

SENSORVEILEDNING JUS2111 – HØST 2013

Oversikt

Oppgaven består av to deler. Det fremgår av oppgaveteksten at antatt tidsbruk for oppgave I er 4 timer, mens antatt tidsbruk for oppgave II er 2 timer. Oppgave I bør derfor telle mer enn oppgave II ved den samlede bedømmelsen.

Oppgave I reiser spørsmål innen fagområdet statsforfatningsrett (10 studiepoeng). Oppgave II reiser spørsmål innen fagområdet EØS-rett (5 studiepoeng).

Formålet med denne sensorveiledningen er å gi en oversikt over relevante læringsmidler, forventninger til studentenes kunnskap, og momenter som bør være med i besvarelsene. På den bakgrunn redegjøres det her for relevant hovedlitteratur og relevante læringskrav for oppgavene, samt sentrale momenter som bør være med i besvarelsene. Formålet er ikke å gi noen uttømmende angivelse alle momenter som være med i en god besvarelse.

Som vanlig må vurderingen av den enkelte besvarelse ikke bare bero på hvilke momenter som er med, men også kildebruk, anvendelse av juridisk metode og andre kriterier for gode besvarelser, som oversiktighet og klarhet.

Denne veiledningen er skrevet før undertegnede har lest noen besvarelser.

Oppgave I

Oppgave I består av tre deloppgaver, oppgave 1,2 og 3. Alle tre oppgaver gjelder fagområdet statsforfatningsrett. Relevant hovedlitteratur for de tre oppgavene er Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati. Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt perspektiv*, 2. utgave (Oslo 2012, Fagbokforlaget).

Oppgave 1 spør om en oversikt over den konstitusjonelle maktfordelingen i Norge i dag, og oppfordrer kandidatene til å belyse sentrale momenter ved bruk av andre lands konstitusjoner.

Maktfordeling er behandlet av Eivind Smith i *Konstitusjonelt demokrati*, på sidene 183-192. Fordi dette er en del av hovedlitteraturen må studentene forventes å kjenne til det vesentlige av innholdet på disse sidene.

I *Konstitusjonelt demokrati* presenterer Smith ordet «maktfordeling», som for mangetydig til å tjene som analytisk redskap. Likevel bruker denne boken maktfordeling som en overskrift og et stikkord for ulike former for maktspredning, maktseparasjon og maktbalanse.

Under overskriften maktfordeling (kap V. 3) presenterer Smith to ulike betydninger av ordet, forstått dels som fordeling av makt mellom konstituerende og konstituerte makter (vertikal maktfordeling), og dels som fordeling av makt mellom konstituerte organer (horisontal maktfordeling). Begge disse hovedbetydningene bør være representert i besvarelsene. Men

det er grunn til å vente at spørsmål som gjelder horisontal maktfordeling opptar størstedelen av plassen.

Videre fremheves at systemer for maktfordeling ikke bare handler om fordeling av makt mellom organer, men også fordeling av funksjoner. Forholdet mellom maktbalanse og maktseparasjon diskuteres, og det gis eksempler på hvordan flere lands konstitusjoner søker å kombinere elementer av maktbalanse med separasjon av makt. Endelig skisseres enkelte utviklingstrekk, fra den norske grunnlovens system for maktfordeling i 1814 og frem til dagens konstitusjonelle maktfordeling i Norge. Utviklingstrekkene omfatter ulike endringer i relasjonene mellom utøvende makt, lovgivende makt, og dømmende makt.

Smith fremstiller maktfordeling blant annet i lys av de konstitusjoner som ble etablert på slutten av 1700-tallet, og som søkte å redusere risiko for misbruk av makt som følge av maktkonsentrasjon. Det gis også flere historiske og aktuelle eksempler på systemer for maktfordeling fra andre lands konstitusjoner. For øvrige detaljer og momenter henvises til Smiths fremstilling.

I læringskravene for faget statsforfatningsrett er maktfordeling et sentralt element. Det kreves god forståelse av «de konstitusjonelle hovedreglens forhold til noen ideologiske grunnkrav til statens styre», herunder «maktfordeling». Videre kreves det også god forståelse av «Hovedreglene om de høyeste statsorganenes organisering, saksbehandling og kompetanse», som gir grunnlag for å si noe om den konstitusjonelle maktfordelingen i Norge i dag.

På denne bakgrunn bør det forventes at studentene har god forståelse for hovedinnholdet i det som er hovedlitteraturens fremstilling av maktfordeling. Studentene bør også kunne se sammenhenger mellom maktfordeling, forstått som ideologisk grunnkrav til statens styre og som et sett av hovedregler om de høyeste statsorganenes organisering og kompetanse. Besvarelsene bør få frem at grunnlovens systematikk bygger på et maktfordelingsprinsipp, på den måte at del B inneholder bestemmelser om «den udøvende magt», del C inneholder bestemmelser om «den lovgivende Magt», og at del D inneholder bestemmelser om «den dømmende Magt». Den nærmere vurdering av den enkelte besvarelse må forøvrig bero på hvor skarpt studentene får frem det rettslige innholdet i reglene om maktfordeling.

Maktfordeling i andre lands konstitusjoner er ikke uttrykkelig omfattet av læringskravene. Men det kreves likevel god forståelse av de «norske konstitusjonelle hovedreglene i et komparativt perspektiv», og det omfatter blant annet reglene om fordeling av myndighet mellom de øverste statsorganer. Læringskravene må derfor forstås slik at de også krever god forståelse av hovedreglene om fordeling av myndighet mellom de høyeste statsorganer i komparativt perspektiv. Dette forutsetter, riktignok indirekte, at studentene kan sammenlikne enkelte sider ved systemet for maktfordeling i den norske konstitusjonen med enkelte sider ved maktfordeling i andre lands konstitusjoner.

På denne bakgrunn, og i lys av oppgaveteksten må studentene få særlig uttelling om de kan belyse sentrale sider ved systemet for maktfordeling i Norge i dag, med momenter fra andre lands konstitusjoner. Men den måten oppgaven er formulert på, gjør det klart at det vil være

mulig å få en god bedømmelse selv om komparative elementer ikke er trukket inn (eller det har skjedd på en mindre vellykket måte).

Oppgave 2 spør om en kort redegjørelse for grunnlovens regler om hvordan statsrådsvedtak (kongelige resolusjoner) treffes, hvem som deltar i beslutningene, og hvem som bærer ansvaret for de beslutningene som blir truffet.

Spørsmål om statsrådsvedtak med videre er behandlet av Eivind Smith i *Konstitusjonelt demokrati*, på sidene 263-282. Som en del av hovedlitteraturen i faget, må studentene også forventes å kjenne til det vesentlige av innholdet på disse sidene.

Læringskravene krever god forståelse av "Hovedreglene om de høyeste statsorganenes organisering, saksbehandling og kompetanse." Dette omfatter også den utøvende makt, dens organisering, saksbehandling og kompetanse.

På denne bakgrunn bør spørsmålet om grunnlovens regler om statsrådsvedtak være forholdsvis enkelt. Besvarelsene må få frem at beslutninger treffes av Kongen i statsråd etter reglene i §§ 27 flg. Og selv om Kongen ifølge grunnlovens § 30 annet ledd, siste punktum treffer vedtak «etter sit eget Omdømme», må det nevnes at Kongens beslutninger likevel ikke blir gyldige uten kontrasignatur av statsministeren jf hovedregelen grunnlovens § 31 første og annet punktum (slik den lyder etter grunnlovsendringen i 1911). Det vil være et pluss å nevne at Kongens medvirkning er juridisk nødvendig, men i praksis alltid vil bli gitt (bortsett fra i ekstraordinære situasjoner som for tiden ikke er aktuelle).

Studentene må få frem at alle statsrådets medlemmer skal delta i beslutningene og at statsrådet ikke er vedtaksdyktig "naar ikke over det halve Antal Medlemmer ere tilstede", jf grunnlovens § 27. Viktig er det også at det er statsrådet, ikke Kongen personlig, som bærer ansvaret for de beslutningene som blir truffet, jf grunnlovens § 5.

Videre kan en rekke enkeltregler nevnes, blant annet at medlemmene i statsrådet er "pligtig til med Frimodighed at sige sin Mening, hvilken Kongen er forbunden at høre" jf grunnlovens § 30, annet ledd første punktum, og at statsrådsmedlemmenes har plikt til å protokollføre protester mot beslutninger som "er stridende Statsformen eller Rigets Love" jf grunnlovens § 30 tredje ledd. Men i en oppgave som ber om «en kort redegjørelse» er det ikke grunn til å kreve at studentene går langt ned i detaljene på slike punkter; det å fortape seg i dette stoffet på bekostning av mer sentrale elementer, vil derimot trekke ned.

Smith skriver i *Konstitusjonelt demokrati* en del om statsrådsbeslutninger, og forholdet mellom Grunnlovens regler og den faktiske beslutningsprosessen, herunder betydningen av regjeringsskonferanser. Dette faller strengt tatt utenfor oppgavens ordlyd ("Grunnlovens regler"). Men det kan ikke trekke ned om også enkelte sider av den faktiske beslutningsprosessen ved statsrådsvedtak nevnes kort.

Tema for oppgave 3 er kompetanse til å fatte beslutning om norsk deltakelse i FNs fredsbevarende styrker. Oppgaven kan et godt stykke på vei betraktes som en eksemplifisering av oppgave 1 og 2.

Oppgave 3 (a) spør om det følger av grunnloven at Stortinget skal avgjøre slike spørsmål (underforstått, spørsmål om norsk deltakelse i FNs fredsbevarende styrker). Under forutsetning at svaret er nei, spør oppgave 3 (b) om Stortingets medvirkning er nødvendig for å fatte beslutning om norsk deltakelse i slike styrker. Også under forutsetning om at svaret på spørsmål 3 (a) er negativt, spør oppgave 3 (c) om Stortinget kan bringes inn i bildet på andre måter. Også under samme forutsetning spør oppgave 3 (d) om utenriksministeren alene kan avgjøre spørsmålet om norsk deltagelse i den fredsbevarende styrken.

Oppgaven reiser spørsmål om utøvelse av kompetanse på områder hvor Grunnloven gir Kongen en særskilt kompetanse («prerogativene»). Dette er behandlet av Eivind Smith i *Konstitusjonelt demokrati*, side 274 flg. (som foretrekker det etter hans syn mer dekkende uttrykket «grunnlovsumiddelbare kompetanser»). Det konkrete spørsmålet som oppgaven stiller vedrørende deltakelse i FNs fredsbevarende styrker, er ikke utførlig behandlet i *Konstitusjonelt demokrati*, med unntak av et par setninger på side 275. For å besvare denne oppgaven er derfor studentene henvist til å tolke grunnloven selv, i tråd med alminnelige prinsipper for grunnlovstolkning.

Studentene skal ha god forståelse av hovedreglene om de høyeste statsorganenes organisering, saksbehandling og kompetanse, om grunnlovstolkning og om konstitusjonen som grunnlag for internasjonalt samarbeid. Studentene bør derfor ha et godt grunnlag for å besvare oppgavens spørsmål, selv om svaret ikke kan hentes rett ut i fra hovedlitteraturens fremstilling.

Etter ordlyden er det klart at grunnlovens § 25 tillegger Kongen den øverste militære kommandomyndighet, og at grunnlovens § 26 gir Kongen myndighet til å «sammenkalde Tropper» og «begynne Krig til Landets forsvar». Men grunnlovens § 25 første ledd annet punktum forbyr overføring av kommandomyndigheten til «fremmede Magters Tjeneste». Grunnlovens § 25 annet ledd forbyr, uten Stortingets samtykke, anvendelse av «Landeværnet og de øvrige Tropper utenfor Rigets Grænser». Men grunnlovens § 25 annet ledd krever ikke samtykke fra Stortingets ved anvendelse av «Linjetropper» utenfor Norge.

På den bakgrunn bør besvarelsene, som et minimum, inneholde følgende momenter under de respektive deloppgavene:

Under oppgave 3 a bør besvarelsen få med at Kongen (i statsråd) har den militære kommandomyndighet jf grunnlovens § 25, og at det derfor er Kongen (i statsråd), og ikke Stortinget, som har kompetanse til å fatte beslutning om å delta i FNs fredsbevarende styrker. Det kan i den sammenheng også nevnes at forutsetningen bestemmelsen i grunnlovens § 26 om at tropper kun kan sammenkalles til «landets forsvar» ikke hindrer at Norge deltar i militæroperasjoner som er godkjent av FN, og som derved også søker å opprettholde eller gjenopprette internasjonal fred og sikkerhet. Selv om dette strengt tatt faller utenfor ordlyden «Landets forsvar» er det klart at slike operasjoner ikke er forbudt etter Grunnloven.

Under oppgave 3 b bør besvarelsene få med at Stortingets medvirkning er nødvendig for å fatte beslutning om anvendelse av «Landeværnet og de øvrige Tropper» utenfor landets grenser, men at slik medvirkning ikke er nødvendig for å anvende «Linjetropper» utenfor

Norge jf grunnlovens § 25 annet ledd. Det må være et pluss om kandidatene får med at det i FNs fredsbevarende styrker normalt er tale om å anvende linjetropper, da det følger av lov av 17. juli 1953 om verneplikt § 2 annet ledd at landvernet kun består av de 10 eldste årsklasser.

Videre, under oppgave 3 c bør besvarelsene få med at Stortinget kan bringes inn i bildet, blant annet gjennom konsultasjoner i den utvidede utenrikskomiteen, som bevilgende myndighet og ved å stille Regjeringen parlamentarisk ansvarlig. Det må være et pluss om besvarelsene også diskuterer Stortingets instruksjonsmyndighet i denne sammenheng.

Endelig, under oppgave 3 d bør studentene få med at kompetansen som utgangspunkt tilligger Kongen i statsråd. Dette fordi norsk deltakelse i fredsbevarende styrke er en sak av "Vigtighed" jf grunnlovens § 28 første setning. Utenriksministeren kan altså ikke avgjøre spørsmålet om norsk deltagelse i den fredsbevarende styrken alene.

I teorien er det mulig at spørsmålet om norsk deltakelse i fredsbevarende styrker kan gjøres til «egentlige militære Kommando-Sager», jf grunnlovens § 28 andre setning, og at Kongen delegerer sin kommandomyndighet til fagstatsråden. Om noen besvarelser får noe fornuftig ut av dette må det være et pluss, selv om det er helt klart at myndigheten til å fatte beslutning om norsk deltakelse i fredsbevarende styrker ikke er gjort til noen egentlig militær kommandosak, jf Kongelig resolusjon av 8. mars 1963, som fastsetter Forskrifter vedr. egentlige militære kommandosaker.

Oppgave II

Oppgaven spør om en redegjørelse for betydningen av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen for tolkning og utvikling av EØS-retten.

Oppgaven handler om tolkning og utvikling av EØS-retten. Hovedlitteratur er en rekke kapitler i boken EØS-rett, redigert av Fredrik Sejersted mfl, 3. utgave 2011.

Oppgaven vil kunne være utfordrende å avgrense på en hensiktsmessig måte for enkelte studenter. Dette fordi oppgaven ikke (kun) spør om betydningen av EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis for tolkning av EØS-avtalen:

For det første handler oppgaven om «EØS-rett», som er en term som kan ha et annet meningsinnhold enn «EØS-avtalen» jf også merknadene til ordet «EØS-rett» i Innledningen til boken EØS-rett, 2011 (se side 22). Slik oppgaven er formulert er det likevel grunn til å anta at det ikke har vært meningen å legge opp til noen skarp sontring mellom EØS-avtalen og EØS-rett. Men om noen besvarelser skulle problematisere dette på en fornuftig måte må det være et pluss.

For det andre handler ikke oppgaven kun om tolkning av EØS-rett, men også utvikling av EØS-retten. Etter oppgavens ordlyd er det av den grunn ikke tilstrekkelig kun å redegjøre for rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen for tolkning av enkeltbestemmelser i EØS-avtalen. Ved å spørre etter utvikling av EØS-retten er det naturlig å forstå oppgaven slik at

også mer overordnede og generelle trekk ved rettsutviklingen i EØS skal belyses. Men også på dette punktet må det være forsvarlig at også gode besvarelser avgrenses annerledes, og fokuserer på tolkningsspørsmål, og betydning av EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis for disse.

EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis ved tolkning og utvikling av EØS-avtalen behandlet i kapittel 10 og 13 i boken EØS-rett. Men kapittel 10 og 13 er ikke angitt som hovedlitteratur. Det kan derfor ikke forventes at besvarelsene følger opplegget i bokens kapittel 10 og 13. Likevel, flere av bokens kapitler, som er angitt som hovedlitteratur, sier indirekte noe om EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis ved tolkning og utvikling av EØS-avtalen, for eksempel kapittel 17 om fritt varebytte. Dette må det forventes at studentene kjenner til. Enkelte vil også kjenne til deler av de siste årenes debatt om disse spørsmål i norsk juridisk litteratur.

Betydningen av EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis for tolkning og utvikling av EØS-retten er ikke uttrykkelig omfattet av læringskravene. Men indirekte forutsetter læringskravene likevel kjennskap til de to domstolens praksis, og deres betydning for tolkning av EØS-avtalen. Blant annet kreves det god forståelse av reglene i EØS-avtalens hoveddel om fritt varebytte, som innebærer at man også må kjenne til EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, og hva denne praksisen betyr for tolkningen og utviklingen av EØS-reglene om fritt varebytte. I tillegg kreves det kjennskap til hovedtrekkene ved EU-retten og EØS-retten, som i stor grad også forutsetter kjennskap til EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, herunder betydningen av denne praksisen for tolkning og utvikling av EØS-avtalen.

Når det gjelder innholdet i besvarelsen bør disse få frem at både EFTA-domstolen og EU-domstolen har formell myndighet til å tolke EØS-avtalen. EFTA-domstolens myndighet følger av EØS-avtalens artikkel 108 nr. 2 og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) artikkel 31-41. EU-domstolens myndighet følger av Traktaten om den europeiske union (TEU) artikkel 19, og Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 267 (prejudisielle spørsmål).

De studenter som har lest tilleggslitteraturen i faget vil ha kunne trekke betydelige veksler på artikkelen til Halvard Haukeland Fredriksen, «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?» Tidsskrift for rettsvitenskap 2010 s. 247 flg, som analyserer i detalj hvilken betydning EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis har for tolkning av EØS-avtalen.

For å beskrive det forhold at to domstoler har formell myndighet til å tolke samme avtale kan studentene også trekke veksler på begrepene polysentri og pluralisme, som er sentrale i JFEXFAC04 - Examen facultatum - rettsvitenskapelig variant, Del B. Fakultetet har lagt opp til at dette emnet skal tas i samme semester som JUS2111.

Videre bør besvarelsene få frem at selv om både EFTA-domstolen og EU-domstolen har myndighet til å tolke EØS-avtalen, er det den sistnevnte domstols praksis som er den sentrale rettskilde. Dette følger blant annet av målsetningen om rettsenhet i EØS jf EØS-avtalens artikkel 1, ODA avtalens artikkel 3 nr 2, og EFTA-domstolens egen praksis. Og for rettspraksis fra tiden før undertegningen av EØS-avtalen, så fremgår det allerede av EØS-

avtalens artikkel 6 og ODA-avtalens artikkel 3 nr 1, at EU-domstolens rettspraksis skal være avgjørende.

Likevel, selv om EU-domstolens rettspraksis er den sentrale rettskilde bør besvarelsene også få frem at EFTA-domstolen på noen områder ikke uten videre kan eller bør adoptere EU-domstolens metodiske tilnærming til EUs traktater. EFTA-statene ønsket ikke å etablere noen overnasjonal rettsorden gjennom EØS-avtalen, og denne er også i all hovedsak søkt utformet som en folkerettslig avtale. EØS-avtalen etablerer heller ingen egen rettsorden, slik EU-domstolen har karakterisert EU-retten. Besvarelsene kan blant annet også vise til EFTA-domstolens avgjørelse i Sveinbjørnsdottir-saken E-9/97, om EFTA-statens erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen. Her søkte EFTA-domstolen å etablere et erstatningsansvar på EØS-rettslig grunnlag, uten å bygge direkte på tilsvarende ansvarsgrunnlag i EU-retten.

Besvarelsene kan for øvrig ta opp en rekke momenter. Det kan diskuteres hva som er gjeldende EØS-rett dersom EFTA-domstolen «misforstår» EU-retten (slik som synes å være tilfelle i sak E-5/86 Nille). Det kan også diskuteres hvordan EFTA-domstolen skal forholde seg til rettspraksis fra EU-domstolen som er relevant for EØS-avtalens bestemmelser, men som bygger på deler av EU-retten som ikke er gjort til en del av EØS-avtalen (som for eksempel EUs charter om grunnleggende rettigheter.)

En tidligere versjon av denne sensorveiledningen ble distribuert til sensorene den 12. desember 2013. Etter gjennomgang av enkelte besvarelser og innspill på sensormøte den 17. desember 2013 har veiledningen blitt revidert på enkelte punkter.

Oslo, 18. desember 2013

Christoffer C. Eriksen