

KANDIDAT

**XXXXXX**

PRØVE

# JFEXFAC04 1 Examen facultatum, rettsvitenskapelig variant

---

Emnekode	JFEXFAC04
Vurderingsform	Individuell skriftlig prøve
Starttid	05.12.2022 14:00
Sluttid	05.12.2022 18:00
Sensurfrist	03.01.2023 22:59
PDF opprettet	04.01.2023 13:23

---

**Seksjon 1**

---

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
---------	--------	-------------

---

☒	Informasjonsdokument	Informasjon eller ressurser
---	----------------------	-----------------------------

## Seksjon 2

---

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
---------	--------	-------------

---

1	Oppgavebesvarelse del I	Langsvar
---	-------------------------	----------

**kst del II**

**Oppgavete**

---

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
---------	--------	-------------

---

2	Oppgavetekst del II	Langsvar
---	---------------------	----------

# JFEXFAC04 - oppgavetekst

## Del I

### Spørsmål 1.

Ta stilling til hva slags definisjoner man finner i helseforskningsloven § 4.

"§ 4. Definisjoner I denne loven forstås med:

- a. medisinsk og helsefaglig forskning: virksomhet som utføres med vitenskapelig metodikk for å skaffe til veie ny kunnskap om helse og sykdom,
- b. humant biologisk materiale: organer, deler av organer, celler og vev og bestanddeler av slikt materiale fra levende og døde mennesker,
- c. forskningsbiobank: en samling humant biologisk materiale som anvendes i et forskningsprosjekt eller skal anvendes til forskning,
- d. helseopplysninger: personopplysninger om en fysisk persons fysiske eller psykiske helse, medregnet om ytelse av helsetjenester, som gir informasjon om vedkommendes helsetilstand, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 15
- e. forskningsansvarlig: institusjon eller en annen juridisk eller fysisk person som har det overordnede ansvaret for forskningsprosjektet, og som har de nødvendige forutsetningene for å kunne oppfylle den forskningsansvarliges plikter etter denne loven,
- f. prosjektleder: en fysisk person med ansvar for den daglige driften av forskningsprosjektet, og som har de nødvendige forskningskvalifikasjonene og erfaringer for å kunne oppfylle prosjektlederens plikter etter denne loven."

### Spørsmål 2

Hva gjør en legaldefinisjon mer eller mindre vellykket? Gi argumenter for ditt syn, og illustrer drøftelsen med eksempler fra helseforskningsloven § 4 og eventuelt andre eksempler fra gjeldende rett.

## <sup>1</sup> Oppgavebesvarelse del I

Skriv ditt svar her

## DEL I

Definisjonsteori er læren om definisjoner. Begrepet "definisjon" stammer fra det latinske ordet "definire", som innebærer å trekke grenser for, eller å avgrense noe. En definisjon av termen "definisjon", kan sies å være et utsagn som bidrar til å fastlegge språklige uttrykks betydning, eventuelt bidrar til å fastlegge begrepet.

Vi deler definisjoner inn i hovedsaklig to former; *normative* og *deskriptive* definisjoner. De kan også ha ulike aspekter ved seg, som at de er operasjonelle, genetiske, ostensive og overtalesedefinisjoner. I jussen er det imidlertid særlig legaldefinisjoner som er relevant. Vi finner legaldefinisjoner spredt om i lovverket, der helseforskningsloven § 4 bl.a. gir uttrykk for slike definisjoner. Legaldefinisjoner er normative definisjoner, fordi de kun gir uttrykk for hvordan en term skal forstås i en rettslig kontekst. Hvis vi trekker oss et steg tilbake, kan vi si at retten i seg selv uttrykk for noe normativt.

Legaldefinisjoner kan være *presiserende* eller *korrigerende*. En korrigerende legaldefinisjon, innebærer at man tillegger en annen betydning enn det som følger av alminnelig språkbruk. En presiserende legaldefinisjon snevrer imidlertid inn den alminnelig forståelsen av et ord eller uttrykk. I helseforskningsloven § 4 bokstav f), står det at en "prosjektleder" bl.a. må ha "nødvendige forskningskvalifikasjoner". Det er ikke helt klart om dette skal forstås som presiserende eller korrigerende. Jeg heller imidlertid i retning av at dette bærer preg av et mer "korrigerende" aspekt, som følge av at det ikke er innenfor alminnelig språkbruk at prosjektleder må ha noen former for forskningskvalifikasjoner. Det kan imidlertid hevdes at termen "prosjektleder" er såpass omfattende, at det også må inkludere prosjektledere innenfor forskningsfeltet, og at det dermed er presiserende. Denne forståelsen synes jeg imidlertid ikke harmoniserer helt med termen "prosjektleder", som isolert sett ikke gir antydning til et krav om kompetanse innen forskning.

Definisjonsteori angår derfor språkbruken, og som jurister er forholdet mellom normteori og definisjonsteori sentralt. Normer er språklig formulert, og sentralt i både rett og jus står definisjoner av ord og uttrykk. Det er altså en tosidighet av jussen, men det er imidlertid ingen direkte motstrid mellom et normteoretisk perspektiv, og et definisjonsteoretisk perspektiv.

Når en skal besvare spørsmålet om hva som gjør en legaldefinisjon mer eller mindre vellykket, må man se hen til hva som gjør en definisjon i seg selv vellykket, og knytte dette opp i en juridisk sammenheng.

En definisjon består av ordet som skal defineres (definiendum) og den definerende teksten (definiens). Det kan derfor trekkes linjer til Ogdens trekant, som vi kjenner igjen fra språkteorien. I tegnetrekanten skiller vi mellom ord/uttrykk (A)-størrelsen, ting/fenomen (B)størrelsen og begrep (omgrep) (C)-størrelsen. Definiens vil alltid være A-størrelsen, mens definiendum vil alltid være enten A eller C størrelsen, men i de fleste tilfeller knytter definiendum seg til A-størrelsen.

For å vurdere om en definisjon er vellykket, er det ulike kriterier for definiens og definiendum.

La oss først begynne med definien: Definiens har både materielle og formelle krav ved formuleringen. Det materielle kravet er at det må ha et passende innhold: det må ikke være for bredt, eller for snevert.

I bokstav f) står det at en "prosjektleder" er en "fysisk person med ansvar for den daglige driften av forskningsprosjektet, og som har de nødvendige forskningskvalifikasjonene og erfaringer for å kunne oppfylle prosjektlederens plikter etter denne loven." Hypotetisk kunne det tenkes at lovgiver hadde valgt å definere en prosjektleder som "en person som driver forskningsprosjektet". Lovgiver har imidlertid valgt å presisere at i denne loven, er en prosjektleder må ha tilstrekkelig kompetanse og kvalifikasjoner. Poenget mitt her er at definisjonen gir uttrykk for lovgivers ønske, og ved å at innholdet er tilstrekkelig presist, vil det være lettere og mer forutsigbart å forholde seg til det materielle innholdet definisjonen sikter seg til.

De formelle kravene for definien er kravet til operasjonalitet, presisbarhet, ikke-sirkularitet. I tillegg kan momentbegrepet være et utfordring. Momentbegreper er de begreper der man har en klar ide om hva noe er, men man har vanskelig for å gi uttrykk for det konkrete innholdet. Et klassisk eksempel på dette er termen "spill".

*Operasjonalitet* innebærer at det må være mulig å avgjøre hva som faller innenfor og utenfor definisjonen, og er et krav som knytter seg til definien. I helseforskningsloven § 4 første ledd bokstav d), er en "helseopplysning" definert som en "personopplysninger om en fysisk persons fysiske eller psykiske helse, medregnet om ytelse av helsetjenester, som gir informasjon om vedkommendes helsetilstand...". Det er med dette klart at både fysisk og psykisk helse faller inn under termen "helseopplysning". Denne definisjonen er for øvrig en intensjonal nominaldefinisjon, ettersom termen viser til "C"-størrelsen i tegnetrekanten. I dette konkrete eksemplet er det mulig å vite hva som faller innenfor definisjon, nemlig både fysisk og psykisk helse.

Et annet krav til definien er kravet om presisbarhet, noe som innebærer at definisjonen må være egnet til å presist gi uttrykk for det som defineres, dvs. at det ikke kan vært vagt eller flertydig. En legaldefinisjon som ikke er tilstrekkelig presis, vil ikke kunne anses å være vellykket, i den forstand at definisjonen ikke bidrar til å klart fastlegge meningsinnholdet for mottakeren.

Hvis vi se hen til bokstav f), gir det uttrykk for et viktig poeng. Termen "prosjektleder", kunne vært definert gjennom ved en såkalt "sirkeldefinisjon". En vellykket legaldefinisjon, vil være preget av "ikke-sirkularitet". Tenk deg at termen "prosjektleder" var definert slik: "En prosjektleder er en leder av et prosjekt". Denne definisjonen er ikke til særlig hjelp, ettersom termen blir brukt som et ledd for å forklare begrepet. I helseforskningsloven § 4 er ingen av definisjonene "sirkeldefinisjoner", og bidrar dermed til å fastlegge meningsinnholdet. Vi ser her at lovgiver aktivt har valgt å presisere en "prosjektleder" i ulike ledd: 1. være en fysisk person 2. som har ansvar for den daglige driften 3. som har nødvendige forskningskvalifikasjoner 4. som har erfaring for å kunne oppfylle prosjektlederens plikter etter loven.

Denne oppdelingen viser hvordan en simpel definisjon inneholder en rekke elementer som

sammen utgjør termen "prosjektleder". Denne oppbygningen og den fundamentale strukturen, mener jeg bidrar til å gjøre definisjonen vellykket. Det er faktisk mulig å fastslå hva som ligger i definisjonen. Et moment som imidlertid kan trekkes frem, og problematiseres, er at ulike deler av definisjonen er "vage". Hva innebærer ansvar for den "daglige driften". Hvilke konkrete handlinger utgjør dette? Et slikt tilfelle legger opp til en konkret avveining, og kan anses som en avveiningsnorm. Eng problematiserer dette, og viser til at alle begreper gir anvisning til en konkret avveining. Mitt syn er nok sammenfallene med Eng sitt syn, men åpenbart vil noen begreper bære et større preg av konkrete avveiningen. I slike situasjoner må vi falle tilbake på retningslinjer for å finne ut av hva som ligger i "den daglige driften". Kan man fremme et argument for at definisjonen ikke er tilstrekkelig presis, og at avveiningen gjør at definisjonen ikke er "vellykket"? Svaret mitt på dette, er at noen ord og uttrykk er mer vage og mer upresise enn andre. Det ville nok vært umulig, og lite hensiktsmessig, å oppstille en uttømmende liste over alle oppgavene som faller inn under den "daglige driften".

Når det gjelder definiendum, er målet å finne et passende navn til et uttrykk eller et begrep. Her er det særlig to ting som avgjør om en definisjon er vellykket eller ikke. Det første er forholdet til alminnelig språkbruk. Som nevnt innledningsvis er alle legaldefinisjoner normative definisjoner. De sier noe om hvordan en term skal defineres i akkurat denne loven, i motsetning til en deskriptiv definisjon, som knyttet seg til den alminnelige utviklingen av definisjonen. Det kan dermed skape forvirring av måten man forstår et uttrykk på.

Navngivning kan dermed komme i konflikt med alminnelig språkbruk. For å gi et konkret eksempel, kan vi se hen til forbrukerkjøpsloven, som gir en forbruker rett til å reklamere på en vare når visse vilkår er oppfylt. Kjøperen har en såkalt "reklamasjonsplikt". Alminnelig språkbruk tilsier at kjøperen har en plikt til å reklamere på varen, noe som ikke er korrekt. Kjøperen har en rett til å klage - ingen "plikt" som sådan.

I tillegg er det viktig å være varsom med hensyn til assosiasjonene et ord kan knyttes til. I kjøpsloven § 72 står det "selgerens plikt til omsorg". Ordet "omsorg" konnoterer i dagligtalen til en kjærlig, psykologisk oppfølging. I lovens forstand er det imidlertid kun siktet til besittelse av tingen. Dette kan være en intensjonal avgjørelse fra lovgiver, men poenget er at man må være varsom og bevisst over hvilke assosiasjoner et ord gir, og hvordan det skal forstås i forhold til alminnelig språkbruk.

Kanskje lovgiver har valgt å bruke termen "plikt", fremfor "rett", nettopp for å vise til en forsterket rettighet hos forbrukeren, slik at når en alminnelig person leser forbrukerkjøpsloven, for hen følelsen av at vedkommende er i en sterk rettsposisjon. Dette forståelsen kan underbygges ved å vise til straffeloven § 378, der staten bruker termen "sviker", for å illustrere at den som skattemessig har svindlet staten for penger. "Sviker" gir assosiasjoner til noen som har dolket en annen i ryggen, ofte en venn eller en som har fortrolighet deg. Dette er et bevisst valg fra lovgiver, ettersom skatt i stor grad er et tillitsbasert system.

I bokstav b) er "humant biologisk materiale" definert som "organer, deler av organer, celler og vev og bestanddeler av slikt materiale fra leverende og døde mennesker". Dette er en ekstensjonal nominaldefinisjon, ettersom den viser til B-størrelsen som er en virkelighetsreferanse. Termen "organer", "celler" m.v., er denotasjonsangivelser av "humant biologisk materiale", mens termen "humant biologisk materiale" er en konnotasjonsangivelse som lager et slags rammeverk der spesifikt, biologisk materiale faller inn under. Dette bidrar til å lage et system, og det er nettopp dette systemet som er fremstår som et helt sentralt element når man skal vurdere hva som gjør en legaldefinisjon mer eller mindre vellykket.

Når vi nå trekker oss et steg tilbake, og stiller oss selv spørsmålet: Hva er det egentlig en definisjon har som mål å oppnå? Hvorfor har vi definisjoner i jussen egentlig? Enkelt sagt, er det to hovedfunksjoner en definisjon har, henholdsvis struktureringsfunksjonen og navngivningsfunksjonen.



Struktureringsfunksjonen går ut på at definisjoner skal skille begreper fra hverandre og systematisere dem for å sammenligne dem med andre størrelser. Det handler om å skille ut et passende meningsinnhold til uttrykket som skal defineres. Struktureringsfunksjonen knytter seg dermed til formuleringen av selve definisjonen (definiens). Denne funksjonen kan forstås på to distinkte planer: et horisontalt nivå og et vertikalt nivå. Det horisontale nivået knytter seg til å skille mellom begreper ved å plassere dem i kategorier og undergrupper. I helseforskningsloven § 4 bokstav b), ser vi at begrepene "organ", "celler" m.v., inngår som en del av en større term, nemlig "humant biologisk materiale". Vi ser at denne definisjonen kommer til uttrykk i bokstav c), der det står at en samling av slikt humant biologisk materiale som anvendes i et forskningsprosjekt eller skal anvendes til forskning, defineres som en "forskningsbiobank".

Dette illustrerer et viktig poeng. En definisjon kan både ha et aspekt av å være en konnotasjonsangivelse, og en denotasjonsangivelse. Definisjonen "humant biologisk materiale", er vellykket i den forstand at den knyttet denotasjonsangivelsene "celler", "organer" m.v., sammen til en felles term. Dette er systematiseringen på et horisontalt nivå. Deretter knytter denne definisjonen seg til en annen term, nemlig forskningsbiobank. Forståelsen av definisjoner på denne nivået gjør det mer forutberegnelig for en rettsanvender å vite nøyaktig hva som menes med en "forskningsbiobank". Vedkommende kan jo se hen til bokstav b). Denne forutbegrentligheten kan selvfølgelig knyttes opp, og er, en av verdiene i den ideelle rettsstaten. Det er mulig for en jurist, eller en vanlig person om det måtte være, å bla opp i helseforskningsloven § 4, og forstå at i en forskningsbiobank, kan det være bl.a. organer, og celler. Dette mener jeg gjør at legaldefinisjonen, slik den er utformet i helseforskningsloven § 4, er vellykket til en mer eller mindre grad.

Det vertikale nivået kan videre illustreres ved å se hen til forskjellen på bokstav e og f. Termene gir uttrykk for en "forskningsansvarlig" i bokstav e), og en "prosjektleder" i bokstav f). Denne vertikale inndelingen gjør det mulig å differensiere mellom to distinkte roller forskningsansvarlig og prosjektleder. Denne systematiseringen og inndelingen gjør at legaldefinisjoner kan fungere svært effektivt for effektivisere språket på. Det er imidlertid forutsatt, og det må anses å være en betingelse, at legaldefinisjonen er utformet i tråd med kravene som jeg tidligere har drøftet knyttet til henholdsvis definiens og definiendum.

Den andre sentrale funksjonen til en legaldefinisjon (og alle andre definisjoner), er navngivningsfunksjonen. Når et meningsinnhold får et passende navn, vil det være enklere å bruke. Det er lettere for meg å si termen "helseopplysninger", enn å si "personopplysninger om en fysisk persons fysiske eller psykiske helse, medregnet om ytelse av helsetjenester, som gir informasjon om vedkommendes helsetilstand". Denne funksjonen knyttet seg til formuleringen av definiendum. En legaldefinisjon vil etter dette være vellykket i den forstand at den møter kravene for formulering for henholdsvis definiens og definiendum.

Ord: 2140

## **2 Oppgavetekst del II**

### **Del II**

Drøft hva rettsstatens verdigrunnlag er, og hvordan man kan vise til dette som et ledd i en kritikk av gjeldende rett.

**Skriv ditt svar her**

## Del II

Opp gjennom historien har ideen om rettsstaten blitt diskutert, og drømmen om rettferdighet har i tidligere tider kun vært det: en drøm. Rettsstaten kan derfor sammenlignes med flymaskinen. Helt fra tidens morgen har mennesket drømt om å fly. De gamle grekerne skrev om Ikraos, som lagde vinger ut av voks for å fly ut av labyrinten han var fanget i. I dag er flydrømmen en realitet, etter Wright-brødrene fikk mennesket opp av bakken og i lufta. Det samme kan sies om rettsstatsideen, som opp gjennom historien har gått fra å være en drøm, til å faktisk kunne bli en realitet.

Rettsstatsideen kommer til uttrykk i Grunnloven § 2, der det heter at: "Verdigrunnlaget forblir vår kristne og humanistiske arv. Denne Grunnlov skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene". Denne paragrafen, men særlig siste punktum, reflekterer rettsstatsideen. Rettsstaten bygger på prinsippene om at staten skal være bundet til rettsregler, maktfordelingsprinsippet, folkesuverenitetsprinsippet og grunnleggende menneskerettigheter, som er utledet på bakgrunn rettsstatens verdigrunnlag.

Den moderne rettsstaten har sitt utspring i teoriene til kontraktsteoretikere, som Hobbes, Locke, og Rousseau. Ideen er at mennesket er i en naturtilstand, og for å forhindre at den sterkeste mannen vinner, lager vi en pakt med staten om å gi bort noe av vår frihet, mot sikkerhet og beskyttelse. Verdier og prinsippene som rettsstaten er bygger på, har direkte forbindelseslinjer til opplysningstidens filosofer, der Rousseau sitt verk, "Om samfunnskontrakten", er av særlig betydning.

Det er særlig fire grunnleggende verdier som en kan trekke frem som rettsstatens verdigrunnlag: (1) frihet og selvbestemmelsesrett, (2) likhet, (3) menneskeverd og (4) rettssikkerhet. Alle disse verdiene vil bli drøftet individuelt i det følgende, før jeg tar stilling til hvordan disse verdiene kan brukes som et ledd for å kritisere gjeldende rett.

Frihet og selvbestemmelsesrett er den første av verdiene som rettsstaten bygger på. Det kan være tale om rettslige friheter som bevegelsesfrihet, forsamlingsfrihet, ytringsfrihet m.v., men det kan også være snakk om forholdet mellom stat og borger. Dette forholdet eksemplifiseres i Grunnloven § 94, som gir uttrykk for at ingen må fengsles vilkårlig. Det komme også til uttrykk i Grunnlovens § 113 - *legalitetsprinsippet* - som gir uttrykk for at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gjøre inngrep overfor den enkelte borger.

Frihet knytter seg på mange måter til enkeltmenneskets integritet. Integritet og selvbestemmelse er tett knyttet opp mot hverandre. Selvbestemmelsesretten kommer også til uttrykk i internasjonale konvensjoner, som gir "folk" en rett til selvbestemmelse, jf. bl.a. SP art. 1 og ØSK art. 1. Den individuelle selvbestemmelsesretten kan sies å komme til uttrykk flere steder i privatretten. Et eksempel er den autonome kompetansen til å inngrep i et kontraktforhold med en annen person.



Likhet er den andre kjerneverdiene som rettsstaten bygger på. Alle skal være like for loven, og alle innbyggere skal behandles likt. Ideen om likhet er særlig interessant, fordi det kan fremmes et argument for at likhetsprinsippet er det tankemessige grunnlaget for rettsstaten. Prinsippet om likhet knytter seg til tanken om at mennesker har en iboende, ukrenkelig verdi, og at vi av den grunn bør behandles likt. Det er basert på rettferdighetsbetraktninger, som gjennom historien kan sies å ha blitt realisert til en større og større grad. Denne verdien kommer for øvrig også eksplisitt til uttrykk i Grunnloven, der det i § 98 heter at "Alle er like for loven".

Det tredje verdien i rettstaten, er menneskeverdet. Menneskeverd er et uttrykk for at ethvert menneske har en unik, iboende og ukrenkelig verdi. Dette harmoniserer for øvrig med Kant sin moralfilosofi, som i stor grad er basert på denne fundamentale ideen.

I Grunnloven kommer menneskeverdet til uttrykk i for eksempel § 93, som sier at "ethvert menneske har rett til liv". Hele menneskerettighetskapitlet i Grunnloven (kapittel E), er på sett og vis en refleksjon og kodifisering av denne verdien. I en internasjonal kontekst er særlig FNs menneskerettighetserklæring av 1948 av stor betydning for å realisere denne menneskerettigheten. I tidligere tider var ikke væpnet angrepskrig ulovlig, og mennesket ble i stor grad brukt som et middel for å realisere et mål. Menneskerettighetserklæringen kan på mange måter sees på som en "silver-lining" av annen verdenskrig. Det ble et større fokus på menneskerettigheter, og menneskeverd som en verdi.

I kjølvannet av erklæringen, har det utviklet seg et betydelig rammeverk som gir uttrykk for menneskeverdet. Dette inkluderer bl.a. EMK (Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen), SP (konvensjonen om sivile og politiske rettigheter) og ØSK (konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter). I norsk lov har disse menneskerettighetskonvensjonene blitt inkorporert med forrang for annen lovgiving i menneskerettsloven, jf. § 2, som eksemplifiserer fokuset på menneskeverdet i norsk lovgiving.

Den siste verdien rettsstaten bygger på, er rettssikkerhet som en rettsstatlig verdi. Den analytiske definisjonen av rettssikkerhet, er at de rettigheter man har gjennom retten, er sikret. Rettssikkerhet kan deles inn i to sider: *materielle rettssikkerhet* og *prosessuell rettssikkerhet*. Den materielle deler knytter seg til de innholdsmessige kvalitetene, som likhet for loven. Dette kommer bl.a. til uttrykk i Grunnloven § 98 som sier at alle er like for loven. Prosessuell rettssikkerhet knytter seg til den rettslige beslutningsprosessen. Rettssikkerhet kan med dette knytte seg til et individuelt nivå, men det kan også forstås i lys av samfunnet i sin helhet. Som en verdi skal rettssikkerhet verne individet, både med hensyn til forutberegnelighet, men også for å hindre vilkårlig maktbruk fra statsmaktene.

Samtlige av de ovennevnte verdiene kan benyttes som et ledd for å kritisere gjeldene rett. Først og fremst er det viktig å presisere at verdigrunnlaget er dynamisk, og er i konstant utvikling. Det er også slik at de rettsstatlige verdiene kan diskuteres: Hva er de sentrale verdiene? Hva dreier de seg om? Og hvordan skal de realiseres? Dette er spørsmål som ikke har et entydig svar, og som dermed kan brukes som et ledd for å kritisere gjeldene rett.

Kritikk handler om å utfordre allment aksepterte oppfatninger i en offentlighet. Det er vanlig å dele kritikk inn i to hovedkategorier: *intern* og *ekstern* kritikk. Intern kritikk forstår jeg som kritikk som utfordrer oppfatninger om rett ved å anvende metoder innenfor rammene av rettssystemet. Ekstern kritikk er på en annen side kritikk om rett som ikke utelukkende baserer seg på argumenter fra rettsskildelæren. Slik jeg forstår oppgaven, skal man bruke verdigrunnlaget for å kritisere gjeldene rett. Kritikken blir dermed ekstern, som følge av at vi bruker verdigrunnlaget til å utfordre hvordan gjeldene rett er. Denne forståelsen underbygger jeg ytterligere ved å vise til at verdier kan måles graduet, og et abstrakt konsept. Det kan med dette fremmes kritikk knyttet til hvilken grad verdien er realisert etter gjeldene rett. I det følgende skal jeg forsøke å systematisk illustrere hvordan de fire verdiene kan brukes om et ledd for å kritisere gjeldene rett.



Ekstern kritikk kan deles inn i fem hovedkategorier: formal kritikk, empirisk kritikk, normativ

kritikk og metafysisk kritikk. Disse hovedkategoriene blir videre inndelt i en rekke underkategorier. Normativ kritikk kan for eksempel deles inn i tre undergrupper fornuftens kritikk, følelsens kritikk og den offentlige fornuftens kritikk.

Normativ kritikk er en betegnelse på argumenter som baserer seg på normative standarder. Det kan fremmes normativ kritikk når det er et misforhold mellom normative standarder og rettsregler. En verdi kan følgelig betegnes som en normativ standard, og normativ kritikk knytter seg dermed til om gjeldene rett reflekterer rettsstatens verdigrunnlag.

Fornuftens kritikk er en betegnelse på argumenter som bygger på fornuftsbaserte normative standarder. Fornuften er evnen til rasjonell tenkning som grunnlag for å anerkjenne visse normer og autoriteter. Sentralt innenfor fornuftsbasert kritikk, finner vi Immanuel Kant og hans venner.

Etter mitt skjønn, ville en kantianer kunne kritisert gjeldene rett for å innskrenke menneskets frihet for mye. Kant er å omtale som en liberalisert, og hele hans moralfilosofi er basert på premisene om at mennesket er født fritt og fornuftig. Kant ønsket minst mulig innblanding fra offentlig myndigheter, og hans rettsprinsipp er illustrerende på dette punktet. Kants rettsprinsipp lyder som følger: "Den enkelte skal være fri fra andres valg og tvang i den utstrekning en tilsvarende frihet fra valg og tvang kan gjøres til en allmenn lov", dvs. at retten ikke skal gripe inn i friheten til enkeltmennesket mer enn nødvendig for å bevare andres frihet.

En kantianer vil dermed kunne bruke frihet og selvbestemmelse for å fremme et normativt argument om at den nåværende norske rettsstaten innskrenker den enkeltes frihet mer enn nødvendig. En kantianer ville kunne kombinert denne kritikken med komparativ kritikk, ved å sammenligne andre nasjoners rettssystemer for å illustrere at retten til individuell frihet står sterkere i andre stater. Dette kan illustreres ved å peke hen til retten til å ytre seg, som i større grad er innskrenket i Norge, sammenlignet med USA. Vi kan med dette se at frihet som en verdi kan brukes som et ledd for å kritisere gjeldende rett fra et kantiansk perspektiv.

Det kan videre fremmes følelsesbasert kritikk knyttet til verdien om likhet. Følelsesbasert kritikk er en betegnelse på argumenter som baserer seg på normative standarder. David Hume, Francis Hutcheson og Adam Smith skrev alle tekster om følelsesbasert moralfilosofi. Denne formen for kritikk kan for øvrig også utgjøre en form for intern kritikk, i form av "den alminnelige rettsfølelse". Denne typen kritikk må fremmes av en person som tilstrekkelig har levd seg inn i situasjonen. Når det gjelder likhet, kan det problematiseres om alle egentlig er like for loven. Det er sant at alle i prinsippet er like for loven, men hva med i praksis? Det er kjent at å hyre en advokat ikke er billig, men hvis du er rik, har du ingen problem med å kjøpe inn den beste advokaten for å fremme ditt krav. Er alle egentlig like for loven i et så tilfelle? Hva med bøter. En rik person kan parke ulovlig, fordi boten er ubetydelig proporsjonalt til hans formue. Noen bøter er basert på månedlig inntekt, men noen er faste beløpet. I slike tilfeller vil de fattige i samfunnet vårt bli uforholdsmessig belastet. Er det virkelig da slik at alle er like i vår rettsstat? En stakkarslig alenemor som ikke får spart mer enn noen kroner, har neppe ressursene til å fremme en stor sak mot et selskap som har gjort henne urett. Her ser vi at følelsesbasert kritikk, og fornuftbasert kritikk flyter litt om hverandre, men at begge kan brukes til å fremme et argument der verdien om likhet knytter seg opp mot de lege lata.

Vi kan også knytte bruke likhet som et ledd ved feministisk transformativ ideologi, som er en form for sammensatt kritikk. Sammensatt kritikk er kritikk sammensatt av flere ulike kombinasjoner av formale, normative og empiriske elementer. En ideologi er et sett med ideer som binder grupper sammen, og som er styrende. En person med et slikt ideologisk standpunkt, ville kunne argumentert for at menn og kvinner slettes ikke er like for loven. Det er nemlig en patriarkalsk struktur som systematisk undertrykker kvinner.

Menneskeverd som en verdi kan også brukes som et ledd i kritikk av gjeldene rett. Et praktisk eksempel vil være å ta utgangspunkt i kritikk fra et utilitaristisk ståsted. En utilitarist, som John Stuart Mill eller Jeremy Bentham, ville nok argumentert for at absolutte rettigheter, slik vi har i

dag, ikke er holdbare. For å gjøre det pragmatisk, la oss ta utgangspunkt i Bentham sin kvantitative tilnærming til utilitarismen. En streng handlingsutilitarist ville argumentert for at et absolutt forbud mot tortur ikke er holdbart. Holdbarhetskriteriet i utilitarismen er lykkemaksimeringsprinsippet, noe som innebærer at en handling er moralsk holdbar dersom den fører til mest mulig lyst for flest mulig (lystkalkylen). Hvis det hadde vært mulig å redde 1000 mennesker, men for å redde menneske måtte man torturere en terrorist, ville en handlingsutilitarist hevdet at det vil være moralsk holdbart å torturere vedkommende. Kritikken knytter seg dermed til reglens absolutte karakter. Dette er selvfølgelig noe Kant ville argumentert sterkt i mot, ettersom han var en mann som hevdet at mennesket aldri måtte bli brukt som et middel for å nå et mål.

Avslutningsvis kan rettssikkerhet også brukes som et ledd for å kritisere gjeldene rett. Rettssikkerhet kommer bl.a. til uttrykk gjennom forutberegnelighet, som et av de grunnleggende hensynene i retten. Det skal være mulig å innrette seg i nåtid i tråd med rettslige utsikter for fremtiden. Et poeng som kan problematiseres her, er såkalte "lakuner", eller et rettsomt rom. "Lakuner" oppstår når det ikke finnes tilstrekkelig med rettskilder til å fastsette gjeldene rett. I et så tilfelle, vil dommeren måtte falle tilbake på mer generelle betraktninger og hensyn. Det vil med dette ofte være de "ikke-regelspesifikke" retningslinjene som dommeren må falle tilbake på, altså rettssikkerhetsprinsipper, rettferdighet- og godhetsprinsipper og rettskildeprinsipper. I slike situasjoner er det større rom for vilkårlighet, og mindre forutberegnelighet. Rettssikkerhet kan dermed brukes som et ledd for å kritisere manglende rettslige rammer i slike tilfeller.

Ord: 2113