

Examen facultatum – rettsvitenskapelig variant

Christoffer C. Eriksen

IOR

c.c.eriksen@jus.uio.no

JFEXFAC04 – Hva og hvorfor?

- Kunnskap om:
 - Rettssystemet
 - jus som fag, og
 - Rettens relasjon til samfunnet
- Forholdet til andre juridiske fag
 - Kunnskap om de enkelte rettsområdene (familierett, statsrett, folkerett, EØS-rett) gir innsikt i bestemte normer og hvordan konkrete rettsspørsmål skal løses
 - Rettsnormer er i forandring – kunnskap om retten foreldes
 - Men: Strukturer ved rettssystemet, jussen som fag og forholdet mellom rett og samfunn er mer bestandige
- Begrunnelsekunnskap
 - Rett og juss som "vold" – jusstudiets funksjon og formålet med eksamen
- Interessant i seg selv?

Læringskrav

- Rettsfilosofi (Del A)
- Rett, samfunn og legitimitet (Del B)
- Språk, logikk og argumentasjon (Del C)

Forelesninger i Rettsfilosofi - Oversikt

- Læringskrav
- Læringsmetode
- Hovedpunktene i faget

Rettsfilosofi - Læringskrav

- Rett og Språk
 - Utsagnstyper (definisjoner, karakteristikk; deskriptive utsagn, normative utsagn)
- Rett og normativitet
 - **Typer av Normer Pliktnormer, Kompetansenormer, Kvalifikasjonsnormer**
 - **Regler, Retningslinjer, Avveininger ("Juristskjønnet")**
- Verdier
- Rett og Stat (prinsipper og verdier i norsk rett)
 - **Likebehandling, rettferdighet, frihet og rettssikkerhet**
 - Motstrid mellom og harmonisering av verdier og prinsipper
 - Avveiningsmodell og rangordningsmodell
- Rett og Praktisk Fornuft
 - **Deskriptivt om relasjoner mellom rett og moral**
 - **Problemstillingen: Er det mulig å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettssystemer?**
 - Skandinavisk rettsrealisme
 - Utilitarisme
 - Kantiansk rettsteori

Rettsfilosofi – Læringsmetode

- Hvordan lære seg ex. fac?
 - Lesning, kollokvering og skriving + forelesning og kurs
 - Hva er viktigst?
- Tips til lesning og kollokvier
 - Læring av sentrale begreper og forholdet mellom dem
 - Hvilke spørsmål prøver teksten å besvare?
 - Når har dere lest et kapittel/underkapittel grundig nok?
- Se også www.sveng.no

Rettsfilosofi - hovedpunkter

1. Rett og Språk
2. Rett og Normativitet
3. Rett og Stat (prinsipper og verdier i norsk rett)
4. Rett og Praktisk Fornuft

Rett og Språk

- Læringskrav: Utsagnstyper (definisjoner, karakteristikk; deskriptive utsagn, normative utsagn)
- Hvorfor fokus på utsagn?
- Hvorfor skille mellom utsagnstyper?

Hvorfor fokus på utsagn?

- Juridisk virksomhet innebærer bruk av utsagn, det vil si påstander om f.eks
 - Hva som er rett
 - Heving kan foretas ved vesentlig mislighold av kontraktsforpliktelser
 - Lover kan ikke gis tilbakevirkende kraft
 - Hva som er virkelighet
 - X har ikke levert varer til avtalt tid
- Bør gode jurister kunne argumentere for og mot påstanders holdbarhet?

Hvorfor skille mellom utsagnstyper?

- Noen grunnleggende utsagnstyper:
 - Definisjoner
 - Karakteristikker
 - Deskriptive utsagn
 - Normative utsagn
- Sondringen mellom utsagnstyper kan være avgjørende for vurderingen av utsagns holdbarhet

Definisjoner/Karakteristikker

- Definisjoner
 - regler for språkbruk
- Karakteristikker
 - beskrivelser av fenomener
- Hva er en iPhone?
 - P1: En mobiltelefon, med Ipod og kamera
 - P2: Rektangulær, svart og tynn gjenstand av plast
- Hva er riktig?
 - Beror på hva vi ønsker å si noe om – språkbruk eller fenomenet. P2 er ikke helt i samsvar med vanlig språkbruk, men samtidig dekkende beskrivelse av fenomenet
 - P2 kan være holdbar som en karakterstikk men ikke som definisjon
 - Ulike fakta er avgjørende for definisjoner og karakteristikkens holdbarhet

Normative/deskriptive utsagn

- Ulike fakta avgjørende for om normative/deskriptive utsagn er holdbare
 - Deskriptive utsagn: Verden
 - Normative utsagn: Normsystemet

Hvorfor er dette interessant?

- Konkret:
 - Kan si noe om hvilke fakta som er avgjørende for om utsagn er holdbare
- Generelt:
 - Illustrer en måte å reflektere på (Hva gjør utsagn holdbare?)
 - Andre spørsmål for refleksjon:
 - Fortjener rettsystemets normer vår anerkjennelse?
 - Hva kan anerkjennelse av rettsystemets normer bygge på? Fornuft og/eller følelser?
 - Hva kan konsekvenser av manglende anerkjennelse være?

Normativitet -læringskrav

- Rett og normativitet
 - Typer av Normer Pliktnormer, Kompetansenormer, Kvalifikasjonsnormer
 - Regler, Retningslinjer, Avveininger ("Juristskjønnet")
- Verdier

Innledning: Normativitet

- Normativitet – omfatter normer og verdier
- Rettens normativitet (rettssystemet er normativt, det beskriver ikke virkelighet men regulerer den)
- Rettens normativitet er objektet for Engs rettsfilosofiske refleksjon
- Sentrale spørsmål som teksten forsøker å besvare:
 - Hva er norm og normativitet?
 - Hva er de sentrale normative utgangspunktene i vårt rettssystem i dag
 - Er det mulig å si om en konkret rettsnorm er god eller dårlig, holdbar eller uholdbar?

Hva er en norm?

- Hvorfor interesse?
 - Gir innsikt i
 - Gjeldende rett
 - Rettskildelæren
 - Samfunnsformen
- Hva vil det si at en norm "eksisterer" (virkelighetskomponent)?
- Hva er det som normeres? (meningskomponent)

Virkelighetskomponent: Teorier om normers *eksistens*

- Psykologiske teorier – normen er internalisert i minst ett subjekt
- Samfunnsmessige teorier – normen er internalisert i en rekke subjekter/institusjoner
- Naturrettslige teorier

Meningskomponent: Normers dimensjoner

- Normers modalitet
 - Pliktnormer
 - Kompetansenormer
 - Kvalifikasjonsnormer
 - Regel
 - Retningslinje
- Normers saksinnhold
 - Person ("hvem gjelder normen for, og i forhold til"?)
 - Situasjon (når gjelder normen?)
 - Innhold (hvilken handling gjelder normen?)

Normative utsagn og modalitet

- Plikt
- Kompetanse
- Kvalifikasjon

Pliktmodaliteter

- Påbud
- Forbud
- Fritakelser
- Tillatelser

Hva er frihet?

- Utenfor normsystemet
- Ikke regulert av påbud/forbud
- Særskilt bestemmelse (Fritakelse/Tillatelse)

Relasjonen mellom pliktmodalitet og grunnlag for frihet

- Påbud og Forbud
 - Når handling ikke rammes av påbud eller forbud foreligger frihet fra plikt
- Fritakelser og Tillatelser
 - Når handling er tillatt i henhold til fritakelse eller tillatelse foreligger frihet fra plikt
- Påbud, forbud, fritakelser og tillatelser
 - Når handling er utenfor pliktnormers rekkevidde foreligger frihet fra plikt

Kompetansenormer

- ”En evne til å fastsette normer som bedømt av gyldighetsnormer kan bli å regne som gyldige”
 - Personell dimensjon:
 - Hvem har kompetanse
 - Innholdsmessig dimensjon:
 - Hva den kompetente kan fastsette
 - Situasjonell dimensjon:
 - Når kan den kompetente fastsette nye normer

”Evne”

- ikke makt til å påvirke, men enkelte empiriske sammenhenger
- ikke frihet, men disse begrepene kan være kombinert selv om det ofte ikke er tilfelle

”Til å fastsette nye normer”

- Omfatter ulike typer normeringer Offentligrettslige: grl. § 75 og grl § 88
 - Privatrettslige: avtalekompetanse
 - Ulike normmodaliteter:
 - Nye kompetansenormer
 - Nye pliktnormer
 - Nye kvalifikasjonsnormer
- Hvilke normmodaliteter kan fastsettes i medhold av grl § 75, grl § 88?
- Hvilke normmodaliteter kan fastsettes i medhold av avtalekompetansen?

”Som bedømt ved hjelp av
gyldighetsnormer kan blir å regne som
gyldige”

- Kompetanse er ikke tilstrekkelig for å forklare fremvekst av nye normer
- Etablering av nye normer forutsetter en egen type kvalifikasjonsnormer (U/gyldighetsnormer)

Kvalifikasjonsnormer

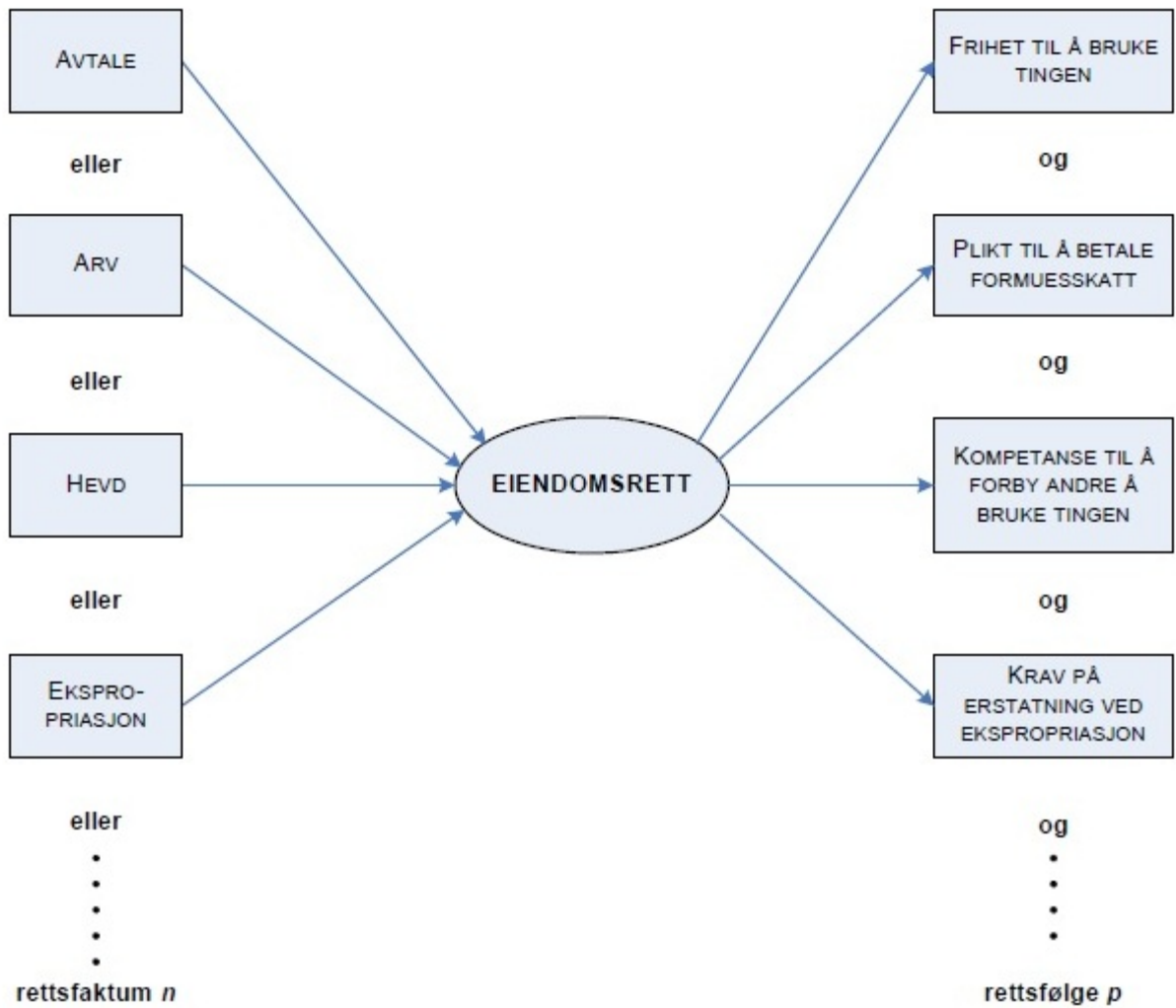
- Normer som sier noe om hva som hører til en kategori
 - Normene kvalifiserer hvilke forhold som faller inn under en kategori
 - Legaldefinisjoner
 - Koblingsord (rettsfakta og rettsfølger)
 - Gyldighet/Ugyldighetsnormer

Definisjoner

- Legaldefinisjoner
 - Fastsatt definisjon i lovs forms, det vil si "I det følgende brukes ordet "x" om forhold z og y."
 - Eksempler:
 - Forvaltningslovens § 2: "part", er en person som avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder.

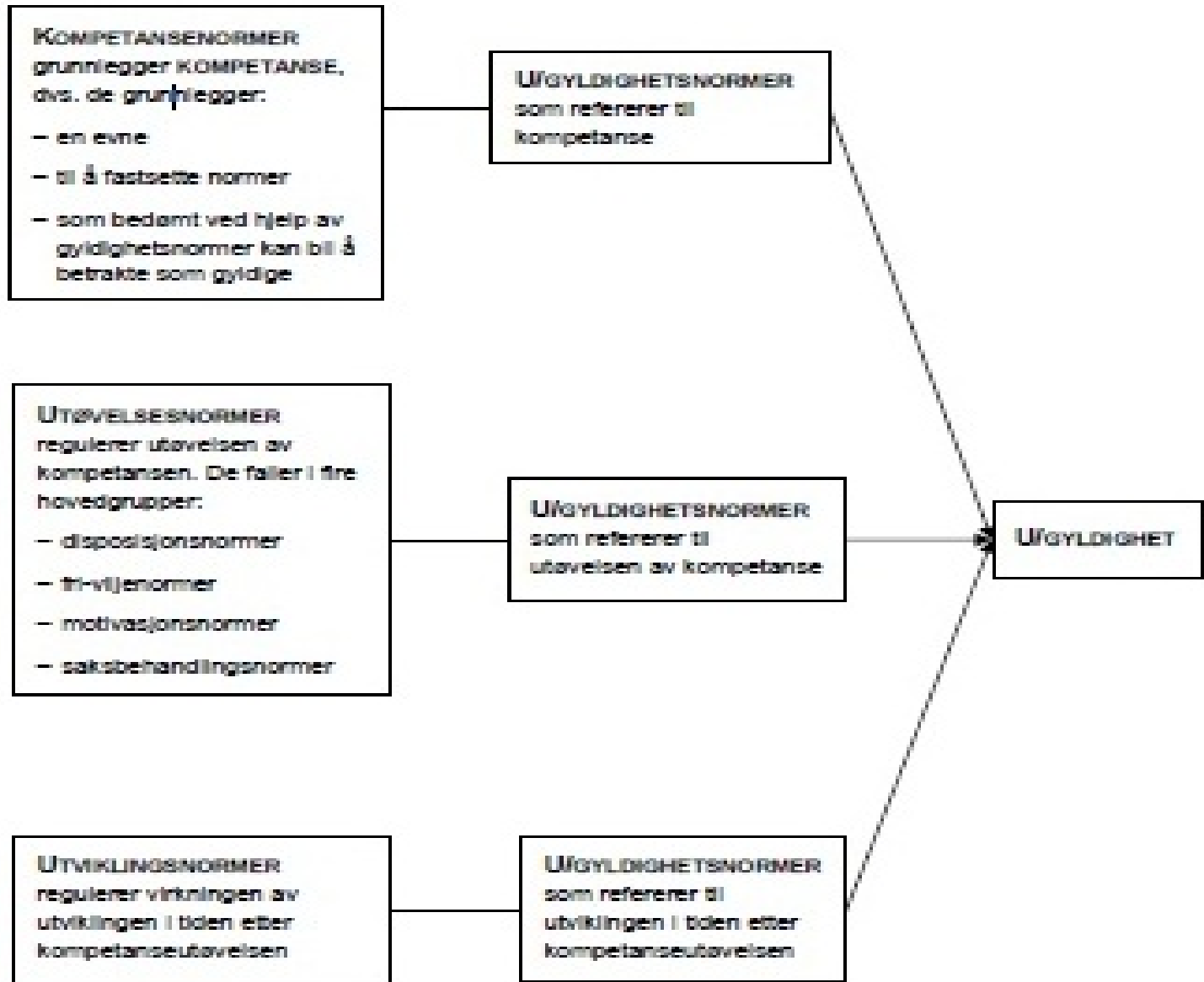
Koblingsord

- Skjematisk fremstilling av koblinger mellom en serie rettsfakta (vilkår) og en serie rettsfølger (virkninger)
- Formål: Gi enklere måte å systematisere rettsstoffet på
- [Neste slide: Figur fra boken Rettsfilosofi]



U/Gyldighetsnormer

- Hvordan forklare at bruk av påstått kompetanse noen ganger resulterer i gyldige normer, og andre ganger i ugyldige normer?
- Egne normer om gyldighet og ugyldighet?
 - u/gyldighet relatert til kompetansen
 - Hva er virkningen av at Utenriksministeren ratifiserer en traktat?
 - u/gyldighet relatert til bruk av kompetansen
 - Rammer for hvordan Stortinget kan vedta en lov?
 - u/gyldighet relatert til etterfølgende forhold
 - Kan avgiveren av et løfte som har kommet til mottakers kunnskap, trekke tilbake løftet? Avtl § 39
 - [neste slide Figur fra Rettsfilosofi]



Oppsummering

- Pliktnormer
- Kompetansenormer
- Kvalifikasjonsnormer

Regler, Retningslinjer, Avveininger ("Juristskjønnet")

- Inndeling på tvers av plikt-, kompetanse- og kvalifikasjonsmodalitet
- Normer kan gi mer eller mindre klare angivelser av vilkår og rettsfølger
 - Klar: Hvis du er 18 år kan ta førerprøve (Fast norm)
 - Uklar: Restriksjoner på fri flyt av varer er lovlige dersom de er begrunnet på en forholdsmessig måte i et legitimt allment hensyn. (Avveiningsnorm)

Retningslinjer

- Avveiningsnormene gir ikke rom for alle typer avveininger
 - Eks: Restriksjoner på fri flyt av varer er lovlige dersom de er begrunnet på en forholdsmessig måte i et legitimt allment hensyn.
 - Hva er forholdsmessig?
 - Nødvendig og egnet (og også stricito sensu?) jf rettspraksis
 - Nødvendighets og egnethetskriteriene er retningslinjer for avveiningsnormen

Særlig om rettskildelæren og avveiningsnormer

- Rettskildelæren – består den av faste normer eller avveiningsnormer og retningslinjer?
- Vanskelig med eksempler på faste normer – hva med lex superior?
- Høyesterett gir ofte uttrykk for at det må foretas avveininger – og rettskildelæren angir retningslinjer

Er alle normer avveiningsnormer?

- Hvis forholdet mellom rettskildefaktorer må avgjøres etter avveining – kan det da finnes faste normer?
- Er språket stabilt nok til å skape helt faste normer?
 - Hva er ”kvantitativ importrestriksjon”?
 - Når er man 18 år?

”Juristskjønnet”

- Jurister må anvende skjønn for å avveie rettskildefaktorer mot hverandre

Verdier

- Anvender jurister normer eller verdier?
 - Normer er todelende, verdier er graduelle
 - Hvis jurister anvender verdier – hvilke verdier anvender de?

Prinsipper og verdier i norsk rett

- **Likebehandling, rettferdighet, frihet og rettssikkerhet**
- Motstrid mellom og harmonisering av verdier og prinsipper
- Avveiningsmodell og rangordningsmodell

Hvilke normative elementer er sentrale i norsk rett?

- Systeminternt perspektiv
 - Logisk element: Er det en logisk sammenheng mellom ulike normer? Kan noen verdier og prinsipper ble ivaretatt av flere forskjellige normer?
 - Historisk element: Hvilke normer har vokst inn i rettsystemet over tid?
- Hvorfor er likebehandling, rettferdighet, frihet og rettssikkerhet sentralt?
- Kan forklare og begrunne store mengder av skiftende regler

Likebehandling

- Sondringen mellom likhet og ulikhet er aktuell på flere nivåer
 - Hverdagslig: Er tilfellet x forskjellig fra y
 - Teknologisk og sosial dynamikk: Skal nye tilfeller behandles likt som "gamle" (e-post og brev)
 - Eksistensielt: Hvem er rettssubjekt?
- Rettssystemets sontring mellom likt og ulikt er forskjellig fra rettssystemets evne til å håndheve sontringen

Anixmander

- I det alle ting har sin opprinnelse, skal de også ødelegges...”according to necessity, for they pay justice and retribution for injustice to each other according to the assessment of Time” (overs. av Kirk, Raven, Schofield)

Rettferdighetsbegrepet – historisk oversikt

- Kosmisk balanse
 - Før-sokratisk
- Harmoni i sosiale og politiske relasjoner
 - Aristoteles, Platon
- Justitia
 - Romersk antikk
- Teologi
 - Middelalderen
- Rasjonalistisk politisk filosofi og rettsfilosofi
 - Opplysningstid
- Moderne skeptisisme
 - Non-kognitivisme og dekonstruksjon
- Moderne normativ rettferdighetsteori
 - Rawls
- Analytisk rettferdighetsteori
 - Eckhoff

Retttferdighet

- Problemstilling
 - Kan forestillinger om retttferdighet forklare og begrunne store mengder av skiftende regler i norsk rett?
 - Hva kan retttferdighet være og hvordan er ulike forestillinger om retttferdighet ivaretatt i norsk rett?

Retttferdighetsbegreper

- Retttferdighetens innhold
 - Mangfold av forestillinger: Naturlig balanse, likebehandling, utjevning, frihet, sikkerhet etc.
- Retttferdighetens grunnlag
 - Natur, nytte, og fornuft – eller følelser?
- Felles karakteristikk?
 - Eng: "tilstand som ikke bryter med visse minstekrav til reglenes innhold"
- To analytiske begrep om retttferdighet
 - Formell retttferdighet: Likebehandling
 - Materiell retttferdighet: Minstekrav til reglenes innhold

Formell rettferdighet (likebehandling)

- Ulike kriterier i forskjellige kontekster?
- Hva er rettferdighet når goder eller byrder fordeles?
 - Fordelingsrettferdighet
- Hva er rettferdighet når parter utveksler goder eller byrder?
 - Utvekslingsrettferdighet

Fordelingsrettferdighet

- Fordelingsrettferdighet og velferdsstaten
 - Fordelingssituasjoner
 - Penger (trygdeytelser, subsidier, støtteordninger etc.)
 - Rettigheter (konsesjoner, tillatelser)
 - Plikter (skatt og avgift)
 - Andre ressurser (arbeidsplass, utdanning, medisinsk behandling)
 - Hva er rettferdig fordeling? Hvilke kriterier for fordeling?
 - Fire typer av kriterier
 - Formell likhet (barnetrygd)
 - Behov (sosialstønad)
 - Evne (progressiv skatt)
 - Fortjeneste (eksamenskarakter som grunnlag for fordeling av stipend og arbeid)
- Fordelingsrettferdighet utenfor velferdsstaten
 - Regionale og globale institusjoner (EU, FN)
 - Organisasjoner og stiftelser innenfor staten

Uttekslingsrettferdighet

- Situasjoner og kriterier for rettferdig utveksling
 - Fordeling av goder og byrder i kontrakt
 - Forventning om rimelig balanse i ytelsene?
 - Regler om tolkning, utfylling, mislighold og revisjon av avtaler, som beskyttelse av forventning om balanse i ytelsene?
 - Påføring av onder uten gjengjeldelse
 - Utkonkurrering innenfor handlefrihetens grenser
 - Fordeling av straffereaksjoner – lik straff?
 - straffen skal stå i riktig forhold til det man straffes for (øye for øye)
 - Erstatning
 - Erstatningsbeløpet skal være likt den økonomiske skade

Motstrid mellom rettferdighetsprinsipper

- Motstrid mellom fordelingsprinsipper
 - Skal stipend fordeles etter behov eller fortjeneste?
 - Skal skatteplikt fordeles etter formell likhet (moms), eller etter evne (progressiv skatt)
- Motstrid mellom utvekslingsprinsipper
 - Når A påfører B et tap, bør B akseptere tapet som utslag av As handlefrihet, eller kreve erstatning fra A?
- Motstrid mellom fordelings- og utvekslingsprinsipper
 - Skal folketrygd fordeles basert på behov, formell likhet, evne, fortjeneste (fordeling) eller på balanse i den enkeltes innebeting (utveksling).

Frihet

- Problemstilling
 - Kan forestillinger om frihet forklare og begrunne store mengder av skiftende regler i norsk rett?
 - Hva kan frihet være og hvordan er ulike forestillinger om frihet ivaretatt i norsk rett?

Frihetsbegreper og norsk rett

- Normteori: Fravær av plikt
- Filosofisk forstand tre frihetsbegreper
 - Valgfrihet
 - Avtalefrihet – og dens begrensninger
 - Frihet til selvbestemmelse
 - Valgordning
 - Frihet fra vilkårlighet
 - Krav til forutberegnelig myndighetsutøvelse?
 - Norsk rett?
 - EMK og EØS?

Rettsikkerhet

- Problemstilling
 - Kan forestillinger om rettsikkerhet forklare og begrunne store mengder av skiftende regler i norsk rett?
 - Hva kan rettsikkerhet være og hvordan er ulike forestillinger om rettsikkerhet ivaretatt i norsk rett?
- To begreper: Formell og materiell rettsikkerhet

Formell rettssikkerhet

- Krav til saksbehandling
 - Forvaltning
 - Straff
 - Sivilprosess
 - Granskning?
- Krav til forutberegnelighet
 - Hjemmelskrav
 - Myndighetsmisbruk
 - Domstolskontroll

Materiell rettssikkerhet

- Vern mot inngrep i visse verdier
 - Grunnlovens rettigheter og internasjonale menneskerettigheter
- Krav på minstestandard ved offentlige ytelser
 - Rt 1990/874 Fusadommen
 - Minimumskrav til helsehjelp?

Motstridsproblemer

- Likhet, rettferdighet, frihet og rettssikkerhet skaper dilemmaer
 - Frihet fra vilkårlighet eller frihet til selvbestemmelse
 - Valgfrihet eller fordelingsrettferdighet?
 - Likhet eller materiell rettssikkerhet?
- Hvordan løse motstrid?
- Harmonisering, avveininger og retningslinjer

Oppsummering

- Utsagnstyper
- Normteori
 - Modalitet (plikt, kompetanse og kvalifikasjon)
 - Saksinnhold (person, situasjon og handling)
 - Normers fasthet (faste normer, avveiningsnormer og retningslinjer)
 - Normativitetens former (norm, verdi og rettighet)
- Rett og stat
 - Sentrale normative elementer i norsk rett
 - Likhet, rettferdighet, frihet og rettssikkerhet

Rett og praktisk fornuft

- Oversikt
 - Introduksjon
 - Begrepet praktisk fornuft og moralfilosofi
 - Positiv rett og moral
 - Mulighet for å etablere kriterier for kritikk av positiv rett?
 - Begrunnelseperspektivet
 - Begrunnelsesstrategier
 - Skandinavisk rettsrealisme
 - Utilitarisme
 - Kantiansk teori

Praktisk fornuft

- Teoretisk fornuft: Gjennom fornuften kan vi få innsikt i logisk, matematiske og naturlige sammenhenger som gjelder med nødvendighet
 - Eksempler
 - Det logiske kontradiksjonsprinsippet: Noe kan ikke være og være på samme tid
 - Geometri: Summen av vinklene i en trekant er 180 grader
 - Tyngdekraften
- Kan vi gjennom fornuften få innsikt i hvordan vi bør handle?
Spørsmål om praktisk fornuft – moralfilosofi
 - Finnes det fornuftsbaserte regler for handling – praksis – som gjelder med nødvendighet? (Kant)
 - Kan fornuften si noe om hvordan vi bør opptre i enkeltsituasjoner (Aristoteles)

Positiv rett og moral

- Rett – summen av visse normative utsagn...++
- Moral – hva er det?
 - Normsystem?
 - Dømmekraft?
- Forbindelseslinjer mellom rett og moral
 - Normativt språk
 - Retten viser til moralske normer
 - Retten bedømmes av moralske normer
 - Moralske normer om forholdet til retten

Hvilke muligheter har vi til å kritisere positiv rett?

- Kan vi igjennom fornuften etablere kriterier for kritikk av positiv rett?
- Kognitivisme og non-kognitivisme
- Tre posisjoner
 - Skandinavisk rettsrealisme (non-kognitivister)
 - Utilitarisme (svak kognitivisme)
 - Kantiansk moralfilosofi (sterk kognitivisme)

Begrunnelsesperspektiv

- Hvordan begrunne et normativt utsagn?
 - "Enkeltvedtak skal grunngis"
 - "Bestemmelsene i hoveddelen i avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov"
 - "Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtalens virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir"
 - "Ingen Lov maa gives tilkavirkende kraft"
 - "Norsk rett skal i størst mulig grad tolkes i samsvar med folkeretten"
 - "Forarbeider til lover er relevante å ta i betraktning ved lovtolkning"

Begrunnelsesstrategier

- Deduksjon (hjemmel)
- Induksjon (grupper av enkeltsaker)
- Hvordan begrunne et svar på spørsmålet om vi har mulighet til å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettsystemer?

Skandinavisk rettsrealisme

- Oversikt
 - Olivercronas argumentasjon
 - Analyse og kritikk av Olivercronas begrunnelse
 - Hva er Skandinavisk rettsrealisme?

Olivercronas argumentasjon

- Finnes det normer og rettigheter som gjelder alle?
 - Hva kan eventuelt gjøre slike normer forpliktende (bindende) for alle?
- Olivercronas svar:
 - Nei: det finnes ingen normer/rettigheter som er bindende for alle. Rettens bindende kraft er en illusjon
- Hvilke grunner angir Olivercrona til støtte for sin posisjon?

Grunner for å anse rettens bindende kraft som illusjon

- Rettens bindende kraft kan ikke være basert på:
 1. interesse i å unngå sanksjoner – det forutsetter at det finnes normer som kan gi grunnlag for sanksjoner
 2. at mange føler for å følge retten, da det også er flere som ikke følger retten (kriminelle).
 3. Observasjoner i tid og rom

Grunner for å anse rettens bindende kraft som illusjon

- Rettens bindende kraft kan være en realitet som en forestilling – men det gjør ikke rettens bindende kraft virkelig. Sml enhjørning.
- Mennesker kan også være tilbøyelige til å skape forestillinger om rettens bindende kraft, fordi vi angivelig tilpasser oss andres imperativer for å unngå å leve i frykt (sosiobiologisk internalisering)
- Rettens bindende kraft kan derfor ikke være annen enn en illusjon – psykologiske fakta.

Hva er rett?

- Dersom det ikke finnes normer eller rettigheter som gjelder for alle – hva kan retten være?
- Maktbruk – adferdsregulering gjennom regler
 - Klare eksempler:
 - Alkoholoven
 - Lov om pengespill
 - Uklare eksempler?
 - Lov om gjennomføring av menneskerettigheter?
- For Olivercrona er retten et faktum – ikke basert på eksistens av noen normer
- Rett = Makt

Analyse og kritikk av Olivercrona

- Eliminasjonsmetode – mulige kandidater for rettens bindende kraft avvises. Finner intet logisk gyldig argument for at rettens bindende kraft ikke kan eksistere
- Avgjørende for Olivercrona er at rettens bindende kraft ikke kan observeres i tid og rom
 - Generelt kriterium på vitenskapelighet i logisk-positivistisk tradisjon
 - Alt som ikke kan erkjennes gjennom sanseerfaring eller formal logikk er uvitenskapelig, irrasjonelt, metafysisk – en illusjon
- Men påstanden om at alt som ikke kan erkjennes gjennom sanseerfaring eller formal logikk er illusjon – kan ikke selv bevises gjennom sanseerfaring eller formal logikk.
- Selvmotsigelse i Olivercronas posisjon

Hva er Skandinavisk rettsrealisme?

- Olivercrona – en av flere rettsfilosofer i Skandinavia som har avvist at det finnes normer som er forpliktende (bindende) for alle
- Se også: Axel Hägerström, Alf Ross, Torstein Eckhoff
- Hva betyr rettsrealismens avvisning av rettens bindende kraft for rettsvitenskapen?

Rettsrealisme og rettsvitenskap

- Rettsvitenskap bør beskjeftige seg med det positivt gitte rettsystemet
- Hva kan vi si om rettsystemet som også kan bekreftes eller falsifiseres gjennom observasjoner i tid og rom?
 - Forutsi hva HR vil si (rettsdogmatikk)
 - Påpeke hvordan retten virker gjennom sosiologiske undersøkelser (rettssosiologi og rettspolitikk)
- Er det rom for å kritisere gjeldende rett med utgangspunkt i universelle normer eller rettigheter?

Utilitarisme

- Oversikt
 - Benthams utilitarisme
 - Analyse og kritikk av Bentham
 - Generelt om utilitaristisk tenkning

Benthams utilitarisme

- All rasjonell adferd er motivert av lyst og smerte: Vi søker alltid å unngå smerte og maksimere lyst
- Fire kilder til lyst og smerte
 - fysiske kilder
 - politiske kilder
 - moralske kilder
 - religiøse kilder
- Mennesket må som rasjonelt individ manøvrer mellom disse kildene
- Hovedpoeng for Bentham: Hvordan kan lovgivningen legge til rette for mest mulig lykke og minst mulig smerte i samfunnet
 - Del av opplysningstanke og rasjonelle krav til utøvelse av politisk autoritet på slutten av 1700- begynnelsen av 1800-tallet

Nytteprinsippet

- Nytteprinsippet: Det prinsipp som innebærer at handlingers godhet vurderes etter hvilken tendens den synes å ha til å øke eller minske lykken
- Hvordan brukes nytteprinsippet i praksis
 - Lyst-enheter
 - Hvordan kalkulere lys/smerte summen?

Mills utilitarisme

- Mer nyansert beregning av lyst
 - Mennesket har evne som muliggjør andre gleder enn rent sanselige
 - Regelutilitarisme: i et langsiktig perspektiv kan vår sikkerhet og derved lykke være bedre tjent med en regel enn frihet til å utføre en handling basert på nytteprinsippet

Analyse og kritikk av Bentham/Mill

- Hvordan kalkulere lyst-enheter?
 - Økonomiske mål for etterspørsel kan gi en pekepinn
 - Men stor usikkerhet om virkninger i fremtiden – hva blir effekten av å bygge lyntog mellom Oslo og Bergen?
- På tross av vansklighetene: Kost/Nytte betraktninger er viktig i alle lovvedtak – les proposisjoner!

Analyse og kritikk av Bentham og Mill

- Kan Bentham og Mill gi et godt nok forsvar for individets frihet?
 - Burde USA ha anledning til å anvende tortur på Guantanamo for å avverge ytterligere terrorangrep?
 - Hva tilsier nytteprinsippet?
 - Hva innebærer egentlig regelutilitarisme?

Analyse og kritikk av Bentham og Mill

- Hvorfor nytte prinsippet?
 - Hvordan er det mulig å begrunne at det prinsippet er det viktigste?

Generelt om utilitaristisk tenkning

- Beskriver et viktig trekk ved rasjonalitet
- Tette bånd til økonomi
- I dag nærmest et "selvsagt" perspektiv – mulig å gjenfinne i politikk, forvaltning og juridisk argumentasjon
 - Se Lover, forvaltningsvedtak og dommer
- Svakheter
 - Beskyttelse av individuelle rettigheter
 - Begrunnelse

Kant

- Oversikt
 - Generelt om Kant
 - Kants moral- og rettstenkning
 - Analyse og kritikk av Kants argumentasjon
 - Generelt om naturrett

Kant

- Transendentalfilosofi – hva er betingelsene for muligheten av
 - Kunnskap om verden
 - Kunnskap om hva som er riktig
- Eksempel fra teoretisk filosofi
 - Tid og rom som anskulesesformer
- For å begrunne mulighetsbetingelsene utvikler Kant en særegen argumentasjonsstrategi.
 - Kort oppsummert består denne i å vise at betingelser som må være til stede for at erfaring og moralsk vurderinger skal være mulig, verken kan være annerledes, eller benektes uten selvmotsigelse

Kants moral- og rettstenkning

- Mennesket er underlagt naturlover (biologisk determinisme – gener) og frihet
- Er det mulig å hevde at menneskets handlinger stort sett er styrt av naturlover?
”Født sånn eller blitt sånn”
- Frihet en forutsetning for at vi kan være ansvarlige for våre handlinger?

Hva menes med frihet?

- Frihet forstås som frihet til å velge hva man foretar seg og hva man er opptatt av.
- Med unntak for tvangssituasjoner, påstår Kant at man alltid kan velge hva man vil rette oppmerksomheten mot eller hva man vil mene og tenke.
 - Det å velge å se i en bestemt retning eller det å innta et standpunkt til et spørsmål vil derfor i følge Kants terminologi utøvelse av fri vilje.

Hvordan begrunne frihet?

- To trinns argument:
 - For det første tar argumentet sikte på å vise nødvendigheten av fri vilje,
 - for det andre søker argumentet å vise at uten selvmotsigelse, er det heller ikke mulig å benekte at man har fri vilje

Hvordan begrunne frihet?

- *Man kan umulig tenke seg en fornuft som lar sin egen bevisstheten ledes utenfra... Fornuften må betrakte seg selv som opphavsmann til sine prinsipper, uavhengig av utenforliggende årsaker. Følgelig må den, i egenskap av et fornuftig vesens praktiske fornuft eller vilje, betrakte seg selv som fri*

Hvordan begrunne frihet?

- frihet påstås å være en nødvendig betingelse for en fornuft (fornuften må betrakte seg som fri), som ikke kan være annerledes (man kan umulig tenke seg...)
- argumentet kan heller ikke gjendrives uten selvmotsigelse: Dersom man virkelig benekter å være fri, vil benektelsen forutsette et aktivt handlende subjekt, som i kraft av å innta et standpunkt til sin egen frihet, bare bekrefter friheten

Konsekvenser for menneskets rasjonalitet

- Fra premisset om at mennesket har fri vilje trekker Kant den slutning at mennesket også har en rasjonalitet som det kan utledes normer fra.
- Tre sider ved dette argumentet er særlig sentrale for naturretten:
 - For det første, at den frie viljen for å være en god vilje ikke kan la seg styre av innskytelser – men av lover.
 - For det andre, at viljen ikke kan ville la seg styre av lover som ikke kan gjøres allmenne. I motsatt fall ville det ikke være forskjell på om man var styrt av en lov eller en innskytelse.
 - For det tredje, at viljen for å være fri, selv må kunne gi seg de lovene man handler etter.
- Dette betyr at Kant mener at det ligger i menneskets natur å ha frihet, samtidig som den friheten forutsetter at man handler etter lover som kan gjelde alle, og som man har gitt seg selv. Dette er i følge Kant grunnleggende egenskaper ved menneskets rasjonalitet.

Konsekvenser for retten

- På basis av de grunnleggende egenskapene ved menneskelig rasjonalitet hevder Kant at retten ikke kan være riktig moralsk sett, med mindre den sikrer den enkeltes frihet.
- Dersom retten ikke gir rom for at den enkelte kan styre seg selv vil retten heller ikke være rasjonell.
- Samtidig, strekker ikke den enkeltes frihet seg lenger enn til å kunne handle etter lover som kan gjelde for alle. Det vil derfor være irrasjonelt om den enkeltes frihet utøves etter lov som samtidig krenker andres frihet.
- Den eneste medfødte rettighet man har i kraft av å være menneske er derfor i følge Kant: Frihet, forstått som uavhengighet av andres valg og tvang, i den utstrekning denne friheten kan bestå sammen med friheten til enhver annen under en allmenn lov.
- Fra dette utvikler Kant en teori om naturrett som blant annet understreker viktigheten av det finnes et rettsystem, at det er lydighet til systemet, og at systemet både bør sikre selvlovgivning og handlefrihet.
- For å oppfylle disse kravene, forankret i menneskets natur, mente Kant at den beste modellen vil være en stat med representativt styresett, maktfordeling og som ikke påla borgerne å leve på bestemte måter.

Analyse og kritikk av Kants argumentasjon

- Gyldigheten av argumentet kan ikke bekreftes av avkreftes gjennom observasjon av mennesker i tid og rom. Samtidig er argumentet etterprøvbart. Enhver kan gjennomføre den refleksjon som argumentet inviterer til – og i prinsippet komme til andre konklusjoner.

Analyse og kritikk

- Kant gir ingen begrunnelse for hvorfor det er frihet som eventuelt gjør at vi ikke kan tenke oss en fornuft som ledes utenfra. Forestillingen om at bevisstheten ikke kan ledes utenfra kan også være resultat av indoktrinering. Slik sett er det en form for tilfeldig avbrytelse av begrunnelseskjeden når Kant påstår at det er frihet som gjør at vi ikke *tenke oss en fornuft som ledes utenfra*.

Generelt om naturrett

- Teorier om naturrettslige normer har en lang filosofisk tradisjon. Begreper om naturrett finnes i
 - den greske antikken, europeisk middelalder og også i teorier som vokser frem sammen med det moderne Europa, særlig fra 1600 tallet.
 - Spesifikke former for naturrett blir også formulert i opplysningstiden. I forbindelse med religionskriger og borgerkriger i 1600-tallets Europa blir teorier som statsuavhengighet og behov for eneveldig styresett begrunnet i naturretten.
 - Samtidig utvikles også naturrettslige teorier om rettigheter som beskytter individer mot staten. På 1700-tallet blir det også skrevet naturrettslige teorier i Europa og Nord-Amerika som kritiserer eneveldet, og som i stedet understreker viktigheten av blant annet konstitusjonell regulering av statens makt, representasjon i lovgivende forsamlinger, og uavhengige domstoler.
- Innenfor de konstitusjonell regulerede statene som vokste frem fra slutten av 1700-tallet, og som på 1800- og 1900-tallet utviklet seg i retning av liberale masse demokratier har ulike former for naturrettsteori blitt formulert i relasjon til spørsmål om blant annet hvor langt folkevalgte lovgivere kan gå i å begrense individers rett til frihet, om domstoler bør kunne overprøve avgjørelser truffet av folkevalgte lovgivere, og hvilke rettigheter minoriteter bør ha til selvbestemmelse innenfor stater.
- Med fremvekst av nye rettsskapende institusjoner som opereres på tvers av statsgrensene har teorier om naturrett i dagens kontekst også tatt opp spørsmål om hvilke krav og forventninger som internasjonale organisasjoner bør innfri for å være legitime.

Takk for oppmerksomheten!

God påske!