

Sensorveiledning Examen facultatum, jus, høst 2011

1. Oppgaveteksten

(1) Fra pensumdel A: Rettsfilosofi

(a) Kan det etableres kriterier til vurdering og kritikk av gjeldende rett? Redegjør for hvordan kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier vil gi grunnlag for å besvare spørsmålet på to ulike måter.

(b) I den grad det kan etableres fornuftsbaserte kriterier til vurdering og kritikk av gjeldende rett, redegjør for hovedforskjellene mellom de kriterier som kan utledes fra henholdsvis utilitarisme og Kants naturrett.

(c) Forutsett at gjeldende rett ikke gir adgang til å bruke forhørsmetoder med karakter av tortur, selv ikke når dette anses nødvendig for å avverge terrorangrep. Vurder dette totalforbudet mot tortur ut ifra både utilitaristisk og Kantiansk perspektiv. Redegjør deretter for hovedforskjellene mellom de to perspektivene.

(d) Hvordan kan henholdsvis utilitarisme og kantiansk naturrett begrunnes?

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

(a) Hva forstår vi med rettens legitimitet?

(b) På hvilke grunnlag kan norsk rett ha legitimitet?

(c) Hvordan kan norsk retts legitimitet bli påvirket av rettens internasjonalisering?

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.

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

3.1 Generelt om oppgaven

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

Hvorvidt det er mulig å etablere kriterier til vurdering og kritikk av gjeldende rett er hovedproblemstillingen i RF del IV B, som har tittelen ”rett og praktisk fornuft”. Ifølge læringskravene fordres god forståelse av problemstillingen ”rett og praktisk fornuft”. I sin helhet lyder læringskravene slik i forhold til oppgavens tema:

“IV Rett og Praktisk fornuft

[...]

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.”

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 4.1.1 (1), 4.1.2, 4.1.4, 4.2–4.3, 4.4.1–4.4.2, 4.5–4.6.4, 4.7.1–4.7.2.

I undervisningen er oppgaven godt dekket: I forelesningene er flere timer i hovedsak viet rett og praktisk fornuft; og flere timer er også satt av til dette i kursopplegget.

3.2 Oppgave 1 (a)

Oppgaven spør etter en redegjørelse for hvordan kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier vil gi grunnlag for to ulike på svar på spørsmålet om det kan etableres kriterier til vurdering og kritikk av gjeldende rett. Basert på lærebokens fremstilling bør studentene få frem at forskjellen mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier er synet på om kriterier til vurdering og kritikk av gjeldende rett kan være fornuftsbaserte. Non-kognitivistiske teorier, som skandinavisk rettsrealisme, kan også forsvare muligheten av kriterier for kritikk og vurdering av gjeldende rett, i den grad kriteriene er forankret i den enkeltes følelser. Det må være et pluss, men ikke et krav, at studentene trekker frem eksempler på vurdering og kritikk som påstås å være forankret i fornuftsbaserte kriterier, og vurdering og kritikk som påstås å ikke være fornuftsbasert.

3.3. Oppgave 1 (b)

Oppgaven inviterer kandidatene til å reflektere over forskjeller mellom utilitarisme og Kants naturrett. Her gir læreboken grunnlag for forholdsvis grundige besvarelser. Kandidatene kan her reflektere over forskjellen mellom på den ene side å vurdere retten ut i fra et nytteprinsipp, lystkalkyler, og empiriske observasjoner, og på den andre siden, det kategoriske imperativ, Kants

rettsprinsipp, frihet og integritet. Hvordan studentene legger opp og disponerer besvarelsen bør være av mindre betydning, så lenge de får frem hovedforskjeller mellom utilitaristiske vurderinger av retten, og naturretslige vurderinger av retten forankret i Kants rettsfilosofi.

3.4 Oppgave 1 (c)

Oppgaven spør etter en vurdering av et totalforbud mot forhørsmetoder med karakter av tortur, ut i fra både et utilitaristisk og Kantiansk perspektiv, og en redegjørelse for forskjellene mellom perspektivene. Oppgaven henger nært sammen med spørsmål 1 (b), og gir kandidatene muligheter for å vise at de kan anvende den relevante teorien på aktuelle spørsmål i praksis. For mye dobbeltbehandling bør unngås, samtidig som kandidatene må stå forholdsvis fritt til å disponere stoff mellom oppgave 1 (b) og 1 (c). Det sentrale må være at kandidatene får frem at utilitaristisk teori ikke ubetinget kan forsvare et totalforbud mot forhørsmetoder med karakter av tortur, mens Kants naturrett gir grunnlag for å forsvare et slikt totalforbud.

3.5 Oppgave 1 (d)

Oppgaven spør hvordan henholdsvis utilitarisme og kantiansk naturrett kan begrunnes. Begrunningsperspektivet er sentralt i læreboken, på den måten at den viser hvordan henholdsvis utilitarisme og Kantiansk naturrett kan begrunnes. Boken peker også på begrunnelsesproblemer ved utilitaristisk teori. Kandidater som evner å presentere hovedbegrunnelse for både utilitaristisk teori og Kantiansk naturrett på oversiktig måte bør premieres. De som også lykkes i å forholde seg selvstendig og kritisk til disse forsøkene på å begrunne normative posisjoner bør få spesielt god uttelling.

3.6 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.

Oppgave 1 (a), (b) og (c) kan karakteriseres som middels vanskelige, mens oppgave 1 (d) er meget vanskelig. I læringskravene er oppgave (a) og (b) mer sentralt enn oppgave (c) og (d). Det kan ikke ventes at alle kandidater skal få noe særlig ut av oppgave 1 (d), men for å få karakteren A bør også denne oppgaven besvares på en god måte. For øvrig må karaktersettingen foretas ut i fra en helhetlig vurdering.

4. Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved Samfunnsutviklingen

4.1. Læremiddel

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

4.2 Læringskrav/Hovedlitteratur

Hovedlitteraturen 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.

Det mest direkte relevante stoffet finnes i heftet om 'Rettsens utviklingslinjer', kap.5 (ss.39–45) og kap.3 (ss.17–24). Alle tre spørsmål skal besvares. Spørsmålene 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.

4.3 Oppgave 2 (a)

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 integritets-krenkelser, 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.

Det vil videre være et pluss, men ikke et krav om kandidatene også får frem at legitimitet dels handler om det normative (hvilke krav som bør stilles til retten for at den skal være legitim), og dels om det faktiske (om retten faktisk etterlevs).

Det bør som nevnt ovenfor utvises en viss åpenhet med hensyn til hvordan studentene besvarer denne del av oppgaven fordi rettens legitimitet reflekterer 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.

4.4 Oppgave 2 (b)

Oppgaven spør etter på hvilke grunnlag norsk rett kan ha legitimitet. Kandidatene inviteres her til å anvende de ulike teoriene om legitimitet på det norske rettssystemet. De bør kunne vise på hvilke måter eksterne teorier kan tilsi at norsk rett er legitim, og i den forbindelse trekke frem hvordan norsk rett både beskytter grunnleggende friheter og rettigheter, samtidig som norsk rett også er et produkt av demokratiske lovgivning. Her har kandidatene mulighet for å trekke store veskler på kunnskap i statsrett. Kandidatene bør også kunne vise på hvilke måter interne teorier om legitimitet kan tilsi at norsk rett er legitim, og herunder trekke frem hvilke krav norsk rett stiller til gyldig rettslig argumentasjon (rettskilde-prinsipper, rettslige grunn-normer eller anerkjennelses-normer). Her har kandidatene også mulighet til å trekke veksler på kunnskap i statsrett og juridisk metode.

4.5 Oppgave 2 (c)

Oppgaven spør om hvordan norsk retts legitimitet kan bli påvirket av rettens internasjonalisering. Kandidatene bør her få frem at rettens internasjonalisering og europeisering har ført til at viktige elementer ved lovgivningen i dag fastsettes gjennom internasjonale traktater og internasjonale organisasjoners og domstolars 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 landegrensene 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, statsrett og EØS-rett.

5. Samlet

I oppgaven er det ikke sagt hva som vil være forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering. Ut i fra pensumdekning og fordeling av studiepoeng bør det legges mest vekt på oppgave 1. Oppgave 2 reiser også sentrale spørsmål i pensum, og bør derfor også tillegges betydelig vekt. Det må likevel bero på et skjønn hvor mye oppgave 2 skal telle.

Oslo, 19. desember 2011

Christoffer C. Eriksen

(sign)