

Forelesninger Exfac del A: Rettsfilosofi, 2018–V

Om denne disposisjonen

Denne disposisjonen dekker to av emnene til Examen facultatum, del A: Rettsfilosofi. Det første emnet vi skal se på er rettigheter. Det andre er rett og praktisk fornuft.

Målet er å formidle den forståelse av emnene som følger av læringskravene. Målet er ikke å gå gjennom alle punktene i denne disposisjonen i detalj i løpet av forelesningene. Jeg har ført dem inn for å vise linjene i spørsmålsstillinger og diskusjon. Dermed kan disposisjonen også brukes som momentliste ved lesning, kollokvering, o.l., og på kurs.

Det er også et mål å vise hvordan rettsfilosofiske perspektiver kan kaste lys over begreper og problemstillinger som står sentralt i de juridiske deldisipliner, som statsrett, folkerett, menneskerettigheter – jfr. den måte som undervisningen i tredje semester nå for første gang er lagt opp på.

Disposisjonen ligger på semestersiden i to filformater: som pdf-fil og som word-fil. Figurene ligger til slutt i pdf-filen; de er ikke med i word-filen.

Forkortelser

RF = S. Eng, *Rettsfilosofi*. Universitetsforlaget 2007.

1. Rettigheter (RF II 6)

1.1. Hovednivåer i analyser av rettigheter

- Språkbruksanalyser
- Som delspørsmål under spørsmålet om vi rår over en spesifikt praktisk fornuft
- Mellomnivåer

1.2. “Hva er mest grunnleggende – normer, verdier eller rettigheter?”

1.2.1. Spørsmålsstillingen

1.2.2. På et visst refleksjonsnivå glir hovedformene for normativitet over i hverandre

Illustrasjon: Kants praktisk filosofi

1.3. Koblingsordanalysen til Alf Ross

1.3.1. Analysens grunnstruktur (Figur 2)

1.3.2. Hvilket spørsmål gir koblingsordanalysen svar på?

Motsatt av hva Ross synes å hevde, gir ikke koblingsordanalysen noe svar på spørsmål om rettigheters virkelighetsnivå eller deres erkjennbarhet

1.4. Hohfelds analyse av “right” i anglo-amerikansk jus og rettsteori

1.4.1. Én-personsanalyse vs to-personsanalyse (Figur 3 vs. Figur 4)

1.4.2. Hohfelds skjemaer (Figur 4)

1.4.3. Hvilket spørsmål gir Hohfelds analyse svar på?

Hvem sin språkbruk?

Hvilke deler av det juridiske språket?

Deskriptiv eller normativ analyse? Eller en sammensmeltet deskriptiv og normativ analyse?

1.4.4. Problematisering av Hohfelds analyse: Svarer det et kravsubjekt til enhver rettsplikt?

1.5. Tilbake der vi startet: Hovednivåer i analyser av rettigheter

«Hva er en rettighet?» → «Hva er X?»-spørsmål (RF s. 12)

2. Rett og praktisk fornuft – overgang og problemstilling

2.1. Overganger

2.1.1. Overgang fra drøftelsen av avveiningsnormer og retningslinjer (RF II 8)

Er visse prinsipper eller verdier – f.eks. alle menneskers egenverd, konkretisert f.eks. til forbud mot tortur – så grunnleggende at vi ikke kan tenke oss at de kan settes til side gjennom en avveining med andre argumenter?

Dette er et spørsmål om vi overhodet skal se det normative problemtilfellet vi står overfor, som et motstridstilfelle, dvs. et spørsmål om *anvendelsesområdet* for avveiningstenkningen.

Dette siste spørsmålet kan ses som et spesialtilfelle av spørsmålet om hvorvidt vi rår over en spesifikt praktisk fornuft, og hvordan en fornuftsmessig normativitet isåfall ser ut: Har den avveiningskarakter eller setter den absolutte skranker, dvs. skranker som ikke kan tenkes oppveid av motstående hensyn?

2.1.2. Overgang fra internt til eksternt perspektiv på retten (RF III 1)

Internt perspektiv på retten: Vi analyserer det positive rettssystemet på dets egne premisser. Hvor langt kan vi komme i retning av “gode” resultater innenfor rammen av rettskildelæren og grunnleggende prinsipper og verdier?

Eksternt perspektiv på retten: Vi forutsetter det interne perspektivet og spør om den positive retten står seg også overfor “fornuftens domstol”. Noen *eksempler* fra aktuell debatt:

Rammene for ytringsfrihet (karikaturer av personer som regnes som hellige i en religion)

“Coercive interrogation techniques” (tortur mot terror)

Lagring av persondata (EU-direktiv)

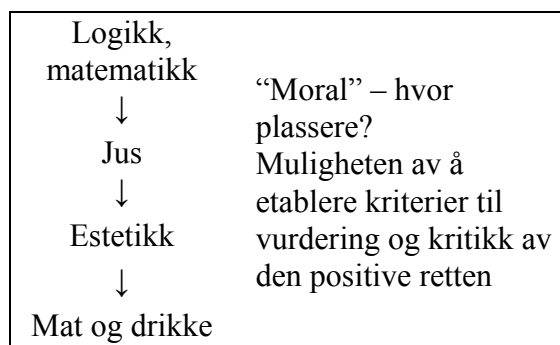
Foreldre og barn (avstraffelse, omskjæring, skolegang)

2.1.3. Overgang fra normers meningskomponent til normers virkelighetskomponent

Figur 1

2.2. *Nærmere om problemstillingen* (RF IV B 1.1–1.3)

Kan vi etablere kriterier til vurdering og kritikk av den positive retten – eller er vi henvist til “smak og behag”



To formuleringer av spørmsstillingen (2.2.1–2.2.2)

2.2.1. *Sett som et spørsmål om hva som eksisterer: det normative utsagnets virkelighetstilknytning* (RF IV B 1.2)

Psykologiske og ikke-psykologiske normbegreper

2.2.2. *Sett som et spørsmål om fornuftens rekkevidde (hva vi kan erkjenne): kognitivism vs. non-kognitivism* (RF IV B 1.3)

Definisjoner

Kognitivism i vid forstand: Den oppfatning at vi gjennom bruk av vår fornuft kan skille mellom holdbare og uholdbare normative utsagn

Kognitivism i snever forstand: Den oppfatning at vi kan skille mellom holdbare og uholdbare normative utsagn gjennom en *spesifikt* moralrelevant bruk av vår fornuft

To sentrale retninger i rettsfilosofien: utilitarisme (pkt. 4 nedenfor) og kantiansk inspirert rettsfilosofi (pkt. 5 nedenfor)

Non-kognitivism: Benektelse av et kognitivistisk syn på normer

En viktig retning i rettsfilosofien: skandinavisk rettsrealisme (pkt. 3 nedenfor)

Forskjellen mellom kognitivism i vid forstand og snever forstand

Vi fokuserer på kognitivism i snever forstand

2.3. *Oversikt over hovedsvar og drøftelsen videre* (RF IV B 1.4–1.5)

Oversikt over hovedsvar (Figur 5)

Inndelinger av kognitivistiske teorier

Empiriske teorier vs. Ikke-empiriske teorier

Teorier som hevder at kriteriene til vurdering og kritikk av normative utsagn stammer fra sanse-erfaring vs. teorier som hevder at kriteriene stammer annetstede fra

Blant ikke-empiriske teorier kan vi skille mellom:

Fornuftsbaserte teorier vs. religiøst baserte teorier

Blant de empiriske teorier kan vi skille mellom:

Teorier som hevder at kriteriene til vurdering og kritikk av normative utsagn består i beskrivelse av ting eller handlinger ("*objektive* teorier") vs. teorier som hevder at normative utsagn egentlig er beskrivelser av avgivers følelser, og at kriteriet følgelig er om denne beskrivelsen er sann ("*subjektive* teorier")

Det viktigste eksempel på en empirisk, objektiv teori er utilitarismen.

En empirisk, subjektiv teori er det ikke mange som har hevdet, men muligheten er tatt med for å vise kontrasten til non-kognivismen og dens emotivisme.

Det avgjørende skillet:

beskrivelse av følelser (kognitivisme) vs uttrykk for følelser (non-kognitivisme)

Alf Ross, dansk jurist og rettsfilosof: "å påberope seg rettferdighet. er som å slå knyttneven i bordet"

I stedet for "emotivisme" kan vi også snakke om "ekspressivisme" for å få fram dette.

2.4. *Ordet "Naturrett"*

3. Skandinavisk rettsrealisme (RF IV B 2)

- 3.1. *To betydninger av uttrykket “Skandinavisk rettsrealisme”*
I en videre og løsere forstand, RF, ss. 290–91
I en filosofisk forstand. Dette er emnet i det følgende.
- 3.2. *Problemstillingen i den skandinaviske rettsrealismen*
Hva normers bindende kraft – normativitet – kan tenkes å bestå i,
RF s. 279
- 3.3. *Hovedtesen i den skandinaviske rettsrealismen*
Normative utsagn *uttrykker* våre følelser; “emotivisme”, se pkt. 2.3
ovenfor og RF ss 258, 275
- 3.4. *En sentral argumentasjonsstruktur i den skandinaviske rettsrealismen*
RF ss. 277–78, 279 flg. (se også ss. 253–54):
→ På den ene side: vår bevissthet om normativitet
→ På den annen side: en rasjonalitetsstruktur som anerkjenner
to og kun to sett med holdbarhetskriterier. Nærmere om
disse (se under første del av pkt. 3.8 nedenfor)
- 3.5. *De enkelte ledd i Olivecronas diskusjon*
RF ss. 279–288
→ Mot sanksjonsanalyse
→ Mot følelsesanalyse
→ Mot fakta-analyser generelt
→ Mot “metafysisk” analyse
- 3.6. *Utbredelsen av den skandinaviske rettsrealismen*
- 3.7. *Skandinavisk rettsrealisme er et typetilfelle av hva som betegnes «rettspositivisme»*
Betegnelsen «rettspositivisme» er imidlertid ekstremt mangetydig; derfor hindrer den mer enn fremmer innsikt; og derfor skal vi ikke bruke betegnelsen til mer enn å fastslå at den også brukes om Karl Olivecrona (Sverige), Alf Ross (Danmark), Torstein Eckhoff (Norge), og andre skandinaviske rettsrealister.

3.8. *Et begrunnelsesproblem i den skandinaviske rettsrealismen*
RF IV B 2.6 (ss. 312–14)

Den skandinaviske rettsrealismen anerkjenner *to*, og *kun to*, typer kriterier til vurdering av utsagns holdbarhet:

⇒ Empirisk sannhet og usannhet, dvs:
 hvorvidt utsagnet stemmer med erfaringen vår eller ikke

⇒ Analytisk sannhet og usannhet, dvs:
 sannhet og usannhet på bakgrunn av forutsatte
 definisjoner, f.eks:

 “alle ungarer er ugifte” = analytisk sann

 “alle ungarer er gifte” = analytisk usann

Den skandinaviske rettsrealismen hevder at utsagn hvis holdbarhet ikke lar seg avgjøre på én av disse to måter, er “meningsløse”, “metafysiske”, e.l.

Hvilken holdbarhetsverdi har så den skandinaviske rettsrealismens setning om hvilke holdbarhetskriterier som står til vår rådighet?

 “Bare utsagn hvis holdbarhet lar seg kontrollere etter kriteriene for empirisk u/sannhet eller analytisk u/sannhet er meningsfylte.”

Hevdet de skandinaviske rettsrealister at *denne setningen selv* var sann ut fra ett av de to kriteriesett den anerkjenner, dvs. sann ut fra erfaring eller sann pr. definisjon?

Svaret er nei på begge spørsmål. Dermed blir setningen meningsløs ifølge seg selv. Dette er den skandinaviske rettsrealismens begrunnelsesproblem.

4. Utilitaristisk rettsfilosofi (RF IV B 3)

4.1. Hva er det som kjennetegner den utilitaristiske tenkemåten?

4.1.1. Konsekvensorientering

Ikke handlingen i seg selv, kun konsekvensene

4.1.2. Hedonisme

Hva er målestokken for hva vi skal regne som gode og dårlige konsekvenser?

“Lyst”, “Lykke”, “Velferd”, “Nytte”

4.1.3. Generalisering

Alle områder og objekter for praktiske bedømmelser

Alle trekk ved rettssystemet: handlinger, regler, subjektive rettigheter, institusjoner (f.eks. straffen, familien), og systemet som helhet

4.1.4. Absoluttering

Nytteaspektet er det eneste relevante aspektet

4.2. Sammenfatning av sætrekkene ved utilitarismen (“Benthams grunnsetning”)

Alle spørsmål om normativ verdi og plikt (*jfr. generalisering*) er et spørsmål om, og bare om (*jfr. absoluttering*), utfallet av en kalkyle over konsekvensenes (*jfr. konsekvensialisme*) samlede produksjon av lyst og ulyst (*jfr. hedonisme*) – dvs. et faktisk og dermed åpent spørsmål.

“Faktisk og åpent spørsmål” vil si: Ingen handling eller regel er i seg selv så ond at den ikke kan oppveies av gode konsekvenser (RF s. 330)

4.3. Problemer ved utilitarismen

4.3.1. Sammenligningsproblemet

Sammenligning av noe ved å tildele en felles verdienhet (“kardinal nyttetenkning”): vanskelig – jfr. problemet med å finne en felles enhet

Sammenligning av noe ved å stille i rekkefølge, dvs. rangere (“ordinal nyttetenkning”): fullt mulig – jfr. et marked av varer og tjenester (hva gjør du med kr. 10.000 ekstra?)

4.3.2. *Rettighetsproblemet*

Det som har verdi og skal behandles likt, er lyst- og ulystenheter, ikke individer

Å dømme en uskyldig...

...er din moralske plikt hvis det leder til overskudd i lystkalkylen

Du kan velge hvis lystkalkylen står med like stor verdi på hver side

Kan utilitaristen begrunne at våre forestillinger om rettigheter for individet er illusjoner, så er det verst for rettighetene. Men utilitaristen må begrunne.

Dette leder oss over til utilitaristens begrunnelsesproblem.

4.4. *Særlig om utilitarismens begrunnelsesproblem* (RF ss. 329, 344–45)

Hvorfor skal rettssystemet og hver og en av oss ha plikt til å handle slik som leder til størst overskudd i lystkalkylen? Hvorfor skal jeg handle mot mine egne interesser fordi det alt i alt leder til størst overskudd av lyst? *Det vil si:* Hvorfor skal vi være moralske, i den forstand utilitarismen definerer det å handle “moralsk”?

Vi søker en begrunnelse, men utilitarismen viser oss kun til empiriske fakta – fakta i rom og tid: våre lyst- og ulystopplevelser eller våre rangeringer av handlingsalternativer.

Når vi spør f.eks. hvilke lover det er akseptabelt å vedta, eller hvilke domstolsavgjørelser det er akseptabelt å treffe – så hjelper det oss ikke å bli henvist til våre egne psykologiske opplevelser og valg.

Vi søker en normativitet som kan rettferdiggjøres for “fornuftens domstol”, dvs. innenfor rammen av vår begrunnelsesnormativitet (vår normativitet vedørende hva som skal telle som en holdbar begrunnelse).

5. Kantiansk rettsfilosofi (RF IV B 4)

5.1. Bakgrunn

Begrunnelsesproblemer

→ Skandinavisk rettsrealisme; se pkt. 3.8 ovenfor

→ Utilitarisme; se punkt 4.4 ovenfor

5.2. Kortformulering (RF ss. 346–47)

Særtrekk i forhold til skandinavisk rettsrealisme: Kants påstand om, og hans bevismåte for, at vi rår over en spesifikt praktisk fornuft, dvs. at vi rår over kriterier til å vurdere den positive rettens godhet.

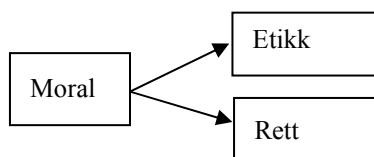
Særtrekk i forhold til utilitarismen: Kants påstand om, og hans bevismåte for, at den praktiske fornufts kriterium på moral og rett ikke kan være en henvisning til hva som rent faktisk gir det enkelte individ et lystoverskudd (en empirisk lykkekalkyle); men må være et fornuftens eget bud uavhengig av erfaring.

Fornuftens eget bud = Et resultat av fornuftens selvlovgivning (“autonomi”) = “Det kategoriske imperativ”, herunder rettsprinsippet

5.3. Den praktiske filosofiens overordnede rolle (RF ss. 351–52, 384–86)

Den vesentlige påstand i Kants filosofi: Gjennom refleksjon i og over vår frihet erkjenner vi en fornuftsbasert normativitet som binder oss fordi den er et utslag av selvlovgivning. I egenskap av selvlovgivning er denne normativiteten grunnlaget og målestokken for all annen normativitet; den er en fornuftsbasert naturrett.

5.4. Bruken av termene “moral”, “rett” og “etikk” (RF ss. 355–56)



5.5. Noen hovedelementer i Kants teori om en spesifikt praktisk fornuft (RF ss. 356 flg)

5.5.1 Frihet og natur: to hovedperspektiver på oss selv

5.5.2 Frihet og lov: en nødvendig sammenheng

5.5.3 Avvisning av all fremmedlovgivning (“heteronomi”)

5.5.4 Bindende normativitet kan ikke ha noen annen endegyldig kilde enn i subjektet selv, dvs. subjektets fornuft. Selvlovgivning (“autonomi”)

5.5.5 Maksimene vs. Det kategoriske imperativ

5.6. *Hovedformuleringer av fornuftens morallov: “Det kategoriske imperativ”* (RF ss. 360–61)

Allmenngjøringsformuleringen: “Handl bare etter den maksime gjennom hvilken du samtidig kan ville at den skal bli en allmenn lov”

Egenverdiformuleringen: “Handl slik at du alltid bruker mennesket både i din egen person og i enhver annens person samtidig som et formål og aldri bare som et middel”

Selvlovgivningsformuleringen: “Ideen om ethvert fornuftig vesens vilje som en allment lovgivende vilje”

Tre sider av samme sak: Det at jeg skal kunne ville at maksimen for min handling blir gjort til en allmenn lov (allmenngjøringsform.), innebærer nettopp at ethvert individ skal kunne komme til orde, og at ethvert individ dermed representerer en absolutt skranke for hva jeg skal kunne foreta meg (egenverdiform.). Og det å se disse to aspekter i sammenheng, innebærer nettopp ideen om ethvert fornuftig vesens vilje sett som en allment lovgivende vilje (selvlovgivningsform.)

5.7. *Det kategoriske imperativ i etikken og i retten* (RF ss. 362–64)

Den avgjørende forskjell: motivasjonens rolle

Etikken stiller krav om at vi handler riktig fordi det riktig

Retten kan ikke stille et slikt krav. Hvorfor? Selvmotsigelse:

Sinnelagskravet er et krav om å handle riktig ut fra det at handlingen er riktig, i kontrast til å handle ut fra *andre motiver*. Den positive retten og dens sanksjoner er å regne som andre motiver. Dermed er det umulig å tenke seg en rettslig regulering av sinnelaget i denne forstand, dvs. som en plikt til å handle på en viss måte *fordi* det er riktig.

5.8. *Kants rettsprinsipp* (RF ss. 372 flg.)

→ Formuleringer, RF ss. 372–73

→ Frihet som “medfødt rettighet”

“*Frihet* (uavhengighet av en annens valg og tvang mot meg) i den utstrekning den kan bestå sammen med friheten til enhver annen under en allmenn lov, er den eneste opprinnelige rettighet; den tilkommer enhver i kraft av det å være et menneske”

→ Indre og ytre frihet

Indre frihet: Vår uavhengighet av naturlovene; vår selvlovgivning; grunnen til den enkeltes absolutte egenverdi

Ytre frihet: Den rettsfilosofisk grunnleggende frihet; en negativ frihet, en “frihet fra”, vår eneste “medfødte rettighet”

Altså, iflg Kant: Retten skal beskytte mot at noen brukes kun som en ting

5.9. *Parafrasering* (RF ss. 375–77)

Størst mulig handlingsrom for den enkelte som er forenlig med et tilsvarende handlingsrom for andre under en allmenn lov

Størst mulig behovstilfredsstillelse? Nei

Størst mulig respekt for den enkelte og dennes identitet som er forenlig med tilsvarende respekt for andre, sett som en allmenn lov

Retten og statens oppgave er ikke å gjøre deg lykkelig: det vil være “det største despoti”

5.10. *Kants begrunnelsesmåte: noen hovedtrekk* (avsnittet med denne overskriften – RF ss. 378 flg. – er ikke pensum; men vi har grunnlag i det som er pensum for å tydeliggjøre hovedtrekkene i Kants begrunnelsesmåte)

(i) Den indre frihetens realitet

Teoretisk bevis? Nei, ikke mulig; frihetens realitet er ikke noe vi kan peke på i erfaringen eller kalkulere oss fram til (jfr. 5.5.1 ovenfor)

⇒ Praktisk bevis

(ii) Hva kan den indre frihet være?

Fravær av lov? Nei, vanskelig å skjønne hva det skal bety (jfr. 5.5.2 ovenfor)

⇒ Lov

(iii) Hva slags lov?

Heteronomi (“fremmedlovgivning”)? Nei, det er utilitarismens svar (jfr. 5.5.3 ovenfor)

⇒ Autonomi (“selvlovgivning”) (jfr. 5.5.4 ovenfor)

(iv) Hvilken lov er det fornuften kan gi seg selv?

⇒ “Det eneste kategoriske imperativ” (jfr. 5.5.5 og 5.6 ovenfor)

(v) Hva er så minstekravet til ethvert positivt rettssystem?

⇒ Rettsprinsippet (jfr. 5.7–5.8 ovenfor)

En viktig metodisk forskjell mellom, på den ene side, tenkemåten til de skandinaviske rettsrealister og utilitaristene, og, på den annen side, tenkemåten til Kant:

Tredjepersonsperspektiv vs førstepersonsperspektiv

Grammatikkens *tredjeperson*: den, det, han, hun, de osv. Vi ser oss selv som objekt

Grammatikkens *førsteperson*: jeg, vi. Vi ser oss selv som et subjekt som er forutsatt i all handling og tenkning

Om skillet innenfor det dere leser: RF s. 359

5.11. *Noen anvendelser*

RF ss. 394 flg. (se også 402 flg.)

Avgi et løfte i den hensikt ikke å holde det

Utslettelse av eget eller andres selv gjennom blind underkastelse, bedrag, tvang, tortur

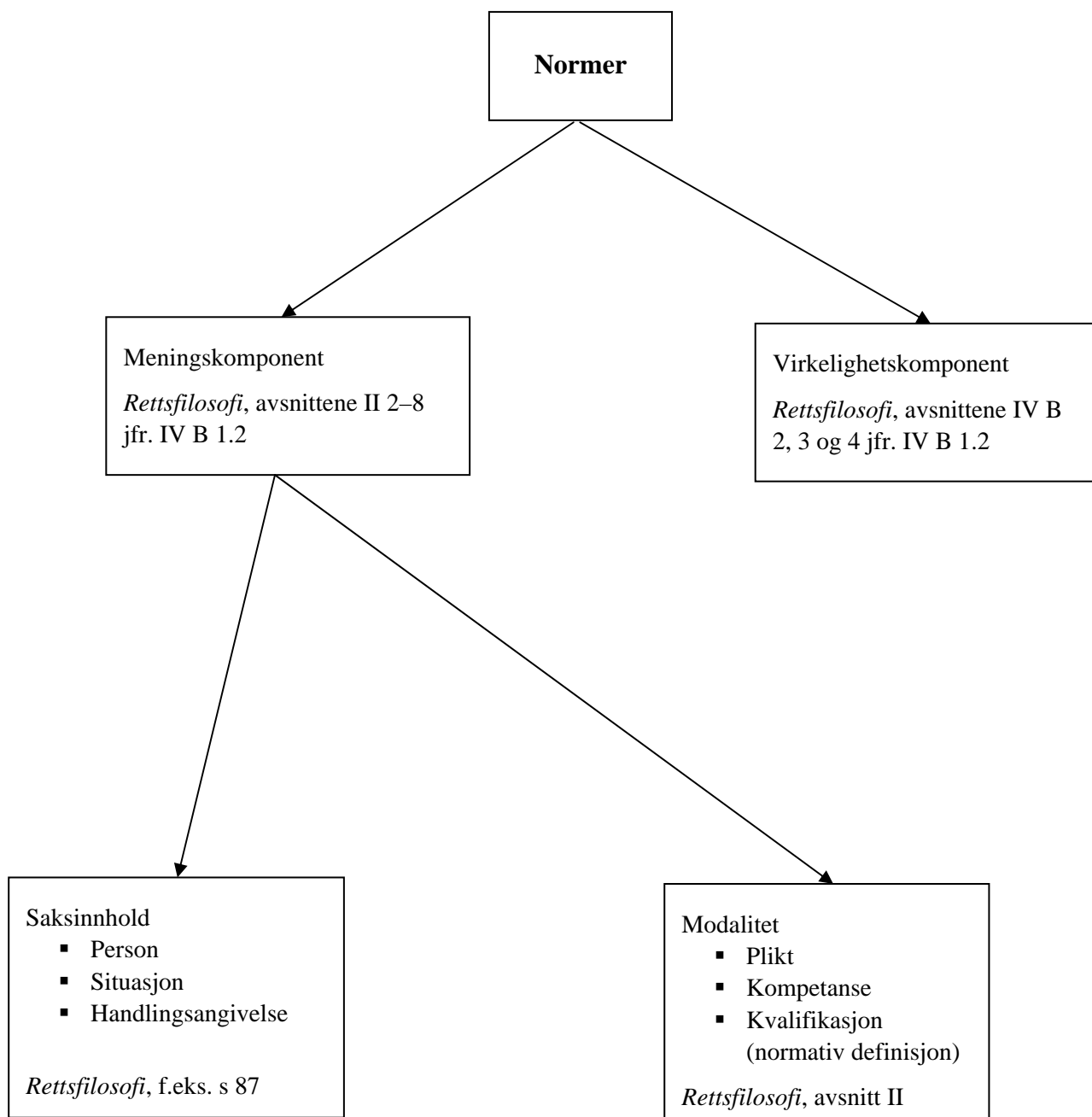
6. Representativiten og fruktbarheten av de tre teoriene vi nå har sett på (pkt. 3–5)

De tre teoriene representerer tre sentrale teorifamilier i drøftelsen av rett og praktisk fornuft.

Figur 1

Til disposisjonen
gjennomgående

Normers struktur



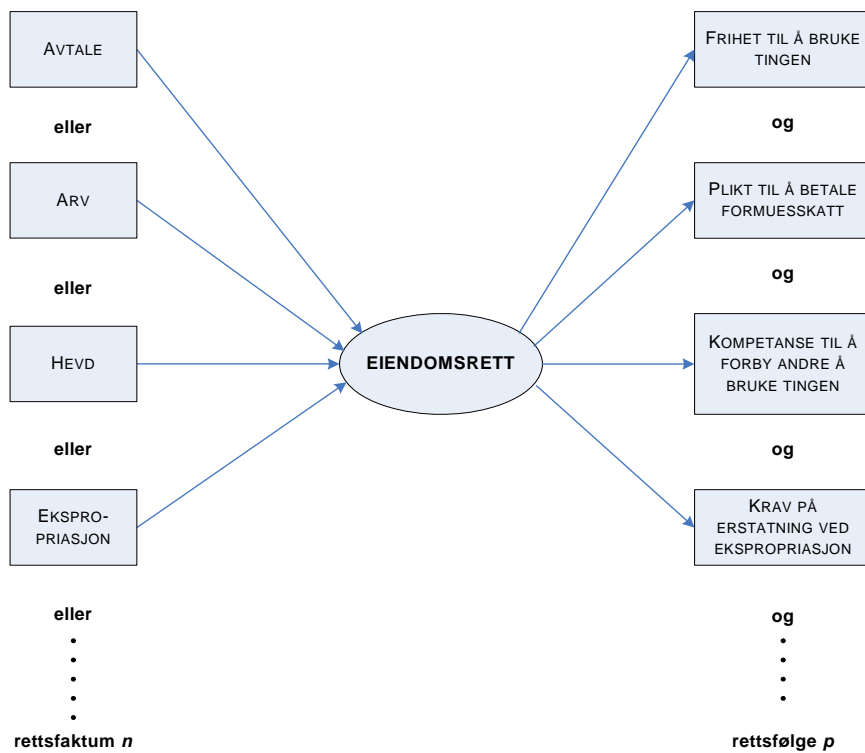
Svein Eng
Forelesninger Exfac Jus, UiO,
del A: Rettsfilosofi

Figur 2

Til 1.3.1 i disposisjonen

Fra *Rettsfilosofi*, s. 105

Ross' koblingsordanalyse av rettighetsbegrepet (én-personanalyse)

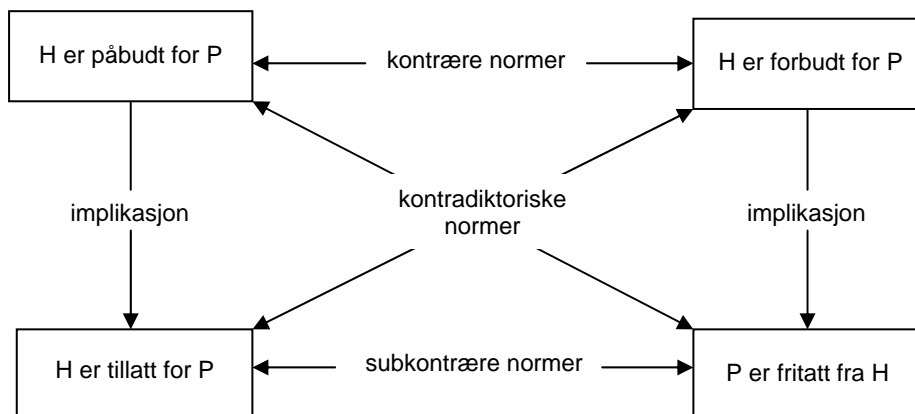


Figur 3

Til 1.4.1 i disposisjonen

Fra *Rettsfilosofi*, ss. 73–74

Pliktmodaliteter (én-personanalyse)



For en forklaring av dette opposisjonskvadratet for pliktmodalitetene, se *RF*, ss. 73–74.

For mange formål er vi ikke interessert i frihet i form av implikasjonene i opposisjonskvadrater; vår reelle interesse ligger i stedet i frihet i betydningen ‘uavhengighet av påbud og forbud’. I forhold til et normsystem uten motsigelse, så må enhver handling som faller inn under systemet være enten påbudt, forbudt eller valgfri, slik:

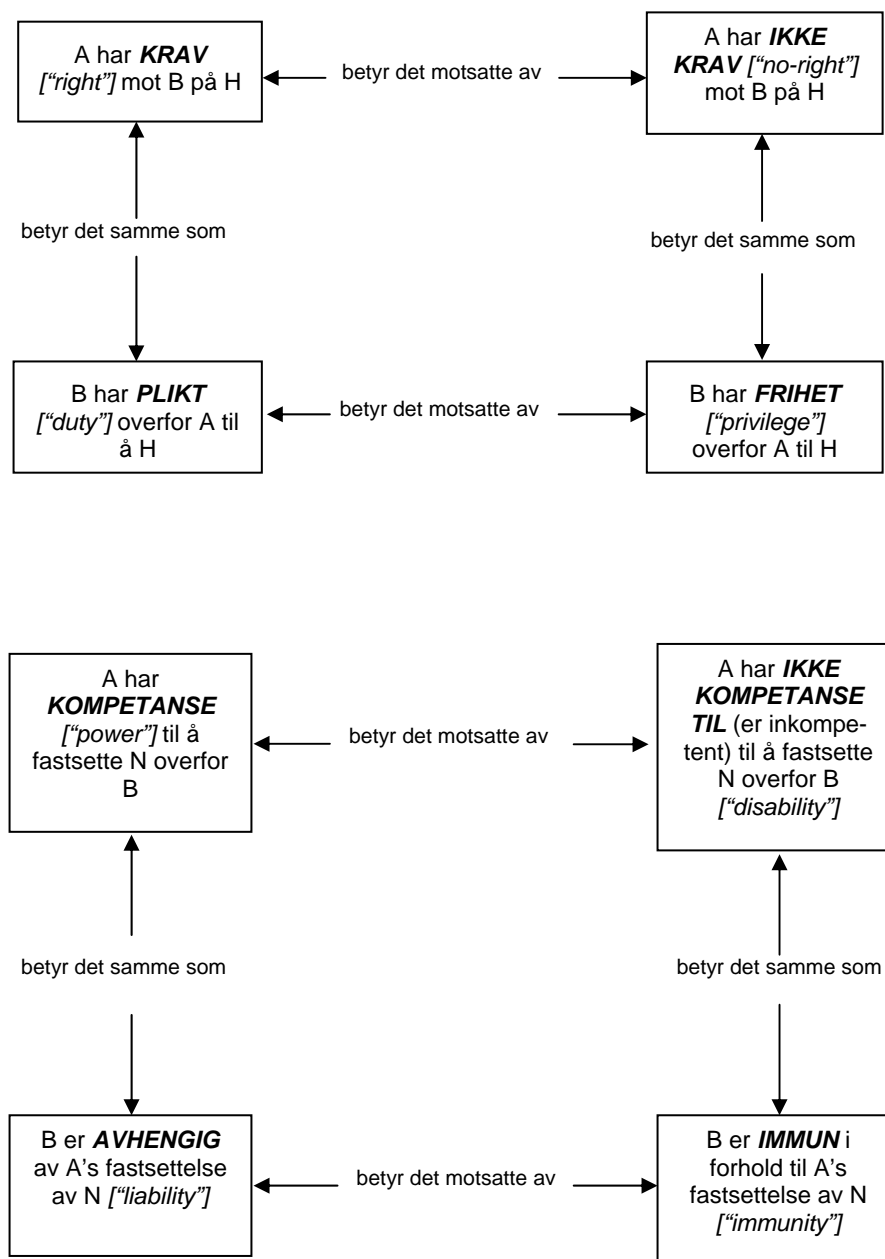
	<i>Handlinger man er fritatt fra å foreta</i>	
Påbudt	Valgfri	Forbudt
<i>Handlinger det er tillatt å foreta</i>		

Figur 4

Til 1.4 i disposisjonen

Fra *Rettsfilosofi*, ss. 146–47

Hohfelds skjemaer over forskjellige rettighetsformer (to-personanalyse)



Figur 5

Til 2.3 (jfr. 3–5) i disposisjonen

Fra *Rettsfilosofi*, s. 258

**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 <i>uttrykker</i> avgivers følelser ("ekspressivisme", "emotivisme") Eks: Den skandi- naviske rettsrealismen hos Axel Hägerström, Karl Olivecrona og Alf Ross RF IV B 2 Spissformulert: "Rett er makt"	Utsagnene <i>beskriver</i> avgivers følelser	Utsagnene beskriver tings eller handlingers objektive egenskaper Eks: Utilitarismen hos Jeremy Bentham og John Stuart Mill RF IV B 3 Spissformulert: "Rett er nytte"	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, rettsprinsippet) RF IV B 4 Spissformulert: "Rett er frihet"
			"Naturrett" RF IV B 1.6	