
Examen facultatum – utvalgte
emner i rettsfilosofi
(læringskravenes del A)

UiO, våren 2011, Geir Heivoll

Oversikt

- Examen facultatum – læringskrav og hovedlitteratur
 - Læringskrav
 - Læringskravenes del A
 - Hovedlitteratur
 - ”Rettsfilosofi” (”RF”) – grunnstruktur og hovedtema
 - Et sentralt skille går mellom RF avsnitt I ,II og III som utgjør en teoretisk-analytisk del (grunnleggende analyser av normbegrepet og ulike typer normer, samt andre former for normativitet) og del IV som utgjør en praktisk-filosofisk del
 - Et annet sentralt skille går mellom jus (RF avsnitt V) og rett (resten av boken)
 - RF har særlig ett hovedtema: Boken redegjør for *sentrale grunntrekk ved rett og rettsvitenskap*. Dette brytes ned i fire tema: *Rett og normativitet* (RF avsnitt I og II), noen *grunnleggende verdier som faktisk preger forholdet mellom rett og stat i dagens norske rettsystem* (RF avsnitt III), *rett og praktisk fornuft* (RF avsnitt IV B) og jus (RF avsnitt V)

Oversikt

- Eksamen
 - 31. mai
 - 5 timer skriftlig eksamen
 - Kan få spørsmål fra både del A, B og C

Rettsfilosofi

- Opplegget for forelesningene over rettsfilosofi
 - Innledning
 - Enkelte språklige avklaringer (RF avsnitt I)
 - Normativitet og normer (RF avsnitt I og II)
 - De ulike normtyper (RF avsnitt II)
 - Verdier og rettigheter (RF avsnitt II)
 - Rettsfilosofiens forsøk på begrunne normative fenomeners virkelighetstilknytning/eksistens, og/eller godhet/holdbarhet – tre grunnposisjoner (RF avsnitt IV B)
 - Jus (RF avsnitt V)
-

Rettsfilosofi

■ Innledning

- Hva som menes med rettsfilosofi
 - Sondringen mellom rettsdogmatikk og perspektivfag
 - Rettsfilosofi er betegnelsen på det faget som undersøker de filosofiske grunnlagsproblemer i tilknytning til jus og rett, for eksempel spørsmål om hva som egentlig menes med ”rett”, hva som menes med ”rettsregler”, ”rettigheter” mv.
 - Rettsfilosofi er faget for de som undrer seg over hvorfor jussen er som den er – For de som undrer seg over hva som egentlig menes med ord som ”rett”, ”rettsregler” etc. og føler dragning mot å stille spørsmål om hva og hvorfor – igjen og igjen og igjen!
-

Rettsfilosofi

- Hvorfor skal vi så studere rettsfilosofi?
 - For å bli en bedre jurist!
 - For å bli mer bevisst på språk og språkbruk – Husk at språklig presisjon er en dyd for jurister!
 - For å forstå de grunnleggende teoretiske trekk ved jusen og retten
 - For lettere kunne avgjøre om egne og andres utsagn om jus og rett er holdbare
 - Se RF for flere/utdypende argumenter
-

Rettsfilosofi

■ Enkelte språklige avklaringer

- Definisjoner og karakteristikk
 - Hva er definisjoner og karakteristikk?
 - Definisjoners strukturerings- og navngivningsfunksjon
- Deskriptive og normative utsagn
 - Deskriptive utsagn er *beskrivende* – de beskriver virkeligheten, for eksempel ”Tavlen er hvit”
 - Normative utsagn sier noe om hva vi bør, skal, kan eller må gjøre, for eksempel ”Du skal ikke drepe”
- Det er ikke alltid så lett å avgjøre om et utsagn er deskriptivt eller normativt
 - ”Gjeldende rett *er* slik og slik” – gis det her uttrykk for en beskrivelse av hvordan retten faktisk er, eller gir det uttrykk for hvordan avgiver av utsagn mener at retten bør være?
- Hvordan avgjøre om vi står overfor deskriptive eller normative utsagn?
 - Reaksjonskriteriet
 - Utsagns sannhetsverdi
- Hvorfor avgjøre om et utsagn gir uttrykk for en definisjon/karakteristikk og/eller deskriptivt/normativt?
 - Fordi vi lett kan snakke forbi hverandre/misforstå hverandre hvis det ikke avklares
 - Når vi skal vurdere om et utsagn er holdbart, må vi legge forskjellige fakta til grunn ved vurderinger av de ulike typer utsagn

Rettsfilosofi

- Enkelte språklige avklaringer forts.
 - Hvordan tanken vår fungerer når vi forsøker å finne ut om et utsagn er ment som en definisjon/karakteristikk og/eller deskriptivt/normativt utsagn
 - Vår tankes hermeneutiske struktur
 - Forforståelse
 - Vekselvirkning
 - Koherens
 - Hermeneutikkens teorier om vår forståelses struktur kommer vi nærmere inn på senere i forbindelse med RF avsnitt V
-

Rettsfilosofi

■ Normativitet og normer

- Normativitet generelt
 - Normativitet er samlebetegnelse på visse strukturer som er *felles for* :
 - *normer (regler)*
 - *verdier og*
 - *rettigheter*
 - Rettens normativitet spesielt
 - Hva som særlig kjennetegner *retten* som normativt fenomen (rettens normativitet)
 - Den er normativ – den *regulerer* virkeligheten (den beskriver den ikke)
 - Den er ofte positivt fastsatt
 - Den blir løpende bestemt og håndhevet gjennom offentlige organer
 - Retter seg først og fremst mot våre handlingers ytre side
-

Rettsfilosofi

■ Normativitet og normer forts.

□ Normer (regler) generelt

■ Hva som menes med ordet norm (regel) generelt

- Det finnes mange slags normer (regler) – skikk og bruk normer (regler), etikk og moral normer (regler), spilleregler og rettsregler
- Jusens studieobjekt er *rettsregler/ rettsnormer* – Vi bør altså som jurister være eksperter på hva som menes med regler eller normer!
- Vi skal i det videre se nærmere på hva som kan menes med normer

■ Hva kjennetegner rettsnormer spesielt?

- Mange likhetstrekk med moral normer, skikk og bruk normer etc
- At rettsnormene inngår i et *rettsystem* – en enkelt rettsnorm må alltid ses i sammenheng med andre rettsnormer – bidrar til å skille rettsnormer fra andre normtyper
- Et apparat av statlig monopolisert fysisk tvang står bak rettsnormene

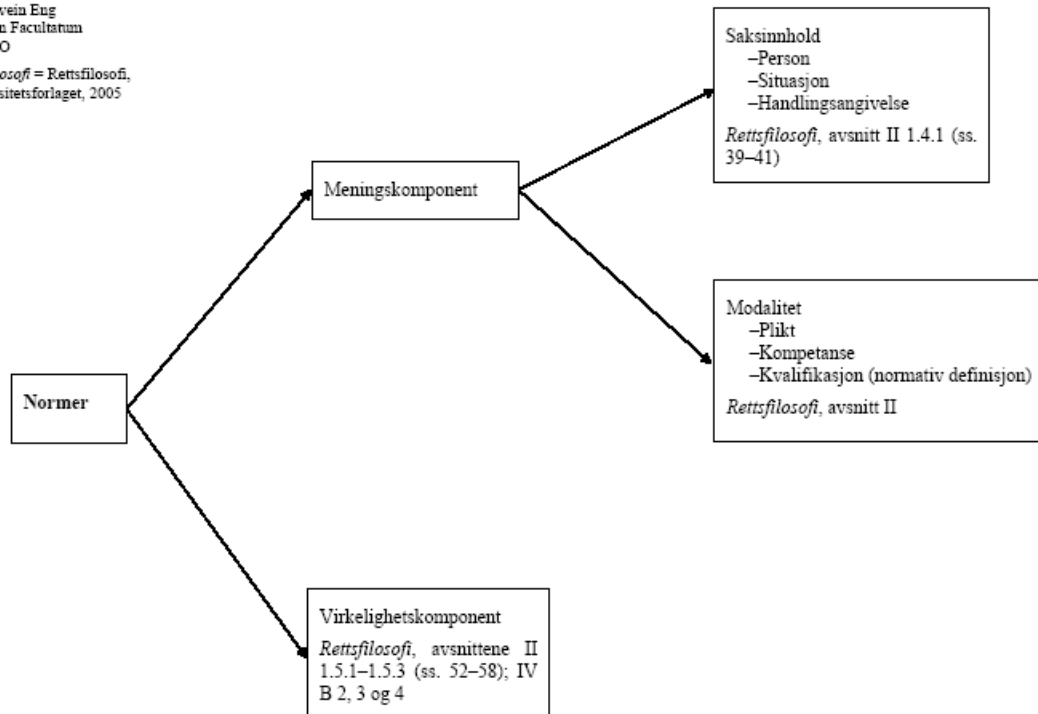
Rettsfilosofi

- Nærmere om normer
 - Sentrale kjennetegn ved normer ("regler")
 - Hva *er* "normer" ("regler")?
 - Når vi skal prøve å svare på dette spørsmålet er det flere forhold som faller oss inn
 - Er normer det samme som faktisk regelmessig adferd?
 - Er normer det samme som visse faktiske språklige størrelser?
 - Er normer det samme som visse faktiske sanksjoner?
 - Svaret på slike spørsmål er nei – normer kan ikke reduseres til disse trekkene
 - Normer er noe *mer* enn bare slike aspekter – det skyldes:
 - Normers meningskomponent – Hva normen "sier"/hva den "gjelder"/dens "innhold"/det som gjør at vi nettopp oppfatter den som en norm (regel) (selv det normative utsagnet)
 - Normers virkelighetskomponent

Rettsfilosofi

Prof. Svein Eng
Examen Facultatum
Jus, UiO

Rettsfilosofi = Rettsfilosofi,
Universitetsforlaget, 2005



Rettsfilosofi

- ❑ Normers meningskomponent (det normative utsagnet)
 - Normers meningskomponent består av to deler:
 - ❑ Saksinnhold (de trekk ved virkeligheten som utsagnet refererer til)
 - Sier noe om hvilken/hvilke personen/personer normen retter seg til
 - Sier noe om hvilke situasjoner den skal/må/bør/kan gjelde
 - Sier noe om handlingen/e den gjelder for
 - ❑ Modalitet
 - Om utsagnet er deskriptivt eller normativt
 - Dersom det er normativt kan det være en av tre typer:
 - Plikt (normative pliktutsagn/pliktreguleringer)
 - Kompetanse (normative kompetanseutsagn/kompetansereguleringer)
 - Kvalifikasjon (normative kvalifikasjonsutsagn/kvalifiseringer)

Rettsfilosofi

Illustrasjon av et utsagns meningsinnhold (saksinnhold og modalitet):

Veitrafikkloven § 36 nr. 2:

”Når hensynet til trafikksikkerheten krever det (Situasjonsangivelsen), kan (Det dreier seg om normativ modalitet og nærmere bestemt om kompetanse) politimesteren eller den han gir myndighet (Personangivelsen) forby bruken av motorvgn og tilhenger til motorvogn for bestemt tid inntil 1 år (Handlingsangivelsen), dersom eieren eller noen som stadig bruker kjøretøyet med hans samtykke (Situasjonsangivelsen – sammen med a) til d)),

- a) har kjørt kjøretøy som er endret i strid med § 13 femte ledd, eller
- b) har brukt kjøretøy med vesentlig overlast etc.
- c) har brukt kjøretøy til kjøring ellers i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov etc.
- d) har kjørt med kjøretøyet på uforsvarlig måte”

Rettsfilosofi

- ❑ Normers virkelighetskomponent (det normative utsagnets virkelighetstilknytning)
 - For at vi skal kunne kalle noe en norm, så må dette kunne påvirke oss på en eller annen måte – normen må for å være norm ha en *virkelighetskomponent/ virkelighetstilknytning*
 - Særlig to typer teorier om normers virkelighetstilknytning
 - ❑ Psykologiske normbegreper
 - Internalisering (Vi har gjort dem til ”en del av oss selv”. Normen eksisterer i den grad vi har en følelsemessig innstilling til den)
 - Har stått særlig sterkt i den skandinaviske rettsrealismen – Eckhoff/Sundbys begrep om direkte og indirekte internalisering
 - Den skandinaviske rettsrealismen hevder enkelte forfattere at internalisering er den *eneste* mulige virkelighetsform for normative utsagn
 - ❑ Ikke-psykologiske normbegreper
 - Normers eksistens er ikke utelukkende avhengig av at vi har internalisert dem – normers eksistens følger av fornuften (rasjonalistisk naturrett), Gud (religiøs naturrett) etc.
 - ❑ Dette er tema vi kommer nærmere inn på senere i forbindelse med RF avsnitt IV B

Rettsfilosofi

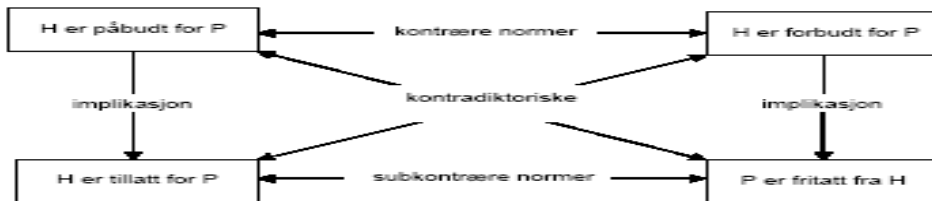
- Hva vi skal se på i det videre
 - I det videre skal vi se på *de tre ulike typer normer*
 - Eller mer presist: Vi skal se på normative utsagn (altså utsagn som regulerer virkeligheten/våre handlinger) med tre typer modalitet – plikt, kompetanse og kvalifisering
 - Noen normer pålegger altså plikter, noen gir og avgrenser kompetanse og noen kvalifiserer noe som noe
-

Rettsfilosofi

- Normer med pliktmodalitet (pliktnormer)
 - Pliktnormer kan vi definere som normer som er bestemmende for hvilke plikter som foreligger
 - Som alle normer består pliktnormer av et normativt utsagn altså det vi kaller en *meningskomponent* – som sier hva normen går ut på. Dette normative utsagnet har da som vanlig to deler:
 - Saksinnhold – angir person, situasjon og handling som plikten gjelder for
 - Modalitet – i dette tilfellet angir normen altså *plikt*
 - Det finnes *fire typer plikt*.
 - De fire pliktmodaliteter illustrert ved et *opposisjonskvaderat*
 - Normer som *pålegger plikter*
 - Påbud
 - Forbud
 - Normer som *sier at noe ikke er plikt*
 - Fritagelser (handlingen er ikke påbudt)
 - Tillatelser (handlingen er ikke forbudt)

Rettsfilosofi

Fra Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2005, ss. 72–73



For en forklaring av dette opposisjonskvadratet for pliktmodalitetene, se *Rettsfilosofi*, ss. 72–73.

For mange formål kan vi droppe skillet mellom fritakelse og tilatelse og bare snakke om at handlingen er «(valg)fri». I forhold til et normsystem uten motsigelse, så må enhver handling som faller inn under systemet være enten påbudt, forbudt eller valgfri, slik:

	Handlinger man er fritatt fra å foreta	
Påbudt	Valgfri	Forbudt
Handlinger det er tillatt å foreta		

Rettsfilosofi

- I stedet for å snakke om *fire* former for plikt kan vi snakke om *tre* typer reguleringer av menneskers handlinger:
 - En handling kan være påbudt
 - En handling kan være forbudt
 - En handling kan være *valgfri* (fritagelse eller tillatelse)
- En handling kan altså være påbudt, forbudt eller *valgfri* – MEN hva kan *grunnlagene* for *valgfriheten* være?
 - At en handling er valgfri (fri) kan skyldes *tre* forhold
 - Den aktuelle handling faller utenfor normsystemets (for eksempel rettssystemets) rekkevidde «Selv om jeg lovet å komme til middag, har jeg ingen rettslig plikt» (handlingen faller utenfor normsystemets (rettssystemets) rekkevidde)
 - Den aktuelle handling er uregulert av påbuds- og forbudsnormene i normsystemet (for eksempel rettssystemet) «Jeg kan velge om jeg vil gå gjennom Slottsparken eller gå Drammensveien» (handlingen er hverken påbudt eller forbudt ifølge andre normer i systemet – her rettssystemet)
 - Den aktuelle handling er valgfri pga. særskilt bestemmelse «Jeg har lov til å kjøre tung motorsykkel» (påberopelse av en særskilt bestemmelse)
 - Formene kan være kombinert, særlig andre og tredje form. Som eksempel på kombinasjon av andre og tredje form kan nevnes: «Jeg kan kjøre bilen min når jeg vil»

Rettsfilosofi

- Analyse av pliktnormer i en- og topersonsperspektiv
 - Vi har så langt analysert plikt i et en-personsperspektiv
 - Vi er imidlertid ikke alene i samfunnet – plikter må ses i forhold til andre
 - Hohfelds to-personanalyse – krav-plikt og ikke-krav – frihet
-

Rettsfilosofi

Markedsføringsloven § 2 som eksempel på pliktmodalitet (forbud):

”*Det er (Det fremgår ikke eksplisitt hva personangivelsen er – det ligger imidlertid i formuleringen at den i utgangspunktet gjelder alle rettssubjekter) forbudt (pliktmodalitet, nærmere bestemt forbudsmodalitet) i næringsvirksomhet (Situasjonsangivelse – Situasjonen forbudet gjelder) å anvende uriktig eller av annen grunn villedende framstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser (Handlingsangivelse – Handlingen som er forbudt)”*

Rettsfilosofi

- Normer som er kompetansereguleringer (kompetansenormer og kompetanse)
 - Kompetansenormer
 - *Pliktnormene* regulerer allerede eksisterende handlingsmuligheter – *kompetansenormene skaper nye handlingsmuligheter* i det at de gir noen evne til å gi nye normer (som ved hjelp av gyldighetsnormer kan bli gyldige) – de skaper altså *kompetanse*
 - Vi sier derfor at pliktnormer er *regulative* og kompetansenormer er *konstituerende* – for at man i det hele tatt kan bestemme noe så må man ha kompetanse til det. Finnes det ikke en kompetansenorm som gir slik kompetanse, så har man ikke noen evne til å handle
 - Kompetansenormene består som alle normer av et normativt utsagn (en meningskomponent). Dette normative utsagnet har som vanlig to deler – et saksinnhold og en modalitet. Saksinnholdet i kompetansenormer består da av tre deler:
 - Personelle kompetansekriterier – kan være en person eller flere (tre hovedmodeller dersom flere: Alle må bruke kompetansen, bare den ene kan bruke kompetansen alene, alle har kompetanse til å opptre uavhengig av hverandre)
 - Situasjonelle kompetansekriterier – sier noe om når den personelt kompetente kan fastsette nye normer
 - Innholdsmessige kompetansekriterier – sier hva den personelt kompetente kan fastsette – positivt og negativt innhold
 - Modaliteten ved kompetansenormer er da selvfølgelig *kompetansereguleringer*
 - Dersom man bryter kompetansenormens saksinnhold, så kan det som har blitt bestemt i kraft av kompetansen bli ugyldig

Rettsfilosofi

□ Kompetanse

- Det kompetansenormer gir og regulerer er altså *kompetanse* – *merk* at ofte brukes andre uttrykk enn ”kompetanse”, som for eksempel ”myndighet”, ”ha rett til”, ”kan/kan ikke”
- Hva er så kompetanse?
 - Kompetanse kan vi definere som ”en evne til å fastsette nye normer som bedømt ved hjelp av gyldighetsnormer kan bli å betrakte som gyldige”
 - ”En evne”
 - En legitim mulighet/tillatelse til å gi nye normer
 - ”til å fastsette normer”
 - Den som har fått kompetanse kan fastsette nye pliktnormer, nye kompetansenormer og nye kvalifikasjonsnormer
 - I jusen kan vi skille mellom privatrettslig kompetanse og offentligrettslig kompetanse. De tre grunnleggende formene for *offentligrettslig* kompetanse er kompetansen til å gi lovern (Grl. § 75 flg.), kompetansen til å dømme (Grl. § 88, samt domstoloven, straffeprosessloven og tvistemålsloven) og kompetansen til å treffe forvaltningsvedtak i form av enkeltvedtak eller forskrift (kompetansenormer om dette finnes overalt i den alminnelige og spesielle forvaltningsretten). De grunnleggende kompetanser i privatretten er kompetansen til å binde seg selv gjennom løfte og inngå avtaler. Kompetansen kan gjelde det å gi normer som gjelder overfor den kompetente selv (autonom kompetanse) og ovenfor andre (heteronom kompetanse)
 - ”som bedømt ved hjelp av gyldighetsnormer kan bli å regne som gyldige”
 - Det er ikke slik at de nye normene som blir fastsatt automatisk blir gyldige og bindende – vi må trekke inn gyldighetsvurderinger. Dette kommer vi til senere

Rettsfilosofi

- Kompetanse forts.
 - Betyr kompetanse det samme som at den som får kompetansen står *fritt* til å bruke den som vedkommende vil?
 - Nei – kompetanse og frihet til å bruke kompetansen er *ikke* det samme!
 - Om den som har fått kompetansen er påbudt å bruke den, om det er forbudt å bruke den eller om vedkommende står fritt til å bruke den, følger av de grunnlag for frihet vi har sett på tidligere:
 - Friheten til å bruke kompetansen kan skyldes at:
 - Bruken av kompetansen faller utenfor normsystemet
 - Bruken av kompetansen er verken påbudt eller forbudt
 - Friheten til å bruke kompetansen følger av særskilt bestemmelse
 - I *jusen* må vi undersøke rettskildesituasjonen for å finne ut om utøvelsen av en kompetanse er fri på et eller flere av disse grunnlagene – vi må tolke kompetansenormene som gir kompetansen for å finne ut hvilke regler som gjelder for bruken av kompetansen

Rettsfilosofi

Vi kan bruke veitrafikkloven § 36 nr. 2 til å illustrere hvordan en kompetansenorm er oppbygd:

”Når hensynet til trafikksikkerheten krever det (Dette sier noe om situasjonen kompetansen gjelder i), kan (Her – som ganske ofte i jusen – markerer ordet ”kan” at det her dreier seg om en kompetansenorm (altså en norm som gir kompetanse)) politimesteren eller den han gir myndighet (Dette sier hvem det er som har fått kompetansen) forby bruken av motorvogn og tilhenger til motorvogn for bestemt tid inntil 1 år (Dette sier noe om hva det er gitt kompetanse til), dersom eieren eller noen som stadig bruker kjøretøyet med hans samtykke (Mer om situasjonen kompetansen gjelder i – sammen med a) til d)),

- a) har kjørt kjøretøy som er endret i strid med § 13 femte ledd, eller
- b) har brukt kjøretøy med vesentlig overlast etc.
- c) har brukt kjøretøy til kjøring ellers i strid med bestemmelser i eller i medhold av denne lov etc.
- d) har kjørt med kjøretøyet på uforsvarlig måte”

Rettsfilosofi

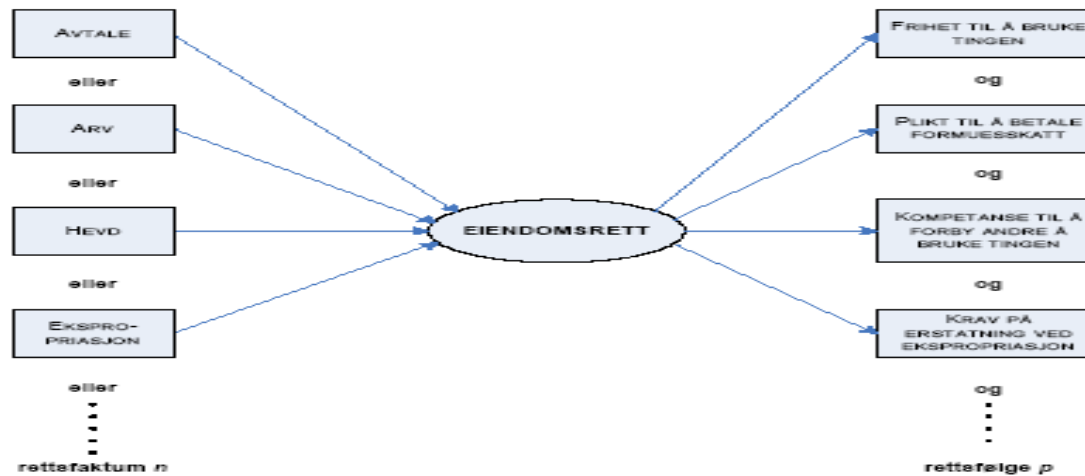
- Normer med kvalifikasjonsmodalitet (kvalifikasjonsnormer)
 - Kvalifikasjonsnormer er normer som sier noe om hva som hører til en kategori og eventuelt hvilket navn det har
 - Hevdsloven § 2: ”Den som har ein ting som son eigen 20 år i sammanheng, hevdar eigedomsrett” (Denne normen sier noe om hvem som kvalifiserer som medlem av kategorien ”eier”)
 - Kvalifikasjonsnormer består som vanlig av et normativt utsagn (meningskomponent). Meningskomponenten består av det normative utsagnets saksinnhold og modalitet
 - Ved kvalifikasjonsnormer sier saksinnholdet noe om hvem som er kvalifisert, hva som er kvalifisert for hva og når noe er kvalifisert
 - Modaliteten er da selvfølgelig kvalifisering
 - Merk at vi har rene kvalifikasjonsnormer, MEN ALLE normer har et større eller mindre aspekt av *kvalifisering* – pliktnormer har et kvalifiseringsaspekt i det de sier noe om hva som skal regnes som plikt og kompetansenormer har et aspekt av kvalifisering i det de kvalifiserer hvem som skal ha kompetanse til hva, i hvilke situasjoner etc.
 - Særlig om legaldefinisjoner

Rettsfilosofi

- Kvalifikasjonsnormer og koblingsord
 - Kvalifikasjonsnormer og normer med kvalifikasjonsaspekter finner vi overalt i jusen
 - Kvalifikasjonsnormer spiller også en rolle i tiknytning til det som kalles *koblingsord*
 - Koblingsord er ord som har en viss systematiserende rolle – de formidler mellom alternative rettsfakta og kumulative rettsfølger
 - Koblingsord har *kun* en *systematiserende* funksjon – de refererer *ikke* til ting i verden. Det vil si at koblingsord ikke ”betyr” noe som helst – de bare er hjelpemidler til å systematisere rettsstoffet
 - ”Eindomsrett” er et kjent koblingsord
 - ”U/gyldighet” fremstilles også gjerne ved hjelp av koblingsord
 - Normene/vilkårene på *venstre* side i koblingsordmodellen er kvalifikasjonsnormer

Rettsfilosofi

Fra Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2005, s. 105



Rettsfilosofi

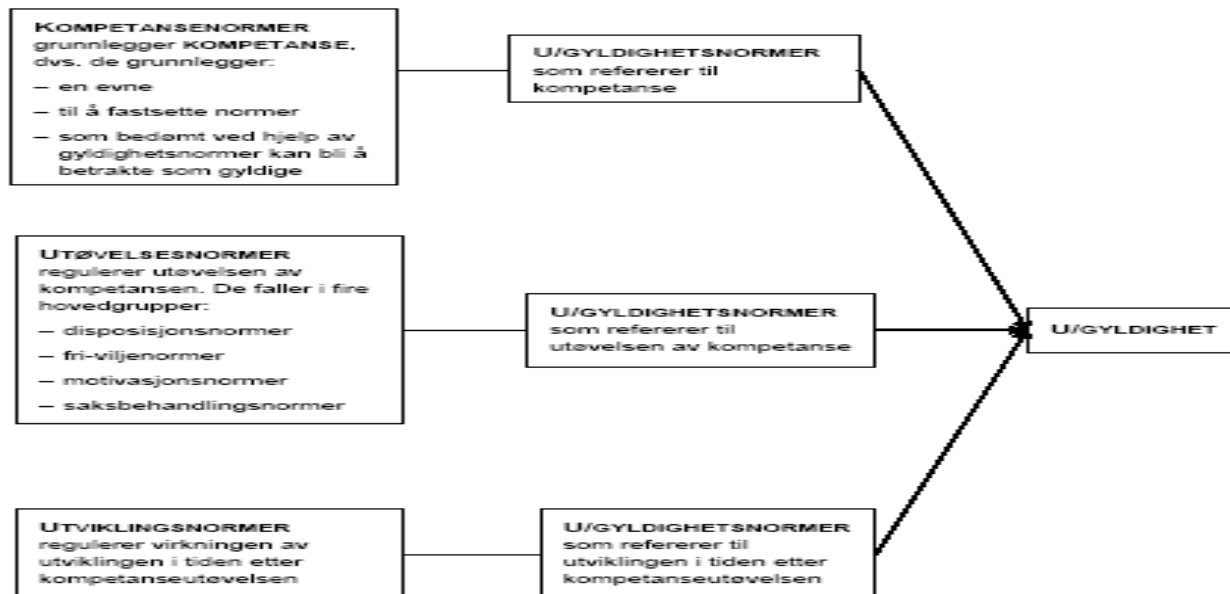
- Kvalifikasjonsnormer, u/gyldighetsnormer og u/gyldighet
 - Kvalifikasjonsnormer kan også kvalifisere hva som er *gyldig eller ugyldig*
 - U/gyldighetsnormer er konkrete *eksempler* på en type kvalifikasjonsnormer
 - U/gyldighetsnormer er *en type kvalifikasjonsnormer* som avgjør om noe er gyldig eller ugyldig
 - Ettersom u/gyldighet gjerne fremstilles ved hjelp av koblingsord, vil vi finne u/gyldighetsnormene på venstre side i koblingsordskjemaet
 - U/gyldighetsnormer kan fremstilles på flere måter
 - ”Hvis x så skal den fastsatte normen regnes som u/gyldig”

Rettsfilosofi

- ❑ Vi skiller mellom tre typer ugyldighetsnormer – altså en viss type kvalifikasjonsnormer som sier noe om hva som er u/gyldig
 - U/gyldighetsnormer som sier noe om kompetanse
 - ❑ Normer som tillegger normfastsetterens person, situasjonen eller den fastsatte norms innhold, betydning for u/gyldigheten av den fastsatte norm, for eksempel forvaltningsrettens ulovfestede ugyldighetsregler
 - U/gyldighetsnormer som sier noe om utøvelsen av kompetansen
 - ❑ Vi skiller mellom flere typer normer om utøvelsen av kompetansen, og brudd på dem kan føre til ugyldighet
 - Disposisjonsnormer (Normer som setter kriterier for overgang fra forberedelse til disposisjon, for eksempel reglene om hva som kvalifiserer som dispositive utsagn)
 - Fri-vilje normer (Normer som setter kriterier for hva som kvalifiserer som frie handlinger, for eksempel avtalerettens regler om tvang)
 - Motivasjonsnormer (Normer som setter kriterier for motivasjonen ved normfastsettelsen, for eksempel forvaltningsrettens regler om utenforliggende hensyn)
 - Saksbehandlingsnormer (Normer som setter kriterier for selve fremgangsmåten ved normfastsettelsen, for eksempel forvaltningslovens saksbehandlingsregler)
 - U/gyldighetsnormer som sier noe om utviklingen i tiden etter kompetanseutøvelsen
 - ❑ Etterfølgende forhold som reparerer en opprinnelig ugyldighet
 - Fvl. § 41 og betydningen av den private parts etterfølgende forhold – kan føre til at enkeltvedtaket likevel blir gyldig (Innrettelse, hvor lang tid som har gått, skyld etc.)
 - ❑ Etterfølgende forhold som fratrukker en opprinnelig gyldig fastsatt norm dens bindende kraft
 - Avtl. § 36 som eksempel på etterfølgende forholdets betydning

Rettsfilosofi

Fra Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2005, s. 112



Rettsfilosofi

- Hva vi skal se på i det videre
 - I det videre skal vi se nærmere på de to andre normative fenomen som ble presentert innledningsvis
 - Verdier
 - Rettigheter
-

Rettsfilosofi

■ Verdier

- Verdier er også normative fenomener – de tar sikte på å regulere virkeligheten
 - Normer og verdier henger tett sammen, se eksempel i RF s. 157 flg.
 - Verdier kan analyseres på lignende måte som normer
 - Verdier består av verdiutsagn (verdiens meningskomponent) og virkelighetstilknytning (verdiens virkelighetskomponent)
 - I RF finner dere i avsnitt II 7 litt generelt om verdier og vurderinger, mens avsnitt II 8 tar for seg forholdet mellom verdier/vurderinger, normer og retningslinjer
 - I RF avsnitt III finner dere eksempler på analyse av *konkrete verdier i dagens norske rettsystem* – RF avsnitt III og verdiene som omtales der skal vi komme til senere i forelesningene
 - I det videre skal vi konsentrere oss om generelle trekk ved verdier og vi skal se nærmere på forholdet mellom normer og verdier/vurderinger
-

Rettsfilosofi

- Noen logiske forskjeller mellom normer og verdier
 - Normer er todelende, mens verdier er graduelle
 - Normer angår primært ytre handlinger, mens verdier kan angå det meste – det meste kan tillegges verdi
 - Normer tar gjerne for seg den nedre normative grense (noe er forbudt eller ikke), mens verdiene sier noe om idealer som enkelte ønsker å strekke seg etter – for eksempel er verdien ”Man bør bli et moralsk fullkomment menneske” et ideal man kan strekke seg etter, men som de fleste aldri når fullt ut
 - Hvor grensen går mellom normer og verdier kan være vanskelig å avgjøre – ”Ethvert menneske har absolutt verdi”/”Man skal respektere ethvert menneske”
 - Hvorvidt det er viktig å trekke en grense mellom normer og verdier – og hvor denne grensen eventuelt går – må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle
 - I jusen har skillet særlig en sentral betydning: Det hjelper til å forstå jusens gjennomgående *avveiningspreg*
 - I nær sammenheng med verdier står nemlig vurderinger og avveininger, og vurderinger og avveininger finnes overalt i jusen

Rettsfilosofi

- Avveiningsnormer og retningslinjer
 - Normer åpner for en større eller mindre grad av skjønn ved tolkning og anvendelse av dem – de åpner altså for at man kan avveie ulike argumenter
 - Normene setter en slags minimumsramme for hva normen skal gå ut på og så overlater den til tolker/anvender å fastlegge de nærmere grensene gjennom avveininger
 - Det kan enten følge direkte av normens ordlyd at den åpner for avveininger eller det kan følge mer indirekte
 - Dette viser at det kan være en nær sammenheng mellom normer og verdier
-

Rettsfilosofi

Avtaleloven § 36 første ledd som eksempel på en *avveiningsnorm*:

”En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke *urimelig* eller være i strid med god forretningskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner”

Rettsfilosofi

- Det oppstår imidlertid et problem tilknyttet slike avveiningsnormer:
 - Hva skal man legge vekt på i vurderingen/avveiningen? Står man helt fritt til å legge vekt på hva man vil?
 - Dersom man skulle stå helt fritt til å legge vekt på akkurat hva man vil i vurderingen ville resultatet av tolkning og anvendelse bli temmelig *vilkårlig* – det ville være opp til hver enkelt å legge hva han eller hun ville inn i avveinings/vurderingstemaet
 - Det ville også bli svært *vanskelig å forutberegne* hva for eksempel en dommer ville komme frem til i vurderingen dersom denne var helt åpen
 - For å unngå slike problemer forsøker vi i jusen å styre slike avveininger
 - For å *styre avveininger* har vi *retningslinjer*
 - Fra en synsvinkel kan retningslinjene virke som en *svakere* form for normativitet/normativ styring enn normer, og fra en annen synsvinkel kan de virke som en *sterkere* form for normativitet/normativ styring
-

Rettsfilosofi

Avtaleloven § 36 andre ledd som eksempel på en *retningslinje*:

” Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”

Rettsfilosofi

- Ulike *hovedtyper* av retningslinjer
 - Retningslinjer om relevans (positivt og negativt), retning og vekt
 - Retningslinjer kan enten si noe om hva som er relevante argumenter i en vurdering (positivt: hva som er relevant eller negativt: hva som ikke er relevant, for eksempel forvaltningsrettens lære om utenforliggende hensyn), hvilken retning et argument trekker og hvilken vekt et argument har
 - Avtaleloven § 36 andre ledd gir retningslinjer om hvilke argumenter som er *relevante*. Se for eksempel straffeloven (1902) § 48b for en retningslinje som sier noe om *vekt*
 - Skrevne og uskrevne retningslinjer
 - Retningslinjer på forskjellige normative områder
 - Regelspesifikke og ikke-regelspesifikke retningslinjer
 - Retningslinjene kan enten være knyttet til slike avveiningsnormer som vi har sett på så langt (regelspesifikke retningslinjer), eller de kan være løsrevet fra enkeltnormer (ikke-regelspesifikke retningslinjer)
 - De ikke-regelspesifikke retningslinjene knytter seg enten til *store grupper av rettsregler* eller til *rettsregler som sådan* – de styrer altså avveininger som er felles for enten store grupper av rettsregler eller som er felles for rettsregler som sådan!

Rettsfilosofi

- Noe nærmere om ikke-regelspesifikke retningslinjer
 - Selv om avveininger/vurderinger i jusen i stor grad er styrt av regelspesifikke retningslinjer – altså retningslinjer knyttet til avveiningsnormer, så uttømmer ikke det de områdene i jusen hvor det kreves avveininger og retningslinjer – Vi må i tillegg innføre de ikke-regelspesifikke retningslinjene
 - Vi har særlig tre hovedgrupper av slike ikke-regelspesifikke retningslinjer i jusen:
 - Rettssikkerhetsprinsipper
 - Rettssikkerhetsprinsipper er ikke-regelspesifikke retningslinjer som relevante ved all rettsanvendelse
 - Rettferdighets- og godhetsprinsipper
 - Rettskildeprinsippenes ”reelle hensyn” gjør at rettferdighets- og godhetsprinsipper blir relevante ved oppstilling og anvendelse av rettsregler som sådanneJuristers metodelære – rettskildeprinsipper
 - Rettskildeprinsippene er ikke-regelspesifikke retningslinjer som er relevante ved oppstilling og anvendelse av rettsregler som sådanne
 - Disse tre gruppene ikke-regelspesifikke retningslinjer behandles nærmere i ulike deler av RF – rettssikkerhetsprinsippene behandles nærmere i avsnitt III og rettferdighets- og godhetsprinsippene blir mer indirekte behandlet i RF avsnitt IV B. Juristenes metodelære behandles i II 8 s. 172-174
 - Vi skal se noe nærmere på hvordan ikke-regelspesifikke retningslinjer fungerer i rettskildelæren

Rettsfilosofi

- Noe nærmere om ikke-regelspesifikke retningslinjers funksjon i rettskildelæren
 - Når vi som jurister skal avgjøre rettsspørsmål så må vi hente argumenter fra flere ulike kilder, lover, forarbeider, dommer etc.
 - Argumentene vi finner i disse kildene, kan trekke i ulike retninger – det er altså motstrid mellom argumentene fra kildene. Da er vi nødt til løse denne motstriden på en eller annen måte.
 - Det kan tenkes *to hovedmodeller* for løsning av slik motstrid:
 - En rangordensmodell
 - ”Lov går foran alle andre kilder”
 - En avveiningsmodell
 - Argumentene fra rettskildefaktorene må avveies mot hverandre, og det må oppstilles momenter som er relevante ved denne avveiningen
 - Den juridiske metodelæren/rettskildelæren som praktiseres av norske jurister i dag ligger nærmest avveiningsmodellen
 - Rettskildeprinsippene må slik ses som ikke-regelspesifikke retningslinjer som gir momenter til avveining av rettskildefaktorene – de sier noe om hva som er relevante argumenter, hvilken retning et argument trekker og hvilken vekt det har
 - Det går an å se det slik at setningen om at ”Jurister skal søke det resultat som alt i alt har de beste grunner for seg” som rettskildelærens grunnleggende avveiningsnorm – som rettskildeprinsippene er knyttet til
 - Innvendingen om lovers spesielle betydning i demokratiske rettsstater – hensynet ivaretas ikke i og med rettskildelæren, men gjennom en konkret kompetansenorm som gir lovgiver kompetanse til å endre rettstilstanden på tvers av dommer og annen juristpraksis

Rettsfilosofi

■ Rettigheter

- Rettigheter er det siste av de normative fenomen vi skal se nærmere på
 - Vi kan snakke om at det vi kaller ”rettigheter” har forskjellige meningsaspekter, og vi kan snakke om rettigheters virkelighetsnivå og muligheten for å begrunne rettigheter – Dette minner om det perspektivet vi har anlagt i analysen av normer og verdier
 - I det videre skal vi først se på noen kjennetegn ved det vi gjerne kaller for rettigheter i det daglige, og deretter skal vi se på to forsøk på å analysere mer grundig hva som kan menes med ”rettigheter”. Deretter skal vi se på et par teorier som forsøker å si noe mer om rettigheters virkelighetsnivå og begrunnelse (hva rettigheter ”er”)
-

Rettsfilosofi

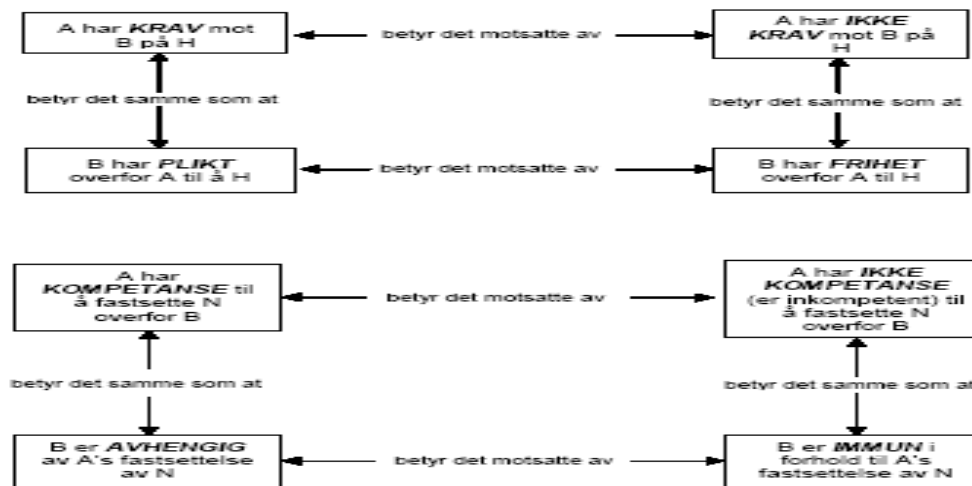
- Hva er det som særlig kan sies å særprege vår bruk av rettighetsbegreper – hva er felles meningsaspekter
 - Rettigheter går gjerne under andre navn i jusen, for eksempel ”eiendomsrett”, ”panterett”, ”innsynsrett” etc.
 - Vi vil se at det er vanlig å tenke at til en persons rettighet så svarer det en annen persons/andre personers plikt, for eksempel ved innsynsrett
 - Det er vanlig å tenke at til en persons rettighet så svarer et element av selvbestemmelse – i dette ligger det at vi gjerne ser en rettighet dels som en kompetanse og dels som en frihet, for eksempel ”eiendomsrett”
 - Det er også vanlig å tenke at en rettighet innebærer at vi er vernet mot andres inngrep i det rettigheten gjelder, for eksempel ved eiendomsrett
 - Disse aspektene her uttømmer imidlertid ikke alle aspekter ved det vi mener med rettigheter
 - Vi skal nå se på to ulike forsøk på å analysere rettigheter nærmere

Rettsfilosofi

- Hohfelds perspektiv på rettigheter
 - Den amerikanske juristen Wesley Newcomb Hohfeld er kjent for sin analyse av de minste bestanddeler ved retten – også ved det vi kaller rettigheter
 - Hohfeld tar utgangspunkt i en analyse av relasjonen mellom to rettssubjekter
 - Hohfeld mener at alt av rettslig relevans – deriblant rettigheter – kan forklares gjennom en todeling av rettslige relasjoner i pliktaspekter og kompetanseaspekter
 - Han kom til fire rettighetsrelasjoner mellom to rettssubjekter
 - Hohfeld mener for det første at *det vi kaller rettigheter er enten krav, frihet, kompetanse eller immunitet eller kombinasjoner av dette*
 - For det andre mener han at *til noens kravshett svarer alltid en annens plikt, til ens frihetsrettighet svarer alltid en annens ikke-krav, til en kompetanserettighet svarer alltid en annens avhengighet og til en immunitetsrettighet svarer alltid en annens inkompetanse*
 - En innvending – finnes for eksempel alltid noe kravssubjekt?

Rettsfilosofi

Fra Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2005, s. 148



Rettsfilosofi

- Ross koblingsordperspektiv på rettigheter
 - Den danske juristen og rettsfilosofen Alf Ross er en av de som tydeligst og mest effektivt har fremmet et *koblingsordperspektiv* på rettigheter
 - I en kjent artikkel fra 1951 hevder Ross at rettighetstermer – som for eksempel ”eiendomsrett” – må ses som koblingsord og at de med *kun* har en *systematiserende* funksjon. Rettighetstermer viser altså ikke til noe i verden, og har ingen betydning ut over det å formidle mellom alternative rettsfakta og kumulative rettsfølger
 - Ross hevdet at rettighetstermer *kun* hadde en systematiserende funksjon – han mente altså ikke at dette bare var ett av flere aspekt eller et trekk ved det vi kaller rettigheter. Ifølge Ross *er* ikke rettigheter noe – rettighetstermer som for eksempel ”eiendomsrett” er bare verktøy vi bruker til å systematisere rettsstoffet
 - RF kritiserer dette synet til Ross – koblingsordperspektivet trenger ikke være det *eneste* perspektivet på rettigheter

Rettsfilosofi

- Noe nærmere om rettigheters virkelighetsnivå og begrunnelse
 - To hovedtyper teorier om hva rettigheter ”er”
 - Valgteorier (for eksempel hos Hart – som bygger videre på Hohfelds analyse) – det vesentlige ved juridiske rettigheter er at de anerkjenner og beskytter individets valg
 - Interesseteorier (for eksempel hos MacCormick – som ikke forkaster valgteorien, men mener den ikke er tilstrekkelig; tar utgangspunkt i barns ”rettigheter”) – Det er individets interesse som er avgjørende for rettighetsforestillingen
 - Begge teorier har svakheter – for hva betyr egentlig ”interesse” og hva betyr egentlig ”frihet”?
-

Rettsfilosofi

- Hva vi skal se på i det videre
 - Vi skal se på spørsmålet *om vi mennesker har en praktisk fornuft. Kan vi gjennom vår fornuft etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt gitte normer, verdier og rettigheter (normativitet)*
 - Merk at dette er et spørsmål/problemstilling det kreves god forståelse av
 - Vi skal videre se på *tre ulike svar* på dette spørsmålet som har vært gitt i rettsfilosofien
-

Rettsfilosofi

- Hovedtema i det videre er spørsmålet:
 - Hvilke muligheter har vi til å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettssystemer?
 - Er alle positivt gitte rettsnormer, -verdier og -rettigheter *rettferdige*?
 - Hos de aller fleste finnes det en innebygd forestilling om at den positive retten må leve opp til visse målestokker
 - De fleste kjenner en spenning mellom den positive retten og dens preg av maktspill og kompromisser på den ene siden og et ideal om en rett som er uberørt av slike krefter på den andre
-

Rettsfilosofi

- Torstein Eckhoff fremhever problemet i artikkelen ”Filmen om Nürnbergdommen”:

”Jeg har forsøkt å vise at det er gode grunner til at dommerne normalt *bør* følge loven, og lett å forstå hvorfor de stort sett er *villige* til å gjøre det. Det kan derfor være på tide å fremheve at det dog er *visse grenser for hvor langt lovlydigheten bør strekke seg* – også for dommere. Det kan tenkes lover som bryter så radikalt med idealer om humanitet og menneskeverd at det etter mitt skjønn ikke er riktig å respektere dem, selv om man virker som dommer i det land hvor disse lover er vedtatt. Meget av den lovgivning som så dagens lys i Nazi-Tyskland var av denne art”

Rettsfilosofi

- Dersom vi legger til grunn at de aller fleste mennesker har slike innebygde forestillinger om at den positive retten må leve opp til visse målestokker utenfor den positive retten oppstår spørsmålet: Hvilket grunnlag har vi for å hevde disse alternative målestokkene? Dersom vi mener at man må se bort fra positiv rett i visse spesielle situasjoner, ja da må man vel ha et grunnlag for å hevde at akkurat dette er et legitimt grunnlag?
- Formulert på en annen måte: Hva er det normative utsagnets virkelighetstilknytning? Kan vi si at det normative utsagnet ”eksisterer” – og på hvilken måte gjør det eventuelt det?

Rettsfilosofi

- Det er to hovedteorier eller retninger i svaret på dette spørsmålet:
 - Teorier som hevder at *bare det vi kan observere i tid og rom eksisterer* – ifølge slike teorier eksisterer bare det som vi kan se, lukte, føle osv. Normativitet (normer etc.) vil da ifølge slike teorier da ikke eksistere som annet enn faktiske fenomener som vi kan observere, for eksempel faktisk regelmessig adferd, visse språklige utsagn osv. At normativitet eller frihet eksisterer som noe annet eller mer enn slike rom-tidlige fenomen avviser slike teorier – de ser det som illusjoner å tro at normer og normativitet kan eksistere på noe annet plan enn som rom-tidlige fenomener – empirisme og positivisme hevder dette. Disse retningene hevder gjerne og at normer ikke eksisterer som noe annet enn som internaliserte følelser og holdninger (altså faktisk observerbare fenomener i den menneskelige bevissthet). Det er altså tilhengere av psykologiske teorier om rettens virkelighetstilknytning. Den skandinaviske rettsrealismen hevder slike standpunkter
 - For det andre finnes teorier som hevder at det *ikke bare er det som vi kan observere i tid og rom som eksisterer* – Alle begreper og deres mening kan sies å eksistere på en annen måte ifølge slike teorier. Vi spør for eksempel ikke om et begrep, en tolkning eller et utsagn er i hjørnet der, i rommet ved siden av el.l. Vi har tidligere sagt at normative fenomener *ikke* kan reduseres til bare faktisk observerbare størrelser – dette skyldes at normativitet har en betydning som går ut over det vi faktisk kan observere. Slike teorier er typisk tilhengere av ikke-psykologiske teorier om normers virkelighetstilknytning. Kants rettsfilosofi representerer slike teorier

Rettsfilosofi

- Vi skal legge til grunn at normer og normativitet generelt eksisterer på denne siste måten, MEN at normer og normativitet *også* på en eller annen måte må eksistere i tid og rom.
 - Normer og normativitet må nemlig som vi har sagt ha en virkelighetstilknytning – de må kunne regulerer våre faktiske handlinger og påvirke våre følelser, holdninger etc. som foregår i tid og rom
 - Normer og normativitet står med andre ord med ett ben i begge eksistensformer
-

Rettsfilosofi

- Et annet viktig skille man må få med seg er skillet mellom kognitivisme og non-kognitivisme
 - Den teoriretningen som mener at alt som eksisterer er fenomener i tid og rom er typisk *non-kognitivistisk*. De mener at vi *ikke* rår over noen *praktisk fornuft* til vurdering og kritikk av normative fenomener.
 - Non-kognitivistisk mener at vi ved hjelp av fornuften *ikke* kan oppstille kriterier til vurdering og kritikk av positiv rett
 - Normer og normative utsagn kan ifølge slike teorier ikke være sanne eller usanne
 - Normative utsagn er bare *følelsesuttrykk*, for eksempel på samme måte som et bank i bordet. Slike teorier kaller vi ekspressivisme eller emotivisme – Vi har ingen mulighet for å sjekke om de er sanne

Rettsfilosofi

- ❑ Den teoriretningen som mener at normer og normative fenomener står med ett ben i begge eksistensformer er typisk *kognitivist* – de mener at vi *har en praktisk fornuft* og at vi ved hjelp av fornuften *kan oppstille ulike typer kriterier til vurdering og kritikk av positiv rett*
 - Vi kan skille mellom ulike typer kognitivism
 - ❑ Et hovedskille går mellom de teorier som mener at målestokkene for vurdering og kritikk av normer og normativitet *stammer fra vår sanseerfaring (empiriske forhold)* – altså argumenter fra forhold vi faktisk kan observere i tid og rom, og på den andre side de teorier som mener at målestokkene må hentes fra *ikke-empiriske forhold* – for eksempel fra fornuften selv eller fra Gud
 - ❑ Dette kan fremstilles slik:
-

Rettsfilosofi

Fra Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget 2005, s. 267

FORSKJELLIGE ETISKE TEORIERS ANALYSE AV
NORMATIVE UTSAGN

NON-KOGNITIVISME	KOGNITIVISME I VID FORSTAND			
	EMPIRISK		IKKE-EMPIRISK	
	SUBJEKTIV	OBJEKTIV	RELIGIØS	FORNUFTSMESSIG (KOGNITIVISME I SNEVER FORSTAND)
Utsagnene uttrykker avgivers følelser («ekspressivisme», «emotivisme») Eks: Den skandi- naviske rettsrealismen hos Axel Hägerström, Karl Olivecrona og Alf Ross avsn. 2 nedenfor	Utsagnene beskriver avgivers følelser	Utsagnene beskriver tings eller handlingers objektive egenskaper Eks: Utilitarismen hos Jeremy Bentham og John Stuart Mill avsn. 3 nedenfor	Utsagnene er gitt av gud Eks: Kristendom- men, Islam	Utsagnene har en kilde og et korrektiv i en spesifikt praktisk fornuft Eks: Kant (Det kategoriske imperativ) avsn. 4 nedenfor
			«Naturrett» avsn. 1.6 nedenfor	

Rettsfilosofi

- ❑ Det vi skal gjøre i det videre er å gjennomgå *tre ulike svar* på spørsmålet om vi rår over en praktisk fornuft som gjør at vi kan oppstille kriterier til vurdering og kritikk av positiv rett
- ❑ Av disse svarene er *ett non-kognitivistisk* og *to kognitivistiske*
 - *Den non-kognitivistiske posisjonen tilhører den skandinaviske rettsrealismen*
- ❑ Av de kognitivistiske mener den ene at målestokkene må finnes i det vi kan observere (empirisk teori) og den andre mener at kriteriene finnes i noe ikke-empirisk – nærmere bestemt finnes kriteriene i fornuften selv
 - De kognitivistiske teoriene tilhører henholdsvis utilitarismen og kants rettsfilosofi

Rettsfilosofi

- Skandinavisk rettsrealisme

- Det vi kaller skandinavisk rettsrealisme kan deles i to grupper:

- Skandinavisk rettsrealisme i filosofisk betydning, representanter for denne retningen er for eksempel Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona og Alf Ross
 - Skandinavisk rettsrealisme i en videre og løsere betydning, representanter for denne retningen er rettsvitenskaplige forfattere som virket fra begynnelsen av 1900-tallet som hadde en løsere tilknytning til den første gruppens synpunkter, men som like fullt var påvirket av dem – i denne gruppen finner vi for eksempel Torstein Eckhoff
 - Det er særlig den første gruppen som står i sentrum i det videre
-

Rettsfilosofi

- Karl Olivecronas "Law as a fact" fra 1939 som et mønstertilfelle av skandinavisk rettsrealisme i filosofisk forstand
 - Olivecronas drøftelse starter ut fra vår dagligdagse oppfatning av normers bindende kraft
 - Olivecrona benekter ikke at vi har visse forestillinger om at normer er bindende, MEN han kommer til syvende og sist frem til at det ikke er mulig å oppstille noe holdbart argument for en slik forestilling – at normer er bindende er til syvende og sist en *illusjon*
 - Vi skal nå se på de enkelte ledd i hans argumentasjon
-

Rettsfilosofi

- Olivecronas utgangspunkt i drøftelsen:
 - De fleste mener at et vesentlig trekk ved retten er at den er bindende. Men hva vil det si at retten er bindende? Har vi egentlig noe grunnlag for å hevde at retten er bindende? Har vi egentlig noe grunnlag for å si at retten er bindende?
- Etter dette begynner han å gjennomgå ulike grunnlag for å hevde at retten er bindende
 - Det første han ser på er om det faktisk påvirker hvordan vi handler, kan være et grunnlag for å si at retten er bindende. Svaret hans er nei. Han anfører tre argumenter for dette:
 - Ildeksmepet
 - Sanksjonen er noe sekundært – vi ilegger en sanksjon fordi en bindende norm er brutt; vi anser ikke normen som bindende fordi den er sanksjonert
 - Vår forestilling om at retten er bindende er konstant, mens sanksjonene varierer fra regel til regel
 - Skyldes forestillingen om at retten er bindende at vi har en viss følelse av å være bundet?
 - Svaret er nei. Ingen vil vel hevde at rettens bindende kraft bare eksisterer for dem som føler seg bundet av den?! Selv kriminelle kan mene at retten er bindende, uten at de føler seg bundet til å følge den
 - Er retten i det hele tatt noe vi kan peke på i tid og rom?
 - Svaret er igjen nei. Olivecrona avviser alle forsøk på å begrunne våre forestillinger om rettens bindende kraft ved henvisninger til fakta
 - Kan rettens bindende kraft forklares ved metafysisk analyse, for eksempel ved henvisning til ”fornuften” eller lignende?
 - Svaret er nei. Slike synspunkter fører bare til absurde og meningsløse utsagn
 - Olivecronas konklusjon:
 - Vår forestilling om at normer er bindende kan ikke begrunnes. Forestillingen er rent subjekt, og det finnes ingenting i den ytre verden som kan begrunne den. Den er altså kun en illusjon

Rettsfilosofi

- Det er særlig ett hovedtrekk ved Olivecronas argumentasjon som får ham til å konkludere slik
 - ❑ Olivecrona mener at alt som eksisterer er observerbare gjenstander i rom og tid
 - ❑ Når man ikke kan peke på noe i denne virkeligheten som danner grunnlag for vår forestilling om normers bindende kraft, så må konklusjonen bli at denne forestillingen bare er innbillning og illusjon hos den enkelte
 - ❑ Resultatet blir: Normer og normativitet kan bare eksistere som psykologiske kjensgjerninger hos den enkelte (som internaliserte) – dersom en person ikke har internalisert en norm så kan den heller ikke sies å eksistere eller ha noen bindende kraft for vedkommende

Rettsfilosofi

- Forholdet mellom skandinavisk rettsrealisme i filosofisk forstand og i en videre og løsere forstand
 - Forholdet mellom skandinavisk rettsrealisme i filosofisk forstand og Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundbys rettsteori
 - Sundby tok ikke klart stilling til spørsmålet om normers bindende kraft kan begrunnes, men ville neppe godtatt en posisjon a la Olivecrona
 - Eckhoff ga på 1960-tallet klart uttrykk for at han avviste at vi har en spesifikt praktisk fornuft, og tilsluttet seg en posisjon som lignet Olivecronas
 - Eckhoff hevder imidlertid IKKE slik som Olivecrona at normer KUN eksisterer som psykologiske forestillinger hos det enkelte subjekt
-

Rettsfilosofi

- I andre utgave av boken "Rettssystemer" skriver han for eksempel:

"Et hovedsynspunkt i dette og det foregående avsnitt... er at den "bindende virkning" som visse normer (bla de rettslige) anses for å ha, er et rent psykologisk fenomen. Dette er ingen ny tanke. Hagerup argumenterte overbevisende for det samme syn i sin artikkel om rettens psykologiske grunnlag i TfR 1907 s. 1-14. Det gjorde også Olivecrona i boken Law as Fact (1939)"

Rettsfilosofi

- Forholdet mellom skandinavisk rettsrealisme i filosofisk forstand, Eckhoff og den britiske rettsfilosofen H.L.A Hart
 - Harts synspunkter i boken ”The Concept of Law” kan ses som et spesialtilfelle av Olivecronas syn på re normativitet og praktisk fornuft
 - Hart er av den oppfatning at normers bindende kraft kan begrunnes i en såkalt grunn-norm. Denne grunn-normen kaller Hart ”Rule of Recognition” eller ”Anerkjennelsesnormen”
 - Denne grunn-normen kan man ikke diskutere holdbarheten til innenfor et juridisk perspektiv – den må bare tas for gitt. Det eneste man kan diskutere er om den eksisterer eller ikke.
 - Når vi skal analysere om grunn-normen eksisterer eller ikke så er det avgjørende hvorvidt den blir *akseptert* eller ikke – altså om den faktisk blir brukt i juridisk praksis
 - Dette leder til et temmelig interessant poeng: Grunn-normen som skal begrunne normers bindende kraft har ikke noe egentlig *innhold*. Grunn-normen er jo bare det som jurister faktisk gjør. Grunn-normen gir ikke noe grunnlag for å kritisere eller vurdere den positive retten
 - Eckhoff og Sundbys kritikk av retten som ”pyramide”

Rettsfilosofi

- Alf Ross og anvendelsen av den skandinaviske rettsrealismen i filosofisk forstand på spørsmålet om jusens vitenskaplighet
 - Alf Ross er tilhenger av det grunnsyn på mulighetene for å begrunne rettens bindende virkning som Olivecrona la til grunn
 - Som den skandinaviske rettsrealismen forøvrig mener Alf Ross at forestillinger om normers bindende kraft kun er uttrykk for faktisk eksisterende følelser hos et subjekt. Hvilke normer som ”finnes” kan derfor bare avgjøres ved å undersøke hvilke normer mennesker faktisk føler seg bundet av til enhver tid
 - Seriøs rettsvitenskap kan da ifølge Ross bare bestå i å komme med forutsigelser eller spådommer om hvilke normer domstolene føler seg bundet av

Rettsfilosofi

- Et begrunnelsesproblem ved non-kognitivistiske teorier generelt og ved den skandinaviske rettsrealismen spesielt
 - Vi har sett at den skandinaviske rettsrealismen mener at det *bare* er det vi kan observere i tid og rom – i ”virkeligheten” – og setninger som sier noe om dette som kan sies å eksistere/gi mening. Det er altså *bare* setninger som sier noe om ting vi faktisk kan observere i ”virkeligheten” som gir mening. Utsagn om noe som vi ikke kan se eller høre eller føle er meningsløse
 - MEN, hva med den skandinaviske rettsrealismens EGNE utsagn?? Er de meningsfulle etter de kriteriene de selv oppstiller?
 - Kan vi kontrollere om den skandinaviske rettsrealismens utsagn om at det bare er det vi kan observere i ”virkeligheten” og utsagn om dette som eksisterer/gir mening ved å sjekke dette opp mot det vi kan observere, se , høre, føle??
 - NEI, den skandinaviske rettsrealismens argumenter kan ikke begrunnes etter sine egne sannhets/gyldighetskriterier
 - Den begår en performativ selvmotsigelse – ”Jeg kan ikke snakke”

Rettsfilosofi

- Hva vi skal se på i det videre
 - I det videre skal vi se på to typer *kognitivistiske* teorier
 - Utilitaristisk rettsfilosofi
 - Kants rettsfilosofi
-

Rettsfilosofi

- Utilitaristisk rettsfilosofi
 - Den utilitaristiske rettsfilosofien vi skal se på er representert særlig ved Jeremy Bentham (1748-1832), men også ved John Stuart Mill (1806-1873)
 - Bentham mener at retten kan og må holdes opp mot et prinsipp/ideal/målestokk utenfor den positive retten – han er altså representant for en kognitivistisk posisjon
 - Den sentrale målestokk for Bentham og utilitarismen er:
 - ”Størst mulig lykke for flest mulig”
 - Benthams utilitarisme er altså opptatt av å vurdere rettens *nyttevirkning*
-

Rettsfilosofi

- Benthams utilitarisme bygger særlig på fire forutsetninger
 - Om en lov eller en handling er riktig/holdbar avhenger av de *konsekvenser* dens innhold får
 - Om selve rettsregelen eller handlingen er rettferdig i seg selv eller om motivet bak regelen er rettferdig betyr lite– det er regelens *konsekvenser* som er relevant
 - De sentrale konsekvenser er *individets lykke*: Skaper regelen lyst eller ulyst?
 - Hedonisme – Den sentrale målestokk er mest mulig lykke/lyst for flest mulig
 - Prinsippet om størst mulig lykke for flest mulig gjelder ALLE sider ved retten
 - Nyttekriteriet er det ENESTE relevante kriterium når retten skal vurderes
-

Rettsfilosofi

- På bakgrunn av disse fire forutsetninger oppstiller Bentham sin grunnsetning:
 - ”Spørsmålet om normativ verdi og plikt er et spørsmål om, og *bare* om, utfallet av en lystkalkyle – dvs. et faktisk og dermed *åpent* spørsmål”
 - Man må altså ifølge Bentham vurdere all faktisk eksisterende positiv rett opp mot denne grunnsetningen
 - Det vil si at det alltid er et *faktisk* spørsmål om retten er holdbar – vi må altså alltid sjekke om den retten som gjelder her og nå oppfyller grunnsetningens krav
 - Det går altså ikke an å vurdere retten opp mot et kriterium som utelukkende følger av *fornuften* – man må alltid sjekke om retten *faktisk* oppfyller grunnsetningen
 - Man må sjekke om den aktuelle rettsregel faktisk føler til lyst eller ulyst for individene

Rettsfilosofi

- Benthams utilitarisme reiser enkelte problemer
 - Sammenligningsproblemet
 - Hva skal vi sammenligne når vi skal regne ut hva som alt i alt leder til mest lyst og minst ulyst?
 - Normativitetsproblemet – begrunnelsesproblemet og rettighetsproblemet
 - Hvordan begrunner utilitarismen sitt nytteprinsipp?
 - Rettighetsproblemet: Klarer utilitarismen å forklare våre forestillinger om at det enkelte individ har visse ukrenkelige rettigheter? Eksemplet med å dømme en uskyldig
-

Rettsfilosofi

- John Stuart Mill
 - Mills videreføring av Benthams utilitarisme
 - Mill og rettigheter

Rettsfilosofi

■ Kants rettsfilosofi

- ❑ Kant mener at retten kan og må holdes opp mot et prinsipp/ideal/målestokk utenfor den positive retten – han er altså representant for en kognitivistisk posisjon. Kant mener at mennesket har en praktisk fornuft
 - ❑ Det som skiller utilitarismens kriterium eller målestokk på retten fra Kants er særlig at utilitarismens målestokk er avhengig av at vi sjekker retten opp mot noe *faktisk i verden* – altså om en rettsregel faktisk gir mest mulig lyst for flest mulig – mens det kriterium Kant mener vi må sjekke retten opp mot *kun* følger av fornuften. Kriteriene gjelder altså uavhengig av hva som faktisk foreligger i den verden vi kan observere med våre sanser
 - ❑ Fornuften oppstiller ifølge Kant visse prinsipper for hva som er holdbar/god rett og disse prinsippene er målestokken retten må holdes opp mot
-

Rettsfilosofi

■ Hovedelementene i Kants rettsfilosofi

- Menneskets *to* perspektiver på seg selv: *Natur* (Hva våre lyster og begjær sier vi bør gjøre og hva som er rett) og *frihet* (hva vår fornuft sier oss er rett måte å handle på)
- Frihetsforestillingen er grunnprinsippet i den praktiske fornuft
- Vi er frie når vi kun underkaster oss lover vår egen fornuft gir oss (Fornuftens selvlovgeving – autonomi og avvisning av heteronomi)
 - Hvorfor avviser Kant all fremmedlovgivning, for eksempel Guds bud eller faktiske lystkalkyler? Jo, fordi slike grunnlag for normativitet alltid vil lede oss til spørsmål om hvorfor dette er et gyldig grunnlag og dette vil alltid føre oss tilbake til vår egen fornuft som den siste domstol. Det er bare det vår egen fornuft selv fremsetter som gyldig grunnlag for normativitet som faktisk kan utgjøre noen sikker målestokk for hva som er rett og galt
- Hvilke lover er det fornuften gir oss?
 - Fornuften gir oss kun en lov: Det han kaller ”Det kategoriske imperativ”
 - Kant formulerer ”Det kategoriske imperativ” på flere måter
 - Den aller mest sentrale og kjente formulering kan sies å være:
 - ”Handl bare etter den maksime gjennom hvilken du samtidig kan ville at den skal bli en allmenn lov”

Rettsfilosofi

■ Hovedelementene i Kants rettsfilosofi forts.

- Rettsprinsippet
 - Det kriterium Kant mener retten må vurderes i forhold til, kan vi kalle Kants rettsprinsipp
 - Dette rettsprinsippet *springer ut av Det kategoriske imperativ*
 - Ifølge den praktiske fornuft er mennesket fritt når det kan gi seg selv lover i overensstemmelse med Det kategoriske imperativ – dette kan vi kalle en *indre* frihet
 - Det kategoriske imperativ sier i en formulering at man skal handle slik at man respekterer den enkeltes selvstendighet og menneskeverd
 - For å ivareta den enkeltes selvstendighet og menneskeverd har menneskene en eneste ”medfødt rettighet”: Frihet fra andres valg og tvang
 - Denne friheten er en *ytre* frihet – og det er denne ytre frihet fra andres vilje og tvang som danner bærebjelken i rettsprinsippet
 - Kant gir flere formuleringer av rettsprinsippet
- Forholdet mellom det kategoriske imperativ og rettsprinsippet
 - Det kategoriske imperativ angår den *indre* motivasjon for en handling, mens rettsprinsippet kun angår handlingers *ytre* aspekter
 - Den indre frihet sier noe om hva vi positivt skal gjøre: Nemlig handle slik at vi samtidig skal kunne ville at maksimen for handlingen vår blir gjort til en allmenn lov og at vi skal handle slik at vi respekterer menneskeheten både i oss selv og andre
 - Den ytre frihet sier noe om hva vi negativt ikke må gjøre: Nemlig ikke handle slik at vi ikke respekterer andres uavhengighet av andres vilje og tvang

Rettsfilosofi

- Målestokkspørsmålet og anvendelsesspørsmålet
 - Kant forsøker altså å vise at fornuften oppstiller en målestokk for vurdering og kritikk av positiv rett – altså det kategoriske imperativ og rettsprinsippet (målestokkspørsmålet)
 - I tillegg sier han imidlertid også noe om mer konkret om hva som må, kan eller bør være innholdet i positiv rett (anvendelsesspørsmålet)
 - I det videre skal vi gå litt nærmere inn på Kants rettsfilosofi gjennom å gå litt nærmere inn på hovedtrekk ved målestokkspørsmålet
-

Rettsfilosofi

- Nærmere om målestokkspørsmålet
 - To typer linjer i Kants argumentasjon
 - Argumentative linjer
 - Elementer i hans argumentasjon som er logisk nødvendige for begrunnelsen av Det kategoriske imperativ og rettsprinsippet
 - Anskueliggjørende linjer
 - Elementer i hans argumentasjon som ikke er logisk nødvendige for begrunnelsen av Det kategoriske imperativ og rettsprinsippet, men som heller forsøker å gjøre argumentasjonen tydeligere for leseren
 - Vi skal bare se kort på EN argumentativ hovedlinje – nærmere bestemt hvordan han argumenterer for å begrunne *frihet* som et grunnprinsipp i vår praktiske fornuft
-

Rettsfilosofi

- Nærmere om EN argumentativ linje for Kants kategoriske imperativ og rettsprinsippet (En måte å begrunne frihetsforestillingen på)
 - Frihetens realitet
 - Kant har som vist lagt til grunn frihetsforestillingen som grunnprinsipp for den praktiske fornuft og det kategoriske imperativ
 - En av Kants måter å begrunne sitt grunnprinsipp om frihet på er ved å vise at frihet er uløselig knyttet til måten vi tenker og snakker på
 - Dette er forsøkt vist i RF 4.6.2 – stoffet er komplisert og ikke lett tilgjengelig
 - Et sentralt avsnitt er for eksempel nest siste avsnitt på s. 378 og avsnitt (4) på s. 379-380
 - Svært kort fortalt går resonnementet slik: Dersom jeg sier ”jeg er ikke fri” så begår jeg en performativ selvmotsigelse. Jeg sier at jeg ikke er fri, men idet jeg sier dette viser selve utsagnet at jeg faktisk likevel *er* fri. Når jeg sier at jeg ikke er fri så viser jeg nemlig både at jeg er uavhengig av ytre årsaker og tvang (det er ”jeg” som sier det) og jeg viser at jeg har indre frihet; det er jeg selv som er opphavsmann til utsagnet – Ergo: Jeg er med nødvendighet fri
 - Detaljene i dette egner seg best til egen refleksjon over det som står i boken og oppgaveløsning – Dette skal du forsøke å formulere i innleveringsoppgaven!!

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Innledning – forholdet mellom ”jus” og ”rett”
 - ”Jus” brukes i pensum som betegnelse på det faget som studerer ”rett” (fagets studieobjekt)
 - MEN dette forholdet mellom fag og studieobjekt må ikke ses som i andre fag eller vitenskaper, jusen som fag har visse spesielle kjennetegn som skiller den fra andre fagfelt
 - Jusens studieobjekt (retten) er ikke et studieobjekt på samme måte som naturvitenskapenes studieobjekter – jusens studieobjekt (retten) blir nemlig bare til og eksisterer bare gjennom mennesker
 - Forholdet mellom jusen og dens studieobjekt (retten) er altså ikke skarpt avgrenset – tenk for eksempel bare på at juridisk teori regnes som en relevant rettskilde! Faget kan med andre ord være med på å skape/forme det som er dette fagets studieobjekt! – Jusen står altså ikke som naturvitenskapene helt utenfor det den studerer og betrakter dette på en nøytral måte
 - I det videre skal vi se på noen tema som sier litt om hva det er som særlig preger jusen som fag (skiller den fra andre fag) og om jusens forhold til sitt studieobjekt – retten:
 - Er jusen en vitenskap?
 - Hvordan er egentlig forholdet mellom jusen/juristers utsagn om gjeldende rett og selve retten (studieobjektet)?
 - Kan jusen hente verdifulle impulser fra den filosofiske disiplin som kalles hermeneutikk?
 - (Merk at vi her ikke vil ta opp avsnitt 3.2, selv om dette også er pensum. Dette må leses på egenhånd!)

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

■ Er jusen en vitenskap?

- Et gammelt spørsmål som stadig dukker opp igjen – jusen har som vist et litt spesielt forhold til sitt studieobjekt og kan på denne måten (og andre) sies å skille seg litt fra andre ”vitenskaper” – slik har det alltid vært – derfor har flere oppigjennom historien stadig reist spørsmålet om jusen egentlig kan kalles en ”vitenskap”
- Naturvitenskapene har – i tillegg – gjennom de siste 200-300 år tatt stadig mer monopol på hva som kvalifiserer som ”vitenskap”, mens andre fag har liksom måttet ”bevise” at de også kan kalle seg vitenskaper, dette gjelder for eksempel samfunnsvitenskapene og jusen – naturvitenskapenes tenkemåter og metode har blitt stadig mer et forbilde for mange om hva som kan kvalifisere som vitenskap og mange har ment at jusen bør overta og bruke tenkemåtene og metodene til naturvitenskapene
- I RF tas det utgangspunkt at diskusjoner om hva som er ”vitenskap” eller ikke, stort sett virker ganske lite opplysende og ender ofte med at man kjemper om hva som skal menes med ordet ”vitenskap” uten at man fokuserer på det som er av virkelig interesse
- RF legger til grunn at det egentlig ikke er så interessant å finne ut om jusen er en ”vitenskap” eller ikke, og i tillegg tas det utgangspunkt at vi i jusen IKKE bør forsøke å overta naturvitenskapenes tenkemåter og metode, men heller forsøke å forstå hva som er jusens egne spesielle kjennetegn – enten vi kaller den vitenskap eller ikke
- I RF V 2 presenteres så et forslag til hvordan vi bør forholde oss til diskusjoner om ”jusens vitenskaplighet”. Ifølge RF bør vi forsøke å finne ut hva diskusjonsdeltagerne i slike diskusjoner faktisk gjør og mener. Dette bør skje gjennom en *opplosning* av spørsmålet om jusen er en vitenskap – vi bør bryte diskusjonen ned i enkeltdeler (det som i RF kalles ”en differensbetragtning”):
 - Identifisering av ”overtaleelsesdefinisjoner”
 - Identifisering av ”bindestreksfilosofi”
 - Identifisering av de deler av en drøftelse som reellt sett er drøftelser av spørsmålet om rett og praktisk fornuft
 - Vurdering av drøftelsens erkjennelsesverdi

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Identifisering av ”overtalelsesdefinisjoner”
 - Med ”overtalelsesdefinisjoner” menes:
 - En person (for eksempel juridisk forfatter) tar utgangspunkt i en normativ definisjon (typisk: ”med ordet ”vitenskap” skal vi i det følgende mene...”) av *et ord med sterk følelsesmessig appell*, for eksempel ord som ”vitenskap/vitenskaplig”, rasjonell, effektiv, sant (alle gir positive vibrasjoner – ikke sant?! – eller ”ikke vitenskap/uvitenskaplig, irrasjonell, ineffektiv, usant (alle gir negative
 - Personen (typisk en juridisk forfatter) bruker så dette ordet på en slik måte og i et slikt omfang at det evner til å overtale
 - Merk at det ikke trenger være noe utspekulert eller noen skjulte motiver bak dette – vi bruker alle overtalelsesdefinisjoner av og til! ”Det du sier der er helt irrasjonelt/usant” etc. Så vil vi typisk si at det og det er sant eller rasjonelt om noe og så argumentere videre for vårt syn
-

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Dersom vi analyserer bruken av overtalelsesdefinisjoner nærmere (og bruken av ordet ”rettsvitenskap” spesielt), vil vi se at tre trekk går igjen:
 - Man får først inntrykk av at personene i en diskusjon fremsetter deskriptive (beskrivende) karakteristikk av noe som deretter kalles ”rettsvitenskap” – ”rettsvitenskap *er* det og det”
 - Ser vi nærmere på diskusjonen, finner vi ut at det egentlig ikke dreier seg om en deskriptiv karakteristikk, men heller om en ”kamp” om hva som skal menes med ordet ”rettsvitenskap” eller hva det skal brukes om/til – det dreier seg altså heller om at diskusjonsdeltagerne fremsetter sine egne *normative* definisjoner – at rettsvitenskap *er* det og det, betyr altså egentlig at forfatterne sier at det etter deres mening *skal* eller *bør* eller *må* bety det og det – ved bruken av ordet ”rettsvitenskap” forsøker forfatterne å påvirke leserne til å akseptere forfatterens egen oppfatning av hva man bør mene med rettsvitenskap eller hvordan ordet bør brukes
 - Og endelig vil vi finne ut at uenigheten mellom diskusjonsdeltagerne, egentlig dreier seg om at diskusjonsdeltagerne er uenig om hvilke normer som skal gjelde for bruken av ordet

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Overtaleelsesdefinisjonene av ordet ”rettsvitenskap” *brukes til* særlig tre ting:
 - ❑ Til å endre juridiske akademikers (juridiske forfatteres/teoretikers) argumentasjonsmåte
 - ❑ Til å utvide juridiske akademikers emneområde
 - ❑ Til å styrke juridiske akademikers selvfølelse
 - ❑ Se eksemplene i RF s. 456-463

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Identifisering av ”bindestreksfilosofi”
 - I tillegg til at mange diskusjoner av ordet ”rettsvitenskap” har preg av ”overtalelsesdefinisjoner”, har disse drøftelsen også ofte preg av ”bindestreksfilosofi”
 - Med ”bindestreksfilosofi” menes:
 - Det å ta utgangspunkt i en filosofisk grunnposisjon som sier noe om hva ”vitenskap” generelt bør bestå i, men som er dannet uavhengig av jusen, og som man deretter bruker til å vurdere om jusen er ”vitenskap” eller ikke – man påtvinger altså jusen krav og kriterier til hva som er vitenskap som ikke tar hensyn til jusens egne særegne trekk
 - Alf Ross argumentasjon i ”Om ret og retfærdighet” som eksempel – Ross importerer et vitenskapsideal fra naturvitenskapen (bindestreksfilosofi) og argumenterer deretter for at det er slik rettsvitenskap ”er” (overtalelsesdefinisjon)
-

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Identifisering av de deler av en drøftelse av ordet ”rettsvitenskap” som reelt sett er drøftelser av spørsmålet om rett og praktisk fornuft
 - Etter at vi har blitt klar over at en juridisk forfatters bruk av ordet ”rettsvitenskap” ofte kan være preget av overtalelsesdefinisjoner og bindestreksfilosofi, vil vi se at mange av de spørsmålene som slike forfattere behandler i sin drøftelse av om rettsvitenskapen er en ”vitenskap” egentlig hører hjemme i spørsmålet om rett og praktisk fornuft
 - For en skandinavisk rettsrealist vil typisk ikke bruke ordet ”rettsvitenskap” om det å oppstille normer *utenfor* den positive retten. For en skandinavisk rettsrealist vil bare det som lever opp til det idealet på vitenskap som er hentet fra naturvitenskap – nemlig at det bare er utsagn om det vi faktisk kan erfare i tid og rom og logiske/matematiske uttrykk for dette – kvalifisere som rettsvitenskap
 - For en utilitarist vil ordet ”vitenskap” og ”rettsvitenskap” omfatte det at vi har en praktisk fornuft – altså at vi kan oppstille normer utenfor den positive retten til vurdering og kritikk av denne – og at kriteriet for slike normer er vurderinger av rettens nyttefunksjoner (mest mulig ”lykke”)
 - For en kantianer vil ordene ”vitenskap” og ”rettsvitenskap” bli brukt om det at vi har en praktisk fornuft og at vi kan oppstille visse fornuftsmessige normer til vurdering og kritikk av positiv rett

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Hvordan er egentlig forholdet mellom jusen/juristers utsagn om gjeldende rett og selve retten (studieobjektet)?
 - Er juristers utsagn de lege lata *deskriptive*, *normative* eller en *sammensmeltning av deskriptivitet og normativitet*?
 - For å avgjøre dette spørsmålet tar vi utgangspunkt i ”reaksjonskriteriet” – nemlig vi ser på avgivers reaksjon dersom det blir påpekt at utsagnet ikke stemmer med virkeligheten
 - I tillegg til det reaksjonskriteriet vi har gjennomgått tidligere, skal vi for å avgjøre om et utsagn har en såkalt ”sammensmeltet modalitet” innføre to kriterier til som er knyttet til selve avgiverens overveielser:
 - Avgiveren lar det ved sammensmeltet modalitet stå åpent om han/hun vil endre på utsagn eller virkelighet dersom det senere skulle vise seg at det er en uoverensstemmelse mellom utsag og virkelighet, for eksempel dersom en jurist sier at gjeldende rett er slik og slik og at det viser seg at høyesterett nettopp har avsagt en dom som sier noe annet
 - Avgiveren av utsagnet anser ved sammensmeltet modalitet at en eventuell uoverensstemmelse er et relevant argument i seg selv, når det skal avgjøres om det er utsag eller virkelighet som skal rettes på
 - I det videre skal vi se litt på hva som er den deskriptive side ved juristers utsag de lege lata, litt på hva som er den normative side og litt om hvordan vi gjennom dette ”utvidede reaksjonskriteriet” kan finne ut om utsagnet er ”sammensmeltet”

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Den deskriptive side ved juristers utsagn de lege lata
 - Den deskriptive side ved utsagn de lege lata går på at disse utsagnene sier noe om hvilke normer vi mener faktisk motiverer de som håndhever retten, for eksempel i domstolene. Vi sier at gjeldende rett er slik og slik og mener da å si at det er disse reglene dommerne føler seg motivert av – vi uttaler oss altså deskriptivt
 - Vi ser at vi som jurister derfor er opptatt av *hva andre jurister (for eksempel dommerne) vil si* om hva som er gjeldende rett
 - Når vi som jurister uttaler oss om de lege lata så viser den deskriptive siden av våre utsagn til *hva som motiverer juristene generelt*

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Den normative side ved juristers utsagn de lege lata
 - En kunne ved første øyekast tenke at alle juristers utsagn bare er deskriptive – vi sier jo gjeldende rett *er* slik og slik (som om vi gir en deskriptiv beskrivelse av hvordan det faktisk er i verden)
 - Det er imidlertid ikke slik at juristenes utsagn er rent deskriptive – den normative side skriver seg fra det at jurister mer eller mindre direkte tar stilling til konflikter og alle føler en forpliktelse til at disse konfliktene ikke bare skal være en helt mekanisk prosess, hvor vi sier ”slik er retten og slik må derfor resultatet bli” uansett om det fører til et godt eller dårlig resultat i den enkelte sak
 - Det normative element kommer inn i det at våre utsagn om gjeldende rett derfor må være *rimelige og rettferdige* – ikke bare rent beskrivende av hva som er gjeldende rett

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Sammensmeltingen av deskriptivitet og normativitet
 - For å finne ut om vi står overfor en sammensmelting bruker vi ”det utvidede reaksjonskriteriet”
 - Jurister vil sjelden rette på sitt utsagn om gjeldende rett, dersom det viser seg at ”virkeligheten” er annerledes – dvs. dersom høyesterettsdommerne for eksempel mener at gjeldende rett er noe annet. Det vil si at utsagnet ikke er ment rent deskriptivt
 - Jurister vil sjelden strengt holde på sitt utsagn og utelukkende kritisere ”virkeligheten” (for eksempel en høyesterettsdom eller utsagn i juridisk teori). Det vil si at utsagnet ikke er ment som rent normativt.
 - De fleste av juristers utsagn de lege lata lar det derimot stå åpent om det er utsagnet eller virkeligheten som bør justeres/endres
 - De fleste juristers utsagn de lege lata er også preget av at man ønsker å tenke nærmere over holdepunktene for ens eget utsagn og holde disse opp mot uoverensstemmelsen med ”virkeligheten” før man bestemmer seg for hva som bør justeres, en jurist vil for eksempel være mer åpen for å justere sitt utsagn om de lege lata dersom dette ikke stemmer med en enstemmig høyesterettsdom enn om det dreier seg om en høyesterettsdom med dissens

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Kan jusen hente verdifulle impulser fra den filosofiske disiplin som kalles ”hermeneutikk”?
 - Hva er ”hermeneutikk”?
 - En del av filosofien som er opptatt av menneskers tolkning og forståelse – betegnelsen favner om ganske mange forskjellige forfattere, teorier og teoriretninger
 - Felles for hermeneutikken er forsøk på å analysere hva det vil si å tolke og forstå
 - Noen hovedpunkter i hermeneutikkens historie
 - Den greske guden Hermes – sendebud, overføring av mening
 - Den moderne hermeneutikken etablert på 1800-tallet
 - Schleiermacher hermeneutikk – utgangspunkt i tolkning av tekster (Biblen som utgangspunkt). Et av hans hovedspørsmål: Hvordan kan en tekst skrevet i en helt annen tid forstås?
 - Dilthey – utvidet perspektivet fra tolkning av tekster til undersøkelser av mennesket som forstående vesen
 - Gadamer
 - Heidegger

Jusen som fag – noen grunnspørsmål

- Hermeneutikkens relevans for jusen
 - Hermeneutikken kan sies å bestå av to hoveddeler
 - Hermeneutikkens tematisering og problematisering av tolkning og forståelse *i de enkelte fag og vitenskaper*
 - Denne delen av hermeneutikken kan tilføre jusen verdifulle impulser til metodelæren, for eksempel i og med begrepene om vekselvirkning, forutforståelse og koherens
 - Hermeneutikkens tematisering og problematisering av mer allmenne filosofiske spørsmål
 - Kan bidra med to typer impulser:
 - Hermeneutikkens avvisning av at vitenskaper om mennesket kan bruke samme metoder som naturvitenskapene – ”problemstillingsfunksjon”
 - Hermeneutikken kan bidra til å omformulere problemstillinger og slik til å tydeligere kommunisere ulike typer spørsmål om jusen – ”omformuleringsfunksjon”