



## Skriftlig innlegg fra Norges institusjon for menneskerettigheter til belysning av allmenne interesser i sak nr. 20-051052SIV-HRET

Norges Høyesterett  
Postboks 8016 Dep.  
0030 OSLO

**Deres referanse:** 20-051052SIV-HRET

**Vår referanse:**

**Dato:** 22/09/2020

**Sak nr:** 20-051052SIV-HRET

**Ankende parter:** Föreningen Greenpeace Norden  
Postboks 33 Torshov, 0412 OSLO  
Natur og Ungdom  
Torggata 34, 0183 OSLO

**Partshjelpere:** Besteforeldrenes klimaaksjon  
c/o Lund & Co  
Akersgata 30, 0158 OSLO  
Naturvernforbundet  
Mariboegs gate 8, 0184 OSLO

**Prosessfullmektiger:** Advokat Cathrine Hambro  
Wahl-Larsen Advokatfirma AS  
Fr. Nansens pl. 5, 0160 OSLO  
  
Advokat Emanuel Feinberg  
Advokatfirmaet Glittertind AS  
Postboks 1383 Vika, 0114 Oslo

**Ankemotpart:** Staten v/Olje- og energidepartementet  
Postboks 8148 Dep  
0033 OSLO

**Prosessfullmektig:** Regjeringsadvokat Fredrik Sejersted  
Postboks 8012 Dep  
0030 OSLO

**Rettslig medhjelper:** Advokatene Anders Wilhelmsen og Ane Sydnes Egeland

# Innhold

1. INNLEDNING.....	1
2. RETTEN TIL ET SUNT MILJØ ETTER GRUNNLOVEN § 112 .....	2
2.1. INNLEDNING.....	2
2.2. GIR § 112 FØRSTE LEDD HÅNDHEVBARE RETTIGHETER?.....	2
2.2.1 Problemstilling .....	2
2.2.2. Ordlyd.....	3
2.2.3. Forarbeider.....	5
2.2.4 Systematikk .....	9
2.2.5. Rettspraksis.....	9
2.2.6 Formål .....	10
2.2.7. Reelle hensyn .....	10
2.2.8. Juridisk litteratur .....	11
2.2.9. Konklusjon.....	12
2.1. GIR § 112 FØRSTE LEDD RETTIGHETER TIL ETTERSLEKTEN? .....	12
2.4. HVILKE PLIKTER GIR § 112 FØRSTE LEDD, JF. TREDJE LEDD? .....	14
2.4.1. Innebærer rettighetene negative og positive forpliktelser?.....	14
2.4.2. Er de negative og positive forpliktelsene selvstendige forpliktelser? .....	16
2.5. SÆRLIGE SPØRSMÅL VED ANVENDELSE AV § 112 PÅ KLIMAGASSUTSLIPP .....	18
2.5.1 Omfattes eksporterte utslipp med opphav i Norge? .....	19
2.5.2 Skal det ses hen til virkninger utenfor norsk jurisdiksjon? .....	21
2.6. NÅR VIL § 112 ANSES KRENKET? .....	22
2.6.1. Innledning .....	22
2.6.2. Vurderingsmønsteret etter § 112 første ledd.....	22
2.6.3. Formulering av en beskyttelsesnorm etter § 112 første ledd .....	24
2.6.4. Den negative avståelsesplikten.....	29
2.6.5 Den positive sikringsplikten .....	30
2.6.6. Forutsatt at avståelsesplikten og sikringsplikten skal ses i sammenheng .....	31
2.7 KLIMARETTIGHETER OG MAKTFORDELING.....	32

2.7.1. Problemstillingen om prøvingsintensitet.....	32
2.7.2. Den tradisjonelle lære om prøvingsintensitet .....	32
2.7.3. Betydningen av læren for prøvingsintensitet etter § 112 .....	33
2.7.4. Hensyn ved fastleggelsen av prøvingsintensiteten etter § 112.....	34
3. RETTEN TIL LIV OG VERN AV PRIVATLIV OG FAMILIELIV ETTER EMK ARTIKKEL 2 OG 8.....	36
3.1 INNLEDNING.....	36
3.2 EMDS TOLKNINGSMETODE.....	36
3.2.1 Rettslig utgangspunkt .....	36
3.2.2. Formålsoorientert tolkning .....	37
3.2.3. Dynamisk tolkning.....	37
3.2.4. Prinsippet om subsidiaritet.....	38
3.2.5. Prinsippet om skjønnsmargin.....	39
3.2.5 Betydningen av internasjonal og nasjonal rett.....	41
3.2.6 Oppsummering .....	43
3.3 PROSESSUELLE VILKÅR – SÆRLIG OM «VICTIM»-KRAVET I EMK ARTIKKEL 34 .....	43
3.3.1. Plassering av problemstillingen .....	43
3.3.2. Betydningen av prosessuelle vilkår etter EMK ved nasjonal prøving .....	43
3.3.3. Utgangspunkter om klagerett etter EMK artikkel 34.....	44
3.3.4. Kan organisasjoner klage i eget navn over krenkelser som vil berøre medlemmene?	45
3.3.5 Kan individer klage til EMD når søksmålet er anlagt av en organisasjon?.....	50
3.3.6 Oppsummering .....	50
3.4 OVERORDNET OM EMK ARTIKKEL 2 OG 8.....	50
3.4.1 Problemstillingen .....	50
3.4.2 Rettslig utgangspunkt .....	51
3.4.3. Sammenhengen mellom EMK artikkel 2 og 8 .....	51
3.6.4 Føre var-vurdering av risiko .....	52
3.5 KOMMER EMK ARTIKKEL 2 TIL ANVENDELSE?.....	52
3.5.1 Innledning .....	52
3.5.2 Krav til individualisering eller beskyttelse mot generell samfunnsrisiko?.....	53
3.5.3 Hva betyr kravet til «real and immediate» risiko?.....	55

3.5.4 Myndighetenes kjennskap til risikoen .....	58
3.5.5 Tiltakplikten .....	58
3.5.6 Oppsummering .....	58
3.6 KOMMER EMK ARTIKKEL 8 TIL ANVENDELSE? .....	59
3.6.1. Utgangspunkt .....	59
3.6.2. Overordnet om negative og positive forpliktelser .....	59
3.6.3. Omfatter EMK artikkel 8 latent og framtidig risiko for klimaendringer? .....	60
3.6.4. Oppsummering .....	62
3.7 SÆRLIG SPØRSMÅL VED ANVENDELSE AV EMK ARTIKKEL 2 OG 8 PÅ KLIMAGASSUTSLIPP...62	
3.7.1 Problemstilling .....	62
3.7.2. EMDs praksis .....	63
3.7.3. Folkerettslig sedvane .....	63
3.7.4. Spesialiserte folkerettslige regler om klimagassutslipp .....	64
3.7.5. Nasjonale ansvarsregler .....	65
3.7.6. Innvendinger .....	65
3.7.6 Oppsummering .....	66
3.8 FORUTSATT AT EMK ARTIKKEL 2 ELLER 8 KOMMER TIL ANVENDELSE .....	66
3.8.1. Oversikt .....	66
3.8.2. Den positive forpliktelsens materielle side .....	66
3.8.3. Den positive forpliktelsens prosessuelle side .....	68
3.8.4. Avgrensning mot en umulig eller disproporsjonal byrde .....	70
3.9 OPPSUMMERING .....	71
4. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER .....	71

# Skriftlig innlegg fra Norges institusjon for menneskerettigheter til belysning av allmenne interesser i sak nr. 20-051052SIV-HRET

## 1. Innledning

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) skal «fremme og beskytte menneskerettighetene», jf. NIM-loven § 1. Sak nr. 20-051052SIV-HRET reiser spørsmål om staten, ved å tildele utvinningstillatelser for olje og gass i 23. konsesjonsrunde, krenker menneskerettighetene etter Grunnloven §§ 112, 93 og 102, jf. EMK art. 2 og 8. Samlet vil tillatelsene kunne medføre klimagassutslipp på 22 og 370 millioner tonn CO<sub>2</sub> fra produksjon og forbrenning på et tidspunkt da konsentrasjonen av CO<sub>2</sub> i atmosfæren kan overstige 430 ppm., tilsvarende 1,5 grader celsius.<sup>1</sup> Saken er ekstraordinært fremmet for Høyesterett i plenum.

Klimaendringer er av FNs høykommissær for menneskerettigheter ansett som den største trusselen mot menneskerettighetene noensinne.<sup>2</sup> Klimagassutslipp forårsaker blant annet issmelting, havstigning, tørke, ras og ekstremvær, og vil kunne endre de klimatiske betingelsene for liv på jorden.<sup>3</sup> Slik påvirkning av klimasystemet forutsetter at det flyttes karbon fra geologiske lagre opp i atmosfæren i form av CO<sub>2</sub>. I Norge eier staten forekomstene av karbon under havet, og utvinning krever derfor offentlige tillatelser.<sup>4</sup> Som annen myndighetsutøvelse må slike tillatelser vareta menneskerettslige normer av høyere rang etter Grunnloven og EMK. Det gjør utvinningstillatelser til et menneskerettslig anliggende.

NIM inngir med dette skriftlig innlegg etter tvisteloven § 15-8, for å belyse allmenne interesser. Innlegget vil gi uttrykk for synspunkter som berører menneskerettslige forpliktelser og som har betydning ut over denne konkrete sak. Vi vil ikke kommentere bruken av rettsreglene på faktum i saken eller bedømme omtvistede bevis, jf. HR-2018-1887-U (avsnitt 18). Det er ikke et krav at innlegg i medhold av tvisteloven § 15-8 skal være nøytrale, jf. HR-2018-1887-U (avsnitt 17). Bestemmelsen åpner for at innlegg etter

---

<sup>1</sup> Borgarting lagmannsretts dom 23. januar 2020 (LB-2018-60499) (heretter lagmannsretten) pkt. 3.2 og 3.3 gjengir anslag i høyt scenario for hhv. 22 millioner tonn CO<sub>2</sub> i produksjonsutslipp og 370 millioner tonn CO<sub>2</sub> i forbrenningsutslipp, med produksjonsstart om 10–15 år. Dommens pkt. 3.1 legger til grunn at det brennes ca. 42 gigatonn CO<sub>2</sub> årlig, og at det per 2018 kun er plass til ca. 15 år med dagens utslipp før verden ikke kan slippe ut mer enn naturen kan ta opp.

<sup>2</sup> FNs høykommissær for menneskerettigheter, Michelle Bachelet, tale til FNs menneskerettsråds 42. sesjon, 9. september 2019, tilgjengelig her: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24956&LangID=E> ; se også FN generalsekretærs spesialutsending på klimaendringer 2014-2015, Mary Robinson, Report of the Special Rapporteur on the issue of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/31/52, 2016, s. 7.

<sup>3</sup> IPCC 5th Assessment Report, Summary for policymakers.

<sup>4</sup> Petroleumsloven §§ 1-1 og 1-3.

§ 15-8 kan ta stilling til avgjørende tolknings spørsmål i saken, så lenge innlegget holder seg på det generelle plan, jf. HR-2018-1887-U (avsnitt 18).

Saken reiser mange og omfattende rettighetsspørsmål, og er berammet over syv rettsdager. Innlegget er derfor omfangsrikt, men innenfor tvisteloven § 15-8 annet ledd fordi det er «egnet til å belyse allmenne interesser i saken», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005). Vi minner om at slike innlegg er ment å være et alternativ til intervensjon etter tvisteloven § 15-7,<sup>5</sup> og vil derfor måtte utvikle de rettslige resonnementene skriftlig. For å sikre kontradiksjon fra partene inngis innlegget i god tid før ankeforhandlingen, jf. HR-2018-1887-U (avsnitt 24), sml. HR-2017-1917-F.

Innlegget er strukturert i to deler. Den første delen (punkt 2) behandler generelle tolknings spørsmål under Grunnloven § 112. Den andre delen (punkt 3) behandler generelle tolknings spørsmål under EMK artikkel 34, samt EMK artiklene 2 og 8, jf. Grunnloven §§ 93 og 102.

## **2. Retten til et sunt miljø etter Grunnloven § 112**

### **2.1. Innledning**

I innleggets del 2 vil vi først drøfte om § 112 første ledd gir rettigheter (punkt 2.2 og 2.3), hvilke plikter de i tilfelle motsvares av (punkt 2.4), samt særlige spørsmål knyttet til klimaproblemets globale karakter (punkt 2.5). Forutsatt at bestemmelsen gir rettigheter, vil vi drøfte rettighetens innhold og vurderingstema (punkt 2.6), og til sist si noe generelt om domstolenes prøvingsintensitet (punkt 2.7). Spørsmålene har betydning for allmenne interesser, jf. tvisteloven § 15-8.

### **2.2. Gir § 112 første ledd håndhevbare rettigheter?**

#### *2.2.1 Problemstilling*

Partene er uenige om Grunnloven § 112 første ledd gir materielt håndhevbare rettigheter. Lagmannsretten konkluderte at bestemmelsen gir rettigheter. Det samlede rettskildetilsier at lagmannsrettens konklusjon er vel forankret.

Utgangspunktet ved grunnlovstolkning er alminnelig rettskildelære, med enkelte forskjeller.<sup>6</sup> Det er sikker rett at den norske grunnloven tolkes autonomt, men at tolkningen kan inspireres av grunnleggende folkerett og komparativ konstitusjonell rett.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 244, jf. HR-2018-1887-U (avsnitt 19).

<sup>6</sup> Se bl.a. Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utg. (2017) s. 96 og Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg. (2017) s. 47.

<sup>7</sup> Smith (2017) s. 97.

### 2.2.2. Ordlyd

En naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd er det viktigste utgangspunktet ved grunnlovstolkning.<sup>8</sup> Betydningen av at «Grunnlovens tekst så langt som råd skal kunne leses av alle på en slik måte at den gir best mulig uttrykk for Grunnlovens sentrale innhold» ble senest understreket i Innst. 258 S (2019–2020), med tilslutning fra et kvalifisert stortingsflertall.<sup>9</sup> Særlig ved nyere grunnlovsbestemmelser vil ordlyden være viktig.

Ordlyden i § 112 første ledd første punktum er formulert slik at den gir en «rett» som tilkommer «[e]nhver». Videre heter det i første ledd andre punktum at naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar «denne rett også for etterslekten». Andre ledd gir deretter borgerne en rett til miljøinformasjon slik at de kan ivareta «den rett» de har etter første ledd. En naturlig forståelse av ordlyden i første og andre ledd tilsier at første ledd er en rettighetsbestemmelse.

Formuleringen i tredje ledd – at «[s]tatens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger» – kan likevel volde tvil. For det første kan man spørre seg om uttrykket «grunnsetninger» betyr at første og andre ledd likevel ikke kan tas på ordet. I forlengelsen kan man spørre seg om første og andre ledd bare er uselvstendige komponenter i den *egentlige* normen i § 112, som i så fall utelukkende ligger i en plikt for myndighetene til å iverksette miljøtiltak etter tredje ledd. I så tilfelle kan det argumenteres for at pliktbestemmelsen i tredje ledd sikter til et generelt samfunns mål og ikke motsvares av individuelle rettigheter for individer.<sup>10</sup>

Et første premiss for dette tolkningsalternativet er at begrepet «grunnsetninger» er noe annet enn «rett» eller «rettighet». Det krever at begrepene utelukker hverandre. Ut fra en naturlig språklig forståelse er det ikke gitt. Ordet grunnsetning er definert i bokmålsordboka som en «setning i et deduktivt system som en utleder eller beviser andre utsagn fra, men som ikke selv er avledet eller bevist i systemet», eller et «prinsipp».<sup>11</sup> Grunnsetninger kan med andre ord forstås som en henvisning til de bakenforliggende prinsipper eller interesser rettighetene etter § 112 første og annet ledd springer ut av.<sup>12</sup> I rettssystemet brukes «grunnsetninger» også om normer som er bindende og

---

<sup>8</sup> Andenæs og Fliflet (2017) s. 54 og Smith (2017) s. 113.

<sup>9</sup> Innst. 258 S (2019–2020) om endring i Grunnloven § 89 (domstolskontroll med lover mv.).

<sup>10</sup> Som Eivind Smith påpeker, er det på generelt grunnlag mulig at en konstitusjonell pliktbestemmelse ikke samtidig utløser rettigheter for individer, men må håndheves på andre måter. Se Smith, «Miljøparagrafen – kritisk lest» i Fauchald og Smith (red.), *Mellom jus og politikk – Grunnloven § 112*, (2019) s. 151–172. Mer kritisk til et slikt synspunkt er Wibye, «Hohfelds rettigheter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, (2018) nr. 5 s. 493–533, på s. 501 (fotnote 17). Men også Wibye mener at rettigheten etter § 112 er at staten oppfyller tiltaksplikten, se samme sted s. 501.

<sup>11</sup> Språkrådets bokmålsordbok, tilgjengelig her: <https://ordbok.uib.no/GRUNNSETNINGER>

<sup>12</sup> Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 245–246 og Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 5. utg. (2019) s. 164.

håndhevbare.<sup>13</sup> Et eksempel er ulike lovbestemmelser om erstatning etter «alminnelige rettsgrunnsetninger», med henvisning til rettspraksis om erstatningskrav etter Grunnloven § 105.<sup>14</sup> Det er av den grunn neppe slik at grunnsetning og rettighet må ses på som gjensidig utelukkende begreper.<sup>15</sup>

Hvis vi likevel forutsetter at rettighet og grunnsetning er motstridende, bygger tolkningsalternativet om at § 112 ikke tilstår rettigheter på et ytterligere premiss om at det er tredje ledd som må «nulle ut» første og andre ledd. Logisk kan det like gjerne være omvendt. Flertallsformen i tredje ledd – grunnsetninger – gjør hertil at dersom man løser en kollisjon i favør av den siste delen av bestemmelsen, vil ikke bare første ledd, men også andre ledd, miste sin rettighetskarakter. Det vil være i direkte motstrid med uttrykkelige føringer i forarbeidene til andre ledd.<sup>16</sup>

Det er heller ikke nærliggende å lese bestemmelsen slik at den *egentlige* normen ligger i tredje ledd. Dette kommer tydelig frem dersom man sammenligner bestemmelsen med andre paragrafer i kapittel E. Også bestemmelser som §§ 93, 95, 100 og 102 har rettighetsbestemmelser i første ledd og pliktbestemmelser i senere ledd, uten at denne strukturen medfører at de pliktformulerte leddene annullerer rettighetene i første ledd.

En innvending mot å ta § 112 første ledd på ordet som rettighetsbestemmelse er likevel at bestemmelsen er absolutt formulert og derfor vil rekke for langt. Det er imidlertid en innvending som kan rettes mot nær alle de absolutt formulerte rettighetene i Grunnlovens kapittel E, og er således ikke et selvstendig argument mot at § 112 første ledd tilstår en håndhevbar rettighet.<sup>17</sup> Derimot vil det være et argument for at rettigheten må operasjonaliseres gjennom et vurderingsmønster for når rettigheten må anses krenket. Vi drøfter dette spørsmålet nærmere under punkt 2.6.

En avgjørende innvending mot å tolke § 112 første ledd slik at den ikke gir rettigheter, er uansett at første og annet ledd vil miste sentrale deler av sitt meningsinnhold, hvis «[e]nhver har rett til» likevel ikke skal forstås som at enhver har en rett. Derimot vil et

---

<sup>13</sup> Se f.eks. Lilleholt, «Grunnsetningar i formueretten» i Høgberg og Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (2019) s. 334–342, på s. 334–336.

<sup>14</sup> Se eksemplene i Lilleholt (2019) s. 334–335.

<sup>15</sup> Det er f.eks. i samsvar med Dworkins distinksjon mellom «rules» og «principles», som handler om en logisk forskjell i argumentasjonsmønstre og ikke om at deres materielle innhold er vesensforskjellig. Se Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997 s. 44. For Alexy har alle konstitusjonelle rettigheter formen til prinsipper, se Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2010.

<sup>16</sup> Se Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6. Andre ledd ble videreført uten endringer i 2014, jf. Dok. 16 (2011–2012) s. 245. Det samme poenget er påpekt av Thengs, «En sann rett med modifikasjoner? Om Grunnloven § 112 første og tredje ledd» i Fauchald og Smith (red.) (2019) s. 137–150, på s. 141–142 og Kierulf og Kjølstad, *Norsk Lovkommentar til Grunnloven § 112*, Rettsdata (2019), note 255.

<sup>17</sup> I Innst. nr. 187 S (2013–2014) s. 14 heter det at et «fellestrekk» ved de foreslåtte rettighetsbestemmelsene er at de er «vidt formulert» og at «ordlyden er vag». Flertallet erkjente at det vil «være opp til Høyesterett å avklare» tvilsspørsmål, og at det «innebærer rettsliggjøring, i betydningen maktoverføring fra Stortinget til domstolene».



tolkningsalternativ hvor første og annet ledd gir individuelle rettigheter, mens tredje ledd tydeliggjør myndighetenes positive plikt til å sikre de grunnsetninger hele første og annet ledd springer ut av, innebære at samtlige ledd i bestemmelsen bevarer et meningsinnhold som er forenelig med ordlyden.

Bestemmelsens ordlyd, lest i sammenheng, tilsier derfor at § 112 første ledd må forstås som en rettighetsbestemmelse.

### 2.2.3. Forarbeider

Forarbeidene trekker i samme retning. I litteraturen er det ulike syn på forarbeiders relevans ved grunnlovstolkning,<sup>18</sup> men høyesterettspraksis viser at forarbeider har betydning, i det minste ved tolkningen av nyere grunnlovsbestemmelser.<sup>19</sup> Især har forarbeidene til grunnlovsendringene i 2014 betydning.<sup>20</sup>

Da grunnlovsbestemmelsen opprinnelig ble vedtatt i 1992, understreket komiteen i sin innstilling fra mai 1992 at en «rett til en viss miljøkvalitet er en grunnleggende menneskerettighet».<sup>21</sup> Samtidig uttalte komiteen at tredje ledd skulle innebære at «de nærmere materielle krav til miljøtiltak vil bli fastlagt gjennom Stortingets lovgivning og annen regelfastsetting», samt at «der Stortinget gir [regler om miljøhensyn] vil det være disse som skal legges til grunn ved eventuelle saker for domstolene.»<sup>22</sup> Komiteen la også vekt på at «rettigheter på dette området som kan prøves rettslig bør reguleres nærmere ved lov for å få det nødvendig presisjonsnivå.»<sup>23</sup> For øvrig lå forslaget tett opp til et forslag utarbeidet og anbefalt av Inge Lorange Backer i en utredning om grunnlovfesting av miljørettslige prinsipper.<sup>24</sup> Backer hadde vurdert flere mulige alternativer, og argumenterte mot å vedta en bestemmelse som ville gi den enkelte adgang til å håndheve den for domstolene. Om forslaget han anbefalte, skrev han at så lenge Stortinget hadde gitt regler for å gjennomføre retten til en viss miljøkvalitet, ville det være «disse lovreglene som skal legges til grunn, og ikke en eventuell annen fortolkning av grunnsetningen.»<sup>25</sup> Oppsummert er inntrykket av forarbeidene fra 1992 at Grunnloven § 110 b var tenkt som

---

<sup>18</sup> For en restriktiv – men ikke totalt avvisende – holdning, se Smith (2017) s. 112–114 og Smith (2019) s. 153. For en åpnere holdning, se Høgberg og Høgberg, «Tolkning av Grunnloven», *Jussens Venner* (2013) nr. 3, s. 193–226, på s. 200.

<sup>19</sup> Se f.eks. HR-2018-1783-A (*Uskyldpresumsjon*, 22–23), HR-2016-2554-P (*Holship*, avsnitt 68–69), Rt. 2015 s. 93 (*Maria*, avsnitt 62) og Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 21).

<sup>20</sup> Smith (2017) s. 114.

<sup>21</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 5. Forslaget som lå til grunn for innstillingen var fremsatt av representantene Einar Førde og Liv Aasen fra Arbeiderpartiet, se Dokument nr. 12 (1987–1988), forslag nr. 15.

<sup>22</sup> I forslaget, som også ble vedtatt, lød tredje ledd som følger: «Statens Myndigheter give nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger.» I 2014 ble ordlyden i tredje ledd endret, se nedenfor.

<sup>23</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

<sup>24</sup> Backer, «Grunnlovfesting av miljørettslige prinsipper», Institutt for offentlig retts skriftserie (1990) nr. 6.

<sup>25</sup> Backer (1990) s. 30. Backer omtalte også forslaget som en «modifisert rettighetsbestemmelse», se s. 38.

en modifisert rettighetsbestemmelse, som normalt ikke var tenkt håndhevbar for domstolene, utenom situasjoner som Stortinget ikke hadde lovregulert.<sup>26</sup>

I forbindelse med grunnlovsreformen i 2014 ble miljøparagrafen endret. I tillegg til ny paragrafnummerering og oppdatert språkform, ble tredje ledd innholdsmessig revidert. Formuleringen om at statens myndigheter skulle «give nærmere Bestemmelser» ble endret til at myndighetene mer aktivt «skal iverksette tiltak» som gjennomfører bestemmelsens grunnsetninger. Rettskildemessig er det forarbeidene fra 2014-reformen som er de sentrale for å fastslå hva som er gjeldende rett i dag.<sup>27</sup> I miljørettslig teori er det også pekt på at eldre forarbeider vil ha begrenset vekt som argument «mot en miljøgunstig løsning av et tvilsomt rettsspørsmål» i tilfeller der kunnskapen om miljøtrusselen siden er styrket.<sup>28</sup> I den utstrekning uttalelser i forarbeidene fra 1992-endringen og 2014-endringen divergerer, vil forarbeidene fra 2014-endringen dermed måtte tillegges størst vekt.<sup>29</sup>

Lønning-utvalget, som forberedte reformen, startet sin vurdering med en gjennomgang av gjeldende rett. Utvalget la til grunn at § 110 b var en rettighetsbestemmelse som også forpliktet Stortinget.<sup>30</sup> En slik forståelse hadde støtte i ordlyden, men utvalget gikk nok noe langt i sin tolkning av forarbeidene fra 1992. Hvorvidt denne forståelsen var riktig eller ikke er imidlertid ikke det sentrale.<sup>31</sup> Poenget er snarere at på bakgrunn av sin forståelse av § 110 b som en rettighetsbestemmelse, gikk utvalget inn for å skjerpe

---

<sup>26</sup> Slik ble bestemmelsen stort sett også forstått i juridisk teori, se f.eks. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg. (1998) s. 438–439 og Boe, *Innføring i juss. Bind 2: Statsrett og forvaltningsrett* (1993) s. 564–565. Se tilsvarende Backer, «Domstolene og miljøet», *Lov og Rett* (1993) nr. 8 s. 451–468, på 455–457, samt Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 2. utg. (1995) s. 54–55. Backer holdt imidlertid døren på gløtt for at domstolene kunne bruke bestemmelsen til å kontrollere forvaltningen, og han la også inn en teoretisk reservasjon om at domstolene muligens kunne bruke § 110 b som en skranke mot Stortingets lovgivning dersom det «mot formodning skulle være motsatt vei, til en generell nedbygging av miljø sikkerheten». Stort sett lignende synspunkter ble lagt til grunn av Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 1. utg. (2006) s. 76–78. Både Backer og Bugge beholdt materielt sett samme standpunkt i senere utgaver før grunnlovsrevisjonen i 2014, om enn sistnevnte gikk et lite steg videre i 3. utg. fra 2011 på s. 141. Fleischer, *Miljø- og ressursforvaltning. Grunnleggende forutsetninger* (1999) kap. 5, særlig s. 58–61, gikk lenger enn Backer i å mene at § 110 b kunne brukes til å kontrollere forvaltningen, og hadde generelt en mer kritisk innstilling til forarbeidene, men i det store og hele er synspunktene like. Fauchald la i 2007 til grunn at domstolene bare kunne tilsidesette en stortingsbeslutning der denne «innebærer en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av de miljøstandarder som er angitt i § 110 b», se Fauchald, «Forfatning og miljøvern – en analyse av grunnlovens § 110 b», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1–2 (2007) s. 1–83, på s. 35. Fauchald gikk imidlertid noe lenger enn tidligere litteratur i å vektlegge at § 110 b inneholdt visse rettslig bindende minimumsnormer, der innholdet måtte vurderes etter en sak-til-sak-tilnærming, se artikkelens pkt. 4.5, s. 37–40.

<sup>27</sup> Smith (2017) s. 114.

<sup>28</sup> Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 4. utg. (2002) s. 36.

<sup>29</sup> Det kan både begrunnes ut fra *lex posterior*-betraktninger, samt grunnlovsforarbeiders relative vekt beroende på prosessens grundighet, se nærmere Smith (2017) s. 114

<sup>30</sup> Dok. 16 (2011–2012) pkt. 40.2 (s. 243–244) og s. 246.

<sup>31</sup> Slik vurderte også lagmannsretten det, se dommen s. 16. Se også Kierulf og Kjølstad (2019), note 255, sjuette ledd.

grunnlovsvernet av retten til et sunt miljø gjennom endringen i tredje ledd.<sup>32</sup> Bakgrunnen for at utvalget så behov for å endre tredje ledd, var at det ikke kunne «utelukkes» at leddets opprinnelige utforming hadde vært en «medvirkende årsak» til at rettighetene etter § 110 b ikke var blitt oppfattet og påberopt som rettigheter i praksis.<sup>33</sup> Utvalget vurderte som et sidestilt «alternativ» å «oppheve tredje ledd uten å erstatte den med en ny formulering», men landet på å endre utformingen.<sup>34</sup> Formålet var å «tydeliggjøre plikten» for statens myndigheter til å «følge opp retten til et sunt miljø» etter første ledd ved å «iverksette adekvate og nødvendige tiltak for å sikre miljøet».<sup>35</sup>

Disse forarbeidsuttalelsene viser at utvalget ikke kan ha sett på første og annet ledd som uselvstendige komponenter som først får sitt operative innhold gjennom pliktangivelsen i tredje ledd. Tvert om, utvalget anså *tredje ledd* som en overflødig komponent, som kunne vært fjernet uten at meningsinnholdet i første og annet ledd ville blitt endret. Utvalget viste også til overensstemmende «praksis fra EMD».<sup>36</sup> Slik EMD tolker både EMK artikkel 2 første ledd og artikkel 8 første ledd, har staten en negativ plikt til å avstå fra inngrep og en positiv plikt til å sikre gjennomføring av rettigheten.

Fra behandlingen av grunnlovsreformen på Stortinget er det flere uttalelser som trekker i retning av at § 112 er ment som en håndhevbar rettighetsbestemmelse. Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall uttalte på overordnet nivå at de var enige i Lønning-utvalgets forslag om ny § 112. Flertallet mente at «forholdet mellom miljø og menneskerettigheter bør knyttes nærmere sammen.»<sup>37</sup> Flertallet viste også til et sitat fra forarbeidene fra 1992 om at «rettslig vil en grunnlovsfesting innebære at en grunnlovsbestemmelse vil gå foran ordinær lovgivning hvis de strider mot hverandre.»<sup>38</sup> I en særmerknad uttalte komiteens medlemmer fra Høyre at «utvidelsen er så marginal at *disse medlemmer* kan bifalle forslaget til ny § 112. Gjeldende grunnlovsbestemmelse er ment å være en rettighetsbestemmelse, og etter endringen i tredje ledd vil dette etter *disse medlemmers* syn fremstå klarere.»<sup>39</sup> I stortingsdebatten ble § 112 viet lite oppmerksomhet, men representanten Michael Tetzschner (H) uttalte at bestemmelsen «vil kunne påberopes som en konkret rettighetsbestemmelse for den enkelte», og

---

<sup>32</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245.

<sup>33</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 244, venstre spalte, tredje egentlige avsnitt.

<sup>34</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 246, venstre spalte, første egentlige avsnitt.

<sup>35</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245, høyre spalte, siste avsnitt,

<sup>36</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 246 første spalte.

<sup>37</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 25 første spalte.

<sup>38</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 25 andre spalte, med videre henvisning til Innst. S. nr. 163 (1991–92).

<sup>39</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 25–26 (uthevet i original).

representanten Per Olaf Lundteigen (Sp) uttalte at den «går foran ordinær lovgivning hvis de strider mot hverandre.»<sup>40</sup>

Forarbeidene er imidlertid ikke helt entydige. For det første uttalte flertallet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen at det vil være opp til ethvert storting å vedta hvilke tiltak som skal iverksettes for å ivareta miljøet, jf. tredje ledd.<sup>41</sup> Det er likevel ikke gitt at uttalelsen taler mot at § 112 første ledd gir rettigheter.<sup>42</sup> At staten har frihet i det nærmere valget av tiltak for å oppfylle en positiv plikt til å sikre rettigheter, er typisk innfortolket i sikringsplikten og er ellers forenelig med at staten har en selvstendig plikt til å avstå fra inngrep, jf. § 92.<sup>43</sup> Den andre uttalelsen som kan så tvil, er Lønning-utvalgets generelle uttalelse om at ingen av utvalgets forslag i rapporten ville innebære at den materielle rettstilstanden ville bli endret.<sup>44</sup> Dette forbeholdet er ikke tatt særskilt i kapitlet om § 112, slik det er gjort i de andre kapitlene.<sup>45</sup> Det er derfor uklart om den var myntet på § 112.<sup>46</sup> Ettersom utvalget, komiteen og grunnlovsflertallet la til grunn at den materielle rettstilstanden allerede gikk ut på at § 110 b første ledd var en individuelt håndhevbar rettighet, kan ikke et generelt forbehold om at den materielle rettstilstanden ikke ville bli endret medføre at § 112 vedtaket endret karakter fra en rettighet til noe mindre. I så fall ville jo nettopp den materielle rettstilstanden som grunnlovsflertallet baserte seg på blitt endret, i strid med Stortingets forutsetning.

Oppsummert er hovedinntrykket av 2014-forarbeidene at Lønning-utvalget argumenterte for en styrking av det de allerede anså for å være en rettighetsbestemmelse, og at dette var noe grunnlovsflertallet sluttet seg til.

---

<sup>40</sup> Se Stortingstidende 2469–2542 (2013–2014) hhv. s. 2477 og s. 2494.

<sup>41</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 25 andre spalte.

<sup>42</sup> En mulig måte å forstå uttalelsen på er at den knytter seg til tredje ledd som en selvstendig tiltaksplikt, og ikke til bestemmelsens rettighetskomponent, se Kierulf og Kjølstad (2019), note 256, tredje ledd.

<sup>43</sup> Slik forstås den positive forpliktelsen til å sikre realisering av rettigheter etter EMK, som utvalget refererte til som overensstemmende praksis i Dok. 16 (2011–2012).

<sup>44</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 255 og Innst. 187 S (2013–2014) s. 13 (flertallet, alle unntatt medlemmene fra Høyre) og s. 14 (medlemmene fra Høyre, Fremskrittspartiet og Senterpartiet).

<sup>45</sup> For de andre rettighetene står det gjennomgående i Dok. 16 (2012–2012) at forslaget ikke ville innebære en endring av rettstilstanden. Se f.eks. s. 105 (rett til liv) s. 106 (dødsstraff), s. 109 (tortur), s. 112 (slaveri), s. 117 (straffeprosess), s. 121 og 123 (rettergang), s. 123 og 124 (domstol), s. 130 (uskyldspresumsjon), s. 132 (dobbelstraff), s. 138 (tilbakevirkning), s. 144 (likhet), s. 149 (diskriminering), s. 158 (tanke- og samvittighetsfrihet), s. 165 (forenings- og samlingsfrihet), s. 175, 178 og 179 (privatliv), s. 183 og 185 (familieliv), s. 192 (barn), s. 197 (eiendom og ekspropriasjon), s. 201 (bevegelsesfrihet), s. 205 (asyl), s. 208 (kultur), s. 217 (samer), s. 222, 223 og 225 (utdanning), s. 232 (arbeid), s. 248 og 249 (legalitetsprinsipp).

<sup>46</sup> Thengs, «En standardtilnærming til Grunnloven § 112» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2017) nr. 1 s. 28–67, på s. 37.

#### 2.2.4 Systematikk

Denne fortolkningen styrkes av en kontekstuell sammenligning med ordlyden i andre bestemmelser i Grunnlovens menneskerettighetskapittel. Systematisk tolkning er et viktig moment ved grunnlovstolkning.<sup>47</sup>

I Grunnloven brukes formuleringer om at «enhver har rett til» gjennomgående der det er snakk om håndhevnbare rettigheter.<sup>48</sup> Bestemmelser som signaliserer at de i begrenset grad dreier seg om rettigheter som kan påberopes av den enkelte er typisk formulert slik at myndighetene har en plikt til å «legge forholdene til rette» for noe.<sup>49</sup> Som nevnt er det også flere bestemmelser i menneskerettighetskapitlet som består av både en rettighetsformulert del i ett ledd og en pliktformulert del i et annet ledd, der første ledd anses som en selvstendig rettighetsbestemmelse som medfører negative avståelsesplikter og positive forpliktelser for myndighetene, mens sikringsplikten er fremhevet i et etterfølgende ledd.<sup>50</sup> En kontekstuell tolkning tilsier at det er mest nærliggende at § 112 forstås på samme måte som tilsvarende strukturerte bestemmelser i Grunnlovens kapittel E.

#### 2.2.5. Rettspraksis

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelse som direkte gjelder § 112 etter endringen i 2014.<sup>51</sup> I de høyesterettsavgjørelser som finnes om daværende § 110 b, er bestemmelsen påberopt som støtte for et tolkningssyn, og ikke selvstendig.<sup>52</sup> Rettspraksis gir derfor liten veiledning, men vi føyer til at § 112 første ledd er tolket som en rettighet i den

---

<sup>47</sup> Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utg. (2008) s. 49 og Smith (2017) s. 321.

<sup>48</sup> Se § 93 første ledd første punktum (retten til liv), § 95 første ledd første punktum (retten til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid), § 96 andre ledd (uskyldspresumsjonen), § 100 femte ledd første punktum (rett til innsyn i offentlige dokumenter mv.), § 101 første ledd (organisasjonsfrihet), § 102 første ledd første punktum (rett til privatliv mv.), § 104 første ledd andre punktum (barns medvirkningsrett) og tredje ledd første punktum (barns rett til vern om sin personlige integritet), § 109 første ledd første og andre punktum (rett til utdanning) og § 110 første ledd andre punktum (rett til sosial trygghet). Det vil føre for langt å gå inn på tolkningen av alle disse rettighetene, men se eksempelvis HR-2018-1909-A avsnitt 41 flg. om uskyldspresumsjonen og HR-2016-2554-P avsnitt 79 flg. om organisasjonsfrihet.

<sup>49</sup> Se § 100 sjettede ledd (en åpen og opplyst offentlig samtale), § 104 tredje ledd andre punktum (barns utvikling), § 108 (samenes rettigheter) og § 110 første ledd første punktum (arbeids- og næringsfrihet). Om f.eks. § 108, se HR-2018-456-P avsnitt 91 med videre henvisning til Lønning-utvalget s. 215.

<sup>50</sup> Et eksempel er § 95. Her heter det i første ledd første punktum at enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. I andre ledd heter det at statens myndigheter skal sikre domstolenes og dommernes uavhengighet og upartiskhet. Se videre §§ 93, 100, 102, 104 og 109.

<sup>51</sup> Grunnloven § 112 er nylig summarisk nevnt i HR-2020-1353-A (avsnitt 53) vedrørende straffutmåling ved brudd på plan- og bygningsloven § 32-9. Se også HR-2017-1978-A (avsnitt 23) og HR-2015-791-A (avsnitt 52).

<sup>52</sup> Rettspraksis etter Grunnloven § 110 b er grundig gjennomgått i Fauchald (2007).

underrettspraksis som foreligger hittil.<sup>53</sup> Både tingretten og lagmannsretten la også dette til grunn.

### 2.2.6 Formål

Formålsbetraktninger utgjør et «viktig tolkningsmoment» ved grunnlovstolkning.<sup>54</sup> Miljørettslig vil formålsbetraktninger ha «stor vekt», da miljøbestemmelser er et middel til å sikre en bestemt miljøkvalitet.<sup>55</sup> I forarbeidene til § 110 b fremgår at bestemmelsen var ment å «kunne hindre en utvikling som går i miljøfiendtlig retning».<sup>56</sup> I forarbeidene til § 112 heter det at bestemmelsen er «ment å representere en rettslig skranke for myndighetene».<sup>57</sup> Noe av «hovedformålet» var «å knytte rettsvirkninger til de fundamentale rettsprinsipper» formulert av Verdenskommisjonen for miljø og utvikling.<sup>58</sup> En tolkning hvor § 112 første ledd likevel ikke gir individer og organisasjoner håndhevbare rettigheter for domstolene, vil ikke vareta bestemmelsens formål om å virke som en materiell skranke for lovgivning og myndighetsutøvelse.

### 2.2.7. Reelle hensyn

Reelle hensyn er i konstitusjonell teori også ansett «sentralt» ved grunnlovstolkning.<sup>59</sup> En fundamental motforestilling mot å forstå § 112 som en rettighet, er at det kan rettsliggjøre miljøspørsmål som beror på faglige vurderinger og er utslag av politiske prioriteringer. Det er likevel ikke særegent for miljøområdet, og kan neppe være et avgjørende argument når tungtveiende rettskilder tilsier at det er en rettighet. Hertil kommer at forarbeidene til 2014-enderingen erkjente at rettighetsfestingen ville flytte makt til domstolene i tvilsomme tolkningsspørsmål.<sup>60</sup> Demokratihensyn vil derimot kunne være et argument for at domstolene viser tilbakeholdenhet i prøvingen.<sup>61</sup>

De betenkeligheter som tradisjonelt gjør seg gjeldende mot et konstitusjonelt mindretallsvern, kommer samtidig i en annen stilling når det er tale om langsiktige og

---

<sup>53</sup> Oslo tingretts dom 4. januar 2018 (TOSLO-2016-166674) pkt. 5.2.1 s. 17, Borgarting lagmannsrett dom 23. januar 2020 (LB-2018-60499) pkt. 2.2 s. 17, Jæren tingretts kjennelse 5. juni 2020 (20-042262TVI-JARE) s. 19 og Oslo tingretts dom 18. mai 2018 (TOSLO-2017-196251-2).

<sup>54</sup> Andenæs og Fliflet (2017) s. 59.

<sup>55</sup> Backer (2002) s. 37 med henvisning til Rt. 1991 s. 385 og Rt. 1991 s. 1137.

<sup>56</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 5 andre spalte.

<sup>57</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245 andre spalte.

<sup>58</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 246 første spalte, med videre henvisning.

<sup>59</sup> Andenæs og Fliflet (2017) s. 60.

<sup>60</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 14.

<sup>61</sup> Sml. Rt 2015 s. 1388 (avsnitt 247). Se nærmere pkt. 2.7 om klimarettigheter og maktfordeling.

irreversible miljø- og klimakonsekvenser.<sup>62</sup> Det fremgår av forarbeidene at en viktig erkjennelse bak § 110 b var at «miljøet omkring oss er heilt avgjerande for livskvaliteten vår, og for at menneskeætta skal ha tilfredsstillande livsvilkår i framtida».<sup>63</sup> Forarbeidene til § 112 reiste spørsmål om ikke «retten til et sunt miljø er minst like viktig for individets eksistens og livsutfoldelse som de øvrige menneskerettigheter» i Grunnloven.<sup>64</sup> Dersom retten til et sunt miljø ikke kan håndheves rettslig, kan nålevende yngre og kommende generasjoners interesser i et balansert klimasystem komme til kort mot andre håndhevbare menneskerettigheter, for eksempel eiendomsretten for petroleumsvirksomheter for å beskytte berettigede forventninger om framtidig inntjening fra salg av petroleum.<sup>65</sup> Ettersom nålevende barn og unge, og etterslekten, vil måtte bære irreversible konsekvenser av klimaendringene uten at de er politisk representert når utslippsbeslutninger som vil ramme dem tas, er deres interesser i et levelig klima heller ikke representert *politisk* og kan overdøves av de interesser som er representert i dag.<sup>66</sup> Denne institusjonelle ubalansen er utpreget for miljøområdet, og klimaområdet især.<sup>67</sup> Det tilsier at et rettighetsvern har gode grunner for seg.

### 2.2.8. Juridisk litteratur

I litteraturen er den vanligste oppfatningen at § 112 første ledd er en rettighetsbestemmelse.<sup>68</sup> Oppfatningen i litteraturen om daværende § 110 b er av begrenset interesse for rekkevidden av § 112 etter endringen.<sup>69</sup>

---

<sup>62</sup> IPCCs 5th Assessment Report, Summary for policymakers, s. 16: "A large fraction of anthropogenic climate change resulting from CO<sub>2</sub> emissions is irreversible on a multi-century to millennial timescale, except in the case of a large net removal of CO<sub>2</sub> from the atmosphere over a sustained period. Stabilization of global average surface temperature does not imply stabilization for all aspects of the climate system. Shifting biomes, soil carbon, ice sheets, ocean temperatures and associated sea level rise all have their own intrinsic long timescales which will result in changes lasting hundreds to thousands of years after global surface temperature is stabilized. {2.1, 2.4} There is high confidence that ocean acidification will increase for centuries if CO<sub>2</sub> emissions continue, and will strongly affect marine ecosystems. {2.4} It is virtually certain that global mean sea level rise will continue for many centuries beyond 2100, with the amount of rise dependent on future emissions. The threshold for the loss of the Greenland ice sheet over a millennium or more, and an associated sea level rise of up to 7 m, is greater than about 1°C (low confidence) but less than about 4°C (medium confidence) of global warming with respect to pre-industrial temperatures. Abrupt and irreversible ice loss from the Antarctic ice sheet is possible, but current evidence and understanding is insufficient to make a quantitative assessment. {2.4}"

<sup>63</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 2.

<sup>64</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245.

<sup>65</sup> Se f.eks. HR-2018-1258-A (avsnitt 120–132).

<sup>66</sup> Se nærmere Bugge (2019) s. 75–76 og s. 171 og Backer (2002).

<sup>67</sup> Bugge (2019) s. 75 og Backer (2002).

<sup>68</sup> Se Thengs (2017) s. 44 og Thengs (2019) s. 145, Kierulf og Kjølstad (2019) note 255 niende avsnitt og Bugge (2019) s. 169. Eivind Smith har imidlertid argumenter for motsatt syn i Smith (2019) s. 151–172. I Andenæs og Fliflet (2017) er standpunktet noe uklart, se kap. 65, særlig s. 630.

<sup>69</sup> Se punkt 2.2.3 med henvisning til litteratur vedrørende § 110 b.

### 2.2.9. Konklusjon

En samlet vurdering av ordlyd, forarbeider, systematikk, formål og reelle hensyn tilsier at § 112 første ledd mest naturlig må forstås slik at den gir håndhevbar rettigheter. I neste punkt drøfter vi særskilt om denne rettigheten omfatter etterslekten.

#### 2.1. Gir § 112 første ledd rettigheter til etterslekten?

Mens § 112 første ledd første punktum er formulert som en rettighet, er første ledd annet punktum formulert deklarativt. Det er derfor hevdet at annet punktum kun angir et pliktig hensyn.<sup>70</sup> En slik forståelse er ikke opplagt riktig.

*Ordlyden* gir for det første holdepunkter også i motsatt retning. Annet punktum viser til «denne rett» etter første punktum. En normal forståelse tilsier at henvisningen ikke trekker noe fra rettigheten i første punktum. Likeledes tilsier adverbet «også» at innholdet i etterslektens rett til miljø er likestilt nålevendes rett til miljø etter første punktum. Ser vi til Grunnloven § 95 første ledd annet punktum, står det på samme måte at «[r]ettergangen skal være rettferdig og offentlig». Det er likevel ikke tvilsomt at bestemmelsens annet punktum gir rettigheter som den enkelte kan påberope seg.<sup>71</sup>

*Formålsbetraktninger* trekker i samme retning. Forslagsstillerne til § 110 b begrunnet bestemmelsen blant annet i behovet for å sikre menneskeheten «tilfredsstillende livsvilkår i framtida».<sup>72</sup> I forarbeidene til § 112 står det at bestemmelsens siktemål er å «verne både fremtidige generasjoner og individets livskvalitet og helse», og å sikre «menneskehetens eksistens som sådan».<sup>73</sup> Dersom første ledd annet punktum reduseres til et hensyn, rekker bestemmelsen tilsynelatende ikke lenger enn at hensynet til etterslekten skal vektlegges, men kan måtte vike for andre mer presente hensyn. Ettersom de langsiktige virkningene av for eksempel klimagassutslipp over klimasystemets tålegrenser kan gjøre uopprettelig skade på livsvilkårene for etterslekten, vil en slik tolkning derfor kunne medføre at tilfredsstillende livsvilkår i framtiden ikke varetas.

*Forarbeidene til § 110 b* gir støtte for at første ledd annet punktum er ment som en materiell skranke. Komitéinnstillingen viste til Verdenserklæringen for miljø og utvikling, samt Stockholm-erklæringen av 1972.<sup>74</sup> Begge bygger på at nålevende generasjoner har

---

<sup>70</sup> Smith (2019) s. 156–157, Thengs (2017) s. 41.

<sup>71</sup> Se også Grunnloven § 104 andre ledd om barnets beste som en grunnleggende rettighet.

<sup>72</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 2 første spalte, se også Dok. nr. 12 (1987–1988) s. 34 andre spalte.

<sup>73</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 243 andre spalte.

<sup>74</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 3.



rettslige forpliktelser overfor etterslekten.<sup>75</sup> Forslagsstillerne viste videre til en utredning av Inge Lorange Backer, som fremhevet solidaritet over generasjoner «som et miljørettslig prinsipp».<sup>76</sup> Og da Stortinget valgte ordlyden i daværende § 110 b første ledd framfor andre formuleringer, var det blant annet fordi «prinsippet om solidaritet med framtidige generasjoner er bygget inn».<sup>77</sup>

*Forarbeidene til § 112* trekker i samme retning. I en generell drøftelse av rettighetssubjekter konkluderte utvalget at «miljø som menneskerettighet [vil] kunne påberopes av både enkeltindividet, berørte grupper og på vegne av framtidige generasjoner.»<sup>78</sup> Riktignok sier utvalget samme sted at § 110 b er en «rettighet som tilkommer 'enhver', men det skal likevel tas hensyn til 'efterslægten'. Dette innebærer at rettigheten må kunne påberopes av enkeltindivider, selv om vurderingstemaet først og fremst er hensynet til flere generasjoner.»<sup>79</sup> Formuleringene kan tilsynelatende tas til inntekt for at annet punktum er ment som et hensyn, men en slik forståelse er mindre nærliggende når uttalelsen leses i sin sammenheng. Det fremgår av kapitlet at utvalget kun klargjør at selv om § 110 b er formulert som en individrettighet, kan rettigheten også påberopes av enkeltindivider i saker der vurderingstemaet angår kollektive interesser.

I *litteraturen* er det delte oppfatninger om § 112 første ledd annet punktum gir en rettighet.<sup>80</sup> Ut ifra rettskildene fremstår Bugges syn mest forankret. Han skriver at «rettighetene i første ledd også skal gjelde for kommende generasjoner», og at det «må innebære at domstolene med grunnlag i § 112 kan sette et vedtak, og eventuelt også en lovbestemmelse, til side som grunnlovsstridig hvis det klart neglisjerer eller bidrar til å forsterke miljøproblemer som vil true natur og mennesker i framtiden.»<sup>81</sup>

De *reelle hensyn* vi har drøftet ovenfor, gjør seg med styrke gjeldende her. Som nevnt er demokratihensyn en fundamental motforestilling mot å anse § 112 første ledd som en materiell rettighet. Og der det er tale om inngrep som primært gir lokale og reversible ulemper eller skader, hvor beslutningene kan påvirkes av berørte individer eller

---

<sup>75</sup> Stockholm-erklæringen av 1972, prinsipp 1: «Mennesket har en grunnleggende rett til frihet, likhet og tilstrekkelige livsbetingelser i et miljø som har en slik kvalitet at det tillater et liv i verdighet og velferd, og det bærer et forpliktende ansvar for å beskytte og forbedre miljøet for kommende generasjoner.» I Verdenserklæringen for miljø og utvikling står det at et «viktig skritt mot en bærekraftig utvikling» er at «staten anerkjenner sine forpliktelser til å sikre et tilfredsstillende miljø for nåværende og framtidige generasjoner». Også sitert i Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 3 andre spalte.

<sup>76</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 5.

<sup>77</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

<sup>78</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 47 andre spalte.

<sup>79</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 45 andre spalte.

<sup>80</sup> Se Smith (2019) s. 156–158 og Thengs (2017) s. 41 med videre henvisning til Backer, «Miljøvern og økonomisk utnyttelse – prinsippet om bærekraftig utvikling», Det 36. nordiske Juristmøte (2002), s. 115–141 og Bugge (2019) s. 165 og 171–172.

<sup>81</sup> Bugge (2019) hhv. s. 165 og 171.

interessegrupper som er politisk representert, gjør dette demokratihensyn seg sterkt gjeldende. Når det derimot er tale om utslipp som aktualiserer annet punktum ved langsiktige eller *irreversible* skader, gjør demokratihensyn seg gjeldende på en annen måte. Lagmannsretten uttaler i denne retning at prinsippet om solidaritet på tvers av generasjoner «har en side til demokratihensynet, i og med at framtidige slekter ikke kan påvirke dagens politiske prosesser».<sup>82</sup> Man kan enten se det slik at demokratihensynet gjør seg mindre gjeldende i klimasammenheng, fordi framtidige slekter ikke er politisk representert i dag. Alternativt kan man se det slik at demokratihensynet potensielt tilsier sterkere rettslige skranke på dette området, fordi etterslekten med tiden og samlet sett kan utgjøre et større flertall enn beslutningsflertallet i dag.

Begge betraktningmåter tilsier at Grunnloven § 112 første ledd annet punktum innebærer en skranke mot utslipp som setter etterslektens rettigheter etter bestemmelsen i fare. Dersom etterslektens rett til et miljø som sikrer helsen skal ha et innhold etter bestemmelsen, må det antakelig innebære at den oppstiller en håndhevbar skranke mot politiske flertallsbeslutninger i dag.

En praktisk innvending mot denne tolkningen er likevel at ufødte generasjoner ikke er i posisjon til å hevde sine rettigheter i dag. Det er imidlertid en innvending som knytter seg til *håndhevelsen*, ikke eksistensen av rettigheten som sådan. I forarbeidene er det forutsatt løst ved at etterslektens rettigheter påberopes representativt av nålevende individer, grupper eller juridiske personer i dag.<sup>83</sup> Det vil ikke være noen nyvinning i norsk rett. Tvisteloven § 1-4 åpner allerede for representative søksmål for å vareta bredere interesser som ikke er saksøkers egne.

Samlet sett fremstår det mest i samsvar med ordlyden lest i sammenheng, formål, forarbeider og reelle hensyn å anse etterslektens rettigheter som materielt vernet allerede i dag. Der det er nødvendig for å sikre et effektivt og reelt rettighetsvern i framtiden, fordi virkningene av beslutninger ellers kan gjøre uopprettelig skade for etterslektens livsbetingelser, vil deres rett til et sunt miljø utgjøre en nåtidig skranke.<sup>84</sup>

## **2.4. Hvilke plikter gir § 112 første ledd, jf. tredje ledd?**

### *2.4.1. Innebærer rettighetene negative og positive forpliktelser?*

Forutsatt at § 112 første ledd gir en rettighet, er et annet omtvistet spørsmål i saken om rettigheten kun motsvares av en positiv plikt til å iverksette tiltak etter § 112 tredje ledd, eller også en negativ plikt til å respektere rettigheten. Lagmannsretten legger

---

<sup>82</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 2.2. s. 17.

<sup>83</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 45, se også Dok. nr. 12 (1987–1988) s. 35, også sitert i Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 2.

<sup>84</sup> Bugge (2019) s. 171–172.

forutsetningsvis til grunn at rettigheten bare motsvares av en negativ avståelsesplikt i tilfeller der det ikke er iverksatt tiltak etter tredje ledd.<sup>85</sup>

Ordlyden i første ledd formulerer rettigheten positivt, og ikke den negative plikten til å respektere rettigheten. Det følger imidlertid av Grunnloven § 92 at rettighetene etter kapittel E motsvares av positive og negative forpliktelser. Bestemmelsen fastsetter at myndighetene skal «respektere og sikre» menneskerettighetene. Det var nettopp fordi flere enkeltrrettigheter i kapittel E ikke selv «understreke[r] at statens myndigheter både har en plikt til å respektere rettighetene og plikt til å sikre gjennomføringen av dem», at utvalget så behov for å fastslå disse forpliktelsene generelt i § 92.<sup>86</sup> Sammenhengen mellom reglene taler med andre ord for at myndighetenes forpliktelser etter § 112 innebærer både en *negativ plikt til å respektere* og en *positiv plikt til å sikre* rettigheten.<sup>87</sup>

Forarbeidenes beskrivelse av formålet trekker i samme retning. Riktig nok sier Lønning-utvalget på et punkt at «hovedbegrunnelsen for bestemmelsen» er «plikten for myndighetene til å etterleve prinsippene i første ledd om å iverksette adekvate og nødvendige tiltak for å sikre miljøet».<sup>88</sup> Uttalelsen kan umiddelbart tilsi at bestemmelsens hovedformål er tiltaksplikten, men det fremgår av sammenhengen at det ikke var meningen. Utvalgets omtale av «bestemmelsen» sikter til § 110 b *tredje ledd*, ikke § 110 b i sin helhet. Av ordlyd og forarbeider for øvrig fremgår at de overordnede formål bak § 112, jf. § 110 b, var å unngå miljøskade og miljøforringelse for å sikre tilfredsstillende livsvilkår både nå og i framtiden.<sup>89</sup> Bestemmelsens formål taler derfor mot at myndighetene bare har positive tiltaksplikter etter tredje ledd, ikke negative forpliktelser til å avstå fra inngrep betinget av at det ikke er iverksatt noen tiltak. Fravær av en negativ plikt vil også svekke den reelle betydningen av bestemmelsen, fordi avståelse fra et miljøinngrep kan være den mest effektive – og tidvis den eneste – måten å forhindre miljøforringelse og skade.

En slik tolkning er også i samsvar med alminnelig rettighetsteori.<sup>90</sup> En negativ avståelsesplikt anses for å være den *grunnleggende* forpliktelsen som kan utledes av en

---

<sup>85</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 2.3. s. 17–19.

<sup>86</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 67 andre spalte.

<sup>87</sup> Kierulf og Kjølstad (2019) note 255 og 256, se også Nordby, «Er avståelser tiltak?», *Lov og Rett* (2019) nr. 6 s. 379–385, som tar til orde for at både negative og positive forpliktelser er omfattet av § 112 tredje ledd.

<sup>88</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245 andre spalte, siste avsnitt.

<sup>89</sup> I Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6 uttaler komiteen bl.a. at § 110 b grunnlovsfester en «plikt til å unngå miljøforringelse og miljøskade», samt en «aktsomhetsplikt».

<sup>90</sup> For en grundig vurdering av hvordan alle sentrale rettigheter har en negativ og positiv komponent se Shue, *Basic Rights* (1996). Smith (2017) s. 55 skriver også at rettigheter og plikter spiller hverandre. Se Eng, *Rettsfilosofi* (2007) s. 145–148.

rettighet.<sup>91</sup> Den negative forpliktelsen fremheves gjerne på miljøområdet gjennom det sentrale *no-harm*-prinsippet. De opprinnelige forarbeidene til § 110 b fremhevet denne negative forpliktelsen, og uttalte for eksempel at en «plikt til å unngå miljøforringelse og miljøskade» samt en «aktsomhetsplikt» inngikk i den opprinnelige § 110 b.<sup>92</sup> En positiv sikringsplikt for å beskytte en interesse er generelt også ansett for å være mer krevende for staten enn den grunnleggende negative forpliktelsen til å avstå fra å gjøre skade. At forarbeidene fremhever den positive sikringsforpliktelsen særskilt, er derfor neppe et argument for at myndighetene ikke er ment å skulle etterleve den mer grunnleggende negative forpliktelsen til å respektere rettigheten ved å avstå fra inngrep.

Det kan spørres om dette stiller seg annerledes fordi den positive plikten er tydeliggjort i § 112 tredje ledd. Forarbeidene taler mot en slik forståelse. Som påvist ovenfor er tredje ledd utformet for å «tydeliggjøre» en plikt som allerede følger av første ledd.<sup>93</sup> Som nevnt er det dessuten et vanlig grep i Grunnlovens kapittel E å særskilt fremheve den positive forpliktelsen i et etterfølgende ledd, uten at det fritar staten fra den grunnleggende negative forpliktelsen til å avstå fra inngrep i rettigheten etter første ledd.<sup>94</sup>

En slik tolkning har for øvrig støtte i juridisk litteratur.<sup>95</sup>

Ut fra rettskildene fremstår det på denne bakgrunn mest nærliggende at § 112 første ledd, jf. § 92, også innebærer en negativ plikt til å avstå fra inngrep.

#### *2.4.2. Er de negative og positive forpliktelsene selvstendige forpliktelser?*

Det neste spørsmålet er om den negative forpliktelsen til å avstå fra inngrep i rettigheten, og den positive forpliktelsen til å sikre realiseringen av rettigheten, er selvstendige og uavhengige plikter. Underinstansene har lagt til grunn statens subsidiære syn om at rettigheten og den positive sikringsplikten skal ses i sammenheng, slik at det skal foretas en «netto vurdering» av (i) inngrepet i rettigheten, holdt opp mot (ii) ethvert tiltak på klimaområdet. Lagmannsretten har formulert det som at skal foretas en helhetsvurdering

---

<sup>91</sup> Se f.eks. Caney «Human Rights, Responsibilities and Climate Change», i Beitz og Goodin (red.), *Global Basic Rights* (2009) s. 227–247 som i sin behandling av forholdet mellom klimaendringer og menneskerettigheter tar utgangspunkt i de negative forpliktelsene som de minst kontroversielle. At rettigheter kan være slike «koblingsord» mellom flere ulike forpliktelser er i tråd med Alf Ross' teori som er godt innarbeidet i norsk rettsforståelse. Dette står ikke i motsetning til at rettigheter og plikter speiler hverandre, se Eng (2007) s. 149.

<sup>92</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

<sup>93</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245–246.

<sup>94</sup> Se f.eks. § 102 andre ledd og § 93 fjerde ledd.

<sup>95</sup> Se f.eks. Bugge (2019) s. 168, Thengs (2017) s. 38, Kierulf og Kjølstad (2019) note 255 og 256.

av om «tiltakene er tilstrekkelig sett opp mot alvorret av miljøskadene».<sup>96</sup> Staten har erkjent at en nettovurdering «strekker kildene».<sup>97</sup>

Lagmannsretten viser til to rettskilder for en nettovurdering. Retten fant for det første «støtte for en slik forståelse i Bugge, Lærebok i miljøforvaltningsrett (5. utgave, 2019), s. 169». Det fremgår imidlertid av lærebokens side 169 at forfatteren kun har lagt tingrettsdommen til grunn for sin videre behandling av § 112 i boken. Forfatteren presiserer at det er et åpent spørsmål om tingrettens konklusjoner blir stående.<sup>98</sup>

Lagmannsretten viser for det andre til Dok. nr. 12 (1987-1988) s. 2 første spalte, forarbeidene til § 110 b før endringen i 2014.<sup>99</sup> Men heller ikke denne rettskilden gir åpenbar støtte for at det skal foretas en nettovurdering. I det siterte fra disse forarbeidene fremgår for det første at 110 b vil ha «rettsleg verknad på fleier måtar», og gå «framfor anna lovgivning dersom det er motstrid».<sup>100</sup> Deretter heter det at bestemmelsen «inneber ei plikt for styresmaktene til å gi nærare føresegner som er nødvendige for å gjennomføre prinsippa i grunnlovsføresegna. [...] Dersom det blir gitt reglar, er det derfor normalt Stortinget si tolking av grunnlovsføresegna som normalt vil bli avgjerande for kva slags rettar borgarene har.»<sup>101</sup> Det er vanskelig å se at det her anvises en nettovurdering. At prøving av rettigheter normalt vil starte på det mest spesifiserte og trinnlave nivået, og ikke direkte i Grunnloven, er i samsvar med tradisjonell domstolskontroll. Dersom lovgivningen er i strid med Grunnloven, ville prøvingen derimot kunne forankres direkte i grunnlovsbestemmelsen, som går foran ved motstrid, jf. kvalifiseringen «normalt» i det siterte. Og der lovgivning manglet, forutsatte forarbeidene til § 110 b at prøvingen kunne forankres direkte i Grunnloven.<sup>102</sup>

Men også for det tilfellet at uttalelsene i forarbeidene til § 110 b må forstås slik at det skal foretas en nettovurdering, er det et spørsmål om de eldre forarbeidene kan begrunne en så vidt innskrenkende tolkning av § 112 etter styrkingen av rettighetsvernet i 2014. Som nevnt vil forarbeidene til § 112 ha større rettskildevekt.

En kontekstuell fortolkning gjør det også mer nærliggende, jf. § 92, å forstå den negative avståelsesplikten etter § 112 første ledd og den positive sikringsplikten etter § 112 første ledd, jf. tredje ledd, som selvstendige plikter. Brudd på den negative forpliktelsen oppveies da ikke av at staten etterlever positive forpliktelser på andre områder. For

---

<sup>96</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 2.3 s. 18.

<sup>97</sup> Statens disposisjon for lagmannsretten pkt. 2.4.1.

<sup>98</sup> Bugge (2019) s. 169 rett under pkt. 5.4.4.

<sup>99</sup> Korrekt sidetallshenvisning til Dok. nr. 12 (1987–1988) antas å være s. 34–35, jf. lagmannsrettens henvisning til det som er «sitert ovenfor» fra dette forarbeidet.

<sup>100</sup> Dok. nr. 12 (1987–1988) s. 34 andre spalte.

<sup>101</sup> Dok. nr. 12 (1987–1988) s. 34 andre spalte og s. 35 første spalte.

<sup>102</sup> Dok. nr. 12 (1987–1988) s. 35 første spalte.

eksempel vil ikke det at staten har varetatt positive forpliktelser til å beskytte privatlivet gjennom etterforskning av privat overvåking, kunne oppveie brudd på statens negative forpliktelse til å avstå fra å overvåke borgerne.<sup>103</sup> Tilsvarende spiller det ikke inn ved en negativ inngrepsvurdering etter § 93 at myndighetene ellers har et system for oppfølging av voldsofre, som varetar en positiv sikringsplikt.<sup>104</sup> Den negative og positive forpliktelsen er i disse eksemplene selvstendige, og ikke avhengige. Det er naturlig å forstå § 112 på samme måte.

Mot en kontekstuell tolkning kan det likevel innvendes at miljøretten, til forskjell fra andre rettigheter, fordrer et helhetsperspektiv. Fordi det sjelden vil være et enkeltstående inngrep alene, men summen av mange inngrep som volder skade, må konsekvensene av enkeltstående inngrep vurderes sammen med belastningen fra allerede eksisterende og planlagte inngrep.<sup>105</sup> Dette prinsippet om samlet belastning er nedfelt i svalbardmiljøloven § 8, og naturmangfoldloven § 10, hvor sistnevnte lov også gjelder kontinentalsokkelen, jf. § 2 tredje ledd. At belastningen skal bedømmes samlet, betyr imidlertid neppe at det skal foretas en nettovurdering av ett isolert punktutslipp opp mot summen av utslippsreducerende tiltak i inn- og utland. Snarere betyr det at klimapåvirkningen fra et nytt punktutslipp «ikke kan ses isolert, men må vurderes sammen med de andre faktorene som kan påvirke miljøet negativt», jf. NOU 2004: 28, pkt. 11.11.3. Klimapåvirkningen av enkeltstående tillatelser til punktutslipp må altså vurderes på bakgrunn av allerede foretatte klimagassutslipp og utsiktene til ytterligere klimagassutslipp.<sup>106</sup> At den samlede vurderingen også må hensynta framtidig påvirkning følger av føre-var-prinsippet, jf. naturmangfoldloven § 9. Miljørettens helhetsperspektiv er dermed ikke et argument for at den positive sikringsplikten kan oppveie brudd på den negative avståelsesplikten. Det er et argument for å se enkeltstående negative inngrep i sammenheng med summen av andre negative inngrep.

Ut fra rettskildene er det på denne bakgrunn mest nærliggende å anse pliktene til å respektere og sikre rettighetene etter § 112 som selvstendige plikter.

## **2.5. Særlige spørsmål ved anvendelse av § 112 på klimagassutslipp**

Det er på det rene at § 112 saklig sett omfatter klimagassutslipp og klimaendringer. Atmosfæren og karbonkretsløpet er del av «miljø[et]», og et velfungerende klimasystem er en grunnforutsetning for bevaring av «natur» og biologisk «mangfold».

---

<sup>103</sup> Grunnloven § 102.

<sup>104</sup> Grunnloven § 93.

<sup>105</sup> En slik forståelse finnes f.eks. hos Fauchald, «Har § 112 selvstendig betydning for vern av villaksen?» i Fauchald og Smith (red.) (2019) s. 227–252 på s. 243 flg.

<sup>106</sup> Se nærmere omtale i NOU 2004: 28 pkt. 11.11.3 s. 194.

Klimaproblemet var også del av bakteppet for den opprinnelige § 110 b, og den nye § 112.<sup>107</sup> Klimaproblemets globale karakter reiser imidlertid to særlige spørsmål.

### 2.5.1 Omfattes eksporterte utslipp med opphav i Norge?

Partene er for det første uenige om bestemmelsen omfatter klimagassutslipp utenfor norsk jurisdiksjon fra eksportert norsk olje og gass. Utslipp fra eksportert norsk olje og gass utgjør ca. 95 prosent av klimagassutslippene sammenholdt med utslipp fra utvinningen (5 prosent), og står for ca. 10 ganger så høye klimagassutslipp som samlede utslipp fra norsk territorium.<sup>108</sup>

Tingretten kom til at § 112 kun gjelder klimagassutslipp fra produksjon av olje og gass, og ikke utslipp fra forbrenning etter eksport.<sup>109</sup> Tingrettens vurdering er kritisert i teorien, og lagmannsretten kom til motsatt resultat.<sup>110</sup> Spørsmålet er av vesentlig betydning for rettighetsvernet etter § 112. Allmenne interesser gjør seg derfor gjeldende, jf. tvisteloven § 15-8.

*Ordlyden* i § 112 gir anvisning på en «allsidig» betraktning som kan tilsi at utslipp med opphav i Norge er omfattet. *Forarbeidene til § 110 b* uttalte at bestemmelsen skulle «preges av den lovgivning» som finnes på området, og petroleumsloven nevnes et sted i forslaget som en særlov på miljøområdet.<sup>111</sup> Etter petroleumsloven § 1-1 har staten eierskapet til de undersjøiske petroleumsforekomstene, og utvinning er betinget av tillatelse, jf. § 1-3. Staten rår derfor over om klimagassmolekyler fra norske geologiske lagre forblir i det naturlige karbonkretsløpet eller endrer balansen i atmosfæren. Selv om miljøskaden tar en omvei via utlandet, er norsk myndighetsutøvelse en nødvendig forutsetning for at karbon fra norske geologiske lagre endrer klimaet. Formålet med utvinningen er å selge karbonet som forbrenningskilde, og virkningen på klimasystemet er lik, uavhengig av hvor utslippet skjer. Denne sammenhengen mellom myndighetsutøvelsen og klimagassutslippet tilsier at også eksporterte forbrenningsutslipp er omfattet.<sup>112</sup>

Grunnlovsbestemmelsen skal som nevnt preges av «den lovgivning og de miljørettslige prinsipper som finnes på området».<sup>113</sup> Norsk og internasjonal miljørett bygger på et prinsipp om at miljøvirkninger skal motvirkes i samme utstrekning enten skaden inntreffer

---

<sup>107</sup> Stortingets forhandlinger 1992 nr. 253 s. 3737, Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 245, høyre spalte, første egentlige avsnitt.

<sup>108</sup> Lagmannsrettens dom avsnitt 3.1 og 3.3.

<sup>109</sup> Oslo tingretts dom 4. januar 2018 (TOSLO-2016-166674) s. 19–20.

<sup>110</sup> Bugge (2019) s. 170 og lagmannsrettens dom s. 20.

<sup>111</sup> Innst. S nr. 163 (1991–92) s. 6 jf. s. 2.

<sup>112</sup> Slik også lagmannsrettens dom s. 20.

<sup>113</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

innenfor eller utenfor landets grenser.<sup>114</sup> Det er kodifisert i forurensningsloven § 2 nr. 6, som uttrykkelig gjelder virksomhet på kontinentalsokkelen.<sup>115</sup> Prinsippet er også nedfelt i Espoo-konvensjonen, og følger av den nordiske miljøkonvensjonen, som gjelder som norsk lov, og også omfatter virksomhet på sokkelen.<sup>116</sup> I den nordiske miljøkonvensjonen artikkel 2 heter det at ved avgjørelse av om en miljøskadelig virksomhet skal tillates, skal «forstyrrelser» slik virksomhet kan medføre i en annen avtalestat «likestilles med forstyrrelse i den stat tillatelsen skal gis». Også det nasjonale og EU-rettslige regelverket for konsekvensutredninger likestiller miljøkonsekvenser i inn- og utland.<sup>117</sup> Etter forskrift om konsekvensutredning § 21 annet ledd omfattes «positive, negative, direkte, indirekte, midlertidige, varige, kortsiktige og langsiktige virkninger».<sup>118</sup> Utslipp fra forbrenning av norsk olje og gass er ifølge Bugge en «direkte og langsiktig virkning av at olje og gass produseres».<sup>119</sup> Dersom § 112 skulle begrenses til klimagassutslipp fra norsk territorium, og ikke omfatte klimagassutslipp med opphav herfra, vil bestemmelsen fravike et sentralt miljørettslige prinsipp.

Det kan imidlertid innvendes at operasjonaliseringsmekanismene etter de internasjonale klimaavtalene tar utgangspunkt i hvor klimagassutslippene til atmosfæren skjer. Denne avgrensningen til territoriale utslipp beror på et globalt koordineringshensyn; for å unngå dobbelttelling av utslipp og utslippskutt, og å sikre «environmental integrity».<sup>120</sup> Det er ikke gitt at et globalt koordineringshensyn gjør seg gjeldende på samme måte for en nasjonal grunnlovsbestemmelse. Man kan også spørre om dobbelttelling av utslipp er like problematisk for «environmental integrity» som dobbelttelling av kutt.<sup>121</sup> Uansett er det ikke slik at de internasjonale utslippsregnskapene konsekvent teller utslipp territorielt. Ved transport, inkludert sjøtransport, fastsettes ansvaret etter hvor drivstoffet selges, og ikke hvor utslippene rent faktisk forbrennes.<sup>122</sup> Annen forurensning av atmosfæren, ozonreducerende stoffer eller fluor, motvirkes for øvrig internasjonalt ved eksportforbud, jf. EØS-forordning 1005/2009 art. 17 og produktforskriften § 6-2.<sup>123</sup> Prinsippet om

---

<sup>114</sup> Bugge (2019) s. 170.

<sup>115</sup> Bugge, Norsk lovkommentar til forurensningsloven av 1981 § 2 nr. 6, note 9, Rettsdata (2018).

<sup>116</sup> Lov av 9. april 1976 nr. 21, Den nordiske miljøkonvensjon av 1974, artikkel 13. Danmark, og derigjennom Grønland, er del av konvensjonen.

<sup>117</sup> Direktiv 85/337/EØF om vurdering av miljøvirkninger av tiltak og prosjekter, revidert ved direktiv 2011/92/EU, og 2011/42/EF om vurdering av miljøvirkninger av planer og programmer, senest endret ved direktiv 2014/52/EU, begge inntatt i EØS-avtalen. Se nærmere omtale i Bugge (2019) s. 170.

<sup>118</sup> Forskrift 21. juni 2017 nr. 854 § 21 annet ledd.

<sup>119</sup> Bugge (2019) s. 171.

<sup>120</sup> Parisavtalen art. 4 nr. 13.

<sup>121</sup> Bodansky, Brunnée og Rajamani, *International Climate Change Law* (2017) s. 236.

<sup>122</sup> UNFCCC art. 4 og 12, jf. beslutning 24/CP.19; Parisavtalen art. 13, jf. beslutning 18/CMA.1 avsnitt 20–21.

<sup>123</sup> Forskrift 1. juni 2004 om begrensning i bruk av helse- og miljøfarlige kjemikalier og andre produkter (produktforskriften) §§ 6-2 og 6a-2 om hhv. ozon og fluorprodukter.



territorielle utslipp etter klimaavtalene er dermed ingen iboende rettslig begrensning ved klimagassutslipp eller atmosfærisk forurensning som sådan.<sup>124</sup>

Uten at det er avgjørende ved grunnlovstolkningen, kan det også nevnes at dersom § 112 ikke omfatter klimagasser utenlands som norsk myndighetsutøvelse er *nødvendig* årsak til, vil det fravike grunnleggende ansvarskonstruksjoner om medvirkning innen erstatningsretten, strafferetten, og folkeretten.<sup>125</sup>

Ut fra rettskildene fremstår det mest nærliggende at § 112 omfatter klimagasser som stammer fra norsk territorium, selv om forbrenningen skjer utenlands.

### 2.5.2 Skal det ses hen til virkninger utenfor norsk jurisdiksjon?

Partene er også uenige om vurderingen etter § 112 kun gjelder klimavirkninger innenfor norsk jurisdiksjon, eller om myndighetene også plikter å hensynta virkninger av norske klimagassutslipp utenlands. Lagmannsretten kom til at § 112 kun gjelder klimaendringer i Norge, men at det kan være et relevant moment om handlinger med utgangspunkt i Norge også bidrar til miljøskade i utlandet.<sup>126</sup> Vi presiserer at dette ikke er et spørsmål om personer utenfor Norge kan påberope § 112, eller om Norge er forpliktet til å foreta tilpasninger utenfor riket for å begrense skader av klimavirkninger der. Spørsmålet er om grenseoverskridende virkninger av klimagassutslipp med opphav i Norge er relevant ved vurderingen av om myndighetsutøvelsen krenker § 112. Også i dette spørsmålet gjør allmenne interesser seg gjeldende, jf. tvisteloven § 15-8.

Utgangspunktet er at Grunnloven gjelder innenfor norsk jurisdiksjon. Det er likevel ikke slik at jurisdiksjonsbegrensningen i andre sammenhenger utelukker å se hen til virkninger utenfor riket. Ser man til Grunnloven § 93 annet ledd, vil bestemmelsen, ut fra sitt motstykke i EMK artikkel 3, antakelig innebære et vern mot risiko for virkninger som kan inntreffe ekstraterritorielt.

Det grunnleggende miljørettslige prinsippet om «*no harm*», som er folkerettslig sedvane, innebærer videre at stater skal forebygge grenseoverskridende miljøskade. Lagmannsretten la til grunn at «*no harm*»-prinsippet ikke følger av § 112, fordi det ikke er eksplisitt nevnt av komiteen i forarbeidene til § 110 b. Denne tolkningen er neppe riktig. For det første nevner komiteen «aktsomhetsplikt» som et grunnlovsfestet prinsipp.<sup>127</sup> Aktsomhetsplikten er den sentrale forpliktelsen etter «*no harm*»-prinsippet – statene skal

---

<sup>124</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 2.4.

<sup>125</sup> Se f.eks. 1992 s. 64, produktansvarsloven § 2-4 (1), Rt. 1989 s. 1004, Articles on State Responsibility (ARS), artikkel 47. Se nærmere punkt 3.7.3.

<sup>126</sup> Lagmannsrettens dom s. 21.

<sup>127</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

forebygge grenseoverskridende miljøskade med «due diligence».<sup>128</sup> For det andre viser komiteen initielt til at «en grunnlovsbestemmelse om miljø bør preges av [...] de miljørettslige prinsipper som finnes på området».<sup>129</sup> Det er ikke tvilsomt at «no harm» var og er et av de sentrale prinsippene som finnes på miljøområdet. For det tredje viste forarbeidene til Verdenskommisjonen for miljø og utvikling, hvis rapport munnet ut i Rio-erklæringen og artikkel 14 om «no harm».<sup>130</sup> Hertil kommer at prinsippet om likestilling av miljøskade på tvers av grenser er kodifisert i norsk og internasjonal miljørett. Det gir uttrykkelig støtte for at virkninger på tvers av landegrenser er relevant ved vurderingen.

Relevante rettskilder tilsier på denne bakgrunn at grenseoverskridende virkninger med opphav i myndighetshandlinger i Norge inngår i vurderinger etter § 112.

## 2.6. Når vil § 112 anses krenket?

### 2.6.1. Innledning

Rettigheten etter § 112 første ledd er, som andre rettigheter i Grunnloven kapittel E, absolutt formulert. Men grunnlovsvernet kan ikke være absolutt, sml. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 60). Rettigheten må derfor operasjonaliseres gjennom et vurderingsmønster, for å avgjøre når rettigheten er krenket. Ettersom Grunnloven ikke inneholder noen generell begrensningshjemmel, og § 112 ikke er skrevet etter mønster av folkerettslige bestemmelser som inneholder kriterier for når inngrep i rettigheten er lovlig, er det et åpent spørsmål for Høyesterett når begrensninger i rettigheten etter § 112 første ledd kan være tillatt.<sup>131</sup> Verken tingretten eller lagmannsretten så det nødvendig å avklare spørsmålet.<sup>132</sup>

### 2.6.2. Vurderingsmønsteret etter § 112 første ledd

I litteraturen er det lansert flere alternativer til begrensningsstruktur, herunder etter mønster av sivile og politiske rettigheter (SP, EMK), ØSK artikkel 4, eller en rettslig

---

<sup>128</sup> Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina v. Uruguay*) (Judgment) (2010), ICR Rep (20. April 2010) International Law Commissions Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, i vid utstrekning ansett som folkerettslig sedvanerett, jf. Bugge (2019) s. 88, Voigt, «State Responsibility for Climate Change Damages», *Nordic Journal of International Law* 77 (2008) s. 1–22 på s. 17.

<sup>129</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6.

<sup>130</sup> Bugge (2019) s. 90–91.

<sup>131</sup> Se forslaget til § 115 i Dok. 16 (2011–2012) s. 72, som ikke ble vedtatt. I Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 60) og senere rettspraksis er det innfortolket begrensningssadgang etter grunnlovsrettigheter som har sitt motstykke i EMK.

<sup>132</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 2.3 s. 19 andre avsnitt.

standard.<sup>133</sup> De to vurderingsmønstrene NIM anser mest nærliggende, er strukturen etter SP/EMK, eller en rettslig standard.<sup>134</sup>

Et valg mellom disse to begrensingsadgangene behøver likevel ikke være avgjørende. Mens en rettslig standard er forstått som et direktiv som henviser til en målesokk, vil begrensingsadgangen etter EMK også bero på en avveining av berørtes rettigheter opp mot andres rettigheter eller tungtveiende samfunnshensyn. Rettighetene etter EMK er gjerne relative i randsonen og absolutte i vernets kjerne. En beskyttelsesnorm basert på tålegrenser kan muligens sammenfatte denne essensen. Gjeldende miljørettslige prinsipper, som etter grunnlovsforarbeidene skulle prege normen, kan inngå i vurderingen.

---

<sup>133</sup> Se hhv. Fauchald (2007) s. 39–40 og Thengs (2017) s. 28–67.

<sup>134</sup> Metodisk synes det kanskje mest nærliggende å modellere begrensingsadgangen i § 112 første ledd etter EMK og SP. Disse rettighetene oppstiller to ulike vurderingskriterier for de negative og positive forpliktelsene. For den negative rettighetssiden vil det etter de relative rettighetsbestemmelsene i EMK skje en vurdering i to trinn: først om det foreligger et inngrep og, hvis så er tilfelle, om inngrepet har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt formål og er forholdsmessig. Også for de positive rettighetene er en totrinnsvurdering vanlig: først av om myndighetene hadde eller burde hatt kjennskap til en kvalifisert risiko for et menneskerettsbrudd og deretter om de har iverksatt rimelige tiltak for å avverge denne risikoen. Et slikt vurderingsmønster er veletablert og godt kjent for norske rettsanvendere. Det er også i samsvar med hvordan Høyesterett fortolker rettigheter i Grunnloven som har sitt motstykke i EMK, jf. Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 60). Forutsetningsvis var det også i denne retning § 112 ville blitt vurdert, om utvalgets forslag til generell begrensningshjemmel i menneskerettighetskapitlet var blitt vedtatt (Dok. 16 (2011–2012) s. 72). På den annen side kan det innvendes at § 112, til forskjell fra andre rettigheter nedfelt i 2014-reformen, videreførte en særnorsk bestemmelse uten motstykke i EMK eller SP. Det kan tale mot et slik vurderingstema.

En annen tilnærming er å vurdere § 112 som en rettslig standard (Thengs (2017), s. 28–67). En rettslig standard er tradisjonelt forstått som et «direktiv» som «henviser til en målestokk» (Knoph, *Rettslige standarder. Særlig Grunnlovens § 97* (1939) s. 1). Et kjennetegn ved denne typen normer er at de åpner for at vurderingen vil kunne variere over tid og med skiftende samfunnsforhold (Rt. 1996 s. 1415 på s. 1426; Rt. 2013 s. 1345 (avsnitt 101)). I forfatningsretten er standardteorien primært anvendt ved fortolkningen av § 97 sitt forbud om tilbakevirkende lovgivning utenfor strafferettens område, det vil typisk si saker om inngrep i økonomiske rettsposisjoner. Det er ingen henvisninger i forarbeidene til at § 112 skal tolkes som en rettslig standard. Forarbeidene refererer imidlertid til en lang rekke miljørettslige prinsipper som en viktig del av grunnloven. Disse vil kunne inngå i en standardnorm. En slik struktur vil også være egnet til å ivareta den underliggende spenningen i § 112, nemlig balanseringen av hensynet til rettighetsvern og flertallsstyre (Thengs (2017) s. 57). På samme måte som begrensingsadgangen etter EMK/SP, er rettslige standarder en veletablert og godt kjent struktur i norsk rett.

Når vi anser strukturen etter ØSK art. 4 som minst nærliggende, er det fordi den stiller som inngrepsvilkår at inngrepet er ment å fremme «general welfare», basert på en underliggende tanke om gradvis forbedring av økonomiske, sosiale og kulturelle vilkår. Miljø- og klimarettigheter handler derimot om å unngå en fremtidig forverring, slik at vilkårene for menneskelig eksistens ikke undermineres (Humphrey, *Human rights and climate change* (2010) s. 6). Det kan imidlertid argumenteres for at § 112 bør rubriseres med ØSK-rettighetene, fordi de har et mer kollektivt preg og fordi Stortinget voterte over § 112 i samme bolck som ØSK-rettighetene (Dokument 12:31 (2011–2012) og Innst. 187 S (2013–2014)). Det fremgår imidlertid av forarbeidene til § 112 at Lønning-utvalget, med Stortingets tilslutning, ønsket å skjerpe grunnlovsvernet av retten til et sunt miljø (Dokument nr. 16 (2011–2012) s. 245, se også Innst. nr. 163 (1991–1992) s. 2). Utvalget viste videre til praksis fra EMD om beskyttelse mot miljøskade etter de sivile og politiske rettighetene i EMK. Det ville være lite forenelig med disse uttalelsene om begrensingsadgangen etter § 112 skulle modelleres etter ØSK-rettighetene.

### 2.6.3. Formulering av en beskyttelsesnorm etter § 112 første ledd

#### (i) Beskyttelsesnorm på miljøområdet generelt

Utgangspunktet for en beskyttelsesnorm vil være ordlyden i § 112 første ledd om rett til et «miljø som sikrer helsen» og en «natur der produksjonsevne og mangfold bevarer», en rett som skal varetas «også for etterslekten». De opprinnelige forarbeidene taler om en «viss miljøkvalitet» som en grunnleggende menneskerettighet.<sup>135</sup> Det trekker i retning av en nedre tålegrense, som skal sikre en tilfredsstillende miljøkvalitet også i fremtiden. Hvor slike tålegrenser går vil nødvendigvis måtte forankres naturvitenskapelig.<sup>136</sup>

I de opprinnelige forarbeidene het det at § 110 b «bør preges av den lovgivning og de miljørettslige prinsipper som finnes på området», blant annet for å få det «nødvendige presisjonsnivå». <sup>137</sup> Miljørettslig lovgivning kan dermed gi veiledning. Forurensningslovens formål er å «oppnå en miljøkvalitet som er tilfredsstillende». <sup>138</sup> Naturmangfoldlovens forvaltningsmål er at «mangfoldet av naturtyper ivaretas innenfor deres naturlige utbredelsesområde og med det artsmangfoldet og de økologiske prosessene som kjennetegner den enkelte naturtype», samt at «artene og deres genetiske mangfold ivaretas på lang sikt og at artene forekommer i levedyktige bestander». <sup>139</sup> Svalbardmiljølovens formål er å «oppretholde et tilnærmet uberørt miljø på Svalbard». <sup>140</sup> Sentrale kodifiserte nasjonale og internasjonale prinsipper om aktsomhet, føre var, likestilling av virkninger over grenser og samlet belastning vil også prege grunnlovsnormen. <sup>141</sup>

Ettersom tålegrenser kan være ulike ut ifra hva slags type miljøforringelse det er tale om, vil en generell beskyttelsesnorm antakelig måtte presiseres som understandarder eller retningsgivende faktorer og momenter, med en eventuell nærmere angivelse av den relative vekten av disse. <sup>142</sup> Vi vil i neste avsnitt drøfte en nærmere beskyttelsesnorm på klimaområdet.

#### (ii) Beskyttelsesnorm på klimaområdet spesielt

Nærmere veiledning for fastleggelsen av en nedre tålegrense for klimagassutslipp vil måtte finnes i lovgivning - i den utstrekning slik lovgivning er gitt, i miljørettslige prinsipper

---

<sup>135</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 5.

<sup>136</sup> Thengs (2017) s. 58–59 bruker «miljøstatus» som et utgangspunkt.

<sup>137</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6. Se også Fauchald, «Klimarettssaken og «amerikanisering» av norske domstoler», *Lov og rett* (2018) nr. 3 s. 158–169 på s. 165–166.

<sup>138</sup> Forurensningsloven av 1981 § 2 nr. 1 siste punktum.

<sup>139</sup> Naturmangfoldloven av 2009 §§ 4 og 5.

<sup>140</sup> Svalbardmiljøloven av 2001 § 1.

<sup>141</sup> Naturmangfoldloven §§ 4 til 14 og svalbardmiljøloven §§ 5 til 10.

<sup>142</sup> Se Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. (2004) s. 391. Se videre Thengs (2017) pkt. 4.2.3.

og naturvitenskapelige premisser.<sup>143</sup> Lovgivning om klima er gitt i klimaloven. At klimaloven ikke selv gir rettigheter, er neppe til hinder for at loven kan presisere tolkningen av en grunnlovsbestemmelse som gjør det.<sup>144</sup> Klimaloven § 4 første ledd definerer «skadelige virkninger» av global oppvarming «som beskrevet i Parisavtalen 12. desember 2015 artikkel 2 nr. 1 bokstav a».<sup>145</sup> Bestemmelsen tilsikter å holde

*the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change*

Parisavtalen operasjonaliserer implementeringen av FNs rammekonvensjon om klimaendringer (UNFCCC). Slike internasjonale avtaler vil kunne «bidra til avklaring av hva som er akseptabel tålegrense» etter § 112 første ledd.<sup>146</sup> UNFCCC artikkel 1 nr. 1 definerer uheldige virkninger («adverse effects») av klimaendringer som

*changes in the physical environment or biota resulting from climate change which have significant deleterious effects on the composition, resilience or productivity systems or on human health and welfare.*<sup>147</sup>

Formuleringene om naturens produksjonsevne og menneskers helse minner om § 112 første ledd. I stortingsforhandlingene ble § 110 b fremhevet som et bidrag inn i forhandlingene om UNFCCC.<sup>148</sup> Etter UNFCCC artikkel 2 er målet å stabilisere konsentrasjonen av klimagasser i atmosfæren på et nivå som forhindrer «dangerous anthropogenic interference with the climate system», altså farlige menneskeskapt endringer av klimasystemet.

Tålegrensen på 1,5 og godt under 2 grader er naturvitenskapelig fundert. Klimavitenskapen og det internasjonale klimasamarbeidet har over mange år etablert hvilket nivå av klimagasser i atmosfæren som vil anses som farlig for mennesker og

---

<sup>143</sup> I klimaloven av 2017 § 4 første ledd, jf. § 5 første ledd a, omtalt som «beste vitenskapelige grunnlag».

<sup>144</sup> Innst. 329 L (2016–2017). Se punkt 2.2.

<sup>145</sup> Se også naturmangfoldloven § 13 og klimaforlikene på Stortinget fra 2008 og 2012, hhv. Innst. S. nr. 145 (2007–2008) og Innst. 390 S (2011–2012).

<sup>146</sup> Se Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6 annet egentlige avsnitt, med henvisning til Stortingets tidligere forutsetninger, gjengitt på s. 3, der det fremgår at komiteen mente en grunnlovsfesting «burde ta utgangspunkt både i nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser». Se også lagmannsrettens dom s. 22.

<sup>147</sup> UNFCCC art. 1 første ledd.

<sup>148</sup> Stortingets forhandlinger 1992 nr. 253 s. 3737. Grunnloven § 110 b ble vedtatt 14 dager før Rio-konferansen som fremforhandlet UNFCCC.

natur.<sup>149</sup> Det var lenge ansett for å inntreffe ved en gjennomsnittlig global oppvarming på 2 grader sammenlignet med førindustriell tid. Vitenskapelig konsensus har imidlertid beveget seg, slik at nivået for hva som er farlig anses allerede å være nådd ved en oppvarming på 1,5-grader.<sup>150</sup>

På *årsaksnivå* kan det innvendes mot en tålegrense på 1,5 til godt under 2 grader, at en oppvarming til eller over disse verdier forårsakes av klimagassutslipp fra alle verdens land, og ikke bare fra Norge. Lagmannsretten skriver for eksempel at norske utslipp inklusive eksportere utslipp «utgjør en liten andel, ca. 1 %, av samlede årlige globale utslipp», og at betydningen av potensielle utslipp fra utvinning og forbrenning ved de omtvistede tillatelser er «marginal når disse ses opp mot samlede globale utslipp».<sup>151</sup> Selv om det skulle være riktig, kan lagmannsrettens isolering av enkeltbidrag prinsipielt sett ikke opprettholdes. Det vil føre til at alle aktører kan peke på hverandre uten selv å ha noen forpliktelser. I miljøretten er slike allmenningstragedier løst gjennom prinsippet om samlet belastning, jf. naturmangfoldloven § 10, som er ett av de «miljørettslige prinsipper som finnes på området», og som ifølge grunnlovsforarbeidene vil prege bestemmelsen.<sup>152</sup> I henhold til dette prinsippet kan man ikke isolere enkeltbidrag til miljøforringelse, men må se dem i sammenheng med samlet historisk og fremtidig belastning.<sup>153</sup>

Etter folkeretten har stater delansvar ved samvirkende årsaker, jf. de kodifiserte sedvanerettsreglene om statsansvar (ASR) artikkel 47. I den spesialiserte folkeretten om klima er det uttrykt ved «common but differentiated responsibilities», hvoretter Norge som ressurssterkt land aksler et særlig ansvar.<sup>154</sup> At det ikke kan fritas fra delansvar at et lands klimagassutslipp er lite holdt opp mot globale utslipp, eller at andre land kan bli gratispassasjerer, er også lagt til grunn i europeisk rettspraksis.<sup>155</sup> I norsk rettspraksis om Bernkonvensjonen, er det på samme måte lagt til grunn at Norge ikke kan belage seg på at andre land vil overoppfylle sine forpliktelser om levedyktige bestander der de krysser landegrenser, men har en selvstendig plikt til å oppfylle konvensjonens mål innenfor eget

---

<sup>149</sup> IPCCs rapporter har dannet et viktig vitenskapelig grunnlag for flere internasjonale politiske initiativ. Det første dannet kunnskapsgrunnlaget for klimakonvensjonen i 1992, den andre var sentral for forhandlingen av Kyotoprotokollen i 1997. Den femte kom i 2014, året før Parisavtalen ble vedtatt, og konkluderte med at gjennomsnittstemperaturen i 2100 vil stige med 3,7 til 4,8 grader sammenlignet med førindustriell tid uten politisk kursendring.

<sup>150</sup> IPCCs spesialrapport fra 2018 viser betydningen av en tålegrense på 1,5-grader, sammenholdt med 2-grader.

<sup>151</sup> Lagmannsrettens dom s. 28 første avsnitt.

<sup>152</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 6, venstre spalte, første egentlige avsnitt, jf. s. 1, høyre spalte, nest siste avsnitt.

<sup>153</sup> NOU 2004: 28 pkt. 11.11.3 s. 194.

<sup>154</sup> UNFCCC art. 3 nr. 1 og art. 4 nr. 1 og Parisavtalen art. 2 nr. 2.

<sup>155</sup> Nederlands høyesterett i *Urgenda v. Nederland*, saksnummer ECLI:NL:HR:2019:2007, avsnitt 7.5.1 med videre henvisning til 7.3.2, Irlands høyesterett i *Friends of the Irish Environment v. Irland* (2020) saksnummer 2017 No. 793 JR, Britisk ankedomstol i *Heathrow-saken, Plan B mot transportdepartementet* (2019), saksnummer [2019] EWHC 1070,

land.<sup>156</sup> At klimagassutslipp med opphav fra Norge *isolert sett* ikke vil uttømme hele karbonbudsjettet for å begrense oppvarmingen til 1,5 til godt under 2 grader, er derfor ikke et avgjørende argument mot at dette målet utgjør en nedre tålegrense etter § 112.

På *virkningsnivå* kan det likevel innvendes at en tålegrense på 1,5 til godt under 2 grader er knyttet til hva som er farlig for verden generelt.<sup>157</sup> Lagmannsretten synes for eksempel å mene at vurderingen etter § 112 bør ta utgangspunkt i hvilke klimagasskonsentrasjoner som vil være farlig for Norge,<sup>158</sup> og legger for sin del til grunn en global oppvarming på 4,3 grader celsius.<sup>159</sup> Et slikt synspunkt går imidlertid på akkord med det miljørettslige prinsippet om ikke-diskriminering av virkninger på tvers av landegrenser, jf. forurensningsloven § 2 nr. 6 og folkerettslige forpliktelser.<sup>160</sup> Synspunktet er vanskelig å forene med henvisningen i forarbeidene til § 110 b om «solidaritet på tvers av grenser» som et miljørettslig prinsipp.<sup>161</sup> Og det står i et spenningsforhold til folkerettslig sedvane om at ingen stater må utnytte sine naturressurser, herunder olje og gass, på en måte som skader andre land.<sup>162</sup>

Endelig er det faktiske premisset om at en økning på 1,5 til godt under 2 grader ikke vil ha skadelige virkninger innenfor *norsk* jurisdiksjon, neppe riktig. Som et første punkt er det verdt å minne om at norsk jurisdiksjon omfatter områder som allerede opplever brå klimatiske omveltninger, herunder Svalbard og bilandene i Antarktisk; Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Mauds Land.<sup>163</sup> På Svalbard er temperaturøkningen vinterstid hittil på 10 grader, og rundt 250 boliger må rives på grunn av klimaendringer.<sup>164</sup> Det er antatt å passe inn i de forventede utviklingstrekkene at liv allerede er gått tapt som følge av at hus er tatt av ras.<sup>165</sup> I bilandene i Antarktisk er klimaendringene betydelige, og konsekvensene for sårbare økosystemer er store.<sup>166</sup> Men også på norsk fastland vil en temperaturøkning på 1,5–2 grader medføre alvorlig risiko for produksjonsevnen til natur, biologisk mangfold,

---

<sup>156</sup> Borgarting lagmannsretts kjennelse 22. mars 2006 (RG-2006-1197 / LB-2006-23415), 34. avsnitt.

<sup>157</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 3.1 og 3.3.

<sup>158</sup> Lagmannsrettens dom s. 21–22 og s. 29 annet avsnitt.

<sup>159</sup> Lagmannsrettens dom s. 22.

<sup>160</sup> Se ovenfor.

<sup>161</sup> Innst. S nr. 163 (1991–92) s. 5.

<sup>162</sup> Se nærmere omtale i Bugge (2019) pkt. 3.2.3 s. 92–93.

<sup>163</sup> Lov av 27. februar 1930 nr. 3 om Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Mauds Land m.m.

<sup>164</sup> Norsk klimaservicesenter (NCCS), rapport no. 2/2016, s. 5, 7, tilgjengelig her: [https://cms.met.no/site/2/klimaservicesenteret/rapporter-og-publikasjoner/\\_attachment/9559?ts=1559b5c5534](https://cms.met.no/site/2/klimaservicesenteret/rapporter-og-publikasjoner/_attachment/9559?ts=1559b5c5534), Teknisk ukeblad, 17. september 2018, tilgjengelig her: <https://www.tu.no/artikler/folk-ma-trolig-flytte-fra-rundt-250-boliger-pa-grunn-av-klimaendringer-pa-svalbard/446242>

<sup>165</sup> Ibid s. 11.

<sup>166</sup> Norsk polarinstitutt, «Klimaendringer i Antarktisk» og «Klimaendringer og effekter på polare økosystemer», tilgjengelig her: <https://www.npolar.no/tema/klimaendringer-antarktisk/#toggle-id-3>, og her: <https://www.npolar.no/tema/klimaendringer-effekter-polare-okosystemer/>.

og menneskers helse, slik disse interessene er spesifisert og beskyttet i miljørettslig lovgivning.<sup>167</sup>

Sørlige deler av Norge vil trolig oppleve dramatiske endringer først ved høyere gjennomsnittstemperaturer, men områder som Finnmark og nevnte Svalbard er allerede utsatt.<sup>168</sup> En temperaturøkning over 1,5–2 grader globalt vil videre få forsynings-, migrasjons- og sikkerhetsmessige følger for Norge.<sup>169</sup> I mange tilfeller er 2 graders oppvarming også nok til å utløse risiko for irreversible konsekvenser som vippepunkter i klimasystemet, blant annet endringer i den nordatlantiske strømmen, der vitenskapen ikke kan forutsi konsekvensene for Norge.<sup>170</sup> Det antas allerede at tippunktet for Grønlandsisen kan være nådd, hvis ismasser tilsvarer 7 meter høyere havnivå.<sup>171</sup> Det er videre antatt at tippunktet for isen i Amundsen-sjøen i Vest-Antarktisk kan være nådd.<sup>172</sup> Førre var-prinsippet og aktsomhetsplikten tilsier at en tålegrense etter § 112 ikke spekulerer i usikkerhet om denne typen risiko.

Flere europeiske dommer på klimaområdet viser hvordan en tålegrense på 1,5 til godt under 2 grader kan praktiseres. Slike komparative kilder har selvsagt ingen direkte betydning ved grunnlovstolkning, men kan tjene til inspirasjon.<sup>173</sup> Ingen av domstolene overprøvde den politiske skjønnsutøvelsen i detalj, men vurderte om myndighetene hadde oversett eller lojalt forholdt seg til 1,5 til 2-gradersmålet.<sup>174</sup>

- I *Family Farmers* kom en tysk domstol til at staten ikke vil ha oppfylt sin sikringsplikt overfor fremtidige generasjoner etter den tyske grunnloven artikkel 20a dersom miljø- og klimapolitikken er «helt uegnet eller totalt utilstrekkelig» for å nå målet etter Parisavtalen.<sup>175</sup>
- I *Urgenda* kom nederlandsk høyesterett til at myndighetene ikke kunne etablere mål for sin klimapolitikk som ikke vil kunne ivareta 2-gradersmålet, langt mindre

---

<sup>167</sup> Se nærmere NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 2 ved Cicero.

<sup>168</sup> Se framskrivninger av klimarisiko på fylkesnivå, tilgjengelig her:

<https://klimaservicesenter.no/faces/desktop/article.xhtml?uri=klimaservicesenteret%2Fklimaprofiler> .

<sup>169</sup> Se Klimaforlikene fra 2008 og 2012, Innst. S. nr. 145 (2007–2008) og Innst. 390 S (2011–2012).

<sup>170</sup> Se nærmere NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 2 ved Cicero.

<sup>171</sup> COM(2020) 562 final, 17. september 2020, IPCC 5<sup>th</sup> Assessment Report, Summary for policy makers, s. 16.

<sup>172</sup> COM(2020) 562 final, 17. September 2020. Også omtalt i *Friends of the Irish Environment*, avsnitt 3.7. Ismassene i Antarktisk tilsvarer samlet sett 70 meter høyere hav.

<sup>173</sup> Smith (2017) s. 97.

<sup>174</sup> 1,5-gradersmålet inngikk i beskyttelsesstandarder etter den tyske grunnloven artikkel 20 a i *Family farmers mot Tyskland*, EMK art. 2 og 8 i *Urgenda*, som en del av domstolens lovlighetskontroll med forvaltningen i *Friends of the Irish Environment* og som en del av konsekvensutredninger i britisk plan- og bygningslovgivning i *Heathrow*.

<sup>175</sup> *Family Farmers mot Tyskland*, s. 23: «Der mit einer solchen Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch ist im Blick auf diese Gestaltungsfreiheit nur darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutze des Grundrechts trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind (BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170-240, juris Rn. 101).»



1,5-gradersmålet. Selv om nederlandske utslipp i seg selv var marginale, innebar myndighetsutøvelsen at den vitenskapelige kunnskapen om nødvendigheten av å begrense oppvarmingen til 1,5 til 2 grader ikke ble tatt på alvor og at myndighetene ikke innrettet seg etter at målene rent faktisk skulle realiseres.<sup>176</sup>

Mens avgjørelsene fra Tyskland og Nederland innfortolker tålegrensen i åpent formulerte normer, viser senere avgjørelser fra Irland og Storbritannia at 1,5 til 2-graders målet også kan håndheves overfor enkeltland ved tolkning av lovgivning som referer den globale målsetningen.

- I *Friends of the Irish Environment* anså irsk høyesterett myndighetenes klimaplan for å være for uspesifisert til å oppnå lovfestede klimamål. Domstolen gikk ikke inn på valg av politiske virkemidler eller overprøvde utslippsberegninger i planen. Men den anså det klart at en plan som ikke gir konkrete føringer for hvordan 1,5 til «well below» 2 grader rent faktisk skal nås, ikke er forenlig med en rett for den enkelte til å vurdere om myndighetenes plan for å unngå en skadelig konsentrasjon av klimagasser er realistisk.<sup>177</sup>
- I *Heathrow*-saken fra Storbritannia kom en ankedomstol til at dersom myndighetene skal tillate nye klimagassutslipp av en betydelig størrelse må de først foreta en vurdering av hvordan et slikt utslipp er forenlig med deres egen politikk for å nå 1,5–2-gradersmålet i Parisavtalen.<sup>178</sup>

På denne bakgrunn, ut fra bestemmelsens ordlyd som presisert i klimaloven § 4, jf. Parisavtalen artikkel 2 nr. 1 a, føre var-prinsippet og naturvitenskapelige premisser, er det mest nærliggende at beskyttelsesnormen etter § 112 er lojalt å avverge en temperaturøkning som overstiger 1,5 til godt under 2 grader.<sup>179</sup>

#### 2.6.4. Den negative avståelsesplikten

For å respektere retten til et sunt miljø, er det nærliggende å anta at norske myndigheter vil måtte avstå fra myndighetshandlinger som forårsaker utslipp i en størrelsesorden som er uforenlig med Norges delansvar for å nå 1,5 til godt under 2 graders målet. Det må antakelig legges inn en terskel, da avståelsesplikten ikke kan gjelde ethvert påregnelig

---

<sup>176</sup> *Urgenda* pkt. 8.3.4: «This case involves an exceptional situation. After all, there is the threat of dangerous climate change and it is clear that measures are urgently needed, as the District Court and Court of Appeal have established and the State acknowledges as well. The State is obliged to do 'its part' in this context..»

<sup>177</sup> *Friends of the Irish Environment*, avsnitt 9.2.

<sup>178</sup> *Heathrow*, avsnitt 283–284: «The Paris Agreement ought to have been taken into account by the Secretary of State in the preparation of the ANPS, but was not. What this means, in effect, is that the Government when it published the ANPS had not taken into account its own firm policy commitments on climate change under the Paris Agreement. That, in our view, is legally fatal to the ANPS in its present form.»

<sup>179</sup> Dupuy og Vinuales, *International Environmental Law*, 2. utg. (2018), s. 399, argumenterer i denne retning for at klimasystemet må være i «økologisk balanse» eller «adekvat»,

klimagassutslipp. Terskelen vil trolig endres dess nærmere konsentrasjonen av klimagasser nærmer seg kritisk tålegrense i atmosfæren, som for CO<sub>2</sub> er angitt til 430–450 ppm. Prinsippet om samlet belastning vil ha «særlig betydning dersom miljøbelastningen er ved en kritisk grense hvor selv en liten økning i belastning vil ha stor effekt på økosystemet.»<sup>180</sup> For å realisere retten etter § 112 første ledd, er det nærliggende å anta at § 112 annet ledd innebærer en plikt til å utrede og informere om hvordan tillatelser til større punktutslipp forholder seg til gjenværende karbonbudsjett og en lojal etterlevelse av påkrevd reduksjonsrate for å avverge oppvarming over tålegrensen på 1,5–2 grader. Som konkludert over vil vurderingene måtte inkludere klimagassutslipp som norsk myndighetsutøvelse er nødvendig årsak til, selv om forbrenningen skjer etter eksport.<sup>181</sup>

### 2.6.5 Den positive sikringsplikten

For å sikre retten til et sunt miljø, må staten iverksette tiltak som gjennomfører forpliktelsen til å redusere klimagassutslipp i et omfang og tempo som er nødvendig for å avverge oppvarming over 1,5 til godt under 2 grader.<sup>182</sup> Dette vil langt på vei måtte bero på naturvitenskapelige vurderinger. I medhold av klimaloven §§ 4 og 5 om «beste vitenskapelige grunnlag» må det antakelig kreves gode grunner for at myndighetene skal legge seg på en annen minimumslinje enn vitenskapelig oppdaterte, internasjonale reduksjonsbaner.<sup>183</sup> I medhold av føre var-prinsippet og aktsomhetsplikten, kan det neppe bygges på vage antakelser om fremtidig teknologiutvikling og skalering som er usikre, eller antakelser om internasjonale karbonlekkasjer som er avledet og usikre.<sup>184</sup> I den utstrekning usikkerhet bakes inn i vurderingene, må usikkerheten være i favør av miljøet.<sup>185</sup>

Den positive sikringsforpliktelsen er som nevnt tydeliggjort i § 112 tredje ledd. Her heter det at «[s]tatens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger». Det er forutsatt i forarbeidene at staten vil ha frihet til å skjønne over

---

<sup>180</sup> Aulie, Norsk lovkommentar til naturmangfoldloven, § 10, Rettsdata (2017), note 46. Se også Backer, *Naturmangfoldloven. Kommentirutgave* (2010) s. 101–102.

<sup>181</sup> Se punkt 2.5.1.

<sup>182</sup> Klimaloven § 4.

<sup>183</sup> Nederlandsk høyesterett fastslo at staten må kunne påvise en grunn for hvorfor Nederlands skal følge en lavere bane for utslippsreduksjon enn den globale, *Urgenda v. Nederland* (2019), avsnitt 7.5.1. I *Heathrow*-saken fra Storbritannia var en underliggende betraktning i ankeinstansen at staten må gjøre vurderinger av om det er rom for store nye utslippspunkt i det gjenværende klimabudsjettet, *Plan B mot transportdepartementet* (2019).

<sup>184</sup> Se i denne retning *Friends of the Irish Environment v. Irland* (2020), avsnitt 6.46, jf. 6.43 og 6.44. IPCC 5th Assessment Report, Summary for policy makers, s. 24, advarer mot å utsette nødvendige utslippsreduksjoner i tillit til teknologi som enda ikke finnes.

<sup>185</sup> Naturmangfoldloven § 9 annet ledd, UNFCCC artikkel 3 nr. 3, Rio-erklæringen artikkel 14.

hvilke tiltak som prioriteres.<sup>186</sup> Handlingsfriheten forutsetter imidlertid at det er tale om tiltak innenfor bestemmelsens ordlyd. Ordlyden taler for at statens myndigheter har rådighet over om iverksatte tiltak faktisk «gjennomfører» forpliktelsene. Ut fra ordlyden kan det spørres om staten kan basere seg på internasjonale kvotekjøp som forutsetter at andre land kontrollerer at reelle utslippsreduksjoner finner sted, i stedet for å gjennomføre utslippsreduksjoner innenfor egen jurisdiksjon.<sup>187</sup> Foreliggende usikkerhet om den reelle effekten av kvotekjøp opp mot faktiske utslippskutt står i et mulig spenningsforhold til føre var-prinsippet og aktsomhetsplikten.<sup>188</sup> Disse prinsipper kan tilsi at en lojal etterlevelse av sikringsplikten innebærer at iverksatte tiltak gjennomføres innenfor statens rådighet. Også forarbeidenes krav til at tiltakene må være «adekvate og nødvendige», kan tilsi at effekten av aktuelle tiltak må være etterprøvbare.<sup>189</sup>

#### 2.6.6. Forutsatt at avståelsesplikten og sikringsplikten skal ses i sammenheng

Ut ifra rettskildene, og især Grunnloven § 92, er avståelsesplikten og sikringsplikten etter § 112 selvstendige størrelser.<sup>190</sup> Underinstansene har imidlertid lagt til grunn en nettovurdering, der negative inngrep kan oppveies av positive tiltak på andre områder. Dersom en slik nettovurdering mot formodning er riktig, må tiltakene i tilfellet være «adekvate og nødvendige» for å avhjelpe det konkrete bruddet på retten til et sunt miljø.<sup>191</sup> For tillatelser som åpner for betydelige klimagassutslipp, vil det antakelig innebære at staten kan vise til iverksettelse av konkrete utslippsreducerende tiltak som er direkte knyttet til totaliteten av de utslipp som muliggjøres av den konkrete tillatelsen, herunder fra eksportert norsk petroleum, og som i tilstrekkelig grad oppveier disse utslippene. Det er neppe nok å peke på den blotte eksistensen av klimapolitikk og Norges «pådriverrolle» internasjonalt, eller reduksjoner som ikke står i sammenheng med utslippene.<sup>192</sup> Allerede planlagte utslippsreduksjoner kan trolig heller ikke utligne enhver ny igangsettelse av et stort punktutslipp, idet det kan innebære at den samme utslippsreduksjonen trekkes fra flere ganger.

Vi tilføyer at det neppe vil være riktig å isolere utslippssiden til det enkelte punktutslippet, og la reduksjonssiden inkludere samlede tiltak. Skulle det være relevant å trekke fra samlede reduksjonstiltak, måtte man også sett hen til de samlede klimagassutslipp som

---

<sup>186</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245 og Innst. 187 S (2013–2014) s. 25.

<sup>187</sup> En slik modell ligger til grunn for den grønne utviklingsmekanismen (CDM) i Kyotoprotokollen og de ulike utslippssamarbeidene man forhandler om under art. 6 i Parisavtalen. Forhandling om regler for slike utslippssamarbeid har vist seg vanskelig og mekanismene er ikke operative.

<sup>188</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 4 andre spalte, jf. NOU 2004: 28 s. 249 flg.

<sup>189</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245 andre spalte.

<sup>190</sup> Se punkt 2.4.2.

<sup>191</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245 andre spalte og Innst. 187 S (2013–2014) s. 5.

<sup>192</sup> Se Irsk høyesterett i *Friends of the Irish Environment* (2020). Se motsatt lagmannsrettens dom s. 28 annet avsnitt.

har opphav i Norge. Samlede årlige utslipp fra norsk territorium er rundt 50 millioner tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter, og samlede årlige utslipp fra eksportert norsk olje og gass er rundt 400–500 millioner tonn CO<sub>2</sub>-ekvivalenter.<sup>193</sup> Etter prinsippet om samlet belastning må belastningen vurderes sammen med historiske og påregnelige utslipp.<sup>194</sup>

## 2.7 Klimarettigheter og maktfordeling

### 2.7.1. Problemstillingen om prøvingsintensitet

Grunnloven § 112 må, som andre menneskerettighetsbestemmelser, anvendes i lys av forfatningens maktfordelingssystem. Alle statsmaktene er bundet av § 112 og har en selvstendig plikt til å respektere og sikre retten til et sunt miljø, jf. § 92. Domstolene har både rett og plikt til å kontrollere om Stortinget og forvaltningen har overholdt denne forpliktelsen, jf. § 89. Spørsmålet er imidlertid *hvor langt* domstolene skal gå i denne kontrollen, særlig i lys av at saker etter § 112 i mange tilfeller vil involvere skjønnsmessige rettslige, faktiske og politiske vurderinger. Dette er et spørsmål om *prøvingsintensitet*.<sup>195</sup> Også her gjør allmenne interesser seg gjeldende, jf. tvisteloven § 15-8.

### 2.7.2. Den tradisjonelle lære om prøvingsintensitet

I Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) la Høyesterett opp til et gradert grunnlovsværn ved prøving av lovers grunnlovsmessighet, der bestemmelsene ble delt inn i tre kategorier: bestemmelser om personlig frihet eller sikkerhet, bestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse og bestemmelser til vern om økonomiske rettigheter.<sup>196</sup> Grunnlovens gjennomslagskraft skulle være betydelig i den første kategorien, mens domstolene i den andre kategorien i vid utstrekning skulle respektere Stortingets eget syn på grunnlovsmessigheten. I den tredje kategorien skulle Stortingets grunnlovforståelse spille en betydelig rolle, og domstolene vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgivers.

Læren har vært et viktig referansepunkt, og ble vist til i de tre plenumssakene om grunnlovsprøving som var oppe for Høyesterett i 2010, samt i forarbeidene til Grunnloven

---

<sup>193</sup> Lagmannsrettens dom s. 28.

<sup>194</sup> Aulie (2017), note 46, Backer (2010) s. 101–102.

<sup>195</sup> I noen sammenhenger brukes «skjønnsmargin» som synonym til «prøvingsintensitet», se lagmannsrettens dom s. 28 pkt. 2.3. Se tilsvarende i Indreberg, «Utfordringer for Høyesterett ved grunnlovsfesting av flere menneskerettigheter» i Schei, Skoghøy og Øie (red.), *Lov, sannhet, rett – Norges Høyesterett 200 år* (2015) 393–420, på s. 404–406. Det kan gi opphav til misforståelser. I denne rapporten vil uttrykket «prøvingsintensitet» bli foretrukket, fordi «skjønnsmargin» («margin of appreciation») er en doktrine utviklet av EMD om hvor langt EMD skal gå i å overprøve nasjonale myndigheters – inkludert nasjonale domstolers – vurderinger. Dette er prinsipielt sett noe annet enn nasjonale domstolers prøving av andre nasjonale myndigheters handlinger opp mot Grunnloven.

<sup>196</sup> Rt. 1976 s. 1 på s. 5–6.

§ 89 om prøvingsretten fra 2015.<sup>197</sup> Samtidig har ikke tredelingen ut fra våre undersøkelser blitt vist til i høyesterettspraksis etter 2010.<sup>198</sup> I litteraturen er det ulike synspunkter på doktrinen hensiktsmessighet og status i dag.<sup>199</sup> Innvendingene bygger blant annet på at nyere rettspraksis oppstiller så strenge krav til kvalifisert tvil om grunnlovsspørsmålet og høye kvalitetskrav til Stortingets vurdering av grunnlovsmessigheten, at Kløfta-tredelingen ikke lenger er avgjørende for *betydningen av Stortingets syn*. Derimot kan det være holdepunkter for at tredelingen gir et utgangspunkt for grunnlovstolkningen og vektleggingen av *Stortingets behov for handlingsfrihet*, slik at prøvingsintensiteten «langt på vei vil avhenge av den enkelte rettighets innhold, formål og utforming, samt de faktiske forhold i hvert enkelt tilfelle.»<sup>200</sup>

### 2.7.3. Betydningen av læren for prøvingsintensitet etter § 112

Uten å konkludere på tredelingens stilling i norsk rett i dag generelt, er det flere forhold som kan tilsi at tredelingen har begrenset relevans etter § 112. For det første er det vanskelig å plassere § 112 i den relativt grove inndelingen i Kløfta.<sup>201</sup> Mens inngrep overfor den enkelte i et miljø som sikrer helsen angår personlig frihet og sikkerhet, rommer kategoriene neppe inngrep i ideelle naturinteresser eller etterslektens rettigheter. For det andre er det særtrekk ved klimasaker – særlig knyttet til klimaendringenes langsiktige og irreversible virkninger – som ikke varetas i den tradisjonelle læren. Det er fordi tredelingen er utviklet for endimensjonale rettighetskonstellasjoner, mens klimarettigheter i tid er flerdimensjonale; inngrep har betydning i dag, men vil i størst grad ramme yngre og framtidige generasjoner. Ettersom yngre og framtidige generasjoner står

---

<sup>197</sup> Rt. 2010 s. 143 (avsnitt 138), Rt. 2010 s. 535 (avsnitt 146), Rt. 2010 s. 1445 (avsnitt 89) og Innst. 263 S (2014–2015) s. 11.

<sup>198</sup> NIM utført et grundig søk i Lovdata på de relevante dommene og de forskjellige uttrykksmåtene tredelingen blir benevnt som, i tidsperioden fra 4. desember 2010 (dagen etter Rt. 2010 s. 1445) og til 29. juli 2020. Heller ingen andre forfattere har trukket frem dommer som nevner tredelingen. Kløfta-dommen er riktig nok nevnt i Rt. 2013 s. 1464 (avsnitt 52, mindretallet), Rt. 2014 s. 560 (avsnitt 78) og HR-2017-333-A (avsnitt 28 og 36), men da i andre sammenhenger. Eksempler på avgjørelser der Kløfta-tredelingen naturlig kunne vært nevnt er Rt. 2011 s. 347, Rt. 2013 s. 1345, HR-2016-304-S, HR-2016-389-A og HR-2018-1906-A.

<sup>199</sup> Se nærmere i bl.a. Tverberg, «Det graderte grunnlovsvernet ved tolking av Grunnloven og prøving av lovers grunnlovsmessighet», i Holmøyvik (red.), *Tolkingar av Grunnlova* (2013) s. 256–303, Indreberg (2015) s. 393–420, Solheim, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – Lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr. 1 (2014) s. 1–48 og Schei, «Har Høyesterett en politisk funksjon?», *Lov og Rett* nr. 6 (2011) s. 319–335 med videre henvisninger. Av forfattere som mener tredelingen er forlatt, eller bør forlates, vises det til Holmøyvik, «Prøvingsrett og tilbakeverknadsforbud. Borthen-dommen i Rt. 1996 s. 1415 og rettsutviklinga» i Matningsdal, Skoghøy og Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016* (2016) s. 210–242 og Skjerdal, «Relativisering av domstolenes grunnlovskontroll – på tide å forlate tredelingslæren?», i Graver, Kraby og Stub (red.), *Forsker og formidler. Festskrift til Erik Boe 70 år* (2013) s. 275–296, med videre henvisninger.

<sup>200</sup> Innst. 263 S (2014–2015) s. 11. Se nærmere Tverberg (2013) s. 291–292, Schei (2011) s. 328 og Indreberg (2015) s. 406 og Solheim (2014) s. 11.

<sup>201</sup> Rt-2010-143 (avsnitt 138), jf. Rt-1996-1415 på s. 1429.

uten politisk representasjon når utslippsbeslutningene tas, og endringene er irreversible, kommer hensynet til demokratisk forankring og styringshensyn i en annen stilling.

Vi vil drøfte nærmere noen hensyn som antakelig vil ha betydning for prøvingsintensiteten etter § 112, som kan vareta behovet for en rimelig balanse mellom styringshensyn og rettighetsbeskyttelse.

#### 2.7.4. Hensyn ved fastleggelsen av prøvingsintensiteten etter § 112

##### (i) Inngrepets karakter

Prøvingsintensiteten vil for det første trolig bero på det aktuelle *inngrepets karakter*, altså hvilke verdier beslutningen griper inn i og hvor alvorlig inngrepet er. Det er en slik tankegang Kløfta-tredelingen bygger på, og det er velkjent i menneskerettspraksis.<sup>202</sup> Som utgangspunkt er det mest nærliggende at § 112 angår personlig frihet og sikkerhet. Det kan samtidig innvendes at miljørettigheter også har økonomiske konsekvenser, men det er på samfunnsnivå, og er for øvrig ikke særegent for § 112. Terskelen for returvern etter § 93 eller familiegjengenforening etter § 102 har også økonomiske konsekvenser for samfunnet, men verken vernet mot retur og retten til familieliv regnes som økonomiske rettigheter av den grunn. At miljørettigheter har samfunnsøkonomiske konsekvenser kan heller ikke tilsi at det er tale om en økonomisk bestemmelse.

Samtidig kan sakstypene etter § 112 selvsagt variere. Man kan for eksempel tenke seg saker om forurensning som potensielt og irreversibelt er livstruende på kort eller lang sikt, og saker om støyforurensning som er reversibel, lokal og begrenset.<sup>203</sup> Her bør prøvingen være mer intens i førstnevnte tilfelle, ettersom inngrepet har en mer alvorlig karakter.<sup>204</sup> I tilfeller der langsiktige virkninger av inngrepet både angår rettigheter for nålevende individer og etterslekten, vil inngrepets karakter måtte avgjøres ut fra de interesser som i størst grad blir rammet. Det vil si at dersom et inngrep i dag angår økonomiske rettigheter, men på lang sikt truer personlig frihet og sikkerhet, vil prøvingsintensiteten antakelig ta utgangspunkt i sistnevnte kategori, jf. § 112 første ledd annet punktum.

##### (ii) Demokratihensyn og rettsstatshensyn

Et annet hensyn som vil kunne påvirke prøvingsintensiteten er *graden av demokratisk forankring*. Av de eldre forarbeidene til § 110 b fremgår at bestemmelsen var ment som

---

<sup>202</sup> Se f.eks. Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg. (2018) s. 109–112 og s. 156, og for EMKs del Kjølbros, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere*, 5. utg. (2020) s. 25–26.

<sup>203</sup> Sml. Jæren tingretts kjennelse 5. juni 2020 (20-042262TVI-JARE) i forføyningssak anlagt av interesseorganisasjonen Motvind Norge for å stanse oppføring av vindmøller etter § 112. Forføyningskravet ble ikke tatt til følge, men saken er anket.

<sup>204</sup> Sml. *Fåggerskiöld v. Sverige og Vecbastika m.fl. v. Latvia* der EMD avviser klager over støy fra vindmøller fordi slik støy innenfor lovlige grenser ikke er alvorlig nok til å aktualisere vernet etter EMK art. 8.

en mellomløsning mellom en rettighet og programforpliktelse. Det kunne tilsi varsomhet i overprøvingen. Forarbeidene til § 112 inneholder også noen utgangspunkter for vurderingen av domstolenes prøvingsintensitet etter *tredje ledd*.<sup>205</sup> Her heter det at valget av tiltak etter § 112 tredje ledd tilkommer Stortinget.<sup>206</sup> Også det kan tilsi varsomhet ved overprøvingen.

At myndighetene har valgfrihet ved oppfyllelsen av positive forpliktelser er likevel ikke til hinder for at domstolene prøver om tiltakene ligger innenfor bestemmelsens skranker. Hertil kommer at allerede § 110 b var ment å «kunne hindre en utvikling som går i miljøfiendtlig retning».<sup>207</sup> Grunnlovsflertallets intensjon med endringen av § 112 var å skjerpe rettighetsvernet,<sup>208</sup> og det ble erkjent at de vidt formulerte og vage rettighetene ville innebære «rettsliggjøring, i betydningen maktoverføring fra Stortinget til domstolene.»<sup>209</sup> Domstolene, og i siste instans Høyesterett, har derfor rett og plikt etter §§ 88 og 89 til å håndheve grensene etter § 112, for å beskytte det mindretallsvern bestemmelsen i kraft av endringsskranken i § 121 er et uttrykk for. Dette må særlig gjelde i tilfeller der Stortinget ikke har vurdert forholdet til Grunnloven.

Dette *rettsstatshensynet* kommer særlig på spissen i klimasaker. Det følger av § 112 første ledd annet punktum at retten etter første punktum skal varetas «også for etterslekten». Vi har tidligere konkludert at det samlede rettskildebildet taler for at bestemmelsen gir rettigheter til etterslekten.<sup>210</sup> Handlinger som åpner for betydelige klimagassutslipp i dag, og unnlater å redusere utslippene i samsvar med reduksjonsraten for å avverge oppvarming over 1,5 til godt under 2 grader, vil få alvorlige og irreversible konsekvenser for livsbetingelsene til yngre og framtidige generasjoner.<sup>211</sup> De er ikke i posisjon til å øve politisk innflytelse over beslutninger som vil ramme dem.

Samtidig kan yngre og kommende generasjoner, med tiden, utgjøre et større flertall enn beslutningsflertallet i dag. Bestemmelsen er dermed ikke bare et uttrykk for et mindretallsvern, men et slags *ufødt flertallsvern*. De innvendinger som tradisjonelt gjør seg gjeldende mot et mindretallsvern, gjør seg dermed ikke gjeldende mot klimarettigheter på helt samme måte. Ettersom etterslekten ikke kan hevde sine rettigheter nå, er deres rettigheter forutsatt håndhevet ved at nålevende individer og juridiske personer påberoper dem på deres vegne for domstolene.<sup>212</sup> Om varetakelsen

---

<sup>205</sup> Bl.a. Innst. 187 S (2013–2014) s. 25, Dok. 16 (2011–2012) s. 242–246 og Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 1–7.

<sup>206</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 25.

<sup>207</sup> Innst. S. nr. 163 (1991–92) s. 5.

<sup>208</sup> Bl.a. Dok. 16 (2011–2012) s. 245 andre spalte.

<sup>209</sup> Innst. 187 S (2013–2014) s. 14.

<sup>210</sup> Se punkt 2.2.

<sup>211</sup> IPCCs 5th Assessment Report, Summary for policy makers, s. 16. Se IPCCs spesialrapport (2018) om 1,5-graders målet.

<sup>212</sup> Dok. 16 (2011–2012) s. 245.

skal være reell, må domstolene kunne foreta en grundig prøving av deres rettigheter. Det er et argument for at kontrollen bør være sterkere i saker om klima enn i mer klassiske miljøraker. Det er ikke dermed sagt at en domstol vil være bedre egnet enn den lovgivende eller den utøvende makt til å vurdere rettighetene til kommende generasjoner, men domstolene bør i det minste kontrollere at deres interesser er behørig varetatt.<sup>213</sup>

Vi konkluderer på denne bakgrunn at domstolskontrollen av retten til et sunt klima etter § 112 bør være forholdsvis intensiv.

### **3. Retten til liv og vern av privatliv og familieliv etter EMK artikkel 2 og 8**

#### **3.1 Innledning**

Ankende parter anfører at utvinningstillatelsene krenker EMK artikkel 2 og 8, jf. Grunnloven §§ 93 første ledd og 102. Ankemotparten anfører at bestemmelsene ikke er krenket. Lagmannsretten anså det klart at rettighetene ikke var brutt.

Grunnloven §§ 93 første ledd og 102 tolkes med utgangspunkt i de tilsvarende bestemmelsene i EMK, sml. HR-2016-2554-P og Rt. 2015 s. 155.<sup>214</sup> Ved anvendelse av EMK skal norske domstoler «foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen», og «benytte samme metode som EMD», jf. blant annet Rt. 2005 s. 833.<sup>215</sup> Her spiller rettspraksis fra EMD en meget viktig rolle.<sup>216</sup> Ettersom Høyesterett er invitert til å ta stilling til et spørsmål om klimagassutslipp som EMD ennå ikke har tatt stilling til, vil vi først gjennomgå EMDs metode og betydningen av den for norske domstoler ved avgjørelse av spørsmål der direkte avklarende EMD-praksis mangler (punkt 3.2). Vi vil deretter drøfte den prosessuelle adgangen til å fremme anførsler om klimagassutslipp basert på EMK, både for nasjonale domstoler og for EMD (punkt 3.3) før vi behandler det materielle vernet etter EMK artikkel 2 og 8 (punkt 3.4 - 3.8).

#### **3.2 EMDs tolkningsmetode**

##### *3.2.1 Rettslig utgangspunkt*

EMK tolkes med utgangspunkt i de sedvanerettslige prinsipper som er uttrykt i Wienkonvensjonen om traktattolkning, artikkel 31–33. Utgangspunktet for tolkningen er derfor en normal forståelse av bestemmelsens ordlyd, lest i kontekst og i lys av formålet. EMD

---

<sup>213</sup> Se nærmere Bugge (2019) s. 171–172 og Backer (2002).

<sup>214</sup> HR-2016-2554-P (avsnitt 81), Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57 og 60) og Rt. 2015 s. 155 (avsnitt 40 og 44).

<sup>215</sup> Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557, Rt. 2003 s. 359, Rt. 2005 s. 833. Fra senere tid se HR-2019-1206-A (avsnitt 104).

<sup>216</sup> Kjølbrot (2020) s. 15.



har imidlertid utviklet særlige tolkningsprinsipper som reflekterer og supplerer de folkerettslige utgangspunktene for traktattolkning. Vi drøfter fem slike tolkningsprinsipper her.

### 3.2.2. Formålsorientert tolkning

For det første er EMDs tolkningsmetode *formålsorientert*, i samsvar med Wien-konvensjonen. Domstolen har gjentatte ganger understreket at konvensjonens formål er å sikre rettigheter som ikke er teoretiske og illusoriske, men praktiske og effektive.<sup>217</sup> Det gjelder både materielle og prosessuelle bestemmelser. Det primære formålet med konvensjonens håndhevelsessystem er å yte individuell oppreisning. EMK skal likevel også sikre kollektiv gjennomføring av konvensjonens bestemmelser. Et sentralt formål med konvensjonen er å avgjøre generelle spørsmål i samfunnets interesse for å høyne generelle beskyttelsesstandarder.<sup>218</sup> Det følger av konvensjonens fortale, sjette avsnitt, der konvensjonsstatene forplikter seg til «collective enforcement» av menneskerettigheter, og er lagt til grunn av EMD siden *Irland v. Storbritannia* i 1978.<sup>219</sup> EMD har understreket at tolkningen må se hen til «the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms».<sup>220</sup> Dette kollektive beskyttelsesmålet fremkommer også av fortalens henvisning til fred, rettsstatsprinsipper og demokrati.

At konvensjonens kollektive beskyttelsesformål ikke kan forstås begrenset til nåtidige og kortsiktige interesser, men også gir et vern for framtidens generasjoner, understøttes av fortalen til Europarådets statuetter, som inngår som et relevant instrument ved den kontekstuelle tolkningen av EMK, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 3 c. Av statuttens fortale, annet avsnitt, heter det at det overordnede formålet med opprettelsen av Europarådet og det konvensjonssystem der EMK inngår, var å sikre fred, rettferdighet og «the preservation of human society and civilisation».<sup>221</sup> Disse sidene ved EMKs formål og virkeområde vil ha betydning for tolkningen av de ulike konvensjonsbestemmelsene.

### 3.2.3. Dynamisk tolkning

For det andre er EMDs tolkningsmetode *dynamisk*. Konvensjonen utgjør et «living instrument» som skal tolkes i lys av «present-day conditions».<sup>222</sup> Det innebærer at EMDs eksisterende rettspraksis er en nødvendig, men ikke uten videre tilstrekkelig, forutsetning

---

<sup>217</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* [GC] (34503/97) § 53; *Klass m.fl. v. Tyskland* (5029/71) § 34.

<sup>218</sup> Kjøllbro (2020) s. 15.

<sup>219</sup> *Irland v. Storbritannia* (5310/71), 18/01/1978, § 239.

<sup>220</sup> *Loizidou v. Tyrkia* [GC] (15318/89) § 70.

<sup>221</sup> Statute of the Council of Europe, 1949.

<sup>222</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 68.

for å forutsi hvordan domstolen vil vurdere et bestemt spørsmål.<sup>223</sup> Det har to implikasjoner. For det første betyr det at selv om EMD foreløpig kun har vurdert klagesaker om lokal miljøforurensning, og ikke klager over klimagassutslipp, utelukker ikke det at EMD vil anse påståtte krenkelser som følge av klimagassutslipp vernet av EMK artikkel 2 og 8. For det andre betyr det at de prinsipper domstolen har utviklet i relasjon til klager om lokal miljøskade, ikke nødvendigvis vil regulere nye klager om klimagassutslipp, fordi det må tas høyde for at samfunnsutviklingen i mellomtiden kan ha nødvendiggjort at tolkningen utvikles videre.<sup>224</sup> EMDs tilnærming til ulike rettighetsspørsmål vil derfor måtte bero på de samfunnsutfordringer som til enhver tid foreligger.

#### 3.2.4. Prinsippet om subsidiaritet

For det tredje tolker EMD konvensjonen i lys av prinsippet om *subsidiaritet*.<sup>225</sup> Subsidiaritetsprinsippet innebærer at det primært er konvensjonsstatene, herunder nasjonale domstoler, som skal sikre overholdelse av konvensjonens rettigheter og positive forpliktelser, og at EMDs kontrollfunksjon er subsidiær, jf. EMK artikkel 19. Subsidiaritetsprinsippet tilsier at nasjonale domstoler neppe kan begrense seg til å avvende EMDs fortolkning, for eksempel i klimasaker. Snarere synes subsidiaritetsprinsippet å forutsette at nasjonale domstoler, som del av nasjonale myndigheter, aksele et primæransvar for å sikre varetakelsen av rettigheter og forpliktelser etter konvensjonen, slik at EMDs kontroll kan komme i annen hånd. Dette er blitt sterkere understreket i senere tid. I medhold av Protokoll nr. 15, artikkel 1, skal det inntas i EMDs fortale at konvensjonsstatene «have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Conventions and the Protocols thereto».<sup>226</sup>

Dette primæransvaret for nasjonale myndigheter står i et visst spenningsforhold til tolkningsreservasjonen i Rt. 2005 s. 833, jf. Rt. 2000 s. 996, om at det «likevel i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen».<sup>227</sup> Tolkningsreservasjonen er samtidig ikke praktisert av Høyesterett som et hinder for å tolke og anvende konvensjonen på sakstyper der det ikke foreligger avklarende praksis fra EMD. Til illustrasjon kan det vises til Rt. 2011 s. 800, der Høyesterett innfortolket et selvinkrimineringsvern for juridiske personer i EMK artikkel 6 om «fair trial», selv om EMD ikke hadde gitt vernet anvendelse for andre enn

---

<sup>223</sup> Kjølbro (2020) s. 25.

<sup>224</sup> Kjølbro (2020) s. 25, tilsvarende utgangspunkt synes å være lagt til grunn av Høyesterett i HR-2020-972-U (avsnitt 26) på et annet rettsområde.

<sup>225</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland*.

<sup>226</sup> Protokoll nr. 15 trer i kraft tre måneder etter ratifikasjon av alle Europarådets medlemsstater, jf. dens artikkel 7. Per i dag er protokollen ratifisert av 45 av 47 stater. Status over ratifikasjoner er tilgjengelig her: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p\\_auth=5tABARHI](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=5tABARHI)

<sup>227</sup> Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45), Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

fysiske personer. Formålsbetraktninger trakk i noe ulike retninger, og spørsmålet er omtvistet i komparativ rett. Høyesterett uttalte at det dreide seg om å «tolke konvensjonsteksten i lys av formålet og EMDs praksis», og at tolkningsresultatet var «rimelig klart hensett til det samlede rettskildebilde».<sup>228</sup> Senest i HR-2020-972-U, der spørsmålet var om det kunne gjøres unntak fra fremstillingskravet etter EMK artikkel 5 på grunn av Covid-19, heter det at i «mangel av avklaring fra EMD må spørsmålet løses basert på en selvstendig tolkning av konvensjonen i lys av formålet og den rettspraksis som foreligger».<sup>229</sup>

En slik selvstendig tolkning i lys av formål og *foreliggende* rettspraksis er godt avstemt med den rollefordeling som er understreket av konvensjonsstatene i senere tid.<sup>230</sup> Det er også i samsvar med internasjonal litteratur. I standardverket om EMK fra O'Boyle m.fl. heter det at der et tolkningsspørsmål ikke er avgjort av EMD, vil nasjonale domstoler «have no choice but to adopt their own interpretation».<sup>231</sup>

Når det er tale om rettigheter som i 2014 ble nedfelt i Grunnloven vil det uansett være Høyesterett som har «ansvaret for å tolke, avklare og utvikle» bestemmelsene.<sup>232</sup> Spørsmålet om Høyesterett kan tolke EMK utvidende i fravær av avklarende EMD-praksis, behøver derfor ikke komme på spissen. Både EMK artikkel 2 og 8 fikk i 2014 motstykker i Grunnloven §§ 93 første ledd og 102. I Rt. 2015 s. 93 er det understreket at «fremtidig praksis» fra EMD etter 2014 ikke har «samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene».<sup>233</sup>

### 3.2.5. Prinsippet om skjønnsmargin

For det fjerde tolker EMD konvensjonen i lys av *prinsippet om skjønnsmargin*. Skjønnsmargin er beslektet med subsidiaritet, og innebærer at EMD kan overlate et visst spillerom for skjønn til konvensjonsstatene ved vurderingen av om det er nødvendig å foreta inngrep i rettighetene, eller hvilke tiltak som er nødvendig for å sikre dem.<sup>234</sup> Begrunnelsen er at nasjonale myndigheter som oftest vil være bedre plassert enn EMD til å foreta disse vurderingene, fordi de har større innsikt i særlige forhold som måtte gjøre seg gjeldende i det enkelte land.<sup>235</sup> Omfanget av skjønnsmarginen vil blant annet bero på

---

<sup>228</sup> Rt. 2011 s. 800 (avsnitt 53).

<sup>229</sup> Avsnitt 26.

<sup>230</sup> Brighton-deklarasjonen (2012) pkt. 3 og København-deklarasjonen (2018) pkt. 10.

<sup>231</sup> O'Boyle, Harris, Bates og Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utg. (2018) s. 31.

<sup>232</sup> Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57).

<sup>233</sup> Rt. 2015 s. 93 (avsnitt 57), henvist til i HR-2016-2554-P (avsnitt 81).

<sup>234</sup> Kjølbro (2020) s. 25.

<sup>235</sup> HR-2013-2200-P (avsnitt 257).

om det foreligger europeisk konsensus, samt karakteren av rettigheten og de aktiviteter som påklages.<sup>236</sup>

I norsk rett har det vært omdiskutert om norske domstoler skal tilkjenne en tilsvarende skjønnsmargin som EMD.<sup>237</sup> EMDs storkammer har i *A m.fl. v. Storbritannia* selv understreket følgende:

*«The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level.»*<sup>238</sup>

I plenumsdommen Rt. 2013 s. 1345 argumenterte et mindretall på tre dommere langs disse linjer for at skjønnsmarginen etter EMK «ikke kan overføres til forholdet mellom nasjonale organer».<sup>239</sup> I HR-2016-389-A ble spørsmålet prosedert, uten at Høyesterett tok endelig stilling. I flere konkrete vurderinger har Høyesterett lagt til grunn en skjønnsmargin, men spørsmålet fremstår ikke prinsipielt avgjort.<sup>240</sup>

Etter NIMs syn er det trolig mest forenelig med EMDs egen praksis og skjønnsmarginens begrunnelse og funksjon, å anse skjønnsmarginen som et instrument for en *overnasjonal* domstol. EMDs doktrine om skjønnsmargin er neppe direkte overførbart til forholdet mellom nasjonale domstoler og nasjonale myndigheter. Men rasjonalet om at beslutninger bør tas på det nivå som er best plassert for å foreta faktiske og rettslige vurderinger, kan selvsagt gjøre seg gjeldende også på nasjonalt nivå. Tilbakeholdenhet i prøvingen ved nasjonale domstoler bør da antakelig begrunnes og forankres i *internrettslige doktriner*, og ikke som en ren anvendelse av EMDs skjønnsmargin.<sup>241</sup> Vi

---

<sup>236</sup> Kjølbro (2020) s. 26.

<sup>237</sup> Gjengs oppfatning i juridisk litteratur er at skjønnsmarginen ikke kan anvendes direkte av norske domstoler, se Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK» i *Lov og Rett* nr. 4 (2011) s. 189–190, «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område» i Høgberg og Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (2019) s. 360–385, pkt. 13.3.3.3 på s. 382–384, Nyhus, «Høyesterett og EMD – Samme skjønnsmargin?», *Lov og rett* nr. 6 (2016) s. 364–390, særlig s. 383–390 og Sørensen, «Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 1–2 (2004) s. 134–196 på s. 172–173. Se likevel Borvik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», *Lov og Rett* nr. 10 (2011) s. 575–595. For en analyse av EMDs skjønnsmargin og dansk rett, se Christoffersen og Madsen (red.), *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspill med dansk ret og politik* (2009), s. 173. For et internasjonalt overblikk, se Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (2012).

<sup>238</sup> *A m.fl. v. Storbritannia* (3455/05), avsnitt 184, se også *Fabris v. Frankrike*, 16574/08, § 72.

<sup>239</sup> HR-2016-389 (avsnitt 125), HR-2013-2200-P (avsnitt 257 og 258). Etter 2013 kan det spores en tendens til at Høyesterett foretar mer inngående forholdsmissighetsvurderinger, uten å vise til skjønnsmargin, enn det som var vanlig tidligere, se nærmere Nyhus (2016) s. 386.

<sup>240</sup> Se f.eks. HR-2018-1958-A (avsnitt 82 og 86). I HR-2020-661-S (avsnitt 96 og 100) viser førstvoterende til EMDs skjønnsmargin, men da for å fastlegge EMK-retten på området, og ikke i de konkrete vurderingene.

<sup>241</sup> Se i denne retning O’Boyle m.fl. (2018) s. 17, som omtaler nasjonale doktriner for tilbakeholdenhet som motstykker til EMDs doktrine om skjønnsmargin.

understreker at det uansett vil gå en grense for hvor tilbakeholdne nasjonale domstoler vil kunne være, hvis subsidiaritetskontrollen skal fungere etter sin hensikt.<sup>242</sup> I *Fabris v. Frankrike* understreker storkammeret at nasjonale domstoler er «required to examine» anførsler om konvensjonskrenkelser med «particular rigour and care», som et «corollary of the principle of subsidiarity».<sup>243</sup>

### 3.2.6 Betydningen av internasjonal og nasjonal rett

Det femte og siste tolkningsprinsippet som vi vil fremheve her gjelder betydningen av annen internasjonal og nasjonal rett.

EMD tolker konvensjonen *i overensstemmelse med folkerettslige regler og prinsipper*, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 3 litra c, som sier at traktater skal tolkes i lys av relevante «rules of international law applicable in the relations between the parties». EMD har understreket at EMK ikke kan tolkes og anvendes «in a vacuum», men må ta i betraktning «any relevant rules of international law» og tolkes «as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part».<sup>244</sup> Wien-konvensjonen henviser til folkerettslig bindende traktater eller etablert sedvane, men etter EMDs praksis er det ingen forutsetning at det er tale om bindende traktater eller regler som er ratifisert i konvensjonsstaten, så lenge «the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is a common ground in modern societies».<sup>245</sup> Det er heller ingen forutsetning at det er tale om konvensjoner om individuelle menneskerettigheter.<sup>246</sup> EMD vurderer om det er tale om en «consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States».<sup>247</sup> Hvis slik konsensus er under utvikling, kan det utgjøre en «relevant consideration» for domstolen ved tolkningen av konvensjonen.<sup>248</sup>

---

<sup>242</sup> Se tilsvarende vedrørende dansk rett, Christoffersen og Madsen (red.) (2009), s. 173.

<sup>243</sup> *Fabris v. Frankrike*, § 72.

<sup>244</sup> *Bankovic m.fl. v. Belgia m.fl.* (52207/99) § 57.

<sup>245</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 86.

<sup>246</sup> *Stubbings m.fl. v. Storbritannia* (22083/93, 22095/93) § 53; *Al-Adsani v. Storbritannia* (35763/97); *Fogarty v. Storbritannia* (37112/97), *McElhinney v. Irland* (31253/96); *Sabeh El Leil v. Frankrike* (34869/05), §§ 55-68, se nærmere Kjølbros 2020 s. 30.

<sup>247</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 85 (vår kursivering).

<sup>248</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 85 (vår kursivering).

Parisavtalen er ratifisert av 46 av Europarådets 47 medlemsstater, samt av EU.<sup>249</sup> Dette er en folkerettslig bindende avtale, men den inneholder i liten grad spesifikke forpliktelser. Parisavtalens målsetning om å holde CO<sub>2</sub>-konsentrasjonen i atmosfæren under 1,5 grader celsius, og «well below» 2 grader celsius, og de IPCC-rapporter avtalen bygger på, kan likevel anses å utgjøre «common ground» fra spesialiserte folkerettslige instrumenter og statspraksis, som vil kunne være av betydning for tolkningen av forpliktelsene etter EMK.<sup>250</sup> Det miljørettslige føre var-prinsippet nedfelt i Rio-erklæringen og UNFCCC, og «no harm»-prinsippet som folkerettslig sedvane, kan også ha betydning for tolkningen.<sup>251</sup> Videre vil FNs menneskerettighetskomité's generelle kommentarer og avgjørelser i individklagesaker om SP og klimagassutslipp, kunne gi tolkningsbidrag.<sup>252</sup>

Endelig vil EMD kunne se hen til praksis fra de øverste domstolene i konvensjonsstatene som rettskilde ved tolkningen.<sup>253</sup> Det foreligger nyere europeiske høyesterettsavgjørelser om klima- og miljørettigheter fra Frankrike og Nederland.<sup>254</sup> Det franske Conseil constitutionnel har nylig opphøyet beskyttelse av miljøet til et mål av konstitusjonell rang.<sup>255</sup> Nederlandsk høyesterett konkluderte i fjor at EMK artikkel 2 og 8 forpliktet Nederland til å redusere klimagassutslipp med minimum 25 prosent sammenholdt med 1990-nivå, innen utgangen av 2020. EMDs daværende president Sicilianos har i to taler i år fremhevet disse avgjørelsene. Selv om slike taler er uten rettskildemessig betydning, er det verdt å merke seg at Sicilianos refererte til *Urgenda*-dommen som historisk, og sa at den viser at EMK kan gi genuine svar på problemene i vår tid:

«By relying directly on the Convention, the Dutch judges highlighted the fact that the European Convention of Human Rights really has become our shared language and that this instrument can provide genuine responses to the problems of our time.»<sup>256</sup>

---

<sup>249</sup> Tyrkia signerte Parisavtalen 22. april 2016, men har ikke ratifisert avtalen.

<sup>250</sup> Weweinke-Singh, *State responsibility, climate change and human rights under international law* (2019).

<sup>251</sup> Se *Tătar v. Romania* (67021/01) § 120, der EMD viser til føre var-prinsippet i Rio-erklæringen som et viktig prinsipp. Se ellers *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 86.

<sup>252</sup> Sml. *Opuz v. Tyrkia* (33401/02), § 187. FNs menneskerettighetskomité's avgjørelser er nærmere omtalt i NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020) kapittel 6.

<sup>253</sup> *S. V. og A v. Danmark* [GC] (35553/12, 36678/12 og 36711/12) §§ 122 og 125.

<sup>254</sup> For ordens skyld bemerkes at EMK-klager om klimagassutslipp er anført, men ikke realitetsbehandlet, av irsk og sveitsisk høyesterett, se nærmere NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 9.

<sup>255</sup> Décision n 2019-823 QPC: «Il en découle que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle», tilgjengelig i engelsk oversettelse her: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2020/2019823QPC.htm>.

<sup>256</sup> Sicilianos tale ved åpningen av EMD for domstolsåret 2020, 21. januar 2020, tilgjengelig her: [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20200131\\_Sicilianos\\_JY\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Sicilianos_JY_ENG.pdf) Se også publisert tale 27. februar 2020, tilgjengelig her: [https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20200227\\_Sicilianos\\_Environment\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200227_Sicilianos_Environment_FRA.pdf)

### 3.2.7 Oppsummering

EMDs metode tar altså utgangspunkt i ordlyden, men fordi EMK i stor grad består av lite detaljerte standarder må ordlyden tolkes. Domstolens tolkning er særpreget formålsoverorientert, for å sikre effektive rettigheter, og dynamisk, for å svare på samtidens utfordringer. Ved fastleggelsen av forpliktelsene ser EMD hen til internasjonal rett, og kan, etter omstendighetene, vektlegge nasjonal høyesterettspraksis. Ettersom nasjonale domstolers kontroll er primær, mens EMDs kontroll er subsidiær, har subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmargin ikke samme betydning for nasjonale domstoler som for EMD. I fravær av avklarende rettspraksis fra EMD på klimaområdet, vil nasjonale domstoler måtte foreta selvstendige tolkninger av konvensjonen, ut fra formål og EMDs foreliggende rettspraksis.

## 3.3 Prosessuelle vilkår – særlig om «victim»-kravet i EMK artikkel 34

### 3.3.1. Plassering av problemstillingen

Et *ex officio*-spørsmål i saken er om miljøorganisasjonene er i posisjon, prosessuelt, til å anføre brudd på Grunnloven §§ 93 og 102, jf. EMK artikkel 2 og 8. Staten har anført avvisning av saken for så vidt gjelder påstandsgrunnlaget om EMK artikkel 2 og 8, fordi miljøorganisasjonene etter statens syn ikke kan være «victim» etter EMK art. 34. Lagmannsretten tok ikke stilling til spørsmålet, fordi den uansett fant det klart at EMK artikkel 2 og 8 ikke var krenket.

### 3.3.2. Betydningen av prosessuelle vilkår etter EMK ved nasjonal prøving

Ved den nasjonale prøvingen av rettighetene etter EMK, er prosessvilkårene for å klage til EMD i utgangspunktet uten betydning. Det følger av EMK artikkel 34, lest i sammenheng med EMK artikkel 19, at bestemmelsen kun regulerer adgangen til å fremme klager til «[t]he Court», definert som EMD. EMK artikkel 34 regulerer dermed ikke adgangen til å fremme søksmål for nasjonale domstoler. Det gjelder naturligvis enn mer der det er tale om rettigheter nedfelt i Grunnloven. Søksmålsadgangen for miljøorganisasjoner ved norske domstoler reguleres altså av tvisteloven § 1-4, jf. § 1-3. Det er ikke omtvistet at prosessforutsetningene etter tvisteloven er oppfylt.

I Rt-2005-543 har ankeutvalget imidlertid uttalt med henvisning til «victim»-kravet i EMK artikkel 34, at det må «stilles tilsvarende krav for at en sak med påstand om konvensjonsbrudd skal kunne fremmes for norske domstoler».<sup>257</sup> I den utstrekning det er riktig, også for senere vedtatte rettigheter etter Grunnloven, må uttalelsen forstås på bakgrunn av at problemstillingen var om saksøker kunne bruke EMK til å *utvide*

---

<sup>257</sup> Rt. 2005 s. 534 (avsnitt 28).

søksmålsadgangen nasjonalt. All den tid tvisteloven § 1-4 gir adgang til representative søksmål, er problemstillingen her den motsatte; om EMK artikkel 34 kan brukes til å innskrenke søksmålsadgangen nasjonalt. I slike tilfeller vil det følge av EMK artikkel 53 at EMKs prosessvilkår ikke kan innskrenke denne retten.<sup>258</sup> Av EMK artikkel 53 heter det at intet i konvensjonen skal tolkes slik at det begrenser eller fraviker nasjonale rettigheter.

De prosessuelle vilkårene etter EMK artikkel 34 er prinsipielt sett heller ikke av betydning når norske domstoler skal ta stilling til det materielle innholdet i artikkel 2 og 8.<sup>259</sup> Det vil bero på en realitetsvurdering av de materielle rettighetene som anføres krenket. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å konstatere at klageberettigede etter EMK artikkel 34 er noe prinsipielt annet enn rettighetssubjekter etter konvensjonen. Barn er for eksempel rettighetssubjekter etter EMK artikkel 1, selv om de ikke uten videre er klageberettiget etter EMK artikkel 34 uavhengig av den eller de som utøver foreldremyndigheten.<sup>260</sup> Følgelig kan man ikke avgjøre om saksøkere er rettighetssubjekter etter EMK artikkel 2 eller 8 ut fra om de ville oppfylt vilkår for å være klageberettiget ved en senere klage til EMD.

### 3.3.3. Utgangspunkter om klagerett etter EMK artikkel 34

Forutsatt at EMK artikkel 34 likevel har betydning i saken, og foranlediget av partenes anførsler, vil vi gjennomgå tolkningsprinsipper etter bestemmelsen nærmere her.

EMK artikkel 34 gir klagerett til fysiske og juridiske personer, ikke-statlige organisasjoner og grupper av individer, forutsatt at de kan hevde å være offer («victim») for en påstått krenkelse av konvensjonen. Med «victim» forstås den eller de personer som er direkte eller indirekte berørt av en anført krenkelse.<sup>261</sup> Foreninger kan klage på vegne av direkte berørte enkeltmedlemmer i henhold til fullmakt, eller klage i eget navn over påståtte krenkelser der foreningen, i alle fall som et utgangspunkt, selv er «directly affected».<sup>262</sup> Ettersom foreninger som juridiske personer ikke selv har rett til liv etter EMK artikkel 2 og som utgangspunkt ikke selv kan hevde en egen rett til helse etter EMK artikkel 8, kan man spørre om foreninger kan være i posisjon prosessuelt til å hevde brudd på disse bestemmelsene i eget navn.<sup>263</sup>

---

<sup>258</sup> Søksmålsadgang har en side til EMK artikkel 6 om «access to court», sml. også Århus-konvensjonens art. 9.

<sup>259</sup> EMDs praksis vil likevel kunne bygge på pragmatiske tilnærminger, der domstolen kan avgjøre en sak på det minst tvilsomme grunnlag, basert på samdrøftelser av prosessuelle og materielle vurderingstema. Det gir ikke i seg selv veiledning for rekkevidden av rettighetsvernet, med mindre premissene gir klare holdepunkter for noe annet.

<sup>260</sup> *A.K. og L. v. Kroatia* (37956/11) avsnitt 47, og gjentatt i *Strand Lobben m.fl. v. Norge* (37283/13) avsnitt 156. Se også Kjølbro (2020) s. 48.

<sup>261</sup> *Vallianatos m.fl. v. Hellas* [GC] (29381/09 og 32684/09) § 47.

<sup>262</sup> Kjølbro (2020) s. 121.

<sup>263</sup> *Identoba v. Georgia* (73235/12) § 45; *Greenpeace E.V. m.fl. v. Tyskland* (18215/06).



Problemstillingen må imidlertid presiseres ytterligere. Spørsmålet er ikke om organisasjoner kan hevde en *egen* rett til liv eller helse i eget navn, men om de kan klage i eget navn over krenkelser som vil berøre flere av foreningens medlemmer i fellesskap. Kjølbros uttrykk for at dette spørsmålet er beheftet med «noget tvivl».<sup>264</sup> Han konkluderer med at foreninger «formentlig» også kan være klageberettiget hvis det er tilstrekkelig mange av foreningens medlemmer som er direkte berørt.<sup>265</sup> Vi vil drøfte dette spørsmålet nærmere i det følgende.

### 3.3.4. Kan organisasjoner klage i eget navn over krenkelser som vil berøre medlemmene?

Etter EMDs rettspraksis er utgangspunktet at foreningen selv må være «directly affected» for å kunne klage, men dette gjelder ifølge domstolen kun «normally».<sup>266</sup> Kravet er typisk anvendt som begrunnelse for å nekte klager fra foreninger i saker der det finnes konkrete individer som angivelig har blitt utsatt for en krenkelse, og som enten selv har klaget eller vil kunne klage på egne vegne.<sup>267</sup> Dette stiller seg annerledes ved klager fra foreninger over klimagassutslipp med virkning fram i tid, som nettopp kjennetegnes av at det ikke uten videre kan pekes på enkeltindivider som allerede er rammet av konsekvenser av utslippene, og som er nærmest til å klage over de angivelige krenkelsene.<sup>268</sup>

Begrepet «victim» tolkes autonomt og dynamisk. Det betyr på en side at kretsen av klageberettigede til EMD er løst fra nasjonale avgrensninger av søksmålsberettigede. EMD praktiserer offerkravet videre enn nasjonale jurisdiksjoner, og det har tillatt klagere å fremme klager for å håndheve retten til miljø.<sup>269</sup> På den annen side innebærer dynamisk tolkning at synet på klageberettigede vil måtte utvikle seg i takt med skiftende samfunnsforhold.<sup>270</sup> Begrunnelsen er at en for formalistisk tolkning av «victim»-begrepet ellers vil hindre effektiv og reell håndheving av rettigheter.<sup>271</sup>

---

<sup>264</sup> Kjølbros (2020) s. 121.

<sup>265</sup> Kjølbros (2020) s. 121.

<sup>266</sup> *British Gurkha Welfare Society m.fl. v. Storbritannia* (44818/11) § 50.

<sup>267</sup> Se f.eks. *Identoba v. Georgia* § 45; *Vallianatos m.fl. v. Hellas* § 47.

<sup>268</sup> Sveitsisk høyesteretts avgjørelse av 5. mai 2020 illustrerer hvor vanskelig det vil være for individer å påvise at de i dag er individuelt og særlig rammet av klimaendringene.

<sup>269</sup> *Balmer-Schafroth m.fl. v. Sveits* [GC] (22110/93) §§ 24–26; *Athanassoglou m.fl. v Sveits* (27644/95) § 39. Se også Sicilianos' tale publisert 27. februar 2020, tilgjengelig her:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20200227\\_Sicilianos\\_Environment\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200227_Sicilianos_Environment_FRA.pdf)

<sup>270</sup> *Monnat v. Sveits* (73604/01) §§ 30–33; *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania* (62543/00) § 38.

<sup>271</sup> *Monnat v. Sveits* §§ 30–33.

Vi føyer til at EMD vil se hen til om en miljøorganisasjon har vært part i søksmålet nasjonalt. Det har tidvis vært avgjørende for offerstatus,<sup>272</sup> og i andre saker vektlagt som en faktor som tilsier at parten oppfyller «victim»-kravet.<sup>273</sup>

Etter EMDs praksis innebærer «victim»-kravet en avgrensning mot prøving *in abstracto* og mot *actio popularis*, der enhver kan inngi klage over krenkelser begått overfor andre.<sup>274</sup> Dette er likevel bare et utgangspunkt. EMD aksepterer for eksempel klager fra enkeltindivider over forurensning av større områder, som rammer alle beboerne i områdene generelt og ikke enkeltindivider spesielt.<sup>275</sup> I *Cordella* ble Italia ikke hørt med at klagen måtte avvises som *actio popularis*. EMD viste til at det hadde formodningen for seg at forurensning av områdene var potensielt farlig for helsen og velværet for alle som ble utsatt for den, selv om risikoen ikke kunne la seg påvise og spesifisere på individnivå. EMD har ellers lang rettspraksis for å akseptere klager om potensielle konkrete<sup>276</sup> eller abstrakte<sup>277</sup> krenkelser dersom det er nødvendig for å sikre effektive rettigheter.

I tilfeller der det ville vært umulig for klagere å vise at de er direkte eller indirekte berørt av en påstått krenkelse, har EMD åpnet for abstrakt prøving av lover som rammer strukturelt. Ett typetilfelle er hemmelig overvåkning.<sup>278</sup> I *Klass m.fl. v. Tyskland*, begrunnet kommisjonen unntaket slik:

«The question arises in the present proceedings whether an individual is to be deprived of the opportunity of lodging an application with the Commission because, owing to the secrecy of the measures objected to, he cannot point to any concrete measure specifically affecting him. In the Court's view, the effectiveness (l'effet utile) of the Convention implies in such circumstances some possibility of having access to the Commission. If this were not so, the efficiency of the Convention's enforcement machinery would be materially weakened. The procedural provisions of the Convention must, in view of the fact that the Convention and its institutions were set up to protect the individual, be applied in a manner which serves to make the system of individual applications efficacious.»<sup>279</sup>

---

<sup>272</sup> *Balmer-Schafroth m.fl. v. Sveits* §§ 24–26.

<sup>273</sup> *Aksu v. Tyrkia* § 52, *Micallef v. Malta* [GC] (17056/06) § 48.

<sup>274</sup> *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC] (47848/08) § 101; *Aksu v. Tyrkia* [GC] (4149/94 og 41029/04) § 50.

<sup>275</sup> *Cordella m.fl. v. Italia* (54414/13 og 54264/15) §§ 97 og 104. I § 104: «Il s'agit en tout cas d'une présomption, qui peut ne pas se vérifier dans un cas déterminé».

<sup>276</sup> *Soering v. Storbritannia* (14038/88).

<sup>277</sup> *Klass m.fl. v. Tyskland*.

<sup>278</sup> *Roman Zakharov v. Russland* [GC] (47143/06) §§ 173–178.

<sup>279</sup> *Klass m.fl. v. Tyskland*, § 34.

I disse sakstypene ville en formalistisk tolking av «victim»-kravet altså utelukket klager over hemmelig overvåkning nettopp fordi overvåkningen er hemmelig. Denne typen krenkelser vil dermed være avskåret fra kontroll.

En tilsvarende umulighet kjennetegner klager over klimagassutslipp som kan krenke retten til liv og integritet. Det er en naturvitenskapelig kjensgjerning at vi med dagens utslippstakt (42 Gt CO<sub>2</sub> per år) har under 15 år igjen før gjenværende karbonbudsjett for å nå 1,5 graders målet med 50 prosent sannsynlighet, vil være overskredet.<sup>280</sup> Det vil låse inn irreversible og farlige klimaendringer, som det da ikke lenger vil være mulig å avverge. Samtidig kan det være vanskelig, i dag, å konkretisere hvilke individer som står i en reell og individualisert risiko for å miste livet i de jordskred, ras, flommer, hetebølger, pandemier og orkaner som klimagassutslipp i dag forårsaker med latent og forsinket virkning fram i tid.<sup>281</sup>

En formalistisk tolking av «victim»-kravet vil derfor i praksis innebære, som i *Klass v. Tyskland*, at individer frarøves muligheten til å klage til EMD på grunn av selve den krenkelsen han eller hun klager over. Der det er hemmeligholdet som samtidig utgjør krenkelsen og det prosessuelle hinderet i *Klass*, er det temperaturresponsen på klimagassutslipp med sin iboende treghet som samtidig utgjør krenkelsen og det prosessuelle hinderet i klager over klimagassutslipp.

Et annet typetilfelle er masseovervåkning (bulk), der potensielle krenkelser vil kunne ramme alle og enhver, og der det ikke vil være mulig å påvise spesifiserte individuelle krenkelser. Her har EMD i senere tid realitetsbehandlet klager *in abstracto* fra foreninger.<sup>282</sup> De knytter seg til rettigheter foreningene selv har som juridiske personer, men gjelder generelt *eksistensen* av lovgivning som åpner for masseovervåkning i bulk, og som potensielt tillater hemmelig overvåkning av enhver. I *Centrum för rättvisa v. Sverige* tilkjente EMD for eksempel foreningen «victim»-status, til tross for at klagen gjaldt eksistensen *in abstracto* av lovgivning og til tross for at foreningen ikke kunne påvise noen spesifisert individuell krenkelse, fordi det var tale om et «system for signal intelligence that potentially affects all users of, for example, mobil telephone services and the internet».

Ettersom klimaendringer, til forskjell fra hemmelig overvåkning og bulk-overvåkning, i ytterste konsekvens vil kunne innebære irreversible endringer av muligheten for liv i

---

<sup>280</sup> IPCCs karbonbudsjett, gjengitt i lagmannsrettens dom pkt. 3.1. Se [www.globalcarbonproject.org/carbonbudget](http://www.globalcarbonproject.org/carbonbudget).

<sup>281</sup> Se NIMs rapport om klima og menneskerettigheter, kapittel 2 (skrevet av Cicero) vedrørende virkningstid.

<sup>282</sup> *Centrum för rättvisa v. Sverige* (35253/08) § 92 og *Big Brother Watch m.fl. v. Storbritannia* (58170/13, 62322/14 og 24960/15). Begge saker er til behandling i EMDs storkammer og er ikke endelig avgjort. Ytterligere to klager anlagt av foreninger er kommunisert, se *Privacy International m.fl. v. Storbritannia* (46259/16) og *Bureau of Investigative Journalism and Alice Ross v. Storbritannia* (62322/14).

uoverskuelig framtid, vil en formalistisk forståelse av «victim»-kravet i tillegg lede til følgende paradoks:

I dag, når det fortsatt er tidsmessig mulig å verge seg mot utslipp som leder til farlige klimaendringer, kan klager over retten til liv og integritet tenkes prosessuelt avskåret fordi de ikke kan gjøres tilstrekkelig individualisert. Når klimaendringene med tiden blir så dramatiske at et krav til individualisering av tap av liv og helse uten vanskeligheter vil kunne innfris i et stort antall klager, vil individene ikke lenger ha mulighet til å verge seg mot årsakene til klimaendringene, fordi CO<sub>2</sub> over 1,5 graders målet (430 ppm. CO<sub>2</sub>), endog 2 graders målet (450 ppm. CO<sub>2</sub>), allerede er hentet opp og forbrent.<sup>283</sup>

Representative klager fra kollektive enheter, slik som miljøvernforeninger, kan derfor kanskje være den eneste måten individer effektivt og reelt kan håndheve rettigheter på dette området i dag. Hensynet til et effektivt rettighetsvern kan således tilsa at EMD vil være tilbøyelig til å tilkjenne miljøvernforeninger offerstatus, nettopp fordi kollektive enheter vil kunne representere et fellesskap av berørte interesser, selv om enkeltmedlemmenes interesser alene neppe er tilstrekkelig bedømt isolert. Hertil kommer at kompleksiteten i de administrative beslutninger slike klager kan tenkes å utfordre, vil innebære reelle hindre som en kollektiv enhet praktisk og ressursmessig kan ha bedre forutsetninger for å overkomme enn enkeltstående privatpersoner.

EMD resonerte langs disse linjer i en prinsipielt begrunnet miljørettssak om plassering av en demning som ville oversvømme en landsby, *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania*. Her begrunnet domstolen en utvidende fortolkning av «victim»-begrepet med at kollektive enheter som foreninger blir stadig viktigere i moderne samfunn for at individer skal kunne ha tilgjengelige rettsmidler for å sikre effektive.<sup>284</sup> EMD tillot derfor både miljøvernforeningen og enkeltmedlemmer, som ikke hadde vært del av søksmålet nasjonalt, klageadgang til EMD. Domstolen minnet om at begrepet «victim» må tolkes dynamisk, og uttalte deretter følgende:

«And indeed, in modern-day societies, when citizens are confronted with particularly complex administrative decisions, recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to them whereby they can defend their particular interests effectively. Moreover, the standing of associations to bring legal proceedings in defence of their members' interests is recognised by the legislation of most European countries. That is precisely the situation that obtained in the present case. The Court cannot disregard that fact when interpreting the concept of "victim". Any other,

---

<sup>283</sup> Se nærmere [www.globalcarbonproject.org](http://www.globalcarbonproject.org).

<sup>284</sup> *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania* § 38.

excessively formalistic, interpretation of that concept would make protection of the rights guaranteed by the Convention ineffectual and illusory.»<sup>285</sup>

EMD har også i andre sammenhenger understreket betydningen av miljøvernforeninger for å avverge og påklage krenkelser av miljørettigheter.<sup>286</sup> Sicilianos har endatil pekt på at retten til å stifte foreninger kan vise seg å bli svært viktig for å fremme klager over miljørettslige krenkelser for EMD.<sup>287</sup>

Et unntak for miljøvernforeninger kan dra vekslers på grunnelsen for representative søksmål, slik dette instituttet har vokst frem i europeiske rettssystemer. EMD kan vektlegge om et tolkningsresultat er i samsvar med det som følger av flere konvensjonsstaters rettssystemer.<sup>288</sup> I *Gorraiz Lizarraga m.fl.* begrunnet EMD dynamisk tolkning av EMK artikkel 34 og 35 blant annet med at adgangen for foreninger til å bringe søksmål for å forsvare medlemmers interesser «is recognised by the legislation of most European countries».<sup>289</sup>

Etter Rt. 2005 s. 844 (avsnitt 45) vil norske domstoler ved tvil om forståelsen av EMK også kunne trekke inn «verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning». Det representative søksmålsinstituttet er i norsk rett opprinnelig begrunnet i at miljøvernforeninger representerer bredere ideelle og allmenne interesser som ellers ikke kan eller vil bli påberopt for domstolene.<sup>290</sup> I tilfeller der enkeltindivider ikke vil være berørt i en slik grad at de selv kan gå til sak, er organisasjoner etter norsk rett også ansett søksmålsberettiget fordi de representerer summen av berørte interesser, jf. Rt. 1914 s. 419, Rt. 1952 s. 554, Rt. 1980 s. 569, og Rt. 1987 s. 538. Schei m.fl. skriver at en organisasjon har søksmålsinteresse i slike tilfeller «nettopp fordi representerer et fellesskap – de berørte – og hvor enkeltmedlemmer neppe er berørt i en slik grad at de ville kunne gå til sak».<sup>291</sup>

Ved spørsmål om klimagassutslipp gjør denne typen betraktninger seg særlig gjeldende. Det er fordi konsekvensene av utslippene i sterkest grad truer de som mangler prosessdyktighet etter tvisteloven § 2-2 (2), og selvstendig klagerett etter EMK artikkel 34 i dag. Det er barn og unge som vil leve til og forbi 2100, og som i sin levetid, og i sine barns

---

<sup>285</sup> *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania* § 38.

<sup>286</sup> Se f.eks. *Costel Popa v. Romania* (47558/10).

<sup>287</sup> Sicilianos, publisert tale 27. februar 2020, omtalt over.

<sup>288</sup> Se *Agrotexim m.fl. v. Hellas* § 66; *Goodwin v. Storbritannia* § 39.

<sup>289</sup> Se *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania* § 38.

<sup>290</sup> Se Rt. 1980 s. 569, Rt. 1992 s. 1618 og Rt. 2003 s. 833. I forarbeidene til tvisteloven pekes det på at det særlig er foreninger og stiftelser «som fremtrer som viktige bærere av allmenne og ideelle interesser i det sivile samfunn», jf. Ot.prp. nr. 52 (2004–2005) s. 356.

<sup>291</sup> Schei m.fl., *Tvisteloven kommentarutgave*, 2. utg. bind I, s. 60.

levetid, vil bli utsatt for dramatiske og irreversible klimaendringer om ikke klimagassutslippene reduseres betydelig på få år nå.

På denne bakgrunn mener vi det er flere holdepunkter for å anta at EMD vil behandle miljøvernforeninger som påklager potensielle krenkelser som følge av klimagassutslipp som et typetilfelle *utenfor* de tilfeller der det «normally» kreves at foreningen selv er direkte berørt.<sup>292</sup>

### 3.3.5 Kan individer klage til EMD når søksmålet er anlagt av en organisasjon?

Avslutningsvis kan det være grunn til å minne om at spørsmålet om miljøorganisasjoner er klageberettiget etter EMK artikkel 34 ikke behøver å være avgjørende for om EMD vil realitetsbehandle klagen. EMD-praksis viser at det er mulig å differensiere sammensetningen av klagere for EMD, slik at enkeltmedlemmer av foreningen står som medklagere, uten at de har tatt del i det nasjonale søksmålet i eget navn. I *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania* aksepterte EMD klager fra enkeltmedlemmer av en miljøvernforening som ikke hadde vært del av foreningens søksmål.<sup>293</sup> Avgjørelsen er forstått slik at enkeltmedlemmer av en miljøvernforening vil være klageberettiget uten hensyntagen til om de selv har uttømt nasjonale rettsmidler, såfremt søksmålet anses anlagt gjennom en forening («par l'intermédiaire d'une association», *Bursa Barosu Baskanligi m.fl. v. Tyrkia*).<sup>294</sup> Derimot vil ikke-medlemmer som ikke på noen måte har deltatt i foreningens søksmål («sans aucunement participé») måtte uttømme nasjonale rettsmidler før de kan fremme klage til EMD i eget navn (*Bursa Barosu Baskanligi m.fl.*).<sup>295</sup>

### 3.3.6 Oppsummering

Selv om EMKs prosessvilkår vil kunne utgjøre et praktisk hinder når det gjelder klager over klimagassutslipp til EMD i dag, er det flere holdepunkter i rettskildene som tilsier at EMD vil kunne tillempe prosessvilkårene for å sikre effektiv prøving av påberopte rettigheter.<sup>296</sup>

## 3.4 Overordnet om EMK artikkel 2 og 8

### 3.4.1 Problemstillingen

Ankende parter har anført at letetillatelsene medfører klimagassutslipp i en størrelsesorden som vil bidra til farlige klimaendringer som krenker retten til liv og fysisk integritet etter EMK artikkel 2 og 8. Staten anfører at vedtaket ikke krenker disse

---

<sup>292</sup> Sml. *British Gurkha Association m.fl. v. Storbritannia*.

<sup>293</sup> *Gorraiz Lizarraga m.fl. v. Spania*, § 39.

<sup>294</sup> *Bursa Barosu Baskanligi m.fl. v. Tyrkia*, nr. 25680/05, 19/06/2018, § 115.

<sup>295</sup> *Bursa Barosu Baskanligi m.fl. v. Tyrkia* § 115.

<sup>296</sup> Se i denne retning *Sicilianos tale*, 27. februar 2020.

bestemmelsene, fordi de ifølge staten ikke omfatter risiko for farlige klimaendringer som følge av fremtidige klimagassutslipp. Lagmannsretten sluttet seg til at vedtaket ikke berørte retten til liv på en måte som er beskyttet av EMK artikkel 2, fordi vedtaket ikke medfører «real and immediate» risiko for tap av liv for innbyggere i Norge generelt, selv om retten ikke ville utelukke at klimaendringene vil ta liv i Norge.<sup>297</sup> Lagmannsretten mente også at det ikke var noen «direct and immediate link» i strid med EMK artikkel 8 mellom de utslipp som vil kunne følge av vedtaket og alvorlige følger for innbyggere i Norge på generelt nivå.<sup>298</sup> Etter NIMs syn reiser denne del av saken tolknings spørsmål av allmenn interesse. Vi vil derfor redegjøre for de prinsipper som gjelder for tolkningen av bestemmelsene.

### 3.4.2 Rettslig utgangspunkt

EMK inneholder som nevnt ingen uttrykkelig rett til et «clean and quiet environment», men miljøbeskyttelse er likevel innfortolket i EMK artikkel 2 og 8. Vi vil i det følgende redegjøre for de tolkningsprinsipper som kan utledes av EMDs praksis, og drøfte anvendelsen av dem på klager over klimagassutslipp. Det kan innvendes at foreliggende rettspraksis gjelder andre typer miljøfarer, men vernet etter EMK er generelt, og EMD subsumerer regelmessig rettssetninger fra tidligere rettspraksis på nye faktiske problemstillinger.<sup>299</sup> Analysen er strukturert slik at vi først drøfter om bestemmelsene kommer til anvendelse (3.5 – 3.7), og deretter drøfter rekkevidden av vernet forutsatt at det er aktualisert (3.8). Innledningsvis er det nødvendig å si noe kort om sammenhengen mellom de to bestemmelsene.

### 3.4.3. Sammenhengen mellom EMK artikkel 2 og 8

EMK artikkel 2 beskytter retten til liv, mens EMK artikkel 8 beskytter blant annet retten til hjem og privatliv, herunder fysisk integritet, helse og velvære. Selv om bestemmelsene er ulike, har EMD ansett rettighetene som overlappende i klager på miljøområdet («dangerous activities»)<sup>300</sup> I *Cordella m.fl. v. Italia* behandlet EMD for eksempel klagernes anførsler om brudd på EMK artikkel 2 og 8, samt 13, utelukkende under EMK artikkel 8.<sup>301</sup> At bestemmelsene overlapper innebærer, ifølge EMD, at rettsprinsipper utviklet i rettspraksis om miljø og plansaker vedrørende artikkel 8 også kan anvendes etter artikkel 2, og motsatt.<sup>302</sup> EMD vurderer typisk klager etter EMK artikkel 2 dersom de påklagede handlingene innebærer en aktuell og nærliggende risiko for liv, og etter EMK artikkel 8

---

<sup>297</sup> Lagmannsrettens dom pkt. 4.2.

<sup>298</sup> Lagmannsrettens dom pkt 4.2.

<sup>299</sup> Se for eksempel anvendelsen av Osman-testen på miljøområdet, nærmere omtalt i punkt 3.5.2 under.

<sup>300</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland* § 133; *Öneryıldiz v. Tyrkia* [GC] (48939/99) §§ 90 og 160.

<sup>301</sup> *Cordella m.fl v. Italia* § 94.

<sup>302</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland* § 133.

dersom handlingene ikke innebærer slik risiko, men derimot en risiko for liv og fysisk integritet på lengre sikt.<sup>303</sup> For oversiktens skyld vil vi behandle tolkningsprinsippene etter de to bestemmelsene hver for seg, men slik at rettspraksis under de to bestemmelsene vil kunne være relevant i begge henseender.

### 3.6.4 Føre var-vurdering av risiko

Det kan innvendes at menneskerettslige forpliktelser passer dårlig på potensielle klimagassutslipp og generelle konsekvenser av klimaendringer, fordi det er vanskelig å etablere faktisk årsakssammenheng mellom utslipp, klimaendringer og hendelser som forårsaker skade.<sup>304</sup> Det er imidlertid en annen problemstilling, som gjelder ansvar for *inntrufne* hendelser. Problemstillingen her er om EMK artikkel 2 og 8 positivt forplikter statene til å *forebygge risiko* for farlige klimaendringer som følge av klimagassutslipp. Forskjellen illustreres av *Tătar v. Romania*. Her mente EMD at det ikke var sannsynliggjort at forurensningen var årsak til påvist forverring i klagerens astma, men at forurensningen likevel representerte en reell risiko for helseskader for befolkningen i området generelt.<sup>305</sup> Når EMD aksepterer større usikkerhet ved den fremtidige risikovurderingen, er det forankret i det grunnleggende miljørettslige føre var-prinsippet, jf. Rio-erklæringen.<sup>306</sup>

## 3.5 Kommer EMK artikkel 2 til anvendelse?

### 3.5.1 Innledning

EMK artikkel 2 om retten til liv er den mest fundamentale rettigheten i konvensjonen.<sup>307</sup> Den kan ikke derogeres fra.<sup>308</sup> Bestemmelsen forplikter staten ikke bare til å avstå fra negative inngrep i retten til liv, men også til å ta «appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction».<sup>309</sup> Den positive forpliktelsen eller sikringsplikten gjelder

---

<sup>303</sup> *Vilnes m.fl. v. Norge* (52806/09 og 22703/10) § 234; Kjølbro (2020) s. 238

<sup>304</sup> Statens hovedinnlegg for lagmannsretten, pkt. 3.4 på s. 28, viser til Dupuy og Viñuales, *International Environmental Law*, 2. utgave (2018) s. 396–397. Forfatterne peker på faktorer som kan tilsi at det per i dag kan være vanskelig å etablere årsakssammenheng mellom inntruffet skade og klimagassutslipp. De drøfter ikke EMK, men en klagesak for den interamerikanske kommisjonen for menneskerettigheter basert på andre rettsregler. Temaet i kapitlet er utfordringer med å etablere direkte årsakssammenheng i retrospekt mellom ett konkret inntruffet naturfenomen som har forårsaket skade, klimaendringer og klimagassutslipp, ikke preventiv forebygging av risiko. Litteraturhenvisningen kan derfor neppe tas til inntekt for at EMK artikkel 2 og 8 ikke oppstiller en positiv forpliktelse som kan omfatte risiko for tap av liv og velvære ved farlige klimagassutslipp.

<sup>305</sup> *Tătar v. Romania*, §§ 106–107.

<sup>306</sup> *Tătar v. Romania*, § 120.

<sup>307</sup> O'Boyle m.fl. (2018) s. 205. Kjølbro (2020) s. 237 og EMDs *Guide on Article 2 of the Convention – Right to life* (oppdatert 30. april 2020) s. 6 rubriserer artikkel 2 som en av de mest fundamentale rettene. Se også *Giuliani og Gaggio v. Italia* [GC] (23458/02) § 174).

<sup>308</sup> EMK artikkel 15. Derogasjonsforbudet gjelder ikke statens lovlige krigshandlinger.

<sup>309</sup> *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* § 130.



«in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake».<sup>310</sup> EMD har uttalt at forpliktelsen må tolkes og anvendes «so as to make its safeguards practical and effective».<sup>311</sup>

Selv om EMK artikkel 2 etter sin ordlyd ikke regulerer miljøfarer, har EMD gitt bestemmelsen anvendelse i miljø saker for å beskytte mot reell og overhengende fare for liv ved forurensning, industriell risiko, miljøfarlige aktiviteter og naturkatastrofer.<sup>312</sup> Bestemmelsen er ikke begrenset til situasjoner der liv er gått tapt, men gjelder også der det klart eksisterer en risiko for tap av liv.<sup>313</sup> EMDs praksis om EMK artikkel 2 er primært foranlediget av individuelle klager fremsatt *etter* at liv er gått tapt eller satt i fare. Det kan imidlertid ikke slutes derfra at sikringsplikten forutsetter at risikoen er materialisert. Sikringsplikten er etter sin art preventiv og generell, og oppstår når myndighetene burde kjenne til en tilstrekkelig alvorlig og nær risiko for tap av liv.

### 3.5.2 Krav til individualisering eller beskyttelse mot generell samfunnsrisiko?

Ettersom risiko for klimaendringer vil kunne ramme generelt, er en første problemstilling om EMK artikkel 2 kan gi beskyttelse mot denne type generell samfunnsrisiko, eller om bestemmelsens vern kun er individuelt. Det vil bero på kriteriene som er utviklet i praksis for å avgjøre om en situasjon gir opphav til sikringsplikt. EMD anvender i miljø saker en modifisert versjon av den såkalte «Osman-testen».<sup>314</sup> Denne testen ble opprinnelig utviklet i saker om alvorlig voldsutøvelse fra tredjepersoner, og oppstiller en positiv forpliktelse til å forebygge trusler mot retten til liv i tilfeller der

«the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals [...] and failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk».<sup>315</sup>

«Osman-testen» krever i utgangspunktet risiko mot et identifisert individ eller individer, men EMD har i senere saker lagt til grunn at statene har en forpliktelse «to afford general protection to society», for eksempel ved potensielt voldelige handlinger fra psykisk syke,

---

<sup>310</sup> *Öneryildiz v. Tyrkia* § 71.

<sup>311</sup> *McCann m.fl. v. Storbritannia* [GC] (18985/91) § 146; *Öneryildiz v. Tyrkia* § 69.

<sup>312</sup> *Guerra m.fl. v. Italia* [GC] (116/1996/735/932) §§ 60–62; *Öneryildiz v. Tyrkia* §§ 69–74; *Budayeva m.fl. v. Russland* § 146; *M. Özel m.fl. v. Tyrkia* (14350/05) §§ 170–172; *Kolyadenko m.fl. v. Russland* (17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05 og 35673/05); *Brincat m.fl. v. Malta* (60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 og 62338/11).

<sup>313</sup> *Kolyadenko m.fl. v. Russland*, § 151, *Budayeva m.fl. v. Russland*, § 146.

<sup>314</sup> *Öneryildiz v. Tyrkia*; *Budayeva m.fl. v. Russland*; *Kolyadenko m.fl. v. Russland*.

<sup>315</sup> *Osman v. Storbritannia* (87/1997/871/1083) § 116

mistanke om terrorangrep eller landminer.<sup>316</sup> Det er også gjengs oppfatning i internasjonal litteratur. O'Boyle m.fl. skriver for eksempel at «Osman-forpliktelsen» «has been extended beyond the protection of “identified individuals” at risk to that of the public at large in a life-threatening situation».<sup>317</sup> I EMDs egen kommentarguide til EMK artikkel 2, heter det videre at domstolen har oppstilt «an obligation to afford general protection to society» i ulike sammenhenger.<sup>318</sup> Miljø er en slik sammenheng.

Når det gjelder miljøtrusler som utsetter en hel region for risiko, beskytter EMK artikkel 2 og 8 innbyggerne i regionen. I *Cordella m.fl. v. Italia* og *Tătar v. Romania* var EMK artikkel 8 krenket fordi myndighetene tillot forurensning som eksponerte ikke bare klagerne, men generelt hele befolkningen i berørte områder, for helsefare.<sup>319</sup> Sikringsplikten avgrenses ut fra hvem som er eksponert for risikoen, uavhengig av om det er enkeltpersoner eller alle innbyggere i en region. Ved helt lokal forurensning vil bare naboer være vernet, mens ved forurensning eller miljøfarer med større nedslagsfelt, kan innbyggerne i de eksponerte regionene være vernet. EMDs avgjørelse vil materielt kun gjelde de grupper av individer som har benyttet seg av retten til å klage, men domstolens premisser om sikringsplikten omfatter befolkningen i det aktuelle området generelt.<sup>320</sup> De geografiske avgrensningene er samtidig kasuistiske, ikke generelle. I den utstrekning praksis gir grunnlag for abstrahering av prinsipper, er det antakelig at avgrensningen av beskyttet populasjon beror på den geografiske utstrekningen av forurensningen eller miljøfaren.<sup>321</sup> Det kan tale for at vernet vil kunne omfatte større populasjoner ved helsefarlig forurensning som ikke er begrenset til et lokalt nedslagsfelt, men som vil ramme mer generelt. Et typetilfelle kan være klimagassutslipp.<sup>322</sup>

---

<sup>316</sup> Se hhv. *Blijkaj m.fl. v. Kroatia* (74448/12) § 77; *Tagayeva m.fl. v. Russland* (26562/07) § 482 og *Ercan Bozkurt v. Tyrkia* (20620/10) § 54.

<sup>317</sup> O'Boyle m.fl. (2018) s. 213.

<sup>318</sup> Case-law guide on Article 2, § 21, viser bl.a. til *Mastromatteo v. Italia* (37703/97) § 69 og *Gorovenky og Bugara v. Ukraina* (36146/05 og 42418/05) § 32.

<sup>319</sup> *Cordella m.fl. v. Italia* § 172: «plus généralement, celle de l'ensemble de la population résidant dans les zones à risque». *Tătar v. Romania* § 122: «la Cour estime que la population de la ville de Baia Mare, y inclus les requérants, a dû vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales [...]»; § 124: «les autorités nationales ont manqué à leur devoir d'information de la population de la ville de Baia Mare, et plus particulièrement des requérants.»

<sup>320</sup> *Cordella m.fl. v. Italia* § 172; *Tătar v. Romania* § 122.

<sup>321</sup> Se f.eks. *Tătar v. Romania*; *Cordella m.fl. v. Italia*.

<sup>322</sup> Som i *Urgenda v. Nederland*.

I praksis om risiko for tap av liv på grunn av voldshandlinger, har EMD sondret mellom individualisert og generell risiko. En tilsvarende sontring gjenfinnes imidlertid ikke i senere praksis om forurensningsrisiko.<sup>323</sup>

EMDs utvidelse av sikringsplikten til å omfatte generell samfunnsbeskyttelse harmonerer med formålsbetraktninger. For selv om det primære formålet med konvensjonssystemet er å yte individuell oppreisning, er formålet også å avgjøre generelle spørsmål i samfunnets interesse for å høyne de generelle beskyttelsesstandardene.<sup>324</sup> EMKs fortale, sjette avsnitt, forplikter statene til «collective enforcement» av menneskerettighetene, og EMD har understreket at konvensjonen også har et særpreget kollektivt beskyttelsesformål.<sup>325</sup>

I lys av foreliggende rettspraksis og formålsbetraktninger fremstår det etter NIMs syn noe kontraintuitivt å legge til grunn at krenkelser av menneskerettigheter som følge av farlige klimaendringer ikke aktualiserer EMK artikkel 2 og 8, fordi de vil ramme i så stort omfang at risikoen kan betegnes som kollektiv, mens hver og én talløs krenkelse av mindre skala er omfattet av rettighetsvernet.<sup>326</sup> Effektivitetsprinsippet kan trekke i samme retning. Man kan spørre om et tolkningsresultat som i ytterste konsekvens innebærer at retten til liv ikke omfatter retten til en atmosfære som støtter betingelser for liv, lar seg forene med prinsippet om at rettighetene skal tolkes så de blir effektive.

### 3.5.3 Hva betyr kravet til «real and immediate» risiko?

Et neste spørsmål er om risikoen for farlige klimaendringer er tilstrekkelig «real and immediate» til å kunne aktualisere sikringsplikten. Det stiller krav til hvor alvorlig risikoen er og hvor overhengende den er. En svært alvorlig risiko vil kunne påvirke kravet til hvor overhengende risikoen er, og motsatt.<sup>327</sup> Hvor stor og nær risiko man står overfor, vil også påvirke kravene til myndighetenes tiltak.<sup>328</sup>

Når det gjelder uttrykket «real risk», er det i andre sammenhenger forstått som en avgrensning mot «mere possibilities», men EMD har ellers stilt beskjedne krav til

---

<sup>323</sup> *Mastramatteo v. Italia*, § 69; *Giuliani and Gaggio v. Italia* [GC] (23458/02) § 247, sml. *Tătar v. Romania, Cordella m.fl. v. Italia*.

<sup>324</sup> Kjølbros (2020) s. 15.

<sup>325</sup> *Loizidou v. Tyrkia* § 70. Se også innleggets pkt. 3.2.2.

<sup>326</sup> Se i samme retning, avsnitt 3.15.

<sup>327</sup> Se f.eks. *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* (41720/13), § 144. Tilsvarende synspunkt følger av alminnelig erstatningsrett, hvoretter aktsomhet vurderes ut fra bl.a. en samlet vurdering av sannsynligheten for realisering av risiko holdt opp mot det potensielle skadeomfanget dersom risikoen skulle realiseres. Som Lødrup skriver i *Lærebok i erstatningsrett* (5. utg. 2005): «Sikkerhetsanordningene i et atomkraftverk må selvsagt være mer omfattende enn i en knappenålsfabrikk» (side 108).

<sup>328</sup> *Budayeva* avs. 135.

sannsynlighet for at risikoen skal materialisere seg.<sup>329</sup> Nederlands høyesterett har tolket uttrykket til å bety en risiko som er «genuine».<sup>330</sup> NIM antar at det internasjonale kunnskapsgrunnlaget gjennom IPCC-rapportene om risikoen for farlige klimaendringer som følge av oppvarming over 1,5 til 2 grader generelt vil kunne tilfredsstillende krav om at risikoen forbundet med betydelige klimagassutslipp er reell.<sup>331</sup>

Hvorvidt risikoen også kan karakteriseres som «immediate» kan by på mer tvil. Uttrykket synes ved første øyekast å innebære at risikoen må være umiddelbart forestående i tid. Det er likevel bare tilsynelatende. EMDs rettspraksis viser at når «Osman-testen» anvendes analogisk på miljøområdet, tolkes «immediate» slik at risikoen vil kunne materialisere seg også på lengre sikt.

I *Öneryildiz v. Tyrkia* hadde risikoen for en gasseksplosjon vært kjent for myndighetene i flere år, mens i *Budayeva m.fl. v. Russland* hadde myndighetene i en periode forut for jordskredet vært kjent med faren for jordskred og muligheten for at slike skred kunne inntreffe på et eller annet tidspunkt.<sup>332</sup> I *Kolyadenko mot Russland* hadde myndighetene vært kjent med risikoen for oversvømmelse over år, uten å ta «necessary steps» for å beskytte «those individuals who, on the date of the entry into force of the Convention in respect of Russia, were living in the area downstreams of the Pionerskoye reservoir.»<sup>333</sup> EMD knyttet altså sikringsforpliktelsen til personer som bodde nedstrøms på ratifikasjonstidspunktet i 1998, selv om risikoen først materialiserte seg i 2001, og da ikke nødvendigvis overfor de samme individene. I *Brincat m.fl. v. Malta* burde myndighetene allerede fra begynnelsen av 1970-tallet kjent til risikoen for asbesteksponering på et skibsverft, for å beskytte ansatte som senere døde, utviklet livstruende sykdommer eller alvorlige helseplager.<sup>334</sup> Og i *Tătar* hadde risikoen for forurensningsfare vært kjent for myndighetene siden en konsekvensutredning i 1993. Den aktuelle fabrikken ble likevel igangsatt i 1999, en fabrikkulykke inntraff året etterpå, og virksomheten fortsatte. EMD understreket at den positive forpliktelsen til å verne mot seriøs og substansiell risiko for helse og velvære forelå like mye før etableringen av fabrikken som etter ulykken, og bestod desto mer i årene deretter mens fabrikken fortsatte å operere.<sup>335</sup> Nederlandsk høyesterett har på bakgrunn av foreliggende rettspraksis tolket «immediate» slik at det

---

<sup>329</sup> Sml. *T.K. og S.R. v. Russland* (28492/15) § 9.

<sup>330</sup> Se Nederlands høyesterett i *Urgenda v. Nederland* avsnitt 5.2.2.

<sup>331</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia*.

<sup>332</sup> Se hhv. §§ 98–101 og 147–158.

<sup>333</sup> *Kolyadenko m.fl. v. Russland*, § 171.

<sup>334</sup> *Brincat m.fl. v. Malta*, §§ 103–117.

<sup>335</sup> *Tătar v. Romania*, § 107

ikke referer til et kort tidsrom, men at risikoen er «directly threatening the persons involved».<sup>336</sup>

Et lengre tidsperspektiv gir etter NIMs syn god mening når «Osman-testen», lest i sammenheng, anvendes tilsvarende på miljøfarer. Vurderingstemaet for den positive sikringsplikten er om myndighetene «failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk». Det betyr at vurderingen av hva som utgjør «imminent» må knytte seg til et tidspunkt da myndighetene fremdeles kan avverge risikoen. Når det gjelder farlige personer som er prøveløslatte kan det kanskje være dager eller timer før en mulig voldshendelse, men når det gjelder farlige klimaendringer vil den positive forpliktelsen til å avverge endringene måtte ligge forut for utslippene, og ikke på et senere tidspunkt når endringene skjer.

Det er fordi temperaturreponsen på klimagassutslipp har en iboende treghet. For selv om alle klimagassutslipp påvirker klimaet fra det øyeblikk de sluppet ut, vil noen klimagasser – og da spesielt CO<sub>2</sub> – også ha effekt på lengre sikt.<sup>337</sup> Den seneste forskningen viser at om mengden CO<sub>2</sub> i atmosfæren brått ble doblet, ville det på sikt resulterte i ca. 3 grader celsius ytterligere oppvarming. Rundt halvparten av denne oppvarmingen ville kommet i løpet av det første tiåret, mye av den resterende oppvarmingen i løpet av de neste hundre år, og så en liten rest på tusenårsskala.<sup>338</sup> Det kan sammenlignes med å endre temperaturinnstillingene på en ovn. Oppvarmingen begynner umiddelbart fra man skrur opp termostaten, selv om det vil ta tid før alle deler av rommet når innstilt temperatur. Avvergelsesplikten kan imidlertid ikke knyttes til det tidspunktet rommet, eller her klimaet, er gjennomvarmet. Til forskjell fra en termostat, kan man ikke skru ned innstillingen (eller hente ned utslippene), for å redusere varmen. Skal man avverge oppvarmingen, må man avverge utslippene. Klimaendringene låses med andre ord inn fra utslippstidspunktet. Det innebærer at vurderingen av om risikoen for farlige klimaendringer er «imminent», må knytte seg til et tidspunkt *før* utslippet, når endringene fremdeles kan avverges, og ikke nært opptil virkningstidspunktet, når klimaendringene som følge av utslippet er uungåelige og irreversible.

Det kan imidlertid innvendes at statens forpliktelse til å beskytte liv og helse vil måtte ligge nært opptil eller etter naturkatastrofer som inntreffer som en påregnelig følge av klimaendringer. Det er imidlertid en *annen* forpliktelse, som handler om håndtering av *konsekvenser* av klimaendringer. Spørsmålet her er om staten har en positiv forpliktelse til å avverge at ytterligere klimaendringer med risiko for liv finner sted.

---

<sup>336</sup> Nederlands høyesterett, *Urgenda v. Nederland*, avsnitt 5.2.2. Se *Öneryildiz v. Tyrkia*; *Budayeva m.fl. v. Russland* og *Kolyadenko m.fl. v. Russland*.

<sup>337</sup> Se NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 2 ved Cicero.

<sup>338</sup> Sherwood et al., 2020, omtalt i NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 2 ved Cicero.

### 3.5.4 Myndighetenes kjennskap til risikoen

Etter Osman-testen kreves det videre at myndighetene «knew or ought to have known at the time» om eksistensen av risikoen. Myndighetenes aktsomhet vurderes konkret, og kravet er relativt til risikoens styrke og nærhet.<sup>339</sup> Dersom myndighetene kan klandres for ikke å kjenne bedre til risikoen eller for ikke å ha utredet og vurdert risikoen, så kan det tilsi ansvar.<sup>340</sup> Risikoen for farlige klimaendringer som følge av klimagassutslipp, er veletablert, og har vært det over mange år. Det er ikke omtvistet.

### 3.5.5 Tiltaksplikten

Staten vil for det første kunne ha en positiv plikt av prosessuell art til å innføre nødvendig regulering for å motvirke risiko fra miljøfarlig virksomhet og miljøkatastrofer, herunder en plikt til å informere det offentlige om risikoen.<sup>341</sup> Staten kan videre ha en positiv plikt av substansiell art til å sørge for at personer ikke utsettes for unødig risiko.<sup>342</sup> EMDs krav til myndighetene bærer preg av å være en forpliktelse til å foreta seg noe (innsatsforpliktelse), og ikke en forpliktelse om resultat.<sup>343</sup> Tiltaksplikten drøftes nærmere i sammenheng med EMK artikkel 8 under.

### 3.5.6 Oppsummering

Risikoen for farlige klimaendringer ved klimagassutslipp er reell. Det er ikke åpenbart at risikoen kan betegnes som noe mindre enn «immediate», slik EMD har anvendt kriteriet i rettspraksis om miljøfarer. Utslipp av klimagasser påvirker klimaet umiddelbart.<sup>344</sup> I tillegg vil enkelte klimagasser, som CO<sub>2</sub>, virke i lang tid. Denne tregheten i temperaturresponsen er latent, og kan ikke avverges.<sup>345</sup> Risikoen fremstår dermed overhengende.

Som påpekt i punkt 3.4.3 behøver Høyesterett likevel ikke ta endelig stilling til rekkevidden av EMK artikkel 2. Det er fordi EMD i tilfeller der risikoen ligger langt frem i tid, uansett kan velge å la vurderingen etter EMK artikkel 2 konsumeres av EMK artikkel 8.<sup>346</sup> I det følgende drøfter vi vilkår for at EMK artikkel 8 kommer til anvendelse.

---

<sup>339</sup> Öneriyildiz avs. 101.

<sup>340</sup> Tatar v. Romania, § 97.

<sup>341</sup> Se f.eks. Öneriyildiz, § 108, jf. § 90; Brincat §§ 113–114.

<sup>342</sup> L.C.B. v. Storbritannia, §§ 37–38; Pasa og Erkan Erol v. Tyrkia, §§ 30–38.

<sup>343</sup> Georgel og Georgeta Stoicesu v. Romania (9718/03).

<sup>344</sup> Se NIMs rapport om klima og menneskerettigheter (2020), kapittel 2 ved Cicero.

<sup>345</sup> Vurderingen vil måtte ta utgangspunkt i tilgjengelig, skalerbar teknologi.

<sup>346</sup> Vilnes m.fl., Cordella m.fl.

## 3.6 Kommer EMK artikkel 8 til anvendelse?

### 3.6.1. Utgangspunkt

EMK artikkel 8 verner retten til privatliv, familieliv og hjem. Heller ikke denne bestemmelsen gir etter sin ordlyd rett til miljø, men EMD har tolket rettigheten slik at den omfatter miljøforurensning som «may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely». <sup>347</sup> Påvirkningen må altså overstige en viss terskel, men det er ikke et krav at forurensningen utgjør en alvorlig helsefare. <sup>348</sup> EMK artikkel 8 får også anvendelse der det er etablert en «sufficiently close link» mellom farlige effekter av en virksomhet som individer *kan bli* eksponert for og privat- og familielivet. <sup>349</sup> Det er dette vernet mot potensiell risiko som drøftes nærmere her.

### 3.6.2. Overordnet om negative og positive forpliktelser

På samme måte som for retten til liv i EMK artikkel 2, kan EMK artikkel 8 krenkes som følge av påvirkning/inngrep fra staten selv (statens negative plikt) eller ved at staten ikke i tilstrekkelig grad har sikret rettigheten fra påvirkning/inngrep fra tredjeparter (statens positive plikt). Den positive plikten utledes av EMK artikkel 8 nr. 1, mens den negative plikten beror på en samlet vurdering av om inngrepet er rettmessig etter EMK artikkel 8 nr. 2. EMD har formulert det som at staten må ta «reasonable and appropriate measures». <sup>350</sup> Skillet mellom negative og positive forpliktelser kan være flytende. De relevante prinsippene er likevel «broadly similar». <sup>351</sup> EMD har uttalt at:

«In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and the community as a whole and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention.» <sup>352</sup>

---

<sup>347</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* (46117/99) § 113. I andre sammenhenger har EMD formulert det som et krav om at miljøforringelsen «directly and seriously affect» privat- og familielivet, eller påvirker «adversely, to a sufficient extent», jf. *Hatton v. Storbritannia*, § 96.

<sup>348</sup> *López Ostra v. Spania* § 51; *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 113.

<sup>349</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 113.

<sup>350</sup> Se f.eks. *Lopez Ostra v. Spania* og *Hatton v. Storbritannia*.

<sup>351</sup> *Jugheli m.fl. v. Georgia*, § 73.

<sup>352</sup> *Jugheli m.fl. v. Georgia*, § 73.

### 3.6.3. Omfatter EMK artikkel 8 latent og framtidig risiko for klimaendringer?

Som for EMK artikkel 2, er et sentralt spørsmål om EMK artikkel 8 omfatter framtidig risiko for farlige klimaendringer. Spørsmålet er uavklart, men foreliggende rettspraksis gir likevel noen holdepunkter.

En eldre avvisningsavgjørelse, *Asselbourg m.fl. v. Luxembourg*, sier riktig nok at det bare vil være i «wholly exceptional circumstances» at risikoen for fremtidige krenkelser kan utgjøre en *prima facie* konvensjonskrenkelse.<sup>353</sup> Domstolen vurderte ikke EMK artikkel 8, men artikkel 34. Her var «the mere mention of the pollution risks» ikke nok. Klagerne måtte påvise en detaljert sannsynlighet for skaderisiko. Senere rettsutvikling tilsier at vernet etter EMK artikkel 8 mot potensiell og hypotetisk risiko går noe lenger.<sup>354</sup>

I *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* fra 2004 ble Tyrkia holdt ansvarlig for risiko for mulige helseskader som følge av forurensning fra en gullgruve, hvor risikoen først ville kunne materialisere seg hos beboere i området om 20-50 år.<sup>355</sup> Tyrkia anførte at risikoen var for «hypothetical» til å anses «serious and imminent», og derfor utenfor anvendelsesområdet til EMK artikkel 8. EMD avviste anførselen, og konkluderte at EMK artikkel 8 var brutt. Det sentrale var ifølge domstolen at det var etablert en «sufficiently close link» mellom risikoen for helsefarlige effekter og privat- og familielivet. Hvis en slik risiko ikke var omfattet, ville den positive forpliktelsen til å sikre klagerens rettigheter etter EMK artikkel 8 «be set at naught».<sup>356</sup>

I *Tătar v. Romania* fra 2009 ble Romania holdt ansvarlig for risiko for helse og miljø ved et mineralutvinningsanlegg. Til forskjell fra *Taskin* forelå det ingen konsekvensutredning som etablerte en «sufficiently close link» mellom forurensningsrisikoen og beskyttede interesser, men det var etter omstendighetene, og i lys av en forutgående ulykke, ikke avgjørende.<sup>357</sup>

I *Hardy and Maile v. Storbritannia* fra 2012 anførte staten, under henvisning til *Asselbourg*, at klagerne ikke hadde påvist en tilstrekkelig detaljert sannsynlighet for skaderisiko ved et hypotetisk scenario med en kollisjon i et havneområde med LNG-terminaler, som potensielt kunne innebære eksplosjonsfare.<sup>358</sup> Til tross for at *Asselbourg* ble anført av staten, nevnte ikke EMD avgjørelsen. I stedet tok domstolen utgangspunkt i

---

<sup>353</sup> *Asselbourg v. Luxembourg* (29121/95), 29/06/1999.

<sup>354</sup> Se *Hardy and Maile v. Storbritannia*, § 185 jf. § 189. *Asselbourg* er kun nevnt i et fåtall senere saker.

<sup>355</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 107 sml. § 113.

<sup>356</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 113. Ettersom tyrkisk høyesterett allerede hadde avsagt en fellende avgjørelse på myndighetenes substansielle plikt til å sikre retten til liv og et sunt miljø, foretok EMD kun en vurdering av den prosessuelle siden av sikringsplikten (§ 117). Domstolen fant at Tyrkia brøt den prosessuelle siden av sikringsplikten ved å ha tillatt fortsettelsen av gruvevirksomheten, til tross for at operasjonstillatelsen var kjent ugyldig i rettskraftig dom.

<sup>357</sup> *Tătar v. Romania*, §§ 93–97.

<sup>358</sup> *Hardy and Maile v. Storbritannia*, § 185.



rettssetningene etablert i de senere avgjørelsene *Taskin m.fl.* og *Tätar*. Domstolen konkluderte at den potensielle risikoen ved en hypotetisk kollisjonshendelse i nærheten av LNG-terminalene var tilstrekkelig til å etablere en «sufficiently close link» med klagerens privatliv og hjem.<sup>359</sup>

I *Cordella m.fl. mot Italia* fra 2019 ble Italia holdt ansvarlig for å tillate *fortsettelsen* av en forurensningssituasjon «(la prologation d'une situation de pollution)», til tross for at de var blitt forelagt rapporter om helsefarene forbundet med virksomheten siden 1970-tallet.<sup>360</sup>

EMD har som nevnt ennå ikke vurdert klager over klimagassutslipp. Det foreligger imidlertid én europeisk høyesterettsavgjørelse (*Urgenda*) som vurderer om EMK artikkel 2 og 8 medfører forpliktelser til å redusere klimagassutslipp. Som en nasjonal høyesterettsavgjørelse kan den være en relevant rettskilde ved tolkningen av EMK.<sup>361</sup> Det foreligger ellers to avgjørelser fra sveitsisk og irsk høyesterett, men ingen av dem foretar en realitetsprøving av EMK artikkel 2 og 8 fordi anførselene måtte avvises på internrettslig prosessuelt grunnlag.<sup>362</sup> De omtales derfor ikke videre her.

Nederlandsk høyesterett anså at trusselen fra farlige klimaendringer utgjør en tilstrekkelig kvalifisert risiko etter EMK artikkel 2 og 8 som myndighetene er forpliktet til å beskytte innbyggerne mot. Etter en gjennomgang av foreliggende EMD-praksis uttalte domstolen at

«no other conclusion can be drawn but that the State is required pursuant to Articles 2 and 8 ECHR to take measures to counter the genuine threat of dangerous climate change if this were merely a national problem. Given the findings above in paras. 4.2-4.7, after all, this constitutes a 'real and immediate risk' as referred to above in para. 5.2.2 and it entails the risk that the lives and welfare of Dutch residents could be seriously jeopardized. The same applies to, inter alia, the possible sharp rise in the sea level, which could render part of the Netherlands uninhabitable. The fact that this risk will only be able to materialize a few decades from now and that it will not impact specific persons or a specific group of persons but large parts of the population does not mean – contrary to the State's assertions – that Articles 2 and 8 ECHR offer no protection from this threat (see above in para. 5.3.1 and the conclusion of paras. 5.2.2 and 5.2.3). This is consistent with the

---

<sup>359</sup> *Hardy and Maile v. Storbritannia*, § 189 flg.

<sup>360</sup> *Cordella m.fl. v. Italia* §§ 163 og 172. Se også *Vilnes m.fl. v. Norge*, der Norge ble holdt ansvarlig for «long-term effects on human health» på grunn av mangelfull informasjon ved dykking på 1970-tallet. Forutsetningsvis har Norge hatt et ansvar for denne krenkelsen fra et tidspunkt før dykkingen fant sted, da informasjon om dykkertabellene burde vært gitt.

<sup>361</sup> *S., V. og A. v Danmark* §§ 122 og 125. Se punkt 3.2.6.

<sup>362</sup> Den sveitsiske avgjørelsen inneholder riktignok noen summariske uttalelser om EMK artikkel 2 og 8, men de er vanskelige å forene med naturvitenskapelige kjensgjerninger om langtidsvirkning av CO<sub>2</sub>-utslipp, og IPCCs scenarier.

precautionary principle (see para. 5.3.2, above). The mere existence of a sufficiently genuine possibility that this risk will materialise means that suitable measures must be taken.»

Analysen til Nederlands høyesterett bygger på etablerte rettssetninger etter EMK artikkel 2 og 8, og særlig på prinsippet om effektivt rettighetsvern og føre var-prinsippet. Analysen er ikke begrenset til den risiko havstigning representerer for et lavtliggende land.

Potensiell og hypotetisk risiko som først kan materialisere seg innenfor tidsrom på opptil 50 år, altså år 2070 regnet fra i dag, kan i prinsippet omfattes av EMK artikkel 8.<sup>363</sup> Klimaendringer er til sammenligning ikke en hypotetisk og potensiell risiko, men en latent og eksisterende risiko som allerede materialiserer seg.<sup>364</sup> Hvis det skulle være ansvarsfrie for stater å vise til at klimaendringer som følge av utslipp i dag først vil inntreffe tiår frem i tid, vil tregheten i temperaturresponsen avskjære beskyttelse av retten til liv og velvære mot en av de mest alvorlige trusler mot retten til liv og velvære, eller «the ability of present and future generations to enjoy the right to life», som FNs menneskerettighetskomité har formulert det.<sup>365</sup> Som i *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* kan det sette den positive forpliktelsen til å beskytte liv og velvære «at naught».<sup>366</sup>

#### 3.6.4. Oppsummering

Risikoen for farlige klimaendringer er latent og eksisterende, og underbygget i risikovurderinger nasjonalt og internasjonalt. Risikoen fremstår i en «sufficiently close link» med utsatte gruppers privatliv og velvære, om ikke i dag, så i hvert fall innenfor et tidsrom akseptert av EMD. EMK artikkel 8 kommer i utgangspunktet trolig til anvendelse.

### 3.7 Særlig spørsmål ved anvendelse av EMK artikkel 2 og 8 på klimagassutslipp

#### 3.7.1 Problemstilling

En reell innvending mot å hevde en positiv forpliktelse for staten til å avverge farlige klimaendringer, er at klimaendringene ikke er et resultat av utslipp foranlediget av én konvensjonsstat alene, men utslipp fra alle verdens land. Etter NIMs syn er det likevel ikke gitt at dette kan fritta staten fra en positiv *innsatsforpliktelse* til å sikre sine innbyggere mot farlige klimaendringer etter EMK artikkel 2 og 8. Det er flere grunner til det.

---

<sup>363</sup> Jf. *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 113.

<sup>364</sup> IPCC 5th Assessment Report, Summary for policymakers.

<sup>365</sup> Jf. CCPR/C/GC/36, avsnitt 62.

<sup>366</sup> Sml. *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 113.

### 3.7.2. EMDs praksis

For det første er det ut fra veletablert EMD-praksis ikke ansvarsfrie for en stat at en potensiell krenkelse dels eller primært beror på handlinger fra andre land. EMD har siden *Soering v. Storbritannia* i 1989 ansett en forestående utvisning eller returnering fra en konvensjonsstat til et tredjeland for å krenke konvensjonsstatens forpliktelser etter EMK artikkel 3, selv om det vil være den andre staten som utsetter vedkommende for reell risiko for tortur, nedverdiggende eller umenneskelig behandling eller straff. En konvensjonsstat er også ansvarlig etter EMK ved retur til et land, hvor vedkommende står i reell risiko for å bli sendt videre til et tredjeland, der vedkommende risikerer nedverdiggende behandling.<sup>367</sup> Konvensjonsstaten vil endatil kunne anses ansvarlig om et individ blir sendt til et land der det er reell risiko for konvensjonsstridig behandling fra private.<sup>368</sup> EMDs begrunnelse er generell, og gjelder i prinsippet ikke kun EMK artikkel 3, men enhver konvensjonsrettighet.<sup>369</sup> Konvensjonsstatene er altså forpliktet til å gjøre det den kan innenfor sin jurisdiksjon, ved å avstå fra bidrag til en potensiell skade, for å beskytte individer mot reell risiko for andre lands hypotetiske handlinger eller unnlatelser.

### 3.7.3. Folkerettslig sedvane

For det andre er det også etter folkerettslig sedvane anerkjent at en stat kan holdes individuelt ansvarlig for handlinger som bare delvis bidrar til skaden, og der andre staters handlinger er nødvendige og selvstendige bidrag. Folkerettslig sedvane er etter EMDs metode relevant ved tolkningen av EMK, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 3 *litra c*.<sup>370</sup> Folkerettens alminnelige regler om statsansvar er uttrykt i Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts, utarbeidet av FNs Folkerettskommisjon og vedtatt av FNs Generalforsamling.<sup>371</sup> Artikkelen antas i stor grad å gi uttrykk for folkerettslig sedvane. Artikkel 47 nr. 1 lyder:

«Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.»

I Explanatory report til bestemmelsen heter det:<sup>372</sup>

«Article 47 deals with the situation where there is a plurality of responsible States in respect of the same wrongful act. It states the general principle that in such cases

---

<sup>367</sup> *M.S.S. v. Belgia og Hellas* [GC] (30696/09), *Hirsi Jamaa m.fl. v. Italia* [GC] (27765/09).

<sup>368</sup> *N v. Sverige* (23505/09).

<sup>369</sup> O'Boyle m.fl. (2018) s. 248; O'Boyle, «Rights: reflections on the Soering case» i James O'Reilly (red.), *Human Rights and Constitutional Law Essays in Honour of Brian Walsh* (1992) s. 97.

<sup>370</sup> *Bankovic m.fl. v. Belgia m.fl.* § 57. Se pkt. 3.2.6.

<sup>371</sup> Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts, Chapter IV, s. 64.

<sup>372</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001 s. 124 pkt. 1.

each State is separately responsible for the conduct attributable to it, and that responsibility is not diminished or reduced by the fact that one or more other States are also responsible for the same act. (...)

Of course, situations can also arise where several States by separate internationally wrongful conduct have contributed to causing the same damage. For example, several States might contribute to polluting a river by the separate discharge of pollutants. [...] In such cases, the responsibility of each participating State is determined individually, on the basis of its own conduct and by reference to its own international obligations.»

Bestemmelsene her retter seg kun mot handlinger som utgjør *brudd* på folkerettslige regler (jf. «internationally *wrongful acts*»). De har overføringsverdi ettersom de ankende parter anfører brudd på folkeretten (EMK). Essensen i reglene om statsansvar er at stater etter folkeretten er ansvarlige for sine skadebidrag.

Dette ansvaret begrenses eller prekluderes ikke av at andre stater har bidratt til samme skade.<sup>373</sup> I Korfu kanal-saken fra 1949 anså ICJ for eksempel Albania fullt ut ansvarlig tap av liv og materiell skade på britiske fartøy som følge av mineekspløsjoner i albansk farvann, selv om minene var lagt der av et tredjeland.<sup>374</sup> ICJ fant at Albania var forpliktet til å forsøke å «prevent the disaster».<sup>375</sup> Når Albania unnlot å ta «all necessary steps» for å avverge den potensielle katastrofen som miner i deres farvann representerte for mennesker og fartøy, var de ansvarlig og forpliktet til å yte Storbritannia kompensasjon for skaden direkte påført av tredjelands handlinger.<sup>376</sup>

Også FNs folkerettskommisjons utkast til prinsipper om internasjonalt erstatningsansvar for grenseoverskridende skadelige handlinger som ikke utgjør folkerettsbrudd, legger til grunn at hver stat er ansvarlig for sine handlinger.<sup>377</sup>

#### 3.7.4. Spesialiserte folkerettslige regler om klimagassutslipp

For det tredje er folkerettens *lex specialis*-regler om klimagassutslipp basert på at ethvert land har «common but differentiated responsibilities» for å redusere klimagassutslippene for å avverge farlige klimaendringer, jf. FNs rammekonvensjon om klimaendringer (UNFCCC), fortalen, sjette avsnitt, artikkel 3 nr. 1, artikkel 4 nr. 1, samt Parisavtalen, fortalen, tredje avsnitt, samt artikkel 4 nr. 3. Etter UNFCCC artikkel 2 er konvensjonens

---

<sup>373</sup> Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001 s. 124 pkt. 2.

<sup>374</sup> ICJ konkluderte at minene var av tysk type, og antakelig utlagt av Jugoslavia.

<sup>375</sup> Corfu Channel (Storbritannia og Nord-Irland v. Albania), 9. April 1949, s. 23.

<sup>376</sup> Ibid.

<sup>377</sup> Principles of the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, 2006, bl.a. art. 2 og 4.

formål å stabilisere konsentrasjonen av klimagasser i atmosfæren på et nivå «that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system», definert i artikkel 1 nr. 1 blant annet som «changes in the physical environment or biota resulting from climate change which would have significant deleterious effects on [...] human health and welfare». For å avverge slike farlige endringer skal partene «protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind», i samsvar med «common but differentiated responsibilities», som er forstått slik at utviklede land, gitt sitt historiske ansvar og ressurser, «should take the lead», jf. artikkel 3 nr. 1. Også disse regler er etter EMDs metode relevante ved tolkningen av EMK.<sup>378</sup>

### 3.7.5. Nasjonale ansvarsregler

Endelig kan det føyes til at grunnleggende erstatningsrettslige ansvarsregler utbredt i nasjonale rettssystemer i konvensjonsstatene og i EU opererer med delansvar. Også det vil etter omstendighetene kunne være en relevant rettskilde ved EMDs tolkning av EMK.<sup>379</sup>

### 3.7.6. Innvendinger

Mot et slikt tolkningsresultat kan det innvendes at om én stat holdes ansvarlig, kan andre stater bli gratispassasjerer, samt at én stats utslipp kan være marginalt sammenholdt med globale utslipp. Konsekvensen av disse innvendingene er imidlertid at ethvert land kan unndra seg et delansvar for klimagassutslipp ved å peke på andre land eller størrelsen av sitt eget relative bidrag, slik at ingen land kan holdes ansvarlig dersom klimagassutslippene overstiger et eksistensielt farlig nivå. Argumentet vil neppe stå seg folkerettslig, jf. reglene om statsansvar for folkerettsbrudd og internasjonalt erstatningsansvar for grenseoverskridende skadelige handlinger.<sup>380</sup> Hertil kommer at EMK i henhold til Wien-konvensjonens artikkel 31 skal tolkes ut fra tekstens ordlyd, men også traktatens gjenstand og formål. Det overordnede formålet i EMK om beskyttelse av individer og formålet i Europarådets statuetter om beskyttelse av menneskelig samfunn og sivilisasjon tilsier en tolkning som fremmer disse formålene.

Nederlandsk høyesterett sier det slik:

«Indeed, acceptance of these defences would mean that a country could easily evade its partial responsibility by pointing out other countries or its own small share. If, on the other hand, this defence is ruled out, each country can be

---

<sup>378</sup> *Demir*. Se også innleggets pkt. 3.2.6.

<sup>379</sup> *Agrotexim m.fl. v. Hellas* (15/1994/462/543) § 66; *Goodwin v. Storbritannia* (17488/90) § 39. Se nærmere Kjølbros (2020) s. 33.

<sup>380</sup> Articles on State Responsibility, artikkel 47, se også Principles of the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, 2006, bl.a. art. 2 og 4.

effectively called to account for its share of emissions and the chance of all countries actually making their contribution will be greatest, in accordance with the principles laid down in the preamble to the UNFCCC cited above in 5.7.2.

Also important in this context is that, as has been considered in 4.6 above about the carbon budget, each reduction of greenhouse gas emissions has a positive effect on combating dangerous climate change, as every reduction means that more room remains in the carbon budget. The defence that a duty to reduce greenhouse gas emissions on the part of the individual states does not help because other countries will continue their emissions cannot be accepted for this reason either: no reduction is negligible.»<sup>381</sup>

Nederlandsk høyesterett konkluderte at EMK artikkel 2 og 8 innebærer positive forpliktelser for konvensjonsstatene «to do “their part”» for å avverge farlige klimaendringer. Domstolen anså denne tolkningen «sufficiently clear» ut fra EMDs rettspraksis og øvrige tolkningsprinsipper, slik at det ikke var nødvendig å be EMD om en rådgivende uttalelse, jf. protokoll nr. 16, artikkel 1.<sup>382</sup>

### 3.7.6 Oppsummering

Basert på foreliggende EMD-praksis, understøttet av folkerettslige, erstatningsrettslige og EU-rettslige kilder, fremstår det nærliggende at det ikke er ansvarsfrie at flere rettssubjekter er skyld i samme skade.

## 3.8 Forutsatt at EMK artikkel 2 eller 8 kommer til anvendelse

### 3.8.1. Oversikt

Dersom EMK artikkel 2 eller 8 kommer til anvendelse ved risiko for klimaendringer, vil EMD foreta en vurdering av om staten har overholdt sin positive forpliktelse til å beskytte innbyggerne mot risikoen. Denne positive forpliktelsen har etter EMDs praksis en materiell og en prosessuell side.<sup>383</sup>

### 3.8.2. Den positive forpliktelsens materielle side

Den materielle siden innebærer at EMD vil vurdere «the substantive merits of the national authorities’ decision» for å sikre at den er kompatibel med kravene etter EMK artikkel 2

---

<sup>381</sup> Nederlands høyesterett i *Urgenda v. Nederland*, avsnitt 5.7.7 og 5.7.8.

<sup>382</sup> Nederlands høyesteretts i *Urgenda v. Nederland*, avsnitt 5.6.4. Protokoll nr. 16 er ratifisert av Nederland. Protokollen er signert, men ikke ratifisert, av Norge. Oversikt over ratifikasjonsstatus tilgjengelig her: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=JxEGRCU8](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=JxEGRCU8)

<sup>383</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* §§ 115 flg.

eller 8.<sup>384</sup> EMD vurderer om staten har tatt «appropriate steps» for å avverge risikoen. Det er også konsistent med føre var-prinsippet.<sup>385</sup> Myndighetene vil ikke ha skjønnsfrihet til å vurdere om de skal iverksette adekvate og nødvendige tiltak, men EMD vil kunne tilkjenne en vid skjønnsmargin ved *valget av* virkemidler for å avverge risikoen.<sup>386</sup>

Den positive forpliktelsen etter EMK artikkel 2 og 8 på miljøområdet er som nevnt *preventiv*, for å gardere mot *potensiell* risiko. EMD har her akseptert større grad av usikkerhet, under henvisning til føre var-prinsippet.<sup>387</sup> Føre var-prinsippet betyr at vitenskapelig usikkerhet om sannsynligheten for potensiell miljøskade ikke fritar stater fra en positiv forpliktelse til å forebygge risiko.<sup>388</sup>

I fravær av avklarende EMD-praksis, kan det etter EMDs metode som nevnt ses hen til nasjonale høyesterettsavgjørelser. Nederlands høyesterett foretok en vurdering av sikringspliktens materielle side, slik at staten var forpliktet til å ta «appropriate measures» mot trusselen fra farlige klimaendringer.<sup>389</sup> Selv om domstolen fastholdt at dette «in principle» var et politisk spørsmål, anså den seg kompetent til å vurdere om statens tiltak for å redusere klimagassutslipp innebar en for liten reduksjon i lys av hva som *klart var nedre grensen* for statens delansvar for å avverge farlige klimaendringer.<sup>390</sup>

Ved fastleggelsen av denne nedre grensen, tok nederlandsk høyesterett utgangspunkt i EMDs «common ground»-doktrine. Domstolen viste til at det er en «high degree of international consensus on the urgent need» for Anneks 1-land til å redusere klimagassutslipp med minst 25–40 prosent innen 2020 sammenholdt med 1990-nivå, basert på IPCC-scenarioet AR4 fra 2007.<sup>391</sup> Det var basert på «widely supported view of states and international organisations, which view is also based on the insights from climate science».<sup>392</sup> Reduksjonsraten er forankret i UNFCCC artikkel 3 og 4, og inntatt i resolusjonen fra klimakonferansen på Bali i 2007 (COP-13), fortalene til resolusjonene fra klimakonferansen i Cancùn i 2010 (COP-16), Durban i 2011 (COP-17) og Doha i 2012 (COP-18), samt resolusjonene vedtatt på klimakonferansene i Wasawa i 2013 (COP 19), Lima i

---

<sup>384</sup> *Hatton m.fl. v. Storbritannia* § 99; *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 115.

<sup>385</sup> *Tătar v. Romania* § 120.

<sup>386</sup> *Hatton m.fl. v. Storbritannia* § 100; *Buckley v. Storbritannia* (20348/92) §§ 74–77.

<sup>387</sup> *Tătar v. Romania* § 120, der det heter: «En ce sens, la Cour rappelle l'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio), qui «a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la Communauté.»

<sup>388</sup> Se f.eks. UNFCCC art. 3 nr. 3. Her heter det at ved «threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing [precautionary] measures».

<sup>389</sup> Nederlands høyesterett i *Urgenda v. Nederland*, avsnitt 5.8–5.9.1.

<sup>390</sup> Avsnitt 6.3–6.6

<sup>391</sup> *Urgenda v. Nederland*, avsnitt 7.2.11.

<sup>392</sup> Avsnitt 6.3. Se også innleggets pkt. 3.2.

2014 (COP-20) og Paris i 2015 (COP-21). Den er også lagt til grunn av EU.<sup>393</sup> Basert på «common ground»-doktrinen anså domstolen Nederland forpliktet til å redusere klimagassutslipp med minst 25 prosent innen utgangen av 2020.

Det kan innvendes mot denne tolkningen at selv om UNFCCC og Parisavtalen er folkerettslige forpliktende avtaler, er innholdet i de rettslige forpliktelsene vagt og preget av forbehold. Wien-konvensjonens artikkel 31 nr. 3 litra c kan trolig ikke «etablere» et rettslig innhold som ikke framgår av ordlyden i klimaavtalene. Det er imidlertid ikke problemstillingen her. Etter EMDs metode er det uten betydning om bestemmelsene i UNFCCC og Parisavtalen i seg selv er rettslig forpliktende, så lenge de tålegrenser og utslippsscenarioer som disse instrumentene legger til grunn, samlet tilsier at det er tale om en tilstrekkelig konsensus mellom konvensjonsstatene som kan informere tolkningen av EMK.<sup>394</sup> Den nederlandske domstolen innfortolket altså ikke rettslige forpliktelser i klimaavtalene, men viste til det internasjonale klimaavtaleverket og etablert vitenskap for å fastlegge en «common ground» ved tolkningen av EMK. Anvendelsen av doktrinen er i samsvar med EMDs praksis.<sup>395</sup> EMD tar som nevnt i betraktning spesialiserte folkerettslige regler og prinsipper, selv om de ikke er bindende, såfremt de gir uttrykk for en «common ground in modern societies».<sup>396</sup> Ettersom forpliktelsene ikke i seg selv er rettslig bindende, la nederlandsk høyesterett likevel til grunn tilbakeholdenhet i prøvingen utenfor «clear-cut cases».<sup>397</sup>

### 3.8.3. Den positive forpliktelsens prosessuelle side

Den positive forpliktelsens prosessuelle side innebærer at EMD vil vurdere beslutningsprosessen for å sikre at det er lagt tilstrekkelig vekt på individers interesser.<sup>398</sup> Kravene som stilles til beslutningsprosessen er etter sin art preventive, og har tre komponenter:

- (i) Staten må foreta nødvendige utredninger og studier «in order to *allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals' rights.*»<sup>399</sup>

---

<sup>393</sup> Se senest COM(2020) 562 final, 17. september 2020, *Stepping up Europe's 2050 climate ambition*, der EU-kommisjonen oppstiller et mål om 55 % utslippsreduksjon innen 2030. Kommisjonen viser til at IPCCs siste spesialrapporter konkluderer med større risk for tippingpunkter i jordens klimasystem ved lavere oppvarming enn lagt til grunn i den 5. IPCC-rapporten.

<sup>394</sup> *Demir*. Se også innleggets pkt. 3.2.6..

<sup>395</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia*, §§ 85–86.

<sup>396</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 86.

<sup>397</sup> Avsnitt 6.6.

<sup>398</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 115, jf. *Hatton m.fl. v. Storbritannia* § 99.

<sup>399</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 119; *Hatton m.fl. v. Storbritannia* § 128; *Tătar v. Romania* § 88.



- (ii) Informasjon fra slike utredninger og studier må være offentlig tilgjengelig slik at innbyggerne stilles i stand til, på forhånd, å vurdere «the danger to which they are exposed»,<sup>400</sup>
- (iii) Innbyggerne må kunne angripe gyldigheten av enhver avgjørelse, handling eller unnlattelse på ethvert stadium av prosessen.<sup>401</sup>

Mens de substansielle kravene som nederlandsk høyesterett utleder angår minstemål for *samlede* utslippskutt, vil de prosessuelle kravene EMD har oppstilt også gjelde *konkrete* beslutningsprosesser som kan medføre utslipp av betydning. De prosessuelle komponentene vil antakelig innebære at EMK artikkel 2 og 8 stiller krav til at myndighetene på et tidlig tidspunkt vurderer og tilgjengeliggjør informasjon om hvilke konsekvenser for eksempel tillatelser til å utvinne karbon fra geologiske lagre med mål om forbrenning til atmosfæren potensielt kan få for klimaendringer og menneskers rettigheter. Slik informasjon vil trolig måtte belyse potensielle og samlede klimagassutslipp holdt opp mot gjenværende karbonbudsjett og Norges delansvar etter UNFCCC og Parisavtalen med mål om å holde CO<sub>2</sub>-konsentrasjonen i atmosfæren under farlig nivå (430 ppm., 1,5 grader celsius, og vel under 450 ppm., 2 grader celsius).<sup>402</sup> En positiv forpliktelse til å vurdere risiko og tilgjengeliggjøre vurderingene på forhånd er ikke bare sentral for at borgerne skal kunne vurdere den risiko de og deres etterkommere utsettes for ved tillatelser som på sikt åpner for betydelige punktutslipp, men også for at de som velgere skal kunne foreta informerte beslutninger og holde politikere ansvarlige ved valg.<sup>403</sup>

Ut fra EMDs praksis vil myndighetene måtte gi prediksjoner om forurensningsfaren ut fra det kunnskapsgrunnlag staten besitter, selv om det er usikkert.<sup>404</sup> Førre var-prinsippet tilsier imidlertid at usikkerhet må legges inn i favør av, og ikke disfavør av, miljøet. Ved klimagassutslipp kan myndighetene derfor neppe basere seg på vage antakelser om teknologisk utvikling i framtiden som per i dag ikke er tilgjengelig eller skalerbar, eller usikre antakelser om karbonlekkasjer internasjonalt.<sup>405</sup>

---

<sup>400</sup> *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 119; *Guerra m.fl. v. Italia* § 60; *McGinley og Egan v. Storbritannia* (10/1997/794/995-996) § 97; *Tătar v. Romania* § 88.

<sup>401</sup> *Hatton m.fl. v. Storbritannia* § 127; *Taşkın m.fl. v. Tyrkia* § 119; *Tătar v. Romania* § 88.

<sup>402</sup> *Plan B v. Storbritannia* EXCA Civ 214, 27. februar 2020; *Friends of the Irish Environment v. Irland*, IESC 49, 31. juli 2020.

<sup>403</sup> Irsk høyesterett i *Friends of the Irish Environment v. Irland*.

<sup>404</sup> *Guerra m.fl. v. Italia* § 60. Her fikk innbyggerne informasjon om hva slags forurensningsfare de hadde vært utsatt for da fabrikken avsluttet denne delen av sin produksjon i 1994. EMD konkluderte at EMK artikkel 8 var brutt. Dersom innbyggerne skulle vært satt i stand til å vurdere risikoen ved å bli boende i byen, måtte de fått prediksjoner om forurensningsfaren på forhånd, og ikke sikker informasjon om den eksakte faren i etterhånd.

<sup>405</sup> Irsk høyesterett i *Friends of the Irish Environment v. Irland*.

Også hensynet til harmonisk tolkning av rettighetskatalogen taler for at slike vurderinger foretas og kan etterprøves på et tidlig stadium.<sup>406</sup> Selskaper kan oppnå beskyttede eiendomsgoder i tillatelser etter petroleumsloven, og berettigede forventninger om framtidig inntjening fra petroleumsvirksomhet kan tenkes beskyttet mot senere endring etter EMK P1-1.<sup>407</sup> Derfor tilsier også hensynet til harmonisk tolkning at vurderinger av om tillatelser til denne typen virksomhet krenker mer fundamentale rettigheter etter EMK artikkel 2 og 8, foreligger på et så vidt tidlig tidspunkt at man unngår en unødige, fordyrende og prosessdrivende rettighetskollisjon.<sup>408</sup>

#### 3.8.4. Avgrensning mot en umulig eller disproporsjonal byrde

Den positive forpliktelsen til å avverge risiko etter EMK artikkel 2 er fortolket med den begrensning at en «impossible or disproportionate burden must not be imposed on the authorities without consideration being given, in particular, to the operational choices which they must make in terms of priorities and resources».<sup>409</sup> Det kan innvendes at det vil være disproporsjonalt, for ikke å si umulig, for en konvensjonsstat å avverge farlige klimaendringer alene. Den positive forpliktelsen er imidlertid ingen resultatforpliktelse. Det er en forpliktelse om innhold.<sup>410</sup>

EMD har satt avgrensningen mot umulig eller disproporsjonal byrde i sammenheng med at stater nyter godt av en «wide margin of appreciation» innen «difficult social and technical spheres».<sup>411</sup> Det kan også ses som utslag av at statens positive plikt til å sikre menneskerettighetene er av en annen art enn den grunnleggende negative plikten til å avstå fra inngrep.<sup>412</sup> Det er som nevnt ikke opplagt at EMDs skjønnsmargin har samme anvendelse i forholdet mellom nasjonale domstoler og nasjonale myndigheter som den har i forholdet mellom EMD og konvensjonsstatene.<sup>413</sup> Anvendt på klima, er det uansett holdepunkter for at skjønnsmarginen kan være noe mindre. EMD har uttalt i *Budayeva* at omfanget av positive forpliktelser vil måtte bero på «the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation», og at redningsarbeid etter naturkatastrofer som er «beyond human control» fordrer en videre skjønnsmargin enn «the sphere of dangerous activities of a man-made nature».<sup>414</sup> Det er veletablert i

---

<sup>406</sup> *Demir og Baykara v. Tyrkia* § 66, *Merabishvili v. Georgia* [GC] (72508/13) § 293. Se Kjølbro (2020) s. 20.

<sup>407</sup> HR-2018-1258-A avsnitt 120–132.

<sup>408</sup> Se Smith (2017) s. 325.

<sup>409</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland* § 134.

<sup>410</sup> *Georgel og Georgeta Stoicesu v. Romania* (9718/03).

<sup>411</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland* § 135.

<sup>412</sup> Se nærmere punkt 2.4.

<sup>413</sup> *Fabris v. Frankrike* [GC] (16574/08).

<sup>414</sup> *Budayeva m.fl. v. Russland* §§ 134–135 og 137.

dag at klimaendringene er av «man-made nature». Sondringen i *Budayeva* kan derfor tilsi at en eventuell skjønnsmargin fra EMDs side vil kunne være noe mindre.

### 3.9 Oppsummering

Denne del av innlegget har analysert i hvilken utstrekning EMK artikkel 2 og 8 oppstiller en positiv forpliktelse for myndighetene til å gjøre sitt for å avverge farlige klimaendringer. Vi har vist at spørsmålet må besvares ut fra en selvstendig vurdering basert på EMDs metode, selv om det foreløpig ikke foreligger direkte avklarende EMD-praksis. Ettersom klimarisiko kan reise særlige prosessuelle vanskeligheter for individer i dag, har vi drøftet adgangen for miljøvernforeninger til å fremme rettighetsklager nasjonalt og for EMD. Når det gjelder de materielle rettighetene, har vi vurdert at foreliggende kilder trekker i retning av at EMK artikkel 2 og 8 får anvendelse på risiko for farlige klimaendringer på grunn av klimagassutslipp, selv om spørsmålet altså ikke er avklart av EMD selv. Vi har konkludert med at det neppe er holdepunkter i rettskildene for å fritate stater fra ansvar på grunn av klimagassutslippenes globale karakter, og skissert de ulike prosessuelle og substansielle forpliktelsene som statene etter EMDs foreliggende praksis antakelig har for å beskytte sine innbyggere mot farlig påvirkning av klimasystemet.

Vi vil understreke at spørsmålene er uavklart. Det kan også diskuteres hvor langt Høyesterett bør gå i å tolke konvensjonen i EMDs sted. Samtidig kan man spørre om det her egentlig er tale om å nytolke EMK artikkel 2 og 8. Som gjennomgangen av tolkningsprinsipper og rettspraksis har vist, ligger det kanskje nærmere å karakterisere det som anvendelse av etablerte rettssetninger fra EMDs rettspraksis i lys av formål på et nytt faktum.

### 4. Avsluttende bemerkninger

Det ligger utenfor rammen av tvisteloven § 15-8 å subsumere sakens beviser under de rettsregler som innlegget har søkt å klarlegge.

Vennlig hilsen  
for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad

Direktør

Jenny Sandvig

Fagdirektør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.