

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2017:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2017:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

Content

Gabriel Michanek; **Introduction** ... 5

Staffan Westerlund; **Miljörättsliga mikrotreser** ... 7

Esmeralda Colombo; **The Quest for Cosmopolitan Justice in Climate Matters** ... 25

Introduction

Gabriel Michanek

The nineteenth issue of Nordic Environmental Law Journal includes two articles. The first is authored by Staffan Westerlund, professor of Environmental Law in Uppsala University, who passed away in 2012. In several of his works, e.g. *En hållbar rättsordning* from 1997, he explains why a law for sustainable development necessarily must be founded in the preconditions in nature. One of his texts analyses this complex issue in a rather concentrated form. The manuscript was developed during many years, but it was never published. It is therefore a privilege to be able to include *Miljörättsliga mikrotoser* [Micro Theses of Environmental Law] in this issue of the journal. The manuscript is from about 2005 and probably the last version. The paper should be useful for all environmental law scholars dealing with sustainability issues, not least PhD students. Unfortunately, the paper is (so far) only in Swedish.

The second article is written by Esmeralda Colombo: *The Quest for Cosmopolitan Justice in Climate Matters*. The author reflects upon some recent cases (Urgenda, Leghari, Juliana v. Unites States and Earthlife), where courts have reached climate-protective rulings by applying constitutional provisions, along with international principles and treaty norms. While access to justice is notably absent from the international climate change regime, individuals and NGOs are currently vindicating it before national courts.

Finally, I will take the opportunity to announce that the Nordic Council recently decided to fund the *Nordic Master Programme in Environmental Law* (NOMPEL). NOMPEL is a two year, joint degree programme in collaboration between Uppsala university (coordinator), University of Eastern Finland and Tromsø University. The focus is on natural resources management law and climate & energy law. NOMPEL is planned to start in September 2019.

Miljörättsliga mikrotelser

Staffan Westerlund

Vilka föreställningar utgår egentligen viss forskning från? Att Jorden är platt? Rund? Att rättigheter finns? Eller inte finns? Att allt flyter? Sådana frågor behöver man sällan besvara uttryckligt men i fallet miljörättsvetenskap finns det ändå anledning att försöka göra detta.

Ingen skulle avtvingas vetenskapligt hållbara teorikedjor för sin förklaring att dennes forskning utgår från antagandet, eller föreställningen, att Jorden är rund och kretsar kring solen. Vi skulle inte hinna gå vidare då. Men ändå kan vi förstå olika forskningsresonemang och resultat bättre om vi också vet lite om vilka antaganden och föreställningar den bygger på, även

om forskningen i fråga inte gör något som helst anspråk på att ha bidragit till teoriutvecklingen bakom antagandena. Om vi vet huruvida även sådant som hör till notoriska fakta har någon särskild betydelse för en viss vetenskapsgrens teoriram, kan vi också gå tillbaka till dessa mikrotelser, sätta fingret på någon av dem och säga: "Aha! Det är här som ni går fel. Ni har antagit att ... Men så är det inte. Utan i stället är det så här ... Och det kanske gör att ni måste ändra, eller utveckla era teorier".

Så här kommer den första hopsamlingen av miljörättsliga mikrotelser.

Naturen

1. Naturen är som den är och reagerar som den gör enligt naturlagarna.

2. Allt strävar efter utjämning och oordning.

Detta är termodynamiken. Dess relevans för miljörättsvetenskapliga frågor och för hållbar utveckling har särskilt ingående behandlats av Jonas Christensen.

3. Det finns gränser för hur små och isolerade populationer får vara utan att de så småningom går under.

Detta har betydelse utifrån perspektivet av biologisk mångfald och beror på bl.a. sådant som inavelseffekter m.m.

4. Ekosystem är icke-linjära system och biosfären är med detta synsätt ett gigantiskt ekosystem.

Därav sådana uttryck som Spaceship Earth etc. I senare tid har bl.a. Lena Gipperth fört in detta som av central miljörättsvetenskaplig betydelse.

5. Det naturvetenskapligt grundade miljörättsvetenskapliga paradigmet förefaller därför vara följande: Det finns gränser för tillväxten men vi vet inte vilka, inte heller var de ligger.

Att det finns gränser följer av termodynamiken. Att vi inte vilka de är beror på osäkerheten om teknologikutveckling och mycket annat. Att vi inte heller vet var de ligger beror på de osäkerheter som följer av biosfärens icke-linearitet. Detta i sin tur föranleder försiktighet om inte miljömål regelmässigt ska missas (genomförandeunderskott).

Människan och naturen

6. Människan är en biologisk varelse, ett djur, vars celler och kropp reagerar enligt naturlagarna.

7. Människans föda kommer ytterst från fotosyntesen.

8. Växter och djur, och därmed också människor, behöver för sin tillväxt fosfor och för sin levnad vatten.

Den miljörättsliga implikationen av detta har särskilt framhävts av Jonas Christensen.

9. Människan som individ kan inte finnas utan att vistas.

Uttrycker individens beroende av jordytan och att rent fysiskt kunna vistas någonstans. Se vidare Westerland: Where Would Mankind Stand Without Land?

10. Vad en människa gör i fysiskt hänseende kan ge återverkningar i biosfären.

Människan är alltså en ekologisk faktor som dessutom kan betecknas som aktör och kapabel att ta ansvar (18:e och 23:e mikrotreserna).

11. Av den 10:e mikrotresen följer att en människa också genom fysiskt handlande kan ingripa i biosfärens förhållanden.

Kan vara av betydelse i samband med frågor om vem som kan ha ansvar, jfr 23:e mikrotresen. Detta betyder också att människan kan påverka biosfärens förhållanden även i positiv riktning. Det kan då gälla förebyggande eller förbättrande åtgärder och åtgärder för att återställa eller kompensera tidigare uppkommen degradering.

12. Resultatet av människans påverkan på miljön och biosfären kan ses som antropogen förändring förutsatt att man beaktar samverkan mellan vad människan gör och vad som i övrigt ligger bakom resultatet, d.v.s. förändringen.

Antropogen förändring enligt denna mikrotres är ett obestämt begrepp som med stor sannolikhet kommer att analyseras mer ingående i forskningen. Begreppet kommer närmare något slags operationell betydelse, eller vad man ska kalla det, i följande mikrotres.

13. Förändringen i miljön kan bl.a. innebära degradering av miljön och av naturresurser. Begreppet degradering kan relateras till huruvida förändringen är reversibel eller inte och/eller till huruvida förändringen har någon som helst potentiell betydelse för hållbarhet.

Where Would Mankind Stand Without Land? Se vidare Jonas Christensens avhandling.

14. Reversibilitet kan vara antingen ett relativt begrepp eller ett absolut begrepp. Som relativt begrepp kan det relatera till hur mycket exergi som skulle behövas för att återställa (fullt ut uppgradera) eller på andra likvärdiga sätt kompensera degraderingen. Även en sådan skala inkluderar ett ytterområde där exergimängden drabbas av "VIP-faktorn" (Virtually ImPossible eller i Verkligheten Inte Praktikabelt), d.v.s. i praktiken irreversibelt.

En implikation av Jonas Christensens avhandling kombinerad med tidigare avvägningsteori för miljörätten. Jfr bl.a. 44:e mikrotresen.

15. Exergikostnaden för degradering, d.v.s. hur mycket exergi som skulle behövas för kompenserande uppgradering, kan bättre än att beräkna en miljöskuld i monetära termer (pengar) hantera också konsekvenserna för framtida generationers förutsättningar att tillgodose sina behov.

Jonas Christensens avhandling och Staffan Westerlund: Where Would Mankind Stand Without Land? [tillägg av Gabriel Michanek].

16. En bättre bild av det som föregående mikrotres behandlar får man om man dessutom skiljer mellan vad som kan uppgraderas utan människans medverkan respektive med människans medverkan.

Where Would Mankind Stand Without Land?

17. Av föregående mikrotres följer att vetenskapliga, tekniska och samhällsliga förhållanden inverkar på till vilken exergikostnad och med vilken exergikälla som uppgraderingen kan göras.

Detta är en hypotes som troligen är mycket rimlig. Som hypotes kan den läggas till grund för en bred miljöforskning med en klar men inte uteslutande samhällsvetenskaplig förankring och särskilt för forskning och utveckling rörande adaptiv miljöplanering. Miljörättslig tidskrift 1993:1 och första mikrotresen.

Människan som aktör

18. Det är en artegenskap hos människan att, trots att hon är ett djur, kunna tänka abstrakt och att kunna agera efter en bestämmelse eller en plan, och människan är därför en aktör.

Allt annat i naturen är blott reaktörer.

19. Människor kan också agera gemensamt genom sammanslutningar. Människor och sammanslutningar är personer.

20. Agerande kan vara fysiskt eller administrativt.

21. Personer, men inga andra, kan utfärda lagar och andra bestämmelser. Detta är en form av administrativt agerande.

22. Personer, men inga andra, kan vara adressater för lagar och andra bestämmelser.

23. Personer, men inga andra, kan ha ansvar.

24. Människors lagar kan ändras, men inte naturlagarna.

25. Där ingen lag finns, kan vem som helst handla hur som helst om han inte hindras av oreglerat våld.

26. En rättsstat kräver att en aktörs handlande inte får begränsas eller förhindras av någon annan person utan stöd i rättsordningen eller i erkänd sedvänja.

Här kommer vi in i juridikens värld där personbegreppet är centralt men där naturligtvis ingen juridisk person kan agera utan att detta sker genom människor.

Exempel på administrativt handlande är beslutsfattande utan att beslutet samtidigt implementeras. Först när beslutet implementeras genom fysisk handling, inträffar det som nämns i 10:e mikrotesen.

Det finns alltså inga lagar som gäller utan att de har utfärdats av personer, d.v.s. av människor. Samtidigt innebär inte utfärdandet av en lag att något händer i fysiskt hänseende, utan för detta krävs något fysiskt handlande enligt 10:e mikrotesen.

Detta spelar en viktig roll i bl.a. Lena Gipperths avhandling.

Detta är ingen naturlag utan ska snarare ses som ett axiom som utgår från idén med ansvar. Det rör sig inte om något juridiskt ansvarsbegrepp. Jfr 11:e och 18:e mikroteserna.

Detta är en självklarhet så länge man inte förskriver sig till ett naturrättsligt betraktelsesätt.

Ligger i rättens idé och är elegant uttryckt i den gamla Jydske lov. Ett centralt tema i Westerlund: En hållbar rättsordning.

Detta är blott och bart en beskrivning av en allmänt omfattad uppfattning om begreppet rättsstat och läggs till grund för den miljörettsliga teori som här behandlas.

27. En rättsstat är ekologiskt ohållbar eller i vart fall kontraproduktiv i förhållande till uthållig utveckling, om den förutsätter materiella regler och rättigheter som, om de följs och utnyttjas, medför sådant samlat handlande vars samlade effekter påverkar miljö eller naturresurser utöver det hållbaras gräns.

Detta är ett stipulativt konstaterande som bygger på det hållbarhetsbegrepp som är föremål för 36:e mikrotresen. Se vidare Westerlund: En hållbar rättsordning.

28. Stödet i rättsordningen ska vila på två pelare; materiella regler och beslutsmyndighet (kompetens).

Se 26:e mikrotresen. Den rättsstatsidé som här tillämpas nöjer sig alltså inte med att det räcker med att något t.ex. är påbjudet i lag. Vem som helst får ändå inte genomdriva bestämmelsen utan för detta krävs en på lag grundad behörighet, kompetens.

29. Regler kan relatera till aktörer eller till reaktörer.

Detta är ett regeltekniskt konstaterande. Att en regel relaterar till något betyder att regeln ställer upp något som ett för regelns tillämpning avgörande kriterium. En regel som säger att man måste handla på ett visst sätt är en handlingsrelaterad regel och relaterar därmed till aktörer. En regel som däremot säger att det ska finnas minst 400 vargar i landet relaterar till vargörekomsten och därmed till något annat än människor vilket i sin tur innebar till något som blott reagerar (18:e mikrotresen).

30. Regler som relaterar till reaktörer är ofullständiga om de inte är operationella, d.v.s. kan genomdrivas rättsligt mot någon aktör.

Detta är en stipulativ definition som i och för sig hämtar sin förebild från idéer om lex perfecta och lex imperfecta. Se vidare Lena Gipperths avhandling.

31. Reaktörsrelaterade regler operationaliseras därför genom att adekvata materiella rättslagen för aktörer föreskrivs eller på annat sätt föreligger. Materiella rättslagen är adekvata om de föreskriver sådant handlande och sådan återhållsamhet som, vid efterlevnad, leder till att det som föreskrivs i en reaktörsrelaterad regel också förverkligas i sak.

Eftersom regler bara kan ha personer som adressater (alltså aktörer) och eftersom miljöpåverkan förutsätter någon omständighet i den fysiska verkligheten, och eftersom därför bara sådana omständigheter i den fysiska verkligheten som utgörs eller beror av människors handlande kan vara föremål för handlingsregler (regler om mänskligt förhållningssätt och beteende), måste det materiella rättsläget gälla för just sådana aktörer. Se främst Lena Gipperths avhandling.

32. Reaktörsrelaterade regler kan antingen avse något, som står i linjärt orsakssamband med handlande, eller något som står i icke-linjärt orsakssamband med handlande.

33. Endast när det föreligger ett linjärt samband mellan det som är reaktörsrelaterat och en handling, kan en reaktörsrelaterad regel samtidigt vara en handlingsregel förutsatt angiven adressat.

34. I alla andra fall av reaktörsrelaterade regler kräver operationalisering något mer än vad reaktörsrelaterade regler gör.

Exempel finns antagligen i bl.a. straffrätten.

Just därför att endast aktörer kan vara adressater för regler. Om en regel relaterar till något som inte står i direkt och linjärt samband med ett bestämt handlande, kan nämligen inte därur härledas hur en viss person får eller inte får handla.

Hållbar utveckling

35. Det finns minst två begrepp hållbar utveckling. Ett är teoretiskt och det andra är politiskt-rättsligt.

*Det teoretiska (eller naturvetenskapliga) begreppet används i Westerlund: En hållbar rättsordning, Jonas Christensen: Rätt och kretslopp (1998) och Lena Gipperth: Miljökvalitetsnormer (1999). Det politisk-rättsliga används i bl.a. Rio-deklarationen, miljöbalansen, troligen i Jonas Ebbessons avhandling *Compatibility of International and National Environmental Law* (1996) och Hans Christian Bugge: *The Ethics of Sustainable Development* (1995) och har bl.a. analyserats av Merle Jacob (1996).*

36. Det teoretiska eller naturvetenskapligt grundade begreppet knyter an till yttre kriterier, som i sin tur relaterar till att existerande människor tillsammans ska handla på ett sådant sätt, att förutsättningarna för framtida människor att tillgodose sina behov inte försvinner. Det är detta begrepp som används i dessa mikrotelser när inte något annat sägs klart.

Vilken term som är bäst, teoretisk eller naturvetenskaplig, kan behöva diskuteras. Lena Gipperth använder termen naturvetenskapligt i sin avhandling.

37. Det politiskt-rättsliga begreppet kan i själva verket vara flera olika begrepp varav ett återfinns i Rio-deklarationen som i sin tur går tillbaka på rapporten från World Commission on Environment and Development (Brundtlandkommissionen).

38. Det teoretiska hållbarhetsbegreppet relaterar till ekologisk hållbarhet där tillgången till användbara naturresurser ingår som en nödvändig faktor.

39. Med ett teoretiskt hållbarhetsbegrepp kan inte intresset för utveckling avvägas mot intresset för hållbarhet utan att hållbarheten riskerar bli eftersatt. Däremot kan avvägningar göras mellan sådana alternativ som samtliga är hållbara.

40. All politik som bygger på en tillämpning av ett politiskt-rättsligt begrepp hållbar utveckling (enligt 37:e mikrotresen) som i sin tur medger en utveckling som inte är ekologiskt hållbar enligt 27:e och 38:e mikrotreserna, kan medverka till att en generation berövar framtida generationer möjligheter att tillgodose sina behov.

41. För operationaliseringen av en inriktning på hållbar utveckling kan vissa begrepp användas och i förekommande fall (när en rättsordning riktar in på en i teoretisk mening hållbar utveckling) också ges en rättslig betydelse. Dessa är *jämställdhet mellan generationer* (intergenerational equity) och *förvaltarens ansvar* (stewardship). Båda dessa implicerar tidens betydelse (71:a mikrotresen).

42. En inriktning på hållbar utveckling säger ensam inget om hur den enskilde aktören bör handla, eftersom det inte finns ett linjärt samband mellan vad en individ gör och förutsättningarna för framtida generationers förutsättningar att tillgodose sina behov.

Begreppet ekologisk hållbarhet används bl.a. av Jonas Christensen.

Detta följer av människans beroende av naturen enligt de inledande mikrotreserna.

Detta följer av de inledande mikrotreserna och ligger implicit i föregående mikrotres.

Båda dessa begrepp har använts av många.

Ett notoriskt faktum grundat på insikterna om icke-linearitetens implikationer.

43. Ett sätt att genomföra hållbar utveckling är att ställa upp delmål som i sin tur är ägnade att uppnå och bibehålla uthållig utveckling. Delmål kan bestämmas på flera nivåer. För att vara ändamålsenliga måste de vara avhängiga av överordnade mål, antingen så att de ska tolkas utifrån överordnade mål eller så att de ska ändras om detta är lämpligt med hänsyn till överordnade mål.

44. Delmål kan bland mycket annat avse biologisk mångfald, vilket i sin tur är ett mål som kan behöva preciseras i olika hänseenden. Begreppet biologisk mångfald kan vara teoretiskt eller politisk-rättsligt. Om det är teoretiskt och samtidigt underordnat det teoretiska begreppet hållbar utveckling, ökas förutsättningarna för hållbarhet om begreppet därtill är adaptivt, vilket i sin tur är ett mål som kan behöva preciseras i olika avseenden.

45. Det torde, trots 42:a mikrotesen, vara möjligt att sätta gränser för effekterna av det sammanlagda agerandet och att göra detta genom att bestämma kvalitativa och kvantitativa gränser för förhållanden och resurser i biosfären och delar av denna och göra dessa rättsligt gällande. Detta är ett exempel på sådana slags delmål som åsyftas i 43:e mikrotesen.

46. För att gränsnormer ska kunna bli rättsligt gällande, måste de operationaliseras så långt, att regler gäller för enskilda som är tillräckliga för att hålla verkningarna av det sammanlagda mänskliga beteendet innanför gränserna även när förhållandena och resurserna påverkas av annat än sådant beteende.

Westerlund: En hållbar rättsordning samt Christenssens och Gipperths avhandlingar.

Ett teoretiskt mångfaldsbegrepp som utgör en operationalisering av hållbar utveckling får sitt innehåll utifrån vad som behöver vara uppfyllt i form av sådan mångfald, för att hållbarhet ska föreligga. Detta medför svårigheter och kommer med största säkerhet att leda till ohållbarhet om inte presumtioner tillgrips och ett försiktighetstänkande (och säkerhetstänkande) får inverka på vilka rättsprinciper och rättsregler som ska gälla. Därvid kommer också sådant som graden av reversibilitet in, se 14.e mikrotesen.

Regeltekniken finns redan och är närmare beskriven och analyserad i Lena Gipperths Miljökvalitetsnormer.

Operationaliseringen och behovet av sådan vid dessa slags regler har utretts av Lena Gipperth.

47. Eftersom hållbar utveckling inte bara kräver hållbarhet, utan också utveckling så långt sådan är möjlig utan att gå över gränsen för det hållbara, samt eftersom dessa mikrotoser förutsätter rättsstatlighet, krävs av operationaliseringen enligt 46:e mikrotosen att den också maximerar utrymmet för frihet och utveckling.

48. Hållbar utveckling kan endast definieras indirekt och troligen bara genomföras genom att undvika ohållbarhet. Detta senare mål kan i sin tur operationaliseras genom att det materiella rättsläget görs sådant, att ohållbarhet undviks.

49. Eftersom förhållandena i ett ekosystem, och så även i biosfären, förändras över tiden även om mänskligt beteende vore oförändrat, samt eftersom det även av andra skäl är omöjligt att för en längre tid förutse hur förhållandena i ett ekosystem, och så även i biosfären, kommer att utvecklas, krävs av operationaliseringen att den aldrig upphör, samt att den är adaptiv.

50. Av 49:e mikrotosen följer att det materiella rättsläget tid efter annan måste bestämmas utifrån förhållandena i miljön och vad gäller tillgången till naturresurser. Därför kan inte det materiella rättsläget bestämmas för personerna/aktörerna en gång för alla, utan att resultatet blir att utvecklingen blir ohållbar, eller att givna rättigheter hindrar annan utveckling.

Frihet följer av rättsstatligheten som har satts upp som en av utgångspunkterna även om rättsstatlighetens uttryck enligt 27:e mikrotosen inte ska leda till ohållbarhet. Utveckling följer av begreppet uthållig utveckling som i princip inte bara medger, utan syftar till, maximal utveckling utan att någon hållbarhetsgräns överskrids.

Detta följer till att börja med av kriteriet att det ska vara sådan utveckling som inte medverkar till att framtida generationer inte kan tillgodose sina behov. Det följer vidare av att det inte bara är hållbarhet utan också utveckling som ska tillgodoses (inom hållbarhetens ramar) och utveckling kan ta många olika vägar och genomföras på många olika sätt som samtliga är hållbara. En hållbar rättsordning samt bl.a. Lena Gipperths och Jonas Christensens avhandlingar.

Detta är en central mikrotos. Här ryms återkopplingsfunktionen som är nödvändig (adaptiviteten), därför att det alltid "händer något" i ekosystemen och i biosfären utan att detta har ett linjärt samband med hur människor agerar. Här ryms maximeringen av utveckling. Här ryms möjligheten att anpassa de materiella rättslägena till vad som vid varje tid är möjligt och påkallat inom hållbarhetsramarna.

Detta är en rättslig mikrotos av mera upplysande karaktär än något annat.

51. Den anpassning av det materiella rättsläget, som åsyftas i 50:e mikrotesen, förutsätter regler som gäller för hur miljö- och naturresurssituationerna ska operationaliseras, samt regler som kräver en anpassning av det materiella rättsläget så att detta blir hållbart. Detta inkluderar i sin tur behov av regler som föreskriver successiv eller återkommande anpassning.

Detta gäller regler för själva anpassningen. De ska alltså ha myndigheter eller andra offentliga organ som adressater.

Genomförande

52. Mycket av den resursbasminskning och miljöförstöring, som biosfären har undergått under hundratal år, är resultatet av handlingar och förhållningssätt som vid respektive tidpunkt varit antagligen lagliga, eller oöverstigligt svåra att förhindra på grund av då rådande rättsordningar. Så länge förhållandena är sådana i ett land som är en rättsstat, kan inte fortsatt resursbasminskning och miljöförstöring förhindras genom de aktörer, som inte avhålls därifrån på grund av deras etik, andra värderingar eller ekonomi.

En hållbar rättsordning. Se figur sista sidan.

53. Miljöpolitik och miljömål kan genomföras på olika sätt, ofta kombinerade. Lagstiftning är ett sådant sätt. Lagregler kan också behövas för att andra slags styrmedel än direkt regelstyrning, ska kunna fungera (för att ge legitimitet eller för att lägga grunden för ekonomiska styrmedel etc.).

En självklarhet, får man förmoda.

54. Genom lagstiftning kan grunden läggas för olika slags styrmedel såsom materiella bestämmelser och ekonomiska styrmedel. Målgenomförande genom lagstiftning inkluderar också att ta bort eller ändra kontraproduktivitet i rättsordningen (jfr 27 mikrotesen).

Följer delvis av föregående mikrotres. Att det krävs lagstiftning för att ta bort kontraproduktivitet i en rättsordning är troligen ofrånkomligt i en rättsstat.

55. Andra metoder som kan användas för genomförande av miljöpolitik och miljömål bygger på att påverka personers handlande genom

Detta är allmänna kunskaper.

övertalning, information eller på andra mer eller mindre informella sätt (informella styrmedel) eller genom incitament av olika slag, där ekonomiska incitament är de vanligast förekommande.

56. Det saknas vetenskapligt underlag för antagandet att endast en eller annan typ av styrmedel är fullt effektivt när det gäller att genomföra miljöpolitik eller miljömål i allmänhet. Det finns däremot många skäl att anta att olika kombinationer av genomförandeinstrument passar olika bra för olika miljöpolicys och miljömål.

57. Det är vidare en mycket rimlig hypotes att när inte bara hållbarhet, utan också utveckling (vars implikationer finns i 47:e och 48:e mikrotresen) eftersträvas, så har smidighet och kostnadseffektivitet ett positivt utvecklingsvärde i sig så länge sådant inte uppnås till priset av hållbarhet. Därför kan informella styrmedel och olika slags incitament fylla en viktig funktion för genomförande av uthållig utveckling.

58. Det finns ingen logisk koppling mellan vad som är hållbart och vad som är ekonomiskt överkomligt för en verksamhet. Ett ekonomiskt styrmedel som generellt förhindrar allt, som är ohållbart, kan å andra sidan verka prohibitivt även för sådant som i och för sig inte skulle medverka till ohållbarhet. Det finns heller ingen vetenskapligt invändningsfri metod för att i pengar till ett nuvärde översätta betydelsen för framtida generationer att tillgodose *sina* behov varför det heller inte är möjligt att med rimlig säkerhet internalisera framtidens miljökostnader i dagens verksamhetskostnader. Bland mycket annat torde försöken falla på icke-linearitetens problem. Ekonomiska styrmedel kommer därför med största sannolikhet praktiskt taget aldrig att bygga på så starka incitament, att ohållbarhet regelmässigt förebyggs.

Lättkontrollerat påstående.

Detta är slutsatser ur gängse uppfattningar om för- och nackdelar med olika slags styrmedel och då inte minst ekonomiska.

Inom olika ekologiska och andra ramar finns det vanligen ett visst utrymme för sådan påverkan, som här rör från mänskligt handlande. Om exempelvis en sjö klarar fem avloppsvattenkällor men inte fler, är det inte möjligt att med någon precision utforma generella miljöavgifter som håller belastningen på just den sjön inom ramarna utan att avgifterna kanske begränsar mer på andra håll än de är avsedda att göra.

59. Så länge någon kan skaffa sig en fördel genom att handla på visst sätt, och heller inte känner sig förhindrad av detta på grund av etik eller värderingar etc., kan han förväntas försöka handla så. Om handlandet bidrar till ohållbarhet, eller till att ett miljömål motverkas, och om det materiella rättsläget inte förbjuder detta handlande, har handlandet till och med ett slags passivt stöd i rättsordningen. Denna är därmed kontraproduktiv.

En hållbar rättsordning. Se figuren sista sidan.

60. Rättens funktion är därför inte bara en styrmedelsfunktion utan även en säkerhetsfunktion. Rättsordningens innehåll och funktion bestämmer huruvida sådant handlande, som motverkar genomförandet av miljömål och gränsnormer etc., kan fångas upp (förhindras) eller måste tolereras.

En hållbar rättsordning

61. Rättens funktion, och styrmedelsfunktionerna hos ekonomiska och informella styrmedel, kan därför ses tillsammans som ett större genomförandesystem med en viss struktur enligt figur på sista sidan. Figuren är samtidigt kompatibel med 18:e mikrotesen, så att, när figuren används för att beteckna bl.a. miljömål, aktörssidan ligger till vänster och reaktörssidan till höger.

En hållbar rättsordning. Figuren sista sidan.

62. Till ett effektivt genomförande hör att materiella bestämmelser, liksom andra bestämmelser, också efterlevs. Om de inte efterlevs "frivilligt" eller om efterlevnaden skulle behöva effektiviseras krävs också ett aktivt genomdrivande. Genomdrivandet kan ske genom förprovning och andra procedurer, övervakning, sanktioner och på andra sätt.

Allmänkunskaper

63. Aktörsrelaterade mål är typiskt sett lättare att genomföra än reaktörsrelaterade mål och genomförandeproblematiken kan ofta reduceras till en fråga om effektivt genomdrivande. Men hundraprocentig efterlevnad över tiden kan normalt inte påräknas.

Detta beror främst på att det inte föreligger någon besvärande komplexitet när det gäller aktörsrelaterade mål. Bestämmer man att alla ska handla på ett visst sätt är det handlingen som sådan som är objektet samtidigt som genomdrivandet kopplas direkt mot objektet. Dock är det ett väl känt förhållande att s.k. mörkertal är något normalt, d.v.s. att ett antal handlingar inte upptäcks effektivt och därför inte resulterar i sanktioner.

64. Reaktörsrelaterade mål kan dock vara nästan lika lätta att genomföra som aktörsrelaterade, så länge förhållandet mellan handling och effekt är omedelbart och linjärt.

Det krävs dock att reglerna är så utformade, att det ingår ett förbud mot att handla, eller påbud att handla, så att den effekt inträffar som relaterar till någon reaktör.

65. Genomförandeunderskott innebär bl.a. att ett uppställt mål eller en gränsnorm inte har uppnåtts fullt ut. I miljösammanhang som är kopplade till hållbarhet kommer också tiden in (71:a mikrotresen och framåt), så ett genomförandeunderskott kan uppkomma genom att med tiden målet inte längre förblir uppnått etc.

En hållbar rättsordning.

66. Reaktörsrelaterade mål såsom exempelvis miljökvalitetsmål är typiskt sett svåra att genomföra på grund av svårigheterna att utforma materiella rättslägen som sedan effektivt genomdrivs, så att det faktiska resultatet ute i miljön under inverkan av också andra faktorer och över tiden blir minst sådant som målet avser och sedan inte åter försämras så mycket, så att kvaliteten blir sämre än vad målet avser. Risken för genomförandeunderskott är här vanligen permanent, och måluppfyllelse kan därför utebli eller gå förlorad, om inte genomförandet inkluderar återkoppling mellan det som målet avser och genomförandeåtgärder.

Beror på komplexitet och icke-linearitet. Om återkoppling se Westerlund: Miljörättsliga grundfrågor samt bl.a. Lena Gipperths och Jonas Christensens avhandlingar.

67. Återkoppling enligt 66:e mikrotesen måste uppfylla samma kriterier som annan operationalisering. Återkoppling innebar nämligen kontinuerlig eller återkommande operationalisering och därmed adaption där det som ska gälla för personer anpassas efter, eller adapteras till, hur förhållandena egentligen är avseende sådant som är bestämt i en reaktörsrelaterad regel eller i ett (bindande) miljömål.

68. Eftersom operationalisering sträcker sig ända till aktörernas handlande och det materiella rättsläget för sådant (31:a, 46:e och 49:e mikroteserna), och eftersom förhållandena i den miljö, för vilken regler gäller eller mål har ställts upp, är icke-linjära, krävs en funktion där det icke-linjära omformas till handlingsregler och motsvarande riktade direkt (och därmed linjärt) till aktörer. Detta måste ske med utgångspunkt i de förhållanden i den yttre miljön etc., till vilka regler relaterar; en speciell form av navigering. När väl dessa förhållanden avlästs och läget bestämts, ska alltså adekvata styråtgärder vidtas gentemot olika aktörer.

69. En sådan omformningsfunktion (68:e mikrotesen) kan åstadkommas genom återkommande författningar, förutsatt att målet respektive gränsnormen eller motsvarande tvingar fram sådana författningsåtgärder. Den kan också åstadkommas genom olika former av genomförandeplanering, förutsatt att sådan planering resulterar i bestämmelser som har rättsverkan och förutsatt att målet respektive gränsnormen tvingar fram sådan planering och sådana planbestämmelser samt förutsatt att full återkoppling föreligger mellan sådan planering och vad som sedan händer i det område som planen gäller för.

Detta följer logiskt av många av de tidigare mikroteserna tagna tillsammans.

Här är det alltså icke-lineariteten som är det avgörande problem som måste lösas och den viktiga navigeringsregelfunktionen som ska utnyttjas. Lena Gipperths avhandling.

Basfunktionen är alltså att bestämmelser ska utfärdas med innehåll som varierar alltefter förhållandet mellan de verkliga förhållandena och de lagstadgade förhållandena (t.ex. miljökvalitetsnormerna).

70. Det ligger i linje med utvecklingsdelen i begreppet hållbar utveckling att den rättsliga navigering, som föregående mikrotres syftar på, inte försvårar utveckling och handlingsfrihet mer än vad som behövs för att de reaktörsrelaterade reglerna ska vara uppfyllda. Planinstrument med rättsverkan kan i högre grad än utfärdandet av generella författningar bygga på relevanta kunskaper om vad som behövs för att i ett bestämt område miljömål och gränsnormer m.m. ska vara uppfyllda, i synnerhet om planprocessen inkluderar allmänhetens medverkan. En term för sådan planering är fortsättningsvis *miljöplanering*.

Slutsatser härledda ur erfarenheter och tänkta funktioner hos genomförandeplanering i kvalitetsnormlagstiftning (såsom Clean Air Act i USA), planering med "public participation" i allmänhet och MKB-processen med visst ytterligare stöd i vissa erfarenheter från Nya Zeeland, samt generella slutsatser baserade på det självklara att en lokal resurs nyttjas effektivast om just den resursens förutsättningar är kartlagda och läggs till grund för beslut om vad som får göras och inte får göras, allt inom de bindande ramarna som följer av de miljömål och gränser som gäller för just det området.

Tiden

71. Tiden är en faktor utan vilken delen "uthållig" eller "hållbar" i begreppet hållbar utveckling skulle sakna betydelse. Att bara sådan utveckling vore tillåten, som är hållbar, kan liknas vid att olika generationer har gjorts till grannar, men i tiden. Begreppet medmänniska har därmed kommat att inkludera också eftermänniska (de efterkommande).

En hållbar rättsordning samt Hans Christian Bugge och senare också Lena Gipperth, Jonas Christensen m.fl.

72. Varje rättsligt tänkande och varje angreppssätt som bygger på sådana problembilder, som har utvecklats utifrån ett samtidstänkande, kan *presumeras* vara irrelevant när det gäller ett framtidstänkande.

Ett ställningstagande som ter sig som en självklarhet.

73. Begreppet hållbar utveckling, oavsett om det är det teoretiska eller det politisk-rättsliga begreppet, tar in framtida generationers förutsättningar och konsekvenserna av nutida människors handlingar för framtida människors förutsättningar på ett sätt som det mesta rättsliga tänkande inte har varit utvecklat för.

En hållbar rättsordning.

74. Varje avvägningsteori som har utvecklats utifrån tankar om intressen som finns i nutid kan presumeras vara irrelevant när det gäller att väga dagens intressenters intressen mot framtida människors intressen.

Följer av En hållbar rättsordning.

75. Varje begreppsbildning som bygger på tankar om berörda personer, intressenter, "stakeholders" och rättighetshavare och som implicit utgår från att dessa måste existera för att räknas till någon av kategorierna, kan presumeras vara irrelevant i ett perspektiv av uthållig utveckling.

Logiskt riktigt om de två föregående mikrotreserna accepteras.

76. Ledtiden, alltså tiden från det att ett miljöproblem erkänns till att nya och adekvata bestämmelser gäller för personer i ett land, är olika lång. Den är typiskt sett längre om nationella bestämmelser ska föregås av internationella överenskommelser än om nationella bestämmelser införs ensidigt. Den är också typiskt sett längre om bestämmelserna blir gällande för enskilda först efter att en ramlag införs för att sedan kompletteras med tillämpningsbestämmelser, än om lagen får direktverkan mot den enskilde.

Egentligen välkänt men värt närmare forskning.

77. Under ledtiden gäller tidigare regler. Ledtiden blir därmed en faktor som skjuter upp åtgärdandet av ett miljöproblem.

Gäller i vart fall självklart i rättsstater.

78. Ledtiden kan delvis förskjutas in i framtiden beroende på hur rättsordningen ställer sig till övergångsbestämmelser "grandfather clauses" etc.

Följer av övergångsbestämmelser, föreställningar om att pågående verksamheter ska behandlas mjukare etc.

79. Ledtiden är en delmängd av genomförandetiden.

Mål och gränsnormer kan vara föremål för genomförande och tiden från att ett problem identifieras eller ett mål satts upp tills dess att man verkligen har uppnått målet (och inte bara inlett färden mot målet) utgör genomförandetiden.

Westerlund: Miljörettsliga grundfrågor men terminologin i mikrotresen är annorlunda.

80. Tiden från det att leddtiden löpt ut fram tills målet eller gränsnormen har genomförts är anpassningstid. Hur lång sådan tid som kan behövas beror på avståndet mellan nuläge (när leddtiden löpt ut) och målet eller gränsnormen, och på de insatser som kommer att göras för att genomföra målet eller gränsnormen.

81. Anpassningstid börjar åter löpa så snart som (inte längre) en gränsnorm är uppfylld eller ett gällande mål är bibehållet.

82. Rättigheter ger tid för rättighetshavare att handla på sätt som följer av rättigheterna ända tills dessa ändras.

En självklarhet, det ligger i rättigheters natur. Exempel är koncessioner.

83. Tiden är irreversibel och naturen har sin gång utan att stanna upp och invänta aktörernas beslutsprocesser. Därför kan inte den tid som lagstiftaren ger en aktör påverka den tid som naturen ger sig själv och sina reaktioner.

Följer av första mikrotresen.

84. Tiden kan därför bidra till genomförandeunderskotten.

En enkel slutledning utifrån begreppet genomförandeunderskott.

85. Med tiden utvecklas de dynamiska ickelinjära system som tillsammans utgör biosfären, och därmed biosfären själv, på sätt som i princip inte kan förutses fullt ut. (Därför måste också anpassningen ske hela tiden.).

Lena Gipperths avhandling.

86. Detta betyder bland mycket annat att oförändrat handlande (t.ex. konstant miljöpåverkan, konstanta föroreningsutsläpp) kan medföra eller medverka till förändrade miljöförhållanden till följd av ackumulation, synergism och mycket annat sådant som kännetecknar komplexa icke-linjära system. Pågående verksamhet, liksom pågående markanvändning, kan mycket väl resultera i ändrade miljöförhållanden och ändrade markegenskaper.

Följer av första mikrotresen samt allmänna kunskaper om hur ämnen kan ackumuleras i naturen, hur komplexa dynamiska system fungerar etc. Visar samtidigt hur begreppet pågående markanvändning i svensk rätt relaterar till omständigheter på aktörssidan medan de förändringar som här beskrivs inträffar på reaktörsidan.

Källförteckning

[En närmare specificering av källor saknas i det tidigare opublicerade manuset. Nedanstående förteckning har upprättats av Gabriel Michanek och relaterar till hänvisningarna i manuset.]

Bugge, Hans Christian (1995). The ethics of sustainable development – a challenge to the legal system. I Basse, E.M. (red.): *Bæredygtighed – en retsteoretisk begrebsanalyse*, GadJura, København 1995, 27–38.

Christensen, Jonas (2000). *Rätt och kretslopp, Studier om förutsättningar för rättslig kontroll av naturresursflöden, tillämpade på fosfor*, Iustus, Uppsala.

Ebbesson, Jonas (1996). *Compatibility of International and National Environmental Law*, Iustus, Uppsala.

Gipperth, Lena (1999). *Miljökvalitetsnormer, En rättsvetenskaplig studie i regelteknik för operationalisering av miljömål*, Uppsala universitet.

Jacob, Merle (1996). *Sustainable development. A Reconstructive Critique of the United Nations Debate*, Göteborgs universitet.

Our Common Future (1987). The World Commission on Environment and Development, Oxford University Press, Oxford.

Westerlund, Staffan (2003). *Miljörettsliga grundfrågor 2.0*, Åmyra.

Westerlund, Staffan (2002). Where Would Mankind Stand Without Land? I Basse E.M., Ebbesson, J., Michanek, G. (red.): *Fågelperspektiv på rättsordningen, vänbok till Staffan Westerlund*, Iustus, s. 19–56.

Westerlund, Staffan (1997). *En hållbar rättsordning – rättsvetenskapliga paradig och tankevändor*, Iustus.

Westerlund, Staffan (1993). Miljörettsligt perspektiv. I *Miljörettslig tidskrift* 1993:1, s. 9–19.

The Quest for Cosmopolitan Justice in Climate Matters

Esmeralda Colombo*

Abstract

At a time when climate litigation is soaring worldwide, some recurrent patterns among legal systems allow for a brief reflection on cosmopolitan justice. In a recent strand of cases (*Urgenda*, *Leghari*, *Juliana v. United States* and *Earthlife*), different courts have reached climate-protective rulings by applying constitutional provisions, along with international principles and treaty norms. Until the first case was rendered in 2015, such interpretive technique was unprecedented in the field of climate change litigation. Yet, it appears to be well-founded in international law, instrumental for its enforcement and replicable across legal systems. None of the cases reviewed are final, yet they all appear to have precipitated a process of public reasoning at the national and international levels, as well as policy change under some circumstances. While access to justice is notably absent from the international climate change regime, individuals and NGOs are currently vindicating it before national courts.

Part I. Introduction

“Fiat iustitia et pereat mundus”. Let justice be done though the world may perish. There must be something inherently human in the idea of justice, bound to a calling entrenched in the human nature, entwined with a drive to act that would not be worthy in a world utterly deprived of justice. A host of values and ideals might re-

place justice in the old Latin adage. We all acknowledge the importance of saying the truth, but what about: let the truth be done though the world may perish? Justice might still hold more poignancy than the truth. Whilst the truth is a choice of men within the four corners of their soul, a choice to renovate in societal life, justice appears to relentlessly linger in the community of men by foreshadowing the possibility that we—as a body politic—attain some level or higher level of coexistence, that we as a citizenry act for more and for a just world.

Albeit its Latin wording, the adage did not emerge until probably the 16th century.¹ According to some, its use originated from Ferdinand I, successor to Charles V. Yet, its revival in the *Perpetual Peace* by Immanuel Kant (1795) projects the motto within the scope of moral and political philosophy, and for the incremental shaping of a pacified legal order.

In the present essay, I tentatively address the quest for justice from an international law perspective. Leaving aside the traditional notion of international law as regulative of inter-state relations (*jus gentium* as termed in the *Perpetual Peace*), I would rather espouse the looking glass of a *ius cosmopolitanicum*, characterizing individuals and states as equal actors and international law as one of the sources applicable to prospective differences. Under examination is the eruptive problem of justice related to climate change. Rather than purporting new avenues of regulation and novel treaties to be drafted, I would rather take international law as a given and

* Esmeralda Colombo is a research fellow at the University of Bergen in Norway. The author wishes to thank the editorial committee of and an anonymous reviewer for *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*. The author extends her sincere thanks to Prof. Jørn Øyrehaugen Sunde for his encouragement and comments, as well as to Prof. Sigrid Eskeland Schütz for her excellent observations. The author may be contacted at esmeralda.colombo@uib.no.

¹ H. Arendt, *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought* (Penguin 1977), 224.

emphasize the prong of the justiciability of the rights therefrom derivable on the part of individuals, either acting on their own or represented by NGOs.

After briefly considering the ‘legalization’ and ‘judicialization’ of international climate change law (Part II), I would turn to specific judicial instances opposing individuals and NGOs to their own governments in climate change matters (Part III). None of the decisions under consideration is final, still all cases appear to have triggered unprecedented media resonance and a public reason process, at both the national and international levels. After considering the emergence of similar cases in other legal systems (Part IV), I conclusively appraise the main functions, potential and shortcomings of this trend of climate change litigation (Part V). I conclude by arguing that the mechanism applied by national courts in the cases under examination is beneficial to the enforcement and legitimacy of international law, and ultimately to the protection of the climate. Yet, some limitations are notably outstanding.

The present essay is based on a number of assumptions and limitations. My purpose is to consider the quest for justice from the viewpoint of the strategic use of international law in domestic courts. The selected realm of application is international climate change law, even though a host of principles relevant to international environmental law more generally would come into play. Most of the claims are directed to the *forum* state, namely the state where the action is brought, and entail limits on the state’s territorial sovereignty over its resources. One of the claims concerns the no-harm principle as related to the obligations of enterprises. All in all, international law appears to offer a repository of rights where to ground either claims or complaints pertaining to climate change matters.

Part II. From Legalization to Judicialization

I herein aim to clarify some assumptions of the cosmopolitan outlook adopted in the present essay. At the end of the present paragraph, I conclude by holding that international law has evolved as much as to include the individual as one of its actors, rather than merely a subject. As an actor, both individually and within a collective capacity (e.g. civic associations, NGOs), the individual has increasingly been able to limit the sovereignty that the state has long wielded over its natural resources. In a recent turn, such limitation of sovereignty appears to concern also the possibility for individuals and NGOs to hold enterprises accountable in court for damages caused through legal conduct contributing to climate change, against the idea that all permitted actions shall go unchecked in climate matters.

As classical sociology was bound to study the ‘national society’ owing to its origination in the aftermath of the Franco-German war of 1870,² so was international law predestined to revolve around the international affairs of a world made of nation-states due to its crystallization in the 16th and 17th centuries. The Western origins of the international community are usually traced back to the Peace of Westphalia in 1648, which introduced the principles of religious equality and the equality of states into the practice of international law.³ Absent its demise, sovereignty is clearly epitomized in one of the current principles of international environmental law, namely the principle of permanent sovereignty over natural

² U. Beck, ‘Cosmopolitan Sociology – Outline of a Paradigm Shift’ in M. Rovisco and M. Nowicka (eds), *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism* (Ashgate 2011) 18.

³ W. Preiser, ‘History of the Law of Nations. Ancient Times to 1648’ in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law: History of International Law, Foundations and Principles of International Law, Sources of International Law, Law of Treaties*, vol 7 (Elsevier 1984) 156.

resources. Even though the landmark resolution adopted by the UN General Assembly on 14 December 1962,⁴ generally viewed as an expression of customary international law, bestows such a right onto “peoples and nations,” the principle itself is often regarded as a prerogative of the nation-state and a potential hurdle to environmental protection.

At first glance, the principle of permanent sovereignty over natural resources appears to allow each state a wide leeway in the management of its natural resources, even to the expense of its own peoples. One of the few limits imposed by general international law to the principle of territorial sovereignty dwells with the prohibition to cause damages on areas *beyond* the state’s national jurisdiction.⁵ Still, the conduct of every state should comport with the “principles and rules of international law,”⁶ including its treaty obligations.

Notwithstanding the host of treaties aimed to reign in sovereign powers—a phenomenon known as ‘legalization,’ biodiversity indicators are constantly declining and the international community is often regarded as failing to enforce existing regulation and address the most crucial environmental challenges of our time.⁷ The weight of environmental depletion, often

coupled with distributive injustice, has been especially perceived in the changing of the climate ever since last century. Individuals have incrementally started to hold their respective governments, and even enterprises, accountable for either insufficient action or inaction, first by relying on domestic law, and most recently by deploying international law principles and treaty norms. The recent strand of climate cases deploying international law appears to scrape the principle of territorial sovereignty in that individuals and NGOs counteract ineffective legalization and enforcement, both at the national and international levels, with a new type of litigation.

This new type of litigation appears to be framed as a form of private enforcement of international law in domestic courts. Such a means of enforcement is not a novel one, having found articulation in international law literature in the 1930s.⁸ Among the interpretive techniques available to the judiciary, indirect application—also called the consistent interpretation of national law with international obligations—has been considered the preferred one by national courts,⁹ besides being also the less politically controversial. Indeed, it relies on the presumption that the legislator intends to comply with its international obligations. Its deployment for reasons of environmental protection usually posits that the joint application of international law and national law can attain better protective results than sole national law in the chosen matter of application. With specific reference to the climate field, this mixed fuel of international law and national law started in 2015 with a type of domestic litigation that spearheaded the application of constitutional law, tort law, environmental law and

⁴ Permanent Sovereignty over Natural Resources, GA res. 1803 (XVII), 17 UN GAOR Supp. (No.17) at 15, UN Doc. A/5217 (1962).

⁵ A. Nollkaemper, ‘Sovereignty and Environmental Justice in International Law’ in J. Ebbesson and P. Okowa (eds), *Environmental Law and Justice in Context* (CUP 2009) 255. For a detailed discussion on the principle of sovereignty over natural resources and the responsibility not to cause damage to the environment of other states or to areas beyond national jurisdiction, see P. Sands and others, *Principles of International Environmental Law* (3rd edn, CUP 2012) 190–200.

⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para 22 (International Court of Justice).

⁷ See, *inter alia*, UNEP, *Global Environment Outlook 5* (first published in 2012) 134.

⁸ G. Scelle, *Précis de Droit des Gens: Principes et Systématique – Pt.2* (Sirey 1934) 10–12.

⁹ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* (OUP 2011) 165.

procedural law, along with treaty norms, international customs and principles.¹⁰

Besides being endorsed within influential soft law documents,¹¹ such technique conforms with what is considered to be the most effective avenue of enforcement of international law, namely its internalization and domestication.¹² The concocting of this mixed fuel scenario has taken place within the form of transnational law litigation, already known to be wielded for the advancement of human rights in domestic courts.¹³ The specific type of litigation is transnational due to the derivation of claims of rights from a body of 'transnational' law,¹⁴ namely do-

mestic and international, private and public law, which is invoked in a single action.

As is often the case in transnational litigation, the new strand of climate cases that I am to review has been staged in domestic courts. Most notably, it has pitted individuals and/or NGOs against the *forum* state. A recent turn in this line of cases, featured in a German case, appears to allow individuals and NGOs to judicialize climate change matters against enterprises with some use of international law principles.

The strand of cases is still in its infancy. Yet, it is safe to say that the involvement of individuals within decision-making at a global level, which constituted the very initial inclusion of non-state actors within global environmental matters, is not considered sufficiently satisfactory. In the glaring absence of any right to access justice within the climate change regime,¹⁵

¹⁰ Even though this form of judicialization is novel for its use of international law, it appears to fall within the 'classic' field of public interest litigation, which emerged in the 1950s in the United States and later spread to a number of countries. The main objective of public interest litigation is to precipitate social change through the judicial enunciations of norms and a novel application of remedies. For a list of the distinctive traits of public law litigation, see A. Chayes, 'The Role of the Judge in Public Law Litigation' (1976) 89 HarvLRev 1281, 1302. On the theory and structure of public interest litigation, see H. Hershkoff, *Public Interest Litigation: Selected Issues and Examples*, <http://www.worldbank.org/publicsector/legal/index.htm>, last visited 7 December 2017, 7–11. Cf. the early use of international law on the part of the US Supreme Court for the protection of individual rights from government infringement in D. Sloss, 'Polymorphous Public Law Litigation: The Forgotten History of Nineteenth Century Public Law Litigation' (2014) 71 Wash Lee Law Rev 1757, 1808, 1821–1822, 1825–1827.

¹¹ With specific reference to climate change, prominent scholars and practitioners advocated the joint application of human rights law, national environmental law and, to a lesser extent, tort law. See Oslo Principles on Global Climate Change Obligations, <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/sites/default/files/files/OsloPrinciples.pdf>, last accessed 16 August 2017.

¹² A. M. Slaughter, 'International Law in a World of Liberal States' (1995) 6 EJIL 503, 534.

¹³ H.H. Koh, 'Transnational Public Law Litigation' (1991) 100 Yale LJ 2347, *passim*.

¹⁴ *Ibid.* See *ibid* also the five features characterizing transnational public law litigation. See also H.H. Koh, 'Civil Remedies for Uncivil Wrongs: Combatting Terrorism through Transnational Public Law Litigation' (1987) 22 TexInt'l LJ 169, 194–195.

¹⁵ See the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change, 1771 UNTS 107, Article 6(a)(ii) and Article 6(a)(iii). The UNFCCC does not provide for access to justice, restraining its purview to the other two pillars of procedural environmental rights embodied by access to information and participation in decision-making. See also the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change UN Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, Dec. 10, 1997; 37 ILM 22 (1998), Article 10(e). The Kyoto Protocol solely recognizes the right to access information. See 2015 Paris Agreement on Climate Change, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, Article 12. In the mold of the UNFCCC, the Paris Agreement enshrines public participation and public access to information and omits access to justice. As rightly noted, "even when an agreement does not provide for a right to access or participation, it may nevertheless support rather than be neutral or opposing the notion of participatory and procedural rights in environmental matters". Jonas Ebbesson, *Participatory and Procedural Rights in Environmental Matters: State of Play* (High Level Expert Meeting on the New Future of Human Rights and Environment: Moving the Global Agenda Forward Co-organized by UNEP and OHCHR, Nairobi, 30 November–1 December 2009, 2009), 3. Even when an agreement recognizes participatory or procedural rights, the term chosen might not belong to the rights-language. In fact the notion of rights is more tailored to human rights treaties than international environmental law, see *ibid*, 3–4.

individuals and NGOs have lately judicialized climate matters by vindicating their rights, the rights of future generations and the interests of the climate before national courts.

Part III. Novel Litigation in Climate Change Matters

Notwithstanding the adoption and rapid entry into force of the Paris Agreement, international climate change policy and law has not stood out for being particularly effective.¹⁶ For this reason, among others, individuals have taken climate change matters to national courts for the latter to precipitate change. By applying international environmental principles and treaties along with national norms, national courts have allowed individuals and NGOs to access courts and attain climate-protective rulings. The new strand of case law started in 2015 in the Netherlands, and was continued through decisions by the Lahore Green Bench in Pakistan, a District Court in the United States and the Pretoria High Court in South Africa. In this paragraph, I overview each case and conclude by maintaining that some interpretive features have emerged in a strikingly similar way in all four cases, setting the stage for a prospective effusion of the same techniques to further national courts.

The *Urgenda* case is an action in tort, which was brought to the District Court of The Hague by the Urgenda Foundation, a Dutch environmental NGO, and 886 individuals on behalf of which Urgenda was acting. In June 2015, the three-judge panel found the State liable of hazardous negligence and enjoined it to increase the State's emissions reduction target from approxi-

mately 17% to 25% by 2020 compared to 1990. The ruling is now on appeal.

It appears that the court in *Urgenda* granted rights, both procedurally and substantively, by indirectly applying international law, the European Convention on Human Rights ('ECHR') and EU law. With respect to standing, the court interpreted Urgenda's bylaws and the Dutch Civil Code in light of the concept of sustainable development as enshrined in the Brundtland Report, especially in its global and intergenerational dimension; Article 2 of the UN Framework Convention on Climate Change ('UNFCCC'), framing the objective of the UNFCCC; and Articles 2 and 8 of the ECHR on the right to life and the right to respect for private and family life, respectively. Such an application resulted in Urgenda's possibility of pleading even on behalf of future generations.

On the substantive plane, Urgenda brought an action in tort under the theory of unlawful hazardous negligence (Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code), which was read along with a provision in the Dutch Constitution imposing a duty of care on "authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment" (Article 21 Dutch Constitution). Now, what do these provisions imply? The Court developed a two-tier test: first, by hammering out the degree of discretion that pertains to the government in the specific field of climate change policy, and secondly, by materializing a minimum degree of care that the Dutch State is to provide.¹⁷ In both tiers, the court construed the duty of care, as enshrined in the Dutch Civil Code and the Constitution, in light of the objectives and principles set forth in international cli-

¹⁶ The Status of Climate Change Litigation. A Global Review, UNEP-Sabin Center for Climate Change (May 2017), <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envnt-CC-Litigation.pdf>, last accessed 14 June 2017, 6–9.

¹⁷ On the two-tier test, see *Urgenda v The Netherlands* The Hague District Court (June 24, 2015) ECLI:NL:RBDHA:2015:7196 (original language: ECLI:NL:RBDHA:2015:7145) para 4.52.

mate policy and EU legislation, due to the “nature of the hazard.”¹⁸

With respect to the first prong, namely the degree of governmental discretion on the matter, the court identified limits to governmental discretion in the no-harm principle, the UNFCCC and related instruments,¹⁹ and especially Articles 2 and 3 UNFCCC. These two provisions were found to uphold: the principle of inter-generational equity; the principle of intra-generational equity; the precautionary principle combined with a cost-benefit nuance;²⁰ and the principle of sustainable development.²¹ With respect to EU climate policy and principles, the court found that governmental discretion was bounded due to Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’), articulating the principle of a level of high protection of the environment, the prevention principle, and the precautionary principle.²²

With respect to the second prong of the test, namely the minimum degree of care required of the Dutch State, the court referred to positive obligations that the Dutch State ought to fulfil for the protection of the environment toward the individuals under its jurisdiction and control, according to the European Court of Human Rights’

(‘ECtHR’) case-law.²³ The positive obligations contained in the minimum degree of care was found to rest on *immediate* action through *mitigation*, rather than adaptation, measures.²⁴ A higher mitigation target, the court held, comports with the principles of inter-generational equity, precaution and prevention. The court maintained that the adequate contribution to prevent hazardous climate change was an emissions reduction target of at least 25% compared to 1990 levels.²⁵ Such emissions reduction level was the minimum required by *Urgenda* and corroborated by the scientific documents prepared by the Intergovernmental Panel on Climate Change (‘IPCC’).²⁶ Such a target was found to be beyond the requirements of EU regulation on the matter, yet economically feasible,²⁷ also in comparison to the national policies of the United Kingdom, Denmark and Sweden.²⁸ In conclusion, this is a case of indirect application of international law or, termed in accordance with the Dutch legal system, a reflex effect of international law in Dutch law.²⁹

¹⁸ Ibid, para 4.55.

¹⁹ The Court especially recalled the Kyoto Protocol and its Doha Amendment, which the Court acknowledges not to be binding yet. The Netherlands is Party to both. See *ibid* paras 4.42 and 4.66.

²⁰ Ibid, para 4.58. Note that the effectiveness of the measures is evaluated worldwide.

²¹ Ibid, para 4.59.

²² Ibid, paras 4.60 and 4.61 referring to Article 191(1) Treaty on the Functioning of the European Union (2009), Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390 (‘TFEU’). The court also recalls Article 191(3) TFEU, which notably emphasizes the need for EU policy makers to take into account “the available scientific and technical information,” among other criteria. See *ibid*, para 4.62.

²³ Ibid, para 4.74 referring to 4.45–4.49, where the Court recalls the positive obligations enshrined in Articles 2 and 8 ECHR.

²⁴ Ibid, para 4.71. The court dismissed the State’s contention on the effectiveness of CO₂ storage and capture mechanisms, *ibid*, para 4.72. See also para 4.63 for further considerations.

²⁵ Ibid, para 4.91. The scientific evaluation of the matter is carried out from *ibid*, para 2.8.

²⁶ See *ibid*, para 4.85 to retrieve *Urgenda*’s request, and para 2.15 to find consistent data from the IPCC Fourth Report.

²⁷ Ibid, para 4.76 on the accordance of higher mitigation targets with the relevant international principles, and para 4.86 on the need for the envisaged measure not to be disproportionately burdensome for the Netherlands.

²⁸ Ibid, para 4.82.

²⁹ On some criticism toward the decision, see, among others, M. Peeters, ‘*Urgenda Foundation and 886 Individuals v. The State of the Netherlands: The Dilemma of More Ambitious Greenhouse Gas Reduction Action by EU Member States*’ (2016) 25 *RECIEL* 123.

The second case that I am to overview was decided by a Pakistani court. *Leghari* falls within a constitutional type of litigation that a lawyer from a farming family of Lahore brought against the Pakistani government. With an order issued in September 2015, the Lahore's Green Bench ordered the establishment of a Climate Change Commission tasked with implementing Pakistan's Climate Change Policy and Framework for the effective enforcement of the people of Punjab's fundamental rights.³⁰ The relevant legislation was already in place for the period 2014–2030, yet it was admittedly lacking implementation. The so-called climate change orders are still ongoing and incrementally issued by Justice Syed Mansoor Ali Shah.

As for *Urgenda*, the court in *Leghari* granted rights, both procedurally and substantively, by indirectly applying international law. Given the character of a public interest litigation case, Judge Shah established the court's jurisdiction without further analysis besides the alleged breach of fundamental rights and the asserted claim to protect the latter on behalf of the people of Punjab. Moreover, the petitioner was not requested to prove how specifically the executive's inertia had/would have affected his farming family and his own source of income. On the substantive plane, the relevant judge found that the Pakistani central government, due to its "lethargy" on the climate change policy and implementing framework, had violated a number of constitutionally protected fundamental rights. An infringement was found of the right to life (Article 9 of Pakistan's Constitution), which implicitly includes the right to a healthy and clean environment, the right to human dignity (Article 14 of Pakistan's Constitution), the right to property (Article 23 of Pakistan's Constitution) and the right to infor-

mation (Article 19A of Pakistan's Constitution). The Green Bench read the provisions in light of sustainable development, the precautionary principle, the principle of environmental impact assessment ('EIA'), inter and intra-generational equity, as well as the public trust doctrine.³¹

The content of this decision is especially pivotal for its being issued in the jurisdiction of a developing country, where the relevant judge recalled the government to its duties. Such duties are enhanced by the developing status of the country itself and the disproportionate effect of climate change on South Asia in particular.³² Not only did the court intervene on the objectives to be reached, but it also acted as the Rawlsian exemplar of Public Reason.³³ In fact, it put forward a new discourse on the constitutional essentials by coordinating ministries and governmental bodies, as well as by educating them about the effects of climate change on the fundamental rights of the people of Punjab.

The third case I am to broach is *Julianna v. United States*, whereby a group of young people and a guardian for future generations have sued the United States and other governmental officials for the alleged violation of substantive due process rights (5th Amendment to the US Constitution), specifically life and liberty, by failing to adopt measures to decrease greenhouse gas emissions. A federal judge in Oregon, where the case is still under adjudication, denied several

³⁰ *Leghari v Federation of Pakistan and others*, Lahore High Court, WP No 25501/2015 (Sept 14, 2015).

³¹ *Ibid*, para 7. The public trust doctrine is traced back to Roman law, was adopted by common law legal systems and has further been developed with respect to the planetary physical system, including the climate. On this point, see E. Brown Weiss, 'The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equality' (1984) 11 *Ecology LQ* 495, *passim*.

³² *Leghari* (n 30) para 4.

³³ J. Rawls, 'The Idea of Public Reason Revisited' (1997) 64 *UChiLRev* 765, *passim*.

motions to dismiss and a motion to strike.³⁴ Even though the decision hinges on procedural matters, it appears to be already notable.

By embracing the opinion rendered by a magistrate judge,³⁵ the US District Judge, Judge Aiken, acknowledged the effects of climate change on individuals as effects of a constitutional magnitude and explicitly recognized the justiciability of the issue, namely its aptitude to being the object of judicial decisions.³⁶ The judge acknowledged the existence of the right to a climate system capable of sustaining human life. She also maintained the correlative deprivation of the right to life and liberty (5th Amendment to the US Constitution) that results from the absence of effective action on the part of the federal government.³⁷ The relevant judge expressed her awareness of the inter-generational dimensions of the public trust doctrine, which was already recalled by the Pakistani Court in *Leghari*, but did not expound them.³⁸

The defendants in the case later moved for a stay of proceedings, which was denied by Judge Aiken. While the fossil fuel industry had intervened, they later asked and obtained to be released from the case. The defendant in the case, the federal government, filed a petition for 'writ of mandamus' with the Ninth Circuit Court of Appeals, asking the Court of Appeals to issue the writ and direct the district court to dismiss the

case. The Court of Appeals is presently adjudicating the matter.

The fourth and last case is *Earthlife*, which was rendered by the Pretoria High Court in March 2017.³⁹ Differently from the previous, this case does not concern climate policy, but rather a specific project. Earthlife Africa ('Earthlife'), an environmental NGO founded in South Africa, filed an administrative appeal and later a claim with the Pretoria High Court, claiming that the Director of the Department of Environmental Affairs (the 'Chief Director') had failed to consider the climate change impacts of a proposed coal-fired power station before granting the authorization. In administrative proceedings, the Minister of Environmental Affairs (the 'Minister') had amended the authorization issued by the Chief Director and requested that the building firm carry out a climate change assessment of the envisaged project. At that stage of the administrative process, however, the authorization could not have been withdrawn.⁴⁰ In its decision, the Pretoria High Court set partially aside the Minister's ruling, suspended the authorization, and remitted the matter of climate change impacts to the Minister for reconsideration on the basis of the climate change report.⁴¹

The matter of the case turns on the interpretation of section 24O of South Africa's National Environmental Act ('NEMA'), namely South Africa's EIA law. The latter requires that the authorization of listed activities mandatorily consider all "relevant factors," among which climate change is not mentioned.⁴² The Pretoria High Court set itself to interpret section 24O(1)

³⁴ *Kelsey Cascade Rose Juliana et al v the United States of America et al*, 6:15-cv-1517-TC (Judge Aiken, Opinion and Order, District of Oregon, 10 November 2016), <https://static1.squarespace.com/static/571d109b04426270152febe0/t/5824e85e6a49638292ddd1c9/1478813795912/Order+MTD.Aiken.pdf>, last accessed 16 August 2017.

³⁵ *Kelsey Cascade Rose Juliana et al v the United States of America et al*, 6:15-cv-1517-TC (Thomas M Coffin, Magistrate Judge, Findings and Recommendations to the District Court for the District of Oregon, 8 April 2016), <http://ourchildrenstrust.org/sites/default/files/16.04.08.OrderDenyingMTD.pdf>, last accessed 16 August 2017.

³⁶ *Juliana v. United States* (n 34), 16–17.

³⁷ *Ibid*, 32.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *Earthlife Africa Johannesburg v Minister of Environmental Affairs and Others* (High Court of South Africa – Gauteng Division, Pretoria, 8 March 2017), Case no 65662/16, <http://climatecasechart.com/non-us-case/4463/>, last accessed 7 December 2017.

⁴⁰ *Earthlife* (n 39) 41.

⁴¹ *Ibid*, 47.

⁴² *Ibid*, 6.

of NEMA with reference to its wording and purpose, and in light of “its ethos and intra- and extra-statutory context.”⁴³ It thus applied NEMA consistently with section 24 of South Africa’s Constitution, regarding environmental protection, as well as international law.⁴⁴ The Court applied Article 3(3) of the UNFCCC, enshrining the precautionary principle, and Article 4(1)(f) of the UNFCCC, imposing “an obligation on all states parties to take climate change considerations into account in their relevant environmental policies and actions, and to employ appropriate methods to minimise adverse effects on public health and on the environment.”⁴⁵ Similarly to the *Leghari* court, the *Earthlife* court highlighted the priority of poverty alleviation within South Africa’s climate change action.⁴⁶ The judge also mentioned the Paris Agreement, but did not apparently apply it.⁴⁷

Conclusively, the court held that the decision was not “reasonable, rational and lawful” since the authorization could not have been withdrawn in light of the climate change assessment of the project. Thus had Art. 24O(1) of NEMA been violated.⁴⁸

Notwithstanding some notable differences, all four courts accepted the judicialization of climate change matters by applying international law and the most important law of the land, the Constitution. The interpretive technique unleashed, namely the indirect application of international law, offers a glimpse of the domestication of international law sources that may occur

in the future also in further jurisdictions, be they of a common law or civil law tradition, within a developed or a developing country.

Part IV. Germany, Norway and Pakistan (Again) to Follow?

The concept of inter- or trans-judicial dialogue is renowned at the level of international and transnational legal scholarship. The application of the same norms, principles and concepts in functionally equivalent ways by functionally equivalent national courts not only can operate as an instrument of dogmatic analysis and reciprocal legitimization, but may even lead to the emergence of international customary law. For example, the Magistrate judge in *Juliana v. United States* extensively quoted the *Urgenda* decision, specifically with regard to the justiciability of climate matters and the carbon leakage argument.⁴⁹

Yet, there may also be a dialogue among plaintiffs. The concept of an inter-plaintiff dialogue belongs to the realm of human rights litigation but has steadily been spreading also to the field of environmental litigation. The following cases concern litigation presently unfolding in Germany, Norway and Pakistan. Just one of these cases has been decided in first instance, the Norwegian case. The German case has been decided on procedural grounds and has proceeded beyond the pleading phase, while the Pakistani case has not been decided yet. Still, all three cases appear to either explicitly deploy the indirect application of international law or implicitly refer to international law principles, in the mold of the cases previously illustrated (see *supra* Part III). There is nothing unprincipled in the further spreading of the techniques invoked by plaintiffs and applied by the relevant judges in the strand of cases prompted by *Urgenda*. Yet, plaintiffs and the judiciaries should be aware of the communal

⁴³ Ibid, 36.

⁴⁴ Ibid, 32ff. The Court cites the presumption principle enshrined in section 233 of the South African Constitution, see *Earthlife* (n 39) 33.

⁴⁵ Ibid, 34. The NGO *Earthlife* also referred to the Kyoto Protocol and the Paris Agreement, see *ibid*, 15.

⁴⁶ Ibid, 15.

⁴⁷ Ibid, 36.

⁴⁸ Ibid, 40.

⁴⁹ *Juliana v. United States* (n 34) 11.

use of the same norms and concepts in order to avoid the fragmentation of international law and persuasively hammer out equivalent levels of protection, as compatible with the relevant legal system, legal culture and culture more generally.

In July 2016, Saul Luciano Lliuya, a Peruvian citizen, brought a claim to the District Court of Essen, Germany, against RWE AG ('RWE'), an electric utility company incorporated in Germany and Europe's biggest single emitter of CO₂.⁵⁰ The company is allegedly contributing to the melting of glacier Palcaraju and, consequently, to the increasing water volume of the Lake Palcacocha, located above the Andes' city of Huaraz, where plaintiff owns property. Grounding his claim on different legal theories—private nuisance, agency and unjust enrichment—plaintiff asked the court to determine that RWE is liable to cover the expenses for preventative measures to protect the plaintiff's property against flooding from the glacier lake insofar as the plaintiff is afflicted with such costs.⁵¹

With a decision rendered in December 2016, the Essen District Court dismissed the claim without proceeding to the evidence phase of trial, mainly due to the lack of specificities of the claim and the complexity of the causal nexus required for the legal attribution of climate change effects to the conduct of individual emitters.⁵²

The decision, however, was reversed in November 2017 by the Civil Court of Appeals of Hamm, which maintained that a request for partial refund of the expenses incurred by plaintiff appears to comport with the principles underlying some of the German Civil Code's provisions on interference with property owner's rights.⁵³ The Court thus found that evidence shall be taken from expert opinions on several matters, among which RWE's percentage of contribution to the causal nexus. According to the Carbon Majors' Report, the plaintiff asserted such contribution to be 0.47%, for a total liability of RWE in the case of approximately 17.000,00 euros.⁵⁴

Even though it does not appear that plaintiff invoked international law, one of the lawyers that contributed to the plaintiff's legal strategy commented the complaint as being grounded on the no-harm principle.⁵⁵ The latter is recognized as a principle of international customary law⁵⁶ and was applied in the *Urgenda* decision. Additionally, the polluter pays principle, which is characterized as a principle of international environmental law,⁵⁷ appears to have been recalled by the Appeals' Court when it asserted that "[i]t is in accordance with the legal system that even the one who acts lawfully must be liable for property impairments caused by him."⁵⁸ It is therefore to be seen whether such references will

⁵⁰ Securing the Future (RWE AG, Report 2015) 42, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/en/2998766/data/1904186/2/rwe/responsibility/climate-protection/RWE-Our-Responsibility-Report-2015.pdf>

⁵¹ *Lliuya v RWE AG* (District Court of Essen, 15 December 2016) 14/0354Z/R/rv, 2–3 of the unofficial English translation available at <http://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/>, last accessed 7 December 2017. See also W. Frank, *The Huaraz Case (Lliuya v. RWE) – German Court Opens Recourse To Climate Law Suit Against Big Co2-Emitter* (Sabin Center for Climate Change Law: Climate Law Blog, 7 December 2017), <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lliuya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>, last accessed 7 December 2017.

⁵² *Lliuya v. RWE* (n 51).

⁵³ Para 1004(1) German Civil Code.

⁵⁴ R. Heede, *Carbon Majors: Accounting for Carbon and Methane Emissions 1854–2010. Methods & Results Report* (Climate Mitigation Services, 2014) 27, <http://carbonmajors.org/wp/wp-content/uploads/2014/04/MRR-9.1-Apr14R.pdf>, last accessed 7 December 2017. *Lliuya v RWE AG* (Civil Court of Appeals of Hamm, 30 November 2017) I-5 U 15/17, 2 O 285/15, 1, <http://germanwatch.org/de/download/20732.pdf>, last accessed 7 December 2017.

⁵⁵ W. Frank, *The Huaraz Case (Lliuya v. RWE)* (n 51).

⁵⁶ See, *inter alia*, P. Sands and others, *Principles of International Environmental Law* (n 5) 196.

⁵⁷ See, *ibid*, 228–229.

⁵⁸ *Lliuya v RWE AG* (Civil Court of Appeals of Hamm, 30 November 2017) (n 54) para 2.

be more explicit in the further adjudication of the case. If such were the case, this would be the first and only climate change case where the indirect application of international law is pleaded in national courts against an enterprise for claiming damages.

As another development of climate change litigation, the much-acclaimed Paris Agreement has recently entered the litigation scene. The Paris Agreement was invoked within a claim filed in Norway in October 2016.⁵⁹ Two environmental NGOs brought a claim against the Norwegian government to challenge the legality of oil and gas licenses for deep-sea extraction in the Barents Sea. Plaintiffs motivated the licenses' illegality by resting on the reformed provisions of Section 112 of the Norwegian Constitution. As a first theory, claimants argued that the licenses breach the absolute prohibition, which is derivable from Section 112, for the state to allow the extraction in issue, given the damage and risk to which the environment can be exposed.⁶⁰ If such prohibition were not absolute, a prohibition on such activities would nevertheless result from the application of the principle of proportionality between environmental degradation and socio-economic benefits—maintained plaintiffs in the summons. Alternatively, plaintiffs asserted that the licences were invalid because of procedural errors, specifically related to the neglect of environmental and climate considerations during the EIA process for issuing the licenses.⁶¹

⁵⁹ *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v Norway Ministry of Petroleum and Energy* (Oslo District Court, petitioned filed 18 October 2016), http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2016/20161018_3593_petition.pdf, last accessed 16 August 2017.

⁶⁰ *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v. Norway Ministry of Petroleum and Energy* (n 59) 6.

⁶¹ See *ibid*, 6.

By explicitly referring to the presumption principle, which equals the interpretive technique of the indirect application of international law, claimants argued that Section 112 of the Norwegian Constitution should be interpreted consistently with Norway's international obligations,⁶² among which the precautionary principle,⁶³ the no-harm principle,⁶⁴ the Paris Agreement, in particular Articles 2(1)(a), 4(1), 3 and 4(3),⁶⁵ Articles 2 and 8 of the ECHR, and Article 12 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights ('ICESCR').⁶⁶ The precautionary and no-harm principles, as well as Articles 2 and 8 ECHR, have been successfully applied also in some of the cases reviewed under Part III.

With reference to the inter-plaintiff prong of the case, the summons referred to the ruling in *Urgenda*,⁶⁷ and one of the NGOs representatives cited both *Urgenda* and *Juliana v. United States* in an earlier article that he contributed to write.⁶⁸

⁶² *Ibid*, 36.

⁶³ The precautionary principle is held to unfold both a substantive prong and a procedural prong. See *ibid*, 6. See also *ibid*, 37. Both prongs were also applied in the *Urgenda* decision, see comments by S. Roy and E. Woerdman, 'Situating *Urgenda v the Netherlands* within Comparative Climate Change Litigation' (2016) 34 JERL 165, 180ff.

⁶⁴ Plaintiffs analyzed the no-harm principle by referring to the principle of non-discrimination, see *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v. Norway Ministry of Petroleum and Energy* (n 59) 37–38. See *ibid*, 38, where plaintiffs cited *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* Judgment, ICJ Reports 2010, 14 (International Court of Justice).

⁶⁵ *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v. Norway Ministry of Petroleum and Energy* (n 59) 19. See also *ibid*, 22, for reference to Norway's Nationally Determined Contribution.

⁶⁶ *Ibid*, 38–39.

⁶⁷ *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v. Norway Ministry of Petroleum and Energy* (n 59) 4.

⁶⁸ A. Melli and others, 'Norway's Dash for Arctic Oil Violates its Own Constitution' *The Ecologist* (16 October 2015) http://www.theecologist.org/News/news_analysis/2985911/norways_dash_for_arctic_oil_violates_its_own_constitution.html, last accessed 16 August 2017.

The case has been recently decided by the Oslo District Court.⁶⁹ The competent judge maintained that Section 112 of the Norwegian Constitution, an environmental provision, confers rights and can be invoked in the courtroom.⁷⁰ Such holding is unprecedented as Section 112 had not been tried before. Notwithstanding, the judge found that the threshold for assessing whether Section 112 has been breached is largely left for the Norwegian Parliament to set.⁷¹ The judge bestowed wide discretion also on the Norwegian government with respect to the procedure for and content of the EIA that preceded the issuance of the licenses.⁷² International law did not play a large role, and ECHR law did not play any role, in the decision as the judge asserted that plaintiffs had not clarified, nor substantiated whether the licenses breached international law

and ECHR law.⁷³ Plaintiffs have announced that they will appeal the decision.⁷⁴

As for the Norwegian case, the Paris Agreement has been recently invoked within a claim filed in Pakistan in April 2016 by a young girl, Rabab Ali.⁷⁵ Rabab's father, an environmental lawyer, filed a public interest litigation case with the Supreme Court of Pakistan alleging violations of constitutionally protected fundamental rights,⁷⁶ in light of a number of international principles: the principle of sustainable development, the precautionary principle, the obligation to undertake an EIA, as well as the principle of inter-generational equity. Moreover, a host of conventions and instruments were recalled, among which the UNFCCC, the Kyoto Protocol, the Rio Declaration and the Paris Agreement. The influence of the victorious *Leghari* case is quite apparent from plaintiff's emphasis on the principle of environmental impact assessment and the public trust doctrine, which have been deployed in the *Leghari* judgment.

Yet, the factual posture of the case is quite specific. Among a range of acts and omissions attributed to the government of Pakistan, petitioner contested the approval of a plan to develop coal and requested an injunction against the plan. The

⁶⁹ Greenpeace Nordic Ass'n and Nature & Youth v Norway Ministry of Petroleum and Energy (Oslo District Court, 4 January 2018, 16-166674TVI-OTIR/06).

⁷⁰ Ibid, 13–17. The judge, however, did not clarify what type of right Section 112 enshrines, e.g. whether to life, health or democratic participation – which affects the judicial level of scrutiny. B.K. Ese, 'Dommen tvingar fram nye klimasøksmål' *UiB Nyheter* (5 January 2018) <http://www.uib.no/aktuelt/113792/dommen-tvingar-fram-nye-klimas%C3%B8ksm%C3%A5l>, last accessed 10 January 2018.

⁷¹ Ibid, 20. It appears that the judge is preoccupied with the democratic character of the judgment, and thus confers wide discretion to the Norwegian Parliament. The upcoming question thus revolves around the level of discretion recognized to the government when governmental action does not involve a vote in the Parliament. Even though discretion is ultimately conferred to the Parliament, the decision shows that the judge actually pondered whether CO₂ emissions would substantially increase due to the licenses, but concluded that increase would be marginal. Such conclusion is reached on the assumption that the "high scenario" of CO₂ emissions does not materialize, which appears at loggerheads with the precautionary principle. Ibid, 22. One may inquire why the "high scenario" was not taken into account and what the consequences may be if it does.

⁷² Ibid, 29–45.

⁷³ Ibid, 28. On the reference to international law, namely the Kyoto Protocol and the Paris Agreement, in order to state that Norwegian oil and gas burned abroad is not under Norwegian jurisdiction, see *ibid*, 18–19.

⁷⁴ S.V.B. Langåker, 'Støttar anke i klimasøksmålet mot staten' *Framtida* (7 January 2018) <https://framtida.no/2018/01/07/landsmotet-stottar-anke-i-klimasoksmalet>, last accessed 10 January 2018.

⁷⁵ *Ali v Federation of Pakistan* (1 April 2016), Constitutional Petition (Supreme Court of Pakistan, Islamabad), <http://climatecasechart.com/non-us-case/ali-v-federation-of-pakistan-2/>, last accessed 16 August 2017.

⁷⁶ Article 9 – Security of person and Right to life; Article 4(2)(a) – Right of individuals; Article 5(2) – Obedience to the constitution and law; Article 14(1) – Inviolability of the dignity of man; Article 19 – Right to information; Article 23 – Right to property; Article 24(1) – Protection of property rights; Article 25(1) – Equality of citizens.

latter is anticipated to commensurately increase greenhouse gas emissions and displace residents in the region, besides direct and indirect environmental degradation. It was not clear why Rabab Ali did not cite the *Leghari* case in the petition, yet the type of litigation is similarly molded for the public interest and it encompasses the joint application of domestic law and doctrines, especially of a constitutional kind, along with international norms.⁷⁷ With regard to inter-plaintiff dialogue, Rabab Ali's father worked jointly with Our Children's Trust, namely the NGO organizing plaintiffs in *Juliana v. United States*, in order to prepare the case.⁷⁸

All in all, the foregoing cases appear to fall within the mold of transnational law litigation previously alluded to. Notwithstanding some differences, this strand of litigation rests on the mixed fuel of international norms, notably environmental principles and treaty norms, along with national law. All cases came under the spotlight of the media and apparently spurred a public reason process among the domestic body politic and within the international community.

Part V. Conclusive Remarks

In light of successful decisions (Part III) and similarly crafted claims (Part IV), it appears that individuals and NGOs are currently issuing a clarion call for cosmopolitan justice in climate matters.⁷⁹

⁷⁷ South Asian newspapers see correlations between the *Ali* and *Leghari* cases. Z.T. Ebrahim, 'Seven Year Old Sues Pakistan Government over Climate Change' *The Third Pole* (5 July 2016), <https://www.thethirdpole.net/2016/07/05/seven-year-old-sues-pakistan-government-over-climate-change/>, last accessed 16 August 2017.

⁷⁸ ELAW Bulletin, 'Children Making the Case for the Climate' (29 July 2016), <http://www.elaw.org/children-making-case-climate>, last accessed 16 August 2017).

⁷⁹ For an interesting point on climate change and cosmopolitanism, see Beck, 'Cosmopolitan Sociology – Outline of a Paradigm Shift' (n 2) 24: "[...] climate change – like ancient cosmopolitanism (Stoicism), the *ius cosmopolitica* of the Enlightenment (Kant) or crimes against human-

Whether national courts, especially at the apex level, will uphold such construction of the laws remains yet to be seen. In this conclusive paragraph, I consider the main functions, potential and shortcomings of the process under analysis. Short of any predictive attempt, I conclusively hold that the mechanism applied in the cases under examination is instrumental for the ongoing process of environmental democracy allowing for increased access to justice, especially access to courts, for individuals and NGOs. Moreover, such mechanism appears potentially beneficial to the enforcement of international obligations in environmental and climate matters, as well as replicable across legal systems, notwithstanding some shortcomings. The actual confines of the practice are nevertheless to be drawn within each legal system

Litigation may be understood to wield at least two functions: a substantive one, which is concerned with the victory of the case and the attainment of substantive outcomes, and an expressive one, lying asunder from the prize of victory and rather hinged on shaping the public discourse on specific issues. Each of the analyzed cases cannot be predicted to permanently consolidate in successful final decisions. Notwithstanding, their expressive function can hardly be underestimated. The surge of a new class of rights that are equally related to human life and the climate system is being articulated in national courts. Above the clamor of media animosity on climate matters, individuals have chosen to divest themselves of the role of spectators and become actors, with no certain outcome to ensue. The line of cases has positively affected the public reason process at both the domestic and international levels, fulfilling the third prong of environmental democracy, namely access to

ity (Hannah Arendt, Karl Jaspers) – releases a 'cosmopolitan moment and momentum'."

justice, which complements the first two prongs of access to information and participation in decision-making. Any judicial decision that rules out the matter in procedural terms—before any understanding of the substantive matters—may become “the external power that deprives man of the freedom to communicate his thoughts publicly,” which turns out to deprive him “at the same time of his freedom to think.”⁸⁰

Anyway, no decision is necessitated toward substantive results favorable to the cause of climate change aversion. Each national judge is indisputably situated within the moorings of the relevant legal culture and simmering social norms, besides a surface legal level that could in principle be accommodated to an interpretation coherent with international law.⁸¹ Yet, contemporary law is “generated and refined by multiple and complex *national, international and supranational motions*” so that “the current legal culture—and thus also the identity of the judiciary—is developing across, and to a certain degree totally independent of, national borders.”⁸²

The homogenization of national laws is not cherished, nor invoked. If these cases turn out to be successful, as it happened to be in the human rights’ field, norms will converge from “adjudications in multiple jurisdictions each reflecting the socio-political structures of its constitution,

while seeking to conform local practices to evolving international standards.”⁸³

Much potential of the process under discussion depends on the legitimacy of international law. In fact, the international environmental norms considered to be more legitimate are often the ones that courts will more likely apply. Therefore, the legitimacy of the norm is apt to allow for its effective enforcement.⁸⁴ In a circular spiral, however, the judicial incorporation of principles and norms of international law is also going to contribute to the increased legitimacy of the norms applied.

One may note at least five shortcomings entrenched within the envisaged mechanism of enforcing international law through courts and increasingly attaining cosmopolitan justice in climate matters.

Firstly, a climate protective outcome may be contingent on the individual willingness of judges to apply international law.

Secondly, even national judges favorable to the application of international law may be at pains in deploying international environmental treaties that are usually grounded on the attainment of objectives, rather than on the implementation of specific tools. Similarly, some international environmental principles may occur to domestic judges as vague.

Thirdly, such a strand of litigation may trigger some not always constructive discussions on the legitimacy of national judiciaries, and the boundaries of the separation of powers’ principle. The executive and the judiciary might characterize such cases as a battleground where to clarify the actual reach of the principle of separa-

⁸⁰ Arendt, *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought* (n 1) 230 citing I. Kant, ‘Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?’ *Berlinische Monatsschrift* (1784) tr. by D. Colclasure, ‘Toward Perpetual Peace: A Philosophical Sketch’ in P. Kleingled (ed), *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History* (Yale University Press 2000)

⁸¹ For these categories, see K. Tuori, ‘Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies’ in A.J. Menendez and E.O. Eriksen (eds), *Arguing Fundamental Rights* (Springer 2006), 42.

⁸² Supreme Court Justice dr. juris A. Bårdsen, ‘Supreme Courts and the Challenges posed by the Transnationalisation of Law’ (Faculty of Law, University of Bergen, 21 September 2015) 7.

⁸³ M. O. Chibundu, ‘Making Customary International Law through Municipal Adjudication: A Structural Inquiry’ (1999) 39 *VaJInt’l L* 1069, 1148.

⁸⁴ T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* (OUP 1990) 24.

tion of powers with the likelihood that relations between the two powers be strained.

Fourthly, litigation might not be an effective mode of enforcement due to its costs in terms of personal and pecuniary resources.

Lastly, among the possible drawbacks, victorious national decisions may turn to be a backlash for international policy-making and law-making in climate matters to a point where negotiating states would craft international legal norms to prevent the potential liability of States from being assessed in national courts.

Fiat justitia et pereat mundus. In Kant's interpretation, the adage cited across this essay may ideally lead to the political maxims based "on the pure concept of the duty of right (..), whatever the physical consequences may be," rather than "the welfare and happiness that an individual state can expect to derive."⁸⁵ Only time will (maybe)

tell what the political maxims based on the duty of right is in climate change matters, and whether such maxims are feasible in the long run. Yet, the participation of individuals and NGOs through courts appears to already fulfill an ideal of justice based on a collective duty of care. The world, in its integrity, belongs to none sovereign power, rather to each individual and the whole community. More, "the growing prevalence of a (narrower or wider) community among the people of the earth has now reached a point at which the violation of right at any *one* place on the earth is felt in *all* places."⁸⁶ The case of climate change is a potent reminder of such a state of interdependence.

⁸⁵ Kant, 'Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? Berlinische Monatsschrift (1784) tr. by D. Colclasure, 'Toward Perpetual Peace: A Philosophical Sketch' (n 79) 102.

⁸⁶ Ibid, 84.