

Oppgaven har tre deler; stikkordene for de tre delene er teori, hensyn og praktikum. I den samlede vurderingen vil oppgave II og III sammen telle omtrent like mye som oppgave I.

Å forutse hva studentene synes er enkelt og mindre enkelt, er ikke lett. Oppgaven var tenkt lagt opp slik at oppgave 1 spenner opp et bredt lerret, som også ligger midt i pensum i folkerettsfaget, konstitusjonell rett og EU/EØS-rett (om enn i noe mindre grad det siste av de tre), og at alle burde kunne skrive en del om dette.

Oppgave II er mer krevende for så vidt at mer tenkning her må ligge til grunn for besvarelsene. Likevel er også temaet i denne oppgaven godt dekket i pensumlitteraturen. Som bakgrunnsteppe ligger selvsagt også den juridiske metodelæren mer generelt. Imidlertid er det nok ikke fritt for at en del studenter vil finne dette en krevende oppgave, og dette må en ta hensyn til ved sensuren. Det viktigste vil i alle tilfelle være å belønne det som studentene har fått med seg, snarere enn å straffe dem for det som de ikke har fått med seg. Oppgave III er en praktikum, og gir kandidatene anledning til å sette sine kunnskaper om den folkerettslige traktatretten ut i livet

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 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. – De studenter som evner å dele inn materien etter mer analytiske grensedragninger (altså ikke etter rettsområdene, men etter argumenttyper 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; dette fremgår allerede av oppgaveteksten. 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*, 13. utg., Oslo 2009 s. 803).

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): «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 traktattolkingens 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 traktatens 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 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.

Smith påpeker under etiketten formålstolking eller teleologisk tolking at det kan være grunn til å advare mot grunnlovstolking som fremstår som «nær-synt bokstavfortolking uten blikk 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). For eksempel er det slik at grunnlovens § 97 forbyr enhver form for tilbakevirkning, men når en tar formålet i betraktning, blir det 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. 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 tolkingslære* 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*, som er sitert og nøye analysert 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-rettens 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. 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.

Mulige poenger i *sammenligningen* kan være som følger: 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 «nær-synt bokstavfortolking uten blikk for formålet» (s. 114).

Forarbeider anvendes bare i begrenset grad i alle tre regelsettene.

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

Både i EU-retten og i folkeretten generelt er fortaler, som gir anvisning på partenes intensjoner, viktige for tolkingen. Dette er selvsagt ikke noe særstykke 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.

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* ovenfor), men kandidater som argumenterer *godt* for et slikt standpunkt, må selvsagt kunne belønnes for det.

Oppgave II

Det er flere måter å disponere oppgave II på. En sofistikert sammenligning av momentene i de forskjellige rettsområdene bør kunne gi uttelling selv om kandidatene som prøver seg på dette, ikke er like gode i gjennomføringen av et slikt opplegg.

Internasjonale traktater, grunnloven og EU-rettens traktater og direktiver har 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. Likevel er disse to poengene, eller andre nærskyldte poenger, viktige utgangspunkter for spørsmålsstillingen i oppgave II. Kandidater som evner å gjøre dette tydelig, må belønnes.

Gitt dette utgangspunktet er spørsmålet i realiteten hva som er hensynene for og imot vektlegge på den ene siden ordlyd og på den andre siden formål når en tolker instrumenter som er ment å vare over lengre tid og som typisk er kortfattede og preget av prinsipper. Som sagt ovenfor, er det imidlertid flere måter å disponere denne oppgaven på; det viktigste med en god disposisjon er at den får frem poengene på en klar og analytisk måte.

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.»

Det kan være uenighet om hvilken vekt en bør legge på de forskjellige hensynene i en gitt sammenheng, men de hensyn som kandidatene bør belønnes for å behandle på en god måte, vil særlig være de følgende.

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 til 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 grunnlovstolkingen.

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 III

Oppgave III kan besvares kort og likevel gi god uttelling. Oppgaven gir kandidatene anledning til å sette sine kunnskaper om den folkerettslige traktatretten ut i livet. Mye av det stoffet som er gjennomgått over, vil selvsagt her komme inn. – Det som må belønnes, er i første rekke at kandidatene evner å vise at de behersker reglene som gjelder for tolking av folkerettslige traktater og hvor forstandig de klarer å subsumere faktum inn under disse reglene. Det er ikke i første rekke detaljkunnskap om denne eller hin avgjørelse som skal belønnes. Likevel vil detaljkunnskap som kommer på toppen av solid forståelse, måtte belønnes.

- a. Avgjør om Illyria i 2013 hadde rett til å seile på elva med turistskipene, og ta i den sammenheng stilling til hvilken rolle fortalen spiller i tolkingen av traktaten.

Utgangspunktet må tas i traktatrettens regler for traktattolking. Disse er å finne Wien-konvensjonens art. 31–33. Gode kandidater vil påpeke at oppgaven ikke nevner hvorvidt Potu og Illyria har signert og ratifisert traktaten, men at det er hevet over tvil at Wien-konvensjonens bestemmelser om tolking gjelder som folkerettslig sedvanerett (Ulfstein & Ruud s. 89), og dermed utvilsomt må gjelde i denne saken.

Hadde Illyria i 2013 rett til å seile på elva med turistskipene? Et innledende spørsmål her er rollen som fortalen kan spille i tolkingen. Fortalen kan – både prinsipielt og i praksis i denne saken – spille en viktig rolle i tolkingen. Det følger av Wien-konvensjonen art. 31(2) at det skal tas hensyn «to the text, including its preamble». Ulfstein & Ruud behandler dette på s. 90, og sier: «Preambelet (fortalen) er en del av traktatens tekst, men den kan samtidig gi holdepunkter om traktatens formål.»

Ordlyden artikkel 1 sier at: «Elva som renner mellom de to landene, skal tilhøre Potu. Illyria har ikke rett til skipsfart på elva. Illyriske skip som seiler med handelsformål, kan likevel seile på elva.»

Siden turisme som fenomen ikke fantes da partene inngikk traktaten i 1713, kunne ikke «handel» i 1713 ha inkludert turisme. (Men kandidater som skriver at turisme teoretisk sett allerede da var inkludert, gitt at alle typer handel var inkludert, og at handel er handel, må belønnes for å ha sett et lurt poeng, men få kandidater vil vel komme frem til en slik konklusjon.) Det følger av fortalen at gjensidig økonomisk velstand og fremgang er traktatens formål. Gitt partenes klart uttrykte intensjon om å fremme handel seg imellom, ligger det i traktaten et sterkt formulert formål som peker i retning av at det fenomenet som ikke fantes da traktaten ble inngått (og dermed under én synsvinkel ikke kunne ha vært en del av begrepet «handel»), nå må anses for å falle inn under begrepet. Noe annet ville være å gå på tvers av traktatens klart uttrykte formål, og dette ville neppe være å oppfylle partenes intensjoner.

Dette spørsmålet kan løses på bakgrunn av anvendelse av art. 31 og generell kjennskap til traktatrettslig metode. Noen kandidater vil imidlertid kjenne til den relativt nye avgjørelsen *Costa Rica/Nicaragua* (ICJ Reports 2009 s. 213, 242), som Ulfstein & Ruud siterer. De som har lest denne avgjørelsen, vil gjerne vite at Den internasjonale domstol der uttalte at: «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.»

Selv om det ikke er nødvendig å kjenne denne saken for å løse oppgaven på en god måte, vil det være et pluss for de kandidater som viser at de kjenner saken og evner å bruke den på en god måte. – Noen kandidater vil gjerne peke på at traktaten var ment å løse alle elvespørsmål én gang for alle. De som ser dette, og er i stand til å trekke argumenter ut fra det, bør belønnes. Kandidater som trekker frem viktigheten av god tro, og for eksempel diskuterer hvorvidt det ville være i tråd med god tro å inkludere turisme i 2013-tolkingen av «handel», må også belønnes.

- b. Hvilket av de to landene har rett med hensyn til de illyriske småsamfunnenes elvefiske?

Spørsmålet må løses ut fra art. 31(3) om etterfølgende praksis, som sier at det må tas i betraktning «a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation».

Det er b) som er her relevant, men det bør ikke trekkes stort om kandidatene ikke skiller strengt mellom de to. Overgangene kan være glidende. Dette er behandlet på s. 94–95 i Ulfstein & Ruud: Vekten av slik praksis vil avhenge av om praksisen er *felles for partene*, om den er *konsistent* og om den er *varig*.

Her må kandidatene ta utgangspunkt i traktatteksten art. 2 («Illyria og illyriske innbyggere har ingen rett til å drive noen form for elvefiske.»), og så gå til regelen i Wien-konvensjonen art. 31(3). Det burde ikke by på for store problemer å finne denne regelen, gitt at den står i traktatsamlingen. Kandidatene får imidlertid rikt høve til å vise sine evner til juridisk argumentasjon i subsumsjonen og dette må være det viktigste. I den sammenheng er det er gode momenter å hente i oppgaveteksten, og skillet mellom gode og mindre gode kandidater vil antakelig gå mellom dem som evner å legge opp en fornuftig argumentasjon av momentene i faktum og dem som ikke evner det. – I den grad det er noe riktig svar her, vil det være at traktaten er blitt modifisert gjennom de to landenes etterfølgende praksis, og at elvefisket dermed i 2013 ikke stred mot traktaten.

Eirik Bjørge