

# Sensorveiledning Exfac, jus, vår 2018, oppgaven fra Del A: Rettsfilosofi

## 1. Oppgaveteksten

Vår 2018 - JFEXFAC04

EKSAMENSOPPGAVE

JFEXFAC04 - Examen facultatum rettsvitenskapelig variant

Dato: 6.juni 2018

Tid: 10:00 - 15:00

Det anbefales at de i alt 5 timene som er til disposisjon, fordeles slik at ca 3 timer brukes på oppgavene fra del A og ca 2 timer på oppgaven fra del B.

### **FRA DEL A**

- 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) Dersom vi forutsetter at 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.

### **FRA DEL B**

- d) Hva er rettens, politikken og etikkens funksjoner i en lovgivningsprosess?

Bruk eksempler i drøftelsen. For eksempel ett eller flere av de følgende: utlendingsloven § 28, Grunnloven §§ 104 eller Grunnloven § 112, men også andre eksempler kan brukes. Se bakgrunnsmateriale.

## 2. Innledning

Denne veiledningen er begrenset til oppgaven fra del A: Rettsfilosofi.

Oppgaven er dekket i Svein Eng, *Rettsfilosofi* – i det følgende forkortet «RF» Se særlig RF avsnitt IV B og de sider derifra som er nevnt i læringskravene. (Disse vil straks bli gjengitt.)

Alle henvisninger i det følgende er til RF hvis ikke annet er sagt.

Læringskravene av særlig relevans for oppgaven lyder som følger (A er ikke direkte relevant, men er tatt med for å vise sammenhengen):

### *Rett og Praktisk fornuft*

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

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

Studenten skal ha god forståelse av problemstillingen.

Studenten skal ha kjennskap til følgende tre teoretiske posisjoner i forhold til problemstillingen:

Teorifamilie 1: Den skandinaviske rettsrealismen

Teorifamilie 2: Utilitarismen

Teorifamilie 3: Kantiansk rettsfilosofi

Følgende sider fra RF er angitt til dekning av de nevnte læringskravene:

### *Rett og praktisk fornuft*

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

*B Hvilke muligheter har vi til å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettssystemer?*

- 1 Innledning, s. 249–60
- 2 Skandinavisk rettsrealisme, 2.1–2.4.2, s. 275–293; 2.6, s. 312–14
- 3 Utilitaristisk rettsfilosofi, s. 315–345
- 4 Kantiansk rettsfilosofi, 4.1.1, s. 346–47; 4.1.4, s. 355–56; 4.2–4.4.2 s. 356–364; 4.5 s. 372–77
- 5 Litt om forholdet mellom de tre posisjonene i faktisk forekommende argumentasjon, s. 437–42

Også andre deler av RF kan gi stoff til besvarelsen; arbeidet er systematisk bygget opp rundt et begrunnelsesperspektiv, og i de øvrige deler av arbeidet gis dels endel

henvisninger til drøftelsene i IV B, dels også opplegg til disse drøftelsene. De delene som er angitt ovenfor, utgjør imidlertid kjernestoffet i forhold til oppgaven.

Oppgavens spørsmål er grundig behandlet i forelesninger og på kurs.

Veiledningen er skrevet før sensuren, og må betraktes som foreløbig.

### 3. Nærmere om de enkelte spørsmålene

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.

\*\*\*\*\*

Spørsmålsstillingen er grundig drøftet i RF IV B 1 (ss. 249–60) jfr. IV B 2–4.

Herunder gjøres det rede for spørsmålet om vi rår over en spesifikt praktisk fornuft, dvs. en fornuft som kan erkjenne holdbarheten av normativitet *som* normativitet, dvs. som utsagn som pretenderer å ha en normativt «bindende kraft», en normativ «gyldighet», e.l.

Tenkning som argumenterer for at vi rår over en spesifikt praktisk fornuft, vil representere *kognitivisme i snever forstand*, se RF ss. 255, 256 og gjennomgående ss. 249–60. Mønster tilfellet er kantiansk rettsfilosofi. Om denne spesielt, se referansene i avsnitt 2 ovenfor i denne veiledningen.

For *kognitivisme i vid forstand*, se RF ss. 256–57.

*Nonkognitivisme* vil i én sentral form hevde at hvis vi er enige om empiriske saksforhold og om logisk forhold (om betydningen av våre ord og uttrykk, om at vi ikke motsier oss selv, og om slutninger av formallogisk bindende art), *men* fremdeles uenige om hvordan vi skal handle, så er det ikke noe mer å erkjenne. En eventuell videre diskusjon vil være et spørsmål om retorikk og makt, ikke om erkjennelse og argumenter. Mønster tilfellet er skandinavisk rettsrealisme. Om denne spesielt, se referansene i avsnitt 2 ovenfor i denne veiledningen.

Figuren på s. 258 gir både en oversikt, og en angivelse av vesentlige skiller. Den er sentral også på den måten at den danner et referansepunkt i undervisningen, som vi tar utgangspunkt i og ofte vender tilbake til under drøftelsen av rett og praktisk fornuft.

Kandidatene har dermed mye stoff å ta av i besvarelsen av spm. a). De vesentlige utgangspunkter ligger allerede i RF ss. 249–60, men en god kandidat må også hente stoff fra de tre tankemønstrene som historisk og argumentativt har vist seg å være tre punkter tanken graviterer henimot: den radikalt skeptiske retning representert ved den skandinaviske rettsrealismen; den utilitaristiske tenkemåten; og den kantianske tenkemåten; se referansene i avsnitt 2 ovenfor til stoffet om disse posisjonene. Dette er nødvendig for å gi innhold til begrepene og skillelinjene. Den skandinaviske

rettsrealismen er mønsteret for den non-kognitivistiske retning og må i denne egenskap trekkes inn. Forsåvidt gjelder kognitivismen, bør en god kandidat trekke inn både utilitarisme og Kants rettsfilosofi.

**b)** Dersom vi forutsetter at 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.

\*\*\*\*\*

For utilitaristisk rettsfilosofi, se referansene i avsnitt 2 ovenfor i denne veiledningen.

For kantiansk rettsfilosofi, se referansene i avsnitt 2 ovenfor i denne veiledningen.

Idet jeg viser til disse drøftelsene, skal jeg her nevne enkelte punkter til skillet mellom tenkemåtene.

For én sentralform av utilitarismen er det *alltid et åpent spørsmål* om en handling er normativt holdbar eller ikke. Ingen handling er i seg selv ond; ingen handling kan ut fra seg selv settes til side som normativ umulig (RF bl. a. ss. 318, 320–21, 330)

For én sentralform av kantiansk tenkning er frihet forstått som selvlovgivning den praktisk fornufts startpunkt og sluttspunkt (se referansene i avsnitt 2 ovenfor i denne veiledningen, og se f.eks. ss. 384–86). All normativitet og bindende kraft går i siste instans tilbake til frihet som selvlovgivning (ss. 356–60). Fra dette følger muligheten og realiteten av en *fornuftsbasert naturrett*. – Ethvert individ skal kunne komme til orde (allmenngjørbarhetskravet), dvs. ethvert individ representerer en *skranke* for hva enhver kan gjøre ut fra egeninteresse (egenverdkravet); se RF ss. 360–61. Rettsprinsippet tilsier en rettsundersått en slik frihet i det ytre til å gestalte sitt liv – en slik uavhengighet av andres valg og tvang – som er forenlig med en tilsvarende frihet for enhver under en allmenn lov. Dette er den eneste «*medfødte rettighet*» (RF ss. 372–77).

Her ser vi hovedforskjellen i de to tenkemåter: på den ene side åpenheten for at enhver handling erfaringsmessig kan tenkes å ha slike gode konsekvenser at den dermed kan måtte bli å akseptere; på den annen side en argumentasjon for at vår refleksjon og handling med nødvendighet finner sted i og gjennom frihet, for at frihet må forstås som selvlovgivning, og for at frihet som selvlovgivning etablerer en normativt bindende kraft uavhengig av all erfaring.

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.

\*\*\*\*\*

Spm. c) spør om hovedforskjellene mellom et utilitaristisk og kantiansk perspektiv på et positivrettslig forbud mot tortur «selv når dette anses nødvendig for å avverge terrorangrep».

Besvarelsen av spm. c) vil i stor grad kunne bygge på besvarelsen av spm. b). Også stoff fra besvarelsen av spm. a) vil kunne være relevant, avhengig av hvordan kandidaten har lagt opp sin besvarelse.

Innenfor det stoffet kandidatene leser, er temaet spesielt i spm. c) delvis behandlet i RF ss. 440–42. Jeg viser til det som er sagt der, ved siden av det som er sagt ovenfor under drøftelsen av spm. a)–b).

Opgaven sier vi skal forutsette at gjeldende rett ikke gir adgang til forhørsmetodene. Det må være akseptabelt, og et pluss om en besvarelse spør om eventuelle forskjeller mellom perspektivene for såvidt gjelder juristens rolle. Hvordan skal en jurist opptre i egenskap av saksbehandler i det sivile eller militære byråkrati, dommer i en domstol, jurist i felten, e.l., hvis vedkommende stilles overfor forhørsmetoder som strider mot positiv rett men *påbys* innenfor et utilitaristisk perspektiv? En uvant problemstilling, for vi er vant til å anta at naturretten støtter et forbud mot tortur, og at motstridsproblemer kun oppstår hvis den positive retten hjemler tortur. Men vi kan ikke pr. definisjon eller pr. aksiom utelukke det motsatte innhold; og det gir god mening å anta det motsatte innhold, gitt en utilitaristisk posisjon og gitt visse antakelser om tid til rådighet, den fare som truer, osv. Dermed får vi en spesiell variant av det klassiske spørsmålet om motstrid mellom positiv rett og moral (her en viss form for utilitaristisk tenkning). Dette er avanserte spørsmål og de kan overhodet ikke forventes berørt. Men det bør på den annen side understrekes at en kandidat som formulerer et slikt videregående spørsmål, bør honoreres, og det nesten uansett drøftelsens kvalitet.

## 4. Momenter til den samlede karaktersetting

### *Samlet karaktersetting innad i oppgaven fra del A*

Det avgjørende er at den reelle forståelse og kunnskap er med, ikke om kandidaten plasserer stoffet under det ene eller annet av de tre spørsmål; en dårlig disposisjon er det ingen grunn til å trekke for hvis forståelsen og kunnskapen vedrørende ett av spørsmålene gjenfinnes i drøftelsen av et annet av spørsmålene.

På den annen side, hvis forståelsen og kunnskapen mangler, skal ikke en besvarelse kunne «snakke seg til» bestått. Det skal ikke holde å gjengi passasjer man har lært seg utenat de siste dager før eksamen – uten tidligere å ha studert stoffet eller fulgt undervisning.

### *Samlet karaktersetting i forholdet mellom oppgaven fra del A og del B*

I oppgaven er det ikke sagt noe om forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering. Derimot er det gitt en anbefalt tidsbruk.

Hvis Del A er ikke-bestått, bør i utgangspunktet det samme gjelde hele besvarelsen.

Oslo, 7. juni 2018

Svein Eng

## Sensorveiledning ex fac eksamen våren 2018

### Spørsmålet fra del B

d) Hva er rettens, politikken og etikkens funksjoner i en lovgivningsprosess?

Bruk eksempler i drøftelsen. For eksempel ett eller flere av de følgende: utlendingsloven § 28, Grunnloven §§ 104 eller Grunnloven § 112, men også andre eksempler kan brukes. Se bakgrunnsmateriale.

#### I fagbeskrivelsen for del B er følgende tatt med:

Et hovedemne i denne delen av faget er en forståelse av rettens funksjoner i det moderne samfunn og forholdet mellom retten og de sentrale institusjoner i samfunnet. En sentral del av dette er en forståelse av hva legitimitet er, og hva grunnlaget for den moderne rettens legitimitet kan være. ....Den bygger på at retten skapes gjennom demokratiske lovgivningsprosedyrer og ved at rettssikkerhet er et grunnleggende prinsipp i domstoler og offentlig forvaltning.....

Et annet hovedemne er en forståelse av rettens funksjon i et samfunn der mange, høyt spesialiserte og noen ganger motsetningsfylte formål skal realiseres, og der retten anvendes for å bidra til en slik realisering. Den moderne retten utvikles innholdsmessig i nær kontakt til kunnskaper og vitenskap, nye teknologier, etikk, moral, økonomi og politikk mv. ....En forståelse av forholdet mellom rett og etikk er sentralt for å forstå rettens grenser, i særlig grad i moderne kunnskapssamfunn.

#### I læringskravene til del B under kunnskapskrav og god forståelse er følgende tatt med:

##### Kunnskap

Studenten skal ha god forståelse av følgende emner:

- Den moderne retten som en normativ orden mellom individer, samfunn og stat.
  - Den moderne rettens utvikling. Rettigheter, institusjoner og samfunn. Herunder: Rettsstat, velferdsstat, kunnskapssamfunn, risikosamfunn
  - Retten som tekst og normativ kommunikasjon. Herunder: Rett, språk og hermeneutisk teori
  - Politisk, rettslig og etisk kommunikasjon
- 

Ut fra dette skulle en oppgave om rettens, politikken og etikkens funksjoner i lovgivningsprosesser være et sentralt tema.

#### Hovedlitteraturen for del B er

Inger Johanne Sand: *Rett, samfunn, tekster og legitimitet*, kommer i Unipub 2012 kap.I – VIII, 126 s, herav utgår kap.IV.5, og hele kap.VII og VIII, (106 s. inkludert oppgaver på 6s.)

eller

Inger Johanne Sand: *Rett, samfunn og legitimitet*, Oslo 2017 (167 sider, inkludert oppgaver).

Den siste er den nye læreboken som undervisningen har vært bygget på. Læreboken dekker nok tema noe bedre enn det gamle kompendiet, men de sentrale trekk er de samme, og tema er godt i forelesningene om del B.

I kompendiet er dette dekket særlig i kap.3.5, og 4.1 – 4.3, men kap.4.4 – 4.6 er også relevant. Mye av det som er behandlet i kap.1 og 2 er også relevant som grunnlag for lovgivningens betydning, og for forholdet mellom rett, politikk og etikk. Det gjelder særlig kap.1.2 og 1.3, samt kap.2.2 og 2.6.

I læreboken (2017) lanseres problemstillingen i kap.1.5. – 1.6, og det behandles grundigere i kap.3.5, 4.3.4 og 5.5. Det er mye relevant stoff også i kap.1.7, i kap.2.3 – 2.7, kap.3.2, 3.7 – 3.10. Rettens funksjon er nærmere beskrevet i kap.4.2. Politikken og etikkens funksjon behandles direkte og indirekte i kap.4.3, og i kap.3.7 – 3.10.

Den moderne rettens funksjon gjennomgås i kap.1.5 med vekt på kombinasjonen av rettens autonomi og rettens samfunnsoppdrag. Domstolene representerer viktige trekk ved rettens autonomi og lovgivningen viktige trekk ved rettens samfunnsoppdrag. I kap.1.6 presenteres først de ulike former for kommunikasjon som retten er i interaksjon med når det skapes rett. Lovgivning skapes gjennom politiske prosesser og vedtak. Etter de endelige vedtak i Stortinget (eller i relevante internasjonale organisasjoner) blir lovene en del av det rettslige system. De går fra å være politiske forslag til å bli lover som er en del av retten. Den etiske kommunikasjon kommer i tillegg og ivaretar først og fremst de grunnleggende menneskerettigheter og de verdier de skal sikre, som menneskets verdighet.

Rettens dilemmaer mellom å sikre individene deres rettigheter og autonomi på den ene siden og bidra til samfunnets utvikling med felles lover og strukturer er behandlet i kap.2. Her ligger det mange illustrasjoner av politikken og rettens ulike funksjoner når retten utvikles.

I bokens kap.3 gjennomgås utviklingen av sentrale samfunnsmessige og rettslige strukturer som arbeidsrett, velferdsrett, internasjonal rett mv. Her vil det være mange illustrasjoner til koplingene mellom politiske prosesser og forslag på den ene siden og de rettslige strukturer som blir resultatet. I kap.3.5 behandles skillet mellom rett, politikk og etikk mer eksplisitt.

I kap.4 gjennomgås noen teorier om rettens funksjoner og utvikling herunder rettens autonomi i kap.4.2 og rettens mer samfunnsmessige og politiske side i kap.4.3, se særlig om differensieringen mellom rett, politikk og etikk i kap.4.3.4.

Den mest utførlige behandlingen av rettens, politikken og etikkens ulike funksjoner behandles i kap.5.5. De ivaretar ulike sider og funksjoner når samfunnet skal vedta lover (samfunnsmessige og felles beslutningsprosesser). Med politikk vises det gjennomgående til de prosesser som er knyttet til de konstitusjonelle myndigheter i tilknytning til lovgivningsprosesser, men det vises også til politiske

prosesser i det sivile samfunn. Etikk er definert som når knyttet til ivaretagelsen av de mest grunnleggende menneskerettigheter og ideene om menneskets verdighet. På mange felt har lover en sentral betydning, og det kan være et stort behov for å vedta en lov selv om det skjer gjennom inngåelse av politiske kompromisser. Etikken er et slags ytterligere lag av argumentasjon knyttet til de mest grunnleggende verdiene i samfunnet. Det er akseptert at ethvert individ kan ha sine vurderinger av hva som er det etisk riktige, også når det ikke er i samsvar med lovene. Etikken supplerer både de politiske beslutnings- og argumentasjonsprosessene og de rettslige. Ved lovgivning er det primært argumenter knyttet til verdier som etikken bidrar med.

Det er nevnt noen lover som eksempler i vedlegg til oppgaveteksten. Det er selvsagt veldig bra om studentene kommer med egne eksempler. Det bør ikke vektlegges positivt eller negativt om de bruker oppgavens eller egne eksempler.

BAKGRUNNSMATERIALE for oppgave d) fra del B.

Lovtekster:

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Kapittel 4. Beskyttelse

§ 28. Oppholdstillatelse for utlendinger som trenger beskyttelse (asyl)

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

a. har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967, eller

b. uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.

En utlending som anerkjennes som flyktning etter første ledd, har rett til oppholdstillatelse (asyl).

Ved vurderingen etter første ledd skal det tas hensyn til om søkeren er barn.

Søkeren skal som hovedregel anerkjennes som flyktning etter første ledd også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger. Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen, skal det særlig legges vekt på om beskyttelsesbehovet skyldes handlinger som er straffbare etter norsk lov, eller om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse.

Retten til anerkjennelse som flyktning etter første ledd gjelder ikke dersom utlendingen kan få effektiv beskyttelse i andre deler av hjemlandet enn det området søkeren har flyktet fra.

Med de unntakene som er fastsatt av Kongen i forskrift, har også ektefelle eller samboer til en utlending som gis oppholdstillatelse som flyktning etter annet ledd, og flyktingens barn under 18 år uten ektefelle eller samboer, rett til oppholdstillatelse som flyktning.

Når en utlending har fått avslag på søknad om oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen, skal vedtaksmyndigheten av eget tiltak vurdere om bestemmelsene i § 38 skal anvendes.

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om anvendelsen av denne paragrafen og §§ 29 og 30.

Grunnloven § 104.

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

Grunnloven § 112.

Enhver har rett til et miljø som sikrer helsen, og til en natur der produksjonsevne og mangfold bevares. Naturens ressurser skal disponeres ut fra en langsiktig og allsidig betraktning som ivaretar denne rett også for etterslekten.

Borgerne har rett til kunnskap om naturmiljøets tilstand og om virkningene av planlagte og iverksatte inngrep i naturen, slik at de kan ivareta den rett de har etter foregående ledd.

Statens myndigheter skal iverksette tiltak som gjennomfører disse grunnsetninger.

Publisert 5. mars 2018 15:54 - Sist endret 8. juni 2018 08:50