

Sensorveiledning JFEXFAC04 vår 2009

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, sammenhengen mellom oppgavene

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

Oppgavene under Rettsfilosofi-delen har to trekk som det kan være grunn til å merke seg. For det første spørres det i spørsmålene (1)(a) og (1)(c) etter forskjeller, dvs. en sammenligning. Det spørres altså ikke først og fremst etter adskilte redegjørelser. For det andre bes kandidatene i spørsmålene (1)(b) og (1)(d) om å anvende de teoretiske synspunktene de har presentert i det foregående spørsmålet, altså de teoretiske synspunktene i henholdsvis (1)(a) og (1)(c).

Oppgavene i del (1) gir de kandidatene som har mye kunnskaper, anledning til å skrive i dybden og bredden samtidig som også kortere besvarelser kan holde godt nivå. *Helhetsinntrykket av forståelsen ut fra de enkelte momenter som er med, er det vesentlige.*

Mer spesielt, i tilknytning til oppgaveformuleringen: Det er helt akseptabelt at besvarelsene under (1)(a) og (1)(c) først gir adskilte redegjørelser og deretter ser på forskjeller. Det må gjelde selv om redegjørelsene er omfattende.

I utgangspunktet er det ingen klare forskjeller mellom de fire spørsmålene i del (1) med hensyn til tidsbruk eller hvor mye det er naturlig å skrive, på hvert enkelt av spørsmålene. Kandidatene bør gis stor frihet til å disponere stoffet slik de selv anser det naturlig. Skulle de komme til å skrive noe under én deloppgave, som strengt tatt er utenfor denne, men relevant i en annen deloppgave, så trekkes ikke for dette i seg selv.

2.3. Nærmere om de enkelte spørsmålene

(1)(a)

Læringskrav

Læringskravene av relevans for oppgave (1)(a) er angitt slik:

A Deskriptivt om likheter, forskjeller og forbindelseslinjer mellom rett og moral

Det kreves god forståelse av de viktigste likheter, forskjeller og forbindelseslinjer mellom rett og moral

B Muligheten av å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettssystemer

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.

Dekning i RF

Stoffet er grundig dekket i RF IV B 3 og 4, se også IV B 5. Videre er stoffet grundig behandlet på forelesninger og kurs.

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.

Til innholdet

Forskjellene mellom utilitaristisk rettsfilosofi og en fornuftsbasert naturrett ut fra Kant kan karakteriseres i flere dimensjoner og på mange måter.

Én hovedforskjell er at mens utilitarismen bygger på en empirisk nyttekalkyle, så vil en en fornuftsbasert

naturrett ut fra Kant bygge på hver enkelts «medfødte» rett til frihet. Om det siste, se RF ss. 373–74 (372–77). Om utilitarismen i den skarpe form den fikk hos Bentham, se RF ss. 317–22. Vedrørende forholdet, se eksempelvis også ss. 342–45.

I det at utilitarismen bygger på en empirisk nyttekalkyle, ligger at for utilitaristen vil spørsmålet om en handlemåte er riktig eller forkastelig alltid være et åpent spørsmål. Utilitaristen kan ikke forby noen handlinger absolutt ut fra handlingens art (RF s. 330 punkt (b): Det finnes intet onde som ikke kan tenkes oppveid av gode konsekvenser). I kontrast til denne tenkemåten vil en fornuftsbasert naturrett ut fra Kant tenke normative skranker ut fra handlingens art, skranker som det aldri kan være begrunnet å bryte.

For en oversikt, se figuren i RF s. 258 med tilhørende tekst. Forøvrig viser jeg til RF avsnittene IV B 3 og 4.

(1)(b)

En viktig motivasjon bak oppgaven er at kandidatene skal erkjenne og diskutere hvordan samme artikkel kan ses som å inneholde både elementer fra en fornuftsbasert naturrett ut fra Kant og fra en utilitaristisk rettsfilosofi.

Art. 8 (1) kan det være naturlig å lese ut fra en fornuftsbasert naturrett. Det vesentlige er at det her uttrykkes en rettighet, en type normativ beskyttelse som i utgangspunktet står betydelig svakere i utilitarismen enn i en fornuftsbasert naturrett.

Art. 8 (2) inneholder på den ene side elementer som mer rendyrket står fram som utilitaristiske, se alternativet «landets økonomiske velferd», og på den annen side elementer som mer rendyrket står fram som kantiansk inspirerte, se alternativet «beskytte andres rettigheter og friheter».

Det siste alternativet minner om Kants rettsprinsipp. Grunntanken i dette prinsippet er at den enkelte har frihet til å skape sitt liv i den utstrekning denne frihet fra andres valg og tvang er forenlig med en tilsvarende frihet for enhver under en allmenn lov, se RF ss. 372–77.

De øvrige alternativer i 8 (2) faller ikke like klart inn under det ene eller annet perspektiv.

Hovedpoenget er som nevnt å se kombinasjonen. De gode kandidatene vil framheve det bemerkelsesverdige spennet innad i samme bestemmelse, mellom de nevnte kriteriene – og reise spørsmålet om hva som blir igjen av friheten som «medfødt» rettighet (menneskerettighet) hvis den må vike for f.eks. «landets økonomiske velferd». De gode kandidater kan skrive mye og nyansert, samtidig som det er mulig å svare rimelig tilfredsstillende i kortere og enklere form.

For en god besvarelse bør det kreves at kandidaten griper tak i de forskjellige deler av teksten i art. 8 og holder de fra hverandre i analysen, slik oppgaven ber om.

(1)(c)

Læringskrav

Læringskravene av relevans for oppgave (1)(c) er angitt slik:

Det kreves *god forståelse* av hovedformene for normativitet:

Begrepet Norm

Typer av Normer

Pliktnormer, Kompetansenormer, Kvalifikasjonsnormer

Regler, Retningslinjer, Avveininger («Juristskjønnet»)

Rettigheter

Verdier

Dekning i RF

Stoffet er grundig dekket i RF II 2, om plikt og pliktnormer, og II 3–4, om kompetanse, kompetansenormer og u/gyldighet. Videre er stoffet behandlet på forelesninger og kurs.

For nærmere angivelse av hvilke sider i RF som dekker læringskravene, se samme lenke som gitt under (1)(a) ovenfor.

Til innholdet

Én hovedforskjell mellom pliktnormer og kompetansenormer er at de første regulerer allerede eksisterende handlingsmuligheter, mens de andre skaper nye handlingsmuligheter. Pliktnormene kan i dette lys kalles «regulative» og kompetansenormene «konstitutive»; se RF s. 91 (jfr. innledningsvis i avsnittet om kompetanse og kompetansenormer, s. 79).

Dette bør stå klart framhevet hos en god kandidat. (Selve poenget kan selvfølgelig formuleres på flere måter.)

Poenget er så sentralt at det av den grunn kan være naturlig å komme med det relativt tidlig. På den annen side, hvis kandidaten velger først å gi en mer utførlig behandling av pliktnormer og kompetansenormer hver for seg, for så å se på forskjeller, så kan det være naturlig at poenget kommer mer avslutningsvis.

Det er naturlig å skrive en del om hver av normtypene siden det ikke er så lett – om mulig overhodet – å framstille forskjellene gjennom en kort definisjon. Det bør derfor sies noe om de enkelte former for pliktnormer: påbud, forbud samt frihet fra påbud og forbud; og det bør sies noe om kompetanse, kompetansenormer og gyldighet. – Noen helt bestemte krav til hva som skal med, er det ikke ønskelig å stille opp. På den ene side kan presisjon oppveie for mange ord; på den annen side kan mange ord vise god innsats og hederlig forståelse, selv om presisjonen ikke er like god. En A skal være mulig for begge typer kandidater.

En god kandidat vil få fram at enhver kompetanse er kombinert med en eller annen pliktmodalitet: Utøvelsen av kompetansen må rent logisk – i egenskap av handling – være enten påbudt, forbudt eller fri. Dette betyr at en kompetansedimensjon alltid er kombinert med en pliktdimensjon. Altså kombinert, ikke identisk; se RF ss. 82–84.

Derimot er det selvfølgelig ikke slik at en pliktdimensjon alltid er kombinert med en kompetansedimensjon. Kompetanse er kun aktuelt ved normfastsettelse og det finnes jo en uendelighet av handlingstyper som ikke er normfastsettelse. Imidlertid, i egenskap av handling vil handlingen alltid tilkomme én av de tre pliktformer (påbudt, forbudt, fri).

(1)(d)

Som under (1)(b) blir kandidaten bedt om å anvende de teoretiske synspunkter i foregående spørsmål i en analyse av EMK art. 8.

Både 8 (1) og 8 (2) uttrykker pliktnormer. Noen nøyer seg med bare å si dette. Andre går videre og peker på nyansene.

For det første har vi at til den enes rettighet – jfr. art. 8 (1) – svarer den andres plikt. Her dreier det seg dels om plikt for andre private, dels kan det være plikter for staten. Hohfelds analyse av rettigheter kan trekkes inn her, se RF II 6.2.2 (ss. 145–49).

For det andre melder det seg pliktspørsmål i forhold til kompetansnormene som uttrykkes i 8 (2). Ett spørsmål er om 8 (2) påbyr eller gir frihet vedrørende utøvelsen av kompetansen når vilkårene for kompetanse er oppfylt.

I forhold til 8 (2) er det viktig å peke på at bestemmelsen uttrykker kompetansenormer. Én motivasjon med oppgaven var å få fram at kompetansenormer gir og avgrensner kompetanse; se RF ss. 86 flg. og s. 91. Vi har altså i denne forstand «positive» og «negative» kompetansenormer. Eksempelvis grl. § 75a er en «positiv» kompetansenorm («hjemmel», som vi ofte sier), mens grl. § 97 er en «negativ» kompetansenorm. Igjen, ordene spiller mindre rolle; realiteten er det vesentlige. Realiteten er at art. 8 er en kompetansenorm i form av en kompetanseskranke, altså en negativ kompetansenorm, i forhold til Stortinget i egenskap av lovgiver.

Folkerettslige drøftelser vedrørende det nærmere innholdet av art. 8 faller utenfor oppgaven, bortsett fra eventuelle eksempler til oppgaven. Det vesentlige er å peke på innslagene og kombinasjonene av plikt og kompetanse; jo flere nyanser som er med vedrørende dette, desto bedre.

3. Veiledning fra prof. Marit Halvorsen til oppgavens del (2), fra profesjonsetikken

Oppgavens deler a og b henger sammen, slik at oppgave (b) ber om utdyping av problemstillinger og synspunkter som de fleste studenter nok har nevnt allerede under (a). Hensikten med å knytte spørsmålet i (b) til utdragene fra Advokatforskriften og Retningslinjer for forsvarere, er at kandidatene skal gå inn i tekstene og tolke dem og på den måten konkret vise hvordan forventningene til og grensene for yrkesrollene kommer til uttrykk.

Særlig om oppgave (a): Begrepet 'rollemoral' brukes gjennomgående i begge de to læremidlene i profesjonsetikk: Andreas Føllesdal: 'Å fremme rett og hindre urett: Om juristetikk' (i det følgende referert til som Føllesdal) og Vidar Halvorsen: 'Profesjonsetikk, rollemoral og allmennmoral' (i det følgende referert til som Halvorsen).

Ingen av arbeidene gir en egentlig definisjon. Begrepet tas for gitt. Mange formuleringer måter er tenkelige. Siden termen «rollemoral» så sterkt er forklarende i forhold til begrepet, vil vel alle kandidatene klare å formulere det vesentlige: nemlig at det er snakk om moralnormer knyttet til en rolle.

Både Føllesdal og Halvorsen gjør rede for Lubans modell for begrunnelse av en særegen rollemoral, se Føllesdal, ss. 8–9, Halvorsen, ss. 8–9. Noen vil derfor kanskje skrive om dette. Det kan imidlertid ikke kreves, siden man kan si at Lubans modell ikke så mye definerer et begrep rollemoral, som stiller opp en modell for begrunnelse av rollemoralen. Det er imidlertid et pluss om kandidatene evner å trekke inn dette

stoffet til klargjøring av begrepet rollemoral.

Som ledd i definisjonen av rollemoral bør også sies noe om begrepet rolle. Men ut fra pensumdekningen kan det ikke kreves noe særlig her; se eksempelvis de knappe merknader i Halvorsen s. 8. Ofte er det naturlig å nevne eksempler som ledd i en definisjon. Den gode kandidat vil imidlertid kunne utdype sin besvarelse ved å gå litt inn i rollebegrepet, og forklare det som et sett av normer, eventuelt som et sett av normative forventninger som det også er vanlig å si i samfunnsvitenskapelig litteratur. Videre problematiseringer kan tenkes og bør honoreres. Men dette er klart utenfor hva som kan kreves.

Neste spørsmål er eksempler på juristroller. Alle bør her klare å nevne de viktigste rollene: forvaltningstjenestemannen, dommeren, advokaten og påtalejuristen. Noe mer refleksjon kreves når oppgaven videre spør om forskjeller mellom rollemoral, individmoral og allmenmoral. Men igjen gjelder at svarene burde være selvfølgelig, siden termene er så forklarende og siden de gjensidig avgrenser hverandre. Alle kandidatene bør kunne få fram forskjellen mellom normer som knytter seg til en rolle (underforstått, som mange individer kan ha), normer som holdes av individet, og normer som inngår i det vi mer diffust kaller «allmenmoral». Pensumdekningen er god, se f.eks. Halvorsen ss. 6–12 og Føllesdal, gjennomgående. Temaet er også behandlet i forelesningene.

Av roller som kandidatene enkelt bør kunne finne fram til, er forsvarsadvokatens og aktoratets særlig nærliggende. Alle bør få fram den klassiske problemsituasjon med forsvarsadvokaten som får kjennskap til bevis for at hans klient er skyldig, se flere av referansene i Føllesdal nevnt ovenfor. Alle bør videre kjenne til det ideologiske utgangspunkt, at aktoratet skal være upartisk og dermed også søke bevis for tiltaltes uskyld; men samtidig bør de nevne at aktoratet nok ofte oppfører seg noe annerledes. Siden kandidatene ikke har hatt prosess, kan det ikke kreves mye i detaljene. Det må tillates at det gjøres feil i beskrivelsen av domstolsprosessen. Det vesentlige er at de profesjonsetiske dilemmaer kommer fram.

Videre bør kandidatene se at også forvaltningstjenestemannen kan stilles overfor dilemmaer, se eksempelvis Føllesdal ss. 17–18. Dertil har vi dommerrollen. De fleste vil nok uten videre legge til grunn at dommeren skal søke sannheten uavhengig av andre hensyn, dette da i kontrast til forsvareren, og også i en viss faktisk kontrast til aktoratet. Siden kandidatene ikke har hatt prosess, kan det ikke kreves at de kjenner bevisbyrdeproblematikken og dermed ser at også dommeren kommer opp i store dilemmaer.

Særlig om oppgave (b): Kandidatene bør se og kommentere at advokatforskriften gjelder for alle advokater, og at Retningslinjer for forsvarere kommer i tillegg. For eksempel gjelder regelen om å fremme rett og hindre urett også for forsvarere. Men forsvarere har dessuten en særlig plikt til å hindre uredelighet, jfr Retningslinjene pkt. 2.4. Kandidater som ser slike forskjeller og knytter dem til rollemodellens ulikheter – advokaten som partsrepresentant i et (forutsetningsvis) likevektig forhold og forsvarsadvokaten som partsrepresentant i en ulikevektig straffeforfølgning – har forstått oppgavens spørsmål. På noen punkter er ordlyden nesten, men ikke helt lik. Dette kan egne seg for videre drøftelser i besvarelsen. For eksempel er det sagt i forskriften at advokaten "bør ikke identifisere seg med sin klient", mens forsvarsadvokaten "skal ikke identifisere seg" med klienten. Denne nyansen åpner for å reflektere over om lovgiver/regelforfatter mener at det er viktigere å sikre at forsvarsadvokaten ikke identifiserer seg med klienten enn at en "vanlig" advokat ikke gjør det, og i tilfelle hvorfor. De særlige henvisninger til menneskerettigheter i Retningslinjene art. 2.1. er tydelig uttrykk for forsvareretikken: Det er bl.a. forsvarerens oppgave – eller, det ligger innenfor

forsvarerens rolle – å bidra til å sikre at straffeprosessen skjer i samsvar med de etiske normer som gjelder for straffeforfølgning i vårt samfunn.

Samlet om (a) og (b): Det er å forvente at besvarelsene på (a) vil skille seg mindre fra hverandre enn svarene på (b), ettersom (a) etterspør kunnskaper som til dels kan hentes rett fra pensum. Spørsmål (b) krever mer av selvstendig opplegg og tenking, og bør derfor kunne skille mellom de gode og de mindre gode besvarelser. Det er ikke bedt om uttømmende sammenligning og drøfting av tekstene; det er tilstrekkelig at kandidatene velger seg ut noen formuleringer. De tenksomme og grundige drøftelser må belønnes. I totalvurderingen av oppgavens del 2 bør vel (a) og (b) telle likt.

4. Momenter til den samlede karaktersetting

Oppgaven angir at oppgave 1 teller 3/4 og oppgave 2 teller 1/4. Dette er nødvendigvis metaforer, idet karaktersetting aldri vil kunne være ren matematikk. Er rettsfilosofi-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.

Oslo, 2. juni/ 17. juni 2009

Svein Eng