

Rettspolitikk – i lys av rettsdogmatisk metode og rettsvitenskapelige krav og forventninger

Kandidatnummer: 110

Antall ord: 29509



JUS396 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

2. juni 2022

«Hvis man forklarer kysset som en ved kunstig vakuum i munnhulen fremkalt sugebevegelse avsluttet med et eiendommelig smask, har man vel stort sett fått med alt unntagen pointet»

Carl Jakob Arnholt: «Fra rettens grunnproblemer» i *TfR* (1954)

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1. Problemstilling	4
1.2. Kort om tema og aktualitet	5
1.3. Avgrensninger og avklaringer	7
1.4. Om den videre fremstillingen	8
2. Rettsdogmatikk som referansepunkt	9
2.1. Hvorfor starte med rettsdogmatikken?	9
2.2. Rettsdogmatikkens metode og formål	10
2.3. Rettsdogmatikk i vid og snever forstand	12
2.3.1. Sondringen mellom to ulike forståelser av rettsdogmatikk	12
2.3.2. Snever rettsdogmatikk	14
2.3.3. Vid rettsdogmatikk	18
2.4. Evaluering som del av rettsdogmatisk metode	22
2.4.1. Noen prinsipielle utgangspunkt og idealer for juridisk metode	22
2.4.2. Evaluering av resultatet – reelle hensyn	23
2.4.2.1. Verdipremisser og konsekvensbetraktninger	23
2.4.2.2. Verdiargumentasjonens forankring	25
2.4.2.3. Å måle konsekvenser	28
2.4.3. Evaluering av domsbegrunnelser – <i>Konstruert ratio decidendi</i>	30
2.4.3.1. Koherens mellom domstol og rettsvitenskap	30
2.4.3.2. «Burde» vært begrunnet – på hvilken måte?	32
2.4.4. Evaluering av resultatet i lys av fremtidens lover – <i>lex futura</i>	34
2.4.4.1. <i>Lex futura</i> som rettskildemessig begrep	34
2.4.4.2. Verdier som stammer fra lover som forventes innført	35
2.4.4.3. Lovgiversignaler	36
2.5. Foreløpige observasjoner om uklarheten i begrepet rettspolitikk	37
2.5.1. Rettspolitikk som restkategori	37
2.5.2. Rettspolitikk i den videre fremstillingen	39
3. Rettspolitisk evaluering og perspektiver	41
3.1. Rettspolitiske synspunkters legitimitet	41
3.2. Om koherens som rettspolitisk legitimitetsgrunnlag	42
3.2.1. Normsystemets koherens	42
3.2.2. Enkeltregler og regelsett som dissonans	43
3.2.3. Rettslig design	43
3.3. Om rettferdighet og moral som legitimitetsgrunnlag	44
3.3.1. Finnes rettferdighet?	44
3.3.2. Rettferdighet som rimelighet	46
3.3.3. Kant – fornuft som utgangspunkt for rettferdige rettsregler	47
3.3.3.1. Det kategoriske imperativ	47
3.3.3.2. Lovverket som uttrykk for allmennhetens fornuft	49
3.4. Om rettens virkninger som legitimitetsgrunnlag	50
3.4.1. Utilitaristisk eller empirisk metode?	50

3.4.2.	Den klassiske utilitarismen.....	50
3.4.3.	Retts sosiologisk kritikk av lovens virkninger	52
3.5.	Om samfunnets dynamikk som legitimitetsgrunnlag	53
3.5.1.	Idealet om en responsiv rett.....	53
3.5.2.	Endring i verdier.....	53
3.5.3.	Endring i teknologi.....	54
4.	Adressater for rettspolitikk	55
4.1.	Adressat som referansepunkt	55
4.1.1.	Rettslig argumentasjon som kommunikasjonshandlinger	55
4.1.2.	Kort om avsender og representasjon	55
4.2.	Rettspolitikk rettet mot lovgiver	56
4.3.	Rettspolitikk rettet mot domstol.....	58
4.4.	Rettspolitikk rettet mot forskningsfellesskapet.....	60
5.	Avslutning	61
5.1.	Oppsummering og konklusjon	61
5.2.	Rettspolitikkenes betydning for fremtidens rettsvitenskap	63
	Kildeliste	64

1. Innledning

1.1. Problemstilling

Det er vanskelig å plassere rettspolitikken inn i det overordnede rettsvitenskapelige landskapet. Et arbeide med å posisjonere rettspolitikk krever nemlig nøye undersøkelse av de vitenskapelige, rettslige og verdimeslige forutsetningene for rettsvitenskapen på et generelt nivå. Vanskelighetsgraden av et slikt arbeid gjør at rettspolitikk har blitt et tema som er omdiskutert i rettsvitenskapen. Mangelen på et enhetlig *utgangspunkt* for den teoretiske diskusjon om rettspolitikk har gitt opphav til mangfoldige forståelser av hva rettspolitikk er og bør være. Selv om mangfold kan være fruktbart, snakker ofte de ulike forståelsene forbi hverandre, noe som resulterer i uklarhet og forvirring om rettspolitikk. Til tross for uklarheter omkring temaet er rettspolitisk argumentasjon likevel en sentral del av det rettsvitenskapelige forskningsarbeidet, da oftest som en hale på lengre rettsdogmatiske avhandlinger. Det at rettspolitikk har fått en plass i det øvrige rettsvitenskapelige forskningsarbeidet, har likevel ikke bidratt til å motvirke forvirringen rundt tema. Problemstillingen jeg har valgt er utformet i lys av et opplevd behov om klarhet i hva rettspolitikk faktisk er.

Hovedproblemstillingen for denne oppgaven er: *Hvordan forstås rettspolitikk i sammenheng med rettsdogmatisk evaluering og rettsvitenskapelige krav og forventninger.* Det overordnede formålet med oppgaven er å klargjøre ulike teoretiske innfallsvinkler til rettspolitisk argumentasjon og undersøke uklarheter rundt teoriene der det oppstår. Teorier om hva rettspolitikk er, må bygge på teorier om hva rettsvitenskap er, som igjen bygger på teorier om hva retten er. Oppgavens vinkling blir derfor å analysere premisser, utvikling, struktur og koherens i disse teoriene om rettspolitikk og rettsvitenskap. En slik undersøkelse vil forhåpentligvis bidra til en klarere forståelse av rettspolitikk og hvordan verdivurderinger og argumentasjon i rettsvitenskapen blir en del av den dynamiske utviklingen av den juridiske virkelighet.

Hovedproblemstillingen har to ledd. I oppgavens første del, det vil si kapittel 2, diskuterer jeg rettspolitikk i lys av problemstillingens første ledd: *Hvordan forstås rettspolitikk i sammenheng med rettsdogmatisk evaluering.* Et slikt perspektiv er valgt for å fremheve en vesentlig problematikk som er en del av teorier om rettspolitikk, nemlig hvordan rettspolitisk aktivitet sjeldent ses på som en uavhengig rettsvitenskapelig gren. Jeg skal i oppgaven undersøke om er rettspolitikk er avhengig av for eksempel et referansepunkt i rettsdogmatikk. *Rettsdogmatikk* forstår jeg som den rettsvitenskapelige gren som har som hovedformål å gi systematiske fremstillinger av innholdet i «gjeldende rett».¹ Jeg vil undersøke nærmere hvordan enkelte teories forståelse av den rettsdogmatiske metode kan sette premissene for forståelsen av rettspolitikk og om eventuelle uklarheter kan komme fra nettopp dette utgangspunktet.

¹ Ross: *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 29.

I oppgavens andre del – kapittel 3 og 4 – diskuterer jeg forestillinger om rettspolitik i sammenheng med problemstillingens andre ledd: Rettsvitenskapelige krav og forventninger. Her forstår jeg rettsvitenskap som en samlebetegnelse for de vitenskapelige aktiviteter som har «retten» som tema.² Krav og forventninger til rettsvitenskapen formes dermed av både forestillinger om temaet og egenskaper ved vitenskapelig praksis på et generelt plan. Krav og forventninger til vitenskapelig praksis på et generelt plan er i denne betydningen et sidestykke til alminnelig rettskildelære, som er det sentrale ankeret til all rettslig argumentasjon. Jeg mener ikke at disse to er uforenelige, snarere vil jeg understreke at man legitimerer argumentasjonen sin i ulike grunnlag i den generelle vitenskapelige metode og den alminnelige rettskildelæren. Kort sagt handler denne delen av problemstillingen om hvordan man kan undersøke retten fra et rettspolitisk perspektiv og samtidig oppfylle forventninger som stilles til vitenskapelig arbeid.

1.2. Kort om tema og aktualitet

Noen standarddefinisjon av termen *rettspolitik* er vanskelig å finne i norsk juridisk litteratur. Aschehaugs *Jusleksikon* har for eksempel ingen oppføring på ordet «rettspolitik».³ Det finnes likevel forsøk på konkrete orddefinisjoner. Christoffer C. Eriksen definerer rettspolitik som «et navn på de analysene som søker å avklare hvilke verdier rettstilstanden hviler på, og om retten er et rasjonelt middel for å realisere disse».⁴ Torstein Eckhoff har på sin side definert det som argumentasjon om verdier formulert på «grunnlag av målsetninger som det ikke står partipolitisk strid om, og som anses typiske for jussen fordi man mener rettsregler er spesielt egnet til å fremme dem».⁵ Andre mer generelle definisjoner knytter seg til at rettspolitik er argumentasjon om hvordan gjeldende rett *bør* være, mer presist rene *de lege ferenda* betraktninger.⁶ Uklarheten rundt begrepet rettspolitik oppstår når man stiller spørsmål til slike definisjoner. Et slikt spørsmål kan være: Hva er da rettsdogmatikkens oppgave. Handler ikke den rettsdogmatiske formen for argumentasjon også om å «avklare hvilke verdier rettstilstanden hviler på», eller utøves den ikke på «grunnlag av målsetninger det ikke står partipolitisk strid om»? At definisjonene kan falle fra hverandre med en slik spørsmålsstilling viser ikke bare det generelle problemet med ubestemthet i språk, men først og fremst at det er noe med begrepet *rettspolitik* som ikke er som det skal i relasjon til rettsdogmatikken. Oppgavens tema er denne relasjonen mellom rettsdogmatikk og rettspolitik.

Det hersker liten tvil om at kjernen i rettsvitenskapelig arbeid handler om nettopp den rettsdogmatiske prosessen. Som hovedregel presenteres denne prosessen som en *vitenskapelig* prosess.⁷ Dette innebærer at rettsdogmatikken er styrt av vitenskapelige forventninger og idealer. Blant mange av idealene for vitenskapelig arbeid, har det siden antikken eksistert et

² Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 13-17.

³ Gisle: *Jusleksikon* (2017) s. 358.

⁴ Eriksen: «Om rettspolitik» (2012), s. 139.

⁵ Eckhoff: «Juss og politikk» (1976) s. 47-49.

⁶ Holmboe «En opplyst samtale: Om rettsvitenskapens oppgaver i kriminalpolitikken» (2016) s. 161.

⁷ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 150.

ideal om å kritisere og utfordre etablerte oppfatninger.⁸ Det er en vanlig forventning om at idealet også gjelder innenfor rettsvitenskapen.⁹ Det ligger altså en forutsetning om kritiske dimensjoner innebygd i det rettsvitenskapelige begrepet. Disse kritiske perspektivene er nødvendige for at rettsvitenskap skal kunne kalles *vitenskapelig*.

En av kjerneoppgavene til rettspolitikken er å utfordre fungerende rett. I forlengelsen av denne oppgaven kan rettspolitikken ses på som en rettskritisk argumentasjonsform. I bruken av «rettskritisk» legger jeg ikke noe mer enn kritikk av fungerende rett eller kritikk av forestillinger om fungerende rett. Når jeg da i den følgende teksten skriver om kritikk, kritiske dimensjoner eller rettskritikk er det under den bestemte forståelsen av kritikk som en argumenterende konfrontasjon av et standpunkt, argumentasjon eller premisser. Et eksempel er Jan Fridthjof Bernts konfrontasjon av Høyesteretts avgjørelser i Rt. 2012 s. 1985 og Rt. 2012 s. 2039.¹⁰ I tillegg kan det presiseres at når jeg snakker om en kritisk rettsvitenskap er det derfor ikke Kritisk juss-bevegelsen jeg har i tankene,¹¹ heller ikke en rettsvitenskap som er kritisk i den forstand at den er transparent og ryddig på egne premisser. Jeg mener først og fremst en konfronterende rettsvitenskap som diskuterer etablerte rettslige oppfatninger og premisser.

Hvor i det rettsvitenskapelige landskapet plasserer man slike perspektiver som utfordrer det etablerte? Et av de vanligste svarene på dette spørsmålet er med henvisning til den klassiske oppfatningen av skillet mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk som sammenfallende med skillet mellom argumentasjon *de lege lata* (retten som den er) og argumentasjon *de lege ferenda* (retten slik den bør være).¹² Jeg vil diskutere hvor langt disse argumentasjonsformene, sett opp mot hverandre, kan definere spørsmålet om rettspolitikken argumentasjonsrom. I den klassiske oppfatningen av rettsdogmatikk og rettspolitikk kreves det at rettsforskeren må bevege seg fra rettsdogmatikken over til rettspolitikken, dersom vedkommende skal imøtegå den rettsvitenskapelige forventningen om kritiske dimensjoner. Denne forflytningen fra *de lege lata* til *de lege ferenda* vil innebære flere utfordringer både når det kommer til generell vitenskapelig metode, men også juridisk metode. Utfordringene med forflytningen problematiserer det normative og deskriptive innholdet i rettsvitenskapen. Disse to størrelsene danner den sentrale rammen for oppgavens grensedracting rundt rettspolitikk.

⁸ Se f.eks. Aristoteles kritikk av Platons *Staten* i Aristoteles: *Politics* (1995) s. 22-24.

⁹ Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) s. 334.

¹⁰ Bernt kritiserer Høyesterett for å tilsidesette alminnelig språklig forståelse av utlendingslovens ordlyd til fordel for et inhumant tolkningsresultat, se Bernt: «Høyesterett som politisk arena – Noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk» (2013).

¹¹ Kritisk juss-bevegelsen hadde sitt utspring i den filosofiske Frankfurterskolen og radikale jusstudenters arbeid i Juss-Buss samt etableringen av Rettspolitisk forening på 70-tallet. Bevegelsen har vært med å forme den moderne norske rettsvitenskapen. Se f.eks. Andenæs: «Nils Kristian Sundbys rolle i kritisk juss-bevegelsen» (2013).

¹² Se f.eks. Tvarnø /Nielsen: *Retskilder og retsteorier* (2021) s. 539, eller Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 233.

1.3. Avgrensninger og avklaringer

I problemstillingen bruker jeg uttrykket «rettsdogmatisk evaluering». Valget av terminologi er med henvisning til David R. Doublets teori om rettens «evalueringsgrunnlag». Jeg skal kort utdype hva som ligger i dette begrepet, slik at både problemstillingen og den videre fremstillingen blir tydeligere.

«Evalueringsgrunnlaget» er for Doublet det verdimeslige grunnlaget som ligger nedfelt i retten som system som gjør det mulig å kritisere og sensurere «gjeldende rett» ut fra normative betraktninger. Når jeg bruker «evaluering» er det dermed i dobbel forstand, altså med henvisning til betydningen i alminnelig språkbruk om å drøfte verdien av noe, samtidig som det er en henvisning til evalueringen ved bruk av bestemte verdimeslige grunnlag som er rettslig relevante.¹³ Andre steder i fremstillingen bruker jeg «vurdering» istedenfor «evaluering». Bruken av «vurdering» er bevisst gjort for å løsrive de enkelte poengene noe fra Doublets evalueringsgrunnlag.

I tillegg må det klargjøres at oppgaven, i kraft av å være rettsvitenskapelig fokusert, ikke vil forsøke å besvare spørsmål som angår den praktiske rettsanvendelsen, det vil si den rettslige aktiviteten der man løser konkrete rettsspørsmål. Oppgaven er dermed av teoretisk aktualitet siden den først og fremst forsøker å si noe om bevegelser innen *rettsvitenskapen* – ikke det praktiske rettsliv. Med dette perspektivet er det da rettsforskeres rettspolitiske arbeid som vil være hovedfokus, ikke hvordan domstolene argumenterer eller andre rettsanvendere arbeider rettspolitisk. Med *rettsvitenskapen*, menes det juridiske fagfellesskapet som undersøker juridisk metode, rettskildene og retten fra et vitenskapelig perspektiv. En høringsuttalelse fra for eksempel Sivilombudet, vil kunne inneholde tematikken og bestå av de samme rettspolitiske grunntankene som en vitenskapelig artikkel. Likevel vil denne uttalelsen komme i lys av andre interesser enn den vitenskapelige sannhetssøken. Et eksempel kan være hvordan den vitenskapelige artikkelen i større grad benytter seg av prosesser som høringsuttalelsen ikke har tid til å gjennomføre. Disse prosessene kan bestå av lengre modning av idéer, avveining, vitenskapelig undersøkelse og så videre. Man kan med andre ord legge en bredere og mer helhetlig forståelse til grunn i vitenskapelige arbeider. Det er hva som *kan* og *vil* ligge i denne mer brede og helhetlige forståelsen jeg ønsker å undersøke i løpet av oppgaven.

Selve begrepet rettspolitikk kan fremstå som forvirrende og upresist. Jeg skal ikke forsøke på å gi en *definitiv* løsning på uklarheten, men snarere reflektere rundt hvorfor uklarhet og manglende samstemthet kan oppstå i forbindelse med rettsvitenskapelig rettspolitikk. Det er i lys av *uklarheten* derfor et bevisst valg at jeg ikke forsøker å definere ordet «rettspolitikk» presist her innledningsvis.¹⁴ Likevel ser jeg det som nødvendig å ha et utgangspunkt for fremstillingen. Utgangspunktet mitt er en forståelse av rettspolitikk som en rettslig

¹³ For en mer utfyllende beskrivelse se: Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) bl.a. s. 455-466.

¹⁴ Om hvordan klare definisjoner er tilnærmet umulig, men likevel nødvendig: Dalberg-Larsen: *Rettens enhed – en illusion* (1994) s. 32.

argumentasjonsform som evaluerer positiverte rettskilder og fungerende rett i lys av et bredt spekter av vitenskapelige, etiske og rettslige verdier.

Jeg skal heller ikke forsøke å skissere én generell «rettspolitisk metode» i denne oppgaven. Jeg forutsetter nemlig at rettspolitikk kan ta form gjennom metodisk pluralisme. Med «metodisk pluralisme» menes at metodene som ligger til grunn for rettspolitikk er mange og overlappende. For eksempel kan rettspolitisk arbeid utformes etter rettsdogmatiske, sosiologiske eller samfunnsvitenskapelig undersøkelser, men også gjennom filosofisk metode eller økonomiske modeller.¹⁵ Med andre ord er rettspolitikk slik jeg ser det først og fremst styrt av vitenskapelig metode i vid forstand, der flere perspektiver er mulig.

Som pedagogisk grep har jeg valgt eksempler fra strafferetten, helseretten og forvaltningsretten, spesielt der disse møter hverandre. En slik rød tråd gir en viss sammenheng i resonnementene samtidig som det blir lettere å trekke linjer mellom ulike steder i oppgaven. Det vil likevel forekomme avvik fra denne røde tråden der det føles naturlig. Valget av grep er først og fremst for å fange den aktuelle rettspolitiske spenningen på blant annet rusfeltet. Utover dette bør det ikke leses for mye inn i valg av eksempler.

1.4. Om den videre fremstillingen

Det kommer frem av hovedproblemstillingen at en av mine grunnantakelser er at begrepet og aktiviteten *rettspolitikk* er tett sammenbundet med *rettsdogmatikk*. Argumenttilfanget og den normative takhøyden i sistnevnte aktivitet vil være bestemmende for forståelsen av rettspolitikk som argumentasjonsform. Jeg vil derfor, både for å kunne angripe problemstillingen og samtidig redegjøre for forståelsen som den videre teksten bygger på, begynne med dette forholdet: Rettspolitikk som en aktivitet bestemt av rettsdogmatikk. Kapittel 2 fungerer derfor både som et springbrett, men også som hoveddel i oppgaven. Jeg vil i denne delen diskutere hvor vanskelig det er å holde et begrep om rettspolitikk adskilt fra rettsdogmatikk. Problemet med å separere de to argumentasjonsformene reiser spørsmål om rettspolitikk må defineres ut fra andre grunnlag enn rettsdogmatikkens metode. Diskusjonen i kapittel 3 og 4 vil ta for seg disse «andre grunnlagene» basert på den innsikten som forhåpentligvis er opparbeidet gjennom kapittel 2.

I kapittel 3 inntar jeg et makroperspektiv som undersøker hvordan rettspolitisk argumentasjon kan begrunnes. I denne delen er jeg spesielt interessert i å finne forankringspunkter for argumentasjon som kritiserer etablert rett. Kapitlet har som formål å aktualisere hvor verdier i rettslig argumentasjon kommer fra og hvordan disse kan sorteres i et rettspolitisk arbeid. En slik gjennomgang vil ikke bare kunne se på enkelte legitimeringsgrunnlag for rettspolitisk argumentasjon i et rettsvitenskapelig perspektiv, men også tegne en «positiv» grense for hva som er rettspolitikken tema og innhold.

¹⁵ Holtermann/Rytter: «Rettspolitikk» (2021) s. 239.

Kapittel 4 handler om rettspolitikkenes ulike adressater – altså hvem man henvender seg til gjennom forskningen sin. For mange vil rettspolitikkenes adressat være bestemmende for selve formålmessigheten til en «egen» rettspolitisk argumentasjonform. Indirekte aktualiserer spørsmålet om man i det hele tatt trenger rettspolitikk i sin mest klassiske skikkelse, det vil si som rene normative betraktninger *de lege ferenda*. Jeg finner problematikken knyttet til rettspolitikkenes formålmessighet som den sentrale grunnen til å diskutere tema.

2. Rettsdogmatikk som referansepunkt

2.1. Hvorfor starte med rettsdogmatikken?

Danskene Sten Schaumburg-Müller og Bjarke Viskum fremlegger tre kriterier for å karakterisere argumentasjon som rettspolitisk. Disse kriteriene er illustrerende for en av de sentrale forestillingene om rettspolitikk både i norsk og dansk rettslig kontekst. Schaumburg-Müller og Viskum skriver at rettspolitikk må være markert *adskilt fra rettsdogmatikk*, anbefalingene må være basert på *kjennskap til gjeldende rett* og anbefalingens *formål må være tydeliggjort*.¹⁶ Kriteriene baserer seg på en forståelse av rettspolitikk som juridisk-faglig begrunnede anbefalinger til lovgiver. Et annet trekk med kriteriene er at de springer ut fra en forståelse av rettspolitikk som vesentlig ulik rettsdogmatikk.

Rettsdogmatikk er en rettsvitenskapelig gren som har som hovedformål å gi systematiske fremstillinger av innholdet i «gjeldende rett».¹⁷ Selv om de fleste er enig om et slikt utgangspunkt for rettsdogmatikkens metode, vil nok mange finne at det er usikkerhet knyttet til metodens omfang. Hvilke krav stilles for eksempel til rettsdogmatisk argumentasjon satt opp mot rettsanvendelse i domstolene? De ulike svarene som gis i forbindelse med usikkerheten om hvor langt den rettsdogmatiske metoden kan og skal strekke seg vil få betydning for rettspolitikk. Årsaken til denne sammenhengen er at rettspolitikkenes funksjon må kunne oppfylle krav og forventninger til rettsvitenskapen som ikke kan oppfylles med rettsdogmatisk metode. Et eksempel fra teater som illustrerer poenget er at dersom man gjennom en tragedie kunne oppnå forventningen om at teateret skal få publikum til å føle seg lystig og glad, hadde det ikke nødvendigvis vært behov for å spille komedier. Hovedlinjen i dette kapitlet er derfor knyttet til skillet mellom rettsdogmatisk metode og rettspolitikk med fokus på ulike forestillinger om rettsdogmatikken som rettsvitenskapelig aktivitet. Rettsforskerens syn på hvilke rettsvitenskapelige krav og forventninger som er gjeldende for den rettsdogmatiske aktiviteten, vil derfor kunne bestemme hvordan rettspolitikken blir forstått. Det er ingen nødvendighet i at rettspolitikken ses i lys av rettsdogmatikkens rammeverk, men en slik fremstilling vil likevel bære med seg flere fordeler:

¹⁶ Schaumburg-Müller/Viskum: «Rettpolitikk og metode» (2021) s. 335-336.

¹⁷ Ross: *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 29.

For det første: Hovedskillet mellom argumentasjon *de lege lata* og argumentasjon *de lege ferenda* har et klart feste i den nordiske forståelsen av rettsvitenskapelig argumentasjon.¹⁸ Et slikt skille gjør at de fleste fremstillinger av rettspolitikk både eksplisitt og implisitt vil springe ut fra den samme dikotomien.¹⁹ De enkelte fremstillingene av rettspolitikk vil derfor lettere kunne systematiseres i forhold til hverandre når fremgangsmåten med rettsdogmatikk som referansepunkt ligger til grunn.

En annen god grunn til å starte med rettsdogmatikk, er at man kan ha en oppfatning av rettspolitikk fungerer som en kompensasjon for en svakhet med rettsdogmatisk virksomhet – at den mangler «kritisk brodd». Sagt på en annen måte har den funksjon som et normativt korrektiv til gjeldende rett.²⁰ Det er ikke noe ubestridt faktum at rettsdogmatikk er en rettsvitenskapelig disiplin uten rom for et slikt normativt korrektiv. Men nettopp denne debatten om rettsdogmatikkens rolle som verktøy for kritikk er avgjørende for synet på rettspolitikk som egen rettsvitenskapelig gren. Dersom det er tilfellet at rettspolitikk eksisterer utelukkende som en aktivitet som fanger forventninger til rettsvitenskapen som ikke kan imøtegås med rettsdogmatisk arbeid, blir hva som anses for å være rettsdogmatikkens karakteristikk verd å undersøke før man presenterer en teori om rettspolitikk. Spørsmålet som melder seg i en slik sammenheng er: Hvilke trekk ved ulike forståelser av rettsdogmatikk har betydning for rettspolitikk. Etter en nærmere gjennomgang av rettsdogmatikkens metode og formål, ser jeg nærmere på slike trekk ved snevre og vide forståelser av rettsdogmatikk og hvilket grunnlag disse danner for grensen til rettspolitikk.

2.2. Rettsdogmatikkens metode og formål

Rettsdogmatisk arbeid fokuserer på å fremstille gjeldende rett gjennom analyse av rettskildene. I kraft av denne konvensjonen vil rettsdogmatikken ligne på den praktiske rettsanvendelse både gjennom metode og formål.²¹ Grovt forenklet vil man kunne si at både rettsdogmatikkens metode og den praktiske rettsanvendelsens metode er *juridisk metode og argumentasjonsregler*, mens formålet med begge aktivitetene er å *belyse og besvare retts spørsmål*. Ved første øyekast kan denne sammenligningen mellom rettsdogmatikk og praktisk rettsanvendelse virke både treffende og tiltalende. Den gir rettsvitenskapen en nødvendig aktualitet og nærhet til praksis, noe som gjør at vitenskapelig arbeid får innvirkning, både på de rettsanvenderne som utdannes ved de rettsvitenskapelige institusjonene, samtidig som det gir vitenskapelige arbeider relevans og innvirkning på de avgjørelser som tas i domstoler eller forvaltning.²² «Vinduet» til rettslivet som rettsdogmatikken tilfører rettsvitenskapen har gjort at de fleste ser på rettsdogmatikken som rettsforskernes hovedbeskjeftigelse. I konkurranse om forskningsmidler vil for eksempel en avhandlings aktualitet, praktisk nytte og bidrag til utvikling av juristutdanningen være viktige elementer. Slike momenter gir gode grunner til at mange rettsforskere prioriterer rettsdogmatisk metode foran andre rettsvitenskapelige disipliner.

¹⁸ Sæther Mæhle og Aarli: *Fra lov til rett* (2018) s. 211

¹⁹ Ross: *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 421-422.

²⁰ Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 349.

²¹ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 223.

²² Om dette se Bernt: «Hva vil vi med rettsvitenskapen?» (2016) punkt 5, s. 84-92.

Et annet krysningspunkt mellom rettsdogmatikk og praktisk rettsanvendelse er bruken av rettskildene, eller mer konkret: legitimitetsmodellene i rettskildelæren. Som finske Lars D. Eriksson skriver, er både rettsanvenderen og rettsdogmatikeren bundet av den til enhver tid rådende «rättslige ideologin» i rettskulturen.²³ I begrepet legger han: «argumentasjonsmodeller og tolkningstradisjoner». Ifølge Eriksson er både rettsanvendere og rettsdogmatikere tvunget til å jobbe innen den rettslige ideologien for å vinne aksept for resonnementene sine. I den norske rettskulturen kan man argumentere for at det er et positivistisk ideologisk paradigme som er utgangspunktet for den rådende rettsideologien.²⁴ Jeg vil komme nærmere inn på hva et slikt positivistisk ideologisk paradigme inneholder senere, men det trengs likevel her en kort forklaring. I denne sammenhengen handler positivismen om vitenskapsteorier som tar utgangspunkt i det empirisk verifiserbare – det som kan observeres gjennom sansene – som det primære gyldighetsgrunnlaget for vitenskap. Rettsteoriene som bygger på den vitenskapsteoretiske positivismen baserer seg på at rettsanvenderen og rettsforskerens oppgave er å beskrive lovreglers innhold, ikke vurdere disse. Samtidig har rettspositivismen et legitimitetsperspektiv der lovregler virker i et hierarki (med Grunnloven i topp) som fungerer som en begrensning av makten til domstol og lovgiver. Den positivistiske rettsideologien, slik jeg forstår den, er sammensmeltningen av denne vitenskapsteoretiske og politisk-ideologiske forutsetningen: i) Rettsvitenskapelig arbeid er gyldig hvis, og bare hvis, det *beskriver* rettens innhold og ii) rettsanvendelse er legitim dersom den *uttaler* lovgivers (flertallsmaktens) vilje. Med andre ord er rettsdogmatikken og rettsanvendelsen i et positivistisk perspektiv bundet av *autoritative* argumentasjonsmodeller og tolkningstradisjoner.

Selv i lys av positivismens ideal kan det ikke friksjonsfritt settes et likhetstegn mellom rettsdogmatikkens metode og rettsanvendelsens metode. Dersom det er slik at rettsdogmatikken og rettsanvendelsen er identiske, både i metode og formål, vil det oppstå noen problematiske bindinger mellom de ulike områdene. Det kan for eksempel oppstå situasjoner der det er forskeren ukritisk kopierer domstolenes argumentasjonsmønstre og argumenttilfang. Med andre ord kan domstolenes bruk av juridiske metode ende opp med å definere hvordan forskeren analyserer rettskilder. Produksjonen av rettsvitenskapelig forskning kan med en slik forutsetning miste potensialet for å utvikle metoden og se fremover. Resultatet av dette blir at den vitenskapelige sannhetssøken som ligger i vitenskapsbegrepet og mandatet gitt forskeren kan bli nedprioritert. Det finnes andre hypotetiske konsekvenser som kan vise hvor lite ønskelig det er å sette likhetstegn mellom rettsdogmatikk og praktisk rettsanvendelse.²⁵ Poenget er ikke her å trekke frem alle disse, men heller å vise at det finnes *noe mer* i forventningene til de ulike arenaene for juridisk argumentasjon.

At den stilles ulike forventninger til rettsforskeren enn til advokaten eller dommeren er nok et poeng de fleste vil stille seg bak. Likevel har de fleste en egen oppfatning av hva disse

²³ Eriksson: *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980) s. 107.

²⁴ Se f.eks. Sunde: *Den juridiske komedien* (2007) s. 245.

²⁵ Hans Petter Graver sammenfatter endel utfordringer knyttet til å sette et slikt likhetstegn mellom rettsvitenskap og praktisk rettsanvendelse i Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008).

forventningene inneholder og hvordan de skal komme til uttrykk i de ulike beskjeftigelsene. Hvilke forventninger som stilles til rolle vil også avhenge av hvilke forventninger som stilles til metode og formål. Dermed oppstår det en udefinert linje som tegner *hvordan* rettsdogmatikk skiller seg fra den praktiske rettsanvendelse. Hvor man trekker denne linjen vil ha betydning for hvordan alt av rettsvitenskapelig arbeid foregår – et eksempel på dette er, som vi så i forrige punkt, hvordan rettspolitikken forstås.

En av de sentrale forskjellene mellom den praktiske rettsanvendelse og den rettsdogmatiske rettsvitenskapen vil være spørsmålet om kritiske dimensjoner.²⁶ En kan for eksempel oppstille et spørsmål om det er slik at rettsvitenskap, selv den som pretenderer å være rettsdogmatisk, *må ha* en kritisk dimensjon for å kunne være vitenskapelig. Det finnes gode holdepunkter for å mene at den kritiske dimensjonen er et av punktene som konstituerer selve rettsdogmatikken. Argumentet er i korte trekk at man forventer at rettsdogmatisk argumentasjon skjer i lys av vitenskapelige idealer, deriblant forventningen om kritiske perspektiver.²⁷ Når det kommer til den praktiske rettsanvendelse derimot er det imidlertid ikke sikkert at et slik behov for kritisk vinkling er relevant. Oppstilles en grunnantakelse om at rettsdogmatikken skal inneholde kritiske dimensjoner, blir spørsmålet i hvilken utstrekning rettsforskeren skal uttale eller vurdere rettens innhold.

Når man godtar at rettsdogmatisk argumentasjon inneholder rettskritiske og verdibaserte elementer, kan man til en viss grad også ha godtatt at rettspolitikken er overflødig. Et slikt synspunkt krever at man ser rettspolitikken som en kompensasjon for manglende rom for rettskritikk i rettsdogmatikken. Sagt på en litt annen måte: Dersom argumenttilfanget i rettsdogmatikken allerede kan ivareta rettskritiske og verdibaserte perspektiver, hva er da igjen av en egen rettspolitikken?

2.3. Rettsdogmatikk i vid og snever forstand

2.3.1. Sondringen mellom to ulike forståelser av rettsdogmatikk

Som jeg har vist til nå er innholdet rettsdogmatisk argumentasjon et spørsmål om metode og formål. Her finnes det få – kanskje ingen – skarpe skiller. Likevel vil kategorisering av ulike avhandlinger, teorier eller forfattere være et nyttig grep for å finne essensen i rettspolitikken relasjon til rettsdogmatikken. I dette punktet skal jeg skille mellom to kategorier for forståelser av rettsdogmatikk – «snever» og «vid». For å gjøre dette vil jeg se nærmere på noen konkrete avhandlinger som er levert av norske rettsforskere og hvordan disse fungerer som uttrykk for rettsdogmatikkens metode.

²⁶ Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) s. 334.

²⁷ Jf. 1.2 over. Se bl.a. Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) s. 334.

En hypotese for den følgende sontringen er at rettsdogmatikk i snever forstand i større grad gir rom til en egen rettspolitisk arena for rettskritiske og verdibaserte perspektiver, mens rettsdogmatikk i vid forstand har disse perspektivene innfelt i sitt egen metodiske grunnlag. I denne innledningen skal jeg kort skissere hvordan det er mulig å nærme seg de to ulike forståelsene av rettsdogmatikk.

Den første tilnærmingen til sontringen baserer seg på et skille mellom snever og vid rettsdogmatikk som sammenfaller med skiller mellom rettsteoretiske posisjoner. Et slikt grunnlag gjør det ikke mulig å tegne noen definitiv grense, men egner seg likevel til å illustrere utgangspunkter for den ene forståelsen av rettsdogmatikk kontra den andre. Det jeg vil kalle for *rettsteoretisk posisjonelle tilnærmingen* går ut på å stille spørsmål til hvordan en bestemt metodeforståelse sammenfaller med rettsteoretiske grunnposisjoner. Dette vil hovedsakelig være relevant for den snevre forståelsen av rettsdogmatisk virksomhet, ettersom denne tilsynelatende kan plasseres i et rettsrealistisk eller rettspositivistisk rammeverk, noe jeg vil undersøke i de følgende to punktene. Svakheten med tilnærmingen er at den i liten grad tar hensyn til hvordan forfatteren selv forstår sin egen metodebruk. Det kan nemlig være vanskelig å finne noen direkte korrelasjon mellom en forfatters rettsteoretisk posisjon og vedkommendes syn på omfanget av den rettsdogmatiske metoden. I tillegg er svært få forskere eksplisitte når det kommer til rettsteoretiske grunnspørsmål dersom ikke teksten deres åpner for slike. Ønsker man å finne filosofiske merkelapper til ulike tekster, vil det i noen tilfeller la seg gjøre å rekonstruere slike posisjoner ut fra konkrete argumenter forfatterne gjør i et metodisk grenseland, men slikt arbeid kan være tidkrevende og lite fruktbart. I lys av dette har både Svein Eng og Hans Petter Graver tar til orde for at det er problematisk å analysere rettsforskeres metodebruk ut fra merkelappene tilknyttet generelle rettsfilosofiske posisjoner.²⁸ Hvilke grenser for vitenskapeligheten i en bestemt forskers argumentasjon kan – ifølge Graver – best undersøkes i analyse av forskerens egen oppfattelse av «rasjonaliteten i sin aktivitet».²⁹ Med andre ord blir den rettsdogmatiske metode i hvert enkelt tilfelle styrt – ikke av forskerens rettsteoretiske merkelapp – men forventninger, strategier og formål bak premissene, resonnementene og konklusjonene som presenteres i den rettsdogmatiske avhandlingen. Jeg valgt å kalle en slik tilnærming som undersøker forskerens egne oppfattelse av rettsdogmatikk i lys av mer generelle krav til vitenskapelig aktivitet for en *forventningsbasert* tilnærming. Graver fremhever at spørsmålet om en vid og snever forståelse av rettsdogmatikk i stor grad handler om slike forventninger til rettsvitenskapen som nettopp vitenskap.³⁰ Spørsmål vedrørende rettsteoretiske grunnposisjoner og metodens opphav er for ham sekundære spørsmål. Dette sammenfaller i stor grad med Synne Sæther Mæhles tilnærming til sontringen mellom konkret rettsanvendelse og rettsdogmatisk rettsvitenskap.³¹

²⁸ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 150, og Eng: *Rettsfilosofi* (2007) s. 494-510.

²⁹ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 159.

³⁰ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 150.

³¹ Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004).

I det følgende vil jeg altså se på rettsdogmatikk i et slikt rettsteoretisk lys samtidig som jeg ser på kravene og forventningene som stilles til arbeider i en rettsvitenskapelig kontekst.

2.3.2. Snever rettsdogmatikk

Hva kjennetegner en snever forståelse av rettsdogmatikk? Jeg vil starte med å ta utgangspunkt i karakteristikken som Graver legger til grunn i artikkelen «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger». Artikkelen innebærer i korte trekk at Graver problematiserer det han ser på som en tendens hos juridiske forskere til å beskrive egen metode kun gjennom bruk av merkelappen «vanlig juridisk metode».³² Ifølge han skaper dette en rekke problemer knyttet til skillet mellom rettsvitenskapelige tekster og tekster i det praktiske rettsliv. Et eksempel som sammenfaller med Gravers «vanlig juridisk metode»-karakteristikk, er Herman Bruseruds avhandling *Hardshipklausuler*.³³ Bruserud åpner metodekapittelet sitt med å slå fast at avhandlingen bygger på «alminnelig norsk juridisk metode» uten å utdype noe særlig nærmere hva dette innebærer.³⁴ Som jeg har vist i det foregående kapittelet er rettsdogmatisk metode og såkalt «vanlig juridisk metode» ofte sammenfallende i sitt hovedformål, nemlig å fremstille gjeldende rett på et bestemt område. I det følgende skal vi se nærmere på hva man mener om dette forholdet når man skriver om rettsdogmatisk metode i snever forstand.

Bjarte Askeland sammenfatter ganske kort og godt hva som er hovedtrekket til det som kan kalles «vanlig juridisk metode» når han skriver at «[d]ette vil i norsk sammenheng (fremdeles) være Eckhoffs rettskildelære, med ulike variasjoner av denne».³⁵ Det er altså snakk om Eckhoffs domstolsbeskrivende ideal for rettsanvendelsen, som i stor grad ligger til grunn for de fleste lærebøker og metodefag som det undervises i ved juristutdanningene i Norge de siste tiår. Graver beskriver kjernen i Eckhoffs rettskildelære gjennom «avveiingsmodellen» der man gjennom rettslig argumentasjon «forholder seg til rettskildefaktorene, avgjør hvilken relevans de har, diskuterer hvilke slutninger de gir grunnlag for, og foretar en avveining av hvilke hensyn som alt i alt har mest for seg».³⁶

Det at mange rettsforskere forholder seg til «vanlig juridisk metode» når de skriver rettsdogmatiske avhandlinger kan være både problematisk og friksjonsfritt, avhengig av hvilket forskningstema de har valgt. Likevel kan det, som Graver skriver, være vanskelig å se hvor den vitenskapelige delen av analysene kommer inn.³⁷ Løsningen på problemet kan i en formell variant enkelt og greit være at forskeren viser til den vitenskapelige dimensjonen i rettsdogmatikken i den metodiske problematiseringen som avhandlingen innledes med.

³² Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008).

³³ Bruserud: *Hardshipklausuler* (2010).

³⁴ Bruserud: *Hardshipklausuler* (2010) s. 38-39.

³⁵ Askeland: «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» (2013) s. 16.

³⁶ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 167, Askeland lener seg også på denne formuleringen i «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» s. 16.

³⁷ Merk at Graver ikke kritiserer Eckhoffs rettskildelære for å være uvitenskapelig, han problematiserer forestillingen om at rettsdogmatikk kun er anvendt rettskildelære, jf. Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 151.

Samtidig kan det hende at problemet med å skrive om rettsdogmatisk metode som «vanlig juridisk metode» stikker noe dypere. Hva skjer for eksempel med rammene til en rettspolitisk avhandling på bakgrunn av en slik snever forståelse av rettsdogmatikk?

Thomas Horns avhandling *Fullstendig isolasjon* er et rettspolitisk arbeid med fokus på isolasjon i varetekt der det foreligger risiko for bevisforspillelse.³⁸ Jeg kommer tilbake til Horns perspektiv på rettspolitikk nedenfor – i denne sammenheng er det mer interessant å se hvilket forhold han har til rettsdogmatikken. I avhandlingen presenterer han rettsdogmatikk som juridisk argumentasjon som retter seg mot domstolene og avgjørelser som tas der. Han presiserer selv at han ser mangfoldigheten rettsdogmatiske analyser kan inneholde, men legger seg bevisst på en snever forståelse av rettsdogmatikk for å best kunne presentere sine synspunkter opp mot Alf Ross' teorier om skillet mellom rettspolitikk og rettsdogmatikk.³⁹ I forbindelse med grensdragning mellom rettspolitikk og rettsdogmatikk, blir Horns linje illustrerende for hvordan de to rettsvitenskapelige grenene lettere kan holdes adskilt dersom man tegner en streng grense slik som Ross har argumentert for.

Ross' rettsrealistiske program for rettsvitenskapen er et forsøk på å forklare rettsdogmatikken som en rent beskrivende virksomhet.⁴⁰ En slik forestillingen om rettsdogmatikk er svært snever og har flere sammenfall med det som er ansett som «rettsdogmatikk som vanlig juridisk metode». Et snevert syn på rettsdogmatikk kan med andre ord sorteres under *rettsrealismen* som rettsteoretisk grunnposisjon. Rettsrealisme er en rettsteoretisk posisjon som oppstod som motbør til rettspositivismen som dominerte fra 1800-tallet frem mot etterkrigstiden. Rettsrealismen inkorporer og bygger på den vitenskapsteoretiske logiske positivismens grunnidé om at meningsinnholdet i et utsagn eller en tekst er styrt av hvorvidt det kan verifiseres eller falsifiseres av enten logisk sammenheng eller empiriske funn.⁴¹ Ifølge de klassiske rettsrealistene som for eksempel Ross er det rettsvitenskapelige relevante grunnlaget for denne verifikasjonen i hvordan domstolene opptrer. Med andre ord er innholdet i «gjeldende rett» mulig å utlede fra rettsavgjørelser i institusjonene. I den norske rettskulturen er Eckhoffs rettskildelære dreiepunktet for rettsrealistisk rettsdogmatikk. Når «vanlig juridisk metode» ses som sammenfallende med domstolenes juridiske metode og blir den eneste empirisk verifiserbare måten å slå fast gjeldende rett, må rettsdogmatikkens metode forstås snevert. Det Graver og Askeland karakteriserer som «vanlig juridisk metode» kan dermed illustreres ut fra et *rettsteoretisk posisjonelt* perspektiv om det rettsrealistiske rammeverk for den rettsdogmatiske metode som utgangspunkt.

Forventninger er en annen bestemmende faktor for sondringen mellom snever og vid rettsdogmatikk. Rettsforskerens egen forståelse av hvilken kontekst metoden er presentert i eller hvem som er avhandlingens adressat, vil kunne styre rammebetingelsene for avhandlingens metode. Videre kan slike forventninger til rettsdogmatikken som en

³⁸ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017).

³⁹ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017) s. 74, note 195.

⁴⁰ Kinander: *Rettsfilosofi* (2005) s. 138.

⁴¹ Merk her at det er forskjell på *realisme* som vitenskapsteoretisk retning og *rettsrealisme* som rettsteoretisk retning

vitenskapelig kommunikasjonsform være like avgjørende for hvordan rettsdogmatikken avgrenses mot rettspolitik. Har rettsdogmatikeren satt seg som mål at avhandlingen skal bli lest av praktiserende jurister som er ute etter praktisk forståelse av gjeldende rett, vil man gjerne være tjent med å ha et snevert rettsdogmatisk begrep. Forventer forskeren at arbeidet bidra til en bestemt lesning av et domsavsnitt, eller en lovbestemmelse, vil ikke argumentasjonen nødvendigvis bevege seg utover det som kan kalles «vanlig juridisk metode». Det er kanskje heller ikke interesse hos den enkelte forsker å legge press på metodens grenser dersom de vil synliggjøre og konkretisere den rettskildemessige argumentasjonen sin på best mulig vis. Et godt eksempel på en slik avhandling er Nikolai K. Wings: *Kampen om arealene*. Avhandlingen bygger på en metodisk forutsetning om at Eckhoffs rettskildelære gir utgangspunktet for en «fast kjerne» innen norsk juridisk metode.⁴² En annen forutsetning som kommer til syne i avhandlingen, er at argumentasjon *de lege lata* og *de lege ferenda* holdes strengt adskilt. Dette skillet får betydning for tekstens syn på rettspolitik som får plass spaltet bort fra resten av fremstillingen i et eget kapittel til slutt. Winge posisjonerer seg ut fra et sitat fra Inge Lorange Backer om at enighet om den «faste kjernen» i metoden er «omfattende nok til at det gjennomgående lar seg gjøre å gå i gang med en rettsvitenskapelig undersøkelse, uten noen større preliminær diskusjon av metoden».⁴³ En kan spørre seg om innholdet i dette postulatet er utdatert ettersom nye strømninger har gjort at rettsdogmatisk metode i stor grad har endret karakter siden 90-tallet.⁴⁴ Hvordan de nye strømningene har ytt press mot en snever forståelse av rettsdogmatikk skal undersøkes nærmere i neste punkt. Uansett, ser man i Wings tilfelle at fremstillingen av gjeldende rett ikke skjer i lys av undersøkelse av metodens grenser og nyvinning, men snarer med et formål om å systematisere interessespennet i norsk utmarksforvaltning. Å legge et snevert rettsdogmatisk begrep til grunn kan virke som et fornuftig utgangspunkt for formidlingsformålet, men det er likevel rimelig å anta at Gravers kritikk er rettet mot slike typetilfeller av metodebruk.

Et annet eksempel som illustrerer samme tilnærming til rettsdogmatikkens metode, men med mer årvåkenhet overfor problemet knyttet til metodespørsmål er Runar Torgersens avhandling: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Han innleder metodeavsnittet sitt med å begrunne hvorfor avhandlingen *kan* sorteres under merkelappen «vanlig juridisk metode», men at han ser problemene med en slik kategorisering:

«Når jeg avstår fra å si nærmere om generelle metodespørsmål er det ikke fordi jeg anser "vanlig juridisk metode" for å være en homogen og avklart størrelse – jeg ser den snarere som en meget sammensatt virksomhet som reiser et stort antall grunnleggende spørsmål som ikke egner seg for behandling innenfor rammene av en rettsdogmatisk avhandling».⁴⁵

Når Torgersen trekker frem «vanlig juridisk metode» som en mulig kategorisering av sin egen metodebruk i avhandlingen er det fordi han ser sitt eget prosjekt som metodisk uproblematisk. Med andre ord legger han seg til en snever metodisk linje. Denne linjen kan ikke leses som en

⁴² Winge: *Kampen om arealene* (2013) s. 27.

⁴³ Inge Lorange Backer: *Naturvern og naturinngrep* (1986) s. 56.

⁴⁴ Se f.eks. Kinander: *The View From Within* (2004) kap. 6 og 7, og Berg: *Rett og rimelighet i moralsk belysning* (2008), kap. 1 og 2.

⁴⁵ Torgersen: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) s. 65.

stadfestelse av et stengt eller strengt avgrenset metodisk spillerom innenfor rettsdogmatisk arbeid. Heller gir det uttrykk for at forfatteren mener at det finnes en metodisk «kjerne» i rettsdogmatikken som en avhandling vil kunne navigere innenfor uten å problematisere metoden selv, heller ikke legge opp til at jurister som leser eller bedømmer avhandlingen vil problematisere denne. En slik presentasjon av juridisk metode som uproblematisk «innenfor rammene av en rettsdogmatisk avhandling» kan sorteres under Backers synspunkt på den metodiske «kjernen» i rettsdogmatikk.

Formålet til Torgersen er å redegjøre for og systematisere ulike tilfeller av ulovlig beviserverv i en straffeprosessuell kontekst. Avhandlingen har et også uttalt «rettsdogmatisk siktemål».⁴⁶ Hva et slikt siktemål innebærer på et generelt plan er vanskelig å si ut fra Torgersens avhandling. Det er kanskje mulig å knytte det opp til standarddefinisjonen av rettsdogmatikk som en virksomhet om å gi en systematisk fremstilling av innholdet i «gjeldende rett», noe som gjør at det er naturlig å sortere siktemålet som en beskrivende aktivitet. På denne måten holder Torgersen den rettspolitiske aktualiteten i avhandlingen sin avgrenset til et eget kapittel til slutt. Den samme tilnærmingen kan ses hos Winge. Hva innebærer dette konkret for klarheten omkring rettspolitikk som begrep i relasjon til den «snevre» rettsdogmatikken?

Både Winge og Torgersen benytter seg av rettspolitiske analyser basert på de rettsdogmatiske funnene i sine avhandlinger. Når begge forfatterne har lagt seg på en snever rettsdogmatisk linje blir det naturlig å finne rom for kritikk av gjeldende rett i en egen rettspolitisk diskusjon som kommer som en hale til den rettsdogmatiske fremstillingen. En slik struktur kan virke som en slags løsning på problematikken knyttet til ubestemthet om rettspolitikken i relasjon til rettsdogmatikken. Med andre ord blir rettspolitikk for disse forfatterene et begrep om en argumentasjonsform som ikke er forenelig med rettsdogmatisk analyse. Likevel melder det seg noen konkrete problemer: Dersom man ikke tydeliggjør det metodiske rommet i sin rettsdogmatiske analyse, blir det heller ikke naturlig å ha metodisk klarhet der det rettspolitiske begrepet dukker opp. Hverken Winge eller Torgersen tar opp hva deres metodiske forståelse av rettspolitikk innebærer, noe som gir lite rom for diskusjon knyttet til argumentasjonen deres i denne delen av avhandlingen.

I en *rettsteoretisk posisjonell* sammenheng kan man sortere Winges syn på rettsdogmatikkens metode som stort sett sammenfallende med Eckhoffs rettskildelære.⁴⁷ En slik forutsetning for egen metodebruk er ikke nødvendigvis et eksplisitt uttrykk for et filosofisk standpunkt til hva som er rettsdogmatikkens erkjennelsesobjekt. Det er likevel forsvarlig å lese slike henvisninger til Eckhoff som en tilslutning til den skandinaviske rettsrealismens paradigme for legitimt rettsvitenskapelig arbeid. I en slik kontekst blir argumentasjon *de lege ferenda* skjøvet ut av rettsdogmatikken. Hvorvidt det er forfatterens intensjon å innta et slikt positivistisk standpunkt til grensedragningen mellom rettsdogmatikken og rettspolitikken er heller uklart.

⁴⁶ Torgersen: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) s. 65.

⁴⁷ Winge: *Kampen om arealene* (2013) s. 27.

Når det kommer til den *forventningsbaserte tilnærmingen* kan det understrekes at begge forfatterne henvender til et bredt juridisk fellesskap.⁴⁸ Gjennom denne adressaten lener de seg på de samme legitimitetsgrunnlagene som den alminnelige rettsanvendelse blant praktiserende jurister. I et slikt perspektiv er det vanskelig å se hvordan den rettsdogmatiske metoden skal kunne forstås bredere – formålet er tross alt å beskrive rettstilstanden på et gitt område. På en annen side reiser dette ytterligere spørsmål til den rettspolitiske fremstillingen: Henvender rettsdogmatikken til Winge og Torgersen seg til jurister generelt, mens rettspolitikken til lovgiver spesielt?

2.3.3. Vid rettsdogmatikk

Jeg har nå sett på den snevre rettsdogmatikken sitt fokus på å beskrive og systematisere rettskildene for å siden postulere hva som er «gjeldende rett» på et bestemt område. I norsk rettsvitenskap er hovedstammen i et slikt synspunkt sammenfallende med det rettsrealistiske vitenskapsprogrammet, der man forsøker å skape en forståelse av retten der den deskriptive vitenskapsnormen ligger til grunn.⁴⁹ Nåtidens rettsvitenskapelige diskurs har likevel beveget seg et stykke bort fra tradisjonelle skandinaviske rettsrealismen.⁵⁰ Det er tvilsomt om denne forflytningen har gitt nye normer for rettsforskeres rolle i det rettsdogmatiske arbeid, snarere kan hende at *debatten* om hvilke normer som skal styre analyser av retten har fått ny giv og nye perspektiver. Med «diskurs» menes her en diskusjon som foregår ut fra deltakernes felles uuttalte forutsetninger på et felt.⁵¹ Forutsetningene for den rettslige diskursen, eller den «diskursive platformen» for rettsvitenskapen består blant annet av de argumentative og verdimeslige premisene i all juridisk aktivitet.

Rettsdogmatisk metode i vid forstand fokuserer ikke utelukkende på forskningsprosessen som en *beskrivelse* av innholdet på et bestemt rettsområde. Heller ser man dette som en prosess der hva som er «gjeldende rett» fremstilles gjennom spenningsfeltet mellom hva som følger av objektiverte rettskildedefaktorer og det som kan utledes av normativ og verdibasert argumentasjon.⁵² Med andre ord stilles det en økt forventning til verdidiskursens rolle i fremstillingen. Henrik Zahle fremhever for eksempel at avstemming mellom objektivert rett og «forholdets natur»-argumenter (reelle hensyn) er spesielt en oppgave for rettsdogmatikeren.⁵³ I en slik sammenheng synliggjøres de rettsvitenskapelige idealene som ikke nødvendigvis stammer fra sjangerkonformitet overfor Høyesterett. Ifølge Zahle blir den rettsdogmatiske prosessen gjennom dette en påvirkende prosess i tillegg til en beskrivende prosess. Metoden får altså en tilleggsdimensjon i kraft av å være teoretisk orientert. Disse rettsvitenskapelige idealene

⁴⁸ Torgersen henvender seg direkte til «de fleste norske jurister», Torgersen: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) s. 65. Winge er ikke tydelig på hvem han henvender seg til. Min fragmenterte lesning av avhandlingen gir likevel inntrykk av at den først og fremst henvender seg til praktiserende jurister og embetsmenn på arealforvaltningsfeltet.

⁴⁹ Se f.eks. Askeland: «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» (2013) s. 16.

⁵⁰ Se f.eks. Kinander: *The View From Within* (2004) kap. 6 og 7, og Berg: *Rett og rimelighet i moralsk belysning* (2008), kap. 1 og 2.

⁵¹ Sæther Mæhle: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* (2005) s. 23.

⁵² Eks. på dette: Aasen: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (2000) s. 139 flg.

⁵³ Zahle: «Retsdogmatik og retskritik», s. 238.

er – som vi skal se om litt – konstituerende for rettsdogmatisk metode som *vitenskapelig* praksis.

Som nevnt tidligere kan den enkeltes forskers bruk av rettsdogmatikk preges enten av deres teoretiske forståelse av hva *retten* er – altså rettsteoretiske grunnposisjon – eller de vitenskapelige forventningene og formålet med det enkelte arbeid. De fleste norske rettsforskere arbeider mer eller mindre ut utgangspunktet til den rettsrealistiske rettskildelæren til Eckhoff. Grunnen til at det er vanskelig å foreta et skille mellom rettsdogmatisk metode og «vanlig juridisk metode» innenfor rettsrealismens rammer er at argumentasjon rundt retten kun kan fremføres i lys av tidligere argumenter fra retten. Man får et internt selvbegrunnende sirkulærsystem, eller som Morten Kinander kaller det: «rettsvitenskapelig *solipsisme*».⁵⁴ Den som skriver om rettsdogmatikk i vid forstand vil som regel bevege seg ut av denne argumentative sirkelen for å få et perspektiv på retten som tilrettelegger andre idealer enn de som fremsettes av Høyesterett. Vi har tidligere nevnt vitenskapelige idealer, og herunder kan det spesielt trekkes frem at tverrfaglig samhandling mellom rettsdogmatikeren og en psykologiforsker eller samfunnsviter vil være vanskelig når argumenttilfanget er utelukkende styrt av hvordan den praktisk orienterte juriststand argumenterer.

Videre vil den som arbeider med rettsdogmatikk i vid forstand vil gjerne bygge dette på en erkjennelse om at retten ikke er empirisk gitt, og den forskeren som analyserer rettsreglene vil fortolke positiverte kilder i lys av subjektive forutsetninger. Denne subjektive fortolkningsprosessen bør, for å ivareta krav til forskning ivareta de vitenskapelige idealene, være bundet av de fortolkningsnormer som det juridiske kommunikative fellesskapet kan akseptere. Den vide rettsdogmatikken legger mer til rette for evaluering av retten innenfor rammene av, eller på grunnlag av disse normene snarere enn normative korrektiver til retten som finnes i til dels rettskildedefaktoren reelle hensyn.

Henriette Aasens avhandling *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, er et godt eksempel på en avhandling som tar spørsmålet om en videre forståelse av rettsdogmatikk i betraktning. Hun bygger i stor grad på perspektiver fra David Doublet og Jan Fridtjof Bernt når hun tar til orde for at «gjeldende rett» ikke er en empirisk observerbar størrelse, men et resultat av subjektive vurderinger avstemt med intersubjektive oppfatninger av rettens innhold. Implikasjonene av Aasens metodesyn gjør at en fremstilling av gjeldende rett blir en fremstilling av hvordan rettskilder «bør» tolkes, fremfor hvordan de funksjonelt sett tolkes i rettslivet. Med dette brytes dikotomien mellom argumentasjon *de lege lata* og argumentasjon *de lege feranda* opp. Normene som binder prosessen med å finne gjeldende rett, vil i denne konteksten settes av ulike krav ut fra de ulike arenaene argumentasjonen foregår på. Her blir spørsmålet om sprengningen av grensene til den rettsrealistiske metode, også har sprengt grensene for den rettsdogmatiske metodeforståelse.⁵⁵ Videre problematiserer dette hvorvidt det lengre finnes en egen rettspolitisk arena utenfor rettsdogmatikkens grenser.

⁵⁴ Kinander: «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen» (2000) s. 118.

⁵⁵ Spørsmålet er sentralt i Eriksen: «Om rettspolitikk» (2012).

I brytningen med det positivistiske skillet mellom *de lege lata* og *de lege ferenda* smelter spørsmålet om rettsdogmatikkens innhold og forventingene til hva man skal oppnå med vitenskapen sammen på dette punktet. Dersom en vid forståelse av rettsdogmatikken er svaret, må man altså se på *både* spørsmålet om «gjeldende rett» er en normativ størrelse eller ikke og spørsmålet om vitenskapeligheten til et arbeid. Et rettsvitenskapelig arbeids *vitenskapelighet* har jeg valgt å dele opp i to spørsmål i lys av Gravers sjangerteoretiske undersøkelse av rettsdogmatikken.⁵⁶ Det første spørsmålet er knyttet til generelle vitenskapelige formål. Det andre er et spørsmål om den konkrete tekstens kommunikative formål.

I en mer overordne rettsvitenskapelig sammenheng handler den rettsdogmatiske prosess i vid forstand om det todelte formålet om å utvide kunnskapshorizonten innen et fagfelt eller rettsområde samtidig som man fremlegger en forståelse av gjeldende rett med formålet om å få gjennomslag for denne forståelsen i det rettsvitenskapelige fagfellesskapet. På dette feltet vil en avhandling som forsøker å vinne aksept hos den rettsanvendende delen av det juridiske kommunikative fellesskapet – med andre ord domstoler, forvaltningsjurister, *et cetera* – ha større nytte av å anvende en snever rettsdogmatisk metode. En tekst som i større grad vil fremsette en forståelse som vil vinne frem til helheten i det juridiske kommunikative fellesskap samt andre disipliner i academia, vi dra nytte av et bredere rettsdogmatisk metodebegrep. Når man har beveget seg fra en snever forståelse av rettsdogmatikk til en vid forståelse, vil dette være basert på erkjennelse av de forventingene som stilles til rettsvitenskapen som egen arena for juridisk argumentasjon og diskurs. Forskeren som vil manøvrere dette, må spørre seg hva formidlingsmålet til teksten er. Er ønsket å bidra med innsikt og forståelse til den praktiske anvendelse av bestemte rettsregler på et bestemt område? I så fall kan den snevre rettsdogmatikken være en fornuftig kanal for arbeidet.

Når det kommer til en avhandlings kommunikative formål er det her på et generelt plan kunnskapsformidling som er hovedformålet til et vitenskapelig arbeid.⁵⁷ Videre er analyse av rettsområdet et viktig formål. Rettsdogmatikeren på kunne posisjonere arbeidet sitt opp mot andre vitenskapelige, utviklingsmessige forhold som er relevante på området en arbeider med.⁵⁸ Dette gjør at rettsdogmatikken må systematisere sitt kunnskapsbidrag på et felt i det større spekteret av viten. Dette skiller rettsdogmatisk arbeid vesentlig fra den oppgaven en rettsanvender har i det praktiske rettsliv. Forskeren blir gjennom denne forventningen ansvarlig for videreutviklingen av forståelseshorizonten for «gjeldende rett». Et slikt ansvar innebærer med andre ord å åpne nye dører til ny viten og lukke gamle dører som ikke leder oss videre i den vitenskapelige sannhetssøken. Disse punktene om vitenskapens formål kan bli vanskelig å diskutere og utvikle dersom en snever forståelse av rettsdogmatikk ligger til grunn for rettsforskerens arbeid. Når Winge, Torgersen eller Backer skriver at disse spørsmålene ikke egner seg å diskutere i en rettsdogmatisk avhandling, er det ikke nødvendigvis fordi de er uenig med det vitenskapelige ansvaret som ligger bak analysene deres. Spørsmålet er i større grad om man kan kreve en mer åpen spørsmålsstilling til de vitenskapsteoretiske trekkene til en rettsdogmatisk avhandling, som Graver synes å ønske.

⁵⁶ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 157.

⁵⁷ Zahle: «Hvad skal jeg gøre i denne sag?» (2003) s. 81.

⁵⁸ Zahle: «Hvad skal jeg gøre i denne sag?» (2003) s. 81.

Et annet formålsbasert skille mellom vid og snever rettsdogmatikk kan gjøres på bakgrunn av hvilken forskning som man rent faktisk har foran seg. Er det snakk om rettsvitenskapelig grunnforskning eller rettsvitenskapelig anvendt forskning? Man kan skille mellom disse to ut fra OECDs defisjon i Frascati-manualen:

«*Grunnforskning* er eksperimentell eller teoretisk virksomhet som primært utføres for å skaffe til veie ny kunnskap om det underliggende grunnlag for fenomener og observerbare fakta, uten sikte på spesiell anvendelse eller bruk. *Anvendt forskning* er også virksomhet av original karakter som utføres for å skaffe til veie ny kunnskap. Anvendt forskning er imidlertid primært rettet mot bestemte praktiske mål eller anvendelser».⁵⁹

Her er det særlig grunnforskningen som vil stikke seg frem som et område hvor en vid rettsdogmatikk får plass. I grunnforskningen er det behov for nytenkning og en dypere undersøkelse av både metodiske, verdimessige premisser for både rettslig diskurs, men også mer overordnet vitenskapsteoretisk diskurs.

En kan si at med en vid forståelse av rettsdogmatikken er det ikke nødvendigvis de objektiverete rettskildene som er gjenstand for undersøkelse. Snarere er det den juridiske *diskursen* der disse inntrer som verdimessig fundament, som er objektet for forskningen. Kunnskap om den rettslige diskursen og utviklingen av denne, former premissene for hvordan vi anskuer rettslige fenomener og vil derfor være avgjørende å kunne ta stilling til i enhver juridisk avhandling. Sæther Mæhle trekker frem tre forventninger til rettsdogmatisk argumentasjon som skiller denne fra alminnelig rettsanvendelse i domstolene og som knytter rettsdogmatikken til det diskursive planet. Den første forventningen er «diskursiv innsikt» Med dette menes innsikt i de argumentative spenningsfeltene som oppstår når rettsstatlige grunnverdier møter det praktiske rettsliv. Et klassisk eksempel er vektingen mellom rettssikkerhet og effektivitet som oppstår i forvaltningsretten. Det forventes at en rettsforsker i større grad enn en jurist i det praktiske rettsliv bidrar til å fremme innsikten i denne diskursen. De skjer gjennom avdekning av de rettsstatlige verdipremissene i argumentasjonen samtidig som disse settes i et system der spenningsfeltene mellom disse tydeliggjøres og undersøkes.

Den neste forventningen Sæther Mæhle presenterer er «diskursivt ansvar». I begrepet ligger det ansvarliggjøring av at den som presenterer en rettslig sannhetspåstand. Det er et skille mellom den som argumenterer for en konkret rettslig løsning på en tvist i en domstol og den som argumenter for samme løsning på et mer overordnet plan i rettsdogmatikken. Med forutsetningen om at rettslige standpunkt kan være like legitime i et intervall som styres av verdipremissene, er rettsdogmatikeren mer ansvarlig for å tydeliggjøre verdiprioriteringer, veivalg og alternativer til egne resonnement enn det som kan forventes av en domsbegrunnelse.

⁵⁹ OECDs *Frascati Manual* (2004). Gjengitt i Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008).

Den tredje forventningen er «diskursiv årvåkenhet». Diskursiv årvåkenhet innebærer en forventning om at rettsforskeren skal, gjennom å avdekke verdivalg og verdipremisser som argumentasjon om rettens innhold hviler på, bidra til utviklingen av nye forståelser av nettopp disse verdipremissene. Ettersom innholdet i for eksempel rettsikkerhetsbegrepet er gjenstand for flere ulike forståelser, må rettsdogmatikeren kunne legge til rette for nye måter å forstå disse på. Dette sammenfaller på sett og vis med «originalitetsforventningen» som presenteres i OECD-utdraget over, samt «nyhetskravet» som Graver tilskriver forskningsarbeider.⁶⁰ Originalitetsforventningen handler om at et vitenskapelig arbeid må tilføre fagfeltet noe nytt. Dette kan være et nytt perspektiv på rådende oppfatninger eller et nytt problem som har oppstått gjennom samfunnsmessig utvikling. Dette er en av de viktigste skillene mellom rettsdogmatisk arbeid og konkret rettsanvendelse og som problematiserer snevre forståelser av rettsdogmatikk

Oppsummert vil vi kunne si at tilleggsforventningene man stiller til et vitenskapelig arbeid gir en metodisk dimensjon som den tradisjonelle juridisk metode ikke tar høyde for. Selv om argumentasjonen og kildebruken følger de samme linjene er det perspektivene som utvider horisonten til det vitenskapelige arbeidet. Denne type perspektiver er det ikke nødvendigvis rom for i den konkrete rettsanvendelse. Disse perspektivene rokker også ved tradisjonelle forestillinger om *de lege lata* og *de lege ferenda* som bygger på en rettsforståelse som kan sies å være utdatert i en vitenskapelig sammenheng. De normative elementene i rettskildebildet undersøkes ulikt ut fra hvilke forventninger forskeren stiller til seg selv og sin egen tekst. Dette er hovedgrunnen til at man kan foreta et skille mellom rettsdogmatikk i vid og snever forstand. I oppgavens kontekst er det spesielt viktig å fremheve betydningen av det diskursive rommet hvor evaluering av retten som helhet, og positiverte rettskilder som del av denne, skjer. I en tekst som forsøker å fremstille analyser av gjeldende rett i en mer deskriptiv forstand vil ofte bli nødt til å skille ut analyser om hvorvidt objektiverte rettskilder tilfredsstillende verdiene rettsstaten hviler på. En tekst som har en vid forståelse av rettsdogmatikk, vil i større grad bygges opp rundt diskursen om disse verdiene og vil i sin tur ha et fokuspunkt på diskursen disse inngår i. Dette gjør at det vil være mindre naturlig å skille mellom rettspolitikk og rettsdogmatikk i en tradisjonell forstand. I det neste punktet skal jeg se på elementene i rettsdogmatikken der evaluering og verdiargumentasjon kommer tydeligst til uttrykk. Analysen av de rettsdogmatiske evalueringselementene er et godt grunnlag for å kunne besvare spørsmålet om det finnes et behov for en egen særdisiplin som fungerer som et systemeksternt korrektiv til retten, nemlig rettspolitikk.

2.4. Evaluering som del av rettsdogmatisk metode

2.4.1. Noen prinsipielle utgangspunkt og idealer for juridisk metode

Den såkalte «nøytralitetstesens» har vært et rådende rettsteoretisk ideal over store deler av 1900-tallet.⁶¹ Tesen går ut på at retten eksisterer som en objektiv størrelse som ikke skal *vrderes*.

⁶⁰ Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) s. 161.

⁶¹ Dette er tett sammenknyttet med rettspositivistiske teorier, men vil også kunne gjelde logisk-positivistiske rettsrealistiske teorier som Ross'. Mer om dette se: Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 203- 209 og 348.

Retten skal analyseres verdinøytralt og konklusjoner om gjeldende rett skal kunne verifiseres eller falsifiseres ut fra disse analysene. Med andre ord: Rettsvitenskapelig legitim argumentasjon innebærer ikke evaluering av retten, kun beskrivelser av innholdet i denne. Et slikt ideal for rettsvitenskapen har et prinsipielt politisk-ideologisk utgangspunkt: Rettsanvendelse er maktutøvelse. Det er ønskelig for en demokratisk rettstat at regelverket gjelder på en slik måte at det er begrenset hvilke subjektive utslag det kan få i fortolkningsprosessen hos den enkelte rettsanvender. I en slik teori er forskning på retten bundet av den samme idealet som dommeren og andre rettsanvendere. Nemlig at legitime rettskilder og riktige rettslige standpunkt er «objektive» og verifiserbare. Mot årtusenskiftet har man imidlertid sett at nøytralitetstesen verken gir en god beskrivelse av hvordan rettsanvendelse faktisk foregår, heller ikke et tilstrekkelig godt ideal for å fremme materiell rettferdighet i samfunnet.⁶² En formalistisk domstol som ikke vurderer de særegne forholdene i saken foran dem, kan fort komme i utakt med rettferdighetsfølelsen til borgerne, noe som igjen kan føre til mistro til rettslige institusjoner og at rettsstaten undergraves. En annen innvending mot det politisk-ideologiske utgangspunktet til positivistiske teorier om retten, er at regelproduksjonen i samfunnet nødvendigvis ikke skjer utelukkende i folkeforsamlingen, snarere ser man i en moderne velferdsstat som Norge at det er andre politiske institusjoner som utøver makt, og dermed blir lojalitet til lovgiver et mye mer komplekst prinsipp å forholde seg til.⁶³

På grunnlag av disse innvendingene, da mest forventningen om at rettstaten fremmer materiell rettferdighet i alle instanser, er man at det både i rettsvitenskapen og i domstolene har vært åpnet for et visst rom for evaluering i rettsanvendelsesprosessen og i rettsdogmatikken. I det følgende skal jeg ta for meg noen ulike punkter der forskerens egen evaluering av rettskildematerialet blir en del av den rettsdogmatiske prosessen. Formålet med dette er å problematisere at grensen mellom argumentasjon *de lege lata* og *de lege ferenda* er mer flytende enn det kanskje gis uttrykk for i mange rettsvitenskapelige fremstillinger. Dette vil igjen få betydning for hvordan idéen om en selvstendig rettsvitenskapelig gren kalt rettspolitikk fungerer som den primære arenaen for evaluering av retten. Dette skal jeg gjøre ved å fremme noen utvalgte poeng vedrørende evaluering i rettsdogmatikken, både for å kunne illustrere *hvorfor* begrunnelser for rettspolitisk argumentasjon er vanskelig og *hvordan* verdi- og konsekvensdiskurs former rettslige resonnementer i spenningsfeltet mellom normativ og deskriptiv juss.

2.4.2. Evaluering av resultatet – reelle hensyn

2.4.2.1. Verdipremisser og konsekvensbetraktninger

Reelle hensyn er trolig den mest utbredte formen for rettslig evaluering som en finner innenfor den skandinaviske rettsrealistiske rettsdogmatikken. Poengtert på denne måten mener jeg at selve *termen* ‘reelle hensyn’ er spesielt tilknyttet rettsrealistisk metode gjennom Eckhoffs

⁶² Doublet: *Rettsvitenskap og fornuft* (1995) s. 348-349.

⁶³ Se f.eks.: Bernt: «Rettstat eller forskriftsstat?» (2016) og Nguyen-Duy: «Stortinget i passasjeretset – er det noe igjen av parlamentets lovgivende myndighet?» (2016).

domstolsbeskrivende rettskildelære. På den andre siden er det argumentative *fenomenet* «reelle hensyn» ikke unikt for rettsrealistisk metode, men antakelig like gammelt som jussen selv. Før dannelsen av lovverk måtte dommere, «eldste» og høvdinger avgjøre juridiske tvister på bakgrunn av de konkrete sakers natur med henvisning til generelle rettferdighetsoppfatninger i samfunnet.⁶⁴

I juridisk litteratur finner vi flere ulike forsøk på å formulere hva som er innholdet i sekkebetegnelsen *reelle hensyn*. De fleste vil vise til reelle hensyn som en henvisning til argumentasjon forankret i verdier eller verdipremisser. Eksempelvis omtaler Lødrup reelle hensyn som «verdibaserte synspunkter,»⁶⁵ Monsen kaller det «godhetsvurderinger»⁶⁶ og Bernt henviser til Eckhoffs formulering: «vurderinger av en mulig rettsregels godhet»^{67/68}. Ifølge andre vil reelle hensyn heller være uttrykk for rettsanvenderens «egne vurderinger,» altså rent subjektive vurderinger.⁶⁹ Disse korte definisjonene viser imidlertid kun til én måte å se reelle hensyn på, nemlig som uttrykk for verdiargumentasjon. I andre tilfeller kan reelle hensyn også opptre som konsekvensvurderinger av de mulige rettslige standpunktene som rettskildebildet gir knyttet til et bestemt rettsspørsmål. I tillegg viser det historiske eksempelet over at også kasusvurderinger eller såkalte «sakens natur»-argumenter kan regnes som reelle hensyn. På denne måten kan det skilles mellom tre ulike former for reelle hensyn. En slik tredeling har Sverre Blandhol tatt til orde for og baserer seg på at reelle hensyn må forstås som en argumentasjonsform.⁷⁰

Problemet med en slik tredeling av argumenter som passer inn i reelle hensyn-kategorien er, som med all annen distinksjon, at den ikke åpner for nyanser. Ofte vil et argument både bygge på konsekvensvurderinger og verdipremisser samtidig. Det kan være bedre å beskrive argumentasjonen som foregår når reelle hensyn brukes som et spenningsfelt mellom verdipåstander og konsekvenspåstander.⁷¹ Dette er noe tredelingen til Blandhol ikke åpner for. Dersom man diskuterer reelle hensyn med forutsetningen om at det ikke er noen klar distinksjon mellom hensyn med verdibasert og konsekvensbasert forankring, kan det være lettere å gripe fast i hvordan evaluering faktisk foregår i argumentasjonsrommet til reelle hensyn. Et godt eksempel her er sammensetningen av «føre-var-prinsippet» i miljøretten. Hensynene bak prinsippet er i hovedsak konsekvensorientert, mens konsekvensene spiller på hva som kan anses for å være «godt i seg selv» nemlig verdien av en ren natur og hensyn til fremtidige generasjoner.

⁶⁴ For eksempler på konfliktløsning på tinget i tidlig middelalder se t.d. Sunde: *Speculum legale* (2005) s. 90. Et annet eksempel på slike kasusvurderinger er Athenes argumentasjon i domsavsigelsen i Aiskhylos' skuespill *Orestien*. Se gjerne Hester: «The Casting Vote» (1981) s. 265.

⁶⁵ Lødrup: *Lærebok i erstatningsrett* (2005) s. 50.

⁶⁶ Monsen: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (2012) s. 47.

⁶⁷ Bernt: «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» (2004) s. 66.

⁶⁸ Ekskurs: Etymologisk sett er det holdpunkter for at ordet *god* har utspring fra proto-germanske *gadia* «det som passer, det som forener». Den etymologiske betydningen av *godt* er interessant iht. det vi skal se senere om at en sentral målestokk for resultatets *godhet*, nettopp er det som det juridiske kommunikative fellesskap kan forenes om. Se «god» i Bjorvand/Lindeman: *Våre arveord* (2000) s. 309-310.

⁶⁹ Se f.eks. Boe: *Innføring i juss* (2010) s. 350 og Andenæs: *Rettskildelære* (2009) s. 55.

⁷⁰ Blandhol: *De beste grunner* (2013) s. 36-37

⁷¹ Sæther Mæhle/Aarli: *Fra lov til rett*, (2018) s. 273.

Det finnes andre forsøk på inndeling av reelle hensyn i kategorier.⁷² Hovedpoenget her er ikke å trekke frem alle disse, men heller å undersøke grunnlaget for en rettkildefaktor som befinner seg i grenseland mellom den deskriptive og normative juss der rettspolitikk og rettsdogmatikk smelter sammen.⁷³ Hvordan forankrer en verddivurderinger, hva baseres konsekvensanalyser på, og på hvilken måte skiller denne formen for evaluering seg fra rettspolitisk argumentasjon?

2.4.2.2. Verdiargumentasjonens forankring

Jeg starter med å ta for oss problematikken rundt verddivurderingers opphav – et spørsmål med klart tilsnitt til rettspolitikken verdidiskurs. Reelle hensyn kan beskrives som et vindu mellom den positiverte rettskilder og samfunnet slik det befinner seg i tiden. Med dette mener jeg at øvrige rettskilder oppstår til en bestemt tid og med en varierende grad av dynamiske egenskaper. Reelle hensyn på sin side henvender seg direkte til samtiden og de rådende verdiene på det tidspunktet rettsanvendelsen eller den rettsdogmatiske argumentasjonen, finner sted. Hvordan oppstår så disse verdiene? Spørsmålet om verdiers opphav har vært en sentral del av metaetikken siden antikken. Når Sokrates spør Euthyfron i Platons dialog med samme navn, får han servert en tese om at moralens opphav er gudene.⁷⁴ Resonnementet bygger på at mennesker er feilbarlige og lover om rett og galt kan ikke stamme fra feilbarlige vesener, dermed må rett og galt bestemmes av de mest fullkomne av vesener – gudene. Sokrates overviner Euthyfron ved å spørre han om en handling er god fordi gudene befaler det, eller om gudene befaler en handling fordi den er god. Sokrates' spørsmål til Euthyfron illustrerer et av de mest sentrale problemene i metaetikken: Er moral relativt eller en fastlagt egenskap ved ting i verden? Spørsmålet er interessant i den forstand at det poengterer et vesentlig problem ved normativ argumentasjon i rettsvitenskapen. Hvordan forankrer man verdiargumentasjon og vurderinger? Uavhengig om det i et gitt tilfelle det er lovgiver, domstol eller det juridiske kommunikative fellesskap som avdekker og formulerer verdiene, så er verdiene nødt til å stemme overens med en verdimålestokk. Siden Euthyfrons guder har lite befatning med verdiproduksjon i norsk rettskultur må verdiene stamme fra et annet sted. Her er det vanlig for rettsforskere å benytte seg av rettsstatlige idealer som forankring. At verdiene kan forankres det samme grunnlaget som rettskilder ellers kan synes å være helt nødvendig her for å bevare rettsdogmatikken som en form for «bundet diskurs». Altså det må finnes *grenser* for hva som er ansett for relevante hensyn i en rettsdogmatisk kontekst.

Hva som er en «bundet» og hva som er en «fri» diskurs, er et viktig tema for Doublets hermeneutiske og systemteoretiske tilnærming rettsvitenskapen.⁷⁵ Et sentralt poeng i avhandlingen er at et skarpt skille mellom rettsdogmatikk sombundet diskurs og allmennpolitikk som fri diskurs forutsetter et *substansielt* rettsbegrep. Dersom retten forstås substansielt innebærer dette at retten som system inneholder alle forutsetningene for å være fullstendig i seg selv. Retten blir med andre ord en slags *perpetuum mobile* (evighetsmaskin) som ikke trenger energitilførsel fra noe utenfor systemet – annet enn lovgiver – for å kunne fungere tilfredsstillende. En streng

⁷² Kinander skiller f.eks. mellom reelle hensyn som beskrivelse av et element i domstolers argumentasjon og reelle hensyn som selvstendig juridisk argument. Se Kinander: «Trenger vi egentlig reelle hensyn» (2002).

⁷³ Tvarnø/Nielsen: *Retskilder og retsteorier* (2017) s. 193.

⁷⁴ Platon: «Euthyfron» (1999) s. 167-168.

⁷⁵ Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995).

positivistisk teori vil gjerne baseres på et substansielt begrep om retten. Når jeg bruker begrepene «bundet» eller «fri diskurs» i det følgende er det med den forutsetning at det er ønskelig å binde den rettslige diskursen i et legitimitets- og demokratiperspektiv, men ikke nødvendigvis at det er mulig. Det er ingen selvfølge at det skal være slik som jeg forutsetter, men det faller utenfor oppgavens rammer å gå nærmere inn på det her.

Grensene for den rettslige diskursen blir lagt blant annet av grensene for reelle hensyn. Disse er vanskelig å fastlegge. En mulig følge av rettsvitenskapens behov for å kunne bedrive evaluering av retten, samtidig som man må bevare karakteren til rettsdogmatisk diskurs som en bundet diskurs, er at juridiske forskere legger systeminterne verdigrunnlag til grunn. Med dette menes at argumenttilfanget i reelle hensyn som kan vinne frem i en fagjuridisk diskurs har en tendens til å forankres i øvrige positiverte rettskilder. Et eksempel her er skadefølgeprinsippet innen strafferetten. Dette hensynet vil *i seg selv* ha ganske stor overbevisningskraft i et juridisk resonnement ettersom det hviler på grunnleggende liberale tanker om en restriktiv maktutøvelse fra statens side, noe som igjen kan forankres i idéen om en rettstat. Derfor er prinsippet lagt til grunn for flere av straffebestemmelsene som kan ses i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009).⁷⁶ Argumentasjon med bruk av reelle hensyn vil dermed ofte finnes i et samspill med øvrige rettskilder i den norske rettskildelærens hierarki, ikke som et isolert rettsgrunnlag – selv om dette kan forekomme.⁷⁷

Selv om mange hensyn reelt sett er nedfelt i andre positiverte rettskilder synes det likevel ikke å finnes noe umiddelbart kvalitativt skille mellom hva som er tillatte hensyn og ikke, noe som kan skape problemer for forestillingen om rettsdogmatikken som en bundet diskurs. Ved å skille ut reelle hensyn fra dette samspillet med de øvrige rettskildene og la dem stå som en isolert gruppe med argumenter kan man se at karakteriseringen av denne rettskildedefaktoren strander i et vanskelig dilemma: Enten må man i) akseptere at den rettslige verdiskursen er fri og ubundet, som igjen gjør at den rettsvitenskapelige diskursen som helhet blir fri og ubundet, og dermed ikke ulik allmennpolitisk diskurs, eller ii) bevare rettslig diskurs som bundet, men bare gjennom at reelle hensyn avgrenses til resultatvurderinger med utgangspunkt i positiverte rettskilder.⁷⁸ Dette samme problemet knytter seg mer eller mindre direkte til rettspolitikkenes hovedutfordring: Nemlig hvordan rettspolitikk kan være kritisk evaluerende og verdimeslig nyskapende, samtidig som den er fagjuridisk forankret og systemlojal overfor rettsstaten. Dilemmaet kan fremstå som et valg mellom to onder, alternativ (i) er åpenbart at en må forkaste ettersom en forutberegnelig og etterprøvbar rettsanvendelse og rettsvitenskapelig diskurs er en mulighetsbetingelse for en fungerende rettsstat. Alternativ (ii) fremstår som en løsning som vil skjule det faktum at verdipremisser faktisk innvirker på valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen. Dilemmaet er ikke uløselig og kan fremstå som en falsk dikotomi, men illustrerer viktigheten av uttalte legitimitetsforankringer som sikringsmekanisme for en «bundet» juridisk diskurs. Rettsanvendelsesprosessen og rettsdogmatikken har som nevnt et felles formål: Å sikre legitimitet i bruken av maktapparatet rettstaten er bygget på.

⁷⁶ Et søk på lovdata viser at prinsippet trekkes frem rundt 10 ganger i proposisjonen.

⁷⁷ Om reelle hensyn som primært rettsgrunnlag se f.eks. Nygaards omtale av Rt. 1940 s. 519 (kasseregisterdommen) i Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 105.

⁷⁸ For denne dikotomien se også Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 233-234.

Det rettspositivistiske idealet for rettsanvendelsen bygger på at det kun er rettskilder som stammer fra lovgiver som innehar tilstrekkelig demokratisk legitimitet. For å løse opp i floken til løsning (ii) over, må en se om det er slik at demokratisk legitimitet er den eneste rettferdiggjørelsen av rettsanvendelsen. Her vil det være rom for å se på andre grunnlag som kan rettferdiggjøre en juridisk argumentasjon, som for eksempel alminnelig logikk, rasjonalitet, empiriske funn om konsekvenser eller henvisning til prinsipper som ligger til grunn for rettsstaten som menneskeverd *et cetera*.⁷⁹ Det blir med andre ord flere legitimeringsgrunnlag enn bare demokratisk legitimitet som binder verdiargumentasjon som stammer fra reelle hensyn.

For Bernt må det som binder diskurs rundt reelle hensyn være alminnelig forståelse av hva som er «innenfor den metodisk korrekte argumentasjon».⁸⁰ Dette synes å spille på Ronald Dworkins avvisning av H.L.A. Hart i debatten om dommerskjønn.⁸¹ Debatten gikk i hovedsak ut på hva som egentlig foregikk når en dommer utviste såkalt «judicial discretion» (dommerskjønn). Hart mente at – det vi vil karakterisere som reelle hensyn – gir uttrykk for individuelle preferanser dommeren tillegger vekt i gråsoner der den positive rett står uavklart.⁸² Problemet med denne tilnærming er for Dworkin at dersom argumentasjonen blir sett på som subjektiv på nivået befinner den seg utenfor det som er mulig å diskutere innenfor en rasjonell, faglig juridisk kontekst. Slik jeg leser Dworkin er det altså det juridisk kommunikative felleskapet som skal viderebehandle de rettslige, argumentative og verdimeslige premissene i den etterfølgende diskursen når dommen er avsagt.⁸³ Dersom reelle hensyn anses som et fenomen uten forankring i eller åpning til en rasjonell faglig diskurs kan det ikke anses som en seriøs del av det juridiske faget. Dette leder tilbake til formuleringen «metodisk korrekt argumentasjon» hos Bernt. For ham synes denne målestokken å formes gjennom dette juridiske kommunikative felleskap sin aksept. I rommet innenfor den metodisk korrekte argumentasjon ligger, ifølge Bernt, tre lag av verdier som vil kunne brukes i en rettsdogmatisk argumentasjon.⁸⁴ Det øverste laget består av «positiverte verdier». I dette laget ligger hensyn som har blitt gjort til en «uttalt del av rettssystemet gjennom lovgivningen [...] eller som er den allment aksepterte bærende begrunnelse bak ulovfestede rettsregler». Et eksempel på dette vil være det nevnte skadefølgeprinsippet fra strafferetten. Videre ligger «generelle rettslige verdier» som han forstår som «verdier som har vunnet innpass som aksepterte rettslige argumenter på bredere basis», dette kan eksemplifiseres med misbruksfarehensynet som blir trukket frem på beviservervsfeltet (jeg undersøker hensynet i neste punkt). Til slutt foreslår Bernt «bredere samfunnsmessige verdier» som «verdier som har allmenn eller bred oppslutning i samfunnet, men som ikke har noen direkte eller indirekte forankring i lovverket». Denne størrelsen kan være vanskeligere å avgrense, men et eksempel kan være de til bestemte perioders aktuelle verdier som solidaritet med bestemte folkegrupper i krig. De to første verdimeslige lagene kan

⁷⁹ Se om rettsstatlige idealer i Sæther Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) s. 335.

⁸⁰ Bernt: «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter» (1995) s. 29.

⁸¹ Dworkin: *Taking rights seriously* (1978) s. 31–39.

⁸² Hart: *The Concept of Law* (1994) s. 272-276.

⁸³ Spesielt sett i lys av hans begrep om «law as a chain novel», Dworkin: *Law's Empire* (1986) s. 228-232.

⁸⁴ Bernt: «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter» (1995) s. 29.

synes å samsvare med Kaarlo Tuoris fremstilling av rettskulturens nivåer.⁸⁵ De rettskulturelle nivåene deles inn i en vertikal struktur der overflatenivået består av positiverte rettskilder, mellomnivået består av rettskultur, mens rettens dypstruktur ligger i bunn, der grunnleggende rettslige idéer og rettshistoriske epoker befinner seg. I følge Tuori kan de to underliggende nivåer fungere som grunnlag for blant annet *immanent kritikk*⁸⁶ – det vil si kritikk av et system med forankring i systemets egne premisser.⁸⁷ Tuoris rettskulturelt forankrede immanente kritikk – eller *kritiske rettspositivisme* – kan være et utgangspunkt for å trekke en slags grense mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk der man unngår «den positivistiske fellen» som Bernt skriver om.

Gjennom en forankring som skissert over vil argumentasjon av reelle hensyn henvende seg direkte til jurister som gjennom sin kjennskap til rettstatens verdipremisser og den juridiske faglige diskurs vil være i stand til å diskutere slutningen eller standpunktets godhet eller «korrekthet». På denne måten tenger ikke verdidiskurs under merkelappen reelle hensyn nødvendigvis å sprengre grensene mellom hva som er juridisk-faglig forsvarlig argumentasjon eller allmennpolitisk debatt, det samme gjelder for rettspolitikken. I bunn og grunn er evalueringen av mulige standpunkter forsøk på nettopp å sette et juridisk-faglig og kritiserbart rammeverk for hvilke verdipremisser som tillegges vekt ved en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett.

2.4.2.3. Å måle konsekvenser

Virkeligheten er uforutsigbar, og jurister har ikke bedre tilgang til fremtiden enn andre. Hvordan kan da konsekvensargumenter gjennom reelle hensyn være forsvarlige? Konsekvensvurderinger har en instrumentell karakter.⁸⁸ Dette betyr at en mulig slutning eller et mulig standpunkt kan vurderes i lys av hvorvidt de som *middel* er egnet eller mindre egnet for å fremme bestemte mål. Disse målene må kunne forsvares som ønskelige eller ikke-ønskelige i lys av hvilken verdi de har i den rettslige konteksten. På denne måten blir konsekvensbetraktninger forankret i og del av den samme rettslige verdidiskursen som argumenter om hva som er iboende godt. Dette speiler det tidligere nevnte poenget om at reelle hensyn skjer i et samspill mellom verdier og konsekvenser. Likevel er det mulig å isolere hva som er selve konsekvensbetraktningen i et argument. Ta for eksempel Torgersens drøftelse av hensynet til misbruksfare i forbindelse med kommunikasjonskontroll som etterforskningsmetode.⁸⁹ Poenget som undersøkes i avhandlingen er om bevisforbud for overskuddsinformasjon kan begrunnes i hensynet til misbruksfare. Argumentet Torgersen fremhever er at faren for at politiet konstruerer situasjoner der overskuddsinformasjon tilfeldigvis har blitt funnet som følge av lovlig kommunikasjonskontroll, kan begrunne et bevisforbud for overskuddsinformasjon. Konsekvensene i hensynet fokuserer på målet eller snarere verdipremisset om at unødvendig bruk av inngripende etterforskningsmetoder ikke er

⁸⁵ Touri: *Critical Legal Positivism* (2002) s. 147 flg.

⁸⁶ Touri: «Towards a Multi-Layered View of Modern Law» (1997) s. 441.

⁸⁷ Eriksen: *Kritikk* (2016) s. 33.

⁸⁸ Blandhol: *De beste grunner* (2013) s. 40.

⁸⁹ Torgersen: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) s. 446-441.

ønskelig i en rettstat. Selve konsekvenspåstanden er at mangelen på et bevisforbud *fører til* at politiet kan konstruere situasjoner som gir lovlig grunnlag for det inngripende etterforskningsskrittet. For eksempel kan siktelsen overdrives ved begjæring om kommunikasjonskontroll for retten.⁹⁰ Problemet med denne typen argumentasjon er at den gjerne kommer som form av en antakelse, ikke en empirisk fundert konklusjon.⁹¹ Det er mulig å foreta en empirisk undersøkelse av politiets bruk av tvangsmidler og en slik analyse vil få vesentlig større overbevisningskraft enn antakelsen, selv om det skulle vise seg at antakelsen stemte. Inntil undersøkelsen er foretatt er «kan føre til»-påstanden gjenstand for diskusjon som beror utelukkende på overbevisningsevne – ikke på empirisk grunnlag.

Kunnskapsproblemet, som jeg vil kalle det, gjør at konsekvensvurderinger kan bli dobbelt diskutabile i et faglig resonnement. Ikke bare kan man diskutere hvorvidt «begrenset bruk inngripende etterforskningsmetoder er ønskelig», men også hvorvidt «rettsregel A *fører til* rettstilstand X, der X ikke er ønskelig i et verdiperspektiv». Det finnes også tilfeller der kausaliteten er så ubestemt at andre rettsvitere ikke bare vil kunne si at «rettsregel A *fører ikke* til rettstilstand X», men også at «rettsregel A *fører til* rettstilstand Y, der Y er ønskelig i et verdiperspektiv». Med andre ord: Rettsregelen vil ikke føre til en uønsket rettstilstand som først påstått, den vil derimot føre til en ønsket rettstilstand. Et eksempel som illustrerer dette bedre, kan finnes i Aasens doktoravhandling der hun diskuterer erstatningsregler for integritetskrenkelser ved medisinsk behandling.⁹² Utgangspunktet for drøftelsen er en uttalelse fra Ot.prp. nr. 31 (1998-1999),⁹³ der det står at «erstatningsregler [for ikke-økonomisk tap ved manglende informasjon eller samtykke] ikke er det rette virkemidlet til å bedre kommunikasjonen mellom behandler og pasient».⁹⁴ Begrunnelsen i forarbeidet er at et regelsett på området vil føre til utmålingsproblemer og grensedragningsproblemer ved andre ikke-økonomiske tap. Departementet legger med andre ord til grunn at rettsregelen (regel om erstatning for ikke-økonomisk tap ved manglende samtykke) ikke vil føre til den ønskede rettstilstanden (bedre kommunikasjon mellom pasient og behandler), fordi regelen ikke vil kunne praktiseres effektivt. Aasen på sin side argumenterer for at rettsregelen vil understreke betydningen av god kommunikasjon generelt og behandlerens ansvar for dette spesielt. Hun mener også at utmålingsproblemene departementet legger til grunn, ikke vil være mer kompliserte enn det er ved lignende ansvar som til dels skadeserstatningsloven § 3-5, første ledd.⁹⁵ Altså blir argumentasjonen som følger: Rettsregelen vil føre til den ønskede rettstilstanden, fordi regelen vil kunne praktiseres effektivt. I dette eksempelet har departementet og Aasen tilsynelatende det samme verdigrunnlaget (samtykke og informasjon ved medisinsk behandling er ønskelig) og tilsynelatende det samme erkjennelsesgrunnlaget (gjeldende erstatnings- og helserett), likevel er de uenig om rettsregels konsekvenser.

⁹⁰ Torgersen: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (2008) s. 437.

⁹¹ Merk at Torgersen ikke presenterer misbruksfare som sitt eget argument, men heller undersøkeren holdbarheten av hensynet som begrunnelse for bevisforbud. Problemet er altså hensynet ikke Torgersens bruk av dette.

⁹² Aasen: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (2000) s. 639.

⁹³ Om lov av 15. juni 2001 om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).

⁹⁴ Proposisjonen s. 72.

⁹⁵ Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

En slik uenighet om kausalitet kan som sagt unngås gjennom empiriske undersøkelser. Slike analyser av hvorvidt en gitt rettsregel er et egnet middel til å oppnå et eller flere verdimeslige mål, vil ifølge mange være blant rettspolitikkenes hovedanliggender.⁹⁶ Rettsdogmatikken på sin side er også tjent med å ha denne typen retts sosiologiske undersøkelser til grunn. På en annen side kan usikkerhet om konsekvenser være et argument for en streng positivistisk rettsdogmatisk metode med bakgrunn i tanken at det ikke er den rettsdogmatiske forskers oppgave å forske på rettens virkninger. En slik forståelse av rettsdogmatikkens oppgave, vil falle i den snevre kategorien over, og åpne for en særegen rettspolitisk disiplin klart adskilt fra rettsdogmatikken.

Spørsmålet om de empiriske undersøkelsene av rettstilstandens konsekvenser er et vanskelig problem for den norske rettsvitenskapen. Den juridiske metodelæren som læres bort ved universitetene er i stor grad basert på rekonstruksjon av domstolenes argumentasjon og kildebruk. En domstol vil ikke ha tid eller ressurser til å gjennomgå de faktiske konsekvensene av en konkret løsning eller lovanvendelse – noe som igjen gjør at tolkningsprinsipper som eksisterer i rettsdogmatikken kan få karakter av å velge bort de mer omfattende prøvelsene av konsekvenser til fordel for teleologiske tolkningsprinsipper. Med teleologisk tolkning menes at teksten tolkes ut fra dens egne formål. Knut Bergo fremhever at en ren teleologisk tolkning må baseres på en rekonstruksjon av «den større konteksten av hensyn og veie de mot hverandre».⁹⁷ Selv om dette også er vanskelig med de begrensningene en domstol er gitt blir rettsdogmatikken en naturlig kandidat for slike større undersøkelser av rettsspørsmål. Tegningen av denne større konteksten av hensyn ligger trygt forankret i det rettsstatlige idealet om et koherent normsystem som utgjør hva som er rett. Jeg skal i det følgende se på hvordan detten koherensen kan få utslag innen en annen form for evaluering innen rettsdogmatikken.

2.4.3. Evaluering av domsbegrunnelser – *Konstruert ratio decidendi*

2.4.3.1. Koherens mellom domstol og rettsvitenskap

I norsk rettskildelære er det innen prejudikatslære vanlig å operere med tre sentrale tolkningsmåter for å kunne trekke slutninger fra en prejudikatsdom. Disse er slutning fra dommens *anførte ratio decidendi*, slutning fra *konstruert ratio decidendi* og parallelltolkning.⁹⁸ En doms *anførte ratio decidendi* er den rettssetningen, eller regelanvendelsen som er uttalt avgjørende for konklusjonen som prejudikatdomstolen legger til grunn. *Konstruert ratio decidendi* stiller ikke spørsmål med hva domstolen selv legger til grunn som avgjørende for konklusjonen, men hvilke grunner dommens konklusjon *burde* hatt. Noen vil kalle dette å søke etter en doms «reelle beveggrunner»,⁹⁹ andre vil kalle det «rekonstruksjon og omdefinering».¹⁰⁰ Overgangen mellom anført og *konstruert ratio decidendi* er med andre ord en overgang fra et *er* til et *bør*. Argumentasjon om hvordan noe bør være rettferdiggjøres i uttalte og uuttalte

⁹⁶ Eriksen: «Om rettspolitikk» (2012) s. 140 og Ross: *Ret og retfærdighed* (1953) s. 418.

⁹⁷ Bergo: «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» (2019) s. 193.

⁹⁸ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 77-82.

⁹⁹ F.eks. Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital* (2002) s. 73.

¹⁰⁰ Om begrepet se Eng: «Rettskildelære og publikasjonspraksis» (2020) punkt 2.

grunnlag. Når rettsdogmatikeren konstruerer *ratio decidendi* vil denne på samme måte som ved reelle hensyn yte press mot grensene for rettsdogmatikk som bundet diskurs.

I forbindelse med fastleggingen en grunnlaget for å uttale seg om hvordan en domsbegrunnelse bør være vil koherens være et nøkkelord. Koherens i denne sammenheng forstås som en indre verdimesig og logisk sammenheng mellom fenomener i samme system. Når man benytter seg av *konstruert ratio decidendi* som slutningsmetode er det fordi man søker å sammenfatte en sammenhengende narrativ om retten i de tilfeller der dommens resultat samsvarer med narrativet, men begrunnelsen ikke gjør det. Tolkningsmåten kan derfor kun anvendes der resultatet for dommen samsvarer med rettens verdimesige og logiske sammenheng, men ikke begrunnelsen for dommen. Koherenstenkning som dette grunner i det rettsstatlige idealet som Bernt kaller «[ambisjonen] om en rasjonell og etisk forsvarlig samfunnsorden».¹⁰¹ Selve konstruksjonen av en *ratio decidendi* baserer seg ikke på en evaluering av om domsresultatet lever opp til denne rettstatlige ambisjonen, men om domsbegrunnelsen gjør det. Å kunne konstruere en legitim *ratio decidendi* krever derfor en inngående kjennskap til den rettstatlige verdidiskursen og rettskulturens dypstruktur.¹⁰² I neste rekke kreves kjennskap til rettslige argumentasjons og tolkningsnormer. Kjennskapet til disse fenomenene er det først og fremst rettsvitere som har tilgang til. På den måten blir det rettsvitenskapslitteraturens oppgave å konstruere *ratio decidendi*. Som Nygaard skriver handler konstruksjonen i bunn og grunn om at domstolene og rettsvitenskapen sammen danner et rettskulturelt handlemønster.¹⁰³ Kjente eksempler fra norsk rettshistorie der *konstruert ratio decidendi* finner sted er innføringen av objektivt ansvar i erstatningsretten¹⁰⁴ og innføringen av interesselæren i dynamisk tingsrett.¹⁰⁵

Innenfor EU- og EØS-retten er det sjeldent at EU-domstolen og EFTA-domstolen synliggjør mangfoldigheten av begrunnelsene for valgene og resultatene sine.¹⁰⁶ Dette fører til at tolkning av dommer fra EU- og EFTA-domstolen i stor grad vil medføre lignende prosesser som man i norsk teori opererer med når man konstruerer *ratio decidendi*. Likevel forutsetter en slik tolkningsoperasjon at det er mulig å skille mellom *obiter dicta* og *ratio decidendi* i en dom, noe som ikke nødvendigvis er like lett i EU- og EØS-retten ettersom domstolene er tilbakeholdne med uttalelsene sine.¹⁰⁷

Nygaard skriver også om at rettskildedeprinsipp kan bygges etter *konstruert ratio decidendi*. Argumentasjon som ikke sier noe bestemt om retten men hvordan *rettskildelæren* bør være kan kalles for argumentasjon *de modus ferenda* (hvordan metoden bør være). Her oppstår spørsmålet om det er selvstendig evaluering som foregår eller bare reproduksjon av

¹⁰¹ Bernt: «Hva vil vi med rettsvitenskap?» (2016) s. 78.

¹⁰² Jeg sikter her til Tuoris rettskulturelle struktur og begrep om rettens «dypstruktur» i Tuori: *Critical Legal Positivism* (2002) og Tuori: *Rättens nivåer och dimensjoner* (2013) s. 48-50.

¹⁰³ Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004), s. 84-85.

¹⁰⁴ Basert på slutninger fra Rt. 1875 s. 1875 (Lysaker-dommen) og Rt. 1905 s. 715. Om læren: Nygaard: *Skade og ansvar* (2007) s. 253 flg.

¹⁰⁵ Basert på slutninger fra de såkalte ku- og jernskrapdommene i Rt. 1910 s. 231 og Rt. 1912 s. 263 om «eiendommens overgang» konstruerte Sjur Brækhus i *Norsk tingsrett* (1964) en alternativ begrunnelse som formulerte interesselæren. Nærmere om interesselæren se Lilleholt: *Godtruerverv og kreditorvern* (1999) s. 192-193.

¹⁰⁶ Om hvorfor se Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital* (2002) s. 72.

¹⁰⁷ Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital* (2002), s. 73 og Fredriksen/Mathisen: «EU-rett som norsk rettskilde» (2019) s. 413 sml. Eng: *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law* (1993, s. 26 om tilbakeholdenhet ved bruk av *konstruert ratio decidendi* ut fra omfanget av begrunnelser i domstoler.

domstolenes argumentasjonsmønstre. Bergo har stilt spørsmål ved hvorvidt en *konstruerende ratio decidendi* ved utviklingen av rettskildeprinsipp utelukkende er juridisk teoribygging fra rettsvitenskapens side, og er en rettskildemessig praksis som forankres sirkulært i seg selv.¹⁰⁸ Jeg forutsetter videre at *konstruert ratio decidendi* er holdbar argumentasjon både vedrørende innholdet i hva som er gjeldende rett og hvilke rettskildeprinsipper som kan tillegges vekt, ettersom dette spiller på prinsipper om rettsfelleskapelig harmoni og koherens som har klar forankring i vitenskapelig metodisk og rettskildemessig kontekst.¹⁰⁹

Harmoni og koherens er ikke den eneste målestokken en kan bruke ved konstruksjon av *ratio decidendi*. Fleischer skriver blant annet at «[o]fte er situasjonen at såkalte ‘nye rettstanker’ som oppstår ut fra nye behov, til å begynne med ikke kommer klart til uttrykk i domspremissene ganske enkelt fordi det virker for «radikalt» å hevde tankegangen som en del av gjeldende rett».¹¹⁰ Hva slike «nye rettstanker» kan innebære fremstår som noe uklart. I eksemplene med utformingen av interesselæren og ulovfestet objektivt ansvar synes det ikke åpenbart at nye rettstanker har spilt inn. Det kan likevel tenkes at egne vurderingsmåter som kommer fra for eksempel EU-retten kan få en innvirkning på rekkevidden av et tidligere prejudikat, som en kan argumentere for er tilfellet med Isene-dommen (Rt. 1981 s. 745) som vi skal se nedenfor.

Et annet aspekt ved *konstruert ratio decidendi* er at det ikke alltid brukes som positiv prinsippfronting. Læren kan også brukes som en form for sensur der man omdefinerer domsavsigelser som inneholder en *anført ratio decidendi* som ses på som «uheldig» eller særlig egnet til å skape uklarhet. Dette siste skal vi se på vedrørende prejudikatsrekkevidden av Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) i neste punkt.

2.4.3.2. «Burde» vært begrunnet – på hvilken måte?

Som nevnt over vil den rettsdogmatiske konstruksjonen av *ratio decidendi* medføre en *bør*-vurdering. Jeg vil nå se på hva dette *bør*-et inneholder. En slik vurdering krever at rettsforskeren tar stilling til omfanget og rekkevidden av et prejudikat. I denne forbindelse vil jeg ta for meg to eksempler på bruk *konstruert ratio decidendi* i juridisk litteratur og vise hva *bør*-et inneholder.

Først trengs det å sies noe om hva «*bør*» er i en epistemologisk sammenheng. I det positivistiske vitenskapsparadigmet medfører bruk av «*bør*» logiske utfordringer. Kort sagt er det problematisk å utlede en moralsk dom om hvordan noe *bør* være dersom premissene for dommen er forankret i hvordan noe *er*. David Hume tok særlig grundig opp denne problemstillingen i *A Treatise on Human Nature*.¹¹¹ Et banalt eksempel: Huset er *er* blått, derfor

¹⁰⁸ Spesielt Bergo stiller seg kritisk til å tilskrive *konstruert ratio decidendi* noe annen vekt enn juridisk litteratur ellers, se Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* (2002) s. 715 flg.

¹⁰⁹ Se om juridisk metode Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 84 flg. Om rettsdogmatisk vitenskapelig metode Askeland: «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» (2013) s. 20-21.

¹¹⁰ Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* (1981) s. 38-39.

¹¹¹ Hume: *A Treatise on Human Nature* (1978) s. 455-470. For en rettsteori inspirert av dette synet se Kelsen: *A General Theory of Norms* (1991).

bør Sokrates male huset rødt. Hume kaller en slik slutning for «altogether inconceivable»¹¹² Denne problematikken er knyttet også til fallgruver i rettspolitisk arbeid, se nedenfor. I denne sammenheng må likevel *bør*-et ses i lys av den instrumentelle karakteren til *ratio decidendi*. Altså på en noe annen måte enn det Hume gjør. I bunn og grunn handler nemlig *ratio decidendi* om hvordan domstolen kommer seg fra A til B, der A er sakens faktagrunnlag og B er domsresultatet. Det ligger et mylder av kontekstuelle forutsetninger for hvorfor domstolen gjør dette. I dette mylderet av forutsetninger finnes ulike typer normer. Når en rettsforsker konstruerer *ratio decidendi*, er *bør*-et et spørsmål om hvordan disse normene og forventningene skal kunne optimaliseres. Spørsmålet man forsøker å besvare er med andre ord: Hvordan oppfylle flest mulig av krav og forventninger til en juridisk dom i den rettskildemessige og rettskulturelle konteksten den leses i.

Et eksempel på en bruk av *konstruert ratio decidendi* der *bør*-et bygges opp etter både koherensbetraktninger og «nye rettstanker» er lesninger av Isene-dommen (Rt. 1981 s. 745). Dommen har i sammenheng med andre dommer på forvaltningsrettens område blitt tolket som grunnlag for et generelt prinsipp om forholdsmessighet i forvaltningens saksbehandling.¹¹³ Den konstruerte tolkningen av Isene-dommen har blitt sementert i retten gjennom etterfølgende domstolspraksis blant annet i Gausi-dommen (Rt. 2000 s. 1056) og Skotta-dommen (Rt. 2000 s. 1066) og blitt et grunnprinsipp for forvaltningsretten.¹¹⁴ *Bør*-et i denne konstruksjonen ligger i at domsresultatet (forvaltningsvedtaket om forkjøpsrett var ugyldig) *burde* ha blitt begrunnet i et forholdsmessighetsprinsipp som Høyesterett systematisk har jobbet ut fra i andre saker (koherens) samt den EU-rettslige og danske eksistensen av dette rettferdighetsidealet (nye rettstanker). Hvilke «nye rettstanker» som gjør en i stand til å foreta en slik evaluering må med andre ord kunne forankres i kilder som kan anses legitime i en juridisk kontekst. Da Graver påsto at dette var den riktige måten å lese Isene-dommen på var det med henvisning til at «forholdsmessighet har god støtte i rettskildematerialet og at det dessuten er en god regel som burde få tilslutning i et 'ideelt auditorium'».¹¹⁵ Dette ideelle auditorium leser jeg som et juridisk kommunikativt fellesskap som målestokk for hva som kan vinne frem som korrekt rettslig argumentasjon.

I andre situasjoner kan *konstruert ratio decidendi* innebære en sensur av hva som kan synes som en uheldig eller uklar begrunnelse for et resultat. Altså vurderes domstolens begrunnelse ut fra hvorvidt den *ikke* harmoniserer med det rettskulturelle narrative. Et eksempel på dette er Bjørn Henning Østenstads lesning av Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612).¹¹⁶ Saken gjaldt tvangsvask og tvangsstell av en pasient ved et kommunalt sykehjem. Tvangsbruken hadde ikke lovhjemmel, men Høyesterett kom likevel frem til at den var rettmessig utført (under dissens 3-2). Forholdsmessighetsvurderinger ble brukt som primært rettsgrunnlag og hovedargumentasjonslinjen til flertallet i saken var en samlet vurdering av inngrepets intensitet

¹¹² Hume: *A Treatise on Human Nature* (1978) s. 469.

¹¹³ Graver: «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelse» (1995).

¹¹⁴ Se bl.a. Graver: *Alminnelig forvaltningsrett* (2015) s. 129-130.

¹¹⁵ Graver «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelse» (1995) s. 284.

¹¹⁶ Østenstad: «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?» (2014).

opp mot de øvrige plikter og rutiner som sykehjems-personellet var underlagt.¹¹⁷ Dommen har vært mye kritisert og diskutert, da spesielt med legalitetsprinsippet og samtykkekravet for øye.¹¹⁸ Østenstads *konstruerte ratio decidendi* innebærer i korte trekk at «preventiv nødrett» etter helsepersonelloven § 7, burde vært anvendt som primært rettsgrunnlag.¹¹⁹ Etter hans syn brøt begrunnelsene Høyesterett ga i saken med sentrale forvaltningsrettslige idéer om skillet mellom hva som er en tvangshandling og hva som er et vedtak. Når han da foreslår nødrett er det med begrunnelsen om at det vil være «den minst smertefulle løysinga i ein situasjon der det ikkje er tilstrekkeleg sikkert grunnlag for at Høgsterett har ønskt [...] å bryte med fleire tradisjonelle forvaltningsrettslege og helserettslege tankefigurar».¹²⁰ Koherenstenkningen ved «sensuren» av Høyesteretts uheldige begrunnelse fortsetter når han videre skriver at «slik blir det også lettare å plassere dommen inn i ein nasjonal rettsleg tradisjon med ei historisk bryting mellom ei strafferettsleg og ei forvaltningsrettsleg tilnærming til bruk av tvang under yting av helsehjelp».

I artikkelen fremstår Østenstad nærmest som en pianostemmer. Han åpner pianoet, finner tonen som spiller falskt i den rettskulturelle «harmoniske» melodien og stemmer denne. *Konstruert ratio decidendi* brukes på denne måten både for å fremheve nye ideer samt sensurere uheldig regelendring. Hvilken betydning får dette for rettspolitikken? *Bør*-vurderingen i *konstruert ratio decidendi* knytter seg til rettsforskeren som talsperson på vegne det rettskulturelle narrativet. I dette narrativet står særlige juridiske verdier og tradisjoner i sentrum. På sett og vis henvender man seg bakover og fremover samtidig. Koherens blir et bakoverskuende perspektiv, der man leser fortellingen som har vært, mens «nye rettstanker» blir en henvisning til utvikling på et felt.¹²¹ «Nye rettstanker» kan være noe vagt formulert, men gir en tydelig anvisning på at perspektivet ligger i dagens og morgendagens rett, altså det neste kapittelet i det rettskulturelle narrativet.

2.4.4. Evaluering av resultatet i lys av fremtidens lover – *lex futura*

2.4.4.1. *Lex futura* som rettskildemessig begrep

Hvilken betydning kan nye rettstanker og fremtidens lover ha for nåtidens rettsdogmatiske fremstilling av gjeldende rett? Dette er et spørsmål om bruk av det som i dansk rettsvitenskap blir omtalt som *lex futura*.¹²² En første forutsetning som må presiseres er at det begrepet *lex futura* ikke er etablert i norsk rettskildelære.¹²³ Jeg vil her benytte det som en samlebetegnelse

¹¹⁷ Bernt: «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» (2015), s. 45.

¹¹⁸ Se bl.a. Monsen: «En kommentar til Sårstelledommen i Rt. 2010 s. 612» (2013), Kjellelvold/Aasen: «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612» (2011) og Syse: «'Huleboerdommen' – feil navn og uklart innhold?» (2011).

¹¹⁹ Lov 2. juli 1999 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

¹²⁰ Østenstad: «Sårstelledommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?» (2014) s. 501.

¹²¹ Jeg skal gå nærmere inn på rettspolitikk som forankrer seg i slike utviklingsperspektiver i punkt 3.5.

¹²² Tvarnø/Nielsen: *Retskilder og retsteorier* (2017) s. 252-253, mvht. en diskusjon i dansk juridisk litteratur fra 90-tallet om bruken av fenomenet i rettskildelæren: Blume: «Rettspolitikk og lovfortolkning» (1994), Sørensen: «Lex futura» (1994), Blume: «Replik om lex futura» (1995) og Sørensen: «Duplik om lex futura» (1995).

¹²³ Likevel må det nevnes at diskursen omkring temaer som jeg velger å pakke inn i begrepet er klart tilstedeværende i norsk juridisk kontekst. Se for eksempel Sæther Mæhle/Aarli: «Juridisk metode for

på verdipremisser og rettstanker som forankres i rettsregler som kan forventes at vil innføres. Jeg vil ikke fremføre noen tanker om hvordan man kan skille mellom lover som forventes innført og de som ikke forventes innført. Det som sammenfattes i tankegangen her er heller to bestemt grupper rettslige fenomener som ikke problematiserer et slikt skille i nevneverdig grad. Det første er verdier utledet fra lov som med sikkerhet forventes gjennomført, det neste er bruk avsåkalte «lovgiversignaler» som hensyn.

Det rettslige utgangspunktet som er avgjørende for den rettsdogmatiske metoden på *lex futura*-feltet kommer fra Grunnloven § 97 om at «[i]ngen lover må gis tilbakevirkende kraft». En lov som enten skal vedtas, ventes å vedtas eller med rimelighet forventes å vedtas, kan altså ikke få virkning for forhold som inntreffer før loven trer i kraft. Det er likevel sikker rett at Grl. § 97 ikke er til hinder for at lover som kommer borgerne til gunst kan gis tilbakevirkende effekt.¹²⁴ Spørsmålet om *lex futura* slik det omtales i dansk litteratur, og slik som jeg vil behandle det her, er ikke knyttet til fremtidige lover som primært rettsgrunnlag for å løse et rettsspørsmål. Det som heller menes er hvordan argumenter med opphav i *lex futura* kan fungere som et verditilfang for evaluering av positiverte rettskilder innenfor rettsdogmatisk metode. På denne måten aktualiserer betraktningen tilbakevirkningsforbudet i svært liten grad. *Lex futura*-undersøkelser vil knytte seg tett opp mot forståelsen av rettspolitik som en diskurs for de verdiene det kan antas at retten må hvile på i møte med forestående utfordringer som lovgiver eller det juridiske kommunikative fellesskapet ikke ennå har tatt stilling til. Denne forståelsen av rettspolitik vil vi se nærmere på i kapittel 3. Her skal vi se hvordan fremtidens verdier, eller snarere utviklingslinjer innen rettskulturen vil spille inn på den rettsdogmatiske evaluering av retten.

2.4.4.2. Verdier som stammer fra lover som forventes innført

Den første gruppen rettslige fenomener som kan falle innenfor *lex futura*-kategorien er verdier som konstituerer lovverk som Stortinget er forpliktet til å innføre i norsk rett, men som enda ikke er innført. Et eksempel her vil være gjennomføring av EU-direktiver. Det følgende er et tenkt eksempel som kan illustrere problematikken: EU vedtar en storstilt reform på klimafeltet som Norge gjennom EØS er forpliktet til å gjennomføre i norsk rett. Denne reformen bygger på et brått verdiskifte i EU-fellesskapet der blant annet fremtidige generasjoners rett til vern mot overgrep anses betydelig mer verdt enn nåtidige generasjoners levevilkår. Direktivene i reformen blir ikke transformert umiddelbart av Stortinget og ligger foreløpig på vent. I dette eksemplet er det snakk om et sett med verdier som med stor sikkerhet kan forventes at blir en del av norsk rett over tid blant annet gjennom transformasjon av direktivene. Verdipremissene som de nye direktivene bygger på derimot, kan ikke sies – i det tenkte tilfellet – å være en del av norsk rettskultur i snever forstand. Før implementering ligger altså disse verdipremissene foran oss i tid. Likevel vil en rettsdogmatisk fremstilling som trekker disse verdipremissene inn

morgendagens jurister» s. 131-133 om virkningstidspunktet for endringslovgivning, Høgberg: «Tilbakevirkningsforbudet som rettskildeprinsipp» (2019) 562-567, eller Backer: «Samspillet mellom lovgivere og domstoler i Norge» (2016) da spesielt om lovgiversignaler i kap. 4-6.

¹²⁴ Se om dette Skoghøy: «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning» (2011) punkt 3.1.

i den større konteksten av norsk gjeldende rett vanskelig kunne kalles illegitim. Slik kan altså argumenter som baserer seg på *lex futura* bli en del av den rettslige verdidiskursen.

Eksempelet kan fremstå lite treffende ettersom Norge gjennom EØS-avtalen art. 3 og presumsjonsprinsippet som gjelder ved ivaretagelse av våre folkerettslige forpliktelser, er bundet av vedtatte EU-direktiver selv før de er transformert i nasjonal rett.¹²⁵¹²⁶ Med andre ord skal norske rett ved manglende transformasjon bli gjenstand for en EØS-konform fortolkningskranke.¹²⁷ Eksempelet her tar likevel sikte på å illustrere hvordan verdidiskursen kan endres på et dypere rettskulturelt nivå. Vi er ikke forpliktet gjennom EØS til å innta EU-rettslige *verdier* i rettskulturen vår. Det må skilles mellom hva som er positivt rett og hva som er rettslig diskurs på et rettsdogmatisk nivå som befinner seg under det rettslige overflatenivået.

2.4.4.3. Lovgiversignaler

Den neste gruppen *lex futura*-hensyn som gjør seg gjeldende i en verdidiskurs er såkalte «lovgiversignaler». Slike hensyn gjør seg gjeldende på et annet plan der verdipremissene kan hevdes å ikke være innarbeidet i de øverste lagene av legitime hensyn, men som vi med en viss sikkerhet kan si at er på vei inn i rettskulturen. Lovgiversignaler kan komme i mange former og er en måte å forankre reelle hensyn i lovgivervilje. Jeg skal i det følgende vise et eksempel på hvordan den politiske verdidiskursen i lovgivningssituasjoner kan spille inn på rettsdogmatiske prosesser selv der en lov faktisk ikke har blitt vedtatt, men stemt ned i Stortinget.

I april 2022 avsa Høyesterett tre dommer på rusfeltet som tiltrakk seg mye oppmerksomhet. Sakene gjaldt rusavhengiges oppbevaring av ulovlige rusmidler til eget bruk. Årsaken til at sakene tiltrakk seg mye oppmerksomhet var at sakene ble vurdert i lys av den omdiskuterte «rusreformen» som ble nedstemt i Stortinget juni 2021.¹²⁸ I HR-2022-731-A (For ordens skyld: «Rusreform-dom I») kom Høyesterett frem til straffutmålingsfravall. I HR-2022-732-A («Rusreform-dom II») og HR-2022-733-A («Rusreform-dom III») ble straffutmåling opprettholdt, men Høyesterett la uttrykkelig vekt på betydningen av verdiskiftet i forbindelse med straffverdigheten av rusavhengiges oppbevaring av mindre kvanta stoff til eget bruk. I denne sammenheng er det interessant å se den utbredte bruken av lovgiversignaler som argumentasjonsknagg i sakene.

I eksemplene fra Høyesterett finnes er det en viktig nyanse. Gjeldende rett er et uttrykk for hvordan rettstilstanden er på et gitt tidspunkt – akkurat nå. Dermed er *lex futura*-betegnelsen, slik jeg har presentert den, helt i grenseland for hva som kan aksepteres i et rettslig resonnement som tar sikte på å fremstille gjeldende rett. Med dette mener jeg at «nye rettstanker» eller «lovgiversignaler» må gi uttrykk for verdier som er en del av konteksten bak rettsbegrepet til et rettsspørsmål her og nå. Rettsforskeren kan ikke hente inn verdier i resonnementet sitt som ikke allerede er en del av rammen rundt det rettslige normsystemet denne virker i. Så hva skjer

¹²⁵ Avtale 1992 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

¹²⁶ Om presumsjonsprinsippet se t.d. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).

¹²⁷ Se bl.a. EFTA-domstolen: E-4/01 (Karlsson v. Island). Mer utdypende om EØS-konform fortolkning se Franklin: «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsipp om direktivkonform fortolkning» (2012)

¹²⁸ NOU 2019: 26 *Rusreform – fra straff til hjelp*. Se også Prop.92 L (2020-2021) og Innst.612 L (2020-2021).

egentlig i rusreformdommene når Høyesterett bruker lovgiversignaler som hovedlinje i argumentasjonen sin? Det beste svaret er vel at de ikke henter inn nye verdier, men verdier som allerede har en viss tilstedeværelse i rettskulturen. Det underliggende verdigrunnlaget i den norske strafferetten er i stor grad et ideal om at straff kun er ønskelig såfremt det ikke finnes bedre alternativer for å oppnå samme mål. Verdigrunnlaget kommer inn med ulik styrke og med ulike uttrykk på strafferettsfeltet i rettskulturen vår. Når Høyesterett i Rusreform-dom I, avsnitt 38, fremhever en «bred enighet» på Stortinget «om at straff er lite hensiktsmessig for tungt rusavhengige», så er det ikke fordi dommerne finner en ny verdi som kan tenkes at blir en del av rettskulturen vår, det er en verdi som allerede er der, men som *nå* – i fastleggelsen av gjeldende rett – har vunnet visst hegemoni, i verdidebatten som foregår i kulturen vår. Med andre ord er det *nye*, bare hvilken styrke og oppslutning verdisynet har fått, ikke verdisynet i seg selv.

Høyesterett evaluerer eksisterende normer for straffeutmåling i lys av en verdiutvikling som har skjedd i samfunnet, og stiller seg bak den autoritative kraften som folkeforsamlingen har som uttrykk for denne verdiutviklingen. I en rettsvitenskapelig sammenheng ligger en slik anvendelse av retten innenfor rettsdogmatikkens grenser. Rettspolitikken diskurs på sin side, handler om hvilke verdier den fremtidige rettslige diskursen skal baseres på. Som Bern sier er det i bunn og grunn «en kamp om et retorisk hegemoni».¹²⁹ Her ser vi at linjen er veldig uklar mellom hensynsargumentasjon *lex futura* og rettspolitikken ettersom verdiene som er i spill handler om nettopp utviklingen av nåtidsperspektivet vårt på retten. Man ser fremover fra et visst punkt. Utviklingen i verdier er en trend man vanskelig kan spore i samfunnet. Men når gjeldende rett er uttrykk for rettstilstanden vil verdiene – som er av dynamisk karakter – være i utvikling. Rettspolitikken handler om hvor dette punktet kan være i morgen i samspill med utviklingen som ligger latent i den «gjeldende rett». Rettsdogmatikken handler om hvor dette punktet er i dag, men med hensyn til «i dag» som en størrelse som er i konstant endring. Dette er Høyesteretts argumentasjon i rusreformdommene et spennende eksempel på. Og som vi skal se senere er det et sentralt tema for rettspolitikken å fange opp denne utviklingen av verdier.

2.5. Foreløpige observasjoner om uklarheten i begrepet rettspolitikk

2.5.1. Rettspolitikk som restkategori

Når rettsdogmatikk kan forstås som en påvirkende prosess blir det lettere å forstå hvorfor teorier om rettspolitikken grunnlag og innhold ofte kan bli kompliserte. Det er vanskelig å snakke om rettspolitikk fordi begrepet i mange tilfeller vil legge press på grensene for ulike forståelser av rettsvitenskapelig metode generelt, og rettsdogmatikken spesielt. Til nå vil jeg mene at vi har nådd frem til en foreløpig konklusjon som omfatter begge forståelsene av rettsdogmatikk. Konklusjonen er simpelthen at det er vanskelig, om ikke umulig, å skille mellom rettsdogmatikk

¹²⁹ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 255.

og rettspolitikk ut ifra kriterier om argumenttilfang eller et skille mellom *de lege lata* og *de lege ferenda*. Jeg skal i det følgende illustrere mer konkret hvorfor.

Rettsvitenskap er en disiplin der verdivalg og verdivurderinger er en sentral størrelse. Innenfor rettsdogmatikken spesielt kan det være ønskelig å minimere utslagene denne størrelsen gir på det vitenskapelige arbeidet. Dette er for å bevare klarheten av legitimitetsnormer i den rettslige argumentasjonen, samt gi disse en politisk-ideologisk forankring i maktfordelingstanker. Et slikt prosjekt, der man begrenser tilfanget av verdidiskursen i rettsdogmatikk vil likevel kunne ende opp med å skjule hva som faktisk foregår når et normsystem blir gjenstand for vitenskapelig undersøkelse. Derfor er det også ønskelig å synliggjøre hvilke vurderinger som gjøres og på hvilket grunnlag disse vurderingene finner sted. Der rettsdogmatikeren ikke bare har seg fore å tolke eller vekte rettskildene, men også vurdere innholdet i disse, trengs det uttalte og velbegrunnede legitimeringsgrunnlag. Et mulig grunnlag er formuleringen til Bernt som oppstiller rettslige verdier i tre lag: Verdier med opphav i positiverte rettskilder, verdier med opphav i det juridiske fagfellesskapet og til slutt verdier med en bred samfunnsmessig oppslutning.¹³⁰ Bruken av disse verdiene som evaluering av retten er på mange måter sammenfallende med å stille spørsmål med flere helt grunnleggende konsepter knyttet til rettsvitenskapen som fag:

For det første er skillet mellom argumentasjon *de lege lata* og argumentasjon *de lege ferenda* i sin kjerne et spørsmål om hvordan rett og moral skiller fra hverandre.¹³¹ For Doublet oppstår normative korrektiver der retten viser seg som feilbarlig, irrasjonell og usammenhengende. Disse normative korrektivene kan i en positivistisk forståelse oppstå innenfor den substansielle retten i form av rettsikkerhetsbegrepet og utenfor retten i form av rettspolitikkbegrepet.¹³² En slik substansiell forståelse bygger på et dualistisk syn på rett og samfunn, der retten er et lukket system og samfunnet er utenfor dette systemet. Med dette perspektivet blir rettspolitikken for rettsvitenskapen en slags dør til det eksterne verdilandskapet utenfor retten som et lukket system. Alternativet er en funksjonalistisk forståelse av retten, det vil si at retten forstås ut fra hvordan den fungerer i det systemet den er gjennomført, altså ikke som et eget lukket system. Dersom retten forstås funksjonalistisk (Doublet selv arbeider ut fra en moderat funksjonalistisk modell) blir en metode som fungerer som korrektiv til en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett direkte overflødig.¹³³ Grunnen til at korrektivet blir overflødig er fordi alle relevante rasjonelle verdier allerede har en forankring i retten, dermed trengs det ikke noe eksternt verdiinnspøyning. «Gjeldende rett» blir på denne måten en normativ størrelse styrt av rettsdogmatikerens bruk og forståelse av «evalueringsgrunnlaget» som er nedfelt i retten. Dersom tråden til Doublet følges ytterligere står vi igjen med et dilemma spesielt tilknyttet en substansiell forståelse av retten: Enten er rettspolitikk bare en restkategori for verdier som ikke vinner frem i det rettsdogmatiske argument, noe han hevder er tilfellet i rettsrealismen.¹³⁴

¹³⁰ Bernt: «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter» (1995) s. 29.

¹³¹ Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 344.

¹³² Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 349.

¹³³ Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 360.

¹³⁴ Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 360. Denne oppfatningen av rettsrealistisk rettspolitikk kommer også til uttrykk i Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 232-233.

Alternativet er at rettspolitikk som egen metode for å avdekke rettslige verdier er overflødig, fordi rettsdogmatikken selv oppfyller dette kravet.

Det finnes flere måter å kommentere dette argumentet på. Christoffer C. Eriksen og Thomas Horn har blant annet tatt tak i idéen om rettspolitikk som restkategori slik den er uttrykt i *Vitenskapsfilosofi for jurister*.¹³⁵ Eriksens første innvending er i korte trekk at definisjonen er flertydig. Enten er det slik at rettsdogmatikk omfatter såpass mye at rettspolitikk blir en liten arena der svært få argumenter får plass, eller så omfatter rettspolitikk alle de argumenter som ikke er «avgjørende» for den rettsdogmatiske konklusjon.¹³⁶ Det andre argumentet til Eriksen er at det ikke gjøres noe kvalitativt skille for argumentasjon som plasseres i kategorien rettspolitikk. All argumentasjon avhengig av vitenskapelig holdbarhet kan få plass i «restkategorien».¹³⁷ Horn på sin side fremholder at «restkategori»-definisjonen forutsetter at rettsdogmatikken og rettspolitikken har like adressater. Når det er tilfellet at rettspolitikk ikke hevder å være rettsdogmatisk korrekt argumentasjon, er det heller ikke nødvendig å sette disse opp mot hverandre på denne måten.¹³⁸ Det finnes en fjerde innvending som kan baseres på en mer helhetlig lesning av Doublets argumentasjon, ikke bare på det enkelte sitatet i *Vitenskapsfilosofi*. Doublet er eksplisitt opptatt av «rettslige verdier» som kanal for rettspolitikk, både i restkategoridefinisjonen, men også gjennom evalueringsgrunnlaget for den funksjonalistisk orienterte rettsdogmatikken.¹³⁹ Det kan stilles spørsmål ved om rettspolitikken tema kun innebærer diskurs om *rettslige* verdier, eller om det er en bredere diskurs om samfunnsmessige verdier. Jørgen Dalberg-Larsen stiller spørsmål ved om Doublet mener her en egen sub-arena i den allmennpolitiske debatt der jurister har retorisk monopol, eller om det heller er snakk om at rettspolitikeren er bundet av det gjeldende paradigmet av juridiskfaglige normer og verdier.¹⁴⁰

Eriksens og Horns argumenter inneholder poenger som er svært relevante i forbindelse med grensdragningen av en egen rettspolitisk gren innen rettsvitenskapen. Disse synspunktene kan likevel fremstå som resultat av en noe selektiv lesning av Bernt og Doublet. I *Vitenskapsfilosofi* s. 232-233, oppstilles den kritiserte restkategoridefinisjonen som et rettsrealistisk og vitenskapspositivistisk utgangspunkt for rettspolitikken – et utgangspunkt som resten av kapitlet «Juss og verdier. Rettspolitisk argumentasjon» brukes for å argumentere mot. Konklusjonen til Bernt og Doublet er at rettspolitikk i en *post-Eckhoffsk* forstand er meningsløst innenfor gjeldende juridiske metoder og bør redefineres innenfor hermeneutiske rammer – ikke at rettspolitikk er en restkategori punktum.¹⁴¹ Hva denne redefineringen innebærer mer konkret skal jeg se på i punkt. 4.4.

2.5.2. Rettspolitikk i den videre fremstillingen

¹³⁵ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 232-233.

¹³⁶ Eriksen: *Kritikk* (2016) s. 62.

¹³⁷ Eriksen: *Kritikk* (2016) s. 62-64.

¹³⁸ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017) s. 74-75.

¹³⁹ Følgende sitat er uttrykk for dette: «Gjennom et funksjonalistisk perspektiv, hvor rettsnormene ikke er et avlukket system, behøves ikke noe ekstra institutt hvorigjennom man kan få tilgang til disse *rettslige* verdiene. [...] de *rettslige* verdier [er] ikke noe man får tilgang til ved supplerende metoder. De *rettslige* verdier får man tilgang til gjennom rettsdogmatikken, ettersom de *rettslige* verdier ligger nedfelt i rettssystemet selv», Doublet: *Rett vitenskap og fornuft* (1995) s. 360 (min kursivering).

¹⁴⁰ Dalberg-Larsen: «Fem opfattelser av rettspolitikk som rettsvitenskapelig aktivitet» (2002) s. 24-25.

¹⁴¹ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 254-255.

Jeg har nå gjennomgått flere aspekter ved den rettsdogmatiske metode som problematiserer idéen om en særdisiplin i rettsvitenskapen kalt rettspolitikk. I lys av den moderne rettsdogmatiske metode blir det med andre ord vanskelig å bygge en forståelse av rettspolitikk på et begrep om «gjeldende rett».¹⁴² I et demokratiperspektiv kan dette synes problematisk. Hva gjør det med rettsanvendelsens legitimitet dersom det ikke lenger kan tegnes et skarpt skille mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk? Selv om det synes umulig å tegne en definitiv grense mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk kan det likevel finnes et behov om å forsøke på dette, spesielt ut fra dette demokratiperspektivet. På denne bakgrunn kan det da være naturlig å bygge et begrep om rettspolitikk basert på *andre* kriterier enn hva som kvalifiserer som argumentasjon *de lege lata* og argumentasjon *de lege ferenda*. Det er ikke nødvendig for den videre stillingtaken til form og verdiforankring i rettspolitisk argumentasjon å gjøre dette. Jeg vil likevel tegne et kort bilde av hvordan et slikt skille kan gjøres før jeg går videre til det neste kapittelet i oppgaven.

Det ligger i det rettsstatlige mandatet gitt rettsanvendere at man er lojal overfor lovgiver. Dette er opphavet til den autoritative vekten som gis visse rettslige kilder i den juridiske metode. Jeg har vist hvor problematisk det er å sette likhetstegn mellom juridisk metode og rettsdogmatisk metode. Det er avgjørende for rettsvitenskapen at denne har en viss autonomi for å kunne utvikle juridisk metode, diskurs og forståelseshorisont i et vitenskapelig perspektiv. Rettsdogmatikeren blir en slags Janus-skikkelse som har ett ansikt som anskuer retten gjennom de rettsstatlige normene for juridisk argumentasjon og et annet ansikt som anskuer retten gjennom de samfunnsmessige forventningene som stilles til vitenskapen. På denne måten blir rettsdogmatikeren også lojal overfor lovgiver, men med en ytterligere vitenskapelig dimensjon som er løsrevet fra lovgiver. Eller mer presist blir rettsdogmatikeren blir nødt til å anerkjenne vekten av positiverte rettskilder i samspillet med andre rettskulturelle og rettskildemessige elementer dersom argumentasjonen skal kunne anses som korrekt i det juridiske kommunikative fellesskapet. Rettspolitikken på sin side forventes å bryte med nettopp dette lojalitetselementet. Mye av argumentasjonen vil kunne være lik, der de samme verdiene som skissert i Bernts verdilag eller Tuoris rettskulturelle modell for immanent kritikk er avgjørende. Rettspolitikken får med fraværet av lojalitetsdimensjonen, et legitimitetsgrunnlag som er forankret i rettsvitenskapelige krav og forventninger. Med dette blir rettspolitikken sitt en rettslig argumentasjonsform som er ulik rettsdogmatikken, men ikke nødvendigvis mulig å holde adskilt fra denne.

I det følgende vil jeg gå over til å si noe mer om rettspolitikk i «positiv» forstand – det vil si rettspolitikkenes muligheter innen argumentasjon og forankring. Jeg gjør dette ut fra en forutsetning om at *rettspolitikk er normativ rettsvitenskapelig argumentasjon som undersøker og evaluerer verdipremisser for rettskildene og etablerte rettsoppfatninger ut fra et bredere metodisk legitimeringsgrunnlag enn rettsdogmatikk*. Denne definisjonen er en foreløpig konklusjon basert på min gjennomgang i kapittel 2 og et slags utgangspunkt for den videre

¹⁴² Denne konklusjonen finnes også i Dalberg-Larsen: «Fem oppfatninger af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet» (2000) s. 10, Zahle: «Retsdogmatik og retskritik» (1998) s. 242, Bernt: «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter» (1995) s. 18 og Eriksen: «Om rettspolitikk» (2016) s. 157.

fremstillingen. Neste kapittel handler om det «bredere metodiske legitimeringsgrunnlaget» som ligger til grunn i definisjonen.

3. Rettspolitisk evaluering og perspektiver

3.1. Rettspolitiske synspunkters legitimitet

Jeg har nå undersøkt hvorvidt det er mulig å trekke et skille mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk ut fra rettsdogmatisk metodes innhold, i tillegg til adressater for argumentasjonen. I begge tilfeller synes det som om det er umulig å trekke et praktisk skille mellom aktivitetene. Rettspolitikk og rettsdogmatikk diskuteres på den samme diskursive plattformen – den felles forståelseshorisonten som det juridiske kommunikative fellesskapet fungerer med. Med denne forutsetningen for rettslig diskurs finner rettspolitikk og rettsdogmatikk sin legitimitet i flere av de samme grunnlagene. Likevel kan rettspolitikk løsrives fra flere av legitimitetsgrunnlagene som finnes for rettsdogmatisk argumentasjon, slik som jeg har fremholdt at gjelder for autoritativ vekt. I lys av en slik løsrivelse kan det i et positivistisk perspektiv kan det tenkes at rettspolitikk må få et selvstendig legitimitetsgrunnlag utenfor rettsdogmatikkens verdigrunnlag. Etter mitt syn blir dette vanskelig og lite hjelpsomt. Rettsvitenskapelig rettspolitikk må forutsettes å kunne diskuteres på de samme faglige *rettsvitenskapelige* premissene som rettsdogmatikk. Med andre ord må faglige rettsvitenskapelige premisser fungere som legitimitetsgrunnlag for rettspolitikk på samme måte som de gjør for rettsdogmatikk. Lauridsen forfekter et slikt syn når han skriver at «rettspolitikk må legitimeres i videnskabsetisk forstand i dens medvirken til optimalisering av menneskelig adferd». Den «videnskabsetiske» dimensjonen av rettspolitikken legitimitetsgrunnlag leser jeg som rettsvitenskapelige krav og forventninger. Elementet av «medvirken til optimalisering av menneskelig adferd» er på sin side mer flertydig. Det kan tenkes at noen leser inn en rettsøkonomisk forutsetning om at rettsregler skal fremme bestemte normative økonomiske mål.¹⁴³ Jeg leser det som et moralfilosofisk mandat – optimal menneskelig adferd er tross alt etikkenes hovedtema.

Det følgende kapittelet handler om rettspolitikken legitimitetsgrunnlag. I all hovedsak er det snakk om begrunnelse av verdier i den vitenskapelige og rettslige diskursive plattformen som er tegnet over. Med de ulike verdibegrunnelsene kan man sikre at rettsforskere innehar en forutsetning for å delta i en fremtidsrettet diskusjon om retten uten å falle i Euthyfrons begrunnelsesfelle.¹⁴⁴ Jeg hevder ikke at de følgende argumentasjonskategoriene representerer en uttømmende liste over hvilke perspektiver som er legitime i rettspolitisk diskurs. Snarere utgjør de et relativt beskjedent bidrag til mangfoldet av legitime rettspolitiske grunnlag. De få eksemplene er ment for å fremheve ulike aspekter ved rettspolitisk vurdering. Hvert verdigrunnlag presenteres hver for seg, men mange vil være overlappende og i stor grad bevege

¹⁴³ Både Eide/Stavang: *Rettsøkonomi* (2018) og Tvarnø/Nielsen: *Retskilder og retsteorier* (2017) bruker begrepene rettsøkonomi og rettspolitikk nærmest om hverandre. Jeg mener et slikt syn på rettspolitikk er for snevert til å være fruktbart i en rettsvitenskapelig sammenheng. Rettsøkonomi kan heller ses på som *én form* for rettspolitikk.

¹⁴⁴ Se pkt. 2.4.2.2.

seg på begge grensene av hva som er rettskritisk mulig innenfor rettsdogmatikk og rettspolitikk. Jeg skal i det følgende se nærmere på koherens-betraktninger som rettspolitikk, filosofisk rettferdighetsargumentasjon som rettspolitikk, konsekvensbasert rettspolitikk, of til slutt rettskulturell og samfunnsmessig utvikling som rettspolitikk.

3.2. Om koherens som rettspolitisk legitimitetsgrunnlag

3.2.1. Normsystemets koherens

At retten skal være koherent er ikke en nødvendighet. Dette er et ideal for retten som eksisterer i vår rettskultur, men som ikke kan tas for gitt. Bernt kaller dette idealet for «[ambisjonen] om en rasjonell og etisk forsvarlig samfunnsorden».¹⁴⁵ Årsakene til et slik koherensideal er flere:

Det enkleste eksemplet er at ideen om koherens ligger innebygd i retten som normsystem, sett i et språklig og logisk rammeverk. Med dette mener jeg at tankekonsepter om balanse og sammenheng ligger i de fleste rettslige normer. Et eksempel er bruken av ordet «plikt» i helsepersonelloven kap. 5 om taushetsplikt. Enhver trent jurist som ser ordet «plikt» i en lovtekst, vil umiddelbart sette dette i sammenheng med andre parters krav tilknyttet plikten. Med andre ord er det en indre sammenheng og balanse mellom normer i systemet.

Sammenheng og harmoni stikker også dypere ned i rettskulturen til de normene som jurister vil føle seg forpliktet til å følge i rettslig argumentasjon. Harmonisering av rettskilder er en sentral del av rettskildelæren.¹⁴⁶ Videre stikker det ned i dypstrukturen der det eksisterer forventninger om at retten er rasjonelt begrunnet, sammenhengende og forutberegnelig.

Askeland mener at en økt metodisk bevissthet innen rettsdogmatikken er uløselig sammenknyttet med en økt årvåkenhet i forbindelse med koherensidealets betydning for systematiske fremstillinger av gjeldende rett.¹⁴⁷ Han skriver blant annet om koherensidealet som en selvfølgelig kjerne i enhver rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett. Med et slikt synspunkt bygger han på tysk rettskildelære som ideal for hvordan man kan gjøre koherenstenkning til en uttalt del av rettsvitenskapens identitet. I punkt 2.4.3. undersøkte jeg rettsdogmatikken som plattform for evaluering fortolkning som *konstruert ratio decidendi*. Der trakk jeg frem begrepet om et «rettskulturelt narrativ» og rettsdogmatikerens oppgave om å verne og utvikle dette. Når man gjennom rettspolitikken anvender koherensideal som målestokk for kritikk opptrer man på lik måte som rettsdogmatikeren på vegne av den juridiske tradisjon. Det finnes derfor gode grunner til å anvende rettsdogmatisk metode som kritisk redskap på bakgrunn av denne målestokken.¹⁴⁸ Den eneste forskjellen her, foruten adressat, er at rettspolitikeren henter målestokken om koherens ikke fra positivt rett, men fra rettens dypstruktur. På denne måten kan koherenstenkning fri fra det autoritative argument, samtidig

¹⁴⁵ Bernt: «Hva vil vi med rettsvitenskapen?» (2016) s. 78.

¹⁴⁶ Eckhoff «Rettskildelære» (2001) s. 396, Nygaard «Rettsgrunnlag og standpunkt» (2004) s. 84.

¹⁴⁷ Askeland: «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» (2013) s. 20

¹⁴⁸ En lignende begrunnelse finnes i Holtermann/Rytter: «Rettspolitikk» (2021) s. 243.

som den spille på lag med dette. Dette gjør at koherens anses som et rettsdogmatisk legitimt grunnlag for kritikk selv innenfor den strengeste rettspositivismen.¹⁴⁹

3.2.2. Enkeltregler og regelsett som dissonans

Ettersom mange av de mest sentrale poengene om kritikk av uheldige enkeltregler som skaper dissonans eller ubalanse i den rettslige helhet allerede er tatt opp overfor i punkt 2.4.3. skal jeg forsøke å ikke gjenta for mye. Her er det likevel verdt å understreke at Østenstads lesning av Sårstelldommen fungerte som en sensur av en uheldig begrunnelse Høyesterett ga for resultatet sitt. I sammenheng med koherens som målestokk for rettspolitikken, kan man flytte blikket fra domstolene over på lovgiver. Likevel vil strukturen av en kritikk kunne se lik ut.

Et eksempel på kritikk som tar utgangspunkt i rettens dypstruktur som grunnlag for en koherensmålestokk er Sara Stendahls kritikk av regelverket til den svenske sykefraværstrygden.¹⁵⁰ Stendahl tar utgangspunkt i den svenske befolkningens synkende tillit til *Försäkringskassan*¹⁵¹ og diskuterer hvorvidt dette skyldes en manglende verdimeslig sammenheng mellom regelverket og rettens dypstruktur. Dersom man ser denne kritikken opp mot Østenstads kritikk av begrunnelsen i Sårstelldommen, kan det argumenteres for at koherens som målestokk fungerer som et springbrett til ulike nivåer av kritikk av retten: Stendahls kritikk kan sammenfattes til å gjelde manglende verdimeslig koherens, mens Østenstads kritikk kan sammenfattes til å gjelde manglende metodisk koherens. Dette kan selvfølgelig begrunnes med at Stendahls kritikk rettes mot rettsreglers verdimeslige innhold og Østenstads kritikk rettes mot regelanvendelse. Likevel kan det tenkes at tilfellet var omvendt. Det ville vært fullt mulig å fremsette legitim kritikk av et regelverk som fremprovoserer metodisk dissonans. På samme måte kan man fremsette legitim kritikk av en regelanvendelses verdimeslige dissonans.

Koherens er ikke en egenskap ved retten, men et rettsstatlig ideal for denne. Stendahl legger til grunn at nåtiden kjennetegnes ved en «post-liberal rättsordning som präglas av normativ mångfald och inre motsättningar».¹⁵² Spørsmålet til dette er om den rettspolitiske forsker skal forsone seg med en slik diagnose og fortsette arbeidet med kritikk av manglende koherens i det trege, motstridende og komplekse lovverket? Alternativt må forskeren bevege seg over i en mer forebyggende rettspolitisk aktivitet, der målsettingen er å aktivt motarbeide den post-liberale – altså nåtidige – rettsordningens negative sider. Dette blir i stor grad et spørsmål om rettsvitenskapen skal være rettsstatens brannvesen som slukker branner startet av lovgiver, eller om rettsvitenskapen kan innta rollen som ingeniør som forbygger rettslig brann.

3.2.3. Rettslig design

I dette punktet skal jeg se nærmere på rettspolitikk som har som mål å skape et nytt regelkompleks eller reformere hele rettsområder. Jeg omtaler dette som rettslig design. I en

¹⁴⁹ Selv Kelsens teori om en «ren» og avpolitisert rettsvitenskap gir rom for kritikk av logisk inkonsistens.

¹⁵⁰ Stendahl: «Social otrygghet som värde – Den nya incitamentbaserade sjukförsäkringen» (2015).

¹⁵¹ Den svenske trygdeetaten, lignende trygdelinjen i NAV.

¹⁵² Stendahl: «Social otrygghet som värde – Den nya incitamentbaserade sjukförsäkringen» (2015) s. 300.

historisk kontekst kan man kalle dette for kodifiseringsarbeid.¹⁵³ Idéen om et slikt rettslig design ligner mer på en konstruerende virksomhet enn en kritiserende virksomhet. Årsaken til at dette lar seg knytte til koherens som legitimitetsgrunnlag er at det vanskelig kan tenkes at et slik større regelarbeid ikke arbeider ut fra et koherensideal. Da Jeremy Bentham satt seg fore å kodifisere det engelske lovverket var det ut fra en tankegang om at *common law*-systemet ikke oppfylte basale krav til et sofistisert normsystem, herunder kravet om indre verdimesig og logisk sammenheng.¹⁵⁴ Med andre ord var Benthams rettspolitiske prosjekt forankret i en idé om at koherens gjorde et normsystem både lettere å innrette seg etter (forutberegnelighetsideal) samt lettere å studere (rettsvitenskapelig ideal). Av lignende prosjekter i senere nordisk historie kan dansken Frederik Vinding Kruses prosjekt om å unnfange en fellesnordisk kodifikasjon av privatretten trekkes frem.¹⁵⁵

Rettspolitikk som konstruksjonsvirksomhet er med andre ord ingen ny idé, men heller en som har hatt lite tilstedeværelse i den norske rettskulturen.¹⁵⁶ Større rettsvitenskapelig reformarbeid er likevel ønskelig under den forutsetningen som Stendahl skisserer, nemlig at den rettslige mangfoldigheten i den post-liberale rettstaten er for kompleks, motsigende og treg. Utfordringen i slike prosjekter kan ligge i at endringstempoet i teknologi og samfunn har blitt for høyt til at det gjennomgående lar seg gjøre å omskrive eller kodifisere større regelverk på en hensiktsmessig måte.

Dersom det finnes forskningsmidler og initiativrike rettsforskere kan det tenkes at slike prosesser er mulige å sette i gang. Internasjonalisering av retten gir god grunn til å forsøke å formulere klarere regler som kan anvendes i fellesskap mellom jurisdiksjoner. På nasjonalt plan må det klarlegges hva som er gjennomførbart innenfor lovgivers handlingsvilje og det demokratiske fellesskap. Der kan det også fremheves at en rekke grunnleggende spørsmål vil forme en slik prosess. Spørsmål som: Hvilke målestokker utover koherensideal skal utgjøre fundamentet til større lovreformer? Skal koherens kun gjelde vertikalt mellom de ulike strukturene i de rettskulturelle nivåene eller skal man tilrettelegge for en horisontal verdimesig sammenheng på tvers av jurisdiksjoner? For alle legitimeringsgrunnlagene jeg tar for meg i de neste punktene, vil det kunne tenkes at man på en eller annen måte må forholde seg til.

3.3. Om rettferdighet og moral som legitimitetsgrunnlag

3.3.1. Finnes rettferdighet?

Jeg skal i det følgende punktet se nærmere på rettferdighet og moral som begrunnelse for rettspolitisk kritikk av gjeldende rett. Det naturlige stedet å starte er å spørre om det i det hele

¹⁵³ Dalberg-Larsen: «Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet» (2002) s. 12-16.

¹⁵⁴ Dalberg-Larsen: «Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet» (2002) s. 13, mvht. Bentham: *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1788).

¹⁵⁵ Vinding Kruse: *En nordisk lovbog: Udkast til en fællesborgerlig lovbog for Danmark, Finland, Island, Norge og Sverrig* (1948). For øvrig ble prosjektet aldri noe mer enn dette publiserte utkastet.

¹⁵⁶ Om hvorfor rettspolitisk kodifisering kan ha mistet sin appell i juriststanden se Dalberg-Larsen: «Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet» (2002) s. 16.

tatt er mulig å begrunne vitenskapelig argumentasjon i et begrep om «rettferdighet». Hva som er rettferdig er et sentralt spørsmål innen politisk filosofi, og har vært det lenge. Jeg skal ikke forsøke å besvare et såpass komplisert og abstrakt spørsmål i denne oppgaven. Likevel kan jeg slå fast noen enkle forutsetninger for å kunne diskutere rettferdighet i en rettslig kontekst:

Alle mennesker har et begrep om rettferdighet, også jurister. På et personlig plan kommer rettferdighet eller urettferdighet ut i spill når vi opplever at våre forventninger til verden blir innfridd eller ikke. Disse forventningene er basert på våre subjektive normative innstillinger til det å være et sosialt vesen. For å ta et banalt eksempel: man kan føle på rettferdighet når man vinner i et brettspill mot en som tidligere har blitt tatt i juks. På den andre side kan man føle på en urettferdighet dersom vedkommende vinner som resultat av jukset. Forventningene til at spilllets regler, slik du forstår dem selv, blir fulgt av andre deltakere skaper et følelsesmessig spenn, der følelsen av rettferdighet eller urettferdighet kan få utløsning. Denne følelsen er for Ross ikke noe mer enn bare det, en følelse. Man kan ifølge ham ha givende refleksjoner rundt følelsen, men ikke innenfor en rettsvitenskapelig kontekst.¹⁵⁷ Synspunktet på rettferdighet som en følelse kan kalles for moralsk emotivisme eller moralsk non-kognitivism, som begge sorteres som former for moralsk relativisme. Til tross for spennende merkelapper og begreper er hovedpoenget hos Ross og den logiske positivismen han forfekter, at det er meningsløst å snakke om moral i en vitenskapelig sammenheng, ettersom moral ikke har en sannhetsverdi. Bernt og Doublet på sin side sammenligner Ross' moralsk non-kognitivistiske ståsted med Holbergs *Erasmus Montanus*. Eksemplet de viser til er når Rasmus Bjerg kommer hjem fra universitetet og anvender falsk deduksjon og språkspill for å «bevise» at moren Nille i realiteten er en stein.¹⁵⁸¹⁵⁹ De begrunner sin kritikk i at rettferdighet er, tross uklarhet, en del av det daglige språket vårt. Om det er vanskelig å fastslå innholdet betyr ikke det at rettferdighet ikke kan diskuteres innenfor faglige rammer, spesielt sett hen til spennet mellom rettsfølelse og rettsregler. Her kan det trekkes en linje tilbake til debatten mellom Hart og Dworkin, som er nevnt tidligere. Den alminnelige rettsfølelse er en del av rettens legitimitet i samfunnet, og dersom jurister ikke kan delta i diskusjonen rundt meningsinnholdet i «rettferdighet», er det heller ikke mulig å ha en faglig tilfredsstillende debatt om grensene for rettslig legitimitet hverken innenfor rettsdogmatikken, rettspolitikken, rettskildelæren eller rettsfilosofien. Rettsforskeren kan på sett og vis ikke komme utenom å ta stilling til det vanskelige spørsmålet om meningsinnholdet i det abstrakte konseptet om rettferdighet. Det er smeltet inn i rettsvitenskapens DNA, gjennom symboler og språk.¹⁶⁰

Men hvordan kan rettsforskeren komme med bidrag til en faglig fundert diskurs om retten er rettferdig eller ikke? Her har rettsforskeren mulighet til å se hen til filosofiske metoder både som bidrag til en egen rettspolitisk diskurs i tillegg til verdidebatten som foregår innenfor

¹⁵⁷ Ross: *Ret og retfærdighed* (1953) s. 358.

¹⁵⁸ Holberg: *Erasmus Montanus* (2007) s. 34

¹⁵⁹ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 244.

¹⁶⁰ Hvor mange juridisk fagbøker er ikke prydet med Fru Justitia, vektskåler eller andre metaforer for rettferdighet.

rammene av rettsdogmatikken.¹⁶¹ Jeg skal nå presentere to ulike grunnlag for rettspolitisk kritikk ved bruk av rettferdighet og moral.

3.3.2. Rettferdighet som rimelighet

Det første grunnlaget for å snakke om rettferdighet formuleres ikke her som en fasit for meningsinnholdet i størrelsen rettferdighet, men mer som et anerkjent og kritiserbart utgangspunkt som kan tjene som forankring for kritiske synspunkter i rettspolitikken.

I 1971 utga John Rawls *A Theory of Justice*, et analytisk filosofisk verk som på mange måter virket som en vitamininnsprøytning i en vestlig politisk-filosofisk debatt som hadde gått på tomgang i flere tiår. I boken foreslår Rawls «den opprinnelige posisjon» som tankemodell som kan benyttes for å bygge rettferdighetsprinsipper eller teser om hva som er rettferdig.¹⁶² I den opprinnelige posisjon skal man forestille seg rasjonelle politiske subjekter som anskuer et samfunn. Subjektene befinner seg i denne posisjonen bak et «uvitenhetens slør» som hindrer dem fra å få tilgang til informasjon om hvor i samfunnet de ville bli plassert. Ut fra denne posisjonen vil subjektene kunne forhandle og utvikle rettferdighetsprinsipper, som små økonomiske forskjeller, demokratiske institusjoner og så videre. Dette er en nyformulering av kontraktsteori som var utbredt i vestlig filosofi fra 1600-tallet inn mot etableringen av industrisamfunnet. Gjennom kontraktsteorier skal man tenke bort samfunnet slik man kjenner det for å siden konstruere en samfunnskontrakt som grunnleggende normsystem for det tenkte samfunnet som kan etableres i denne naturtilstanden. Rawls argumenterer for at man i den opprinnelige posisjonen vil komme frem til to fundamentale prinsipper som vil fungere som utgangspunkt for resten av rettferdighetsteorien. Disse vil ifølge han være:

«First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all»¹⁶³

Det umiddelbare problemet som oppstår for en rettspolitisk tekst som benytter seg av Rawls' teori, er at den på dette grunnstadiet virker svært abstrakt og generelt utformet. Kanskje til og med for generell til å fungere som grunnlag for slagkraftig kritikk. Likevel gir den et stabilt grunnverk som kan settes inn i en kontekst av allerede etablerte rettslige normer og verdier, som sammen med koherenstenkning, konsekvenstenkning eller fornuftsbasert moral kan gi et velbegrunnet, rasjonelt og kritiserbart fundament.

Et eksempel på en som benytter seg av Rawls som målestokk for kritikk er politisk filosof Andreas Føllesdal. I sin artikkel om det obligatoriske KRL-faget i forbindelse med Høyesteretts behandling av Rt. 2001 s. 1006 (KRL-fagdommen), knytter han rettferdighetsidealer direkte til

¹⁶¹ Holtermann/Rytter: «Rettspolitikk» (2021) s. 249-250.

¹⁶² Rawls: *A Theory of Justice* (1971) s. 17-22 og 118.

¹⁶³ Rawls: *A Theory of Justice* (1971) s. 60.

Rawls.¹⁶⁴ I saken stilte en gruppe foreldre og Human-Etisk forbund spørsmål ved gyldigheten til et vedtak om avslag på søknad for fritak fra KRL-undervisning.¹⁶⁵ Føllesdal kritiserte premissene for obligatorisk undervisning med forankring i Rawls' kriterier for rettferdiggjøring av lovgivermakt.¹⁶⁶ Mer presist bruker Føllesdal Rawls til å forankre følgende normative utsagn: «En måte å gi uttrykk for alles likeverd er ved å kreve at samfunnsinstitusjonene kan begrunnes overfor alle berørte parter som er parat til å respektere hverandre».¹⁶⁷¹⁶⁸

Rawls' teori om rettferdighet har gjennom årene høstet mye kritikk og har blitt supplert og revidert av både Rawls selv og andre tenkere. Denne prosessen har satt innholdet i rettferdighetsbegrepet på agendaen i vestlig politisk-filosofi, noe som igjen gir en oppfordring til å diskutere temaet videre. Hovedbudskapet i *Theory of Justice* kan destilleres ned til en slik oppfordring. En sentral forutsetning for en rasjonell diskusjon omkring hva som er rettferdig, forutsetter stillingtagen til andre begreper som rettsforskere bør være særlig egnet til å ta i: Frihet og fornuft.

3.3.3. Kant – fornuft som utgangspunkt for rettferdige rettsregler

3.3.3.1. Det kategoriske imperativ

Det følgende punktet handler om en kantiansk begrunnelse av rettspolitisk kritikk. Begrunnelsen er *kantiansk* i den forstand at den tar utgangspunkt i den tyske filosofen Immanuel Kants teoretiske fundament for å avgjøre hva som er moralsk riktig og hva som er rettens oppgave. Jeg skal i dette punktet holde meg til Kants etikk som begrunnelse for rettspolitiske perspektiver. Kants teorier har rykte på seg for å være ugjennomtrengelige og komplekse. Det er ikke mulig å gi en fyllestgjørende gjengivelse her og den følgende fremstillingen er derfor gjort med forbehold om å være en noenlunde «enkel» presentasjon av et kantiansk grunnlag for vurdering av retten.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Føllesdal: «KRL-faget og Høyesterett» (2002).

¹⁶⁵ Staten ble for øvrig felt av EMD i saken (29.juni 2007, 15472/02)

¹⁶⁶ Rawls: *A Theory of Justice* (1971) s. 350-361.

¹⁶⁷ Føllesdal: «KRL-faget og Høyesterett» (2002) s. 71.

¹⁶⁸ Eksempelet er også gjengitt i Eriksen: *Kritikk* (2016) s. 91, hvor det ikke sorteres under merkelappen «rettspolitikk», men heller som «kritikk» i vid forstand. For vår definisjon av rettspolitikk er dette klart innenfor i det henseende at Føllesdal opptrer i som en aktør innenfor det juridiske kommunikative fellesskap, og henvender seg på sett og vis til dette fellesskapet i sin kritikk.

¹⁶⁹ Kants moralfilosofiske prosjekt var tett sammenknyttet med det *epistemologiske* prosjektet hans. Epistemologi forstås som læren om kunnskap, altså læren om hva som er mulig og ikke mulig å vite. Utgangspunktet for Kant er at finnes det to typer kunnskap: kunnskap *a priori* (forut for erfaring) og kunnskap *a posteriori* (etter erfaring). På bakgrunn av kunnskapen kan man felle enten analytiske eller syntetiske dommer. En analytisk dom er mulig å felle på grunnlag av dommens egne språklige premisser – uavhengig av etterfølgende undersøkelse. Skoleeksempelet her er setningen «alle ungarer er single». Det trengs ingen undersøkelse av virkelighet for å avgjøre om alle ungarer faktisk er single, denne egenskapen er på forhånd innfelt i dommens meningsinnhold. På den andre siden har man syntetiske dommer. De syntetiske dommenes sannhetsverdi kan bare avdekkes gjennom undersøkelser. Et eksempel på en slik dom er setningen: Alle trær er grønne. Gjennom disse distinksjonene har man, ifølge Kant, tre variasjoner av kunnskapsutsagn: Syntetiske dommer *a posteriori*, analytiske dommer *a priori* og syntetiske dommer *a priori*. En empirist som Hume eller en logisk positivist som Ross vil avvise at det er mulig å uttale en syntetisk *a priori* dom med et sannhetsinnhold. Kants prosjekt er en avvisning av empiristenes

Det kategoriske imperativ blir vanligvis fremstilt gjennom den såkalte «universaliseringsformuleringen» som sier at «[h]andle bare etter den maksime gjennom hvilken du samtidig kan ville at den skal bli en almen lov».¹⁷⁰ En *maksime* er i denne sammenheng sammenfallende med en handlingsregel. Altså er individer i kraft av å være fornuftige vesener, ifølge Kant, pliktige til å kun følge handlingsregler som er fornuftsmessig konsistente. Et eksempel han bruker selv, er selvmordet. En person som på grunnlag av et pinefullt og håpløst liv ønsker å begå selvmord, gjør dette ut fra maksimen: «Av egenkjærlighet gjør jeg meg til prinsipp å forkorte mitt liv når det å leve videre inneholder trusselen om mer ubehag enn løfte om behag».¹⁷¹ Dersom denne maksimen gjøres til en allmenn lov ender man opp i en fornuftsmessig floke. Kant mener at siden et ønske om å ha det behagelig stimulerer det å leve livet, vil det ikke kunne gjøres til en allmenn lov at det samme ønsket kunne gi grunn til å avbryte livet.

En annen måte å lese det kategoriske imperativ på er i lys av hypotetiske imperativer. Et hypotetisk imperativ er gitt på en «dersom resultat b, så handling a»-formel. Et ganske enkelt eksempel er: Dersom jeg vil ha dessert, må jeg først spise alle grønnsakene mine. Et hypotetisk imperativ åpner for maksimer av instrumentell karakter. I moralsk sammenheng kan man bare vurdere en handlings godhet ut fra hvorvidt den oppnår noe annet som er moralsk verdifullt. En løgn blir med dette kun mulig å vurdere i lys av hvorvidt den fremmer et godt formål – dette er klassisk utilitaristisk etikk. Kant avviser at maksimer av hypotetisk karakter kan gi opphav til moralske plikter. Det finnes ikke mennesker som er i stand til å på forhånd avgjøre konsekvensene av en handling, derfor kan man ikke på forhånd vite hva som er rett. Det er på denne måten, ifølge Kant, umulig å handle på bakgrunn av hypotetiske imperativer og samtidig kalle det fornuftig. Mange handlinger gjøres ut fra å fremme bestemte formål, men disse må allerede være basert på en erfaring.

I punkt 2.4.2.3 var jeg inne på problematikken knyttet til konsekvensargumentasjon innen rettsdogmatikken. Her så jeg spesielt på at det er vanskelig å vurdere konsekvenser av bestemte rettsregler uten å allerede ha erfart disse gjennom sikre – empiriske – undersøkelser. Resultatet

standpunkt og bruker det kategoriske imperativ som en slik syntetisk dom *a priori*. I et epistemologisk perspektiv er det kategoriske imperativ en setning som mennesker kan avgjøre sannhetsverdien til gjennom undersøkelse, men ikke undersøkelse av sansbar erfaring. Undersøkelsen gjøres gjennom fornuftsmessig refleksjon. På denne måten har det kategoriske imperativ ikke opphav i den empiriske sansbare verden (*Phenomena*), men i et teoretisk plan (*Noumena*), det vil si *fornuften* til den moralske aktøren selv. På denne måten mener Kant å kunne forklare et grunnleggende problem med menneskers eksistens – nemlig hvordan erkjennende rasjonelle vesener kan være *fri* i en kausal virkelighet der alle fenomener er resultater av årsak-virkning. For å illustrere enkelt: La oss si at Kant er på vei til universitetet i Königsberg og får en gesims i hodet. Deretter går han til legen og får bandasjert hodet sitt. Var dette en fri handling? Kant mener selv at svaret er nei. Hadde årsaken til handlingen ikke vært gesimsen, men heller en noe *utenfor* den kausale virkeligheten, ville handlingen vært fri. For at frihet skal kunne finne sted må den første årsaken i en handlingsrekke være teoretisk. Det kategoriske imperativ er en slik første årsak og dermed en mulighetsbetingelse for frihet. For mer om Kants transcendentalfilosofi se: Kant: *Kritikk av den rene fornuft* (2009) og Eng: *Rettsfilosofi* (2007) kap. 4.

¹⁷⁰ Kant: «Grunnlegging av moralens metafysikk» (1983) s. 40.

¹⁷¹ Kant: «Grunnlegging av moralens metafysikk» (1983) s. 40.

av denne ubestemtheten når det kommer til konsekvensargumentasjon, er at det rettslige resonnementet kan utgi seg for å si noe om virkeligheten, men i realiteten er en overtalelsessak inntil undersøkelsen er foretatt. For rettspolitikkens del er det altså vanskelig å kritisere en fungerende regel eller rettsoppfatning dersom man ikke allerede har erfart at en alternativ løsning er bedre. Det kategoriske imperativ gir oss på ingen måte et empirisk grunnlag *a priori* (forut for erfaring) til å kunne si at rettsregel X ikke virker optimalt. Imperativets styrke ligger likevel hvordan det stimulerer til å rasjonelt begrunne kritikk ut fra andre kriterier enn de utilitaristiske mål/middel-analysene. Jeg skal i det følgende punktet redegjøre for hvordan en kantiansk rettspolitisk kritikk kan se ut, samtidig som jeg spør hvorvidt dette tema er rettspolitikk og ikke bare praktisk filosofi.

3.3.3.2. Lovverket som uttrykk for allmennhetens fornuft

Dersom en skal anvende det kategoriske imperativ som kritisk verktøy overfor rettsregler istedenfor enkeltindividers handlinger, trengs det et tankemessig steg. Det finnes lesninger av Kant som tar til orde for at loven i en demokratisk rettsstat er et uttrykk for den kumulative viljen til rettssubjektene i staten, ergo er staten underlagt samme plikter som moralske aktører.¹⁷² Denne forlengelsen av individets vilje gir grunnlag for å for eksempel vurdere straffebud ut fra det kategoriske imperativ. De fleste som leser Kant, vil finne at staten er pliktig å straffe lovbrudd som innebærer enkeltindividers inngripen i andres frihet.¹⁷³ Siden imperativet er absolutt, innebærer det at straff er forbeholdt de forbrytelser som griper inn i andres frihet. På denne måten blir det fornuftmessig umulig for staten å gjennomføre fengselsstraff for besittelse av narkotiske stoffer til egen bruk, slik som straffeloven § 231 åpner for.¹⁷⁴ Et rettspolitisk arbeid som tok til orde for at straffepraksisen på feltet måtte endres i tråd med den nye retningen som påtalemyndigheten og domstolene har gjort våren 2022, ville ha kunnet bruke en kantiansk tilnærming. Videre kunne man ha støttet opp poenget med at staten, ut fra det kategoriske imperativ, har en streng plikt til å hjelpe svake.¹⁷⁵ Eksempelet viser hvordan det kategoriske imperativ kan gi opphav til statens negative plikt om å ikke straffe besittelse av mindre kvanta narkotika, samtidig som det gir opphav til en positiv plikt om å hjelpe svake eller syke mennesker. Innholdet i prinsippet «fra straff til hjelp» som Høyesterett plasserer under lovgiverviljen i HR-2022-731-A («Rusreform-dom I»), HR-2022-732-A («Rusreform-dom II») og HR-2022-733-A («Rusreform-dom III»), kan dermed begrunnes i et kantiansk verdigrunnlag.

Det kategoriske imperativ gjelder for alle fornuftige vesener. Et slikt utgangspunkt gjør at hvem som helst kan være i stand til å kritisere lovgivningen med verdigrunnlaget som utledes fra

¹⁷² Se f.eks. O'Neill: *Constructions of Reason* (1989) s. 230 flg.

¹⁷³ Se f.eks. Jacobsen: *Menneskevern eller menneskeverd?* (2004) s. 34, mvht. Norrie: *Law, Ideology and Punishment* (1991) s. 45.

¹⁷⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

¹⁷⁵ Kant nevner ikke *statens* plikt til å hjelpe når han fremsetter altruisme-eksemplet selv, jf. Kant: «Grunnlegging av moralens metafysikk» (1983) s. 41-42. Likevel er det, som vist over, mulig å argumentere for at denne tilnærmingen er i tråd med tankestrukturen hans. På en annen side vil nok mange som leser Kant finne at han generelt sett synes å ta til orde for en minimal statsmakt, noe som kan synes uforenelig med en slik streng plikt. For mer om denne diskusjonen se Mikalsen: «Med Kant mot ulikhet» (2021).

imperativet. I tillegg er ikke anvendelse av kantianske modeller spesielt utbredt innenfor den juridiske faglige tradisjonen. Hvordan kan da et kantiansk perspektiv sortere under «rettspolitikk»? Er det ikke først og fremst bare anvendt praktisk filosofi, som på sett og vis kan høre hjemme i den allmennpolitiske diskursen? Et motargument er at kan tenkes at medlemmer av det juridisk kommunikative fellesskap er særlig egnet til å ta i bruk det kategoriske imperativ som et supplerende forankringspunkt for vurderinger av fungerende rett. På den andre siden gjelder imperativet per definisjon uavhengig av erfaring, ettersom det er uttrykk for moralske plikter *a priori*. Slik sett vil ikke medlemmer av det juridiske kommunikative fellesskap være «bedre» egnet enn andre fornuftige vesener til å fremsette en kantiansk kritikk, selv om de har en særlig kompetanse på fagfeltet, eller har funnet frem til syntetiske rettsdogmatiske erkjennelser. Likevel er det slik at medlemmer av det juridisk kommunikative fellesskapet er i konstant kontakt med rettens innhold på et helt annet plan enn gjennomsnittsborgeren. Det er derfor naturlig å tenke at rettslige problemstillinger som krever et kritisk søkelys, lettere vil åpenbare seg for en rettsforsker enn for eksempel en marinbiolog eller en snekker. Målet med den rettspolitiske diskurs kan likevel vanskelig sies å være dannelsen av en «lukket klubb» forbeholdt fagjurister, snarere er det et «perspektivutvidende» fokus som vil ligge til grunn for de fleste rettspolitiske arbeider.¹⁷⁶ Med et slik fokus blir bruken av flerfaglige og generelle vitenskapelige metoder og modeller, bedre både for gjennomslagskraften til det rettspolitiske resonnement, og for utviklingen av rettsvitenskapens forståelseshorisont, noe som er en viktig forventning til alt av faglig arbeid.

3.4. Om rettens virkninger som legitimitetsgrunnlag

3.4.1. Utilitaristisk eller empirisk metode?

Kritikk av retten med rettens virkninger som legitimitetsgrunnlag er en svært vanlig måte å drive rettspolitikk på. Som vist tidligere er denne typen mål/middel-analyser med lovgiver som adressat ansett av flere som den primære arbeidsflaten til rettspolitikk. Kritikk av konsekvenser kan derimot være noe flertydig. Jeg skal i dette punktet ta for meg tre former for rettspolitisk kritikk som baserer seg på ulike konsekvensanalyser. Den første jeg skal ta for meg, er den klassiske utilitaristiske etiske begrunnelsen. Denne er tett sammenflettet med forrige punkt om rettferdighet og kunne like gjerne vært oppført der. Den neste analysen fastlegger hvilke verdier en bestemt rettsregel eller et rettsområde hviler på, for siden å se om rettsregelen eller rettsområdet realiserer denne regelen godt nok. Dette er tett sammenknyttet med retts sosiologisk kritikk og den rettsrealistiske definisjonen av rettspolitikk som finnes hos Ross.

3.4.2. Den klassiske utilitarismen

Den 16. mars 2021 deltok riksadvokaten på en høring i Stortingets helse- og omsorgskomiteé. Høringen fant sted under opptakten til behandlingen av den såkalte rusreformen i Stortinget. Under høringen uttalte riksadvokaten

¹⁷⁶ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 255.

«Den sentrale rettspolitiske norm hos [Riksadvokatembetet] i kriminaliseringsspørsmål er det såkalte skadefølgeprinsippet. Det innebærer at straff skal reserveres for handlinger som medfører skade eller fare for skade for andre, og selv om atferden kan tenkes å skade andre [...] så tilsier dette prinsippet at straff bare benyttes der andre sanksjoner anses utilstrekkelige og hvor nyttevirkningen av straff er klart større enn skadevirkningene».¹⁷⁷

Bruken av slik nytte/skade-argumentasjon er sentral innenfor den klassiske utilitarismen slik den ble utviklet på 1700- og 1800-tallet. Når man vurderer normer ut fra en utilitaristisk begrunnelse, er det såkalt regelutilitarisme som er den vanligste argumentasjonen. Regelutilitarisme innebærer i korte trekk at en norm vurderes som moralsk forsvarlig ut fra hvorvidt den øker nytte eller minsker skade.¹⁷⁸ På samme måte kan også rettsregler vurderes som gode eller dårlige i lys av hvilke konsekvenser de får.

Jeg vil ikke sortere Nils Christies argumentasjon mot straffinstituttets moralske status inn under klassisk utilitarisme ettersom mye av kritikken kan fremstå som mer deontologisk forankret, spesielt med synet på menneskeverd og mennesket som mål fremfor middel.¹⁷⁹ Likevel vil jeg trekke frem den konkrete bruken hans av begrepet «pine» og hvordan rettssystemets bruk av straff er moralsk problematisk i lys av hvilken lidelse den påfører mennesker. Mye av argumentasjonen hans bygger i dette tilfellet på kalkylelignende argumenter som vanligvis vil tilskrives klassisk utilitarisme.¹⁸⁰ Christie benyttet seg av empiriske sosiologiske metoder for sin kritikk så vel som moralfilosofiske verdigrunnlag.¹⁸¹ I tillegg kan det nevnes at Christies kritikk baserer seg i stor grad på en *vurdering* av det empiriske materialet. Valget av å bruke «pine» istedenfor «straff» virker som en ikke-empirisk fundert konkluderende dom, som kan problematiseres i lys av Humes *bør* og *er*. Når det er sagt, er hovedkritikken til Christie at nettopp en slik empirisering av en moralsk-politisk debatt om menneskeverd er problematisk. Straffinstituttet, da spesielt det kriminologiske perspektivet på dette, kan ifølge Christie ha en tendens til å «faktualisere» virkeligheten gjennom tall og data, til et punkt der denne ikke er synlig lengre. Med andre ord er argumentet at man skjuler faktiske konsekvenser for menneskers liv, bak empiriske data i tall og kalkyler. Christie var ikke prinsipielt imot slike analyser, men mente nok heller at når man behandlet menneskeverd og frihet, var man nødt til å ha en etisk debatt i front. Jeg skal nå se hvordan slike empiriske metoder, både de rene statistiske, men også normativt-ladete varianter kan fungere, da spesielt med den forutsetning at analysene bygger på å fremme lovgivers verdivalg i tråd med Ross' syn på rettspolitikk.

¹⁷⁷ Åpen høring i Stortingets helse- og omsorgskomiteé tirsdag 16. mars 2021. Uttalelsen gis ca. 55 minutter inn i videopptak 1/7 fra høringen som er tilgjengelig fra Stortingets [videoarkiv](#).

¹⁷⁸ Dette er grovt forenklet. Mer inngående om regelutilitarisme, da spesielt John Stuart Mills etikk, se Irwin: *The Development of Ethics, Volume III* (2009) s 418-420.

¹⁷⁹ Deontologi er en samlebetegnelse på normative etiske posisjoner som alle har til felles at de avviser handlingers konsekvenser som det eneste moralske relevante elementet i en normativ vurdering av rett og galt.

¹⁸⁰ Se Christie: *Pinens Begrensning* (1982) kap. 1.

¹⁸¹ Se f.eks. Christie: *Kriminalitetskontroll som industri* (2000) kap. 3.

3.4.3. Retts sosiologisk kritikk av lovens virkninger

Den klassiske formen for rettspolitisk virksomhet handler ikke om å undersøke eller kritisere de konkrete målsetningene som ligger til grunn for lovgivning eller andre rettskilder. I klassisk rettspolitikk legger jeg den rettsrealistiske formen for rettspolitikk som Ross mente hadde livets rett som rettsvitenskapelig disiplin. Her opptrer ikke forskeren som utfordrer til den lovgivende makt, men heller som en operatør som analyserer retten fra lovgivers ståsted. Som Ross selv skriver skal rettspolitikeren jobbe ut fra «de politiske innstillinger der faktisk forefindes hos magthavende kredse i samfunnet».¹⁸² Denne rollen som sosial teknolog forutsetter et rettsoptimistisk syn på lover som et instrument for å realisere flertallsmaktens mål for samfunnet. Den sentrale metoden for denne typen analyser vil være empirisk samfunnsvitenskap. Sånn sett anser de fleste retts sosiologien som det optimale fagfelt for å gjennomføre en slik oppgave.

Et eksempel på et grundig rettspolitisk arbeid som tar på seg en retts sosiologisk oppgave, er Aubert, Eckhoff og Sveris *En lov i søkelyset*.¹⁸³ Forfatterne tar her utgangspunkt i den nå opphevede midlertidig lov 3. desember 1948 om arbeidsvilkår for hushjelp (hushjelploven). I boken gjennomgås lovgivers motiver, de faktiske arbeidsforholdene for hushjelper (gjennom intervjubasert metode) og så hvorvidt forarbeidene stemte overens med den empiriske virkeligheten samt hvilken effekt loven hadde hatt for å fremme målene med den. Konklusjonen var at lovgiver til syvende og sist hadde vært «lite realistiske» ved utarbeidelsen av hushjelploven.¹⁸⁴ Forfatterne påpekte de konkrete problemene med lovteksten som den var utformet, og kom med forslag til endringer som baserte seg på deres innsamlede data.

Jeg har tidligere vist at det er mulig å ha en rasjonell diskurs om konsekvenser uten empirisk metode til grunn, men dette skaper problemet med ubestemthet inntil empiriske undersøkelser er foretatt¹⁸⁵. Et eksempel på et rettspolitisk arbeid som tar for seg et forslag til lovendring, og konkluderer med at resultatene av lovendringene ikke vil ha den forespeilede effekten er Anne Hellum og Vibeke Strands artikkel: «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet».¹⁸⁶ Her analyserer Hellum og Strand lovforslagene ut fra en helhetlig analyse av gjeldende rett på feltet og konkluderer med at loven vil gi dårlige resultater. Blant konklusjonene i artikkelen kan konklusjonen om at svake samfunnsgrupper generelt sett kommer dårligere ut av reformen enn i gjeldende rettstilstand trekkes frem. Interessant er det å se hvordan konklusjonen består av et konsekvensetisk argument for at loven ikke er *god*: «En nærliggende konsekvens av forslaget er at individer fra ressurssterke grupper vil gå styrket ut av reformen, mens individer som tilhører en eller flere svake grupper, vil bli diskrimineringsvernets tapere».¹⁸⁷

¹⁸² Ross: *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 410.

¹⁸³ Aubert/Eckhoff/Sveri: *En lov i søkelyset* (1952).

¹⁸⁴ Aubert/Eckhoff/Sveri: *En lov i søkelyset* (1952) s. 171.

¹⁸⁵ Se 2.4.2.3 over.

¹⁸⁶ Hellum/Strand: «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet» (2017).

¹⁸⁷ Hellum/Strand: «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet» (2017) s. 33-34.

3.5. Om samfunnets dynamikk som legitimitetsgrunnlag

3.5.1. Idealet om en responsiv rett

Et av formålene med rettstaten er å optimalisere menneskelig samhandling og atferd gjennom retten. For å kunne oppfylle formålet må retten respondere på behov og utfordringer som finnes i samfunnet til enhver tid. Når samfunnet er i konstant endring må rettsregler utvikles i samme takt, hvis ikke blir idéen om en responsiv rettsstat fåfengt. Jeg skal i dette punktet se på rettspolitisk argumentasjon som forankres i samfunnsendring.

Endringer i samfunnet kan komme til uttrykk på flere ulike plan. Det kan tenkes at rent faktiske forhold endres, noe som gir mulighet til å forankre rettspolitisk argumentasjon i empirisk materiale. Under en pandemi kan rettsforskeren for eksempel bruke medisinske og statistiske funn om smittetall og dødelighet som grunnlag for argumentasjon som kritiserer fungerende rett. På en annen side kan det tenkes at de moralske verdiene i samfunnet endres, noe som vil gi grunnlag for å rette kritikk mot lover som ikke stemmer overens med de nye verdiene. Et eksempel på en vesentlig moralsk endring i samfunnet fremveksten av likestillingstankegangen på begynnelsen av 1900-tallet, som resulterte blant annet i de Castbergske barnelover i 1915.¹⁸⁸ En tredje måte som endring kan komme til uttrykk er gjennom teknologisk utvikling. Et tydelig eksempel på hvordan endring i teknologi kan yte press mot gjeldende rett kan ses i Rt. 2012 s. 1211 (Blogger-kjennelsen). Saken gjaldt en person som var tiltalt for å oppfordre til drap av politi på bloggen sin. Spørsmålet Høyesterett behandlet var hvorvidt ytringene var fremsatt som «trykt skrift» og dermed lovstridige, jf. straffeloven 1902, § 140.¹⁸⁹ Problematikken saken gjaldt viser hvordan lover som er tenkt for en bestemt type teknologi, ikke vil svare til nye situasjoner som oppstår når annen teknologi har kommet til. I det følgende skal jeg undersøke hvordan rettspolitikk som forankres i nye verdier og rettspolitikk som forankres i teknologisk utvikling kan finne sted.

3.5.2. Endring i verdier

Samfunnets verdier endres over tid, noe som gjør at både eksisterende rettsregler kan anses både utdaterte og urettferdige. I motsetning til teknologisk endring er moralsk verdiendring mer flytende. Med dette mener jeg at verdiendring på samfunnsplan kan ta lang tid. Et eksempel her er hvordan miljøhensyn sakte har gått fra å ha minimalt fokus for vestlige demokratier, til å nå være en av de fremste politiske prioritetene.¹⁹⁰ I Norge er hensyn til miljøet inntatt som en del av Grunnloven i § 112. Ross beskriver den dynamiske verdiprosessen i samfunnet på følgende måte:

¹⁸⁸ Oppkalt etter tidligere høyesterettsdommer og politiker Johan Castberg. De Castbergske barnelover var seks lovendringer som vesentlig forbedret rettsstillingen til kvinner og barn gjennom bl.a. arve- og familielovgivningen. For mer se f.eks. Andersland (red.): *De Castbergske barnelover 1915-2015* (2015).

¹⁸⁹ (Opphevet) Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.

¹⁹⁰ Ekskurs: De fleste vil kanskje si – med det rette – at vi ennå har langt å gå som samfunn på miljøfeltet og at per 2022 gis miljøhensyn kun prioritet på papiret. Uavhengig av dette synspunktet er miljøhensyn alltid relevant i en rettsvitenskapelig kontekst, og kommer trolig til å få en større og større plass i årene som kommer.

«Den offentlige debat, i hvert fald i et demokratisk samfund, er en kontinuerlig proces, gennem hvilken ny indtryk, ny begivenheder og ny indsigt ustandseligt fordøjes og omsættes til en offentlig opinion. [...] I denne meningskamp formes den offentlige opinion med hensyn til tidens vekslende konkrete problemer, og ud heraf krystalliserer sig igen den mere almindelige moral- og retsfølelse»¹⁹¹

På samme måte som ved Fleischers begrep om «nye rettstanker» i forbindelse med *konstuert ratio decidendi*, er verdiendringene som får utslag i den allmenpolitiske debatten ikke nødvendigvis «nye». Det er kanskje heller snakk om verdisynspunkter som tidligere har vært marginale og som vokser frem til å bli majoritetens verdistandpunkt. Å kunne vise til rettskulturell utvikling, enten i kumulasjon av endringer i lovverk, i demografi (her hovedsakelig om fremveksten av et større kulturelt mangfold i det globaliserte samfunn eller i rettsfølelse) krever en sammensatt metode. Empiriske undersøkelser av folkeopinion kan foretas og kan siden sammenlignes med hverandre i tid for å se om rettsfølelsen har endret seg over tid. En slik undersøkelse kan samkjøres med en rettsdogmatisk systematisering av verdiene opp mot positiverte rettskilder. Samspillet av relevante metoder for å avdekke og forankre rettspolitiske synspunkter i samfunnsendring er således alltid relevant og mulig i en rettsvitenskapelig sammenheng.

3.5.3. Endring i teknologi

En annen måte der endring i samfunnsforhold kan fungere som legitimitetsgrunnlag for rettspolitisk argumentasjon er tilfeller der teknologi på et område har utviklet seg til et punkt som gjør de fungerende positiverte rettskildene uanvendelige. Her er det som ved de fleste andre grunnlagene jeg har trukket frem, mulig å legge både en positiv kritikk og negativ kritikk til grunn.

Den positive kritikken uttaler seg om manglende lovgivning på et felt. Kanskje har teknologi som vi ikke har tatt stilling til i lovgivningen oppstått? Et eksempel på dette er Inger Marie Sundes drøftelse av behovet for kriminalisering av ulike digitale handlinger i artikkelen «Har vi behov for straffebud om datakriminalitet?»¹⁹² Hovedargumentet til Sunde er at bruken datateknologi er såpass vanlig at det er behov for avklaring. Dette gjelder både i de spesielle straffebudene har gjerningsbeskrivelser som involverer bruk av datateknologi, men også tradisjonelle lovbruddene som i den digitale tidsalderen vil kunne begås over internett.¹⁹³ Vurderingene som Sunde gjør er eksplisitt rettspolitiske, men som en ser ved gjennomlesning av artikkelen er metoden hun bruker i stor grad rettsdogmatisk. Dette illustrer godt hvordan rettspolitikk kan foregå med bruk av rettsdogmatisk metode, der rettspolitikeren går inn i rollen som sosial teknolog og forsøker å hjelpe lovgiver med å justere lovgivningen så den får tilsiktet virkning.

¹⁹¹ Ross: *Ret og retfærdighed* (1953) s. 472.

¹⁹² Sunde: «Har vi behov for straffebud om datakriminalitet?» (2019).

¹⁹³ Sunde: «Har vi behov for straffebud om datakriminalitet?» (2019) s. 184-185.

Negativ kritikk er tilfeller der utviklingen gjør en lov overflødig. Et eksempel som illustrer mye av den samme argumentasjonsstrukturen som, men en slik negativ vinkling er Olav Torvunds artikkel «Det er på tide å pensjonere gjeldsbrevloven».¹⁹⁴ I korte trekk er argumentet til Torvund at loven bør fjernes ettersom den ble utformet i en tid da fysisk papir var den beste formen for å sikre notoritet i tingsretten. Vurderingene foretas stort sett på samme grunnlag som Sundes, nemlig en rettsdogmatisk gjennomgang av hvordan gjeldende rett er og hvordan den bør være i lys av formålene som ligger til grunn for loven.

4. Adressater for rettspolitik

4.1. Adressat som referansepunkt

4.1.1. Rettslig argumentasjon som kommunikasjonshandlinger

Rettsvitenskap er en kommunikativ praksis. Forskning som ikke formidles er meningsløs, så det er verdt å se nærmere på hvordan rettsvitenskapelig arbeid fungerer som kommunikasjonshandlinger. Rettspolitik er i et slikt lys en måte å formidle kunnskap om retten på til bestemte adressater. Spørsmålet jeg skal behandle i dette kapitlet er hvem disse kommunikasjonshandlingene rettes mot. I lys av oppgavens problemstilling er det i dette kapitlet særlig spørsmålet om rettsvitenskapelige krav og forventninger som står i sentrum. Hovedfokuset i kapitlet er følgende adressater for rettspolitik: Lovgiver, domstol og forskningsfellesskapet.

4.1.2. Kort om avsender og representasjon

Hvem rettsforskeren henvender seg til gjennom arbeidet sitt kan bestemmes av mange faktorer. En av de viktigere variablene her er spørsmålet om utgangspunktet for kommunikasjonshandlingen, rettere sagt spørsmålet om hvem rettsforskeren henvender seg på vegne av. Er det det juridiske fagfellesskapet? Er det borgerne i rettsstaten generelt? En spesiell samfunnsgruppe? Er det rettsforskeren selv? Hvilket sett med verdier som rettsforskeren skal fronte i sitt arbeid er et spørsmål om valg og strategier for det aktuelle temaet. Valget av innfallsvinkel og representasjon kan tilsynelatende virke fritt. Likevel vil valget kunne få store konsekvenser for hvordan forskningsarbeidet rent faktisk blir.

I rettsdogmatikken kan spørsmålet om valg og strategi synes relativt avklart. Rettsforskeren henvender seg på vegne av det rettsvitenskapelige fellesskap og de verdiene som er styrende for dette. For rettspolitikens del kan det antas at det samme gjelder, men ett grunnleggende spørsmål melder seg: Skal rettsforskeren se på seg selv som en aktør i den juridiske diskursen, eller som en observatør av denne? Det tenkes at det finnes rettsvitenskapelige krav til den rettspolitiske aktiviteten som binder forskeren. Forskeren blir med dette en normstyrt deltaker

¹⁹⁴ Torvund: «Det er på tide å pensjonere gjeldsbrevloven» (2021).

i diskursen. Men hvilke interesser skal forskeren da fremme? Det kan for eksempel helt klart avvise rettspolitiske arbeider som fremmer rettsforskerens egne personlige interesser skal anses som vitenskapelig. På en annen side er et rettspolitisk arbeid som fronter for eksempel kvinneperspektiver lettere å anerkjenne. Det som skiller disse to perspektivene, er hvilken forankring de har i de anerkjente verdipremissene i den diskursive plattformen hvor det diskuteres.

I en politisk diskurs vil egeninteresser og gruppeinteresser kunne sidestilles, og finner legitimitet i sin demokratiske gjennomslagskraft. I den aktuelle konteksten jobber jeg likevel ut fra premisset om at rettspolitikk er en vitenskapelig disiplin. Selv om arbeidet blir en del av den politiske diskursen må det underlegges krav, forventninger og legitimitetskriterier som gjelder for *vitenskapelige* arbeider.¹⁹⁵ Begrunnelsen eller legitimitetsgrunnlaget må formuleres ut fra disse forventningene og kravene. Dersom et arbeid vil fronte en bestemt interesse må interessen i et vitenskapelig perspektiv være uttalt, slik at det er mulig å diskutere både begrunnelsen, interessene og verdipremissene som er innfelt i valget av strategi.¹⁹⁶ Inneholder ikke arbeidet denne prosessen, vil det bryte med generelle krav i vitenskapen om redelighet og transparens. Sagt på en litt annen måte: Rettspolitiske arbeider som ikke tilgjengeliggjør sine verdimeslige premisser på en måte som gjør disse premissene åpen for kritikk og begrunnelse, kan ikke regnes for å være rettsvitenskapelig.

Hvilke verdier en rettspolitisk forsker legger til grunn for sitt arbeid er et spørsmål om strategi innenfor rettspolitiske legitime grenser. Å bruke ordet «strategi» i forbindelse med rettspolitikk gjør seg mest gjeldende i tilfeller der rettspolitikken opererer innenfor det mange vil kalle dens kommunikative kjernevirksomhet, det vil si rettspolitikk som henvender seg til lovgiver som adressat.

4.2. Rettspolitikk rettet mot lovgiver

Som jeg har vist tidligere er den tradisjonelle forståelsen av rettspolitikk at dette er en form for rettslig argumentasjon som retter anbefalinger mot lovgiver. Ross formulerte det som en av hovedmålsetningene til rettspolitikken at denne skal munne ut i konkrete forslag eller anbefalinger til den lovgivende myndighet.¹⁹⁷ Denne forståelsen sammenfalt med det han så på som rettspolitikk *de lege ferenda*. Ross' forståelse kan også stilles opp mot rettspolitikk *de sententia ferenda*, som henvender seg til domstolene. Ifølge Ross må anbefalingene til lovgiver baseres på en tredelt prosess som innebærer å i) analysere lovgiverens målsetninger, ii) redegjøre for optimale regler til å realisere målsetningene og iii) presentere anbefaling om en konkret lovgjennomføring for å oppnå disse målene. Denne prosessen ser på rettsforskeren som en «sosial teknolog» som er i stand til å beskrive hvordan lover virker i samfunnet for å oppnå bestemte sosiale, kulturelle eller økonomiske resultater.¹⁹⁸ Doublet kaller dette «social

¹⁹⁵ Et lignende syn i Horn: Fullstendig isolasjon (2017) s. 77.

¹⁹⁶ Johnsen: *Juss-buss – et fagkritisk eksperiment: idégrunnlag, arbeidsprinsipper og erfaringer* (2003) s. 69-70

¹⁹⁷ Eriksen: «Om rettspolitikk» (2012) s. 145 mvht. Ross: *Ret og retferdighet*, (1953) 421 flg.

¹⁹⁸ Om rettspolitikeren som sosial teknolog se Dalberg-Larsen: «Fem opfattelser av rettspolitikk som rettsvitenskapelig aktivitet» (2002) s. 16-22.

engineering» med videre henvisning til Roscoe Pounds rettsteori.¹⁹⁹ Ross selv ser på det som en form for «anvendt retts sosiologi eller retts teknikk»²⁰⁰ En slik forståelse av retts politikken forutsetter et ganske bestemt syn på retten og dens virkninger kalt *rettsoptimisme*.²⁰¹ Det er viktig å skille mellom teoretisk rettsoptimisme som en benevnelse for enkelte teorier som forutsetter at lovregulering kan være effektivt, og rettsoptimisme som politisk-kulturelt fenomen, altså en benevnelse for borgeres tillitt til rettslige og politiske institusjoner i sin egen rettskultur.

Det rettsoptimistiske synet på retten som sosial teknologi ble ganske vanlig i Skandinavia fra etterkrigstiden frem mot 1980-tallet. Hovedtanken er at samfunnets problemer kan løses gjennom lovgivning. Mange vil kanskje hevde at tanken om en lov som har en funksjon i samfunnet den virker i er en viktig forutsetning for tanken om en rettstat. Dette kan i hvert fall virke overbevisende i en skandinavisk velferdsstatlig kontekst der tillit til politiske institusjoner er høy. I andre rettskulturer er det ikke nødvendigvis slik. I USA for eksempel har man etter 30-årene med New-Deal politikk og en relativt aktiv stat, hatt et ambivalent forhold til begrepet om «social engineering,»²⁰² som av mange blir sett på som en unødig paternalistisk innblanding fra statens side.²⁰³

I Skandinavisk rettskultur har man en helhetlig tilnærming til politisk styring, der lovgivning kun ses på som kun én av mange oppgaver det offentlige har til å legge til rette for gode sosiale forhold.²⁰⁴ I denne tilnærmingen til politisk styring kan det ligge til juristene som særlig kompetente på lov og rett å komme med konkrete anbefalinger til lovutviklingen i et samspill med lovgiver. Det synes i hvert fall å være denne tanken som legges til grunn i rettspolitisk arbeid, da spesielt utenfor universitetene.²⁰⁵ Et rettspolitisk arbeid som har et slikt rettsoptimistisk utgangspunkt er Johan Hirschfeldt og Olof Peterssons undersøkelse av det svenske lovverkets robusthet i møte med krisetider.²⁰⁶ Forfatterne arbeider her innenfor en tese om at den demokratiske rettstaten blir satt under særlig press i krisetider og at en av de viktigste redskapene i møte med dette presset er lovregler.²⁰⁷ Verdiene de fronter demokratisk rettsstatlig stabilitet og kontinuitet samt begrensning av maktmisbruk. Disse verdiene er relativt ukontroversielle og vil i Bernts lagdeling spenne over alle verdikategoriene.

Grunnen til at jeg har introdusert rettspolitikk rettet mot lovgiver som uttrykk for den tradisjonelle forståelsen av rettspolitikk er at dette gjennom Ross, og andre konkrete rettspolitiske arbeider fra siste halvdel av 1900-tallet, har blitt kjernen av slik de fleste ser aktiviteten.²⁰⁸ Det kan kalles å definere rettspolitikk i snever forstand. Eriksen kaller det

¹⁹⁹ Doublet: Rett, vitenskap og fornuft (1995) s. 351. For det opprinnelige uttrykket se Pound: *Social Control Through Law* (1942) s. 64.

²⁰⁰ Ross: *Ret og retfærdighet* (1953) s. 418.

²⁰¹ Dalberg-Larsen: *Lovene og livet* (2005) s. 256.

²⁰² Begrepet er vanskelig å bruke i moderne tid ettersom det oftere blir brukt i en helt ny betydning om internetsikkerhet. Se «Social engineering» i *Merriam-Webster.com Dictionary*.

²⁰³ Om amerikansk tillit til stat og institusjoner se bl.a. Alvarez m.fl.: *Trust in Government is Low* (2019).

²⁰⁴ Dalberg-Larsen: «Fem oppfatninger av rettspolitikk som rettsvitenskapelig aktivitet» (2002) s. 62.

²⁰⁵ Rettshjelpsordningene, høringsuttalelser fra forbund og organisasjoner osv. Se bl.a. Refsdal/Horsbøl: «Hvordan jobbe rettspolitisk?» (2011).

²⁰⁶ Hirschfeldt/Petersson: *Rettsregler i kris* (2020).

²⁰⁷ Se bl.a. Hirschfeldt/Petersson: *Rettsregler i kris* (2020) s. 142-146.

²⁰⁸ Foruten Ross: *Ret og retfærdighet* se Strömholm: «Rettsvitenskap og rettspolitikk» (1973), Lauridsen: *Studier i rettspolitisk argumentation* (1974), Johnsen: *Retten til juridisk bistand. En rettspolitisk studie* (1987), og Aubert/Eckhoff/Sveri: *En lov i søkelyset* (1952)

«analyser som søker å avklare hvilke verdier rettstilstanden hviler på, og om retten er et rasjonelt middel for å realisere disse». Denne definisjonen blir blant annet gjengitt i doktoravhandlingen til Anne Kjersti Befring.²⁰⁹ Her fremholder hun blant annet at en konkret oppgave for rettspolitisk argumentasjon er å foreslå lovendringer.

Den typen mål/middel-analyser rettet mot lovgiver har en politisk-ideologisk forankring i den rettsstatlige maktfordelingen og baserer seg på tanken om en lovgiver som har monopol på rettsskapende virksomhet. Likevel kan det tenkes at det ikke lengre er lett å drive denne typen rettspolitikk i dagens rettskulturelle kontekst. På mange måter har retten blitt det Henrik Zahle kaller «polycentrisk». Med rettslig polycentri forsøker man å beskrive at retten som helhet dannes på forskjellige steder og av forskjellige institusjoner gjennom både direkte og indirekte samhandling. Det faller utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn på debatten om rettens polycentri, det essensielle jeg vil ta med videre fra ideen er at lovgiver ikke er den eneste rettsskapende institusjonen i norsk rettskultur.²¹⁰ Rettspolitikken bør, for å være virkningsfull, gjenspeile denne polycentrien. Jeg skal i det følgende se på hvordan en annen rettsskapende institusjon i den norske rettskulturen og hvordan rettspolitikk *de sententia ferenda* kan se ut.

4.3. Rettspolitikk rettet mot domstol

Dersom det kan være vanskelig å skille mellom rettsdogmatikk som argumentasjon *de lege lata* og rettspolitikk som argumentasjon *de lege ferenda*, kan rettspolitikk *de sententia ferenda* virke svært komplisert å få grep om. Argumentasjon *de sententia ferenda* kan grovt oversettes til argumentasjon om hvordan «oppfatningen bør være» eller hvordan «dommen bør felles».²¹¹

En av grunnene til at det er uklart hva Ross mener med rettspolitikk *de sententia ferenda* er at det innenfor selv den strengeste positivistiske rettsdogmatikken, virker klart at rettsdogmatisk holdbar argumentasjon forventes å få gjennomslag i domstolene for den som fremsetter argumentasjonen. At argumentasjon *de sententia ferenda* er rettspolitikk fremstår altså ikke som åpenbart. Dette er fordi det i selve siktemålet med en rettsdogmatisk argumentasjon – systematisk fremstilling av gjeldende rett – ligger en implikasjon om at domstolen er bundet av gjeldende rett, ergo forventes det at domstolen må forholde seg til den *riktige* rettsdogmatiske argumentasjon. En anbefaling til domstolen vil på denne måten forutsette at man legger en systematisk fremstilling av gjeldende rett til grunn. En anbefaling som ikke forutsetter dette, vil være meningsløs. Mesteparten av argumentasjonen *de sententia ferenda* synes derfor å være nært forbundet med *de lege lata*, i alle fall tettere enn til *de lege ferenda*. Preben Stuer Lauridsen, en av Ross' fremste kritikere, har fremsatt en lignende og mer fyllestgjørende innvending mot begrepet rettspolitikk *de sententia ferenda*.²¹² Han mener at begrepsbruken kan forkastes på bakgrunn av tre konkrete poeng:²¹³

²⁰⁹ Befring: *Genetisk kartlegging som grunnlag for persontilpasset medisin* (2019) s. 51-53.

²¹⁰ Begrepet rettslig polycentri ble introdusert av Zahle. For mer om debatten rundt dette se Blume/Petersen (red.): *Rettslig Polycentri* (1993).

²¹¹ Se *sententia* og *sententio* i latin-norsk ordbok.

²¹² Lauridsen: *Studier i retspolitisk argumentation* (1974) s. 330-333.

²¹³ Lauridsen: *Studier i retspolitisk argumentation* (1974) s. 330.

Det første poenget er at dersom en rettsforsker kritiserer en avsagt dom for å ikke stemme overens med den «juridiske tradisjon og metode» samtidig som det fremsettes anbefalinger som hevder å stemme overens med disse, vil kritikken høre hjemme i kjernen av den rettsdogmatiske argumentasjonsprosessen. En må forutsette at den rettsdogmatiske konklusjon stemmer overens med juridisk tradisjon og metode.

Alternativt ser Lauridsen på situasjoner der en rettsforskerens kritikk ikke peker på mangler med dommens overensstemmelse med juridisk tradisjon og metode, men heller på at en annen «heldigere vej» kunne blitt anvendt. En slik argumentasjon vil også ligge innenfor den rettsdogmatiske prosessens domene. Tilfellet vil for eksempel sammenfalle med den rettsdogmatiske konstruksjonen av *ratio decidendi*.²¹⁴

Det siste poenget til Lauridsen er at det kan tenkes tilfeller der rettsforskeren foreslår en alternativ løsning som ligger utenfor rammene til akseptabel juridisk tradisjon og metode. I et slikt tilfelle vil argumentasjonen være rettspolitisk *de lege feranda* med «forkert adressat».²¹⁵

Lauridsens argumentasjon er i disse tilfellene overbevisende og stemmer godt overens med poenger jeg har drøftet tidligere i denne teksten. Et eksempel jeg har brukt er Østenstads konstruksjon av en alternativ *ratio decidendi* i forbindelse med Sårstelldommen. Det som er interessant med Østenstads artikkel i forbindelse med problematikken om rettspolitikk *de sententia ferenda* er at det ikke er direkte åpenbart hvem som er adressaten for artikkelen. Er det domstolen eller er det forskningsfellesskapet? Østenstad skriver også i sin doktoravhandling at denne hovedsakelig er skrevet *de sententia ferenda*, da under forståelsen av at *de sententia ferenda* ikke sier noe bestemt om adressat, men mer om argumentasjonsmåte. Han skriver selv:

«Det avgjerande ikkje nødvendigvis er kva Høgsterett eller [EMD] meiner, eventuelt må antakast å meine, om et konkret spørsmål ut frå det som er praksis i dag, men derimot kva løysing som alt i alt har dei beste grunnar føre seg ut frå ein kritisk og verdiforankra analyse av rettskjeldematerialet»²¹⁶

Østenstad har med andre ord et vidt syn på rettsdogmatikk sammenlignet med det for eksempel Ross har. I denne sammenheng er det interessant å se at det tilsynelatende ikke blir lettere å foreta noen grensedragning mellom rettspolitikk og rettsdogmatikk ut fra valg av adressat heller.

Horn skriver at den eneste reelle forskjellen mellom rettsdogmatikken og rettspolitikken er at rettsdogmatikken søker gyldighet hos «dommere eller andre rettsanvendere» mens rettspolitikken søker gjennomslag i regelendring fra lovgiverhold.²¹⁷ Horn har, som jeg har

²¹⁴ Se punkt 2.4.3 over.

²¹⁵ Lauridsen: *Studier i rettspolitisk argumentation* (1974) s. 330.

²¹⁶ Østenstad: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (2011) s. 38.

²¹⁷ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017) s. 75.

skrevet tidligere, en snever tilnærming til rettsdogmatikken som rettsvitenskapelig aktivitet. Et annet sted i avhandlingen skriver han imidlertid at rettsdogmatikken er rettet mot «en *tenkt dommer*» (min kursiv).²¹⁸ Hva han legger i dette er ikke umiddelbart tydelig. Sitatet må leses i sammenheng med hvordan Horn ser på rettspolitikken adressat som han kaller «en tenkt lovgiver». I denne forbindelse utdyper han at bak den tenkte lovgiver ligger «den *egentlige adressaten* [...] det kritisk reflekterende rettsvitenskapelige fellesskap». ²¹⁹ Det blir naturlig å forstå at selv om han hevder at rettsdogmatikken er rettet mot dommere og andre rettsanvendere er det kritisk reflekterende rettsvitenskapelige fellesskap den reelle adressaten for både rettspolitikken og rettsdogmatikken.

Når man skriver om rettsdogmatikk i så snever forstand som det Horn gjør, kan det oppstå et problem med domstol som adressat. Dersom det er slik at rettsdogmatikken og rettspolitikken *de sententia ferenda* henvender seg til domstolen som verifikasjonsinstans for gjeldende rett, har man samtidig lagt til grunn det sentrale poenget i det rettsrealistiske vitenskapsprogrammet. Hvorvidt det er dommere i Høyesterett som er den endelige verifikasjonsinstansen for påstander om gjeldende rett er som nevnt debattert. Zahle fremhever at det innen den moderne nordiske rettsvitenskap ikke lenger er «domstolene som er ankerpunktet for, hvad der er gældende ret». ²²⁰ Bernt og Doublet fremhever at det er det juridiske kommunikative fellesskapet som ankerpunktet for hva som er riktig juss. De trekker frem Eckhoff som uttrykk for en mer pragmatisk rettsrealistisk variant enn Ross, hvor Høyesterett ikke er verifikator, men en sentral aktør i den diskursive prosessen som munner ut i en «allment akseptert konklusjon med hensyn til hva som er gjeldende rett». ²²¹ Jeg skal i det neste punktet se på rettspolitikk adressert til det rettsvitenskapelige forskningsfellesskapet som primær kunnskapsleverandør i rettskulturen.

4.4. Rettspolitikk rettet mot forskningsfellesskapet

Ifølge Doublet er det juridiske kommunikative fellesskapet, som nevnt, en betegnelse på den juridiske profesjon som består av aktører som alle er bundet til fellesskapet av et bestemt sett med rolleforventninger. Av disse rolleforventningene fremhever han blant annet oppgaven om å «oppretholde den samfunnsmessige helhets rettslige grunnlag og struktur. [...] Dette følger av profesjonens forpliktende forhold til rettssystemet og den rettslige rasjonalitet og er også et grunnleggende trekk ved jusens egen selvforståelse og funksjon i samfunnet». ²²² Den «rettslige rasjonalitet» kan her leses som en felles forutsetning deltakere i det kommunikative fellesskapet har for å diskutere rettslig. Enda bedre sagt kan den rettslige rasjonalitet kalles en felles diskursiv plattform som videreutvikles av aktører i det juridiske kommunikative fellesskapet. Idéen om et felles diskursivt utgangspunkt for aktører i den rettslige diskursen er en viktig forutsetning for Doublets systemteoretiske undersøkelse av retten, men også den hermeneutiske delen av teorien hans. Den systemteoretiske siden bygger på å se retten som et delsystem i samfunnet, et delsystem som opprettholdes og holdes funksjonelt av aktører – deltakerne i det

²¹⁸ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017) s. 73-74.

²¹⁹ Horn: *Fullstendig isolasjon* (2017) s. 74.

²²⁰ Zahle: «Retsdogmatik og retskritik» (1998) s. 241.

²²¹ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 229.

²²² Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) s. 38.

juridiske kommunikative fellesskap. I det hermeneutiske perspektivet er det juridiske kommunikative fellesskap en avgjørende del av en rettsstatlig samfunnsmessig helhet. Videre er den *diskursive plattformen* – de underliggende normer, kriterier og forventninger som stilles til aktørene i fellesskapet – en viktig del av de felles forutsetningen jurister har til å forstå hverandre og utvikle den rettslige diskursen, erkjennelsen og innsikten videre.

En rettspolitikk som henvender seg til det juridiske kommunikative fellesskapet er dermed del av en større rettsvitenskapelig kommunikativ helhet og kan avdekke, formulere og diskutere verdipremisser som deltakerne i dette fellesskapet har særlig tilgang til. Uten å direkte koble seg til Doublets systemteori foreslår Graver å bruke retorikk og hermeneutikk til å finne den uuttalte «forståelseshorisonten» til rettslige aktører.²²³ Denne forståelseshorisonten kan leses på samme måte som den diskursive plattformen for retten.

Bernt og Doublet foreslår sammen at hermeneutikk bør ligge til grunn for rettspolitikken. For at dette skal være meningsfylt mener de at rettspolitikken først og fremst skal jobbe mot de bredere rettsvitenskapelige mål og å være «perspektivutvidende» innen disse.²²⁴ Blant disse bredere rettsvitenskapelige målene ligger oppgaven om å analysere og avdekke de verdipremissene som rettstaten og rettslige fenomener bygger på. På sett og vis handler det om å gjennom diskurs avdekke totaliteten av «verdimessige sammenhengen» som rettslig argumentasjon foregår i. Disse ordene er nok til å skremme vannet av selv den mest drevne jurist, men for Bernt og Doublet handler rettspolitikk dypest sett om å ta del i en debatt om de rettskulturelle verdiene som er i spill når det argumenteres rettslig. Disse verdiene kan best videreutvikles og diskuteres i det juridiske kommunikative fellesskapet der rettsforskere har en særskilt diskursiv innsikt. Den rettspolitiske kampen er dermed ikke mellom rettsvitenskap og lovgiver, men en kamp innad i rettsvitenskapen – «en kamp om retorisk hegemoni».²²⁵ Dette hegemoniet er – slik jeg leser Bernt og Doublet – horisonten for den felles forståelse som rettsvitenskapen foregår innenfor. Rettspolitikk som henvender seg til forskningsfellesskapet handler dermed først og fremst om diskursiv utvikling i et hermeneutisk perspektiv. En diskursivt utviklende rettspolitikk kan med andre ord inneha en klar vitenskapelig karakter, såfremt den henvender seg til det rettsvitenskapelige forskningsfellesskapet på premissene skisserte i dette kapittelet.

5. Avslutning

5.1. Oppsummering og konklusjon

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen stiller følgende krav til en ferdig utdannet jurist: «Studenten skal være i stand til å: [...] skille mellom rettsdogmatiske og rettspolitiske

²²³ Graver: «Retorikk i rett og politikk» (2011) s. 89.

²²⁴ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 255.

²²⁵ Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi* (1998) s. 255.

analyser i juridisk arbeid». ²²⁶ I lys av dagens rettsvitenskapelige situasjon synes fakultetet her å stille et uoppnåelig krav til studenten. Rettspolitikk har et problematisk forholdt til rettsdogmatisk evaluering. Det positivistiske kravet om en verdinøytral rettsvitenskap forutsetter at rettspolitikken skyves ut i en egen arena, som ikke er ulik allmennpolitisk diskusjon. Med et positivistisk syn kan man betegne rettspolitikk som all rettslig argumentasjon som henvender seg til lovgiver om hvordan retten bør være. Likevel har dagens rettsdogmatikk et bredere argumenttilfang enn denne definisjonen tar utgangspunkt i. Det er ikke slik at rettsdogmatikken *ikke kan* ta opp diskusjonen om hvordan retten bør være, snarere *forventes det* at den *gjør* nettopp dette. Rettsdogmatikeren driver gjennom reelle hensyn og lignende argumentasjonsformer, en løpende evaluering av retten i lys av verdier som er nedfelt i den rettskulturelle tradisjonen og som danner grunnlaget for rettsdogmatikkens diskurs. Rettsdogmatikken er på én og samme tid en beskrivende praksis, en fortolkende praksis og en *påvirkende* praksis. Den normative takhøyden i rettsdogmatikken gjør at det er mulig å fremsette rettspolitiske argumenter som del av den rettsdogmatiske konklusjon. På denne måten blir rettspolitikk en restkategori som kun huser rettsdogmatiske argumenter som gir «umulige» løsninger innenfor det rettsdogmatiske legitimitetsgrunnlaget. I denne sammenhengen blir rettspolitikk slik den er fremsatt av det positivistiske vitenskapsidealet en overflødig kategori og kan forkastes fordi den ikke tilfører rettsvitenskapen noen andre perspektiver enn det som allerede er mulig gjennom rettsdogmatikken. Denne løsningen kan virke ønskelig i et demokratiperspektiv, men er ikke særlig treffende for hvordan rettsforskere oppfyller sitt vitenskapelige mandat. Rettspolitikk må derfor redefineres utenfor en rettsrealistisk kontekst.

Det er ingen nødvendighet at det tegnes en definitiv grense mellom rettspolitikk og rettsdogmatikk. Ikke bare det – grensedragningen kan til og med synes å være *umulig* i dagens rettsvitenskapelige landskap. Sånn sett må rettspolitikken defineres ut fra mer generelle krav og forventninger som stilles til rettsvitenskapelig kritikk av makt og etablerte synspunkt. Én av disse forventningene er at rettsforskeren er i stand til drive perspektivutvidende forskning. En slik type forskning krever evnen og innsikten til å kunne vekke verdier og verdipremisser mot lovgivervilje for å siden hevde hva som er de beste løsninger for å fremme de grunnleggende rettsstatlige verdiene om likhet, frihet og materiell rettferdighet. En slik oppgave er det vanskelig å oppfylle i den rettsdogmatiske sammenheng, selv med løpende evaluering. Rettspolitikken derimot er ikke bundet av lojalitetsplikt overfor lovgiver og blir det som kan kalles anti-autoritativ i sitt uttrykk. Legitimitetsgrunnlaget til rettspolitikk er derfor bare delvis sammenfallende med rettsdogmatikken, og vil forankres et bredere spekter av vitenskapsetiske normer. I dette perspektivet vil rettspolitikk være en disiplin med flere ulike metoder, herunder rettsdogmatiske, filosofiske og empiriske analyser.

Både rettspolitikk og rettsdogmatikk henvender seg til det juridiske kommunikative fellesskap og finner i dette fellesskapet sin diskursive plattform. Det rettsvitenskapelige forskningsfellesskapet står i en særstilling i kraft av sin funksjon som kunnskapsleverandør til det juridiske kommunikative fellesskapet. På denne måten har rettsforskeren en særskilt rolle i

²²⁶ Se «Læringsutbytte» på Det juridiske fakultet, UiB: Emneside for Masteroppgave (60 sp) <https://www.uib.no/emne/JUS396>. Det samme gjelder for Emneside masteroppgave (30 sp) <https://www.uib.no/emne/JUS399>.

utviklingen av retten. Ettersom rettspolitikk primært sett, er en påvirkende aktivitet vil rettstaten være tjent med en metodisk og moralsk ansvarliggjøring av det rettsvitenskapelige forskningsfellesskapet på feltet. Det kreves tydeligere stemmer som redefinerer rettspolitikken ut fra den bredere vitenskapelige og verdimessige konteksten hvor den rettsvitenskapelige diskursen foregår.

5.2. Rettspolitikkenes betydning for fremtidens rettsvitenskap

Under studietiden min ved Det juridiske fakultet i Bergen er det spesielt én erfaring jeg har gjort meg opp: Masterprogrammet i rettsvitenskap er en opplæringsprosess over fem år der kandidaten tilegner seg verktøy for å tolke, diskutere og forstå norsk rett. På samme tid har jeg følt på at studieløpet også er en avlæringsprosess der kreativitet, kritisk tenking og perspektiver forsvinner ut. Metode, etikk og kritikk gis lite fokus i fagene som undervises. I artikkelen «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» beskriver Bernt en tilsvarende situasjon for studieløpet da han selv tok utdanningen på 60-tallet.²²⁷ Artikkelen kom ut for 20 år siden og lite har tilsynelatende endret seg. I likhet med Bernt tror heller ikke jeg at rettsvitenskapen er i «intellektuelt forfall og metodisk bevisstløshet».²²⁸ Jeg tror faget og de faglige institusjonene er robuste og leverer dyktige jurister som styrker rettstaten. Demokratiet blir blant annet muliggjort av et juridisk kommunikativt fellesskap med en samstemt verdiplattform og forståelseshorisont. Sånn sett kan konformitet være et ideal i juridisk sammenheng. Samtidig ser man episoder der det motsatte er tilfelle. NAV-skandalen i 2019 eller politiets ransakingspraksis frem til 2021, er bare noen eksempler på hvorfor samfunnet trenger kritiske, ansvarlige og reflekterende jurister som er i stand til å utfordre det etablerte og verne om rettens integritet.

Prosesen som sikrer et trygt samfunn for alle, er aldri fullendt. Prosessen pågår kontinuerlig og det juridiske kommunikative fellesskapet er gjennom sin funksjon i retten, en viktig del av denne. Dersom det en dag skulle være slik at demokratiet og rettstaten svekkes, trengs et juridisk kommunikativt fellesskap som ikke er servile og konforme. Det trengs kritiske reflekterende hoder som har innsikt i rettens verdimessige mekanismer. Rettsvitenskapelige institusjoner og forskerne her må i første rekke kunne levere kunnskapspremisser for et juridisk fellesskap som er i stand til å utfordre det urettferdige og verne om det rettferdige. Jeg tror at et økt fokus på rettsvitenskapelig rettspolitikk og refleksjon rundt temaene rettspolitikken reiser er en måte rettsvitenskapen kan øke den metodiske, etiske og kritiske bevisstheten samt ansvarligheten til jurister, både i dag, og for i morgen.

²²⁷ Bernt: «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» (2002) s. 259-260.

²²⁸ Bernt: «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» (2002) s. 260.

Kildeliste

Litteratur

- Aasen, Henriette Sinding: *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget, Bergen 2000.
- Alvarez m.fl.: *Trust in Government is Low*, The Associated Press-NORC Center for Public Affairs Research og MeriTalk, Chicago 2019.
- Andenæs, Kristian: «Nils Kristian Sundbys rolle i kritisk juss-bevegelsen» i *Kritisk juss* 2013, s. 68-82.
- Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009.
- Andersland, Geir Kjell (red.): *De Castbergske barnelover 1915-2015*, Cappelen Damm akademisk, Oslo 2015.
- Aristoteles: *Politics*, Oxford University Press, Oxford 1995.
- Askeland, Bjarte: «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning» i Søvig/Schütz/Rasmussen (red.): *Undring og erkjennelse – festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget, Bergen 2013.
- Aubert/Eckhoff /Sveri: *En lov i søkelyset: sosialpsykologisk undersøkelse av den norske hushjelplov*, Universitetsforlaget, Oslo 1952.
- Backer, Inge Lorange: *Naturvern og naturinngrep*, Universitetsforlaget, Oslo 1986.
- Backer, Inge Lorange: «Samspillet mellom lovgivere og domstol i Norge» i *Jussens venner* 2016, s. 303-323.
- Befring, Anne Kjersti: *Genetisk kartlegging som grunnlag for persontilpasset medisin*, Oslo 2019.
- Bentham, Jeremy: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hafner, Darien, Conn 1948.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» i Holgersen/Krüger/Lilleholt (red.): *Nybrøtt og odling – Festskrift til Nils Nygaard*, Fagbokforlaget, Bergen 2002.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Hva vil vi med rettsvitenskapen» i Clausen/Dalberg-Larsen/Mortensen/Pedersen (red.): *Ikke kun rettsfilosofi – Festskrift til Sten Schaumburg-Müller*, Jurist og økonomiforbundets forlag, København 2016.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Høyesterett som politisk arena – Noen refleksjoner med utgangspunkt i to Høyesterettsdommer om norsk utlendingspolitikk» i *Jussens venner* 2013, s. 320-328.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» i Søvig, Karl Harald (red.): *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget, Bergen 2015.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens venner* 2004, s. 61-73.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Rettstat eller forskriftsstat?» i Syse/Bugge/Indreberg/Tveberg (red.): *Lov, liv og lære – festskrift til Inge Lorange Backer*, Oslo 2016.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter» i *Kritisk*

- juss* 1995 s. 10-36.
- Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Fagbokforlaget, Bergen 1998.
- Berg, Jens Petter: *Rett og rimelighet i moralsk belysning*, Oslo 2008.
- Bergo, Knut: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Cappelen akademisk forlag, Oslo 2002.
- Bergo, Knut: «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» i Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.) *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, Oslo 2019, s. 175-238.
- Bjorvand, Harald og Lindeman, Fredrik Otto: *Våre arveord – etymologisk ordbok*, Novus, Oslo 2000.
- Blandhol, Sverre: *De beste grunner*, 1. utgave, Gyldendal, Oslo 2013.
- Blume, Peter: «Replik om lex futura» i *Juristen* 1995, s. 86-88.
- Blume, Peter og Petersen, Hanne (red.): *Retlig polycentri*, Akademisk Forlag, København 1993.
- Blume, Peter: «Retspolitikk og lovforklaring» i *Juristen* 1994, s. 231-235.
- Bruserud, Herman: *Hardshipklausuler*, Fagbokforlaget, Bergen 2010.
- Brækhus, Sjur og Hærem, Axel: *Norsk tingsrett*, Universitetsforlaget, Oslo 1964.
- Boe, Erik: *Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010.
- Bull, Henrik: *Det indre marked for tjenester og kapital: import av finansielle tjenester*, Universitetsforlaget, Oslo 2002.
- Christie, Nils: *Kriminalitetskontroll som industri: mot GULAG, vestlig type*, 3. reviderte utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2000.
- Christie, Nils: *Pinens begrensning*, Universitetsforlaget, Oslo 1982.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: «Fem oppfattelser av rettspolitikk som rettsvitenskapelig aktivitet» i Evald/Schaumburg-Müller (red.): *Om rettspolitikk*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 2002.
- Dalberg-Larsen: *Lovene og livet: en rettsvitenskapelig grundbok*, 5. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, København 2005.
- Dalberg-Larsen: *Rettsens enhed – en illusion? Om rettlig pluralisme i teorien og i praksis*, Akademisk Forlag, København 1994.
- Doublet, David R.: *Rett, vitenskap og fornuft*, Alma mater, Bergen 1995.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1986.
- Dworkin, Ronald: *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1978.
- Eckhoff, Torstein: «Juss og politikk» i Bratholm/Sundby (red.): *Kritisk juss*, Pax, Oslo 1976, s.18-60.
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave v. Helgesen, Jan E., Universitetsforlaget, Oslo 2001.
- Eide, Erling og Stavang, Endre: *Rettsøkonomi*, 2. utgave, Cappelen Damm akademisk, Oslo 2018.
- Eng, Svein: *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, Oslo 2007.
- Eng, Svein: «Rettskildelære og publikasjonspraksis» i *Lov og Rett* 2020, s. 141-148.
- Eng, Svein: *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law*, Tidsskrift for

- Rettsvitenskap, Oslo 1993.
- Eriksen, Christoffer C.: *Kritikk*, Universitetsforlaget, Oslo 2016.
- Eriksen, Christoffer C.: «Om rettspolitik» i *Kritisk juss* 2012, s. 138-157.
- Eriksson, Lars D.: *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Juridica, Helsinki 1980.
- Franklin, Christian: «Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsipp om direktivkonform fortolkning» i *Jussens venner* 2012, s. 269-317.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund: «EU-rett som norsk rettskilde» i Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.) *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, Oslo 2019, s. 386-419.
- Føllesdal, Andreas: «KRL-faget og Høyesterett – erklæring til bruk i ankesak om KRL-faget i Høyesterett» i *Nordic Journal of Human Rights* 2001, s. 70-79.
- Gisle, Jon: *Jusleksikon*, 5. utgave, Kunnskapsforlaget, Oslo 2017.
- Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2015
- Graver, Hans Petter: «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser» i *Lov og Rett* 1995, s. 279-306.
- Graver, Hans Petter: «Retorikk i rett og politikk» i Rønning, Olaf Halvorsen (red.): *Med loven mot makta: Juss-buss førti år*, Novus, Oslo 2011, s. 79-90.
- Graver, Hans Petter: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008, s. 149-178.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2. utgave, Clarendon Press, Oxford 1994.
- Hellum, Anne og Strand, Vibeke Blaker: «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet» i *Kritisk juss* 2017, s. 4-34.
- Hester, D.A.: «The Casting Vote» i *American Journal of Philology* 1981 (Vol. 102, No. 3) s. 265-274.
- Hirschfeldt, Johan og Petersson, Olof: *Rättsregler i kris*, Dialogos forlag, Stockholm 2020.
- Holmboe, Morten: «En opplyst samtale: Om rettsvitenskapens oppgaver i kriminalpolitikken» i *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskap* 2016, s. 154-181.
- Holtermann, Jakob v. H. og Rytter, Jens Elo: «Retspolitikk» i Christensen/Herrmann/Holtermann/Madsen (red.): *De juridiske metoder – ti bud*, Hans Reitzels forlag, København 2021.
- Horn, Thomas: *Fullstendig isolasjon – ved risiko for bevisforspillelse*, Fagbokforlaget, Bergen 2017.
- Hume, David: *A Treatise of Human Nature*, 2. reviderte utgave, Clarendon Press, Oxford 1978.
- Høgberg, Benedikte Moltumyr: «Tilbakevirkningsforbudet som rettskildeprinsipp» i Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.) *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, Oslo 2019, s. 562-567.
- Irwin, Terence: *The Development of Ethics: A Historical and Critical Study, Volume III: From Kant to Rawls*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Jacobsen, Jørn RT: *Menneskevern eller menneskeverd?: ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet*, Fagbokforlaget, Bergen 2004.
- Johnsen, Jon T.: *Juss-buss et fagkritisk eksperiment: idégrunnlag, arbeidsprinsipper og erfaringer: veiledning for medarbeidere i Juss-buss*, Juss-buss, Oslo 2003.
- Johnsen, Jon T.: *Retten til juridisk bistand: en rettspolitisk studie*, TANO, Oslo 1987.

- Kant, Immanuel: «Grunnlegging av moralens metafysikk» i Kant, Immanuel: Storheim, Eivind (red.): *Moral, politikk og historie: et utvalg fra Kants praktiske filosofi*, Universitetsforlaget, Oslo 1983, s. 11-75.
- Kant, Immanuel: *Kritikk av den rene fornuft*, Pax, Oslo 2009.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford 1991.
- Kinander, Morten: «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen» i *Kritisk juss* 2000, s. 109-127.
- Kinander, Morten: *Rettsfilosofi – en innføring*, Fabokforlaget, Bergen 2005.
- Kinander, Morten: *The View from Within: An Analysis and Critique of Legal Realism and Descriptive Jurisprudence*, Fagbokforlaget, Bergen 2004.
- Kinander, Morten: «Trenger man egentlig ‘reelle hensyn’?» i *Lov og Rett* 2002 s. 224-242.
- Kjellebold, Alice og Aasen, Henriette Sinding: «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612» i *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2011, s. 50-68.
- Lauridsen, Preben Stuer: *Studier i retspolitisk argumentation*, Juristforbundets forlag, København 1974.
- Lilleholt, Kåre: *Godtruerverv og kreditorvern*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1999.
- Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, Gyldendal akademisk, Oslo 2005.
- Mikalsen, Kjartan Koch: «Med Kant mot ulikhet» i *Norsk filosofisk tidsskrift* 2021, s. 31-45.
- Monsen, Erik: «En kommentar til Sårstelldommen i Rt. 2010 s. 612» i Søvig/Schütz/Rasmussen (red.): *Undring og erkjennelse – festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget, Bergen 2013.
- Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm, Bergen 2012.
- Nguyên-Duy, Iris: «Stortinget i passasjerasetet – er det noe igjen av parlamentets lovgivende myndighet?» i Syse/Bugge/Indreberg/Tveberg (red.): *Lov, liv og lære – festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget, Oslo 2016.
- Norrie, Alan W.: *Law, Ideology and Punishment: Retrieval and Critique of the Liberal Idea of Criminal Justice*, Kluwer, Dordrecht 1991.
- Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2004.
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2007.
- O’Neill, Onara: *Constructions of Reason – Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.
- Platon: «Euthyfron» i *Samlede verker I*, s. 155-158, Vidarforlaget, Oslo 1999.
- Pound, Roscoe: *Social Control Through Law*, Yale University Press, New Haven 1942.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*, 1. utgave, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1971.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, Nyt nordisk forlag, København 1953.
- Refsdal, Endre S. og Horsbøl, Kine S.: «Hvordan jobbe retspolitisk? Særlig om rettshjelpsorganisasjoners påvirkningspotensiale» i Rønning, Olaf Halvorsen (red.): *Med loven mot makta: Juss-buss førti år*, Novus, Oslo 2011, s. 102-124.
- Schaumburg-Müller, Sten og Viskum, Bjarke: «Retspolitikk og metode» i Hamer/Carina Risvig og Schaumburg-Müller Sten (red.), *Juraens verden: Metoder, retskilder og discipliner* 1. utgave, Djøf Forlag, København 2020.
- Skoghøy, Jens Edvin A.: «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning» i *Lov og Rett* 2011, s.

- 255-282.
- Stendahl, Sara: «Social ottrygghet som värde – Den nya incitamentbaserade Sjukförsäkringen – Om inkomstbortfall, skyddad position, normativa grundmönster och rättens nivåer» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2015, s. 296-332.
- Strömholm, Stig: «Rättsvetenskap och rättspolitik» i *Svensk juristtidning* 1973, s. 657-675.
- Sunde, Inger Marie: «Har vi behov for et straffebed om datakriminalitet?» i *Tidsskrift for Strafferett* 2019, s. 168-185.
- Sunde, Jørn Øyrehagen: *Den juridiske komedien: ein antologi over tanke og praksis i den norske rettskulturen si historie*, Fagbokforlaget, Bergen 2007.
- Sunde, Jørn Øyrehagen: *Speculum legale – rettspegelen*, Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Syse, Aslak: «"Huleboerdommen" (LoR 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold?» i *Lov og Rett* 2011, s. 628-637.
- Sæther Mæhle, Synne og Aarli, Ragna: *Fra lov til rett*, 2. utgave, Gyldendal, Bergen 2018.
- Sæther Mæhle, Synne: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn – Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Gyldendal akademisk, Bergen 2005.
- Sæther Mæhle, Synne og Aarli, Ragna: «Juridisk metode for morgendagens jurister» i Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.) *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, Oslo 2019, s. 114-134.
- Sæther Mæhle, Synne: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» i *Jussens venner* 2004 s. 329-342.
- Sørensen, Jørgen Steen: «Lex futura» i *Juristen* 1994, s. 381-385.
- Sørensen, Jørgen Steen: «Duplik om lex futura» i *Juristen* 1995, s. 290-291.
- Torgersen, Runar: *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2008.
- Torvund, Olav: «Det er på tide å pensjonere gjeldsbrevloven» i *Lov og Rett* 2021, s. 439-446.
- Tuori, Kaarlo: *Critical Legal Positivism*, Ashgate, Aldershot 2002.
- Tuori, Kaarlo: *Rättens nivåer och dimensjoner*, Helsingfors universitet, Helsinki 2013.
- Tuori, Kaarlo: «Towards a Multi-Layered View on Modern Law» i Aarnio/Alexy/Bergholtz (red.): *Justice, Morality and Society – A Tribute to Aleksander Peczenik*, Juristforlaget i Lund, Lund 1997.
- Tvarnø, Christina D./Nielsen, Ruth: *Retskilder og retsteorier*, 5. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, København 2017.
- Tvarnø, Christina D./Nielsen, Ruth: *Retskilder og retsteorier*, 6. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, København 2021.
- Vinding Kruse, Frederik: *En nordisk lovbog: Udkast til en fællesborgerlig lovbog for Danmark, Finland, Island, Norge og Sverrig*, Gad kommisjonær, København 1948
- Winge, Nikolai K.: *Kampen om arealene*, Universitetsforlaget, Oslo 2013.
- Zahle, Henrik: «Hvad skal jeg gøre i denne sag?» i *Juristen*, nr. 3/2003, s. 81-93.
- Zahle, Henrik: «Retsdomatik og retskritik» i Touri, Kaarlo (red.): *Rättsdogmatikens alternativ*, Juridica, Helsinki 1998.
- Østenstad, Bjørn Henning: «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?» i *Lov og Rett* 2014, s. 484-501.
- Østenstad, Bjørn Henning: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Fagbokforlaget, Bergen 2011.

Offentlige dokumenter

NOU 2019: 26 *Rusreform – fra straff til hjelp*

Prop.92 L (2020-2021)

Innst.612 L (2020-2021)

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven.

Lover

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven).

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven).

(Opphevet) Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902).

(Opphevet) Midlertidig lov 3. desember 1948 nr. 5 om arbeidsvilkår for hushjelp (hushjelploven).

Internasjonale forpliktelser

Avtale 1992 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Dommer

Norges Høyesterett

Rt. 1875 s. 330 (Lysaker-dommen)

Rt. 1905 s. 715 (Bergen vannverk)

Rt. 1910 s. 231 (Kudommen)

Rt. 1940 s. 519 (Kassaregisterdommen)

Rt. 1912 s. 263 (Jernskrapdommen)

Rt. 1981 s. 745 (Isene-dommen)

Rt. 2000 s. 1056 (Gausi-dommen)

Rt. 2000 s. 1066 (Skotta-dommen)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2001 s. 1006 (Krl-fagdommen)

Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

Rt. 2012 s. 1211 (Blogger-kjennelsen)

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2012 s. 2039

HR-2022-731-A
HR-2022-732-A
HR-2022-733-A

EFTA-domstolen

E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v. The Icelandic State.

EMD (Den europeiske menneskerettighetsdomstolen)

15472/02 Folgerø and others v. Norway (KRL-saken)

Andre kilder

Det juridiske fakultet, UiB: Emneside for Masteroppgåve (60 sp), tilgjengelig fra:

<https://www.uib.no/emne/JUS396> (sist lest 23. mai 2022).

Merriam-Webster Dictionary: «Social engineering», tilgjengelig fra:

<https://www.merriam-webster.com/dictionary/social%20engineering> (Sist lest 2. mai 2022).

OECDs *Frascati Manual* i norsk oversettelse, NIFU 2004.

Stortinget: Åpen høring i Stortingets helse- og omsorgskomiteé tirsdag 16. mars 2021 kl.

09.00, tilgjengelig fra: <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/Videoarkiv/Arkiv-TV-sendinger/?mbid=/2021/H264-full/Hoeringssal1/03/16/Hoeringssal1-20210316-085604.mp4&msid=3244&dateid=10004541> (sist sett 01.06.2022).