

Sensorveiledning for examen facutatum høst 2014

Oppgave DEL I: Fra pensumdel A: Rettsfilosofien:

I a) Gjør rede for forskjellige typer av normer i retten og for sammenhengen mellom dem.

I b) Er juristers utsagn om hva som er rett forskjellige fra rettens normer? Begrunn svaret.

Veiledning til del I:

Ia)

I læreboken Rettsfilosofi trekkes det skiller mellom tre typer rettsnormer: Pliktnormer, kompetansenormer og kvalifikasjonsnormer. Pliktnormene kan deles inn i forbud, påbud, tillatelser og fritak. Det må forventes at studenten kan beskrive hva hver enkelt normkategori går ut på.

De fire formene for pliktnormer kan videre beskrives ved hjelp av hverandre kombinert med termen «ikke» (slik at et påbud om A, er et forbud om ikke-A, som igjen innebærer at ikke-A ikke er tillatt, som igjen innebærer at det ikke foreligger fritak fra A).

Når det gjelder kompetansenormene, vil disse alltid ha en pliktmodalitet, typisk ved at utøvelsen av kompetanse enten er påbudt eller den kompetente har frihet til å bedømme dette selv. Den gode kandidat vil se at dette innebærer at en kompetansenorm også er en pliktnorm gjennom pliktmodaliteten. Videre vil både pliktnormene og kompetansenormene kunne omskrives til kvalifikasjonsnormer.

Det sondres videre mellom regler og retningslinjer. Studentene må få frem at dette skillet ligger i et annet plan enn skillet mellom pliktnormer, kompetansenormer og kvalifikasjonsnormer, samt få frem hva som kjennetegner hhv. regler og retningslinjer. Det opereres videre i boken med tre former for retningslinjer; retningslinjer om relevans, retningslinjer om retning og retningslinjer om vekt. Enkelte kandidater vil muligens trekke inn begrepet avveiningsregler. Dette er i utgangspunktet regler, men disse inneholder skjønnsmessige vilkår. Avveiningen som må gjøres i tilknytning til disse vilkår, kan i noen grad være styrt av retningslinjer.

Ib)

Dette spørsmål kan besvares relativt kortfattet. Mens rettens normer utgjør alminnelige normer vil utsagn om disse normer i utgangspunktet være såkalte normdeskriptive utsagn. Det vanligste er å anse disse denne type normer som deskriptive utsagn om normer. Enkelte vil kanskje kalle utsagnene for uekte normer.

Det har vært reist spørsmål om disse utsagnene har en sammensmeltet normativ-deskriptiv modalitet, ettersom utsagnene har en deskriptiv komponent i form av beskrivelse av noe utenforliggende, og en normativ komponent i form av ens egen bedømmelse av hva som er den beste løsning. Det kan ikke forventes at studentene kommer inn på det siste poenget da det ikke er eksplisitt tematisert i den anbefalte hovedlitteraturen. Studenter som reflekterer selvstendig rundt dette må imidlertid honoreres for det.

DEL II: Fra pensumdel B: Rett, samfunn og legitimitet

Oppgaven:

II) Forklar hvilke ulike funksjoner i samfunnet en politisk, en rettslig og en etisk argumentasjon har.

Bruk ett eller flere eksempler for å vise de ulike måter å argumentere på, gjerne fra rettspraksis, som krigsforbrytersaken, Rt. 2010 s. 1445, eller Roma-vedtektene for Den internasjonale straffedomstolen, av 17.07.1998.

Veiledning :

Forholdet mellom politisk, rettslig og etisk kommunikasjon er gitt en viktig plass i pensum, og i de forelesningene jeg har hatt. Temaet er behandlet i kompendiet kap.3.5 Rett, politikk, moral og etikk og 4.1 Politisk, rettslig og etisk kommunikasjon. De to kapitlene er lagt ved i sin helhet nedenfor. I kap.3.5 er det skilt mellom moral og etikk, men jeg legger ikke stor vekt på skillet mellom de to. I forelesningene snakker jeg primært om forholdet mellom 'rett, politikk og etikk'. Kap.3 handler om 'Retten som tekst og normativ kommunikasjon' og ulike sider ved retten som tekst. Det er lagt stor vekt på hermeneutisk teori i kap.3.3. Kap.3.5 kommer dermed i forlengelsen av en diskusjon av ulike sider ved retten som tekstlig kommunikasjon. I kap.4 handler det om blikket på retten utenfra: teorier om retten i det moderne samfunn. Her ser man på temaet litt mer utenfra.

Det sentrale i begge kapitler er at det vises til at rett, politikk og etikk er de tre sentrale måtene å kommunisere generelt om samfunnet på, at de kan behandle de fleste tema, og at de har ulike funksjoner og derved supplerer hverandre. Ved å vise til dette får man fram rettens spesifikke funksjon mer tydelig. Samtidig vises det til at de bygger på og viser til hverandre.

Politisk argumentasjon er den åpne og meste formløse kommunikasjon av de tre. Her kan alle interesser, verdier og hensyn tas med i en argumentasjon. I det politiske kan man argumentere fritt for å finne de best mulige løsninger for et problem i samfunnet, og eventuelt for en endring av de relevante rettsreglene. Politisk argumentasjon kan skje både i offisielle institusjoner (Storting, regjering, politiske partier) og i det åpne sivile samfunn. Politisk argumentasjon kan ende i et forslag til ny lov eller endring av lov. Stortingets lovbeslutning er en politisk beslutning, men i en rettslig form. Når en lov er vedtatt, blir den en del av de tekstene jurister bruker for å finne fram til hva retten er. Den vil da kunne inngå i en rettslig argumentasjon. Lovgivningen er en kopling mellom den politiske og den rettslige argumentasjon. Den rettslige kommunikasjon er bundet til bestemte tekster og tolkningen av disse, samt til det som til enhver tid regnes som den eller de rettslige metoder. Tolkningen av en rettslig tekst kan endres innenfor den rettslige kommunikasjon, men ikke lovteksten selv. Kontrakter kan selvsagt endres av partene. Den etiske kommunikasjon angår de mest grunnleggende verdiene i samfunnet. Ivaretagelsen av menneskets verdighet i alle dets former står i fokus. Menneskerettighetene er en sentral referanseramme i forhold til det etiske. Både en politisk beslutning og en rettsligregel eller avgjørelse kan suppleres av en etisk argumentasjon som påpeker grunnleggende forhold knyttet til menneskets verdighet som har relevans for det er besluttet politisk eller etisk. Alle samfunnsborgere kan bidra med en etisk argumentasjon. Det er videre sentralt at enhver kan ha sine etiske eller moralske synspunkter, og skal ha respekt for det, selv om lovgiver har fattet et vedtak som går i en annen retning. Politiske beslutninger og lovgivning samt domstolenes og forvaltningens rettsavgjørelser er til

for å bidra til at samfunnet som helhet presumptivt går i en riktig retning. Det er aksept for at politiske beslutninger er flertallsavgjørelser, og at de respekteres så lenge prosedyrene for slike beslutninger skjer i henhold til normene for demokrati og rettsstat. Man kan godt respektere en lov-beslutning selv om man er uenig i innholdet, også ut fra et etisk ståsted. Det siste kan i siste instans nok begrunne sivil ulydighet, men det er det ikke lagt vekt på i denne sammenhengen. d

Det sentrale i oppgaven er at studentene viser at de forstår hovedinnholdet i de tre begrepene, rett, politikk og etikk, og forskjellene mellom dem, med de ulike funksjoner de har, som ikke er konkurrerende, men supplerende. Dernest må de vise denne forståelsen ved bruk av eksempler. Her er to mulige eksempler nevnt i oppgaven for å hjelpe studentene på vei, men det er selvsagt like bra om de bruker andre eksempler.

DEL III: Fra pensumdel C: Språk og argumentasjon

III) Om utfordringer og målsettinger ved formulering av definisjoner.

Veiledning til del III:

Under oppgave (III) må studentene skille mellom formulering av definiendum (navngivningen, ISB s. 69-71) og formulering av definiens (struktureringen, ISB s. 71-74). Særlig fremstillingen av kravene til formulering av definiens er å anse som krevende, noe som innebærer at de av studentene som gjennomfører oppgaven på en oversiktlig og god måte må få god uttelling for dette. Det er en fordel om det skilles mellom materielle og formelle krav til definiens. Selv om den materielle side av formulering av definiens primært reiser spørsmål av rettspolitisk art, vil de beste kandidatene muligens få frem at det formuleringsmessige også berører borgernes forutberegnelighet og rettssikkerhet. Når det gjelder de formelle krav til definiens, vil de beste studenten muligens skille mellom presiserbarhet, operasjonaliserbarhet og ikke-sirkularitet (ISB s. 73-74).

Alf Petter Høgberg og Inger-Johanne Sand

Vedlegg til veiledningens del II: Tekstene fra kompendiet :

Kap. III Retten som tekster og normativ kommunikasjon

3.5 Rett, politikk, moral og etikk

Rett, politikk, moral og etikk er ulike måter å kommunisere på og ta beslutninger om forhold av generell samfunnsmessig betydning. De fire formene har ulike funksjoner som også utfyller hverandre. De bruker ulike former og prosedyrer, og de er knyttet til ulike verdier og koder. Retten er en normativ form for kommunikasjon som det er gjort rede for foran, se særlig kap.1.2 og 1.3, og det er den kommunikasjons- og argumentasjonsform som brukes når rettslige normer skal formuleres og rettslige problemer skal løses. Politisk kommunikasjon er åpen. Den er både interesse- og verdiorientert, og den er knyttet til en kamp om makt. Politikk er knyttet til argumentasjon. Beslutninger kan tas som kompromisser eller som prinsipielle flertallsavgjørelser. Moral kan knyttes både til en felles samfunnsmessig praksis og til egenskaper hos enkeltindivider. Moral er en felles referanse når vi skal ta stilling til vurderingspregete spørsmål om hva som er et godt liv. Samtidig er moral ofte knyttet til den enkeltes evne til å ta stilling til slike spørsmål på en selvstendig eller autonom måte. Etske spørsmål gjelder prinsipielle verdispørsmål. I rettslige og politiske sammenhenger vil det ofte formuleres etiske problemstillinger når vi kommer til kompliserte eller helt nye spørsmål som vi ikke har klare svar på eller som ligger i et grenseland for hva vi tidligere har utviklet standpunkter for. En viktig forskjell her er at i ethvert moderne samfunn så skal vi kunne diskutere og ta beslutninger innenfor den politiske eller rettslige form i fellesskap, som samfunn, til enhver tid. Flertallsbeslutninger som ellers følger de vedtatte prosedyrer, skal respekteres. Vi følger og respekterer lover selv om vi er konkret uenige i dem. I etiske og moralske spørsmål vil det være en felles diskurs i samfunnet, men samtidig forventes det at enhver tar stilling på selvstendig grunnlag og følger det, så langt det er mulig innenfor de vedtatte lover. Det bidrar til det enkelte individs autonomi og frihet at man kan og skal innta sine egne standpunkter i moralske og etiske spørsmål. Den rettslige kommunikasjon i samfunnet gjelder både dannelsen av rettsregler og anvendelsen av dem. Selv om de fire kommunikasjonsmåtene har ulike funksjoner, så kan de også ha relevans for hverandre. Det kan også være overlappende og flytende grenser mellom dem.

I det moderne samfunn er det et poeng i seg selv at det er flere og ulike måter å kommunisere om samfunns- og verdispørsmål på, og at det er forskjeller mellom disse både i innhold og form. Det er en sentral verdi at uenighet skal kunne komme til uttrykk, og at vi har kjente prosedyrer for hvordan vi diskuterer og for hvordan vi tar beslutninger. Det har også en stor verdi at vi har ulike former for kommunikasjon og beslutninger som også kan være ulike stadier i en prosess. På den ene siden er det viktig at vi har tilgang på diskurser der vi til enhver tid kan diskutere spørsmål prinsipielt og med basis i individuell autonomi. På den andre siden er det viktig at vi har kjente prosedyrer for hvordan samfunnet som helhet kan diskutere og ta beslutninger som vi skal kunne forholde oss til som samfunnets felles beslutninger. De første kan være ideologiske og prinsipielle. De siste kan gjerne også være pragmatiske og kompromissorienterte når det er nødvendig.

Rett og politikk beskrives i noen sammenhenger som motsetningsfylte prosesser. De ivaretar ulike sider ved samfunnsmessige og felles beslutningsprosesser. I moderne samfunn er de avhengige av hverandre. Den politiske delen av en lovgivningsprosess skal være demokratisk organisert og åpen for alle argumenter. I lovgivers vedtak om en ny lov stabiliseres det et politisk standpunkt, og det blir til lov. Loven gir uttrykk for en politisk styring, men når den er vedtatt, er den blitt en del av retten og skal anvendes av borgerne og offentlige myndigheter i henhold til den fortolknings- og rettsanvendelsespraksis som gjelder med legalitetsprinsipp og andre rettsstatlige prinsipper. På den måten ivaretar den politiske og den rettslige delen av en beslutningsprosess ulike funksjoner. De er avhengige av og forutsetter hverandre. En konkret lov kan imidlertid utformes slik at fortolkningsrommet er

større eller mindre. Det kan være ulike syn på hvor detaljert loven skal utformes i sin ordlyd, og hvor mye som skal overlates til juridisk tolkning.¹

Den omfattende offentligrettslige lovgivningen vi har er derfor resultater av politiske og demokratiske prosesser og av juristers arbeid med utformingen av dem. Lover er en av politikkenes mest sentrale virkemidler, sammen med økonomiske ressurser, skattlegging og en offentlig forvaltning. Lovgivningens innhold styres av politiske og demokratiske prosesser. Lovgivningsprosessene kan være preget av konsensus eller av sterk politisk strid. De kan være *pragmatiske forhandlinger* mellom ulike økonomiske og sosiale interesser eller mer tilspissete og prinsipielle diskusjoner. Det kan også være mer *ideelle politisk-etiske* diskusjoner. De kan også involvere diskusjoner om *moralske* spørsmål.² Innenfor de politiske prosesser kan beslutninger tas på de tidspunkter som er politisk opportune. I politikken tas beslutninger ut fra vurderinger om politisk makt. I en lovgivningsprosess vil man ofte følge et bestemt mønster. I Norge utredes sakene av et departement og eventuelt også ekspertutvalg før statsråd eller regjering tar en beslutning om et lovforslag som sendes over til Stortinget med forarbeider. Lovforslag kan imidlertid også fremsettes av Storingsrepresentanter uten omfattende utredningsprosesser. Det er et mål at lovforslag skal være godt og grundig utredet, men dersom det ansees politisk viktig, kan lovforslag behandles raskt.

Det er en viktig del av et demokratisk styresett og en demokratisk basert legitimitet at det ikke bare er demokratisk organiserte valg til lovgivende forsamlinger, men også at det er demokratiske behandlinger i lovgivningsprosessene, og at det er åpenhet, offentlighet og muligheter for kontradiksjon.

Samtidig bruker lovgiver, det vil si regjering og Storting, jurister som rådgivere med hensyn til utformingen av lovgivningen, og det tas hensyn til at lovene skal fungere som rettsregler. Det foretas såkalte lovtekniske gjennomganger av jurister i embetsverket for at lovene skal få en form som fungerer fornuftig rent juridisk. Idet lovene er vedtatt av lovgiver, gjelder de for alle borgerne, og de skal kunne anvendes. De utgjør da en helt sentral del av den *retten* som jurister arbeider med og skal fortolke. Lovene fortolkes og anvendes av jurister ved domstolene, i offentlig forvaltning, ved advokatkontorer osv. Den rettslige kommunikasjonen skjer da innenfor en bundet ramme av de rettskilder og de former for rettslig argumentasjon som er aksepterte. Dersom det foreligger en rettslig problemstilling eller tvist, skal det alltid være mulig å ta en avgjørelse på det grunnlaget som foreligger.

Moralske vurderinger er åpne vurderinger som gjøres på et normativt eller verdibasert grunnlag. Moralske vurderinger kan man gjøre løpende og ikke bare i tilknytning til avgjørelser som skal tas. Hvert individ kan gjøre seg sine moralske vurderinger på basis av sin individuelle autonomi.³ Det er med på å sikre vår individuelle autonomi og frihet. Retten er et felles normsystem. Det skapes gjennom felles prosedyrer, beslutninger og vurderinger. Et individ kan være uenig i rettsreglene, men dersom retten er blitt til ut fra prosedyrer vi aksepterer, som de demokratiske og rettsstatlige, så vil vi normalt også akseptere resultatene som gjeldende rett selv om vi er konkret uenige i resultatet. Det er også i en viss forstand med på å sikre vår frihet at vi har et felles rettssystem som er skapt ut fra demokratiske prosesser, som er med på å sikre en felles normstruktur og de rettslige frihetene vi har, og som også sikrer en rettslig og uavhengig måte å løse konflikter på. Borgerne kan være uenige om konkrete moralske spørsmål, samtidig som det er en enighet om de grunnleggende prosedyrer for å diskutere moralske og politiske spørsmål.

Etiske problemstillinger gjelder noen av de grunnleggende verdimeslige og prinsipielle spørsmål om hvordan samfunnet skal organiseres og livet leves. Etiske spørsmål har også vært definert som de grunnleggende spørsmål som ligger i et grenseland i forhold til

¹ Se diskusjonene om rettsliggjøring, NOU 2003: 19, kap.3 og 6.

² Jürgen Habermas, *ibid.*, 1996, kap.4.2.

³ Neil MacCormick, "Institutions of Law", 2007, kap.14, "Positive Law and Moral Autonomy".

de spørsmål vi har klare kunnskaper eller faste sosiale praksiser for.⁴ Det kan også være nye spørsmål som kommer opp fordi vi har fått nye kunnskaper eller teknologier hvis anvendelse reiser nye og prinsipielle spørsmål som vi ikke har klare svar på ut fra de kunnskaper vi har. En gruppes eller et samfunns fellesskap tydeliggjøres ved at man deler noen etiske normer eller forståelser. Det gir gruppen identitet.⁵ Intersubjektive eller felles prosesser om hva de etiske normer eller verdier skal være, er også med på å skape identitet, og det gjør det mulig kontinuerlig å kritisk vurdere de etiske normene man har opp mot nye kunnskaper, erfaringer og vurderinger.

Det er ikke noen enkel definisjon på hva etiske problemstillinger er. Det kan også forandre seg over tid. Det sentrale er at etikken peker på noen grunnleggende og verdiorienterte problemer i samfunnet og i forhold til hvordan vi lever våre liv. Etikken viser også til en bevissthet om at retten og loven ikke nødvendigvis regulerer det hele, og at jurister må ha med seg en bevissthet om at det kan være viktige problemstillinger på et område selv om de ikke er rettslig regulerte. Det kan handle om verdimeslige spørsmål som er generelle og grunnleggende og som det ikke har vist seg mulig å nedfelle i faste regler, eller der området er regulert et stykke på vei, men der det er problemstillinger som ikke er regulerte fordi det ikke har vist seg mulig å regulere dem gjennom generelle rettsregler som det er blitt tilstrekkelig enighet om.

Medisinsk etikk er blitt et stadig viktigere område dels fordi nye teknologier skaper nye behandlingsmuligheter, men som det kan være nye risikofaktorer eller smertefulle behandlinger knyttet til. Det er for eksempel viktige etiske spørsmål knyttet til hvordan pasientene blir informerte om smertefulle og/eller risikable behandlinger, og hva slags behandlinger som over hodet kan tilbys. Disse problemstillingene har også viktige rettslige sider. Pasienters rett til informasjon og til selvbestemmelse om behandling er en viktig del av dette. Vanskelige etiske og rettslige problemstillinger oppstår når pasienten ikke er ved bevissthet, og legene må ta avgjørelser om behandling. Det kan også være vanskelig å avgjøre hva det overhodet skal kunne informeres om. Genteknologi kan i dag gjøre det mulig å få informasjon om hvilke sykdommer man er genetisk disponert for å få. Dersom det ikke foreligger behandlingsmuligheter, vil mange i dag vurdere det som uetisk informere om de genetiske disposisjonene for sykdommene.

Det er også etiske problemstillinger knyttet til hvordan vi opptrer som jurister, det vil si som advokater, dommere, saksbehandlere mv. En problemstilling kan være hvordan man gir råd på områder som kan være rettslig uklare, og hvilken plikt man har til å få frem alle rettslig relevante argumenter i en sak, satt opp mot det å være en partsrepresentant. Skal en advokat bare være partrepresentant eller også forsøke å se saken i et videre perspektiv? Hvor langt kan en advokat gå i å belaste sin klient med regninger når parten rettslig sett har små sjanser til å nå fram?

Kap. IV Blikk utenfra: Teorier om retten i det moderne samfunn

4.1 Politisk, rettslig og etisk kommunikasjon

I kapitlene foran er det vist til at retten i den form vi kjenner den i dag i det moderne samfunn og gjennom en historisk utvikling, bygger på eksistensen av *grunnleggende menneskerettigheter, demokratisk lovgivning, kontraktsformen og en rettsstat* med uavhengige domstoler. Alle disse fire faktorene kan betegnes som sentrale verdier og institusjoner i det moderne samfunn. Alle fire er basert på noen grunnleggende verdier, og de er utviklet videre over tid gjennom mer presise og detaljerte rettsregler som også bidrar til å skape de

⁴ Niklas Luhmann, "The Code of the Moral", i Cardozo Law Review, vol.14,1993.

⁵ Jürgen Habermas, *ibid.*, 1996, kap.4.2.2.

institusjoner og de konkrete organisasjoner der verdiene kommer til uttrykk og anvendes som for eksempel domstoler og demokratisk lovgivende forsamlinger. Gjennom de grunnleggende verdier om demokrati og rettsstat skapes det også sammenhenger mellom de mange enkeltregler som har utviklet institusjonene videre. Slike grupperinger og gjentakelser av noen regler og verdier har også vært betegnet som ”normative mønstre”.⁶ Institusjoner som, for eksempel, stat, lovgivende forsamling, domstoler, velferdsstat, påtalemyndighet, miljøvern og marked består av en rekke forskjellige enkeltregler, og de refererer til flere verdier. De vil derfor fortløpende kunne endres gjennom politiske og rettslige beslutninger om større og mindre forhold.

Slike grunnleggende institusjoner i samfunnet som domstoler, lovgiver osv er både utviklet ut fra noen grunnleggende verdier og formet videre gjennom en historisk og kompleks utvikling. De vil derfor ha en noe forskjellig utforming i ulike land, og nasjonalt og internasjonalt. Det er sentralt for slike institusjoner i det moderne samfunn at de kan håndtere de ulike interesser i samfunnet og konflikter mellom disse.

Politikk og *rett* er de to sentrale, godt definerte og institusjonaliserte måter å kommunisere på og ta beslutninger på som skaper ny lovgivning, og som brukes i de institusjonene som er nevnt ovenfor. Politiske og rettslige beslutninger er de sentrale virkemidlene som offentlige myndigheter har, ved siden av de økonomiske, til å iverksette politiske tiltak og reformer i samfunnet. Det er helt avgjørende for et komplekst og vel utviklet moderne samfunn med mange ulike verdier og interesser at det har institusjoner og beslutningsprosesser som skal gjelde for hele samfunnet, og som kan forholde seg til både grunnleggende og mindre konflikter i samfunnet, og som kan tematisere og sette i gang reformer på tvers av ulike interesser.

Gjennom *politisk kommunikasjon og beslutninger* skapes det løpende ny lovgivning. Når lovene er vedtatt etter de konstitusjonelle regler som gjelder, blir de en del av retten. Gjennom *rettslig kommunikasjon* tolkes og anvendes retten. Politiske prosesser er frie og åpne i sitt innhold. Når sagt alle argumenter og ideer kan inndras i diskusjonene. I regjeringen, departementene og i Stortinget er de politiske prosessene – som prosesser og ikke i innhold – et stykke på vei regulert av regler i Grunnloven og i andre lover og av formelle rutiner og praksis som er utviklet over tid. Rettslige kommunikasjonsprosesser er i større grad knyttet til de rettslige kilder som eksisterer: - Grunnloven, lovgivning, rettspraksis, forarbeider, kontraktspraksis, forvaltningspraksis mv, men også til relevante verdier og hensyn og de former for rettslig argumentasjon som er utviklet. Rettslige vurderinger og beslutninger er derfor langt mer bundet både i form og i innhold enn de politiske beslutningsprosessene. Lovgivningsprosessene og lov-vedtakene kan betraktes som en form for kobling mellom de politiske og de rettslige prosessene.

I utgangspunktet kan *politiske og rettslige kommunikasjoner* handle om de fleste forhold i samfunnet som det er behov for å ha en felles kommunikasjon, tas beslutninger og løse konflikter om. Individuer, private organisasjoner og bedrifter og offentlige myndigheter deltar i den politiske og rettslige kommunikasjonen i samfunnet, men fra ulike ståsteder og ofte på ulike måter. Politiske og rettslige kommunikasjoner og beslutninger er knyttet til statlige myndigheter og institusjoner gjennom de kompetanser som er gitt i Grunnloven og i medhold av annen lov. Privatrettslige aktører anvender avtaler og kontrakter. Når beslutninger i medhold av Grunnlov og lov tas av statlige myndigheter har de en viss autoritet ut fra det organ som har fattet beslutningen: Kongen i statsråd, regjeringen, departementet, Stortinget, Høyesterett, og også forvaltningsorganer, fylker og kommuner mv. Private individer,

⁶ Anna Christensen, ”Konflikt eller harmoni. Två normativa strukturer”, manus, Lund, 1987; Jürgen Habermas, ”Tre normative modeller for demokrati”, i ”Deliberativt demokrati”, red. Erik O.Eriksen, Oslo: Tano, 1995; Inger-Johanne Sand, ”En skisse til tre rettslige statsmodeller: Rettsstaten, forvaltningsstaten og nettverksstaten”, i ”Styring av kompleksitet”, Bergen: Fagbokforlaget, 1996.

selskaper og organisasjoner regulerer også forholdet mellom hverandre i avtaler og tar en rekke beslutninger på vegne av seg selv.

Ved siden av politiske og rettslige vurderinger og beslutninger kan man nevne *etiske og moralske refleksjoner, vurderinger og beslutninger*. Som nevnt foran er det vanskelig å gi en nøyaktig definisjon på hva det etiske er, se kap.1.8 og 3.5 foran. Etikk er knyttet til en grunnleggende respekt for hvert enkelt individ og dets fysiske og psykiske integritet, og hvordan det så er mulig å utvikle felles normer og verdier med denne respekten intakt. På mange områder av retten vil lovgivning, rettsanvendelse og kontraktsregulering uunngåelig innebære utøvelse av en form for sosial makt overfor andre. Det er en forutsetning for dannelsen av samfunn. Samtidig kan retten på noen områder derfor også nærme seg grensene for overtredelse av den gjensidige respekt mellom individer som er nødvendig. Etisk refleksjon er ofte et forsøk på å si noe om disse grensene. Reglene om pasientrettigheter i helsevesenet og kravet til samtykke ved medisinsk behandling kan for eksempel sies å være begrunnet i en slik etisk refleksjon. Etiske refleksjoner kan også supplere rettslige vurderinger og beslutninger når den øvrige relevante rettslige argumentasjon kan virke utilstrekkelig eller uholdbar for det saken gjelder. Etikken bidrar til å sette noen grenser for hva vi kan beslutte noe om på et rettslig grunnlag.

Politikk, rett og etikk er dermed sentrale og systematisk ulike måter å kommunisere på og ta autoritative beslutninger om ulike forhold i samfunnet. Samtidig skaper de ulike funksjonene som de har, også sammenhenger mellom dem. En beslutning skal ofte igjennom en politisk fase, en etisk kritikk og en rettslig form. De tre ulike måtene å kommunisere på kan også skje parallelt og kontinuerlig. Både lovforslag og vedtatte lover kan utsettes for etisk kritikk. Måten de politiske og de rettslige beslutningsprosessene skjer på, kan ha stor betydning for hvordan samfunnet fungerer. I konstitusjoner og lover er det laget mange regler og skapt institusjoner for hvordan politiske og rettslige beslutninger skal tas, og som derfor setter grenser for bruken av politisk og rettslig makt. Politiske og rettslige beslutningsprosesser utfordres likevel hele tiden av nye situasjoner og nye problemer som det skal tas beslutninger om. Etisk argumentasjon og kritikk er per definisjon ikke institusjonalisert og regelfestet på den måten som en lovgivningsprosess er, men det er kommet også lovregulerte former for etiske vurderinger på noen områder av samfunnet.⁷ Det er derfor viktig å ha en forståelse for hva politikk, rett og etikk er slik at vi kan reflektere over hvordan vi utvikler rettsanvendelsen og den rettslige praksis. Det er utviklet mange teorier om politikk og rett og om forholdet mellom disse i vår tid, og om etikk. Noen slike teorier skal kort presenteres her.

To av de mest innflytelsesrike rettsteoretikere i Europa i de siste førti år har vært Jürgen Habermas (1928 -) og Niklas Luhmann (1927-1998), begge tyske. Habermas er en normativ filosof. Luhmann var jurist og rettssosiolog. De har begge vært preget av Europas utvikling i tiden etter andre verdenskrig og med utviklingen av moderne velferdsstater og ambisiøse kunnskapssamfunn. Begge har bidratt til å utvikle teoriene om det moderne samfunn som *funksjonelt og kommunikativt differensiert*, men de har utviklet dette videre i ulike retninger. Når det sies at det moderne samfunn er funksjonelt og kommunikativt differensiert så menes det at samfunnet er basert på flere ulike verdier og på flere ulike typer av virksomheter og oppgaver som er nødvendige for økonomier med en høyt oppdrevet grad av spesialisering mellom by og land og mellom ulike stater og regioner i verden. Moderne samfunn har ikke bare høyt utviklete og spesialiserte politiske og rettslige institusjoner, men også tilsvarende spesialiserte økonomiske og vitenskapelig baserte kommunikasjoner og institusjoner. Økonomiske og kunnskapsmessig spesialiserte systemer vil tendere til å utvikle ulike interesser, verdier og hensyn ut fra de ulike bidrag disse gir til samfunnet og kan derfor

⁷ Se lov av 30.juni 2006 nr.56 om behandling av etikk og redelighet i forskning

trekke samfunnet i ulike retninger selv om samfunnet også er organisert som én stat med én samlet lovgivende forsamling. Det økonomiske markedet, vitenskapene, religion, kunst, massemedier, politikk og rett ivaretar alle ulike funksjoner i det moderne samfunn. Kommunikasjonen fra de aktører som ivaretar disse virksomhetene, preges av det. Luhmann har vært opptatt av hvordan denne kommunikative og institusjonelle differensieringen preger retten i det moderne samfunn. Habermas har vært opptatt av hvordan samfunnet på tross av denne differensieringen kan skape felles lovgivning og andre beslutninger, og av hvordan slike samfunnet kan skape felles beslutninger som oppfattes som legitime. Luhmann skriver ut fra en sosiologisk og en rettssosiologisk interesse. Habermas skriver mer ut fra en normativ og filosofisk interesse. De to har skrevet to av de mest innflytelsesrike verk om retten i det moderne samfunnet i den senere tid. Habermas utga i 1992 boken "Faktizität und Geltung" (på engelsk i 1996 "Between Facts and Norms"). Luhmann utga i 1993 boken "Das Recht der Gesellschaft" (på engelsk i 2005 "Law as a Social System").⁸ Disse rettsteoretiske bidragene har vært med å utvikle teorier om retten som en del av moderne komplekse samfunn. De har bidratt til teorier om: - samfunnets og rettens differensiering og kompleksitet, - retten som både autonom og som en del av samfunnet, og - rettens legitimitet som åpne og deliberative beslutningsprosesser. Noen grunnleggende trekk ved disse teoriene skal kommenteres i det følgende.

⁸ Jürgen Habermas, "Faktizität und Geltung", Frankfurt: Suhrkamp, 1992, (på engelsk "Between Facts and Norms", Cambridge: Polity Press, 1996,) kap.4.1 og 4.2; Niklas Luhmann, "Das Recht der Gesellschaft", Frankfurt: Suhrkamp, 1993 (på engelsk "Law as a Social System", Cambridge: Cambridge University Press, 2005).