

Sensorveiledning JFEXFAC04, høst 2008

1. Innledning

Oppgaven henter stoff fra pensumdel A, rettsfilosofi, og pensumdel B, profesjonsetikk. Dette er sagt i overskriftene i oppgaven, slik at studentene ikke skal lure på hvilke perspektiver oppgaven skal besvares ut ifra.

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

2. Fra rettsfilosofien

2.1. Læremiddel, oppgavetype

Læremidlet som som dekker læringskravene i rettsfilosofi, er Svein Eng, *Rettsfilosofi*, 1. utg. Universitetsforlaget 2007. Heretter refererer jeg til denne som RF.

Begge oppgavene under Rettsfilosofi-delen er bevisst formulert åpent. Med dette har vi tilsiktet særlig to ting:

På den ene side får de kandidatene som har mye kunnskaper anledning til å skrive i dybden og bredden. På den annen side får de svakere kandidatene anledning til å ta utgangspunkt i det de kan og å disponere oppgaven rundt dette.

Dette får fram det beste i kandidatene, samtidig som oppgavetyperen neppe gjør sensuren vanskeligere. Former og grader av styrker og svakheter kommer ikke noe mindre klart fram med denne oppgavetyperen.

For nærmere kommentarer om hva som må med og bør med, se under punktene 2.3–2.4 nedenfor.

2.2. Sammenhengen mellom oppgavene

Oppgave 1 og 2 henger sammen på følgende måte:

Under oppgave 1 skal vekten ligge på retten og dens normer. Under oppgave 2 skal vekten ligge på juristenes utsagn *om* hva som er rett.

Det helt enkle hovedpoenget som må komme fram i besvarelsen, er at mens rettens utsagn – dens normer – alltid er normative, så er et et åpent spørsmål hvilken modalitet juristenes utsagn de lege lata har: Er de deskriptive, er de normative, er de noe tredje?

Det er dette enkle hovedpoeng som *selve sammenstillingen* av de to oppgavene tar sikte på å få fram.

Utover det kreves selvfølgelig betydelig mer under oppgave 1; se under punkt 2.3 nedenfor. Under oppgave 2 er det derimot mindre som kreves, selv om det kan skrives betydelig mer; se under punkt 2.4.

2.3. Nærmere om Rettsfilosofi-delens oppgave 1: Gjør rede for forskjellige typer av normer i retten og for sammenhengene mellom dem.

Læringskrav

Læringskravene av relevans for oppgave 1 er angitt slik:

Det kreves god forståelse av hovedformene for normativitet:

Begrepet Norm

Typer av Normer

Pliktnormer, Kompetansenormer, Kvalifikasjonsnormer

Regler, Retningslinjer, Avveininger («Juristkjønnet»)

Rettigheter

Verdier

RF dekker stoffet særlig i hoveddel II. En del relevant stoff står også i hoveddelene I og III, men *hovedvekten* ligger på stoffet i hoveddel II.

Hvilke nærmere bestemte sider i RF som dekker læringskravene, er angitt her:

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JFEXFAC04/v08/pensumliste.xml>

Denne informasjonen er også sendt ut fra administrasjonen til sensorene.

Talking og avgrensning av oppgaven

I utgangspunktet kunne man kanskje tenke seg å si at verdier og rettigheter faller utenfor oppgaven, jfr. oppgavens ordlyd. Det er imidlertid slik at *rettigheter* kan ses som tekniske hjelpemidler i framstillingen av normene; se RF II 6.2.3 (ss. 149–50) jfr. II 4.2 (ss. 105–07).

Og videre, det er slik at når man skal framstille sammenhengene mellom normene, er *verdier* et viktig begrep. Vi har nemlig mange normer som henviser oss til å avveie verdier: «avveiningsnormer»; se RF II 8.2 (ss. 164–65). For å styre avveiningene, slik at de ikke glir ut i vilkårlighet, opererer vi med en egen type normer: «retningslinjer»; se RF 8.3 (ss. 165–70).

Denne sammenhengen normer – mellom avveiningsnormene og deres retningslinjer – finner vi på alle nivåer i rettssystemet: på rettskildenivået og i forhold til de enkelte rettsregler. Vi kan snakke om «ikke-regelspesifikke» retningslinjer (rettskildelæren) og «regelspesifikke» retningslinjer (retningslinjene som knytter seg til bestemte regler; se RF II 8.3.2 (5) (ss. 168–70).

En virkelig avansert kandidat kan spørre om begrepet rett er uttømt med de positivt praktiserte regler, eller om det i begrepet rett med nødvendighet ligger en uomgjengelig normativitet av fornuftsmessig art – og at det for såvidt er en sammenheng mellom positiv rett og en fornuftsbasert normativitet. Se RF IV B. Det vil imidlertid for nær alle kandidater være uaktuelt å trekke inn dette mulige aspektet av oppgaven, og det må respekteres. Det skal kunne bli en fullgod A på bakgrunn av stoffet i RF hoveddel II.

De enkelte normtyper

Når det gjelder de enkelte normtypene som er nevnt ovenfor, så viser jeg til de kapittelvise framstillingene i RF under hoveddel II.

De sidene i RF som er pensum, gir rikelig stoff til å skrive langt utover den tid studentene har til rådighet. Det er dermed også en viktig del av oppgaven å disponere tiden riktig slik at selve besvarelsen framstår som *balansert i sitt utvalg og vektlegging av emner*.

Det bør kreves av en god besvarelse at den iallefall tar opp pliktnormer, kompetansenormer, avveiningsnormer og retningslinjer. Dertil bør selvfølgelig kvalifikasjonsnormer tas opp. Det *kan* imidlertid tenkes en A-besvarelse uten kvalifikasjonsnormer *eller* uten avveiningsnormer og retningslinjer, såfremt det øvrige er ypperlig og det framgår at forståelsen er meget god. En besvarelse som er sammensatt slik, vil nok imidlertid være en sjeldenhet.

Sammenhenger

Kompetansenormen og den fastsatte norm

Når det gjelder sammenhenger må det kreves at besvarelsen nevner at nye normer kan komme istand gjennom utøvelsen av kompetanse: altså sammenhengen mellom kompetansenormen og den fastsatte norm. Alle drøftelser av fastsatte normers gyldighet gir et eksempel på dette. Om strukturen i denne sentrale form for drøftelse, se RF II 4 jfr. 3.

Avveiningsnormer og deres tilhørende retningslinjer

Videre må det nevnes at avveiningsnormer må ses i sammenheng med deres tilhørende retningslinjer. Se RF II 8 og ovenfor under 'Tolking og avgrensning av oppgaven'.

Koblingsord

Det bør nevnes at rettigheter kan ses som tekniske hjelpemidler i framstillingen av normene, se RF II 6.2.3 (ss. 149–50) jfr. II 4.2 (ss. 105–07): altså sammenhengene mellom normer gjennom rettighetstermer brukt som koblingsord. Se ovenfor under under 'Tolking og avgrensning av oppgaven'.

Definisjonen og den regel som inneholder det definerte ordet

Det bør nevnes at alle kvalifikasjonsnormer henger sammen med de normer som inneholder det ord som defineres. For eksempel kvalifikasjonsnormene (legaldefini-sjonene) i Fvl § 2 kobler seg på de regler i forvaltningsloven som inneholder de ord som defineres i §2.

Positivt praktisert rett og en uomgjengelig fornuftsbasert normativitet

Se ovenfor under 'Tolking og avgrensning av oppgaven'.

2.4. Nærmere om Rettsfilosofi-delens oppgave 2: Er juristers utsagn om hva som er rett («utsagn de lege lata») forskjellige fra rettens normer? Begrunn svaret.

Læringskrav

Læringskravene av relevans for oppgave 2 er angitt slik:

V Jus: Det kreves kjennskap til noen grunntrekk i diskusjonene om jusens karakter, herunder om dens vitenskapelighet og om dens normativitet.

Hvilke sider i RF som dekker læringskravene, er angitt her:

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JFEXFAC04/v08/pensumliste.xml>

Tolking og avgrensning av oppgaven. Nærmere om hva som må og bør med

Som nevnt under punkt 2.2 ovenfor ligger vekten i oppgave 1 på retten og dens nor-mer, mens vekten i oppgave 2 ligger på juristenes utsagn om hva som er rett – og det enkle hovedpoenget som må komme fram i besvarelsen, er at mens *rettens utsagn* (rettsnormene) alltid er normative, så er et et åpent spørsmål hvilken modalitet *juristenes utsagn om retten* har: Er de deskriptive, er de normative, eller er de noe tredje?

Det er tilstrekkelig at kandidaten skriver dette. Dermed sies *at* det er en forskjell og dette begrunnes ved å peke på hvor forskjellen ligger (i modaliteteten).

Dette må med.

Det er samtidig rom for å skrive mer, og en god kandidat vil gjøre det. Stikkordsmessige sammenstillinger som rettjus, i normer–om normer o.l. (RF s. 38), kan danne utgangspunkt for videre utdypninger.

Uansett om kandidatene skriver noe nærmere om sammensmeltet modalitet eller ikke, bør de ha fått med seg overskriften til RF V 3.4 og det spørsmålet som reises der: «*Juristers utsagn de lege lata: deskriptive, normative eller sammensmeltede?*». De bør skrive noe om dette spørsmålet.

En virkelig god kandidat vil skrive nærmere om den mulighet at juristers utsagn om hva som er rett har en sammensmeltet deskriptiv og normativ modalitet; se RF V 3.4. Dette er imidlertid ikke nødvendig for en A-besvarelse. Se det som er sagt ovenfor om hovedpoenget med oppgaven.

3. Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen

3.1. Læremiddel

Læremidlet som som dekker læringskravene i rettsfilosofi, er Inger Johanne Sand, *Rettslige utviklingslinjer*, Unipub.

3.2. Nærmere om oppgaven: Hva kan det siktes til når man sier at retten har legitimitet i dagens samfunn, og på hvilke måter kan vi si legitimiteten påvirkes av rettens internasjonalisering?

Læringskrav

Læringskravene av relevans for oppgave II er angitt slik:

Dette arbeidet [*Rettslige utviklingslinjer*] bortsett fra avsnittene 4.4-4.5 og 6 dekker læringskravene under Del B.

Spørsmålene i oppgaven bør kunne besvares spesielt ut fra kapitlene 3 og 5, men også delvis ut fra kapitlene 1 og 2.

Tolking og avgrensning av oppgaven

Oppgaven bruker formuleringen «Hva kan det siktes til ...» og ikke «Hva mener vi ...» e.l., for å få fram at uttrykket «legitimitet» kan forstås på flere måter. Her er det rom for flere nyanseringer. For eksempel kan det være grunn til å påpeke at ordet «legitimitet» står med ett ben i det normative (er dette normativt holdbart?) og ett ben i det faktiske (er dette akseptert?).

Nærmere retningslinjer for bedømmelsen av denne oppgaven fra prof. Inger Johanne Sand:

Det mest direkte relevante stoffet finnes i heftet om 'Retten utviklingslinjer', kap.5 (ss.39–45) og kap.3 (ss.17–24). Begge spørsmål skal besvares. Begge spørsmål er så vidt generelle at de må kunne besvares på flere forskjellige måter. Det vil si at også andre ting enn det som er trukket frem i pensum, må kunne premieres dersom det vurderes som gode og fornuftige svar. Oppgaven er gitt også for å prøve evnen til argumentasjon i mer allmenne spørsmål om retten. Det betyr samtidig at åpenbart feilaktige, ufornuftige eller lite skjønnsomme svar må det kunne trekkes ganske klart for.

Kapitlene i pensum knytter an til både interne og eksterne teorier om rettens legitimitet (ss.39 flg.). Interne teorier om rettens legitimitet er knyttet til krav om rettslig konsistens og koherens og for øvrig til rettens egne krav om hva en rettslig gyldig argumentasjon er (rettskilde-prinsipper, rettslige grunn-normer eller anerkjennelses-normer). Det kan også vises til at man kjenner forholdet mellom rettslige og andre former for argumentasjon, som for eksempel moralsk eller politisk. Med eksterne teorier om rettens legitimitet forstås i pensum kravet om at lovgivning skal skje ved demokratiske beslutningsprosesser og at retten bygger på grunnleggende menneskerettigheter. Skillet mellom interne og eksterne teorier kan tolkes på ulike måter, og det bør ikke tillegges avgjørende vekt hvordan studentene eventuelt har anvendt dette skillet.

Pensum viser videre til skillet mellom en formelt oppfylt legitimitet og at kravene til at rettens legitimitet i praksis er oppfylt.

Pensum har så en mer utførlig behandling av kravet til legitimitet i forhold til hvordan rettens skapes gjennom lovgivning. Her er det vist til den tyske filosof Jürgen Habermas som har skrevet utførlig om dette. Han viser til at det er en slik prosedural legitimitet som er det mest sentrale kriterium for rettens legitimitet i dag. Rettens legitimitet må begrunnes ut fra hvordan den blir til. Her står demokratiske lovgivningsprosedyrer sentralt. Samtidig vises det til at det derved er et indre forhold mellom kravet til grunnleggende menneskerettigheter (frihet, blant annet som frihet fra integritetskrenkelser, frihet til å ytre seg, delta i valg osv) og kravet til demokratiske og åpne prosedyrer ved lovgivning. Demokratiske prosedyrer krever åpenhet og like muligheter for alle til å delta både i de politiske diskusjoner og i deltakelsen ved valg. Samtidig innebærer dette at vi må akseptere uenighet i moralske og etiske spørsmål, selv om en moralsk og etisk argumentasjon også kan supplere en rettslig. Dette er utdypet ss. 41–44 i pensum.

Lovgivningens demokratiske kvalitet er først og fremst forankret i de demokratiske nasjonalstatenes prosedyrer. Rettens internasjonalisering og europeisering har ført til at viktige elementer ved lovgivningen i dag fastsettes gjennom internasjonale traktater og internasjonale organisasjoners og domstolers beslutninger. Internasjonale traktater som også skal ha internrettslig virkning må også være forankret gjennom dels demokratisk valgte representanters deltakelse internasjonalt og dels gjennom bekreftelse i nasjonalstatlige demokratisk valgte forsamlinger. Likevel kan den demokratiske deltakelse bli mer indirekte, og det kan bli presset gjennom behovet for en internasjonal harmonisering av viktige rettslige normer. Det innebærer at lovgivningens demokratiske kvalitet kan beskrives som utfordret eller som endret ved mer sammensatte og indirekte prosesser. Opp mot det kan det argumenteres for at nasjonalstater samtidig får en økt internasjonal innflytelse som også kan være demokratisk viktig i en verden med mye internasjonal interaksjon på tvers av landegren-sene økonomisk, kulturelt, med hensyn til migrasjon og arbeidsinnvandring osv. (Se nærmere om dette i kap.3) Her vil studentene kunne supplere med sine kunnskaper fra folkerett, konstitusjonell rett og EØS-rett.

En avansert kandidat vil også kunne vise til skillet mellom internasjonal, over-nasjonal og transnasjonal rett og hvordan disse ulike rettslige formene forholder seg til kravet om demokratiske prosedyrer (s.22).

Det er mange viktige sider ved rettens legitimitet som ikke er behandlet i pensum under 'Rettens utviklingslinjer', det gjelder særlig kravene til rettssikkerhet, dom-stolsbehandling, offentlighet og flere andre rettsstatelige prinsipper. Grunnen til dette er at denne delen av ex.fac. handler om «rettslige utviklingslinjer – noen utviklingslinjer i retten og forholdet mellom rett og samfunn». Det er derfor fokus på aktuelle og nyere trekk ved retten. Mange mer klassiske og stabile sider ved retten er ikke behandlet dels på grunn av det nevnte tematiske fokus og dels fordi disse er behandlet andre steder i pensum. Det bør som nevnt ovenfor utvises en viss åpenhet med hensyn til hvordan studentene besvarer denne del av oppgaven fordi rettens legitimitet reflektere flere forskjellige forhold der noen ikke er behandlet i denne del av pensum. En god besvarelse bør imidlertid ha med noe om demokratiske lovgivningsprosessers betydning for rettens legitimitet.

4. Momenter til den samlede karaktersetting

Oppgaven angir at oppgave I teller 3/4 og oppgave II teller 1/4. Dette er nødvendig-vis metaforer, idet karaktersetting aldri vil kunne være ren matematikk. Er retts-filosofi-delen til stryk, er det vanskelig å tenke seg at oppgaven totalt kan bedømmes til bestått. Er oppgave II til stryk, kan man lettere tenke seg at

oppgaven totalt kan bedømmes til bestått.

Svein Eng