

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

SENSORVEILEDNING FOR EKSAMEN VÅREN 2015 I JUN 2111 STATSFORFATNINGSRETT OG INTERNASJONAL RETT

1. INNLEDNING

Oppgaven er en todelt heldagsoppgave over seks timer, hvor begge deler skal besvares. Jeg introduserer de to deloppgavene i avsnittene 2 og 3. Forslag til føringer på den samlede vurderingen er gitt i avsnitt 4.

Jeg understreker at dette er en veiledning til sensorene til hjelp for deres sensurarbeid, som ikke er det samme som en redegjørelse for hva kandidatene forventes å prestere på eksamen.

Denne versjonen er skrevet etter at jeg har lest et noen få besvarelser. Revidert sensorveiledning vil foreligge senere.

2. OM OPPGAVENS DEL I – GRUNNLOVEN § 92

2. 1. Innledende om deloppgaven

Del I er viet temaet internasjonale menneskerettighetskonvensjoners rolle i vår konstitusjonelle orden og ber kandidatene om 1) å tolke Grunnloven § 92 hva gjelder ett spørsmål bestemmelsen gir opphav til, samt 2) å vurdere ett tenkt tolkingsalternativ for dette spørsmålet i lys av sentrale konstitusjonelle verdier.

Oppgaven refererer seg til temaer som kandidatene skal ha «god forståelse av». Jeg viser til angivelsen av læringskravene, særlig punktene «Forholdet mellom grunnlovsværn og værnet etter konvensjoner som er gjort til en del av norsk rett» og «De konstitusjonelle hovedreglenes forhold til noen ideologiske grunnkrav til statens styre (demokrati, maktfordeling, menneskerettigheter)».

Jeg nøyer meg med å vise til bakgrunnsteksten slik den står i eksamensoppgaven. Den skal brukes til å besvare disse to spørsmålene:

1. Hvilken rettslig stilling mener du at Grunnloven gir til de menneskerettighetskonvensjonene som er inkorporert i norsk rett? Begrunn svaret ditt ved tolking av Grunnloven § 92.
2. Hvordan vurderer du Peder Ås' synspunkt på inkorporerte menneskerettighetskonvensjoners rettslige status i lys av viktige ideologiske grunnkrav som vår konstitusjon anses å bygge på?

Grunnloven § 92 ble vedtatt i mai 2014. Bestemmelsen er således ikke fanget opp i pensumlitteraturen, verken innførings- eller hovedlitteratur, og heller ikke i den angitte tilleggslitteraturen. Bestemmelsen er behandlet på forelesning, slik også temaet menneskerettighetenes status i Grunnloven etter reformen i 2014 er det. Så vidt jeg har fått opplyst, har temaet vært berørt på kurs. Forgjengeren til Grunnloven § 92 – tidligere Grunnloven § 110c – er dekket i hovedlitteraturen, se særlig Smith: *Konstitusjonelt demokrati* (2. utg, 2009) side 165flg. De «ideologiske grunnkravene» som Grunnlovens regler bygger på, behandler Smith flere steder i sin bok.

Den umiddelbare foranledningen til oppgaven er et innlegg høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen holdt på et seminar for nordiske høyesterettsdommere i Stockholm i mars i år. Innlegget er publisert på Høyesteretts nettsider. I innlegget gjør dommer Bårdsen seg til talsmann for det syn som «professor Peder Ås» gjør gjeldende i oppgaveteksten, nemlig at Grunnloven § 92 må tolkes slik at bestemmelsen gir grunnlovs rang til de inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner. Innlegget er ble ikke lagt ved eksamensoppgaven, og kandidatene kan ikke forventes å kjenne til innlegget det. Høyesterettsdommer Jens E. A. Skoghøy har gjort rede for sin forståelse av Grunnloven § 92 på dette punktet i en leder i *Lov og rett* (hefte 4 for 2015, side 195-196). Hans tolking ser i det vesentlige ut til å sammenfalle med synet til «professor Lars Holm» i oppgaven. Det kan ikke forventes at kandidatene kjenner til den, da heftet ennå ikke har kommet i handelen.

2.2. Delspørsmål 1

Kandidatene er bedt om å tolke Grunnloven § 92 hva gjelder spørsmålet om hvilken "rettslig stilling" bestemmelsen gir for menneskerettighetskonvensjoner som er "inkorporert". "Rettslig stilling" er ikke entydig, men det er nærliggende ut fra sammenhengen å forstå spørsmålet slik at det bes om en redegjørelse for om Grunnloven § 92 gir disse konvensjonene status som konstitusjonelle normer. Det er eksplisitt fremhevet at det er kandidatens resonnement det spørres etter ("hvilken stilling mener du" ...), og det er også gitt en påminnelse i teksten om at resonnementet skal gis ved "tolking". De kandidater som besvarer oppgaven ved å referere de to professorenes synspunkter, uten selv å foreta en tolking, ligger svært dårlig an ved vurderingen. Jeg ser at enkelte problematiserer den rettslige stillingen også til konvensjoner som ikke er inkorporert. Dette faller utenfor oppgaven. Behandlingen av dette (eller andre tolkingsspørsmål som Grunnloven § 92 gir opphav til) vil etter mitt skjønn gi grunnlag for trekk, i hvert fall hvis det kommer på bekostning av det oppgaven faktisk spør etter.

Det er gitt enkelte rettskildeargumenter allerede i bakgrunnsteksten, både i form av professorenes argumenter og ved sitater fra "forarbeidene" til bestemmelsen. Jeg ser ikke grunn til å gå i detalj hva gjelder mønstergyldig eller optimal kildebruk, men nøyer meg med å peke på at også ved grunnlovstolking vil ordlyden danne det naturlige utgangspunktet. Stortingets intensjoner veier tungt. Noen av dem er fremhevet i bakgrunnsteksten, og det kan her sies at intensjonene er uklart formulert. Dette fordrer at kandidatene makter å trekke på annet relevant kildemateriale. Kandidatene kan her med fordel få frem at det er forskjell på den rettskildemessige betydningen av stortingsdokumentene som behandlet Grunnloven § 92 og Menneskerettsutvalgets eget forslag.

Det faktum at Stortinget ved grunnlovsendringen ikke tok sikte på å endre gjeldende rettstilstand, er et viktig argument som taler mot professor Peder Ås' forståelse. Å henvise til hvordan den tidligere Grunnloven § 110c var formulert og ble forstått, vil derfor være naturlig. Det samme gjelder det faktum at Stortinget ved grunnlovsreformen i mai 2014 valgte å vedta egne menneskerettighetsbestemmelser i kapittel E, som både språklig og strukturelt avviker fra formuleringene i de internasjonale konvensjonene. Den tolking som professor Ås gjør seg til talsperson for, samsvarer dårlig med en lesing av Grunnloven § 92 i lys av den øvrige konteksten i kapittel E.

Etter mitt skjønn er det også et pluss dersom kandidatene i tolkingen bruker argumenter som kan utledes av de "ideologiske grunntrekkene" som er tema for delspørsmål 2.

Flere kandidater bruker praksis fra Høyesterett i sin tolking, og det er et stort pluss dersom dette gjøres. Det er naturlig nok få avgjørelse fra Høyesterett som kan kaste lys over detaljene i Grunnloven § 92 ennå, men enkelte er inne på Rt. 2015 side 93 (Maria). Dommen gjaldt tolkingen av Grunnloven § 102 (familieliv) og § 104 (barns rettigheter) – og tilsvarende internasjonale konvensjonsbestemmelser – i en sak hvor moren til en norsk statsborger (Maria) ble utvist fra riket. Datteren Maria ble selvsagt ikke utvist, men spørsmålet var om barnets tilknytning til Norge hindret myndighetene fra å utvise moren til hjemlandet Kenya. Høyesterett, representert ved førstvoterende dommer Bårdsen, går her ikke inn i diskusjonen som er tema for denne eksamensoppgaven. Men enkelte kandidater peker – korrekt – på at Høyesterett ser ut til å forutsette dualisme hva gjelder menneskerettighetskonvensjonene selv etter Grunnloven § 92, samtidig som Høyesterett bruker Grunnloven § 92 som argument for å konkludere med at en privat part har krav på fastsettelsesdom for konvensjonsbrudd parallelt med dom for ugyldig vedtak begrunnet i det samme (avsnitt 42). På den måten gir i hvert fall Høyesterett uttrykk for at Grunnloven § 92 har et større rettslig potensial enn hva den tidligere Grunnloven § 110c hadde.

Det samme kan sies om Høyesteretts storkammerdom av 22. april 2015 (HR-2015-843-S). Saken gjaldt regulering av tomtefesteavgift. I dommens avsnitt 55 uttaler Høyesterett: "Etter menneskerettsloven § 2 gjelder [EMK P1 artikkel 1] som norsk lov. Ved motstrid skal bestemmelsen gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven § 3." Tidligere Grunnloven § 110c ble ikke antatt å gi uttrykk for det samme. Også denne dommen viser derfor – muligens – en retning i domstolspraksis vi ennå ikke har sett sluttresultatet av.

Oppgaveformen i del I er uortodoks ved at kandidatene blir stilt overfor en lengre tekst som de må lese og prosessere før de skal besvare de konkrete spørsmålene. Spørsmål 1 gir videre anvisning på at kandidatene selv må foreta sin tolking av Grunnloven § 92 i lys av de kildeopplysninger som gis og på bakgrunn av det kandidatene ellers kan av metode ved tolking av grunnlovsbestemmelser. Det kan trolig være vanskelig for enkelte å frikoble seg fra synspunktene til de to «professorene» og gi sin egen, rettskildebaserende tolking. Det må gis belønning til de kandidater som klarer denne frikoblingen og presenterer sin egen rettslige argumentasjon basert på de kilder som er omtalt i teksten og – kanskje særlig – øvrig kildemateriale (herunder formålsbetraktninger og argumentasjon basert på konstitusjonelle verdier).

Etter mitt skjønn representerer professor Ås' syn en radikal fortolking som ikke stemmer overens med det totale rettskildebildet. Jeg vil anta at de beste kandidatene vil se det samme. Samtidig bør ikke kandidater som følger hovedtrekkene i professor Ås' tilnærming straffes for mye: Virkeligheten viser jo at det kan være ulike synspunkter om spørsmålet.

2.3. Delspørsmål 2

Delspørsmål 2 ber kandidatene om å "vurdere" professor Peder Ås' tolking i lys av "viktige ideologiske grunnkrav som vår konstitusjon anses å bygge på". Igjen er det kandidatens egne vurderinger det spørres om, men det er selvsagt ikke deres personlige syn som skal danne grunnlag for vurderingen.

Uttrykket «viktige grunnkrav som vår konstitusjon anses å bygge på» er hentet direkte fra formuleringen av læringskravene i faget, som kandidatene forventes å ha lest og forholdt seg til. Det fremgår av læringskravene, og er for så vidt også behørig berørt i pensum, hva det her tenkes på: Demokrati, maktfordeling og menneskerettigheter som grunnleggende verdier og/eller prinsipper som forfatningen bygger på. Det bør etter mitt skjønn trekkes betydelig dersom kandidatene ikke viser forståelse for hva slike «grunnkrav» er. Men demokrati, maktfordeling og menneskerettigheter er selvsagt ikke de eneste "ideologiske grunnkrav" som Grunnlovens regler hviler på og gir uttrykk for. Flere kandidater trekker frem rettsstatsprinsippet som et slikt "grunnkrav", noe som må være på sin plass.

Utfordringen for kandidatene blir å komme med balanserte vurderinger av professor Ås' tolking i lys av disse "grunnkravene" på en ryddig og fornuftig måte. Jeg antar at de bedre kandidatene vil kunne se at professor Ås' tolking kan ses både som et positivt bidrag til de ulike grunnkravene samtidig som den også kan skape utfordringer for dem. men særlig i spørsmål 2 bør det være rom for ulike rettslige og rettspolitiske standpunkter. Her kan det ikke finnes noen «fasit».

Jeg vil tro spørsmål 2 vil falle vanskelig for mange, og at det særlig for denne delen av oppgaven vil være mulig å skille mellom gode og de aller beste kandidatene.

3. OM OPPGAVENS DEL II – FOLKERETTLIGE ANSVARSFRIHETSGRUNNER

Del II er en renskåret deskriptiv teorioppgave om ansvarsfrihetsgrunner i folkeretten, som lyder slik:

"Om ansvarsfrihetsgrunner i folkeretten: Rettslig forankring, rettslig hovedinnhold og rettsvirkninger."

Kandidatene bør ikke ha store problemer med å tolke oppgaven, som eksplisitt ber om redegjørelse for de rettslige aspektene av dette folkerettslige regelsettet. Oppgaven er med vilje formulert slik for å minne kandidatene om at også i folkerettslige eksamensoppgaver er det normalt jussen – de rettslige normene – som står i sentrum. Svakere kandidater har en tendens til å glemme at også folkeretten primært er juss, og i hvert fall at det er dette kandidatene skal få forståelse av gjennom jusstudiet.

Ansvarsfrihetsgrunner knytter seg til det større temaet om "staters ansvar ved brudd på folkeretten", som læringskravene angir som et emne kandidatene skal ha "god forståelse av". Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett* (4. utg., 2011) behandler statsansvarslæren i kapittel 18 under overskriften Rettsbrudd og ansvar. Ansvarsfrihetsgrunner er behandlet i punkt 3 i dette kapitlet (side 303-304). Sondre Torp Helmersen: *Folkerett i et nøtteskall* (2014), som er oppgitt som innføringslitteratur, behandler dette i pkt. 7.2.4 "Fravær av ansvarsfrihetsgrunner". Statsansvarslæren er også dekket i undervisningen.

Oppgaven ber om redegjørelse for tre konkrete problemstillinger. Den første er ansvarsfrihetsreglens "rettslige forankring". Kandidatene bør vite at reglene som sådan er folkerettslig sedvanerett, men at de også har fått språklig uttrykk gjennom FNs Folkerettskommisjons (ILCs) utkast til regler om statsansvar (RSIWA), som ble vedtatt av ILC i 2001 og tatt til etterretning av FNs Generalforsamling i 2002. Utkastet er tillatt hjelpemiddel på eksamen. Ansvarsfrihetsgrunnene

fremkommer i utkastets kapittel V (art. 20 til og med art. 27). Gode kandidater bør også kunne få frem at regler om ansvarsfrihet selvsagt også kan følge av traktater: Det er jo ingenting i veien for at både bilaterale og multilaterale konvensjoner har en eksplisitt regulering av ansvarslæren, herunder når en stat ikke kan bli holdt folkerettslig ansvarlig.

Den andre problemstillingen er "rettslig hovedinnhold" hva gjelder ansvarsfrihetsgrunnene. Her tenkes det primært på en redegjørelse for det normative innholdet i de ulike ansvarsfrihetsgrunnene som er anerkjent som folkerettslig sedvanerett og kommet til uttrykk i RISWA art. 20 flg. Det er tale om samtykke (art. 20), selvforsvar (art. 21), mottiltak (art. 22), force majeure (art. 23), nødsfall (art. 24) og nødrett (art. 25). For alle disse ansvarsfrihetsgrunnene blir utfordringen for kandidatene å si noe om vilkårene for ansvarsfrihet for hver av dem. Jeg vil tro at noen kan ha problemer med å skille mellom nødsfall og nødrett.

Det må forventes noe mer enn ren avskrift fra RISWAs bestemmelser. Et minimum av evne til fortolkning av de ord og uttrykk som brukes i utkastet til regelsett må forventes, gjerne med henvisning til de prinsippene for fortolkning som er gitt språklig uttrykk i Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 flg. (som også er lovlig hjelpemiddel på eksamen): Ordlydfortolkning, kontekstuell tolking og formålstolking er blant annet fremhevet her. Eksempler fra praktisk politikk eller folkerettslig domstolspraksis kan med fordel supplere redegjørelsen.

Den tredje problemstillingen gjelder "rettsvirkninger" av ansvarsfrihetsgrunnene. Ruud/Ulfstein uttaler at ansvarsfrihetsgrunnene medfører "at handlingen ikke anses rettsstridig" (side 303). Torp Helmersen sier at "en ellers ulovlig handlemåte [vil] være lovlig" dersom en av grunnene foreligger (side 133). Meningen er den samme. Poenget med ansvarsfrihetsgrunnene – "circumstances excluding wrongfulness" i RISWAs terminologi – er at statens manglende overholdelse av folkerettslige forpliktelser, hva enten de følger av traktat eller sedvanerett, likevel ikke blir å anse som folkerettsbrudd dersom vilkårene for ansvarsfrihet foreligger. Dermed kan en stat heller ikke gjøre gjeldende folkerettslig anerkjente rettslige sanksjoner gjeldende mot den stat som i utgangspunktet ikke har overholdt sine forpliktelser.

RISWA art. 27 bokstav a sier eksplisitt at ansvarsfriheten bare gjelder så lenge vilkårene for den foreligger. RISWA art. 27 bokstav b fastslår at ansvarsfrihet ikke utelukker "compensation for any material loss caused by the act in question". Samtidig vil nettopp ansvarsfrihet utelukke rettsbrudd og dermed utelukke at en stat kan bli pålagt folkerettslige sanksjoner som følge av slikt rettsbrudd, hvorav erstatning utgjør én slik sanksjon. De gode kandidatene vil kunne få frem dette poenget, og få frem at regelen i bokstav b ikke refererer seg til denne formen for kompensasjon, men kun erstatning for økonomisk skade som er påført gjennom handlingen. Både Ruud/Ulfstein og Torp Helmersen nevner dette, men deres fremstillinger er kortfattede og ikke nødvendigvis enkle å begripe ved første (eller andre) gangs lesning.

Litteraturen – og RISWA art. 26 – fremhever at ansvarsfrihetsgrunnene ikke gjelder for jus cogens-regler. Dette bør kandidatene få med seg, og gjerne vise ved eksempler hva dette i praksis betyr.

Del II er først og fremst utfordrende fordi den avviker noe fra hva det vanligvis gis eksamen i når folkerett er tema, slik at den kan komme noe overraskende på enkelte. På den annen side utgjør statsansvarslæren – hvor ansvarsfrihetsgrunnene hører hjemme – et sentralt strukturelt rettsområde i folkeretten. De folkerettslige ansvarsfrihetsgrunnene har dessuten enkelte likhetspunkter med tilsvarende rettsregler i norsk rett, slik at kandidatene til en viss grad kan føle seg på hjemmebane.

I lys av at kandidatene har fått beskjed om at denne deloppgaven vil telle "omtrent lag 1/3" i totalvurderingen, må det forventes at besvarelsene er forholdsvis kortere for denne deloppgaven enn for første deloppgave.

4. AVSLUTNING

Oppgaven har noen krevende elementer, samtidig som kandidatene i stor grad kan trekke på materiale som de har for hånden (argumenter fra "forarbeidene" til Grunnloven § 92, utkastet til regler om statsansvar i folkeretten).

Jeg antar at del I fremstår som vanskeligere enn del II. Øverst i eksamensoppgaven står det at del I vil veie «omtrent 2/3 og del II omtrent 1/3» i vurderingen. Dette må sensorene forholde seg til.

Det er etter mitt skjønn vanskelig å gi klare anvisninger om hva som «må» være med for å få beste karakter, ståkarakter, m.v. Noen antydninger er gitt til hver deloppgave over. Som vanlig må vurderingen av nivå basere seg på det helhetsinntrykk av forståelse, metodiske ferdigheter, språklig bevissthet og modenhet for øvrig som besvarelsen gir uttrykk for.

Oslo, 19. mai 2015

Marius Emberland