

Sensorveiledning JUS2111, vår 2017

1 INNLEDNING

Emnet JUS2111 omfatter fagene statsforfatningsrett (10 sp), folkerett (5 sp) og EØS-rett (5 sp). Eksamensoppgaven er todelt, og består av en deloppgave i praktisk statsforfatningsrett og en deloppgave i folkerett. Tidsbruken er anslått til henholdsvis 4 og 2 timer.

Denne sensorveiledningen er skrevet uten å ha lest noen eksamensbesvarelser, men den er lettere revidert etter innspill i sensormøtet, særlig hva gjelder karakterfastsettingen. Jeg vil presisere at veiledningen tar utgangspunkt i en gjennomgang av gjeldende rett, også på punkter hvor spørsmålene er vanskelige. Ved sensuren er det derfor viktig å ha in mente at veiledningen samlet går langt ut over det man kan forvente av studentene på eksamen.

Når det gjelder læringskrav av betydning for oppgavens tema, nevner jeg at det i statsforfatningsretten kreves god forståelse av *blant annet*:

- Statsrettslig metode, tolkning av Grunnlovens tekst og forholdet til internasjonal rett
- Hovedreglene om statsmaktenes oppgaver og kompetanse
- Hovedreglene om kontroll med statsmaktene (parlamentarisme, opplysningsplikt, riksrett, domstolskontroll mv.)

I folkeretten kreves det god forståelse av *blant annet*:

- Folkerettens subjekter
- Stater, med særlig vekt på opprettelse og oppløsning av stater, statsterritoriet og havområdene, statsborgerne, suverenitet, forbudet mot bruk av makt, myndighetsutøvelse (jurisdiksjon) og immunitet
- Individenes stilling i folkeretten

Hovedlitteratur i statsforfatningsretten omfatter også en del om menneskerettigheter og grunnlovstolkning. For oppgavens tema er alternative i pensum enten Smith: *Konstitusjonelt demokrati* (3. utgave, 2015) eller Høgberg: *Statsrett kort forklart* (2013). I folkeretten er hovedlitteraturen Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett* (4. utgave, 2011).

Det er viktig å være oppmerksom på at den statsrettslige delen av oppgaven gjelder spørsmål som ikke er omfattende dekket i pensumlitteraturen, men der oppmerksom bruk av grunnlovsteksten i seg selv vil kunne hjelpe kandidatene godt på vei.

2 GENERELT OM OPPGAVEN I STATSRETT (DEL I)

Del I gjelder statsrett, og da særlig regjeringens og statsråders opplysningsplikt overfor Stortinget. Siden 2007 er opplysningsplikten nedfelt i Grunnloven § 82. Forarbeidene til bestemmelsen er

særlig Dokument nr. 19 (2003-04), som igjen bygger på Frøiland-utvalgets innstilling i Dokument nr. 14 (2002-03).

Opplysningsplikten er sentral i norsk statsrett. Den er omtalt i Smith (2015) s. 258-260 og Høgberg (2013) s. 74-76, men generelt er det grunn til å understreke at behandlingen i pensumlitteraturen er nokså knapp. For mer en mer utførlig behandling må man gå til Smith: *Regjeringens opplysningsplikt overfor Stortinget* (1997) eller Sejersted: *Kontroll og konstitusjon* (2002). Ingen av disse står oppført som tilleggslitteratur, og de kan selvsagt ikke forventes lest av kandidatene. Dersom noen likevel viser mer inngående kjennskap til relevante sider av opplysningsplikten, så bør det honoreres. Men utgangspunktet for sensuren må altså være at det ikke kan forventes altfor store forkunnskaper.

3 OPPGAVE 1

Det første spørsmålet er om helse- og omsorgsminister Holm har brutt sine konstitusjonelle plikter i forbindelse med Stortingets behandling av representantforslaget i januar 2016.

For kandidatene vil en vesentlig del av prøven være å forstå og sortere faktum. Faktum er ikke spesielt komplisert, men noe omfattende. Poenget her er at det foreligger en sentral avgjørelse fra EMD. Den er ikke rettskraftig, og er foreløpig kun tilgjengelig på fransk. Lovavdelingen i Justis- og beredskapsdepartementet har skrevet en tolkningsuttalelse, som også har blitt forelagt justisministeren (for ordens skyld: dette siste vil ikke forekomme i virkeligheten, ettersom Lovavdelingen er uavhengige når de avgir sine tolkningsuttalelser). Den aktuelle lovrådgiveren er kjent med dommen fra EMD, men har av forskjellige grunner ikke videreformidlet sin kunnskap. Kandidatene bør som vanlig ikke gjengi faktum innledningsvis, men en del av prøven innebærer altså at faktum må forstås.

Selve besvarelsen bør først peke på det rettslige grunnlaget. Den konstitusjonelle plikten det her er snakk om er altså opplysningsplikten, som fremgår av Grunnloven § 82:

«Regjeringen skal meddele Stortinget alle de opplysninger som er nødvendige for behandlingen av de saker den fremlegger. Intet medlem av statsrådet må fremlegge uriktige eller villedende opplysninger for Stortinget eller dets organer.»

Erfaringsmessig vil en del studenter ikke i tilstrekkelig grad sondre mellom første og annet punktum i § 82. De foreløpige erfaringene fra sensuren viser at det er tilfellet også denne gangen. Kandidater som leser grunnlovsteksten, og får frem at første og annet punktum gjelder to forskjellige situasjoner, må altså gis pluss. Det vil dessuten gi kandidatene et vesentlig bedre utgangspunkt for å kunne løse oppgaven, ettersom de tre første spørsmålene meget klart inviterer til å «sortere» drøftelsene med utgangspunkt i de to setningene i § 82.

Oppgave 1 knytter seg til representantforslaget i januar 2016. Det kan nokså raskt slås fast at dette tilfellet ikke reguleres av § 82 første punktum, ettersom Regjeringen på dette stadiet ikke har fremlagt noen sak. I en mer presisert form er spørsmålet dermed om helse- og omsorgsminister Holm har fremlagt «uriktige eller villedende opplysninger for Stortinget eller dets organer», jf. § 82 annet punktum.

Annet punktum omfatter flere forskjellige typetilfeller, blant annet saker som Stortinget selv initierer, og saker hvor regjeringen konsulterer Stortinget mer uformelt, se Dok. 19 (2003-04)

s. 16. Smith (2015) s. 259 nevner debatter, interpellasjoner og spørsmål, uttalelser til komiteene og høringer. Et minimumskrav må imidlertid være at statsråden har «fremlagt opplysninger for Stortinget eller dets organer», og kandidatene bør se at dette er en problemstilling.

Det er ingen holdepunkter i faktum for at statsråden her har gitt noen opplysninger til Stortinget. Det dreier seg om en tolkningsuttalelse som er gitt fra Justis- og beredskapsdepartementet til Helse- og omsorgsdepartementet (selv om saksforholdet i oppgaven er fiktivt, er tolkningsuttalelsen for øvrig reell, se <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-2---tolkning-av-abortloven/id2476193/>). Uttalelsen har formodentlig vært tema under stortingsbehandlingen, men det er ingenting som tyder på at statsråden har fremlagt noen opplysninger for Stortinget. Av den grunn foreligger det ikke noe brudd på opplysningsplikten etter Grunnloven § 82. Kandidater som konkluderer med det motsatte, vil raskt overse et sentralt poeng ved bestemmelsen, noe som må innebære trekk.

Noen kandidater vil kanskje drøfte om statsråden har en plikt til på eget initiativ å korrigere en uriktig oppfatning i Stortinget. En slik drøftelse kan nok ha noe for seg, men bør samtidig gjøres ganske kort: En unnlattelse av dette slaget utgjør ikke noe brudd på Grunnloven § 82. En annen sak er at en slik unnlattelse kan føre til parlamentarisk kritikk, og i ytterste konsekvens også mistillitsforslag.

Etter min oppfatning er det da mindre naturlig å drøfte subsidiært i hvilken grad helse- og omsorgsministeren kan holdes ansvarlig for opplysningene som lovrådgiver Tømmersjø satt med. Særlig gjelder det fordi den prinsipale konklusjonen er såpass klar. Kandidatene vil nedenfor få atskillig rom til å foreta en slik drøftelse.

4 OPPGAVE 2

Under oppgave 2 er spørsmålet om helse- og omsorgsministeren har brutt sine konstitusjonelle plikter i forbindelse med Stortingets lovvedtak. Også her er det altså et spørsmål om statsrådets opplysningsplikt etter Grunnloven § 82, og de rettslige utgangspunktene er de samme som over.

Forskjellen er at regjeringen nå har fremmet en lovproposisjon. Det er da klart at § 82 første punktum kommer til anvendelse. Noen vil kanskje dvele ved at pliktsubjektet etter § 82 er regjeringen, og ikke den enkelte statsråd. Bakgrunnen for reguleringen fremgår av Dokument nr. 19 (2003-04) s. 16:

«Det er etter utvalgte syn også naturlig at plikten pålegges regjeringen som kollegium. Det er i all hovedsak den samlede regjering som fremmer saker for Stortinget. Dessuten påhviler det regjeringskollegiet en selvstendig plikt til å organisere arbeidet på en forsvarlig måte. Noe annet er at dersom straffansvar skal gjøres gjeldende for riksrett for brudd på opplysningsplikten, må ansvaret bedømmes individuelt for hver statsråd.»

Formålet er altså ikke å innskrenke den enkelte statsrådets ansvar, men snarere å oppstille en slags identifikasjon på tvers av statsrådene, jf. også Dokument nr. 14 (2002-03) s. 45. Det må altså være rom for at ansvaret etter § 82 første punktum også vurderes individuelt, slik henvisningen til riksrettsansvaret tydelig viser.

Etter § 82 første punktum er spørsmålet dermed om statsråden har lagt frem alle opplysninger som er nødvendig for Stortingets behandling av saken.

Det fremgår av faktum at Fatima Spyd, saksbehandleren i Helse- og omsorgsdepartementet, blant annet tenkte at EMDs dom ikke kunne få konstitusjonell betydning i Norge. Tanken hennes er altså at opplysningen ikke er *relevant*. Foranlediget av dette synspunktet bør kandidatene kort slå fast følgende: Det må være opplagt at EMDs dom etter sin art er en «nødvendig» opplysning for Stortingets behandling etter § 82 første punktum. EMD har ansvaret for den folkerettslige håndhevingen av EMK, og for Stortinget har det selvsagt stor betydning at norsk lov er i samsvar med folkeretten. Det må gjelde selv om en eventuell dom fra EMD kun oppstiller prosessuelle krav for fosterreduksjon.

Det springende punktet i oppgaven ligger på en annen kant: Spørsmålet er om opplysningsplikten etter § 82 kun gjelder opplysninger som statsråden selv kjenner til. Alternativene kan være at statsråden må identifiseres med kunnskap hos sine underordnede, eller (mer vidtgående) at det er et rent objektivt ansvar. Den generelle tolkningen av § 82 er her ikke helt opplagt.

Ordlyden kan synes å bygge på en rent objektiv norm. Problemstillingen har vært aktuell i enkelte saker, se blant annet referatet i Smith (1997) s. 159-162 av Mongstad- og Winix-saken, som begge gjaldt opplysninger fra selskaper. I førstnevnte sak ble det fremhevet at ansvaret lå hos det underordnede selskapet, mens det i Winix-saken ble vist til at det var «statsrådets ansvar å sørge for at Stortinget blir korrekt informert». I 1997 antok Smith at hovedregelen må være at opplysningsplikten også omfatter informasjon som befinner seg på et lavere hierarkisk nivå – altså en identifikasjon med underliggende organer og selskaper. Ved den nærmere bedømmelsen av statsrådets forhold fremholdt han at det likevel ville være relevant å legge vekt på hvilken oppfordring statsråden hadde til selv å skaffe seg opplysningene (Smith 1997 s. 159-160). Det er altså ikke snakk om noe rent objektivt ansvar. Jeg presiserer at ingenting av det nevnte kan forventes kjent av kandidatene, men så vidt jeg kan se er dette altså den konstitusjonelle praksisen som foreligger.

Når opplysningsplikten nå fremgår av Grunnloven § 82, må det antakeligvis legges en viss vekt på Frøiland-utvalgets uttalelser, se Dokument nr. 14 (2002-03) s. 43:

«Opplysningsplikten er knyttet til den informasjon regjeringen til en hver tid sitter inne med. Det er vanskelig å informere om noe man ikke selv vet. På den annen side kan ikke grove informasjonsmangler unnskyldes med uvitenhet, dersom det gjelder informasjon som regjeringen eller statsråden burde ha visst om. Opplysningsplikten forutsetter slik sett en viss kunnskapsplikt. Dette er særlig klart dersom opplysningene fantes i departementet eller i underliggende etater, på en slik måte at statsråden burde ha gjort seg kjent med dem.»

Etter mitt syn innebærer det at opplysningsplikten etter Grunnloven § 82 omfatter forhold som statsråden visste eller burde visst om. Problemstillingen er imidlertid ikke drøftet i pensumlitteraturen, og man kan ikke forvente at kandidatene har kjennskap til noen av de nevnte kildene.

Etter mitt syn bør kandidatene derfor gis uttelling hvis de i det hele tatt ser det prinsipielle tolkningsspørsmålet, og dessuten formulerer dette på en fornuftig måte. De som trekker ut den prinsipielle problemstillingen, og dermed markerer skillet mellom tolkning og subsumsjon, bør honoreres ganske godt. Ved den nærmere tolkningen av § 82 vil de beste studentene da ha god

anledning til spille på grunnleggende statsrettslig kunnskap. De som på denne måten får frem ferdigheter innen faget, bør gis atskillig uttelling. Ved tolkningen kan man blant annet trekke inn følgende momenter:

- Etter § 82 er det statsråden og regjeringen som er pliktsubjekt. At det på denne måten dreier seg om en personlig forpliktelse, tilsier at ansvaret ikke omfatter kunnskap hos underordnede.
- På den annen side er det sikker praksis at statsråden er parlamentarisk ansvarlig for hele sitt arbeidsområde, jf. maksimen om at «Stortinget kun kjenner statsråden». Det vil gi en bedre etterlevelse av opplysningsplikten dersom ansvaret også omfatter kunnskap hos underordnede, slik at statsråden gis insentiver til å skaffe seg all nødvendig informasjon: Statsråden og regjeringen har ansvar for en forsvarlig organisering av statsapparatet.
- Den mest alvorlige konsekvensen av brudd på § 82 vil være riksrett, jf. ansvarlighetsloven § 9. Det kan tilsi en temmelig høy terskel for å oppstille brudd på § 82. Til gjengjeld vil et riksrettsansvar også kreve subjektiv skyld, i form av forsett eller uaktsomhet, jf. ansvarlighetsloven § 4. På den måten vil normen for domfellelse i riksrett uansett være at statsråden kjente eller burde kjent til de aktuelle opplysningene. Formodentlig er muligheten for riksrett-tiltale derfor ikke noe sterkt argument, verken i den eller andre retning.
- Det er lagt til grunn at opplysningsplikten, som konstitusjonell forpliktelse, bør begrenses til de mest klanderverdige forholdene, se Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 15. Det tilsier igjen at det kun er statsrådets personlige opplysningssvikt som kan utgjøre brudd på forpliktelsen.
- Til sist er det relevant å peke på at selv om det ikke foreligger noe brudd på § 82, kan også mindre graverende former for opplysningssvikt medføre kritikk, og i ytterste konsekvens mistillitsvedtak. Dette poenget er også fremført i Dokument nr. 19 (2003-04) s. 15. Behovet for parlamentarisk kontroll kan altså ivaretas uten en altfor streng tolkning av § 82.

Også på bakgrunn av disse argumentene vil det være mulig for kandidatene å resonnerer seg frem til en slik norm som Frøiland-utvalget formulerte. Men det kan neppe forventes at noen skal treffe presist på dette punktet. Det avgjørende må være drøftelsen. Her bør det altså være god mulighet for kandidatene til å skille seg ut. Sensuren viser imidlertid at få kandidater i det hele tatt har sett den prinsipielle problemstillingen.

Etter dette må kandidatene uansett foreta en konkret subsumsjon. Denne vil naturlig nok variere med hvilken generell norm kandidaten har formulert. De som i det hele tatt skiller mellom tolkning og subsumsjon, vil som nevnt ha et godt utgangspunkt.

Etter spørsmålsstillingen er det helse- og omsorgsministerens forhold som skal vurderes. Lovrådgiver Tømmersjø sitt forhold vil falle utenfor statsrådets ansvarsområde. Drøftelsen må altså knyttes til at saksbehandleren i HOD, Fatima Spyd, var kjent med avgjørelsen fra EMD. Det er på det rene at statsråden ikke kjente til dommen. Hvis man følger Frøiland-utvalgets norm, er spørsmålet imidlertid om han *burde* gjort det. Det er etter min mening ikke noe klart svar på dette spørsmålet. Det avgjørende må, som så ofte ellers, være kandidatens drøftelse.

I utgangspunktet er det ingenting som tyder på at departementet er uforsvarlig organisert. Men det kan selvsagt stilles spørsmål ved beslutningen om å fremme forslaget uten høring. Etter den såkalte utredningsinstruksen skal det som hovedregel gjennomføres høring, men dette kan unnlates dersom det vil være «åpenbart unødvendig». Det dreier seg om et politisk kontroversielt spørsmål. Statsråden har vist til representantforslaget fra januar, og at saken dermed var godt opplyst, men et representantforslag vil sjelden bli like godt belyst som et ordinært lovforslag. Det kan derfor argumenteres med at statsråden har tatt en bevisst risiko ved ikke å sende forslaget på høring, noe som vil være en riktig bruk av dette poenget. Utover dette foreligger det imidlertid ikke i seg selv noen konstitusjonell plikt til å sende et lovforslag på høring. Det bør etter min mening trekkes hvis kandidatene strekker poenget med manglende høring lenger enn det er grunnlag for, og på den måten viser manglende forståelse.

Det kan muligens også ses hen til at det dreide seg om en helt vesentlig opplysning, og at Fatima Spyd hadde sterk foranledning til å viderebringe denne, i det minste da hun skjønnte at lovprosessen gikk sin gang uten at opplysningen ble kjent. Selv om aktsomhetsvurderingen må ta utgangspunkt i statsrådets forhold, kan Spyds forhold indikere at prosessen har vært uforsvarlig, noe som er statsrådets ansvar.

I motsatt retning trekker det opplagte – at statsråden med god grunn har regnet med at opplysningene har vært fullstendige, og ikke har hatt noen konkret oppfordring til å etterspørre ytterligere informasjon eller ytterligere utredning. Jeg er for min del tilbøyelig til å legge avgjørende vekt på dette siste, også sett hen til at ansvaret etter Grunnloven § 82 er ment å ramme de mer graverende forhold. Det avgjørende må imidlertid være kandidatenes drøftelse.

5 OPPGAVE 3

Under oppgave 3 er spørsmålet om justisministeren har brutt sine konstitusjonelle plikter. Oppgaven er langt på vei den samme som under oppgave 2, men knytter seg altså til *justisministerens* forhold.

Det er da neppe noen grunn til å rekapitulere de generelle drøftelsene i oppgave 2. Kandidater som har lagt et godt grunnlag under oppgave 2, vil nyte godt av grunnlaget også her. Til gjengjeld bør vel ikke kandidatene trekkes for mye dersom de samme svakhetene viser seg under både oppgave 2 og 3. Det sentrale må være at kandidatene ser de relevante forskjellene på faktum i oppgave 2 og 3.

Siden oppgaven knytter seg til Stortingets lovvedtak, er utgangspunktet fortsatt Grunnloven § 82 første punktum. Heller ikke justisminister Ullstrøm har kjent til dommen. Også her er spørsmålet dermed om statsråden *burde* kjent til dommen.

I anførselene i oppgaven er det særlig vist til Grunnloven § 30 tredje ledd. Denne gjelder gjennomføringen av statsrådet (Kongen i statsråd). Bestemmelsen innebærer blant annet at dersom statsråden finner at «kongens beslutning strider mot statsformen eller rikets lover», plikter vedkommende «å gjøre kraftige motforestillinger samt å tilføye sin mening i protokollen». Noen kandidater vil kanskje drøfte om proposisjonen strider mot rikets lover. Det er jo noe anstrengt å se det slik at et lovforslag vil stride mot rikets lover (menneskerettsloven § 2 utgjør ikke noen egentlig lex superior-regel, men kun en retningslinje for tolkningen av motstridsspørsmål). Det må eventuelt dreie seg om et lovforslag i strid med statsformen, ved at Grunnloven § 102 gjør proposisjonen rettsstridig (siden bestemmelsen er en parallell til EMK

artikkel 8). Når forholdet til § 30 først er tatt opp, vil det være et pluss for de kandidater som ser dette poenget.

For øvrig viser erfaringene fra sensuren at en del kandidater på dette spørsmålet først og fremst fokuserer på Grunnloven § 30. Etter mitt syn er Grunnloven § 30 tredje ledd ikke kjernepunktet her, ettersom statsråden ikke hadde noen grunn til å finne lovforslaget grunnlovsstridig (hun var jo ikke kjent med EMD-avgjørelsen). Bestemmelsen gir derfor ikke noe mer til drøftelsen, utover hva som følger av opplysningsplikten. Det vil være tilstrekkelig dersom kandidatene raskt slår fast dette siste, men de fleste bruker altså atskillig mer plass på § 30.

Slik oppgaven er utformet kan ikke dette i seg selv medføre trekk, siden den konstitusjonelle plikten det vises til i oppgaven, nettopp er Grunnloven § 30 tredje ledd. Men besvarelsen vil bli ufullstendig hvis man ikke også her ser at det primært er et spørsmål om opplysningsplikt etter Grunnloven § 82. I oppgaven vises det også til at Ullstrøm skal ha brutt sin opplysningsplikt, slik at kandidatene har foranledning til å komme inn på § 82.

For Ullstrøm vil jeg anta at spørsmålet om brudd på opplysningsplikten er mer tvilsomt enn for Holm. Særlig gjelder det fordi spørsmålet i Justis- og beredskapsdepartementet er brakt opp på et høyere nivå, nemlig til statssekretær Vold. At en enkeltstående lovrådgiver ikke videreformidler opplysninger, og dermed handler uforstandig, er etter mitt syn ikke nok til å konstatere at statsråden har brutt opplysningsplikten etter § 82 (se drøftelsen under forrige punkt). Men når både en embetsmann og en statssekretær har kjent til opplysningene, og de likevel ikke er videreformidlet til Stortinget, er det mer nærliggende å se hele arbeidsordningen i departementet som uforsvarlig – noe statsråden har ansvaret for. Det må her også ses hen til at lovprosessen har gått sin gang, uten at verken lovrådgiver eller statssekretær har funnet det riktig å trekke frem forholdet. Til gjengjeld hadde heller ikke justisministeren noen konkret grunn til å tro at opplysningene var ufullstendige.

Også her er jeg derfor tilbøyelig til å anta at løsningen er åpen. Løsningen er åpen av flere grunner: For det første gir ikke nyere praksis så altfor mange eksempler på opplysningspliktens utstrekning. Og for det andre gjelder praksis like mye det parlamentariske/politiske ansvaret, som muligens strekker seg lenger enn det rent rettslige ansvaret etter Grunnloven § 86. Jeg syns det er vanskelig med bred penn å slå fast at opplysningsplikten er brutt. Det er samtidig mulig at opplysningsplikten vil bli håndhevet langt strengere enn det jeg nå antyder, jf. det nevnte utgangspunktet i Smith (1997) s. 159-160, om at det er statsrådets ansvar å sørge for at Stortinget får fullstendige opplysninger.

Samlet sett innebærer dette at man må godta flere løsninger. Det sentrale for vurderingen må være om kandidatene i drøftelsen viser gode ferdigheter innen statsrett, da særlig ved å trekke frem relevante hensyn.

6 OPPGAVE 4

Spørsmålet i oppgave 4 er om statssekretær Vold må «ta sitt konstitusjonelle ansvar og søke avskjed».

Det er regjeringen og den enkelte statsråden som har konstitusjonelle (statsrettslige) forpliktelser, og ikke underordnede i departementet, verken politisk eller administrativt ansatte. Dette er sikker rett, men fremgår ikke helt eksplisitt av noen bestemmelse. Grunnloven § 14 om statssekretærer

gir imidlertid en ganske klar indikasjon, når det vises til at statssekretærene opptre på vegne av statsråden. Samtidig viser både Grunnloven § 15 (om negativ parlamentarisme) og ansvarlighetsloven § 1 at det er statsråden selv som er pliktsubjekt i statsretten. Jeg kan ikke se at dette er nevnt eksplisitt i Høgberg (2013), men det fremgår i Smith (2015) s. 247-248. Løsningen er som nevnt ikke tvilsom.

Det innebærer at oppgaven både kan og bør besvares kort. En annen sak er at statssekretæren av politiske årsaker kan bli nødt til å søke avskjed, men det vil i så fall ikke skyldes et konstitusjonelt ansvar (som jo er det oppgaven spør etter).

7 OPPGAVE 5

7.1 Spørsmål a)

I oppgave 5 a) er spørsmålet hvilke konsekvenser et eventuelt brudd på konstitusjonelle plikter vil få for lovvedtaket. Kandidatene må dermed forutsette at det foreligger brudd på opplysningsplikten.

Problemstillingen er berørt i et petitavsnitt i Smith (2015) s. 260. Han konkluderer med at lite tyder på at norske domstoler vil åpne for en utvikling hvor brudd på opplysningsplikten får rettsvirkninger for lovvedtaket (se også Smith 1997 s. 45). Det kan vel tenkes at noen kandidater vil strebe med dette spørsmålet. Skrevne rettskilder gir ingen klare holdepunkter, ettersom problemstillingen aldri har kommet på spissen i praksis.

Det innebærer samtidig at sterke kandidater kan trekke på systembetraktninger, som etter mitt syn gjør løsningen lite tvilsom: Opplysningsplikten gjelder forholdet mellom Stortinget og den utøvende makt. Grunnloven § 82 oppstiller en plikt for regjeringen og den enkelte statsråd, og en motsvarende rettighet for Stortinget. Det vil da være nokså systemfremmed om brudd på opplysningsplikten kan føre til at lovvedtaket settes til side. Lovvedtaket vil jo ikke innebære at Stortinget har brutt verken noen kompetansenorm eller noen pliktnorm. Og etter mitt syn tilsier heller ikke hensynene bak opplysningsplikten at lovvedtaket settes til side: Dersom Stortinget mener at de fullstendige opplysningene tilsier et annet lovvedtak, kan loven endres med virkning fremover i tid (og dessuten med tilbakevirkende kraft, så lenge tilbakevirkningen er til gunst for individet).

Jeg kan derfor ikke se noen god grunn til at brudd på opplysningsplikten skal få virkninger for lovvedtaket. Kandidatene bør kunne resonnerer langs noen av de samme linjene, men oppgaven er godt egnet til å skille, ettersom spørsmålet må anses ganske krevende.

7.2 Spørsmål b)

Spørsmålet i oppgave 5 b) er om Kirkerud for de ordinære domstolene kan få prøvd om statsrådene har brutt opplysningsplikten.

Opplysningsplikten er altså en konstitusjonell forpliktelse, jf. Grunnloven § 82. Det følger direkte av Grunnloven § 86 at Riksretten dømmer i første og siste instans i saker om brudd på konstitusjonelle plikter. Riksrettens kompetanse er utvilsomt eksklusiv, noe som også er slått fast i rettspraksis, se særlig Rt-1910-100, men også Rt-1970-1105. Det samme fremgår i Høgberg (2013)

s. 86. Selv om kandidatene ikke nødvendigvis kan forventes å kjenne disse kildene, bør Grunnlovens system gjøre at løsningen fremstår ganske klar.

Langt på vei er oppgave 5 b) dermed et kontrollspørsmål, som bør falle ganske lett, og som dessuten kan besvares kort.

7.3 Spørsmål c)

Spørsmålet i oppgave 5 c) er om Riksretten kan behandle en stevning fra Kirkerud. Problemstillingen er dermed hva som er vilkårene for å reise riksrettssak (hvem som har personell kompetanse). Kandidatene bør se denne problemstillingen, og kan gjerne presisere eksplisitt at det er dette som er spørsmålet.

Det rettslige grunnlaget er Grunnloven § 86, hvor det fremgår forutsetningsvis av første ledd at det er Stortinget som har kompetanse til å reise sak for Riksretten. Stortinget må altså beslutte at det reises tiltale for riksretten, noe som også følger av riksrettrettergangsloven § 14 annet ledd.

Også spørsmål c) har dermed karakter av kontrollspørsmål: Det er klart at Riksretten ikke kan behandle en «stevning» fra Kirkerud; Riksretten trer først i kraft etter at Stortinget har besluttet tiltale. Noen slik beslutning foreligger ikke her (det fremgår vel også av oppgaveteksten at det ikke er noe flertall for å reise sak).

Kandidatene kan gjerne besvare dette punktet helt kort, men det er selvsagt av stor betydning at svaret er forankret i rettskildene.

8 OPPGAVEN I FOLKERETT (DEL II)

8.1 Innledning

Oppgave 2 er hentet fra den alminnelige folkerett, og spørsmålet er om «den islamske staten» (IS) kan ha rettigheter og/eller plikter etter folkeretten. Som grunnlag for å besvare oppgaven får kandidatene oppgitt to leksikontekster, hvis faktiske opplysninger skal legges til grunn. Folkerettens subjekter er behandlet i Ruud/Ulfstein (2011) kapittel 6 (s. 98-112), samt i kapittel 7 (særlig s. 113-120) om kriteriene for statsdannelse.

Det fins ikke én riktig måte å disponere oppgaven på. Men etter mitt skjønn bør kandidatene allerede innledningsvis slå fast hovedregelen: Det er stater som er folkerettens rettssubjekter, og som dermed har rettigheter og plikter etter folkeretten. Det er imidlertid også naturlig at kandidatene peker på de andre kategoriene av aktuelle folkerettssubjekter. I pensumlitteraturen nevnes internasjonale organisasjoner, etniske og nasjonale grupperinger og individer. Hvorvidt disse subjektene har rettigheter og plikter etter folkeretten, beror på det aktuelle regelsett.

En sentral del av oppgaven er å ha kontroll på disse utgangspunktene. Deretter blir hovedproblemstillingen etter mitt skjønn om IS kan ha rettigheter og plikter som stat, noe som må behandles. For øvrig kan det nok variere i hvilken utstrekning kandidatene vurderer IS etter de andre kategoriene. Det avgjørende vil ikke være hvilke avgrensninger kandidatene gjør, men at de uavhengig av avgrensning får frem god forståelse for oppgavens tema. Etter mitt skjønn vil det imidlertid være et pluss om kandidatene innledningsvis tar opp de nevnte kategoriene av mulige folkerettssubjekter, og foretar en bevisst avgrensning.

For min del ville jeg nok gjort det som følger: Selv om IS nok kan sies å være en organisasjon, er det ikke en type organisasjon som det er aktuelt å vurdere som folkerettssubjekt. Etter mitt syn blir det også noe perifert, sett hen til faktumbeskrivelsen i oppgaven, å vurdere IS som en etnisk eller nasjonal gruppering. I Ruud/Ulfsteins terminologi vil nok IS være en opprørsgruppe, snarere enn en frigjøringsbevegelse, og IS kan neppe påberope seg den folkerettslige statusen til frigjøringsbevegelser. Begge disse kategoriene kan det derfor avgrenses mot.

Etter mitt syn vil det derimot være et pluss om kandidatene til slutt i oppgaven tar opp spørsmålet om enkeltmedlemmer av IS likevel kan ha rettigheter og plikter etter folkeretten. Det vil vise god oversikt, for det er vel dette som er det mest praktiske alternativet til IS som stat. Slik oppgaven er formulert er det imidlertid også forsvarlig å avgrense mot en slik drøftelse, ettersom oppgaven kun spør om rettigheter og plikter for «den islamske staten» som sådan.

8.2 Vurderingen av IS som stat

Det er gitt en oversiktlig fremstilling av statsbegrepet i Ruud/Ulfstein s. 113-120, og jeg nøyer meg med å vise til noen hovedpunkter, samt knytte noen merknader til subsumsjonen.

Kandidatene bør innledningsvis få frem at kriteriene for statsdannelse følger av folkerettslig sedvanerett, og de kan med fordel si noe generelt om kriteriene, så lenge det gjøres kort. Folkerettslig sedvanerett bygger på statspraksis. Det ligger i sakens natur at kriteriene da vil være nokså vage, og at det ikke kan formuleres noen eksakt norm for når det har oppstått en stat. Det skyldes også at spørsmålet sjelden blir autorativt avgjort. Kandidatene må imidlertid få frem at kriteriene for statsdannelse er objektive – spørsmålet om *anerkjennelse* er prinsipielt sett noe annet.

I følge Ruud/Ulfstein s. 114 må følgende fire kriterier være oppfylte for at det skal foreligge en stat:

- et bestemt, avgrenset territorium
- en fast befolkning
- et styre eller en regjering som opprettholder en viss rettsorden, og er øverste myndighet i forhold til befolkningen på territoriet (internt selvstyre)
- uavhengighet i forhold til andre stater (eksternt selvstyre)

Noen vil kanskje vise til Montevideo-konvensjonen om statsdannelse, inngått mellom USA og 15 latinamerikanske stater. Konvensjonen kan selvsagt ikke anvendes direkte, men i praksis vil nok kriteriene være sammenfallende med hva som følger av folkerettslige sedvanerett. Det er imidlertid mulig at det ligger en nyanseforskjell i det siste kriteriet, hvor konvensjonen viser til «capacity to enter into relations with other States». Jeg ville ikke dvelt for lenge ved dette. Kriteriene er uansett skjønnsmessige. Et spørsmål er imidlertid om kriteriene er uttømmende, noe det kanskje vil være mest naturlig å komme tilbake til mot slutten.

Enkelte vil kanskje trekke frem ICJs avgjørelse i Kosovo-saken (fra 2010). Denne gjaldt direkte spørsmålet om den folkerettslige lovligheten av Kosovos uavhengighetserklæring, og ICJ ga tydelig uttrykk for at spørsmålet om statsdannelse ikke var tema (avsnitt 51). Avgjørelsen gir derfor begrenset veiledning. I praksis er man nok derfor henvist til litteraturen som rettskilde.

Kandidatene bør vurdere IS for hvert av de fire kriteriene. Oppgaven er etter mitt syn ikke så enkel som man ved første øyekast kan få inntrykk av. Det knytter seg særlig til at en statsdannelse nok

også må ha en viss folkerettslig legitimitet, noe som ikke er helt lett å plassere under de fire nevnte kriteriene.

Det fremgår av faktum at IS har «tatt kontroll over områder i Irak, Syria og Libya». Antakeligvis er vilkåret om et bestemt, avgrenset territorium da isolert sett oppfylt. Det gjelder selv om området opplagt er omtvistet. Det dreier seg videre om befolkede territorier, slik at også kravet til befolkning vil være oppfylt.

Når det gjelder kravet til statsstyre, heter det i oppgaven følgende:

«IS-ledelsen har både militære og sivile funksjoner, og gruppen har et omfattende byråkrati i sine områder. Det er dels bygd på det gamle, dels nyutviklet. ... Toppledelsen støtter seg på et øverste råd, et kabinett. Det er et eget shura-råd med ansvar for religiøse spørsmål. Det er flere departementer, eller råd, for militære saker, inklusive for etterretning. Også en rekke sivile funksjoner for å administrere den selverklærte staten, og for det kontrollerte det erobrede territoriet i Irak og Syria, ivaretas. I begge land er det utpekt 12 guvernører, som dels har et territorielt ansvar, dels har spesifikke saksoppgaver. Én slik oppgave er å håndtere og fordele krigsbytte, inklusive fanger, som til dels selges som slaver.»

Etter mitt syn er det isolert sett ikke tvilsomt at dette oppfylder kravet til internt selvstyre. Denne organiseringen er nokså lik den man finner blant stater for øvrig. Ruud/Ulfstein (s. 114) antar at det for dette tredje kriteriet ikke skal spesielt mye til. Samtidig er det visstnok antatt at kriteriet håndheves strengere hvor man bryter ut fra en eksisterende stat. Kandidater som har fanget opp et slikt poeng, må selvsagt honoreres. En slik strengere håndheving kan muligens knyttes til om det indre selvstyret er legitimt. Alternativet er, som det fremgår nedenfor, å se dette som en egen tilleggsvurdering.

Det springende punktet er nok særlig spørsmålet om uavhengighet i forhold til andre stater. Det kan være en smakssak om man på dette punktet stiller nokså strenge krav, eller om man ser det slik at også visse tilleggsriterier må være oppfylt før det foreligger en stat i folkerettslig forstand. Fremstillingen i Ruud/Ulfstein bygger nok på det sistnevnte, og på side 114 heter at det heller ikke for dette fjerde kriteriet skal spesielt mye til. Derfor er det kanskje mest nærliggende at kandidatene vurderer en ren formell uavhengighet, uten noe legitimitetskrav, slik det legges opp til i Ruud/Ulfstein (s. 117). Oppgaveteksten gir begrenset med konkret veiledning hva gjelder den islamske statens formelle uavhengighet, slik at det ikke kan kreves for mye. Det er vel ikke i teksten noen holdepunkter for at grupperingen er politisk eller økonomisk avhengig av andre stater.

Hvis man ikke stiller særlig strenge krav under det tredje og fjerde kriteriet, kan man da vurdere alle fire kriterier som oppfylt. Kandidater som følger en slikt tolkning bør imidlertid drøfte om det likevel er ytterligere kriterier for statsdannelse. I praksis antar jeg at IS neppe vil bli bedømt som en stat i folkerettslig forstand, og det må i så fall forankres i et slikt tilleggsriterium. Ruud/Ulfstein drøfter muligheten for å oppstille stabilitet eller etterlevelse av demokratiet og menneskerettighetene som mulige kriterier, men forkaster disse. Imidlertid heter det i boken følgende (s. 119):

«Derimot er det grunn til å anta at det kreves en viss grad av legitimitet for å etablere en ny stat. En stat som søkes etablert med ulovlig bruk av makt og i strid med

prinsippet om folkenes selvbestemmelsesrett, vil neppe bli akseptert av verdenssamfunnet.»

Oppgaveteksten gir ganske sterk foranledning til å drøfte dette, også uten annen kjennskap til IS. For det første fremgår det at IS har tatt kontroll over områder i Irak, Syria og Libya, at de av mange land regnes som en terroristorganisasjon, og at de altså er en militant, islamistisk gruppe. Det gir god grunn til å anta at statsdannelsen ikke kan anses legitim i folkerettslig forstand. For det andre vil nok også overholdelse av grunnleggende menneskerettigheter inngå i en slik vurdering av legitimitet, og her gir allerede opplysningene om slavedrift grunn til å tro at grunnleggende menneskerettigheter ikke er ivaretatt.

Samlet sett må det nok oppstilles et krav om legitimitet, og kravet er neppe oppfylt i dette tilfellet. Det kan som nevnt være en smakssak om man vil forankre dette i det tredje eller fjerde kriteriet, eller som et eget tilleggs-kriterium. De bedre kandidatene bør imidlertid komme inn på dette poenget. Det kan raskt få betydning for den konkrete vurderingen, og det bør nok nevnes for at besvarelsen skal være fullgod.

8.3 De enkelte IS-medlemmer som folkerettssubjekter

Etter mitt syn kan kandidatene også kort ta opp hvorvidt de enkelte IS-medlemmene kan ha rettigheter og/eller plikter etter folkeretten. Som nevnt er dette ikke noe krav, slik spørsmålsteksten er formulert. En ren ordlydsfortolkning av oppgaven tilsier snarere en avgrensning mot vurderingen av enkeltmedlemmer som folkerettssubjekter. En slik avgrensning vil dermed være fullt ut forsvarlig.

Kandidatene som likevel tar opp individene som folkerettssubjekter, bør eventuelt få frem at individer kan ha både rettigheter og plikter etter folkeretten, men at det ikke gjelder generelt. Spørsmålet om rettigheter og plikter etter folkeretten må etter mitt syn holdes atskilt fra spørsmålet om håndheving, men det er selvsagt en nær sammenheng.

Det er på det rene at individer kan være rettighetssubjekter etter folkeretten, særlig hva gjelder grunnleggende menneskerettigheter. Viktigere i denne sammenheng er at enkeltpersoner også kan holdes direkte folkerettslig ansvarlig for enkelte brudd på folkeretten. Det er særlig aktuelt for folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser, som kan håndheves for den internasjonale krigsforbryterdomstolen (ICC), jf. Roma-vedtektene artikkel 5 og Ruud/Ulfstein s. 272-273. Spørsmålet om ICCs jurisdiksjon (håndheving) er mer sammensatt, se Ruud/Ulfstein s. 274, men som nevnt er spørsmålet om håndheving noe prinsipielt annet. Slik oppgaven er formulert, er det ikke grunn for kandidatene å gå noe dypere inn på dette. Kandidater som på dette punktet tar opp enkeltindividers stilling etter folkeretten, bør imidlertid få frem at enkeltmedlemmer av IS kan ha et folkerettslig ansvar ved de mest alvorlige forbrytelser.

9 VURDERINGEN

Begge oppgavedelene reiser sentrale spørsmål innen sine fag. Tidsangivelsen innebærer at de i utgangspunktet må vektes med henholdsvis 2/3 og 1/3, men dette er bare et utgangspunkt. Det er det samlede inntrykket som må være avgjørende, og særlig vil gi de gode kandidatene skille seg ut på del I. I tillegg antar jeg at de noe svakere kandidatene også kan få problemer med tiden, ettersom disse nok vil bruke noe lenger tid på de presumptivt enklere oppgavene.

Under del I fremstår oppgave 1-3 og 5 a) som nokså krevende. Kandidater som på disse punktene viser god kjennskap til vårt statsrettslige system, og de kontrollmekanismer og hensyn som gjør seg gjeldende, vil raskt befinne seg i den helt øvre del av skalaen. Midt på skalaen vil man antakeligvis finne kandidatene som oppstiller et riktig rettslig utgangspunkt, men som ikke får det helt store ut av drøftelsen. Erfaringene fra sensuren viser at spørsmålene om opplysningsplikt har falt vanskeligere enn forventet. I noe større grad enn hva som ellers ville latt seg begrunne, må det derfor tillegges vekt i positiv retning om kandidatene på oppgave 1-3 samlet sett viser evne til å lese og bruke en relativt enkel grunnlovstekst, og på en adekvat måte knytter skillet mellom første og annet punktum til de tre første spørsmålene, og slik viser god oversikt over opplysningspliktens innhold. Det må gi uttelling selv om kandidatene trår feil enkelte steder.

Spørsmål 4, 5 b) og 5 c) vil nok falle noe vanskeligere for de svake kandidatene, mens de bedre kandidatene vil kunne løse disse oppgavene nokså raskt. I dette ligger at besvarelsen også kan gjøres kortfattet, noe som viser faglig trygghet. En noe lenger besvarelse av disse spørsmålene vil ikke i seg selv innebære noe trekk, men det vil være tidkrevende, og dermed svekke kvaliteten på øvrige deler av besvarelsen.

Del II er nok noe enklere i vanskelighetsgrad, men den er som nevnt ikke uproblematisk. Spørsmålet om statsdannelse kan problematiseres atskillig, men jeg har ikke godt noe nærmere inn på dette: Ingen kandidater kan etter mitt skjønn forventes å ha inngående kjennskap til kriteriene for statsdannelse, samtidig som det må forventes at alle behersker dette på et overordnet nivå. For det første vil del II sikre at kandidatene har tilegnet seg grunnleggende kjennskap til folkeretten. Sensuren viser at de aller fleste har truffet på dette. De fremste kandidatene vil hevde seg ved å få frem noe mer enn en enkel oppramsing og subsumsjon under de fire sentrale momentene. Særlig kan dette gjøres ved å trekke frem spørsmålet om legitimitet, som ikke er helt enkelt å plassere systematisk, men som nok vil ha sin plass i drøftelsen av gjeldende folkerett.

Som nevnt har en god del kandidater ikke truffet på oppgave 1-3. Kandidater som ikke i det hele tatt får vist noe på oppgave 1-3, for eksempel ved ikke å finne de riktige rettslige grunnlag, vil raskt befinne seg i den helt nedre del av skalaen. Oppgaven viser til opplysningsplikten, og kandidatene bør da ikke bare kunne finne frem til Grunnloven § 82, men også skille adekvat mellom første og annet punktum. Det er mange kandidater som ikke treffer på spørsmål 1-3, men håndterer kontrollspørsmålene og foretar en overordnet gjennomgang av de fire momentene i vurderingen av statsdannelse. En slik besvarelse vil befinne seg noe nærmere midtsjiktet. Men for å havne på en C eller høyere, bør kandidatene helst få *noe* mer ut av opplysningsplikten, ikke minst ved å skille mellom § 82 første og annet punktum.

Oslo, 19. mai 2017
(revidert etter sensormøte 7. juni 2017)

Jørgen Vangsnes