

Sensorveiledning Examen facultatum, jus, høst 2010

1. Oppgaveteksten

(1) Fra pensumdel A: Rettsfilosofi

(1) Fra pensumdel A: Rettsfilosofi

(a) Redegjør for synet på praktisk fornuft innenfor henholdsvis skandinavisk rettsrealisme, utilitaristisk rettsfilosofi og kantiansk naturrett.

(b) Redegjør kort for i hvilken grad man kan gjenfinne elementer fra disse tre retninger innenfor det norske rettssystemet.

(2) Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen

(a) Hva forstår vi med begrepet 'rettslig polysentri'?

(b) Hva forstår vi med begrepet 'legitimitet'?

(c) Redegjør kort for på hvilken måte internasjonaliseringen eventuelt kan innvirke på rettens polysentri og legitimitet.

Alle spørsmål skal besvares. I den samlede vurdering vil del 1 telle ca. 3/5 og del 2 telle ca. 2/5.

2. Innledning

Oppgaven henter stoff fra pensumdel A (oppgavens del (1)) og pensumdel B (oppgavens del (2)). Dette er sagt i oppgaveteksten, slik at studentene ikke skal lure på hvilke perspektiver oppgaven skal besvares ut fra.

I oppgaven er det også sagt hva som vil være forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering, nemlig at del (1) vil telle 3/5 og del (2) vil telle ca. 2/5. Dermed vil studentene også ha grunnlag for å disponere dels tidsbruken, dels omfang og dybde av besvarelsen på de enkelte deler.

3. Oppgave (1): Fra pensumdel A: Rettsfilosofi

Generelt om oppgaven

Oppgaven knytter seg til Eng, Rettsfilosofi (heretter RF), del IV B.

Ifølge læringskravene fordres god forståelse av problemstillingen «rett og praktisk fornuft» og kjennskap til de tre hovedposisjoner det gjøres rede for: den skandinaviske rettsrealismen, utilitarismen og kantiansk rettsfilosofi. I sin helhet lyder læringskravene slik i forhold til oppgavens tema:

«IV Rett og Praktisk fornuft

[Deskriptivt om likheter, forskjeller og forbindelseslinjer mellom rett og moral ...]
Muligheten av å etablere kriterier til vurdering og kritikk av positivt foreliggende rettssystemer

Det kreves god forståelse av problemstillingen. Det kreves kjennskap til følgende tre teoretiske posisjoner i forhold til problemstillingen:

Teorifamilie 1: Kantiansk rettsteori

Teorifamilie 2: Utilitarismen

Teorifamilie 1 og 2 definerer seg ofte i forhold til hverandre. Men de er begge kognitivistiske i den forstand at de er enige om at vi via fornuften kan erkjenne kriterier til løsning av spørsmål om hvordan vi bør handle. Forsåvidt skiller de seg fra:

Teorifamilie 3: Den skandinaviske rettsrealismen

Teorifamilie 3 benekter muligheten av ad fornuftsmessig vei å etablere kriterier til løsning av spørsmål om hvordan vi bør handle.

Målsettingen er bevisstgjøring av problemstillingen og presentasjon av tre viktige tankeretninger (løsningsforslag). Målsettingen er ikke detaljkunnskaper vedrørende tankeretningene. Men studentene skal presenteres for detaljene, herunder utdrag fra originaltekster, slik at de får et innblikk også i nyansene i begrunnelsesmåtene.»
Framstillingen i RF skulle være disposisjonsmessig grei å få tak på i forhold til disse læringskravene. Problemstillingen drøftes på ss. 259–69. De tre posisjonene framstilles deretter.

Pensum i RF er:

om den skandinaviske rettsrealismen: avsnittene IV B 2.1–2.4, 2.6;

om utilitarismen: avsnittene IV B 3.1, 3.2.2 (3), 3.4;

om kantiansk rettsfilosofi: avsnittene IV B 4.1.1 (1), 4.1.2, 4.1.4, 4.2–4.3, 4.4.1–4.4.2, 4.5–4.6.4, 4.7.1–4.7.2,

I undervisningen er oppgaven godt dekket.

(a) Redegjør for synet på praktisk fornuft innenfor henholdsvis skandinavisk rettsrealisme, utilitaristisk rettsfilosofi og kantiansk naturrett.

Problemstillingen drøftes i RF ss. 249–60 (avsnittene IV B 1.1–1.5).

UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

Herunder innføres skillet mellom kognitivistiske og non-kognitivistiske teorier, (avsnitt IV B 1.3). Dette skillet belyses og drøftes forøvrig også gjennomgående i framstillingen av de tre posisjoner.

De tre hovedstandpunktene framstilles i hhv. avsnitt IV B 2: den skandinaviske rettsrealismen; avsnitt IV B 3: utilitarismen; og avsnitt IV B 4: kantiansk rettsfilosofi. Kandidatene bør som et minimum få frem at skandinavisk rettsrealisme er en type non-kognitivistisk teori, mens utilitarisme og kantiansk naturrett er to ulike typer av kognitivistiske teorier. For øvrig gir læreboken utførlig beskrivelse av kjennetegn ved de tre posisjonene, og kandidatene bør få frem hovedtrekkene i disse. I læreboken er måten de ulike teoriene er begrunnet på fremhevet som et særlig sentralt aspekt. Selv om oppgaven ikke spør direkte etter begrunnelse, bør studenter som selv trekker frem de begrunnelsesmessige sidene ved de tre posisjonene få klar uttelling.

Det er en del av oppgaven å kunne disponere sitt stoff slik at det henger sammen og dobbeltbehandling unngås.

(b) Redegjør kort for i hvilken grad man kan gjenfinne elementer fra disse tre retninger innenfor det norske rettssystemet.

Dette er ikke en oppgave som nødvendigvis må besvares ut i fra et kapittel i RF. Kandidater som gjennomfører selvstendige analyser av elementer i det norske rettssystemet ut i fra skandinavisk rettsrealisme, utilitarisme og kantiansk naturrett bør belønnes.

Den delen av læringskravene som har størst relevans for oppgave (1)(b) er III Rett og stat: Noen grunnleggende prinsipper og verdier i det norske rettssystemet av i dag

Selv om oppgaven ikke må besvares ut i fra et kapittel i RF, kan det hentes relevant stoff for oppgaven i RF avsn. III.

I motsetning til spørsmålene (1)(a), så er stoffet under spørsmål (1)(b) blitt undervist i mindre grad. Det kan også variere i hvilken grad kursholdere har tatt opp stoffet. Det kan derfor muligens være grunn til å være noe mildere i bedømmelsen av stoffet under (1)(b).

Det sentrale i oppgaven er å identifisere elementer i det norske rettssystemet som kan vurderes med utgangspunkt i skandinavisk rettsrealisme, utilitarisme og kantiansk naturrett bør belønnes.

Om kandidatene trekker frem rettskildelæren, rettferdighetsbegreper, eller deler av konkrete rettsområder er underordnet.

Det skal uansett ikke gis annet en kort redegjørelse.

Momenter til karaktersetting

Opgave 1 ligger meget sentralt i pensum, i læreboken til exfac og i undervisningen; se gjennomgangen ovenfor.

Oppgaven skulle være tilstrekkelig spesifisert til å hjelpe studentene på vei, og den åpner rom for den gode kandidat til å gå i dybden.

Den mest sentrale deloppgave er 1a.

Når det gjelder redegjørelsen for hovedforskjellene mellom de tre posisjonene så må kreves noe mer enn korte bemerkninger om «ikke diskuterbart» (skandinavisk rettsrealisme), «konsekvensorientert» (utilitarisme), «menneskets egenverdi» (kantiansk rettsfilosofi) e.l. For en A må kreves at besvarelsen får fram de prinsipielle forskjeller. Det er ikke nødvendigvis slik at drøftelsen må strekke seg over mange spalter. Det er mer et spørsmål om å se de springende punkter. Eksempelvis vil en drøftelse som nøyer seg med å karakterisere utilitarisme som konsekvensorientert tenkning, måtte anses som meget svak.

Det må understrekes at dette er momenter. De konkrete formuleringer i den enkelte besvarelse blir selvfølgelig avgjørende for bedømmelsen.

4. Oppgave (2): Fra pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen

Generelt om oppgaven

Pensum er Inger Johanne Sand, 'Rettslige utviklingslinjer: Noen utviklingslinjer i retten og i forholdet mellom rett og samfunn'.

Rettsens polysentri er behandlet i Sand, kap. 2. Rettsens internasjonalisering er behandlet i Sand, kap. 3, og Rettsens legitimitet i kap 5.

(a) Hva forstår vi med rettsens polysentri? Gi eksempler.

Uttrykket «rettsens polysentri» tar gjerne tatt sikte på forhold som problematiserer forestillinger om retten som et enhetlig og hierarkisk system. Man kan si at begrepet rettsens polysentri fungerer som et «motbegrep» til forestillinger om rettsens enhet.

Som ett typetilfelle av rettslig polysentri nevner Sand (avsnitt 2.3):

«eksistensen av flere rettshåndhevelses- eller sanksjons-instanser (ulike sentra) innenfor ett rettssystem, men med en betydelig grad av autonomi i praksis. En slik delvis autonomi kan for eksempel oppstå ved at saker innenfor et særlig område svært sjelden tas opp ved de alminnelige domstolene (og derved potensielt sett kan korrigeres i forhold til en felles tenkemåte og metode), eller ved at den rettslige reguleringen på et område er svært spesialisert og normalt anvendes av bare et visst sjikt av eksperter. I begge tilfelle kan det skapes en rettslig spesialisering som det kan være vanskelig for andre (jurister og legfolk) å få innsyn i eller kontrollere.»

Som et annet typetilfelle av rettslig polysentri nevner Sand (avsnitt 2.3):

UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

«de kombinasjonene av nasjonal, regional og internasjonal rett som vi i dag har på en rekke rettsområder. Internasjonale traktater omfatter nå i økende grad regulering også av områder som tidligere vanligvis har vært regnet som internrettslige, som for eksempel regulering av handel, miljø, visse helse- og sosialrettigheter og grunnleggende menneskerettigheter. Det kan innebære at de samme forhold er regulert ved nasjonal lovgivning og samtidig gjennom europeiske eller andre internasjonale traktater, og at de også håndheves ved de respektive domstoler. EU, EFTA og EMK har tilknyttede domstoler med kompetanse også til å behandle saker som borgerne tar opp (på visse nærmere bestemte betingelser). Det kan derfor foreligge både lovgivning og domstolspraksis på ett område fra flere nivåer av myndigheter. Normalt vil forholdet mellom disse nivåene være rettslig regulert i traktater, men de kan overlape hverandre, og det kan være uklarheter og gråsoner i forholdet mellom kompetansene. Selv om forholdene mellom nivåene er regulert i traktater og i lovgivning, så vil det kunne utvikle seg ulike tradisjoner for så vel lovgivning som domstolspraksis på de ulike nivåene Dette er for eksempel nærmere drøftet i Rt.2000 s.996 (restskattesaken) med hensyn til forholdet mellom norsk rett og rettspraksis og EMDs praksis.»

(b) Hva forstår vi med begrepet 'legitimitet'?

Utrykket «legitimitet» kan forstås på flere måter, men det er klart at studentene spørres om hvilken forståelse som fremkommer av pensumdel B: Rett og noen nyere trekk ved samfunnsutviklingen

Det mest direkte relevante stoffet finnes i heftet om 'Rettens utviklingslinjer', kap.5 (ss.39–45).

Kapitlene i pensum knytter an til både interne og eksterne teorier om rettens legitimitet (ss.39 flg.). Interne teorier om rettens legitimitet er knyttet til krav om rettslig konsistens og koherens og for øvrig til rettens egne krav om hva en rettslig gyldig argumentasjon er (rettskilde-prinsipper, rettslige grunn-normer eller anerkjennelses-normer). Det kan også vises til at man kjenner forholdet mellom rettslige og andre former for argumentasjon, som for eksempel moralsk eller politisk. Med eksterne teorier om rettens legitimitet forstås i pensum kravet om at lovgivning skal skje ved demokratiske beslutningsprosesser og at retten bygger på grunnleggende menneskerettigheter. Skillet mellom interne og eksterne teorier kan tolkes på ulike måter, og det bør ikke tillegges avgjørende vekt hvordan studentene eventuelt har anvendt dette skillet.

Pensum viser videre til skillet mellom en formelt oppfylt legitimitet og at kravene til at rettens legitimitet i praksis er oppfylt.

Pensum har så en mer utførlig behandling av kravet til legitimitet i forhold til hvordan rettens skapes gjennom lovgivning. Her er det vist til den tyske filosof Jürgen Habermas som har skrevet utførlig om dette. Han viser til at det er en slik prosedural legitimitet som er det mest sentrale kriterium for rettens legitimitet i dag. Rettens legitimitet må begrunnes ut fra hvordan den blir til. Her står demokratiske lovgivningsprosedyrer sentralt. Samtidig vises det til at det derved er et indre forhold mellom kravet til grunnleggende menneskerettigheter (frihet, blant annet som frihet fra integritetskrenkelser, frihet til å ytre seg, delta i valg osv) og kravet til demokratiske og åpne prosedyrer ved lovgivning. Demokratiske prosedyrer krever åpenhet og like muligheter for alle til å delta både i de politiske diskusjoner og i deltakelsen ved valg. Samtidig innebærer dette at vi må akseptere uenighet i moralske og etiske spørsmål, selv om

en moralsk og etisk argumentasjon også kan supplere en rettslig. Dette er utdypet ss. 41–44 i pensum.

(c) Redegjør kort for på hvilken måte internasjonaliseringen eventuelt kan innvirke på rettens polysentri og legitimitet.

Rettsens internasjonalisering er behandlet Sands hefte, kap. 3 (ss.17–24). I det følgende redegjøres det for forholdet mellom internasjonalisering og polysentri, og internasjonalisering og legitimitet.

Internasjonalisering og polysentri

Det er klart at rettens internasjonalisering må kunne gi et eksempel på rettslig polysentri jf Sands behandling av fragmentering i Sand, kap. 3:

«For det fjerde innebærer internasjonaliseringen av retten, i de former som den nå har, en form for fragmentering av retten. I de nasjonale rettssystemene skjer det en kopling mellom de ulike rettsområder gjennom konstitusjonen, felles domstoler og en felles juridisk metode. Internasjonal rett (i vid forstand) kan i dag neppe betegnes som ett rettssystem, og den har ingen felles konstitusjon. Den folkerettslige sedvane gjelder i konflikter mellom stater, men materiellrettslig består den internasjonale rett av en rekke ulike traktater som i svært mange tilfelle har egne regler for prosedyre og eventuelt håndhevelse og konfliktløsning, se ovenfor om antallet av internasjonale domstoler og håndhevingsorganer. Den internasjonale domstolen i Haag dømmer bare i visse saker. Det betyr at mange traktater om for eksempel handel, menneskerettigheter og miljø, reguleres og håndheves hver for seg gjennom egne organer internasjonalt. Det betyr igjen at det kan utvikle seg ulik fortolkningspraksis om sentrale rettslige begreper og om bestemmelser i generelle folkerettstraktater i de ulike håndhevelsesorganene. Det kan for eksempel utvikle seg nokså ulike syn på tolkning og relevans av grunnleggende menneskerettighetsbestemmelser i relasjon til de ulike sektor-traktater. De enkelte traktatene er utformet for å ivareta spesifikke og definerte hensyn. Forhold som forhindrer realiseringen av den enkelte traktats formål, kan bli nokså skjevt eller mangelfullt behandlet. For eksempel kan visse handelshindringer, etter handelstraktatene, være i strid med formålet om en fri handel. Reguleringer om beskyttelse av helse og miljø kan ansees som slike hindre. Handelstraktatene er ikke utformet primært for å ivareta slike hensyn. De kan derfor bli mangelfullt ivarettatt i handels- eller konkurranserettslige saker. Samtidig er beskyttelsen av helse og miljø ikke regulert like effektivt gjennom egne internasjonale traktater. Fragmenteringen kan derfor samtidig innebære en viss asymmetri mellom rettsområdene.

For det femte innebærer internasjonaliseringen at det innenfor flere rettsområder vil eksistere flere parallelle regimer for så vel lovgivning som håndhevelse: – nasjonale, regionale og internasjonale. De regionale og internasjonale nivåene vil kunne være overnasjonalt, transnasjonalt eller internasjonalt regulert. De regionale og internasjonale traktater som har betydning i dag, er resultater av et samarbeid mellom nasjonalstatene. Det vanlige vil være at nasjonalstatene har harmonisert sin nasjonale lovgivning med de internasjonale forpliktelser de har. I dag er det imidlertid knyttet internasjonale organisasjoner og håndhevelsesorganer til flere av de regionale og internasjonale traktatene. Det foregår dermed en selvstendig håndhevelse av flere traktater internasjonalt som det kan være komplisert å harmonisere i forhold til ulike nasjonale rettshåndhevelser.

UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

Dette innebærer at det på ett rettsområde kan foreligge flere relevante lovtekster, dommer og andre rettsavgjørelser fra ulike myndigheter som ikke er koordinerte, og som det kan være motstrid mellom. Medlemslandene av Europarådet er for eksempel forpliktet til å ta hensyn til Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelser herunder å tilpasse sin lovgivning slik at den ikke kommer i konflikt med domstolens avgjørelser. De mange sakene som klages inn for EMD er likevel et tegn på at det løpende kan være uenighet mellom de nasjonale domstolene og EMD med hensyn til tolkningen av EMK. De nasjonale domstolene skal ta hensyn til EMDs praksis når nye saker kommer opp, men fordi hver sak kan være unik, kan også de nasjonale domstoler som har sakene først, bli konfrontert med tolkningsproblemer som ikke er løst i EMDs praksis, jfr. Rt.2000/996. Anvendelsen av internasjonale domstoler på områder der de nasjonale høyesteretter har jurisdiksjon først, vil løpende kunne vise uenigheter mellom dem med hensyn til tolkningen av viktige lovbestemmelser. Formuleringen om at "Høyesterett dømmer i siste instans", gr.l. § 88, kommer derfor i et nytt lys når saker kan klages videre til internasjonale domstoler.»

En kandidat skal argumentere originalt og godt for å kunne konkludere med at rettens internasjonalisering ikke gir et eksempel på rettslig polysentri.

Internasjonalisering og legitimitet

Lovgivningens demokratiske kvalitet er først og fremst forankret i de demokratiske nasjonalstatenes prosedyrer. Rettens internasjonalisering og europeisering har ført til at viktige elementer ved lovgivningen i dag fastsettes gjennom internasjonale traktater og internasjonale organisasjoners og domstolers beslutninger. Internasjonale traktater som også skal ha internrettslig virkning må også være forankret gjennom dels demokratisk valgte representanters deltakelse internasjonalt og dels gjennom bekreftelse i nasjonalstatlige demokratisk valgte forsamlinger. Likevel kan den demokratiske deltakelse bli mer indirekte, og det kan bli presset gjennom behovet for en internasjonal harmonisering av viktige rettslige normer. Det innebærer at lovgivningens demokratiske kvalitet kan beskrives som utfordret eller som endret ved mer sammensatte og indirekte prosesser. Opp mot det kan det argumenteres for at nasjonalstater samtidig får en økt internasjonal innflytelse som også kan være demokratisk viktig i en verden med mye internasjonal interaksjon på tvers av landegrensene økonomisk, kulturelt, med hensyn til migrasjon og arbeidsinnvandring osv. (Se nærmere om dette i kap.3) Her vil studentene kunne supplere med sine kunnskaper fra folkerett, konstitusjonell rett og EØS-rett, selv om de færreste nok har god forståelse av dette på 1. semester av 2. avdeling.

En avansert kandidat vil også kunne vise til skillet mellom internasjonal, over-nasjonal og transnasjonal rett og hvordan disse ulike rettslige formene forholder seg til kravet om demokratiske prosedyrer (s.22).

Det er mange viktige sider ved rettens legitimitet som ikke er behandlet i pensum under 'Rettens utviklingslinjer', det gjelder særlig kravene til rettssikkerhet, dom-stolsbehandling, offentlighet og flere andre rettsstatelige prinsipper. Grunnen til dette er at denne delen av ex.fac. handler om «rettslige utviklingslinjer – noen utviklingslinjer i retten og forholdet mellom rett og samfunn». Det er derfor fokus på aktuelle og nyere trekk ved retten. Mange mer klassiske og stabile sider ved retten er ikke behandlet dels på grunn av det nevnte tematiske fokus og dels fordi disse er behandlet andre steder i pensum. Det bør derfor utvises

UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

en viss åpenhet med hensyn til hvordan studentene besvarer denne del av oppgaven fordi rettens legitimitet reflektere flere forskjellige forhold der noen ikke er behandlet i denne del av pensum. En god besvarelse bør imidlertid ha med noe om demokratiske lovgivningsprosessers betydning for rettens legitimitet.

Momenter til karaktersettingen

Også oppgave 2 ligger sentralt i pensum og i læremidlene til exfac.

I undervisningen er oppgavens spørsmål i stor grad dekket gjennom forelesninger.

Som i oppgave 1 gjelder også her at oppgaven skulle være tilstrekkelig spesifisert til å hjelpe studentene på vei, samtidig som den åpner rom for den gode kandidat til å gå i dybden.

Oppgaven må på denne bakgrunn sies å være sentral og med middels til liten vanskelighetsgrad.

Utgangspunktet er at oppgavene 2a, 2b og 2c teller likt i totalvurderingen under oppgave 2. Er én av besvarelsene blank eller klart uakseptabel, så er hele oppgave 2 klart i faresonen til stryk.

5. Samlet

I oppgaven er sagt hva som vil være forholdet mellom de to hoveddelene av oppgaven i den samlede vurdering, nemlig at del (1) vil telle $3/5$ og del (2) vil telle $2/5$. Selv om det her opereres med brøker, så sier det seg selv at den samlede vurdering ikke kan bli matematikk, siden bedømmelsen skjer gjennom bokstavkarakterer, ikke tallkarakterer. Det gjenstår derfor et visst skjønn i helhetsbedømmelsen.

Ovennevnte eksamensoppgave inneholder spørsmål som har vært gitt tidligere. Denne veiledningen er derfor i stor utstrekning basert på tidligere sensorveiledninger, og utklipp fra disse.

Oslo, 15. desember 2010

Christoffer C. Eriksen