

Revidert sensorveiledning JUS4111 – Metode og etikk våren 2021

Sensorveiledning til del I

Nærmere om oppgaven, pensum, læringskrav m.v.

Den første og største delen er en praktisk oppgave innenfor etikk. Oppgaven omhandler flere sentrale temaer i yrkesetikken, både knyttet direkte til regler for god advokatskikk (RGA) og mer overordnede temaer knyttet til den juridiske profesjonsetikken. Temaene inngår i læringskravene der noen av de mest sentrale krav relatert til oppgaven kan oppsummeres på følgende måte: Studentene skal ha god forståelse for sentrale teorier og begreper i juristetikken, for praktiske anvendelser av etikk i juridisk relevant virksomhet, for juristroller som advokat og normer og regler som gjelder for disse, og deres særskilte etiske utfordringer og krav. Spesielt er det det reglene om taushetsplikten og fortrolighetsplikten, uavhengighet, hederlighet og integritet og lojalitetsplikt som reiser seg i oppgaven.

Det er mye av pensumlitteraturen som kan benyttes i oppgaven, der noen sentrale tekster vil være:

- Haraldsen, Haakon I. (2019). God advokatskikk. I Fanebust et al. (Red.): Juss og etikk. Universitetsforlaget.
- Kvalnes, Øyvind (2012): Etikk og samfunnsansvar (kapittel 2-5). Universitetsforlaget.
- Heivoll, Geir og Einar Aadland (2018): Profesjonsetikk for politiet (kapittel 1). Samlaget.

Oppgaven tar opp sentrale spørsmål som har vært gjennomgått i undervisningen både i forelesninger og på kurs. Oppgaven er forsøkt utformet for å teste ferdigheter i å identifisere og analysere etiske spørsmål og dilemmaer. Oppgaven vil teste evnen til å drøfte relevante hensyn, veie disse mot hverandre og treffe bevisste og reflekterte valg på bakgrunn av dette. Oppgaven legger ikke opp til å diskutere rettslige problemstillinger, verken metodiske eller materielle, selv om tematikken reiser flere spennende rettslige problemstillinger.

Hovedspørsmålet i oppgaven er hva Alise bør gjøre i den situasjonen hun er i. Det spesifiseres videre at besvarelsen bør redegjøre for hvilke etiske spørsmål Alise står overfor, hvordan hun kan gå fram for å håndtere dem og angi hvilke faktiske løsninger hun velger.

Dette gir en god ramme for strukturen for besvarelsen. Det legges opp til at både alternativet med å utføre oppdraget såvel som å avbryte det skal drøftes og disse løsningsalternativene reiser egne, separate spørsmål. Sensuren viser at flere studenter drøfter hvorvidt Alise i det hele tatt burde ha påtatt seg oppdraget. Dette er ikke en drøftelse som oppgaven legger opp til og en bred drøftelse av dette spørsmålet er derfor uheldig. Dersom det gis en god begrunnelse for en slik drøftelse og det kommer frem momenter som er av betydning for det oppgaven faktisk spør om, kan det likevel gis uttelling for en slik gjennomgang.

Oppgaven åpner for å drøfte blant annet følgende etiske problemstillinger:

- Egeninteresser (negativ oppmerksomhet) opp mot klientens interesser.
- Lojalitetskonflikt mellom jobben som advokat og vervet som lokalpolitiker.



- Spørsmålet om i hvilken grad man kan gå imot klientens uttalte interesse fordi man mener det er i klientens egentlige interesse.
- Dilemmaet som ligger i at man for å begrense de skadelige virkningene av skremmende og potensielt hatefulle ytringer må hjelpe noen med å fremme nettopp slike ytringer.
- Dilemmaet som ligger i at man får kunnskap om mulige "gateslag" som kan unngås ved å varsle politiet, men at varsling kan være misbruk av informasjon man har fått i fortrolighet fra klienten.
- Adgangen til å frasi seg et advokatoppdrag.

Adgangen til å frasi seg oppdraget

Fra faktum får vi vite at Alise vurderer å frasi seg oppdraget. Hensynene som taler for dette som er nevnt i teksten er egeninteressen i å unngå negativ oppmerksomhet som saken vil føre til og at det vil fremstå som i strid med hennes verv som lokalpolitiker. Hensyn som taler imot at hun skal gå fra oppdraget er hensynet til klienten og konsekvensene det vil ha dersom han fortsetter planene sine uten bistand fra advokat og konsekvensene det kan få for han personlig ved at han risikerer å måtte sone straffen og miste læreplassen.

Adgangen til å frasi seg et oppdrag er drøftet i kapittelet "God advokatskikk" (av Harald I. Haraldsen) i boken "Juss og etikk" som er pensum, og mange studenter vil nok finne frem til og få hjelp av denne artikkelen under eksamen.

Adgangen til å frasi seg et oppdrag er regulert i RGA pkt. 3.1.6. Hovedregelen er at en advokat som har påtatt seg et oppdrag, plikter å fullføre det hvis klienten ønsker dette. De unntakene fra hovedregelen som følger av bestemmelsen som kan være aktuelle er alternativet "at advokaten har fått feilaktig eller ufullstendige opplysninger" og alternativet "at det inntreffer slike omstendigheter at det ikke rimeligvis kan forlanges at advokaten fortsetter oppdraget."

At Alise har fått feil eller uriktige opplysninger om oppdraget vil nok ikke føre noen vei ettersom det er hennes egen skyld at hun ikke undersøkte bedre hva oppdraget innebar før hun påtok seg det.

Det andre alternativet om at det rimeligvis ikke kan forlanges at hun skal fortsette oppdraget er det som står igjen som mest aktuelt å drøfte. Adgangen til å trekke seg fra et oppdrag har blitt tolket strengt i praksis (se f.eks. ADA-2012-D54) og det som bør drøftes er om fortsettelse av oppdraget kan sies å gjøre at Alise ikke vil ha den uavhengige stilling som forutsettes i RGA punkt 2.1. Kravet til advokatens uavhengighet er nøye redegjort for i pensum og undervisning [Undervisning?] Her er det nok litt som kan drøftes ut ifra faktum knyttet til for eksempel i hvilken grad Alises interesser er legitime, og i hvilken grad de utfordrer de hennes uavhengige stilling.

Det er lite praksis som gjelder et slikt tilfelle. Et moment som er berørt i en disiplinærsak, er at det kan anses å som mindre inngripende mot klienten å trekke seg fra et oppdrag tidlig i forholdet (jf. ADA-2015-19-A (Østfold og Follo, Romerike og Hedmark kretser)), men i vår sak vil det tale motsatt at Alise har hatt oppdrag for Tom tidligere og at dette tilsier at hun har et større ansvar for å fortsette oppdraget enn dersom Tom hadde henvendt seg til henne for første gang. Her kan nok det spesielle oppdraget som Alise tidligere har hatt for Tom og den relasjonen de har etablert tilsa at hun ikke bør trekke seg fra oppdraget.

Når oppgaven spør om hva hun *bør* gjøre, legger dette opp til ytterligere drøftelser enn bare helt konkret om hun har anledning til å frasi seg oppdraget jf. RGA punkt 3.1.6. Dilemmaer som Alise bør ta stilling til i avgjørelsen om hun skal fortsette oppdraget vil være hennes egeninteresser veid mot Toms interesse i å få hennes bistand. Hun må da også ta stilling til om hun vil kunne oppfylle kravene til uavhengighet som RGA punkt 2.1 stiller. Det vil videre kunne legges vekt på mer generelle normer som å fremme rett og hindre urett jf. RGA punkt 1.2, samt at en advokat når man er usikker på hva som er rett, bør velge det tryggeste alternativet (Normann, s. 303-304). Det kan også nevnes mer overordnede synspunkter på hvordan Alise bør gå frem jf. fremstillingene til Heivoll og Aadland og Kvalnes. Her vil det være flere poeng å hente i tekstene og det må være i orden at studenter fokuserer på forskjellige poeng i pensum. Ett poeng her kan være at Alise bør konferere (innenfor rammene som taushetsplikten setter) med noen hun stoler på for å få klarhet i hvilke dilemmaer som står på spill og hvordan hun selv synes det er riktig å løse dem (Heivoll og Aadland s. 31-32). Et annet poeng kan være at profesjonsutøveren er i en maktposisjon og skal handle til det beste for dem de har fått ansvar for i samfunnsoppdraget sitt (Heivoll og Aadland s. 34).

Alt i alt er det nok mer som taler for at hun bør fortsette oppdraget enn at hun kan avslutte det og dette er nok det som stemmer best overens med RGA punkt 3.1.6.

Etiske spørsmål i utførelsen av selve oppdraget

Under forutsetning av at Alise fortsetter oppdraget vil det være flere etiske dilemmaer hun står overfor:

1. Spørsmålet om i hvilken grad man kan gå imot klientens uttalte interesse fordi man mener det er i klientens egentlige interesse. Dette henger nøye sammen med dilemmaet som ligger i at man for å begrense de skadelige virkningene av skremmende og potensielt hatefulle ytringer må hjelpe noen med å fremme nettopp slike ytringer.

Sentrale hensyn som står på spill er: lojalitetsplikten overfor klienten, at oppdraget skal utføres i tråd med klientens interesse og advokatens rett til uavhengighet. Videre er det interesser i å unngå at hatefulle ytringer blir fremmet, her er det interesser nevnt i teksten både til dem som blir rammet og at det vil være negativt for det arbeidet som kommunen i årevis har lagt ned på dette feltet. Satt på spissen vil det være slik at Alises ønske om å begrense de hatefulle ytringene i størst mulig grad, vil innebære at hun må gå i dialog med og hjelpe Tom og organisasjonen for på den måten å kunne påvirke klienten slik at de negative konsekvensene begrenses. De nærmere grensdragningene for hva Alise rent faktisk kan foreta seg er vanskelig å peke på helt konkret tatt faktum i betraktning. Men det er fint om studentene får frem at flere punkter i RGA er sentrale for drøftelsen herunder punkt 1.2 om advokatens oppgave, punkt 2.1 om uavhengighet, punkt 2.3 om fortrolighet og punkt 3.1.2 om ivaretagelse av klientens interesser raskt, samvittighetsfullt og påpasselig. Sensuren viser at flere studenter også trekker inn RGA punkt 1.4 og dette må være helt i orden så lenge de forutsetter at Alise er medlem i advokatforeningen (RGA punkt 1.4 gjelder kun for advokatforeningens medlemmer) og drøfter bestemmelsen konkret opp mot det dilemma Alise står i.

Det legges også opp til å vurdere hvordan Alise kan manøvrere i dette feltet på en måte som best ivaretar de interessene som står på spill. Her vil advokaten være pålagt å rådgi sin klient slik at han holder seg innenfor lovens ramme jf. RGA punkt 1.2. Dette gjelder både plikten til å melde fra til politiet om demonstrasjoner, å holde seg innenfor rammen av strl § 185 og regler for

våpenbruk. Alise bør klargjøre for Tom hva han risikerer dersom han velger å bryte loven og at det vil bety at hun må trekke seg fra oppdraget. Utover dette kan hun gi råd om at organisasjonen bør unngå å utføre handlinger som har negative konsekvenser og forklare hva som ligger i dette i konkret. Kan hende vil det kunne være mulig å påvirke Tom i en annen retning ved å peke på de konsekvensene handlingene kan få for enkeltmennesker og for kommunen. Også her vil det være mulig å strukturere og hente mer overordnede poeng fra pensumlitteraturen som er nevnt innledningsvis.

2. Dilemmaet som ligger i at man får kunnskap om mulige "gateslag" som kan unngås ved å varsle politiet, men at varsling kan være misbruk av informasjon man har fått i fortrolighet fra klienten.

Interessene og hensynene er på den ene siden å unngå de negative konsekvensene demonstrasjonene og sammenstøt vil ha og på den andre siden fortrolighetsplikten overfor klienten. Taushetsplikten er nøye redegjort for i pensum og i undervisning.

Alternative handlingsalternativer kan være i) ikke gjøre noe, ii) å forsøke å overbevise Tom om rammene loven setter og foreslå alternative måter som de kan fremme sitt syn på innenfor lovens rammer og iii) å varsle politiet.

De etiske reglene er klare når det gjelder fortrolighetsplikt og taushetsplikt. Alise vil ikke kunne melde fra til politiet jf. RGA punkt 2.3. Avvergingsplikten jf. strl § 196 vil nok ikke komme til anvendelse i denne saken, men sensuren viser at noen studenter drøfter avvergingsplikten jf. strl § 274 om god kroppsskade. Det må være helt i orden å gjøre en vurdering av avvergingsplikten dersom studentene tolker faktum dithen at sannsynligheten for at strl § 274 vil bli overtrådt tilsier at vilkårene for avvergingsplikten er tilstede. Alise bør forklare hvilke plikter Tom og organisasjonen har etter loven og forsøke å få Tom til selv å følge reglene. Men dersom Tom ikke vil høre på Alises råd vil dette kunne føre til at hun kan frasi seg oppdraget jf. punkt 3.1.6. og dette bør hun klargjøre for Tom i dialogen med ham.

Oppsummering

Oppgaven reiser mange spørsmål som kan drøftes og der både mer allmenne teorier i juristetikken så vel som regelverket i RGA har relevans. Besvarelser som klarer å finne frem til relevante etiske dilemmaer i faktum, ser hvilke hensyn/interesser som reiser seg, hvilke handlingsalternativer Alise har og hvordan etiske regler styrer avveiningen mellom de ulike alternativene, bør premieres. Det er en slik struktur som kommer frem i oppgaveteksten og en slik fremgangsmåte kan også forankres nærmere i tekstene til Kvalnes og Heivoll og Aadland. Flere av bestemmelsene i RGA har relevans og bør drøftes under de ulike spørsmålene og her vil Haraldsens artikkel på pensum være av betydning.

Del I, skrevet Tone Linn Wærstad

Del II

Om oppgaven, spørsmålene og læringskravene

Del II er en oppgave om juridisk metode. Politiadvokat Sander i Oslo kommer til at politiet har rett og plikt til å forby en demonstrasjon der «Det rene Norge» planlegger å fremsette ytringer som klart vil være brudd på strl. § 185 om hatefulle ytringer. Kandidatene bes *analysere* og *vurdere* Sanders rettskildebruk.

Hva som er analyse og hva som er en vurdering kan gli noe over i hverandre. Språklig sett er det ikke helt klare skiller her. Ettersom kandidatene bes om begge deler, må de imidlertid foreta to ulike øvelser.

Det er nærliggende at de i analysedelen analyserer - altså redegjør for - rettskildebruken og hvordan den passer inn eller bryter med metodiske prinsipper, juridiske argumentasjonsmønstre og Høyesteretts praksis. Vurderingsdelen legger opp til at de i tillegg må si noe om hvorvidt den rettskildebruken de har analysert er i tråd med grunnleggende rettsstatsprinsipper og verdier for rettsanvendelsen.

Kandidatene som ikke skiller mellom de to punktene, bør trekkes for dette. Det bør også de som i analysedelen ikke tilfører noe selvstendig, men isteden bare gjengir hva Sander har gjort.

Det rettsspørsmålet som reises er metodisk ganske vanskelig. Det gjelder forholdet mellom forbudet mot forhåndssensur i Grunnloven § 100, 4. ledd og politiets adgang til å forby demonstrasjoner utøvd på lovstridige måter etter politiloven § 11, 3. ledd. Rettsspørsmålet aktualiseres (og forvanskes) av at JD har utarbeidet et (fiktivt) rundskriv som i sitt pkt. 4 pålegger politiet ikke å «gi tillatelse til politiske markeringer som oppfordrer til vold eller terrorisme, eller markeringer hvor det fremsettes budskap som vil være straffbare etter strl. § 185».

Opgaven reiser spørsmål om sentrale rettskildeprinsipper som forholdet mellom rettskilder av ulik rang (Grunnlov, lov, rundskriv), i læringskravene formulert som «hvordan relevante argumenter vektas og avstemmes i forhold til hverandre». Den foranlediger også refleksjoner om sammenhengen i rettssystemet og forholdet mellom grunnleggende rettsstatsprinsipper som folkesuverenitet, maktfordeling, legalitetsprinsipp og menneskerettigheter. Slike refleksjoner over sammenhengene mellom fagene på masterstudiet er forutsatt i den generelle kompetansen læringskravene formulerer for metodefaget på fjerde studieår.

Del II aktualiserer i tillegg den etiske dimensjonen som ligger i påvirkningen man utsettes for ved «føringer» eller signaler fra arbeidsgiver eller i styringslinjen som kan virke inn på rettskildevurderingene. Den er i læringskravene til metodedelen beskrevet som «rettskildeprinsipper som ramme for etiske forventninger til ulike juristsroller».

De metodiske spørsmålene er sentrale i læringskravene og behandlet i flere av kapitlene i hovedlitteraturen (*Høgberg og Sunde, Juridisk metode og tenkemåte (2019)*).

De metodiske rettsspørsmålene

Ut over hovedtrekkene i Grl. § 100, som er pensum på JUS2111, kan kandidatene ikke forventes å ha forkunnskaper om de aktuelle rettskildene som det er relevant å analysere og vurdere. Noen av dem kan ha vært innom deler av forhåndssensurforbudet i Grl. § 100, herunder Brennpunktkjennelsen (Rt. 2007 s. 404) og grunntrekk i strl. § 185 som grense for ytringsfriheten,

men for de fleste vil i alle fall forholdet mellom Grunnloven § 100 og politiloven være ukjent rettsstoff.

Det fremgår av oppgaven at Politiadvokat Sander i sine undersøkelser av rettskildene er innom politiloven § 11, Grl. § 100 og EMK art. 10 og 11 – og at det særlig er forholdet mellom formuleringene i Grl. § 100 fjerde ledd, pl. § 11 tredje ledd og rundskrivet pkt. 4 som volder ham problemer.

Kandidatene bør derfor rimelig raskt komme frem til at det er hans bruk av disse rettskildene som skal analyseres og vurderes. Strl. § 185 er også nevnt, men da for å understreke at de ytringer som planlegges fremmet på demonstrasjonen «klart» vil bryte med den. Kandidatene bør derfor ikke bruke tid på noen analyse av eller subsumsjon under denne bestemmelsen ut over å forutsette at de ytringene «Det rene Norge» vil fremme, er ulovlige.

Noen vil kanskje bruke noe tid på EMK. Både ut fra oppgaveformuleringen, og den tette sammenhengen mellom EMK art. 10 og Grl. § 100 både prinsipielt og i rettspraksis, er dette helt forsvarlig. Oppgaveformuleringen inviterer imidlertid ikke til noen større dypdykk i EMK art. 10 og 11 eller EMDs praksis etter dem. Kandidater som gir en kortfattet redegjørelse for disse rettskildene og måten de innvirker på norsk rett generelt og grunnlovstolking spesielt bør få uttelling for det. Lengre teoretiske utredninger om dette, som ikke tilfører noe til de videre drøftelser, bør unngås.

Det rettslige spørsmål som skal vurderes er om politiet (staten) kan forhåndssensurere bort visse ytringer – *fordi de er ulovlige*. (Det er altså ikke snakk om å forhåndssensurere fordi ytringene vil kunne avstedkomme stor sikkerhetsrisiko på stedet som ikke kan avverges på andre måter, noe som etter omstendighetene kan tenkes å foranledige andre vurderinger.)

Opgaven legger klart opp til en eller annen form for vurdering av rettskildene lov og rundskriv opp mot Grunnloven.

Høyesterett har tradisjonelt ikke startet i den trinnhøyere bestemmelsen ved vurdering av spørsmål om forhold mellom grunnlov og lov. På ytringsfrihetens område har de i noen grad gjort dette ut over 2000-tallet. Generelt er det blitt noe vanligere å starte i Grunnloven etter menneskerettsreformen av 2014.

Analysen av Sanders rettskildebruk kan derfor ta utgangspunkt i at demonstrasjoner i utgangspunktet tillatt for alle, det følger av ytringsfriheten i Grl. § 100, og også av demonstrasjonsfriheten i Grl. § 101. (Og hhv. EMK art. 10 og 11).

Høyesteretts tilnærming til spørsmål om forholdet mellom konstitusjonelle rettigheter og hjemler som griper inn i disse rettighetene varierer. Både i om de starter drøftelsene i den trinnhøyere eller trinnlavere regel, og også om de starter i Grunnloven eller EMK/andre relevante menneskerettskonvensjoner. Kandidater som starter i politiloven istedenfor i Grunnloven eller EMK, og for øvrig foretar gode analyser, bør klart nok ikke trekkes for dette.

Inngrep i ytrings- og demonstrasjonsfriheten krever hjemmel i lov og må være nødvendige og forholdsmessige. Eller, slik Grunnloven § 100 formulerer det, ikke gå lenger enn det som lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse.

Dette er de generelle kriteriene for inngrep. Vurderinger av forhåndssensur følger imidlertid ikke disse generelle kriteriene. Dette fremgår av ordlyden i 4. ledd lest i sammenheng med 1-3. ledd, men kan gjøre løsningen av oppgaven kronglete for en del kandidater.

De bør likevel ganske tidlig fastslå at Grl. § 100, 4. ledd inneholder et forbud mot forhåndssensur, og at dette forbudet (iblant omtalt som den formelle ytringsfriheten) er av en annen karakter enn den relative oppbygningen med hovedregel og inngrepsmulighet som Grl. §100, 1.-3. og 5. ledd følger (den materielle ytrings- og informasjonsfrihet).

Grunnlovstolkning er behandlet i hovedlitteraturen, *Høgberg og Sunde, Juridisk metode og tenkemåte (2019)*, pkt. 3.2, 3.3.5 og kap. 9. Her fremgår at det klare utgangspunktet for grunnlovstolkning, som for lovtolkning, er *ordlyden*.

Den relevante delen av 4. ledd er at «[f]orhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes med mindre det er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder.»

Etter ordlyden er forbudet mot forhåndssensur (utenom filmsensur for barn og unge) absolutt, jf. formuleringen «kan ikke benyttes».

Svaret på om ytringer kan sensureres fordi de er ulovlige, er altså (så langt) klart nei. De øvrige rettskildene her kan imidlertid være forvirrende – ikke bare for Sander:

Etter politiloven § 11, skal demonstrasjoner meldes til politiet, slik «Det rene Norge» gjør. Etter politiloven § 11 3. jf. 1. ledd fremgår det imidlertid at demonstrasjoner kan forbys hvis «det formål som tilsiktes fremmet eller måten dette skjer på, strider mot lov».

Denne ordlyden tilsier klart at dersom demonstrasjoner gjennomføres på en måte som (man vet) strider mot lov, kan de forbys. Siden man her må forutsette at «Det rene Norges» ytringer er av en karakter som klart rammes av § 185, og altså strider mot lov, kan demonstrasjoner forbys når man vet at slike ytringer vil bli fremsatt.

Når disse to rettskildene trekker i ulik retning, må de *avveies mot hverandre*. I dette tilfellet er det snakk om å avveie en rettskilde av lovs rang mot en av grunnlovs rang. *Lex superior*-prinsippet tilsier da at politiloven ikke kan tas på ordet – fordi Grl. § 100, 4. ledd forbyr slik forhåndssensur.

Grl. § 100 fra 2004/5 er også *lex posterior* til politiloven fra 1995. Kandidater som påpeker dette, kan få uttelling for det. Tidsforskjellen kan uansett brukes som foranledning til å se etter om man ved endringen av Grunnloven § 100 har sagt noe om forholdet til politiloven.

Men da blir man sittende med spørsmålet om hvor absolutt Grunnlovens forhåndssensurforbud skal tolkes? Mange grunnlovsbestemmelser er generelt formulert, og fremstår ordlydsmessig mye mer absolutte enn de egentlig er (for eksempel Grl. § 97). For å tolke seg frem til det nærmere meningsinnholdet i § 100, 4. ledd, er det metodisk nærliggende å lete i *rettspraksis* og i *forarbeidene* til Grunnloven § 100.

Det er ikke mye *høyesterettspraksis* om forhåndssensurforbudet, men en sentral avgjørelse er Rt. 2007 s. 404 (Brennpunkt). Den gjelder ikke demonstrasjoner, men en midlertidig forføyning mot et TV-program om NOKAS-saken. Avgjørelsen avklarer det som for så vidt også fremgår av forarbeidene til Grl. § 100 – at forhåndssensur kan være tillatt der fremsettelse av ytringer kan føre til «irreversible skader» eller er nødvendig for å verne liv og helse (avsnitt 78). Terskelen for når

forhåndssensur er tillatt, er altså høy. Dette trekker i retning av at Grl. § 100, 4. ledd gjør at politiloven § 11, 3. ledd må tolkes innskrenkende hva gjelder ulovlige *ytringer*.

Tolkning og anvendelse av *forarbeider* er sentralt i norsk metode, og både hensynene bak slik forarbeidsbruk og måten man kan bruke dem på i rettslig argumentasjon, er behandlet flere steder i hovedlitteraturen. Bruken av *forarbeider som rettskilde ved grunnlovstolkning* har imidlertid vært mindre viktig i vår rettstradisjon, blant annet fordi det er få av dem, og de er gamle. At forarbeidene kan være sentrale ved tolkning av grunnlovsbestemmelser av nyere dato, fremgår imidlertid både i innføringslitteraturen og hovedlitteraturen, se *Høgberg og Sunde, Juridisk metode og tenkemåte (2019)*, pkt. 3.3.5, og kap. 7.3 og 7.4. For kandidater som har tatt andre avdeling etter grunnlovsreformen i 2014-15 vil dette være selvsagt. Nye Grunnloven § 100 kom før dette, i 2004, men også denne har omfattende forarbeider. Høyesterett har i utstrakt grad brukt dem til å tolke bestemmelsen (se *Kierulf, [Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?](#), Lov og rett 03/2012*). Dette kan kandidatene definitivt ikke forventes å være kjent med, men ett eksempel på slik utstrakt bruk (Rt. 2007 s. 404) er nevnt i *Høgberg og Sunde* pkt. 3.3.5.

Av forarbeidene fremgår det at departementet var oppmerksom på det problemet ordlyden i politiloven representerte opp mot forhåndssensurforbudet, se St. meld. 26 (2003-2004) pkt 5.8.4: «Etter departementets oppfatning kan ordlyden i politiloven § 11 tredje ledd i dag virke noe uklar. Siste del av bestemmelsen («det formål som tilsiktes fremmet eller måten dette skjer på, strider mot lov») kan leses slik at det er adgang til å nedlegge forbud mot en demonstrasjon i tre tilfeller: 1) Det som søkes oppnådd som en videre følge av demonstrasjonen, er ulovlig. Det kreves for eksempel dødsstraff med tilbakevirkende kraft i en konkret sak, jf. NOU 1999: 27 s. 176. 2) (Rene) handlinger som foretas under demonstrasjonen, vil være ulovlige. 3) Ytringer som faller under demonstrasjonen, vil være ulovlige. *Det bør fortsatt være adgang til å gripe inn på forhånd i tilfelle nr. 2* [veiledningsskrivers uth.]. Departementet finner ikke grunn til å gi uttrykk for hvordan den eksisterende bestemmelsen skal forstås, men tar sikte på å fremme et lovforslag på bakgrunn av en ny grunnlovsbestemmelse.» Se også Innst. S 270 (2003-2004), pkt. 5.5.1, der komiteen følger opp dette med å forutsette «at bestemmelsen ikke er til hinder for å gripe inn mot ulovlige handlinger i tilknytning til en demonstrasjon».

Noe slikt lovforslag er ikke fremmet. Det er altså bare ulovlige *handling*er som kan gi grunnlag for avverging før demonstrasjonen iverksettes, ikke ulovlige *ytringer*.

Dette betyr at rundskrivets pkt. 4 er uforenelig med forhåndssensurforbudet i Grl. § 100, 4. ledd, og ikke kan håndheves etter sitt innhold.

Etter sensormøtet er ett inntrykk at mange kandidater ikke helt ser den problemstillingen Sander må løse, slik at analysedelen ikke inneholder så mye materiell jus. En del går rett til innholdet i instruksene, og sier noe om rettskildeverdien i den. Flere går lite inn på hva Grunnloven egentlig sier, og av de som gjør det, er det få som kommer lenger enn til ordlyden i bestemmelsen. Noen er innom Brennpunktkjennelsen, men ikke mange. Etersom forholdet mellom Grunnloven § 100 og politiloven er ukjent rettsstoff, kan man ikke forvente all verdens av materiell analyse her. Oppgaven legger imidlertid klart opp til at ikke bare rundskrivet, men også Grl. § 100, 4. ledd og politiloven § 11, 3. ledd må analyseres nærmere, ettersom det er forholdet mellom disse tre rettskildene Sander strever med. Kandidater som ikke gjør noe forsøk på å analysere disse tre

kildene, bør trekkes. Kandidater som trekker inn og analyserer flere kilder enn bare ordlyden i hhv. Grunnloven og politiloven, bør få uttelling for det.

Vurderingen av Sanders rettskildebruk: Det er lett å skjønne at Sander er usikker på forholdet mellom Grl. § 100, 4. ledd og politiloven § 11, 3. ledd. Det er bra at han i sitt notat tilkjenner at dette forholdet er uklart. Kandidatene må imidlertid få frem at han ved argumentasjonen om hvordan disse rettskildene forholder seg til hverandre, burde ha sagt noe om rangforholdet mellom dem.

Det fremgår ikke av oppgaven om Sander gjør noe mer enn "å bla i lovverket", men det står at det han finner frem til, er de tre nevnte kildene. Kandidater som påpeker at Sander kunne (burde) sjekket flere rettskilder - for eksempel forarbeider og rettspraksis som sa noe om bestemmelsenes nærmere innhold, bør få uttelling for dette.

De må uansett få frem at det er metodisk uholdbart å legge avgjørende vekt på et rundskriv som trekker i retning av den lavere rangerte rettskilden (politiloven) til fortrensel for den høyere (Grunnloven), uten å problematisere dette.

Ettersom begrunnelsene hans for å gjøre det på denne måten fremgår, bør også de drøftes kritisk: Sander viser til *demokratihensynet* for å vektlegge rundskrivet – fordi det er forfattet av departementet som er underlagt regjeringen som utgår fra Stortinget. Selv uten å trekke inn *lex superior* og maktfordelingsprinsippet, kan demokratihensynet i betydningen «flertalls folkestyre» like gjerne brukes som argument for at forhåndssensurforbudet gjør at demonstrasjonen *ikke* kan forbys. I motsetning til politiloven, som er vedtatt med ordinært flertall, har jo grunnlovsbestemmelsen kvalifisert flertall bak seg. Demokratihensynet kan også tilsi at man bør vektlegge forarbeidene til sensurforbudet mer, særlig når de viser at både departementet og stortingskomiteen er enige om at det er handlinger, og ikke ytringer, som kan berettige forhåndssensur.

Han viser også til at det vil være *illojalt* om politiet skulle nekte å følge et klart rundskriv fra departementet. Det er et hensyn som både kan forankres i Grl. § 3 og av den generelle lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Men den lojalitetsplikten man måtte ha i linjen må vike for den plikt alle statens myndigheter – herunder politiet – har til å «respekttere og sikre menneskerettighetene» etter Grl. § 92. Den plikten gjør at man ikke kan legge uprøvd til grunn – slik Sander virker å gjøre – at departementet selv har vurdert lovligheten av pålegget i rundskrivets pkt. 4. Man har et selvstendig ansvar for å sikre at de lover og instruksjoner man forholder seg til, faktisk er i overensstemmelse med Grunnloven og menneskerettighetene.

Etter sensormøtet er et inntrykk at en del kandidater primært forholder seg til loven og rundskrivet, uten å vurdere dem kritisk i lys av Grunnlovens rammer for regulering av ytringsfriheten. Dette er metodisk svakt.

Kandidater som reflekterer skjønnstomt omkring Sanders rolle som politiadvokat, og hvordan den kan påvirke hans vurdering av rettskildene, bør få uttelling for det.

Oppsummering

Oppgaven spør etter to ting: En analyse og en vurdering av Sanders rettskildebruk. Analysedelen omhandler et vanskelig retts spørsmål om ukjent rettsstoff, der rettskildene trekker i ulike retninger, og der man må treffe riktig i forarbeidene til Grunnloven §100 for å lande helt godt. Kandidater som

foretar gode metodiske drøftelser og avveininger uten å finne frem til akkurat dem, bør likevel premieres – den metodiske veien til målet er viktigst. Det som er sentralt, er å se at man står overfor rettskilder av ulik rang, at man er i stand til kritisk å vurdere reguleringer av grunnlovsfestede menneskerettigheter, og at man bruker argumenter fra *lex superior*-prinsippet på en god måte. I vurderingsdelen bør kandidatene forholde seg kritisk til Sanders begrunnelser for rettskildebruken. De som trekker inn grunnleggende rettsstats- og metodeprinsipper i, og gjerne også relevante rettslige grunnlag for denne kritikken, bør få uttelling for det. Det bør også de som har gode refleksjoner om hvilken rolle Sanders posisjon kan ha hatt for hans rettskildebruk.

Generelt om sensuren

På grunn av pandemien har all undervisning ved Det juridiske fakultet blitt gjennomført digitalt vårsemesteret 2021. Tilgangen til lesesalsplasser har vært mer begrenset enn i et vanlig semester. Pandemien har gjort den generelle studiesituasjonen svært krevende for studentene. Karaktersettingen skal ta hensyn til dette.

Del II, skrevet av Anine Kierulf

