

## ***Sensorveiledning, som revidert etter sensormøtet***

JUS2111 høst 2014

Det bør beregnes at kandidatene bruker om lag 1/3 av tiden på hver av de tre oppgavene.

Deler av denne eksamenen legger opp til at studentene tenker selv; det er ikke tale om rene kapitteloverskriftoppgaver. Dette gjør at studentene kan anlegge vidt forskjellige angrepsvinkler til oppgavetemaet og at den akseptable variasjonsbredden er stor. Gode løsninger må belønnes generøst. Både de studentene som velger å fokusere på reglene som gjelder for tolking og de som velger å fokusere på prinsippene som er viktige ved tolkingen i de ulike rettsområdene, må belønnes. Studentene må innrømmes en bred *skjønnsmargin* i hvordan de velger å besvare oppgavene, ikke minst oppgave 3. Likevel er det viktig at sensorene har et visst blikk for kvalitet. I den sammenheng er pensumforankringen som det vises til nedenfor, viktig. Den borger for sjanselighet mellom kandidatene. Medlemmer av sensorkorpset har gitt tilbakemelding om at studentene var positive og mente oppgaven var spennende å besvare, og også at de oppgavene som til nå har vært gjennomlest, nærmet seg spørsmålene på en god måte. – Selv om en oppgave som denne naturligvis kan falle vanskelig for stivnede professorsinn, er det viktig at vi ikke undervurderer og avskjærer vordende juristers evne til kritisk tenkning og villighet til å analysere juridiske spørsmål på tvers av rettssystemer.

På sensormøtet var det enighet om at alle kandidatene fant noe å skrive om hver av de tre oppgavene. Bare en kandidat trakk seg. Studentene tvinges til å tenke selvstendig, og det var enighet om at oppgaven var av en type som burde gis igjen. Det er viktig å studere spørsmål på tvers av faginndelingen i semesteremnene. Denne eksamensoppgaven var særdeles vellykket, også i slik henseende. Hver besvarelse bør ses som et hele i den forstand at det i stor grad må være opp til kandidatene hvor de plasserer drøftelsene og stoffet ellers, og det kan være forskjellige syn på hva som er den beste måten å disponere på uten at uenighet her bør føre til trekk. Det gjelder også fordelingen mellom de tre oppgavene, og angivelsen av 1/3 på hver bør ikke anvendes som noe kriterium ved karakterfastsettelsen.

### **Oppgave 1**

- a) **Redegjør kort for prinsippene som gjelder for tolking i folkeretten, EU-retten og norsk statsforfatningsrett.**
- b) **Redegjør kort for eventuelle likheter og eventuelle ulikheter mellom prinsippene for tolkning i hvert av disse tre systemene.**

#### Oppgave I

Oppgave I kombinerer alminnelig folkerett (traktatretten), konstitusjonell rett og EU/EØS-rett. Gitt måten oppgave 1 er formulert på, er det ikke unaturlig om kandidatene vier noe mer plass til Wien-konvensjonens regler enn til de to andre regelsettene. Det er typisk dette de vil ha mest dyptgående kjennskap til. På sensormøtet var det enighet om at det burde vises fleksibilitet i bedømmelsen her, og flere av sensorene meldte at enkelte hadde tatt med mye av det som er drøftet under

oppgave 2 i sensorveiledningen under oppgave 1 i sine besvarelser. På sensormøtet rettet sensorene også en formulering hvor sensorveiledningen hadde en tidligere ordlyd av oppgaven.

Det kan være forskjellige måter å legge opp en god besvarelse av denne oppgaven. Én god måte vil være først å stille opp traktatrettens regler, deretter reglene i sammenheng med grunnlovstolking og så EU-rettens regler for så å sammenligne regelsettene. Gitt at oppgave b) spør om likheter og ulikheter regelsettene imellom, vil det nok være en litt uklar grensegang mellom a) og b). – De studentene som evner å dele inn materien etter mer analytiske grensedragninger (altså ikke etter rettsområdene, men etter argument-typer eller lignende), må naturligvis belønnes generøst for det, men her kan vel i vår tradisjon ikke mye forventes. En gjennomgående sammenligning av momentene i de forskjellige rettsområdene bør imidlertid også gi god uttelling selv om kandidatene som prøver seg på dette ikke er like gode i gjennomføringen av et slikt opplegg.

Med hensyn til den generelle *traktatretten* bør kandidatene få frem at reglene er utpenslet i Wien-konvensjonen art. 31–33. Hovedbestemmelsen er art. 31, som sier at: «A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Av denne teksten kan det utledes at en traktat må fortolkes i god tro i tråd med den ordinære betydning som bør tillegges traktatens ordlyd sett i sin sammenheng og i lys av traktatens gjenstand og formål. Dette er ikke veldig ulikt hva studentene er vant med fra andre sammenhenger. Som det heter i *Knoph*: Wien-konvensjonens regler om traktattolking «følger langt på vei de samme prinsipper som vi kjenner fra rettskildelæren om tolking av lover» (Kåre Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utg., Oslo 2014 s. 641).

Kandidater som evner å få noe forstandig ut av det første elementet som artikkelen nevner (god tro), må belønnes for dette, ikke minst om de ser sammenhengen mellom god tro i art. 31 og den grunnleggende regelen i folkeretten om at løfter må holdes og settes ut i livet i god tro, som er nedfelt i Wien-konvensjonens art. 26 («Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.»). – Som Ulfstein & Ruud sier (på s. 89), innebærer «god tro»-kravet en lojalitetsplikt mellom partene; en skal, i den grad dette gir veiledning, velge det tolkingsresultat som stemmer overens med partenes felles intensjoner. I *Donau* (ICJ Reports 1997 s. 7, 79) uttalte Den internasjonale domstolen (ICJ) at: «it is the purpose of the treaty, and the intentions of the Parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.» Dette sitatet er gjengitt og behandlet i Ulfstein & Ruud på s. 89–90. Det gjelder en plikt i den generelle traktatretten til å fremme den aktuelle traktatens formål snarere enn å respektere hva ordlyden synes å tilsi.

Med hensyn til ordlyd skal det etter art. 31(1) tas utgangspunkt i at en traktat skal fortolkes i samsvar med ordlydens «ordinary meaning». Dette er ikke mer enn et utgangspunkt, men som utgangspunkt er det viktig. Den internasjonale domstol har

uttalt at: «Interpretation must be based above all upon the text of the treaty.» (Se for eksempel *Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *Preliminary Objections, Judgment ICJ Reports 2004 s. 279, 318.*) Også dette er behandlet i Ulfstein & Ruud. Studenter som klarer å gjøre noe ut av dette poenget, må belønnes. – Det er ikke tilstrekkelig bare å undersøke et ords leksikalske betydning; ved bestemmelsen av ordlydens vanlige betydning må det både tas hensyn til i hvilken sammenheng ordene er brukt, og også til traktatens formål. Det er, som Ulfstein & Ruud uttrykker det, den vanlige ordlyden i *den konkrete traktaten* det spørres etter. Også dette kan ses i sammenheng med at traktattolkningens formål er å komme frem til det partene ville oppnå. Som det har vært uttrykt i en nylig utgitt innføring i folkerett (som studentene ikke kan antas å ha lest): «The object of interpretation is to give effect to the intention of the parties as fully and fairly as possible» (Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7. utg., Oxford 2012 s. 349).

Ordlyden skal anvendes i lys av traktatens formål. Ulfstein & Ruud ser dette særlig i sammenheng med det såkalte effektivitetsprinsippet. Én formulering av dette prinsippet (den som passer best i relasjon til traktaters gjenstand og formål) er at traktater må gis effektivt gjennomslag. Ved tolkingstvil må, som Ulfstein & Ruud sier med henvisning til FNs folkerettskommisjon, traktater fortolkes slik at: «When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted.» Dette er tydelig i rettspraksis fra Den internasjonale domstol.

Kandidater som klarer å få sagt noe interessant om art. 31(2)–(3), må belønnes for dette, men her kan det neppe forventes mye.

Artikkel 32 lyder som følger: «Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.» Som Ulfstein & Ruud sier om art. 32, er det ikke slik at en først gjør seg ferdig med momentene i art. 31 og bare anvender de supplerende momentene i art. 32 i unntakstilfelle. Det er snarere slik at en ved traktattolking undersøker og vurderer alle relevante momenter, men vekten av momentene i art. 32 vil i prinsippet være mindre.

I folkeretten har forarbeider mindre vekt enn ved ordinær lovtolking i norsk rett.

Hovedpoenget som kan her trekkes ut av art. 33, om traktater som offisielt foreligger i to eller flere språkversjoner, er viktigheten av «object and purpose». Som art. 33(4) sier: «when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.»

Også ved *grunnlovstolking* kan en ta utgangspunkt i alminnelig rettskildelære: Det innebærer at en først går til ordlyden og deretter supplerer med andre faktorer.

Det må tas hensyn til verdier og prinsipper som grunnloven hviler på. Ved tolking av grl. § 97 om retroaktiv lovgivning er det, særlig med hensyn til økonomisk regulering, ofte uråd å vite hvor langt paragrafens ord rekker. Da støtter en seg på de grunnleggende hensyn som bestemmelsen bygger på: hensynene til innrettelse og til tillitt til retten og staten. Som Smith fastslår (s. 107), er det slik at dersom de verdier eller prinsipper som grunnlovsbestemmelsen hviler på, etter sitt eget innhold veier tungt, vil det være mer enn nok å kunne argumentere direkte på grunnlag av dem, uten direkte støtte i hva ordlyden ved første øyekast gir anvisning på. Dette viser viktigheten av grunnlovens gjenstand og formål – de prinsipper og verdier den tar sikte på å verne – i reglene som gjelder for grunnlovstolking.

Smith påpeker (s. 113) at stor vekt på prinsipper kan føre til den form for aktivisme som går ut på at tolkeren «finner» noe som vanskelig kan sies å være der fra før, istedenfor å argumentere for endring gjennom politiske vedtak.

Kandidater som her evner å trekke på og diskutere sammenhengen med grl. § 2s uttrykk for grunnlovens grunnverdier eller -prinsipper, at grunnloven «skal sikre Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighetene», må belønnes rikelig.

Smith påpeker under etiketten formålstolking eller teleologisk tolking at det kan være grunn til å advare mot grunnlovstolking som fremstår som «nærsynt bokstavfortolking uten blick for formålet» (s. 114). Også her vil diskusjon av grl. § 2 være relevant og kunne gi uttelling. – Formålstolking er en viktig teknikk for den som fortolker grunnloven (Smith s. 127–128). Grunnlovens § 97 forbyr enhver form for tilbakevirkning etter sin ordlyd, men når en tar formålet i betraktning, blir det eksempelvis klart at retroaktivitet til gunst for private ikke er forbudt.

Videre fremholder Smith at utgangspunktet ved grunnlovstolking er ordlyden med dens *opprinnelige* mening (s. 123–124). Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid med at det bare er når ordlyden gir uttrykk for hva som må ha vært «bestemmelsens intensjoner», at vi kan la oss styre av den opprinnelige ordlyden. Noen studenter evner kanskje å gå inn på at utgangspunktet ved grunnlovstolking er «datidens språkbruk», slik at «Politi» i grl. § 17 ikke er begrenset til vår tids oppfatning av politi, mens forståelsen av andre uttrykk må preges av tidens utvikling, slik at «pinligt Forhør» i grl. § 96 må vurderes etter nåtidens forståelse og ikke oppfatningen i 1814 (se f.eks. Kåre Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utg., Oslo 2014 s. 41) Kandidater som evner å trekke noe ut av dette (eventuelt med eksempler fra ordlyden i grl. §§ 17, 96, 100, 105), må belønnes. – Forarbeidene er generelt ikke særlig viktige med hensyn til grunnlovstolking.

Når det gjelder EU/EØS-retten, bør kandidatene holde seg til EU-retten, eventuelt avgrense mot EØS-retten. Også i *EU-rettens tolking* står formålet i høysetet. EU-domstolen bruker samme tilnærming som den bruker til EU-traktatene, også til EU-rettens direktiver. Kandidater som evner å bruke EØS-tekstene, vil ha klart for seg at Romatraktaten av 25. mars 1957 gjør det klart, i fortalens første setning, at formålet med traktaten var «å legge grunnlaget for en stadig nærmere sammenslutning av de europeiske folk» (ikke mindre tydelig på fransk og engelsk: «une union sans cesse plus étroite» og «an ever-closer union»). Se Arnesen m.fl. 43 og 55. EU-domstolen legger, i tråd med intensjonen om at EU-retten skal utvikle seg i

retning av bedret integrasjon, stor vekt på integrasjonshensyn. Dette er i tråd både med partenes intensjoner og med EU-traktatenes gjenstand og formål. I *CILFIT* (sak 283/81), som er sitert og behandlet i Arnesen m.fl. s. 44–45, uttalte EU-domstolen at de enkelte bestemmelser må vurderes i deres rette sammenheng og tolkes i lys av EU-retten bestemmelser som helhet, EU-rettens formål og EU-rettens utvikling på det tidspunktet bestemmelsen det gjelder, skal fortolkes.

Sitatet i *CILFIT* gir kandidatene mange forankringspunkter for analysen, selv om neste oppgave spør etter denne dommen mer spesifikt. Ett viktig poeng er at eksisterende tekster skal fortolkes dynamisk over tid. Mange bestemmelser i de grunnleggende EU-traktatene har samme ordlyd som de opprinnelig hadde, men fortolkes slik at reglene har et annet innhold i dag en for 20–30 år siden.

Prinsipper vektlegges sterkt i EU-retten, som i grunnlovssammenheng. I EU-sammenheng gjelder dette prinsipper om det indre marked, rettssikkerhetsprinsipper for forsvarlig forvaltning og menneskeretter.

Forarbeider spiller ikke noen viktig rolle i EU-retten. Det finnes ikke tilgjengelige forarbeider til de opprinnelige traktatene. Imidlertid er bruken av fortaler eller preambler viktig, hvilket også er tilfellet i folkeretten generelt. Disse spiller i EU-retten (Arnesen m.fl. s. 57) en viktig rolle for tolkingen av bestemmelsenes ordlyd.

Med hensyn til b) kan de følgende poengene være relevante. Det er mer som forener enn som skiller disse tre settene av tolkingsregler fra hverandre. Formålstolking inntar en viktig plass i alle tre regelsettene. Ordlyden vil danne utgangspunktet i tolkingsprosessen, men i siste instans vil formålet ha større gjennomslag i folkerettens traktatrett, grunnlovstolking og i EU-retten enn hva ordlyden har. Ingen av regelsettene gir anvisning på hva Smith har kalt «nærlyt bokstavfortolking uten blikk for formålet» (s. 114).

I grunnlovs- og EU-sammenheng taler en gjerne om prinsipper som ligger til grunn for tolkingen, og det gjør en også i traktatretten.

Forarbeider anvendes bare i begrenset grad i alle tre regelsettene.

Både i EU-retten og i folkeretten generelt er fortaler, som gir anvisning på partenes intensjoner, viktige for tolkingen. Dette er selvsagt ikke noe særsyn i grunnlovssammenheng («We the people of the United States, in order to form a more perfect Union...»), og i norsk sammenheng kan nå grl. § 2, som uttrykker grunnlovens grunnverdier og gir anvisning på tolking som sikrer «Demokratiet, Retsstaten og Menneskerettighetene», anses å spille en slik rolle. De studentene som evner å se dette, vil vel tenne sol i enhver sensors hjerte og bør belønnes i rikt monn.

Juridisk vil det være vanskelig å opprettholde et argument som sier at det er store forskjeller mellom tolkingsreglene som gjelder på disse tre feltene (jf. også sitatet fra *Knoph* om tolking ovenfor), men kandidater som argumenterer *godt* for et slikt standpunkt, må selvsagt kunne belønnes for det.

Internasjonale traktater, grunnloven og EU-rettens traktater har videre særlig to kjennetegn til felles: De er ment å vare over lengre tid (dels fordi de typisk er vanskelig å endre) og bestemmelsene de inneholder, er typisk kortfattede i sin uttrykksform (dels fordi de er uttrykk for prinsipper).

Dette vil ikke alltid gjelde. For eksempel er det slett ikke alltid riktig å si at EU-rettens direktiver er ment å vare over lengre tid, og det er heller ikke alltid slik at alle folkerettslige traktater inneholder prinsippbestemmelser. Kandidater som evner å gjøre dette tydelig, må belønnes.

Både Smith og Ulfstein & Ruud skriver at ved eldre instrumenter (som grunnloven og eldre traktater) må en for å respektere grunnlovsfedrenes eller traktatpartenes intensjoner ta utgangspunkt i ordenes betydning da grunnloven eller traktaten ble til. Det er med andre ord slik at når en tar et slikt utgangspunkt, er det for å respektere intensjonene som lå til grunn.

Smith belyser på s. 112 dette poenget med hensyn til grunnlovstolking. Trykkefrihet slik grl. § 100 lød før 2004, forbød forhåndssensur av trykt skrift, slik ordlyden tilsa («Trykkefrihed»). I én mulig tilnærming, beskrevet av Smith, kunne bestemmelsen formål anses for å være å sikre friheten til å ytre seg uten å bli stanset av offentlig sensur. I 1814 var den trykte skrift den viktigste form for spredning av ytringer, og forbudet ble formulert med sikte på et problem som grunnlovsfedrene kjente fra eneveldet. Etter hvert som nye former for spredning av ytringer bredte om seg, ville imidlertid formålet – eller prinsippet – igjen tre i forgrunnen. Dermed ville også for eksempel teater- og filmsensur være forbudt uten grunnlovsendring.

Ulfstein & Ruud anlegger et lignende syn når de skriver om hvordan særlig traktater som har vart over lengre tid, blir fortolket med fokus på det bredere formål som traktaten gir uttrykk for. De siterer *Costa Rica/Nicaragua* (ICJ Reports 2009 s. 213, 242): «there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used – or some of them – a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied.»

Hensynet til å ivareta hva partene hadde som hovedsiktemål da instrumentet ble nedtegnet eller inngått (slik som for eksempel «en stadig nærmere sammenslutning av de europeiske folk» i Romatraktaten), tilsier at hvor en traktats formål bedre varetar partenes bredere intensjoner enn hva en gitt bestemmelses ordlyd kan gjøre, må en legge vekt på formålet.

Gode kandidater kommer antakelig innom poenget om at konstitusjoner og traktater er vanskelige å endre, og hva dette betyr for tolking. Som Smith viser (s. 108–111), kan dette slå begge veier. Noen hevder prinsipielt at en grunnlov må tolkes uten hensyn til tiden og tilhøvene (herunder hva den ordinære lovgiver mener på et gitt tidspunkt); hvis en misliker grunnloven, får en endre den. Andre fremholder det stikk motsatte og inntar det standpunkt at gitt hvor vanskelig det er å endre en grunnlov, må det være klart at den må fortolkes på en måte som gjør at den ikke får lagt sin klamme hånd over det moderne rettslivet (se diskusjonen i Smith s. 109). Et beslektet poeng er at siden det er vanskelig å endre instrumentene det er tale om, så må de fortolkes bredt ut fra sine *formål*, snarere enn ut fra *ordlyden*, siden de ellers

ville kunne miste sin relevans fullstendig. – Her kan det med hell hentes argumenter fra Rt. 2010 s. 535, hvor dommer Endresen, i mindretall, fremholder at tiden har løpt fra grl. § 106 om kirkegodset og dermed ikke kan opprettholdes som skranke for lovgiver, og flertallet inntar det motsatte standpunkt. Kandidater som evner å diskutere dette på en god måte, må belønnes. Smith uttaler (s. 111) at dersom grunnlovsendringer i praksis er svært vanskelig å få i stand (han nevner Danmark og USA som eksempler), kan behovet for tilpasning av rettssystemet til endringer i samfunnet tale for å la den lovgivende makt få større spillerom i grunnlovstolkningen.

Ordlyden kan borge for forutberegnelighet og beskyttelse av berettigete forventninger. Smiths poeng (s. 113) om at for stor vekt på prinsipper kan føre til at tolkeren «finner» noe som vanskelig kan sies å være der fra før, kan gi kandidatene gode poenger til drøftelsen her.

Det kan også gjøres et poeng ut av at i grunnlovssammenheng og i sammenheng med EU-rettens traktater og direktiver har man en autoritativ fortolker (henholdsvis Høyesterett og EU-domstolen), mens man ikke på samme måte har dette i folkeretten. De kandidater som ser et slikt poeng, og klarer å relatere dette til diskusjonen om hensynene som gjøre seg gjeldende, må belønnes.

På den andre siden kan det være slik at grunnlovsfedrene eller traktatpartene hadde som intensjon å nedtegne et dokument som nettopp skulle anses å være forsteinet eller frosset i tid (selv om et slikt eksempel kan være vanskelig å forestille seg): se generelt Smith s. 108.

Hovedsaken må uansett være hvor godt kandidatene evner å argumentere og hvor godt de evner å skille mellom hensyn som kan trekke i den ene eller andre retningen.

## **Oppgave 2**

**I *CILFIT*-saken fra 1982 (sak 283/81) sa EU-domstolen dette om sin tolkingslære (her i norsk oversettelse):**

**Det skal først og fremst tas hensyn til den omstendighet at de EU-rettslige bestemmelsene er avfattet på flere forskjellige språk, og at alle språklige versjoner er autentiske. Fortolkningen av en EU-rettslig bestemmelse kan derfor først skje etter en sammenlikning av de språklige versjonene.**

**Det skal dernest bemerkes at det i EU-retten – selv om de språklige versjonene er nøye overensstemmende – anvendes en særlig språkbruk. Det skal videre understrekes at innholdet i de rettslige begrepene ikke nødvendigvis er det samme i EU-retten som i de forskjellige nasjonale rettsordenene.**

**Endelig skal de enkelte EU-reglene vurderes i deres rette sammenheng og fortolkes i lys av EU-rettens bestemmelser som helhet, den**

**underliggende målsetting og EU-rettens utviklingstrinn på tidspunktet når bestemmelsene kommer til anvendelse.**

**– Drøft hva slags utslag disse momentene får for tolking i folkeretten, EU-retten og norsk statsforfatningsrett, i den grad de kommer til anvendelse i de tre systemene.**

Noen kandidater vil her kunne trekke på regelen som er nedfelt i Wien-konvensjonen art. 33, om «Interpretation of treaties authenticated in two or more languages» som sier:

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.
2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.
3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.
4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

De studenter som evner å få noe ut av dette, må belønnes. Videre vil studentene antakelig kunne si noe om hva det innebærer at traktatbegreper er «autonome» eller har en annen betydning i EU- eller folkeretten enn hva de muligens har i nasjonalretten, slik at nasjonale rettssystemer ikke kan sno seg unna traktatforpliktelser ved å definere begreper annerledes enn hva EU- eller folkeretten gjør. For øvrig vises det til poengene som er diskutert i relasjon til oppgaven over, idet mange av studentene nok vil behandle en del av dem her istedenfor under oppgave 1.

### **Oppgave 3**

**Hva slags plass er det igjen i tolkingsmetoden i folkeretten og EU-retten til begreper som nasjonal skjønnsmargin og nasjonalt handlingsrom, og hva slags plass gir tolkingsmetoden i norsk statsforfatningsrett for lovgivers handlingsrom?**

Dette er en oppgave som gir studentene anledning til å vise at de kan tenke selv, og ikke bare gjenbruke puggegoods. Det som oppgaven spør etter, går til kjernen i hva studentene har lært i alle tre fagene som her er involvert. I forholdet mellom EU-retten og folkeretten på den ene siden og nasjonalretten på den andre siden vil det være slik at dersom EU- eller folkerettsreglene overlater til nasjonale myndigheter å detaljregulere et spørsmål som EU- eller folkerettsreglene bare regulerer på et generelt nivå, kan en muligens tale om at nasjonale myndigheter, herunder nasjonale



domstoler, nyter en viss skjønnsmargin eller et visst handlingsrom. Men gitt tolkingsreglene som oppgavene 1–2 dreier seg om, vil kunne gi anvisning på klare regler, regler som det er for nasjonale myndigheter å rette seg inn etter. Da taler ikke minst godtrokravet som underbygger hele traktatretten og Wien-traktaten art. 26 og art. 31(1), for at tolkingsprosessen ikke kan tilføres tilleggs-elementer – så som en nasjonal skjønnsmargin eller et nasjonalt handlingsrom – som utvanner den EU- eller folkerettslige tolkingen. Det er en linje her til det som EU-domstolen sa i *CILFIT*-saken (sak 283/81) om at: «Det skal videre understrekes at innholdet i de rettslige begrepene ikke nødvendigvis er det samme i EU-retten som i de forskjellige nasjonale rettsordenene.»

Selv om ingen studenter kan ventes å gå inn på det, nevnes det her at EMDs storkammer i *A og andre mot Storbritannia* (19. februar 2009) uttalte at: «The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of the State at the domestic level. (avsn. 184)». Dette er åpenbart en korrekt forståelse av skjønnsmarginens natur, og dette er for øvrig også forståelsen som er lagt til grunn av britiske, tyske og franske domstoler.

I relasjon til forfatningsretten kan det likevel være slik at, som en del av maktfordeling mellom statsmaktene, Høyesterett ved prøvingen av norske lover mot grunnloven innrømmer lovgivende myndigheter en tilsvarende skjønnsmargin.

Dommer Skoghøy har i en nylig publisert artikkel («De nordiske domstolene og Den europeiske menneskerettskonvensjon» *Svensk Juristtidning* 2013 s. 397, på s. 403–403, tilgjengelig på <http://svjt.se/svjt/2013/403>) om blant annet skjønnsmarginen i relasjon til grunnlovsretten uttalte følgende:

Den omstendighet at EMKs skjønnsmargin ikke gjelder i forholdet mellom nasjonale domstoler og lovgivende myndigheter, kan likevel ikke bety at nasjonale domstoler ved proporsjonalitetsvurderingen er forhindret fra å legge vekt på lovgivernes vurdering. Hvorvidt domstolene skal vise slik tilbakeholdenhet, og i hvilken utstrekning, beror imidlertid fullt ut på *nasjonale regler*.

Videre forklarer Skoghøy Rt. 1976 s. 1 *Kløfta* – som vel er blant de grunnlovssakene som studentene kjenner best – under synsvinkelen «skjønnsmargin». Som han viser, har Norge lang tradisjon for at domstolene kan prøve hvorvidt lover er grunnlovsstridige og i denne grunnlovsprøvingen av lover har Høyesterett delt grunnlovens bestemmelser inn i tre grupper med ulike terskler for overprøving. For grunnlovsbestemmelser som sikrer borgernes frihet og sikkerhet, blir lovgivningsmyndigheten overhodet ikke innrømmet noen skjønnsmargin, jf. Rt. 1976 s. 1 på s. 6–7; i motsatt ende av skalaen kommer grunnlovsbestemmelser som «regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse». Ved prøvingen av slike grunnlovsbestemmelser blir Stortingets syn tillagt betydelig vekt, jf. Rt. 1976 side 1, på s. 5–6. I en mellomstilling kommer for det tredje grunnlovsbestemmelser «til vern om økonomiske rettigheter».

Spørsmålet er noe mindre strukturert behandlet i *Knoph*, hvor det heter at: «Når Høyesterett prøver om en lov er grunnlovsstridig, legger retten oftest stor vekt på Stortingets oppfatning av den aktuelle grunnlovsbestemmelsen, i hvert fall hvis Stortingets behandling av spørsmålet har vært noenlunde grundig (og slik oppfattes den ikke alltid av Høyesterett, se Rt. 2007 s. 1308). Dette kan ses som en del av

balanseringen av forholdet mellom statsmaktene.» Kåre Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utg., Oslo 2014 s. 42. Studenter som klarer å gjøre noe utav dette, må belønnes.

Spørsmålet gir som sagt studentene anledning til å tenke selvstendig og å ta til deres logiske konklusjon noen av de poengene som de vil ha berørt under oppgavene 1–2. De studentene som evner å vise forståelse av begrepene skjønnsmargin og nasjonalt handlingsrom i relasjon til tolking, må belønnes for dette.

Å forutse hva studentene synes er enkelt og mindre enkelt, er ikke lett. De to første oppgavene vil nok likevel anses for å være enklere enn den tredje, da den tredje stiller større krav til studentenes analytiske evner. De studentene som strever med å besvare oppgave 3, må ikke trekkes for mye, men de som klarer å besvare oppgaven godt, må premieres. Det er ikke noe i veien for å besvare oppgavene – særlig oppgave 2 og 3 – kort; det er for eksempel *mye* bedre om studentene evner å skrive fyndig og strukturert enn om de brer seg ut med ustrukturert ordgyteri.

På sensormøtet var det enighet om at CILFIT-sitatet sa det meste. Utfordringen for mange var å finne eksempler som kunne belyse poengene. Enkelte sensorer mente de beste besvarelsene hadde delt drøftelsen inn i tre deler etter de tre avsnittene i sitatet.

Flere hadde vist til den pågående diskusjonen om de forskjellige språkversjonene av grunnloven, noen sogar med drøftelsene av hvordan man kunne løse tolkningsveien de feilene som hadde kommet inn i nynorsk-versjonen.

I den foreløpige sensorveiledningen var det en feil i gjengivelsen av oppgavens tekst, som var endret fra EØS-retten til EU-retten. Sensorene var enige om at det var en heldig endring selv om de ikke så for seg at dette burde fått noen betydning for kandidatenes besvarelser. Undervisningen legger uforholdsmessig vekt på det særlige ved EØS-avtalen, og det var greit at oppgaven ikke ga foranledning til å følge dette blindsporet.

Eirik Bjørge