kraftig advarsel ... blir i stedet tatt som en invitt!’

struksen – som gjaldt i prosessen fram mot lisen-svedtaket under 23. konsesjonsrunde – under-streket at slike hensyn skulle tas inn i vurderin-gen. Til tross for mange sider med utredninger er tiltakspålykten, både for å vurdere miljøkonsekvensene med utgangspunkt i en langsiktig og allsidig betraktning som tar hensyn til etterslek-ten, og for å vurdere alternative tiltak,¹⁴⁵ ikke tatt tilstrekkelig i betraktning.

6. Avslutning

Artikkelen har vurdert om pålykten til å iverkset-te tiltak, i samsvar med § 112 tredje ledd er blitt tilstrekkelig hensyntatt. Oslo tingrett imøtegikk Regjeringsadvokaten sin forståelse av § 112 første ledd, men imøtegikk i mindre grad i forståelsen av § 112 annet ledd, og gav Regjeringsadvokaten medhold i forståelsen av § 112 tredje ledd. De-batter i Stortinget, CO²-avgift og kvotehandel ble oppfattet å være tilstrekkelig for at tiltakspålykten, herunder utredningspålykten, var oppfylt.

Framfor å avlede pålykter av ordlyden i Grunnloven § 112, legger altså Oslo tingrett stor vekt på det internasjonale avtaleverket, men ser samtidig vekk fra klimaendringer ved forbren-ning av norsk olje og gass i utlandet, og hevder dette ikke er ‘relevant’.¹⁴⁶ Artikkelen har vist at begrepet ‘effektive tiltak’ er mer egnet enn ‘til-strekkelige tiltak’ for å kunne kvalifisere tilta-kene, gitt ambisjonene i klimamålene.¹⁴⁷ Videre imøtegår artikkelen Oslo tingrett når denne hev-der at en rettighet etter Grunnloven § 112 første ledd ‘foreligger’ kun dersom tiltakspålykten etter tredje ledd ikke er oppfylt.¹⁴⁸ Oslo tingrett sin for-ståelse av tiltakspålykten, og unnlattelse av å påpe-ke forvaltningens utilstrekkelige – og feilaktige¹⁴⁹

¹⁴⁵ Instruks 2. februar 2016 (n 134) 2-1 tredje ledd, og In-struks 18. februar 2000 nr. 108 (n 135) 1-1 første ledd.

¹⁴⁶ Oslo tingrett (n 3) 20.

¹⁴⁷ Ibid, 18.

¹⁴⁸ Ibid, 17.

¹⁴⁹ Ibid, 40-44.

– utredning, som i effekt innebærer at samlede utslipp fra petroleumsnæringen aldri vil bli tatt i betraktning under § 112,¹⁵⁰ er kritikkverdig.

I den perioden hvor forberedelsene til lisensvedtaket under 23. konsesjonsrunde skjedde, var det den forrige utredningsinstruksen som gjaldt. Som sett over,¹⁵¹ krevde den en analyse av miljøkonsekvenser og menneskerettighetskonsekvenser, men det siste er ikke inne i den nye instruksen, i kraft fra 1. mars 2016. Artikkelen har vist at daværende utredningsinstruks ikke er tilstrekkelig hensyntatt i prosessen fram mot utlysningen av 23. konsesjonsrunde.

Vedtakene om å tillate olje- og gassutvinning i Barentshavet sørøst bidrar til å utsette den

nødvendige politikkendringen. Siden virkningene av klimaendringer vil bli mer omfattende for våre etterkommere enn for oss, er det også relevant å minne om kravet til regjeringen om å være en 'pådriver og støttespiller for rettsvernet til kommende generasjoner',¹⁵² som understreket av en enstemmig Utenriks- og forsvarskomiteé i 2015.

Artikkelen har også funnet at en ØSK-tilnærming, basert på en forståelse av staters plikt til å respektere, beskytte og oppfylle, kan gi generell veiledning ut over den enkelte sak. Her er det også relevant å peke på at investeringstribunaler har løftet fram menneskerettighetsprinsipper,¹⁵³ for å gi forutsigbarhet i å løse en tvist.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Dette er godt forklart i anken (n 3) 4-7.

¹⁵¹ Se n 135-136 og tilhørende tekst.

¹⁵² Utenriks- og forsvarskomiteen (n 30) 7.

¹⁵³ FAOs opplisting av menneskerettighetsprinsipper omfatter verdighet, ikke-diskriminering, rettsstyre, ansvarlighet, åpenhet, deltakelse og myndiggjøring.

¹⁵⁴ Se eksempelvis ICSID [International Centre for the Settlement of Investment Disputes], *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 (2006), avsnitt 293.

Biodiversity Protection: An Environmental Issue? On Sweden's Implementation of EU Species Protection Laws in Environmental and Sectoral Legislation

Yaffa Epstein*

Abstract

A rich diversity of plant and animal life is one of the sixteen environmental goals Swedish environmental law and policy aims to achieve. The EU also seeks to protect biodiversity through its Biodiversity Strategy. To these shared ends, certain plant and animal species are protected by the Swedish Environmental Code and its pursuant Species Protection Regulation, as well as by EU directives. Dispensation allowing exceptions to this protection may be made in accordance with general rules of consideration of the Environmental Code and the dispensation provisions of the Species Protection Regulation, which in part implement the EU biodiversity directives. However, this article shows that a majority of the administrative decisions allowing dispensation to harm species that are strictly protected under both EU and Swedish law are made not under the protective legislation, but under other types of legislation such as the Hunting Act and Fishing Act, which do not have environmental protection as their primary goals. This article highlights the legal consequences of dispensation decisions that affect strictly protected species being made under these various laws.

1. Biodiversity and the Law

Biodiversity loss is acknowledged to be an urgent threat. Scientists warn that if we do not change the current trajectory, mass extinctions will be inevitable by the end of the 21st century.¹ The problem is not one of lack of awareness at the political level; numerous international agreements, political targets and the national laws that implement them express ambitious goals to halt biodiversity loss. The 2010 Aichi Biodiversity Targets, a significant example adopted pursuant to the global Convention on Biological Diversity, aim to reverse this negative trend by 2020,² as does the EU Biodiversity Strategy. This is not expected to be achieved,³ and the 2015 UN Agenda for Sustainable Development sets additional goals for 2030.⁴ In Sweden, the Riksdag has adopted a number of environmental goals aimed at protecting biodiversity and meeting international agreements to do so, including A Balanced Marine Environment, Flourishing Coastal Areas

* Uppsala University, Faculty of Law, yaffa.epstein@jur.uu.se. Thank you to Jan Darpö and Gabriel Michanek for very helpful comments and suggestions. The author acknowledges funding from Naturvårdsverket on grant number 802-0061-16.

¹ William J Ripple et al., "World Scientists' Warning to Humanity: A Second Notice," *BioScience* 67, no. 12 (2017).

² Conference of the Parties of the Convention on Biological Diversity, Decision X/2.Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 (2010).

³ Sandra Díaz, et al., "Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services" (2019), 21-22.

⁴ UN General Assembly, *Transforming our world : The 2030 Agenda for Sustainable Development*, 21 October 2015, A/RES/70/1.

and Archipelagos, Thriving Wetlands, Sustainable Forests, A Varied Agricultural Landscape, A Magnificent Mountain Landscape and A Rich Diversity of Plant and Animal Life. These political goals are reflected in the Swedish Environmental Code, which states that its provisions shall be applied in such a way that the environment is protected and biological diversity preserved.⁵

Laws aimed at reducing biodiversity loss have had some successes, facilitating, for instance, a partial recovery of large carnivore populations in Europe.⁶ However, it is clear that despite these limited successes and high aspirations, goals are not being met at the international level, or indeed at the Swedish level. The Swedish EPA's annual report for 2019 indicates that most of the national environmental goals, including those relating to biodiversity, are not met and cannot be met under current laws and policies. To the contrary, it reports, Swedish species' situations continue to worsen. In particular, environmental efforts have failed to meet the requirement of EU law that the favourable conservation status of listed species and habitats be achieved and maintained. Further, the loss of redlisted species continues largely unimpeded, though there has been some improvement reported for frogs and mammals.⁷

The fact that biodiversity loss continues despite laws intended to stop it suggests that there may be a failure within the legal system. Michanek, in his chapter "Artskyddet, politiken och juridiken", points to several aspects of the Environmental Code as well as other aspects of the Swedish legal system that may hinder the attainment of biodiversity goals. While ac-

knowledging that his review is not exhaustive, he identifies problems within several parts of environmental and related laws.⁸ These include provisions in hunting and fishing laws, as well as provisions in the Environmental Code concerning the direct protection of species and provisions relating to habitat protection, including protected areas and biotopes. Ultimately, he concludes that reforming these provisions would be insufficient; larger structural as well as legal changes are necessary to meet international and Swedish political goals.⁹

But despite his dismal assessment of the capacity of the Swedish legal system to adequately protect wildlife, Michanek notes that some positive developments have occurred. Swedish species protection law has been improved to comply with the EU Birds and Habitats Directives. For example, where it used to only regulate the behavior of individuals towards protected species; it now encompasses agricultural and business activities that harm these species' habitats, an important factor in the success of species.¹⁰ Swedish environmental law has developed to afford a higher degree of protection in conjunction with EU species protection law.

However, as this article shows, a majority of the administrative decisions allowing dispensation to potentially harm species that are strictly protected under both EU and Swedish law are made not under species protection legislation, but under other types of legislation such as the Hunting Act and Fishing Act. These sector specific laws do not have environmental protection as their primary goals, though like the species protection legislation, they have provisions that implement the EU nature directives. In this article I examine three Swedish laws that implement

⁵ 1 kap. 1 § *miljöbalken* (1998:808) (MB).

⁶ Guillaume Chapron et al., "Recovery of Large Carnivores in Europe's Modern Human-Dominated Landscapes," *Science* 346, no. 6216 (2014).

⁷ Naturvårdsverket, *Miljömålen: Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2019* (Arkitektkopia AB, 2019), 371-95.

⁸ Gabriel Michanek, "Artskyddet, Politiken och juridiken," in *Bertil Bengtsson 90 år* (Stockholm: Jure, 2016).

⁹ *Ibid.*, 389.

¹⁰ See discussion in *ibid.*, 378-9.

these EU directives and the exemptions to these laws reported by Swedish decision-making authorities. In section 2, I discuss the provisions of the Habitats Directive that prohibit harming species and the provisions that allow for limited exceptions from these prohibitions. I then describe and compare the Swedish legislation that implements them. In section 3, I review the dispensations from the Habitats Directive's prohibitions that were reported to the European Commission by decision makers in six Swedish counties and the Swedish Environmental Protection Agency. In section 4, I use the results of my empirical review to make inferences about which Swedish laws the decisions were made under, and analyze the legal consequences of dispensation decisions that affect strictly protected species being made under these various laws.

2. The EU Habitats Directive and Its Swedish Implementation

The Habitats Directive, along with the earlier Birds Directive, is the primary EU species protection law. Its principle aim is to "contribute towards ensuring biodiversity" by conserving natural habitats and wild plant and animal species.¹¹ To this end, it directs Member States to take measures to maintain or restore the "favourable conservation status" of species and habitats.¹² What measures Member States take to meet this goal are largely the discretion of the Member States.

However, for those species deemed "in need of strict protection" and listed in the Directive's Annex IV, Member States are required to "establish a system of strict protection".¹³ This system of strict protection as it pertains to animal species

is described in Article 12(1) and must include the prohibition of:

- a) all forms of deliberate capture or killing of specimens of these species in the wild;
- b) deliberate disturbance of these species, particularly during the period of breeding, rearing, hibernation and migration;
- c) deliberate destruction or taking of eggs from the wild;
- d) deterioration or destruction of breeding sites or resting places.¹⁴

Similarly, Member States must, according to Article 13(1)(a), prohibit the "deliberate picking, collecting, cutting, uprooting or destruction" of Annex IV plants.¹⁵ Additionally, Member States must prohibit the "keeping, transport and sale or exchange" of both Annex IV plants (Article 13(1)(b)) and animals (Article 12(2)).

Species that are listed in Annex V may be hunted or otherwise taken in the wild so long as "exploitation is compatible with their being maintained at favourable conservation status", according to Article 14, but their taking must comply with restrictions on the means of capture and killing and the modes of transport used.¹⁶

These prohibitions are, of course, not absolute. The conditions for dispensation, often called derogation in the context of the Directive, are enumerated in Article 16(1):

Provided that there is no satisfactory alternative and the derogation is not detrimental to the maintenance of the populations of the species concerned at a favourable conservation status in their natural range, Member States may derogate...:

- a) in the interest of protecting wild fauna and flora and conserving natural habitats;

¹¹ Council Directive 92/43/Eec of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora (OJ L 206, 22.7.1992, P. 7), Art. 2(1).

¹² Ibid., Art. 2(2).

¹³ Ibid., Art. 12(1).

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid., Art. 13.

¹⁶ Ibid., Art. 14 & 15.

- b) to prevent serious damage, in particular to crops, livestock, forests, fisheries and water and other types of property;
- c) in the interests of public health and public safety, or for other imperative reasons of overriding public interest, including those of a social or economic nature and beneficial consequences of primary importance for the environment;
- d) for the purpose of research and education, of repopulating and re-introducing these species and for the breedings operations necessary for these purposes, including the artificial propagation of plants;
- e) to allow, under strictly supervised conditions, on a selective basis and to a limited extent, the taking or keeping of certain specimens of the species listed in Annex IV in limited numbers specified by the competent national authorities.¹⁷

All dispensation decisions made under Article 16 must be reported to the European Commission every two years.

These prohibitions and conditions for dispensation are faithfully transposed into the Swedish Species Protection Regulation (*Artskyddsförordning*). Reflecting the prohibitions in the Habitats Directive, section 4 of the *Artskyddsförordning* pertains to animal species that are strictly protected in the Habitats Directive as well as additional species that are strictly protected under Swedish or other international law, and states that it is forbidden to:

- 1. deliberately capture or kill animals,
- 2. deliberately disturb animals, particularly during their breeding, rearing, hibernation and migration periods,

- 3. deliberately destroy or collect their eggs in nature, and
- 4. damage or destroy animals' breeding areas or resting places.¹⁸

The *Artskyddsförordning* also tracks Article 13 of the Habitats Directive with regards to strictly protected plants: it is illegal to pick, collect, cut, uproot, or destroy them when growing in their natural range.¹⁹

Like the Habitats Directive, the *Artskyddsförordning* allows for dispensation from strict protection in certain circumstances following a weighing of interests. Again closely transposing the language of the Habitats Directive, section 14 of the *Artskyddsförordning* states that County Administrative Boards may grant dispensation in individual cases, but only if:

- 1. there is no other satisfactory solution,
- 2. dispensation would not make more difficult the maintenance of the favourable conservation status of the species' populations in their natural range, and
- 3. dispensation is needed
 - a) to protect wild animals or plants or conserve habitats for such animals or plants,
 - b) to avoid serious damage, in particular to crops, livestock, forests, fisheries, water or other property.
 - c) in the interests of public health and safety or for other compelling reasons of overriding public interest,
 - d) for research or educational purposes,
 - e) to repopulate or reintroduce species or for the breeding of an animal species or

¹⁷ *Ibid.*, Art. 16(1).

¹⁸ 4 § *artskyddsförordningen* (2007:845). Translation my own.

¹⁹ *Ibid.*, 7 §.

- the artificial propagation of a plant species that is required for this, or
- f) to, under strictly controlled conditions, selectively and in a small extent allow the collection and keeping of a small number of certain specimens.

This language follows that of Article 16 of the Habitats Directive, and in some respects may be stricter. Particularly the final dispensation ground appears to be stricter than the English language version of the Habitats Directive, which allows "taking or keeping" of limited numbers of certain specimens. However, it should be noted that the Swedish regulation more closely tracks the Swedish language version of the Habitats Directive, which also uses the word "collection" rather than "taking". Since the Habitats Directive is equally valid, and interpreted uniformly, in all languages, it cannot be said that the Swedish version, and possibly its implementation in Swedish law, is "stricter", even if the words used seem more restrictive.

Additional provisions of the Artskydds-förordning implement the Habitats Directive's ban on the keeping, transport and sale or exchange of strictly protected species of plants and animals.²⁰ Exemptions from these provisions are made through a system of permitting.

The prohibitions in section 4 of the Artskydds-förordning do not apply to hunting or fishing, which are instead governed by the Hunting Act and its pursuant Hunting Regulation and Fishing Act and its pursuant Regulation on Fishing, Aquaculture, and the Fishing Industry (Fishing Regulation).²¹ Hunting and fishing are defined very broadly.

According to the Hunting Act, hunting means to capture or kill wild birds or mammals, or to search for, track, or pursue wildlife with the

intention of capturing or killing them. Hunting also includes interference with wildlife's dens and the taking or destruction of birds' eggs.²² This means that decisions concerning most types of direct interference with mammals are not made under the Artskydds-förordning.

The provisions in the Hunting Regulation which allow the killing or capture of strictly protected species despite the EU ban echo those in the Habitats Directive and related Birds Directive, but less closely than those in the Artskydds-förordning, particularly with respect to the final derogation ground. According to section 23 of the Hunting Regulation, there are two kinds of hunting: protective hunting and license hunting.

Protective hunting can be allowed:

If there is no other satisfactory solution, and if it would not make more difficult the maintenance of favourable conservation status of populations of the species' populations in their natural range...

1. in the interest of public health and safety and other compelling reasons of overriding public interest, including reasons of a social or economic character and meaningfully positive consequences for the environment,
2. in the interest of air safety,
3. to prevent serious damage, in particular to crops, livestock, forests, fisheries, water or other property, or
4. to protect wild animals or plants or conserve habitats for such animals or plants.²³

License hunting can be allowed if there is no other satisfactory solution and if it would not make more difficult the maintenance of favourable conservation status of populations of the species' populations in their natural range. The hunting

²⁰ Eg., 16 §, 23 § and 25 §.

²¹ 4 § artskydds-förordningen.

²² 2 § jaktlagen (Hunting Act) (1978:259).

²³ 23 a § jakt-förordningen (Hunting Regulation) (1987:905).

must also be “appropriate with regards to the population’s size and composition, and occur selectively under strictly controlled circumstances”.²⁴

Fishing includes any activity that aims to capture or kill free living fish, mollusks or crustaceans.²⁵ The Fishing Regulation prohibits the fishing of any species that is strictly protected under the Habitats Directive.²⁶ It additionally prohibits non-selective fishing that can cause local populations of strictly protected species to disappear or suffer a serious disturbance.²⁷ It states that dispensation from its prohibitions relating to strictly protected species can only be granted if the conditions in section 14 of the Artskyddsförordning are fulfilled.²⁸ While fishing is not directly covered by the Artskyddsförordning, dispensations from restrictions on fishing EU strictly protected species therefore have a closer connection to that regulation than do dispensations from restrictions on hunting.

3. Dispensation decisions concerning species protected by the Habitats Directive

As explained in the previous section, dispensation to derogate from EU species protection law may be granted under the rules in the Environmental Code and pursuant Artskyddsförordningen, the Hunting Act and Hunting Regulation, or the Fishing Act and Fishing Regulation, depending on the category of species impacted and the type of harm allowed. In this study, I aimed to find out what proportion of dispensation decisions concerning species protected by the Habitats Directive are made under each of these three

sets of rules by examining whether the impacted species were mammals, to which the hunting laws likely applied, fish/aquatic crustaceans/aquatic molluscs, to which the fishing laws likely applied, or another type of species, to which the species protection laws applied. Six counties with varying biogeographical features in different regions of Sweden were selected, Gävleborg, Kalmar, Norrbotten, Skåne, Stockholm, and Västra Götaland.

As noted above, the Habitats Directive requires dispensation made in accordance with its Article 16 to be reported to the European Commission every two years. I reviewed the two most recent reporting periods for which reports were available in the European Environment Agency’s online portal Eionet. For the years 2013-2014, Sweden reported a total of 326 dispensation decisions, and for the years 2015-2016, Sweden reported a total of 530 dispensation decisions. All reports to the Commission from the six selected counties during the study period were examined, as were the reports made by the Swedish Environmental Protection Agency.

Some of the reported dispensation decisions concerned multiple, even hundreds of, individual animals, and not all decisions were carried out, so the number of decisions does not correspond to the number of animals actually affected by dispensation. Only the number of decisions, not the actual number of animals impacted, are accounted for in this study. The scope of this study was limited to the Habitats Directive; it did not include dispensations from protection of species protected by the Birds Directive, and therefore excludes all decisions relating to birds. Another limitation of this study is that only the reports to the European Commission are examined and not the Swedish administrative decisions that are being reported on. As a consequence, it is not shown which national laws and rules were considered by the decision maker. Instead, the

²⁴ Ibid., 23 c §. Translation my own.

²⁵ 4 and 5 §§ *fiskelagen* (Fishing Act) (1993:787).

²⁶ 2 kap. 5 § *förordningen* (1994:1716) *om fisket, vattenbruket och fiskerinäringen* (Fishing Regulation).

²⁷ Ibid., 2 kap. 6 §.

²⁸ Ibid., 2 kap. 22 §.

study provides information necessary to make inferences about which national laws and rules should have been applied.

	2013–2014	2015–2016
Total Sweden	326	530
SEPA	23	237
Gävleborg	18	12
Kalmar	0	28
Norrbottn	65	64
Skåne	24	25
Stockholm	35	32
Västra Götaland	26	27

Number of Habitats Directive Article 16 dispensation decisions reported to European Commission

a. SEPA

SEPA reported 23 dispensations for the reporting period 2013-2014. All of these decisions allowed the killing of mammals to prevent serious damage under Article 16(1)(b) of the Habitats Directive. This includes 3 reported decisions pertaining to wolverines (*Gulo gulo*), which are not listed in Annex IV or Annex V of the Habitats Directive are therefore not subject to the reporting requirements.

SEPA reported 237 dispensations for the reporting period 2015-2016. All of them involved the capture or killing of mammals. The great majority allowed the capture and release of bats for the purposes of research and education or repopulation and reintroduction under Article 16(1)(d). Nine decisions allowed the capture and release of marine mammals and seven allowed their killing. Six decisions allowed the killing of mice. All these decisions were for the purpose of research and education under Article 16(1)(d).

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	23	0	0
2015-2016	237	0	0

SEPA reported dispensation decisions:

Species affected

b. Gävleborg

Gävleborg reported 18 dispensation decisions for the reporting period 2013-2014. Twelve of these involved mammals: five pertained to large carnivores (*Canis lupus* and *Ursus arctos*), four to beaver (*Castor fiber*), two to moose (*Alces alces*) (which are not protected by the Habitats Directive, and one to red deer (*Cervus elaphus*) (which are also not protected by the Habitats Directive). All of the dispensations involving mammals allowed killing to prevent serious damage under Article 16(1)(b). Six dispensations concerned other species; three concerned amphibians and three concerned insects. Of these, five allowed catch and release for the purpose of species identification under 16(1)(a). The sixth allowed the destruction or taking of eggs for the purposes of research under Article 16(1)(d).

Gävleborg reported twelve dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. Seven of the dispensations concerned large carnivores, including two larger bear hunts. Six out of the seven decisions were justified under Article 16(1)(c), and the seventh was justified under Article 16(1)(b). Two of the decisions allowed homeowners to keep bats away from their houses to avoid damage under Article 16(1)(b). The other three derogations concerned mussels (*Margaritifera margaritifera*) and were justified under Article 16(1)(d); two allowed their catch and release for an inventory and one allowed their killing.

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	12	0	6
2015-2016	9	3	0

*Gävleborg reported dispensation decisions:
 Species affected*

c. Kalmar

Kalmar did not appear to have reported any dispensations for the reporting period 2013–2014.

Kalmar reported 28 dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. One allowed the killing of a lynx justified by Article 16(1)(b) and two allowed the killing of an unnamed mammal justified by 16(1)(c). Another six decisions also pertained to unnamed mammals, probably bats, and allowed their deliberate disturbance or the deterioration or destruction of breeding sites or resting places under Article 16(1)(b) or 16(1)(c). Three decisions pertained to the capture and release of aquatic molluscs (*Unio crassus*) justified by Article 16(1)(a) or 16(1)(d). Sixteen pertained to other species; three allowed the deterioration or destruction of breeding sites or resting places of snakes (*Coronella austriaca*) justified by Article 16(1)(c) and the rest allowed capture justified by Article 16(1)(a) or 16(1)(d).

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	0	0	0
2015-2016	9	3	16

*Kalmar reported dispensation decisions:
 Species affected*

d. Norrbotten

Norrbotten reported 65 dispensation decisions for the reporting period 2013-2014. 53 concerned large carnivores, including 19 decisions concerning wolverine (*Gulo gulo*), which are not listed in Annex IV or V of the Habitats Directive. All of these decisions allowed killing justified by Article 16(1)(b), including single decisions allowing the killing of 90 bears, 67 bears, 25 lynx and 11 lynx. One decision allowed the collection of frog (*Rana arvalis*) eggs, nine allowed the collection of plant seed heads, and one allowed the deliberate picking, collecting, uprooting or destruction of a plant when a bridge was dug. All these decisions were justified under Article 16(1)(d).

Norrbotten reported 64 dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. Of these, 52 concerned the killing of lynx and bears justified by Article 16(1)(b). Six allowed the catch and release of mussels (*Margaritifera margaritifera* and *Anodonta anatine*) for the purpose of research and education, Article 16(1)(d). Four allowed the catch and release of frogs, toads and dragonflies justified by Article 16(1)(b) or 16(1)(d). One allowed the killing of butterflies (*Boloria improba*) (not listed in Annex IV or V the Habitats Directive) for the purposes of research and education, Article 16(1)(d).

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	54	0	11
2015-2016	53	6	5

*Norrbotten reported dispensation decisions:
 Species affected*

e. Skåne

Skåne reported 24 dispensation decisions for the reporting period 2013-2014. Seventeen concerned mussels: eight allowed catch and release, three allowed capture and keeping, one allowed deterioration or destruction of breeding sites or resting areas, and five allowed deliberate disturbance. Justifications for these dispensations ranged from prevention of serious damage (16(1)(b)), infrastructure projects and bridge repair (Article 16(1)(c)) to conservation actions (Article 16(1)(a)). Two decisions concerned bats and allowed their deliberate disturbance under Article 16(1)(b) to fix a roof and chimney.

Skåne reported 25 dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. One dispensation decision concerned a mammal, a dispensation for the deterioration or destruction of a breeding site or resting place justified by Article 16(1)(b). Ten decisions pertained to molluscs; one of these allowed capture and release for an inventory (Article 16(1)(a)), three allowed deliberate killing justified by 16(1)(a), another allowed catch and release for the same reason, and the rest allowed catch and release justified by 16(1)(d). The other 14 dispensations concerned insects, amphibians and reptiles and were justified under Article 16(1)(e) and 16(1)(d).

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	2	17	5
2015-2016	1	10	14

*Skåne reported dispensation decisions:
Species affected*

f. Stockholm

Stockholm County reported 35 dispensation decisions for the reporting period 2013-2014. Four decisions concerned excluding bats from buildings; two allowed repairs to prevent serious damage (Article 16(1)(b)), and two allowed removing buildings that posed a threat to public safety (Article 16(1)(c)). The rest of the decisions concerned amphibians and reptiles. Many of these decisions allowed catch and release justified by 16(1)(d), though several allowed killing for research purposes under the same derogation ground. Eleven decisions allowed deterioration or destruction of breeding sites and resting places under Article 16(1)(c) through the filling of unauthorized ponds near playgrounds.

Stockholm County reported 32 dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. Five of these allowed the killing of wolves justified by Article 16(1)(b). Four concerned the deliberate disturbance (2) or deterioration or destruction of breeding site or resting places (2) of an unnamed mammal, probably bats, justified by Article 16(1)(b). An additional two decisions specified bats and allowed their deliberate disturbance also justified by Article 16(1)(b). The rest of the decisions concerned plants, amphibians, snakes and insects and were justified under Article 16(1)(d).

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	4	0	31
2015-2016	11	0	21

*Stockholm reported dispensation decisions:
Species affected*

g. Västra Götaland

Västra Götaland reported 26 dispensation decisions for the reporting period 2013-2014. Three allowed the killing of large carnivores justified by Article 16(1)(b). Twelve concerned bats. The majority of these allowed deliberate disturbance justified under Article 16(1)(d), allowed deterioration or destruction of breeding sites or resting places justified under Article 16(1)(b). Eleven decisions concerned amphibians or reptiles and were granted either under Article 16(1)(d), or 16(1)(c). The latter group included capture and deterioration or destruction of breeding sites and resting places in connection with infrastructure projects.

Västra Götaland reported 27 dispensation decisions for the reporting period 2015-2016. An additional two decisions were reported in conjunction with Örebro County; those are not counted here. Three decisions allowed the killing of large carnivores justified under 16(1)(b). Two allowed the deliberate disturbance of bats under 16(1)(d). One allowed the deliberate disturbance of an unnamed mammal for an inventory also under 16(1)(d). The other 21 decisions concerned insects, amphibians, and reptiles and allowed capture, deliberate disturbance, or the deterioration or destruction of breeding sites and resting places.

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	15	0	11
2015-2016	6	0	21

*Västra Götaland reported dispensation decisions:
 Species affected*

4. Discussion and Analysis

The number of dispensation decisions Sweden reported to the European Commission increased between reporting period 2013-2014 and 2015-2016 from 326 to 530. However, the seemingly large increase in dispensations granted can largely be explained by a bat study authorized by SEPA during the second reporting period. If SEPA's dispensation decisions are excluded, the number of dispensation decisions is 303 during 2013-2014 and 293 during 2015-2016. If only SEPA's bat decisions are excluded, the number of dispensation decisions is 326 during 2013-2014 and 315 during 2015-2016. So, if the large bat study is discounted, there was actually a small decrease in dispensation decisions between the two periods. It should again be noted that these numbers refer to number of decisions taken and not number of animals affected. A single decision can pertain to many individuals of a species, for example a single decision to allow the hunting of bears in Gävleborg in 2016 permitted the killing of 25 bears.

All dispensation decisions by SEPA concerned mammals. The majority of Habitats Directive protected species impacted by dispensation decisions were mammals. Even excluding SEPA's decisions, mammals were the largest category of Habitats Directive protected species impacted by dispensation decisions. While I did not examine reporting of dispensation decisions pertaining to the Birds Directive, I note that Sweden reported 218, 213, and 491 dispensation decisions under the Birds Directive in 2014, 2015, and 2016 respectively. I was unable to access Sweden's Birds Directive reporting from 2013. Since decisions relating to the capture or killing of birds and mammals fall under the Hunting Act/Regulation rather than the Artskyddsförordning, had the Birds Directive dispensations been included, the conclusion that most dispensation

decisions impacting species protected under EU law are made under the Hunting or Fishing laws rather than species protection laws would most likely be even stronger.

It must also be restated that not all dispensations involving mammals and fish would be made under the Hunting or Fishing Acts. While the definitions of hunting and fishing are very broad, they do not include all dispensations concerning hunted and fished species. Many dispensation decisions, for example, concerned bats. Capturing bats or interfering with their dens falls within the legal definition of hunting, even though these activities are not hunting in the vernacular sense. However, other types of disturbance to bats that would be required to be reported to the European Commission may not fall within the definition of hunting, and therefore decisions to allow it would be properly made under the Artskyddsförordning.

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	110	17	64
2015-2015	326	22	77

All dispensation decisions in studied counties and SEPA: Species affected

	Mammals	Fish/Crustaceans/ Molluscs	Plants/ Insects/ Reptiles/ Amphibians
2013-2014	87	17	64
2015-2015	89	22	77

All dispensation decisions in studied counties, without SEPA excluded: Species affected.

Three laws, three dispensation rules

Member States must establish a system of strict protection for species included in Annex IV of the Habitats Directive regardless of whether those species are fish, mammals, plants or other types of species. Since the Habitats Directive establishes a minimum level of protection rather than a ceiling,²⁹ it is not per se a problem if species receive different levels of protection, so long as a strict system of protection is in place to achieve and maintain favourable conservation status.

The Artskyddsförordning, not surprisingly perhaps, contains the highest level of species protection of the three. It faithfully replicates the provisions of the Habitats Directive pertaining to the strict protection of species. In contrast to Sweden's pre-accession species protection legislation, which applied only to the activities of individuals in nature, prohibitions on harming protected species and their breeding and resting places also applies to economic activities such as construction or power generation that harm species.³⁰ Following the Habitats Directive, most types of harm must be intentional in order to be prohibited, but as the EU court has clarified, activities that harm species may be considered intentional if the actor was aware of the possibility of harm to the species when doing the activity.³¹ The Artskyddsförordning provisions on dispensation are also transposed in language that closely mirrors that in the Habitats Directive.

The majority of dispensation decisions concerning species that are strictly protected by EU law are, however, made under sector specific hunting and fishing laws. These implement the Habitats Directive in different ways. For dispen-

²⁹ Jan H Jans and Hans Vedder, *European Environmental Law: After Lisbon* (Apollo Books, 2012), 113-21.

³⁰ Michanek, "Artskyddet, politiken och juridiken," 380.

³¹ *Ibid.*; C-221/04 Commission v Spain (2006), para. 71.

sations from the prohibitions on fishing species protected by the Habitats Directive, the Fishing Regulation refers decision makers to the rules in the Artskyddsförordning, meaning that decisions to grant dispensations concerning strictly protected fish should be made as stringently as those concerning other strictly protected species.

The Hunting Regulation has its own provisions guiding decisions about dispensation. Those pertaining to protective hunting largely faithfully implement the Habitats Directive's dispensation justifications having to do with the protection of species, the public interest, and the prevention of serious damage. The Hunting Regulation's provisions on license hunting, which implement Habitats Directive's 16(1)(e) have, on the other hand, been widely criticized as insufficient both in terms of their formal transposition and in their application. For example, scholars including Michanek, Darpö and myself as well as the European Commission have criticized the Swedish regulation because its text does not limit dispensation to a "limited extent" or to "certain specimens in limited numbers" as does the corresponding provision of the Habitats Directive.³² Further, the requirements that dispensations made under Habitats Directive 16(1)(e) apply only to "certain specimens" and "on a selective basis", which seems to indicate that the individuals to be targeted must be identified with some precision, may make this dispensation ground particularly unsuitable for allowing license hunting, which typically allows the hunting of a certain number of individuals in a particular

area during a particular time period.³³ For these reasons, dispensations made under the corresponding dispensation ground of the Swedish Hunting Regulation, 23(c), may be particularly problematic.

Oddly however, this study of dispensations reported to the European Commission by six counties and the Swedish EPA found that reports of dispensations made under 16(1)(e) were extremely rare. None of the studied legal entities reported using this dispensation ground when allowing the killing of mammals during the four year study period. This is true even for decisions that, in the Swedish decision making, explicitly allowed license hunting under Hunting Regulation 23(c).³⁴ Instead, these decisions were most frequently reported as having been made pursuant to Habitats Directive 16(1)(b), the prevention of serious damage, and sometimes pursuant to Habitats Directive 16(1)(c), the overriding public interest. It is possible that decision makers sometimes fulfill the formal requirements of the Habitats Directive even when applying insufficient Swedish legal instruments, for instance by ensuring that all the requirements of 16(1)(b) are complied with even when making decisions under a provision of Swedish law that corresponds to a different dispensation ground, or by interpreting the Swedish provision on license hunting to properly transpose 16(1)(e). In at least some instances of license hunting however, it seems that the requirements of the Habitats Directive have not been met³⁵ regardless of how the dispensa-

³² "Strictly Protected European Wolf Meets Swedish Hunter with License to Kill," in *Pro Natura: Festskrift till Hans Christian Bugge*, eds. Ole Kristian Fauchald Inge Lorange Backer, Christina Voigt (Oslo Universitetsforlaget, 2012), 340-41.; Jan Darpö and Yaffa Epstein, "Under Fire from All Directions: Swedish Wolf Management Hunting Scrutinized by Brussels and at Home," in *The Habitats Directive in Its EU Environmental Law Context*, eds. Charles-Hubert Born et al. (Routledge, 2014).

³³ Michanek, "Strictly Protected European Wolf Meets Swedish Hunter with License to Kill," 339-40; Yaffa Epstein et al., "When Is It Legal to Hunt Strictly Protected Species in the European Union?," *Conservation Science and Practice* 1, no. 3 (2019).

³⁴ E.g., Beslut om licensjakt på lodjur i Norrbottens län 2016, diary number 218-2590-2016 (2016).

³⁵ Jan Darpö, "Gabriel och vargen – Om genomförandet av internationella och EU-rättsliga förpliktelser om artskydd i Sverige," in *Miljörätten och den förhandlingsovil-*

tion is reported to the European Commission. It should also be stated that while it is required that national legislation implementing EU directives must be interpreted in light of those directives,³⁶ directives must also be implemented accurately in national law.³⁷ Correct interpretation by administrative decision makers alone would be insufficient to fulfil EU obligations.

The general rules of consideration

The faithful implementation of the Habitats Directive in the Artskyddsförordning is made stronger by the status of that regulation as environmental law. Because this regulation was enacted pursuant to the Environmental Code, the general provisions of that code apply. For example, the Code states that it shall be applied in such a way as to ensure that biodiversity is protected.³⁸ The general rules of consideration require that persons undertaking an activity or who intend to do so must acquire the knowledge needed to protect human health and the environment from harm.³⁹ If the prohibition on intentional harm is interpreted in light of these provisions, anyone undertaking an activity would have an obligation to investigate whether that activity would harm strictly protected species or their habitats, and an obligation to refrain from any activity that did cause such harm. These and

liga naturen: Vämbok till Gabriel Michanek, ed. Jan Darpö, et al. (Iustus Förlag, 2019), 183-84; Anna Christiernsson, "Managing Strictly Protected Species with Favourable Conservation Status—the Case of the Swedish Brown Bear (*Ursus arctos*)," (2018).

³⁶ Jonathan Verschuuren, "Effectiveness of Nature Protection Legislation in the European Union and the United States: The Habitats Directive and the Endangered Species Act," in *Cultural Landscapes and Land Use* (Springer, 2004), 42.

³⁷ Hendrik Schoukens and Kees Bastmeijer, "Species Protection in the European Union: How Strict Is Strict?," in *The Habitats Directive in Its EU Environmental Law Context*, eds. Charles-Hubert Born et al.: 134-35.

³⁸ 1 kap. 1 § 3 st. MB.

³⁹ *Ibid.*, 2 kap. 2 §.

additional provisions would be also implicated when decisions to allow dispensation are made, for example the precautionary principle and the obligation to choose a site that minimizes environmental damage. If these provisions were applied and interpreted strictly, biodiversity would be protected.

It is not clear to what extent the general rules apply to decisions to allow the hunting or fishing of strictly protected species, as hunting and fishing are explicitly named as exempt from the rules on strict protection in the Artskyddsförordning. However, a similar level of protection potentially applies. It seems particularly likely that the general provisions should apply to decisions to allow fishing, because that regulation states that exceptions pertaining to strictly protected fish can be made only when the conditions for allowing dispensation from the strict protection of species in section 14 of the Artskyddsförordning are met. The Fishing Regulation only refers to the Artskyddsförordning's specific provisions on dispensation, and not to the Environmental Code or its general provisions. It might be argued however that these are an integral consideration in determining whether the conditions of the Artskyddsförordning are met.

The analyses of scholars Christiernsson and Michanek provide additional support for the argument that general provisions of the Environmental Code apply to decisions made under both the hunting and fishing laws.⁴⁰ They note that according to the Environmental Code, the Code applies to activities that impact the environment even when those activities are separately regu-

⁴⁰ Anna Christiernsson and Gabriel Michanek, "Miljöbalken och fisket," *Nordisk miljörettslig tidskrift*, no. 1 (2016): 15-16; Anna Christiernsson, "Rättens förhållande till komplexa och dynamiska ekosystem: En studie om rättsliga förutsättningar för adaptiv och ekosystembaserad reglering och planering för bevarandet av biologisk mångfald vid jakt" (Luleå tekniska universitet, 2011), 142-45.

lated by sector specific laws. While hunting and fishing are explicitly excluded from the Artskyddsförordning's specific provisions that prohibit harm to EU strictly protected species, and therefore also from the provisions on dispensation from those prohibitions, they are not exempted from the provisions of the Environmental Code that pertain to environmentally damaging activities. Therefore, according to Christiernsson and Michanek, to the extent hunting and fishing might be considered to damage the environment, the general rules of consideration and other relevant provisions of the Environmental Code should apply.⁴¹

But even if the hunting and fishing of species that are strictly protected under EU nature protection law is not considered an environmental issue according to Swedish law, the implementation of the Habitats Directive (and Birds Directive) remains an environmental issue under EU law. Therefore EU environmental law principles, such as the precautionary principle, must be adhered to when making decisions that impact protected species, including those decisions made under sector specific Swedish laws. Further, the EU imposes a special duty to ensure the faithful implementation of EU environmental laws "in which the management of the common heritage is entrusted to the Member States in their respective territories."⁴² Additionally, the dispensation provisions of the Habitats Directive, and other EU laws, must be interpreted particularly strictly.⁴³ These principles of EU law are true regardless of how the Habitats Directive is implemented in Swedish legislation.

5. Conclusion

This study has shown that, in the studied counties, a minority of Swedish decisions to allow dispensation from EU species protection laws are made under Swedish species protection laws. These decisions are instead made according to hunting or fishing laws, which do not have environmental protection as their primary goals. Nevertheless, if properly adhered to, these sector specific rules understood in concert with the general provisions of the Environmental Code and in light of the Habitats Directive may provide a similar level of protection as those in the Swedish species protection laws. On the other hand, the fact that so many more decisions allow the harm to fish and mammals than other species may indicate that different standards are in fact adhered to. Even so, mammals are one of the few categories of species for which Sweden has reported an improvement in conservation status, though it is unclear how much of this success can be attributed to the law and its implementation.

There is a need for further research to closely examine what factors are actually considered in granting dispensations under the three different Swedish legal regimes, and in particular the role played by the general provisions of the Environmental Code, as well as the extent to which EU laws and principles impact this decision making. Such research would help clarify whether all types of EU protected species are appropriately protected under Swedish law.

⁴¹ For example, besides the general rules of consideration, 12 kap. 6 § MB allows for the prohibition of activities that damage the natural environment.

⁴² Case C-252/85, *Commission v France* (1988), ECLI:EU:C:1988:202.

⁴³ Case C-342/05, *Commission v Finland* (2007), ECLI:EU:C2007:341, para. 25.

Species and Habitats Protection in U.S. Forest Planning

Gabriel Michanek*

Abstract

This paper assumes that Sweden in the future will consider legislation for forest landscape planning in order to more effectively protect forest biodiversity and promote a more differentiated forestry, *inter alia* intensive forestry in some areas exempted from certain legal restrictions. The purpose of the paper is to provide useful information for such legislative work, by describing and analysing the U.S. National Forest Management Act's "planning rule", and closely related legal instruments in the National Environmental Policy Act (Environmental Impact Statements etc.) and the Endangered Species Act. The paper specifically stresses the role of U.S. forest planning to diminish the risk for future clashes with the far-reaching restrictions in the Endangered Species Act. A similar, strategic and proactive forest landscape planning in Sweden could fill the function to avoid conflicts between specific forest activities (in particular logging) and the Species Protection Ordinance.

1. Introduction

This article focuses mainly on the U.S. "National Forest System", which comprises 781043 km², including 154 forests, 20 grasslands and one

prairie.¹ The national forests vary significantly in size. The largest forest is the Tongass (Alaska), more than 68 796 km². The smallest forest is Adak (Alaska) with only 33 trees. Most national forests are located in the west.

National forests cover a variety of nature types and provide habitats for many threatened and endangered species. National forests are all federally owned and managed by the U.S. Forest Service (established 1905), within the U.S. Department of Agriculture. 57 percent of the commercial timberland in the United States is privately owned, while federal, state, and local governments own 43 percent.²

The purpose of this paper is to provide information that may be useful if Sweden decides to introduce a legally based forest landscape planning, with the objective to protect forest biodiversity more effectively than today and to promote a differentiated forestry.

Forest planning exists for national forests in the U.S. since 1976, under the *National Forest Management Act* (NFMA).³ The paper describes the structure and main components of its "planning rule",⁴ and discusses how planning manag-

* Professor of Environmental Law, Law Faculty, Uppsala University. Many thanks to my environmental law colleagues in Uppsala for useful comments. I am especially grateful for the inspiration and comments from my U.S. colleagues, Brad Karkkainen, Alexandra Klass, Jason Czarnezki and Yaffa Epstein. The article is part of the research project Landscape Planning for Forest Biodiversity and Diverse Forestry, funded by the Swedish Environmental Protection Agency (Naturvårdsverket) and the Swedish university research organisation Stand-Up for Energy.

¹ United States Department of Agriculture. Forest Service. <https://www.fs.usda.gov/planningrule>.

² Klein A, Cheever F, Birdsong B C, Klass A B, Biber E. (2018). *Natural Resources Law: A Place-based Book of Problems and Cases* (Aspen Casebook), fourth Edition, Wolters, Kluwer, p. 286.

³ 16 U.S.C. §§ 1600-1687.

⁴ NFMA § 1604. As the NFMA is unknown to most Swedish readers, the text in the paper is in parts very descriptive.

es the protection of biodiversity (part 4). Before that, the paper presents a short background to forest management in the U.S., including some relevant statutes other than the NFMA (part 2–3).

The *Endangered Species Act* of 1973 (ESA)⁵ is closely related to forest planning under the NFMA, and to forest management in general. As a possible Swedish legislation on forest landscape planning also would intimately relate to the specific legislation on protection of species and habitats, this paper includes a relatively long section on the Endangered Species Act and its relation to forest planning (part 5). A separate part (6) analyses how the ESA can restrict the use of privately owned forestry land.

Finally, in view of the previous examination, the paper discusses issues that would be relevant to consider in a possible legislative work on a future Swedish legislation for forest planning (part 7). A few summarising remarks completes the article (part 8).

2. The development of U.S. federal forestry law

The history of the U.S. federal forest law during the 20th century reflects a controversy between the interest of short term demand for timber production on one hand, and the interests of sustainable and multiple use forest management on the other hand, including protection of species and habitats and recreation values. According to Glicksman, for the first two-thirds of the 20th century, the laws governing the management of national forests were vague and general, providing broad discretion for the Forest Service. The Service had long acted as a “protective custodian” of national forests, but shifted its approach in the mid-1940 when the demand for timber increased in the post-World War II economy. Despite a highly growing interest in recreation

in forests, the Service started to promote intensive forestry techniques (including clearcutting, extensive use of herbicides and mono-cultural reforestation), that “tended to be the most environmentally destructive”.⁶

Klein et al. describes the development of the U.S. federal forestry law as an interaction between Congress, as legislating body, and the courts.⁷ The “Monongahela case” (*Izaak Walton League v. Butz*, 522 F.2d 945 (4th Cir. 1975)) is in this context an important milestone. Local and national environmental groups sued the Forest Service for violating the provisions of the *Forest Service Organic Act*,⁸ by entering into contracts for the sale of timber from the Monongahela National Forest, located in the mountains of West Virginia. Based on the understanding that the 1897 act aimed to halt the historical wasteful exploitation of national forests, the court made a literal, narrow reading of the provisions. The Forest Service should select for cutting only specific trees (marked and designated) that were dead, physiologically mature or large and only allow such cutting that would preserve young and remaining growing timber. The court ruled that the Forest Service had not complied with the statutory text. The Court thereby rejected the Forest Service’s broader interpretation of the provisions.⁹ As the Monongahela case, with its tree-by-tree standard, invalidated many timber practices in national forests, the forest industry argued strongly for a change by the Congress.¹⁰ This pressure resulted in substituting the Forest Service Organic Act with the NFMA 1976.

⁶ Glicksman R L (2009). *CPR Perspective: National Forest Management*, p. 2. <http://www.progressivereform.org/perspForest.cfm>.

⁷ Klein et al., p. 292 ff.

⁸ 16 U.S.C. § 476, 30 Stat. 35 (1897).

⁹ Klein et al., p. 302 f. See also *Zieske v. Butz*, 406 F. Supp. 258 (D. Alaska 1975) where also the tree-by-tree standard was applied.

¹⁰ Klein et al., p. 307.

⁵ 16 U.S.C. § 1531 et seq.

The courts continued to intervene after the adoption of the NFMA, e.g. in cases where plaintiffs have questioned the Forest Service's compliance with the provisions on planning in the NFMA and with the requirements in the ESA.¹¹

3. Applicable federal law related to management of forest biodiversity

– overview

The NFMA is the chief statute for planning of national forests.¹² The first planning rule under the NFMA was adopted in 1979. It was revised in 1982 in order to include fish and wildlife management. Several revisions have followed since then and the current planning rule is from 2012.¹³ Land management plans are adopted for each national forest.¹⁴ Federal Regulations from 2012, issued by the Department of Agriculture, stipulate in detail the content and procedure in the planning process (hereafter: Planning Regulations).¹⁵ Forest planning under the NFMA very often includes an Environmental Impact Statement (EIS), a procedure regulated under the *National Environmental Policy Act* (NEPA).¹⁶ The corresponding procedure in Europe is Environmental Impact Assessments (EIA).

The NFMA is formally an amendment to the federal *Forest and Rangeland Renewable Resources Planning Act* (RPA) of 1974.¹⁷ The RPA requires

long-range planning by the Forest Service in order to ensure the future supply of forest resources while maintaining a quality environment. Although the RPA is the legal basis for forest planning, it is the NFMA, and especially its “planning rule”, that is of particular importance for this article.

The *Multiple Use – Sustained Yield Act* (MUSYA)¹⁸ of 1960 was a reaction to the wide discretion for the Forest Service provided by the 1897 Forest Service Organic Act, leading to neglect of environmental interests in the forest management after the mid 1940's.¹⁹ The MUSYA requires that national forests be administered for “outdoor recreation, range, timber, watershed, and wildlife and fish purposes”. It also requires forest yields to be “sustainable”. However, although the act specifies certain environmental interests, the discretion for forest planning under the MUSYA is very wide, due to its “multiple use” principle.²⁰ The NFMA planning rule and the Planning Regulations are more specific.

Legislation with the purpose to protect nature interact with forestry planning and management. The ESA lists endangered and threatened species and requires designation of critical habitats. As will be analysed below, the ESA restrictions can have extensive impact on forestry.²¹ Furthermore, the *Wilderness Act* of 1964²² empowers the Congress to create wilderness reserves on federal land. Forestry can be restricted in wilderness areas. There are today more than 141639 km² of wilderness reserves within the national forests.²³ There is in the U.S. also a complex system for protecting nature within national parks, preserves etc. on federal, state and local

¹¹ Ibid, p. 312 ff.

¹² NFMA includes various provisions on planning in subchapter I. Subchapters II-IV (Research, Extension Programmes and Wood Residue Utilization). These are not studied here.

¹³ For a brief history of the planning rule, see Schulz C A, Sisk T D, Noon B R, Nie MA (2013). *Wildlife Conservation Planning Under the United States Forest Service's. 2012 Planning Rule*, *Journal of Wildlife Management* 77(3):428-444, 2013, p. 429.

¹⁴ § 1604.

¹⁵ 36 CFR Part 219, Subpart A – National Forest System Land Management Planning. NFMA 1604(g) is the legal base for the Planning Regulations.

¹⁶ 42 U.S.C. §§ 4321-4347. Below, part 4.5.

¹⁷ P.L. 93-378.

¹⁸ P.L. 86-517.

¹⁹ Schulz et al., p. 434. See also above, part 2.

²⁰ § 531. Below part 4.7.

²¹ Below, parts 6 and 7.

²² P.L. 88-577.

²³ <https://www.hg.org/forestry-law.html>.

level. Although such protection includes also forests, it will not be examined here.

4. National Forest Management Act – The Planning Rule

4.1 Scope – Federal land

The NFMA and its “planning rule” applies directly only to federal forestland. This is an important delimitation as the management of private forests make up 57 percent of commercial timberland. Additionally, State and local governments manage considerable areas of forests within the U.S.

Still, there are several connections between the management of federal forests and the management of non-federal forests. The Planning Regulations stipulate that forest plans shall guide sustainable, integrated management of the resources within the plan area “in the context of the broader landscape”.²⁴ Furthermore, the Forest Service shall, besides planning under section 1604, work out and adopt a “renewable resource programme”.²⁵ This programme is based upon a comprehensive assessment of the current and future uses of not only federal, but also private and state owned forests, regarding e.g. environmental and economic impacts and coordination of multiple use and sustained yield opportunities as provided in the MUSYA.²⁶ Such information – e.g. on an expected future clearcutting of a privately or state owned forest hosting a particular habitat – can influence the planning of a nearby national forest.

Furthermore, when the Forest Service is planning and monitoring federal forests, it must cooperate and coordinate with the management of non-federal forests.²⁷ More specifically, when

developing standards and guidelines in a plan in order to maintain viable populations of species, the “responsible officer shall coordinate to the extent practicable with other federal, State, Tribal, and private land managers having management authority over lands relevant to that population”.²⁸

4.2 Three levels of forestry planning

The NFMA provides a three tier planning system, with *national strategic planning* at the highest level.²⁹ The plan establishes goals, objectives, performance measures, and strategies for management of the national forests in general.³⁰

Next level is the *unit planning*,³¹ resulting in “land management plans” for a particular national forest area, which can vary significantly in size.³² The land management plans do not formally authorize specific projects, such as logging of a forest stand. Instead, they specify the multiple-use goals that apply to each area and requirements for managing wildlife, watersheds etc. They designate areas that will not be available for logging, but they do also indicate areas that are suitable for forestry. They determine allowable volumes of timber to be cut, as well as harvesting and regeneration methods. The plans include both binding standards and guidelines. Maps are attached to the plan.³³

The third level is *site-specific plans* directly re-

Government “should be a catalyst to encourage and assist these owners in the efficient long-term use and improvement of these lands and their renewable resources consistent with the principles of sustained yield and multiple use”, NFMA § 1600(5).

²⁸ Planning regulations § 219.9(b)(2)(ii). See also § 219.10(a)(4); coordination with adjacent private land as regards e.g. “joint management objectives”.

²⁹ The Chief of the Forest Service is responsible.

³⁰ Planning Regulations § 219.2(a).

³¹ Planning Regulations § 219.2(b).

³² Above, part 1.

³³ The “supervisor” of the administrative unit is normally responsible for development and adoption of the plan.

²⁴ Planning regulations § 219.1(b).

²⁵ NFMA §§ 1601–1602.

²⁶ NFMA § 1600(3).

²⁷ See e.g. NFMA § 1604(a) and Planning Regulations § 219.12(a). Furthermore, it is stipulated that the Federal

lated to specific projects and other activities, e.g. a forest stand planned for logging.³⁴ Site-specific plans must be consistent with both higher planning levels. They may explicitly constrain the Forest Service from authorising or carrying out projects and activities, or the manner in which they may occur. Where conflicts with a site-specific plan arise, there are several options, inter alia, to modify or reject the project (activity) or to amend the plan.³⁵

4.3 Scientific approach

Science plays a crucial role in U.S. forest planning. It is a criterion in the NFMA that planning is based upon a “systematic interdisciplinary approach to achieve integrated consideration of physical, biological, economic, and other sciences”.³⁶ An “interdisciplinary team”, making inventories of the applicable resources of the forest, shall prepare plans,³⁷ making use of the “best available scientific information”. As the planning requires consideration of habitats and species (below, part 4.7), the inventories need to include also these resources. Furthermore, it must be recorded what was determined to be the best available scientific information, the basis for that determination, and how the planner applied this information.³⁸

Ryan et al. have investigated how the requirement for “best available scientific information” has been applied in practice in connection with forest planning. They conclude that forest assessments “address the required topics, although the depth and treatment varies across cases”. Approaches to “best available scientific information” rely on “peer reviewed informa-

tion, agency technical reports and syntheses; and personal expertise and judgement”.³⁹

4.4 An adaptive planning process

National forest planning is an iterative process. The intent is to “create a responsive planning process that informs integrated resource management and allows the Forest Service to adapt to changing conditions, including climate change, and improve management based on new information and monitoring.”⁴⁰ This adaptive management⁴¹ process consists of three, partly overlapping, parts:⁴²

- i. The *assessment* evaluates rapidly the existing information about relevant ecological, economic, and social conditions, trends, and sustainability and their relationship to the land management plan, within the context of the broader landscape. The Forest Service assesses, inter alia, terrestrial and aquatic ecosystems; air, soil, and water resources and quality; system drivers (e.g. climate change); carbon stocks; threatened, endangered, proposed and candidate species; social, cultural, and economic conditions; ecosystem services; recreation values; and areas of tribal importance. The assessment process includes

³⁹ Ryan C M, Cervený L K, Robinson T L, and Blahna D J (2018). Implementing the 2012 Forest Planning Rule: Best Available Scientific Information in Forest Planning Assessments, *Forest Science* 64(2):159–169, doi: 10.1093/forci/fxx004, p. 159.

⁴⁰ Planning Regulations § 219.5(a).

⁴¹ Adaptive management is frequently debated in U.S. social science literature, for and against. Doromeus recommends adaptive management to be used only when it promises to improve management outcomes sufficiently to justify the additional costs it imposes, Doromeus H (2011). Adaptive Management as an Information Problem. *North Carolina Law Review*, Forthcoming; *UC Berkeley Public Law Research Paper* No. 1744426. Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1744426.

⁴² Planning Regulations § 219.5(a)(1-3).

³⁴ Planning Regulations § 219.2(c). The supervisor or district ranger is normally the responsible official.

³⁵ Planning Regulations § 219.15(b)-(c).

³⁶ NFMA § 1604(b).

³⁷ NFMA § 1604(f)(3).

³⁸ Planning Regulations § 219.3.

participation by different governmental and non-governmental bodies.

An assessment is required both when new plans are developed and when exiting plans are revised. It is within the Forest Service's discretion to determine the scope, scale and timing of an assessment (as regards e.g. the existence of species and habitats).⁴³ However, this issue is closely connected to information that may be *required* from the Service in an EIS (below, part 4.5) and, where listed species or their habitats are concerned, in the consultation process according to the ESA (below, part 5.3).

- ii. The next part is *developing, amending or revising a plan*. The Forest Service shall develop and adopt a new land management plan for each new national forest unit. In line with adaptive management, the Service shall revise each land management plan at least every 15 years. A plan revision results in a new plan for the entire plan area. Developing and revising a plan includes public participation and necessitate often an EIS-procedure.

Besides revision, it is possible to amend existing plans at any time, in order to keep them current and to adapt to new information or changing conditions. An EIS or similar documentation may be required in connection with an amendment, depending on its scope and scale and its likely effects.⁴⁴

- iii. The responsible official shall develop a *monitoring* program for the plan area and include it in the plan. The Planning Regulations include quite detailed requirements for monitoring. The monitoring information should enable the responsible official to determine if a plan needs to be changed.⁴⁵ Monitoring

is obviously a necessary component of adaptive management.

4.5 Forest planning and Environmental Impact Statements

Forest planning is a federal agency action that often involves an EIS procedure under the NEPA.⁴⁶ Regulations specify certain types of proposed forestry actions normally requiring an EIS, inter alia, a proposal "that would substantially alter the undeveloped character of an inventoried roadless area or a potential wilderness area" e.g. in connection with harvesting.⁴⁷ In other situations, the Forest Service must do an "environmental assessment" (EA) to determine whether it can rule out "significant environmental impact". If it cannot, an EIS is required.⁴⁸ It is in this context important that the Planning Regulations require an assessment before the plan is developed, and monitoring of an already planned forest area. These procedures may provide useful information for the primary EA judgement.

An EIS shall "provide full and fair discussion of significant environmental impacts, including both direct and indirect effects and their significance". The EIS shall also include "reason-

⁴⁶ 36 CFR Chapter II, part 220. There are certain "Categorical Exclusions", where EIS or EA are exempted, but these are normally not applicable in connection with a forest planning decision; 36 CFR Chapter II, part 220.6 and 40 C.F.R. § 1508.4.

⁴⁷ 36 CFR Chapter II, part 220.5.

⁴⁸ According to the Council of Environmental Quality Regulations, EA is a more simple process. It shall include "brief discussions of the need for the proposal, of alternatives as required by section 102(2)(E), of the environmental impacts of the proposed action and alternatives, and a listing of agencies and persons consulted". One of the function of EA is to "[b]riefly provide sufficient evidence and analysis for determining whether to prepare an environmental impact statement or a finding of no significant impact" (40 CFR 1508.9). In this context, the scoping process is essential. Scoping is an "early and open process for determining the scope of issues to be addressed and for identifying the significant issues related to a proposed action", 40 CFR 1501.7.

⁴³ Planning Regulations § 219.6.

⁴⁴ Planning Regulations § 219.13(a).

⁴⁵ Planning Regulations § 219.12.

able alternatives, which would avoid or minimize adverse impacts or enhance the quality of the human environment". In addition, the EIS shall inform about possible impacts of the discussed alternatives, as well as possible mitigation means.⁴⁹ Thus, if the Forest Service in a proposed plan has set aside a forest area for the purpose of logging, possible impacts on different species and habitats must be included in the EIS as well as possible alternative areas for logging. Such information is crucial in relation to the protection of listed species according to the ESA and the protection of critical habitats for such species.⁵⁰

The EIS process involves participation of different stakeholders, including the public, who can criticise and bring in additional information into the process. The public shall have the opportunity to comment on the draft EA and draft EIS as well as other points in the in EIA preparation process.⁵¹ Any person affected by a decision made under NEPA (e.g. the content of an EIS), is entitled to bring the conflict to court for a judicial review.⁵²

4.6 Plan components

Every plan must include certain components, specified in the Planning Regulations:⁵³

- *Desired conditions*: the desired social, economic, and/or ecological characteristics of the plan area.
- *Objectives*: a concise, measurable, and time-specific statement of a desired rate of progress toward a desired condition. Objectives should be based on reasonably foreseeable budgets.
- *Standards*: a mandatory constraint to be ap-

plied when deciding upon a project or activity. The purpose of the standard is to achieve or maintain the desired conditions, to avoid or mitigate undesirable effects, or to meet applicable legal requirements. To illustrate, the following standard is used for protection of the bald eagle (Mark Twain National Forest): "Designate a ¼ mile permanent old growth corridor along the waters' edge of Table Rock Lake and Lake Wappapello (traditional bald eagle wintering areas)."⁵⁴

- *Guidelines*: a constraint on project and activity decision-making, but with a possibility to depart from its terms, so long as the purpose of the guideline is met. This is an example of guideline related to protection of the bald eagle (Mark Twain National Forest): "Maintain trees with characteristics of suitable roosts (i.e., dead or dying with exfoliating bark or large living trees with flaking bark) wherever possible with regard for public safety and accomplishment of overall resource goals and objectives."⁵⁵
- *Suitability of lands*: identification of lands as suitable for various multiple uses or activities. The identification is based on the desired conditions for those lands. The plan will also identify lands within the plan area as not suitable for uses incompatible with the desired conditions for those lands. Consequently, every plan must identify those lands that are not suitable for timber production, but also lands that are suitable for more or less intensive timber production.

⁴⁹ See further 40 CFR 1502.1 and 1502.16.

⁵⁰ Below, part 5.

⁵¹ *Anderson v. Evans*, 371 F.3d 475, 487 (9th Cir.2004) and *Citizens for Better Forestry v. U.S. Dept. of Agriculture*, 341 F.3d 961, 970 (9th Cir.2003).

⁵² Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 702.

⁵³ Planning Regulations § 219.7(e)(1)(i).

⁵⁴ https://www.fs.usda.gov/Internet/FSE_DOCUMENTS/fsm8_045308.pdf, p. 2:6.

⁵⁵ Ibid.

4.7 Protection of biodiversity and other public interests to be considered in forest planning

It is of particular interest for this study to see how forest planning manages biodiversity and other conservation values in relation to other competing interests. The concepts “multiple use”, “sustainability” and “sustained yield” are relevant in this context, as well as the specific biodiversity requirements related to species and ecosystems.

Multiple use

It is the task of the Forest Service to manage national forests in accordance with the two principles of the MUSYA, “multiple use” and “sustainable yield”. The definition of multiple use in the MUSYA is very broad:

“The management of all the various renewable surface resources of the national forests so that they are utilized in the combination that will best meet the needs of the American people; making the most judicious use of the land for some or all of these resources or related services over areas large enough to provide sufficient latitude for periodic adjustments in use to conform to changing needs and conditions; that some land will be used for less than all of the resources; and harmonious and coordinated management of the various resources, each with the other, without impairment of the productivity of the land, with consideration being given to the relative values of the various resources, and not necessarily the combination of uses that will give the greatest dollar return or the greatest unit output.”⁵⁶

The MUSYA definition, in itself, obviously provides the Forest Service with wide discretion in planning, taking into account the preconditions

in each area.⁵⁷ As the court puts it in *Perkins v. Bergland* 1979, the multiple use concept “breathes discretion at every pore”.⁵⁸

What are the multiple use interests to consider in the planning? The MUSYA summarises them as “outdoor recreation, range, timber,⁵⁹ watershed, and wildlife and fish purposes”.⁶⁰ However, the Planning Regulations are more specific, and add other interests, such as aesthetic values, air quality, cultural and heritage resources, ecosystem services, forage, geologic features, grazing and rangelands, habitat and habitat connectivity, riparian areas, scenery, soil, surface and subsurface water quality, trails, vegetation, renewable and non-renewable energy and mineral resources and infrastructure.⁶¹

Furthermore, the plan must include components, including standards or guidelines, for *integrated* resource management to provide for ecosystem services and multiple uses in the plan area. In other words, ecological, social, and economic factors must be considered in concert.⁶²

Sustainability

Forest planning “must provide for social, economic, and ecological sustainability”, consistent with the inherent capability of the plan area.⁶³ The Planning Regulations are most developed in regards to ecological sustainability. Plan components shall be used to “maintain or restore structure, function, composition, and connectivity”. Social sustainability includes e.g. recreation.

⁵⁷ Planning Regulations 219.1(b).

⁵⁸ *Perkins v. Bergland* (608 F. 2d 803 – Court of Appeals, 9th Circuit), 1979.

⁵⁹ § 219.11 include specific requirements for timber production, related to e.g. quantity.

⁶⁰ MUSYA, § 1, see also NFMA 1604(e)(1). MUSYA (adopted 1960) expanded the interests that the Forest Service must consider compared to what was required according to the 1897 Forest Service Organic Act.

⁶¹ Planning Regulations § 219.10.

⁶² Planning Regulations § 219.10(a) and § 219.19.

⁶³ Planning Regulations § 219.8.

⁵⁶ MUSYA, sec. 4(a).

Economic sustainability includes local, regional, and national economies. An important question is how ecological, social and economic sustainability relate. The Planning Regulations stipulate that plans should guide the management of national forest lands “so that they *are* ecologically sustainable and *contribute* to social and economic sustainability” (my italics).⁶⁴ The wording indicate that ecological sustainability is prior to social and economic sustainability.

Sustained yield

With reference to the MUSYA, forests should be developed and administered for “sustained yield of the several products and services”. It includes “the achievement and maintenance in perpetuity of a high level annual or regular periodic output of the various renewable resources of the national forests without impairment of the productivity of the land”.⁶⁵ The legal text hinders logging and other forest activities based solely upon a short-term demand for timber. A sustained yield necessitates a long-term understanding of land productivity.

Biodiversity

The protection of forest biodiversity in forest planning is to a considerable extent related to legal requirements in the ESA (see further part 5), but there are important provisions also in the Planning Regulations. In assessment and planning, the Forest Service shall adopt “a complementary ecosystem and species specific approach” or, as Schulz et al. put it, “a combined coarse- and fine-filter approach”.⁶⁶ The “coarse filter” approach concerns ecosystem integrity and diversity.⁶⁷ Plan components must function

to maintain or restore ecosystem structure, function, composition, connectivity, key ecosystem characteristics, rare species communities, and native tree diversity. The coarse filter’s focus on ecosystems and habitats is intended to provide for adequate protection of federally listed threatened and endangered species, proposed and candidate species (all under the ESA), and to maintain a viable population of each species of conservation concern within the plan area. However, where the coarse filter is deemed insufficient, the “fine filter” approach shall supplement with protection measures on the species level including, inter alia, buffer areas around specific nest sites.

The Planning Regulations and in particular the coarse filter and fine filter approaches aim to prevent clashes with the restrictions in the ESA. Part 5.4 elaborates on this proactive planning function.

Conclusion

In a historical perspective, the Forest Service has periodically paid more attention to the short-term economic interest of timber production than to different conservation interests.⁶⁸ With that in mind, Schulz et al. stress the importance of clear substantive requirements in the plan.⁶⁹ They conclude that, if the requirements are not “specific, measurable, binding and enforceable, history suggests that effective wildlife conservation planning will end up as a secondary objective”.⁷⁰ This is presumably a correct analysis and a wise recommendation. It is in this respect relevant that the 2012 Planning Regulations com-

⁶⁴ Planning Regulations § 219.1(c).

⁶⁵ MUSYA § 2 and § 4(b).

⁶⁶ Schulz et al., p. 432.

⁶⁷ § 219.9(a). Ecosystem integrity and diversity are defined in § 219.19.

⁶⁸ Above, part 2. However, see Glicksman R L (2014). *Wilderness Management by Multiple Use Agencies: What makes the Forest Service and the Bureau of Land Management Different?* GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2014-42. Glicksman argues that the Forest Service historically has been more receptive to wilderness preservation than the Bureau of Land Management.

⁶⁹ Schulz et al., p. 434.

⁷⁰ *Ibid*, p. 435.

plete the wide multiple use concept in MUSYA. The regulations put much weight on conservation values, especially the protection of species and habitats, which is substantiated by the coarse filter and fine filter approach based on scientific assessments. The interest to satisfy short-term demand for timber is not in itself an objective in the legislation. It is also relevant here that an EIS typically is required when conservation values are threatened and that the ESA triggers prohibitions when listed species or critical habitats are in danger (below, part 5). These provisions altogether should influence the Forest Service to formulate plan standards related to conservation that are “specific, measureable, binding and enforceable”, and presumably counteract the path dependence risks indicated by Schultz et al.

5. Forest planning and the Endangered Species Act

5.1 General

The ESA includes very far reaching restrictions of land and water utilisation, including forestry, with the aim to protect endangered and threatened species and their habitats. The Supreme Court expressed the harsh nature of the act in the famous “Snail Darter” case from 1978, halting the construction of the multi-million dollar Tellico Dam in order to save the habitat of an endangered fish species. According to the Court, “the plain intent of Congress in enacting [the ESA] was to halt and reverse the trend toward species extinction, whatever the cost.”⁷¹ Congress has amended the ESA several times after the “Snail Darter” case, in order to create more flexibility. The Trump administration has recently suggested some revisions, inter alia, to shrink the size of designated critical habitats and to weaken the protection of threatened species. The proposed

changes are debated.⁷² Still, even if the U.S. Congress accepts these proposals, the ESA will internationally uphold the position as a statute with very far reaching restrictions, not least as private landowners are not entitled to compensation (below part 6).

The ESA applies to land and water areas irrespective of ownership. The Federal Wildlife Service (FWS)⁷³ and the National Marine Fisheries Service (NMFS)⁷⁴ are chief responsible for the implementation of the act. Forest management issues concern primarily the FWS and the following text will refer only to this agency.

This part does not provide a complete analysis of the ESA. It covers (not in detail) the main instruments: listing of species and designation of critical habitats (article 4), the control of federal agency actions (article 7), the general prohibition of “taking” listed species (article 9) and the possibility to depart from this prohibition in cases of incidental taking (article 10). These articles are related to forest planning of federal land (national forests), conducted by the Forest Service. Articles 9 and 10 ESA applies also to forestry on private land. This is further discussed in part 6.

5.2 Listing of species and designation of critical habitat

The purpose of the ESA is not merely to protect certain species individuals but also the ecosystems upon which those species depend.⁷⁵ Still, it is the listing of species of wild fauna or flora that triggers the different protection instruments in the Act. Based on certain criteria,⁷⁶ the ESA differentiates between certain categories of species.

⁷¹ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).

⁷² ENDANGERED SPECIES: Trump admin proposes regulatory overhaul – Thursday, July 19 – www.eenews.net.

⁷³ Under Secretary of Interior.

⁷⁴ Under Secretary of Commerce.

⁷⁵ ESA § 2(b).

⁷⁶ ESA § 4(a)(1).

Most important are “endangered” and “threatened” species.⁷⁷ Both categories are listed. There are also species under consideration for such listing, so-called “candidate species”.⁷⁸

When the FWS has listed a species as endangered or threatened, the authority shall make two strategic conservation decisions: to designate a “critical habitat”, and to create a “recovery plan” for the species, including, inter alia, site-specific conservation measures.⁷⁹ A critical habitat is, primarily, areas with “physical and biological features (I) essential to the conservation of the species and (II) which may require special management considerations or protection”. A critical habitat may include also an area not occupied by the species at the time for listing.⁸⁰

Some species, such as certain woodpeckers, owls and other beasts of prey, occupy large areas in which they search for food etc. However, normally, a critical habit shall not include “the entire geographical area which can be occupied by the threatened or endangered species”.⁸¹ In addition, the FWS shall designate a critical habitat “after taking into consideration the economic impact, and any other impact”.⁸² Therefore, although the FWS is obliged to designate critical habitat, strong opposite interests may force the agencies

to limit the size and thereby the ecological functionality of the habitat.

According to Schulz et al., in 2013, 430 species in the national forests were listed as threatened or endangered (there were 60 candidate species). More than 6470 km² of terrestrial habitat and 35 000 km of stream habitat on national forest land were designated as critical habitat under ESA.⁸³

5.3 Forest Service actions and consultations with FWS

Section 7 – “Interagency Cooperation” – is a cornerstone among the instruments in the ESA.⁸⁴ The Forest Service, as any other federal agency, shall “insure that any action authorized, funded, or carried out”, inter alia a forest plan

“is not likely to jeopardize the continued existence of any endangered species or threatened species
or
result in the destruction or adverse modification of habitat of such species”.

In order to comply with this *no-jeopardy requirement*, the Forest Service shall consult with FWS in connection with the planning. This is a rather thorough consultation process, in which the Forest Service must use the best available scientific and commercial data.⁸⁵ If there are listed species “in the area”, the Forest Service shall conduct a “biological assessment”, in order to identify possible endangered species or threatened species that the plan is likely to affect.⁸⁶

⁷⁷ ESA § 4(a)(1), § 3.6 and § 3.20. “Endangered” is a species “which is in danger of extinction throughout all or a significant portion of its range”. “Threatened” is a species “likely to become an endangered species within the foreseeable future throughout all or a significant portion of its range”.

⁷⁸ ESA § 4(b)(3). According to FWS, “candidate” species are plants and animals for which FWS has sufficient information on their biological status and threats to propose them as endangered or threatened under the Endangered Species Act (ESA), but for which development of a proposed listing regulation is precluded by other higher priority listing activities; https://www.fws.gov/endangered/esa-library/pdf/candidate_species.pdf.

⁷⁹ ESA § 4(f)(1).

⁸⁰ ESA § 4(a) and § 3(5)(A).

⁸¹ ESA § 3(5)(B).

⁸² ESA § 4(b)(2).

⁸³ Schulz et al., p. 439.

⁸⁴ See more in detail: U.S. Fish & Wildlife Service and National Marine Fisheries Service (1998). *Endangered Species Consultation Handbook, Procedures for Consultation and Conference Activities Under Section 7 of the Endangered Species Act*. Cited here: Handbook ESA section 7.

⁸⁵ ESA § 7(a)(1)(2).

⁸⁶ ESA § 7(c)(1).

The formal consultation process under section 7 is in practice normally preceded by an informal consultation process where, inter alia, the existence of listed or candidate species and designated or proposed critical habitats are investigated, as well as the possible effects of an activity. If the informal consultation of, inter alia, a future forest plan leads to the conclusion that forest activities (such as logging) are likely to “affect” the concerned species or habitats, a formal consultation is necessary.⁸⁷

The formal consultation process follows a specific order.⁸⁸ After an initial consultation period, normally 90 days, the FWS shall provide a draft biological opinion. If the opinion concludes that listed species or their critical habitat is threatened, the FWS shall suggest “reasonable and prudent alternatives”, which they believe would not violate the no-jeopardy requirement mentioned above (e.g. by suggesting an alternative forest area for logging). After a Forest Service review of the draft biological opinion, the FWS ends the consultation process by delivering a final biological opinion, including:

- a description of the proposed action,
- the status of the species and critical habitat,
- the “environmental baseline”, comprising effects of past and ongoing factors leading to the current status of the species, their habitats and the ecosystem, but not including effects of the proposed action,
- effects of the proposed action and cumulative effects of future State, tribal, local and private actions that are reasonably certain to occur in the concerned area.⁸⁹

If after considering these factors the FWS concludes, that a forest plan is “likely to jeopardize

the continued existence of any endangered species or threatened species or result in the destruction or adverse modification of habitat of such species”, the Forest Service may not adopt the forest plan.⁹⁰

Section 7 can occasionally allow a forest plan to include a so-called “incidental take” of a species. It is necessary to explain this special situation further. The background is the general “taking prohibition” under the ESA section 9. Taking includes “to harass, harm, pursue, hunt, shoot, wound, kill, trap, capture, or collect, or to attempt to engage in any such conduct.” “Harm” is of particular interest here as it, according to regulations under the ESA, includes “significant habitat modification or degradation which actually kills or injures fish or wildlife by significantly impairing essential behavioural patterns, including, breeding, spawning, rearing, migrating, feeding or sheltering”.⁹¹ This provision is not completely clear; the FWS has to decide on a case-by-case basis if a modification actually “kills or injures fish or wildlife”. E.g., if there are other similar habitats in the region, the agency may consider these to satisfy a continued existence of the species.

Furthermore, there is an exemption from the taking prohibition, for such taking that is “incidental” to and not the purpose of the action. This exemption is relevant to commercial forestry; in case of e.g. a logging of a forest stand with breeding sites, the purpose of the action is to get timber while the habitat modification is incidental to the action. It is then necessary to comply with certain restrictive preconditions in order to grant an incidental take permit (ESA section 10, see further part 6). However, in a consultation under section

⁸⁷ Handbook ESA section 7, chapter 3, describes the informal consultation.

⁸⁸ Ibid, section 7, p. 4-3 (Figure 4-1).

⁸⁹ See more in detail, *ibid*, 4-22 – 4-33.

⁹⁰ ESA § 7.

⁹¹ 50 CFR Part 222. See also *Babbitt v. Sweet Home Chapter of Communities for a Great Oregon, et al.*, No. 94-859. Supreme Court upheld the FWS definition of “harm” to include “adverse modification” of habitat.

7, this is not sufficient. Irrespective of section 10, a forest plan does not comply with section 7 if an incidental taking is “likely jeopardize the continued existence of any endangered species or threatened species or result in the destruction or adverse modification of habitat of such species” (no-jeopardy requirement).⁹²

It is an important function of the consultation process to avoid violation of the no-jeopardy requirement, by searching for reasonable and prudent alternatives. However, if the interagency cooperation eventually fails to find alternatives, and the no-jeopardy requirement consequently is triggered, an exemption may occasionally be granted by the “Endangered Species Committee”,⁹³ also called the “God Squad”. The Committee was established under the ESA in 1978, as a political reaction to the far-reaching economic impacts of the outcome in the “Snail Darter” case. In order to grant an exemption, the action must be of regional or national significance, no reasonable and prudent alternative shall be available for the action, and the benefits of the action must clearly outweigh the benefits of any alternative consistent with conservation of the species.⁹⁴ The exemption cases have been few in practice, presumably because the consultation process normally solve potential conflicts.⁹⁵ The Committee has e.g. exempted a project concerning the sale of timber from a forest area that was a critical habitat of the Northern Spotted Owl (a court later annulled the decision for formal reasons).⁹⁶

⁹² As a matter of policy, the FWS require that an incidental take statement be included in all formal consultations (except for plants), Handbook ESA section 7, p. 4–46.

⁹³ ESA § 7(e). The Committee includes seven members (six from the US Cabinet).

⁹⁴ See more in detail: ESA § 7(h).

⁹⁵ Baur D C and Irvin W R (2002). *The Endangered Species Act: law, policy and perspectives*, American Bar Association.

⁹⁶ *Portland Audubon Society v. Endangered Species Committee*, Court of Appeals for the Ninth Circuit 984 F.2d 1534

5.4 The role of proactive forest planning under the NFMA in relation to the ESA restrictions

The Planning Regulations stipulate that plans “must comply with ... the Endangered Species Act”.⁹⁷ In addition, as mentioned above, the regulations include their own provisions for protection of forest biodiversity, requiring the Forest Service to plan for the viability of endangered, threatened and candidate species. As emphasised in *Seattle Audubon Society v. Evans* 1991, it is not sufficient for the Forest Service to focus narrowly on one species alone (in this case the Spotted Owl). The planning must adopt a broader approach that includes the *entire ecosystem*.⁹⁸ More specifically, the Forest Service shall use standards and guidelines in the plans, to implement primarily the coarse filter approach (ecosystem integrity and diversity components) and, secondly, the fine filter approach (species-specific components) mentioned above.⁹⁹ Specific habitats shall be protected, but also forest-wide requirements are needed, e.g. to maintain a certain amount of old growth or to prohibit certain forestry practices.

The biodiversity protection rules in the forestry planning legislation has an important preventive function in relation to the more reactive and crises-based ESA restrictions. A preventive planning can significantly reduce the risk for species degradation and avoid high costs for late recovery measures. Such planning can therefore deter the FWS from listing a candidate species. This necessitates a preventive planning with standards that are not merely vague, voluntary,

(9th Cir. 1993). The Court found that three members of the Committee had been in contact with the U.S. President George H.W. Bush regarding the conflict, a violation of the Administrative Procedures Act.

⁹⁷ Planning Regulations § 219.1(f).

⁹⁸ *Seattle Audubon Society v. Evans*, 1991 WL 180099 (W.D. Wash. 1991).

⁹⁹ Part 4.7.

speculative or unenforceable (*Oregon Natural Resources Council v. Daley* 1998).¹⁰⁰ Clear, precise and enforceable standards in a land management plan can also be relevant in the application of section 7, when determining whether a project is not likely to jeopardize the continued existence of a listed species or result in the destruction or adverse modification of their habitats.¹⁰¹

Schulz et al. mentions several cases where the FWS has decided not to list a particular species or has made a no-jeopardy determination (above, part 5.3), because of the standards and other regulatory mechanisms in a forest plan.¹⁰² Case law has recognised this connection between the ESA and effective forest plan standards.¹⁰³ The reverse is also true; there are cases where FWS has listed species partly due to the lack of binding and detailed standards in forest plans.¹⁰⁴

Preventive planning can be a factor in FWS decisions to delist a species.¹⁰⁵ Again, this depends on how clearly the plan standards reflect the coarse filter (ecosystem) approach and, where necessary, the additional species-specific approach.¹⁰⁶

A controversial example historically is the delisting of the grizzly bear. This species was listed 1975, partly due to the lack of clear and enforceable requirements in the forest plans. Following a conservation strategy for the bear, the Forest Service amended several plans and included habitat standards. This led to a delisting

decision by the FWS, which was first repealed by a district court because of inadequacy of the standards but, after appeal, approved by the Ninth Circuit, who found the standards sufficient under the ESA, because they were legally enforceable and binding for forest management in the areas concerned (*Greater Yellowstone Coalition v. Servheen* 2011).¹⁰⁷

In sum, there is a close connection between forest planning and the ESA. Whether or not forest planning plays the intended proactive role depends on the Forest Service's ambition to formulate precise and adequate standards, which is emphasised in both case law¹⁰⁸ and literature. As Schultz et al. says: "Legally binding and enforceable standards promote accountability and provide increased certainty about future management actions".¹⁰⁹

6. Private forestry and ESA

– some remarks

As mentioned,¹¹⁰ the NFMA forest planning does not directly concern private land. In contrast, the ESA applies to all land irrespective of ownership. There are certain differences compared to the Swedish legal situation that are useful to highlight here as a possible Swedish forest landscape plan would, directly or indirectly, imply restrictions for private landowners in order to protect certain species and their habitats.

The consultation process under ESA section 7 (see part 5.3 above) applies to a private project only if this is subject to authorisation or funding by a federal agency. However, there is no general authorisation of forest activities on private land and federal funding of private forestry is rare. Instead, the *general* prohibition in section 9 on

¹⁰⁰ Compare above, part 4.7.

¹⁰¹ ESA § 7(a)(2).

¹⁰² Schulz et al., p. 440.

¹⁰³ *Pacific Coast Federation of Fishermen's Association v. National Marine Fisheries Service* 2001.

¹⁰⁴ Schulz et al., p. 440.

¹⁰⁵ Delisting of species is not very frequent in practice: <https://ecos.fws.gov/ecp0/reports/delisting-report>. See also Epstein Y (2018). *Adversarial Legalism and Biodiversity Protection in the United States and the European Union*, *Transnational Environmental Law*, 491-513, Cambridge University Press, doi:10.1017/S2047102518000109, p. 16.

¹⁰⁶ Planning Regulations § 219.9(b).

¹⁰⁷ Schulz et al., p. 441.

¹⁰⁸ *Oregon Natural Resources Council v. Daley*, 16 F. Supp. 2d 1256 (1988).

¹⁰⁹ Schultz et al., p. 439.

¹¹⁰ Part 4.1.

“taking” listed species applies to private as well as other landowners.¹¹¹ As mentioned (part 5.3), one form of taking is “harm”, including “significant habitat modification or degradation which actually kills or injures fish or wildlife”.¹¹² Logging and forestry activities may be regarded as “harm”, although the circumstances in each case determine if the modification or degradation “actually kills or injures fish or wildlife”.

However, as “harm” of a species typically is incidental to (not the purpose of) a forestry action, a private forest owner can apply for an incidental take permit according to section 10. The FWS can grant such a permit only if several preconditions apply. The applicant must produce a “conservation plan”, on which the public can comment, ensuring that the anticipated take of a listed species will be minimized or mitigated by conserving the habitat upon which the species depend, thereby contributing to the recovery of the species as a whole.¹¹³ More specifically, the conservation plan and other documentation must prove that

- i. the taking will be incidental;
- ii. the applicant will, to the maximum extent practicable, minimize and mitigate the impacts of such taking;
- iii. the applicant will ensure that adequate funding for the plan will be provided;
- iv. the taking will not appreciably reduce the likelihood of the survival and recovery of the species in the wild;
- v. the required measures will be met; and
- vi. there are “such other assurances ... that the plan will be implemented”.¹¹⁴

¹¹¹ ESA § 9(a)(1)(B). The rule applies to endangered species. FWS has expanded the prohibition to most threatened species in regulations.

¹¹² 50 CFR Part 222.

¹¹³ U.S. Fish & Wildlife Service. Habitat Conservation Plans Under the Endangered Species Act. <https://www.fws.gov/endangered/esa-library/pdf/hcp.pdf>.

¹¹⁴ ESA § 10(a)(2)(A).

To conclude, as “harm” sometimes is the result of logging and other activities, and as the preconditions for receiving an incidental take permit are restrictive; ESA constitute considerable obstacles to such private forestry activities that may negatively affect endangered and threatened species’ habitats. Furthermore, where the FWS grants an incidental take permit, the required conservation plan imposes restrictions on land use and costs. A subsequent question is therefore whether landowners are entitled to compensation from the Federal Government for infringement of their property rights, because of the restrictions.

No legislation in the U.S. explicitly specifies the situations where landowners are entitled to compensation for restrictions in the land use. The question is instead if restrictions under the ESA trigger the so-called “takings clause” in the constitution (The Fifth Amendment), which prohibits the federal government from taking property for public use without “just” compensation. The U.S. courts must then decide if a regulation constitutes a “taking” after a balancing of interests, in which the so-called *Penn Central Test* provides the most guidance.¹¹⁵ The court then weighs the “character of the government action” against the economic burden for the property owner. However, so far, no verdict has recognised restrictions under the ESA as a regulatory taking.¹¹⁶ The legal situation the U.S. is therefore very different from Sweden (see further below, part 7.6).

¹¹⁵ The test derives from the case *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978).

¹¹⁶ There is no place for further analyses of the takings clause in this paper, see e.g. Davis M J and Glicksman R L (1989). To the Promised Land: A Century of Wandering and a Final Homeland for the Due Process and Takings Clauses, *Oregon Law Review*, Vol. 68, p. 393. See also and Polasky S and Doromeus H (1998). When the Truth Hurts: Endangered Species Policy on Private Land with Imperfect Information, *Journal of Environmental Economics and Management* 35, p. 25 f.

7. What can Sweden learn from US forest planning law?

7.1 Basic preconditions in Sweden

The legal requirement under the “planning rule” in the NFMA, to adopt, review and monitor strategic and operational forest plans, has no counterpart in Sweden today. However, forest planning in Sweden is part of voluntary certification systems. Many forestry operations in Sweden are certified through the Forest Stewardship Council (FSC) or the Programme for the Endorsement of Forest Certification (PEFC). Both organisations require a forest management plan. In the planning, the forest manager is obliged to consider also the ecological landscape perspective, according to some certification criteria.¹¹⁷

Several differences between the Swedish certification and the U.S. NFMA planning are relevant when considering landscape ecological aspects. Certification is voluntary. Although many forest managers in Sweden participate in the FSC or the PEFC, single uncertified forest stands can play a vital role in the forest landscape ecosystem, e.g. by hosting a habitat with key importance for the landscape connectivity. A legal forest planning in Sweden would cover all forest stands in the designated forest landscape, as the U.S. NFMA planning does.

Furthermore, the focus is different. Certification standards are addressed to each individual forest manager who is directly responsible only for his or her forestland, which presumably affects also how and to what extent landscape ecological aspects are considered in the planning. The NFMA assessments and planning in land management plans focus directly on the entire forest landscape preconditions.

The planning structure and the planning administration is different. NFMA planning is a hierarchy where national general rules govern the development of strategic regional land management plans, which in turn are binding for site specific plans and individual projects. A federal agency is responsible for the forest planning in the U.S. (on federal land), not the landowner as in the Swedish certification system. Finally, the NFMA, with its interconnections to the NEPA and the ESA, stipulates a detailed forest planning process, which includes, inter alia, a scientific approach and public participation. This is a clear difference to the Swedish certification.

It is assumed here that the certification systems are considered insufficient to fulfil Sweden’s international and EU obligations on protection of biodiversity, and the national environmental quality objectives related to biodiversity (such as “Living forests”). It is also assumed that a new Swedish legislation on forest planning will be considered to improve the fulfilment. The U.S. system may then serve as inspiration, as regards how to structure the legislation and what components to include.

The planning rule in the NFMA applies only to federally owned lands, while a Swedish legislation would apply also to private lands. More than 75 % of the Swedish forests are privately owned. This generates additional legal questions for Sweden. Nevertheless, the U.S. legislation related to forest planning is relevant to pay regard to in a Swedish legislative investigation, as the potential conflicts between different public interests in connection with forestry are the same, not least the relation between forestry and protection of species and habitats.

¹¹⁷ <https://se.fsc.org/se-se/standarder/svensk-skogsbruksstandard> (under item 6) and <https://pefc.se/wp-content/uploads/2017/12/PEFC-SWE-002-Skogsstandard-2017-12-15.pdf>

7.2 A hierarchy of three level, adaptive planning

The three level forest planning under NFMA provides a top down approach, where the upper level governs the lower level planning.¹¹⁸ Regulations on national level serve the function to determine the general substantial requirements, procedures etc. in order to provide for certain consistency in the planning of different areas. A regional (in U.S. "unit") land management planning level focuses on the forest landscape irrespective of administrative borders.¹¹⁹ The operational, site specific planning level determines preconditions for specific forest stands. This hierarchy forest planning system would obviously be new for Sweden and counteract the present forest policy principle "freedom under responsibility" for forest owners. The argument for a three level hierarchy planning in Sweden would be the need to accomplish important public interests, inter alia, to fulfil international and, in particular, EU obligations related to protection of species and habitats.

Three components in the NFMA planning – "assessment", "developing, amending or revising a plan", and "monitoring" – constitute a system of adaptive forest management on federal land.¹²⁰ As planning decisions related to nature typically are made under more or less uncertainty of the consequences, due to unpredictable events (not least in relation to climate change) and new knowledge, adaptive management would be useful also in a Swedish forest planning. The adaptive approach is already an essential part in the Swedish implementation of

the Water Framework Directive and the Marine Strategy Framework Directive.

7.3 Governing the planning

The proactive function in forest planning

The listing of endangered and threatened species and the designation of critical habitats under the ESA affect forest activities.¹²¹ ESA Section 7 is particularly important. It is almost impossible to allow a forest activity that, despite mitigation measures, is "likely jeopardize the continued existence of any endangered species or threatened species or result in the destruction or adverse modification of habitat of such species". The power for the Endangered Species Committee to grant an exception according to ESA section 7 will presumably apply very rarely. Instead, the appropriate remedy to prevent clashes with the reactive ESA is a *proactive* forest planning, in order to early and strategically protect the forest ecosystem and where needed impose recovery measures. The NFMA coarse filter approach serves to maintain or restore ecosystem qualities, such as connectivity between habitats. The fine filter is supplementary and used when there is a need for additional protection of particular species habitats (e.g. buffer zones near breeding sites).

The background is similar in the EU and Sweden. The Birds and Habitats directives prohibits the destruction or damage of breeding sites and resting places. The Swedish Species Protection Ordinance implement these prohibitions. Following the EU Commission guidelines, this does not entail a protection of every single habitat. Instead, it is sufficient to safeguard an "ecological functionality" of different breeding sites and resting places.¹²² However, in Sweden,

¹¹⁸ Above, part 4.2.

¹¹⁹ In Sweden, water management plans under the Water Framework Directive apply to water basins irrespective of administrative borders for counties and municipalities.

¹²⁰ Above, part 4.4.

¹²¹ Above, part 5.4.

¹²² Directorate-General for Environment. Guidance Document on the Strict Protection of Animal Species of Community Interest under the Habitats Directive 92/43/EEC,

the prohibitions to destroy or damage breeding sites and resting places are applied case-by-case and in a “first come, first served” manner, meaning habitats are exploited one by one until the ecological functionality is deemed to be threatened. There is no initial overall assessment of the landscape indicating protection priorities. There are also continuous conflicts with the species protection prohibitions in individual cases, reflected in court decisions.¹²³ The EU Commission recommends a proactive and strategic forest management in order to prevent such clashes and to provide for more rational, strategic protection. The Commission points out forest planning as a useful instrument in this respect.¹²⁴ The experiences from the U.S. forest planning as a functioning proactive instrument, provided that clear and enforceable plan standards are used,¹²⁵ further strengthens the argument for forest planning in Sweden.

Discretion and balancing of interests

Although the ESA forces the Forest Service to protect listed species and critical habitats in its planning, and indirectly promotes a proactive strategic biodiversity planning, there are also frequent situations where different conservation interests and other public interests can compete and, often, be combined. The “multiple use” concept in the MUSYA, supplemented by the more

detailed Planning Regulations, provides considerable discretion for the Forest Service in finding the most appropriate combination of uses with regard to the preconditions in each case.

Likewise, apart from the situations where protection is legally necessary, flexibility and discretion in a Swedish planning legislation would allow the Forest Authority to make priorities with regard to local and other preconditions. This should provide for more differentiated forestry than today. E.g., the plan could designate areas with insignificant conservation interests as suitable for intensive forest cultivation, which can be motivated for the climate policy interest of producing biomass.

In order to force the planning authority to assess (but not necessarily satisfy) certain important interests, these can be specified in the forest planning legislation, as is done in the U.S. Planning Regulations¹²⁶ and e.g. the Swedish Plan and Building Act.

7.4 Providing adequate information

The U.S. planning system includes several tools aiming to ensure sufficient quality of information for planning decisions. Both the assessment and monitoring phases fulfil that function.¹²⁷ Furthermore, the obligation to make use of the “best available scientific information”, involving physical, biological, economic, and other sciences, imbues the planning process in the NFMA. An interdisciplinary team shall prepare the plans. In addition, the Forest Service is obliged to use the best scientific and commercial data available according to the ESA, when assessing if a proposed forest activity is likely to jeopardize the continued existence of any listed species or result in the destruction or adverse modification of a

p. 41. Available online: http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf. Hereafter: EU Commission Guide.

¹²³ Forsberg M (2018). Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten, *Nordisk miljörättslig tidskrift* 2018:1, s. 81 ff. See also Michanek G, Bostedt G, Ekvall H, Forsberg M, Hof A R, de Jong J, Rudophi J and Zabel A (2018). Landscape Planning—Paving the Way for Effective Conservation of Forest Biodiversity and a Diverse Forestry? *Forests* 2018, 9(9), 523, <https://www.mdpi.com/1999-4907/9/9/523/htm>. Hereafter Michanek et al.

¹²⁴ EU Commission Guide, pp. 40 and 32.

¹²⁵ Above, part 5.4.

¹²⁶ Above, part 4.7.

¹²⁷ Above, part 4.4.

habitat of such species.¹²⁸ Likewise, private forest owners are also obliged to provide adequate and extensive biological and other information in a conservation plan, when applying for an incidental take permit according to the ESA.¹²⁹

The close relation to the NEPA is obviously important in order to provide information quality. An EIS is often required in connection with forest planning. The purpose is to extort useful information concerning the possible impacts on biodiversity and other environmental interests, on available reasonable alternatives and on mitigation measures.

It is necessary to consider how to provide adequate information also for a possible forest planning law in Sweden. Planning based upon high quality scientific knowledge should facilitate the selection of alternatives, not least which of several habitats to protect in an area. Such high quality knowledge is important also for landowners, in order to avoid restrictions that are not justified or proportional. The combination of coarse filter, e.g. in order to assess the ecological functionality of habitats, and a supplementary fine filter is perhaps useful also in a Swedish forest planning. However, this paper will not discuss in detail the appropriate assessment methodologies for Sweden.

As in the U.S., the link between a Swedish forest planning and Environmental Impact Assessments (EIA) is crucial. The Environmental Code [Miljöbalken 1998:808] Chapter 6 regulates Environmental Impact Assessments (EIA), for projects ("project EIA") as well as for plans and programmes ("strategic EIA"). A project-EIA is currently normally not required for regular logging within forestry. However, if Sweden adopts a forest landscape planning legislation, a strategic EIA will be required as soon as a plan is expected

to cause significant environmental impact ("betydande miljöpåverkan").¹³⁰ This is decided on a case-by-case basis, taking into account several factors, inter alia, if the EIA would be significant for compliance with environmental legislation, such as the protection of species and habitats according to the Species Protection Ordinance. Other factors to consider are e.g. probable environmental impacts and their extent.¹³¹ Although the Swedish EIA legislation provides for some discretion, a strategic EIA would presumably be required quite often. This would entail a new situation for Swedish forest management.

7.5 Public participation and access to justice

The NEPA EIS process involves participation by authorities, the public and the concerned landowners. Participation provides for transparency and improved information quality. Participation is also a recurrent component throughout the NFMA planning process itself, under the Planning Regulations.¹³²

Participation would be an even more important issue in a Swedish forest planning legislation, as the planning presumably would encompass also privately owned land. The participation of landowners is probably necessary in order to accomplish a rational planning. Also other stakeholders (such as certain authorities and environmental organisations) can contribute to information quality. An EIA process in connection with planning will require public participation in terms of hearings etc.

Another important aspect to discuss further in connection with a new planning legislation is the right for certain authorities, landowners and environmental organisations to challenge a planning decision in court. Appeals are important not

¹²⁸ Above, part 5.3.

¹²⁹ Above, part 6.

¹³⁰ Environmental Code, Ch.6, § 3.

¹³¹ Environmental Assessment Regulations [miljöbedömningsförrordningen], § 5.

¹³² Above, part 4.4.

only for the appellant. As indicated above, the U.S. courts have historically clarified several legal aspects of forest planning. However, there is not room in this paper to elaborate on participation and access to justice issues.

7.6 Private landowners and compensation

Private forest owners are not only concerned by rights to participation and access to justice, but also of the right to be compensated when forestry is restricted in connection with the protection of species and habitats. This is an issue in U.S. when private forestry is restricted under the ESA (NFMA planning, however, applies only to federal lands). Similarly, in Sweden, landowners sometimes claim right to compensation when habitats are protected under the Environmental Code. In the future, the compensation issue can also be actualised in connection with planning of private forestland, but this is depending on if the plan restrictions are legally binding or not for the landowners.

As already indicated,¹³³ the legal situation in Sweden and the U.S. differs significantly. Landowners are not compensated in the U.S., as restrictions under the ESA are not regarded as a governmental “regulatory taking” (takings clause). This is particularly important when the FWS has designated areas of forests as “critical habitat”. The legal situation is different from Sweden where, basically, restrictions on ongoing land use for the purpose of nature protection entitles to compensation if the restriction is significant, which is normally the case in connection with forestry.¹³⁴ The landowner is then entitled

to compensation up to 125 % of the market value of the estate.¹³⁵

Swedish landscape planning would be dependent on the legal principles for compensation stipulated in the Constitution. As these for the landowner relatively generous principles seem to gain support from a clear majority in the Swedish parliament, they are very unlikely to change in a foreseeable future. A landowner’s right to compensation is and will therefore impose a considerable obstacle to the protection of biodiversity at times where state financial resources for nature conservation are scarce, unless it is possible to achieve financing through other means or land is protected voluntarily.¹³⁶ Contrary to the Swedish authorities for nature conservation, the U.S. federal agencies can impose conservation requirements on private landowners without budget restrictions. However, there is another side of the coin. Polasky and Doromeus argue that the lack of compensation in the U.S. in connection with the ESA restrictions is a disincentive for landowners to cooperate with conservation authorities and to provide accurate information on e.g. species and habitats on private land.¹³⁷ Landowners have also little incentives to provide to maintain or improve a habitat and may even prefer to destroy it in order to preempt regulation.¹³⁸ It is therefore argued that subsidies and releases may improve cooperation with land-

tion is regarded as “significant” (depending on the size of the habitat).

¹³⁵ It is not legally clear if the prohibitions following from the Swedish Species Protection Ordinance entitle to compensation, where the prohibitions derive from EU law. Possibly, a landowner would be entitled to compensation based on general legal principles, in light of the Constitution chapter 2, section 15. The breeding sites and resting places protected by the Ordinance have a relatively small size.

¹³⁶ Michanek et al. (2018), part 6.

¹³⁷ Polasky and Doromeus, p. 41 f.

¹³⁸ Lueck D and Michael J A (2003). Preemptive Habitat Destruction Under the Endangered Species Act, *Journal of Law and Economics*, vol. XLVI.

¹³³ Above, part 6.

¹³⁴ The legislation does not entitle to compensation in cases when the Species Protection Ordinance directly hinders activities that may damage breeding sites or nesting places, e.g. in forests. However, it is possible that courts on the bases of general legal principles would accept a demand for compensation, provided the restric-

owners, and stimulate active participation in the work to maintain and restore habitats.¹³⁹

8. Summarising remarks

By analysing the structure and crucial components in the U.S. NFMA planning rule and related legislation, this article intends to provide useful information to be considered in a possible future elaboration of a Swedish forest planning legislation. Legal constructs for multi-level planning, adaptive management, high scientific quality and participation are some of the important features to reflect upon.

The article specifically stresses the role of forest planning in strategic conservation of the forest ecosystem and its species and habitats, in order to more effectively manage forest ecosystems and avoid clashes with specific legislation on species protection. U.S. forest planning fulfils this proactive function and a Swedish forest planning law could do the same, at least if

planning requirements are clear and enforceable. However, a strict protection is not needed always. From a wide geographical perspective, forest landscapes in both the U.S. and Sweden vary considerably and provide for different kinds of uses. The U.S. planning legislation is rooted in a multiple use concept, furnishing considerable discretion for the Forest Service to balance different interests and finding combinations of uses with regard to local and other preconditions. A similar construction in Sweden would provide for more varied use. Not least important from a climate policy perspective could be for the planning to identify those forest areas that have only negligible conservation values. The plan would inform authorities where it is possible to allow such intensive forest cultivation that – if politically desired and decided – is exempted from normal legal nature conservation requirements and some other forest management restrictions.

¹³⁹ This issue cannot be discussed here, see e.g. Langpap C, Kerkvliet J and Shogren J (2018). The Economics of the U.S. Endangered Species Act: A Review of Recent Developments, *Review of Environmental Economics and Policy*, volume 12, issue 1, Winter 2018, pp. 69–91 doi: 10.1093/reep/rex026, p. 79 ff.

