

Oslo, 27. februar 2017

BERNKONVENSJONEN SOM RETTSLIG RAMME FOR NORSK ULVEFORVALTNING

Professor dr. juris Geir Ulfstein,
Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo

1. Innledning

Denne utredningen er avgitt på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet (KLD) og omfatter rettslige vurderinger av Bernkonvensjonen i lys av den aktuelle ulvesaken. EUs habitatdirektiv behandles i den grad det er relevant for tolkningen av konvensjonen. Utredningen er særlig konsentrert om de unntakene fra forbudet mot felling av ulv i konvensjonens artikkel 9 som ikke tidligere er grundig behandlet i norsk sammenheng.

Det rettslige materialet er framskaffet av KLD, og på grunn av den knappe tidsfristen har jeg ikke hatt mulighet til en grundigere gjennomgang av praksisen under konvensjonen. Men jeg har ikke grunn til å anta at en slik grundigere gjennomgang ville endre på mine konklusjoner. Jeg har også gått gjennom folkerettslig litteratur på dette feltet. Jeg tar ikke stilling til lovligheten av felling i de konkrete tilfellene som har vært aktuelle i Norge.

Bernkonvensjonen er en traktat, og må derfor tolkes ut fra de tolkningsprinsippene som framgår av Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969. Hovedregelen er her artikkel 31 nr. 1 om at traktater skal tolkes i god tro, i samsvar med den vanlige betydningen av teksten i dens sammenheng, og i lys av traktatens formål. Artikkel 31 nr. 3 fastsetter at en skal ta i betraktning etterfølgende praksis som viser partenes enighet om tolkningen. I tillegg skal det tas hensyn til andre folkerettsregler som gjelder i forholdet mellom partene. Artikkel 32 fastsetter at også supplerende tolkningsmomenter, deriblant traktatens forarbeider og forhistorie, kan tas i betraktning dersom tolkningsmomentene i artikkel 31 ikke fører til en klar løsning eller dersom løsningen er åpenbart absurd eller urimelig. Bernkonvensjonens offisielle tekster er engelsk og fransk, og disse må brukes ved tolkningen.¹ Den norske teksten er en oversettelse, som ikke har en selvstendig rettslig status. Jeg brukes imidlertid den norske oversettelsen i denne utredningen, med mindre det er grunn til å konsultere de to offisielle tekstene.²

¹ Engelsk og fransk som de offisielle tekstene framgår av konvensjonens sluttbestemmelse.

² Den norske oversettelsen finnes i St. prp. nr. 12 (1985-86) Om samtykke til ratifikasjon av en konvensjon av 19. september 1979 vedrørende vern av ville europeiske planter og dyr og deres naturlige leveområder (Bernkonvensjonen), med visse forbehold, og under avgivelse av erklæring.

2. Nærmere om Bernkonvensjonen

Bernkonvensjonens formål er å verne ville planter og dyr. Konvensjonen ble vedtatt av Europarådet i 1979 og trådte i kraft i 1982. Norge ratifiserte konvensjonen i 1986.

Bernkonvensjonens preg av vern («conservation») framgår både av konvensjonens tittel og dens preambel (fortale). Artikkel 1 fastsetter at målsettingen er å «verne vill flora og fauna og deres naturlige leveområder, særlig de arter og leveområder hvis vern krever samarbeid mellom flere stater, og å fremme slikt samarbeid». Det heter videre i nr. 2 at det «legges særlig vekt på truede og sårbare arter, herunder truede og sårbare trekkende arter».

Det nærmere innholdet i plikten til bevaring av bestandene framgår dels av statens generelle plikt slik den er fastsatt i artikkel 2, og dels av de spesielle pliktene som finnes i konvensjonens kapittel II om Vern av leveområder, kapittel III om Vern av arter, kapittel IV om Særlige bestemmelser for trekkende arter og kapittel V om Tilleggsbestemmelser.

Jeg går i det følgende gjennom den generelle plikten i artikkel 2 og kapittel VI om betydningen av praksisen fra Den permanente komité («Standing Committee»), som består av de statene som er tilsluttet konvensjonen, og kapittel VIII om Bileggelse av tvister. De spesielle bestemmelsene i artikkel 6 om vern av arter listet på konvensjonens Vedlegg II og unntaksbestemmelsene i artikkel 9 behandles i neste punkt.

Artikkel 2 fastsetter:

«De Kontraherende Parter skal treffe de nødvendige tiltak for å opprettholde bestandene av vill flora og fauna eller å tilpasse dem til et nivå som særlig svarer til de økologiske, vitenskapelige og kulturelle krav, tatt i betraktning de økonomiske og rekreasjonsmessige krav og behovet til underarter, varieteter eller typer som lokalt er i fare.»

Vi finner de samme faktorene som skal være retningsgivende også i konvensjonens preambel, hvor det står at partene erkjenner at «vill flora og fauna utgjør en naturarv som har en estetisk, vitenskapelig, kulturell, rekreasjonsmessig, økonomisk og egen verdi som trenger å sikres og overføres til framtidige generasjoner». Men her i preambelet finner vi altså i tillegg uttrykkene «estetisk» og naturens «egen verdi».

I preambelet er det ikke foretatt noen prioritering mellom de ulike faktorene, men det pekes på at floraen og faunaen er en naturarv og behovet for at den sikres for framtidige generasjoner. Dette tilsier en spesiell vekt på å beskytte arter mot utryddelse.

Preambelet viser bakgrunnen og formålet med konvensjonen, men pålegger ikke i seg selv plikter for statene. Det gjør derimot artikkel 2. I denne bestemmelsen gjøres det et skille mellom, på den ene siden, å bevare bestandene *særlig* i samsvar med de økologiske, vitenskapelige og kulturelle krav, mens det på den andre siden skal tas *i betraktning* de økonomiske og rekreasjonsmessige krav. Artikkel 2 innebærer altså ikke et generelt vern mot

jakt. Men i forvaltningen av bestandene er det de økologiske, vitenskapelige og kulturelle kravene som skal prioriteres framfor de økonomiske og rekreasjonsmessige.³

Det kan reises spørsmål om hva som ligger i kulturelle krav, om dette også omfatter sikring av lokale livsformer, og dermed om slike behov skal kunne prioriteres på linje med økologiske og vitenskapelige behov. Meningen med henvisningen til kulturelle krav er nok at ville arter kan ha betydning for alt fra historiske myter til barnehistorier.⁴ Dette innebærer altså at kulturelle forhold kan være en tilleggsgrunn til bevaring. Men det er også av interesse at internasjonal miljørett i dag anerkjenner betydningen av å opprette kulturen til urfolk og lokale samfunn.⁵ Det er imidlertid uklart hva som skal anerkjennes som lokal kultur i denne sammenheng, bl.a. i forbindelse med hvalfangst.⁶

Artikkel 10 oppretter Den permanente komité, som består av alle statene som er tilsluttet konvensjonen. Statenes praksis som et relevant tolkningsmoment viser seg dels gjennom deres rapportering til denne komiteen, for eksempel rapporteringsplikten som følger av artikkel 9 nr. 2. Komiteens vedtak er etter artikkel 14 ikke rettslig bindende for statene, men vedtak som tar standpunkt til tolkningsspørsmål, kan tas som uttrykk for statspraksis som er relevant for tolkningen av Bernkonvensjonen, dersom det ikke er holdepunkter for at statene var uenige i vedtaket. Et viktig eksempel i denne sammenhengen er «Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted on 2 December 2011». Denne resolusjonen er av særlig interesse fordi den gir anvisning på tolkningen av unntakene i artikkel 9 fra fellingsforbudet i artikkel 6. Denne tolkningen er ikke bindende for partene, men resolusjonen sier at den gir nyttig veiledning («useful guidance») for tolkningen.

Det har i ulvedebatten vært vist til EUs arts- og habitatdirektiv 1992/42/EF. Norge er imidlertid ikke underlagt dette direktivet. I et høringsbrev om endring av naturmangfoldloven § 18 og rovviltforskriften av 22. februar 2017 legger Klima og miljøverndepartementet «vekt på at [den svenske] jaktforordningen og direktivets formulering representerer vilkåret i Bernkonvensjonen slik flertallet av konvensjonspartene tolker det. EU-landene utgjør et flertall av de landene som har tiltrådt Bernkonvensjonen (28 av 50 land). Deres forståelse av konvensjonen må derfor etter departementets syn tillegges vekt når man skal tolke denne bestemmelsen i konvensjonen.»

Wienkonvensjonen om traktatretten åpner imidlertid ikke for å legge vekt på hva flertallet i en konvensjon mener. Det avgjørende er etter denne konvensjonens artikkel 31 nr. 3 bokstav (b) praksis som kan ses som en enighet om tolkningen av *alle* partene i den aktuelle konvensjonen. EUs praksis er derfor bare relevant som tolkningsmoment dersom den kan ses som en omforent tolkning som også omfatter de andre 22 partene i konvensjonen. Det er også

³ Michael Bowman, Peter Davies og Catherine Redgwell, *Global wildlife regulation*, Cambridge University Press 2010 s. 299. Se også Arie Trouwborst, Floor M. Fleurke og John D.C. Linnell, "Norway's Wolf Policy and the Bern Convention on European Wildlife: Avoiding the "Manifestly Absurd"", *Journal of International Wildlife Law & Policy (under publisering)*, 2017 s. 4.

⁴ Michael Bowman mfl., *Global wildlife regulation*, op. cit., s. 299-300.

⁵ Se bl.a. Rio-erklæringen om miljø og utvikling Prinsipp 22.

⁶ Alexander Gillespie, *International environmental law, policy, and ethics* Oxford University Press 2014 s. 89.

av betydning av utformingen av habitatdirektivet på flere punkter adskiller seg fra Bernkonvensjonens formuleringer, slik at det kan oppstå spørsmål om direktivet på disse punktene har til hensikt å tolke konvensjonen. Svensk praksis, inkludert dommen fra Högsta Förvaltningsdomstolen av 30. desember 2016, representerer bare én av de 50 partene, og denne dommen bygger i sin begrunnelse ikke på Bernkonvensjonen, men på habitatdirektivet og svensk lovgivning.

Bernkonvensjonens kapittel VIII har overskriften Bileggelse av tvister. Artikkel 18 nr. 2 åpner for at hver av partene kan bringe uenighet om tolkningen eller anvendelsen av konvensjonen inn for voldgiftsbehandling. Dette innebærer altså at en kan få en bindende folkerettslig avgjørelse av om en stat har brutt konvensjonens forpliktelser, jfr. artikkel 18 nr. 2 om at voldgiftsdomstolens kjennelse skal være «endelig og bindende». En slik voldgiftsdomstol kan – i samsvar med generell folkerett – også fastsette konsekvensene av et brudd, inkludert hvilke tiltak den aktuelle staten må foreta. I tillegg kommer at andre stater kan anvende de generelle traktatrettslige reglene om mislighold og folkerettens regler om mottiltak («countermeasures») mot stater som bryter Bernkonvensjonen.

3. Forbudet mot felling og unntakene

Artikkel 6 (forbud)

Artikkel 6 fastsetter et generelt forbud mot fangst av arter som er omfattet av konvensjonens Appendix II, herunder ulv. Forutsetningen for at fangst skal være tillatt er derfor at fangsten faller inn under et av unntakene som finnes i artikkel 9. Det er imidlertid grunn til å påpeke at ikke alle artene oppført i Appendix II nødvendigvis er truet, men at de trenger beskyttelse. Dessuten kan beskyttelsesbehovet variere betydelig mellom ulike bestander.⁷

Artikkel 9 (unntak)

Artikkel 9 fasetter to *generelle* betingelser for at det kan gjøres unntak fra fangstforbudet i artikkel 6. Begge betingelsene må være oppfylt i det enkelte tilfelle. I tillegg må én av de *spesielle* betingelsene for unntak være oppfylt. Det er imidlertid vanskelig å finne entydig statspraksis om hva som skal til for å oppfylle disse vilkårene. I en rapport utarbeidet for Bernkonvensjonens sekretariat uttales det:

«Based on the Secretariat's compilation of the bi-annual reports for 2003-2008, *national practice* regarding the substantive and procedural application of Article 9 *appears to vary widely.*»⁸

Det hevdes i Meld. St. 21 (2015-16) Ulv i norsk natur at «Etter internasjonal juridisk teori og praksis er unntaksadgangen etter artikkel 9 snever» (s. 13). Det oppgis imidlertid ikke hvilken praksis og teori det her bygges på, eller hvilke konsekvenser dette i praksis har for tolkningen

⁷ Michael Bowman mfl., *Global wildlife regulations*, op. cit., s. 304-5.

⁸ *Interpretation of Article 9 of the Bern Convention*, Document prepared by Ms Clare Shine, October 2010, T-PSV/Inf (2019) 16 (uthevet her).

av unntakene. Wienkonvensjonen om traktatretten gir ikke holdepunkter for at unntak skal tolkes på noen annen måte enn andre deler av en traktat.

Generelle krav

Ingen annen tilfredsstillende løsning

Bernkonvensjonens Permanente komité har pekt på at hva som er en tilfredsstillende løsning, avhenger av hvilke alternativer som foreligger – som igjen må ses i sammenheng med hva som er formålet med tiltaket. Jeg kommer derfor tilbake til dette kravet i forbindelse med formålene for de spesielle unntakene. Komiteen påpeker også at begrunnelsen bør være objektiv og etterprøvbart.⁹

Ikke skadelig for bestandens overlevelse

Dette er et absolutt krav som gjelder uansett hvilke av de spesielle unntakene som anvendes. Det kan spørres om det også kreves en føre vår-tilnærming. Spesielle problemstillinger kan oppstå når det gjelder delte bestander, som den norsk-svenske ulvebestanden, hvor det kan være spørsmål om «byrdefordeling» mellom de to landene. Jeg går ikke nærmere inn på dette kravet, siden den aktuelle fellingen ikke blir ansett å true bestanden.

Spesielle krav

Artikkel 9 oppstiller fem alternative spesielle betingelser for å gjøre unntak fra fellingsforbudet, i tillegg til de generelle kravene. Unntak kan etter disse alternative betingelsene gjøres:

- for å verne flora og fauna;
- for å avverge alvorlig skade på avling, husdyr, skog, fiske, vann eller andre former for eiendom;
- for å ivareta offentlig helse- og sikkerhetshensyn, luftsikkerhets- eller andre offentlige interesser av vesentlig betydning;
- for forsknings- eller undervisningsformål til gjenoppbygging av bestander, gjeninnføring og for nødvendig formering;
- å tillate, i strengt kontrollerte former, på selektivt grunnlag og i begrenset utstrekning, fangst, forvaring og annen skjønnsom bruk av enkelte ville dyr og planter i et lite antall.

Det er andre, tredje og femte strekpunkt som spesielt aktuelle i den nåværende ulvesaken. Jeg gjennomgår alle disse tre alternativene, men legger spesielt vekt på det tredje strekpunktet

⁹ Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted on 2 December 2011: «7. ... The existence of another satisfactory solution should be appreciated by considering possible alternatives which, in fact, depend on the motives for the derogation whilst ensuring that the survival of the population is not threatened. The competent national authority should choose, among possible alternatives, the most appropriate one that will have the least adverse effects on the species while solving the problem. The reasoning of the choice should be objective and verifiable.»

fordi jeg mener dette alternativet fortjener mer oppmerksomhet enn det hittil har fått i den norske debatten.

Avverge alvorlig skade på avling, husdyr, skog, fiske, vann eller andre former for eiendom

Dette alternativet dreier seg om private interesser, ikke offentlige. I retningslinjene for tolkningen av artiklene 8 og 9 har Bernkonvensjonens Permanente Komité vedtatt relevante momenter som skal tas i betraktning ved tolkningen.¹⁰ Hva som ligger i «alvorlig skade» ble grundig vurdert i Lovavdelingens uttalelse av 15. desember 2016 «Lisensfelling av ulv», og jeg går ikke nærmere inn på det.

Det kan reises spørsmål om hva som menes med «andre former for eiendom». Dette må for eksempel omfatte hunder. Men det kan være et spørsmål om hvor langt felling av ulv kan begrunnes i beskyttelse av andre økonomiske interesser. Elg er ikke underlagt eiendomsrett, men hva med felling av ulv for å sikre avkastning ved utleie til elgjakt, eller for å sikre bruken av en eiendom til turistformål? En aktuell parallell kan være Protokoll 1 artikkel 1 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, som beskytter eiendomsretten. Det har her vært anvendt et vidt eiendomsbegrep, som går ut over det som anses som eiendomsrett i norsk rett.¹¹

Men uansett hva slags form for «eiendom» det er snakk om, må den aktuelle skaden altså være «alvorlig». Dessuten gjelder det generelle kravet om at det ikke finnes andre tilfredsstillende alternativer til felling.

Ivareta offentlige helse- og sikkerhetshensyn, luftsikkerhets- eller andre offentlige interesser av vesentlig betydning

Dette unntaket dreier seg om offentlige interesser, i motsetning forrige strekpunkt. Det er ikke angitt hva slags offentlige interesser som kan være aktuelle. Bernkonvensjonens Permanente komité har pekt på vanskelighetene med å bestemme hva disse interessene kan bestå i, selv om muligheten holdes åpen for at partsmøtet kan ta stilling til om dette vilkåret er oppfylt:

¹⁰ Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted on 2 December 2011: «16. ... If "damage" is taken to mean prejudice sustained by a person as a result of damage caused to those items of property that are listed in Article 9, paragraph 1, second sub-paragraph, and it seems legitimate to do so, then the adjective "serious" must be evaluated in terms of the intensity and duration of the prejudicial action, the direct or indirect links between that action and the results, and the scale of the destruction or deterioration committed. "Serious" does not, of course, necessarily mean that the damage was widespread: in some cases the item of property affected may cover only a limited geographical area (for example, a region), or even a particular farm or group of farms. However, the exceptions should be proportional to the damage suffered: the fact that an isolated farm sustains damage would not appear to justify the capture or killing of a species over a very wide area, unless there is evidence that the damage could extend to other areas. It is not required that the damage be already present. Rather, it is sufficient if serious damage in all likelihood will occur.»

¹¹ Stig H. Solheim, Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon, Cappelen 2010 s. 16 og 19.

«13. The purpose of the exception indicated in the third indent of paragraph 1 of Article 9 raises a very difficult problem, namely the interpretation of the expression "other overriding public interests".

14. With regard to the definition of the scope of similar concepts, e.g. "public order", experience with other international Conventions (including the European Convention on Human Rights) has in fact shown that it is *extremely difficult, if not impossible*, to find a general, prior interpretation for such concepts.

15. In contrast, under the Bern Convention it is *possible* for the Standing Committee to consider whether a particular exception is justified on the grounds put forward, in this case "other overriding public interests". Consequently, *if the grounds in question were put forward*, the Standing Committee of the Bern Convention could assess the merits of the exception in the light of all the provisions contained in the Convention.»¹²

Det er som sagt den engelske og den franske teksten som er de offisielle, mens den norske teksten er en oversettelse. Den norske teksten krever at de offentlige interessene er av «vesentlig betydning». Men den engelske teksten bruker «other overriding public interests», og den franske teksten anvender «d'autres intérêts public prioritaires». ¹³ Den engelske og franske ordlyden peker i retning av at de aktuelle interessene må være overordnede. Dette vil ofte sammenfalle med hva som anses som vesentlige interesser. Men mens vesentlige interesser kan være av lokal karakter, er det grunn til å anse overordnede interesser som hensyn som er viktige i en nasjonal – eller endog internasjonal – sammenheng.

Et eksempel på dette vil være beskyttelse av urfolks folkerettslige rettigheter. Slike rettigheter er beskyttet i artikkel 27 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (1966), så vel som ILO-konvensjon nr. 169 om urfolks rettigheter (1989). Men forutsetningen for felling for å ivareta slike rettigheter er at de generelle vilkårene er oppfylt, altså at det ikke finnes noen annen tilfredsstillende løsning og at bestandens overlevelse ikke trues.

Men det kan også være andre overordnede offentlige interesser. En slik overordnet interesse kan være behovet for å sikre livskraftige lokalsamfunn og regioner. Det som vektlegges i denne sammenheng er ikke beskyttelse av de enkelte gårdsbruk og deres sauehold, eller jaktrettigheter eller inntekter fra turisme, eller den frykt individer kan for angrep fra ulv. Det avgjørende er i stedet den samlede effekt slike faktorer kan ha på mulighetene for å beholde livsutkomme og livskvalitet i distriktene.

Det har vært hevdet at det vide skjønnet denne bestemmelsen gir statene kan være en bekymringsfull.¹⁴ Men det kan i denne sammenheng vises til at partene i Bernkonvensjonen understreket behovet for fleksibilitet i anvendelsen av konvensjonen i de ulike landene:

¹² Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted on 2 December 2011 (uthevet her).

¹³ EUs habitatdirektiv har en annen ordlyd, nemlig «*imperative reasons of overriding public interest*» (uthevet her).

¹⁴ «More generally, the phrase 'other overriding public interests' appears to give the parties a disturbingly wide margin of discretion» (Michael Bowman mfl., *Global wildlife regulation*, op. cit. s. 318).

«10. ... It was also felt that, while it was necessary for the Convention to specify purposes and machinery common to all potential Contracting Parties, it must also be drafted in a way that recognises that the species concerned seldom extend to all States of the Council of Europe, that the status of those species, which is often different in different States (being frequent in some and scarce in others, yet deserving of united action for their conservation), will be continuously changing, both naturally and as a result of the action of States under the Convention. Thus it would be necessary to elaborate an instrument that would permit *flexibility of action* within a common purpose.»¹⁵

Også her må de generelle kravene om at ulvebestandens overlevelse ikke skal trues, og at det ikke finnes noen annen tilfredsstillende løsning, oppfylles. Men jo større ulvebestanden vokser seg, jo mindre behov er det for å bekymre seg om dens overlevelse.

Samtidig kan en større ulvebestand innebære større påkjenninger for lokalsamfunnene, og derfor behov for å kontrollere bestanden. Dermed blir den andre generelle betingelsen, nemlig at det ikke finnes annen tilfredsstillende løsning, av større betydning. Det må velges løsninger som balanserer konvensjonens bevaringskrav og å sikre den samfunnsmessige interessen i livskraftige lokalsamfunn. I denne sammenhengen må en respektere konvensjonens prioritet etter dens artikkel 2 til å bevare bestandene ut fra økologiske, vitenskapelige og kulturelle krav. Men samtidig går det en grense når bestandene truer overordnede distriktpolitiske interesser. Behovet for regulering ut fra slike interesser må imidlertid kunne dokumenteres og sannsynliggjøres.

Selektiv og begrenset fangst

Dette alternativet skiller ikke mellom offentlige or private interesser. Det er heller ikke angitt at felling må ha et spesifikt formål. Dette bekreftes i Den permanente komité's tolkningsuttalelse Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention:

«9. There is an important difference between the reasons given under paragraph 8 i) to iv) above and those given under v). In the first case, the Convention specifies the purpose of the exception (protection of flora and fauna, prevention of serious damage to crops, interests of health, etc), whereas in the second the Convention merely specifies the characteristics of the means to be used, *without indicating the purpose* for which the exception is granted.»¹⁶

Denne resolusjonen inneholder ytterligere tolkningsmomenter som jeg ikke går nærmere inn på.

Jeg er enig i det som uttales i høringsbrevet til Klima og miljøverndepartementet om endring av naturmangfoldloven § 18 og rovviltforskriften av 22. februar 2017 om at bestemmelsen ikke kan anvendes slik at den underminerer betingelsene i de andre unntaksbestemmelsene.

¹⁵ Explanatory Report to the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (uthevet her).

¹⁶ Revised Resolution No. 2 (1993) on the scope of Articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted on 2 December 2011 (uthevet her).

Bestemmelsen kan altså ikke gi grunnlag for en generell politikk om felling, men må brukes i det begrensede omfang den er ment å omfatte.