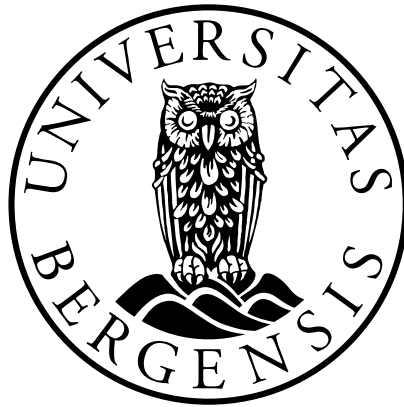


En forstående og kritisk tilnærming til Ronald Dworkins rettsteori

Kandidatnummer: 102

Antall ord: 32763



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

21. juni 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	4
1.1 Problemsstilling, tema, struktur og hovedbudskap.....	4
1.2 Definisjoner	5
1.3 Forskningsmål og forskningsmetode.....	8
1.3.1 Innledning.....	8
1.3.2 Forstående	8
1.3.3 Kritisk.....	10
1.3.4 Ulike formidlingsformer	11
1.4 Aktualitet	11
2 En introduksjon av Dworkins tilnærming til rett	14
2.1 Fra rettspositivismekritikk til rettsteori	14
3 En forståelse av Dworkins rettsteori	16
3.1 Om metodologi og teori.....	16
3.2 Dworkins rettsfilosofiske metodologi	17
3.2.1 Innledning.....	17
3.2.2 Deltaker, ikke observatør	18
3.2.2.1 Dworkins interne perspektiv og motstand mot «arkimediske synsvinkler»... 18	
3.2.2.2 Det interne og eksterne perspektiv i bredere rettsteoretisk diskurs..... 19	
3.2.3 Fortolkende, ikke beskrivende	21
3.2.3.1 Rett som fortolkningskonsept.....	21
3.2.3.2 Fortolkning av fortolkingen	22
3.2.3.3 Følger av fortolkningsteorien	24
3.2.4 Rettferdiggjørende, ikke presiserende.....	26
3.3 Dworkins rettsfilosofiske teori – noen overordnede trekk	27
3.3.1 Innledning.....	27
3.3.2 Om rettens natur	27
3.3.3 Rett og moral.....	29
3.3.4 Rett og politikk.....	31
3.4 Relasjonen til andre rettsteorier	34
3.4.1 Innledning.....	34

3.4.2	Forholdet til naturretten.....	35
3.4.3	Forholdet til den skandinaviske rettsrealismen	36
4	En kritikk av Dworkins rettsteori som rettsfilosofi	39
4.1	Utvelgelsen av fokusområde	39
4.2	Dworkins motstand mot «arkimediske synsvinkler».....	40
4.2.1	Innledning.....	40
4.2.2	Rettsteoretisk reduksjon	40
4.2.3	Rettsteoretisk relativisme	43
4.3	Dworkins fortolkningsteori.....	46
4.3.1	Innledning.....	46
4.3.2	Andre fortolkningsformer	47
4.3.2.1	Introduksjon	47
4.3.2.2.	«Institusjonell fortolkning»	47
4.3.2.3.	«Relasjonell fortolkning»	49
4.3.3	Er fortolkningen “fundamentally” konstruktiv?.....	50
4.4	Dworkins formålstillegging	51
4.5	Konsekvensen av kritikken.....	52
5	Verdien av Dworkins rettsteori som del av en juridisk metodelære	53
5.1	Begrunnelse og opplegg	53
5.2	Overordnet til rettsanvendelsesprosessen	54
5.2.1	Innledning.....	54
5.2.2	Koherens som rettsanvendelsesideal	55
5.2.3	Fortolkningen som struktureringsgrep og uenighetsmarkør	57
5.3	Til «førfortolkningsstadiet»	64
5.3.1	Innledning.....	64
5.3.2	Skifte i metodefokus.....	64
5.3.3	Mot en symbolsk-normativ oppfatning av rettslig praksis.....	66
5.3.4	Fra kamuflesjetese til «tillitstese»	70
5.4	Til «fortolkningsstadiet».....	73
5.4.1	Innledning.....	73
5.4.2	Rettssammenheng og rettsutvikling	75
5.4.3	«Livsfortolkning» som forståelsesmodell	77
5.4.4	«Lokal prioritet» som rettslig argument.....	79

5.4.5	«Inkluderende integritet» som harmoniseringsverktøy	81
5.5	Til «etterfortolkningsstadiet»	85
5.5.1	Innledning.....	85
5.5.2	Konklusjonen og «tesen om det riktige svar»	85
6	Avslutning	89
7	Kildeliste.....	90
7.1	Litteratur	90
7.2	Høyesterettsavgjørelser	99

1 Innledning

1.1 Problemsstilling, tema, struktur og hovedbudskap

Problemstillingen i denne oppgaven er: *Hvordan kan Dworkins rettsteori rimeligst forstås og hvilket bidrag tilfører den rettsteorien?*

Ved å utdype bakgrunnen for de sentrale ord og uttrykk brukt i problemstillingen, skal jeg her i pkt. 1.1. forsøke å fange inn oppgavens overordnede tema, struktur og hovedbudskap.

Bruken av både «forstås» og «bidrag tilfører» viser at oppgavens overordnede *tema* er todelt: en del forstående perspektiv på Dworkins rettsteori, og en del kritisk vurdering av Dworkins rettsteori. Dette gjenspeiles i *strukturen* på oppgaven: Jeg skal begynne med en *forstående* innfallsvinkel til Dworkins rettsteori gjennom en sortering av tema og systematisering av aspekt i hans rettsteoretiske forfatterskap (kap. 2 og 3). Deretter skal jeg rette et *kritisk* blikk på Dworkins rettsteori i en vurdering av dens rettsteoretiske bidrag (kap. 4 og 5). Innebygget i den kritiske vurdering er begrunnede oppfatninger av styrker så vel som svakheter i hans rettsteori. Jeg skal forklare nærmere innholdet i og den vitenskapsfilosofiske bakgrunn til mitt forstående og kritiske perspektiv i pkt. 1.3.

Et forstående perspektiv på Dworkins rettsteori krever løpende standpunkt til hva som er «rimeligst» forståelse av hans arbeid. Med «rimeligst» menes mest fornuftig, og uttrykker et utgangspunkt i Dworkins selvforståelse av sitt arbeid. «Rimeligst» må imidlertid forstås med to klare forbehold. For det første, er konteksten for forståelsen av Dworkins rettsteori kun Dworkins skriftlige arbeider, det tas ikke hensyn til f.eks. mulige påvirkninger fra hans sosiale bakgrunn. For det andre, mener jeg kun «rimeligst» gitt tiden som har stått til rådighet, og den begrensede rettsteoretiske kunnskap en siste års jusstudent kan ha tilegnet seg.

Problemstillingens bruk av betegnelsen «rettsteori[en]» er viktig for formidle mitt hovedbudskap. Betegnelsen rommer både analytisk rettsfilosofi og juridisk metodelære, og Dworkins rettsteori relaterer seg til begge disse undertema (jf. pkt. 1.2. og videre i kap. 3). Oppgavens overordnede poeng er at vurderingen av bidraget i Dworkins rettsteori blir *annerledes* hvis den bedømmes som analytisk rettsfilosofi (kap. 4) enn hvis den ses som (del av) en juridisk metodelære (kap. 5). Fokuset mitt blir på denne måten mot de delene av Dworkins arbeid som jeg anser av særlig relevans i et analytisk rettsfilosofisk- og juridisk

metodelæreperspektiv; oppgavens ramme tillater ingen fullstendig gjennomgang av Dworkins rettsteori. I tillegg er fokuset rettet mot Dworkins alminnelige rettsteori, det vil føre for langt å komme inn på Dworkins konstitusjonsteori.¹ Også Dworkins politiske filosofi faller utenfor denne oppgavens rettsteoretiske fokusområde.²

1.2 Definisjoner³

I problemsstillingen bruker jeg som nevnt betegnelsen «rettsteori». Hellner definerer rettsteori som en samlebetegnelse som blant annet inkluderer «rättsfilosofi», «almänn rättslära» og «rättskälleteori».⁴ På samme måte som jeg forstår Hellner, legger jeg både «rettsfilosofi» og «juridisk metodelære» i betegnelsen «rettsteori». For å avklare betydningen av «rettsteori» er det derfor nødvendig med en nærmere definisjon av «rettsfilosofi» og «juridisk metodelære».

Jeg har valgt å definere «rettsfilosofi» med utgangspunkt i angloamerikansk rettsteori, og ikke slik det er blitt gjort i skandinavisk rettsrealistisk tradisjon. For den skandinaviske rettsrealisten Alf Ross befinner rettsfilosofien seg i «etasjen over» rettsdogmatikken og «ser ned» på denne.⁵ Angloamerikanske rettsfilosofer i positivistisk tradisjon mener imidlertid at rettspositivismens oppfatning av rett ikke får betydning for juridisk argumentasjon,⁶ og da synes jeg det er vanskelig å si at rettsfilosofi som sådan «ser ned» (i betydning «bestemmer») rettsdogmatikk. For å fange rettspositivismen bedre, har jeg definert «rettsfilosofi» bredere. «Rettsfilosofi» forstår jeg derfor (kun) som en filosofisk analyse av rett og andre rettslige fenomen.⁷ Hvilken innvirkning denne filosofiske analysen har på rettsdogmatisk virksomhet blir slik et åpent spørsmål; definisjonen tillater variasjoner i hvilken grad rettsfilosofer ser rettsfilosofisk arbeid i sammenheng med juridisk argumentasjon.

Rettsfilosofi kan nærmere inndeles i en analytisk og normativ del. Analytisk rettsfilosofi interesserer seg for den metafysiske naturen til rett og rettslige fenomen, normativ rettsfilosofi

¹ Sml. f.eks. Scalias skille mellom «statutory interpretation» (som jeg tar opp) og «constitutional interpretation» (som jeg ikke kommer til å ta opp), se Scalia 1997 s.13-14. Også Dworkin behandler lovtolkning og grunnlovstolkning separat i sine bøker. Hans tilnærming til den amerikanske grunnloven kommer bla. til uttrykk i Dworkin 1986 kap. 10 og særlig Dworkin 1996a.

² En del av Dworkins politiske filosofi er samlet i Dworkin 2000.

³ Jeg kommer i dette punktet til å benytte anførselstegn for å klargjøre hva som defineres og forholdet mellom definisjoner. Mitt formål med definisjonene er å presisere meningsinnholdet jeg legger i sentrale begrep i oppgaven, og slik sette en ramme for fremstillingen.

⁴ Hellner 2001 s. 17.

⁵ Ross 1953 s. 35 og videre i Tvarnø og Nielsen 2014 s. 33.

⁶ Gardner 2012 s. 47, Kramer 1999 s. 114.

⁷ Lignende: Shapiro 2011 s. 2.

undersøker det moralske grunnlag for retten, f.eks. om samfunnet kan straffe (kritisk-normativt) og bakgrunnen til at samfunnet straffer (fortolkende-normativt).⁸ Man kan si de rettsfilosofiske grenene stiller ulike spørsmål: den analytiske rettsfilosofi spør «*hva* er rett (eller et annet rettslig fenomen)?»,⁹ den normative rettsfilosof spør «*hvorfor* finnes retten?».

«Juridisk metodelære» har i Norge også blitt betegnet som rettskildelære, og kan også kalles rettsdogmatisk fortolkningsteori. Slik forholdet mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk har blitt inndelt i «de lege lata» og «de lege ferenda», kan det være klargjørende å skille mellom syn på hvordan den juridiske metoden er i praksis og hvordan den juridiske metoden teoretisk sett bør være.¹⁰ Deskriptiv juridisk metodelære kan i så fall defineres som en fremstilling av hvordan jurister tar stilling til rettsspørsmål.¹¹ Normativ juridisk metodelære blir derimot en tilnærming til hvordan jurister *bør* ta stilling til rettsspørsmål. «Juridisk metodelære» kan differensieres fra analytisk rettsfilosofi gjennom en differensiering av rettsteoretisk interesse. Analytisk rettsfilosofi ønsker å komme nærmere et svar på spørsmålet «*hva* er rett (eller et annet rettslig fenomen)?», juridisk metodelære tar stilling til spørsmålet «*hvordan* er juridisk argumentasjon?» - eller i noen tilfeller «*hvordan* bør juridisk argumentasjon være?». Det blir slik mulig å adskille tematisk analytisk rettsfilosofi fra juridisk metodelære.

I tillegg til den nærmere betydning av «rettsteori» gjør min problemstilling det nødvendig å avklare hvor «Dworkins rettsteori» kommer til uttrykk. Det må med andre ord tas stilling til hvilken Dworkin oppgaven skal bygge på. En avklaring på dette punkt er viktig fordi Dworkin utvikler rettsteorien sin underveis i karrieren. Det fører til at Dworkin kan få en litt utydelig begrepsbruk, og det kan gjøre det vanskelig å systematisere ulike deler i forhold til hverandre.¹²

Denne oppgaven bygges hovedsakelig på Dworkins rettsteori slik den kommer til uttrykk i *Law's Empire*. Tidligere og senere enn *Law's Empire* har Dworkin brukt det snevrere artikkel-formatet til å formidle sin rettsteori. Det er ved *Law's Empire* hans rettsteori får et sammenhengende uttrykk, og boken fremstår derfor som hans rettsteoretiske hovedverk.¹³ I

⁸ Shapiro 2011 s. 2-3.

⁹ «What is law?» er f.eks. H.L.A. Harts orienteringspunkt i det betydningsfulle analytiske rettsfilosofiske verket *The Concept of Law*, se Hart 2012 s. 1 sammenholdt med Hart 2012 vi.

¹⁰ Som henholdsvis «de modus lata» og «de modus ferenda».

¹¹ Slik Eckhoff 2001 s. 15.

¹² For lignende kritikk, se Bayles 1992 s 176.

¹³ Jf. også Dworkin 1986 vii: "This books sets out in full-length form an answer I have been developing piecemeal".

forordet til *Law's Empire* beskrives også boken som en raffinering, utvidelse og forbedring av det Dworkin tidligere har skrevet.¹⁴ Tidligere og senere utgitte rettsteoretiske artikler benyttes likevel for å utdype og presisere Dworkins rettsteori slik den legges frem i *Law's Empire*.¹⁵

For den videre strukturen av oppgaven er det også nødvendig å klarlegge hvordan Dworkins rettsteori rimeligst bør oppfattes i relasjon til kategoriene «rettsfilosofi» og «juridisk metodelære». Som påpekt i pkt. 1.1, ønsker jeg å basere meg på Dworkins egne intensjoner. Først og fremst vil jeg da karakterisere den som en rettsfilosofi. Dworkin stiller og forsøker å besvare den analytiske rettsfilosofiens spørsmål: «hva er rett?».¹⁶ Dworkin snakker om hans «conception of law» og karakteriseres *Law's Empire* som en «general book on legal theory».¹⁷ Hans tema blir slik rett i det generelle, ikke retten i det spesifikke.¹⁸ Han kobler seg direkte til rettspositivistisk og naturrettslig rettsfilosofi,¹⁹ to andre tilnæringer til spørsmålet «hva er rett?». Utfra dette må Dworkin sies å lansere en form for analytisk rettsfilosofi.²⁰

Dworkins rettsfilosofi kommer imidlertid i stor grad *til uttrykk* som en rettsanvendelsesteori eller juridisk metodelære.²¹ Dworkins prosjekt «centers on formal adjudication».²² Dette må ses i sammenheng med Dworkins rettsfilosofiske metodologi, som jeg kommer nærmere tilbake til. Min vurdering av Dworkin bidrag til rettsteorien må derfor både knytte seg til noen refleksjoner rundt hva som er god *rettsfilosofi* og hva som er god *juridisk metodelære*.

«Norsk juridisk metodelære» vil fungere som en målestokk for å vurdere Dworkins bidrag til metodelæren, og må derfor også defineres. I den anledning baserer jeg meg hovedsakelig på en vurdering av hvilken metodelitteratur som *gjenkjennes* blant dagens jurister og jusstudenter. Viktig i så måte er varigheten boken har stått som metodepensum på norske juridiske læresteder, og i hvilket omfang boken har blitt gitt som metodepensum. Det gir en indikasjon på hva som *anerkjennes* som bidrag til den metodiske forståelse i det norske juridiske fellesskap. Med dette som utgangspunkt, vurderes det slik at en sammenfatning av

¹⁴ Dworkin 1986 vii og viii.

¹⁵ I nyere tid ga Dworkin også ut et nytt verk i bokformat, *Justice for Hedgehogs*, men denne boken overskrider flere filosofiske disipliner og langt fra like spisset rettsteoretisk som *Law's Empire*.

¹⁶ I overskriften til Dworkin 1986 kap. 1, og gjentatt som en del av epilogen i Dworkin 1986 s. 410-413.

¹⁷ Dworkin 1986 s. vii-viii.

¹⁸ Jeg oppfatter dette som Dworkins *utgangspunkt*, selv om en *konsekvens* av hans svar på «hva er rett?» («rett er fortolkning») relativiserer rettsteorier til bestemte samfunn, se Dworkin 1986 s. 102.

¹⁹ Eks. Dworkin 1986 31-37 og s. 98.

²⁰ Reservasjonen «en form for» gjøres fordi Dworkins rettsteori har noen særtrekk sammenlignet med andre analytiske rettsfilosofier, se Dickson 2001 s. 22-23 og min rettsfilosofiske kritikk i kap. 3.

²¹ Også Spaak 2007 s. 13 peker på Dworkins start i «assumptions about the the nature of law» og sluttresultat i en «theory of legal reasoning».

²² Dworkin 1986 s. 12.

Eckhoffs *Rettskildelære*²³, Nygaards *Rettsgrunnlag og standpunkt*²⁴ og Monsens *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*²⁵ anses som et representativt uttrykk for hva som er «norsk juridisk metodelære» i dag. Reservasjonen i «hovedsakelig» gjør at oppgaven også blir supplert med andre (deskriptive og normative) metodiske tilnærminger. Jeg vil særlig forholde meg til annen nyere norsk rettsteori, for å gi et bilde av den metodiske utvikling og den rettsteoretiske debatt som har funnet sted utenom lærebokfremstillingene. Samtidig gjør definisjonen av «norsk juridisk metode» at *internasjonaliseringen* som en nyere utviklingslinje for norsk rettsanvendelse ikke får den plass i fremstillingen den fortjener.²⁶

1.3 Forskningsmål og forskningsmetode

1.3.1 Innledning

Som uttrykt i oppgavens overskrift og todelte problemstillingen, tar jeg i bruk et forstående og et kritisk perspektiv. Disse perspektivene kan sies å symbolisere to ulike «processes of inquiry», henholdsvis hermeneutisk og kritisk orientert vitenskap.²⁷ Jeg skal først si noen nærmere ord om forskningsmålet og forskningsmetoden ved forståelsesperspektivet.

1.3.2 Forstående

I nyere hermeneutisk teori omtales forståelse som et grunntrekk ved mennesket.²⁸ Et overgripende forskningsmål ved min oppgave er forståelse av Dworkins rettsteori som en helhet (kap. 3) og av nærmere deler av Dworkins rettsteori som jeg synes er av interesse for norsk juridisk metodelære (kap. 5.). Med det kan oppgaven ses som knyttet til en hermeneutisk, humanvitenskapelig forskningstradisjon.²⁹ Jeg håper forståelsen blir et lite

²³ Jf. *varigheten* boken er blitt gitt som pensum, ved UiOs metodeemne JUS4111 står boken fortsatt som pensum mer enn 40 år etter første utgave.

²⁴ Jf. *varigheten* boken har blitt gitt som pensum (første utgave kom i 1999), sammenholdt med *omfanget* boken blir gitt som pensum, i 2018 står den som hovedlitteratur på tre juridiske læresteder (UiT, UiB og UiS).

²⁵ Jf. *omfanget* boken har fått som pensum (selv om boken først ble utgitt i 2012), i 2018 står den som hovedlitteratur på tre juridiske læresteder (UiB, UiS og UiA).

²⁶ Se Askeland 2018 s. 525-536. Jeg har heller ikke sett at den rettslige internasjonalisering får oppmerksomhet av Dworkin, naturlig nok med bakgrunn i at internasjonalisering i liten grad var noe man trengte å forholde seg til på 70- og 80-tallets USA. Se Culver og Giudice 2010 for en kritikk av det forfatterne omtaler som stats-basert rettsteori i en verden med de karakteriserer som intra-, trans-, supra-, og super-statlige sosiale fenomen, jf. Culver og Giudice 2010 xvi sammenholdt med xxiii-xxiv.

²⁷ Etter Habermas 1970 s. 308.

²⁸ Krog 2014 s. 44 om Gadamer.

²⁹ Man kan også si oppgaven har trekk av den *tradisjonelle* hermeneutiske fortolkningslæren, jeg søker mening i tekstene når jeg fortolker internasjonal rettsfilosofisk litteratur og norske metodefremstillinger.

bidrag til den samlede norske forståelsen av tematikken, en stein til det norske, rettsteoretiske kunnskapsbygg.

Oppgavens tilknytning til hermeneutikk forutsetter bevissthet omkring betegnelser i hermeneutisk teori, så som den hermeneutiske sirkel,³⁰ fordommer og førforståelse,³¹ horisont og horisontsammensmeltning,³² og virkningshistorie.³³ Dessuten forutsetter det en *vilje* til å korrigere fordommer og justere horisonten for å oppnå forståelse. Slik setter det å «forstå» større krav sammenlignet med det å «presentere» et emne.

Som ledd i den hermeneutiskknyttede forståelsen av Dworkins rettsteori, gjør jeg bruk av de vitenskapelige tilnæringsmåtene systematisering og sammenligning.³⁴ Kap. 5 *systematiserer* ulike element i Dworkins rettsteori i en praktisk metodisk ramme, der elementene basert på en analyse er forsøkt differensiert i ulike sideinndelinger (utfra hvilket steg i rettsanvendelsesprosessen den aktuelle delen synes å passe best inn). Også kap. 2 og 3 kan sies å ha trekk av systematiserende teoribygging i den forstand at kapitlene sorterer tema i Dworkins rettsteoretiske forfatterskap i en henholdsvis historisk kontekst og et filosofisk rammeverk. I tillegg benyttes *sammenligning* som hjelpemiddel til å forstå Dworkin; i kap. 3 sammenligner jeg Dworkins rettsteori med enkelte andre filosofiske tradisjoner, i kap. 5 kommer en sammenligning med berøringspunkter i norske tilnæringer til juridisk metode.

Et annet hjelpemiddel til målet om forståelse er bruk av vitenskapelige dyder.³⁵ Jeg vil særlig trekke frem utfordringen knyttet til grundighet. Rettsfilosofi kan være vanskelig tilgjengelig, og betegnelser kan benyttes ulikt forskjellige steder.³⁶ En ikke uvanlig rettsteoretisk kritikk virker å være at motparten ikke forstår hva en mener. Min oppgave blir da å gjennomgående være bevisst på om jeg forstår primærkilden riktig, slik at jeg oppnår den rimeligste forståelsen av arbeidet.

Et gjennomgående preg på oppgavens forstående perspektiv er forholdet til sekundærkilder; I søket etter en mest fornuftig forståelse av Dworkins rettsteori behandles andres fremstillinger

³⁰ Krog 2014 bla. s. 24.

³¹ Krog 2014 s. 47-51.

³² Krog 2014 s. 54-56.

³³ Krog 2014 s. 62-63.

³⁴ Jf. hvordan Askeland 2013a s. 21-23 omtaler systematisering og sammenligning som en viktig del av rettsforskerens rettsdogmatiske metode.

³⁵ Jeg tenker da særlig på «selvstendighet» «grundighet» og «balanse», det Tande 2011 s. 18 omtaler som blant vitenskapsidealene.

³⁶ Konkret når det gjelder Dworkin skriver Raz 1995 s. 222 at «Dworkin's conception of law (...) is not easy to ascertain». Raz' utsagn er riktignok avgitt før Dworkins *Law's Empire*.

av den i større grad som mulige instrumenter til å oppnå forståelse enn autoriteter for forståelsen. Det resulterer i at den overordnede forståelsen av Dworkins rettsteori i kap. 3 får et annet uttrykk enn andre, allerede eksisterende analyser av hans rettsteoretiske arbeid. Jeg synes man oppnår en rimeligst forståelse av Dworkins rettsteori som en helhet ved å rette fokus på *sammenhengen* mellom deler i rettsteorien, ikke å utdype meningen med *betegnelser* og *uttrykk* som Dworkin er kjent for å knytte an til og være opptatt av. I lærebøker i rettsfilosofi omtales Dworkins rettsteori gjerne i forbindelse med tematiseringer som f.eks. «Principles and policies», «Hercules and hard cases», «Law as literature», «Law as integrity», «Constructive interpretation» og «Right answers».³⁷ I stedet for å ta utgangspunkt i slike betegnelser og uttrykk som typisk assosieres med Dworkin, er et grunnleggende valg ved mitt søk etter forståelse å skille mellom Dworkins rettsfilosofiske *metodologi* og rettsfilosofiske *teori*, og forstå sistnevnte i lys av førstnevnte.³⁸ Det gjør det mulig å forsøke å notere sammenhenger mellom flere av de overnevnte betegnelser og uttrykk som det er vanlig å omtale Dworkin i relasjon til.³⁹

I tillegg orienteres mitt forstående perspektiv primært mot Dworkins rettsteori som byggverk i seg selv, ikke Dworkins rettsteori som motsetning til Harts rettsteori, det som gjerne beskrives som «Hart-Dworkin-debatten».⁴⁰ Kritikken mot Hart og kontrasten til Hart er imidlertid helt nødvendig både for å forstå Dworkins rettsteoretiske utvikling (se nærmere i kap. 2) og Dworkins metodologiske tilnærminger (se nærmere i pkt. 3.2.).

1.3.3 Kritisk

Det kritiske perspektiv inntas som en forlengelse av den hermeneutiskknyttede forståelse, og kan resultere i både positive og mer negative bedømmelser av Dworkins rettsteoretiske bidrag. I kap. 4 vil jeg rette et kritisk perspektiv mot Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi (nærmere presisert i pkt. 4.1.) og i kap. 5 skal jeg vurdere aspekt av Dworkins rettsteori som del av en juridisk metodelære. Jeg skal her ta for meg noen metodiske spørsmål knyttet til en slik kritisk innfallsvinkel.

³⁷ Overskriftene i henholdsvis Wacks 2015 s. 139, 140, 146, 148 og Bix 2009 s. 93 og 98.

³⁸ Dette er nærmere beskrevet i pkt. 3.1.

³⁹ «Right answers» og «Hercules» nevner jeg imidlertid først i kap. 5, og «hard cases» oppleves lite relevant for Dworkins prosjekt i *Law's Empire* (jf. pkt. 3.2.3.1 og 5.4.1.), selv om betegnelsen er fremtredende i *Taking Rights Seriously*.

⁴⁰ Jf. Eks. Shapiro 2007 s. 1.

Kanskje kan man presentere to vitenskapsteoretiske forankringsmåter for den kritiske vurderings plass i oppgaven. Slik jeg fortolker Habermas, kan man for det første anse det kritiske som et *forskningsmål i seg selv*. Som en del av frigjørende erkjennelsesinteresse, bør en kritisk orientert vitenskap strebe etter refleksjon *som sådan*.⁴¹ For det andre, kan vi si det hermeneutiske forskningsmålet forskyves til mer abstrakte konsepter, slik at kritikken blir en *konsekvens* av det man anser som en (u)tilfredsstillende oppfatning av disse abstrakte konseptene. Slik sett har min forståelse av konseptene «god rettsfilosofisk metodologi» og «god rettsdogmatisk fortolkning» ført til kritiske vurderinger av Dworkins tilnærming til det samme – se henholdsvis kap. 4 og kap. 5.

Som ved det forstående perspektiv (jf. pkt. 1.3.2), er bruk av vitenskapelige dyder et hjelpemiddel for en kritisk vurdering.

1.3.4 Ulike formidlingsformer

Opgavens forstående og kritiske perspektiv kan sies å uttrykkes gjennom ulike formidlingsformer.⁴² Min hermeneutiskknyttede forståelse formidles gjennom *redegjørelse* og *drøftelse*. Redegjørelsen har et presenterende preg,⁴³ mens drøftelsen er sammenstillende og representerer en større selvstendighet sammenlignet med redegjørelsen. Det kritiske perspektiv formidles gjennom *argumentasjon*, og ved argumentasjonen blir selvstendigheten økt ytterligere.

Som en forsøksvis konsekvent strategi, tar min formidling form som redegjørelse og drøftelse i kap. 2 og 3, mens kap. 4 har en argumenterende stil. Under punktene i kap. 5 ses også først redegjørelse, deretter drøftelse og til sist argumentasjon.

1.4 Aktualitet

Opgaven kan sies å ha teoretisk aktualitet og praktisk aktualitet. Oppgavens teoretiske aktualitet er relatert til dens orientering rundt analytisk rettsfilosofi (og Dworkins analytiske

⁴¹ Habermas 1972 s. 308 sammenholdt med s. 314.

⁴² Jeg er her inspirert av Eivind Kolfaaths omtale av redegjørelse, drøftelse og argumentasjon som tre «diskurstyper» i hans forelesning for forskerlinjen ved UiBs juridiske fakultet 29. oktober 2018 (i Bergen).

⁴³ Likevel basert på og innenfor rammeverket til et forstående perspektiv, jf. pkt. 1.3.

rettsfilosofi), dens praktiske aktualitet ligger i fokuset på juridisk metodelære (og Dworkins juridiske metodelære).

Jeg skal begynne med å si noen ord om oppgavens teoretiske aktualitet. Et fokus på analytisk rettsfilosofi er av *generell teoretisk aktualitet* fordi det representerer refleksjoner rundt forståelsen av en sosial institusjon med en gjennomgripende påvirkning på menneskers liv.⁴⁴ Dessuten knytter en rettsfilosofisk orientert oppgave an til trender innen rettsvitenskapelig forskning. Rettsfilosofi er et internasjonalt og tverrfaglig felt, og et fokus på rettsfilosofi harmonerer dermed med vendingen mot internasjonale og tverrfaglige perspektiv i forskningen.⁴⁵ Min vektlegging av rettsfilosofisk metodologi samsvarer også med trenden mot økt metodologisk bevissthet.⁴⁶

I tillegg kan man si et fokus på *Dworkins* rettsfilosofi gjør at oppgaven får en *konkret teoretisk aktualitet* i norsk kontekst. Dworkins rettsfilosofi har vært en inspirasjonskilde i sentrale deler av det rettsteoretiske miljø i Norge.⁴⁷ Rettsfilosofisk sett har imidlertid bruken av Dworkin knyttet seg til bestemte overordnede rettsteoretiske problemstillinger,⁴⁸ *grunnlaget* for hans rettsfilosofiske teori har det i liten grad blitt rettet et kritisk perspektiv mot i norsk rettsteoretisk sammenheng. Gitt hans innflytelse, er det viktig at hans rettsfilosofi blir grundig vurdert.

Jeg skal nå gi en begrunnelse for hvorfor oppgaven kan sies å ha *praktisk aktualitet*. For det første er et fokus på juridisk metode generelt høyaktuelt. Metoden overskrider inndelingen av de materielle juridiske emner, og får dermed en bred relevans. En nylig undersøkelse blant juridisk arbeidsgivere viser at det er et «fellestrekk» at «arbeidsgiverne fremhever betydningen av metodisk skoling».⁴⁹ En orientering mot metode er også i samsvar med Ludvigsen-utvalgets forslag til reform av læreplanene i norsk skole (NOU 2015:8): fokuset skal være på prinsipper og byggesteiner i fagene, elevene skal *lære å lære*.⁵⁰ Selv om

⁴⁴ Dickson 2001 s. 144. Selv om Dickson knytter utsagnet til hennes foretrukne «indirekte evaluerende metode», synes jeg det kan gjøres gjeldende for analytisk rettsfilosofi som sådan. Om en «indirekte evaluerende metode» fordyper vår forståelse *mest* eller *best*, er en annen sak.

⁴⁵ Van Gestel, Micklitz og Rubin 2017 p. 15.

⁴⁶ Van Gestel, Micklitz og Rubin 2017 p. 15.

⁴⁷ Sæther Mæhle 2007 (intervju).

⁴⁸ Se Sæther Mæhle 2005 s. 28-29 i sammenheng med s. 100-128, der hun i sin analyse av hvordan ulike legitimitetsmodeller kan danne grunnlag for fastlegging av rettsanvendelsesskjønnets grenser behandler Dworkin som representant for en substansiell legitimitetsmodell. I tillegg har Dworkin blitt vurdert opp mot spesifikke rettsdogmatiske spørsmål, se eks. Frøberg 2014 s. 240-242.

⁴⁹ Strandbakken 2016 s. 114.

⁵⁰ Ludvigsen 2015 (intervju).

utvalgets forslag er rettet mot grunnskoleopplæringen, viser det bredere styringspedagogiske utviklingstrekk.

For det andre, og konkret når det gjelder Dworkin, kan det være nyttig med en vurdering av hans bidrag til juridisk metodelære. En konsekvens av Dworkins metodologiske utgangspunkt (jf. pkt. 3.2.) er at rettsteorier som hans egen blir «addressed to a particular legal culture».⁵¹ Dworkins tilnærming til rettsanvendelsen kan derfor ikke ukritisk overføres til andre lands rettslige problemstillinger. Twining legger imidlertid til grunn at de grunnleggende ideer i Dworkins rettsteori ikke er begrenset til hans egen rettstradisjon, men har bred relevans.⁵² Og selv om Dworkin illustrerer ved bruk av angloamerikansk rettspraksis, formidles mer *allmenne* problemstillinger knyttet til juridisk metodelære. I tillegg representerer Dworkin som nevnt en *praktisk* form for rettsfilosofi ved sin orientering mot rettslig argumentasjon slik den foregår i domstolene. Dworkins rettsteori tar i stor grad form som en rettsanvendelsesteori,⁵³ han er interessert i rettens «liv», ikke dens «logikk».⁵⁴ Allmenne, praktiske problemstillinger Dworkin gir et svar på inkluderer: Hvordan bør rettsanvendelsesprosessen som helhet foregå? Hvordan bør lovtekst og rettspraksis fortolkes? Finnes det rettslig riktige svar? Til dette kommer at ulikheten når det gjelder juridisk metode i de ulike rettsfamiliene ikke er særlig stor, slik at en rettsanvendelsesteori utviklet av en amerikaner også kan ha nytte for en nordmann.⁵⁵

En generell *utvikling* kan dessuten sies å aktualisere Dworkins rettsteori som juridisk metodelære. For eksempel benytter europeiske rettslige institusjoner en prinsippterminologi (assosiert med Dworkin) fremfor en tradisjonell skandinavisk begrepsbruk.⁵⁶

⁵¹ Dworkin 1986 s. 102.

⁵² Twining 1996 s. 135.

⁵³ Uttrykket «rettsanvendelsesteori» benyttes av Kinander 2005 s. 114 og s. 149.

⁵⁴ Sml. Harold Laskis beskrivelse av Kelsens rettsteori, gjengitt i Wacks 2015 s. 121: 'an exercise in logic but not in life'.

⁵⁵ Slik Spaak 2007 s. 21, med videre henvisninger til «komparativ juridisk metode».

⁵⁶ Se eks. Tvarnø og Nielsen 2014 s. 216 om EU-domstolen.

2 En introduksjon av Dworkins tilnærming til rett

2.1 Fra rettspositivismekritikk til rettsteori

Som nevnt skal både min forståelse av og kritiske perspektiv på Dworkins rettsteori (kap. 3, 4 og 5) ta utgangspunkt i teoribyggingen i *Law's Empire*. For å gi en kontekst til de andre kapitlene i oppgaven, er det nødvendig med en *dogmehistorie*: en fremstilling av Dworkins «læresetningers» tilblivelse og utvikling.⁵⁷ Den filosofihistoriske bakgrunnen for Dworkins rettsteori avdekkes ved å ilegge et litteraturkronologisk perspektiv, altså et fokus på det Dworkin skrev *før* hans teoribygging i *Law's Empire*.

Man kan si Dworkin *konstruerer* sin rettsteori ut fra *kritikk* av Harts rettspositivisme, på likende måte som Harts rettsfilosofi delvis er bygd på kritikk av tidlig-positivisten John Austin.⁵⁸ For Dworkin var det nødvendig å «dekonstruere» rettspositivismens teser for å «rekonstruere» en egen rettsteori. Dworkins kritikk av Harts rettspositivisme har gitt navn til den såkalte «Hart-Dworkin-debatten». Det er kanskje særlig Dworkins «The Model of Rules I» som tas til inntekt for hans posisjon i «Hart-Dworkin-debatten»,⁵⁹ men mest presist er det å si at Dworkins kritikk kom i to stadier⁶⁰ eller to akter.⁶¹

«Hart-Dworkin-debatten» består av en hoveduenighet: er rett bare av *sosial* herkomst eller også *moralsk* fundert?⁶² Det er naturlig å karakterisere det som hoveduenigheten fordi den angår kjernen av definisjonen som gjerne gjøres av rettspositivismen: *retts eksistens og innhold avhenger av sosiale fakta, ikke dets (moralske) kvaliteter*.⁶³ Det eksisterer imidlertid også flere *andre* uenigheter mellom Dworkin og Hart,⁶⁴ hvorav flere vil nevnes senere i oppgaven. I tillegg bør nevnes en skinnuenighet som ofte har blitt omtalt som en uenighet.⁶⁵ Skinnuenigheten dreier seg om rett bare består av «rules» og ikke også «principles», med utgangspunkt i Dworkins definisjon av «rules» som *tvingende* (der de aktualiseres) og

⁵⁷ Jf. definisjonen av dogmehistorie i Store Norske Leksikon: Rasmussen 2009. Også f.eks. Bix 2009 s. 91 begynner sin omtale av Dworkin med å beskrive innholdet i hans «Earlier Writings».

⁵⁸ Bix 1999 s. 181.

⁵⁹ Artikkelen er opptrykt i Dworkin 1978 s. 14-45.

⁶⁰ Slik Stavropoulos 2017 s. 2085.

⁶¹ Slik Shapiro 2007 s. 26, forutsetningsvis.

⁶² Shapiro 2007 s. 5.

⁶³ Se eks. innledningen i Green 2018.

⁶⁴ Nevnt av Shapiro 2007 s. 3-4.

⁶⁵ Shapiro 2007 s. 3 og s. 17.

«principles» som *retningsgivende*.⁶⁶ Hart har imidlertid aldri ment at rett bare omfatter «rules» i Dworkins definisjon,⁶⁷ det er altså *enighet* mellom partene om at «principles» eksisterer som en bestanddel i retten.⁶⁸ I stedet må distinksjonen mellom «rules» og «principles» knyttes til hoveduenigheten: spørsmålet er om «rules» og «principles» har *ulikt opphav* (representerer hhv. sosiale og moralske fakta) som ikke positivismen kan møte.

Som ledd i hoveduenigheten, tilskriver Dworkin rettspositivismen noen teser som han mener må tilbakevises. Den overordnede tesen i «Hart-Dworkin-debattens» *første fase* er «opphavstesen».⁶⁹ Etter «opphavstesen» bestemmes et samfunns rett av *måten* noen regler er blitt til, en sosialt akseptert «over-regel» avgjør hva som danner rett og utgjør rettslige forpliktelser.⁷⁰ Dette er Dworkin uenig i. Han viser til at prinsipper oppfattes som rettslig bindende for dommere kun i kraft av deres *moralske* innhold,⁷¹ og dette kan ikke den positivistiske «over-regel» fange opp.⁷²

Den grunnleggende tesen Dworkin tilskriver positivismen i «Hart-Dworkin-debattens» *andre fase*, kan omtales som «enighetstesen». Ifølge denne tesen forutsetter positivismen konvensjonell enighet om kriteriene for rettslig gyldighet,⁷³ *grunnlaget* for rett («grounds of law»). At det forekommer *uenighet* blant rettsanvendere om kriteriene for rettslig gyldighet kan ikke positivismen forklare ifølge Dworkin.⁷⁴ Løsningen blir å innrømme at slik uenighet skyldes ulike *politisk-moralske* holdninger.⁷⁵

Jeg nøyter meg med å gi denne presentasjonen av hoveduenigheten mellom Hart og Dworkin, uten å ta noe standpunkt til denne. Det sentrale er hoveduenighetens *foranledning for* Dworkins egen rettsteori, fordi hans standpunkt i hoveduenigheten er noe som gjennomsyres i denne.

⁶⁶ Dworkin 1978 s. 24-26.

⁶⁷ Hart 2012 s. 263.

⁶⁸ Det kan derfor diskuteres om Skjerves omtale av Dworkin legger for stor vekt på hans «logiske skille» mellom «regler» og prinsipper» (hvis målet er å kontrastere ham mot Harts rettspositivisme), se Skjerve 2015 s. 157-167.

⁶⁹ Etter Shapiro 2007 s. 7: «Pedigree Thesis». De to andre, «Discretion Thesis» og «Obligation Thesis», kan etter min oppfatning behandles som en del av en overordnet «Pedigree thesis».

⁷⁰ Dworkin 1978 s. 17 sammenholdt med Shapiro s. 7, Hart 2012 s. 101 og Green 2012 xxi.

⁷¹ Dworkin 1978 s. 40 og Shapiro 2007 s. 12-14.

⁷² Dworkin 1978 s. 39-44.

⁷³ Dworkin forstått i Marmor 1992 s. 3-4.

⁷⁴ Dworkin 1986 s. 6-7.

⁷⁵ Shapiro 2007 s. 35.

3 En forståelse av Dworkins rettsteori

3.1 Om metodologi og teori

For å kunne vurdere det rettsteoretiske bidrag i Dworkins rettsteori, er det nødvendig med en forståelse av Dworkins rettsteori. I og med jeg oppfatter Dworkins primære prosjekt til å være analytisk rettsfilosofisk (jf. pkt. 1.2.), skal mitt forstående perspektiv ta utgangspunkt i Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi, likevel slik at det vises hvordan Dworkins orientering mot juridisk metodelære blandes inn i og gjennomsyrrer hans rettsfilosofi.

Med forståelse som formål har jeg valgt å skille mellom Dworkins rettsfilosofiske metodologi og rettsfilosofiske teori som to ulike aspekt i hans rettsfilosofi.⁷⁶ Jeg skal utdype grunnlaget for dette her i pkt. 3.1.

I «Dworkins rettsfilosofiske metodologi» legger jeg Dworkins forklaring og rettferdiggjøring av den metoden han bruker for å gi sin teori om rett. Metodologien sier noe om hvordan Dworkin mener man skal bedrive rettsfilosofi, metoden kommer som en konsekvens; slik bedriver han rettsfilosofi.⁷⁷ Min vektlegging av metodologi kan sies å være i tråd med en generell «metodologisk vending» i rettsfilosofisk litteratur.⁷⁸ En isolert behandling av *Dworkins* metodologi gjøres hos Dickson og Halpin,⁷⁹ som jeg i fotnoter skal relatere mine diskuterbare kategoriseringer (med hensyn til skillet metodologi-teori) til.

Med «Dworkins rettsfilosofiske teori» sikter jeg til Dworkins oppfatning av innholdet i fenomenet rett. Fokus blir rettet «noen overordnede trekk», det vil si rettsteoriens standpunkt til enkelte sentrale rettsteoretiske emner. Begrunnelsen for at jeg derfor tar for meg «rettens natur», «rett og moral» og «rett og politikk» vil bli gjort under hvert av disse punktene nedenfor. Først i kap. 5 vil jeg bevege meg fra det overordnede plan og til detaljnivå i rettsteorien.

Sæther Mæhle legger til grunn at det jeg har rubrisert under «teori» (synspunkt på forholdet mellom rett og moral) symboliserer et «valg av metodologisk innfallsvinkel til

⁷⁶ Min inspirasjon for betegnelsen «teori» som kontrast til «metodologi» er Halpin 2006 s. 97.

⁷⁷ Sml. Green 2005 s. 575, som knytter metodologi til spørsmålet «How should one do jurisprudence?».

⁷⁸ Green 2005 s. 575.

⁷⁹ Dickson 2001 s. 93-132 (med klar hovedvekt på Dworkins formålstillegging, mitt pkt. 4.4.) og Halpin 2006 s. 75-77 og s. 95-97.

forskningen».⁸⁰ Det synes vanskelig å avgjøre om det var Dworkins moralsyn eller en bakenforliggende metodologi som erkjennelsesmessig var første bevegelse for Dworkins rettsfilosofi. Strukturelt mener jeg imidlertid det er mest klargjørende å plassere hans deltakende, fortolkende metodologi før hans syn på forholdet mellom rett og moral. I et slikt lys *gjør* Dworkins metodologi at retten får en moralsk dimensjon, det blir en naturlig *følge* av hans metodologi. Mer generelt er poenget at Dworkin kan sies å gi innhold til sin rettsteori utfra en metodologi. Hans rettsfilosofiske resonnement bygger på visse premisser (i form av en metodologi) som er grunnlag for en omfattende konklusjon (i form av en teori).⁸¹ På denne bakgrunn mener jeg en rimeligst forståelse av Dworkins rettsteori inkluderer et skille mellom Dworkins metodologi og teori.

I min omtale av henholdsvis Dworkins rettsfilosofiske metodologi og Dworkins rettsfilosofiske teori vil jeg som et avsluttende poeng tidvis trekke inn andre teoretiske arbeider. Som nevnt i pkt. 1.3, er formålet med dette å gi et perspektiv på Dworkin som jeg mener er egnet til å forstå hans rettsfilosofi bedre. En sammenligning med norske tilnærminger til rettsdogmatisk fortolkning (juridisk metode) vil skje i kap. 5.

3.2 Dworkins rettsfilosofiske metodologi

3.2.1 Innledning

I pkt. 3.1 har jeg argumentert for at en rettsfilosofisk metodologi fungerer som en forutsetning for en rettsfilosofisk teori. Dworkins metodologi kan sies å bygge på tre hovedaspekt. Det første er Dworkins interne, deltakende innfallsvinkel (med en tilknyttet motstand mot «arkimediske synsvinkler»), utdypet i pkt. 3.2.2. Det andre er hans fortolkningstilnærming og fortolkningsteori, se pkt. 3.2.3. Det tredje er hans formålspåføring, nærmere omtalt i pkt. 3.2.4. Som overskrift i pkt. 3.2.2.-3.2.4. har jeg brukt tre dikotomier, for å adskille Dworkins tilnærming fra måten Hart mener han bedriver rettsfilosofi, noe jeg skal utdype nedenfor.

⁸⁰ Sæther Mæhle 2015 s. 142-143 (kursivering fjernet).

⁸¹ Se Føllesdal og Walløe 2000 s. 195 om strukturen til et resonnement.

3.2.2 Deltaker, ikke observatør

3.2.2.1 Dworkins interne perspektiv og motstand mot «arkimediske synsvinkler»

Et gjennomgående trekk ved Dworkins rettsfilosofi er at hans synsvinkel på rett er *intern*, hans perspektiv er *rettsdeltakernes* perspektiv.⁸² Med andre ord betrakter Dworkin rettslig praksis «innenfra», som en blant rettsanvenderne, ikke «utenfra», som en og annen rettsfilosof. Det rettsfilosofiske opphav til vektlegging av en intern synsvinkel er Harts kritikk av Austin; for å forstå rettssystemet er det ifølge Hart nødvendig å forstå hvordan *deltakere* i rettssystemet oppfatter det.⁸³

Deltakere i «law in action» argumenterer rundt og tar stilling til rettslige spørsmål. Når det diskuteres hva som er rettslig riktig, benyttes betegnelser som korrekt/ikke korrekt og forsvarlig/uforsvarlig. I et internt perspektiv oppfattes altså retten som et *normativt* anliggende. Rettsdeltakernes egen oppfatning av retten danner grunnlag for at Dworkin, som meddeltaker, *selv* kan opptre argumenterende og normativt.⁸⁴ Man kan si Dworkins rettsteoretisering kommer som en konsekvens av at den juridiske virksomhets «språkspill» er det argumenterende og normative.⁸⁵ Flere rettsfilosofier mener Dworkin på denne måten tar Harts vektlegging av det interne et steg videre; Dworkin tar ikke bare *i betraktning* deltakernes perspektiv (som Hart), men *oppfører seg* som om han var deltaker.⁸⁶ Konsekvensen blir en kvalitativ metodologisk forskjell mellom rettsfilosofene; Hart mener han beholder en ekstern synsvinkel på rett,⁸⁷ Dworkins synsvinkel blir intern.

Dworkins interne, deltakende perspektiv på rett illustreres særlig gjennom hans tilnærming til rettspraksis. Dworkin tar hyppig *standpunkt* til både reelle og oppdiktete saker, han refererer ikke bare dommer. Det er ifølge Dworkin ønskelig fordi rettsfilosofi da oppleves praktisk interessant for rettsanvendere, og ikke bare noe av «akademisk interesse».⁸⁸ Dworkins

⁸² Dworkin 1986, s. 14. Her kan det noteres en interessant parallell til den norske filosofen Hans Skjerveims essay *Deltakar og tilskodar* (der også han kritiserer en form for positivisme), se Skjerveim 1996 s. 71 flg.

⁸³ Bix 2009 s. 41 og Hart 2012 s. 55-58, s. 82-91.

⁸⁴ Se Dworkin 1986 s. 14 for en slik kobling mellom deltakelse i rettens praksis og mulighet til normativ rettsteori. Til støtte for en slik forståelse av Dworkin, se Halpin 2006 s. 77.

⁸⁵ Jf. fortolkningen av eldre Wittgenstein i Tranøy og Hellesnes 1968 s. 41-42.

⁸⁶ Bix 2009 s. 181 med videre tilvisninger.

⁸⁷ Hart 2012 s. 242-243.

⁸⁸ Dworkin 2004b s. 36-37.

holdning kommer til uttrykk allerede ved åpningssetningen i *Law's Empire*: «It matters how judges decide cases.»⁸⁹

Motsatsen til Dworkins interne deltakerperspektiv er et eksternt observatørperspektiv. Overfor ble Hart nevnt som eksempel, Dworkin viser i tillegg til Oliver Wendell Holmes.⁹⁰ I *Law's Empire* ser Dworkin verdien av eksterne sosiologiske og historiske perspektiv på retten, så lenge de tar i betraktning interne måter å tenke på.⁹¹ I senere arbeider presiserer han at rettsfilosofiske forsøk på å analysere rett fra et eksternt perspektiv ikke kan unngå å bli interne, deltakende.⁹² Dette uttrykkes gjennom Dworkins dikotomi mellom andre rettsfilosofers *arkimediske* synsvinkel og hans egen *anti-arkimediske* posisjon.⁹³ En arkimedisk synsvinkel forutsetter at det finnes et «arkimedisk punkt» som gjør det mulig å stå utenfor og i et eksternt, uavhengig forhold til en hel tenkemåte.⁹⁴ Dworkins er *anti-arkimedisk* i den forstand at han mener det ikke er mulig å finne en slik eksternt «posisjon» å beskrive eller evaluere rett utfra utenfor rettsaktørers vanlige måter å tenke om retten på.⁹⁵ Han viser blant annet til at eksterne teorier som påstår å være «deskriptive» får intern, normativ betydning; de tar også side i juridiske tvister.⁹⁶

3.2.2.2 Det interne og eksterne perspektiv i bredere rettsteoretisk diskurs

Til nå har fokuset vært på *Dworkins* interne, deltakende synsvinkel. Jeg skal nå forsøke å sette Dworkins metodologiske startpunkt inn i en bredere rettsteoretisk ramme, for å forsøke å komme nærmere hva som ligger i et intern, deltakende perspektiv sammenlignet med eksternt, observerende perspektiv. Mitt forståelsessøk går så å si fra det konkrete (knyttet til Dworkins metodologi), til det generelle (knyttet til rettsfilosofisk metodologi som sådan). Jeg begynner med det interne, deltakende perspektiv.

⁸⁹ Dworkin 1986 s. 1.

⁹⁰ Dworkin 1986 s. 14 med henvisning til Holmes' artikkel *The Path of Law*.

⁹¹ Dworkin 1986 s. 13-14.

⁹² Dworkin 2004b s. 3 sammenholdt med s. 20. Dworkin 1987 s. 19 reserverer seg mot at *alle* teorier om rett blir intern og deltakende, men likevel slik at mange må oppfattes som det. I Dworkin 2004b har jeg ikke funnet tilsvarende reservasjon, *generelt* anser Dworkin at analyser av rett er/blir deltakende og normative.

⁹³ Eks. Dworkin 2004b s. 2. Ripstein 2007 s. 1 benytter derfor uttrykket «anti-arkimedisk» om Dworkins rettsteori. Både «arkimedismen» og «ikke-arkimedismen» knyttes til sitatet som tilskrives Arkimedes: «Gi meg noe å stå på, og jeg kan bevege jorden», som gjengitt hos Ripstein 2007 s. 5.

⁹⁴ Dworkin 1996b s. 88 sammenholdt med Ripstein 2007 s. 5.

⁹⁵ Ripstein 2007 s. 5.

⁹⁶ Dworkin 2004b s. 20. Lignende: Dworkin 1986 s. 68-69.

Selv om Dworkin gjør det interne, deltakende perspektiv til en del av sin *rettsfilosofi*, assosieres perspektivet i dagens rettsvitenskapelige diskurs gjerne med praktisk *rettsdogmatikk*. I rettsdogmatikken opptrer rettsforskeren som rettsanvender (og systematiser rettsstoffet) innenfor et rettsystem,⁹⁷ hun oppfører seg som et medlem i et bestemt rettslig fellesskap.⁹⁸ Slik sett innebærer det interne, deltakende perspektiv en aksept av samfunnets rettsnormer som helhet,⁹⁹ rettsforskeren blir deltaker i diskusjonen om hvordan en best *forholder seg* til retten slik den institusjonelt er fastlagt. Etymologisk forstås også «dogmatisk» som en autoritativt bundet analyse.¹⁰⁰ Utfra dette kan det kanskje noteres to kjennetegn på en intern, deltakende metodologi: en deltakelse medfører et fokus rettet mot *rettsanvendelsen* og en deltakelse fordrer en *aksept* av en rettsorden å delta i.

Mitt forslag til disse kjennetegnene på en intern, deltakende metodologi forutsetter at en slik metodologi ikke kommer i flere varianter. Barzun deler den interne synsvinkel som metodologi inn i to versjoner, den ene representert av Hart og den andre representert ved Dworkin.¹⁰¹ Selv vil jeg karakterisere Harts innfallsvinkel som et moderat eksternt perspektiv,¹⁰² i den forstand at han tar innover seg interne oppfatninger rundt rett – men mener som nevnt han bevarer et eksternt perspektiv på rett. I så fall er det bare Dworkin (av ham og Hart) som *inntar* en intern synsvinkel.

Det er nærliggende å betrakte eksterne, observerende perspektiv som negasjonen til interne, deltakende perspektiv. Formålet med denne innfallsvinkelen kan sies å være kunnskapssøken om rett uten deltakelse i en rettslig praksis. Perspektivet forutsetter da ikke nødvendigvis aksept av den rett man prøver å forstå.¹⁰³ Eksterne, ikke-dogmatiske innfallsvinkler kan deles inn i ulike typer. Eksempler er *sosiologiske* analyser av den sosiale konsekvensen av retten i et bestemt samfunn,¹⁰⁴ *historiske* analyser av rettens utvikling og *statsvitenskapelige* analyser av mulig påvirkning fra dommeres politiske ideologi på retten.¹⁰⁵ I tillegg representerer Hart et eksternt forankret *filosofisk* forsøk på å komme nærmere rett som generelt konsept.¹⁰⁶ Jeg oppfatter det ikke slik at en ekstern innfallsvinkel nødvendigvis medfører irrelevans i et

⁹⁷ Slik Smits 2017 s. 210-211. Se nærmere eks. Smits 2017 s. 223 om hvordan dommeren og rettsforskerens rettsdogmatiske oppgaver ikke samsvarer.

⁹⁸ Wintgens 1997 s. 470.

⁹⁹ Kramer 1999 s. 166.

¹⁰⁰ Bernt og Doublet 1998 s. 178.

¹⁰¹ Barzun 2015 s. 1221 og 1231.

¹⁰² Slik Kramer 1999 s. 167.

¹⁰³ Kramer 1999 s. 165. Dvs. aksept *som* forsker i forskningsvirksomheten, noe annet blir situasjonen som privatperson hvis man befinner seg i det rettsystem man studerer.

¹⁰⁴ Slik Cotterrell 1983 s. 242-243. Cotterrell kobler her direkte rettsosologien til et observerende utenfra-perspektiv på rettslig praksis, i kontrast til rettsdogmatikkens deltaker-perspektiv.

¹⁰⁵ Grendstad, Shaffer og Waltenburg 2012 s. 240-253.

¹⁰⁶ Det er dette eksterne, *filosofiske* perspektiv som virker å være Dworkins angrepsmål i hans motstand mot «arkimediske synsvinkler», og som derfor blir mitt fokus i kap. 4.

internt, deltakende perspektiv;¹⁰⁷ rettssosiologiske og rettshistoriske analyser kan bidra til nye rettsdogmatiske refleksjoner.

Overordnet sett synes jeg det kan være klargjørende å trekke en parallell mellom et internt og eksternt perspektiv i studiet av rett og måten kristendom studeres i henholdsvis teologi og religionsstudier.¹⁰⁸ Teologer studerer kristendom innenfor en autoritativ tradisjon,¹⁰⁹ religionshistorikere og religions sosiologer gjør ikke det, men søker fortsatt kunnskap om kristendom.

Avslutningsvis skal jeg vende tilbake til Dworkin og Hart, for å føre det generelle om intern/ekstern-distinksjonen tilbake til min konkrete tematikk. Selv om Dworkin og Hart representerer henholdsvis en intern og ekstern innfallsvinkel til studiet av rett, har de begge hermeneutiske røtter i deres felles vektlegging av det interne perspektiv.¹¹⁰ Dworkin og Harts ulike metodologi kan ses som uttrykk for tilholdssted i ulike hermeneutiske tradisjoner. Hart, i likhet med hermeneutikeren Dilthey, opptrer som en observatør som forsøker å *rekonstruere* forståelsesobjektet «rett».¹¹¹ Dworkin, i tråd med hermeneutikken til Gadamer, opptrer som deltaker innenfor en (rettslig) tradisjon, hans egen horisont *integreres* med forståelsesobjektets horisont.¹¹²

3.2.3 Fortolkende, ikke beskrivende

3.2.3.1 Rett som fortolkningskonsept

Et annet hovedaspekt i Dworkins metodologi er hans betoning av fortolkningens rolle ved forståelsen av retten.¹¹³ Jeg oppfatter Dworkins fortolkningsstilnærming som sekundær til hans interne, deltakende innfallsvinkel, fordi det er for deltakerne at retten fremtrer som et

¹⁰⁷ Motsatt: Barzun 2015 s. 1265.

¹⁰⁸ Se Barzun 2015 s. 1262 med videre henvisninger.

¹⁰⁹ Som formulert av Trubek 1984 s. 587.

¹¹⁰ Se Bix 1999 s. 176 sin kobling mellom det interne aspekt og hermeneutikk. Hart selv karakteriserer sin oppmerksomhet på deltakerperspektivet som 'hermeneutic' i Hart 1983 s. 13.

¹¹¹ Donato 1988 s. 1528-1529.

¹¹² Donato 1988 s. 1536-1538.

¹¹³ Jeg har valgt å bruke betegnelsen «fortolkning»/«fortolking» fremfor «tolkning», da førstnevnte virker å være betegnelsen som benyttes i humanistisk vitenskapelig sammenheng, se Pettersen 2018. Pettersen 2018 skriver at fortolkningen søker en dypere mening i et fortolkningsobjekt, og det samsvarer med hva Dworkin selv legger i «law as interpretation».

fortolkningskonsept.¹¹⁴ Der Hart forteller at han beskriver rett,¹¹⁵ legger Dworkin til grunn at en fortolkning av retten kombinerer deskriptive og normative element.¹¹⁶ Dworkins rettsteori rubriseres derfor gjerne under overskriften «Legal interpretivism».¹¹⁷ I det følgende skal jeg først utdype *hvorfor* Dworkin betrakter rett som et fortolkningskonsept, i neste punkt skal jeg presisere *hva* «rett som fortolkningskonsept» innebærer og til sist skal jeg si noe om hvilke *implikasjoner* dette får for Dworkin.

Bakgrunnen for at Dworkin betrakter rett som fortolkningskonsept, er en analyse av årsaken til rettslig uenighet. Dworkin mener uenighet mellom rettsanvendere bunner i ulike fortolkninger av rett.¹¹⁸ Uavhengig av uenighet, har de alle en «interpretive attitude» til studiet av rett, de forstår alle retten gjennom fortolkning. I et internt, deltakende perspektiv er derfor rett et *fortolkingskonsept*.¹¹⁹ Det er et fellestrekk ved alle sosiale praksiser, ikke bare rettslig praksis.¹²⁰

Å betrakte rett som fortolkning er også relatert til Dworkins anti-arkimediske posisjon. Dworkin skiller mellom to ulike tilnærminger til en fortolkningsvirksomhet: «ekstern skeptisisme» og «intern skeptisisme.» Førstnevnte står på utsiden og snakker *om* fortolkningsvirksomheten, mens sistnevnte er engasjert *i* fortolkninger på innsiden av fortolkningsvirksomheten.¹²¹ I tråd med sin generelle oppfatning av «arkimediske» synsvinkler, mener Dworkin at det bare er den interne skeptisismen som er «worth anything».¹²² Rettsteoretikere skal produsere fortolkninger, ikke karakterisere fortolkninger.

3.2.3.2 Fortolkning av fortolkningen

¹¹⁴ Også Dworkins strukturering av *Law's Empire* støtter en slik forståelse: Dworkins fortolknings teori plasseres *etter* hans avklaring av innfallsvinkel.

¹¹⁵ Hart 2012 s. 240. Dworkin mener som nevnt det ikke lar seg gjøre å rent beskrive retten.

¹¹⁶ Dworkin 1985 s. 147. I *Taking Rights Seriously* ser Dworkin ut til å begynne med en *deskriptiv* form for fortolkning av rett (gjennom å skrive bla. at retten i praksis ikke bare består av «rules», men også «principles», dommeren har «weak discretion» i «hard cases»). I *Law's Empire* virker han derimot å i større grad vektlegge *normative* trekk ved fortolkningen (eks. at tolkningen «essentially» innebærer å se «law in its best light»), se pkt. 3.2.3.2.

¹¹⁷ Se bla. overskriften i Stavropoulos 2014.

¹¹⁸ Dworkin 1986 s. 87. På s. 11 lanserer han problemsstillingen.

¹¹⁹ Dworkin 1986 s. 87. Dworkin 2006a s. 9-12 skiller denne forståelsen av rett som fortolkningskonsept fra «riterial concepts» og «natural kind concepts», der anvendelsen bestemmes av lingvistiske analyser. Denne taksonomien brukes også i Dworkin 2011 s. 158-160.

¹²⁰ Dworkin bruker et samfunns tilnærming til dets «rules of courtesy» som eksempel, se Dworkin 1986 s. 47-49.

¹²¹ Dworkin 1986 s. 78-80.

¹²² Dworkin 1986 s. 86.

For å avklare hva en fortolkning av sosial (inkl. rettslig) praksis innebærer, lanserer Dworkin en teori om fortolkning. Dworkin skriver at en slik teori i seg selv er en fortolkning av praksisen i å bruke fortolkningskonsept, slik at det ikke er til å unngå at fortolkningsteorien blir kontroversiell.¹²³

Dworkin konkluderer med at fortolkning av sosiale praksiser «*essentially*» er formålsoverrett, ikke årsaksorientert.¹²⁴ Fortolkeren går ut fra og bygger på at praksisen har «some point».¹²⁵ Og «*fundamentally*» påfører man mening til praksisen for å gjøre den så bra som den kan bli,¹²⁶ man forsøker å se den i sitt beste lys.¹²⁷ Dette omtaler Dworkin som *konstruktiv* fortolkning.¹²⁸ Dworkin avviser dermed at fortolkningen «*fundamentally*» er det han kaller *konversasjonell*, det vil si søkende etter intensjonen bak praksisen.¹²⁹ Også en intensjonssøken er en del av forsøket på å gjøre praksisen så bra som den kan bli.¹³⁰ En konstruktiv fortolkning må *for å være en fortolkning* samsvare («fit») med praksisen som fortolkningsgjenstand, og *for å være konstruktiv* innbefatte en substansiell («substantive») vurdering av hva som setter praksisen i dens beste lys.¹³¹ Grunnen til at jeg har kategorisert Dworkins fortolkningsteori som del av hans rettsfilosofiske metodologi (og ikke teori) er hans forutsetning om at man forstår retten *gjennom* en slik konstruktiv fortolkning av rettslig praksis.¹³² Slik sett fungerer den konstruktive fortolkning som en metodologisk betingelse for å kunne gi et teoretisk innhold til retten.

Dworkins interesse i å avdekke hva en fortolkning «*essentially*» og «*fundamentally*» er, gjør at hans fortolkningsteori får et fenomenologisk preg. Edmund Husserl, fenomenologiens grunnlegger, konsentrerte seg også om å forstå et fenomens «essence».¹³³ Mer overordnet kan

¹²³ Dworkin 1986 s. 49.

¹²⁴ Dworkin 1986 s. 51 og s. 52.

¹²⁵ Dworkin 1986 s. 47.

¹²⁶ Dworkin 1986 s. 52-53.

¹²⁷ Dworkin 1986 s. 90.

¹²⁸ Dworkin 1986 s. 52.

¹²⁹ Slik jeg har sett, nevner ikke Dworkin eksplisitt navn på forsvarere av en konversasjonell fortolkningsform. Som eksempel i nyere tid kan nevnes Marmor 1992 bla. s. 156 og Bix 1993 s. 130-131, hvorav særlig Marmor er inspirert av Joseph Raz' rettsfilosofi.

¹³⁰ Dworkin 1986 s. 54 og 60-61.

¹³¹ Slik jeg forstår Dworkin 1986 s. 67.

¹³² Tilsvarende: Dickson 2001 s. 74-75. Halpin 2006 s. 96-97 kategoriserer dog den konstruktive fortolkning som en del av Dworkins «theory», ikke metodologi. Underbyggelsen av dette er imidlertid forsiktig fremført: «strictly speaking» er det ikke et «necessary element» av Dworkins metodologi.

¹³³ Jf. Husserl som sitert av Moran 2000 s. 1-2. Også Samuel 2003 s. 82 karakteriserer Dworkins «reasoning model» som fenomenologisk, men da fordi den representerer fortolkerens interne synsvinkel (med henvisning til Dworkin 1985 s. 235). Det er en litt annen begrunnelse for det fenomenologiske innslag i Dworkins rettsfilosofi enn min.

fenomenologi defineres som et forsøk på oppnå sannhet ved å beskrive fenomen slik de manifesterer seg i oppleverens bevissthet.¹³⁴ Dworkins fenomenologi-pregede ordbruk peker i retning av at han vil få tak på fortolkning *som fenomen*, selv om han altså *forteller* at det han gjør er å «fortolke» fortolkningspraksisen. På en annen side gjør Dworkins oppfatning av fortolkningen som konstruktiv at han ikke står i den hermeneutiske tradisjon etter Gadamer på dette punkt.¹³⁵ Selv om hans interne, deltakende synsvinkel altså har en parallell i Gadamer forfatterskap (se pkt. 3.2.2.2.), deler ikke Dworkins fortolkningsteori Gadamerens betoning av måten (en rettslig) tradisjon fungerer som fortolkningsforutsetning.

Jeg skal forsøke å komme nærmere karakteren av den konstruktive fortolkning ved å diskutere hva «beste» refererer til når en praksis ses i sitt «beste lys». Green forstår Dworkin slik at «beste» refererer til det som *subjektivt* er best for en selv, i Greens eksempel advokaten og dennes klient.¹³⁶ Selv oppfatter jeg Dworkin slik at han *objektiverer* målsetningen i den konstruktive fortolkning; fortolkningens siktemål er verdensinteressen, ikke egeninteressen.¹³⁷ Dworkin skriver konsekvent at en konstruktiv fortolkning handler om å gjøre praksisen så bra som *den* kan bli, se den i *dets* beste lys – aldri med et reserverende tillegg som f.eks. «for min klient» (subjektivt sett) eller «for juristfelleskapet» (intersubjektivt sett). I stedet ligger bindingen for den konstruktive fortolkning på historien til eller formen på praksisen man fortolker.¹³⁸

3.2.3.3 Følger av fortolkningsteorien

Hvilke følger får så Dworkins fortolkningsteori for tilnærmingen til retten? Det kan skilles mellom to aspekt. Deskriptivt anses rettsteorier å ha det konstruktive som *fortolkningsformål*. Normativt får rettsanvenderen og rettsforskeren en *fortolkningsoppgave*: se retten i dets beste lys. Jeg behandler de to aspektene etter tur.

For Dworkin er det konstruktive det rettslige *fortolkningsformål*, og denne oppfatningen bestemmer hans lesing av andre rettsteorier. De er alle konstruktive fortolkninger som

¹³⁴ Moran 2000 s. 4.

¹³⁵ Bernt og Doublet 1998 s. 203-204.

¹³⁶ Green 2005 s. 580.

¹³⁷ Jeg benytter meg av «objektiverende» fremfor å omtale det som «objektivt», da Dworkin er skeptisk til betegnelsen «objektiv», se Dworkin 1985 s. 171-172. Den konstruktiv fortolkning tar form som en teleologisk påstand, og det gjør det mulig å skille mellom det teleologisk rettede «objektiverende» og det ontologisk rettede «objektive».

¹³⁸ Dworkin 1986 s. 52. At praksisen er intersubjektivt konstruert står ikke i motsetning til at fortolkningen av den har et objektiverende preg.

forsøker å gjøre retten så bra som den kan bli.¹³⁹ Også dette kan ses som en konsekvens av Dworkins anti-arkimediske standpunkt; hvis alle rettsteorier ses «innenfra», fra perspektivet til rettsanvenderen, fungerer samtlige som «silent prologues to any decision of law».¹⁴⁰ Det gjør at påståtte deskriptive eller norm-deskriptive rettsteorier må betraktes som normative standpunkt. Dette får konsekvenser for Harts påståtte deskriptive rettsteori¹⁴¹, og Eckhoffs påståtte (norm-)deskriptive rettskildelære.¹⁴² Også disse forsøker å se rettslig praksis i sitt beste lys, ifølge Dworkin.

I tillegg til at det konstruktive er det rettslige fortolkningsformål, legger Dworkin til grunn at rettsanvenderen har det konstruktive som *fortolkningsoppgave*. Dworkin mener hans «rett som integritet» og ikke alternativene konvensjonalisme og pragmatisme utgjør den beste konstruktive fortolkning av rettslig praksis.¹⁴³ «Rett som integritet» blir derfor den foretrukne fortolkningsoppgaven for rettsanvenderen.¹⁴⁴ Jeg kommer tilbake til «rett som integritet» når jeg omtaler Dworkins tilnærming til rettens natur (pkt. 3.3.2.).

Ordparet fortolkningsformål og fortolkningsoppgave har en viss parallell til elementer i Habermas' sosial- og moralfilosofi. Ifølge Habermas er det iboende formål med menneskelig tale å oppnå forståelse.¹⁴⁵ For Habermas er forståelse en rasjonelt motivert enighet.¹⁴⁶ Å oppnå forståelse og rasjonelt motivert enighet oppfatter Habermas altså som det deskriptive «*kommunikasjonsformålet*». Den normative «*kommunikasjonsoppgaven*» kan man si Habermas formidler gjennom sin diskursetikk: en handlingsregel er bare gyldig dersom de som er påvirket av handlingsregelen frivillig kan godta den i en rasjonell diskurs.¹⁴⁷ Oppgaven for diskursetikeren blir å oppnå slik rasjonelt motivert enighet. Både Habermas og Dworkin forutsetter med dette at det er mulig å slutte fra noe som «er» (et fenomenets formål) til noe som «bør» strebes etter (en menneskelig oppgave).¹⁴⁸

¹³⁹ Dworkin 1986 s. 90.

¹⁴⁰ For en slik kobling, se Ripstein 2007 s. 13. Sitatet stammer fra Dworkin 1986 s. 90.

¹⁴¹ Hart 2012 s. 240. Guest 2013 s. 77 skriver således at Dworkin angrer han ikke skrev i *Law's Empire* at Harts rettsteori best må forstås som en konvensjonalistisk teori.

¹⁴² Eckhoff 2001 s. 15.

¹⁴³ Dworkin 1986, bla s. 255.

¹⁴⁴ Dworkin 1986 s. 225 om «the adjudicative principle of integrity».

¹⁴⁵ Habermas 1984 s. 287.

¹⁴⁶ Habermas 1984 s. 287.

¹⁴⁷ Habermas som gjengitt i Bohman og Rehg 2017 pkt. 3.4.

¹⁴⁸ Sml. Humes «Is-ought problem», se eks. Cohon 2018 pkt. 5.

3.2.4 Rettfærdiggjørende, ikke presiserende

Som et tredje hovedaspekt i Dworkins metodologi, handler rettsteoretisk virksomhet for ham om rettfærdiggjøring av retten, ikke presisering eller forklaring av rett som begrep eller fenomen. Bakgrunnen er at Dworkin mener man forstår retten bedre hvis man tillegger den (som helhet) et formål.¹⁴⁹ En formålstillegging fungerer som et *metodologisk* utgangspunkt for videre *teoretisk* diskusjon rundt rettens karakter.¹⁵⁰ Basert på Dworkins ordbruk kategoriserer jeg dermed hans syn på rettens formål som en del av hans metodologiske grunnposisjon.¹⁵¹ Dworkins formålstillegging virker imidlertid å komme som et sekundært metodologisk premiss til hans interne, deltakende innfallsvinkel, siden Dworkin skriver han tar i bruk sistnevnte innfallsvinkel i hele *Law's Empire* (det vil si også når han identifiserer rettens formål).¹⁵² Samtidig står formålstilleggingen tilsynelatende i et uavhengig forhold til Dworkins fortolkningsteori; fortolkningsteorien og formålstilleggingen opptrer som sidestilte metodologiske startpunkt for fastsettingen av en rettsfilosofisk teori.

Som allerede antydnet, foreslår Dworkin at «the most abstract and fundamental point of legal practice» er å rettfærdiggjøre offentlig maktbruk mot individer og grupper.¹⁵³ Grunnlaget for denne fastsettelsen er ifølge Dworkin en «rough consensus» og «widespread if tacit agreement» blant rettsteoretikere.¹⁵⁴ Når det kommer til den rettsfilosofiske *betydning* av angivelsen av formålet til retten, skriver Dworkin at verken rettsfilosofien eller hans egne videre argumenter avhenger av den.¹⁵⁵ På samme tid mener Dworkin at formålet gir et internt «concept of law» som ulike «conceptions of law» orienteres rundt.¹⁵⁶ De rettsteorier Dworkin forholder seg til behandles som ulike tilnærminger til hvordan retten skal rettfærdiggjøres. Dworkins formålsfastsettelse forstår jeg som et verktøy for å avgjøre hvilken rettsoppfatning som er best, nemlig den som best rettfærdiggjør offentlig maktbruk. Gjennom formålsfastsettelsen metodologiske føring for formuleringen av rettsfilosofiske teorier synes jeg den får stor rettsfilosofisk betydning.

¹⁴⁹ Dworkin 1986 s. 93. I det følgende skal jeg benytte det sammenføyende uttrykket «formålstillegging» for å beskrive en oppfatning av rettens formål.

¹⁵⁰ Dworkin 1986 s. 93, uten at han knytter det direkte til distinksjonen metodologi-teori.

¹⁵¹ Slik også Dickson 2001 s. 103. Halpin 2006 s. 76-77 og s. 95-96 plasserer derimot dette som en del av Dworkins teori, men jeg synes det har svakere forankring i Dworkins egne formuleringer.

¹⁵² Dworkin 1986 s. 14.

¹⁵³ Dworkin 1986 s. 93 sammenholdt med s. 109 og s. 127. I Dworkin 2006b s. 310 presiserer Dworkin at hans formålsangivelse likevel er relativ til samfunn som jurister *normalt* opptrer i.

¹⁵⁴ Dworkin 1986 s. 109 og s. 127 sammenholdt med s. 93.

¹⁵⁵ Dworkin 1986 s. 93.

¹⁵⁶ Dworkin 1986 s. 92, s. 94 og s. 190.

3.3 Dworkins rettsfilosofiske teori – noen overordnede trekk

3.3.1 Innledning

Jeg er nå ferdig med min forståelse av Dworkins treleddete metodologi, og vil i det følgende ta for meg noen overordnede trekk ved innholdet i Dworkins rettsfilosofiske teori. Disse aspektene synes jeg forstås rimeligst som en følge av hans metodologi, og det skal jeg prøve å vise nedenfor.

3.3.2 Om rettens natur

Som et fellestrekk forsøker analytiske rettsfilosofer å forklare retts natur presist og adekvat.¹⁵⁷ Selv om Dworkin ikke gjør en distinksjon mellom «rett» som generelt konsept og «retten» som fenomen i bestemte samfunn, søker han som andre analytiske rettsfilosofer å forklare rett presist og adekvat ifølge Dickson.¹⁵⁸ Uten at jeg skal ta stilling til om Dworkin har presisjon og adekvans som del av sin rettsteoretiske intensjon, mener også jeg Dworkin (på sin måte) uttaler seg om rettens natur når han stiller det analytiske rettsfilosofiske spørsmålet «hva er rett?» (jf. pkt. 1.2.). I det følgende skal jeg redegjøre for tre grunnleggende teoretiske standpunkt til rettens natur fra Dworkins side, slik jeg fortolker ham.

For det første, beskriver Dworkin rett som et *sosialt fenomen*.¹⁵⁹ At retten er sosialt innrammet, kan både ses som en forutsetning for og konsekvens av hans interne, deltakende metodologi. Man kan ikke være deltaker før man har noe å være deltaker i - f.eks. en sosial praksis.

For det andre, knytter Dworkin retten til *rettsanvendelsesprosessen*.¹⁶⁰ Dette oppfatter jeg som en teoretisk følge av hans interne, deltakende metodologi. Sett fra rettsanvenderens perspektiv, er det rettsanvendelsen man deltar i og er opptatt av. Når rett identifiseres ved en

¹⁵⁷ Dickson 2001 s. 17.

¹⁵⁸ Dickson 2001 s. 23.

¹⁵⁹ Dworkin 1986 s. 13.

¹⁶⁰ Se Dworkin 1986 s. 1: overskriften er «What is law», første setning etter overskriften dreier seg om rettsanvendelsesprosessen: «It matters how judges decide cases».

konstruktiv fortolkning der målet er å se samfunnets rettslige praksis i dets beste lys,¹⁶¹ understrekes Dworkins orientering mot rettsanvendelsen.

For det tredje, handler rett for Dworkin om *integritet*.¹⁶² «Rett som integritet» innebærer at rettsanvenderen så langt som mulig skal betrakte retten som strukturert av «a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process»,¹⁶³ med andre ord som et politisk-moralsk koherent system.¹⁶⁴ Rettsanvenderen skal så langt som mulig fortolke den rettslige praksis slik at den uttrykker «the community personified»¹⁶⁵ og behandle retten som en «seamless web».¹⁶⁶ Allerede før *Law's Empire*, tilskrev Raz Dworkin «the coherence thesis» som hans oppfatning av rettens bestanddel.¹⁶⁷ Schiavello skriver at Dworkins fremheving av koherens gjennom «rett som integritet» skiller seg fra koherensbetoningen til MacCormick og Peczenik i den forstand at “coherence is not just an interpretive standard but constitutes in a sense the hard core of his theory of law”.¹⁶⁸ Man kan derfor kanskje si Dworkin i større grad enn MacCormick og Peczenik lar koherens være en del av svaret på det analytiske rettsfilosofiske spørsmålet «hva er rett?».¹⁶⁹

Dworkins anbefaling av «rett som integritet» som en grunnleggende del av hans rettsfilosofiske teori må ses som en konsekvens av hans rettsfilosofiske metodologi. «Rett som integritet» representerer den beste *konstruktive fortolkning og rettferdiggjøring* av rettslig praksis.¹⁷⁰ I tillegg til å være et *produkt* av fortolkning, er rett som integritet imidlertid også et

¹⁶¹ Som oppsummert av Dickson 2001 s. 88, men der hun legger til «best moral and political light». Jeg behandler forholdet mellom rett og moral samt rett og politikk hos Dworkin i pkt. 3.3.3. og 3.3.4.

¹⁶² Dworkin 1986 eks. s. 404 og 406.

¹⁶³ Dworkin 1986 s. 243. Lignende: Dworkin 1986 s. 219.

¹⁶⁴ Dworkin 1986 s. 176.

¹⁶⁵ Dworkin 1986 s. 225.

¹⁶⁶ Dworkin 1978 s. 116.

¹⁶⁷ Raz 1995 s. 221-222, en artikkel først publisert i 1985.

¹⁶⁸ Schiavello 2001 s. 242. På s. 235 nevner Schiavello også Peczenik (og Aarnio) i tillegg til MacCormick.

¹⁶⁹ I tillegg til Schiavellos argumentasjon, kan dette (i relasjon til MacCormick) muligens underbygges med Alexy og Peczenik 1990 s. 131, som skriver at Dworkins rettslige koherensteori «seems more general» sammenlignet med den til MacCormick. I tillegg er overskriften til Peczeniks pkt. 1.1. i *On Law and Reason*, der han (blant annet) fremstiller sin rettslige koherensteori, «A Theory of Legal Reasoning», jf. Peczenik 2008 s. 13. I tillegg til kap. 1, bruker Peczenik betegnelsen «legal reasoning» (ikke «law») også i overskriftene til kap. 3, 4 og 7 i boken.

¹⁷⁰ Se Dworkin 1986 s. 94. Her beskriver Dworkin «rett som integritet» som et blant flere «conceptions of law», det vil si tilnærminger til hans formålstillegging (se pkt. 3.2.4.) På samme side beskrives «rett som integritet» som et blant flere «abstract interpretations of our legal practice». Denne formuleringen må ses i lys av at fortolkningen av rettslig praksis ifølge Dworkin fundamentalt er *konstruktiv* (se pkt. 3.2.3.2). I kap. 6 ser Dworkin ut å respondere direkte på de to bestanddelene i den konstruktive fortolkning (se pkt. 3.2.3.2), i den forstand at han diskuterer om «rett som integritet» samsvarer med politisk praksis og om «rett som integritet» er «attraktivt», altså setter politisk praksis i sitt beste lys. Dworkin 1986 s. 226 beskriver også «rett som integritet» som et «product of» en fortolkning av *rettslig* praksis, og må kanskje ses i lys av kjederomananalogien på s. 228-232.

program for fortolkning.¹⁷¹ I tråd med bestanddelene i den konstruktive fortolkning (jf. pkt. 3.2.3.2.) og kombinert med Dworkins formålstillegging (se pkt. 3.2.4), får rettsanvenderen i oppgave etter «rett som integritet» å *samsvare* sin fortolkning med rettslig praksis og *rettferdiggjøre* sin fortolkning eller *substansielt vurdere* hvilken fortolkning av rettslig praksis som setter den i dets beste lys.¹⁷² Den overordnede budskap ved «rett som integritet» virker likevel være antagelsen om og strebet etter *koherens*.¹⁷³

3.3.3 Rett og moral

Når man skal forstå overordnede trekk ved en rettsteori, kan man ikke komme utenom dens svar på spørsmålet om forholdet mellom rett og moral. Dette er et gjennomgangstema i rettsfilosofi, illustrert ved at det var et av tre «Persistent Questions» den betydningsfulle rettsfilosofen Hart så seg nødt til å gi et svar på.¹⁷⁴ Selv har Dworkin identifisert moral i rett på flere forskjellig vis.

I *Taking Rights Seriously*, en artikkelsamling som ikke er avgjørende for min forståelse av «Dworkins rettsteori» (se pkt. 1.2.), bygde Dworkin på en deskriptiv analyse av rettsanvendelsesprosessen. Har rettsforskeren et empirisk blikk på rettslig praksis, ser hun at rett og moral blir vevet sammen.¹⁷⁵ Når jurister er uenige, supplerer de sosiale regler med moralske standarder.¹⁷⁶ Dette er interessant fordi det minner om måten Eckhoffs rettsrealisme åpner for moralens plass i retten gjennom «reelle hensyn»:¹⁷⁷ det er et empirisk (realistisk) fenomen i rettsanvendelsen.

Der Dworkin i *Taking Rights Seriously* la til grunn at rett også dreier seg om moral *for rettsanvendere*, begynner han *Law's Empire* med å hevde at det er en uunngåelig moralsk dimensjon *i en rettshandling*.¹⁷⁸ Grunnen er at samfunnet påfører en av deres medlemmer en moralsk skade hvis rettens dom er urettferdig, samfunnet har på et eller annet vis stemplet

¹⁷¹ Dworkin 1986 s. 226.

¹⁷² Dworkin 1986, eks. s. 228, 231, 239, 256 – der han alltid henviser til samsvar, men bruker rettferdiggjøring og substansiell vurdering litt om hverandre.

¹⁷³ Ufra. eks. Dworkin 1986 s. 176, 225, og 243.

¹⁷⁴ Hart 2012, s. 13.

¹⁷⁵ Dworkin 1978, s. 7.

¹⁷⁶ Dworkin 1978, s. 22.

¹⁷⁷ Eckhoff 2001 s. 371 flg. På s. 383 inndeler han «reelle hensyn» i rettferdighetsoppfatninger og konsekvensbetraktninger. Rettferdighet er et moralsk konsept, se Bix 2009 s. 107. Konsekvensbetraktninger har moralfilosofisk bakgrunn i utilitarismen.

¹⁷⁸ Dworkin 1986 s. 1.

individet som fredløs («outlaw»)¹⁷⁹ Det kan se litt ut som om Dworkin her bygger på en fortolkning av hva moral innebærer. Moralfilosofen Harald Ofstad definerer moral som å «ta det alvorlige alvorlig»,¹⁸⁰ og for Dworkin er rettsavgjørelser alvorlig. Å utpeke en moralsk dimensjon i rett blir slik sett en måte å understreke det Nygaard omtaler som «alvoret i standpunktet».¹⁸¹ Uten at Dworkin skriver det, kan det hevdes at det særlig er i et internt, deltakende perspektiv at rett får dette moralske alvor ved seg.

Videre i *Law's Empire* uttrykkes moralens innvikling i retten som en følge av andre deler av Dworkins metodologi, nemlig at retten ifølge Dworkin handler om *fortolkning* og *rettferdiggjøring*. En fortolkning av sosial (inkl. rettslig) praksis innebærer at fortolkerens moralske (og politiske) overbevisning engasjeres.¹⁸² Dessuten har enhver rettferdiggjøring av rettslig praksis forbindelser til den politisk-moralske sfære.¹⁸³ I tillegg skriver Dworkin at rettens imperium defineres ved «attitude» (ikke f.eks. «power»),¹⁸⁴ og på den måten virker han å knytte rettens innhold til en moralsk bestrebelse.

I *Judges in Robes* er Dworkin tydelig normativ: retten *bør* anses som en del av moralen, slik at rettslige spørsmål også behandles som moralske spørsmål.¹⁸⁵ Dette utsagnet kan også sies å muliggjøres av Dworkins metodologi; å la rett dreie seg om moral er måten å se retten i dets beste lys på (*konstruktivt* fortolket).

Lon Fuller er en annen rettsfilosof som er kjent for å knytte rett og moral sammen, også han i opposisjon til Hart.¹⁸⁶ Ifølge Fuller må rett for å være rett bestå av åtte «Principles of Legality», og disse prinsippene formidler igjen rettens «inner morality».¹⁸⁷ Dworkin og Fuller kommer altså til samme *konklusjon*: det er en nødvendig sammenheng mellom moral og rett.¹⁸⁸ Hva som er *opphavet* til moralen i retten, har de imidlertid en litt ulik analyse av. Dworkin identifiserer moral i rettsanvendelsesprosessen («moralske prinsipper benyttes i tillegg til rettslige regler») og i rettsavgjørelsen («den har en uunngåelig moralsk dimensjon»). Fuller identifiserer moral i rettens *funksjon* («for å fungere som rett, må det

¹⁷⁹ Dworkin 1986 s. 1.

¹⁸⁰ Ofstad 1980 s. 4

¹⁸¹ Nygaard 2004 s. 114.

¹⁸² Dworkin 1986 s. 122.

¹⁸³ Dworkin 1986 s. 101 sammenholdt med s. 94 (der Dworkin forklarer hva han legger i «conception»).

¹⁸⁴ Dworkin 1986 s. 413.

¹⁸⁵ Dworkin 2006 s. 34-35.

¹⁸⁶ Derav karakteristikken «Hart-Fuller-debatten», se eks. Bix 2009 s. 83.

¹⁸⁷ Se eks. Dyzenhaus 2007 s. 72.

¹⁸⁸ Bix 2002 s. 84 synes derfor Dworkin har vært «strangely silent» om Fuller.

foreligge visse moralske kvaliteter ved retten».¹⁸⁹ I tillegg til har Dworkin og Fuller en ulik forståelse av hvilket *innhold* moralen har i retten. Dworkin mener retten inkluderer *substansielle* moralske normer («justice», «fairness», «procedural due process»), Fuller identifiserer (kun) *prosessuelle* moralske normer i retten.¹⁹⁰

I norsk rettsdogmatisk diskusjon, kan kanskje «Jakob»-saken ses som en illustrasjon på dem som reserverer rett for konvensjonelle juridiske argumenter, og dem som sterkere betoner moralen i rettsanvendelsen. «Jakob»-saken (HR-2017-2015-A) dreide seg om foreldres samværsrett. «Jakob» hadde blitt påført minst 19 ribbensbrudd da han var seks uker gammel. Da saken sto for Høyesterett, hadde far i straffesakens tingrettsdom blitt funnet skyldig for mishandling i nære relasjoner, og begge foreldrene hadde blitt dømt for å ha etterlatt gutten i hjelpeløs tilstand. Likevel kom en enstemmig Høyesterett til at det var til «barnets beste» at foreldrene fikk rett til samvær med «Jakob» en time en gang i året.

Enkelte jurister fremholdt at Høyesteretts avgjørelse var i tråd med gjeldende rett.¹⁹¹ Andre virket mer opptatt av hva som var riktig fra et moralsk standpunkt. En psykolog påpekte at «[d]ette er blodig for mange barn».¹⁹² En annen jurist mente uttrykket «barnets beste» må forstås som en *menneskelig* standard, og ikke en *rettslig* standard.¹⁹³ For de to sistnevnte, kan man si rett også handlet om moral. Det er usikkert om Høyesteretts dom i «Jakob»-saken hadde vært uten dissenser dersom høyesterettsdommerne hadde betraktet deres rettslige konklusjoner som også et moralsk standpunkt, i tråd med Dworkins teori.

3.3.4 Rett og politikk

Forholdet mellom rett og politikk er et omstridt, men sentralt rettsteoretisk tema. Der den amerikanske realismen identifiserte politikk i rettsanvendelsen hadde «formalismen» et apolitisk bilde av rettsprosessen.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Finnis 2011 s. 8-9 knytter et slikt funksjonelt perspektiv til Fullers rettsfilosofiske forfatterskap.

¹⁹⁰ Se Wacks 2015 s. 41-42 om Fullers «procedural natural law approach».

¹⁹¹ Holth og Larsen 2017 (aviskommentar).

¹⁹² Nordanger 2017 (aviskommentar).

¹⁹³ Jerkø 2018 s. 122.

¹⁹⁴ I alle fall slik tilnærmingen ble fremstilt av rettsrealistene. Se Bix 2009 s. 191-194 med videre henvisninger, også til selvutnevnte formalister.

Ifølge Dworkin blir retten «deeply and thoroughly political» når den anses som fortolkning.¹⁹⁵ Rett er et politisk konsept,¹⁹⁶ det finnes ingen politisk nøytrale teorier om rett.¹⁹⁷ Dworkins oppfatning må nok ses i lys av at konstruktiv fortolkning for ham handler om å tillegge den rettslige praksis *verdi*.¹⁹⁸ Med det forutsetter Dworkin at rettslige aktører ikke kan holde sine politiske oppfatninger adskilt fra sin rettsteoretiske tenkning, ingen kommer unna politikken.¹⁹⁹

Det er viktig å få klarhet i hva Dworkin mener når han snakker om en «politisk» rett. Dworkin refererer til politisk teori i bred forstand, rett dreier seg *ikke* om «personal or partisan politics».²⁰⁰ At rettslig virksomhet knyttes til politikk i vid forstand, er en oppfatning Dworkin deler med flere norske, betydningsfulle rettsrealister. Eckhoff hevder det kan være forbindelser mellom dommeres politiske holdninger og rettslige standpunkt i «mange slags saker».²⁰¹ Carsten Smith, i tilslutning til historikeren Jens Arup Seip, skriver at politikken «lever i jussen selv».²⁰²

Dworkins synspunkt på forholdet mellom rett og politikk angår også hans egen rettsteori. I det følgende vil jeg derfor gi et bilde av hvilket politisk perspektiv Dworkins rettsteori fremhever.²⁰³ Det er da nødvendig å ha et blikk på hvilken rettsteori Dworkin reagerer mot og gir et alternativ til. Til slutt skal jeg se det politiske perspektiv i Dworkins rettsteori i sammenheng med analyser av det «politiske prosjekt» i skandinavisk rettsrealisme.

I *Taking Rights Seriously* er Dworkin eksplisitt: denne rettsteorien er liberal.²⁰⁴ Han prioriterer individets rettigheter fremfor kollektive behov. Dette kommer til uttrykk flere

¹⁹⁵ Dworkin 1985 s. 146.

¹⁹⁶ Dworkin 2004b s. 19.

¹⁹⁷ Dworkin 1986 s. 259-260.

¹⁹⁸ Dworkin 1986 s. 52. Rett dreier seg imidlertid *ikke* om å identifisere historiske faktum, sml. Dworkin 1986 s. 9.

¹⁹⁹ Som Razika og Real Ones synger.

²⁰⁰ Dworkin 1985 s. 146.

²⁰¹ Eckhoff 2001 s. 377. Han bruker også betegnelsen «alminnelige samfunnsyn», for å skille dette fra partipolitiske vurderinger, likt Dworkin.

²⁰² Smith 1990 s. 427. Han presiserer på s. 428 at rettsanvenderne selvsagt ikke kan ta partipolitiske hensyn, likt Dworkin.

²⁰³ På dette punkt må det skilles mellom Dworkins rettsfilosofi og Dworkins politiske filosofi. Det er nødvendig å ha det klart for seg at Dworkins politiske idealer er rettet mot *retten*, og ikke de *politiske* institusjoner. Dworkin formulerer for eksempel sin teori om likhet som et krav til politiske styresett, og ikke som en ambisjon for rettsanvendelsen - se Dworkin 2000 s. 1-4. I *Law's Empire* har Dworkin et kapittel om «the legislative principle of integrity», skilt fra «the adjudicative principle of integrity», se Dworkin 1986 s. 200 jf. s. 176.

²⁰⁴ Dworkin 1978 vii. Dette gjentas ikke eksplisitt i *Law's Empire*, men han går heller ikke bort fra uttalelsen han kom med i *Taking Rights Seriously*. Han reagerer f.eks. ikke på å bli definert som en liberal rettsteoretiker, se Dworkin 1986 s. 440-441. Selv om Dworkin bevarer sin liberale grunnholdning, virker han imidlertid noe mer opptatt av institusjonelle korrektiv i *Law's Empire*, se Dworkin 1986 s. 405.

steder i Dworkins samlede litterære produksjon, og må ved *Law's Empire* anses som en del av hans konstruktive fortolkning av rettslig praksis. Dworkin gjør et skille mellom politiske «principles» og politiske «policies». Selv om Dworkin bruker «principles»-begrepet på ulike måter (se nærmere pkt. 5.3.3.), er Dworkin mest kjent for å sin definisjon av «principles» som argumenter som appellerer til individuelle rettigheter, og «policies» som argumenter som fremmer kollektiv velferd eller offentlige interesser.²⁰⁵ Ifølge Dworkin bør slik «principles»-argumentasjon få avgjørende betydning i vanskelige rettsspørsmål.²⁰⁶ Rettsanvenderen må riktignok ta hensyn til kollektive målsetninger på lovfestet rettsområde,²⁰⁷ men de individuelle rettighetene skal behandles som trumfkort.²⁰⁸ Samlet sett må derfor Dworkins rettsteori anses som et (institusjonelt begrenset) *liberalt* politisk perspektiv på rett. Dworkins motstander virker særlig å være *utilitarismen*, teoretikere som ser rett som et middel til å maksimere nytte, til det beste for fellesskapet. Overordnet fremhever Dworkin *individet* framfor *fellesskapet*.

Det kan være interessant å sammenligne med analyser av den skandinaviske rettsrealismens politiske perspektiv på rett.²⁰⁹ Flere forfattere har uavhengig av hverandre påpekt det *demokratiserende*²¹⁰ element ved rettsteoriene til skandinaviske rettsrealister.²¹¹ Særlig Alexander ser den skandinaviske rettsrealismen som en reaksjon på et *konservativt* politiske perspektiv i de tyske historiske og idealistiske skoler («begrepsjurisprudensen»)²¹² Ifølge rettsrealistene blir retten skapt og styrt ved det politiske flertall, ikke av mindretall i ulike rettsvitenskapelige fagmiljøer. Juristfellesskapet må være lojale overfor det demokratiske politiske system,²¹³ rettsvitenskapens egen betydning er begrenset.²¹⁴ Sett i dette lys,

²⁰⁵ Eks. Dworkin 1985 s. 11.

²⁰⁶ Dworkin 1978 s. 84, Dworkin 1985 s. 11. *Enkle* rettsspørsmål foreligger når lovteksten er klar, se Dworkin 1986 s. 353-354.

²⁰⁷ Dworkin 1986 s. 338-339.

²⁰⁸ Dworkin 1978 s. 197-204.

²⁰⁹ Enkelte forfattere snakker om rettsrealismens «politiske prosjekt», men jeg velger å benytte uttrykket «politisk perspektiv», da det ikke alltid fremstår helt klart hvor intendert et eventuelt «prosjekt» var. Først senere vil jeg ta for meg realistenes *vitenskapsteoretiske* prosjekt, se punktet «Forholdet til den skandinaviske rettsrealismen». Min inndeling her har en parallell til distinksjonen mellom Ross' «vitenskapeliggjøringsprosjekt» og hans «politiske prosjekt» hos Blandhol 1999 s. 151.

²¹⁰ For å enklere kontrastere perspektivet til liberalismen, kunne man kanskje benyttet karakteristikken «kommunitaristisk». Jeg bruker likevel «demokratiserende», da «kommunitaristisk» først og fremst refererer seg til kritikere av John Rawls' *A Theory of Justice*. Se innledningen hos Bell 2016.

²¹¹ Alexander 2002 s. 166 og s. 173 (med særlig fokus på Hägerström og Lundstedt), Blandhol 1999 s. 151 (om Ross) og Bergo 2000a s. 281-285 (om Eckhoff). Eckhoff åpner også opp for «policy»-argumentasjon gjennom hans inkludering av konsekvensbetraktninger i de reelle hensyn, se Eckhoff 2001 s. 383 flg.

²¹² Alexander 2002 s. 170 og s. 173.

²¹³ Bernt 2013 s. 57.

²¹⁴ Alexander 2002 og Blandhol 1999 s. 151.

fremhever skandinaviske rettsrealister overordnet *fellesskapet* (ved de offentlige myndighetene) framfor *gruppen* og *individet*.

Det kan hevdes at Dworkins normative liberale posisjon harmonerer med en *deskriptiv* utvikling mot liberale verdier de siste tiårene. Historikeren Francis Sejersted skriver om en *liberal vending* i europeiske nasjonalstater, inkludert Norge.²¹⁵ I rettslig kontekst omtaler Sejersted inkorporeringen av EMK som norsk lov og EMDs rolle som sterke uttrykk for den liberale vending, fordi det kan anses som en del av en større rettighetsrevolusjon.²¹⁶ I tillegg nevner han de liberale bindinger i EU/EØS-retten.²¹⁷ Sejersted er imidlertid ikke bare ute i deskriptivt ærend, av hensyn til demokratiet stiller han også et normativt spørsmål; har pendelen sving ut for langt i liberal retning?²¹⁸ Slik sett kan man si Dworkins rettsteori ikke bare *aktualiseres* ved den liberale vending, den *blottlegges* også for kritiske merknader; hvor langt bør vi gå? En slik teoretisk diskusjon rundt forholdet mellom det liberale og det demokratiske (i et liberalt demokrati) kan utfra Dworkins metodologi betraktes som ulike konstruktive fortolkninger av rettslig praksis.

3.4 Relasjonen til andre rettsteorier

3.4.1 Innledning

Å sammenligne en rettsteori med andre rettsteorier kaster nytt lys på den og beriker slik forståelsen av den. Her skal jeg derfor gjøre et forsøk på å relatere Dworkins rettsteori til andre rettsteorier.²¹⁹ Dette systematiske perspektiv på Dworkins rettsteori holder seg på det rettsfilosofiske plan, spørsmål knyttet til *juridisk metoderelaterte* forskjeller mellom Dworkin og andre vil bli behandlet i kapittel 5.

²¹⁵ Sejersted 2009 s. 230-231. Se også Slagstad 2015 s. 212 om «de liberale spor» som satt seg i det norske politiske system i etterkant av etterkrigstidens rettsstatsdebatt.

²¹⁶ Sejersted 2009 s. 234-235. I samme bilde kan man se den grunnlovfesting av menneskerettigheter som fant sted etter Sejersteds artikkel.

²¹⁷ Sejersted 2009 s. 235 sammenholdt med s. 234. I sin kvantitative analyse av høyesterettspraksis 1970-2016 noterer dessuten Nadim en trend i visse type saker mot større betydning av «small system arguments» i Høyesteretts rettsanvendelse på bekostning av «large system arguments», se Nadim 2017 s. 467-468 sammenholdt med Nadims definisjon av kategoriene på s. 149-159.

²¹⁸ Sejersted 2009 s. 234. Han trekker parallell til bekymringen i den siste maktutredningen om demokratiets forvitring.

²¹⁹ Sml. Dworkin 1982 s. 165: “Everyone likes categories, and legal philosophers like them very much.”

Dworkin er ikke av akademikerne som inngående diskuterer hva andre før han har skrevet.²²⁰ Det gjør det utfordrende å avklare Dworkins forhold til andre rettsteorier, om han ikke eksplisitt har kritisert representanter for teorien. I slike tilfeller blir det nødvendigvis en mer selvstendig drøftelse, med de feilkilder som medfølger.

Gitt mangfoldet av ulike rettsteorier, må det skje en avgrensning her. For avgrensningen finner jeg det riktig å benytte kriteriene «filosofihistorisk gjennomslagskraft» og «relevans i Norge». Det første kriteriet gjør det nødvendig å ta for seg naturretten og positivismen, mens det siste kriteriet gjør at jeg ikke kommer utenom en sammenligning med den skandinaviske rettsrealisme.

Dworkins diskusjon med rettspositivisten Hart er viktig for å forstå Dworkins rettsfilosofiske utvikling, og det presenterte jeg i punkt 2.1. Jeg skal derfor ikke komme nærmere inn på Dworkins tilnærming til positivismen her.

3.4.2 Forholdet til naturretten

Dworkins relasjon til naturretten avhenger av hvordan man *definerer* «naturrett». Noen benytter en «vid» naturretsdefinisjon, og anser det som tilstrekkelig å avvise et «konseptuell» eller «nødvendig» skille mellom rett og moral for å være naturretts teoretiker.²²¹ I så fall må Dworkin regnes som en del av en nyere naturretts tradisjon. Som jeg nevnte i pkt. 3.3.3, mener Dworkin at moral og rett er sammenvevd og ikke kan holdes strengt adskilt.

Hvis man derimot tar utgangspunkt i en mer «snever» naturretsdefinisjon, kan det diskuteres om naturrett er en passende kategorisering av Dworkins rettsteori. Tradisjonelt, og kanskje kognitivt mer intuitivt, kan naturrett defineres som *universelle* og *uforanderlige* normer som utledes av menneskets eller kosmos' *natur* og avdekkes ved menneskers *fornuft*.²²²

Med en slik «snever» naturretsdefinisjon, kan Dworkin vanskelig oppfattes som en naturretts teoretiker. Dworkin forplikter seg aldri til universelle, «naturgitte» normer men er uløselig knyttet til den relative, rettskulturelle praksis. Hans implisitte avgrensning mot en

²²⁰ Guest 2013 s. 17.

²²¹ Bix 2002 s. 84 (Bix sier eksplisitt på s. 66 og s. 85 at han bygger på en bred definisjon av naturrett) samt Tvarnø og Nielsen 2014 s. 369-370. Dworkin 1982 s. 165 aksepterer at han er «guilty of natural law» skal man følge en slik definisjon.

²²² Wacks 2012 s. 20 sammenholdt med Bix 2002 s. 94. Det er denne versjonen Alf Ross angriper i *Om Ret og Retfærdighet*.

«snever» naturretsdefinisjonen kommer til uttrykk særlig på to måter. For det første, skal Dworkins rettsanvender fremme «institutional rights» og ikke «background rights».²²³ «Bakgrunnsrettighetene» er rettighetspåstander som ikke kan relateres til de rettigheter man kan utlede fra den institusjonelle praksis.²²⁴ De får derfor noe «metafysisk» og naturretslig ved seg, og Dworkin viker unna. For det andre og mer grunnleggende, binder Dworkin sin oppfatning av retten til det som følger av rettslig-sosial praksis i et bestemt samfunn (jf. også pkt. 3.3.2). Dworkin legger til grunn at man er avhengig av å *fortolke* rettslig praksis for å *forstå* rett.²²⁵ Dworkins rettsfilosofiske grunnlag blir derfor menneskers kultur, ikke menneskets eller kosmos' natur. Med Hart kan man si Dworkins syn på rett er *partikularistisk*, ikke universalistisk.²²⁶

3.4.3 Forholdet til den skandinaviske rettsrealismen²²⁷

Jeg skal nå prøve å utbygge forståelsen av Dworkins rettsfilosofi ved å se den opp mot den skandinaviske rettsrealismen. Selv er Dworkin kort innom den «the school of legal realism»,²²⁸ men fokuset virker å være den amerikanske realismen.²²⁹

Utgangspunktet mitt i det følgende blir den skandinaviske rettsrealismen i Alf Ross' versjon.²³⁰ Jeg avgrenser dermed mot den «norske» rettsrealismen. Grunnen til det er at det er den skandinaviske rettsrealismen som i størst grad har gitt et svar på temaet her i kap. 3, det analytiske rettsfilosofiske spørsmål «hva er rett?». Den norske rettsrealismen er mest kjent som et svar på det juridisk metodeorienterte spørsmål «hvordan er juridisk argumentasjon?».²³¹

Ross' oppfatning av rett har imidlertid hatt stor betydning for norske rettsrealisters fremstilling av juridisk metodelære; det avgjørende for metodelæren er hvilke argumenter som rettsanvendere *faktisk* benytter seg av når

²²³ Dworkin 1978 s. 101.

²²⁴ Dworkin 1978 s. 93.

²²⁵ Dworkin 1986 s. 87 og videre pkt. 3.2.3.

²²⁶ Se Hart 1983 s. 133 om partikularismen i «the American Noble Dream», en drøm Hart på s. 137 knytter til Dworkin.

²²⁷ «Den skandinaviske rettsrealismen» forstått som vitenskapsteoretisk prosjekt, ikke politisk perspektiv (Se punkt 3.3.4 for dette siste).

²²⁸ Dworkin 1986 s. 36, s. 153 og s. 161-162.

²²⁹ Jf. henvisningen til den amerikanske rettsrealist Holmes i Dworkin 1986 s. 36.

²³⁰ Det vil si i «filosofisk betydning og ikke i «videre og løsere betydning», jf. Eng 2007 s. 275. Jeg forstår her «den skandinaviske rettsrealismen» som et rettsfilosofisk prosjekt, ikke politisk perspektiv. (se pkt. 3.3.4 for sistnevnte)

²³¹ Eksempler er Eckhoff 2001 (likevel ikke rent beskrivende, jf. Eckhoff 2001 s. 22) og Andenæs 2009. Den mest kjente norske rettsrealist Torstein Eckhoffs syn på den skandinaviske rettsrealismen *som rettsfilosofi* har et «mer pragmatisk anstrøk» enn Ross, se Slagstad 2015 s. 310.

de besvarer rettsspørsmål.²³² Grunnen til at Ross' rettsfilosofi ikke har blitt anvendt med «hud og hår», kan være at norsk rettsteoris pragmatiske innstilling gjorde det mulig å plukke ut og videreføre kun det som «fungerte» i den skandinaviske rettsrealismen.²³³ Den norske rettsrealismen og den filosofiske pragmatismen deler et fokus på de praktiske problemstillinger fremfor det teoretiske rammeverk.²³⁴ I tillegg til Ross og pragmatisme har den amerikanske realismen hatt en viktig innflytelse på norske rettsrealister.²³⁵

I pkt. 3.3.3. og 3.3.4 har jeg pekt på noen likheter mellom den tidlige Dworkin og norske rettsrealister. Felles for dem er at rett og moral samt rett og politikk blir sammenvevd. Dette har bakgrunn i at begge parter tok utgangspunkt i en analyse av rettsanvendelsesprosessen,²³⁶ og her forbindes rett med moral og politikk. Jeg skal berøre forholdet mellom Dworkin og norske rettsrealister grundigere i kap. 5.

Den skandinaviske rettsrealismen kjennetegnes av en skepsis til metafysisk tenkning,²³⁷ Ross beskriver sitt *grunnsyn* som antimetafysisk.²³⁸ Førende er den logiske positivismens vitenskapssyn:²³⁹ all vitenskap er enten logisk-matematisk eller basert på empiriske fakta.²⁴⁰ Grunnlaget for dette vitenskapssynet er en språkteori: foruten det logisk-matematiske, må en setning for å gi mening kunne *kontrolleres* – og slik blir erfaring (empiri) den eneste kilde til mening og kunnskap.²⁴¹ I rettsfilosofisk kontekst gir den skandinaviske rettsrealist Olivecrona en illustrasjon på dette når han legger til grunn at rettigheter «lacks semantic reference» når de ikke kan føres tilbake til «the empirical world in which we live.»²⁴² Den skandinaviske rettsrealismens vitenskapssyn kan anses som noen *metodologiske* forutsetninger som bestemmer innholdet i deres rettsfilosofiske *teori*: rett og rettslige fenomen «oversettes» til empirisk baserte (psykologiske, sosiologiske) forklaringer.²⁴³

Sammenlignet med den skandinaviske rettsrealismen, har Dworkin et annet vitenskapsteoretisk startpunkt, selv om tilnærmingene kan sies å noen like *sluttpunkt* i den

²³² Se Eckhoff 1990 s. 9 og Kinander 2005 s. 145 om innflytelsen fra Ross når det gjelder rettskildelæren.

²³³ Se definisjonen av filosofisk pragmatisme i Bix 2009 s. 277 i sammenheng med Eckhoffs standpunkt til Ross i Eckhoff 1990 s. 9. Kinander 2005 s. 120 påpeker mer generelt den pragmatiske innstilling i norsk rettstenkning.

²³⁴ Jf. Legg og Hookway 2019 pkt. 4.2.: den pragmatiske epistemologi kretser rundt (praktisk) «inquiry», ikke (teoretisk) «knowledge».

²³⁵ Kinander 2004 s. 19 og s. 26, med videre henvisning til Eckhoff. Smith 1975 s. 303 og s. 317 omtaler den amerikanske rettsrealisten Holmes som «min helt».

²³⁶ Lignende: Bernt 2013 s. 62-63.

²³⁷ Bix 2009 s. 274. Jeg har valgt å ikke fokusere på den skandinaviske rettsrealismen som metaetisk posisjon, se Eng 2007 s. 275 for en definisjon med et slikt perspektiv.

²³⁸ Ross 1953 s. 2.

²³⁹ Jeg kunne også brukt betegnelsen erkjennelsesteori.

²⁴⁰ Slagstad 2015 s. 308 med videre henvisninger. Tilsvarende kobling mellom logisk positivisme og skandinaviske rettsrealisme gjør Bernt og Doublet 1998 s. 132 med videre henvisninger. Implisitt ser også Ross 1953 s. 2 ut til å være inspirert av den logiske positivismen.

²⁴¹ Godfrey-Smith 2003 s. 25-28. Ross 1953 s. 2 beskriver således rettsvitenskapen som en «erfaringsvidenskab», og på s. 16-18 knytter også Ross an til språkteoretiske betraktninger.

²⁴² Olivecrona 1971 s. 183-184.

²⁴³ Bix 2009 s. 274 bruker dette «oversettelse»-begrepet.

forstand at rett og moral samt rett og politikk anset vevet sammen. Den skandinaviske rettsrealismens metodologi baseres på et vitenskapssyn «utenfra», det vil si uten tilknytning til rettslig virksomhet og uten å ta i betraktning hvordan aktører selv oppfatter og tilnærmer seg retten.²⁴⁴ Hart og Dworkin utgjør en felles front mot skandinavisk rettsrealisme i den forstand at de, på ulike måter (se pkt. 3.2.2.), ser rettslig virksomhet «innenfra». Sammen kan de sies å representere en bevegelse fra den skandinaviske rettsrealismens teknisk-naturvitenskapelige erkjennelsesinteresse til en hermeneutisk-humanistisk erkjennelsesinteresse.²⁴⁵ For Dworkin innebærer dette f.eks. at rett dreier seg om *fortolkning*, ikke *fakta*.²⁴⁶

Denne endringen av metodologisk innfallsvinkel innenfor rettsfilosofien korrelerer også med en språkteoretisk dreining: den nye «ordinary language philosophy» rettet oppmerksomheten mot *mangfoldet* i språket.²⁴⁷ På den måten ble det meningsfulle også i *normative* utsagn vist frem. Dworkin ser ikke ut til å nevne eksplisitt en innflytelse fra «ordinary language philosophy», men implisitt virker han påvirket ved sine frimodige normative synspunkter på retten, forankret i rettsdeltakernes språkbruk (se pkt. 3.2.2). Kanskje kan man dermed si forskjellen i rettsfilosofisk tilnærming mellom skandinavisk rettsrealisme og Dworkin både har bakgrunn i en vitenskapsteoretisk endring (mot hermeneutikk) og en språkteoretisk utvikling (mot «ordinary language philosophy»).

²⁴⁴ Se Hart 1983 s. 166-167 kritikk av skandinaviske rettsrealisme, som må ses i sammenheng med det Hart 2012 s. 89 omtaler som «extreme external point of view». Se også Eng 2007 s. 507 om «bindestrefsfilosofi», der Eng også kobler direkte til Ross.

²⁴⁵ Sml. Habermas 1972 s 308 inndeling, sett i sammenheng med Bix 1999 s. 169 flg. - som fremhever Harts betydning for en «hermeneutisk vending» innenfor rettsfilosofien, gjennom hans iakttagelse av interne synsmåter (fra en ekstern posisjon).

²⁴⁶ Jf. overskriften hos Dworkin 1985 s. 117: «Law as Interpretation» holdt opp mot overskriften til Olivecrona 1971 sin bok: «Law as Fact».

²⁴⁷ Hart 1983 s. 271-277 skriver generelt om påvirkningen fra eldre Wittgenstein og J.L. Austin (som representanter for «ordinary language philosophy») i nyere analytisk rettsfilosofi. I samtale med David Sugarman uttalte også Hart at det er J.L. Austin (på «førsteplass») og Wittgenstein (på «andreplass») som har hatt mest innflytelse på hans eget konkrete rettsfilosofiske virke, se Sugarman og Hart 2005 s. 275.

4 En kritikk av Dworkins rettsteori som rettsfilosofi

4.1 Utvelgelsen av fokusområde

Det skjer nå en vending av oppgaven. I kap. 2 og 3 ilet jeg et forstående perspektiv på Dworkins rettsteori, i kap. 4 og 5 skal jeg først og fremst rette et *kritisk* perspektiv på Dworkins rettsteori. I samsvar med den andre delen av min problemsstilling skal jeg nå gi en vurdering av Dworkins rettsteoretiske bidrag. Som nevnt i pkt. 1.2, forstår jeg «rettsteori» som omfattende både analytisk rettsfilosofi og juridisk metodelære. I tillegg nevnte jeg at Dworkin relaterer seg både til det analytiske rettsfilosofiske spørsmål «hva er rett?» og de juridisk metodelærerelaterte spørsmål «hvordan er juridisk argumentasjon?» og «hvordan bør juridisk argumentasjon være?». For å gjøre en vurdering av Dworkins bidrag til rettsteorien må jeg derfor *både* rette et kritisk perspektiv mot Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi og som (del av en) juridisk metodelære.

Her i kap. 4 skal jeg gjøre et forsøk på å vurdere Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi, det jeg oppfatter som Dworkins hovedanliggende (jf. pkt. 1.2.). I og med Dworkins rettsteori som rettsfilosofi har møtt en del kritikk, blir det nødvendig med en avgrensning. Mitt utgangspunkt for utvelgelsen av fokusområde har vært spørsmålet: hvordan kan kritikken angå de *mest grunnleggende* aspekt i Dworkins analytiske rettsfilosofi? Det har ført til et fokus rettet mot Dworkins rettsfilosofiske *metodologi*. På den måten kretser det kritiske perspektiv rundt selve grunnlaget for Dworkins rettsfilosofiske teori. Kritikerer tar ikke utgangspunkt i Dworkins rettsfilosofiske startpunkt, men gis anledning til å kritisere nettopp disse.

Min utprøvende kritikk mot Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi er summert opp i tre overordnede punkter, svarende til elementer ved Dworkins treleddete metodologi: Dworkins motstand mot «arkimediske synsvinkler» (pkt. 4.2. jf. pkt. 3.2.2.), Dworkins fortolkningsteori (pkt. 4.3. jf. pkt. 3.2.3.) og Dworkins formålstillegging (pkt. 4.4. jf. pkt. 3.2.4.) Kritikken vil knytte seg til holdbarheten av Dworkins argumentasjon.²⁴⁸

²⁴⁸ Sml. Kolflaath 2004 s. 107 inndeling i arguments holdbarhet og relevans.

4.2 Dworkins motstand mot «arkimediske synsvinkler»

4.2.1 Innledning

Dworkins motstand mot «arkimediske synsvinkler» (se pkt. 3.2.2. og 3.2.3.) oppfatter jeg som en kritikk mot rommet for to metodologiske posisjoner innenfor analytisk rettsfilosofi: eksterne, deskriptive analyser av rett og eksterne, normative analyser av rett. Det blir en rimelig slutning når det for Dworkin verken er *mulig* å unngå at påstått eksterne perspektiv blir internt, deltakende og *ønskelig* å stå på utsiden av fortolkningsvirksomheten og være skeptisk til den.

Jeg skal her forsøke å vise det mulige og fruktbare i et eksternt deskriptiv (pkt. 4.2.2.) og eksternt normativ (pkt. 4.2.3.) perspektiv i den rettsfilosofiske analysen av rett. Min argumentasjon for dette har et felles forankringspunkt: Dworkin skiller ikke mellom rett («law») som generelt tema eller konsept og retten («the law») som praksis i et bestemt samfunn.²⁴⁹ Det kommer jeg tilbake til.

4.2.2 Rettsteoretisk reduksjon

Først skal jeg argumentere for plassen til eksterne, deskriptive i tillegg til interne, normative innfallsvinkler i den filosofiske analysen av rett. Med «ekstern» mener jeg observerende, utenfra-perspektiv på rettslig praksis (se nærmere pkt. 3.2.2.2.). «Deskriptiv» er innstillingen til analysen, formålet er med andre ord ikke å kombinere det deskriptive og normative på den måten Dworkin definerer «fortolkning» (se pkt. 3.2.3.1.). Resultatet av en deskriptiv teoretisk innfallsvinkel blir imidlertid det Dickson kaller «indirekte evaluerende», man fremhever noe som viktig – uten med det å mene at det viktige er bra.²⁵⁰

²⁴⁹ Finnis 1987 s. 368. Lignende: Marmor 1992 s. 47 og Kramer 1999 s. 129 og i norsk kontekst: Skjerve 2010 s. 79. Uten å bruke akkurat denne distinksjonen, er det et tilsvarende resonnement Hart benytter for å separere hans rettsteoretiske virksomhet fra Dworkin sin, se Hart 2012 s. 239-240. En parallell kan være «likhet» som filosofisk (analytisk) konsept og «likhetene» i et bestemt land som sosiologisk undersøkelsesgjenstand.

²⁵⁰ Dickson 2001 s. 53-54. Dickson 2013 s. 365 omtaler en «indirekte evaluerende» fremstilling (fremfor en «direkte evaluerende») som en av flere illustrasjoner på en oppfatning av at noe har «explanatory priority» i forsøket på å forklare rettens natur.

Min begrunnelse for verdien av eksterne, forsøksvis deskriptive filosofiske analyser av rett er bidraget de kan gi til forståelsen av det komplekse fenomenet rett. Hvis bygging av kunnskap er et mål, bør det være rom for ulike rettsteoretiske tema med ulike metodologiske innfallsvinkler. Mer spesifikt mener jeg at det i tillegg til filosofiske analyser av rett som kan sies å følge i en hermeneutisk tradisjon etter Gadamer (Dworkin), må være plass for analyser i tradisjonen etter Dilthey (Hart).²⁵¹ Når Dworkin derimot begrenser den rettsfilosofiske metodologien til det interne, deltakende, blir konsekvensen hos ham en innsnevring av det rettsteoretiske arbeidsfelt til rettsanvendelsesprosessen.²⁵² Etter min mening blir resultatet dermed en uønsket redusering av rettsteoretisk virksomhet. Jeg skal forklare dette nærmere.

Både Hart²⁵³ og Raz²⁵⁴ har påpekt at Dworkins tema er rettsanvendelsen, det man kan kalle rettens prosessuelle side. Raz skriver at Dworkin har skapt en teori om rettsanvendelsen som han «willy-nilly» og uten videre argumentasjon anser som en teori om rett.²⁵⁵ Bakgrunnen for at dette virker naturlig er at Dworkin i sitt studie av rett har inntatt rettsanvenderens perspektiv.²⁵⁶ Det er altså Dworkins interne, deltakende metodologi som fører til at hans rettsteoretiske tema kretser rundt rettsanvendelsesprosessen. Dworkin forsøker tilsynelatende å gi et svar på det generelle, overordnede spørsmål «hva er rett?»,²⁵⁷ for deretter å stupe ned i spørsmål knyttet til rettsanvendelsen.

Poenget er Dworkins interne, deltakende rettsfilosofisk *metodologi* låser rettsfilosofiens *tema* til rettens prosessuelle side. Enhver rettsteori blir å anse som en prolog til rettsanvendelsen.²⁵⁸ Dette gjør at man ikke får tilstrekkelig grep rundt det komplekse fenomenet rett, perspektivet *kunnskapsbegrenser* studiet av rett. En prosessuell binding av rettsteorien hindrer oversikt over rett som helhet, og er med på å «lukke» rettsvitenskapelig diskurs.²⁵⁹ Et rom for eksterne, forsøksvis deskriptive analyser av rett og rettslige fenomen vil på den annen side gjøre det mulig å fange opp ulike aspekt av rettslig virkelighet, ulike viktige trekk ved det det

²⁵¹ Jf. pkt. 3.2.2.2.

²⁵² Kritikken tar slik utgangspunkt i følgen av Dworkins *bruk av* det interne, deltakende perspektiv, jeg tar ikke stilling til *potensialet i* et internt, deltakende perspektiv som sådan (i hvilken grad det kan romme eksterne, deskriptive aspekt).

²⁵³ Hart 1983 s. 124: konsentrasjonen rundt «the judicial process» er en «salient feature of American jurisprudence».

²⁵⁴ Raz 1995 s. 202-203.

²⁵⁵ Raz 1995 s. 202-203.

²⁵⁶ Raz 1995 s. 203.

²⁵⁷ Jf. pkt. 1.2.

²⁵⁸ Slik Dworkin 1986 s. 90.

²⁵⁹ Se Cotterrell som gjengitt i Tuori 2011 s. 7-8 om “discursive closure” og Dworkin.

komplekse fenomenet rett. Rettslig kunnskap kan ikke alene lokaliseres i den fortolkning av retten man gjør i et internt, deltakende perspektiv.²⁶⁰

Distinksjonen «rett» og «retten» er viktig fordi det gjør det mulig å skille mellom teoretiske virksomheter, det blir en konseptuell forskjell på det prosessuelle spørsmål «hva er retten i vårt tilfelle?» og det åpnere spørsmål «hva er rett?».²⁶¹ Førstnevnte spørsmål kan besvares med en dworkiniansk, internt deltakende metodologi, men hvis det samme gjøres ved sistnevnte spørsmål innsnevres lett fokuset til rettsdeltakernes interesse i rettsanvendelsen – slik det gjør hos Dworkin.

Til nå har jeg argumentert for ønskeligheten av eksterne, forsøksvis deskriptive perspektiver på rett. I det videre skal jeg diskutere *muligheten* for slike metodologiske startpunkt. Muligheten av eksterne, deskriptive analyser av rett avhenger av om det er uunngåelig at disse har *interne, normative implikasjoner* for retten – det vil si fungerer som prolog for rettsanvendelsen.²⁶² Dworkins motstand mot «arkimediske synsvinkler» representerer nettopp en avvisning av denne muligheten for eksterne, deskriptive rettsteorier.

Jeg vil bruke Harts analyse av rettsreglers variasjoner som eksempel på en ekstern, beskrivende rettsfilosofisk analyse som jeg mener ikke får intern, normative implikasjoner for rettsanvendelsesprosessen. Harts prosjekt var her å vise at rett kommer i et mangfold som ikke passer med Austins bilde av rett som tvangsunderstøttede ordre.²⁶³ Hans metodologiske startpunkt var rettsobservatørens tilføring av fakta om retten som sosial praksis (likt Diltheys hermeneutikk), ikke rettsdeltakerens fortolkning av retten som sosial praksis (mot Gadammers hermeneutikk).²⁶⁴ Fokuset til Hart lå på retts *strukturelle* dimensjon, interessen var ikke retten som rettsanvendelsesprosess.²⁶⁵ Jeg kan heller ikke se at Harts analyse på dette punkt får prosessuelle implikasjoner, det vil si føringer for hvordan rettslig argumentasjoner skal foregå. Den eksterne, beskrivende analyse Hart gjør, virker både mulig og verdifull. Når det er sagt, er det likevel *mulig* at aspekt av påstått eksterne, deskriptive teorier får interne,

²⁶⁰ Se Samuel 2003 s. 42, som konkluderer med at det for Dworkin “seems little room for facts as such”.

²⁶¹ Sml. Dickson 2001 s. 97.

²⁶² Dworkin 1986 s. 90.

²⁶³ Se Hart 2012 s. 26-49 sammenholdt med s. 18-25.

²⁶⁴ Jf. pkt. 3.2.2.2.

²⁶⁵ Sml. Green 2012 liv, som påpeker Harts orientering mot retts struktur. Se også Finnis’ påpekning av forskjellen i rettsteoretisk interesse mellom Dworkin og Hart/Raz (før *Law’s Empire*), i Finnis 2011 s. 21.

normative implikasjoner,²⁶⁶ men Harts analyse av rettsreglers variasjoner illustrerer at det ikke *nødvendigvis* blir tilfellet.

Avslutningsvis er det viktig å påpeke at et eksternt, beskrivende perspektiv også kan ivareta interne oppfatninger knyttet til retten. Kramer viser hvordan ulike eksterne perspektiv i varierende grad tar i betraktning interne synsvinkler (folks eget syn på deres rettslige opptreden og retten).²⁶⁷ Et moderat, eksternt perspektiv er et eksempel på at dette gjøres. Å innnta et slikt moderat, eksternt perspektiv skildrer Kramer som en måte å strebe etter en rik og presis forståelse av rettssystemet.²⁶⁸ Et lignende ønske har ligget bak min argumentasjon for et rettsteoretisk rom for eksterne, forsøksvis deskriptive analyser av rett.

4.2.3 Rettsteoretisk relativisme

Jeg skal nå forsøke å argumentere for behovet for og muligheten av en ekstern, normativ synsvinkel som del av den filosofiske analysen av rett.²⁶⁹ Med andre ord vil jeg påstå det er et rettsfilosofisk rom for et utenfra-perspektiv på rettslig praksis der rettslig praksis normativt kan bedømmes. Mitt anliggende er det teoretiske behov (fra et rettsfilosofisk perspektiv), ikke det praktiske behov (fra et rettsanvendelsesperspektiv).

Jeg skal begynne med å forklare hvorfor jeg synes dette er et problem hos Dworkin. Dworkins interne deltakende metodologi er med på å låse rettsteorien til en internt avgrenset tankemønster. Dworkin unngår metafysisk ontologi, spørsmål (fra et eksternt perspektiv) om hva som egentlig finnes som f.eks. verdier.²⁷⁰ Å påstå at f.eks. slaveri «objektivt» er galt, er ifølge Dworkin ikke en måte å gi utsagnet en «bizarre metaphysical base», men å *gjenta* utsagnet, kanskje på en mer presis måte.²⁷¹ Det gjør Dworkin avvisende til metaetikk, det vil si eksterne påstander om *statusen* til moralske vurderinger.²⁷² Han har ingen argumentasjon for objektiviteten av moralsk påstander bortsett fra moralske argument.²⁷³

²⁶⁶ Jeg tviler f.eks. på om rettspositivismen *som sådan* kan omtales som «normatively inert» (Gardner 2012 s. 36) eller som «a descriptive, morally neutral, theory about the nature of law» (Marmor 2006 s. 683).

²⁶⁷ Kramer 1999 s. 164-165. Se også pkt. 3.4.3. om kontrasten mellom den skandinaviske rettsrealismen og Hart.

²⁶⁸ Kramer 1999 s. 169.

²⁶⁹ Fokuset ligger altså ikke på *rettspolitikken*s eventuelle forankring i et eksternt, normativt perspektiv, jf. f.eks. Benthams skille mellom «expositorial» og «cencorial» jurisprudence (som gjengitt i Dickson 2001 s. 4-5), hvorav «cencorial» også kan sies å uttrykke en ekstern (politisk rettet) innfallsvinkel til retten.

²⁷⁰ Moore 1989 s. 874 sammenholdt med Leiter 2001 s. 69.

²⁷¹ Dworkin 1986 s. 81.

²⁷² Leiter 2001 s. 69.

²⁷³ Dworkin 1985 s. 171.

Dworkin veksler mellom å betrakte rettsteoretisk metafysikk som henholdsvis meningsløst og irrelevant, og da irrelevant fordi slik tankearbeid ikke får noe påvirkning for rett som fortolkningsvirksomhet.²⁷⁴ Et av Moores poeng er at også Dworkins rettsteori uttrykker en metafysisk holdning.²⁷⁵ Dworkin blir en metafysisk antirealist,²⁷⁶ i form av at han legger til grunn at rettslig eksistens avhenger av et samfunns konvensjoner.²⁷⁷ Gjennom hans interne, deltakende metodologi låser Dworkin rettsteorien til en relativt fastlagt fortolkningsgjenstand. For å fortolke rett, må det foreligge en rettslig praksis klar til fortolkning, som del av et «førfortolkningsstadium». Slik sett blir rettslig eksistens bundet til et bestemt samfunns konvensjonelt fastsatte rettslige praksis.²⁷⁸ Selv om rettsteoretikeren og rettsanvenderen ifølge Dworkin skal se rettslig praksis i sitt beste lys, *kommer man ikke unna* rettslig praksis.

Illustrativt er Dworkin forslag til hvordan en dommer skal opptre i et rettssystem man misliker.²⁷⁹ Forutsetningen for Dworkin er at det dreier seg om en «hard case», det vil si en sak der rettslig praksis ikke gir klart svar.²⁸⁰ Dworkin unngår å forholde seg til hva man skal gjøre i en «easy case» der rettslig praksis peker klart i en, helt uønsket retning.

I det hele tatt omtaler Dworkin «the puzzle of evil law» som noe av «almost no practical importance».²⁸¹ For min del er det intellektuelt utilfredsstillende med en rettsteori som ikke er forberedt på det utenkelige. Som Radbruch påpeker, får man *håpe* noe som minner om Nazi-Tyskland aldri inntreffer igjen – men vi *være forberedt* på enhver eventualitet.²⁸² Selv så Radbruch det nødvendig å formulere sin «formel» i etterkant av andre verdenskrig: en ekstremt urettferdig lov kan ikke være gyldig rett.²⁸³ «Radbruchs formel» krever en eksternt posisjonert refleksjon over det man i et internt, deltakende perspektiv tar for gitt. Også en anvendelse av Dworkins rettsteori på Sør-Afrika under Apartheid synes vanskelig.²⁸⁴

Rettshistorien viser altså etter min mening *behovet* for en rettsteoretisk beredskap som Dworkin ikke synes å tilby. *Muligheten* for en slik rettsteoretisk beredskap kan forankres i

²⁷⁴ Se Moore 1989 s. 951-952 med videre henvisninger til Dworkins arbeider.

²⁷⁵ Moore 1989 s. 892.

²⁷⁶ Moore 1989 s. 949.

²⁷⁷ Dette er min fortolkning, Moore sier ikke dette direkte. Moore 1989 bla. s. 880 og 887 skriver mer om den konvensjonalistiske grenen av metafysisk antirealisme.

²⁷⁸ Sml. Donato 1988 s. 1539, som påpeker at Habermas' kritikk av Gadammers aksept av tradisjonens autoritet med like stor vekt kan rettes mot Dworkin.

²⁷⁹ Dworkin 1986 s. 105-108.

²⁸⁰ Dworkin 1986 s. 105.

²⁸¹ Dworkin 2011 s. 410.

²⁸² Radbruch 2006 s. 8.

²⁸³ Radbruch 2006 s. 7 sammenholdt med Paulson 2006 s. 26.

²⁸⁴ Wacks 2015 s. 159, under overskriften «The theory travels badly».

den rettsfilosofiske distinksjon mellom «rett» som tema eller konsept og «retten» som praksis et bestemt sted. «Rett» kan både sies å referere til en generell sosial realitet som kan beskrives (jf. pkt. 4.2.2.) og et moralsk ideal om korrekthet som «retten» kan vurderes utfra.²⁸⁵ Å utdifferensiere «rett» fra «retten» gir slik en rettsteoretisk plattform for å generalisere det partikulære, universalisere det relative. Et rom skapes for *skifte i perspektiv* mellom å være internt, deltakende i «retten» og eksternt, vurderende rundt «rett».

Muligheten for en ekstern, normativ rettsteoretisk innfallsvinkel må ses i sammenheng med menneskets fornuft. I tråd med Kants kognitivism, legger jeg til grunn at vi gjennom fornuften kan erkjenne utsagn *i* normer («dette er riktig handlemåte»), ikke bare utsagn *om* normer («folk mener dette er riktig handlemåte»).²⁸⁶ Mennesker har med andre ord *kognitiv kapasitet* til meta-refleksjon som del av rettsfilosofisk virksomhet, å separere seg fra den relative rettslige praksis.

Wenigers tredobbelte differensiering av teoribegrepet gir et eksempel på rettsteoriens mulighetsrom.²⁸⁷ En teori av *første grad* er praktikerens ubevisste og uuttalte teori. En teori av *annen grad* er praktikerens bevisste og eksplisitte teori, formulert med basis i en analyse av gjengs praksis. En teori av *tredje grad* er en refleksjon over teorier av annen grad, en kritisk vurdering med mål om å forbedre praksis. Dworkins rettsteori synes ikke å «ta steget opp» til en teori av tredje grad, jeg har forsøkt å argumentere for muligheten og behovet for det.

Etter at pkt. 4.2. hadde blitt skrevet, ble jeg gjort oppmerksom på *Kinanders* kritikk av en intern, deltakerbasert synsvinkel på rett.²⁸⁸ Grunnproblemet med et slikt perspektiv er ifølge Kinander at fokuset blir på *adferd*, noe som gjør at *normer, prinsipper og begreper* devalueres.²⁸⁹ Kinander argumenter (derfor) for nødvendigheten av et eksternt, normativt perspektiv basert på offentlig, diskursiv, demokratisk og republikansk aspekt av retten.²⁹⁰ Som det fremkommer av dette pkt. 4.2.3, forankrer og begrunner jeg det rettsteoretiske rommet for et eksternt, normativt perspektiv annerledes enn Kinander.

²⁸⁵ Jf. Alexys «dual-nature thesis», se Alexy 2010 s. 167.

²⁸⁶ Kant som gjengitt i Eng 2007 s. 346.

²⁸⁷ Weniger som gjengitt i Myhre 1980 s. 184.

²⁸⁸ Kinander 2004 s. 13. Selv om *Kinanders fokus* rettes mot den «norske» realismen, skriver han at hans forskningsinteresse først og fremst er en kritikk av den rettstenkning som tar i bruk et internt, deltakerbasert perspektiv, se Kinander 2004 s. 19.

²⁸⁹ Kinander 2004 s. 354.

²⁹⁰ Kinander 2004 s. 357 sammenholdt med s. 241.

4.3 Dworkins fortolkningsteori

4.3.1 Innledning

Nå skal jeg konsentrere meg om et snevrere metodologisk utgangspunkt hos Dworkin: *fortolkningsteorien*. Som nevnt i pkt. 3.2.3, oppfatter jeg denne delen av metodologien som sekundær til Dworkins interne, deltakende innfallsvinkel. Når retten for Dworkin dreier seg om fortolkning, får likevel fortolkningsteorien en gjennomgripende konsekvens for hans rettsfilosofi. Man kan si at det er en av Dworkins metodologiske pilarer at fortolkning av sosiale praksiser (inkludert rettslig) «fundamentally» er *konstruktiv*. Hans synspunkt er at all fortolkning tilstreber å gjøre praksisen så bra som den kan bli; fortolkningen ser praksisen i dets beste lys.²⁹¹ Jeg vil i det følgende diskutere om dette er en rimelig forståelse av den rettslige fortolkningens karakter.²⁹² På samme måte som Dworkin, vil jeg forsøke å gjøre det gjennom en «fortolkning av rettslig fortolkning». Det innebærer at jeg forsøker å leve meg inn i oppfatningene rundt fortolkning til aktørene i rettslig praksis, uten å oppgi et eksternt perspektiv på rettslig praksis.²⁹³ Man kan si det er to teoretiske operasjoner som må gjøres for å imøtegå Dworkins fortolkningsteori: en «*sosiologisk*» *identifisering* av eksistensen til *andre* fortolkningsformer enn den konstruktive, og en mer *filosofisk argumentasjon* om at fortolkningen av rettslig praksis (derfor) ikke «fundamentally» kan karakteriseres som konstruktiv.

Fokuset blir rettet mot fortolkning av rettslig praksis spesielt, ikke sosiale praksiser generelt - da Dworkin forutsetter at hans konstruktive fortolkning uttrykker det fundamentale ved fortolkningen av alle sosiale praksiser. Det gjør det tilstrekkelig å forsøke å falsifisere at dette faktisk er tilfellet ved fortolkningen knyttet til *en* av praksisene. Det er da også *rettslig* praksis som er Dworkins orienteringspunkt.

Det kan være klargjørende med noen innledende avklaringer. Kritikken vil angå Dworkins oppfatning av hvilken fortolkningsform som kommer til uttrykk ved fortolkningen av rettslig praksis (dvs. «*konstruktiv fortolkning*»), ikke hva han mener utgjør den *beste* konstruktive fortolkning av rettslig praksis (dvs. «rett som integritet»). Sistnevnte tema forutsetter at fortolkningsformen er konstruktiv, og det er den forutsetningen som problematiseres her.

²⁹¹ Dworkin 1986 s. 52-53 generelt, og s. 90 konkret for retten. Se nærmere om dette i pkt. 3.2.3.2.

²⁹² Som nevnt gjør ikke Dworkin forskjell på en rettsfilosofisk fortolkning av rett og en rettsdogmatisk fortolkning av retten. Da omfanget av rettsdogmatiske fortolkninger klart er størst, blir disse mitt fokus. For kritikk mot den konstruktive fortolknings plass i rettsfilosofisk metodologi, se Dickson 2001 s. 103-132.

²⁹³ En person som mener hun kan bevare et slikt eksternt perspektiv på rett samtidig som hun reflekterer rundt interne oppfatninger av rett, kaller Kramer 1999 s. 165 en «moderat external theorist».

I tillegg må det sies noen ord om forskjellen mellom målsetningen ved den «konstruktive fortolkning» og karakteren av «tesen om det ene rette svar». Som jeg skal redegjøre for i pkt. 5.5.2. er «det rette svaret» intersubjektivt innrammet i den forstand at riktigheten avgjøres innenfor et kulturelt fellesskap. Målsetningen ved den «konstruktive fortolkning» forstår jeg derimot som objektiviserende, (se pkt. 3.2.3.2.) det vil si med et slags moralsk universaliserende siktemål (uten at det påstås at det objektive eller moralsk universelle finnes, se pkt. 4.2.3.). Som intersubjektiv begrensning for fortolkningen fungerer likevel fortolkningsgjenstanden selv, nemlig rettslig praksis.

4.3.2 Andre fortolkningsformer

4.3.2.1 Introduksjon

Som nevnt under pkt. 3.2.3.2. mener Dworkin fortolkningen er konstruktiv, ikke konversasjonell.²⁹⁴ Det er også de to eneste fortolkningsformer Dworkin presenterer. Som Marmor,²⁹⁵ oppfatter jeg dette som en såkalt falsk dikotomi. Det er ikke slik at den rettslige fortolkning enten er konversasjonell eller konstruktiv; det finnes flere alternativer.

I den sammenheng påpeker Marmor at fortolkning ofte dreier seg om å presentere et objekt i et *bestemt* eller *annerledes* lys, ikke (som ved den konstruktive fortolkning) å se objektet i sitt *beste* lys.²⁹⁶ Selv bruker Marmor fortolkning av kunstgjenstander som eksempel, men etter min mening kan noe lignende sies å være tilfellet for fortolkning av rettslig praksis. Videre skal jeg derfor foreslå to måter retten kan sies å fortolkes i et *bestemt* lys; en «institusjonell fortolkning» og en «relasjonell fortolkning».

4.3.2.2. «Institusjonell fortolkning»

Som et generelt utgangspunkt legger jeg til grunn at rettslige fortolkere har oppfatninger om hva som er «passende opptreden» gitt deres identitet og rolle i samfunnet.²⁹⁷ En opplevelse av hva som er *essensielt* for et virke som rettsfortolker fungerer som en begrensning på

²⁹⁴ Dworkin 1986 s. 50-52.

²⁹⁵ Marmor 1992 s. 52.

²⁹⁶ Marmor 1992 s. 52. Fortolkningen anses da som formålsorientert, men samtidig formålsbegrenset.

²⁹⁷ Se March og Olsen 1995 s. 7, som representanter for ny-institusjonell teori.

fortolkningen.²⁹⁸ Grunnlaget for en slik forestilling om fortolkningsansvar vil jeg hevde er den institusjonelle kontekst fortolkningen foregår i. En institusjonell binding fører til at rettslig praksis ses i et *bestemt, institusjonelt* lys – i stedet for at praksisen ses i sitt *beste* lys.

Opphavet til en slik «institusjonell fortolkning» kan for det første sies å være en sosial opplevelse av *autoriteten* til institusjonene lovgiver og høyeste domstol.²⁹⁹ For det andre kan fortolkningsansvaret sies å bygge på en felles tilslutning til de *allmenmoraliske verdiene* demokratisk legitimitet og forutberegnelighet. Indirekte fører det til en respekt overfor de institusjoner som fremmer disse verdiene.

Den geografiske rekkevidden til slike opplevelser og synspunkt er ikke avgrenset til Norge. En «institusjonell fortolkning» får derfor også relevans for Dworkins angloamerikanske rettskultur. Mitt orienteringspunkt i norsk metodelære gjør imidlertid at jeg skal benytte uttalelser der som illustrasjoner på hvordan en institusjonell begrensning av fortolkningsfriheten kan sies å ha vært belyst. Særlig vil jeg da trekke frem Nygaards påpeking av rettsanvenderens lojalitetsplikt overfor loven og rettsordningen.³⁰⁰ I dette bildet hører også Bergos gjennomgang av Høyesteretts forarbeidsbruk 1967-1999, en studie som ga grunnlag for å fremheve Høyesteretts generelle innordning etter lovgiverviljen.³⁰¹ Også Eckhoffs poengtering av samsvaret i standpunkt blant jurister,³⁰² kan kanskje delvis søkes begrunnet i en institusjonell innvirkning på rettslig tankeprosess.

Å se retten i et bestemt, institusjonelt lys kan komme til uttrykk på to måter. For det første, kan en «institusjonell fortolkning» ta form som en søken etter lovgiver og høyeste domstols intensjon ved et utsagn.³⁰³ Det uttrykker en identitet- og rolleforståelse hos rettsanvenderen som er bevisst retts *autoritative forankring* og *demokratisk legitimitet*. For det andre, kan en «institusjonell fortolkning» medføre en fortolkning av utsagn fra lovgiver og høyeste domstol basert på en «naturlig språklig forståelse»,³⁰⁴ for på den måten å sikre en mest mulig *forutberegnelig* rettsanvendelse.

²⁹⁸ March og Olsen 1995 s. 30-31.

²⁹⁹ Bix 1993 s. 130-132 fremhever f.eks. at viktigheten av autoriteten gjør at Dworkins rettsteori mislykkes i å passe rettslig praksis.

³⁰⁰ Nygaard 2004 s. 60 og s. 48.

³⁰¹ Bergo 2000a s. 945-946.

³⁰² Som fremhevet av Eckhoff 2001 s. 29 og s. 371.

³⁰³ Som Dworkin kaller «konversasjonell fortolkning» og Eckhoff kaller «subjektiv fortolkning», se pkt. 5.2.3.

³⁰⁴ Som Dworkin kaller «bokstavelig fortolkning» og Eckhoff kaller «objektiv fortolkning», se pkt. 5.2.3.

Uavhengig av formen den kommer til uttrykk, blir en «institusjonell fortolkning» ordlydorientert, i kontrast til den konstruktive fortolknings formålsorientering. Autoritativ forankring, demokratisk legitimitet og forutberegnelighet oppfattes som *selvstendige* verdier, ikke som *aksessoriske* verdier til et konstruktivt fortolkningsformål.

4.3.2.3. «Relasjonell fortolkning»

Man kan si rettsanvendelsen består av to prosesser: en kognitiv fortolkning av retten og en kommunikativ formidling av retten.³⁰⁵ Her skal jeg hevde at den kognitivt baserte fortolkning av retten relateres til et dommerkollegium og juristfelleskap. Betydningen av den kommunikative *formidling* av retten (som skjer overfor både parter, juristfelleskap og den bredere allmennhet) skal jeg ta opp i pkt. 5.3.3.

Min teori er at man som rettsanvender har en oppfatning om at man ikke er alene om å bedømme en fortolknings korrekthet. Generelt sett ønsker rettsanvenderen ikke at fortolkningen skal stå i disharmoni med hva et større eller mindre juristfelleskap anser riktig. Slik sett kan den rettslige fortolkningen sies å være akseptbevisst på en måte som gjør at retten ses i et *bestemt, relasjonelt* lys.

Tydeligst er dette i tilfeller der man ikke er rettsanvender alene. I en kollegial rett trenger man en form for flertall for å få rettslig gjennomslag. Det bidrar til at fortolkningen tilpasses det som har over-individuell appell. I angloamerikansk rettsteori har Cover påpekt denne nødvendigheten av aksept fra andre «judicial minds» når retten settes med flere dommere.³⁰⁶

Også ellers er det mulig å si rettsanvenderens fortolkning av rettslig praksis blir relasjonelt orientert. For å bli tatt alvorlig som rettslig aktør, må argumentasjonen kunne aksepteres i et juridisk kommunikativt fellesskap.³⁰⁷

³⁰⁵ Lignende: Jacobsen 2003 s. 364 og 373-374, som påpeker at det å svare på et rettsspørsmål er en totrinnsprosess som både innebærer å «*skaffe fram* ei løysing» og å «*kommunisere[r]* den løysinga ein er komen til» (Jacobsens egne uthevinger).

³⁰⁶ Cover 1986 s. 1627. Dworkin 1986 s. 12 skriver at han ikke diskuterer “the practical politics of adjudication, the compromises judges must sometimes accept”, uten at denne bemerkning tilsynelatende ga ham grunnlag til å problematisere hans konstruktive fortolkningsyn.

³⁰⁷ Doublet 1995 s 26.

4.3.3 Er fortolkningen “fundamentally” konstruktiv?

Jeg har nå foreslått to alternative fortolkningsformer til Dworkins konstruktive fortolkning. Felles ved disse er at de fremhever de sosiale omgivelsene rundt rettslig fortolkningsvirksomhet. Rettsfortolkerens oppfatning av at rettsanvendelsen skjer i en institusjonell og relasjonell kontekst gjør at rettslig praksis ses i et *bestemt, sosialt (samfunnspåvirket)* lys.

Til dette kunne Dworkin innvendt at den konstruktive fortolkning er den primære fortolkningsform, i den forstand at institusjonelle og relasjonelle forhold kun er sekundære bidrag til en overordnet vurdering av hva som setter rettslig praksis i sitt beste lys. Som nevnt i pkt. 3.2.3.2. er det denne argumentasjonen Dworkin bruker overfor konversasjonell fortolkning. Jeg vil likevel hevde at kognitivt sett er det sosiale element såpass *innviklet* i måten å fortolke på at man ikke kan utskille og fremheve det konstruktive fra det institusjonelle og relasjonelle. Med hermeneutisk terminologi kan man si institusjonell og relasjonell kunnskap er en del av den *forforståelse* vi forstår rettslig praksis med.³⁰⁸ I så fall blir ikke fortolkningen institusjonelt og relasjonelt tilpasset kun som en konsekvens av en konstruktiv fortolkningsmåte.

Der Dworkins konstruktive fortolkning har en objektiviserende målsetning («*beste lys*»), har jeg fremhevet intersubjektiviserende trekk ved fortolkningen («*bestemt lys*»). Med dens orientering mot det objektiviserende får Dworkins fortolkningsteori en moralsk undertone, mens mine fortolkningsrefleksjoner uttrykker en vektlegging av det sosiale. For meg fremtrer den moralske og sosiale sfære som to gjensidige påvirkninger av rettslig fortolkning. På et vis er Eckhoff inne på dette når han skriver at domstolene ved lovtolkningen *både* ønsker å komme frem til et godt resultat (objektivisert fortolkning, med moralsk undertone) og vise lojalitet overfor lovgiver (intersubjektivisert fortolkning, med sosial undertone).³⁰⁹ I så fall kan den konstruktive fortolkningsform vanskelig utheves og gis forrang i en teori om rettslig fortolkning.

Kanskje kan det trekkes en parallell til Hegels kritikk av Kants moralfilosofi. For Hegel har ikke personlig moral forrang overfor sosiale, politiske og historiske betraktninger.³¹⁰

³⁰⁸ Se Krog 2014 s. 49-50 om betegnelsen signert Gadamer.

³⁰⁹ Eckhoff 2001 s. 152.

³¹⁰ Hoy 1989 s. 216.

Moralske vurderinger må ta i betraktning den sosiale verden de er en del av.³¹¹ Selv om man kan være uenig i dette som moralfilosofisk standpunkt, synes jeg Hegels gir et viktig perspektiv på rettsfilosofisk fortolkningsteori. Fortolkningen skjer i en sosial kontekst som fortolkere synes de må ta i betraktning. Utenfor ekstremisituasjoner mener man fortolkningen ikke bør isoleres fra dens institusjonelle og relasjonelle omgivelser. Jeg synes derfor at fortolkningen av rettslig praksis ikke «*fundamentally*» kan karakteriseres som konstruktiv alene, slik Dworkin legger til grunn.

4.4 Dworkins formålstillegging

Som et tredje hovedaspekt i Dworkins metodologi tillegger han retten (og teorier om retten) et formål: den skal rettferdiggjøre offentlig maktbruk mot individer og grupper (se pkt. 3.2.4). Jeg er tilbøyelig til å være enig med Dworkin at det er *mulig* å tillegge rett som helhet et eller formål, og at det kan anses som del av en rettsfilosofisk metodologi man forstår rett utfra. Spørsmålet er om Dworkins formålstillegging er treffende.³¹²

Dworkin forutsetter at hans formålstillegging er lite kontroversiell; Grunnlaget for formålstilleggingen er (som nevnt i pkt. 3.2.4) hva «most legal theorists accept»,³¹³ en «rough consensus» blant dem.³¹⁴ Hart skriver imidlertid at han «certainly do not share» Dworkins oppfatning av at rett skal rettferdiggjøre offentlig maktbruk,³¹⁵ Raz mener «the law has no specific function».³¹⁶ Uten at det er blitt gjort en empirisk undersøkelse, fremstår det vanskelig å si at de fleste rettsteoretikere aksepterer Dworkins formålstillegging når to av de mest sentrale rettsteoretikere i nyere i tid ikke gjør det. Hart og Raz' utsagn synes å signalisere at Dworkins oppfatning av rettens formål ikke er tilstrekkelig ukontroversiell.

Det kan også rettes en mer direkte kritikk mot Dworkins formålstillegging. Forutsatt at rett er et sosialt fenomen,³¹⁷ må rettens formål utledes fra sosial praksis. Det innebærer en sosialt basert definering av rettens formål, forsøkt løsrevet fra politiske og moralske oppfatninger.³¹⁸ Sett i et slikt lys, synes jeg det å se rettens formål som «rettferdiggjøring av offentlig

³¹¹ Hoy 1989 s. 210.

³¹² Se pkt. 3.2.4. for en forklaring av min bruk av uttrykket «formålstillegging».

³¹³ Dworkin 1986 s. 93.

³¹⁴ Dworkin 186 s. 109.

³¹⁵ Hart 2012 s. 248.

³¹⁶ Raz 1998 s. 2.

³¹⁷ Slik Dworkin 1986 s. 13.

³¹⁸ Raz 2009 s. 165 bygger på denne distinksjonen mellom «social functions» og «particular moral and political principles».

maktbruk» ikke blir tilstrekkelig abstrahert fra et politisk liberalt verdensbilde. En mer presis (og dermed mindre politisk ladet) definisjon av rettens formål gir etter min mening Hart og Kelsen uttrykk for: rett har som formål å regulere menneskelig adferd.³¹⁹ Alt i alt tviler jeg derfor både på at Dworkins formålstillegging er tilstrekkelig ukontroversiell og at den er treffende.

4.5 Konsekvensen av kritikken

Overfor har jeg rettet kritikk mot det jeg oppfatter som de tre overordnede aspektene i Dworkins rettsfilosofiske metodologi. På hver sin måte utgjør de en basis for Dworkins rettsfilosofiske teori, det vil si hans tilnærming til f.eks. rettens natur og forholdet mellom rett og moral. Det er denne forbindelseslinjen mellom metodologi og teori jeg mener gjør kritikk av metodologien til den mest grunnleggende kritikken som kan rettes mot noens rettsfilosofi. Hvis min argumentasjon er holdbar, er antagelsen at Dworkins rettsfilosofiske *teori* mangler et trygt *metodologisk* fundament. Forslaget er at Dworkins rettsfilosofiske resonnement ikke kan opprettholdes fordi hans konklusjoner (i form av teorien) hviler på premisser (i form av metodologien) som ikke er overbevisende.³²⁰ I så fall gir ikke Dworkin en tilfredsstillende respons på det analytiske rettsfilosofiske spørsmål «hva er rett?».

Når det er sagt, synes jeg det er mye av rettsteoretisk verdi i Dworkins forfatterskap. Dette kommer til uttrykk i neste kapittel, der fokuset rettes mot Dworkins rettsteori oppfattet som juridisk metodelære, og ikke som analytisk rettsfilosofi.

³¹⁹ Hart 2012 s. 249 og Kelsen som gjengitt i Raz 2009 s. 164.

³²⁰ Ordet «forslaget» er ment å uttrykke en aksept av at dette er en diskutabel argumentasjonsrekke, slik også f.eks. Waldron 2013 s. 74 ser ut til å bruke «suggest» når han påstår at Finnis egentlig ikke har lansert en naturretsteori i det hele tatt (som kan organisere menneskers anliggender i en «state of nature»).

5 Verdien av Dworkins rettsteori som del av en juridisk metodelære

5.1 Begrunnelse og opplegg

I problemstillingen min fremkommer det at jeg skal forsøke å gjøre en vurdering av det «rettsteoretiske bidrag» i Dworkins rettsteori. I pkt. 1.2. definerte jeg «rettsteori» som bestående av både «analytisk rettsfilosofi» og den mer praktisk rettede «juridisk metodelære». Overfor i kap. 4 har jeg kritisert Dworkins rettsteori som analytisk rettsfilosofi. Her i kap. 5. skal jeg analysere Dworkins rettsteori som et svar på det jeg har definert som den juridisk metodelæres overordnede spørsmål: «hvordan er juridisk argumentasjon?» og «hvordan bør juridisk argumentasjon være?». Det gjør at jeg også analyserer Dworkins rettsteori basert på det som i stor grad var Dworkins *fokus*, nemlig rettsanvendelsesprosessen.

Tilnærminger til juridisk metode innordner seg «retten» i et bestemt samfunn, fremstillingene blir autoritativt bundne.³²¹ Slik teologen aksepterer Bibelen som autoritet, aksepterer den norske juridiske metodeoretikeren Stortinget og Høyesterett som autoriteter. Det brukes ikke tid på å reflektere over grunnleggende rettsfilosofiske spørsmål rundt naturen til «rett». Fremstillinger av og synspunkter til juridisk metode tar med andre ord utgangspunkt i et *internt, deltakende perspektiv*. Det harmonerer med Dworkins tilnærming til retten.

Et skifte i *tema* fra analytisk rettsfilosofi til juridisk metode muliggjør etter min mening en endring i *metodologisk* innfallsvinkel. Rettsteoriens tematiske variasjon skaper rom for en metodologisk variasjon der Dworkins interne, deltakende innfallsvinkel har sin plass når det gjelder juridisk metodelære.³²² Jeg oppfatter med andre ord en ekstern, observerende innfallsvinkel i analytisk rettsfilosofi og et internt, deltakende perspektiv i juridisk metodelære som *komplementære* fordi erkjennelsesinteressen er en annen: fra hvordan best besvare «hva er rett» til hvordan best besvare «hvordan er og bør rettslig argumentasjon være».³²³ Det betyr at en ekstern, deskriptiv tilnærming i analytisk rettsfilosofi (se pkt. 4.2.2) ikke fortrenses ved en intern, deltakende innfallsvinkel i juridisk metodelære. Nedenfor skal

³²¹ Jf. pkt. 3.2.2.2. om rettsdogmatikkens føringer.

³²² Sæther Mæhle 2015 s. 154 skriver nærmere om metodologisk pluralisme/diversitet, med videre henvisninger.

³²³ Se Sæther Mæhle 2015 s. 155 om komplementære metodologiske innfallsvinkler ved uensartede erkjennelsesinteresser.

jeg forsøke illustrere hvordan Dworkins bidrag til juridisk metodelære kan sies å ha opphav nettopp i et internt, deltakende perspektiv.

Det interne, deltakende perspektiv i juridisk metodelære må avstemmes mot et eksternt, normativt perspektiv på rett (se pkt. 4.2.3.). Man kan si min vurdering av Dworkins bidrag til juridisk metodelære tar utgangspunkt i det nord-europeiske «normaltilfellet»: stabile, konstitusjonelle demokrati. I ekstremisituasjoner (som handlinger mot minoriteter tillatt etter Nazi-Tysklands lovgivning) mener jeg et eksternt, normativt perspektiv på rett må få forrang i juridisk argumentasjon.³²⁴ Det særegne ved eksempelet Nazi-Tyskland viser imidlertid at det praktiske anvendelsesområde til perspektivet blir meget begrenset. Den teoretiske muligheten for en slik sensur gjør det likevel nødvendig å vedlikeholde evnen til å ha et eksternt, normativ innfallsvinkel på den rettslige praksis man er deltaker i.

Opplegget i det følgende er at jeg vil trekke frem noen aspekt i Dworkins rettsteori som kan være verdifulle som del av en juridisk metodelære utenfor ekstremisituasjoner. Som nevnt i pkt. 1.3, har jeg strukturert underpunktene i kapittelet i tre deler: redegjørelse, drøftelse og argumentasjon.

For det første, skal jeg *redegjøre* for aspektet av Dworkins rettsteori som jeg synes kan være et bidrag i metodediskusjonen. For det andre, skal jeg *drøfte* aspektet i Dworkins rettsteori ved å sammenstille den (påpeke likheter og ulikheter) med berøringspunkter i praktisk norsk rettsteori. En meningsgivende vurdering fordrer en løpende komparasjon med norsk metodepraksis (i domstolene), norsk metodelære (se definisjonen i pkt. 1.3.) og nyere norsk rettsteori. For det tredje, skal jeg gjennom *argumentasjon* vurdere hvilket bidrag Dworkins rettsteori tilfører juridisk metodelære på det aktuelle punkt. Med andre ord stiller jeg spørsmål om i hvor stor grad Dworkin er med på å utfylle, klargjøre og videreutvikle elementer i norsk juridisk metodelære. I flere tilfeller ser jeg på Dworkins tilnærming som et utgangspunkt som jeg forsøker å nyansere eller utbygge.

5.2 Overordnet til rettsanvendelsesprosessen

5.2.1 Innledning

³²⁴ Det vil si en slags «Radbruchs formel», se pkt. 4.2.3.

Jeg skal begynne med å vurdere Dworkins bidrag til rettsanvendelsesprosessen som en helhet. Overordnet sett kan Dworkin sies å gi en annen fremstilling av strukturen til rettsanvendelsesprosessen og et annet substansielt syn på rettsanvendelsen enn det som har vært vanlig i norsk metodelære. «Strukturen til rettsanvendelsesprosessen» forstår jeg som en forsøksvis deskriptiv, teknisk fremstilling av stegene i rettslig argumentasjon. Et «substansielt syn på rettsanvendelsen» oppfatter jeg som en norm-deskriptiv eller normativ tilnærming til hvordan rettsanvendelsen innholdsmessig bør ta form.³²⁵ Strukturen gir på et vis et «skjelett» for rettsanvendelsen, mens det substansielle syn gir «blodet» i rettsanvendelsen.³²⁶ Jeg skal begynne med å fremheve metodelæreverdien av Dworkins substansielle syn på rettsanvendelsen.

5.2.2 Koherens som rettsanvendelsesideal

Dworkins «rett som integritet» (se pkt. 3.3.2.) representerer hans substansielle syn på rettsanvendelsen. Nøkkelordet i «rett som integritet» er *koherens*; retten skal så langt som mulig være koherent med grunnleggende politiske-moralske idealer.³²⁷ Slik vi ønsker at våre naboer handler med integritet, ønsker vi at *myndighetene* handler med integritet – dvs. på en prinsipiell og koherent måte.³²⁸ «Rett som integritet» utleder Dworkin fra hans analytiske rettsfilosofiske metodologi (se pkt. 3.3.2.), som jeg har kritisert i kap. 4. Her skal jeg derfor reformulere «rett som integritet» som en tilnærming til det normative juridiske metodelærespørsmål «hvordan bør juridisk argumentasjon være?». Med det ses koherens som et ideal i rettsanvendelsen, ikke som del av en samlet forståelse av «rett». I det følgende skal jeg først bruke Dworkin i et forsøk på å komme nærmere *hva* koherens er. Deretter skal jeg argumentere for *hvorfor* koherens bør være et rettsanvendelsesideal i juridisk metodelære.

Når flere stemmer i nyere norsk rettsteori har tatt til orde for en streben etter koherens i rettsanvendelsen,³²⁹ er det viktig med klarhet i hva koherens innebærer. Koherens betyr

³²⁵ Altså hhv. en fremstilling av rettsanvendelsesstrukturen og tilnærming til «rettsanvendessubstansen».

³²⁶ I den forstand at strukturen danner rettsanvendelsens bærende rammeverk (som skjelettet er for kroppen), og det substansielle syn tilfører næring til rettsanvendelsen (som blodet blant annet gjør i kroppen). Beskrivelsen av skjelett som «bærende rammeverk» har jeg hentet fra Holck 2018.

³²⁷ Dworkin 1986 s. 243 og s. 405.

³²⁸ Dworkin 1986 s. 165-166.

³²⁹ Se f.eks. Bernt 2002 s. 271 (koherens forstått som en deskriptiv forventning i rettsanvendelsen) og Marthinussen 2016 s. 226 sammenholdt med s. 220 (koherens betraktet som et normativt ideal for

sammenheng, og i rettslig kontekst innebærer koherens (slik jeg forstår det) at den *enkelte* rettslig argumentasjon søkes å være i overensstemmelse med rettslig *helhet*.³³⁰ I denne sammenheng adskiller Dworkin koherens fra konsistens. Konsistens er fravær av logisk motsigelse mellom to rettslige utsagn.³³¹ Integritet (som uttrykker koherens) muliggjør fravikelse av tidligere rettslige utsagn på grunn av en sammenheng med mer fundamentale trekk ved retten.³³² I norsk rettsteori har koherens og konsistens blitt beskrevet som kumulative forventninger til rettsanvendelsen.³³³ Å differensiere dem som *alternativ* («en konsistent løsning trenger ikke å være koherent») ser jeg på som en klargjørende presisering. I tillegg gir Dworkins utdyping av koherensbetegnelsen veiledning når systemhensyn trekker i ulike retninger,³³⁴ det avgjørende er den systembetragtning som er mest fundamental i rettssystemet som helhet.

Dworkins «rett som integritet» gir dommeren i oppgave å se retten som strukturert av en koherent oppfatning av «justice», «fairness» og «procedural due process», så langt det er mulig.³³⁵ Dette beskriver Dworkin som tre ulike politiske idealer,³³⁶ og de kan sies å uttrykke ulike rettslige rettferdighetstyper. I pkt. 5.4.5. har jeg derfor oversatt idealene til «strukturell rettferdighet», «substansiell rettferdighet» og «prosessuell rettferdighet» (jeg kommer nærmere tilbake til idealene da). I Norge har koherensbetegnelsen blitt knyttet til verdier gjennom uttrykket «verdi- og fornuftsmessig koherens».³³⁷ For meg har det større forklaringsverdi å knytte koherens til Dworkins rettsferdighetstyper fremfor (grunnleggende rettslige) verdier. Grunnen til det er at perspektivet etter min oppfatning går «dypere»: fra å identifisere *hva* som er en grunnleggende rettslig verdi, til å rettferdiggjøre *hvorfor* noe er en grunnleggende rettslig verdi. Bakgrunnen for at en rettsanvender f.eks. bør forfølge verdien «demokratisk legitimitet»,³³⁸ kan være at demokrati allment sett er den beste måten å

rettsanvendelsen). Se også Askeland 2018 s. 522, som skriver eksplisitt at koherensbetoningen i Tande 2011 har «meget til felles med Ronald Dworkins rettsteori».

³³⁰ Lignende: Tande 2011 s. 13, Marthinussen 2016 s. 226.

³³¹ Guest 2013 s. 80.

³³² Dworkin 1986 s. 219.

³³³ Bernt 2002 s. 271.

³³⁴ At systemhensyn kan trekke i ulike retninger er påpekt av Marthinussen 2016 s. 178. På s. 95 likestiller Marthinussen koherens med hensynet til indre sammenheng i regelverket.

³³⁵ Dworkin 1986 s. 243.

³³⁶ Dworkin 1986 s. 164.

³³⁷ Bernt 2002 s. 271 og videre Tande 2011 s. 23-24.

³³⁸ Tande 2011 s. 23.

distribuere politisk makt og strukturere et politisk system på.³³⁹ «Demokratisk legitimitet» kan med andre ord sies å representere en slags «strukturell rettferdighet».

Jeg har nå prøvd å utdype hva koherens kan sies å innebære, og skal i det videre forsøke å begrunne *hvorfor* jeg mener koherens i retten er verdt å strebe etter (utenfor ekstremisituasjoner). En søken etter å koherere egen konklusjon på rettsspørsmålet med rettslig helhet bidrar til å *universalisere* den rettslige argumentasjon: man kan ikke behandle en aktuell sak annerledes enn andre saker av den typen (det vil si i relevant like situasjoner).³⁴⁰ På den måten fremmes et ønske om likebehandling av mennesker,³⁴¹ og et vern mot vilkårlighet.³⁴² Underliggende kan sies å være en sympati for hovedtrekk i Kants moralfilosofi; å strebe etter å handle koherent er å behandle mennesket som et mål i seg selv.³⁴³

En følge av denne begrunnelsen for koherens som rettsanvendelsesideal blir etter min oppfatning en normativ avgrensning av den hermeneutiske metodes innflytelse på rettsanvendelsen.³⁴⁴ Et kjernepunkt i hermeneutikken er forholdet mellom del og helhet; del og helhet kan kun forstås i lys av hverandre.³⁴⁵ I rettslig sammenheng betyr dette at det konkrete rettsgrunnlag (delen) ses i lys av en helhet bestående av *både* en rettslig praksis og samfunnskontekst i utvikling.³⁴⁶ For å etterstrebe universalisering og likebehandling er det (slik jeg forstår det) nødvendig å innsnevre hva som konstituerer helheten til det som er mulig å fortolke ut fra *rettens* normer, dvs. at helheten ikke også rommer det som (kun) kommer til uttrykk som verdier i *samfunnet*.

5.2.3 Fortolkningen som strukturingsgrep og uenighetsmarkør

³³⁹ Uffa Dworkin 1986 s. 164 sammenholdt med s. 404.

³⁴⁰ Spaak 2007 s. 78.

³⁴¹ Dworkin 1986 s. 96 og s. 213 om «rett som integritet».

³⁴² Dworkin 1986 s. 252 om «rett som integritet». Sammenhengen mellom en søken etter koherens og et vern mot vilkårlighet er også noe Tande ser ut til å bygge på, se Tande 2011 s. 17.

³⁴³ Jf. MacInnis 2015 s. 45-46 om sammenhengen mellom «rett som integritet» og Kants moralfilosofi. En rettslig koherent løsning kan imidlertid være forskjellig fra den løsning som moralsk generaliseres etter «det kategoriske imperativ», så helt kantiansk blir det kanskje ikke.

³⁴⁴ I norsk rettsteori har særlig Bernt og Doublet 1998 s. 169-220 fremhevet hermeneutikk som rettslig analyseverktøy.

³⁴⁵ Bernt og Doublet 1998 s. 182-183 og 215.

³⁴⁶ Slik jeg forstår Bernt og Doublet 1998 s.181-182, 208-209 og 211.

Dworkin strukturerer rettsanvendelsesprosessen ved å si den består av et førfortolkningsstadium, et fortolkningsstadium og et etterfortolkningsstadium.³⁴⁷

Rettsanvendelsesprosessen kretser med det rundt *fortolkning* av en *samlet* rettslige praksis,³⁴⁸ likevel slik at lovteksten utskilles som fortolkningsobjekt.³⁴⁹

Eckhoff og Nygaard gir en nokså lik fremstilling av strukturen til rettsanvendelsesprosessen; Rettsanvenderen skal forholde seg til en samling *rettskildefaktorer* ved å benytte *rettskildeprinsippene* relevans, slutning og avveining/vekting.³⁵⁰ Rettsanvenderen *slutter* enkeltvis fra de *relevante* rettskildefaktorene og *avveier* dem til slutt opp mot hverandre. Nygaard påpeker imidlertid et nytt steg i rettsanvendelsen, tilsynelatende mellom relevansstadiet og slutningsstadiet: identifisering av det han kaller «primært rettsgrunnlag».³⁵¹ Dette grepet videreføres av Monsen.³⁵²

Jeg synes det er tre rettsteoretisk interessante punkter i Dworkins strukturering av rettsanvendelsesprosessen. For det første, er Dworkin som Nygaard oppmerksom på at en rettslig fortolkningsgjenstand (eller et primært rettsgrunnlag) må *identifiseres*.³⁵³ Å være bevisst et skille mellom fortolkningsstema og fortolkningsverktøy kan anses viktig for rettsdogmatikkens selvforståelse.³⁵⁴ Dworkins «førfortolkningsstadium» ser ut til å fange opp *både* relevans og identifisering som aspekt ved rettsanvendelsen.³⁵⁵ For det andre, gjør Dworkins fokus mot en *samlet* fortolkning av rettslig praksis at han får et mer helhetlig perspektiv på rettsanvendelsen sammenlignet med den mer oppdelte strukturering i enkeltslutninger og avveining i norsk metodelære. Det kan være verdifullt å flette sammen Dworkins tilnærming og norsk metodelære på dette punkt: en helhetsforståelse av rettskildebilde kan hevdes supplerer «delforståelser» av enkeltrettskilder. For det tredje, synes jeg det er klargjørende å knytte rettsanvendelsen så direkte til fortolkning som Dworkin gjør. Problemet med karakteristikken «slutning», slik jeg ser det, er at man ikke fanger opp den kognitiv-fortolkende tankeprosess som skjer *før* man trekker slutning. Uttrykket «slutning»

³⁴⁷ Dworkin 1986 s. 65-66.

³⁴⁸ Sml. Dworkin 1986 s. 66: «some *general* justification for the main elements of the practice identified». (min utheving)

³⁴⁹ Se Dworkin 1986 s. 313-354.

³⁵⁰ Jf. Gravers definisjon av «vanlig juridisk metode», se Graver 2008 s. 168. Nygaard 2004 s. 34-36 benytter ikke relevans- og slutnings-terminologien, men inndeler rettskildeprinsippene i tre lignende hovedgrupper.

³⁵¹ Nygaard 2004 s. 62-63.

³⁵² Monsen 2012 s. 75-110.

³⁵³ Dworkin 1986 s. 66-67.

³⁵⁴ Bernt og Doublet 1998 s. 208.

³⁵⁵ «Førfortolkningsstadiet» behandles nærmere i pkt. 5.3.

assosieres med et mekanisk forløp; «fortolkning» får bedre frem de kognitive, individuelle vurderinger i rettsanvendelsen.³⁵⁶

Når det er sagt, så er det ikke så opplysende å definere noe basert på hva det *ikke* er; Dworkins «førfortolkningsstadium» og «etterfortolkningsstadium» sier bare at det ikke (primært) skjer fortolkning. Kanskje er det mulig å kombinere Dworkins strukturering av rettsanvendelsesprosessen med tradisjonelt norsk juridisk metodelære: «relevans» (basert på Eckhoff), «identifisering» (basert på Nygaard og Monsen), «fortolkning» og «konkludering» (basert på Dworkin). Jeg skal imidlertid ta utgangspunkt i Dworkins tredelte struktur når jeg nærmere vurderer hans bidrag til metodelæren (pkt. 5.3-5.5).

Til nå har jeg skrevet om Dworkins bruk av fortolkningen som strukturering, i det følgende skal jeg diskutere fortolkningen som *uenighetsmarkør*. Dworkin forankrer rettslig uenighet i at den konstruktive fortolkning av retten varierer blant rettsanvendere: det forskjellig hva man kommer til når retten ses i sitt beste lys.³⁵⁷ Supplert med min argumentasjon i pkt. 4.3. for moralske og sosiale forholds gjensidige innflytelse på rettslig fortolkning, kan rettslig uenighet også sies å komme til uttrykk gjennom at retten ses i et *bestemt, sosialt* lys på ulik måte blant rettsanvendere.

Hvis fortolkningen på denne måten markerer uenighet, kan den også sies å markere eksistensen av ulike substansielle syn på rettsanvendelsen - som ulike måter å se retten i et best eller bestemt lys på. Selv omtaler Dworkin tre ulike (konstruktive) fortolkninger av rettslig praksis: konvensjonalisme, pragmatisme og rett som integritet.³⁵⁸ Med basis i Dworkins oppdeling, går det kanskje an å tegne opp noen «rettsanvendelsesideologier» som kan symbolisere ulike fortolkningstilbøyeligheter ved fortolkningen av retten.³⁵⁹ Disse knytter seg da an til hvilke betraktning man legger *avgjørende* vekt på (ett spesifikt argumentasjonsmønster), ikke hva man *inkluderer* i sin rettslige argumentasjon (alle relevante og aktuelle rettskildefaktorer). «Rettsanvendelsesideologiene» må imidlertid karakteriseres som *idealtyper*: et forsøk på å rendyrke kjennetegn på ulike perspektiv på retten, uten at det påstås at rettsanvendere i virkeligheten alltid befinner seg i den eller andre kategorien.³⁶⁰

³⁵⁶ Sml. Tande 2011 s. 2 om betydningen av de individuelle vurderinger i rettsanvendelsen.

³⁵⁷ Dworkin 1986 s. 87.

³⁵⁸ Dworkin 1986 s. 94-96 og videre kap.4-7.

³⁵⁹ De fanger i liten grad opp variasjonen i rettslig argumentasjon mellom rettsområder.

³⁶⁰ Jf. definisjonen av idealtipe hos Skirbekk 2014. Spaak 2007 s. 78 knytter også an til idealtipe-modellen ved sin presentasjon av rettsanvendelsesteorier, men på en litt annen måte.

Grunnen til at jeg likevel vier dette såpass mye skriveplass er, som jeg skal komme tilbake til, at jeg mener det kan øke forståelsen av juridisk metodelære.

Som potensielle «rettsanvendelsesideologier» har jeg differensiert mellom tekstualisme, intensjonalisme, koherentisme og pragmatisme. Grunnen til at jeg har utbygd Dworkins konvensjonalisme med «tekstualisme» og «intensjonalisme» er for å fange opp distinksjonen mellom «objektiv» fortolkningsteori der målet er å finne «lovens mening» og «subjektiv fortolkningsteori der målet er å avdekke «lovgivernes vilje».³⁶¹ Parallellen hos Dworkin er hans indirekte kontrastering mellom «bokstavelig»³⁶² og «konversasjonell»³⁶³ fortolkning. I tillegg benytter jeg «koherentisme» for å inkludere også oppfatninger som *ligner* Dworkins «rett som integritet».³⁶⁴

Jeg har valgt å ikke gjøre bruk av betegnelsen *positivisme* når tilnæringer til rettsanvendelsen omtales, i motsetning til Askeland.³⁶⁵ Det er fordi jeg oppfatter det slik mange forfattere innenfor positivistisk og ikke-positivistisk (naturrettlig) tradisjon *intenderer* å gi svar på spørsmålet «hva er rett?», ikke det som er av interesse her: «hvordan bør juridisk argumentasjon være?». Positivismen knytter seg slik sett til en annet tema: analytisk rettsfilosofi, ikke juridisk metodelære.³⁶⁶ Også Skjerve behandler rettspositivismen som en teori om rett som fenomen og ikke et svar på hvordan rettsanvendelsen bør foregå.³⁶⁷ At tilslutning til positivismen får *konsekvenser* for tilnærmingen til rettsanvendelsen, er en annen sak.

Til sammen kan de fire «rettsanvendelsesideologiene» ses som symbol på ulike verdiprioriteringer, slik at den grunnleggende forskjellen mellom dem kan sies å bunne i hvilket rettslig formål som settes høyest. Med det mener jeg at tekstualismen og koherentismen på en litt ulike måte fremmer best *forutberegnelighet* i rettslig argumentasjon, intensjonalismen fremmer best rettsanvendelsens *demokratiske legitimitet*, mens

³⁶¹ Som formulert av Eckhoff 2001 s. 148. Ordparet «tekstualisme» og «intensjonalisme» er inspirert av Spaak 2007 s. 44 sin inndeling i ulike fortolkningsargument i rettslig argumentasjon, der han (blant annet) skiller mellom «textual arguments» og «intentionalists arguments».

³⁶² Som nevnes i Dworkin 1986 s. 17. Interessant nok legger han til at det er en fortolkningsteori som hadde større popularitet på slutten av 1800-tallet enn nå.

³⁶³ Som nevnes eks. i Dworkin 1986 s. 50.

³⁶⁴ Jeg følger med det Spaak 2007 s. 15 som regner Dworkins «rett som integritet» som en *variant* av prinsipielle tilnæringer til rettsanvendelsen. Jeg har imidlertid valgt å ikke gjøre bruk av betegnelsen «prinsipiell» grunnet de positive assosiasjoner betegnelsen gir. I stedet har jeg brukt den mer «nøytrale» betegnelsen koherentisme, med bakgrunn i Raz 1995 s. 287 sin betegnelse «coherence theories of law and adjudication» (som han kontrasterer mot «coherence theories of justified belief».)

³⁶⁵ Askeland 2003 s. 10.

³⁶⁶ Jf. henvisningen min til Gardner 2012 s. 47 og Kramer 1999 s. 114 i pkt. 1.2. Også Spaak 2007 s. 15 plasserer positivisme og ikke-positivisme i en annen kategori enn prinsipielle og pragmatiske tilnæringer til juridisk argumentasjon.

³⁶⁷ Skjerve 2015 s. 109.

pragmatismen fremmer best rettsanvendelsens konkrete *rimelighet*.³⁶⁸ På den måten belyser «rettsanvendelsesideologiene» ulike tilnærminger til den grunnleggende spenning mellom rettferdigheten i den generelle regel og sakspesifikk rimelighet.³⁶⁹ Jeg skal utdype hver enkelt av dem nedenfor, delvis basert på Dworkins egen argumentasjon.

Tekstualismen respekterer og anser seg bundet av de autoritativt bestemte tekstene, rettsanvendelsen skal være «konvensjonell».³⁷⁰ Retten betraktes i stor grad som et *faktum* bestemt av lovgiver og Høyesterett. Tekstualistens tilnærming til lov og prejudikat gjør at han eller hun fremmer tydeligst det Askeland omtaler som *tekstlojalitet*.³⁷¹ Det avgjørende i rettslig argumentasjon blir «den naturlige språklige forståelse» av ordlyden i den aktualiserte lovtekst eller prejudikat.³⁷²

Intensjonalismen gjør lovgivers intensjon ved fastsettingen av lovtekst avgjørende.³⁷³ I norsk sammenheng innebærer en slik tilnærming at lovens ordlyd fortolket i lys av dens forarbeid og forhistorie blir viktigst.³⁷⁴ Som et fellestrekk kan tekstualismen og intensjonalismen sies å være en «enten-eller-rettsanvendelse»: der det *ikke* er mulig å slutte fra teksten eller intensjonen hva som er rettslig korrekt, kan rettsanvenderen skape rett.³⁷⁵

Koherentismen, som Dworkins «rett som integritet» representerer, understreker viktigheten av en koherens i retten og dermed en «prinsipiell» rettsanvendelse.³⁷⁶ Det gjør at rettslige prinsipper³⁷⁷ og hensyn med bred rekkevidde får forrang i rettslig argumentasjon.

Koherentisten søker *verdilojalitet*, og forplikter seg til en viss tekstlojalitet via verdilojaliteten.³⁷⁸ Koherentismen kan sies å være en «både-og-rettsanvendelse», den får

³⁶⁸ Jeg knytter dermed «rettsanvendelsesideologiene» til hver av de tre grunnleggende rettslige verdier Tande 2011 s. 23 nevner.

³⁶⁹ Sunde 2005 s. 148-149 og s. 296, med videre henvisning til Aristoteles. I norsk metodelære sies gjerne at målet er *begge deler*, se eks. Eckhoff 2001 s. 371, Nygaard 2004 s. 154 og Monsen 2012 s. 54. Min forutsetning i det følgende er at det vanskelig lar seg gjøre fullt ut.

³⁷⁰ Dworkin 1986 s. 116.

³⁷¹ Askeland 2003 s. 8.

³⁷² Sml. Eckhoff 2001 s. 150 om det rettslige utgangspunkt i den «objektive tolkningsteori».

³⁷³ Basert på Spaak 2007 s. 47 sin definisjon av intensjonalistisk fortolkningsargument.

³⁷⁴ Sml. Eckhoff 2001 s. 149-150 om perspektivet til den «subjektive tolkningsteori». I norsk rettspraksis er Husmor-dommen (Rt. 1975 s. 220 A) et eksempel på at sammenhengen mellom forarbeid og intensjon uttrykkes: «Forarbeidene kaster imidlertid atskillig lys over lovgiverens intensjoner (...)» (s. 223).

³⁷⁵ Dworkin 1986 s. 130.

³⁷⁶ Spaak 2007 s. 77.

³⁷⁷ «Prinsipper» forstår jeg som (en oppfatning av) rettslige utgangspunkter eller vektige rettslige verdier med høyt generaliseringsnivå, se Frøberg 2014 s. 127-134 og s. 137-145.

³⁷⁸ Uttrykket verdilojalitet benyttes av Marthinussen 2017 s. 218. Utfordringen med den rettslige *internasjonalisering* vil koherentismen kanskje møte ved å legge til grunn at utviklingen (bare) danner et langt større rettslig materiale rettsanvenderen må forsøke å finne en koherent løsning ut fra.

betydning i all rettslig argumentasjon fordi retten (både i rettssystemet generelt og på rettsområder spesielt) anses gjennomsyret av verdier selv om livsområdet ikke er direkte regulert av konvensjoner. Det kan skilles mellom ulike *former* for koherentisme.³⁷⁹ Man kan understreke viktigheten av koherens med rettsstatens krav,³⁸⁰ eller (som Dworkin) koherens med noen politisk-moralske idealer.³⁸¹

Pragmatismen vektlegger rimelig løsning av enkeltspørsmål fremfor konformitet overfor generelle prinsipper.³⁸² Retningen fremhever forståelse for situasjonens kontekst og har fokus mot løsnings konsekvenser.³⁸³ Med det har pragmatismen evne til å fange opp strømninger i samfunnet som ikke (ennå) har kommet til uttrykk i lovgivning eller rettspraksis. I norsk rettskildelære uttrykker læren om reelle hensyn (som «vurderinger av resultatets godhet»³⁸⁴) og de skjønsmessige avveiiinger en pragmatisk tankegang.³⁸⁵ I tillegg kan den teleologiske fortolkningsstilen til EU-domstolen og EMK sies å være pragmatisk preget.³⁸⁶ En rettsanvendelse der lovbestemmelser ses som *middel* til å realisere mål,³⁸⁷ er knyttet til en *friere* vurdering av hva slags formål som gjør seg gjeldende i den *kontekst* rettsanvenderen står oppe i der og da.³⁸⁸ En formålsoverordnet rettsanvendelse blir slik stående i kontrast til en tekstbundet, intensjonssøkende og koherenssøkende rettsanvendelse.

Med et utgangspunkt i Dworkins inndeling i tre rettsoppfatninger har jeg nå skissert fire kontrasterende «rettsanvendelsesideologier», forankret i fortolkningen som markør for rettslig uenighet. Kanskje kan det gjøre det enklere å differensiere metodiske posisjoner i Norge og *visse mangfold* i norsk metoddebatt. I forbindelse med sin kvantitative og kvalitative analyse av 447 høyesterettsdommer mellom 1970 og 2016 skriver Nadim at mangelen på klare posisjoner i norsk metodelære bidrar til at ulike meninger blant høyesterettsdommere om juridiske metode og andre grunnleggende rettslig forhold ikke blir tilstrekkelig diskutert i domspremissene.³⁸⁹ Også min opplevelse av norsk metodelære er at det tradisjonelt har blitt

³⁷⁹ Spaak 2007 s. 16.

³⁸⁰ Som forutsatt av Sæther Mæhle 2004 s. 332.

³⁸¹ Dworkin 1986 s. 243.

³⁸² Skjerve 2015 s. 156. Gitt en slik definisjon, mener Skjerve det er mulig å si pragmatismen fortsatt er «toneangivende i norsk rettsvitenskap».

³⁸³ Spaak 2007 s. 77.

³⁸⁴ Eckhoff 2001 s. 371.

³⁸⁵ Blandhol 2004 s. 372. Som en tilnærming til *rettsanvendelsen*, og ikke til rettens natur, synes jeg ikke pragmatismen fremtrer som en middelvei, slik Blandhol 2004 s. 370 gjør.

³⁸⁶ Blandhol 2005 s. 326.

³⁸⁷ Jf. Spaak 2007 s. 63 sin definisjon av teleologisk fortolkningsargument.

³⁸⁸ Se karakteristikken av EU-domstolens rettsanvendelsesstil i Blandhol 2005 s. 321.

³⁸⁹ Nadim 2017 s. 483. Valget av analysemetode og analysegjegenstanden på 447 høyesterettsavgjørelser er oppsummert i Nadim 2017 s. 163-164.

gitt litt tvetydige synspunkter på rettsanvendelsen.³⁹⁰ Jeg skal prøve å utdype det litt i et petitavsnitt.

Eckhoff virker for det første *pragmatisk* orientert gjennom sin understreking av rettsanvendelsens skjønnsmessige avveining og betoningen av reelle hensyn som åpne «vurderinger av resultatets godhet».³⁹¹ Men der Eckhoffs egen stemme trer tydeligere frem, viser han tekstualistiske og intensjonalistiske trekk i den forstand at lojalitet mot lovgiver fremheves.³⁹² Eckhoff bruker altså en pragmatisk «avveiningsmodell» i *struktureringen* av rettsanvendelsen, men hans *substansielle syn* på rettsanvendelsen virker preget av tekstualistiske og intensjonalistiske synspunkter.³⁹³

Nygaards fremstilling av metodelæren kan sies å formidle en koherentisme ved at han forankrer rettskildefaktorene i verdier i rettssystemet og krever startpunkt i etablert rett gjennom konseptet «primært rettsgrunnlag».³⁹⁴ Når han understreker viktigheten av å «setja fokus på det objektive» ved konklusjonen,³⁹⁵ kommer han kanskje nærmere tekstualismen. Som et pragmatisk trekk i hans metodelære gir ikke Nygaard slipp på Eckhoffs «avveiningsmodell».³⁹⁶

Monsens tydelige vektlegging av rettskilder «med autoritetsgrunnlag» (lov, forskrift, formål og høyesterettspraksis)³⁹⁷ innbefatter rettslige argumenter som jeg overfor har rubrisert som hhv. en del av tekstualistisk, intensjonalistisk og pragmatisk fortolkningstilbøyeligheter. Hans fremstilling av hvordan ulovfestet rett søkes utledet fra det rettsstoffet synes jeg har et koherentisk preg.³⁹⁸ Samtidig kan det sies metodelærefremstillingen uttrykker en pragmatisme *når det skrives* at «[d]en juridiske metodelæren har både positivistiske og pragmatiske innslag.»³⁹⁹

Til en norsk metodelære som etter mitt inntrykk gir noe blandete signaler på «rettsanvendelseessubstansen» kan en økt forståelse av mulige «rettsanvendelsesideologier» være med på å *bevisstgjøre* rettsanvenderen. Ingen synes det er ønskelig at den rettslige argumentasjon varierer utfra hvilken rettsanvenderer man tilfeldigvis møter på. Å være bevisst egen fortolkningstilbøyelighet kan slik bidra til at det skjer en ekstra refleksjonsrunde under

³⁹⁰ Noe av forklaringen kan være at det som utledes fra rettspraksis om metode under en rettsrealistisk synsvinkel gir litt tvetydige føringer. Klarere normative tilnærminger til metoden gir slik anledning til tydeligere synspunkt, se f.eks. det som blir fortolket som et normativt krav om større tekstlojalitet hos Bergho i Tande 2011 s. 11-12.

³⁹¹ Blandhol 2004 s. 372 betegner disse to element som pragmatiske.

³⁹² Eckhoff 2001 s. 72-73 og s. 91 sammenholdt med s. 22. På s. 153 bemerker Eckhoff at lojalitet mot lovgiver *deskriptivt* sett «har en tendens til å veie tyngst» i nyere rettspraksis.

³⁹³ Sml. også Tande 2011 s. 10-11 om Eckhoffs «modifikasjon av avveiningsmodellen».

³⁹⁴ Nygaard 2004, hhv. s. 42 og s. 62.

³⁹⁵ Nygaard 2004 s. 153.

³⁹⁶ Nygaard 2004 s. 227-229.

³⁹⁷ Monsen 2012 s. 50 og s. 60.

³⁹⁸ Monsen 2012 s. 82-107. Som Nygaard, bygger også Monsens metodelærefremstilling på konseptet primært rettsgrunnlag (Monsen 2012 s. 75-77) og en legitimering av rettskildene basert på rettslige verdier (Monsen 2012 s. 30-50).

³⁹⁹ Monsen 2012 s. 55.

rettsanvendelsesprosessen.⁴⁰⁰ Det gir en mulighet til å heve kvaliteten på rettsanvendelsen ytterligere.

5.3 Til «førfortolkningsstadiet»

5.3.1 Innledning

Fra og med pkt. 5.3. har jeg strukturert vurderingen av Dworkins rettsteoretiske bidrag til metodelæren etter tidspunktet det aktuelle momentet opptrer i rettsanvendelsesprosessen. Det vil si at jeg begynner med punkt som relaterer seg til det Dworkin kaller førfortolkningsstadiet, og der parallellen i norsk metodelære er relevans- og identifiseringsspørsmålet (se pkt. 5.2.3). Deretter fortsetter jeg med aspekt knyttet til fortolkningsstadiet/slutningsspørsmålet, og til sist etterfortolkningsstadiet/avveiningsspørsmålet.

5.3.2 Skifte i metodefokus

Dworkin kan forstås som å gi et interessant innspill til hva slags fokus juridisk metodelære bør ha. Før jeg kommer inn på det, er det nødvendig med litt kontekst.

Som et første steg i rettslig fortolkning, må fortolkningsgjenstanden fastlegges. For å fungere må enhver fortolkningsvirksomhet ha fortolkere som stort sett er enige om hva man skal fortolke.⁴⁰¹ I rettslig sammenheng innebærer dette at det juridiske fortolkningsfelleskap må ha en noenlunde felles forståelse om hva som er rettslig relevant praksis, det vil si hva som kan regnes som kilde til rett.

I norsk metodeteori har det først og fremst vært høyesterettsdommere gjennom høyesterettspraksis som bestemmer hva som er relevant å ta hensyn til i rettslig

⁴⁰⁰ Mitt synspunkt her har visse likhetstrekk med Tandes forslag til håndtering av påvirkninger fra det han omtaler som «rettsanvenderens forforståelse» (se Tande 2011 s. 22), og Eckhoffs råd (som Tande viser til) om at rettsanvenderen bør «være villig til å 'skyte på sitt eget idébarn'» om hun «på forhånd har forelsket seg i et bestemt resultat» (se Eckhoff 2001 s. 369).

⁴⁰¹ Dworkin 1986 s. 91. Man kan, som Dworkin, illustrere dette med et eksempel fra litteraturen: det gir ikke mening å diskutere hva som er best tolkning av et dikt hvis du tenker på *Terje Vigen* og jeg tenker på *Det bor en gammel baker*.

argumentasjon.⁴⁰² Dworkin utvider gruppen: *alle* rettslige fortolkere er med på å definere rettslig praksis.⁴⁰³ Jeg kan ikke se Dworkin med dette utelukker at noens *makt* til å definere rettslig praksis er større enn andres, det *avgjørende* er likevel den samlede forståelsen i fortolkningsfellesskapet som helhet.

Et sammenlignbart synspunkt finnes i nyere norsk rettsteori. Her uttrykkes gjerne at det er det samlede juridisk-kommunikative fellesskap som bestemmer normene for holdbar rettslig argumentasjon.⁴⁰⁴ Dworkin og nyere norsk rettsteori kommer imidlertid til konklusjonen på litt ulike måter. Der nyere norsk rettsteori virker å knytte seg til en oppfatning av hva som *intersubjektivt anerkjennes som noe rettslig*, er Dworkins begrunnelse relatert til *fortolkningsvirksomhetens karakter* (det er meningsløst å fortolke hvis det ikke foreligger en stor grad av enighet blant deltakerne i fortolkningsvirksomheten om fortolkningsgjenstand).

Dworkin skriver samtidig at det ikke er nødvendig med en overgripende enighet blant fortolkningsdeltakerne om hva som er rettslig praksis, det er tilstrekkelig med en stor grad av konsensus.⁴⁰⁵ Dworkin gjør derfor ingen presis avgrensing av hva som utgjør rettslig praksis. Han finner det ikke nødvendig å avklare alt som kan regnes som kilder til rett. Dette står i klar kontrast til Boes inngående drøftelse av hva som er relevant som rettskildefaktor i norsk metodelære.⁴⁰⁶

Dworkins manglende interesse i å avklare nøyaktig hva som kan konstituere rettslig praksis, symboliserer hvor han mener fokuset bør rettes i metodelæresammenheng. I hans interne, deltakende perspektiv blir *fortolkningen* (eller slutningen i norsk kontekst) det viktigste. Om metodelæren skal orienteres rundt der «slaget står» i rettslig argumentasjon, er jeg enig i Dworkins fokus mot slutningsspørsmålet fremfor relevansspørsmålet. I sin analyse av høyesterettspraksis 1970-2016 konkluderer nemlig Nadim med at rettslig uenighet bunner i ulike fortolkninger på stadiet for *slutning* fra rettskildene, det er stort sett sammenfallende oppfatning både blant dommere og partene om hvilke faktorer som er *relevant* å ta i

⁴⁰² Eckhoff 2001 s. 21 og Nygaard 2004 s. 33 og 60. I praksis supplerer imidlertid Nygaard deskriptiv norsk høyesterettspraksis med et normativt autoriseringssystem.

⁴⁰³ Jf. formuleringen hos Dworkin 1986 s. 67: «members of the same interpretive community».

⁴⁰⁴ Uttrykket «det juridisk kommunikative fellesskap» benyttes av Doublet 1995, bla s. 26. (Bernt og Doublet s. 235 bruker betegnelsen «det kommunikative rom» på en lignende måte) Se også Sæther Mæhle 2004 s. 39. Graver 1998 s. 591 påpeker at et slikt uttrykk har paralleller i annen nyere nordisk rettsteori.

⁴⁰⁵ Se formuleringene hos Dworkin 1986 s. 66-67: «very great degree of consensus», «at least roughly the same».

⁴⁰⁶ Boe 2012 s. 208-382 (om etterarbeid, underrettspraksis, forvaltningspraksis, privates praksis, offentlig myndigheters rettsoppfatninger, juridisk teori og reelle hensyn).

betraktning.⁴⁰⁷ Dworkin kan slik være med på å inspirere til en bredere diskusjon av slutningsspørsmålet i norsk metodelære, gitt aktualiteten av slutningen for deltakerne i rettslig praksis.

5.3.3 Mot en symbolsk-normativ oppfatning av rettslig praksis

Selv om Dworkin ikke er opptatt av rettslig praksis' randsone, legger han til grunn at det er samfunnets rettslige praksis man i et internt, deltakende perspektiv utleder rett fra.⁴⁰⁸ Fra rettslig praksis stammer rettigheter og forpliktelser for stat og borgere. I det følgende skal jeg vurdere Dworkins tilnærming til innholdet i rettslig praksis, det vil si materialet som kildene til rett fastsettes utfra.

For å avklare kildene til rett, gjør Dworkin bruk av to argumentasjonsmønstre som leder til lignende konklusjon. I *Taking Rights Seriously* bygger Dworkin på en deskriptiv analyse av hva som foregår i rettspraksis. Han viser til at (amerikanske) dommere benytter seg av to sett av argumenter når det tas stilling til rettsspørsmål, både sosiale *regler* og politiske og moralske «principles» (heretter: *prinsipper*).⁴⁰⁹ Rettsanvenderen går altså ut fra at rett kan utledes fra begge deler.

Regler blir gitt gjennom lovgivning, prejudikater og sedvane.⁴¹⁰ Hva Dworkin legger i prinsipper synes jeg det har vært vanskelig å avklare nøyaktig.⁴¹¹ Det skyldes at Dworkin opererer med både et vidt og et snevert prinsipp-begrep,⁴¹² uten å alltid være tydelig på om han refererer til det ene eller andre, eller på om han i det hele tatt viderefører denne distinksjonen i *Law's Empire*. Dessuten definerer Dworkin prinsipper i snever forstand ulikt, som henholdsvis (1) en referanse til moral⁴¹³ og (2) beskrivelse av individuelle rettigheter.⁴¹⁴ Det gjør det uklart om prinsipper i snever forstand også kan pålegge individer forpliktelser. Min beste forståelse av Dworkins prinsipp-begrep er at prinsipper i vid forstand (også tilsynelatende omtalt som «standards»⁴¹⁵) er argumenter i rettsanvendelser som inkluderer

⁴⁰⁷ Nadim 2017 s. 460-463 og s. 466. For tilsvarende synspunkt, spesifikt sagt i relasjon til Dworkin, se Olsen 2011 s. 388.

⁴⁰⁸ Dworkin 1986 s. 65-67.

⁴⁰⁹ Dworkin 1978 s. 22.

⁴¹⁰ Se gjengivelsen av Harts rettsteoretiske posisjon hos Dworkin 1978 s. 41-43, og Dworkin 1986 s. 121

⁴¹¹ Jeg nevnte en definisjon Dworkin gjør av «principles»-begrepet i pkt. 3.3.4.

⁴¹² Dworkin 1978 s. 22. Uttrykket «principles i snever forstand» benyttes hos Frøberg 2014 s. 141.

⁴¹³ Dworkin 1978 s. 22.

⁴¹⁴ Dworkin 1978 s. 90.

⁴¹⁵ Dworkin 1978 s. 22 og Dworkin 1986 65-66.

prinsipper i snever forstand og «policies». ⁴¹⁶ «Policies» angir kollektive (økonomiske, politiske, sosiale) mål, ⁴¹⁷ og kan derfor oversettes med *samfunnsmålsetninger*. Prinsipper i snever forstand kan angi både rettslige *moralforpliktelser* og *moralrettigheter*, ⁴¹⁸ hvis det ikke blir uttrykkelig presisert at prinsipper i snever forstand bare beskriver rettigheter. ⁴¹⁹

I *Taking Rights Seriously* er Dworkin også opptatt av en «logisk distinksjon» mellom prinsipper og regler, ⁴²⁰ men jeg har ikke sett dette grepet gjentatt i *Law's Empire*. ⁴²¹

I *Law's Empire* legger Dworkin til grunn at å forstå samfunnets sosiale praksiser under en «model of principle» (heretter: *prinsippmodell*) er å foretrekke fremfor en «rulebook model». ⁴²² Grunnen til det er at en slik samfunnsmodell, der innbyggerne aksepterer at de er styrt også av prinsipper som reglene *forutsetter* og *fremmer*, best tilfredsstillende betingelsene for et «true associative community». ⁴²³ Et «true associative community» stiller forpliktelser om broderlig opptreden («fraternal», «fraternity») og fellesskap («community»), som igjen konstituerer det beste forsvar for politisk legitimitet. ⁴²⁴ Slik blir Dworkins prinsippmodell knyttet til hans metodologiske forutsetning om at rett handler om rettferdiggjøring av offentlig maktbruk, ⁴²⁵ som jeg har kritisert i pkt. 4.4.

Løsrevet fra Dworkins analytiske rettsfilosofiske metodologi, og i stedet direkte knyttet til juridisk metodelære, synes jeg det er interessant å reformulere hans prinsippmodell som et *symbolsk-normativt perspektiv på rettslig praksis*: underliggende regler på overflaten finnes prinsipper som kommer til uttrykk gjennom reglene. ⁴²⁶ I en slik reformulering får prinsippmodellen likhetstrekk med andre analyser som inndeler fenomener i lag. Mest kjent i nordisk rettsteori er Tuoris inndeling av retten i overflatenivå, rettskultur og dypstruktur. ⁴²⁷

⁴¹⁶ Dworkin 1978 s. 22.

⁴¹⁷ Dworkin 1978 s. 22 og Dworkin 1978 s. 90.

⁴¹⁸ Jf. definisjonen av prinsipper i snever forstand hos Dworkin 1978 s. 22 sammenholdt med Dworkin 1986 s. 211 og s. 244, der det ser ut som om prinsipper i snever forstand omfatter *både* moralske rettigheter og moralske forpliktelser.

⁴¹⁹ Slik Dworkin gjør i Dworkin 1978 s. 90 og Dworkin 1986 s. 221 (der det henvises til forannevnte forståelse av «principles»).

⁴²⁰ Dworkin 1978 s. 24-26.

⁴²¹ Dworkin møtte også en del kritikk for dette grepet i sin tid, se f.eks. Hart 2012 s. 262 og Raz 1972 s. 829-831.

⁴²² Dworkin 1986 s. 214.

⁴²³ Dworkin 1986 s. 213 sammenholdt med s. 211. Dworkin knytter dermed prinsippene tettere til reglene i *Law's Empire* sammenlignet med *Taking Rights Seriously*, der opphavet til prinsippene virker mer uklar, f.eks. hvor prinsippet i *Riggs v. Palmer*: «No man may profit from his own wrong» stammer fra. I *Law's Empire* får Dworkins prinsipper en tydelig *institusjonell forankring*.

⁴²⁴ Dworkin 1986 s. 206 sammenholdt med s. 196-201.

⁴²⁵ Dworkin 1986 s. 191 sammenholdt med mitt pkt. 3.2.4.

⁴²⁶ Jf. Tuori 1998 s. 237: å se rettslig praksis bestående av over- og underliggende lag angår retten som et symbolsk-normativt fenomen.

⁴²⁷ Se f.eks. Tuori 1998 233-237.

Hos Tuori anses Hart og Kelsens positivisme anses kun basert på rettens overflatenivå, det vil si knyttet til lovbestemmelser og rettspraksis.⁴²⁸ Den underliggende rettskultur består blant annet av ulike rettsområders generelle prinsipper og grunnkonsept.⁴²⁹ Forskjellen mellom Dworkin og Tuoris prinsippmodell for juridisk metodelære virker å være rommet for kreativitet, friheten til å på egenhånd konstruere et prinsipp. Hos Dworkin har rettsanvenderen anledning til å identifisere nye, konkrete prinsipper bak reglene, hos Tuori må prinsippene ha en felles referanse i rettskulturen; det generelle prinsipp må kunne *gjenkjennes*.

En annen interessant modell i denne sammenheng er Scheins strukturering av kultur i ulike lag utfra hvor *synlig og følbare* kulturen er for deltakeren og observatøren.⁴³⁰ Øverste lag i kulturen består av *artefaktene*, som kan defineres som fysiske, atferdsmessige og verbale manifestasjoner av underliggende *verdier* (som utgjør lag nr. 2) som igjen bygger på noen *grunnleggende antakelser* (som utgjør lag nr. 3).⁴³¹ Jeg skal prøve å koble denne modellen til rettsanvendelseskonteksten. I Eckhoffs fremstilling av metodelæren opererer han med sju «rettskildedefaktorer» som uttrykker typer av argumenter som blir tillagt relevans i rettsanvendelsen.⁴³² Poenget er at Eckhoff her kan sies å gi et bilde av rettslig praksis som *artefakt*, det vil si som synlige og følbare⁴³³ argument som brukes i rettsanvendelsen. I tillegg kan imidlertid lovtekster (med tilhørende forarbeid) og rettspraksis betraktes som *symbol* på underliggende verdier og grunnleggende antakelser. Den institusjonelle praksis gir med andre ord assosiasjon til en videre betydning,⁴³⁴ den kan sies å uttrykke noen underliggende prinsipper og verdier i retten og samfunnet. Det kan igjen skape grunnlag for et nytt perspektiv på hvordan «reelle hensyn» kan fungere som rettskilde: utfra et symbolsk-fortolkende innfallsvinkel på rettslig praksis utledes prinsipp og andre hensyn som virker som argument i rettsanvendelsen.⁴³⁵ Og som tilfellet er for andre symbol,⁴³⁶ kan rettslig praksis symbolisere ulike prinsipper og hensyn for ulike rettsanvendere. En distinksjon mellom rettslig

⁴²⁸ Tuori 1998 s. 233. Tuori regner også juridisk teori som en del av overflatenivået, uten å problematisere hvorvidt det samsvarer med Hart og Kelsens syn.

⁴²⁹ Tuori 1998 s. 234.

⁴³⁰ Schein 2017 s. 17.

⁴³¹ Schein 2017 s. 28 sammenholdt med Hatch 2001 s. 241.

⁴³² Eckhoff 2001 s. 23.

⁴³³ Med «følbare» i denne sammenheng mener jeg de «reelle hensyn» som Eckhoff mener brukes i rettsanvendelsen, men ikke kommer synlig til uttrykk.

⁴³⁴ jf definisjonen av symbol hos Hatch 2001 s. 244.

⁴³⁵ Dette kan kobles til andre nyere tilnæringer til «reelle hensyn» som kobler rettskildedefaktoren til prinsipper og retts- og samfunnskultur, se Askeland 2003 s. 20 med videre henvisninger.

⁴³⁶ Hatch 2001 s. 244-245.

praksis som artefakt og symbol kan slik knytte Dworkin prinsippmodell til norsk juridisk metodelære.

Et symbolsk-normativt perspektiv på rettslig praksis kan på denne måten betraktes som en metode for å utlede «reelle hensyn», og slik bidra til å fylle «reelle hensyn» med nærmere innhold, tilføre økt *substans* i betegnelsen.⁴³⁷ Et symbolsk-normativt perspektiv på lovtekst og rettspraksis i kontraktsretten kan f.eks. gi grunnlag for å utlede prinsippet i eller verdien av å beskytte den svake parten i et kontraktsforhold, som igjen kan fungere som «reelt hensyn» i andre saker innenfor kontraktsretten.⁴³⁸ Til sammenligning skriver Graver at «reelle hensyn» for Eckhoff er en *formell* kategori: Eckhoffs definerer «reelle hensyn» som «vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig, e.l.» uten å gi «anvisning på hva som *er* rettferdig, rimelig, formålstjenlig e.l.»⁴³⁹ Eckhoff «nøyer seg med» å gi en oversikt over typer av vurderinger og de vurderingsmåter som mest benyttes i jussen.⁴⁴⁰ Å knytte «reelle hensyn» til prinsipp og verdier utledet fra rettslig praksis (som uttrykk for en slags rettslig rettferdighet) kan slik bidra i det Graver kaller «rematerialiseringen av juridiske begrep»,⁴⁴¹ en vending bort fra Eckhoffs «avmaterialisering».⁴⁴² En konsekvens av «avmaterialiseringer» av juridiske begrep kan kanskje sies å bli et overflateperspektiv på rettslig praksis, uten tilstrekkelig blick for dypere rettskulturelle betydninger. Sondringen artefakt og symbol kan da være en måte å oppnå en «tykkere» forståelse av rettslig praksis og kildene til rett i et internt, deltakende perspektiv.⁴⁴³

Utfordringen med prinsipp som kilde til rett er at man i stedet for å forklare og argumentere for rettens innhold, postulerer eksistensen av et prinsipp som ikke fanger kompleksiteten i rettskildebilde.⁴⁴⁴ Da kan det kanskje være nyttig å skille mellom rettslig argumentasjon som et kognitivt (innadvendt) og kommunikativt (utadvendt) arbeid.⁴⁴⁵ Selv om man etter en *kognitiv* refleksjon identifiserer et prinsipp til bruk i rettsanvendelsen, skal dette også *kommunikativt* formidles til rettens publikum. For å gi mening, må identifiseringen av et

⁴³⁷ Jf. Askeland 2003 s. 20 om nyere forsøk på dette.

⁴³⁸ Eksempelet er inspirert av beskrivelsen av denne verdien i Sæther Mæhle og Aarli 2017 s. 274.

⁴³⁹ Graver 2000 s. 437-438 (Gravers egen utheving). Beskrivelsen av reelle hensyn hos Eckhoff er nå Eckhoff 2001 s. 24.

⁴⁴⁰ Graver 2000 s. 438, med henvisning til det som nå er Eckhoff 2001 s. 383.

⁴⁴¹ Graver 2000 s. 466.

⁴⁴² Graver 2000 s. 433.

⁴⁴³ Betegnelsen «thick description» er kjent fra Geertz 1973, eks. s. 10.

⁴⁴⁴ Se Augdahl 1973 s. 94-97 om det han omtaler som teoretikerens fabrikkering av rettsprinsipp.

⁴⁴⁵ Introdusert som distinksjon i pkt. 4.3.2.3.

prinsipp kommunikativt rasjonaliseres gjennom en begrunnelse eller referanse til vektige kilder.⁴⁴⁶

5.3.4 Fra kamuflasjetese til «tillitstese»

Til nå har jeg konsentrert meg om hva som kan anses som kilder til rett utfra rettslig praksis på et overordnet plan. Som et neste steg i rettsanvendelsen, skjer *identifiseringen* av (primært) rettsgrunnlag eller fortolkningsgjenstand, startpunktet for den rettslige konklusjon (jf. pkt. 5.2.3). Jeg skal nå diskutere Dworkins bidrag til forståelsen av hvordan identifiseringen av rettsgrunnlag skjer. Fokuset blir rettet mot det man kanskje kan kalle *kontroversielle* rettsgrunnlag, det vil si saker som har utløst diskusjon rundt hva rettsavgjørelsen egentlig ankres i. I norsk kontekst innebærer det at jeg kommer til å ta utgangspunkt i identifiseringen av rettsgrunnlag i Personvern-dommen (Rt. 1952 s. 1217 A) og Sykejournal-dommen (Rt. 1977 s. 1035 A), hvis henvisninger til et «alminnelig rettsvern for personligheten» og «allmenne rettsgrunnsetninger» resulterte i debatt mellom Nygaard og Eckhoff.⁴⁴⁷ Jeg skal komme tilbake til den norske diskusjonen etter at jeg har introdusert Dworkins innfallsvinkel til tematikken.

Som del av Dworkins førfortolkningsstadium identifiserer rettsanvenderen regler og prinsipp som gir et tentativt innhold til den rettslige praksis som aktualiseres i den konkrete saken.⁴⁴⁸ At standardene gir et «tentativt innhold» viser at man er på førtolkningsstadiet, regler og prinsipper fungerer som rettsgrunnlag, ikke ferdigtolkede rettsregler.⁴⁴⁹ Rettsgrunnlaget angir konturene av en ferdigtolket rett, rettslig praksis' regulering risses opp for et konkrete tilfelle. Med dette forutsetter Dworkin at det alltid er mulig å bygge rettsavgjørelser på foreliggende rettslig praksis. Fordi Dworkin mener rettslig argumentasjon alltid skjer mot et rettslig system av eksplisitte regler og implisitte prinsipper, får han en såkalt *holistisk* oppfatning av retten.⁴⁵⁰ Retten anses ikke å ha noe «hull» som rettsanvenderen utfyller gjennom rettspolitisk

⁴⁴⁶ Unntatt må være prinsipp dypt rotfestet i juridisk kultur, som f.eks. legalitetsprinsippet og maktfordelingsprinsippet. Graver 2012 s. 2 fremhever en generell filosofisk utvikling mot krav til rasjonalisering i en kritikk av Steriliserings-dommens (Rt. 1999 s. 203 A) ubegrunnede «verdivalg».

⁴⁴⁷ Oppsummert av Nygaard 2004 s. 266-267.

⁴⁴⁸ Dworkin 1986 s. 65-66.

⁴⁴⁹ Jf. uttrykksmåten hos Dworkin 1986 s. 67: «define the raw data of his interpretation».

⁴⁵⁰ Jf. definisjonen av holisme hos Hart 1983 s. 134, som relateres til Dworkin på s. 138. I rettsteoretisk kontekst forstår jeg holisme som en deskriptiv antagelse (om helhet) og koherensisme som et normativt ønske (om helhet). I dworkiniansk kontekst kan dette relateres til Dworkins forståelse av «fortolkning» som bestående av *både* deskriptive og normative element, jf. pkt. 3.2.3.1.

virksomhet.⁴⁵¹ Dette gjør at Hart har karakterisert Dworkin som «the noblest dreamer of them all».⁴⁵²

Dworkins holisme kan konkretiseres ved å relatere den til identifiseringen av rettsgrunnlag i Personvern-dommen og Sykejournal-dommen. I dworkiniansk forstand kan man si Høyesterett *konstruerte* («avdekket») moralske prinsipp ut fra foreliggende rettslige praksis i disse sakene, det ble ikke *postulert* noe naturrettslig eller *skapt* noe rettspolitisk.

Bakgrunnen for Dworkins holistiske oppfatning av rett er rettsanvenderens egen språkbruk; Også i svært spesielle rettsforhold i angloamerikansk rettstradisjon dreide rettslig uenighet seg om *hva retten var*, ikke *hva retten burde være*.⁴⁵³ Som respons til Dworkin, spør Hart hvor seriøst man egentlig skal ta det rituelle språkbruk dommerne bruker i sine vota.⁴⁵⁴ Dworkins holisme blir slik basert på en tillitt til rettsanvenderens skriftlige oppriktighet i slike saker (en «tillitstese»), mens Harts anti-holisme blir fundert på en skepsis til oppriktigheten, fordi jussens skrivetradisjon gjør at virkeligheten ikke fanges opp (en «kamuflesjetese»)⁴⁵⁵ «Tillitstesene» og «kamuflesjetesen» kan sies å symbolisere to innfallsvinkler til forholdet mellom rettsanvendelsens kognitive refleksjon og kommunikative presentasjon (jf. pkt. 5.3.3). En «tillitstese» forutsetter at rettsanvenderens kognitive refleksjon tar utgangspunkt i *rettslige* regler og standarder, som det kommunikativt *redegjøres for* i domsbegrunnelsen. Det formodes med andre ord at det dommere *skriver* samsvarer med hvordan dommere *tenker*. En «kamuflesjetese» (i angloamerikansk støpning) legger til grunn at rettsanvenderen kognitive refleksjon enten starter i sakens *faktum* eller tidvis må ta utgangspunkt i *rettspolitiske vurderinger*, med en påfølgende kommunikativ *etterrasjonalisering* ved bruk av uttrykk og vendinger som anses akseptable i rettsdogmatisk diskurs.⁴⁵⁶ Det innebærer en oppfatning om at rettsanvenderens kognitive tankeprosess og kommunikative skriveprosess ikke samsvarer.

⁴⁵¹ Se om «lückenlos-doktrinen» i tysk romantisk rettsvitenskap hos Blandhol 2007 s. 33. For meg virker det som om den kontinentale «lückenlos-doktrinen» (som del av en aksiomatisk systemoppfatning) uttrykker en tilsvarende oppfatning som den angloamerikanske betegnelsen «holisme», selv om jeg ikke har sett at parallellen uttrykkelig har blitt trukket.

⁴⁵² Hart 1983 s. 137.

⁴⁵³ Dworkin 1986 s. 15-31. Se også Dworkin 1986 s. 260-262.

⁴⁵⁴ Hart 2012 s. 274.

⁴⁵⁵ Betegnelsen «kamuflesjetese» er hentet fra Bergo 2000b, se eks. s. 230-231. Bergo bruker uttrykket som del av en kritikk av Eckhoffs rettsteori.

⁴⁵⁶ Min beskrivelse av denne «kamuflesjetese» kombinerer den amerikanske rettsrealismens påstand om at dommere i deres rettsavgjørelser primært responderer på (hva som er rimelig gitt) sakens *fakta* i stedet for reglene saken aktualiserer (som formulert av Leiter 2007 s. 21-22 sammenholdt med s. 30), samt Harts oppfatning av nødvendigheten i *rettspolitiske vurderinger* (Hart 2012 s. 274-275).

En parallell i norsk metodelære er den nevnte diskusjonen mellom Eckhoff og Nygaard om hva Høyesterett ankret avgjørelsen sin i Personvern-dommen og Sykejournal-dommen. Basert på Høyesteretts egen henvisning til et «alminnelig vern for personligheten» og «alminnelige rettsgrunnsetninger», legger Nygaard til grunn at det rettslige materiale som avgjørelsene ble ankret i *eksisterte på forhånd*.⁴⁵⁷ Eckhoff karakteriserer derimot Høyesteretts språkbruk i Sykejournal-dommen for «en tom talemåte»,⁴⁵⁸ et utsagn som må ses i sammenheng med hans generelle oppfatning om at (godhets)vurderinger som har rettslig innflytelse *skjules* i domsbegrunnelsen.⁴⁵⁹ Det er denne oppfatningen man viser til når man snakker om en «kamouflasjetese» eller «fasadelegitimasjonstese» i norsk rettsteoretisk kontekst.⁴⁶⁰ Likt Dworkin, virker Nygaard mer tilbøyelig til å ha tillitt til Høyesteretts ordbruk i dommene enn Eckhoff. Eckhoffs mindre tro på Høyesteretts oppriktighet fører han i retning av Hart og amerikanske rettsrealister. Konsekvensen av de ulike tilnærmingene blir at Nygaard får en mer holistisk oppfatning av retten enn Eckhoff.

Denne *teoretiske* forskjell mellom Dworkin/Nygaard og Hart/Eckhoff i synet på i hvilken grad man kan stole på det dommere skriver i domsbegrunnelsen kan sies å bunne i ulike *metodologiske* tilnærminger til i hvilken grad sosiale fenomen skal forklares basert på individers *handlinger*.⁴⁶¹ I rettsteoretisk kontekst kommer dette til uttrykk som ulike innfallsvinkler til i hvilket omfang høyesterettspraksis skal forklares utfra formuleringene i høyesterettsdommeres vota. I nyere norsk rettsteori er Bergo og Frøberg representanter for en innfallsvinkel som tar klart utgangspunkt i det som står skrevet i domsteksten,⁴⁶² mens Eng og Somby er eksempler på forfattere med en mer skeptisk tilnærming, slik at de på ulike måter følger i Eckhoff-tradisjonen på dette punkt.⁴⁶³

For egen del synes jeg det å ta utgangspunkt i andres ordbruk uttrykker en god moralsk regel: generelt bør vi anta folk er ærlige når de kommuniserer, også ved domsbegrunnelser. Jeg mener altså den rettsteoretiske diskusjon jeg har introdusert aktualiserer bredere moralteoretiske refleksjoner. Det handler om i hvilket omfang man bør ta menneskers ord alvorlig. Ved omtalen av «kamouflasjetesen» beskriver Bergo Eckhoff som en eksponent for et

⁴⁵⁷ Nygaard s. 266-68 i sammenheng med s. 263-264.

⁴⁵⁸ Eckhoff 2001 s. 391.

⁴⁵⁹ Eckhoff 2001 s. 397. Denne oppfatningen er en arv fra Alf Ross' skrifter, jf. Bergo 2000a s. 34 og Frøberg 2014 s. 88.

⁴⁶⁰ Se Bergo 2000b eks. s. 230-231 («kamouflasjetese»), og Frøberg 2014 s. 87 («fasadelegitimasjonstese»).

⁴⁶¹ Jf. Udehn 2002 s. 499 sin definisjon av «metodologisk individualisme».

⁴⁶² Jf. eks. Bergo 2000a s. 46, og Frøberg 2014 s. 91-92.

⁴⁶³ Jf. de videre henvisningene i Bergo 2000a s. 35.

«machiavellisk fortolkningsparadigme» for analysen av samfunnslivets handlinger,⁴⁶⁴ og Machiavelli bygde ifølge Skjervheim på en «systematisk mistillit til mennesket».⁴⁶⁵ Samtidig er menneskelig samhandling avhengig av tillit til hverandre. Den «tillitese» som kan utledes fra Dworkins rettsteori synes jeg derfor gir et viktig perspektiv for analysen av Høyesteretts identifisering av kontroversielle rettsgrunnlag, så lenge tillitten ikke tipper over i naivitet. Utgangspunktet for forståelsen av Personvern-dommens «alminnelige rettsvern for personligheten» og Sykejournal-dommens «allmenne rettsgrunnsetninger» blir slik Høyesteretts egen ordbruk. Og gjennom sin henvisning til «rett» forutsatte Høyesterett at det rettsgrunnlag avgjørelsen bygde på allerede fulgte av det eksisterende rettslige materiale.⁴⁶⁶ Argumentasjonsbyrden ligger hos dem som mener Høyesterett ikke utledet sitt rettsgrunnlag fra en foreliggende rettslig praksis.⁴⁶⁷

5.4 Til «fortolkningsstadiet»

5.4.1 Innledning

Jeg er nå ferdig med min vurdering av Dworkins rettsteoretiske bidrag til det jeg mener må knyttes til «førfortolkningsstadiet» i rettsanvendelsen. På det etterfølgende «fortolkningsstadiet» skjer fortolkningen av den samlede rettslig praksis man har identifisert som rettsgrunnlag på «førfortolkningsstadiet», se nærmere pkt. 5.2.3. Som påpekt i pkt. 3.3.2, blir «rett som integritet» som den beste konstruktive fortolkning og rettferdiggjøring av rettslig praksis selv et program for fortolkning for Dworkin. Det gjør at «rett som integritet» blir et direktiv for rettsanvendelsen. «Rett som integritet» inndeler Dworkin i to dimensjoner: fortolkningen må samsvare («fit», heretter *samsvar*) med foregående rettslig praksis, og rettferdiggjøre rettslig praksis/substansielt vurdere («justify», «substantive opinions», heretter

⁴⁶⁴ Bergo 2000b s. 232.

⁴⁶⁵ Skjervheim 1992 s. 143 (kursivering fjernet).

⁴⁶⁶ Også påpekt av Jerkø 2012 s. 37 i relasjon til Sykejournal-dommen.

⁴⁶⁷ Bergo 2000a s. 37 og Frøberg 2014 s. 92 bruker den lignende betegnelsen «bevisbyrden» i deres argumentasjon.

substans) hva som setter rettslig praksis i sitt beste lys.⁴⁶⁸ Slutningen fra samsvar og substans anses som likeverdige og gjensidig avhengig av hverandre.⁴⁶⁹

I det følgende vil fokuset mitt rettes mot overordnede koherensidealet i «rett som integritet» fremfor de underordnede dimensjonene samsvar og substans. Det er flere grunner til dette. For det første, synes jeg det er vanskelig å få tak på hvorfor et primærønske om koherens må suppleres med et sekundær vurdering av samsvar. Etter min forståelse ligger det allerede en forventning om samsvar i et ideal om koherens.⁴⁷⁰ For det andre, har jeg vanskelig for å se hvordan en rettferdiggjøring eller substansiell vurdering av hva som setter rettslig praksis i sitt beste lys kan inngå i koherens som rettsanvendelsesideal (jf. pkt. 5.2.2.). Etter min oppfatning gjør et slikt tilleggskrav at «rett som integritet» beveger seg fra en koherentisme mot en pragmatisme.⁴⁷¹ I tillegg kan det sies å ligge en dynamikk i en koherenstenkning som hindrer at jussen blir for konserverende også *uten* et tilleggskrav om rettferdiggjøring: det som er rettslig koherent i dag er ikke det samme som 50 år tilbake.⁴⁷² For det tredje, vil det å gjøre det overordnede koherensideal til fokus også redusere kompleksiteten i Dworkins rettsteori som juridisk metodelære.⁴⁷³ Kapasiteten til å gi rettsanvenderen veiledning styrkes tilsvarende. Av disse grunner, har jeg valgt å ta utgangspunkt i Dworkins overordnede koherensideal når jeg fremhever hvordan Dworkins rettsteori kan være med på å utfylle norsk juridisk metodelære på «fortolkningsstadiet».

Den generelle forutsetning i det følgende er derfor at det anses som et gode at den rettslige fortolkning etterstreber koherens (jf. pkt. 5.2.2.). Tre av punktene jeg nå skal fremheve som del av «fortolkningsstadiet» kan ses som *konkretiseringer* av koherens som rettsanvendelsesideal (pkt. 5.4.3.-5.4.5.). Jeg skal imidlertid begynne med en analyse av *konsekvensen* av å se koherens som rettsanvendelsesideal (pkt. 5.4.2.).

⁴⁶⁸ Jf. pkt. 3.3.2. «Dimensjon»-betegnelsen benytter Dworkin 1986 s. 229.231.

⁴⁶⁹ Dette presiseres i Dworkin 2004a s. 381-382. I *Law's Empire* fantes utsagn som tydet på at substans kun alternativt trådte inn ved vanskelige rettsspørsmål («hard cases»), se Dworkin 1986 s. 255-256. Jeg vil derfor unngå å bruke betegnelse vanskelige og enkle rettsspørsmål i det følgende. Disse rettslige karakteristikkene er heller ikke særlig fremtredende i *Law's Empire*.

⁴⁷⁰ Dworkin skriver da også at «fit» uttrykker rettsanvenderens «commitment to integrity», se Dworkin 1986 s. 257.

⁴⁷¹ Jf. inndelingen i pkt. 5.2.3. Dworkin 1986 s. 150 uttrykker også klar støtte til «pragmatism» overfor «conventionalism».

⁴⁷² Denne dynamikken blir tydeliggjort hos Dworkin gjennom hans «livsfortolkning», se pkt. 5.4.3. I nyere norsk rettsteori gir Bernt 2002 s. 259-272 en analyse av dynamikken i rettssystemet og hvordan rettsanvenderen bør forholde seg til denne.

⁴⁷³ I Spaaks analyse av «the action-guiding capacities» av rettsanvendelsesteorier fremheves det at Dworkins rettsteori er vanskelig å forstå og vanskelig å anvende for rettsanvenderen, se Spaak 2007 s. 129 og s. 269.

5.4.2 Rettssammenheng og rettsutvikling

En alminnelig oppfatning i dag er at Høyesteretts samfunnsoppgave er å arbeide for rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling.⁴⁷⁴ Øyrehagen Sunde peker imidlertid på at denne nyere formulering (der rettsutvikling inngår) har etablert seg uten at det skjedd en inngående diskusjon.⁴⁷⁵ Med ønske om økt diskusjon, skal jeg her fremheve hvordan Dworkins koherensbetoning kan være med på å bidra til å legge føringer for hvordan rettsutviklingen bør foregå. Illustrativ i denne sammenheng er Dworkins kjederomanalogi. Dworkin sammenligner det å forfatte en kjederoman og å forfatte rett; etter «rett som integritet» får rettsanvenderen i oppgave å skrive videre på kjeden retten utgjør.⁴⁷⁶ Rettsanvenderen blir slik «bundet av plottet», hun kjenner og må kjenne en begrensning i det tidligere rettslige aktører før henne har skrevet.⁴⁷⁷

Også av interesse her er Dworkins distinksjon mellom et «sterkt skjønn» og «svakt skjønn». Denne distinksjonen henger sammen med at Dworkin før *Law's Empire* var opptatt av en selvpålagt begrensning som et *deskriptivt* trekk ved rettsanvendelsen. Ved vanskelige rettsspørsmål føler ikke rettsanvenderen seg fritt til å komme med egne individuelle vurderinger (ha et såkalt «sterkt skjønn»), men føler seg forpliktet til visse standarder i retten (et «svakt skjønn».⁴⁷⁸

I norsk rettsteoretisk sammenheng har et foredrag av Carsten Smith på 70-tallet blitt betegnet som et «milepæl i utviklingen» i synet på Høyesteretts rettsutviklende rolle.⁴⁷⁹ I dette foredraget oppfordret Smith Høyesterett til «å gjøre «judicial legislation» til sitt merke», domstolen har et «medansvar for rettsutviklingen».⁴⁸⁰ Enhver domstol er å anse som en

⁴⁷⁴ Graver 2016 s. 243. Øyrehagen Sunde 2015 s. 56-57 tidfester 1990-tallet (Carsten Smiths høyesterettsjustitiariustid) som perioden det ble enighet i «dei styrande juridiske sirklar» om at rettsutvikling skulle være en del av samfunnsoppgaven sammen med rettsenhet og rettsavklaring (Øyrehagen Sunde viser imidlertid i tillegg til at rettsenhet har blitt utelatt som del av samfunnsoppgaven fra høyesterettsdommerhold på 2010-tallet, uten at det får relevans i denne sammenheng).

⁴⁷⁵ Øyrehagen Sunde 2015 s. 103.

⁴⁷⁶ Dworkin 1986 s. 238 (common law-kjeden), og s. 313 (statutes-kjeden). Blandhol 2007 s. 44 trekker en parallell mellom Dworkins kjederomanalogi og Francis Hagerups konstruktive metodesyn.

⁴⁷⁷ Dworkin 1986 s. 230-231 skriver riktignok at en forfatter som skriver videre på en kjederoman *både* møter krav til samsvar og en forpliktelse til å gjøre romanen så bra som den kan bli. En slik konstruktiv fortolkning i litterær sammenheng kan imidlertid ikke «overføres» til rettslig fortolkning etter min mening, jf. pkt. 4.3.

⁴⁷⁸ Dworkin 1978 s. 34-38.

⁴⁷⁹ Falkanger 2015 s. 202.

⁴⁸⁰ Smith 1975 s. 318-319.

«lovgivende forsamling i miniatyr», likevel slik at det er en «stor forskjell» på den politiske frihet dommeren (*de sententia ferenda*) og lovgiver (*de lege ferenda*) nyter.⁴⁸¹

Overnevnte trekk ved Dworkins rettsteori kan brukes til å presisere og utvide det rettspolitiske båndet som Smith nevner påhviler Høyesterett og de andre domstolene. Man kan si en pragmatisk oppfordring til rettsutvikling bør avstemmes mot et koherentisk ønske om rettsutviklingsbegrensning.⁴⁸² Dworkins rettsteori kan slik hjelpe til med å supplere et fokus på Høyesteretts *frihet* til rettsutvikling med et fokus på Høyesteretts *ansvar* ved rettsutvikling. Basert på overnevnte aspekt av Dworkins teori kan man hevde rettsutvikling kun bør skje hvis utviklingen har *sammenheng* med rettslig helhet, slik at det «skrives videre» på den rettslige kjederoman og ikke «startes på en ny». Domstolene kan ikke oppfattes som en «lovgivende forsamling i miniatyr», fordi det frie rettsanvendelsesskjønn må anses bundet til det som kan utledes fra foreliggende rettslige praksis.⁴⁸³ På denne måten er det mulig et godt kompromiss mellom en rasjonell rettsutvikling og hensynet til en forutberegnelig og demokratisk legitim rettsanvendelse kan skapes. Man kan slik si Dworkin gir et bidrag til å oppnå den *modifisering* av Høyesteretts kjerneoppgave som ble fremført fra politisk hold på 2000-tallet: «Høyesteretts hovedmål er å arbeide for rettsenhet, rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling *i samspill med de lovgivende myndigheter.*»⁴⁸⁴

Et normativ oppfatning om rettsutviklingsbegrensning kan sies å være i tråd med en deskriptiv forståelse hos Høyesterett av at muligheten til rettsutviklingen er begrenset. Et karakteristisk trekk ved høyesterettspraksis på menneskerettighetsområdet som i ettertid har blitt omtalt som «rettsutvikling» er nemlig at Høyesterett opplevde å ha et slags «svakt skjønn». Høyesterett kjente et ansvar til å oppnå en koherens i rettsanvendelsen, slik at deres nye avgjørelse samsvarte med eksisterende rettslige normer (som kontinuerlig endres).⁴⁸⁵

⁴⁸¹ Smith 1975 s. 298.

⁴⁸² Jeg forutsetter med ordbruken at det faktisk skjer rettsutvikling gjennom rettspraksis. Mitt fokus er på rettsutvikling *i seg selv*, jeg tar ikke stilling til *forholdet* mellom konfliktløsning og rettsutvikling (se Graver 2016 s. 252-254 for et slikt fokus).

⁴⁸³ Uttrykket «lovgivende forsamling i miniatyr» stammer fra Smith 1975 s. 298. Relatert til dette skriver Dworkin 1978 s. 82 at «judges neither should be nor are deputy legislators». Se også Dworkin 1986 s. 264 for en lignende respons.

⁴⁸⁴ Se Øyrehagen Sunde 2015 s. 92 med videre henvisning til Statsbudsjettet fra 2007 og Justisdepartementets tvistelovsforarbeid (Øyrehagen Sundes egen utheving).

⁴⁸⁵ Bårdsen 2016 s. 274-275.

5.4.3 «Livsfortolkning» som forståelsesmodell

En konkretisering Dworkin gjør av koherens er å skille mellom sammenheng på lovfestet (ved «statutes») og ulovfestet (ved «common law») rettsområde. Oppgaven for rettsanvenderen på lovfestet område er å søke en *lovgivningskoherens*. Bakgrunnen for Dworkins skille er at lovgiver ifølge Dworkin er en spesielt viktig forfatter i kjeden av rett, slik at senere forfattere må la seg rettlede av den historie lovgiver har skrevet.⁴⁸⁶ En isolert behandling av lovfortolkningen må også ses i lys av at lovtekstens tyngde fungerer som et rettslig *paradigme*, det vil si noe enhver fortolkning må tilpasses og ankres i.⁴⁸⁷ I det videre skal jeg fremheve den metodiske informasjonsverdien til Dworkins modell for lovfortolkning etter «rett som integritet».

Å gjøre det beste ut av lovteksten er ifølge Dworkin å fortolke dens *liv*, en lovgivningshistorie i bevegelse.⁴⁸⁸ Lovbestemmelsens skiftende *kontekst* gir nye bidrag til forståelsen av hva som er lovgivers syn på interessene som står på spill i saken.⁴⁸⁹ Bygger man videre på «livsfortolkning»-betegnelsen, kan man si at fortolkningen ikke skal stoppe ved bestemmelsens fødsel, men ta i betraktning bestemmelsens gamle og nye relasjoner i barndom, ungdom, voksenliv og eventuell alderdom. Dworkins «livsfortolkning» fanger slik opp *statiske* aspekt ved lovbestemmelsen (dens fasttømrede tekst og forhistorie), og *dynamiske* aspekt ved lovbestemmelsen (dens endrete kontekst). Fortolkningstilnærmingen lar seg derfor ikke helt plassere i et skjematisk skille mellom statisk og dynamisk fortolkning. I bredere vitenskapsfilosofisk forstand minner Dworkins modell for lovfortolkning om hermeneutiske læresetninger, i den forstand at et rettsdogmatisk helhetsperspektiv tillegges avgjørende vekt for fortolkningen av lovbestemmelsen rettsanvenderen tar utgangspunkt i.⁴⁹⁰

Jeg synes Dworkins «livsfortolkning» er informativ som forståelsesmodell av en høyesterettsdom som gjerne trekkes frem i metodisk sammenheng. Sinnsykes ankerettdommen (Rt. 1979 s. 1079 A) kan nemlig brukes som illustrasjon på fortolkning av en lovbestemmelses «liv», idet den isolerte ordlydsfortolkning sto tilbake for den kontekstuelle

⁴⁸⁶ Dworkin 1986 s. 313.

⁴⁸⁷ Se Dworkin 1986 s. 72 (der Dworkin definerer «paradigme») i sammenheng med Dworkin 1986 s. 89 (der lovtekstens og prejudikatets tyngde beskrives som rettslige paradigmer).

⁴⁸⁸ Dworkin 1986 s. 316, s. 348 og s. 350.

⁴⁸⁹ Sml. Dworkin 1986 s. 347. I norsk metodelitteratur brukes de lignende formuleringer «sammenheng i lovverket/regelverket», «systemhensyn» og «konsekvenshensyn» etc.

⁴⁹⁰ Se Bernt og Doublet 1998 s. 181-182, som riktignok omtaler helhetsperspektivet som «det historiske og samfunnmessige helhetsperspektiv». Se pkt. 5.2.2. for min oppfatning av en avgrensning av hermeneutisk metode ved koherens som rettsanvendelsesideal.

fortolkning. I denne saken la en klar ordlyd til grunn at vergen hadde partsrettigheter i tilfeller der siktede var «sinnssvak».⁴⁹¹ Høyesterett tilkjente likevel partsrettigheter på bakgrunn av den *utvikling* i synet på rettighetene til psykisk syke som hadde funnet sted i retten.

Lovgivningshistorien på avgjørelsestidspunktet var en annen enn lovgivningshistorien da bestemmelsen ble vedtatt, og førstnevnte historie var avgjørende for Høyesterett.

I tillegg kan Dworkins «livsfortolkning» bidra til forståelsen av hvorfor vekten av forarbeidsuttalelser gjerne svekkes ved alderen. Monsen skriver f.eks. at det er på grunn av Høyesteretts stillingtaken til aktuelle rettsspørsmål at forarbeidene typisk får størst betydning når loven er relativt ny.⁴⁹² Dworkins «livsfortolkning»-analogi kan gi en begrunnelse for hvordan forarbeidsuttalelser kan miste betydning etter hvert som tiden går i tilfeller der Høyesterett *ikke* har vært på banen. Med Dworkin kan man si at forarbeidsuttalelsens innflytelse på en lovbestemmelses «liv» minker jo eldre bestemmelsen blir. Etter hvert som tiden går, bidrar lovbestemmelsens nyere kontekst til å fremme lovgivningshistorien bedre enn det forarbeidet gjør (også uten Høyesteretts stillingtaken).

Selv om Dworkins «livsfortolkning» kan være informativ som deskriptiv forståelsesmodell, kan det normativt sett ytres et ønske om en større fokus på den *isolerte* ordlydsfortolkning. Basert på at den isolerte ordlyd best fremmer forutberegnelighet, rangerer Spaak fortolkningsargumentet som utledes fra teksten foran det som utledes fra systemet.⁴⁹³ Selv mener jeg det i alle fall må foretas en reell vurdering mellom bidraget som utledes fra den isolerte ordlyd og dens kontekst, ikke at hva som kan utledes fra bestemmelsens «liv» ubetinget blir avgjørende i vanskelige rettsspørsmål.⁴⁹⁴ Relatert til dette er Dworkins generalitet i fremstillingen av lovfortolkningen; «livsfortolkningen» ser ikke ut til å differensiere mellom rettsområder.⁴⁹⁵ Det er imidlertid noe annet å iakttå en lovbestemmelses «liv» på strafferettens område (til skade for individet) sammenlignet med menneskerettighetenes område (til gunst for individet). De rettsstatsbetraktninger som ligger bak analogiforbudet i det strafferettslige legalitetsprinsipp tilsier en varsomhet i måten å

⁴⁹¹ Det kan derfor diskuteres om ordlyden var såpass klar at den *måtte* legges til grunn, se Dworkin 1986 s. 353.

⁴⁹² Monsen 2012 s. 160.

⁴⁹³ Spaak 2007 s. 64.

⁴⁹⁴ Dworkin er likevel bevisst det han kaller «lovgivningsherredømme» der ordlyden bare peker i en retning, noe som må fungere som en begrensning på «livsfortolkningen», se pkt. 5.4.5.

⁴⁹⁵ Dworkin 1986 s. 338-339 skriver f.eks. at lovfortolkningen både må ta hensyn til samfunns målsettinger («policies») og individrettigheter («principles»), uten å samtidig stille spørsmål om muligheten til det varierer mellom rettsområder.

fortolke loven på.⁴⁹⁶ Fra høyesterettspraksis kan dette illustreres med Blogger-kjennelsen (Rt. 2012 s. 1211 U). Spørsmålet var om oppfordring til straffbar handling på internett omfattes av et straffansvar knyttet til utgivelse ved «trykt skrift». Mindretallets «livsfortolkning» av bestemmelsen, basert på «samfunnsutviklingen» og «dagens teknologiske virkelighet» (avs. 26), kunne ifølge flertallet ikke bli avgjørende.

Selv om ikke Dworkin kobler dem direkte, må «livsfortolkningen» etter min oppfatning kombineres med og avgrenses mot «lokal prioritet» som rettslig argument (se pkt. 5.4.4). På strafferettens område innebærer det at det strafferettslige legalitetsprinsipp fjerner muligheten til en «livsfortolkning» til skade for individet, slik flertallet i Blogger-kjennelsen la til grunn.

5.4.4 «Lokal prioritet» som rettslig argument

Som en annen konkretisering av koherens skal jeg her fremheve et interessant argument som ifølge Dworkin inngår som del av en «prosessuell rettferdighet» i rettsanvendelsens avsluttende vurdering (se videre pkt. 5.4.5.).⁴⁹⁷ Argumentet kaller Dworkin «lokal prioritet». «Lokal prioritet» i Dworkins formulering innebærer at et prinsipp samsvar med rettspraksis på rettsområdet man befinner seg på får forrang framfor samsvar med rettspraksis på andre rettsområde.⁴⁹⁸ «Lokal prioritet» forutsetter med det koherens som rettsanvendelsesideal (se pkt. 5.2.2.), og kan anses som en presisering av hva rettsanvendelsen bør koherere med. Dworkin beskriver «lokal prioritet» som en retningslinje, ikke en absolutt regel - fordi «rett som integritet» så langt det går ber rettsanvendere gjøre retten koherent som en *helhet*.⁴⁹⁹ Gitt rettslig praksis slik den foreligger, kan imidlertid ingen kompetent fortolkning av den ignorere emneinndelingen av retten.⁵⁰⁰ Og fordi inndelingen av retten i ulike fagområder vanligvis gir mening for folk, bidrar «lokal prioritet» til å fremme forutberegnelighet og slik et dypere mål om «rett som integritet».⁵⁰¹ Kanskje kan «lokal prioritet» i Dworkins formulering ses som en slags videreutvikling av motstridsretningslinjen *lex specialis*; motstriden er ikke mellom en spesiell og en generell regel, men en lokal og en mer perifer rettspraksis.

⁴⁹⁶ Jf. Frøberg 2015 s. 46-47 sin definisjon av legalitetsprinsippet i strafferetten.

⁴⁹⁷ Jf. Dworkin 1986 s. 405.

⁴⁹⁸ Slik jeg forstår Dworkin 1986 s. 250-251.

⁴⁹⁹ Dworkin 1986 s. 251.

⁵⁰⁰ Dworkin 1986 s. 251-252.

⁵⁰¹ Dworkin 1986 s. 252. Dworkin skriver imidlertid at inndelingen *i seg selv* fremmer forutberegnelighet, men etter min oppfatning må det være argumentet som *utledes fra* inndelingen («lokal prioritet») som kan fremme forutberegnelighet.

Den nærmeste parallellen i norsk juridisk metodelære er etter min kjennskap Nygaards påpekning av at rettsanvenderen må være oppmerksom ulike rettsområders «verdilmiljø». ⁵⁰² Nygaard viser i denne sammenheng videre til Lilleholts argumentasjon rundt nødvendigheten av innlevelse i rettsområde man befinner seg på fordi reelle hensyn skifter fra rettsområde til rettsområde. ⁵⁰³ Forskjellen fra Dworkins «lokal prioritet» er at fokuset til Nygaard og Lilleholt var rettet mot rettslige verdier og reelle hensyn, ikke rettspraksis. Samtidig kan «lokal prioritet» sies å tydeligere uttrykke en vektdimensjonen sammenlignet med «verdilmiljøet»: det lokale bør som regel ha *tyngst vekt* i rettsanvendelsen, fremfor det mer perifere. Sammenkoblet med norsk metodelæreteori, skal jeg i det følgende fremheve «lokal prioritet» som en retningslinje av bredere relevans enn det Dworkin selv gjør, i den forstand at begrunnelsen bak også får anvendelse ved et spenningsforhold mellom lokale og mer perifere lovbestemmelser samt rettslige verdier/hensyn. ⁵⁰⁴

Et eksempel fra kreditorbeslagsretten kan illustrere en overføringsverdi av en slik «lokal prioritet» til norsk metodediskusjon. Problemsstillingen gjelder adgangen til å omstøte gaver etter dekl. § 5-2. Spørsmålet er om en gave som gjelder fast eiendom er «fullbyrdet» allerede ved *tinglysningen* eller om det også må ha skjedd en bruksovertakelse, en *faktisk gjennomføring* av gaven. ⁵⁰⁵ Konkursrettsforfatterne Huser og Andenæs er uenige på dette punkt. Årsaken til uenigheten er at Huser tar utgangspunkt i «alminnelig privatrettslig teori om fullbyrdelse av gaver», ⁵⁰⁶ mens Andenæs ser de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i kreditorbeslagsretten (notoritet og publisitet) som avgjørende. ⁵⁰⁷ Andenæs påpeker at den juridisk teori som Huser henviser til tar utgangspunkt i rettspraksis rundt fullbyrdesvilkåret ved dødsgaver, ⁵⁰⁸ og følgelig er knyttet til *arverettens* domene. Som en versjon av «lokal prioritet», kan man si samsvar med kreditorbeslagsrettslige hensyn («verdilmiljøet») ble viktigst for Andenæs' fortolkning av vilkåret. ⁵⁰⁹

⁵⁰² Nygaard 2004 s. 72-73.

⁵⁰³ Lilleholt 2000 s. 50-51. Se også Askeland 1999 s. 124, som fremhever det som en viktig del av rettsanvendelsesprosessen å «differensiere typetilfellet» hvorpå rettsanvenderen må anvende «spesialsyde rasjonelle argumenter».

⁵⁰⁴ En forutsetning for å kunne karakterisere noe som «mer perifer» er da at bestemmelsen eller hensynet befinner seg på samme legislative nivå; overordnede konstitusjonelle bestemmelser og verdier kan aldri bli «perifere».

⁵⁰⁵ Andenæs 2009 s. 300.

⁵⁰⁶ Huser 1992 s. 153.

⁵⁰⁷ Andenæs 2009 s. 300, fordi Andenæs mener det å sikre notoritet og publisitet over gaven (dvs. et «rettsvernssynspunkt») må være «formålet med» fullbyrdesvilkåret.

⁵⁰⁸ Andenæs 2009 s. 300.

⁵⁰⁹ Riktignok først og fremst bygget på kreditorbeslagsrettslige hensyn, ikke kreditorbeslagsrettslig *rettspraksis* (som Dworkin som nevnt knytter sin definisjon av «lokal prioritet» til).

For egen del synes jeg «lokal prioritet» som retningslinje av bredere relevans gir et nytt perspektiv på metodespørsmål, og slik kan være med på å utfylle norsk juridisk metodelære. Jeg skal forsøke å illustrere dette ved å benytte «lokal prioritet» som del av en kritikk mot flertallets argumentasjon i Prostitusjonsinntekts-dommen (HR-2017-2352-A). Spørsmålet var om kortvarige tapte inntekter fra salg av seksuelle tjenester hadde erstatningsrettslig vern. Utfra en «bred helhetsvurdering» (avs. 37), besvarte flertallet spørsmålet benektende. Etter å ha gjennomgått straffelovgivning, straffelovsforarbeid og en strafferettsdom (avs. 40-49), viste flertallet til at «et erstatningsvern for prostitusjonsinntekter [vil] kunne bidra til en alminneliggjøring av sterkt uønsket virksomhet.» (avs. 60, jf. avs. 50). Mindretallet tok utgangspunkt i skl. § 3-1, som slår fast at «personskadelidtes individuelle ervervstap har erstatningsrettslig vern» (avs. 66). For mindretallet fantes det ikke tilstrekkelig grunnlag til å gjøre unntak fra skl. § 3-1.

Inspirert av begrunnelsen bak «lokal prioritet», vil jeg påstå at erstatningsrettslige lovbestemmelser og hensyn generelt bør ha en «lokal prioritet» over strafferettslige vurderinger *i en sak som dreier seg om erstatning*.⁵¹⁰ Til dette kommer også at jeg mener et økonomisk ansvar hvis man har påført en annen skade og økonomisk tap må anses et *mer fundamentalt trekk* ved norsk rett enn straffansvar rundt kjøp av og tilrettelegging for seksuelle tjenester (jf. pkt. 5.2.2. om skillet mellom koherens og konsistens).

5.4.5 «Inkluderende integritet» som harmoniseringsverktøy

I pkt. 3.3.2. ga jeg en forklaring på Dworkins forsvar for «integritet» som politisk ideal. Som nevnt der og i pkt. 5.2.2, gir Dworkins «rett som integritet» rettsanvenderen i oppgave å se retten som strukturert av en koherent oppfatning av de politiske idealene «justice», «fairness» og «procedural due process».⁵¹¹ Integritet som politisk ideal får slik en *overordnet koordinerende og avklarende funksjon* i den forstand at integritet bestemmer balansen mellom de tre andre politiske idealene, rettsanvendelsen skal reflektere «these combined in the right relation».⁵¹² Koherens skal søkes «so far as possible», en resultatforpliktelse om koherens kan ikke pålegges når oppgaven i å ta alle disse idealene i betraktning vil måtte medføre

⁵¹⁰ Se også Eidissen 2019 s. 141, som bemerker at erstatningsrettslige hensyn kom «langt i bakgrunnen» i flertallets argumentasjon. Helt ren «lokal prioritet» etter Dworkins definisjon blir det imidlertid ikke her heller, da konflikten ikke sto mellom erstatningsrettslig *rettspraksis* og strafferettslig *rettspraksis*.

⁵¹¹ Dworkin 1986 s. 243 sammenholdt med s. 164.

⁵¹² Dworkin 1986 s. 405.

kompromiss mellom dem.⁵¹³ «Fairness» og «procedural due process» legger ifølge Dworkin begrensninger på muligheten for «*pure integrity*», i stedet bestemmes retten av «*inclusive integrity*» (heretter: «*inkluderende integritet*»⁵¹⁴).

Tidligere i *Law's Empire* omtaler imidlertid Dworkin integritet som *konkurrerende* til andre politiske ideal, ikke koordinerende og avklarende. Med andre ord beskrives integritet også som *sideordnet* de andre politiske ideal, ikke et ideal som får en overordnet funksjon. Dworkin skriver at ens oppfatninger om integritet tidvis vil *komme i konflikt* med hva «fairness» og «justice» tilsier,⁵¹⁵ disse idealene må tidvis *bli ofret* for integritet.⁵¹⁶ En lignende tilnærming kommer etter min oppfatning også til uttrykk når Dworkin i forbindelse med omtalen av rettsanvendelsesdimensjonene «fit» og «justification» skriver at rettslig fortolkning innebærer en «*delicate balance among political convictions of different sorts*».⁵¹⁷ Da samsvarsvurderingen målbærer en koherenstankegang (jf. pkt. 5.4.1.), settes integritet på denne måten opp mot de andre politiske idealene. I stedet for å være et harmoniseringsverktøy, fungerer integritet her som et slags konfrontasjonsredskap.

I dette punktet er det førstnevnte forståelse av integritet («inkluderende integritet» som overordnet koordinerende og avklarende funksjon) jeg skal basere meg på, og fremheve en rettsteoretisk verdi i. For å gjøre dette er det imidlertid nødvendig å forstå hva «fairness», «justice» og «procedural due process» refererer til.

«Fairness» handler om hvordan et samfunns medlemmer vil at deres politiske system skal struktureres, slik at distribueringen av politisk makt blir rettferdig.⁵¹⁸ I og med «fairness» dreier seg om hvordan organiseringen av samfunnet bør være - hvilken rollefordeling samfunnet skal ha - kan kanskje idealet oversettes med «strukturell rettferdighet». Det strukturelle rettferdighetsparadigme i dagens Norge blir slik representativt demokrati.⁵¹⁹ I rettslig sammenheng kommer dette politiske idealet ifølge Dworkin uttrykk som et «legislative supremacy» (heretter: «*lovgivningsherredømme*»⁵²⁰). En ordlyd som kun taler i en retning må derfor dommeren respektere, selv om hun synes bestemmelsen ikke er koherent

⁵¹³ Dworkin 1986 s. 405.

⁵¹⁴ Dworkin 1986 s. 405-406.

⁵¹⁵ Dworkin 1986 s. 188

⁵¹⁶ Dworkin 1986 s. 178.

⁵¹⁷ Dworkin 1986 s. 239.

⁵¹⁸ Dworkin 1986 s. 404.

⁵¹⁹ Dworkin 1986 s. 177: «We might think that majority rule is the fairest workable decision procedure in politics...». Se også Dworkin 1986 s. 164-165, beskrevet fra en angloamerikansk synsvinkel.

⁵²⁰ Dworkin 1986 s. 405.

med den bredere rett.⁵²¹ Muligheten til *helt* kontekstuelte optimale fortolkninger («livsfortolkninger») begrenses dermed, jf. pkt. 5.4.3.

«Procedural due process» er oppfatninger om hva som er rettferdige rettslige prosedyrer for å avgjøre om det er skjedd brudd på regler vedtatt gjennom politiske prosedyrer.⁵²² Dette har jeg oversatt til «prosessuell rettferdighet», og dagens rettferdighetsparadigme innebærer en aksept av visse prosessrettslige ordninger og en respekt for prejudikater.⁵²³ I tillegg mener Dworkin at «lokal prioritet» (se nærmere pkt. 5.4.4.) inngår som del av en prosessuell rettferdighet.⁵²⁴

«Justice» knytter seg til en avgjørelses *resultat*, nærmere bestemt hva som er rettferdig distribuering av materielle ressurser og sivile rettigheter i samfunnet.⁵²⁵ Denne koblingen til det materielle utfall, gjør at jeg har valgt å kalle denne rettferdighetstypen for «substansiell rettferdighet».⁵²⁶ For Dworkin er det den substansielle rettferdighet som kunne muliggjort «pure integrity» hvis ikke den strukturelle og prosessuelle rettferdighet hadde fantes; søket etter «ren» koherens medfører en vurdering av hvilke substansielle rettferdighetsprinsipper som strømmer gjennom retten og forener rettsområder.⁵²⁷ Samtidig er ikke denne rettferdighetstypen bare et uttrykk for rettferdigheten i koherens, substansiell rettferdighet får også en selvstendig rolle ved at idealet handler om hva samfunnet personifisert, abstrahert fra institusjonelle forpliktelser, «ought itself to achieve».⁵²⁸ Jeg forstår dette som en døråpning for at politisk-ideologiske oppfatninger kan spille en rolle i rettslig argumentasjon, noe som også harmonerer med Dworkins vide definisjon av «justice». I så fall må substansiell rettferdighet også kobles til Dworkins liberale grunnholdning, som jeg har beskrevet de viktigste følgene av for rettsanvendelsen i pkt. 3.3.4.

Jeg beveger meg nå over til å sammenligne «inkluderende integritet» som et overordnet politisk ideal i rettslig kontekst med det jeg oppfatter som berøringspunkter i norsk metodelære. Etter min mening kan det trekkes en parallell til forskjellige deskriptive

⁵²¹ Dworkin 1986 s. 401.

⁵²² Dworkin 1986 s. 165.

⁵²³ Dworkin 1986 s. 165 sammenholdt med Dworkin 1986 s. 405. Dworkin angloamerikanske bakgrunn gjør at han skriver om «strict doctrines of precedents», noe må avpasses til norske forhold uten en tilsvarende stare decisis-doktrine.

⁵²⁴ Dworkin 1986 s. 405.

⁵²⁵ Dworkin 1986 s. 165.

⁵²⁶ Under her antar jeg hører både distribuerende rettferdighet og korrigerende rettferdighet. Se f.eks. Askeland 2013b s. 17 flg. om disse to rettferdighetsformene.

⁵²⁷ Dworkin 1986 s. 406.

⁵²⁸ Dworkin 1986 s. 406.

forståelser av og normative innspill til ideal som får en overordnet funksjon for rettsanvendelsen i norsk rettsteori. Et eksempel kan være Eckhoffs påpekning av at domstolens lovfortolkning «i det minste» preges av de to målsetningene lojalitet overfor lovgiver og å oppnå gode resultat.⁵²⁹ I kontrast til å notere et *mangfold* av overordnede føringer, kan Dworkins «inkluderende integritet» ses som et forsøk på å iakttas og «samle» mangfoldet under en *enhetlig* rettesnor, nemlig «inkluderende integritet». Man kan kanskje se en sammenheng med en beskrivelse av et mangfold i overordnede føringer for rettsanvendelsen og en betoning av at rettskildefaktorene (som uttrykk for ulike overordnede føringer) må *avveies*.⁵³⁰ Til sammenligning kan en enhetlig formulering, som Dworkins «inkluderende integritet», danne et grunnlag for *harmonisering* av rettskilder (som erstatter en ren avveining).⁵³¹

Å se «inkluderende integritets» overordnede koordinerende funksjon som et verktøy for å harmonisere rettskilder, synes jeg er interessant. På sett og vis kan «inkluderende integritet» anses som et virkelighetstilpasset, realitetsorientert rettsanvendelsesideal; en måte å omdanne en idealtypisk koherentisme til en «realtypisk» institusjonelt begrenset koherentisme.⁵³² Jeg synes imidlertid det kan problematiseres om substansiell rettferdighet er et politisk ideal som i rettslig kontekst bør få en selvstendig rolle *ved siden av* integritet. Bakgrunnen for min skepsis er det Waldron beskriver som «the circumstances of integrity», det vil si svaret man gir en person som lurer på hva *problemet* er når hun hører en «jurist going on and on about integrity». ⁵³³ Waldron konkluderer med at «the circumstances of integrity» knytter seg til eksistensen av uenigheter om hva som er rettferdig distribuering av ressurser og rettferdigheter i samfunnet, integritet er et politisk ideal hvis oppgave er å *håndtere* slike kjensgjerninger.⁵³⁴ Jeg forstår dermed Waldron slik at en tilslutning til «rett som integritet» bør medføre en avvisning av en rettsanvendelse der substansielle rettferdighetsoppfatninger spiller en selvstendig rolle *ved siden av* søket etter koherens (integritet). Substansiell rettferdighet får kun betydning som *uttrykk for* rettferdigheten i integritet. En slik modifisering av «inkluderende integritet» synes jeg virker riktig; for å unngå politisering av

⁵²⁹ Eckhoff 2001 s. 152. I tillegg kan det vises til eksemplene fra Norge jeg nevnte i pkt. 5.2.2. og 5.2.3.

⁵³⁰ Se f.eks. Eckhoff 2001 s. 27-28 om avveining, og eksemplifiseringen av en avveiningstankegang hos Nygaard 2004 s. 227-229.

⁵³¹ Bernt og Sæther Mæhle 2007 s. 207 er et eksempel på at harmoniseringsbetegnelsen brukes i norsk metodelære, der omtales harmonisering som en rettslig tankeprosess før avveiningen (altså som et *supplement* til avveiningen, ikke erstatning).

⁵³² Jf. pkt. 5.2.3. om koherentisme som idealtipe.

⁵³³ Waldron 1998 s. 3.

⁵³⁴ Waldron 1998 s. 12.

rettslig argumentasjon bør uenigheter om hva som substansielt sett er rettferdig avgjøres innenfor politikkenes sfære.

5.5 Til «etterfortolkningsstadiet»

5.5.1 Innledning

Dworkin presenterer «etterfortolkningsstadiet» som et siste steg i rettsanvendelsen. Han omtaler stadiet som et «reforming stage»; her tilpasser rettsanvenderen sin forståelse av hva den rettslige praksis «virkelig» krever til den sammensatte fortolkning hun gjorde på fortolkningsstadiet.⁵³⁵ Med andre ord *konkluderer* rettsanvenderen. Dworkins påstand om at det finnes rette svar på rettsspørsmål, den såkalte «right answer thesis» (heretter: «*tese om det rette svar*»), blir slik knyttet til etterfortolkningsstadiet.⁵³⁶

5.5.2 Konklusjonen og «tesen om det riktige svar»

For å ta stilling til i hvilken grad Dworkins «tese om det rette svar» kan være av verdi for en juridisk metodelære, er det viktig å få klarhet i hva Dworkin mener med tesen.

Utgangspunktet for tesen er Dworkins deltakelse i juristfelleskapets praksis, hans interne, deltakende innfallsvinkel. Han bygger på at rettsanvendere forestiller seg at det finnes et riktig svar på rettsspørsmål.⁵³⁷ Dworkin virker slik å koble en målsetting om å komme frem til et riktig svar (teleologisk sett) og eksistensen av det riktige svar (ontologisk sett).⁵³⁸ Påstanden fra rettsanvendere og Dworkin er imidlertid bare at det finnes et rettslig korrekt svar *innenfor* en intersubjektivt fastlagt rettslig praksis, ikke på et eksternt nivå løsrevet fra rettslig praksis.⁵³⁹ Når en rettsanvender legger til grunn at hennes fortolkning er den bedre, representerer dette en klargjøring av hennes mening som fortolker, ikke en filosofisk

⁵³⁵ Dworkin 1986 s. 66. Dworkin uttrykker dog at fortolkeren kun tilpasser seg til rettferdiggjørelsen, ikke den sammensatte rettslige fortolkning som *både* inkluderer samsvar og substans.

⁵³⁶ For en lignende forståelse av at tesen om det rette svar må hektes på etterfortolkningsstadiet: Hammerslev 2000 s. 6. Dworkin 1986 s. 266-267 setter også termen «virkelig» i sammenheng med uttrykket «virkelig» rett [svar].

⁵³⁷ Dworkin 1978 s. 283 og Dworkin 2006 s. 41.

⁵³⁸ Dworkins slutning fra det teleologiske søk etter det riktige svar til den ontologiske eksistens av det rette svar utleder jeg fra ordbruken i Dworkin 1985 s. 119. Lignende vending gjøres i Dworkin 1978 s. 279-284.

⁵³⁹ Dworkin 2006 s. 41. Slik sett kan den intersubjektivt innrammede «tesen om det rette svar» kontrasteres med den objektiviserte målsetting i den «konstruktive fortolkning», jf. pkt. 3.2.3.2.

klassifisering av denne.⁵⁴⁰ Jeg synes likevel Dworkin blir noe uklar på innholdet i tesen, i den forstand at han virker å likestille en oppfatning av at det finnes et *bedre* svar med en mening om at det eksisterer et *rett* svar.⁵⁴¹ Etter min mening er det her en kvalitativ forskjell, så i det videre forutsetter jeg at Dworkin står ved en «tese om det rette svar» (og ikke en «tese om et bedre svar»).

En nærliggende parallell i norsk metodelære er etter min mening beskrivelsen av at siktemålet med rettsanvendelsesprosessen er å finne den beste (rettskildemessige) løsning.⁵⁴² Dette kan ses som en måte å fremheve jakten på det riktige svar som et *formål* ved rettsanvendelsen. Bernt omtaler i det hele tatt forestillingen om et unikt riktig svar (en entydig bestemt «gjeldende rett») som en «regulativ idé» for rettsanvendelsen, men denne forestillingen er samtidig en «fiksjon» ifølge Bernt.⁵⁴³ Til sammenligning skriver Baldersheim at rettsanvendere skal «arbeida mot eitt svar på rettsspørsmålet, og dette svaret skal vera *det riktige*.»⁵⁴⁴ I likhet med Dworkin virker Baldersheim slik å akseptere at det rette svar også finnes i ontologisk forstand, ikke bare er en «fiksjon» som *traktes etter*. Hovedinntrykket av norsk metodelæreteori er imidlertid at det rette svar/den beste løsning (kun) fremheves som et teleologisk trekk ved rettsanvendelsen. Om det det rette svar også *eksisterer* skiller i liten grad ut som et separat spørsmål.

For egen del synes jeg søket etter det rettslig riktige svar gir en treffende forklaring på noe som fungerer som et utgangspunkt for rettsanvenderen og slik konstituerer rettsanvendelsesprosessen slik den foregår i praksis. Bakgrunnen for at dette blir et utgangspunkt kan sies å være at rettsanvendelsen er en *formålsrettet aktivitet*.⁵⁴⁵ Selv om personer i advokatroller kan ha som formål å *overbevise* retten, vil jeg hevde at ønsket om å komme frem til det rettslig *riktige* generelt preger dommerrollen.⁵⁴⁶ Man kan trekke en linje tilbake til Aristoteles teleologisk orienterte etikk: rettsanvenderes rettslige resonnement sikter

⁵⁴⁰ Dworkin 1986 s. 267.

⁵⁴¹ Basert på Dworkin 2006 s. 42 og Dworkin 1985 s. 137-139.

⁵⁴² Se eks. Nygaard 2004 s. 152-153 med videre henvisninger.

⁵⁴³ Bernt 2002 s. 270.

⁵⁴⁴ Baldersheim 2008 s. 402 (Baldersheims egen uthevning).

⁵⁴⁵ Se Raz 2009 s. 326.

⁵⁴⁶ Jeg vil derfor ikke karakterisere juridisk praksis som helhet «anvendt retorikk», slik Graver 2007 s. 530, når retorikk knyttes til et formål om å overbevise, jf. Graver 2007 s. 532-533.

mot det (rettslig) gode.⁵⁴⁷ Som en teleologisk fortolkning av aspekt ved rettsanvendelsen slik den er, synes jeg derfor en «tese om det rette svar» har viktig informasjonsverdi.

Jeg er derimot mer tvilende til om man med (min fortolkning av) Dworkin kan si det rettslig rette svar *finnes* som et ontologisk faktum. I rettsteoretisk litteratur har fokuset særlig vært på det som kan kalles *uforenlighetsproblemet*; hvordan kan «det rette svar» utpekes og demonstreres når det eksisterer et mangfold av etterstrebellesverdige goder?⁵⁴⁸ En tilnærming til rettsanvendelsen vil nødvendigvis gjøre det bedre sett opp mot et gode (f.eks. «strukturell rettferdighet»), mens en annen tilnærming vil gjøre det bedre sett opp mot et annet (f.eks. «substansiell rettferdighet»). Kanskje kan en løsning være å operere med en juridisk *fallibilisme* i relasjon til «det rette svar», i den forstand at man anser rettsanvenderes rettslige konklusjoner som ontologisk *potensielt* uriktige og slik *kritiserbare*.⁵⁴⁹ Med Peirce, bør vi i så fall forstå fallibilismen som et incentiv til å gjøre vårt beste i en felles jakt på rettslig riktighet, ikke som et grunnlag for slutte å jakte.⁵⁵⁰ Slik skapes et rom for å *kombinere* det reelle (og ønskelige) *søk etter* det rette svar (teleologisk sett), med en ydmykhet rundt *om* man har kommet frem til et riktig svar (ontologisk sett).

I tillegg til «det rette» kan «det forsvarlige» eller «det legitime» ses som en separat standard å bedømme rettsanvendelser etter.⁵⁵¹ Kanskje kan man si at hva som er «det rette» rettslige standpunkt er gjenstand for debatt (fallibilistisk), mens fastsettelsen av «forsvarlige» rettslig standpunkt er basert på grunnleggende universelle betraktninger som ikke kan argumenteres vekk (infallibilistisk).⁵⁵² I så fall kan det «forsvarlige» muligens ses som punktet der et eksternt, normativt perspektiv på rett må få forrang overfor den interne, deltakende innfallsvinkel til retten (jf. pkt. 5.1).

⁵⁴⁷ Se gjengivelsen og forståelsen av Aristoteles' *Nikomakiske etikk* hos Ross 1995 s. 195-196. I aristotelisk rammeverk må rettsanvendelsesteleologien anses som *sosialt* bestemt av rettsanvenderne, ikke som et *naturlig*, iboende trekk ved rettsanvendelsen i seg selv, se Ross 1995 s. 246 om Aristoteles' varianter av teleologiske tilnærminger til verden.

⁵⁴⁸ Se Bix 1993 s. 96-106 med videre henvisninger til Mackie og Finnis. Se også Hart 2012 s. 205 (skrevet før Dworkins tese), som Green lii knytter til et *verdipluralistisk* moralsyn hos Hart.

⁵⁴⁹ Jf. Stokes 2016 s. 343-344 om Habermas' og Poppers fallibilisme.

⁵⁵⁰ Se Rescher 2005 s. 578 (knyttet til fallibilisme i naturvitenskapelig kontekst).

⁵⁵¹ I norsk metodelæreteori må sistnevnte knyttes an til betegnelsen «legitimitetsintervall», se f.eks. Askeland 2007 s. 239 om forskjellig bruk av denne betegnelsen.

⁵⁵² En forutsetning for en slik formulering av forsvarlighet er at det bygges på en «substansiell legitimitetsmodell», se definisjon hos Sæther Mæhle 2005 s. 74 og s. 77.

Grundighet fremstår som en viktig dyd i jakten på rettslig riktighet.⁵⁵³ Dyden kan sies å komme til uttrykk gjennom Dworkins fantasifigur *Hercules*, en «lawyer of superhuman skill» som Dworkin benytter som en slags rollemodell for virkelighetens rettsanvendere.⁵⁵⁴

⁵⁵³ Omtalt av Tande 2011 s. 18 som en av «de vitenskapelige idealene»:

⁵⁵⁴ Hercules blir introdusert i Dworkin 1978 s. 105 (der sitatet stammer i fra) for å vise hvordan en filosofisk dommer kan konstruere «theories of what legislative purpose and legal principles require». Figuren dukker opp igjen i Dworkin 1986 s. 239-250 for en fortolkning av en sak med navn *McLoughlin* etter «rett som integritet». Dworkin 1986 s. 264-265 gir en utdyping av forskjellen mellom Hercules og dommere av kjøtt og blod.

6 Avslutning

Jeg har i denne oppgaven for det første forsøkt å gi en rimeligst mulig forståelse av Dworkins rettsteori som en helhet (kap. 3) og av nærmere deler av den som kan være av interesse som bidrag til norsk juridisk metodelære (kap. 5). For det andre har jeg gitt en vurdering av hvilket bidrag den tilfører rettsteorien, henholdsvis som analytisk rettsfilosofi (kap. 4) og som juridisk metodelære (kap. 5).

Dworkin har bidratt betydelig til en levende rettsfilosofisk diskurs, og har flere interessante innspill til juridisk metodelære i et norsk perspektiv. Samtidig synes jeg hans akademiske stil tidvis har vært utfordrende å forholde seg til. Når Dworkin posisjonerer seg til egne fremstillinger av diverse ismer (konvensjonalisme, pragmatisme, realisme) plassert inn i hans rettsteoretiske forståelsesramme (se særlig pkt. 3.2.3.3.), blir argumentasjonen lett mot karikaturer og ikke individer.⁵⁵⁵ Jeg har fått litt inntrykk av at Dworkin ikke har særlig stor toleranse for ulike rettsteoretiske prosjekt og at andre har interesse i andre spørsmål enn ham.⁵⁵⁶ Dette har gjort meg mer bevisst på hvordan jeg mener rettsteoretisk diskusjon bør bedrives: det er ikke ønskelig at målet om komme med den beste argumentasjon går på bekostning av å vise at motpartens tilnærming til problemsstillingen er intensjonen i eller blir konsekvensen av dens skrifter.

⁵⁵⁵ Leiter 2001 s. 72 mener en stråmantendens har vært en «long-standing feature of Dworkin's work».

⁵⁵⁶ Sml. Harts følelse av at det var "something willful or even lacking in honesty about Dworkin's reading of his work", se Lacey 2003 s. 330 (Lacey er Hart-biograf).

7 Kildeliste

7.1 Litteratur

Alexander, Gregory S.: *Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 50, No. 1 (Winter, 2002), pp. 131- 174

Alexy, Robert og Peczenik, Aleksander: *The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality*, Ratio Juris, March 1990, Vol.3, pp.130-147

Alexy, Robert: *The Dual Nature of Law*, Ratio Juris, June 2010, Vol.23 (2), pp.167-182

Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*, 2. Utgave, Calax Oslo 2009.

Askeland, Bjarte: *Eckhoffs rettskildelære under press*, Kritisk Juss 1999 s 115-126 – (KRJU-1999-115)

Askeland, Bjarte: *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning*, Jussens Venner 2003 s 8-23 – (JV-2003-8)

Askeland, Bjarte: *Bokanmeldelse: Erik Monsen: Berikelseskrav (Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet)*, Oslo 2007. 602 sider, Tidsskrift for Erstatningsrett nr. 3 2007, s. 234-240 – (TFE-2007-234)

Askeland, Bjarte: *Om rettsdogmatisk metode og sammenligning*, i Søvig Karl Harald/Schütz Sigrid Eskeland/Rasmussen, Ørnulf (red.): *Undring og erkjennelse*, Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Fagbokforlaget, Bergen 2013, s. 15-25. (Askeland 2013a)

Askeland, Bjarte: *Rettsferdighetsideer i norsk personskadeserstatningsrett*, Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad, 2013 s. 17-34 – (FEST-2013-ak-17) (Askeland 2013b)

Askeland, Bjarte: *Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999-2018*, Lov og Rett 09/2018 (vol. 57) s. 519-536

Augdahl, Per: *Rettskilder*, tredje utgave, Aschehoug, Oslo 1973

Baldersheim, Erlend: *Rett og rettsbruk – med dømme fra odelsretten og åseteretten*, Jussens Venner 2008 s. 386-417 – (JV-2008-386)

Barzun, Charles L.: *Inside-Out: Beyond the Internal/External-distinction in legal scholarship*, Virginia Law Review, 1 September 2015, Vol.101 (5), pp.1203-1288.

Bayles, Michael. D: *Hart's Legal Philosophy - An Examinaton*, Kluwer Academic Publishers, Brüssel 1992

Bell, Daniel, *Communitarianism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/communitarianism/> (lest 6. Mai 2019)

Bergo, Knut: *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Cappelen Akademisk forlag, Oslo 2000 (Bergo 2000a)

- Bergo, Knut: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Hustrykkeriet Jur.fak., Universitetet i Oslo, Oslo 2000 (Bergo 2000b)
- Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David: *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Fagbokforlaget, Bergen 1998
- Bernt, Jan Fridthjof: *Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren*, Nybrott og Odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002 s. 259-272 – (FEST-2002-nn-259)
- Bernt, Jan Fridthjof og Sæther Mæhle, Synne: *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal Akademisk, Bergen 2007.
- Bernt, Jan Fridthjof: *Hva skjedde med rettsrealismen?* Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe 2013 s. 43-65 – (FEST-2013-emb-43)
- Bix, Brian: *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford 1993 (Reprint: 2003)
- Bix, Brian: *H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory*, 52 S.M.U.L. Rev. 167 (1999) pp. 167-199
- Bix, Brian H.: *Natural Law: The Modern Tradition* i Coleman, Jules og Shapiro, Scott (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Bix, Brian H.: *Jurisprudence: Theory and Context*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London 2009
- Blandhol, Sverre: *Juridisk ideologi: Alf Ross' kritikk av naturretten*, Universitetsforlaget, Oslo 1999
- Blandhol, Sverre: *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s 365-391 – (TFR-2004-365)
- Blandhol, Sverre: *Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?* Lov og Rett 2005 s 316-327 – (LOR-2005-316)
- Blandhol, Sverre: *Francis Hagerup om juridisk metode*, Rettsforsker, politiker, internasjonalist: Perspektiver på Francis Hagerup. Oslo Studies in Legal History no 2 s. 21-45 – (LEGHIST-2007-2-21)
- Boe, Erik Magnus: *Rettskildelære under debatt*, Universitetsforlaget, Oslo 2012
- Boe, Erik Magnus: *Innføring i juss*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2013
- Bohman, James and Rehg, William, "Jürgen Habermas", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/habermas/> (lest 6. Mai 2019)
- Bårdsen, Arnfinn: *De nordiske høyesterettene som prejudikatdomstoler – et perspektiv fra Norges Høyesterett*, Lov og rett 2016 s. 259-282 – (LOR-2016-259)
- Cohon, Rachel: *Hume's Moral Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/hume-moral/> (lest 6. mai 2019)

Cotterrell, Roger: *The Sociological Concept of Law*, Journal of Law and Society, 1 December 1983, Vol.10 (2), pp.241-255

Cover, Robert M.: *Violence and the Word*, Yale Law Journal, Vol. 95, No. 8, Charles L. Black, Jr. Festschrift (Jul., 1986), pp. 1601-1629

Culver, Keith and Giudice, Michael: *Legality's Borders – An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 2010.

Dickson, Julie: *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford 2001

Dickson, Julie: *Law and its Theory: A Question of Priorities* in Keown, John and George, Robert P. (ed.): *Reason, Morality and Law – The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford 2013

Donato, James: *Dworkin and Subjectivity and Legal Interpretation*, Stanford Law Review, 1 July 1988, Vol.40 (6), pp.1517-1541.

Doublet, David Roland: *Rett, vitenskap og fornuft*, Alma Mater, Bergen 1995

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 1978

Dworkin, Ronald: "Natural" Law Revisited, University of Florida Law Review, vol. 34, no. 2 (1982) pp. 165-188.

Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 1985

Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 1986

Dworkin, Ronald: *Legal Theory and the Problem of Sense* i Gavison, Ruth (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1987

Dworkin, Ronald: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 1996 (Dworkin 1996a)

Dworkin, Ronald: *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*, Philosophy & Public Affairs, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1996), pp. 87-139 (Dworkin 1996b)

Dworkin, Ronald: *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge MA, 2000.

Dworkin, Ronald i Burley, Justine (ed.): *Dworkin and his Critics*, Blackwell Publishing, 2004. (Dworkin 2004a)

Dworkin, Ronald: *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No. 1 (Spring, 2004), pp. 1-37 (Dworkin 2004b)

Dworkin, Ronald: *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 2006 (Dworkin 2006a)

- Dworkin, Ronald: *Response*, i Hershovitz, Scott (ed.): *Exploring Law's Empire*, Oxford University Press, Oxford 2006. (Dworkin 2006b)
- Dworkin, Ronald: *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 2011
- Dyzenhaus, David i Ripstein, Arthur (red.): *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge NY, 2007
- Eckhoff, Torstein: *Alf Ross og hans rettsteori* i Eckhoff, Torstein og Eng, Svein: *Notater i allmenn rettsteori*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/1990, Universitetet i Oslo
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære (5. Utgave ved Jan E. Helgesen)*, Universitetsforlaget Oslo 2001.
- Eidissen, Stig: *Kortvarig tap av prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern*, Lov og Rett 03/19 (vol. 58) s. 133-145
- Eng, Svein: *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, Oslo 2007
- Falkanger, Aage Thor: *Høyesteretts vota*, LOV SANNHET RETT – Jubileumsskrift til Norges Høyesterett 200 år s. 180-221 – (JUB-2015-hr-180)
- Finnis, John: *On Reason and Authority in "Law's Empire"*, Law and Philosophy, Vol. 6, No. 3, Dworkin's "Law's Empire" (Dec., 1987), pp. 357-380
- Finnis, John: *Natural Law & Natural Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2011
- Frøberg, Thomas: *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal, Oslo 2014
- Frøberg, Thomas: *Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet*, Jussens venner 2015 s. 46-71 – (JV-2015-46)
- Føllesdal, Dagfinn og Walløe, Lars: *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*, syvende utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2000.
- Gardner, John: *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford 2012
- Geertz, Clifford: *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, Basic Books, New York 1973
- Godfrey-Smith, Peter: *Theory and Reality, an introduction to the philosophy of science*, The University of Chicago Press, Chicago 2003
- Graver, Hans Petter: *Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap*, Lov og Rett 1998 s 579-603 – (LOR-1998-579)
- Graver, Hans Petter: *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2000 s 429-476 - (TFR-2000-429)

- Graver, Hans Petter: *Fornuft og følelser – om klassisk retorikk som modell for moderne juridisk metode*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2007 s. 527-562 – (TFR-2007-527)
- Graver, Hans Petter: *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2008 s 149-178 – (TFR-2008-149)
- Graver, Hans Petter: *Rettferdighet som juridisk argument - kan graviditet sammenlignes med en fysisk skade?* Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett 2012 s 1-4 - (TFE-2012-1)
- Graver, Hans Petter: *Høyesterett og rettsutviklingen – førti år etter, Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer* s. 242-254 – (FEST-2016-ilb-242)
- Green, Leslie: *General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 4 (Winter, 2005), pp. 565-580
- Green, Leslie: *Introduction* i Hart, H.L.A: *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2012
- Green, Leslie: *Legal Positivism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/> (lest 6. Mai 2019)
- Grendstad, Gunnar, Shaffer, William R. og Waltenburg, Eric N.: *Ideologi og grunnholdninger hos dommere i Norges Høyesterett*, Lov og Rett 2012 s. 240-253 – (LOR-2012-240)
- Guest, Stephen: *Ronald Dworkin*, Third Edition, Stanford University Press, Stanford 2013
- Habermas, Jürgen: *Knowledge and Human Interests*, Heinemann, London 1972
- Habermas, Jürgen: *The Theory of Communicative Action, Volume 1: Reason and the Rationalization of Society*, Polity Press, Cambridge 1984
- Halpin, Andrew: *The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years off the Point*, 19 Can. J.L. & Jurisprudence 67 (2006)
- Hammerslev, Ole: *Er Herkules en myte? Ronald Dworkins fortolkningsteori konfronteret med Alf Ross'*, Retfærd nr. 91, 23. årgang, 2000.
- Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983 (Reprinted 2001)
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2012
- Hatch, Mary Jo: *Organisasjonsteori – moderne, symbolske og postmoderne perspektiver*, Abstrakt forlag, Oslo 2001
- Hellner, Jan: *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm 2001
- Holck, Per: *skjelettet*, i *Store Medisinske Leksikon*, 19. september 2018, hentet fra <https://sml.sn.no/skjelettet> (lest 29. april 2019)

- Holth, Torhild og Larsen, Mette Yvonne: *Unyansert og tabloid om barns rett til samvær med foreldre i barnevernssaker*, Aftenposten, 10. desember 2017,
<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/P39xJ5/Unyansert-og-tabloid-om-barns-rett-til-samvar-med-foreldre-i-barnevernssaker>
- Hoy, David Couzens: *Hegel's Critique of Kantian Morality*, History of Philosophy Quarterly, Vol. 6, No. 2 (Apr., 1989), pp. 207-232
- Huser, Kristian: *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3: Omstøtelse*, eget forlag, Bergen 1992
- Jacobsen, Jørn RT: *Om omgrepet «juridisk metode»*, Jussens Venner 2003 s 360-375 – (JV-2003-360)
- Jerkø, Markus: *En taksonomi over rettslige prinsipper*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2012 s 1-48 - (TFR-2012-1)
- Jerkø, Markus: *Skal ikke «barnets beste» leses bokstavelig?* Lov og Rett 02/2018 (Volum 57) s. 112-128.
- Kinander, Morten: *The View From Within*, Fagbokforlaget, Bergen 2004.
- Kinander, Morten: *Rettsfilosofi – en innføring*, Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Kolflaath, Eivind: *Språk og argumentasjon – med eksempler fra juss*, Fagbokforlaget, Bergen 2004.
- Krog, Thomas: *Hermeneutikk – Om å forstå og fortolke (2. utgave)*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2014
- Lacey, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford 2004
- Legg, Catherine og Hookway, Christopher, *Pragmatism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/pragmatism/> (lest 6. Mai 2019)
- Leiter, Brian: *Objectivity, Morality and Adjudication*, i Leiter, Brian (ed.): *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 2001
- Leiter, Brian: *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 2007
- Lilleholt, Kåre: *Bruk av reelle omsyn i formueretten*, Jussens Venner 2000 s 49 – (JV-2000-49)
- Ludvigsen, Sten, professor i pedagogikk ved UiO, intervju med Rune Kjos i TV2 Nyhetskanalen, publisert på YouTube 5. mai 2015: <https://www.youtube.com/watch?v=VAQukfeLBnI> (sett 4. juni 2019).
- MacInnis, Luke: *The Kantian Core of Law as Integrity*, Jurisprudence Vol. 6(1) 2015, p. 45-76
- March, James G. og Olsen, P. Johan: *Democratic Governance*, The Free Press, New York 1995.
- Marmor, Andrei: *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992
- Marmor, Andrei: *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), pp. 683-704

Marthinussen, Hans Fredrik: *Tredjemannsproblemene – Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2017

Monsen, Erik: *Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten*, Jussens Venner 2012 s. 319-345 - (JV-2012-319)

Moore, Michael S.: *The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for The Worse?* Stanford Law Review, Vol. 41, No. 4 (Apr., 1989), pp. 871-957

Moran, Dermot: *Introduction to Phenomenology*, Routledge, London 2000

Myhre, Reidar: *Innføring i pedagogikk 3: Pedagogisk filosofi*, 2. utgave, Fabritius, Oslo 1980

Nadim, Morten: *Precedents in the 21st Century – The Evolution of Case Law in the Norwegian Supreme Court 1970-2016*, Thesis for the degree of philosophiae doctor (PhD), University of Bergen, 2017

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget, Bergen 2004

Nordanger, Dag Øystein: *Det er grunn til å slå alarm i 'Jakob'-saken*, Aftenposten, 15. desember 2017, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/m6RXzp/Det-er-grunn-til-a-sla-alarm-i-Jakob-saken--Dag-Oystein-Nordanger>

Ofstad, Harald: *Ansvar og handling*, Universitetsforlaget, Oslo 1980

Olivecrona, Karl: *Law as Fact*, 2nd edition, Stevens and Sons, London 1971

Olsen, Henrik Palmer: *Ret som integritet: Ronald Dworkin i Hammerslev/Olsen (red.): Retsfilosofi – centrale tekster og temaer*, Hans Reitzels forlag, København 2011

Paulson, Stanley L. *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1 (2006) pp. 17-40

Peczenik, Aleksander: *On Law and Reason*, Springer, Berlin 2008

Pettersen, Tove: *fortolkning* i *Store norske leksikon*, 20. Februar 2018, hentet fra: <https://snl.no/fortolkning> (lest 2. mai 2019)

Popper, Karl: *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, 1963

Ripstein, Arthur (red.): *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge NY, 2007

Radbruch, Gustav: *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 1-11.

Rasmussen, Tarald: *dogmehistorie* i *Store norske leksikon*, 14. feb. 2009, hentet fra: <https://snl.no/dogmehistorie> (lest 2. mai 2019)

Raz, Joseph: *Principles and the Limits of Law*, The Yale Law Journal, Vol. 81, No. 5 (Apr., 1972), pp. 823-854

- Raz, Joseph: *Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised Edition, Clarendon Press, Oxford 1995
- Raz, Joseph: *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment*, Legal Theory, 1998, Vol.4 (1), pp.1-20
- Raz, Joseph: *The Authority of Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2009
- Rescher, Nicholas: *fallibilism* in Honderich, Ted (ed.) *The Oxford Companion to Philosophy*, Second Edition, Oxford University Press, New York 2005
- Ross, Alf: *Om Ret og Retfærdighed*, Nyt Nordisk forlag, København 1953
- Ross, Sir David: *Aristotle*, Sixth Edition, Routledge, London 1995
- Samuel. Geoffrey: *Epistemology and Method in Law*, Ashgate, Hampshire 2003
- Scalia, Antonin: *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton NJ 1997
- Schein, Edgar H. (With Peter Schein): *Organizational Culture and Leadership*, 5th Edition, Wiley, Hoboken NJ, 2017.
- Schiavello, Aldo: *On "Coherence" and "Law": An Analysis of Different Models*, Ratio Juris, Vol. 14 No. 2 June 2001 (233-43).
- Sejersted, Francis: *Den liberale vending*, Nytt Norsk Tidsskrift, 2009 (03-04), pp. 226-237
- Shapiro, Scott J.: *The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for The Perplexed*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 77, Michigan Law, March 2007.
- Shapiro, Scott J.: *Legality*, Harvard University Press, Cambridge M.A., 2011
- Skirbekk, Sigurd *idealtipe* i *Store Norske Leksikon*, 3. mars 2014, hentet fra: <https://snl.no/idealtipe> (lest 2. mai 2019)
- Skjerve, Kjetil: *Ronald Dworkin – Rett og rettferdighet*, i Pedersen, Jørgen (red.): *Moderne politisk teori*, Pax forlag, Oslo 2010
- Skjerve, Kjetil i Skjerve, Kjetil, Fjørtoft, Kjersti, Lavik, Trygve, Pedersen, Jørgen og Storm Torjussen, Lars Petter: *Exphil for juss*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2015.
- Skjervheim, Hans: *Filosofi og dømmekraft*, Universitetsforlaget, Oslo 1992
- Skjervheim, Hans: *Deltakar og tilskodar og andre essays*, Aschehoug, Oslo 1996
- Slagstad, Rune: *Rettens ironi*, 3. utgave, Pax forlag, Oslo 2015
- Smith, Carsten: *Domstolene og rettsutviklingen*, Lov og Rett 1975 s 292-319 - (LOR-1975-292)

- Smith, Carsten: *Jus og politikk. Samspill og konflikt*, Lov og Rett 1990 s 426-429 – (LOR-1990-426)
- Smits, Jan: *What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research* in: Gestel, Micklitz and Rubin (eds.): *Rethinking Legal Scholarship – A Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, Cambridge 2017
- Stokes, Geoffrey: *Popper and Habermas: Convergent Arguments for a Postmetaphysical Universalism* in Shearmur, Jeremy and Stokes, Geoffrey (ed.): *The Cambridge Companion to Popper*, Cambridge University Press, Cambridge 2016
- Spaak, Torben: *Guidance and Constraint*, Iustus Förlag, Uppsala 2007
- Stavropoulos, Nicos, *Legal Interpretivism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/> (lest 6. Mai 2019)
- Stavropoulos, Nicos: *The Debate That Never Was*, 130 Harv. L. Rev. 2092 (2017)
- Strandbakken, Asbjørn: *Møter dagens juristutdanning morgendagens krav?* Lov og rett vol. 2/2016 s. 112-121 - (LOR-2016-112)
- Sugarman, David og Hart, H.L.A.: *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, Journal of Law and Society, June 2005, Vol.32 (2), pp. 267-293
- Sunde, Jørn Øyrehagen: *Speculum legale – rettspegele*, Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Sæther Mæhle, Synne: *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* Jussens venner 2004 s. 329-342 - (JV-2004-329)
- Sæther Mæhle, Synne: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Gyldendal Akademisk, Bergen 2005
- Sæther Mæhle, Synne, førsteamanuensis ved UiBs juridiske fakultet, intervjuet av Silje Gripsrud, 26. november 2007, Bergen. URL = <http://pahoyden.no/2007/11/i-snakkehjornet-synne-saether-maehle> (lest 5. juni 2019)
- Sæther Mæhle, Synne: *Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2015 s. 125-157 – (TFR-2015-125)
- Sæther Mæhle, Synne og Aarli, Ragna: *Fra lov til rett*, 2. utgave, Gyldendal juridisk, Bergen 2017
- Tande, Knut Martin: *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, Jussens Venner 01/2011 s. 1-36
- Tranøy, Knut Erik og Hellesnes, Jon: *Filosofi i vår tid*, Pax Forlag, Oslo 1968
- Trubek, David M.: *Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism*, Stanford Law Review, 1 January 1984, Vol.36 (1/2), pp. 575-622

- Tuori, Kaarlo: *EC Law: An Independent Legal Order or a Post-Modern Jack-in-the-box?* i Cameron, Iain and Simoni, Alessandro (ed.): *Dealing with Integration – Volume 2*, Iustus Förlag, Uppsala 1998
- Tuori, Kaarlo: *Ratio and Voluntas*, Ashgate, Farnham 2011
- Tvarnø, Christina og Nielsen, Ruth: *Retskilder & Retsteorier* (4. utgave), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014.
- Twining, William i Guest, Stephen (red.): *Positivism Today*, Dartmouth, 1996
- Udehn, Lars: *The Changing Face of Methodological Individualism*, Annual Review of Sociology, Annual, 2002, p.479 (29)
- Van Gestel, Rob, Micklitz, Hans-W., and Rubin, Edward: *Introduction* in: Gestel, Micklitz and Rubin (eds.): *Rethinking Legal Scholarship – A Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, Cambridge 2017
- Wacks, Raymond: *Understanding Jurisprudence*, 4th edition, Oxford University Press, 2015
- Waldron, Jeremy: *The Circumstances of Integrity*, Legal Theory 3 (1997) pp. 1-22
- Waldron, Jeremy: *What is Natural law like?* in Keown, John and George, Robert P. (ed.): *Reason, Morality and Law – The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford 2013
- Wintgens, Luc J.: *Creation and Application of Law from a Legisprudential Perspective – Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator*, i Aarnio, Aulis Alexy, Robert og Bergholtz, Gunnar (ed.): *Justice, Morality and Society: A Tribute to Aleksander Peczenik on the occasion of his 60th birthday 16 November 1997*, Juristförlaget, Lund 1997.
- Øyrehaugen Sunde, Jørn: *Høgsteretts historie 1965-2015*, Fagbokforlaget, Bergen 2015

7.2 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1952 s. 1217 A (Personvern-dommen)

Rt. 1975 s. 220 A (Husmor-dommen)

Rt. 1977 s. 1035 A (Sykejournal-dommen)

Rt. 1979 s. 1079 A (Sinnsykes ankerett-dommen)

Rt. 1999 s. 203 A (Steriliserings-dommen)

Rt. 2012 s. 1211 U (Blogger-kjennelsen)

HR-2017-2015-A («Jakob»-dommen)

HR-2017-2352-A (Prostitusjonsinntekts-dommen)