

# Sensorveiledning Examen facultatum, jus, høst 2006

## 1. Oppgaveteksten

### (1) Fra pensumdel A: Rettsfilosofi

(a) I rettsfilosofien bruker man uttrykket «rett og praktisk fornuft» som et kortfattet uttrykk for en problemstilling.

Gjør rede for hva denne problemstillingen går ut på. Gjør herunder rede for skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier.

Nevn tre hovedstandpunkter som er tatt i spørsmålet om rett og praktisk fornuft. Hvis du ønsker kan du gjerne illustrere med en figur.

(b) Et omdiskutert spørsmål de siste par år har vært om det bør være adgang til bruke forhørsmetoder med karakter av tortur hvis dette anses nødvendig for å avverge terrorangrep. I den følgende meningsutveksling presenteres i stilisert form to argumentasjonsmåter mot å godta tortur som begge har stått sentralt i diskusjonen:

*A: «Konsekvensen blir at vi får flere feilaktige tilståelser og at vi øker risikoen for at våre egne soldater utsettes for tortur.»*

*B: «Uansett hva konsekvensene blir er tortur galt fordi det krenker en persons iboende rettigheter.»*

Hvordan vil du plassere argumentasjonen til A og argumentasjonen til B i forhold til de hovedstandpunktene du nevnte under punkt (a) ovenfor? Hva er hovedforskjellen mellom de to argumentasjonsmåtene?

(c) I artikkelen 'Filmen om Nürnbergdommen' (1962) skriver den norske juristen Torstein Eckhoff følgende:

*«Det er visse grenser for hvor langt lovligheten bør strekke seg – også for dommere. Det kan tenkes lover som bryter så radikalt med idealer om humanitet og menneskeverd at det etter mitt skjønn ikke er riktig å respektere dem, selv om man virker som dommer i det land hvor disse lover er vedtatt. Meget av den lovgivning som så dagens lys i Nazi-Tyskland var av denne art. Og det kunne nok også nevnes mer aktuelle eksempler fra andre land og verdensdeler.*

*Jeg bygger ikke dette på folkerettslige prinsipper. Finner en støtte i dem er det vel og bra, men ikke avgjørende for den moralske vurdering av hvordan dommere bør opptre. Heller ikke har jeg ment å gi uttrykk for noen naturrettslig oppfatning. Jeg pretenderer ikke å ha funnet noen gyldige normer med høyere prioritet enn de positive lover. Det jeg har gitt uttrykk for har snarere karakter av en personlig trosbekjennelse om at det er visse verdier som jeg setter høyere enn lovlighet hos dommere. ... [D]et står for meg som en overmåte viktig oppgave å arbeide for utbredelsen av de idealer jeg har nevnt – og gjerne i samarbeid med dem som hyller de samme idealer på et religiøst eller metafysisk grunnlag.»*

Hvordan vil du plassere denne argumentasjonen i forhold til de hovedstandpunktene du nevnte under punkt (a) ovenfor? Hva er hovedforskjellen mellom denne argumentasjonen og de to argumentasjonsmåtene skissert under punkt (b) ovenfor?

## **(2) Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen**

**(a)** Hva forstår vi med rettens polysentri? Gi eksempler.

**(b)** Kan rettens internasjonalisering gi et eksempel på rettslig polysentri? Hvis ja, forklar hvordan ved hjelp av eksempler. Hvis nei, forklar hvorfor.

I den samlede vurdering vil del (1) telle 3/4 og del (2) telle 1/4.

## **2. Innledning**

Oppgaven henter stoff fra pensumdel A (oppgavens del (1)) og pensumdel B (oppgavens del (2)). Dette er sagt i oppgaveteksten, slik at studentene ikke skal lure på hvilke perspektiver oppgaven skal besvares ut fra.

I oppgaven er det også sagt hva som vil være forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering, nemlig at del (1) vil telle 3/4 og del (2) vil telle 1/4. Dermed vil studentene også ha grunnlag for å disponere dels tidsbruken, dels omfang og dybde av besvarelsen på de enkelte deler.

## **3. Oppgave (1): Fra pensumdel A: Rettsfilosofi**

### **Generelt om oppgaven**

Oppgaven knytter seg til Eng, Rettsfilosofi (heretter RF), del IV B.

Ifølge læringskravene fordres god forståelse av problemstillingen «rett og praktisk fornuft» og kjennskap til de tre hovedposisjoner det gjøres rede for: den skandinaviske rettsrealismen, utilitarismen og kantiansk rettsfilosofi. I sin helhet lyder læringskravene slik i forhold til oppgavens tema:

*«IV Rett og Praktisk fornuft*

*[Deskriptivt om likheter, forskjeller og forbindelseslinjer mellom rett og moral ... ]*

*Muligheten av å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettsystemer*

*Det kreves god forståelse av problemstillingen. Det kreves kjennskap til følgende tre teoretiske posisjoner i forhold til problemstillingen:*

*Teorifamilie 1: Kantiansk rettsteori*

*Teorifamilie 2: Utilitarismen*

Teorifamilie 1 og 2 definerer seg ofte i forhold til hverandre. Men de er begge kognitivistiske i den forstand at de er enige om at vi via fornuften kan erkjenne kriterier til løsning av spørsmål om hvordan vi bør handle. Forsåvidt skiller de seg fra:

*Teorifamilie 3: Den skandinaviske rettsrealismen*

Teorifamilie 3 benekter muligheten av ad fornuftsmessig vei å etablere kriterier til løsning av spørsmål om hvordan vi bør handle.

Målsettingen er bevisstgjøring av problemstillingen og presentasjon av tre viktige tankeretninger (løsningsforslag). Målsettingen er ikke detaljkunnskaper vedrørende tankeretningene. Men studentene skal

presenteres for detaljene, herunder utdrag fra originaltekster, slik at de får et innblikk også i nyansene i begrunnelsesmåtene.»

Framstillingen i RF skulle være disposisjonsmessig grei å få tak på i forhold til disse læringskravene. Problemstillingen drøftes på ss. 259–69. De tre posisjonene framstilles deretter.

Pensum i RF er:

*om den skandinaviske rettsrealismen: avsnittene IV B 2.1–2.4, 2.6;*  
*om utilitarismen: avsnittene IV B 3.1, 3.2.2 (3), 3.4;*  
*om kantiansk rettsfilosofi: avsnittene IV B 4.1–4.7.2.*

For ordens skyld nevnes at rekkefølgen i framstillingen av de tre posisjonene i RF er en annen enn rekkefølgen de nevnes i ovenfor, i læringskravene. Rekkefølgen i RF bestemmes av det gjennomgående begrunnelsesperspektiv, se s. 268 (avsnitt IV B 1.5.1) og s. 322, siste tekstavsnitt (avsnitt IV B 2.6). Det er overhodet ingen grunn til at dette momentet skulle volde noen problemer.

I undervisningen er oppgaven godt dekket: I forelesningene gis to dobbelttimer som i hovedsak vies rett og praktisk fornuft; og av et kursopplegg på fjorten timer, er grovt regnet seks timer satt av til dette temaet.

**(a) I rettsfilosofien bruker man uttrykket «rett og praktisk fornuft» som et kortfattet uttrykk for en problemstilling.**

**Gjør rede for hva denne problemstillingen går ut på. Gjør herunder rede for skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier.**

**Nevn tre hovedstandpunkter som er tatt i spørsmålet om rett og praktisk fornuft. Hvis du ønsker kan du gjerne illustrere med en figur.**

Problemstillingen drøftes i RF ss. 259–69 (avsnittene IV B 1.1–1.5).

Herunder innføres skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier, se RF ss. 264–66 (avsnitt IV B 1.3). Dette skillet belyses og drøftes forøvrig også gjennomgående i framstillingen av de tre posisjoner.

De tre hovedstandpunktene framstilles i hhv. avsnitt IV B 2: den skandinaviske rettsrealismen; avsnitt IV B 3: utilitarismen; og avsnitt IV B 4: kantiansk rettsfilosofi.

Studentene får i oppgaven angitt: «Hvis du ønsker kan du gjerne illustrere med en figur.» Den figur det her tenkes på, står i RF, s. 267.

Faglærer har opplyst at Oppgaveutvalget bevisst valgte ordet «Nevn» i setningen «Nevn tre hovedstandpunkter som er tatt i spørsmålet om rett og praktisk fornuft.» Tanken er at studenten til en viss grad selv skal velge hvor redegjørelsen for likheter og forskjeller mellom de tre hovedposisjonene skal komme: her – under spørsmål 1a – eller som ledd i besvarelsen av spørsmålene 1b og 1c.

Ordlyden i oppgavene 1a, 1b og 1c kan forstås slik at redegjørelsen for hovedforskjellene skal komme under 1b og 1c. Men det er samtidig klart at dels er det *nødvendig å ta inn adskillig stoff om hovedforskjellene i 1a*, dels kan dette falle svært naturlig. Det er *nødvendig å ta inn noe om hovedforskjellene i oppgave 1a*, idet oppgave 1a krever en redegjørelse for skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier. Det kan falle svært naturlig å ta inn noe om hovedforskjellene i oppgave 1a hvis besvarelsen knytter an til en figur – og også ellers er dette helt akseptabelt.

Det er en del av oppgaven å kunne disponere sitt stoff slik at det henger sammen og dobbeltbehandling unngås.

(b) Et omdiskutert spørsmål de siste par år har vært om det bør være adgang til bruke forhørsmetoder med karakter av tortur hvis dette anses nødvendig for å avverge terrorangrep. I den følgende meningsutveksling presenteres i stilisert form to argumentasjonsmåter mot å godta tortur som begge har stått sentralt i diskusjonen:

**A: «Konsekvensen blir at vi får flere feilaktige tilståelser og at vi øker risikoen for at våre egne soldater utsettes for tortur.»**

**B: «Uansett hva konsekvensene blir er tortur galt fordi det krenker en persons iboende rettigheter.»**

**Hvordan vil du plassere argumentasjonen til A og argumentasjonen til B i forhold til de hovedstandpunktene du nevnte under punkt (a) ovenfor? Hva er hovedforskjellen mellom de to argumentasjonsmåtene?**

Spørsmålet må selvfølgelig leses under ett. Ser vi på det siterte leddet i A's argumentasjon isolert, så står det ikke noe annet enn en henvisning til konsekvenser av å godta tortur. Av det som står umiddelbart ovenfor, i spørsmålets første tekstavsnitt, framgår imidlertid at både A's og B's innlegg er begrunnelser for det standpunkt at tortur ikke bør tillates. De to sitater fra henholdsvis A og B må leses mot denne bakgrunn, dvs. som pretendert tilstrekkelige premisser for den konklusjon at tortur ikke bør tillates.

A's argumentasjon blir da uttrykk for en utilitaristisk argumentasjon, og B's argumentasjon blir uttrykk for en kantiansk posisjon. Dette følger ikke med nødvendighet fra de to første tekstavsnitt i oppgave 1b isolert; både A's og B's argumentasjon kunne tenkes lest på flere måter hvis vi stod helt fritt i tolkingen. Men det følger fra det tredje tekstavsnittet i oppgave 1b, dvs. når man skal relatere til posisjonene presentert under oppgave 1a.

Vedrørende hovedforskjellen mellom de to argumentasjonsmåtene, se RF, henholdsvis avsnitt IV B 3 og IV B 4. Det er en rekke steder i pensum hvor hovedforskjellene tematiseres; her skal nevnes noen.

Fra drøftelsene av utilitarismen: Se f.eks. RF ss. 336–41 (avsnitt IV B 3.1.5), særlig ss. 339–41 (punkt (2): «Særlig om rettighetsproblemet»). Se videre f.eks. ss. 357–60 (avsnitt IV B 3.4). Disse og andre steder kan hele tiden suppleres med den generelle redegjørelse for grunntrekk i utilitarismen, se ss. 325–30 (avsnittene IV B 3.1.2–3.1.3).

Fra drøftelsene av kantiansk rettsfilosofi: Se f.eks. ss. 363–75 (avsnittene IV B 4.2–4.5).

Disse henvisningene kan ikke leses antitetisk. Spørsmålet om forskjellen mellom utilitarismens nyttekalkyle og en kantiansk rettighetstenkning er så grunnleggende i drøftelsene i RF, at hele presentasjonen i henholdsvis IV B 3 og IV B 4 er relevant. (Det gjelder selvfølgelig også de delene som dekker læringskravene, se innledningsvis ovenfor, under «Generelt om oppgaven», om pensum.)

**(c) I artikkelen 'Filmen om Nürnbergdommen' (1962) skriver den norske juristen Torstein Eckhoff følgende:**

*«Det er visse grenser for hvor langt lovlydigheten bør strekke seg – også for dommere. Det kan tenkes lover som bryter så radikalt med idealer om humanitet og menneskeverd at det etter mitt skjønn ikke er riktig å respektere dem, selv om man virker som dommer i det land hvor disse lover er vedtatt. Meget av den lovgivning som så dagens lys i Nazi-Tyskland var av denne art.»*

*Og det kunne nok også nevnes mer aktuelle eksempler fra andre land og verdensdeler.*

*Jeg bygger ikke dette på folkerettslige prinsipper. Finner en støtte i dem er det vel og bra, men ikke avgjørende for den moralske vurdering av hvordan dommere bør opptre. Heller ikke har jeg ment å gi uttrykk for noen naturrettslig oppfatning. Jeg pretenderer ikke å ha funnet noen gyldige normer med høyere prioritet enn de positive lover. Det jeg har gitt uttrykk for har snarere karakter av en personlig trosbekjennelse om at det er visse verdier som jeg setter høyere enn lovlidighet hos dommere. ... [D]et står for meg som en overmåte viktig oppgave å arbeide for utbredelsen av de idealer jeg har nevnt – og gjerne i samarbeid med dem som hyller de samme idealer på et religiøst eller metafysisk grunnlag.»*

**Hvordan vil du plassere denne argumentasjonen i forhold til de hovedstandpunktene du nevnte under punkt (a) ovenfor? Hva er hovedforskjellen mellom denne argumentasjonen og de to argumentasjonsmåtene skissert under punkt (b) ovenfor?**

Sitatet fra Eckhoff er inntatt i RF s. 300.

Eckhoffs argumentasjon uttrykker posisjonen til den skandinaviske rettsrealismen. Vi behøver ikke ta standpunkt til om dette følger med nødvendighet fra sitatet. Det gjør antakelig det, men det beror på visse tolkinger av to nøkkeluttrykk i sitatet: henholdsvis uttrykket «naturrettslig oppfatning» og uttrykket «personlig trosbekjennelse». Uansett er det klart at når man skal relatere til posisjonene presentert under oppgave 1a, så representerer Eckhoff den skandinaviske rettsrealismen.

Vedrørende hovedforskjellen mellom de to argumentasjonsmåtene, se RF henholdsvis avsnittene IV B 2 på den ene side og IV B 3 og 4 på den annen side. En akseptabel besvarelse vil allerede under spørsmål 1a ha pekt på hovedforskjellen: nemlig den skandinaviske rettsrealismens non-kognitivismen versus utilitarismens og den kantianske rettsfilosofiens kognitivismen.

Besvarelsen bør derfor her – under spørsmål 1c – knytte forbindelsen tilbake til redegjørelsen for skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier under spørsmål 1a.

Dertil bør besvarelsen – som ledd i redegjørelsen for hovedforskjellen – si noe mer om hva den skandinaviske rettsrealismens non-kognitivismen består i. Et nøkkelpunkt her er *emotivismen*, dvs. at språklige uttrykk som pretenderer å uttrykke noe normativt, ses som kun å være erstatning for våre følelser: se RF teksten på s. 266; se figuren på s. 267; se den kommenterte gjennomgangen av Olivecronas tekst på ss. 286–96; se om det moralske og rettslige språkets illusjonskarakter ss. 296–98. Se også ss. 320–22. Den gode besvarelse vil uttrykkelig presisere at dette er noe annet enn å se språklige uttrykk som pretenderer å uttrykke noe normativt, som beskrivelser av våre følelser. Det siste vil være et kognitivistisk standpunkt; se RF ss. 266–67, inkludert figuren.

Også her gjelder at disse henvisningene ikke kan leses antitetisk, siden selve spørsmålsstillingen er så innvevd i IV B gjennomgående.

*Spesielt om den skandinaviske rettsrealismens forhold til utilitarismen*

Når det særlig gjelder den skandinaviske rettsrealismens forhold til utilitarismen, kan det være grunn til å understreke følgende: Det vesentlige i begrunnelses-perspektivet i RF og i oppgaven, er at den skandinaviske rettsrealisten bestrider at det er noe mer å diskutere hvis man er enige om faktum og logikk.

(Under «faktum» går også hvilke konsekvenser det ene eller andre alternativ har. Med «logikk» tenkes på formell logikk, først og fremst kontradiksjonsprinsippet, dvs. at vi ikke motsier oss selv.) Hvis vi da fremdeles er uenige om normative spørsmål (hvordan vi skal handle, hvilken regel som er best, osv.), så har vi ikke noen fornuftsmessige ressurser for å løse uenigheten.

I forhold til tortur-spørsmålet vil da den skandinaviske rettsrealisten kunne håpe på at eventuell uenighet vil falle bort når man rydder bort ev. selvmotsigelser samt ser på fakta, herunder hvilke virkninger den ene eller andre ordning har. Men den skandinaviske rettsrealisten har ikke noe kriterium for normativ holdbarhet, slik som utilitaristen hevder å ha i nyttekalkylen, eller en kantianer hevder å ha i Det kategoriske imperativ og rettsprinsippet.

Forholdet mellom den skandinaviske rettsrealisten og utilitaristen kan også belyses ved å se på forskjellige argumenters rolle i deres anvendelse av sine synspunkter.

Forholdet til *konsekvensbetraktninger*: Forfattere som går under navn av skandinaviske rettsrealister – f.eks. Alf Ross og Torstein Eckhoff – argumenterer rent faktisk ofte i utstrakt grad gjennom konsekvensbetraktninger. Hvori ligger da forskjellen fra utilitaristene? Forskjellen ligger i at hvis vi etter å ha sett på konsekvensene, fremdeles er uenige om den normative konklusjon, så vil den skandinaviske rettsrealisten si at det ikke er mer å diskutere, mens utilitaristen vil anvende nyttekalkylen.

Forholdet til *andre argumenttyper*: Forøvrig vil det ofte vise seg en forskjell før vi har kommet dithen at vi har sett på alle konsekvensene, idet den skandinaviske rettsrealisten rent faktisk ofte vil se på mange andre typer argumenter enn konsekvensbetraktninger, f.eks. hensynet til utbredte retts- eller moraloppfatninger.

Det er grunn til å understreke at dette er rent faktiske kjennetegn ved argumentasjonen til forfattere som går under navn av skandinaviske rettsrealister, f.eks. Ross og Eckhoff. Det ligger ingen nødvendighet i den skandinaviske rettsrealismen vedrørende hvilke argumenter vi skal se på. Dette er en viktig forskjell fra utilitarismen, som jo nettopp kjennetegnes ved at ingen argumenter skal tas i betraktning som ikke kan uttrykkes som konsekvensargumenter: se RF f.eks. ss. 325–26, 339, 341.

## **Momenter til karaktersettingen**

Oppgave 1 ligger meget sentralt i pensum, i læreboken til exfac og i undervisningen; se gjennomgangen ovenfor.

Oppgaven skulle være tilstrekkelig spesifisert til å hjelpe studentene på vei, og den åpner rom for den gode kandidat til å gå i dybden. Som ved oppgaven gitt våren 2006, har det vært et mål at de enkelte deloppgavene skal belyse hverandre, slik at oppgaven gir tilstrekkelige ledetråder for alle som har vist vilje til å jobbe med læringsstoffet. Oppgaven må på denne bakgrunn sies å være meget sentral og med middels vanskelighetsgrad.

Den mest sentrale deloppgave er 1a. Og herunder igjen ligger vekten på det første spørsmålet i 1a, : «I rettsfilosofien bruker man uttrykket «rett og praktisk fornuft» som et kortfattet uttrykk for en problemstilling. Gjør rede for hva denne problemstillingen går ut på. Gjør herunder rede for skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier.» – Læringskravene fordrer god forståelse av denne spørsmålsstillingen; og framstillingen i RF ss. 259–69 er tilstrekkelig konsentrert og nyansert til at det både er godt grunnlag for den teoretisk sterke til å skrive godt og grunnlag for den teoretisk mindre sterke til å levere en tilfredstillende besvarelse. Merk i denne sammenheng muligheten for å levere en figur. En god figurlig oversikt kan vise god innsikt selv med relativt knappe kommentar. På den annen side: Foreligger hverken skikkelig drøftelse

eller en tilfredstillende skjematisk oversikt, så må vi konstatere at besvarelsen svikter på et helt sentralt punkt i pensum.

I forhold til oppgavene 1b og 1c, må det kreves at studentene plasserer de siterte argumentasjonene riktig i forhold til utgangspunktet i oppgave 1a. Feiles det her, ligger besvarelsen tynt an i sin helhet forsåvidt gjelder oppgave 1.

Når det gjelder redegjørelsen for hovedforskjellene mellom argumentasjonsmåtene presentert under oppgavene 1b og 1c – noe som igjen går tilbake til hovedforskjellene mellom de tre hovedposisjonene presentert under oppgave 1a – så må kreves noe mer enn korte bemerkninger om «ikke diskuterbart» (skandinavisk rettsrealisme), «konsekvensorientert» (utilitarisme), «menneskets egenverdi» (kantiansk rettsfilosofi) e.l. For en A må kreves at besvarelsen får fram de prinsipielle forskjeller. Det er ikke nødvendigvis slik at drøftelsen må strekke seg over mange spalter. Det er mer et spørsmål om å se de springende punkter. Eksempelvis vil en drøftelse som nøyer seg med å karakterisere utilitarisme som konsekvensorientert tenkning, måtte anses som meget svak. Se veiledningen ovenfor.

Det må understrekes at dette er momenter. De konkrete formuleringer i den enkelte besvarelse blir selvfølgelig avgjørende for bedømmelsen.

## 4. Oppgave (2): Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen

### Generelt om oppgaven

Læringskravene i pensumdel B lyder som følger:

*«Det kreves kjennskap til noen hovedtrekk i debattene om rettens polycentri og rettens internasjonalisering (overnasjonalitet, globalisering).»*

Pensum er Inger Johanne Sand, 'Rettslige utviklingslinjer: Noen utviklingslinjer i retten og i forholdet mellom rett og samfunn'.

Rettens polysentri er behandlet i Sand, kap. 2 (ss. 12–17, men pagineringen kan variere noe alt etter hvilket opptrykk man bruker). Kapitlet har overskriften Rettslig pluralisme og rettens polysentri. Rettens internasjonalisering er behandlet i Sand, kap. 3.

#### (a) Hva forstår vi med rettens polysentri? Gi eksempler.

Det er antakelig uheldig å forsøke å gi en kort «fasitdefinisjon» av begrepet rettens polysentri i denne veiledningen. Som Sand understreker, har man under uttrykket «rettens polysentri» gjerne tatt sikte på forhold som problematiserer forestillinger om retten som et enhetlig og hierarkisk system. Man kan si at begrepet rettens polysentri fungerer som et «motbegrep» til forestillinger om rettens enhet.

Som ett typetilfelle av rettslig polysentri nevner Sand (avsnitt 2.3):

*«eksistensen av flere rettshåndhevelses- eller sanksjons-instanser (ulike sentra) innenfor ett rettssystem, men med en betydelig grad av autonomi i praksis. En slik delvis autonomi kan for eksempel oppstå ved at saker innenfor et særlig område svært sjelden tas opp ved de alminnelige domstolene (og derved potensielt sett kan korrigeres i forhold til en felles tenkemåte og metode), eller ved at den rettslige reguleringen på et område er svært spesialisert og normalt anvendes av bare et visst sjikt av eksperter. I begge tilfelle kan det skapes en*

*rettslig spesialisering som det kan være vanskelig for andre (jurister og legfolk) å få innsyn i eller kontrollere.»*

Som et annet typetilfelle av rettslig polysentri nevner Sand (avsnitt 2.3):

*«de kombinasjonene av nasjonal, regional og internasjonal rett som vi i dag har på en rekke rettsområder. Internasjonale traktater omfatter nå i økende grad regulering også av områder som tidligere vanligvis har vært regnet som internrettslige, som for eksempel regulering av handel, miljø, visse helse- og sosialrettigheter og grunnleggende menneskerettigheter. Det kan innebære at de samme forhold er regulert ved nasjonal lovgivning og samtidig gjennom europeiske eller andre internasjonale traktater, og at de også håndheves ved de respektive domstoler. EU, EFTA og EMK har tilknyttete domstoler med kompetanse også til å behandle saker som borgerne tar opp (på visse nærmere bestemte betingelser). Det kan derfor foreligge både lovgivning og domstolspraksis på ett område fra flere nivåer av myndigheter. Normalt vil forholdet mellom disse nivåene være rettslig regulert i traktater, men de kan overlappe hverandre, og det kan være uklarheter og gråsoner i forholdet mellom kompetansene. Selv om forholdene mellom nivåene er regulert i traktater og i lovgivning, så vil det kunne utvikle seg ulike tradisjoner for så vel lovgivning som domstolspraksis på de ulike nivåene ... . Dette er for eksempel nærmere drøftet i Rt.2000 s.996 (restskattesaken) med hensyn til forholdet mellom norsk rett og rettspraksis og EMDs praksis.»*

**(b) Kan rettens internasjonalisering gi et eksempel på rettslig polysentri? Hvis ja, forklar hvordan ved hjelp av eksempler. Hvis nei, forklar hvorfor.**

Rettens internasjonalisering er behandlet Sands hefte, kap. 3. Ut i fra drøftelsene til Sand, synes det klart at rettens internasjonalisering må kunne gi et eksempel på rettslig polysentri. Se f.eks. det andre sitatet under spørsmål 2a ovenfor. Se videre særlig det som står om fragmentering av retten og om flere paralelle regimer for lovgivning og håndhevelse i Sand, kap. 3:

*«For det fjerde innebærer internasjonaliseringen av retten, i de former som den nå har, en form for fragmentering av retten. I de nasjonale rettssystemene skjer det en kopling mellom de ulike rettsområder gjennom konstitusjonen, felles domstoler og en felles juridisk metode. Internasjonal rett (i vid forstand) kan i dag neppe betegnes som ett rettssystem, og den har ingen felles konstitusjon. Den folkerettslige sedvane gjelder i konflikter mellom stater, men materiellrettslig består den internasjonale rett av en rekke ulike traktater som i svært mange tilfelle har egne regler for prosedyre og eventuelt håndhevelse og konfliktløsning, se ovenfor om antallet av internasjonale domstoler og håndhevingsorganer. Den internasjonale domstolen i Haag dømmer bare i visse saker. Det betyr at mange traktater om for eksempel handel, menneskerettigheter og miljø, reguleres og håndheves hver for seg gjennom egne organer internasjonalt. Det betyr igjen at det kan utvikle seg ulik fortolkningspraksis om sentrale rettslige begreper og om bestemmelser i generelle folkerettstraktater i de ulike håndhevelsesorganene. Det kan for eksempel utvikle seg nokså ulike syn på tolkning og relevans av grunnleggende*



menneskerettighetsbestemmelser i relasjon til de ulike sektor-traktater. De enkelte traktatene er utformet for å ivareta spesifikke og definerte hensyn. Forhold som forhindrer realiseringen av den enkelte traktats formål, kan bli nokså skjevt eller mangelfullt behandlet. For eksempel kan visse handelshindringer, etter handelstraktatene, være i strid med formålet om en fri handel. Reguleringer om beskyttelse av helse og miljø kan ansees som slike hindre. Handelstraktatene er ikke utformet primært for å ivareta slike hensyn. De kan derfor bli mangelfullt ivaretatt i handels- eller konkurranserettslige saker. Samtidig er beskyttelsen av helse og miljø ikke regulert like effektivt gjennom egne internasjonale traktater. Fragmenteringen kan derfor samtidig innebære en viss asymmetri mellom rettsområdene.

For det femte innebærer internasjonaliseringen at det innenfor flere rettsområder vil eksistere flere parallelle regimer for så vel lovgivning som håndhevelse: – nasjonale, regionale og internasjonale. De regionale og internasjonale nivåene vil kunne være overnasjonalt, transnasjonalt eller internasjonalt regulert. De regionale og internasjonale traktater som har betydning i dag, er resultater av et samarbeid mellom nasjonalstatene. Det vanlige vil være at nasjonalstatene har harmonisert sin nasjonale lovgivning med de internasjonale forpliktelser de har. I dag er det imidlertid knyttet internasjonale organisasjoner og håndhevelsesorganer til flere av de regionale og internasjonale traktatene. Det foregår dermed en selvstendig håndhevelse av flere traktater internasjonalt som det kan være komplisert å harmonisere i forhold til ulike nasjonale rettshåndhevelser.

Dette innebærer at det på ett rettsområde kan foreligge flere relevante lovtekster, dommer og andre rettsavgjørelser fra ulike myndigheter som ikke er koordinerte, og som det kan være motstrid mellom. Medlemslandene av Europarådet er for eksempel forpliktet til å ta hensyn til Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelser herunder å tilpasse sin lovgivning slik at den ikke kommer i konflikt med domstolens avgjørelser. De mange sakene som klages inn for EMD er likevel et tegn på at det løpende kan være uenighet mellom de nasjonale domstolene og EMD med hensyn til tolkningen av EMK. De nasjonale domstolene skal ta hensyn til EMDs praksis når nye saker kommer opp, men fordi hver sak kan være unik, kan også de nasjonale domstoler som har sakene først, bli konfrontert med tolkningsproblemer som ikke er løst i EMDs praksis, jfr. Rt.2000/996. Anvendelsen av internasjonale domstoler på områder der de nasjonale høyesteretter har jurisdiksjon først, vil løpende kunne vise uenigheter mellom dem med hensyn til tolkningen av viktige lovbestemmelser. Formuleringen om at "Høyesterett dømmer i siste instans", gr.l. § 88, kommer derfor i et nytt lys når saker kan klages videre til internasjonale domstoler.»

En kandidat skal argumentere originalt og godt for å kunne konkludere med at rettens internasjonalisering ikke gir et eksempel på rettslig polysentri.

Også andre deler av kap. 2–3 enn de som er sitert ovenfor, er relevante.

## **Momenter til karaktersettingen**

Også oppgave 2 ligger sentralt i pensum og i læremidlene til exfac.

I undervisningen er oppgavens spørsmål i stor grad dekket gjennom forelesninger.

Som i oppgave 1 gjelder også her at oppgaven skulle være tilstrekkelig spesifisert til å hjelpe studentene på vei, samtidig som den åpner rom for den gode kandidat til å gå i dybden. Oppgaven må på denne bakgrunn sies å være sentral og med middels til liten vanskelighetsgrad.

Utgangspunktet er at oppgavene 2a og 2b teller likt i totalvurderingen under oppgave 2. Er én av besvarelsene blank eller klart uakseptabel, så er hele oppgave 2 klart i faresonen til stryk.

## **5. Samlet**

I oppgaven er sagt hva som vil være forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering, nemlig at del (1) vil telle  $3/4$  og del (2) vil telle  $1/4$ . Selv om det her opereres med brøker, så sier det seg selv at den samlede vurdering ikke kan bli matematikk, siden bedømmelsen skjer gjennom bokstavkarakterer, ikke tallkarakterer. Det gjenstår derfor et visst skjønn i helhetsbedømmelsen.

Denne sensorveiledningen er utformet i samarbeid mellom undertegnede og fagansvarlig, professor Svein Eng.

Oslo, 28. november 2006

Christoffer C. Eriksen