

# Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

**2019:1**

[www.nordiskmiljoratt.se](http://www.nordiskmiljoratt.se)

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2019:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Charlotta Zetterberg

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

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

*Hans Morten Haugen\**

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

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

### **1. Innledning**

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

<sup>4</sup> *Dagsavisen*, 'En klar plikt' (hovedleder), 3. november 2016; *Dagbladet*, 'Skremmende enkelt' (redaksjonell kommentar ved G Ramnefjell), 18. oktober 2016; se også *Dagbladet*, 'Dagbladet mener: Klimasøksmålet mot staten bør havne på høyesteretts bord' (hovedleder), 6. februar 2018. En viss forståelse uttrykkes også i *Dagens Næringsliv*, 'CO<sup>2</sup> i retten' (redaksjonell kommentar), 7. november 2017, men det framholdes at søksmålet er 'litt tynt'.

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

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

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

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

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

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

ivaretar denne rett også for etterslekten' er det ingen tvil om at Grunnloven § 112 også verner miljørettighetene til våre etterkommere. Artikkelen drøfter ikke de potensielle risikoer mot dyre-, fugle- og fiskelivet, selv om slike hensyn opplagt faller innenfor Grunnloven § 112 første ledd. Videre drøfter jeg ikke de ulike miljøkonsekvensene, som risikoen for oljelekkasjer, men det er relevant å peke på at de *samlede* 'norske' utslipp som følge av å ta opp den beregnede mengden olje og gass (altså ikke forbrenning i utlandet) fra Barentshavet sørøst beregnes i 'høyt scenario' til å utgjøre 41 prosent av *årlige* norske CO<sub>2</sub>-utslipp.<sup>10</sup> Dersom vi ser for oss en utvinning som foregår over 20 år vil 'norske' utslipp som følge av åpningen av Barentshavet sørøst utgjøre omtrent to prosent av *dagens* årlige utslipp – men vil utgjøre en større andel i framtiden gitt at Norge skal etterleve klimalovens §§ 3 og 4. Utslippene ved forbrenning i andre land er beregnet til omtrent det dobbelte. Til slutt er det relevant å nevne at artikkelen heller ikke drøfter hvorvidt et vedtak som ville ha skapt manglende fortjeneste for petroleumsselskaper kunne ha medført sak mot Norge for brudd på bilaterale investeringsavtaler.<sup>11</sup>

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

<sup>10</sup> Energi- og miljøkomiteen, *Innst. 495 S (2012-2013)* (2013), som behandler Regjeringen, *Meld. St. 36 (2012–2013) Nye muligheter for Nord-Norge – åpning av Barentshavet sørøst for petroleumsvirksomhet* (2013). Oslo tingrett (n 3), 22 viser til beregninger i M Greaker og K E Rosendahl, *Petroleumsvirksomhet i Barentshavet sørøst – om klima, økonomi og sysselsetting* (2017) av utslipp i Norge knyttet til de to scenariene (*høyt*: 22 millioner tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter; *lavt*: 4,5 millioner tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter; *globale* utslipp er beregnet til henholdsvis 40 og 13 millioner tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter), basert på tall fra Oljedirektoratet, *Scenarioer for petroleumsvirksomhet i Barentshavet sørøst*, Departementenes servicesenter 09/2012 (2012).

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

<sup>6</sup> Thengs 2016 (n 5), 47.

<sup>7</sup> Thengs 2016 (n 5), 11-12.

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

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

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

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

Første ledd omhandler en materiell rettighet – som også skal ivaretas for våre etterkommere: 'Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.'

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>13</sup> *Ibid*, 6.

<sup>14</sup> Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12) 6.

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

<sup>16</sup> Thengs 2016 (n 5) 25.

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

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

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

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

### 2.1.1 Miljøskade og føre-var-prinsippet

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

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

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

Saksøkerne pekte på at myndighetene kun legger vekt på at de ulike miljøhensynene er belyst i beslutningsprosessen, ikke en samlet vurdering av konsekvensene av en økning i globale CO<sup>2</sup>-utslipp. I denne sammenheng er det relevant å nevne at grenseoverskridende miljøkonsekvenser er nedfelt i forurensningsloven § 2 nr. 6.<sup>25</sup>

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

<sup>17</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 43.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid, 40-42.

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

<sup>21</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 40.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid, 42.

<sup>24</sup> Oslo tingrett (n 3) 20.

<sup>25</sup> Backer (n 15) 22.

<sup>26</sup> Regjeringsadvokaten (n 1) 28.

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

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

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

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

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

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

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

Videre var det under behandlingen av miljøbestemmelsen i 2014 ikke noen problematisering av skillet mellom 'borger' og 'enhver'. Verken Menneskerettighetsutvalget<sup>35</sup> eller de åtte forslagsstillerne om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i Grunnloven<sup>36</sup> korrigerer Fauchald som i sin sentrale artikkel fra 2007 skriver at daværende § 110b 'gir rettigheter til enhver',<sup>37</sup> der det korrekte *etter ordlyden* er at rettighetene etter *annet ledd* bare gis til borgere.

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

Grunnloven § 112 skiller seg fra de andre be-

<sup>28</sup> Thengs 2016 (n 5) 54

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

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

<sup>31</sup> Bugge (n 20) 157.

<sup>32</sup> Backer (n 15) 30, 36-39.

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

<sup>34</sup> Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12) 1.

<sup>35</sup> Menneskerettighetsutvalget (n 29).

<sup>36</sup> Åtte stortingspolitikere, *Innst. 187 S (2013-2014)*.

<sup>37</sup> Fauchald 2007 (n 5) 82.

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

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

<sup>40</sup> *Ibid.*, 12.



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

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

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

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

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

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

Deretter anførte Regjeringsadvokaten at dersom myndighetene har truffet tiltak, 'kan ikke domstolene sette vedtak eller myndighetshandlinger til side...'<sup>44</sup> Som forklart innledningsvis innebar Grunnloven § 89 som ble vedtatt 2015 en grunnlovsforankret prøvingsrett for domstolene. Jeg kan ikke se at forståelsen som ble uttrykt av Regjeringsadvokaten er i samsvar med Grunnloven § 89.<sup>45</sup>

Videre trakk Regjeringsadvokaten inn det momentet som ble omtalt i den opprinnelige komiteinnstillingen, om at påberopelse av Grunnloven § 112 overfor domstolene kan skje kun på miljøområder der 'lovgiverne ikke har tatt stilling...'<sup>46</sup> Dette er også et argument som må utfordres i lys av dagens rettsforståelse og vedtakelsen av Grunnloven § 89.<sup>47</sup>

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

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

<sup>42</sup> Regjeringsadvokaten (n 1) 24-27; se også Regjeringsadvokaten (n 3).

<sup>43</sup> Ibid, 36.

<sup>44</sup> Ibid, 37.

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

<sup>46</sup> Regjeringsadvokaten (n 1) 37.

<sup>47</sup> Thengs 2017 (n 5) 44.

<sup>48</sup> Energi- og miljøkomiteen (n 10) 8-10.

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

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

## 2.2 Substansiell rettighetsbestemmelse, men prosessuell tiltaksplikt?

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

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

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

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

Følgende standpunkt ble fremmet av saksøkerne:

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

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

<sup>50</sup> Greaker og Rosendal (n 10).

<sup>51</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 27) 7.

<sup>52</sup> Oslo tingrett (n 3) 9-10.

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

<sup>54</sup> Regjeringsadvokaten (n 1) 36.

<sup>55</sup> Oslo tingrett (n 3) 16.

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

<sup>57</sup> Oslo tingrett (n 3) 10.

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

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

### 3. Drøfting av tiltakplikten etter § 112 tredje ledd

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

#### 3.1 Forståelsen av og anvendelsen av Grunnloven § 112

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>58</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 27) 3.

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

<sup>60</sup> *Ibid*, 37.

<sup>61</sup> Menneskerettighetsutvalget (n 29) 243.

<sup>62</sup> *Ibid*.

<sup>63</sup> Fauchald 2015 (n 5) 32.

<sup>64</sup> Fauchald 2007 (n 5) 81.

<sup>65</sup> Menneskerettighetsutvalget (n 29) 245; åtte stortingspolitikere (n 36) 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>68</sup> Utenriks- og konstitusjonskomiteen (n 12).

hensynet til etterslekten, velger altså Oslo tingrett å se helt bort fra utslipp som følge av forbrenning i utlandet. Samtidig legger Oslo tingrett betydelig vekt på det internasjonale avtaleverket, ved at CO<sup>2</sup>-avgift og handel med utslippskvoter omtales som 'viktige virkemidler'.<sup>72</sup>

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

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

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

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

at myndighetene har en aktiv plikt til å ivareta miljøet'.<sup>77</sup>

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

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

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

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

<sup>72</sup> Ibid, 18.

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

<sup>74</sup> Se også Oslo tingrett (n 3) 6.

<sup>75</sup> Sluttinnlegget er tilgjengelig via forfatteren.

<sup>76</sup> Menneskerettighetsutvalget (n 29) 244.

<sup>77</sup> Ibid, 245.

<sup>78</sup> Åtte stortingspolitikere (n 36) 25.

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

<sup>80</sup> Se <[www.synonymordboka.no/no/?q=n%C3%B8dvendig](http://www.synonymordboka.no/no/?q=n%C3%B8dvendig)> lastet ned 26. mars 2019.

<sup>81</sup> Menneskerettighetsutvalget (n 37) 245; åtte stortingspolitikere (n 36) 25.

Uavhengig av hvilken betydning man faktisk velger er begrepene adekvat og nødvendig brukt sammen tydelige i å fastslå betydningen av å treffe tiltak. Videre innebærer forslaget – slik stortingsflertallet ser det – en *aktiv* plikt til å iverksette tiltak. Dommen understreker at det ikke er noen uenigheter mellom partene om at det foreligger en tiltaksplikt,<sup>82</sup> uenigheten handler om innholdet i tiltakene. Det er altså ingen tvil om hva Stortingsflertallet ville med endringen, som vist i debatten i Stortingets plenum i 2014 om innholdet i § 112.<sup>83</sup> Tydeliggjøring av en tiltaksplikt, der tiltakene skal være ‘adekvate og nødvendige’, men også stadfesting av at § 112 skal kunne ‘påberopes som en konkret rettighetsbestemmelse for den enkelte.’<sup>84</sup> Betydningen av å treffe tiltak som er både effektive og adekvate for realisering av menneskerettighetene understrekes i FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK-konvensjonen), som vi skal se under.

### 3.3 Oppsummering

Vi ser altså at de internasjonale *konsekvensene* av økt olje- og gassutvinning i Norge ikke ble vektlagt av Oslo tingrett. Derimot ble Norges tilknytning til et internasjonalt *avtaleverk* – og debatter i Stortinget, som ytterligere forklart i avsnitt 5.1<sup>85</sup> – uten videre ansett av Oslo tingrett som tilstrekkelig for å oppfylle tiltaksplikten i § 112 tredje ledd. Dermed underslår Oslo tingrett at Grunnlovens miljøbestemmelse – som har som hensikt å stille opp skranker for lovgiver og utøvende myndighet – må forstås å ha ekstraterritoriell relevans. Videre stiller ikke Oslo tingrett substansielle krav til innholdet i tiltakene etter tredje ledd, altså om tiltakene – gjennomført i samarbeid mellom

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

## 4. En menneskerettighetslesing av Grunnloven § 112

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

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

### 4.1 Forholdet mellom individuell rettighet og statlig forpliktelse

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

<sup>82</sup> Oslo tingrett (n 3) 18.

<sup>83</sup> Thengs 2017 (n 5) 41-43; Thengs 2016 (n 5) 37-39.

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

<sup>85</sup> Oslo tingrett (n 3) særlig 33-39.

<sup>86</sup> Haugen (n 9).

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

<sup>88</sup> Smith (n 38) 320. Han framholder at Grunnloven § 112

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

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

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

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

---

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

<sup>89</sup> Oslo tingrett (n 3) 17.

<sup>90</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 3) 15.

## 4.2 Særlig viktige hensyn i en menneskerettighetstilnærming

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

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

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

---

<sup>91</sup> Thengs 2016 (n 5) 71.

<sup>92</sup> Ibid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>94</sup> Thengs 2016 (n 5) 70.

<sup>95</sup> Greenpeace og Natur og Ungdom (n 1) 41-42.

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

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

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

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

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

<sup>101</sup> Menneskerettighetskomiteen, *General Comment 12, Article 1* (1984) avsnitt 5.

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

<sup>103</sup> Den brede tiltaksplikten ble understreket av Oslo tingrett (n 3) 18.



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

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

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

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

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

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

<sup>107</sup> *Ibid*, 40.

<sup>108</sup> Bugge (n 20) 157.

<sup>109</sup> *Ibid*.

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

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

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

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

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

<sup>110</sup> *Ibid*, 156.

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

<sup>112</sup> Oslo tingrett (n 3) 20.

at § 112 skal tolkes i lys av § 92, må vi uten sikre holdepunkter for noe annet følge ordlydens løsning om at staten skal 'sikre og respektere' rettighetene i § 112 første ledd, jf. § 92.<sup>113</sup>

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

### 4.3 Oppsummering

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

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

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

<sup>115</sup> Thengs 2017 (n 5) 64.

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

### 5. Tiltaksplikten avledet av Stortingsmeldinger, komitéinnstillinger og forskrifter

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

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

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

### 5.1 Stortingsmeldinger og -vedtak

Til grunn for lisensvedtaket under 23. konsesjonsrunde lå et mer overordnet stortingsvedtak.<sup>117</sup> Verken konsekvensutredningen for 23. konsesjonsrunde – slik denne er gjengitt i Stortingsmeldingen om åpning av Barentshavet sørøst – eller innstillingen fra Energi- og miljøkomiteen omhandler globale klimahensyn på en substansiell måte.<sup>118</sup> Flertallet i Energi- og miljøkomiteen understreker snarere at 'klimapolitikk og en vellykket prising av CO<sub>2</sub>- utslipp vil kunne gi en ekstra stimulans til gassetterspørselen.'<sup>119</sup> Den samme tenkningen preger Stortingsmeldingen.<sup>120</sup> Globale klimahensyn er kun vektlagt av ett parti, KrF.<sup>121</sup>

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

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

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

I arbeidet med å revidere forvaltningsplanen for Lofoten og Barentshavet foreslo regjeringen i 2015 å 'oppdatere beregningen av iskanten i forvaltningsplanen basert på nye registreringer av isens utbredelse.'<sup>126</sup> Dette møtte motstand hos de øvrige partiene på Stortinget. Ifølge Miljødirektoratet er målet å ferdigstille en ny forvaltningsplan i 2020.<sup>127</sup>

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

<sup>117</sup> Energi- og miljøkomiteen (n 10).

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

<sup>119</sup> Energi- og miljøkomiteen (n 10) 6.

<sup>120</sup> Regjeringen 2013 (n 10) 8.

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

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

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

<sup>124</sup> *Ibid*.

<sup>125</sup> *Ibid*, 89.

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

<sup>127</sup> Miljødirektoratet, *Barentshavet og Lofoten (2016)*.

konsultasjonsordningen med Sametinget omtales.<sup>128</sup>

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

## 5.2 Petroleumsforskriften, utredningsinstruksene, og konsekvensutredningsforskriften

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

Petroleumsforskriften § 6 c sier at utredningen:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I tillegg finnes en generell utredningsinstruks som skal anvendes i arbeidet med statlige tiltak, herunder offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget. Den gjeldende utredningsinstruks som er i kraft fra 1. mars 2016,<sup>134</sup> avviker fra den forrige instruks fra 2000.<sup>135</sup> Formålsbestemmelsen er kortere, ved å bare presisere at den gjelder for statlige tiltak, mens den forrige instruks presiserte at den gjelder offentlige reformer, regjendringer og andre tiltak. Dette innebærer ingen reell endring, siden begrepet statlige tiltak må forstås vidt.

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

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

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

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

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

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

Vi har altså fått en situasjon der det kort tid

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

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

<sup>134</sup> Instruks 2. februar 2016 nr. 184 om utredning av statlige tiltak.

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

<sup>136</sup> Ibid., § 2.3.2 ('andre vesentlige konsekvenser').

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Instruks 2. februar 2016 (n 134) § 2-2, første ledd.

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

<sup>140</sup> Se n 135 og 136 og tilknyttet tekst.

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

Grunnloven § 112 har som hensikt å fungere som skranke for forvaltningens frie skjønn, der verdenssamfunnet søker å begrense global oppvarming til maksimalt 2 grader – helst 1,5 grader – fra førindustrielt nivå.<sup>143</sup> Det er på denne bakgrunn Backer har uttalt at oljeleting i Arktis harmonerer dårlig med Grunnloven § 112.<sup>144</sup>

### 5.3 Oppsummering

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

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

<sup>142</sup> Fauchald 2017 (n 5) 82.

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

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

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

### 6. Avslutning

Artikkelen har vurdert om plikten til å iverkset-te tiltak, i samsvar med § 112 tredje ledd er blitt tilstrekkelig hensyntatt. Oslo tingrett imøtegikk Regjeringsadvokaten sin forståelse av § 112 første ledd, men imøtegikk i mindre grad i forståelsen av § 112 annet ledd, og gav Regjeringsadvokaten medhold i forståelsen av § 112 tredje ledd. De-batter i Stortinget, CO<sup>2</sup>-avgift og kvotehandel ble oppfattet å være tilstrekkelig for at tiltaksplichten, herunder utredningsplichten, var oppfylt.

Framfor å avlede plikter av ordlyden i Grunnloven § 112, legger altså Oslo tingrett stor vekt på det internasjonale avtaleverket, men ser samtidig vekk fra klimaendringer ved forbren-ning av norsk olje og gass i utlandet, og hevder dette ikke er ‘relevant’.<sup>146</sup> Artikkelen har vist at begrepet ‘effektive tiltak’ er mer egnet enn ‘til-strekkelige tiltak’ for å kunne kvalifisere tilta-kene, gitt ambisjonene i klimamålene.<sup>147</sup> Videre imøtegår artikkelen Oslo tingrett når denne hev-der at en rettighet etter Grunnloven § 112 første ledd ‘foreligger’ kun dersom tiltaksplichten etter tredje ledd ikke er oppfylt.<sup>148</sup> Oslo tingrett sin for-ståelse av tiltaksplichten, og unnlattelse av å påpe-ke forvaltningens utilstrekkelige – og feilaktige<sup>149</sup>

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

<sup>146</sup> Oslo tingrett (n 3) 20.

<sup>147</sup> Ibid, 18.

<sup>148</sup> Ibid, 17.

<sup>149</sup> Ibid, 40-44.

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

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

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

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

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

---

<sup>150</sup> Dette er godt forklart i anken (n 3) 4-7.

<sup>151</sup> Se n 135-136 og tilhørende tekst.

---

<sup>152</sup> Utenriks- og forsvarskomiteen (n 30) 7.

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

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

