

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

**SENSORVEILEDNING JUS2111 STATSFORFATNINGSRETT, FOLKERETT OG
MENNESKERETTIGHETER HØSTEN 2017**

1. Om eksamensoppgaven og veiledningen

Eksamensoppgaven er todelt: En praktisk del med et handlingsforløp og spørsmål innenfor folkerett og statsrett og en teoridel om EØS-rett.

Veiledningen er ment å være til hjelp for sensorene som skal treffe vedtak om karakter. Formålet med den er å gi sensorene informasjon om oppgavens innhold og noen retningslinjer for sensurarbeidet. En sensorveiledning gir ikke uttrykk for hva som kan forventes av studentene på eksamen.

2. Den praktiske oppgaven (folkerett og statsforfatningsrett)

Folkerettsdelen

Oppgaveteksten: Denne delen fremstår som den mest omfattende i den praktiske oppgaven: Beskrivelsen av de faktiske forhold er i hovedsak rettet inn mot den, og spørsmålene gir anvisning på at det her kreves en del av innhold i kandidatens drøftelser. Det er stilt to spørsmål, om tolkning av en konkret traktat og om generell folkerettslig ansvarslære.

Læringskrav og pensum: Det kreves god forståelse for så vidt gjelder tolkning av traktater og staters ansvar for brudd på folkeretten. Jeg oppfatter det slik at alle spørsmål dreier seg om temaer som det kreves god forståelse for.

Litteraturen er angitt i to alternativer, hvor hovedlitteraturen enten er Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett* (4. utg., 2011) eller Crawford: *Brownlie's Principles of International Law* (2012). Crawfords bok gir etter mitt skjønn en mye mer detaljert forståelse for de folkerettslige temaene, men jeg tar her utgangspunkt i Ruud/Ulfsteins mer overordnede bok.

Nærmere om oppgaven: Jeg ser først på spørsmål 1 a):

- 1) *Legg til grunn at Republica og Norge er part i Wienkonvensjonen av 18. april 1961 om diplomatisk samkvem:*



a) *Hadde Republica rett til å kreve at samtlige norske ansatte ved den norske ambassaden i Solon måtte forlate landet?*

Spørsmålet løses ved en tolkning av konvensjonen artikkel 9 nr. 1:

1. The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is persona non grata or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared non grata or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State.

Republica har rett til erklære enhver person ved en sendestats ambassade som «persona non grata», og dette uten å oppgi noen grunn for det, se første punktum. Om dette også innebærer en plikt til å forlate mottakerstaten, er strengt tatt ikke direkte regulert her. I andre punktum står det at senderstaten har valget mellom å «either recall the person concerned or terminate his functions with the mission». Artikkel 39 nr. 2 (se under) gir under enhver omstendighet rettslig grunnlag for at vedkommende må forlate landet.

Formålet med oppgave 1 a) har vært å gi kandidatene en enkel innfallsport til eksamensoppgaven. Det gjelder å finne frem til artikkel 9 nr. 1. Konvensjonen er tatt inn i traktatsamlingen som er lovlig hjelpemiddel på eksamen.

Slik oppgaven er formulert – om Republica hadde «rett» til å kreve at de ansatte forlater landet – må det være tilstrekkelig for en god karakter å finne frem til artikkel 9 nr. 1 og svare bekreftende på spørsmålet, uten at det legges inn ytterligere kvalifikasjoner mht. frist for utreise mv.

Jeg er blitt opplyst at enkelte kandidater behandler spørsmålet uavhengig av artikkel 9 i konvensjonen: Noen er inne på om konvensjonen er sagt opp; dette er svakt og må lede til betydelig trekk. Andre drøfter visstnok om Republica her har iverksatt lovlige mottiltak overfor Norge; også dette er på siden av oppgaven og må få betydning for sensuren.

Spørsmål 1 b) er formulert på denne måten:

b) *Forutsatt at Republica hadde rett til å kreve at samtlige ansatte ved ambassaden i Solon måtte forlate landet: Hadde Republica rett til å sette en 24-timers frist?*

Den aktuelle bestemmelsen er her artikkel 9 nr. 2:



2.If the sending State refuses or fails within a reasonable period to carry out its obligations under paragraph 1 of this article, the receiving State may refuse to recognize the person concerned as a member of the mission

Det aktuelle vurderingstemaet er “within a reasonable period”, og om Republica er i samsvar med folkeretten når det settes en 24-timers frist. Det finnes statspraksis av betydning om spørsmålet, men den er ikke kjent for kandidatene og er heller ikke – så vidt jeg kan se – berørt i litteraturen som kandidatene skal ha lest. Jeg kan likevel nevne at det helt unntaksvis vil være «reasonable» å sette en så kort frist som 24 timer, for eksempel tilfeller hvor det har oppstått en krigssituasjon mellom statene og ekspedit utreise fremstår som påtrengende av flere grunner. Oftest vil nok en 48-timers frist anses å ligge innenfor rammene av artikkel 9 nr. 2. Kandidater som kjenner til gjengs praksis, må selvsagt få betydelig uttelling for det.

Men uavhengig av kjennskap til praksis kan de gode kandidatene treffe godt gjennom en ren ordlydsfortolkning av artikkel 9 nr. 2 – hva som er «reasonable» - i kombinasjon med hva som en må anta er de underliggende hensyn bak regelen. Formålet er vel dels å ivareta mottakerstatens suverenitetsinteresser og dels å sørge for at de ambassadeansatte fra senderstaten faktisk får mulighet til å komme seg ut av landet uten å miste sin immunitet. Det kan også være et poeng at en ambassadør må få anledning til å ta med seg sine private eiendeler, uten at det får folkerettslige konsekvenser, når en er tvunget til å forlate landet hvor en har vært sendemann.

Kandidater som skiller mellom ambassadørens situasjon og de øvrige ansatte, må få betydelig uttelling: Det kan være at det for stasjonssjefene må forventes noe mer av tid til rådighet, for de har ansvar for å lukke utenriksstasjonen før de forlater oppholdsstaten.

Jeg går så over til spørsmål 1 c), som har slik ordlyd:

c) *Begikk Republica et folkerettsbrudd ved å arrestere Kari Holm?*

Ambassadør Holm blir arrestert etter utløpet av 24-timersfristen som ble satt av mottakerstaten for å forlate landet. Hun arresteres for å ha kjørt over fartsgrensen. Norge viser til artikkel 39 nr. 2 i konvensjonen om diplomatisk immunitet, mens Republica viser til at immuniteten har opphørt fordi hun ikke har fulgt utreisepålegget. Artikkel 39 nr. 2 lyder:



2. When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of armed conflict. However, with respect to acts performed by such a person in the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist.

I artikkel 29 er det forbud mot blant annet pågripelser av personer med diplomatisk immunitet. Spørsmålet er om immuniteten har opphørt for ambassadør Holm. Her kan det vises til artikkel 9 og slås fast at immuniteten opphører fordi hun er erklært «*persona non grata*». Hva som ligger i «*a reasonable period*» i artikkel 39 nr. 2, vil kandidatene allerede vært inne på i drøftelsen av artikkel 9 nr. 2. I sensormøtet ble det fremhevet at kandidatene som under spørsmål b) konkluderer med at ambassadør Holm fremdeles har sin immunitet i behold, nokså enkelt kan besvare spørsmål c): Svaret er da at Republica ikke kan arrestere Holm. De gode kandidatene bør uavhengig av dette forutsette at Holm har mistet sin immunitet iht. artikkel 9 nr. 1 og dermed foreta en subsidiær drøftelse av artikkel 9 nr. 2.

Vurderingstemaet blir subsidiært om ambassadøren fortsatt utøvde sine «*functions as a member of the mission*» da hun ble pågrepet. Oppgavens faktumbeskrivelse kan gi holdepunkter for at det ikke er slik: Grunnen til at ambassadøren ikke overholdt 24-timersfristen, var at hun ville ha med seg sine eiendeler og at hun fryktet for å la den nyinnkjøpte bilen stå igjen. Dette tyder på ivaretagelsen av private interesser, ikke at hun har drevet aktiviteter i egenskap av diplomat. Jeg vil tro at en ikke kan forvente avanserte drøftelser av spørsmålet, selv for de gode kandidatene.

Spørsmål 2 lyder ganske enkelt:

2) *Har Republica begått et folkerettsbrudd?*

Det følger av saksbeskrivelsen at Republica ved hjelp av norsktalende republicanere har opprettet norskspråklige nettaviser som i opptakten til det norske stortingsvalget publiserte negative nyheter om den norske regjeringen og laget datasystemer som automatisk opprettet brukerprofiler i sosiale medier som spredte disse oppdiktete nyhetene. Norske statsborgere delte nyhetene i stor stil. De norsktalende hackerne var medlemmer av hjemlandets regjeringsparti og lederen av hackergruppen satt i partiets sentralstyre. Det opplyses også at gruppen fikk finansiell bistand fra den republicanske etterretningstjenesten.



To spørsmål oppstår: For det første om Republica kan holdes ansvarlig for hva hackerne har gjort, og for det andre om det overhodet foreligger et brudd på en folkerettsregel.

Rettslogisk er det nærliggende først å behandle spørsmålet om Republica svarer for handlingene, men det kan ikke få betydning for sensureringen hvilket av de to hovedspørsmålene som behandles først. Men det må bli trekk dersom bare ett av de to hovedspørsmålene behandles. Oppgaveteksten gir tilstrekkelige holdepunkter til at en bør forstå at oppgaven er todelt, se også artikkel 2 i utkastet til statsansvarsreglene som eksplisitt legger opp til en slik todeling.

Det første spørsmålet er om Republica svarer folkerettslig for gjerningspersonenes handlinger. Det folkerettslige utgangspunktet – som følger av folkerettslig sedvanerett – er at staten svarer for enkeltpersoner for så vidt de opptrer på statens vegne. FNs folkerettskommisjons utkast til regler om statsansvar, som er tatt til etterretning av FNs generalforsamling, gir et egnet holdepunkt for drøftelsen. Kandidatene har disse statsansvarsreglene tilgjengelig på eksamen i traktatsamlingen. Den aktuelle bestemmelsen i utkastet til regelverk er i vårt tilfelle artikkel 8 (Conduct directed or controlled by a State):

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

I sin kjerne gir utkastets artikkel 8 uttrykk for gjeldende sedvanerett. Kontroll-alternativet er det sentrale i vår sak.

I FNs folkerettskommisjons kommentarer til bestemmelsen – som det ikke kan forventes at kandidatene har lest – er innholdet i kontroll-alternativet nærmere omtalt. Den internasjonale domstols dom i *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits*, *ICJ Reports 1986* s. 14 gir betydelig drahjelp for kandidatene. Dommen er inntatt i domssamlingen som er lovlig hjelpemiddel på eksamen. I dommen uttalte domstolen at “a general situation of dependence and support would be insufficient to justify attribution of the conduct to the State”. Det kreves altså noe mer enn generell avhengighet og støtte.



Det er etter mitt skjønn ikke opplagt hva som er rett løsning her, uten at vi har mer informasjon. At hackerne formelt er knyttet til det parti som har regjeringmakten i Republica, kan ikke være tilstrekkelig for å tilregne handlingene til staten. Det er uansett «the conduct» som avgjør ansvarsfordelingen, ikke personenes formelle tilhørighet. Partiet og statsapparatet er – etter hva jeg kan se – heller ikke i Republica det samme. Etterretningstjenestens finansielle bidrag ser ut til å utgjøre konkret og spesifikk støtte, og etterretningstjenesten er utvilsomt en del av statsapparatet. Det må være forsvarlig å konkludere med at sistnevnte bidrag er tilstrekkelig for å etablere identifikasjon.

Jeg har fått opplyst at kandidatene har vært eksponert for spørsmålet om identifikasjon («attribution») på kursene, og det har også vært tema for en innleveringsoppgave.. Det er også en del informasjon i oppgaveteksten som kan brukes i drøftelsen. Det må forventes en del av kandidatene for så vidt gjelder dette spørsmålet.

Det andre delspørsmålet er om det foreligger et brudd på en folkerettslig regel. Den aktuelle normen er her det sedvanerettslige forbudet mot intervensjon. Kjernen i intervensjonsforbudet, som er nært forbundet med suverenitetsprinsippet, er at en stat ikke kan blande seg inn i en annen stats indre anliggender. Dette kan ideelt spaltes opp i to vurderingstemaer: For det første må de aktuelle handlingene utgjøre et 'indre anliggender' og for det andre dels må innblandingen være utilbørlig på en måte som gjør den rettsstridig. Ruud/Ulfstein behandler regelen på s. 190-191. I lys av behandlingen der, hvor en hver form for direkte og indirekte intervensjon i en annen stats indre anliggender beskrives som forbudt, må det være ok om kandidatene faller ned på at intervensjonsforbudet er krenket i vårt tilfelle. Det bør likevel gis betydelig uttelling for kandidater som foretar en mer omfattende drøftelse av om intervensjonsforbudet er overtrådt og som bruker opplysningene i faktum til støtte for sin drøftelse.

Statsrettsdelen

Oppgaveteksten: Spørsmål 3 lyder slik:

«Har regjeringen plikt til å sørge for at Norge slutter seg til traktaten om totalforbud mot atomvåpen?».

Stortinget har «med knapt flertall» fatter et vedtak som i sin form er et anmodningsvedtak («Stortinget ber regjeringen om å sørge for at Norge snarest mulig tiltrer traktaten om totalforbud mot atomvåpen»). Det er gjengitt to motstridende forståelser av betydningen av vedtaket. Opposisjonens største parti uttaler at regjeringen ikke har annet valg enn å tiltre traktaten, mens regjeringen – som ikke lenger har styringsdyktig flertall i Stortinget – mener at den «ikke har noen plikt til på følge en grunnlovsstridig instruks». Det fremgår av oppgaven at Norge ikke har «signert» den aktuelle traktaten.



Kandidatene skal ta stilling til om Stortingets anmodningsvedtak er (rettslig) forpliktende overfor regjeringen, eller om regjeringen på rettslig grunnlag kan unnlate å følge vedtaket under henvisning til (andre) grunnlovsrettslige regler. Dette reiser to problemstillinger: For det første om anmodningsvedtak i Stortinget er (rettslig) bindende. For det andre om Stortingets kompetanse her er begrenset av Grunnloven § 26, som har slik ordlyd i bokmålsversjonen av Grunnloven:

Kongen har rett til å innkalle tropper, begynne krig til forsvar av landet og slutte fred, inngå og oppheve forbund, sende og motta sendemenn.

Traktater om saker som er av særlig stor viktighet, og i alle tilfeller traktater hvis iverksettelse etter Grunnloven nødvendiggjør en ny lov eller stortingsbeslutning, blir først bindende når Stortinget har gitt sitt samtykke dertil.

Læringskrav og pensum:

Verken anmodningsvedtak eller prerogativer er eksplisitt nevnt i omtalen av læringskravene i faget. Det kreves god forståelse av blant annet «hovedreglene om statsmaktenes oppgaver og kompetanse». Det må antas at temaene hører under denne overskriften; jeg trekker den konklusjon at det kreves god forståelse av oppgavens problemstillinger.

Hovedlitteratur er oppgitt i to alternativer. For denne oppgavens del skal kandidatene enten lese Smith: *Konstitusjonelt demokrati* (3. utg., 2014) eller Moltumyr Høgberg: *Statsrett – kort forklart* (2. utg., 2016). Smith behandler anmodningsvedtak og deres eventuelt bindende karakter på side 221-222, og Grunnloven § 26 behandles på side 263-264. Moltumyr Høgberg omhandler Grunnloven § 26 på side 62-65. Anmodningsvedtak er ikke eksplisitt behandlet i denne boken, men spørsmålet om Stortingets instruksjonsrett overfor regjeringen er drøftet i forbindelse med behandlingen av prerogativer. Jeg kan ikke se at øvrig hovedlitteratur, og heller ikke oppgitt tilleggslitteratur, berører oppgavens tema.



Nærmere om oppgavens to spørsmål: Til spørsmålet om *Stortingets anmodningsvedtak overfor regjeringen er forpliktende*, kan det for det første sies at spørsmål 3) ikke utelukker en drøftelse av om slike vedtak alternativt eller bare er forpliktende på politisk grunnlag. Kandidatene bør imidlertid klarlegge hva slags plikt de diskuterer. Smith gir i sin bok uttrykk for at anmodningsvedtak ikke er rettslig bindende for regjeringen, men at vedtakene vil binde regjeringen politisk – med de konsekvenser det kan ha for regjeringens videre skjebne. I et petitavsnitt på side 222 tar han opp spørsmålet om slike vedtak også kan ses som rettslig bindende. Moltumyr Høgberg problematiserer ikke den forpliktende karakteren. Gitt at de to bøkene er angitt som alternativ hovedlitteratur, må det bety at det ikke kan forventes at kandidatene er særlig godt kjent med diskusjonen om anmodningsvedtak og deres eventuelle forpliktende innhold. En bør likevel forvente at kandidatene er kjent med Stortingets rolle i forfatningen kontra regjeringens, og kunne gjøre noe ut av dette spørsmålet selv i fravær av kjennskap til diskusjonen. I lys av pensumsituasjonen er det ikke nødvendig for en god karakter at kandidatene unnlater å konkludere sikkert på dette spørsmålet.

Til spørsmålet om regjeringen ikke er *forpliktet til å følge anmodningsvedtaket under henvisning til Grunnloven § 26*: Det kan diskuteres hva Stortinget egentlig har anmodet om: Er det tale om en instruks om at regjeringen skal signere traktaten eller også at regjeringen skal sørge for at den ratifiseres og dermed gis rettslig forpliktende innhold? Slik oppgavens spørsmål er formulert og sett i lys av at det er nevnt at traktaten ikke er undertegnet, er det nærliggende å se vedtaket som en instruks om at regjeringen skal undertegne avtalen. Men instruksjonen kan nok også oppfattes som en plikt for regjeringen til å legge frem saken til ratifikasjon i Stortinget. Jeg vil ikke tro mange vil se nyanseforskjellene her.

Det må forventes at kandidatene ser forskjellen mellom Grunnloven § 26 første ledd og annet ledd. Det følger av første ledd at det er opp til regjeringen å inngå folkerettslige avtaler. Dersom instruksjonen kun forstås som en instruks om å signere, har regjeringen i og for seg formelt rett i at Stortinget ikke kan instruere regjeringen i dette spørsmålet.



Dersom avtalen er av en slik karakter at den omfattes av Grunnloven § 26 annet ledd, kan diskusjonen bli en annen. Kandidatene bør diskutere om avtalen gjelder et spørsmål av «særlig stor viktighet» eller for øvrig nødvendiggjør lovendring eller stortingsbeslutning, Grunnloven § 26 annet ledd. Grunnloven § 26 annet ledd løser for så vidt ikke spørsmålet om instruksjon, men den gir tolkningsmessig rom for instruksjonsrett. Spørsmålet kan i så fall bli om regjeringen på dette prerogativområdet har initiativretten, selv om traktaten omfattes av Grunnloven § 26 annet ledd. Moltumyr Høgberg sier i én setning på side 62 at Stortinget «kan komme med generelle pålegg eller instruksjoner til regjeringen om deres utøvelse av utenriksstyret». Smith behandler betydningen av § 26 annet ledd på side 266-268, men det gis der ikke en løsning på spørsmålet om Stortinget kan instruere regjeringen til å ta initiativ til å slutte Norge til traktaten.

Som mange kandidater sikkert har fått med seg, har en innvending mot å inngå den aktuelle traktaten vært Norges medlemskap i NATO. Fordi NATO til dels baserer seg på atomvåpen i sitt kollektive forsvar, vil det å tiltre konvensjonen komme i konflikt med Norges forhold til NATO. I den grad kandidatene fanger opp dette perspektivet, må konklusjonen være at traktaten omfattes av Grunnloven § 26 annet ledd: Det er en sak av særlig stor viktighet at forholdet til NATO kan komme i spill. Skulle kandidatene ikke være kjent med dette argumentet, må det likevel foretas en drøftelse av om avtalen er av «særlig stor viktighet» eller om den nødvendiggjør lov- eller stortingsbeslutning. Hvis en kommer til at spørsmålet ikke er av særlig viktighet, kan det nok gi uttrykk for manglende substansforståelse og det kan lede til trekk.

3. Teorioppgaven (EØS-rett)

Oppgaveteksten lyder slik:

Redegjør for hensyn for og mot at EFTA-domstolen bør forsøke å opprettholde homogenitet mellom EU- og EØS-retten på området for fri bevegelighet av personer. Besvar spørsmålet i lys av blant annet dette:



Det uttales umiddelbart deretter at EU-retten har «videreutviklet» reglene om fri bevegelse av personer, «særlig gjennom innføringen av unionsborgerskapet» i Traktaten om den europeiske unions virkeområde (TEUV) artikkel 20. Deretter viser oppgaveteksten til – og siterer avsnittene 62-63 og 65-66 fra – EFTA-domstolens dom i sak E-28/15, Yankuba Jabbi mot staten v/Utlendingsnemnda. De fire avsnittene gir uttrykk for EFTA-domstolens oppfatning av at de to pilarene i EØS-samarbeidet har utviklet seg i forskjellig retning siden 1992, særlig ved at EU-traktatene har endret innhold i ettertid. Det vises også til EØS-komiteens beslutning om å innarbeide unionsborgerdirektivet i EØS-avtalen, og at unionsborgerdirektivet defineres som borgere av både EU-statene og EFTA-statene. Det er også noen andre elementer av informasjon om dilemmaet i avstanden mellom EØS-retten og EU-retten i avsnittene fra dommen. *Læringskrav og pensumlitteratur:* Ifølge læringskravene i EØS-rett skal studentene skal ha «god forståelse» av «reglene om fri bevegelse av arbeidskraft» og «reglene om etableringsrett». Det kreves (kun) «kjennskap» til «hovedtrekkene ved EU-retten og EØS-retten», hvor jeg antar homogenitetsprinsippet er hjemmehørende. Samtidig er homogenitet så sentralt i EØS-retten at det må forventes god forståelse også for dette temaet.

Hovedlitteratur er dels behandlingen av EØS-retten i Knophs oversikt over norsk rett (dens §§ 14 og 15) og dels Sejersted m. fl: EØS-rett (3. utg., 2011). Sistnevnte bok behandler fri bevegelse av personer i kapittel 18 og etableringsretten i kapittel 20. Begge kapitler er hovedlitteratur.. Homogenitetsprinsippet er spesifikt omtalt i pkt. 9.2, som er hovedlitteratur. Fordi prinsippet er så sentralt i EØS-retten, kan en imidlertid si at det behandles i en rekke kapitler som er pensum og i tilknytning til en rekke temaer som dekkes av læringskravene.

En rekke kilder er oppgitt som tilleggslitteratur, blant annet er spørsmålet om tolkningsprinsipper behandlet av Rognstad: «EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen», TfR 2011 s. 658 flg. og Haukeland Fredriksen: «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?», TfR 2010 s. 247 flg. Jeg har forholdt meg til hovedlitteraturen.

Nærmere om oppgaven: Kandidatene bes om å gjøre rede for hensyn for og hensyn mot at EFTA-domstolen «bør forsøke å opprettholde homogenitet mellom EU- og EØS-retten på området for fri bevegelse av personer». Spørsmålet skal besvares «blant annet i lys av» de fire siterte avsnitt fra Jabbi-dommen. Jeg har forstått at meningen med å sitere fra dommen er å anspore kandidatene til å bli bevisst dette dilemmaet gjennom et konkret tilfelle. Kandidatene kan ikke forventes å være kjent med dommens innhold fra før. Det kan nok også hevdes at sitatene som er inntatt fra dommen ikke hjelper kandidatene særlig på vei med substansen. Det bør etter mitt skjønn ikke trekkes dersom kandidatene lar være å bruke sitatene fra dommen i sin redegjørelse.



Det må være mulig å disponere oppgaven på flere måter. For meg er det ikke opplagt hvilke hensyn for og mot som er de mest sentrale og/eller relevante. Her bør kandidatene ha nokså stor frihet til selv å forme sin besvarelse. Likevel må det ikke tapes av syne at oppgavens sentrale poeng er å få kandidatene til å vise frem sin forståelse for hensyn for og mot homogenitet i lys av det som omtales som «the widening gap» mellom EU- og EØS-retten. Det er en vanskelig prøve kandidatene settes på. Det må legges betydelig vekt på evnen til å resonnerer rundt dette.

Jeg nøyer meg i stedet med å identifisere noen rammer for diskusjonen:

Oppgaven er for det første eksplisitt avgrenset til én av de fire frihetene i EØS-retten (fri bevegelighet av personer). Det faller dermed utenfor å gå inn på andre friheter, og det bør lede til trekk dersom kandidatene gir en helt generell redegjørelse uten å avgrense til fri bevegelighet av personer. Det kan etter min mening med fordel nevnes hvor i EØS-avtalens *hoveddel* den frie bevegelighet av personer er regulert, nemlig del III kapittel I, dvs. artiklene 28-30, men også kapittel II, dvs. artiklene 31-34 om etableringsretten er for så vidt relevant for denne ene av fire friheter. I tillegg er det sentralt for oppgaven å få frem at EØS-retten – som oppgaven jo refererer til – ikke bare er begrenset til hovedavtalen. Også sekundærlovgivning som er innlemmet i avtalen, er av betydning – og av særlig betydning for oppgaven.

Unionsborgerskap følger av TEUV artikkel 20. En tilsvarende traktatbestemmelse finnes ikke i EØS-avtalen. Men unionsborgerskapsdirektivet – parlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium – ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 den 7. desember 2007, og innebar en endring av avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (etableringsretten). Ettersom den omtalte dommen gjelder dette direktivet, og unionsborgerskap står sentralt i den, må det føre til trekk om ikke besvarelsen i hvert fall gjør noe ut av dette temaet. Det står direkte i oppgaveteksten at hensyn for og mot skal behandles «i lys av blant annet» denne tematikken.



Homogenitetsprinsippet må defineres og for å bestå denne delen av oppgaven må kandidatene behandle prinsippet, og også på et minimumsnivå forklare det. Sejersted m. fl. side 223 beskriver det som et «grunnleggende rettskildeprinsipp i EØS-retten» som følger av EØS-avtalens hovedmålsetting om «ensartede regler i hele EØS». Denne hovedmålsettingen fremkommer i EØS-avtalen artikkel 1 og punkt 16 i fortale. Det fremheves videre at homogenitetsmålsettingen har to «dimensjoner»: For det første at EØS-avtalen skal ha samme innhold hva enten den tolkes i EFTA-domstolen, EU-domstolen, nasjonale domstoler i en EFTA-stat eller nasjonale domstoler i en EU-stat. For det andre skal EØS-avtalen gi grunnlag for de samme regler som de EU-rettslige på de områder avtalen dekker.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 nr. 1 at EØS-retten, så langt den i sitt materielle innhold er identisk med de tilsvarende regler i EU-retten, skal fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet *før* undertegningen av EØS-avtalen. ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2 bestemmer at EFTA-domstolen og ESA har plikt til å ta «tilbørlig hensyn» også til senere avgjørelser fra EU-domstolen. Boken fremhever på side 224 at også nasjonale domstoler i praksis ser hen til slik senere praksis. Skjæringspunktet i og med EØS-avtalens undertegning er altså ikke nødvendigvis avgjørende. Samtidig fremhever læreboken at suverenitetsprinsippet innebærer at nasjonale domstoler ikke har en rettslig plikt til å ta hensyn til senere praksis. Men nasjonale domstolars bruk av homogenitetsprinsippet er ikke en del av oppgaven: Den gjelder EFTA-domstolens vektlegging av homogenitet. Det er viktig i bedømmelsen at oppmerksomheten rettes mot EFTA-domstolens rolle på området: En ren gjennomgang av homogenitet, uavhengig av EFTA-domstolens rolle, er egentlig ingen utkvittering av hva oppgaven dreier seg om.

Opgaven ber om redegjørelse for hensyn for og mot hva EFTA-domstolen «bør forsøke» å gjøre hva gjelder homogenitetsprinsippet. Det er altså en åpning for de lege ferenda-betraktninger. Om kandidaten i stedet velger å klarlegge hensynene bak EFTA-domstolens faktiske rettsbruk, kan dette neppe trekke ned i vurderingen.

Uansett hvilken innfallsvinkel som blir tatt i besvarelsen av oppgaven, bør det forventes at kandidatene i hvert fall identifiserer noen hovedhensyn for og mot og at de nærmere forklarer hva som ligger i dem.

Opgaven er krevende, men jeg vil tro den er godt egnet til å identifisere kandidater som har forstått EØS-retten og de som ikke har gjort det.

5 Om bedømmelsen



Eksamenssituasjon er utfordrende for kandidatene. Eksamensoppgaven besvares innenfor rammer som begrenser mulighetene for dyptgående analyser og detaljert rettskildebruk. Jeg minner likevel om at kandidatene har både traktatsamling og domssamling tilgjengelig, og viser til det jeg har sagt om det over.

Sensorene må foreta en helhetlig bedømmelse av hver enkelt besvarelse. Til en viss grad må den enkeltes prestasjon også ses i lys av det generelle prestasjonsnivået. Evnen til refleksjon og selvstendighet fremheves i retningslinjene for karaktergivning i juridiske fag. Materiell kunnskap om de ulike fagområdene skal vektlegges, og jeg viser til veiledningen i den forbindelse. Språkbruk og evne til logisk strukturering står også sentralt.

Metodeperspektivet er (selvsagt) sentralt også i JUS2111, og jeg finner grunn til å fremheve det her. Erfaringsmessig kan det noen ganger virke som om kandidatene glemmer at det også i folkerettslige og statsrettslige emner skal tas utgangspunkt i lov/traktattekst, og at teksten skal tolkes ved hjelp av relevant kildemateriale. Metodeferdighetene bør spille vesentlig inn i vurderingen av kandidatene, altså slik at de som viser slike ferdigheter må få uttelling mens de som ikke gjør det, må trekkes for denne vesentlige mangelen. Når vi først er inne på metodespørsmålet: For så vidt gjelder den praktiske oppgaven må det gis uttelling til de som evner å formulere presise problemstillinger gitt det aktuelle faktiske forholdet (i stedet for å angi generelle problemstillinger) og som bruker de faktiske forhold aktivt i drøftelsen. Slike ferdigheter gir klare signaler på forståelse og juridiske evner.

Eksamensoppgaven fremstår samlet sett som vanskelig. Kandidatene spørres om konkrete rettslige vurderinger knyttet til et gitt faktum i to fag (folkerett og statsrett) hvor de aktuelle problemstillingene er berørt i beskjeden grad i litteraturen. Spørsmålene i den praktiske oppgaven vil trolig være godt egnet til å identifisere kandidater som har arbeidet aktivt med stoffet utover en ren lesning av pensum, og som kan trekke vekslers på sin kunnskap om de store linjene og metodebruk.

Den teoretiske oppgaven er krevende ikke først og fremst på grunn av temaet (homogenitet), men fordi spørsmålsformuleringen er noe vanskelig å få tak på og fordi det kan være noe uklart hvordan de siterte avsnittene fra Jabbi-dommen er ment å bli brukt.

Oppgaven angir at det skal brukes ca. 4 timer på den praktiske delen og ca. 2 timer på teoridelen. Dette får betydning for bedømmelsen, slik at den praktiske delen teller ca. 2/3 og den teoretiske ca. 1/3 i totalvurderingen.

Det bør legges en viss vekt på at kandidatene befinner seg på annet studieår. Evnen til refleksjon og forståelse vil erfaringsmessig gradvis bli bedre utover i studieløpet.



Veiledningen er revidert etter gode innspill fra sensorene i sensormøtet.

Oslo, 14. desember 2017

Marius Emberland

Av Marius Emberland

