

## SENSORVEILEDNING FOR EKSAMENSOPPGAVE JUS2111 VÅREN 2014

I.

Her følger oppgaveteksten:

### **Oppgave 1**

- a) Redegjør kort for domstolsprøvingen av lovers grunnlovmessighet.
- b) Redegjør kort for domstolenes anvendelse av forrangsbestemmelsene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.

### **Oppgave 2**

- a) Hvilke hensyn taler for og mot at domstolene skal foreta en prøving av lovers grunnlovmessighet?
- b) Hvilke hensyn taler for og mot at domstolene skal foreta en prøving av om lover er i samsvar med Norges forpliktelser etter EU/EØS-retten og menneskerettslige konvensjoner?

### **Oppgave 3**

Stortinget behandler våren 2014 et forslag om grunnlovsendringer for å styrke menneskerettens stilling. Det er utformet to alternative forslag til ny § 114:

*Det første forslaget lyder:*



*I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.*

*Det andre forslaget lyder:*

*I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven, etter denne Grunnlovs prinsipper om demokratiet, den lovgivende makt, rettsstaten og menneskerettighetene.*

*I Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité, som forbereder saken for Stortinget, er det uenighet. Noen representanter foretrekker det første alternativet, andre representanter foretrekker det andre alternativet, og atter andre representanter ønsker ingen ny grunnlovsbestemmelse.*

- a) *Redegjør for de statsrettslige spørsmålene som kan ha betydning for valget mellom disse tre alternativene.*
- b) *En av stortingsrepresentantene i komitéen har uttalt at det andre forslaget til ny § 114 kan begrense den domstolsprøvingen som følger av dagens statsrett. Redegjør for om dette kan bli en konsekvens.*

\*\*\*

II.

Det ble oppgitt at «det skal beregnes at kandidatene bruker 1/3 av tiden på hver av de tre oppgavene.»

III.

Oppgaven går på tvers av de tre fagene i dette semestret, statsforfatningsrett, folkerett og EØS-rett. Kandidatene kan trekke på pensum i alle tre.

Pensum i statsrett er E Smith *Konstitusjonelt demokrati* 2 utg 2012 som behandler emnet inngående i Kap VIII.6 Domstolskontroll med lover, s 313-342, og mange studenter vil ha lest Benedikte Moltumyr Høgberg, *Statsrett kort forklart*, 2013 og Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 10 utg ved Arne Fliflet 2006. Se også den inngående behandlingen av alle de tre områdene i Smiths forelesninger som ligger utlagt på semestersiden:

[http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2111/v14/undervisningsmateriale/forelesningsdisp-1\\_v2014.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2111/v14/undervisningsmateriale/forelesningsdisp-1_v2014.pdf)

F Arnesen, S Foyn, O Kolstad, O-A Rognstad og F Sejersted *EØS-rett* 3 utg 2011 har også en inngående behandling i kapittel 8 Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett og særlig relevant er 8.5 Forrang for EØS-regler som er gjennomført i norsk rett. Dette poengteres og utdypes for studentene i Sejersteds behandling i pkt 4. Gjennomføringen av EØS-retten i norsk rett i hans forelesninger som ligger utlagt på semestersiden:

[http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2111/v14/undervisningsmateriale/eos-forelesninger\\_sejersted\\_v2014.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2111/v14/undervisningsmateriale/eos-forelesninger_sejersted_v2014.pdf)

Læreboken i folkerett er M Ruud og G Ulfstein *Innføring i folkerett*, 4 utgave 2011 som er særlig relevant for oppgaven med sin behandling om forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

Oppgaveteksten er dekket av læringskravene, og bringer opp metodespørsmål som kommer opp gjennom hele studiet.

Oppgaveformen er klassisk og vel kjent for studentene.

Det har vært en aktiv avisdebatt med innlegg av bl a Eivind Smith (som er den ansvarlige faglærer og lærebokforfatteren) og Fredrik Sejersted, se

<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Overmoden-for-oppradering-7550527.html#.U4R4yvmSySo> og (etter eksamensdagen)  
<http://www.manifesttidsskrift.no/avviser-a-skrive-ny-grunnlov/>.

IV.

Jeg har noen kommentarer til de forskjellige delene av oppgaven.

#### *Oppgave 1*

- a) *Redegjør kort for domstolsprøvingen av lovers grunnlovmessighet.*
- b) *Redegjør kort for domstolenes anvendelse av forrangsbestemmelsene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.*

Oppgave 1 besvares best som en oppgave om domstolsprøvingen av at lover ikke bryter grunnloven, EØS- eller menneskerettsforpliktelser. Teksten er svært presis, og en kan derfor ikke forlange annet enn et svar på det den meget direkte angir, for eksempel ingen sammenligning mellom de tre områdene. På samme måte er forrangsbestemmelsene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3 oppgitt.

Oppgavens «Redegjør kort for» gir rom for å velge fokus. Det beste er allikevel om kandidatene maktet å gjøre dette på en måte som får frem det felles og det som skiller på de tre områdene, selv om oppgaven ikke ber om noen sammenligning. Kandidater som sammenligner har fremhevet seg selv positivt og bør få uttelling for det.

Det er nyttig å starte med grunnlagene domstolsprøvingen har på disse tre områdene. Gjeldende rett, slik den utfordres i Smiths lærebok i statsrett, er at domstolsprøvingen av lovers grunnlovmessighet bygger på konstitusjonell sedvanerett. Det innebærer at den bare kan oppheves eller innskrenkes ved grunnlovendring.

Smith drøfter "rett" og "plikt" til å gi anvendelse til grunnloven, og noe av drøftelsen kan struktureres rundt dette.

Han bruker begreper som konkret og abstrakt prøving for å forklare det norske systemet også i komparativt perspektiv.

Konsekvensene av at det i domstolsprøvingen finnes motstrid er inngående diskutert av Smith.

Stortinget har forøvrig til behandling forrangsbestemmelser for prøvingen av lovers grunnlovmessighet som teksten for Oppgave 3 bygger på. Stortinget har gjennom komitébehandlingen bekreftet at prøvingen bygger på konstitusjonell sedvanerett, men studentene må her kunne holde seg Smiths kritikk av denne læren. Den nye bestemmelsen i Grunnloven § 2 om «rettstaten» forutsetter ellers en uavhengig domstolsprøving av lovers grunnlovmessighet, men studentene må også på dette punktet kunne holde seg Smiths fremstilling som ikke gjøre noe ut av § 2 som grunnlag for domstolsprøvingen.

Kandidatene bør ta oss til forrangsbestemmelsene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3 som oppgitt i oppgaven, og tolke disse. Mens konstitusjonell sedvanerett etter tradisjonell lære bare kan oppheves eller innskrenkes ved grunnlovendring, kan forrangsbestemmelsene i det minste formelt sett oppheves ved en enkel lovendring. Smith kritiserer bruken av betegnelsen "semi-konstitusjonell". Kandidatene bør få frem at endringer i EØS-loven § 2 kan stride mot EØS-avtalen. En endring eller opphevelse av menneskerettsloven § 3 kan på samme vise stride mot EMK og FN-retten.

Forrangsbestemmelsene er korte og klare men gir likevel opphav til mange tolknings spørsmål som gradvis besvares i praksis.

Hva som ligger i forrangen må diskuteres på samme måte som konsekvensene av at det i domstolsprøvingen finnes motstrid. Trinnhøydespørsmålene bør drøftes. I anvendelsen av forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 har Høyesterett (og EFTA-domstolen) langt på vei lagt til grunn de krav som følger av EU-domstolens praksis for gjennomføringen av EU-retten i EUs medlemsland, men har muligens ikke tatt alle konsekvenser av læren om direkte virkning av EU-retten i nasjonalretten i forhold til private parter.

De gode besvarelsene bør uttrykkelig se på hva det er av forskjeller og likheter i domstolsprøvingen og grunnlaget for denne på de tre områdene, men det kan ikke være krav om sammenligning for å bestå, og uansett ikke om noen omfattende sammenligning for å gjøre det godt her. De som foretar en sammenligning har fremhevet seg og bør få uttelling for dette.

Oppgaven krever en kort redegjørelse for alle de tre områdene men kandidatene kan gå inn på disse i forskjellig grad. Enkelte kandidater skriver mye om domstolenes anvendelse av forrangbestemmelsene i EØS-loven § 2, mindre om prøvingen av lovers grunnlovsmessighet, og enda mindre om menneskerettsloven § 3. Dette kan bli for ubalansert slik at det fører til trekk.

Enkelte kandidater har skrevet at bare Høyesterett kan prøve om lovgivningen er i samsvar med grunnloven, EU-retten eller menneskerettskonvensjonene. Nå forekommer det at underrettsdommere uttrykkelig skriver at slik prøving får utestå til saken når Høyesterett. Men det er så klart at alle kandidater bør ha fått det med seg at alle domstoler har en rett og plikt til å forta en slik prøving. De som gir uttrykk for noe annet må trekkes for det.

Erfaringsmessig vil noen studenter ha en mer utførlig drøftelse av denne deloppgaven enn andre. Oppgavens ord «Redegjør kort for» gir en klar føring mot knapphet, men om det blir uforholdsmessig mye av drøftelsene som plasseres her, så kan det allikevel ikke ses på som noen feil som skal føre til trekk.

### *Oppgave 2*

- a) *Hvilke hensyn taler for og mot at domstolene skal foreta en prøving av lovers grunnlovsmessighet?*
- b) *Hvilke hensyn taler for og mot at domstolene skal foreta en prøving av om lover er i samsvar med Norges forpliktelser etter EU/EØS-retten og menneskerettslige konvensjoner?*

Oppgaven er formulert slik at kandidatene kan besvare den med å redegjøre for hensynene for og mot domstolsprøvingen på de tre områdene. Også her vil de beste kandidatene imidlertid sammenligne og uttrykkelig se på hva det er av forskjeller og likheter i domstolsprøvingen på de tre områdene. Mange kandidater greier ikke å fokusere på «hensyn for og mot» men går gjennom, eller redegjør for, reglene. Oppgaveformatet minner om det som i sin tid ble kalt en HHH-oppgave (hva, hvorfor hvordan), og hvor den andre oppgaven typisk ville dreie seg om hensynene bak reglene som drøftes. Dette er velkjent og skulle ikke by på de vanskeligheter enkelte har fått her. På samme måte som det fører til trekk om det blir mye regler, så må det gi uttelling for dem som mestrer formatet.

Oppgave 2 er ikke begrenset til de ordningene vi har i dag for domstolsprøving. De kandidatene som ønsker å gå utover de norske ordningene og foreta en rettssammenligning har materiale for dette hos Smith.

Poenget er her å få frem hensynene som taler for og mot, men kandidatene kan godt argumentere for sine syn.

Den tradisjonelle tilnærmingen som er reflektert i pensum-litteraturen er at det er en spenning mellom demokrati/folkestyre og domstolskontroll. Spenningen vil i første rekke gjelde for grunnlovfesting og traktatinngåelse og kanskje mindre for domstolskontrollen som er i fokus i rettsliggjøringsdebatten. Et annet perspektiv er at det er utpregede politiske valg når styringsredskaper som grunnlov og traktater tas i bruk. Domstolskontrollen er en gjennomføring

av politiske valgene om å ta i bruk grunnlov og traktat, og står ikke i noen motstrid til demokrati eller folkestyre etter et slikt syn.

Forholdet mellom de nasjonale og de internasjonale nivåene kan ses på tilsvarende måter. Tradisjonelt ses det på som et demokratisk problem at domstolene kan føre kontroll med nasjonale myndigheters etterlevelse av internasjonale forpliktelser. I tillegg til innvendingene i forrige avsnitt kommer at norsk lovgiver har tatt uttrykkelig stilling til forrangsspørsmålene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.

Domstolskontroll er et viktig redskap for å sikre effektiviteten til grunnlov, EU-rett og menneskeretter. Dette er særlig sterkt utviklet i folkeretten og EU-retten. Er det tale om individuelle retter, kan kravet til gjennomføringen komme i et annet perspektiv, da det ikke bare er gjennomføring av generelle regler men tale om konkrete rettighetstap for individer.

Normalt forutsettes det at den normale politiske beslutningsprosessen på det nasjonale plan har størst legitimitet. Alle innskrenkninger trenger da en særlig begrunnelse.

Enhver selvstendig analyse må man se på med velvilje. Her har mange sterke synspunkter, og som vanlig er det nødvendig med en diskusjon av rettslige begreper med bruk av rettslige argumenter for å gjøre det bra.

Mange gjør god bruk av de sentrale dommene, også for å få frem hensynene. Omfattende domssitater er imidlertid vanskelig å få noe ut av. Uansett må kandidatene vise at de har fått med seg det sentrale fra dommen, f eks ved å bruke de sentrale nøkkelordene i stedet for lange sitater. Enkelte kommer ikke mye lenger enn 1976, og det kan lett gi et skjevt bilde.

### *Oppgave 3*

*Stortinget behandler våren 2014 et forslag om grunnlovsendringer for å styrke menneskerettens stilling. Det er utformet to alternative forslag til ny § 114:*

*Det første forslaget lyder:*

*I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.*

*Det andre forslaget lyder:*

*I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven, etter denne Grunnlovs prinsipper om demokratiet, den lovgivende makt, rettsstaten og menneskerettighetene.*

*I Stortingets Kontroll- og konstitusjonskomité, som forbereder saken for Stortinget, er det uenighet. Noen representanter foretrekker det første alternativet, andre representanter foretrekker det andre alternativet, og atter andre representanter ønsker ingen ny grunnlovsbestemmelse.*

- a) *Redegjør for de statsrettslige spørsmålene som kan ha betydning for valget mellom disse tre alternativene.*
- b) *En av stortingsrepresentantene i komitéen har uttalt at det andre forslaget til ny § 114 kan begrense den domstolsprøvingen som følger av dagens statsrett. Redegjør for om dette kan bli en konsekvens.*

Her skal kandidatene altså redegjøre for de statsrettslige spørsmålene som kan ha betydning for valget mellom disse tre alternativene. I denne tredje delen vil det tradisjonelt tas utgangspunkt i en situasjon med en rettstvist som skal drøftes, og uttrykkelig angis hvilke rolle kandidaten skal spille, som partsrepresentant, i en annen rådgiverrolle, som beslutningstaker el lign. Oppgaven har ikke lagt til dette siste men spørsmålene er praktiske nok: Stortinget holder fortsatt på med en slik bestemmelse og mottar råd av forskjellig slag som ikke overraskende går i mange forskjellige retninger.

Enkelte kandidater har forstått spørsmålet om en redegjørelse for de statsrettslige spørsmålene som kan ha betydning for valget mellom disse tre alternativene, som et spørsmål om det prosessuelle og drøfter GrL § 112 inngående. Dette blir galt om de ikke får drøftet de materielle spørsmålene.

Det første forslaget går ut på en grunnlovfesting av ikke bare domstolenes prøving av lovers grunnlovmessighet men domstolenes prøving av ”andre beslutninger truffet av statens myndigheter”. Grunnlovfesting av konstitusjonell sedvanerett skulle ikke få store rettslige konsekvenser. Men grunnlovfesting gjør domstolsprøvingen mer prominent og viser dessuten at grunnlovgiver støtter og bekrefter denne konstitusjonelle sedvaneretten. Grunnlovfesting avklarer den tvil som råder om det foreligger noen konstitusjonell sedvanerett, og om hva som følger av at noe er konstitusjonell sedvanerett.

Kandidatene må diskutere om det andre forslaget vil kunne ha det samme rettslige innhold. Domstolene vil i sin prøving uansett måtte følge Grunnlovens prinsipper, og særlig dem om demokratiet, den lovgivende makt, rettsstaten og menneskerettighetene. Høyesterett viser i sine overveielser klart og uttrykkelig at den tar hensyn til prinsippene om demokrati og lovgivende makt i sin praksis der den vurderer om lover er grunnlovmessige. Kandidatene bør vise at de er klare over at opplistingen av ”demokratiet, den lovgivende makt, rettsstaten og menneskerettighetene” er den samme som i GrL § 2. Opplistingen kunne ha som hensikt å klargjøre at også denne siden av den konstitusjonelle sedvaneretten skal videreføres, og at domstolprøvingen ikke skal gå lenger enn i dag.

Noen av kandidatene kan vite at det andre forslaget ligner på den svenske grunnlovsbestemmelsen om domstolsprøving, men at i tillegg til opplistingen av ”demokratiet og den lovgivende makt” i den svenske grunnloven, så er både ”rettsstaten og menneskerettighetene” foreslått tatt med her i det andre forslaget.

Oppgaven er svært så tydelig og uttrykkelig når den ber om en redegjørelse for om det kan være en konsekvens at det andre forslaget til ny § 114 kan begrense den domstolsprøvingen som følger av dagens statsrett.

Uansett hvordan kandidatene disponerer oppgaven må de diskutere og ta uttrykkelig stilling til de tre alternativene og spørsmålet om det andre forslaget til ny § 114 kan begrense den domstolsprøvingen som følger av dagens statsrett.

Tolkingstvil kan ofte avklares ved uttalelser i lovforarbeider. Forarbeider til grunnloven kommer i en særstilling, og det er uenighet om hvilken betydning de bør ha. Kandidater kan finne behov for ta opp disse spørsmålene, og bør uansett gjøre det om de foreslår at tvil om formål og tolking bør avklares ved uttalelser i forarbeidene.

Noen av kandidatene skiller seg ut ved at de har maktet å disponere oppgaven vel slik at de unngår dobbeltbehandling og lange, ustrukturerte drøftelser med sitater som ikke bygger opp om noen klare poenger. De bør gis uttelling for det.

21 mai 2014.

Mads Andenæs