

**UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET**

**JUS4123
Rettsfilosofi, perspektivfag**

***Rettspositivismedebatt*
Svein Eng**

KOMPENDIUM

Detaljert innholdsfortegnelse

A	INNLEDNING	1
1.	«Grunntesen i rettspositivisme»; «separasjonstesen»	3
2.	Hva er rettspositivisme et svar på? Enkelte inndelinger i problemfeltet «rettspositivisme»	5
2.1.	«Rettens natur [the nature of law]». En debatt på leting etter en problemstilling	5
2.2.	Rettspositivisme etter deres normative emne	6
2.2.1.	Rettspositivisme i forhold til spørsmål om rettskildelærens utforming	6
2.2.2.	Rettspositivisme i forhold til spørsmål om hvordan jurister bør opptre ved motstrid mellom rett og moral	7
2.2.3.	Rettspositivisme i forhold til spørsmål om klassifikasjon og klarhet	10
	(1) Klassifikatorisk rettspositivisme	10
	(2) En gjennomgående kilde til ubestemthet i rettspositivisme: Definisjonsspørsmål eller karakteristikkspørsmål?	11
2.3.	Rettspositivisme etter arten av «det positive»	12
2.3.1.	Rettspositivisme basert på normfastsettelse («lovpositivisme»)	12
2.3.2.	Rettspositivisme basert på vilje («viljespositivisme»)	13
2.3.3.	Rettspositivisme basert på vaner og sedvaner («praksispositivisme»)	14
2.3.4.	Psykologisk rettspositivisme	15
2.3.5.	Rettspositivisme basert på sosiale fakta	15
2.3.6.	Tilbakeblikk	17
	(1) Fellesskap i den negative avgrensning mot moral vs forskjeller i positiv bestemmelse av «det positive»	17
	(2) Forskjellige synsvinkler på samme gjenstand	17
	(3) Kombinasjon i én og samme teori	18
	(4) Ubestemthet i de begrepsmessige grenser	18
	(5) Sammenfatning	20
2.4.	Rettspositivisme etter deres forhold til naturrett	20
2.4.1.	Rettspositivisme sett som motsetning til naturrett	20
2.4.2.	Rettspositivisme sett som forenlig med naturrett	21
2.4.3.	Rettspositivisme og skandinavisk rettsrealisme	22
2.4.4.	Rettspositivisme og filosofisk positivisme	22
3.	Temaet for drøftelsen i det følgende	24
	Sluttnoter til avsnitt A	26

B	RETTSPOSITIVISMEDEBATT ILLUSTRERT VED DISKUSJONEN MELLOM DWORKIN, PÅ DEN ENE SIDE, OG HART OG HANS ETTERFØLGERE, PÅ DEN ANNEN	29
1.	Innledning	31
1.1.	To argumentasjonslinjer i Dworkins kritikk av rettspositivisme.....	31
1.2.	Et gjennomgående trekk i Dworkins kritikk i et teore- tisk perspektiv: «anti-konvensjonalisme»	32
1.3.	Et gjennomgående trekk i Dworkins kritikk i et tekst- perspektiv: Fokuset på Hart, <i>The Concept of Law</i> , og dens ide om grunn-norm.....	33
1.4.	En gjennomgående spørsmålsintuisjon i Dworkins kritikk: Hvordan kan jurister være uenige om kriteriene for gjeldende rett?.....	35
1.5.	En systematisk tvetydighet i diskusjonene mellom Dworkin og rettspositivister: Definisjon eller karakteristikk?	37
1.6.	Har diskusjonen mellom Dworkin og rettspositivister noen betydning?.....	38
1.6.1.	Spørsmålsstilling.....	38
1.6.2.	Alternativer for å gi betydning til rettspositivismediskusjoner	39
	(1) Dworkins alternativ.....	39
	(2) Raz's alternativ	39
	(3) Rettspositivisme og tanken om en spesifikt prak- tisk fornuft sett som to gjensidig utelukkende og til sammen uttømmende alternativer	40
1.6.3.	Grunnleggende ubestemthet i de enkelte bidrag	42
1.7.	Dworkin som rettsteoretiker	43
1.8.	Virkelighet og erkjennelse.....	44
2.	Dworkins første runde med kritikk av rettspositivisme: Argumentasjon fra prinsipper	45
2.1.	Oversikt over den følgende analyse av Dworkins argumentasjon fra prinsipper.....	45
2.1.1.	To prinsippbegreper i Dworkins argumenta- sjon fra prinsipper	45
2.1.2.	To problemstillinger og tilhørende teser i Dworkins argumentasjon fra prinsipper: «anti-konvensjo- nalisme» og «ett og bare ett riktig svar»	45
2.1.3.	En sammenheng mellom Dworkins prinsippbegre- per, på den ene side, og hans problemstillinger og teser, på den annen side.....	46

2.2. Prinsipper og regler	47
2.2.1. Dworkins skille mellom «prinsipper [principles]» og «regler [rules]»	47
2.2.2. Problemstilling: Inngår prinsipper uten sosial og psykologisk «stamtavle» med nødvendighet som en del av retten? Dworkins tese.....	48
2.2.3. Dworkins argumentasjon fra hans skille mellom prinsipper og regler	50
(1) Argument: Mengden av prinsipper kan være uoverskuelig.....	50
(2) Argument: Prinsippers tilblivelse gjennom praksis over lang tid	51
(3) Argument: Praksis over lang tid som uttrykk for moralsk aksept	52
(4) Argument: Prinsipper som etter sitt innhold regulerer relevansspørsmålet.....	52
(5) Argument: Prinsipper som etter sitt innhold regulerer vekstspørsmålet	53
(6) Argument: Er moralprinsipper nødvendige for å kunne nå fram til et standpunkt til rettsspørsmål?	54
2.3. Prinsipper og politiske målsettinger	56
2.3.1. Dworkins skille mellom prinsipper og «politiske målsettinger [policies]»	56
2.3.2. Dworkins tese om ett og bare ett riktig svar på ethvert rettsspørsmål; rettigheter.....	57
2.3.3. Dworkins tese om at juristers argumentasjon de lege lata bygger på prinsipper i hans forstand	60
2.3.4. Dworkins tese om at juristers argumentasjon de lege lata bør bygge på prinsipper i hans forstand.....	60
(1) Tesen og Dworkins begrunnelse	60
(2) Tesens rekkevidde i forhold til rettspositivisme	62
(3) Sammenfatning	64
2.4. Rettspositivistenes to hovedsvar til Dworkins argumentasjon fra prinsipper	65
2.5. Dworkins argumenter fra prinsipper ligger i et annet plan og vedrører andre spørsmål enn hva som er nødvendig for å tilbakevise rettspositivismens mulighet	67

3. Svaret fra eksklusiv rettspositivisme: Hvert enkelt rettslig bindende element går tilbake til sosiale og psykologiske fakta. Raz.....	70
3.1. Grunntesen i eksklusiv rettspositivisme	70
3.2. «Eksklusiv»	70
3.2.1 Utsagn «i normer», «i moral» vs. utsagn «om normer», «om moral».....	70
3.2.2. Identitet vs. henvisning.....	72
3.3 Hva er statusen til de utsagn og den teori som hevdes i eksklusiv rettspositivisme?	74
3.3.1. Teorier om rettens eksistensmåte og vår erkjennelse av retten vs. rettskildelærer	74
3.3.2. Hvilken nødvendighet tilkommer grunntesen?	75
3.4. Begrunnelser: Raz's argument for eksklusiv rettspositivisme.....	76
3.4.1. Innledning	76
3.4.2. Raz's argument fra rettens funksjon, over rettens autoritet og autoritetens «natur», til eksklusiv rettspositivisme	77
3.4.3. Et kritisk ledd i Raz's argument: autoritetens avskjæringsfunksjon.....	78
3.4.4. Avskjæringstesens sammenheng med saklighetstesens.....	80
3.4.5. Et andre kritisk ledd i Raz's argument: Retten hevder autoritet og må derfor ha de egenskaper som er nødvendige for overhodet å kunne ha autoritet.....	82
3.4.6. Avgrensning mot spørsmålet om autoritetens begrunnbarhet.....	84
3.4.7. Begrunnelsesproblemer.....	85
(1) Innledning	85
(2) Avskjæringsfunksjonen er ikke spesifikk for autoritet	86
(3) Avskjæringsfunksjonen er ikke absolutt	87
(4) Hva slags grense er det Raz's trekker mellom rett og moral, og er den viktig?	88
(5) Hva slags begrunnelsesmetode er det Raz anvender, og er den vilkårlig?	88
4. Svaret fra inklusiv rettspositivisme: Grunn-normen går tilbake til sosiale og psykologiske fakta. Coleman, Hart.....	90

5. Dworkins andre runde med kritikk av rettspositivisme:	
Argumentasjon fra rettssystemets formål	93
5.1. Dworkins argumentasjonslinje	93
5.1.1. Metodeplanet.....	93
5.1.2. Et gjennomgående tolkingssynspunkt.....	93
(1) Dworkins modell for tolking.....	93
(2) «Rett som integritet [integrity]».....	97
(a) Utgangspunkter.....	97
(b) Dworkins analogi mellom «person med integritet» og «rett som integritet».....	98
(c) Retten snakker og bør snakke «med én stemme [voice]».....	99
(d) Hvilken sammenheng består mellom «rett som integritet» og moral?.....	99
(e) Utvidelse av analogien mellom person og rett: Gjeldende rett som stemmen til et «felleskap på basis av prinsipper [a community of principle]»	101
(f) Gjeldende rett som «likebehandling [equality]».....	102
(g) Dworkins perspektiv på uenighet om gjeldende rett: Rettens forbindelse med moralen gjennom begrunnelse for valg av metodeprinsipper	103
(3) Dworkin og Raz: et overblikksbilde	105
(4) Dworkins ubestemtheter	107
(a) Innledning	107
(b) «Felleskap» – metafor vs. bestemt påstand	107
(c) «Integritet» – tildekkende vs. klargjørende analogi	108
(d) Det innbyrdes forhold mellom Dworkins nøkkeltermer	109
(e) Parafraaser	110
(f) Konklusjon.....	111
(5) «Rett som integritet» og moral.....	111
(a) Et overblikksbilde.....	111
(b) Begrunnelsesproblemer	112
(i) Manglende refleksjon over normativitetens virkelighetsunderlag	113
(ii) Postulering.....	116
(6) De videre drøftelser.....	116

5.1.3. FORDYPNING: Nærmere om sammenhengskomponentene («fit», «integrity»), vurderingskomponentene («point», «purpose») og forholdet mellom dem.....	117
(1) Gjelder det en rang- eller vektorden mellom tolkingsmodellens elementer?.....	117
(2) Grensen mellom dimensjonen for «fit» og dimensjonen for den avsluttende og overordnede vurdering	119
(3) Grensen mellom dimensjonen for «fit» og dimensjonen for løpende vurderinger	120
(4) Grensen mellom dimensjonen for «fit» og dimensjonen for formålsvurderingen	121
(5) Dimensjonen for «fit» er selv en vurderingsdimensjon.....	121
(6) Én og bare én grunnleggende verdi eller en flerhet av grunnleggende verdier?.....	122
5.1.4. FORDYPNING: Det begrunnelsesmessige forholdet mellom Dworkins rettsfilosofi og hans politiske filosofi	124
(1) Problemstilling	124
(2) Argument for at Dworkins politiske filosofi ikke underbygger hans rettsfilosofiske hovedtese.....	125
(a) Forskjellige spørsmål.....	125
(b) Imøtegåelse av innvending bygget på at Dworkin drøfter politisk filosofi i sine arbeider i rettsfilosofi: Sentrale eksempler på manglende begrunnelsessammenheng	127
(c) Imøtegåelse av innvending bygget på koherensideen: Dworkins ubestemte bruk av ideen og dens manglende begrunnelseskraft	129
(d) Imøtegåelse av innvending bygget på koherensideen: Én teori kan ikke underbygges gjennom en svakere begrunnet teori	129
(e) Sammenfatning	131
5.2. Avgrensning mot «taksonomiske» spørsmål	132
5.3. Begrunnelsesproblemer. Er Dworkins «tredje vei» farbar?	134
6. Rettspositivistens svar: Rettens «formål» går tilbake til sosiale og psykologiske fakta.....	137
7. Tilbakeblikk: Et mønster i argumentasjonen	138
Sluttnoter til avsnitt B.....	140

C GRUNNER TIL DET TILBAKEVENDENDE MØNSTER I DISKUSJONEN MELLOM DWORKIN, OG HART OG HANS ETTERFØLGERE – OG HVORDAN VI KAN BRYTE MED MØNSTERET	147
1. Hvordan bryte med det tilbakevendende mønsteret i argumentasjonen?	149
1.1. Problemstilling	149
1.2. Et brudd med det psykologiske normbegrepet	149
1.3. Et skille mellom forskjellige spørsmål	150
2. To hovedproblemer ved Dworkins teori om gjeldende rett	152
2.1. Innledning	152
2.2. Dworkins spørsmålsstilling: Manglende adskillelse av perspek- tiver, og dermed en uklarhet i spørsmålsstillingen selv.....	152
2.2.1. Det empiriske perspektiv vs. frihetens og normativitetens perspektiv	152
2.2.2. Dworkin og spørsmålet om moralens objektivitet: Et spørsmål som settes i parentes	154
(1) Spørsmålet om moral inngår i grunnlaget for stand- punkter til rettsspørsmål vs. spørsmålet om moralens objektivitet.....	154
(2) Dworkin og naturrett.....	157
(3) Dworkin og spørsmålet om rett og praktisk fornuft	159
2.2.3. Det psykologiske normbegrepet.....	159
2.3. Dworkins begrunnelsesmetode.....	160
2.3.1. Innledning	160
2.3.2. Dworkins teori sett som en koherensteori	161
2.3.3. Dworkins begrunnelsesmetode utover argumenter fra koherens.....	162
Sluttnoter til avsnitt C	164
Litteratur	166