



UiT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## **Snøkrabbekonflikten**

*Er norske domstolars metodiske fremgangsmåte ved løsningen av rettsspørsmål knyttet til snøkrabbekonflikten i overensstemmelse med folkerettslig metode?*

—

**Mathias Brattli Agaze**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902-1 høst 2018*



# Innholdsfortegnelse

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1     | Innledning.....   | 1  |
| 1.1   | Avhandlingens tema og fremstilling .....  | 1  |
| 1.2   | Temaets aktualitet .....  | 2  |
| 1.3   | Avgrensinger .....  | 3  |
| 1.4   | Metode.....   | 4  |
| 2     | Folkerettslig metode .....  | 5  |
| 2.1   | Innledning.....   | 5  |
| 2.2   | Aktuelle dommer i avhandlingen .....  | 5  |
| 2.2.1 | Generelt .....  | 5  |
| 2.2.2 | LH-2017-144441 – «Senator-saken» .....  | 5  |
| 2.2.3 | Rt. 2014 s. 272 og LH-2013-50194 – «Kiel-saken» .....   | 6  |
| 2.2.4 | Rt. 1996 s. 624 – «Islandske trålere» .....   | 7  |
| 2.3   | Høyesteretts tolkning av traktater som er inkorporert eller gjelder gjennom sektormonisme ..... | 8  |
| 2.4   | Wien-konvensjonen om traktatretten – det sentrale utgangspunkt .....                            | 11 |
| 2.4.1 | Innledning.....   | 11 |
| 2.4.2 | Artikkel 31 første ledd, «in good faith» .....  | 11 |
| 2.4.3 | Artikkel 31 første ledd, «in accordance with the Ordinary meaning» .....                        | 11 |
| 2.4.4 | Artikkel 31 første ledd, «Object and purpose» .....   | 13 |
| 2.4.5 | Artikkel 31 første ledd, «Context».....   | 14 |
| 2.4.6 | Artikkel 32 - Supplerende tolkningsmomenter .....   | 16 |
| 2.5   | Den internasjonale domstolen i Haags vedtekter .....  | 17 |
| 2.6   | Prinsippet om restriktiv tolkning og effektivitetsprinsippet.....                               | 19 |
| 2.7   | Nasjonal skjønnsmargin .....  | 19 |
| 2.8   | Oppsummering - hvordan skal norske domstoler tolke folkeretten? .....                           | 20 |
| 3     | Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 - er snøkrabben en <i>sedentær art</i> ? .....           | 22 |
| 3.1   | Innledning.....   | 22 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 3.2   | Artikkel 77 nr. 4 - ordlyden.....  | 23 |
| 3.3   | Artikkel 77 nr. 4 – ordlyden i lys av kontekst og formål .....   | 24 |
| 3.4   | Artikkel 77 nr. 4 - konteksten gjennom mellomstatlige avtaler, statspraksis og rettspraksis.....             | 25 |
| 3.5   | Artikkel 77 nr. 4 – bruk av supplementære tolkningsmomenter.....   | 27 |
| 3.6   | Konklusjon .....   | 28 |
| 4     | Svalbardtraktaten.....   | 31 |
| 4.1   | Innledning.....  | 31 |
| 4.2   | Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp.....  | 32 |
| 4.2.1 | Innledning.....  | 32 |
| 4.2.2 | Likebehandlingsprinsippets ordlyd .....  | 32 |
| 4.2.3 | Likebehandlingsprinsippet i lys av konteksten og formålet.....   | 33 |
| 4.2.4 | Effektivitetsprinsippet ved tolkningen av likebehandlingsprinsippet .....                                    | 35 |
| 4.2.5 | Norges skjønnsmargin ved gjennomføringen av Svalbardtraktaten i forhold til folkerettslig metode.....        | 37 |
| 4.2.6 | Oppsummering – tolkes likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten i henhold til folkerettens metode? ..... | 38 |
| 4.3   | Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde .....   | 39 |
| 4.3.1 | Innledning.....  | 39 |
| 4.3.2 | Ordlyden i Svalbardtraktatens artikkel 2.....  | 40 |
| 4.3.3 | Svalbardtraktatens kontekst og formål .....  | 40 |
| 4.3.4 | Internasjonal rettspraksis som tolkningskilde .....  | 41 |
| 4.3.5 | En dynamisk tolkning av Svalbardtraktatens geografiske virkeområde .....                                     | 43 |
| 4.3.6 | Høyesterett som en domstol for prinsipielle avgjørelser.....   | 44 |
| 4.4   | Konklusjon .....   | 45 |
| 5     | Avslutning .....   | 47 |
| 5.1   | Innledning.....  | 47 |
| 5.2   | Avhandlingens hovedproblemstilling .....   | 47 |
| 5.3   | Rettspolitiske betraktninger.....  | 48 |



# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og fremstilling

Avhandlingens tema er den rettslige konflikten om hvem som har rett til å drive fangst etter snøkrabbe i Barentshavet. I dag foregår deler av dette fisket på norsk kontinentalsokkel. Snøkrabbefangst på norsk kontinentalsokkel har medført to rettslige tvister for norske domstoler hvor Norges jurisdiksjon på egen kontinentalsokkel er satt på prøve. Hovedproblemstillingen i avhandlingen er hvorvidt norske domstolers metodiske fremgangsmåte ved løsning av rettsspørsmål knyttet til snøkrabbekonflikten er i overensstemmelse med folkerettslig metode.

De rettslige tvistene som er behandlet av norske domstoler omhandlet det litauiske fartøyet Juros Vilkas og det latviske fartøyet Senator. De involverte rederiene hevdet i retten at de norske reglene for fiske etter snøkrabbe var i strid med de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg. De rettslige problemstillingene var knyttet til FNs Havrettskonvensjon og Svalbardtraktaten.<sup>1</sup> Det ble anført at Norge har gitt samtykke etter Havrettskonvensjonen til snøkrabbefangst på norsk kontinentalsokkel i Smutthullet gjennom sin tiltreden i NEAFC-konvensjonen.<sup>2</sup> Videre ble det anført at Snøkrabben ikke er en sedentær art og derfor ikke kan reguleres i tråd med Havrettskonvensjonens regler for kontinentalsokkelen. For Svalbardtraktatens vedkommende, ble det anført at traktatens virkeområde går helt ut til 200 nautiske mil utenfor Svalbards kyst, og ikke 12 nautiske mil. Hvis denne anførselen skulle føre frem, ble det herunder anført at dagens regulering av snøkrabbefangst er i strid med likebehandlingsprinsippet i traktaten, da kun norske fartøy kan få lisens til fangst etter snøkrabbe.

Staten på sin side bestred dette og har for domstolene fått medhold for sitt syn. Domstolen tilsluttet seg statens syn da det etter rettens vurdering var i tråd med folkerettens regler. I avhandlingen redegjøres det for de rettslige problemstillingene som er relevant fra sakene. Videre vurderes problemstillingene inngående. Vurderingstema for avhandlingen er om norske domstolers tolkning er i tråd med folkerettslig metode slik den er forankret i Wien-

---

<sup>1</sup> United Nations convention on the law of the sea, 10. desember 1982 (Havrettskonvensjonen) og Traité concernant le Spitsbergen, 09. februar 1920(Svalbardtraktaten).

<sup>2</sup> Convention on future multilateral cooperation in north-east Atlantic fisheries, 18. november 1980 (NEAFC-konvensjonen).

konvensjonen om traktatretten (Wien-konvensjonen) og andre folkerettslige tolkningsprinsipper.<sup>3</sup>

Avhandlingens hovedfokus deles inn i tre underproblemstillinger. Den første er om Hålogaland lagmannsretts vurdering av om Snøkrabben er en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 er gjort i henhold til folkerettslig metode. Den andre underproblemstillingen er om Høyesteretts tolkning av Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp er gjort i henhold til folkerettslig metode. Siste underproblemstilling er om Hålogaland lagmannsretts tolkning av Svalbardtraktatens geografiske virkeområde er gjort i henhold til folkerettslig metode.

Disse tre problemstillingene er de mest aktuelle å vurdere i et metodisk perspektiv da avgjørelsene inneholder metodiske grep som er interessante å se nærmere på i lys av gjeldende folkerettslig metode.

## **1.2 Temaets aktualitet**

Allerede før snøkrabbefangst ble et fiske av interesse for Norge har det vært kontroverser og rettslige utfordringer rundt havområdene utenfor Fastlands-Norge og Svalbard. Spesielt har disse kontroversene vært knyttet til Svalbardtraktaten og fiskevernsonen rundt Svalbard. Allerede i 1996 ble spørsmålet om fiskevernsonen rundt Svalbard og Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde brakt inn for Høyesterett, så problemstillingen er ikke av nyere.<sup>4</sup>

De siste årene har det gjennom oppstart av snøkrabbefangst i Barentshavet oppstått en ny konflikt angående Svalbardtraktaten og dens geografiske anvendelsesområde. Konflikten gjelder både hvorvidt Svalbardtraktaten gjelder utenfor territorialfarvannet og hva som ligger i traktatens plikt til likebehandling. Denne gangen med et kanskje enda tydeligere innslag av internasjonal storpolitikk i seg. Spesielt EU og dets medlemsland har lagt press på Norge for at det skal gis tillatelse til snøkrabbefangst i Barentshavet til andre enn norskeidde fartøy. Norge har avvist dette, og vist til at de er suverene til å utstede tillatelser både med hjemmel i Svalbardtraktaten, men og på norsk kontinentalsokkel med hjemmel i FNs Havrettskonvensjon.<sup>5</sup> I denne konflikten står ikke bare en marin ressurs potensielt verdt milliarder på spill, men også potensielt store olje- og gassforekomster. For å illustrere hvor

---

<sup>3</sup> Vienna convention on the law of treaties, 22. mai 1969 (Wien-konvensjonen).

<sup>4</sup> Rt. 1996 s. 624.

<sup>5</sup> Krabbekonflikten, Podcasten Krig og Fred, NRK, 12. April 2018 og <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/tjuvfiske/id2598766/>, besøkt 6.november 2018.

viktig spørsmålet om norsk jurisdiksjon over havområdene utenfor både Fastlands-Norge og Svalbard er, viser jeg til en historie jeg ble fortalt av advokat Ottar Nilsen under et engasjement jeg hadde sommeren 2018 i hans advokatfirma.

Nilsen prosederte en straffesak sammen med to andre advokater som representant for et utenlandsk rederi i Høyesterett. Ett av spørsmålene retten tok stilling til var om reguleringen av fiske i vernesonen rundt Svalbard var i strid med Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp. Ved enden av den ene rettsdagen møter rettens formann uanmeldt opp på advokatrommet. Beskjeden var at «jeg ber om at dere leverer et skriftlig sammendrag av prosedyren når rettens settes i morgen tidlig». Nilsen og de andre advokatene ble noe forundret over dette, men fulgte rettens formann anmodning. Ved overleveringen ble det skriftlige sammendraget overlevert til statsadvokaten. Beskjeden fra rettens formann var at sammendraget skulle overleveres Utenriksdepartementet og statsråden for uttalelse på hva kongeriket Norges synspunkt på prosedyren var.<sup>6</sup> Dette eksempelet illustrerer hvor viktige spørsmålene i avhandlingen er.

### **1.3 Avgrensinger**

I avhandlingen er det nødvendig å foreta noen avgrensinger for å kunne rette fokus mot de mest relevante problemstillingene.

En problemstilling som er aktuell er om Norge har gitt «expressed consent» til snøkrabbefiske på norsk kontinentalsokkel i smutthullet i henhold til Havrettskonvensjonen artikkel 77 gjennom sin tiltredelse i NEAFC-konvensjonen. Høyesterett tok stilling til spørsmålet i HR-2017-2257-A, som og var den første saken hvor Høyesterett vurderte Norges rett til å regulere snøkrabbefangst på norsk kontinentalsokkel. Denne problemstillingen vil ikke bli vurdert i avhandlingen. Dette fordi jeg anser problemstillingen som godt løst både materielt og metodisk av Høyesterett. Dommen vil likevel bli brukt som en relevant kilde i enkelte drøftelser.

Videre vil spørsmålet om Norges folkerettslige hjemmel for opprettelsen av fiskevernsonen rundt Svalbard være aktuelt. Skulle snøkrabben ikke være en sedentær art, og derfor reguleres på lik linje med vanlige fiskearter vil dette spørsmålet kunne bli aktuelt i snøkrabbekonflikten. Spørsmålet vil ikke bli drøftet i avhandlingen. Dette begrunnes med at spørsmålet er avgjort av Norges Høyesterett i Rt. 2006 s. 1498, og fordi det av hensyn til tid

---

<sup>6</sup> Ottar Nilsen, Advokat med møterett for Høyesterett, fortalt 21.juni 2018.

og plass ikke vil være mulig å foreta en fullstendig og god drøftelse av dette innenfor avhandlings ramme.

Et annet relevant spørsmål i snøkrabbekonflikten er Svalbardtraktatens fremtid. Det er stilt spørsmål ved om traktaten er moden for revidering. Særlig hvis Høyesterett skulle konkludere med at den ikke gjelder helt ut til 200 nautiske mil utenfor Svalbards kyst.<sup>7</sup> Dette vil ikke drøftes i oppgaven fordi problemstillingen ligger noe fram i tid, men og fordi den er av sterk politisk art. Derfor faller den utenfor det som er avhandlingens kjerne.

## 1.4 Metode

Avhandlingens systematiseres i tre deler. Første del er å undersøke folkerettens metode for tolkning av traktater. Andre del er å undersøke norske domstolars metode ved tolkning av folkerettslige spørsmål undersøkes. Her er lagmannsrettens og Høyesteretts tolkning i fokus da domstolen plikter å følge folkerettslig metode. I avhandlingens siste del holdes den metode som retten anvender opp mot folkerettens metode for å avdekke eventuelle avvik.

De mest aktuelle traktatbestemmelsene som vurderes er FNs havrettskonvensjon artikkel 77 nr. 4, og Svalbardtraktatens artikkel 1 og 2 om traktatens geografiske virkeområde og kravet til likebehandling av traktatstatene.

Gjennom denne tredelte vurderingen og analysen skal hovedspørsmålet i avhandlingen besvares; er norske domstolars metodiske fremgangsmåte ved løsningen av rettsspørsmål knyttet til snøkrabbekonflikten i overensstemmelse med folkerettslig metode.

Når de ulike traktatene behandles tas det utgangspunkt i den norske oversettelsen så langt denne samsvarer med den engelske. Er det tvil om det er språklige ulikheter mellom den engelske versjonen og den norske oversettelsen vil førstnevnte anvendes. Dette begrunnes med at den engelske versjonen er den offisielle versjonen, vedtatt av det traktatgivende organ.

---

<sup>7</sup>Se (nrk.no/finnmark), [https://www.nrk.no/finnmark/tidligere-eu-topp\\_-norge-bor-fornye-svalbardtraktaten-1.13397485](https://www.nrk.no/finnmark/tidligere-eu-topp_-norge-bor-fornye-svalbardtraktaten-1.13397485), sist besøkt 26. oktober 2018.



## 2 Folkerettslig metode

### 2.1 Innledning

En forutsetning for å analysere domstolens metode ved løsning av folkerettslige spørsmål er at det klarlegges hvilken metode som skal anvendes ved løsning av disse spørsmålene. Folkerettslig metode skiller seg fra tradisjonell norsk rettskildelære. I norsk rett er det Torstein Eckhoffs rettskildelære som har vært mest sentral.<sup>8</sup> Denne læren er ikke lovfestet, så norske rettskildeprinsipper kommer til uttrykk gjennom rettspraksis og teori.<sup>9</sup> I folkeretten finnes det en rekke traktatfestede rettskildeprinsipper som det skal redegjøres for. Wienkonvensjonen, ICJs vedtekter og andre ikke-traktatfestede tolkningsprinsipper vil her være sentrale.<sup>10</sup> Gjennom den klarleggingen som følger kan det rettes et kritisk søkelys på norske domstolers metode ved tolkning av Svalbardtraktaten og Havrettskonvensjonen. Som en forlengelse av denne redegjørelsen vil det også oppstå noen metodiske spørsmål som må drøftes.

Det første metodiske spørsmålet er om prinsippet om selvstendig tolkning gjelder ved tolkningen av folkerettslige traktater som gjelder ved sektormonisme. Neste spørsmål er hvilken vekt nasjonal og internasjonal rettspraksis skal ha ved tolkningen av traktater. Det siste spørsmålet er hvilken metode norske domstoler skal anvende ved tolkningen av folkerettslige traktater. Hvorfor disse spørsmålene oppstår, vil bli redegjort i den enkelte drøftelse.

### 2.2 Aktuelle dommer i avhandlingen

#### 2.2.1 Generelt

I avhandlingen blir flere dommer belyst i forhold til folkerettslig metode. For at dette skal gjøres på en pedagogisk god måte redegjøres det for disse tidlig i avhandlingen. Det er også hensiktsmessig for å belyse det fagområde som avhandlingens hovedspørsmål sikter seg inn på. Den enkelte redegjørelse tar for seg dommenes faktum og rettslige problemstillinger.

#### 2.2.2 LH-2017-144441 – «Senator-saken»

LH-2017-144441(Senator-saken) er en straffesak mot rederiet og skipperen på det latviske fiskefartøyet Senator. Senator ble kontrollert av Kystvakten 16. januar 2017. Under kontrollen

---

<sup>8</sup> Rett og Rettsanvendelse, Jens Edvin A. Skoghøy, Tromsø 2018, (Skoghøy 2018), s. 26

<sup>9</sup> Skoghøy 2018, s. 20

<sup>10</sup> Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945.

ble det lagt fram lisens utstedt av latviske myndigheter. Lisensen gav Senator tillatelse til å drive fangst etter snøkrabbe i områder som inkluderte fiskevernsonen rundt Svalbard. Det rettslige grunnlaget for lisensen var EU-regler godkjent av EUs ministerråd 13. desember 2016. Sakens hovedproblemstilling var om inndragningen av fangstverdien samt overtredelsesforelegget som ble utstedt var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.

I straffesaken ble det anført fra forsvarers side at de tiltalte ikke kunne straffes da snøkrabben ikke er en «sedentær art» etter Havrettskonvensjonen art. 77 nr. 4. Som en konsekvens av dette, anførte de at arten ikke kan reguleres etter Havrettskonvensjonens regler for kontinentsokkelen utenfor 200 nautiske mil, men etter reglene for det åpne hav. Videre anførte forsvaret at forskriften om forbud mot fiske av snøkrabbe ikke gjelder i området hvor Senator hadde drevet fangst, det vil si på kontinentsokkelen i fiskevernsonen ved Svalbard. Påtalemyndigheten var uenige i dette. De anførte at snøkrabben er en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4. I sin vurdering tok retten utgangspunkt i folkerettens metode slik den fremkommer i Wien-konvensjonen artikkel 31.<sup>11</sup>

Saken er anket inn for Høyesterett og ble behandlet i avdeling 30-31. oktober 2018. Etter behandlingen er saken henvist videre til storkammer på grunn av de rettslige spørsmålenes viktighet.<sup>12</sup> Høyesterett behandler saken i storkammer 15-17. januar 2019.<sup>13</sup>

### **2.2.3 Rt. 2014 s. 272 og LH-2013-50194 – «Kiel-saken»**

Kiel, som var et tysk fiskefartøy, hadde overskredet den dagjeldende regelen om at EU-fartøy kun har tillatelse til å ha maksimum 19% innblanding av hyse som bifangst ved fiske i fiskevernsonen. Gjennom hyseforskriften for fiskevernsonen ved Svalbard (hyseforskriften) hadde fartøy fra Norge, Russland og Grønland på dette tidspunktet egen hysekvote, i motsetning til EU-fartøy som kun fikk fange hyse som bifangst.<sup>14</sup>

Ved inspeksjon gjennomført av kystvakten, ble det avdekket at Kiel hadde gjennomført hal med 30,9% innblanding av hyse, og et etterfølgende hal med innblanding av 39,4% hyse i samme område. Troms politidistrikt utferdiget derfor et inndragningsforelegg og overtredelsesforelegg mot skipperen og rederiet for overtredelse av hyseforskriften.

---

<sup>11</sup> Redegjørelse for faktum og hovedproblemstilling baserer seg på rettens redegjørelse i LH-2017-144441.

<sup>12</sup> HR-2018-2231-J.

<sup>13</sup> Se (domstol.no) <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/henviste-saker/henviste-saker-internett.pdf>, sist besøkt 6. desember 2018.

<sup>14</sup> Forskrift 11. mai 2011 nr. 485 om regulering av fisket etter hyse i fiskevernsonen ved Svalbard i 2011 (hyseforskriften).

Hovedproblemstillingen i saken var om hyseforskriften for fiskevernsonen utenfor Svalbard var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>15</sup>

Det ble anført av rederiet og skipperen at hyseforskriften utgjorde et brudd på likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten. Begrunnelsen for at likebehandlingsprinsippet var brutt, var at EU-fartøy kun fikk fiske hyse som bifangst, i motsetning til blant annet Norge og Russland som fikk egen kvote for primærfangst. Det ble og anført at Svalbardtraktaten kommer til anvendelse i fiskevernsonen. Lagmannsretten kom til at Svalbardtraktaten ikke får anvendelse i fiskevernsonen. Anførselen om brudd på likebehandlingsprinsippet ble derfor ikke vurdert. Saken ble av rederi og skipper anket inn for Høyesterett.<sup>16</sup>

I Høyesterett kom retten til at hyseforskriften ikke var i strid med likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten. Svalbardtraktatens geografiske virkeområde ble som en konsekvens av dette ikke vurdert av Høyesterett.<sup>17</sup>

#### **2.2.4 Rt. 1996 s. 624 – «Islandske trålere»**

To islandske trålere ble i 1994 arrestert av kystvakten for å ha drevet ulovlig fiske i fiskevernsonen. Gjennom forskrift om regulering av torskefiske i fiskevernsonen ved Svalbard i 1994 (torskeforskriften) § 2 ble det avgrenset hvilke tredjeland som fikk tilgang på torskekvoter.<sup>18</sup> Torskeforskriften ga ikke tilgang til torskefiske for Island. Det ble derfor utferdiget forelegg, mot rederiene og skipperne på de respektive trålerne for overtredelse av lov om Norges økonomiske sone.<sup>19</sup> Sakens hovedproblemstilling var om de tiltalte kunne straffes for å ha drevet fiske i fiskevernsonen.<sup>20</sup>

De tiltalte anførte at utestengelsen av Islandske fartøy fra å fiske torsk i fiskevernsonen utgjorde dette et brudd på likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten. Anførselen begrunnet de med at kravet til likebehandling er absolutt og gjelder for Island som traktatspart. Staten på sin side bestred denne anførselen og viste til at likebehandlingsprinsippet gjelder kun hvor nasjonalitet er brukt som utvelgelseskriterium. I dette tilfellet var historisk fiske utvelgelseskriterium.

---

<sup>15</sup> TNHER-2012-141874.

<sup>16</sup> LH-2013-50194.

<sup>17</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 62).

<sup>18</sup> Forskrift 12. august 1994 nr. 801 om regulering av torskefiske i fiskevernsonen ved Svalbard i 1994 (torskeforskriften).

<sup>19</sup> Lov 17. desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone.

<sup>20</sup> Rt. 1996 s. 624 (s. 626-627).

Høyesterett kom i sin vurdering til at regulering basert på objektive kriterier som for eksempel historisk fiske ikke var i strid med Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp.<sup>21</sup>

### **2.3 Høyesteretts tolkning av traktater som er inkorporert eller gjelder gjennom sektormonisme**

Det norske rettssystemet er som utgangspunkt basert på dualisme. De folkerettslige traktatene og forpliktelsene Norge påtar seg blir da ikke automatisk en del av norsk rett. For at dette skal være tilfelle, må det gjennomføres aktiv transformasjon eller inkorporering.<sup>22</sup> Hvis norske regler allerede er i overensstemmelse med folkeretten, er en konstatering tilstrekkelig. I enkelte tilfeller har lovgiver derimot sett det som nødvendig å gjennomføre sektormonisme. Da gjøres de til enhver tid gjeldende folkerettslige forpliktelsene til norsk rett på et avgrenset område. I havressursloven er dette gjort ved at loven med de begrensninger som følger av folkeretten jf. § 6.<sup>23</sup>

Sektormonisme åpner for at parter kan påstå at norsk lov ikke er i henhold til de internasjonale forpliktelsene Norge har påtatt seg, og at loven derfor må settes til side. Et eksempel hvor dette var tilfelle er «Senator-saken». Her påsto de tiltalte at forelegget utstedt til rederi og kaptein var ugyldig, da forskriften som hjemler forelegget er i strid med både Havrettskonvensjonens og Svalbardtraktens bestemmelser.<sup>24</sup>

Foruten at det er konstatert at Wien-konvensjonens regler for tolkning av konvensjoner gjelder, har ikke Høyesterett i særlig grad gitt uttrykk for hvilke regler og prinsipper som gjelder ved tolkning av de aktuelle folkerettslige spørsmål.<sup>25</sup> Spørsmålet er derfor hvilke metodiske prinsipper det er Høyesterett legger til grunn ved tolkningen av de relevante folkerettslige traktater.

Vurderingen tar utgangspunkt i Høyesteretts praksis på tolkning av folkerettslige traktater som er inkorporert, eller gjelder gjennom sektormonisme. Her har det skjedd en utvikling i Høyesteretts tolkning. Utviklingen er relevant for å avklare hvilke metodiske prinsipper som legges til grunn ved tolkningen av folkerettslige traktater. I de sakene som skal analyseres i

---

<sup>21</sup> Rt. 1996 s. 624 (s. 627 og s. 636).

<sup>22</sup> Sindre Torp Helmersen, Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm, *Kritisk juss*, 03/2015, s. 161-s. 183, s. 162.

<sup>23</sup> Lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressursar(havressursloven), og NOU 2005: 10 s. 218.

<sup>24</sup> TOSFI-2017-57396 («Bakgrunn for saken som er uomtvistet»).

<sup>25</sup> HR-2017-569-A (avsnitt 44) og HR-2017-2078-A, (avsnitt 67).

avhandlingen ble det påberopt motstrid mellom norsk rett og folkeretten. De prinsippene som kan utledes fra denne høyesterettspraksisen er derfor overførbar.

I Rt.1994 s.610 ble det lagt til grunn at man skulle tolke de norske straffeprosessreglene i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, og ved motstrid måtte de norske reglene vike jf. straffeprosessloven § 4.<sup>26</sup> Denne bestemmelsen innfører sektormonisme i straffeprosessen. Det ble samtidig stilt krav om at den avvikende regel bygd på internasjonale kilder måtte fremstå som tilstrekkelig klar og entydig. Reglen omtales også som klarhetsprinsippet.<sup>27</sup>

I Rt. 1999 s. 961 ble klarhetsprinsippet satt på prøve ved at førstvoterende ønsket å forlate prinsippet. Det resterende flertall av dommerne delte ikke et slikt syn, og prinsippet ble derfor stående. I Rt. 2000 s. 996 (Plenumssaken) var derimot Høyesterett enstemmig enig med førstvoterende i Rt. 1999 s. 961, og forlot klarhetsprinsippet. Den tolkningsmetode som ble lagt til grunn i Plenumssaken er i ettertid kjent som prinsippet om selvstendig tolkning. I de tilfeller hvor tolkningsresultatet ikke fremstår som entydig og klart, skal det foretas en selvstendig tolkning for å klarlegge innholdet i den folkerettslige bestemmelsen.<sup>28</sup>

Plenumssaken gjaldt kun den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 1 som er en inkorporert menneskerettsbestemmelse etter menneskerettsloven.<sup>29</sup> Spørsmålet er derfor om prinsippet også gjelder hvor en folkerettslig konvensjon må tolkes fordi det påberopes motstrid mellom denne og reglene i havressursloven. Dette skal det ses nærmere på, etter at det er redegjort for hva prinsippet om selvstendig tolkning innebærer. Redegjørelsen baserer seg på de saker hvor den Europeiske menneskerettskonvensjon anvendes.

Prinsippet innebærer at det er Den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) tolkningsprinsipper som skal legges til grunn for tolkningen. Dette betyr at norske domstoler skal følge samme fremgangsmåte, og vekting av kilder og momenter som EMD. Det skal ved tolkningen ikke legges inn noen sikkerhetsmargin for å unngå at Norge blir dømt for brudd på menneskerettsbestemmelsene. Norske domstoler skal ikke være for rettsskapende, da det som utgangspunkt er EMDs oppgave å utvikle konvensjonen. Domstolene må derfor være tilbakeholden med å tolke konvensjonen for rettsutviklende. Hvis det ved tolkningen fremtrer

---

<sup>26</sup> Lov 22. mai 1981 nr 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

<sup>27</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, Norske domstolars lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettsbestemmelser, *Lov og rett*, 06/2002, s. 337-354, (Skoghøy 2002), s. 341.

<sup>28</sup> Skoghøy 2002, s. 342.

<sup>29</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett(menneskerettsloven) og European convention on human rights, 4. november 1950.

flere interesser og hensyn mot hverandre må det foretas en avveining basert på norske verdihensyn, og ikke en gjetning om hva EMD ville gjort. Hva gjelder vektleggingen av EMDs avgjørelser gjelder den alminnelige prejudikatlæren. Dommenes overføringsverdi er avgjørende for hvor stor vekt den skal tillegges.<sup>30</sup>

Som nevnt er det et spørsmål om prinsippet om selvstendig tolkning med sitt innhold også gjelder generelt ved tolkning av folkerettslige spørsmål som for eksempel i «Senator-saken». Et argument for at prinsippet gjelder er at forskjellen på inkorporering og sektormonisme ikke er veldig stor. Ved inkorporering i menneskerettsloven gjelder konvensjonen med forrang foran all norsk lov. Gjennom sektormonisme i havressursloven skal kun den aktuelle loven tolkes innskrenkende eller settes til side ved motstrid med konvensjonen. En norsk lovbestemmelse må altså uansett vike for den internasjonale konvensjonen. Uavhengig av om konvensjonen er inkorporert eller gjelder ved sektormonisme. Den faktiske virkningen av en inkorporering kontra sektormonisme er dermed så liten at det i seg selv tilsier at prinsippet om selvstendig tolkning kan anvendes hvor det er innført sektormonisme. Dessuten fremtrer det også som en naturlig tolkningsmetode, sett i lys av at norske domstoler alltid må ha som mål å komme fram til det riktige rettslige innhold i internasjonale konvensjoner, noe prinsippet om selvstendig tolkning i stor grad tar sikte på å føre til.

På den andre siden har Høyesterett ikke på noe tidspunkt eksplisitt gitt uttrykk for at prinsippet generelt gjelder for tolkning av folkerettslige traktater. Andre organer som f.eks Den internasjonale domstolen i Haag (ICJ) vil kunne ha en annen tilnærming til tolkning av internasjonale konvensjoner enn det EMD har.

Likevel er det mest naturlige å legge til grunn videre for avhandlingen at prinsippet gjelder generelt ved tolkningen av folkerettslige spørsmål. Da med den modifikasjon for denne avhandlingen at i stedet for å basere seg på EMDs metode, heller ser til den metode og de tolkningsregler som andre internasjonale domstoler bruker. Da de aktuelle tvistene relatert til havressursloven § 6 vil kun ende i ICJ er det naturlig å se på hvilke tolkningsprinsipper som anvendes av denne domstolen.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Se Rt. 2000 s. 996, (s. 1007-1008) samt Skoghøy 2002, s. 347-348 for redegjørelse for de ulike momentene i prinsippet.

<sup>31</sup> <https://www.nrk.no/finnmark/snokrabbedom-kan-sette-norge-pa-prove--kan-bli-en-brekkstang-for-oljen-1.13586925>, sist besøkt 19.november 2018.

## **2.4 Wien-konvensjonen om traktatretten – det sentrale utgangspunkt**

### **2.4.1 Innledning**

Det sentrale utgangspunkt ved tolkning av traktater er Wien-konvensjonen. Norge har tatt et valg om ikke å tiltre konvensjonen, og er derfor som utgangspunkt ikke bundet av den. Konvensjonen er likevel å anse som folkerettslig sedvanerett.<sup>32</sup> Derfor vil den være utgangspunkt for norske domstolars tolkning av blant annet Svalbardtraktaten. Artikkel 31-33 utgjør retningslinjene for tolkning av traktater, med artikkel 31 som hovedregelen. Tolkningsmomentene i artikkel 32 er supplementære, men vil likevel kunne være av relevans ved tolkningen. At de er supplementære følger av overskriften til artikkelen. Artikkel 33 angir reglene for traktater utgitt i flere språk, men vil ikke være fokus for den videre redegjørelsen. Den videre redegjørelsen omfatter derfor artikkel 31 og 32.

### **2.4.2 Artikkel 31 første ledd, «in good faith»**

Etter artikkel 31 første ledd skal en traktat tolkes «in good faith». Det er naturlig at dette betyr at en skal gjennomføres en tolkning i henhold til både traktatens og partenes intensjon. I en sak for ICJ fra 1997 uttalte domstolen følgende om «good faith» kravet:

«The principle of good Faith obliges the Parties to apply it in a reasonable Way and in such manner that its purpose can be realized»<sup>33</sup>

Uttalelsen er en god illustrasjon på målet om at det skal foretas en tolkning som anvender traktaten på en god måte, og som gjør at målet med traktaten kan bli realisert. Det vil og kunne medføre at ordlyden i traktaten i varierende grad settes til side hvis den er motstridende med formålet og hensikten med traktaten. Formålet og hensikten med traktaten drøftes nærmere inn på under punkt 2.4.4.

### **2.4.3 Artikkel 31 første ledd, «in accordance with the Ordinary meaning»**

Art. 31 første ledd viser videre til at traktaten skal tolkes i tråd med «the ordinary meaning».

«Ordinary» som oversettes til «vanlig» på norsk, peker i retning av en helt vanlig ordlydsfortolkning slik det gjøres i norsk rettskildelære. Siktemålet er da å komme frem til den naturlige språklige forståelsen av ordlyden.

---

<sup>32</sup> Morten Ruud, Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 4. utgave, Oslo 2011, (Ruud, Ulfstein 2011) s. 89.

<sup>33</sup> Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ Judgement 25. september 1996, (avsnitt 142).

«The ordinary meaning» skal sikre at den som tolker traktaten ikke legger sitt politiske syn til grunn for tolkningen. Videre skal den hindre at tolkeren opptrer som en lovgiver ved tolkningen.<sup>34</sup> Samtidig må disse momentene avveies mot behovet for å fylle et eventuelt vakuum som oppstår ved tolkningen av ordlyden. Språket er det som i størst grad gir utrykk for de legitime forventningene partene har til traktaten.<sup>35</sup> Derfor vil ordlyden være sentral ved tolkningen. «The ordinary meaning» er og med på å sikre en konsistent og objektiv tolkning. For å sikre at de ovennevnte momentene ivaretas, er det også viktig at tolkeren ser hen til ordlyden ved tolkningen av i lys av traktatens formål og kontekst.<sup>36</sup>

Som en del av endringer i språket vil det være forskjell på ordlyden i en traktat vedtatt på 1920-tallet og en vedtatt på 2000-tallet. Et ord eller en setning kan derfor forstås vesensforskjellig etter en naturlig språklig forståelse i lys av hvilken tidsperiode den tolkes i. Linderfalk har fremhevet denne utfordringen og vist til at en tolkning etter traktatens «ordinary meaning» ikke alltid er så selvfølgelig. Over tid dukker det opp nye ord og flere synonymer. Dette må den som utfører tolkningen legge vekt på, mener han.<sup>37</sup>

Linderfalk fremhever videre at «the word ordinary is ambiguous». Med det sikter han til at «ordinary» kan bety at traktaten skal tolkes i henhold til et vanlig, dagligdags og ikke-eksepsjonelt språk. På den andre siden kan det også bety at tolkningen skal gjøres i henhold til et mer teknisk og juridisk språk. Han konkluderer til slutt med at det er naturlig å se begge sidene i en sammenheng. På den måten får man et korrekt bilde av ordlyden.<sup>38</sup> Hans synspunkt fremstår som logisk hvis det tas i betraktning at i mange tilfeller vil ordlyden kunne ha flere betydninger, og dermed viktigheten av at de ulike perspektivene fremheves. Dessuten er det som nevnt flere andre tolkningsverktøy som vil kunne bidra til å komme frem til en endelig tolkning.

I sin presentasjon av «the ordinary meaning» viser Linderfalk til mange viktige momenter ved tolkningen av ordlyden. Samtidig er det viktig at en anerkjenner det faktum at ordlyden ikke alene er det som avgjør traktaters innhold og betydning. Det finnes et stort antall tolkningsverktøy som gjennom Wien-konvensjonen kan tillegges vekt ved tolkningen. Ordlydens sammensatte betydning baseres derfor ikke utelukkende på det «ordinary

---

<sup>34</sup> Chang-fa Lo, Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties – A new round of codification, Tapei 2017, (Lo 2017), s. 156.

<sup>35</sup> Lo 2017, s. 156.

<sup>36</sup> Lo 2017, s. 156-157.

<sup>37</sup> Ulf Linderfalk, On the interpretation of Treaties, The modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, Lund 2007(Linderfalk 2007) s. 203.

<sup>38</sup> Linderfalk 2007, s. 63.



meaning». Som Lo skriver, er det ikke uvanlig at «the ordinary meaning» har flere ulike betydninger, og alle disse må derfor tas med videre for avklaring i lys av formålet og konteksten.<sup>39</sup>

ICJ har gjennom sin rettspraksis vektlagt «the ordinary meaning» i stor grad ved tolkningen av traktater. Et konkret eksempel på dette er Jan Mayen-saken mellom Norge og Danmark, hvor det var uenighet om delelinjer mellom Jan Mayen og Grønland. Det var inngått en folkerettslig avtale mellom landene som det fra Norges side ble hevdet at medførte at delelinjen skulle settes ved medianlinjen. Dette ble bestridt fra Danmarks side. Etter en vurdering i ICJ ble det vektlagt at «the ordinary meaning» av avtalen ikke tydelig nok gav uttrykk for at delelinjen skulle settes slik Norge mente.<sup>40</sup>

#### **2.4.4 Artikkel 31 første ledd, «Object and purpose»**

Det tredje tolkningsmomentet er at traktaten skal tolkes i lys av sitt formål. Fortalen og andre formålsbestemmelser vil her være essensielle, da de som utgangspunkt forteller enten noe om bakgrunnen eller siktemålet til traktaten. Tolkningsmomentet skal ikke vurderes isolert, men sammen med «the ordinary meaning» som nevnt ovenfor.<sup>41</sup> Dette betyr at traktatens «object and purpose» skal kartlegges for videre å se den i sammenheng med den naturlige språklige forståelsen av ordlyden. Slik kommer en nærmere den korrekte tolkningen av ordlyden.

Churchill og Ulfstein har fremhevet at en tolkning i lys av formålet ikke er lett. Risikoen er at en i større grad baserer tolkningen på subjektive betraktninger heller enn objektive kriterier.<sup>42</sup>

Linderfalk har fremhevet at ved tolkningen av ordlyden i lys av formålet er det ikke den faktiske virkning til traktaten som ordlyden skal tolkes i lys av. Han mener at det er traktatpartene som setter premissene for hva som er formålet ved traktaten, og at det er hva de i felleskap hadde som intensjon ved inngåelsen som utgjør formålet. Derfor må det legges stor vekt på deres syn. Tolkningen i lys av formålet vil derfor være subjektivt, og ikke objektivt.<sup>43</sup> Han avfeier med det muligheten for at tolkningen av en traktat sitt «object and purpose» er objektiv. Dette står i sterk kontrast til Churchills og Ulfsteins standpunkt.

---

<sup>39</sup> Lo 2017, s. 155.

<sup>40</sup> Case concerning Maritime Delimitation in the Area of Jan Mayen (Denmark v Norway) Judgment of 14 June 1993, ICJ Reports, 1993.

<sup>41</sup> Linderfalk 2007, s. 203.

<sup>42</sup> Robin Churchill og Geir Ulfstein, The disputed maritime zones around Svalbard, i Myron Nordquist, John Norton More og Thomas Heidar (red.), Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea, Leiden 2010 s.551-593 (Churchill, Ulfstein 2010), (s. 570-571).

<sup>43</sup> Linderfalk 2007, s. 205-206.

Det Linderfalk fremhever om at tolkningen ikke skal gjøres i lys av den faktiske virkningen er påfallende tatt i betraktning at den faktiske virkningen ofte gir uttrykk for hvordan traktaten fungerer. Videre er ofte slik at når en tolker traktater gjøres det fordi tolkningsresultatet ikke gir seg selv. Virkningen kan da gi en pekepinn på hvilke hensyn som skal vektlegges ved tolkningen, og med det være av stor verdi. På den andre siden har han gode argumenter for at tolkningen som utgangspunkt skal gjøres i henhold til det som er formålet ved inngåelsen av traktaten. Hvis ikke er risikoen at traktaten tolkes i en annen retning enn det som faktisk var formålet med den.

Ved første øyekast kan det virke som Churchill og Ulfsteins syn på at tolkningen i lys av formålet er objektiv avviker fra Linderfalks sitt standpunkt om at tolkningen er subjektiv. Førstnevnte utdyper ikke sitt syn i særlig grad, og det er derfor vanskelig å tolke hva de begrunner det med. Lest i den kontekst synet deres står i kan det virke som at de sikter til at tolkeren sitt syn fort kan farge tolkningen i lys av formålet. Linderfalk, på sin side, sikter til traktatspartenes subjektive forståelse av intensjonen bak traktaten. Det er derfor mulig de ikke er uenige.

For å sammenfatte drøftelsen er det viktig å se hele bildet når en traktats «object and purpose» skal klarlegges. Foruten de faktorene som ble nevnt innledningsvis, er det naturlig at hele traktaten ses i en sammenheng, og at de tilgjengelige tolkningsinstrumentene brukes. På denne måten vil man kunne komme frem til hva som var den tiltenkte virkningen for traktaten, og dermed fastslå hva som er traktatens formål.

#### **2.4.5 Artikkel 31 første ledd, «Context»**

Det siste momentet som etter Wien-konvensjonen skal vurderes ved tolkningen av ordlyden er konteksten. Artikkel 31 andre og tredje ledd opp en rekke momenter som anvendes for å finne konteksten.

Det finnes to måter å tolke en bestemmelse i lys av konteksten. Den ene er i forhold til omgivelsen, altså i forhold til bestemmelsens og traktatens helhet. Den andre er at ordlyden tolkes i en noe videre kontekst.<sup>44</sup> Det siste vil typisk være de momenter som kommer klart til uttrykk i artikkel 31 andre og tredje ledd.

Som ved tolkningen va formålet er fortalen også et godt utgangspunkt for tolkningen av ordlyden i lys av konteksten. Den gir ofte uttrykk for hvorfor traktaten er utarbeidet, og hvilke

---

<sup>44</sup> Richard K. Gardiner, Treaty Interpretation, Oxford, 2008,(Gardiner 2008), s. 177-178.

forhold den tar sikte på å regulere. For å kaste lys over helheten vil og resterende bestemmelser i traktaten være viktig. Ofte finnes det en hovedregel og flere unntak fra denne. Hvis et unntak eksplisitt regulerer noe som også kan falle inn under hovedregelen, vil dette bety at ordlyden ikke omfattes av hovedregelen.

Videre lister artikkel 31 andre ledd opp relevante momenter ved tolkningen av konteksten. Et av disse er andre avtaler og folkerettslige instrumenter inngått mellom alle traktatspartene i sammenheng med inngåelse av traktaten. Eksempler på dette kan være at det utledes plikter og rettigheter gjennom vedtakelse og tiltredelse i en traktat. Med dette som grunnlag inngås det for eksempel avtaler om delelinjer til sjøs og avtaler om rettigheter til å høste av hverandres havressurser. Disse avtalene vil gi veiledning på hva traktaten gir uttrykk for. Avtaler inngått mellom kun noen få av partene i traktaten vil og kunne være relevant. Men dette er kun såfremt de er godkjent av de resterende partene som et relevant instrument i forhold til traktaten. Fordelen med disse avtalene og instrumentene er at de i stor grad vil gi uttrykk for den felles forståelse som er mellom partene når det gjelder traktatens tolkning.

I artikkel 31 tredje legges det til tre elementer som og er relevante i forlengelse av konteksten. Disse er avtaler mellom partene om hvordan traktaten skal tolkes, etterfølgende statspraksis som stadfester en tolkningsmåte mellom partene og annen internasjonal rett som er relevant mellom partene. Disse momentene viser at ved tolkningen av konteksten kan det ikke trekkes korte og enkle slutninger. Traktaten må ses i en større sammenheng for faktisk å klarlegge traktatens kontekst. Det er viktig at de kravene som stilles til hva som utgjør en del av konteksten etter Wien-konvensjonen artikkel 31 faktisk oppfylles. Hvis så ikke er tilfelle vil en kilde eller et tolkningsmoment ikke kunne anvendes for å belyse konteksten.<sup>45</sup>

Orakhelashvili illustrerer hvordan konteksten fungerer i praksis som tolkningsmoment gjennom ICJs IMCO Advisory Opinion<sup>46</sup>. Her var det uenighet om hvordan ordet «elected» skulle forstås i forhold til hvilke nasjoner som skulle velges inn i Maritime Safety Committee. ICJ kom til at tolkningen ikke kunne gjøres i henhold til den allmenne forståelsen av ordet, men måtte gjøres i lys av hvor det er brukt. Dette åpner for en vid tolkning hvis det er nødvendig, men og en restriktiv tolkning hvis det er nødvendig for at ordet skal passe inn i den konteksten det er brukt i.<sup>47</sup> I IMCO Advisory Opinion kom ICJ til at «elected» skulle

---

<sup>45</sup> The interpretation of acts and rules in public international law, Alexander Orakhelashvili, Oxford 2008,(Orakhelashvili 2008), (s. 343).

<sup>46</sup> Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organisation, Advisory Opinion, 8. juli 1960, ICJ Reports, 1960, (s. 150).

<sup>47</sup> Orakhelashvili 2008, s. 341.

leses på to forskjellige måter. På et sted som et krav om at enkelte nasjoner skulle velges inn, og på et annet sted som at resterende medlemmer kunne velges fritt fra alle nasjoner.

Når det gjelder de enkelte elementene som belyser konteksten stilles det enkelte krav til disse utover at de faktisk faller inn under ordlyden. Praksisen kan ikke være inkonsekvent eller begrenset i omfang. Hvis dette er tilfelle vil den ikke ha særlig verdi ved tolkningen av konteksten. Videre må partene ha inntatt og gitt uttrykk for sitt synpunkt på tolkningen av traktaten for at dette skal kunne brukes som et moment i tolkningen av konteksten.<sup>48</sup>

Som redegjørelsen viser er tolkningen av ordlyden i lys av konteksten en sammensatt vurdering. Det er viktig at en i denne delen av tolkningen foretar en inngående og bred vurdering hvor både kildenes vekt og innhold vurderes konkret. Her vil både den språklige konteksten, men og konteksten gjennom de momentene som listes opp i artikkel 31 være helt sentrale. Til slutt vil tolkningen i lys av konteksten avgjøres av hvilken retning alle momentene peker i forhold til ordlyden.

#### **2.4.6 Artikkel 32 - Supplerende tolkningsmomenter**

Wien-konvensjonens supplerende tolkningsmomenter fremkommer av artikkel 32. Disse skal kun brukes for å bekrefte en tolkning som er gjort i henhold til artikkel 31, alternativt hvis tolkningen enten er tvetydig, uklar, åpenbar absurd eller urimelig. Tolkningskildene er ikke en del av «general rule of interpretation», og vil derfor ikke ha samme vekt som kildene etter artikkel 31.<sup>49</sup>

Supplerende tolkningsmomenter er i all hovedsak «preparatory work» og «circumstances of its conclusion».<sup>50</sup> Tolkningsmomentene er de mest vanlige, men listen i artikkel 32 er ikke uttømmende.<sup>51</sup>

Når det gjelder bruken av supplerende tolkningsmomenter for å bekrefte en tolkning som i utgangspunktet er klar, har det i juridisk teori blitt stilt spørsmål ved om det i det hele tatt er behov for å bruke dem hvis resultatet allerede gir seg selv ved tolkningen.<sup>52</sup> Skulle forarbeidene tilsi noe annet enn det klare tolkningssvaret man i utgangspunktet har landet på,

---

<sup>48</sup> Robin Churchill, Jan H. Sundet, Geir Ulfstein, Snøkrabben som «sedentær art» etter FNs Havrettstraktat – et tilsvarende, *Lov og rett* 08/2018, s. 510-515, (Churchill, Sundet Ulfstein 2018), (s. 517).

<sup>49</sup> Wien-konvensjonen artikkel 31 – overskrift på bestemmelsen.

<sup>50</sup> Wien-konvensjonen artikkel 32.

<sup>51</sup> Gardiner 2008, s. 302.

<sup>52</sup> Gardiner 2008, s. 323.

vil neppe et supplerende tolkningsmoment være tilstrekkelig for å dra tolkningen i en annen retning.

I lys av ICJs praksis er det fremhevet en begrunnelse for en tolkning i lys av supplerende tolkningsmomenter ved et klart tolkningsresultat. Begrunnelsen er behovet for å anerkjenne begge parters anførte tolkningsmomenter, selv om kun den ene parts tolkningsmomenter får gjennomslag i tolkningen.<sup>53</sup>

Dersom det er behov for å gå videre med tolkningen i lys av supplerende tolkningsmomenter fordi tolkningen etter artikkel 31 er åpenbart absurd eller urimelig er det ikke tilstrekkelig at en part hevder det eller at det finnes en alternativ tolkning. Tolkningen må være gjennomgående åpenbart absurd eller urimelig sett fra alle aspekter. Videre skal det heller ikke legges vekt på supplerende tolkningsmomenter så fremt det ikke oppstår ekstraordinære situasjoner hvor det er tvingende nødvendig å anvende dem. Begrunnelsen for det at en skal unngå å gi traktaten en helt ny mening uten at det finnes gode grunner for det.<sup>54</sup>

## **2.5 Den internasjonale domstolen i Haags vedtekter**

I den folkerettslige metoden er også ICJs vedtekter av stor interesse. Særlig siden de rettslige tvistene i snøkrabbekonflikten kan bli bragt inn for domstolen. Rettskildeprinsippene i vedtektene finnes i artikkel 38. De gjelder som utgangspunkt kun for ICJ, men Ruud og Ulfstein fremhever at de også er å anse som alminnelige metoderegler i folkeretten.<sup>55</sup>

Artikkel 38 bokstav a, b og c viser til at internasjonale konvensjoner, internasjonal sedvanerett og alminnelige rettsprinsipper utgjør primærkilder i folkeretten. Når domstolen skal vurdere de folkerettslige spørsmålene, er det hovedsakelig disse kildene den skal anvende. Videre åpner bokstav d i artikkel 38 for at også rettspraksis og juridisk teori kan anvendes, men at disse er sekundære kilder. Dette følger av at det henvises til artikkel 59, som legger til grunn at avgjørelser kun er bindende mellom partene.

Det særegne med folkerettens kilder, kontra rettskildefaktorene i norsk rett er at sistnevnte er basert på autoritet. Det finnes et eget lovgivningsorgan som har ansvar for å gi lover og domstoler som håndhever disse. Folkeretten derimot er bygd på autonomitet.

---

<sup>53</sup> Gardiner 2008, s. 323.

<sup>54</sup> Lo 2017, s. 227-227.

<sup>55</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 66.

Lovproduksjonen er betydelig lavere og derfor finnes det få folkerettslig bindende vedtak av internasjonale organisasjoner som Forente Nasjoner.<sup>56</sup>

En av hovedgrunnene til at spesielt rettspraksis ikke har samme vekt i folkeretten som i nasjonal rett er at folkerettslige avgjørelser i all hovedsak avgjør tvister mellom to parter. Det innebærer at domstolen ikke i samme grad tar stilling til folkeretten på generelt grunnlag. De som står utenfor tvisten kan derfor ikke med avgjørelsen som grunnlag påberope seg rettigheter. ICJ har på sin side derimot valgt å vektlegge rettspraksis. Et konkret tilfelle er Jan Mayen-saken, hvor en voldgiftsdom mellom Storbritannia og Frankrike ble vektlagt. Voldgiftsdommen inneholdt uttalelser som var av en slik karakter at ICJ mente den kunne anvendes for å løse saken.<sup>57</sup>

Et annet moment som trolig vil være avgjørende for om man kan legge vekt på rettspraksis er hva som faktisk fremkommer av praksisen. Noen rettsavgjørelser vil knytte seg til et veldig konkret faktum, mens andre inneholder mer generelle tolkninger av traktaten. I sistnevnte tilfelle vil nok domstolen være mer tilbøyelig til å legge vekt på rettspraksis. Dommen har da mest sannsynlig større overføringsverdi til den konkrete saken.

Selv om rettspraksis etter ICJs vedtekter kun er sekundærkilder er det gode grunner for at en ved tolkningen av traktater skal legge vekt på rettspraksis. Rettspraksis er med på å sikre en konsistent praksis og tolkning av traktater. Det er dessuten med å på å sikre forutberegnelighet for statene.<sup>58</sup>

Når det gjelder juridisk teori er det denne kilden som kanskje mest skiller seg fra de tolkningsmomentene som står i Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32. Tatt i betraktning at de ikke kommer til uttrykk i Wien-konvensjonen burde det utvises forsiktighet med å anvende juridisk teori, selv om ICJs vedtekter anerkjenner kilden. Samtidig er det slik at rettsanvendere i folkeretten ikke er pliktig å følge det som kommer til uttrykk i juridisk teori, da dette kun er en eller flere sitt synspunkt. Derfor er det argumentasjonen i den juridiske teorien som er av størst interesse. Inneholder den god argumentasjon vil den ofte kunne være av interesse i drøftelsen.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 67.

<sup>57</sup> Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Danmark v. Norway) ICJ Rep. 1993 s. 38, (s. 58).

<sup>58</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 77.

<sup>59</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 77-78.

## 2.6 Prinsippet om restriktiv tolkning og effektivitetsprinsippet

Ved tolkning av traktater hvor ordlyden ikke har vært tilstrekkelig klar har ICJ ofte lagt vekt på enten prinsippet om restriktiv tolkning eller effektivitetsprinsippet. Førstnevnte går ut på at en ved tolkningen legger vekt på at statenes suverenitet skal respekteres. Skal det gjøres inngrep i denne trengs det tilstrekkelig hjemmel, og hvis traktaten da er vag på om det finnes en slik hjemmel tolkes traktaten restriktivt. Prinsippet er mindre fremtredende i dagens folkerettslige metode enn det var før.<sup>60</sup>

Når det gjelder effektivitetsprinsippet har det vært en del av folkeretten i lang tid og er utbredt i bruk av flere internasjonale domstoler. Deriblant av ICJ som har lagt det til grunn i flere saker.<sup>61</sup> Av enkelte er effektivitetsprinsippet omtalt som et uunnværlig prinsipp som er med å sikre at traktater får sin tilsiktede virkning.<sup>62</sup>

Effektivitetsprinsippet går ut på at traktater skal tolkes slik at traktaten får en effektiv virkning, og er nært knyttet til prinsippet om at ingen ord i traktaten skal ignoreres men gi en mening ved tolkningen.<sup>63</sup> Dette betyr at det legges stor vekt på formålet med traktaten og den kontekst den er vedtatt i. Tolkningsprinsippet åpner ikke for en så utvidende og vid tolkning at en traktat får virkning på andre rettsområder.<sup>64</sup>

Avslutningsvis må det nevnes at effektivitetsprinsippet ikke anvendes alene ved tolkningen. Det er et prinsipp som kan tjene som tolkningsstøtte for å sikre at formålet med traktaten realiseres ved tolkningen.<sup>65</sup>

## 2.7 Nasjonal skjønnsmargin

Ved tolkningen av folkerettslige traktater har internasjonale og nasjonale domstoler i flere tilfeller lagt inn en nasjonal skjønnsmargin. Statene skal gjennom denne skjønnsmarginen stå fritt til å velge det de anser å være det mest hensiktsmessige tiltaket eller reguleringen. Domstolen skal derfor ikke overprøve de prioriteringer traktatsstater gjør så lenge disse er innenfor rammene av den folkerettslige traktaten.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 93

<sup>61</sup> Se Territorial Dispute(Libyan Arab Jamahiriya/Chad), ICJ Rep 1994 s. 6, (s. 25).

<sup>62</sup> Orakhelsashvili 2008, s. 393.

<sup>63</sup> Lo 2017, s. 245.

<sup>64</sup> Orakhelsashvili 2008, s. 393.

<sup>65</sup> Ruud/Ulfstein 2011, s. 93

<sup>66</sup> Mads Andenæs og Eirik Bjørge, Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene, *Jussens Venner*, vol 46, s. 251-286, (s. 255). Redegjørelsen deres gjelder skjønnsmarginen etter EMK.

Det kanskje mest kjente tilfellet hvor det eksisterer en nasjonal skjønnsmargin er ved tolkningen av Den europeiske menneskerettskonvensjon. Her har EMD innfortolket en «margin of appreciation».<sup>67</sup> Gjennom vedtakelsen av tilleggsprotokoll 15 kommer den nasjonale skjønnsmarginen nå og til uttrykk i fortalen.<sup>68</sup> Denne hjemmelen bygger på subsidiaritetsprinsippet, hvor det er statenes hovedansvar å sikre en tilstrekkelig gjennomføring av traktaten i nasjonal lovgivning.

En annen traktat hvor det er innfortolket en nasjonal skjønnsmargin er i Svalbardtraktaten. Høyesterett har lagt til grunn at Norge har en betydelig skjønnsmargin ved gjennomføringen av traktaten, da det er Norges oppgave å treffe eller fastsette passende forholdsregler.<sup>69</sup> Dette er et godt eksempel på at ordlyden har gitt grunnlag for en skjønnsmargin.

Ser man disse to eksemplene i sammenheng viser de at det kan innfortolkes en nasjonal skjønnsmargin i traktater på ulike grunnlag. En nasjonal skjønnsmargin som et generelt folkerettslig tolkningsprinsipp kan derimot ikke legges til grunn. Skjønnsmarginen må forankres i den konkrete traktat. Sett i sammenheng med reglene for traktatstolkning kan ikke denne skjønnsmarginen gå utover de rettigheter og plikter som traktatens ordlyd gir.

## **2.8 Oppsummering - hvordan skal norske domstoler tolke folkeretten?**

Basert på den gjennomgang av de ulike tolkningsprinsipper som både norske og internasjonale domstoler har lagt til grunn er det Wien-konvensjonens regler for tolkning av traktater med støtte i andre tolkningsprinsipper som må anvendes som et utgangspunkt ved traktatstolkning. Wien-konvensjonen er folkerettslig sedvanerett og Høyesterett har anerkjent konvensjonen som det sentrale utgangspunkt. De har uttalt at konvensjoner skal tolkes med utgangspunkt i den naturlige forståelsen av ordlyden, lest i den sammenheng den inngår og i lys av traktatens formål.<sup>70</sup>

Det er ikke norske domstolars ansvar å tolke konvensjoner og traktater slik at innholdet utvides eller endres i forhold til den oppfatning som foreligger på tidspunktet for inngåelse, Samtidig skal det foretas en selvstendig tolkning med grunnlag i den metoden som i dette tilfellet ICJ har anvendt. Det rettslige utgangspunktet er Wien-konvensjonen artikkel 31 og

---

<sup>67</sup> Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 7. desember 1976.

<sup>68</sup> European Human Rights Convention, 4. november 1950, Protocol No. 15, Preamble article 1. Kommer til uttrykk både gjennom «Margin of appreciation» og «principle of subsidiarity».

<sup>69</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 49).

<sup>70</sup> HR-2017-569-A (avsnitt 44).



32, sammenholdt med ICJs vedtekter og de kilder de legitimerer. Skulle det i tolkningsprosessen være behov for det, kan prinsippet om restriktiv tolkning eller effektivitetsprinsippet anvendes. Står disse to prinsippene imot hverandre må det foretas en avveining mellom hensynet til en effektiv traktatsanvendelse og hensynet til statenes suverenitet. Inngrep i statenes suverenitet krever et folkerettslig grunnlag.<sup>71</sup> ICJs avgjørelser, men og nasjonale domstolers hvor det er foretatt tolkninger av samme bestemmelse vil kunne ha vekt. Begge vil kunne anvendes fordi ICJs statutter ikke skiller mellom disse.<sup>72</sup> Til slutt er det norske domstoler som på selvstendig grunnlag må ta stilling til hvilken tolkning som fremstår korrekt.

I forbindelse med at norske domstoler skal gjennomføre en selvstendig tolkning kan det reises spørsmål ved domstolene klarer det uten å utvikle traktaten på samme tid. Sett at det foreligger lite eller ingen praksis som gir veiledning på innholdet i konvensjonen vil domstolen på egenhånd være nødt til å tolke den. Bjørge har fremhevet at den dynamiske tolkningen som EMD har foretatt ikke skiller seg fra den generelle folkerettslige metoden, og at det derfor åpnes for en dynamisk tolkning.<sup>73</sup> Høyesterett har både i HR-2017-569 og HR-2017-2078 lagt til grunn at når Wien-konvensjonen er det metodiske utgangspunktet for tolkningen er det lite rom for en dynamisk tolkning.<sup>74</sup> Dette vises særlig i sistnevnte dom hvor Høyesterett etter Flyktningkonvensjonen artikkel 28 kun utleder et unntak fra retten til å få utstedt reisedokumenter hvor dette følger av ordlyden. Høyesteretts utgangspunkt er med det at tolkningen ikke skal være for dynamisk.<sup>75</sup>

Videre har Høyesterett og gitt staten en betydelig skjønnsmargin så langt denne ikke er i strid med traktatens gjenstand og formål.<sup>76</sup> Om skjønnsmarginen er i tråd med Wien-konvensjonen og hvor vid den eventuell kan være skal vurderes nærmere under punkt 4.2.5.

---

<sup>71</sup> Ruud, Ulfstein 2011, s. 93.

<sup>72</sup> Statutes of The International Court of Justice, artikkel 38 nr. 1 bokstav d.

<sup>73</sup> Dynamisk tolkning i den generelle folkeretten, Eirik Bjørge, *Lov og rett*, 02/2012, s. 104-122, (s. 118).

<sup>74</sup> HR-2017-569 (avsnitt 44) og HR-2017-2078 (avsnitt 49).

<sup>75</sup> Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1951, HR-2017-2078 (avsnitt 75).

<sup>76</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 49).

### 3 Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 - er snøkrabben en *sedentær art*?

#### 3.1 Innledning

I lys av snøkrabbekonflikten har det blitt reist spørsmål ved Norges statspraksis hvor snøkrabben er definert som en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4. Defineres ikke snøkrabben som en sedentær art, vil det kunne ha store konsekvenser for norsk forvaltningsregime i Barentshavet. Det vil også kunne ha store konsekvenser for andre land med interesser i å høste av denne ressursen. Snøkrabben vil da reguleres på lik linje med fiskebestander, og fangst utenfor økonomisk sone og fiskevernsonen rundt Svalbard vil være underlagt det åpne havs friheter, jf. Havrettskonvensjonen artikkel 87. Med et slikt resultat vil det og stilles spørsmål ved om fangst etter snøkrabbe i fiskevernsonen skal åpnes for andre nasjoner enn Norge. Er Norges tolkning rett medfører det at Norge har eksklusiv rett til snøkrabben på Norges kontinentalsokkel.

Etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 1 til og med 3 har kyststatene suverene og eksklusive rettigheter over kontinentalsokkelen til å undersøke og utnytte dens naturforekomster. Videre omfatter naturforekomstene følgende etter artikkel 77 nr. 4:

*«De naturforekomster som er omhandlet i denne del, omfatter mineralske og andre ikke-levende forekomster på havbunnen og i undergrunnen, samt levende organismer tilhørende sedentære arter, dvs. organismer som på det stadium da de kan utnyttes, enten er ubevegelige på eller under havbunnen eller ute av stand til å bevege seg uten å være i konstant fysisk kontakt med havbunnen eller undergrunnen.»*

Det som er spesielt med snøkrabben, i motsetning til andre arter i Barentshavet er at den historisk sett ikke har hatt tilhørighet i området. I 1996 ble den funnet på russisk side, men først 8 år senere også på norsk side. Krabben liker seg best i de havområder hvor vanntemperaturen er under 3 grader og holder derfor naturlig nok ikke til på grunt vann langs Norges kyst. Det er noen usikkerhet rundt hvordan snøkrabben ble introdusert i Barentshavet, men forskning har påvist slektskap med snøkrabbe fra østkysten av Canada. Hypotesen er derfor at den har vandret østfra.<sup>77</sup> Seniorforsker Jan H. Sundet hos Havforskningsinstituttet har og lansert en teori om at larvene har blitt fraktet i ballasttankene til frakteskip. Dette

---

<sup>77</sup> <https://www.imr.no/temasider/skalldyr/snokrabbe/nb-no>, sist besøkt 27.september 2018.

begrunner han med at introduksjonen av arten har skjedd så raskt at vandring over store havområder alene vanskelig kan være årsaken.<sup>78</sup>

Den rettslige problemstillingen for den videre vurderingen er om Hålogaland lagmannsrett i «Senator-saken» tolker Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 i henhold til reglene for tolkning av folkerettslige traktater. Vurderingen vil trekke fram de ulike tolkningsmomentene som retten anvender. Tolkningsmomentene vurderes opp mot den metoden som gjelder. For sakens faktum og hovedproblemstilling vises det til punkt 2.2.2.

### **3.2 Artikkel 77 nr. 4 - ordlyden**

Hålogaland lagmannsrett tok i sin vurdering utgangspunkt i Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 om at snøkrabben må være en «levende organisme» som «på det stadium da de kan utnyttes» er «ute av stand til å bevege seg uten å være i konstant fysisk kontakt med havbunnen» for at de skal være en sedentær art.<sup>79</sup> Dette er de anatomiske kravene som definisjonen stiller til en art for at den skal være sedentær. I vurderingen tar ikke retten hensyn til at forut for denne definisjonen i Havrettskonvensjonen art. 77 nr.4 står det «sedentære arter, dvs...» Dette dras inn senere gjennom de tiltaltes anførsel, men det nevnes ikke eksplisitt hva en naturlig språklig forståelse av «sedentære arter» er. Ut fra omstendighetene er det derimot klart at retten legger til grunn at «sedentær art» kan ha flere betydninger. Disse er at arten vandrer over store områder, men og at den er ikke-migrerende. Altså at den er bofast og derfor ikke vandrer over store områder. Uten å henvise til et rettslig grunnlag la retten til grunn at dette ikke hadde selvstendig betydning ved tolkningen av Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4.

Retten støttet seg i stor grad på sakkyndig vitne Jan H. Sundet fra Havforskningsinstituttet sin forklaring om snøkrabbens anatomi. Også forsvarers argumenter om at Snøkrabben blant annet kan løfte seg opp fra havbunnen og krype på utsiden av en teine ble fremhevet. Retten vurderte det slik at forsvarers argumenter ikke endret på snøkrabbens anatomi, nemlig at den har negativ oppdrift og derfor alltid vil synke til bunnen. Samlet sett mente retten at Snøkrabben oppfyller ordlydsdefinisjonen av en sedentær art i Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4.

---

<sup>78</sup> Seniorforsker Jan H. Sundet hos Havforskningsinstituttet, Havets Hemmeligheter 1: Snøkrabben- en ressurs eller til besvær? Foredrag i regi av K.G Jebsen-senter for Havrett, 6.april 2017.

<sup>79</sup> LH-2017-144441.

Ut fra hva som er redegjort for om tolkningen av «the ordinary meaning» i ordlyden i kapittel 2.3.3, men også fra generell rettskildelære må det fremheves en klar mangel ved lagmannsrettens tolkning. Gjennom å skille «sedentære arter» og den videre definisjonen av hva dette begrepet i Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 skapes det en usikkerhet rundt hva som faktisk vurderes som ordlyden i bestemmelsen. Drøftelsen blir dermed til dels rotete og usystematisk. Ved å holde hele bestemmelsen samlet ville en lettere kunne se hvordan retten foretar tolkningen. Særlig siden den naturlige språklige forståelsen av sedentær er ikke-migrerende eller bofast, og derfor vil kunne ha en innvirkning på forståelsen av ordlyden i sin helhet.<sup>80</sup> Ses det bort fra dette og hele drøftelsen leses i en sammenheng ser man at retten gjør et forsøk på å komme fram til «the ordinary meaning» av ordlyden, som er det essensielle ved ordlydsfortolkningen.

En mer hensiktsmessig måte å foreta tolkningen av ordlyden på ville vært at man tolket hele bestemmelsen samlet. Slik kunne man holdt den naturlige språklige forståelsen av «sedentære arter» opp mot den forklaringen Jan H. Sundet gav, og som pekte i retning av at snøkrabben omfattes av den etterfølgende definisjonen i Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4. Med dette kunne man stilt spørsmål ved om «sedentære arter» gjør at man må tolke resterende del av bestemmelsen innskrenkende og at det derfor ikke er så klart at snøkrabben basert på dens anatomiske egenskaper er en sedentær art.

### **3.3 Artikkel 77 nr. 4 – ordlyden i lys av kontekst og formål**

I vurderingen av konteksten og formålet til Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 tar retten flere momenter opp til vurdering. Konteksten gjennom mellomstatlige avtaler, statspraksis og rettspraksis behandles under punkt 3.4

Et av momentene retten vurderte er den tiltaltes påstand om at formålet bak artikkel 77 nr. 4 i seg selv taler for en innskrenkende tolkning. Dette ble blankt avvist av retten. I vurderingen går det ikke inn på hvorfor anførselen fra de tiltalte avvises. Ei heller hva formålet bak artikkel 77 nr. 4 er. Ser man hele drøftelsen i sammenheng kommer det nok av at det vises til anførselen avslutningsvis og at det resterende rettskildebilde etter rettens oppfatning peker i en annen retning.

Leses dommen i sammenheng er det og tydelig at retten legger vekt på omgivelsene til ordlyden. Altså at hele artikkel 77 nr. 4 leses i sammenheng og ikke bare «sedentær art»

---

<sup>80</sup> <https://snl.no/sedentær>, sist besøkt 7. november 2018.

alene. Derfor vektlegges i stor grad de anatomiske kravene som stilles til en sedentær art. Disse sett i sammenheng innskrenker ikke ordlyden, men heller utvider forståelsen av hva en sedentær art er. Dette fordi snøkrabben beveger seg ved å være i konstant fysisk kontakt med havbunnen, men samtidig beveger seg over store havområder. Noe som isolert sett kan være uforenelig med den naturlige språklige forståelsen av en «sedentær art».

Retten trekker ikke fram formålet bak Havrettskonvensjonen som sådan. Heller ikke formålet med å la kyststatene ha suverene og eksklusive rettigheter er trukket fram. Gjennom å belyse dette formålet ville man kunne satt bestemmelsen inn i en litt større kontekst. Kanskje kunne man da forstått hvorfor kyststatene er gitt disse rettighetene. En ville da og kunne trukket frem at forutsatt at statene ikke skulle ha rett til å regulere fangst etter snøkrabbe utenfor økonomisk sone ville dette vært en del av det frie hav jf. Havrettskonvensjonen artikkel 87. Det kunne vært problematisert om en slik konsekvens ville vært i samsvar med formålet til Havrettskonvensjonen som er å bevare havets levende ressurser. Særlig fordi fritt fiske på det åpne hav i sammenheng med flaggstatens jurisdiksjon historisk har vist seg å by på store utfordringer ved bevaring av levende ressurser.<sup>81</sup> Dette vil og gitt rettens vurdering av de ulike momentene i henhold til Wien-konvensjonen enda større tyngde da formålet til konvensjonen og bestemmelsen er en sentral del ved traktatstolkningen.

Utover dette fremstår det som bemerkelsesverdig hvor lite retten faktisk legger vekt på traktatens og bestemmelsens formål. Som en sentral del av Wien-konvensjonen artikkel 31 ville det vært naturlig at dette ble vektlagt. Ikke fordi resultatet nødvendigvis ville blitt annerledes, men fordi det i større grad er i tråd med reglene for tolkning av traktater. Det vil og kunne styrket rettens konklusjon.

### **3.4 Artikkel 77 nr. 4 - konteksten gjennom mellomstatlige avtaler, statspraksis og rettspraksis**

For å belyse konteksten trekker retten frem både rettspraksis, statspraksis og mellomstatlige avtaler som tolkningskilder til støtte for sitt standpunkt. Mellom Norge og Russland er det enighet om at snøkrabben er en sedentær art. Videre foreligger den en bilateral avtale mellom USA og Japan fra 1964 hvor statene var uenige om snøkrabben omfattes av rettighetene på kontinentalsokkelen. Det vises og til brev fra generaldirektøren for maritime forretninger og fiskerier i EU som retten mener tyder på at EU har inntatt samme standpunkt som Norge og Russland. Av rettspraksis legger retten særlig vekt på en dom fra The Provincial Court of

---

<sup>81</sup> Churchill, Sundet, Ulfstein 2018, s. 514.

Newfoundland and Labrador som og skal peke i retning av at snøkrabben er en sedentær art. Totalt sett mener retten at konteksten ikke tilsier at ordlyden skal tolkes innskrenkende i retning av at snøkrabben ikke er en sedentær art.<sup>82</sup>

Det er ikke klart hva retten faktisk utleder fra de kildene som det vises til. Deres faktiske innhold nevnes ikke og det kan virke som retten legger sin tolkning av kildene til grunn uten å gjengi dem i særlig grad. Kildene er og vanskelig å oppdrive i ettertid. Rettens argumenter blir derfor så skjulte at de er vanskelig å etterprøve for en som ikke var part i saken.

Det er tydelig at retten ved å legge vekt på sin tolkning av statspraksis, rettspraksis og mellomstatlige avtaler danner et bilde av at det ikke eksisterer en unison enighet om at snøkrabben ikke er en sedentær art slik forsvarer har anført.

Konteksten i seg selv danner ikke grunnlag for en tolkning av ordlyden etter Wien-konvensjonen. Den må som nevnt tidligere ses i sammenheng med den naturlige forståelsen av ordlyden. Når konteksten i denne saken ikke danner et klart bilde av statspraksis som går i motsatt retning av den språklige forståelse av ordlyden, er det naturlig at tolkningsresultatet blir det retten lander på. Hadde det på den andre siden vært en klar statspraksis og rettspraksis som tilsa at snøkrabben ikke er en sedentær art, burde nok lagmannsretten ha tatt stilling til om dette er tilstrekkelig for å tolke ordlyden innskrenkende.

Retten nevner ingen relevant norsk rettspraksis. I HR-2017-2257-A vurderte Høyesterett om et litauisk fartøy hadde rett til å drive fangst etter snøkrabbe på Norges kontinentalsokkel i Smutthullet i Barentshavet. Det rettslige spørsmålet var om Norge hadde gitt «express consent» etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 2 til å drive fangst etter snøkrabbe gjennom sin tiltredelse til NEAFC-konvensjonen. Hvis Norge hadde gitt samtykke til fangst etter snøkrabbe gjennom sin tiltredelse i NEAFC-konvensjonen ville forskrift om forbud mot fangst av snøkrabbe være ugyldig jf. havressursloven § 6.<sup>83</sup> Det interessante med denne saken var at partene var enige om at snøkrabben var en sedentær art. Om dette uttalte førstevoterende følgende:

---

<sup>82</sup>Gjengivelse av rettens momenter og konklusjon i LH-2017-144441.

<sup>83</sup> Forskrift 19. desember 2014 nr. 1836 om forbud mot fangst av snøkrabbe.

«Det følger av det jeg har sagt, at Norge etter Havrettskonvensjonen har en suveren og eksklusiv rett til å utnytte snøkrabben – som en «sedentær art» - i den norske delen av Smutthullet. Dette er partene også enige om.»<sup>84</sup>

Slik Høyesteretts argumentasjon fremstår, kan det virke som at ikke bare er partene enige om dette, men at Høyesterett og anser partenes enighet som den rettslige korrekte forståelsen. Dette vektlegges ikke i lagmannsrettens vurdering, og det kan stilles spørsmål ved om ikke dette burde vært nevnt. Spesielt når statspraksis og mellomstatlige avtaler ikke gir et så klart bilde som det lagmannsretten skriver i dommen.

Med bakgrunn i den gjennomgang som er gjort av rettens drøftelse av statspraksis, mellomstatlige avtaler og rettspraksis konkluderes det derfor med at rettens drøftelse under dette punktet er noe mangelfull. Dette begrunnes både med mangel av flere relevante kilder i drøftelsen, men også hvordan retten anvender de kildene det vises til.

Kildene faller inn under det som etter Wien-konvensjonen utgjør konteksten slik det er beskrevet i punkt 2.3.5. Gjennom å trekke fram hver enkelt kilde, henviser til det innholdet i dem som er relevant og videre tolke dette vil innholdet i konteksten belyses bedre. Det ville og vært mer hensiktsmessig om retten fremhevet flere enn de nevnte kildene som belyste konteksten. Særlig da de fleste kildene som retten bruker for å belyse konteksten peker i retning av at snøkrabben er en sedentær art og ikke det motsatte.

På den andre siden må konklusjonen holdes litt åpen. Dette begrunnes med at det er mulig at rettens tolkning av konteksten er preget av det partenes prosessfullmektiger har vist til i sine prosedyrer, og at det derfor ikke er lagt frem flere relevante kilder enn de som er nevnt i dommen.

### **3.5 Artikkel 77 nr. 4 – bruk av supplementære tolkningsmomenter**

I dommen foretar lagmannsretten en omfattende drøftelse av forarbeidene til Konvensjonen om kontinentalsokkelen (kontinentalsokkelkonvensjonen) art. 2 nr. 4 b og vekten av disse.<sup>85</sup> Denne konvensjonen var forløperen til Havrettskonvensjonen og ble vedtatt i 1958.

Etter rettens syn var det ikke enighet mellom alle statene om hvilke arter som skulle reguleres etter reglene for kontinentalsokkelen. Det ble fra de tiltalte hevdet at disse forarbeidene var grunnlag for å tolke Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4 innskrenkende slik at snøkrabben

---

<sup>84</sup> HR-2017-2257-A (avsnitt 20).

<sup>85</sup> Convention on the continental shelf, Geneve, 29 april 1958.

ikke er en sedentær art. Retten mente derimot at siden det var uenighet mellom landene som utarbeidet konvensjonen var det ikke grunnlag for å tillegge forarbeidene til Kontinentalsokkelkonvensjonen artikkel. 2 nr. 4 b noen vekt i tolkningen. Dessuten var ikke det konkrete spørsmålet om tolkningen tatt opp ved vedtakelsen av Havrettskonvensjonen art. 77.

Det er i juridisk teori fremhevet at det er akseptabelt å bruke forarbeidene til kontinentalsokkelkonvensjonen ved tolkningen av Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 5, men det er uenighet om hvilken vekt disse skal ha ved tolkningen.<sup>86</sup> Det er av enkelte fremhevet at disse kun er supplerende tolkningsmomenter og at de derfor har begrenset vekt.<sup>87</sup> Dessuten er vekten av disse avhengig av hva de faktisk gir uttrykk for. Dersom forarbeidene til kontinentalsokkelkonvensjonen ikke er tilstrekkelig klar, og tydelig, på at snøkrabben ikke var en sedentær art etter denne konvensjonen, kan de vanskelig brukes som tolkningsmoment. Retten tar ikke uttrykkelig standpunkt til hvilken vekt forarbeidene til kontinentalsokkelkonvensjonen har, men ut fra sammenhengen kan mye tyde på at hvis de var tilstrekkelig klar og tydelig på at snøkrabben ikke var en sedentær art vil det kunne medføre en innskrenkende tolkning.

Det retten ikke nevner, og som er et grunnleggende utgangspunkt i Wien-konvensjonen artikkel 32 er at de supplementære tolkningsmomentene kun skal anvendes for å bekrefte et tolkningsresultat, eller hvis resultatet etter artikkel 31 er åpenbart absurd eller urimelig. Utgangspunktet for rettens drøftelse av kontinentalsokkelkonvensjonens forarbeider er derfor uklart.

Hvis retten etter å ha gjennomgått alle momentene i Wien-konvensjonen artikkel 31 la til grunn at tolkningsresultat var klart, og at resultatet på ingen måte var åpenbart absurd eller urimelig, ville den kunne avstått fra å drøfte forarbeidene til Kontinentalsokkelkonvensjonen. Dette fordi det ut fra sammenhengen er tydelig at retten mener tolkningsresultatet med utgangspunkt i ordlyden, formålet og konteksten ikke er åpenbart absurd eller urimelig.

### **3.6 Konklusjon**

Ut fra den gjennomgang som er gjort ovenfor er det på enkelte punkter påpekt svakheter og mangler ved vurderingen til Hålogaland lagmannsrett. Spesielt gjelder dette tolkningen med

---

<sup>86</sup> Churchill, Sundet, Ulfstein 2018, s. 512, og Eirik Bjørge, Snøkrabben som «sedentær art» etter FNs Havrettstraktat, *Lov og rett* 05/2018, s. 291-301, (Bjørge 2018), (s. 297).

<sup>87</sup> Churchill, Sundet, Ulfstein 2018, s. 512



utgangspunkt i Wien-konvensjonen artikkel 31, men og artikkel 32. Det hadde vært mer hensiktsmessig om retten rettet like mye fokus på å gjennomgå konteksten og formålet i like stor grad som den gjør på ordlyden. Retten kunne og med fordel foretatt en mer nøyaktig gjennomgang av de ulike kildene som går under formålet og konteksten.

Samtidig må en anerkjenne at det rettskildefanget som både partene og domstolen må forholde seg til er ganske omfattende. Rettskildene finnes på forskjellige språk, er fra ulike tidsperioder og gir enkelte ganger utrykk for ganske forskjellige oppfatninger. Dette symboliseres blant annet gjennom at det både i dommen og juridisk teori er stor uenighet om hva som kan tolkes ut av forarbeidene til kontinentalsokkelkonvensjonen. Dessuten er utnyttelsen av snøkrabben som art ganske liten på verdensbasis. Derfor finnes det lite statspraksis en kan vise til som bevis på hvordan resten av verden ser på snøkrabben.

Lagmannsretten konkluderte med at snøkrabben er en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4. Selv om konklusjonen rettslig kan være riktig må det rettes kritikk mot tolkningen som leder fram til konklusjonen. Som drøftelsen av de enkelte tolkningsmomentene viser er det klare svakheter med den drøftelsen som gjøres.

Et moment ved drøftelsen som ikke er fremhevet i gjennomgangen av de ulike tolkningsmomentene er den generelle strukturen i drøftelsen. Den er noe rotete og vanskelig å følge. Lagmannsretten følger ikke den naturlige fremgangsmåten etter Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32, og de ulike tolkningsmomentene drøftes derfor til dels i tilfeldig rekkefølge. Dette gjøres selv om retten sier at drøftelsen gjøres med utgangspunkt i Wien-konvensjonen artikkel 31. Det ville vært betydelig mer pedagogisk og systematisk om en fulgte oppsettet slik det følger av artikkel 31 og 32 i større grad. Slik ville retten klart å skape en større forståelse for hvilke momenter som vektlegges og hvorfor de vektlegges.

Det kan være at retten gjennomfører en tolkning som både i sitt innhold og resultat er sterkt i favør av staten. Men man kan ikke trekke den konklusjon at retten i drøftelsen retter seg etter statens syn. Det er ikke dommen som sådan grunnlag nok til å trekke en slutning om.

Dessuten er ikke mangler ved den metodiske løsningen av saken et resultat av en domstol som kun søker etter et resultat i favør staten, men heller et resultat av en domstol med manglende bevissthet eller kompetanse på folkerettslig metode.

Avslutningsvis må det nevnes noen betraktninger om utviklingen ved domstolens behandling av spørsmålet om snøkrabben er en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr.4.

Spørsmålet var til ankebehandling i Høyesteretts andre avdeling 30.-31. oktober 2018. Under behandlingen kom statsadvokat Lars Fause med en subsidiær anførsel.

Anførselen var at forutsatt at snøkrabben ikke er en sedentær art er den da en art som levert i vannsøylen på lik linje med fiskearter som torsk, sei og hyse.<sup>88</sup> Skulle Fause vinne frem med denne anførselen er det ikke sikkert at spørsmålet om snøkrabben er en sedentær art vil ha den betydning for norsk fiskeriforvaltning som først tenkt. Dette fordi Norge da vil ha jurisdiksjon over snøkrabben både innenfor norsk økonomiske sone og i fiskevernsonen. Kun på kontinentalsokkelen i Smutthullet vil Norge miste jurisdiksjonen over snøkrabben.

Justitiarius i Høyesterett bestemte den 23.november bestemt at saken skal sendes videre til behandling i storkammer etter domstoloven § 6 tredje ledd da minst to av dommerne i avdeling krevde ny behandling med forsterket rett jf. Domstoloven § 6 andre ledd tredje punktum.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Ankebehandling av LH-2017-144441, Norges Høyesterett, 30.-31. Oktober 2018.

<sup>89</sup> Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven), HR-2018-2231-J.

## 4 Svalbardtraktaten

### 4.1 Innledning

To av de rettslige problemstillingene i snøkrabbekonflikten er knyttet til tolkningen av snøkrabbekonflikten. Så langt er disse problemstillingene ikke behandlet i rettsaker relatert til denne konflikten, med tingrettsbehandlingen av «Senator-saken» som eneste unntak.<sup>90</sup> I dette kapittelet vil derfor fokus rettes mot andre saker hvor disse to problemstillingene er vurdert av norske domstoler. Før problemstillingene vurderes nærmere skal det redegjøres kort for Svalbard og Svalbardtraktatens historie.

Svalbard var forut for 1920 et område uten noen som helst form for rettslig regulering. Området var kjent for sine rike naturressurser, og jakt etter blant annet hval og hvalross var utbredt blant flere nasjoner. På 1900-tallet ble det og startet opp kullgruvedrift. Denne utviklingen medførte at nye og større konflikter om tilgangen til Svalbards ressurser oppsto. Norge foreslo derfor etter løsrivelsen fra Sverige i 1905 at det skulle opprettes et nytt rettslig regime på Svalbard. Dette markerte starten på utarbeidelsen av Svalbardtraktaten.<sup>91</sup>

Svalbardtraktaten ble undertegnet 9.februar 1920 og trådte i kraft 14. august 1925. Traktaten ga Norge den «fulle og uinnskrenkende høihetsrett» over Svalbard, samtidig som rettigheter til andre nasjoner forut for inngåelsen av traktaten ble beholdt. Ingen nasjoner skulle derfor miste sine allerede eksisterende rettigheter på Svalbard ved undertegning av traktaten.<sup>92</sup> Traktaten skulle og sørge for at Svalbard var en krigsfri sone gjennom et forbud mot å opprette flåtebaser for marinen, eller gjennomføre krigsrelaterte aktiviteter.<sup>93</sup>

Norges «fulle og uinnskrenkende høihetsrett» over Svalbard har ikke vært problemfritt. Særlig har reguleringen av fiske i havområdene utenfor Svalbards kyst medført konflikt med næringsutøvere fra andre traktatsparter. I de tvistene som har blitt behandlet for norske domstoler har det blitt anført at den norske reguleringen er i strid med likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten. Da det på bakgrunn av ordlyden ikke er klart at Svalbardtraktaten kommer til anvendelse utenfor territorialfarvannet på 12 nautiske mil, er det det anført at traktaten får anvendelse helt ut til 200 nautiske mil utenfor Svalbards kystlinje, det vil si i den opprettede fiskevernsonen ved Svalbard.

---

<sup>90</sup> TOSFI-2017-57396.

<sup>91</sup> Churchill, Ulfstein 2010, s. 552-553.

<sup>92</sup> Svalbardtraktaten artikkel 1.

<sup>93</sup> Churchill, Ulfstein 2010, s. 553.

De anførte problemstillingene vil vurderes videre i avhandlingen. Det tas utgangspunkt i konkrete saker hvor norske domstoler har vurdert Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp og geografiske virkeområde. Domstolens metodiske løsning av spørsmålene vil bli satt opp mot den folkerettslige metoden. Med dette som utgangspunkt vurderes det om norske domstolers metodiske fremgangsmåte ved løsning av disse spørsmålene er i overensstemmelse med folkerettslig metode.

## **4.2 Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp**

### **4.2.1 Innledning**

Likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten er behandlet av Høyesterett tre ganger siden 1996.<sup>94</sup> Det rettslige innholdet i prinsippet er derfor godt belyst. Problemstillingen er om Høyesteretts vurdering av likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten er i henhold til den folkerettslige metoden slik den er beskrevet i kapittel 2. Vurderingen tar utgangspunkt i Rt. 2014 s. 272(Kiel-saken), og Rt. 1996 s. 624(Islandske trålere) da Høyesterett i førstnevnte sak i stor grad henviser til sistnevnte dom i sin vurdering. Hovedfokus vil være på «Kiel-saken». For dommenes faktum og hovedproblemstillinger vises det til redegjørelse under punkt 2.2.3 og 2.2.4.

### **4.2.2 Likebehandlingsprinsippets ordlyd**

Retten tok i «Kiel-saken» utgangspunkt i artikkel 2 i Svalbardtraktaten. Denne lyder:

«Alle de høie kontraherende parters skib og undersåtter skal ha like rett til fiske og jakt innen de områder som er nevnt i artikkel 1 og deres territoriale farvann. Det tilkommer Norge å håndheve, treffe, eller fastsette passende forholdsregler til å sikre bevarelsen og- om nødvendig – gjenopprettelsen av dyre- og plantelivet innen de nevnte områder og deres territoriale farvann, dog så, at disse forholdsregler alltid skal anvendes likt overfor alle de høie kontraherende parters undersåtter uten nogen som helst undtagelser, forrettigheter og begunstigelser, direkte eller indirekte, til fordel for nogen av dem».<sup>95</sup>

I tolkningen av ordlyden legges til grunn en tidligere tolkning foretatt i «Islandske trålere». Kort oppsummert tolkes ordlyden slik at den stiller krav til likebehandling basert på nasjonalitet, men at den ikke stenger for rasjonering og forskjellsbehandling basert på andre

---

<sup>94</sup> Rt. 1996 s. 624, Rt. 2006 s. 1498 og Rt. 2014 s. 272.

<sup>95</sup> Svalbardtraktaten, artikkel 2 første og andre ledd.

objektive vilkår.<sup>96</sup> Ordlyden i bestemmelsen tolkes og slik at den stenger for tiltak som i sin virkning fører til forskjellsbehandling basert på nasjonalitet.<sup>97</sup>

Høyesterett følger den folkerettslige metoden i både «Kiel-saken» og «Islandske trålere» ved å gå inn i den naturlige språklige forståelsen av likebehandlingsprinsippet slik den fremkommer i artikkel 2. Det redegjøres for hva som naturlig følger av ordlyden, men det trekkes og frem hva som naturlig ikke kan utledes fra den.

Det Høyesterett gjør, og som det kan rettes kritikk mot er at det som ikke kan utledes fra ordlyden trekkes frem, altså et forbud mot rasjonering begrunnet i andre objektive kriterier. Denne delen av ordlydsfortolkningen hører nok mer under tolkningen av ordlyden i lys av konteksten. Derfor blir det lite hensiktsmessig å innta dette momentet under den naturlige språklige forståelsen av ordlyden.

Høyesteretts tolkning av likebehandlingsprinsippet sett under ett tydeliggjør at denne delen ikke utgjør den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, men heller utgjør en del av de resterende tolkningsmomentene som vurderes. Derfor er det ingenting galt med at også hva som ikke omfattes av ordlyden i likebehandlingsprinsippet trekkes frem, selv om momentet helst burde vært trukket frem som en del av konteksten.

### **4.2.3 Likebehandlingsprinsippet i lys av konteksten og formålet**

Ved tolkningen av ordlyden i lys av formålet og konteksten setter Høyesterett i «Kiel-saken» likebehandlingsprinsippet opp mot Norges suverenitet over Svalbard. Særlig behovet for et handlingsrom til å kunne gjennomføre en god og gjennomført forvaltning av naturressursene på og rundt Svalbard er da sentralt. Videre trekkes internasjonal rettspraksis og frem som en del av konteksten.

Retten viser i stor grad til den vurdering av likebehandlingsprinsippets kontekst som Høyesterett gjorde i «Islandske-trålere». Her er det særlig to punkter som retten fremhever.

Det første er rettspraksis fra EF-domstolen hvor forskjellsbehandling basert på historisk fiske ble ansett som tillat. Det rettslige utgangspunktet i saken var Romatraktaten hvor forskjellsbehandling basert på nasjonalitet er forbudt.<sup>98</sup> Det neste er at hvis den tilsiktede virkning og den faktiske effekt av et tiltak er å verne en etablert næring er ikke dette i strid

---

<sup>96</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 46).

<sup>97</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 49).

<sup>98</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 47) og Rt. 1996 s. 624 (s. 636).

med likebehandlingsprinsippet. Også selv om det medfører at næringsutøvere fra et land ikke får lik rett til å høste av naturressursene sammenlignet med næringsutøvere fra andre land.<sup>99</sup> Høyesterett legger med disse to punktene stor vekt på tidligere rettspraksis for å belyse konteksten til likebehandlingsprinsippet.

Videre mener Høyesterett gjennom sin tolkning at konteksten og formålet gjør det umulig å gjennomføre en forsvarlig forvaltning uten at det også vil medføre forskjellsbehandling som i sin virkning forskjellsbehandler nasjonaliteter. Konteksten og formålet til traktaten legitimerer altså en utvidende ordlydsfortolkning så lenge resultatet av denne ikke er uforholdsmessig, eller uforenelig med traktatens gjenstand og formål.<sup>100</sup> Retten kom i «Kiel-saken» til at hyseforskriften under tvil ikke var i strid med traktatens gjenstand eller formål. Dette fordi det var et umiddelbart tiltak som var fattet for å sikre en tilstrekkelig regulering av fisket etter hyse. Hva som utgjør traktatens gjenstand og formål fremkommer ikke av drøftelsen.

Basert på den gjennomgang av dommene ovenfor legger Høyesterett stor vekt på spesielt konteksten likebehandlingsprinsippet er vedtatt i. Gjennom å gjøre det klarer Høyesterett å åpne for at ordlyden får et noe annet innhold enn det som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Samtidig foretas det en avgrensning av hvor utvidende tolkningen kan være. Slik blir ikke ordlyden i sin helhet satt til side. Ordlydens kjerne er intakt når en ser den i lys av konteksten og formålet.

En svakhet ved tolkningen er at ordlydsfortolkningen i all hovedsak gjøres i lys av konteksten og at formålet med traktaten dermed er lite synlig i tolkningen. Her kunne det vært fremhevet Svalbardtraktatens bakgrunn, nemlig målet å sikre eksisterende rettigheter og sørge for et ordnet regime.<sup>101</sup> Et reguleringsregime hvor det konstant forskjellsbehandles basert på objektive kriterier som for eksempel historisk fiske vil gjøre det tilnærmet umulig for andre traktatsparter å starte fiske med hjemmel i Svalbardtraktaten. Svalbardtraktaten kan tiltres av alle land som finner det ønskelig, men en tiltredelse til traktaten for å starte fiske vil med Høyesteretts tolkning i «Kiel-saken» være tilnærmet umulig så fremt det ikke startes fangst etter nye arter.

Et konkret eksempel som belyser problematikken med Høyesteretts vektlegging av konteksten i «Kiel-saken» kom fram ved ankebehandlingen av LH-2017-144441 i Høyesterett. Ankende parts prosessfullmektig hevdet at en vid adgang til å forskjellsbehandle

---

<sup>99</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 46) og Rt. 1996 s. 624 (s. 635).

<sup>100</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 49).

<sup>101</sup> Churchill, Ulfstein 2010, s. 571.

på grunnlag av historisk fiske etter Svalbardtraktaten, gjør at det er i Norges interesse å sørge for at fiske og fangst etter nye arter i startfasen reguleres slik at kun norske fartøy på sikt kan påberope seg historisk fiske etter arten.<sup>102</sup> Hvis dette skulle bli tilfelle vil det kunne være i strid med det som oppfattes som et ordnet regime, og heller være et forvaltningsregime utformet utelukkende basert på norske økonomiske interesser. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Høyesterett vektlegger deler av konteksten for tungt i «Kiel-saken».

På den andre siden har nok Høyesterett både i «Kiel-saken» og «Islandske trålere» valgt å løse den konkrete saken basert på det rettskildegrunnlaget som forelå på avgjørelsestidspunktet. Som et resultat av dette ble konteksten i disse to sakene vektlagt tungt. Skulle Høyesterett tatt i betraktning absolutt alle hensyn og synspunkter ved tolkningen av ordlyden i lys av formålet og konteksten ville dette vært en tilnærmet umulig oppgave. I «Kiel-saken» fant Høyesterett det mest hensiktsmessig å legge stor vekt på konteksten. Dette fordi de mente det måtte til for å sikre at også Norges rolle som den suverene stat på Svalbard ble ivaretatt.

Verken Wien-konvensjonens regler om tolkning av traktater eller andre tolkningsprinsipper stenger for en slik vurdering. Domstolen er pliktig å vurdere de enkelte tolkningsmomentene, men når flere momenter står mot hverandre er det domstolens oppgave å vurdere hvilke som kan tillegges størst vekt. Dette gjør Høyesterett både i «Kiel-saken» og i «Islandske trålere». Vurderingen av formålet og konteksten er derfor i henhold de reglene som Wien-konvensjonen artikkel 31 oppstiller.

#### **4.2.4 Effektivitetsprinsippet ved tolkningen av likebehandlingsprinsippet**

Som nevnt i punkt 4.2.3 velger Høyesterett i «Kiel-saken» å ikke tolke kravet om lik behandling «uten nogen som helst undtagelse» særlig strengt. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at traktatstater ikke skal forskjellsbehandles, og at det ikke kan gjøres noen unntak fra dette kravet. Dette er en ordlyd som Høyesterett delvis setter til side. Det kan derfor stilles spørsmål ved om Høyesterett velger å vektlegge effektivitetsprinsippet i sin vurdering selv om det ikke uttrykkes direkte. Hvis så er tilfelle må det og drøftes om dette gjøres så intensivt at tolkningen ikke vektlegger traktatens ordlyd i tilstrekkelig grad. For hvilket innhold effektivitetsprinsippet har vises det til punkt 2.6.

---

<sup>102</sup> Advokat Hallvard Østgård, Muntlig behandling av anke over dommen LH-2017-144441, Høyesteretts Andre avdeling, 30. oktober 2018.

I dommen nevnes ikke formålet bak likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten eksplisitt. Det tas heller utgangspunkt i dommen «Islandske trålere» og hva denne sa om formålet bak forskriften som utestengte islandske trålere fra å fiske torsk i fiskevernsonen. Spesielt at formålet med reguleringen aldri har vært å diskriminere, men heller å sikre rettighetene til de som kan vise til tradisjonelt fiske før regulering av fiskevernsonen ble iverksatt.<sup>103</sup> Selv om det ikke nevnes peker dette i retning av at traktatens formål om å sikre eksisterende rettigheter får stor vekt ved drøftelsen.

Å balansere formålet om å sikre eksisterende rettigheter opp mot en ganske konkret og tydelig ordlyd er ikke lett. Resultatet blir i en slik tolkningssituasjon ofte ende med at det ene momentet vektlegges mer enn det andre. Særlig i de tilfelle hvor det ikke er mulig å harmonisere momentene slik at de vektlegges likt. Sett at Høyesterett i «Kiel-saken» valgte å gjøre det motsatte, altså vektlegge ordlyden veldig strengt og dermed ikke tillate noen form for forskjellsbehandling ville det og potensielt medført et resultat som var lite heldig for mange parter. Norges regulering av fisket i fiskevernsonen vil med en slik tolkning måtte endres i sterk ufordel av spesielt Norge og Russland som kan vise til tradisjonelt fiske i fiskevernsonen. Det er på ingen måte selvsagt at en lik regulering er i tråd med likebehandlingsprinsippet da reguleringen vil oppleves som urettferdig.

Videre er det og tydelig at Høyesterett vurderer Norges suverenitet og forvaltningsansvar som særdeles viktig i vurderingen, og at dette er den beste måten å sikre en effektiv gjennomføring av Svalbardtraktaten.

Ut fra drøftelsens helhet kan det derfor legges til grunn at Høyesterett vektlegger effektivitetsprinsippet noe i sin vurdering av likebehandlingsprinsippet.

Det som er mer tvilsomt er om Høyesterett anvender effektivitetsprinsippet innenfor rammene til ordlyden. Her kan det særlig trekkes fram at Høyesterett nærmest går helt bort fra ordlyden i «Islandske trålere» ved at så lenge det tilsiktede formål og den faktiske virkningen kun er å sikre allerede etablert næring uavhengig av nasjon er denne ikke i strid med likebehandlingsprinsippet.<sup>104</sup> Dette legges til grunn også i «Kiel-saken».<sup>105</sup>

Forskjellsbehandling er dermed tillatt så lenge den forankres i et formål og en faktisk virkning som kun prøver å sikre eksisterende næring. Problemet med dette er at i de aller fleste

---

<sup>103</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 46).

<sup>104</sup> Rt. 1996 s. 624 (s. 635).

<sup>105</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 46).



tilfellene vil etablert næring knyttes til enkelte land. Derfor vil resultatet være faktisk forskjellsbehandling. Noe som er resultatet både i «Kiel-saken» og «Islandske trålere».

En eventuell konklusjon på om Høyesterett anvender effektivitetsprinsippet innenfor rammene av ordlyden må holdes åpent da dette er et komplisert spørsmål som er vanskelig å vurdere. Det som derimot er tydelig er at Høyesterett både i «Kiel-saken» og «Islandske trålere» balanserer helt i ytterkanten av hva den folkerettslige metoden tillater ved tolkningen av traktatens ordlyd. Dette fordi Høyesterett gjennom sin tolkning tillater forskjellsbehandling av traktatsparter så lenge denne ikke er begrunnet i nasjonalitet, men objektive kriterier. En slik tolkning faller til dels utenfor ordlyden.

#### **4.2.5 Norges skjønnsmargin ved gjennomføringen av Svalbardtraktaten i forhold til folkerettslig metode**

Som redegjort for i punkt 2.7 kan stater ha en skjønnsmargin ved håndhevelsen og gjennomføringen av folkerettslige traktater. Uten en slik skjønnsmargin vil stater i stor grad være fratatt adgangen til å foreta det de selv mener er passende reguleringer. I «Kiel-saken» vurderte Høyesterett det slik at Norge har en betydelig skjønnsmargin etter Svalbardtraktaten.<sup>106</sup> Problemstillingen blir derfor om den betydelige skjønnsmarginen som Høyesterett her gir Norge er i tråd med Svalbardtraktatens ordlyd og de tolkningsregler som Wien-konvensjonen oppstiller.

Utgangspunktet for vurderingen er Svalbardtraktatens artikkel 1 og 2. I artikkel 1 gis Norge suverenitet og jurisdiksjon over Svalbard og i artikkel 2 står det at Norge kan treffe eller fastsette «passende forholdsregler» for å sikre bevarelsen av dyrelivet på Svalbard. Det er ingen tvil om at i «Kiel-saken» skulle hyseforskriften sikre bevarelsen av hysebestanden i Barentshavet, og videre at Norge har rett til å innføre en slik forskrift med hjemmel i Svalbardtraktaten. Det problematiske er om tiltaket kan anses å være «passende» slik at den ivaretar likebehandlingsprinsippet og tar hensyn til andre objektive kriterier og momenter.

På den ene siden er det naturlig at retten ikke for intensivt prøver de vurderinger som staten har gjort rundt hva som er passende tiltak. De hensyn som gjør seg gjeldene og de alternative reguleringer er det staten som i utgangspunktet er best til å vurdere om er passende.

På den andre siden er det ingen tvil om at primærfangst etter hyse er mye lettere å gjennomføre for EU-fartøy kontra bifangst. Da kan fartøyene kun forholde seg til en satt

---

<sup>106</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 49).

kvote og når dette kvoten er fylt avsluttes fisket. Det vil og gjøre det lettere å fiske etter flere arter samtidig uten å måtte forholde seg til et krav om maksimal innblanding av hyse. Dette er ganske sterke hensyn som Høyesterett i større grad burde tatt hensyn til ved vurderingen av om vedtaket av hyseforskriften var innenfor Norges skjønnsmargin. Særlig når ordningen i forskriften innføres i 2011 og videreføres i 2012 uten at det foretas en endring. Hensynet om at endringen kunne gjøres «raskt og unilateralt» gjør seg derfor ikke like gjeldende i 2012.<sup>107</sup> Et annet moment som taler for at skjønnsmarginen er for vid er at i den dagjeldende hyseforskriften gis norske og russiske fartøy rett til primærfangst av hyse, mens EU-fartøy kun får bifangst. Dette bryter i stor grad med det som er en naturlig språklig forståelse av ordlyden i likebehandlingsprinsippet.

Samtidig må en legge til grunn at Høyesterett som landets øverste domstol er klar skjønnsmarginens grense, og at den må være i henhold til både ordlyden i Svalbardtraktaten og reglene om traktatstolkning. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom at retten er kommet til sitt resultat under tvil. Men dette betyr ikke alene at den skjønnsmarginen som Norge utleder til fordel for Norge er innenfor både traktatens ordlyd og folkerettslig metode.

I «Kiel-saken» hadde det samlet sett vært mer hensiktsmessig om Høyesterett prøvde Norges vurdering noe mer intensivt. Begrunnelsen for det er at et alternativt forslag til innhold i hyseforskriften hvor også EU-fartøy fikk en egen kvote for direktefiske etter hyse var vurdert av norske myndigheter før vedtakelsen, men som ble ansett å ta for lang tid å iverksette. Det alternative forslaget fremstår som mer passende og mindre diskriminerende ovenfor EU-fartøy, og kunne med fordel vært vurdert mer inngående av Høyesterett som et reelt alternativ i alle fall for 2012.

Det kan likevel ikke konkluderes med at Høyesterett i «Kiel-saken» gir Norge en for bred skjønnsmargin. Som drøftelsen viser er skjønnsmarginen som Høyesterett gir Norge bred, og tolkningen går til dels utover det ordlyden i Svalbardtraktaten og reglene om traktatstolkning gir adgang til. Samtidig er det vanskelig å konkludere med at Høyesterett går for langt da deres vurdering er utfyllende, konkret og avveier ulike hensyn mot hverandre.

#### **4.2.6 Oppsummering – tolkes likebehandlingsprinsippet i Svalbardtraktaten i henhold til folkerettens metode?**

Den gjennomgang som er gjort i punkt 4.2 kan oppsummeres i tre punkter.

---

<sup>107</sup> Rt. 2014 s. 272 (avsnitt 61).

Første punkt er at gjennomgangen viser at ved tolkningen av Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp vektlegger Høyesterett effektivitetsprinsippet og Norges skjønnsmargin så sterkt at det kan stilles spørsmål ved denne tolkningen.

Det andre er at Høyesterett i de to dommene som er gjennomgått besvarer det rettslige spørsmålet på selvstendig grunnlag slik det fremstår for retten på avgjørelsestidspunktet. Det kan vanskelig ses å løses på noen annen måte enn slik Høyesterett gjorde i både «Kiel-saken» og «Islandske trålere».

Det tredje og siste er at Høyesterett slik jeg leser dommen i stor grad foretar en god gjennomgang og avveining av de aktuelle tolkningsmomenter. Høyesterett avveier ulike hensyn mot hverandre og det er tydelig hvilke tolkningsmomenter som tillegges størst vekt. Som vurderingen viser er det mulig å rette kritikk mot enkelte deler av den, men helhetlig fremstår tolkningen som forsvarlig og gjort på selvstendig grunnlag. Skulle det vært grunnlag for å konkludere med Høyesterett ikke avgjorde det rettslige innholdet i Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp i henhold til folkerettslig metode, måtte de metodiske manglene vært av et større omfang.

Det kan derfor konkluderes med at Høyesterett har avgjort spørsmålet om det rettslige innholdet i Svalbardtraktatens likebehandlingsprinsipp i henhold til folkerettslig metode.

## **4.3 Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde**

### **4.3.1 Innledning**

Spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde er av stor interesse både juridisk og politisk. I en rekke saker har det blitt anført at Svalbardtraktaten gjelder ut til 200 nautiske mil utenfor Svalbards kyst og at likebehandlingsprinsippet derfor gjelder i fiskevernsonen.<sup>108</sup> Så langt har ingen fått samtykke i norske domstoler for et slikt syn. Høyesterett har i de sakene hvor spørsmålet har vært aktuelt valgt å løse tvistene på annet grunnlag enn ved å ta stilling til traktatens geografiske anvendelsesområde.

Ved behandlingen av straffesaken mot det latviske fiskefartøyet Senator i første instans valgte retten å vurdere Svalbardtraktatens anvendelsesområde som den første problemstillingen.<sup>109</sup> I saken henvises det videre til dommen fra lagmannsrettsbehandlingen

---

<sup>108</sup> Rt. 1996 s. 624, Rt. 2006 s. 1498 og Rt. 2014 s. 272.

<sup>109</sup> TOSFI-2017-57396.

av «Kiel-saken».<sup>110</sup> Vurderingen tar derfor utgangspunkt i sistnevnte dom. For den videre vurderingen vil også denne dommen omtales som «Kiel-saken».

Problemstillingen er om domstolen avgjør spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske virkeområde i henhold til folkerettslig metode slik den er beskrevet i kapittel 2. For sakens faktum og hovedproblemstilling vises det til punkt 2.2.3 hvor det er redegjort for denne.

### **4.3.2 Ordlyden i Svalbardtraktatens artikkel 2**

I «Kiel-saken» tar retten utgangspunkt i Wien-konvensjonen og oppstiller tolkningsregelen slik den fremkommer i artikkel 31 og 32. Videre henvises det til traktatens ordlyd og at det er «territoriale farvann» i artikkel 2 som er gjenstand for vurderingen. Etter en kort gjennomgang av denne legges det videre til grunn at den naturlige språklige forståelsen av ordlyden er at traktaten kun gjelder innenfor territorialfarvannet.<sup>111</sup> Videre i drøftelsen holdes denne tolkningen opp mot de andre tolkningsmomentene som er gjort gjeldende av partene.

Denne vurderingen er helt i tråd med de reglene som Wien-konvensjonen oppstiller om tolkningen av ordlyden. Det er derfor ikke nødvendig å knytte ytterligere bemerkninger mot denne vurderingen.

### **4.3.3 Svalbardtraktatens kontekst og formål**

Ved tolkningen av ordlyden i lys av traktatens kontekst og formål trekker retten frem et bredt spekter av kilder som tolkningsmomenter. Disse kildene er blant annet andre konvensjoner inngått i tidsrommet fra 1919 og frem til 1944, rettspraksis fra amerikansk høyesterett og uttalelser i anledning denne rettspraksisen, samt en ganske omfattende mengde juridisk teori som bidrag til å tolke formålet og forståelsen av ordlyden da Svalbardtraktaten ble inngått i 1920. Problemstillingen her er derfor om vurderingen av ordlyden i lys av dens kontekst og formål er i med folkerettslig metode.

Vurderingen som gjøres illustrerer godt hvor utfordrende det kan være å tolke en traktat utformet og vedtatt i 1920. Likevel klarer å retten å gjennomføre enn inngående vurdering av denne hvor kildenes innhold utledes. Retten vurderer særlig tiltaltes anførsel om at det i 1920 ikke eksisterte et enhetlig syn på den rettslige karakteren til territorialfarvannet og at dette svekker begrepsbruken i konvensjonen. Dette er ikke retten enig i og viser til blant annet Air navigation convention av 1919, The international civil aviation convention av 1944,

---

<sup>110</sup> LH-2013-50194.

<sup>111</sup> LH-2013-50194 .

amerikansk høyesteretts dom i *Cunard vs Mellom* fra 1923 og statement of Lord Curzon til House of Lords vedrørende dommen. Alle disse støtter det syn at det i tidsperioden hvor Svalbardtraktaten ble vedtatt eksisterte et enhetlig syn på begrepsbruken i traktaten. Dette støttes opp av juridisk teori som har et tilsvarende syn på hva som kan utledes fra kildene.<sup>112</sup>

På den andre siden er det tydelig at retten ikke stenger døren helt for en utvidende tolkning av traktatens geografiske virkeområde. Her vises det til at Norges syn på traktaten medfører en anomali. En anomali er et avvik fra normen, som i dette tilfellet er at Norge får større rettigheter utenfor territorialfarvannet enn innenfor. Videre viser retten til anførselen om at det er i tråd med evolusjonær tolkning å tolke den utvidende og at det finnes støtte for et slik syn i blant annet rettspraksis fra ICJ. Retten inntar det standpunkt at det ikke er anførselene i seg selv som ikke fører frem, men at det kildegrunnlag som underbygger anførselen er for tynt. Dette kan være et tegn på at med et tilstrekkelig godt kildemateriale vil en kunne finne støtte for en utvidende tolkning av traktaten. Utdfordringen ligger nok i om det er mulig å fremskaffe tilstrekkelig kilder til å overbevise retten om en slik tolkning. Rettens standpunkt til en dynamisk og utvidende tolkning vil bli vurdert mer inngående under punkt 4.3.5.

Helhetlig fremstår vurderingen til lagmannsretten god. Den vurderer alle anførselene til de tiltalte om hvorfor konteksten og formålet tilsier at traktaten må tolkes utvidende og ikke i henhold til ordlyden. Samtidig har denne brede gjennomgangen som retten gjør nær sammenheng med at partenes prosedyrer var knyttet til nettopp dette spørsmålet og ikke de andre rettslige problemstillingene som er tema i saken.<sup>113</sup>

Med dette som bakgrunn kan det derfor konkluderes med at lagmannsrettens tolkning av ordlyden i lys av formålet og konteksten er gjort i henhold til reglene i Wien-konvensjonen.

#### **4.3.4 Internasjonal rettspraksis som tolkningskilde**

Som en forlengelse av konteksten drøftes rettspraksis fra ICJ i dommen. Her vises det særlig til to saker som det fra tiltaltes side påstås skal tale for en utvidende tolkning av ordlyden. Disse sakene er *The Aegean Sea Continental Shelf case* og *The Oil Platforms case*.<sup>114</sup> Retten måtte ta stilling til to tolkningsmåter. Spesielt for førstnevnte dom er det stor uenighet mellom det syn forsvaren har på dommen og det blant annet *Fleischer* i juridisk teori har.<sup>115</sup> Et

---

<sup>112</sup> LH-2013-50194.

<sup>113</sup> LH-2013-50194.

<sup>114</sup> *The Aegean Sea continental shelf (Greece v. Turkey) case*, 1978, judgement of 19. december 1978 ICJ rep. 3, og *The Oil platforms case (Islamic republic of Iran v. United States of America)*, judgement of 6. november 2003, ICJ reports 2003 s. 1.

<sup>115</sup> LH-2013-50194.

konkret spørsmål man kan stille her er derfor om retten vurderer rettspraksisen på en forsvarlig måte i henhold til folkerettslig metode.

Utfordringen både med den konkrete rettspraksisen i denne saken, men og på generelt grunnlag er hva man kan hente ut av den. I dette tilfellet er lagmannsrettens syn at man ikke kan hente ut noe som klart peker i retningen av en dynamisk og utvidende tolkning av ordlyden. På den andre siden mener de at den kan brukes til inntekt for at man skal tolke ordlyden i tråd med den språklige forståelsen, nemlig at traktaten ikke gjelder utenfor territorialfarvannet.

Nettopp disse utfordringene vises blant annet gjennom at Churchill og Ulfstein kun sier at man kan bruke *The Aegean Sea Continental Shelf case* «to some degree» som tolkningsverktøy for en utvidende tolkning.<sup>116</sup> Premisset for en slik tolkning kan derfor ikke hentes ut fra dommen.

Helhetlig viser drøftelsen til lagmannsretten viser en noe delt holdning til å anvende rettspraksis som tolkningsmoment for å belyse konteksten. De to rettsavgjørelsene fra ICJ som det blir henvist til er ikke entydig tolket i den juridiske teorien, og de blir heller ikke entydig tolket av partene i denne saken. Derfor er det lite sikkert hva som har overføringsverdi til denne konkrete saken.

Videre tar ingen av dommene fra ICJ for seg Svalbardtraktatens innhold og derfor må det en inngående tolkningsprosess for å kunne finne uttalelser i dommene som taler for det ene eller det andre syn. Dessuten har ikke rettspraksis tilsvarende vekt etter ICJs vedtekter som de resterende kildene som vurderes. Retten må derfor være forsiktig med å tillegge disse for mye vekt.

Samtidig må det rettes kritikk mot at retten mener at rettspraksisen taler for en tolkning i henhold til ordlyden. Slik den blir presentert og med den vekt som rettspraksis har ved tolkningen av traktater, i henhold til ICJs vedtekter slik det er redegjort for under punkt 2.5 ville det vært naturlig at retten heller konkluderte med at rettspraksisen ikke kunne anvendes for å belyse konteksten. Ser man drøftelsen i sin helhet var det heller ikke nødvendig med en slik tolkning for å komme frem til det resultat som retten gjorde. Derfor fremstår denne

---

<sup>116</sup> Churchill, Ulfstein 2010, s. 582.

tolkningen som noe merkelig og utenfor de reglene som gjelder for anvendelse av rettspraksis ved tolkningen av traktater.

#### **4.3.5 En dynamisk tolkning av Svalbardtraktatens geografiske virkeområde**

I «Kiel-saken» ble det fra den tiltaltes side anført at retten må foreta en dynamisk og utvidende tolkning av Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde. Problemstillingen blir derfor om Svalbardtraktaten burde tolkes mer dynamisk og utvidende i retning av å gi flere rettigheter enn det som naturlig følger av ordlyden. Som en naturlig del av problemstillingen vil det og vurderes om lagmannsrettens tolkning er for restriktiv i retning av en i overkant ordlydslojal tolkning.

Vurderingen til lagmannsretten tar utgangspunkt i ulike tolkninger av formålet til Svalbardtraktaten med støtte i juridisk teori. Videre viser retten til tiltaltes anførsel om dagjeldende rettslig regulering av fiskevernsonen, og at dette skulle utgjøre en folkerettslig anomali da Norge vil ha større rettigheter i fiskevernsonen kontra territorialfarvannet.

Når det gjelder vurderingen av om at det utgjør en anomali at Norge har større rettigheter i fiskevernsonen kontra territorialfarvannet er denne anførselen av særlig interesse. FNs havrettskonvensjon gir uttrykk for någjeldende regulering av kyststatenes rettigheter. Særlig forskjellene mellom rettighetene i økonomisk sone etter Havrettskonvensjonen artikkel 56 og territorialfarvannet etter Havrettskonvensjonen artikkel 2 må trekkes fram. Etter denne reguleringen skal alle kyststater ha større rettigheter i territorialfarvannet enn i den økonomiske sonen. I relasjon til 200-mils sonen utenfor Svalbard er den tiltaltes anførsel veldig relevant. Det kan virke mer hensiktsmessig at anvendelsesområdet til Svalbardtraktaten gikk helt ut til 200 nautiske mil, for på denne måten sikre at Norges utøvelse av suverenitet er i tråd med Havrettskonvensjonens regler.

På den andre siden viser lagmannsrettens vurdering i «Kiel-saken» at en utvidende og dynamisk tolkning må forankres bredt og i flere hensyn enn kun en anomali. Retten er her inne på både rettspraksis, tolkningen av disse gjort i juridisk teori og uttalelser fra kommisjonspresidenten ved utarbeidelsen av Svalbardtraktaten. Ut fra disse utledes det ikke noe som tilsier en utvidende og dynamisk tolkning da disse ikke er tilstrekkelig entydig og klar. Derfor lander retten på en restriktiv og tilbakeholden tolkning i henhold til den naturlige språklige forståelsen av ordlyden.

Slik saken fremsto og med de rettskilder som ble lagt frem er det tydelig at retten ikke kunne lagt til grunn en dynamisk og utvidende tolkning. Det er mulig at Svalbardtraktatens

geografiske anvendelsesområde burde tolkes mer utvidende og dynamisk enn det som var tilfelle i denne konkrete saken. Men hvis det skal gjøres må det forankres i flere tolkningsmomenter som fremkommer i Wien-konvensjonen. Disse må dessuten være så entydig og klar at de kan legges til grunn som et tungtveiende tolkningsmoment.

En anomali alene kan vanskelig ses å være tilstrekkelig grunnlag for å tolke en traktat så utvidende og dynamisk som det er anført i denne saken. Dette fordi argumentet ikke er tungtveiende nok i den folkerettslige metoden.

Konklusjonen er at lagmannsretten i denne konkrete saken ikke burde tolket Svalbardtraktaten mer utvidende og dynamisk. Den tolkingen som retten kom til var derfor forsvarlig og ikke for restriktiv.

#### **4.3.6 Høyesterett som en domstol for prinsipielle avgjørelser**

Så langt har det vært flere saker oppe til Høyesterett hvor spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde har vært en av de rettslige problemstillingene.<sup>117</sup> Så sent som i 2014 var spørsmålet oppe til behandling, og Høyesterett har gjennom ankesilingen åpnet for at spørsmålet kan tas opp til behandling i 2019.<sup>118</sup> Høyesterett har i alle sakene til og med 2014 valgt å løse tvistene på et alternativt grunnlag. På den måten har de sluppet å ta stilling til traktatens geografiske virkeområde.

Det er godt mulig at det finnes gode grunner for en slik vurdering, og at Høyesterett generelt vegrer seg for å vurdere spørsmålet. Skulle Høyesterett komme til at Svalbardtraktaten gjelder helt ut til 200 nautiske mil vil dette medføre store rettslige og politiske konsekvenser for Norge. Samtidig er det juridisk sett bemerkelsesverdig at Høyesterett ikke ønsker å ta stilling til spørsmålet.

Etter straffeprosessloven § 323 skal Høyesterett kun slippe inn saker til behandling hvor anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den aktuelle sak eller av særlige grunner er viktig å få prøvd for Høyesterett. Spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske anvendelsesområde er definitivt omfattet av dette. En avgjørelse i Høyesterett hvor dette spørsmålet blir avklart vil ha stor betydning langt utover den aktuelle sak.

Det kan og stilles spørsmål ved at Høyesterett konsekvent unngår å ta spørsmålet opp til behandling. Hadde det vært tilfelle i et par saker kunne man kalt det en tilfeldighet, men når

---

<sup>117</sup> Rt. 1996 s. 624, Rt. 2006. s. 1498 og Rt. 2014 s. 272.

<sup>118</sup> HR-2018-1028-U.



det i Rt. 1996 s. 624, Rt. 2006 s. 1498 og Rt. 2014 s. 272(ankebehandling av LH-2013-50194) unngår å ta stilling til spørsmålet danner det seg kanskje et mønster hvor Høyesterett helst ikke vil behandle spørsmålet. Hvorfor det er slik er ikke lett å svare på.

Slik jeg ser det kan en teori være at spørsmålet er så politisk betent at ved å avgjøre spørsmålet i disfavør den norske stat vil det medføre at man blander juss og politikk i for stor grad etter Høyesteretts syn. En annen er at Høyesterett anser det alternative grunnlag til løsning som mer hensiktsmessig og derfor velger dette. Dessuten vil Høyesterett være nødt til å vurdere traktatens geografiske virkeområde hvis de skulle komme til at traktatens likebehandlingsprinsipp er brutt. Muligheten for å vurdere spørsmålet er derfor ikke helt avskåret ved å avgjøre tvistene på alternative grunnlag.

Likevel er det mulig å rette kritikk mot Høyesteretts avgjørelser da spørsmålet om Svalbardtraktatens geografiske virkeområde er et veldig aktuelt spørsmål som både bør og kunne vært avgjort av Høyesterett.

#### **4.4 Konklusjon**

Ut fra den vurdering som er gjort kan det trekkes følgende slutninger om domstolenes vurdering av Svalbardtraktatens geografiske virkeområde.

For det første er det tydelig at retten er bevisst på folkerettslig metode og at den som utgangspunkt skal følges ved tolkningen. Utfordringen ligger i hvordan den faktisk anvendes.

Når det gjelder «Kiel-saken» fremstår rettens drøftelse som god og med utgangspunkt i den folkerettslige metoden. Alle hensyn og tolkningsmomenter som er anført trekkes frem og drøftes inngående i henhold til Wien-konvensjonen. Videre er det positivt at lagmannsretten vurderer traktaten på selvstendig grunnlag. Retten kunne fulgt aktors påstand om at det ikke var rom for verken formålsbetraktninger eller supplerende tolkningsmomenter, men velger selv å ta stilling til traktaten.

Det som er negativt med drøftelsen i «Kiel-saken» er den delen som omfatter rettspraksisen fra ICJ. Her burde retten vært mer tilbakeholden med å trekke så klare slutninger som den gjør, tatt i betraktning at det fremstår som rettspraksisen har begrenset overføringsverdi til den konkrete saken som lagmannsretten skal avgjøre.

Videre er grensdragningen mellom politikk og juss vanskelig ved dette spørsmålet. Norge har inntatt et omstridt standpunkt blant de resterende partene i Svalbardtraktaten. Det kan

være at domstolen ikke ser det som sin oppgave å anerkjenne dette standpunktet eller avfeie det som ikke holdbart juridisk. Kanskje prøver Høyesterett gjennom å ikke ta stilling til spørsmålet å tvinge frem politiske forhandlinger eller en større revisjon av traktaten. Hvis dette har vært målet har Høyesterett ikke nådd frem til traktatpartene med sitt synspunkt foreløpig.

Norske domstoler har så langt konkludert med at Svalbardtraktaten ikke får anvendelse utenfor territorialfarvannet uten at avgjørelsen har fått noen form for rettskraft. Om svaret de har kommet til er juridisk holdbart må holdes åpent. Fra en som står på utsiden av saksforholdet er det fristende å skulle komme med en betraktning om hvorvidt resultatet er korrekt, men hensynene både for og imot ved tolkningen tilsier at dette er et spørsmål som må vurderes av enten Norges Høyesterett eller ICJ.

## 5 Avslutning

### 5.1 Innledning

Avslutningsvis i avhandling ser jeg det som nødvendig å komme med noen betraktninger i relasjon til de drøftelsene som er gjort, i tillegg til å skulle konkludere på avhandlingens problemstilling.

### 5.2 Avhandlingens hovedproblemstilling

Gjennom drøftelsene i punkt 3 og 4 har jeg vurdert konkrete problemstillinger med utgangspunkt i hvordan norske domstoler har tatt stilling til dem. Som en kan se av både drøftelsene og delkonklusjoner er det mulig å påpeke mangler ved domstolens vurderinger både generelt, men også på detaljnivå. Det er derfor grunnlag for å kritisere domstolen for ikke å være tilstrekkelig bevisst på metoden når de drøfter konkrete folkerettslige spørsmål. Samtidig må denne kritikken avstemmes mot det faktum at norske domstoler må ta stilling til problemstillingene med utgangspunkt i det rettskildegrunnlag som er presentert på avgjørelsestidspunktet. Derfor er nok drøftelsene sterkt preget av dette. Kritikken mot domstolen kan heller ikke være for hard tatt i betraktning at en ofte vil møte på utfordringer når saker behandles for domstolene som en ikke ser når en analyserer dommene. Domstolens oppgave er å løse konkrete saker, mens det i juridisk teori og academia kan rettes kritikk mot avgjørelsene og vurderingene slik de fremstår utad.

Jeg har derfor ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for å kunne legge til grunn at domstolen i sakene ikke er bevisst på metoden. For at dette skulle vært tilfelle måtte vurderingene og argumentasjonen fremstått som vilkårlig og i strid med både folkerettslig metode og det rettskildegrunnlaget gir utrykk for. Noe som ikke er tilfelle i disse sakene.

Konklusjonen er derfor at domstolene avgjør sakene på et tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag. Til denne konklusjonen er det nødvendig å knytte noen små bemerkninger.

Den første er at det finnes et forbedringspotensial hos norske domstoler når det gjelder å skrive pedagogiske dommer. «Senator-saken» er en viktig sak med interesser som strekker seg utover Norges landegrenser. Retten hadde derfor vært tjent med å skrive en dom som er lettleselig og som i større grad følger den systematikk som Wien-konvensjonen stiller opp. Det at en leser må gjennomføre en inngående analyse for å forstå systematikken og detaljene i dommen er et svakhetstegn ved spesielt «Senator-saken».

Den andre bemerkningen er knyttet til den nasjonale skjønnsmarginen etter Svalbardtraktaten som Høyesterett i «Kiel-saken» ga Norge. Som drøftelsen under punkt 4.2.5 viser kan denne skjønnsmarginen ikke bare gi gode virkninger, men og noen negative virkninger for de som skulle få et vedtak eller regulering i sin disfavør. Derfor burde nok domstolen være påpasselig med å ikke gi Norge en for vid skjønnsmargin, slik at reguleringer både i sin utforming og virkning ikke skal forskjellsbehandle basert på nasjonalitet.

### **5.3 Rettspolitiske betraktninger**

Vurderingene som norske domstoler må gjøre i snøkrabbekonflikten er kompliserte, og jussen er på ingen måte enkel. Lars Fause har blant annet uttalt at saken er en byrde som han helst ville unngått å prosedere for retten. Han mener at situasjon som Norge har satt seg selv i burde vært løst utenfor rettssystemet gjennom forhandlinger med EU.<sup>119</sup>

Norge og EUs utgangspunkt i denne saken er at begge står hardt på sitt. Det har vært forsøk på forhandlinger mellom partene for å komme til en enighet. Men fra Norges side er det fremsatt krav som EU ikke vil gå med på, og fra EUs side er det utstedt lisenser for fiske etter snøkrabbe i Barentshavet. Stikk i strid med Norges tydelige standpunkt. Alle forhandlinger er derfor brutt.<sup>120</sup> Partene kunne med fordel ha inntatt en noe mer nyansert og mindre standhaftig holdning i forhandlingene. Det er ikke bare en verdifull ressurs som står på spill. Snøkrabben kan i verste fall være med å ødelegge et bilateralt forhold mellom Norge og EU. Derfor burde nok både Norge og EU innta en mer konstruktiv tone i konflikten.

På den andre siden er det og viktig at det kommer en rettslig avklaring på spørsmålet om snøkrabben er en sedentær art etter Havrettskonvensjonen artikkel 77 nr. 4. Når Høyesterett har valgt å sende behandlingen videre til storkammer viser det at de tar spørsmålet på høyeste alvor, og at de anser spørsmålet som så viktig at det er nødvendig med en utvidet behandling av spørsmålet.

---

<sup>119</sup> <https://fiskeribladet.no/nyheter/?artikkel=58011>, sist besøkt 23. november.

<sup>120</sup> [https://www.nrk.no/finnmark/norge-bryter-forhandlingene-med-eu-om-snokrabbe\\_-1.13823930](https://www.nrk.no/finnmark/norge-bryter-forhandlingene-med-eu-om-snokrabbe_-1.13823930), sist besøkt 26. november 2018.

## **Kildeliste:**

### **Lover:**

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene(Domstolloven).

Lov 17. desember 1976 nr. 91 om Norges økonomiske sone(Økonomisk soneloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker(Straffeprosessloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett(Menneskerettsloven).

Lov 6. juni 2008 nr. 73 om forvaltning av viltlevandre marine ressursar(Havressurslova).

### **Forarbeider:**

NOU 2005: 10 Havressursloven

### **Forskrifter:**

Forskrift 12. august 1994 nr. 801 om regulering av torskefisket i fiskevernsonen ved Svalbard i 1994 (torskeforskriften), opphevet

Forskrift 21. desember 2011 nr. 1478 om regulering av fisket etter hyse i fiskevernsonen ved Svalbard i 2012 (hyseforskriften), opphevet

Forskrift 19. desember 2011 nr. 1836 om forbud mot fangst av snøkrabbe (snøkrabbeforskriften).

### **Internasjonale traktater:**

Traitè concernant le Spitsbergen (Svalbardtraktaten), 9. februar 1920.

Statute of the International Court of Justice, 24. oktober 1945

Convention relating to the status of refugees, 28. juli 1950.

European convention on human rights, 4. November 1950.

Convention on the continental shelf, 29. april 1958, Genève.

Vienna convention on the law of the treaties (Wien-konvensjonen), 22. mai 1969

Convention on future multilateral cooperation in north-east Atlantic fisheries (NEAFC-konvensjonen), 18. november 1980.

United Nations convention on the law of the sea (Havrettskonvensjonen), 10. desember 1982.

**Rettspraksis:**

Rt. 1996 s. 624

Rt. 1999 s. 961

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2006 s. 1498

Rt. 2014 s. 272

HR-2017-569-A

HR-2017-2257-A

HR-2017-2078-A

HR-2018-1028-U

HR-2018-2231-J

LH-2013-50194

LH-2017-144441

TOSFI-2017-57396

TNHER-2012-141874

**Internasjonal rettspraksis:**

Den internasjonale domstolen i Haag:

Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime  
Consulative Organisation, Advisory Opinion, 8. juli 1960, ICJ Reports, 1960

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v, Turkey) case, Judgement of 19. december 1978, ICJ  
Rep. 3

Case concerning Maritime Delimitation in the Area of Jan Mayen (Denmark v Norway)  
Judgment of 14 June 1993, ICJ Reports, 1993

Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgement of 3. february 1994, ICJ Rep  
1994

Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement of  
25. september 1996

The Oil Platform case, (Islamic republic of Iran v. United States of America), Judgement of 6  
november 2003, ICJ reports 2003 s.1

Den europeiske menneskerettsdomstol:

Case of Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 7. desember 1976

### **Juridisk litteratur:**

#### Bøker:

- |                |  |
|----------------|--|
| Gardiner       | Gardiner, Richard K., <i>Treaty Interpretation</i> , first edition,<br>(Oxford 2008).  |
| Linderfalk     | Linderfalk, Ulf, <i>On the interpretation of Treaties, The modern<br/>International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention<br/>on the Law of the Treaties</i> , (Lund 2007). |
| Lo             | Lo, Chang-fa, <i>Treaty Interpretation Under the Vienna<br/>Convention on the Law of Treaties – A new round of<br/>codification</i> , (Tapei 2017).                                  |
| Orakhelashvili | Orakhelashvili, Alexander, <i>The interpretation of acts and rules<br/>in public international law</i> , (Oxford 2008).  |

Ruud Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4.utgave (Oslo 2011).

Skoghøy Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og Rettsanvendelse* (Tromsø 2018).

Artikler:

Andenæs Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, «Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene», *Jussens venner*, 05/2011, s. 251-286

Bjørge Bjørge, Eirik, «Snøkrabben som «sedentær art» etter FNs Havrettstraktat», *Lov og rett* 05/2018, s.291-301

Bjørge, Eirik, «Dynamisk tolkning i den generelle folkeretten», *Lov og rett*, 02/2012, s. 104-122

Churchill Churchill, Robin, Jan Sundet og Geir Ulfstein, «Snøkrabben som «sedentær art» etter FNs Havrettstraktat – et tilsvarende», *Lov og rett* 08/2018, s.510-515

Churchill, Robin og Geir Ulfstein, «The disputed maritime zones around Svalbard», *Changes in the Arctic Environment and the Law of the Sea*, Nordquist, Myron, John Norton Moore og Thomas Heidar(red.), Leiden (2010), s.551-593

Helmersen Helmersen, Sondre Torp, Dualismen i norsk rett som konstitusjonell norm, *Kritisk juss*, 03/15, s.161-183

Skoghøy Skoghøy, Jens Edvin A, «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettsbestemmelser», *Lov og rett*, 06/2002, s. 337-354.



### **Nettsider:**

Snøkrabbe og tjuvfiske på norsk sokkel, Utenriksminister Ine Marie Søreide og tidligere fiskeriminster Per Sandberg:

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/tjuvfiske/id2598766/>, sist besøkt 6.november 2018

Norsk rikskringkasting, Tidligere EU-topp: - Norge bør fornye Svalbardtraktaten:

[https://www.nrk.no/finnmark/tidligere-eu-topp\\_-\\_norge-bor-fornye-svalbardtraktaten-1.13397485](https://www.nrk.no/finnmark/tidligere-eu-topp_-_norge-bor-fornye-svalbardtraktaten-1.13397485), sist besøkt 26. oktober

Norsk rikskringkasting, Snøkrabbedom kan sette Norge på prøve: – kan bli en brekkstang for oljen: [https://www.nrk.no/finnmark/snokrabbedom-kan-sette-norge-pa-prove\\_-\\_kan-bli-en-brekkstang-for-oljen-1.13586925](https://www.nrk.no/finnmark/snokrabbedom-kan-sette-norge-pa-prove_-_kan-bli-en-brekkstang-for-oljen-1.13586925), sist besøkt 19.november 2018

Havforskningsinstituttet, Snøkrabbe:

<https://www.imr.no/temasider/skalldyr/snokrabbe/nb-no>, siste besøkt 27.september 2018

Store norske leksikon, sedentær, <https://snl.no/sedentær>, sist besøkt 7. november 2018

Fiskarbladet, Mener «Senator» - saken er en byrde,

<https://fiskeribladet.no/nyheter/?artikkel=58011>, sist besøkt 23. november

Norsk rikskringkasting, Norge bryter forhandlingene med EU om snøkrabbe,

[https://www.nrk.no/finnmark/norge-bryter-forhandlingene-med-eu-om-snokrabbe\\_-\\_1.13823930](https://www.nrk.no/finnmark/norge-bryter-forhandlingene-med-eu-om-snokrabbe_-_1.13823930), sist besøkt 26.november 2018

Domstoladministrasjonen, domstol.no:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/henviste-saker/henviste-saker-internett.pdf>, sist besøkt 6. desember 2018.

### **Andre kilder:**

Overværing av ankebehandlingen av LH-2017-144441 30-30. oktober 2018, Høyesteretts andre avdeling, Oslo

Samtale med advokat Ottar Nilsen, Harstad, 21.juni 2018

Krabbekonflikten, Podcasten Krig og Fred, Norsk rikskringkasting(NRK), Publisert 12. April 2018: <https://radio.nrk.no/serie/krig-og-fred-en-podkast-fra-nrk-urix/NPUB46001418/sesong-2/episode-13>

Foredraget «Havets Hemmeligheter 1: Snøkrabben – en ressurs eller til besvær?» Et foredrag i regi av K. G. Jebsen-senter for Havrett, 6. april 2017