

Forholdet mellom norm og verdi i juridisk argumentasjon¹

Av førsteamanuensis dr. juris Erik Friis Fæhn, Høgskolen i Oslo

Summary: The article is the author's lecture for his doctoral dissertation. The title »The Relationship between Norm and Value in Legal Argumentation« was set by the doctoral committee.

The author is critical of the formal, descriptive analysis of legal argumentation prevalent in Scandinavian legal theory. This analysis treats legal argumentation as determined by the existence of internalized norms in the minds of the citizens, and of the actors in the legal system in particular.

The author claims that any analysis of legal argumentation must presume that it is shaped and determined by the normative considerations and values of the human beings who argue, decide and act in any society. Thus the author adopts the internal point of view as first developed by Herbert Hart as primary for legal method and legal science.

The recognition of the indeterminacy of legal decisions is a necessary condition for assigning individual responsibility for actions. There is no obligation to obey the law; the decision-makers must take responsibility for making rational legal decisions, including taking moral and political arguments into consideration.

This normative approach not only impinges on methods of legal interpretation, but also on legislative and constitutional issues. It is the author's final argument that the legislation and the constitutional arrangement of a society must be based on a systematic respect for the autonomy and rationality of the citizens, and must not presume their obedience. This could be assured by a constitutional court.

Key Words: Normative; Moral Autonomy; Indeterminacy; Practical reasoning; Legal method.

1 Innledning

Du skal ikke lyve.
Du skal ikke stjele.
Du skal ikke slå i hjel.

Moses mottok de 10 normer på Sinais berg. Noen av dem slår utvetydig fast: Du skal ikke ..., du skal ikke ..., du skal ikke Vi står her overfor ubetingede forbudsnormer. Stort

1 Artikkelen representerer en lett bearbejdet utgave av forfatterens prøveforelesning over oppgitt emne til den juridiske doktorgrad, avholdt 5. desember 2003 ved Universitetet i Oslo.

enkler og klarere kan regler knapt være. Vårherre er en utmerket pedagog – og en streng lovgiver.

Samtidig er det klart at de 10 bud er bærende bjelker i vår sivilisasjons verdigrunnlag, for så vel Orienten som Oksidenten, og langt bortenfor. Disse normene er våre verdier – de er uttrykk for menneskers verdier.

Uttrykt i korthet kan det sies slik: Normer er verdier. Verdier kan uttrykkes i normer.

Disse to utsagnene skal utdypes nærmere i denne prøveforelesningen, herunder spørsmålet om normer kan være noe mer eller noe annet enn verdier. Den som foretrekker å analysere utsagn i symboler eller geometriske former, kan forestille seg to konsentriske sirkler, der norm utgjør den innerste og verdi den ytterste sirkelen. Figuren har den tilleggsverdi at normer fremstår som det sentrale virkemidlet for å uttrykke verdier. Men figuren er bare et hjelpemiddel – en metafor – for å hevde at alle normer er verdier, mens ikke alle verdier er nedfelt i normer. Argumentene er realiteten.

Temaet for prøveforelesningen er oppgitt å være »Forholdet mellom norm og verdi i juridisk argumentasjon«. Nedenfor skisseres først en ramme for drøftelsen av problemstillingens to elementer.

1.1 Juridisk argumentasjon

For det første så innebærer temaet en avgrensning til *juridisk argumentasjon*. Det kan tolkes som en henvisning til argumentasjon som danner grunnlag for *standpunkt* til rettsspørsmål, og primært *de lege lata*, typisk domsgrunner.

I den forbindelse er det grunn til å minne om skillet Alf Ross introduserte mellom utsagn *i* normer og utsagn *om* normer. Hensikten var på den ene siden å sondre mellom de utsagn, argumenter eller begrunnelser som dommere og andre rettsanvendere *bygget på*, når de tok standpunkt til rettsspørsmål i praksis – dette var utsagn *i* normer. På den andre siden befant bl a rettsvitenskapelige utsagn *om* denne juridiske argumentasjonen seg – dette var utsagn *om* normer. De førstnevnte var forutsetningsvis normative og innebar at det ble tatt standpunkt til retts- eller verdispørsmål generelt. De sistnevnte skulle i utgangspunktet være deskriptive, mer presist norm-deskriptive.

Nå er det min posisjon at det ikke kan trekkes noe prinsipielt skille her. Også vitenskapelige utsagn hviler på normative forutsetninger. Samtidig er det klart at min avhandling til den juridiske doktorgrad er fokusert på analyse og kritikk av deskriptive rettsteorier, dvs av deres argumentasjon *om* karakteren av juridisk argumentasjon. Fokus for *disse* analysene har imidlertid i hovedsak vært typer av atomære utsagn, og ikke juridisk argumentasjon som sådan.

Men den normative vendingen i moderne vitenskapsteori som behandles inngående i avhandlingen, og de mange drøftelsene av anglo-amerikanske rettsteorier, innebærer helt klart at det er utsagn, argumenter, begrunnelser og slutninger som kan inngå *i* juridisk argumentasjon som er den eneste relevante referanserammen også for vitenskapelige teorier *om* en faktisk gjeldende rett. Med andre ord bør normativ vitenskapsteori anses som en

integreert del av normativ argumentasjon for standpunkt til hva som er gjeldende rett. Langt på vei er hovedtrekkene i en teori om juridisk argumentasjon og metode dermed lagt, selv om avhandlingens hovedformål er å begrunne nødvendigheten av et bevisst paradigmeskifte.

Prøveforelesningen er en anledning til å føre avhandlingens normative forutsetninger videre, ved å skissere deres betydning for en lære om juridisk argumentasjonen i rettslige beslutninger.

1.2 Norm og verdi

For *det annet* innebærer prøveforelesningens tema en problematisering av forholdet mellom norm og verdi, slik dette kan – eller bør – forklares med hensyn på juridisk argumentasjon. Det er fruktbart å ta utgangspunkt i denne distinksjon, eller mer presist dette forholdet, og gå en runde med den. Men til slutt bør distinksjonen forlattes.

Norm og verdi lyder utvilsomt som en meningsfylt distinksjon, kanskje særlig for jurister, som er vant til terminologien og til at sontringen foretas. Men det kan reises spørsmål om sontringen er særlig hensiktsmessig, hva slags veiledning den gir – om noen, og om det dreier seg om èn distinksjon som kan tillempes overalt, f eks fordi den antas å vise til et objektivt foreliggende skille.

Det som er helt klart, er at *oppfatningene* av forholdet mellom norm og verdi er vel verdt en diskusjon.

Den oppfattes tydeligvis som nyttig og oppklarende – både til hverdagsbruk og til vitenskapelige analyser; det betyr bl a at den har *verdi* for mange.

Det er også naturlig å stille spørsmål om den *brukes* på samme måte av alle; dette er et spørsmål om hvilken *regel* man anvender for å karakterisere noe som en norm og noe annet som en verdi.

Det kan synes som om mange oppfatter sontringen som uttrykk for et særegent parforhold – et forhold mellom to termer som er komplementære, dvs de inngår i et uttømmende enten-eller forhold, og utgjør motsatser. *Gjør din plikt* eller *følg din lyst*. Men forholdet må i det minste karakteriseres som asymmetrisk.

Sontringens utbredelse kan ha sammenheng med en annen sontring, som dessverre lett kan få overtaket. Og *den* er dikotomisk. Det er sontringen mellom fakta og verdi – også omtalt som sontringen mellom *det som er* og *det som bør være*. Hvis normer er faktiske eller objektivt konstaterbare forhold, betyr det at normer prinsipielt ikke er betinget av subjektive eller personlig forankrede verdioppfatninger. Det kan som kjent ikke trekkes slutninger mellom det som er og det som bør være.

En prinsipiell forskjell mellom dansken Ross og hans viktigste læremester, østerrikeren Hans Kelsen, er at Kelsen fastholdt at normer befant seg på *bør-siden*, mens Ross trakk visse normer – de rettslige imperativer – over på *er-siden*. De er som skip trukket langt opp på tørt land. Det samme er skjedd med normer her til lands.

Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby karakteriserte normer som internaliserte tankegjensstander og som innebar en viss psykologisk disposisjon hos personer, bl a for *lydighet* når det gjaldt pliktnormer. Normer kunne få en sosial og dermed *objektiv* karakter når de var knyttet til et normsystem, f eks det rettslige. Verdier var ekspressive utsagn for følelser og som sådanne *helt subjektive*. Men samtidig ble det forutsatte at mange personlige verdier kunne tilbakeføres til allmenne, internaliserte verdinormer med objektiv status.

1.3 Oversikt over fremstillingen

Som en forberedelse til drøftelsen av juridisk argumentasjon i artikkelens annen del, er det nødvendig først å klargjøre hva som menes med norm og med verdi, og hva slags forhold de kan ha til hverandre.

Når det er gjort, gjennomgås juridisk argumentasjon i fire trinn: først om karakteren av juridiske argumenter i form av slutninger, og dernest spørsmålet om valg av regler. Etter dette skisseres en alternativ utforming av juridisk metodelære, før en kort drøftelse av betydningen av en lovgivningsmetode.

Avslutningsvis kommenteres juridisk begrepsbruk, og et videre perspektiv antydes.

2 Norm og verdi

Det er ikke enkelt å nærme seg spørsmålet om hva verdier eller normer er. *Verdier* kan være det samme som mål, ønsker, preferanser eller lyster. De kan komme til uttrykk gjennom *handlinger*, eller gjennom *ord*, f eks ved utsagn som uttrykker verdidommer; noe er *godt*, noe er *riktig*. Det finnes et stort register av slike verdsettende ord i en hvert naturlig språk. *Normer* kan være det samme som regler, anvisninger, handlingsmønstre som foreligger i det ytre, eller som tanker eller mentale forhold i det indre. Det finnes åpenbart et vell av mer eller mindre klare handlingsmønstre som kan betegnes som normer eller regler.

I det følgende er det av vesentlig betydning å ta med seg at man (erkjennelsesteoretisk sett) kan hevde at et handlingsmønster er en regel, uten å måtte forutsette at det (ontologisk sett) eksisterer en norm som handlingsmønsteret viser til eller uttrykker. Den forutsetningen skjærer vi bort med Occams barberkniv.

En *formell metode* for å identifisere normer og verdier er å avgrense undersøkelsen til en *beskrivelse* av typer av språklige utsagn. Utsagn som bedømmer noe som verdifullt, uttrykker en verdi. Utsagn som angir en handlemåte som kan, skal eller bør utføres, uttrykker en norm. Og utsagn som angir et forhold som sant, uttrykker et faktum. Metoden er tvilsom, og full av normative forutsetninger. Men den *gir* en mulighet til å klassifisere utsagn i domsgrunner som henholdsvis verdier, normer eller fakta, og beskrive deres innbyrdes forhold. Spørsmålet er om resultatet av en slik beskrivelse er særlig interessant.

Dette var en rask skisse av en logisk-empirisk tilnærming som bl a Ross etter hvert lot seg inspirere av, og som man kan finne trekk av i Eckhoffs rettskildelære når han beskriver godhetsvurderinger eller forsvarlighetsvurderinger.

Vitenskapelig sett kan man stille to typer spørsmål. Det ene er hva norm eller verdi *egentlig* er, forstått som en underliggende realitet vi på ulike måter kan forholde oss til, men ikke kan gjøre noe med. Dette kalles det ontologiske spørsmålet. Platon betraktes ofte som den klassiske representanten for denne tilnæringsmåten, der målet er å komme forbi tilfeldighetene, variasjonsrikdommen og flyktigheten i tilværelsen og frem til innsikt i de underliggende, ordnende ideer eller former. Først når man har fått svar på det ontologiske spørsmålet, kan man gå over til å systematisere sine erfaringer av den umiddelbare virkelighet.

Alternativt kan man nærme seg spørsmålet om hva norm eller verdi er, på en mer empirisk måte, ved å stille spørsmålet erkjennesteoretisk: hvordan kan vi vite noe om normer eller verdier? Da kan man ta utgangspunkt i enkelttilfeller eller eksempler, og dernest vurdere hvor langt det er grunnlag for å generalisere. Aristoteles kan betraktes som den klassiske representanten for denne tilnæringsmåten. Hypotesene man stiller opp kan implisere ontologiske antakelser, men avgjør ikke hvordan noe egentlig er.

Det er hensiktsmessig å nærme seg normer og verdier fra en erkjennesteoretisk synsvinkel, men med en ontologisk antakelse om at normer og verdier ikke finnes uavhengig av *individer* med en intensjonell, målrettet bevissthet. Men *de* finnes, er min antakelse. Forskjellen mellom Platon og Aristoteles er ikke *så klar* likevel – men det er en annen historie.

2.1 Hvordan vite noe om verdi?

Verdi er etter mitt syn mest grunnleggende. Hvorfor jeg gjør det, vil fremgå av det følgende. Jeg begynner med det metodiske problemet: hvordan vi kan vite noe om verdi?

Verden består *uavhengig* av om det finnes mennesker. Jeg legger til grunn at *det* er et faktum. Peter Dass sang »Gud er Gud om alle mann var døde«. Men da er det ingen igjen til å sette pris på verden – eller på livet. Verdi er noe som mennesker bevisst legger inn i verden, og inn i livet. Verdi er betinget av menneskers (subjektive) erkjennelse. Solen går sin gang, men bare mennesker kan verdsette morgenrødens fingre som strekker seg over himmelen, slik Odyssevs så dem.

Men ikke bare det. Menneskers erkjennelse er *alltid* målrettet eller intensjonell. Våre observasjoner er preget av hva vi er i stand til å oppfatte som verdifullt eller meningsfylt omkring oss eller i oss selv.

Det var et sentralt problem for klassisk empirisme som for nyere logisk-empirisme å sikre at vitenskapsmannens observasjoner var objektive og lidenskapsløse. For så vel Descartes som Hume var idealet den passive, visuelle registrering – inntrykket – av fenomenene som kunne sikre at observasjonene representerte fakta, uten aktiv påvirkning fra våre fordommer om hvordan verden burde være. Føringen av protokollsetninger ved eksperimenter var Carnaps anbefaling til vitenskapsmenn, kombinert med observasjon av parallellitet i deres adferd i laboratoriet, slik at man kunne sikre intersubjektivitet mellom faktautsagn om observasjonene. Ayer slo fast at utsagn om *verdier* verken kunne være sanne,

eller ha mening, fordi de var betinget av subjektive forhold i det enkelte menneske; en synes noe er godt, en annen at det samme er vondt – broccoli for eksempel. Begge utsagn kan ikke være sanne samtidig, gitt at det bare finnes en verden.

Den logisk empirismens avvisning av verdiutsagn hang sammen med en (mer eller mindre konsekvent) ontologisk forutsetning om at virkeligheten kun bestod av entiteter med varighet og utstrekning som kunne beskrives i et perfekt formallogisk språk. Normbegrepet hos Eckhoff og Sundby behandles som en slik entitet, kalt tankegjenstand. Når man oppgir denne forestillingen om en virkelighetserkjennelse som foreligger forut for erfaring, *a priori*, er alternativet en vitenskapelig virkelighetserkjennelse preget av grader av holdbarhet eller objektivitet innenfor rammen av hypotetisk-deduktiv metode.

I stedet for å fortre passiv observasjon, er det nødvendig å ta tyren ved hornene, og anta at det er menneskers *aktive interesse* som alene kan danne grunnlag for innsikt både i *hva som er* og *hva som bør være*. Da er det ikke nok å observere den ytre virkelighet. Vi må også observere menneskers forhold til den, og til seg selv.

For å forstå hva andre mennesker gjør eller ser, er det ikke nok å observere og beskrive deres adferd utenfra uten å bruke et verdiladet språk. Da vil ett menneskes bevegelser fremstå som objektivt like med et annet menneskes. Det er *bare* bevegelser. Fra Weber til Aubert har sosiologien fastslått at handlinger er *målrettede bevegelser*. I språkfilosofien satte Searle på lignende måte intensjonalitet i forgrunnen. Og i vitenskapsteoretisk sammenheng klassifiserte von Wright problemstillingen som et skille mellom forklaring og forståelse. Og i rettsfilosofien har Hart slått fast at det er nødvendig å anlegge et internt perspektiv, for å forstå menneskers forhold til rettsregler, dvs at man må sette seg inn i individets *egne* oppfatninger om hva det gjør, og hvorfor. Det er nettopp som en følge av at vi alle er mennesker, at vi kan sette oss inn i hverandres mål, og oppfatte bevegelser som ganske forskjellige handlinger.

Selv om Hart i debatten med Fuller, og også senere, fastholder at det bare er plass for et minimum av naturrettslig innhold i retten, åpner han likevel prinsipielt for det jeg har kalt den normative vendingen på rettsvitenskapens område. Dworkin, og ikke minst Finnis, tar konsekvensen av at det er det interne, normative perspektivet som er fundamentalt.

Ved å beskrive handlingers mål, i lys av egen innsikt i hva som fremstår som et mulig mål, kan man nærme seg kunnskap om hva et annet menneskes verdier er. Men målene kan være mange, flyktige og omskiftelige. Et øyeblikk vil jeg ha kaffe, et annet vin. Behovene varierer, situasjonene varierer, mulighetene varierer. Noen behov er basale og regelmessige, som for mat og søvn. Noen ganger foreligger det alternativer. Det gjør det nødvendig å velge. Andre ganger er det også knapphet, og det kan bli nødvendig å prioritere, eller å konkurrere med andre.

Hvis mennesker var i sine verdiers og lidenskapers vold, og bare søkte lyst, og unngikk smerte, slik Bentham kunne oppfattes, ville man muligens kunne redusere all forklaring av handling til observasjon av ytre adferd.

Men tvert imot må mennesker forutsettes å være seg bevisste sine verdier og sine mål, og ha evne både til å forfølge, og til å unnlate å forfølge, dem. Hvis mennesker skal kunne

realisere sine verdier, dvs nå sine mål, må de ha kunnskaper om virkeligheten og om hvordan de kan gå frem. En grunnleggende verdi er dermed å ha sann kunnskap om virkeligheten – en kunnskap som ikke er basert på fordommer, men nøktern bedømmelse. *Det* er en rasjonell forutsetning for å lykkes. Tilsvarende må mennesker forutsettes å kunne prioritere mellom sine verdier, på kort og på lang sikt. Og å velge; en ting av gangen. Ellers klarer man ikke å realisere noen mål. Det er også en rasjonell forutsetning.

Vi kan vite noe om verdier – i lys av en forutsetning om at mennesker ønsker å være rasjonelle, at de ønsker å forstå og å mestre sine behov, interesser, verdier eller mål. Men det er ikke enkelt å komme frem til hvilke verdier de bærer i sitt indre eller hvor rasjonelle de evner å være.

2.2 Hvordan kan vi vite noe om normer?

Det finnes to veier innover, og begge er knyttet til *regler* – eller *normer*, om man vil. Veiene går via ord eller via handling. Det er nødvendig med gjentakelse, regelmessighet eller stabilitet i menneskers valg, i deres handlinger og deres språkbruk for å kunne oppfatte og identifisere deres mål eller hensikter, og derigjennom hvilke verdier som ligger til grunn.

Regelmessighet er et nøkkelord. Og når vi blir oss bevisste hva vi gjør, kan vi demonstrere fremgangsmåten for andre, beskrive den i ord eller formulere den som en generell regel. Dermed kan vi oppnå en objektivisering av regelmessigheten som gir oss avstand til vår egen handlemåte, og vi kan se på *den* som vi er i stand til å se på *andre* menneskers handlinger. Det gjør oss også i stand til å stille spørsmålet om handlemåten er hensiktsmessig i forhold til målet, om den kan forbedres, og om den er *riktig*, hensett til de øvrige verdiene som vi har.

Fenomenet har mange sider. Regelmessighet i handling kan som nevnt *objektiveres* gjennom formalisering, men altså i ulike former. En setning i et naturlig språk er en mulig form. En bruksanvisning i form av en serie tegninger en annen. Et rituale en tredje, og en demonstrasjon av en serie håndgrep som f.eks hvordan man skal starte en bil, en fjerde.

Regelmessighet i språkbruk er helt sentralt, bl a fordi språket kan brukes til å beskrive de fleste handlinger og verdier. Og det er et samspill mellom ord og handling som langt på vei kan anses mer grunnleggende enn samspillet mellom ord og gjenstander.

Jeg støtter meg til den senere Wittgenstein, når jeg legger til grunn at ords mening er knyttet til deres bruk i praksis. Ords mening blir langt på vei betinget av handlemåtene som de knyttes til, og målene som aktørene har. Yttergrensene av uttrykksmulighetene i et naturlig språk er dermed knyttet til aktivitetene og livsformene som er levende i et samfunn til en hver tid. Aktivitetene og livsformene overlapper og endres, og en språkbruker må være omhyggelig i sitt ordvalg, slik tolkeren må være seg bevisst konteksten og formålet med et utsagn, når han støtter seg til regler for å forstå dets mening.

Både når det gjelder handlinger og språkbruk, er det et avgjørende poeng at man kan spørre aktøren – eller spørre språkbrukeren – om å redegjøre for formålet, eller for meningen. På den måten kan man identifisere – eller definere – en verdi vesentlig mer pre-

sist. Hvorfor drikker jeg vann? Fordi jeg er tørst. Hvorfor drikker jeg vin? Fordi jeg liker smaken, eller lukten, eller fargen eller landet vinen kommer fra – eller på grunn av virkningen, eller av alle grunnene. Eller kanskje for minnene vinen vekker – slik lukten av Madelainekaker satte Proust på sporet av hans tapte tid.

På visse betingelser, under forutsetning om visse konsekvenser, så drikker jeg vin. Dette kan jeg *formulere* som en regel, og hevde *er* en regel – fordi jeg opptrer regelmessig i overensstemmelse med den, helt bevisst. Jeg bruker den også som referanse, når jeg prøver vin med annen smak, fra andre land. Når jeg skal forklare hvorfor jeg liker vin, kan jeg vise til regelen som begrunnelse. Samtidig innebærer det altså en forklaring av karakteren av den *verdien* vin har for meg.

Med innsikt i vinens gleder, og dens konsekvenser, kan jeg vurdere hvor *riktig* det er å drikke vin under ulike omstendigheter. En grunnleggende målestokk kan være når eller hvordan det påvirker min evne til å opptre rasjonelt. Siden vin svekker min evne til å resonnerere omkring valg av mål og til å realisere dem, er jeg naturlig nok kommet til at vin kun bør nytes i visse situasjoner, der jeg verken skal treffe valg eller må realisere mål.

Ingen kan vite om andre tenker, resonnerer eller føler som dem. Det vi kan gjøre er å observere andres opptreden og valg, lytte til deres begrunnelser, vurdere begrunnelsenes samsvar med handlingene, og se på graden av konsistens og rasjonalitet i deres overveielser. Og vi kan lansere hypoteser om hvilke regler andre følger, eller avviker fra. Tilsvarende må observatøren være beredt til selv å bli betraktet utenfra, og på å bli spurt om å redegjøre for samsvar mellom egne ord og handlinger. Det er dels et spørsmål om ikke å lyve, dels om å ivareta egen troverdighet, men mest et spørsmål om å utvikle sin egen rasjonalitet. Jeg sikter både til virkelighetsoppfatningene, som bør være realistiske, og til verdioppfatningene, som er grunnleggende for egen integritet og karakter.

Erkjennelsesteoretisk sett er det her viktig å ha *in mente* Hayeks påpekning av den prinsipielle begrensningen for planlegging som ligger i at det til syvende og sist er den enkelte beslutningstaker som vet best hva situasjonen til en hver tid krever, og ikke en overordnet planlegger. I samme retning går Poppers argument for en prinsipiell indeterminisme når det gjelder mulighetene for å forutsi eller forklare menneskers handlinger.

Når det gjelder verdioppfatninger, ble posisjonen klarlagt enda lenger tilbake i tid. I lys av den unike innsikten som hvert enkelt menneske kan ha om forholdet mellom sine ord og handlinger *i det ytre*, og egne tanker og følelser *i det indre*, er det mulig å forholde seg til andre mennesker med sympati, forståelse, innlevelse. Dette er metodisk grunnleggende for en verdiorientert, teleologisk moralfilosofi, og ble fremlagt som sådan av Adam Smith. Han understreket videre betydningen av å bedømme andre mennesker med kristen barmhjertighet, og seg selv med stoisk strenghet.

I nyere tid har Føllesdal lagt til grunn at respekten for andre menneskers integritet og rasjonalitet tilsier at de grunnene de legger frem, i utgangspunktet også blir betraktet som en *forklaring* på deres handlinger – så lenge begrunnelsene er konsistente med rasjonalitetsforutsetningen. Hans eksempel er skolegutten som blir igjen etter matematikktimen for å få svar på et problem han ønsker å løse. Denne grunnen kan man ikke uten videre se

bort fra som avgjørende, selv om lærerinnen er tiltrekkende. Skjervheim var tilsvarende opptatt av at man ikke skulle bedrive psykologisk årsaksforklaring av andre mennesker – verken bak deres rygg, over deres hode, eller rett opp i ansiktet på dem.

Normer og verdier er så *bestandige* og så *klare* som mennesker er villige til å gjøre dem – så langt det er rasjonelt eller meningsfylt. Normer og verdier kan ha ulike grader av forankring i ytre forhold. Men et faktisk forhold som et ark med sorte merker blir ikke en meningsfylt tekst – eller en lov – uten at mennesker anerkjenner det som sådant i lys av de normer og verdier de gjør bruk av.

3 Juridisk argumentasjon

Hvilken rolle spiller så normer og verdier i juridisk argumentasjon?

I en mulig verden pleier jeg å fiske, men bare på søndager og bare hvis havet er rolig. Jeg kan gjøre det til en regel. Jeg kan bruke regelen for å *orientere meg* om virkeligheten: hvilken dag er det i dag, hvordan er forholdene til sjøs? Jeg kan bruke regelen til å *veilede mine handlinger*: hvis betingelsene er oppfylt, velger jeg å dra ut for å fiske.

Jeg kan også *begrunne* mitt valg ved å vise til at jeg følger en bestemt regel. Og andre *kan forklare hvorfor* jeg drar ut for å fiske, ved å vise til regelen. Verdien er innebygd i regelen: Verbet å fiske angir både en handling og dens mål: jeg setter garnet, kaster ut snøret – *for å fange fisk*. Og betingelsene viser at verdien er lyst- og fritidsbetonet.

Men jeg *må ikke* følge regelen. Den er deklarasjonsrisik og jeg kan velge å la være å dra ut. Jeg kan være fristet til å sitte inne og lese en bok. Når jeg likevel følger regelen, kan det være fordi jeg er kommet til at det er en *god* regel. Siden det erfaringsvis er så lett å bli sittende inne, er det fornuftig å gjøre det til en regel å dra ut – og siden det erfaringsvis er lett å ødelegge gode vaner, er det fornuftig å følge regelen så konsekvent som mulig.

Mitt argument for å dra ut og fiske har mange elementer. Formålet er en grunn, betingelsene – gitt at de faktisk er oppfylt – er en annen, reglen i seg selv en tredje. Og argumentet sett under ett styrker mitt selvbilde og min karakter – jeg makter å opptre rasjonelt og selvstendig.

3.1 Slutninger

Beslutningen om å fiske kan presenteres som en *slutning*. Regelformuleringen er hovedpremissen, de faktiske forhold underpremissen, og konklusjonen er »jeg skal ut og fiske«. Mitt argument er dermed blitt formalisert og objektivert, dvs knyttet til forhold utenfor meg. Samtidig får det åpenbare likhetstrekk med en logisk slutning, der man fra sanne premisser kan trekke en sann konklusjon på en logisk gyldig måte. Forskjellen er at hovedpremissen er en regel og ikke et fakta-utsagn, og at slutningen angir en handling som skal eller bør utføres, og ikke et faktisk forhold.

Her er det grunn til å skille mellom teoretiske og praktiske slutninger, en sontring som Elisabeth Anscombe hentet fra Aristoteles, og re-introduiserte på 1950-tallet. Her spilte også von Wright en rolle, og brakte problemstillingen inn i nordisk rettsvitenskap. Anscombe pekte for det første på at slutninger fra regler også kunne klassifiseres som teoretiske: Det kunne sies å være sant at det foreligger en plikt til å foreta en bestemt handling. Men det at en regel – eller norm – eksisterer, gir ikke grunnlag for å hevde at den også bør følges, jf Humes guilliotin. For det annet hevdet hun derfor at dersom noen slutninger skulle *kunne* betegnes som praktiske, måtte det være fordi de på en eller annen måte innebærer at konklusjonen er en handling.

I noen tilfeller, der handling umiddelbart følger ord, er det rimelig å se på konklusjonen som en handling, og slutningen som en begrunnelse. Kravet om at slutningen må være logisk gyldig kan betraktes som et minstekrav til rasjonell opptreden, dvs at *handlingen er begrunnet i argumentet*.

Med Joseph Raz kan man si at det finnes to andre typer tilfeller som *også* må tas i betraktning, hvis man skal forklare hva praktiske slutninger er og deres rekkevidde.

Det andre typetilfellet forligger når handlingen *ikke* følger, selv om konklusjonen er trukket. Det kan skyldes det som kalles viljessvikt; det hender at vi unnlater å gjøre det vi burde gjøre. Spørsmålet er om premissene kan sies å være holdbare – dvs som forklaring – dersom konklusjonen ikke leder til handlingen som den uttrykker. Men praktiske slutninger bør ikke begrenses til de tilfeller der argumentet leder til en konklusjon som er *nødvendig* for å realisere verdien som er spesifisert i premissene. Praktiske slutninger forekommer også som ledd i våre overveielser om *hvordan* et gitt mål kan nås. Det vil være de tilfeller der konklusjonen angir en handling som er *tilstrekkelig* for å realisere en bestemt verdi – nemlig *hvis* man vil realisere verdien. Dette vil også være gyldige argumenter.

Det er nettopp slike argumenter som er sentrale, når mennesker overveier sine valg, vurderer mål og midler i lys av sine argumenter, og til slutt treffer en beslutning som de handler på grunnlag av.

Den tredje typen argumenter bringer oss helt inn i sentrum av analysen av juridisk argumentasjon – en analyse som ikke kan løsrives fra det reelle problemet: Spørsmålet om maktutøvelsens rettmessighet.

Objektivering av regler, deres utgangsbetingelser og følgehandlinger, muliggjør argumentasjon om hva *andre* skal eller bør gjøre, og ikke bare om egne valg. Slike argumenter som konkluderer med en plikt for noen til å handle, kan *også* være praktiske, gyldige slutninger. De er ikke betinget av at de formes av den besluttsomme, handlende aktøren selv. Konklusjonene trekkes typisk på vegne av andre aktører. Og beslutningstakeren behøver *heller ikke* dele de verdier som uttrykkes i reglene som inngår i hans overveielser; Raz innfører eksempelet med rabbineren som gir *råd* om tolkningen av kanonisk rett. Han forutsettes å kunne *forstå* verdiene som står på spill. (Rabbineren er imidlertid ikke aktuell som *beslutningstaker* i saker som angår katolikker).

Objektivering av regler, og standardisering for et helt territoriums vedkommende, tilkommer typisk en stat eller statens lovgivende forsamling. Det er i møtet mellom statens

regler og individets regler at de store spørsmålene melder seg, og kan drøftes på en meningsfylt måte: om makt, autoritet, rett, gyldighet, frihet og selvstendighet.

Det kan se ut til at man i juridisk metode har hatt en tendens til å identifisere normer med samfunnets *lover*, og verdier med borgernes *ønsker*, basert på en forutsetning om at det ikke er mulig eller nødvendig å drøfte *hvorfor* borgerne har slike verdier. Både økonomisk og juridisk tenkning har vært preget av utilitarismens forsøk på å forklare mennesker handlinger som reaksjoner på belønning og straff, i lys av lyst og smerte. Når Eckhoff forklarer dommeres adferd i lys av ønsker om *anerkjennelse* og frykt for *bebreidelse*, står man fremdeles i den tradisjonen.

Den slags oppfatninger av forholdet mellom norm og verdi kan ha flere uheldige virkninger, bl a at rasjonaliteten sentraliseres og monopoliseres på lovgivers hånd, og borgernes verdier oppfattes kun som følelser som dermed kan påvirkes gjennom lov. Det kan friste til rent instrumentell lovgivning, der spørsmålet om gyldighet underordnes hensynet til effektivitet og til realisering av offentlige, godkjente mål – de såkalte reelle hensyn.

Statsmaktens suverenitet viser seg i dens evne til å gjennomtvinge etterlevelse av regler ved trussel om sanksjoner, basert på et territorialt monopol på fysisk makt. Primært skjer myndighetsutøvelsen likevel ved at regler objektiveres i legale former. For å svare på spørsmålet om beslutningenes legalitet automatisk innebærer legitimitet eller gyldighet, er det nødvendig å undersøke forholdet mellom statsmaktens lovregler og individets muligheter til å opptre rasjonelt og selvstendig.

Det har vært hevdet at det aldri vil være forenlig med et individs autonomi å følge andre regler enn sine egne, med den konsekvens at lovlydighet pr definisjon er *underordning* og *underkastelse*. Jeg slutter meg også her til Raz, som tvert i mot hevder at det kan foreligge gode grunner til å sette sine egne oppfatninger av hva som er rasjonelt, til side. Det kan være rasjonelt å anerkjenne lovers bindende kraft.

Uten å gå nærmere inn på grunner knyttet til verdien av koordinering, standardisering eller tidsbesparelse, kan det her likevel fremheves at avgjørende grunner i mange tilfeller kan være knyttet til spørsmålet om en fornuftig ansvarsfordeling. Individuell rasjonalitet er ikke pr definisjon ensbetydende med egoisme, men kan inkludere verdier som samarbeid og sympati. Som borgere i et politisk felleskap kan mennesker resonnere om hva som bør være deres eget ansvar, og hva som kan eller bør være et offentlig ansvar. Herunder kan de ha velbegrunnet oppfatninger ikke minst om hvem som *kan ha kunnskap* om hva, og hvem som *kan ta ansvar* for hva.

Etter mitt syn kan det stilles opp kriterier knyttet til en *rasjonell ansvarsfordeling*, for å avgjøre hvor grensen for legitim eller gyldig utøvelse av statsmakt går. Innenfor en slik ramme kan det være rasjonelt av individer å anerkjenne lovregler som beslutningsgrunnlag i forhold til egne handlinger. Det kan selvsagt tenkes andre typer kriterier også.

3.2 Valg av regler

Slutninger i juridisk argumentasjon er *regelbaserte*. Spørsmålet er *hvilke regler da?*

Regler kan analyseres og beskrives slik at man får frem variasjonsrikdommen av ulike typer regler. To hovedtyper er betingelsesregler og skjønnsregler, de sistnevnte åpner mer uttrykkelig for bruk av egen rasjonalitet. Men selv om ulike typer regler brukes i begrunnelser for standpunkt til rettsspørsmål, er deres status den samme – regler er regler. Det er typisk for juridisk argumentasjon at *en* regel er omstridt og står i fokus for argumentasjon, og at en rekke *andre* regler tas i bruk for å argumentere for alternative tolkninger. Samtidig kan det være en rekke regler som ikke tas opp til drøftelse, men blir liggende som uuttalte forutsetninger.

En hver beslutning beror således på en rekke valg – implisitte og eksplisitte – med hensyn til hvilke problemstillinger som krever en løsning. Det kunne være fristende å karakterisere dem som verdivalg, men også disse må forutsettes å være regelbaserte, og vil kunne begrunnes nærmere.

Det er beslutningstakerens *valg* som forklarer konklusjonen. Det må understrekes at beslutningstakeren *velger regler* i lys av sine mål – *strategisk*. Termer som norm, retningslinje eller verdi kan være hjelpebegrep for å analysere argumentasjonen bak en *foreliggende* beslutning, men er ikke selvstendige forklaringsfaktorer når det gjelder overveielser som leder frem til beslutningen. Det er beslutningstakeren som *braker* regler (normer, retningslinjer osv); det er ikke normene som forklarer hans beslutninger.

Denne posisjonen står i motsetning til forklaringsmodellen som Eckhoff og Sundby oppstilte – *normmodellen*: De hevder at både overveielser og begrunnelser styres av normer; at det primært dreier seg om normer som er avledbare innenfor et formelt gyldig normsystem; og at det subsidiært kan komme inn verdier utenfra – men at disse i stor utstrekning beror på et allmennkulturelt eller spesifikt juristkulturelt tradisjonsgrunnlag, dvs generelle normer som determinerer valg mellom verdier.

I en dom bør beslutningstakeren etter mitt syn ikke bare forholde seg til statsmaktens rasjonalitet, men også til partenes, og til deres oppfatninger av så vel statsmaktens argumenter som av motpartens. Og dommeren må anvende sitt iudisium – sin trenede juridiske rasjonalitet – som et tredje eller fjerde perspektiv.

Det neste skrittet er å vurdere holdbarheten og rekkevidden av rasjonalitetsoppfatningene hos alle parter. Det kan være spørsmål om deres standpunkter er forsvarlige, og om hva som er en riktig avveining eller fordeling av ansvar i forhold mellom partene. Dommerens beslutning må også være rasjonell. Begrunnelsen bør i tillegg gjøre det mulig for partene å forstå forholdet mellom dommerens grunner og sine egne argumenter, eller i det minste hvor egen argumentasjon kom til kort.

Rettsøkonomiske analyser som Becker foretar, basert på de økonomiske konsekvensene av ulike valg, med utgangspunkt i aktørenes *preferanser*, kan naturlig komme inn som et verktøy både for å forstå partenes opptreden og for å velge løsning. Slike analyser kan også være redskap for å bedømme forholdet mellom ord og handling, aktørenes begrunnelser og deres faktiske opptreden og interesser. Jeg vil peke på betydningen av troverdighet for at begrunnelser skal kunne oppfattes som uttrykk for de reelle beveggrunner for aktørens handlinger.

Metodisk har rettsøkonomiske analyser til nå, i like begrenset grad som de mikroøkonomiske analysemetodene som de er utledet fra, inkludert aktørenes evne til å reflektere kritisk over egne preferanser mht mål og fremgangsmåter. Den metodiske individualismen som ligger innebygd er likevel essensiell. Det representerer et betydelig forsprang i forhold til juridisk metode i den grad *denne* er fokusert på statsmaktens eller lovgivers rasjonalitet, og kun behandler borgernes valg som et sekundært forhold, avledet av og underordnet den offentlige rasjonalitet. For i økonomiske modeller er det nærmest omvendt.

I økonomisk teori er man i dag på vei til å inkludere selvrefleksjon i analysemodellene og metodene. Jeg viser til f eks til den indiskfødte økonomen Amartya Sen som fikk Nobelprisen i økonomi i 1998, og som definerer rasjonalitet som »... the discipline of subjecting one's choices – of actions as well as of objectives, values and priorities – to reasoned scrutiny«. Rasjonalitet er altså ikke bare formålsrasjonell adferd som går ut på å finne den mest effektive måte å realisere et hvilket som helst mål. For Sen – som for meg selv – er rasjonalitet primært selve evnen til å reflektere over hvilke mål vi bør ha, og hvilke handlemåter vi bør velge for å realisere målene.

Og Sen føyer til at det finnes en like viktig forutsetning til, ved siden av rasjonalitet, nemlig frihet: »Even though the idea of freedom is sometimes formulated independently of values, preferences and reasons, freedom cannot be fully appraised without some idea of what a person prefers and has reason to prefer«. Med andre ord; det er nødvendig å forstå aktørenes egne grunner for å kunne bedømme hva deres valgfrihet er verd for dem – og hva som således står på spill i forhold til offentlige interesser i å begrense eller å forme aktørenes alternativer. Sen går enda lenger: »... the concept of rationality must accommodate the diversity of reasons that may sensibly motivate choice«. Dersom man innfører visse aksiomer som mekanisk skal kunne anvendes på et hvert individ – eller forutsetter at »normer kommer forut for handling« (her siterer jeg Rettsystemer av Eckhoff og Sundby) – så ville det innebære »... a basic denial of freedom of thought«.

Jeg vender dermed tilbake til det sentrale spørsmålet om rettsreglers gyldighet. Innebarer en (naturrettlig forankret) anerkjennelse av individers rasjonalitet og frihet at det fra domstolenes side kan og bør oppstilles grenser, eller anvendes tolkningsmetoder, som overprøvers lovgiver beslutninger? Selvsagt er svaret et klart ja – ikke bare at det *bør være* slik, men også at det i prinsippet *er slik* i henhold til gjeldende rett.

Men jeg legger samtidig til grunn at muligheten til å overprøve lov i realiteten er begrenset, fordi det normative grunnlaget er snevert. Positive rettskilder som grunnlov og menneskerettighetstraktater gir en viss åpning, men med klare begrensninger. I tillegg er det slik at det er den suverene statens øverste organer som alene kan treffe beslutninger om å endre grunnlov eller å inngå traktater. Mitt spørsmål er om det kan oppstilles moralske – til forskjell fra politisk beherskede – grunnlag for domstolenes prøvingsrett.

Så langt om betydningen av slutninger og valg av regler i juridisk argumentasjon. Et neste skritt ville være å drøfte konkrete domspremisser og undersøke hvilken modell for juridisk argumentasjon som virker mest klargjørende og velbegrunnet. Men det må vente.

3.3 Juridisk metode

Det er hensiktsmessig å ta et skritt tilbake fra selve argumentasjonen og se på rammene omkring juridisk metode. Den tradisjonelle inndelingen av rettskildene i lov og sedvane måtte på begynnelsen av 1960-tallet vike for inndelingen i flere rettskildefaktorer, først introdusert av Andenæs og Kvamme, deretter med stor suksess videreutviklet av Eckhoff.

Innledningsvis er det grunn til å fremheve to forhold. *For det første* at alle faktorene bortsett fra den siste – de reelle hensyn – kan betraktes som henvisninger til dokumenter, og der dokumentene klassifiseres ut fra hvem som er avsender. Inndelingen har preg av en utpreget positivistisk samfunnsvitenskapelig metode: man teller og måler. Og håper at man via slike ytre fakta vinner innsikt i *hvorfor* disse fakta anses relevante av aktørene.

Men – og det er et avgjørende men – man kommer ikke særlig langt, hvis man forblir stående i et eksternt perspektiv. Det er metodisk forsvarlig kun hvis man forutsetter at det i prosessen fra *Input* av rettskildefaktorer til *Output* av standpunkt til rettsspørsmål, er lovmessighet. Innfører man et internt perspektiv i tillegg, blir det meningsfylte spørsmål ikke *hva slags rettskildefaktorer* Høyesterett bygger på når den tar stilling til rettsspørsmål, men *hvorfor* den bygger på disse, og hva den henter *fra* dem.

I parentes bemerket: En jurist som i sin metode nøyer seg med rettskildefaktorene, en teori om normer og antakelser om retningslinjers dynamiske rolle, må nødvendigvis bygge på det jeg kaller normmodellen. Det behøves ingen positiv tilslutning til, eller kunnskap om, normteorien. Det følger ganske enkelt av problemstillingene som er *fraværende*. En metodisk individualisme – eller strategimodellen som jeg kaller det – forutsetter at aktørene strategisk *velger* mellom regler ut fra sine mål, og det innebærer en prinsipiell uforutsigbarhet som ikke kan fanges opp av normmodellens forklaringsfaktorer. I det uforutsigbare ligger aktørens ansvar.

Når det gjelder metoden, er det *for det annet* grunn til å fremheve at de reelle hensyn, dvs argumenter om formål og konsekvenser, og om interesser og rettferdighet, forutsettes å kunne komme inn både som supplerende argumenter ved tolkningstvill, og som retningslinjer ved en forutgående avveining mellom rettskildefaktorene. Modellen er realistisk, bl a ved at den angir en mekanisme for hvordan dommernes vurderinger og rettsskåpende virksomhet kan inngå i fastsettelsen av gjeldende rett. Dette er i særlig grad Eckhoffs løsning – og han skal ha all ære av det.

Jeg setter problemstillingen på spissen: Når dommeren tar standpunkt til vanskelige tolkningsspørsmål, *følger* han da retningslinjer, verdier eller verdinormer han har internalisert sosialt og profesjonelt – eller *velger* han ut regler som kan brukes til å avsi en holdbar dom? Er det en mekanisme som slår ut, eller er det et ansvarsfullt, selvstendig menneske som handler, målrettet og bevisst?

Det er etter mitt syn essensielt at jurister akkurat på dette punktet er helt klar over hvilken premiss de velger å legge til grunn. Her er vannskillet. Og det er fra dette punktet at juridisk metode bør omformes.

For det første bør læren om dokumentasjon og kildebruk skilles ut. Typer av tekster eller dokumenter, tilblivelsesmåter, klassifisering, katalogisering, systematisering, bruk av referanser og sitater, kan med fordel behandles for seg. Her kan også rent språklige tema behandles, dvs de semantiske, grammatiske og logiske problemstillingene knyttet til tekstanalyse.

For det annet bør man gå tilbake til en variant av den tradisjonelle inndelingen i lov og sedvane, bl a fordi den et stykke på vei kan sies å bære i seg en sondring mellom generelle regler og individrettede beslutninger, mellom statsmakt og rettsåndhevelse, mellom ansvar for effektivitet og ansvar for gyldighet. Men hovedsakelig fordi man dermed kan *fjerne* fokus fra faktorene, og sette det på *analysemetoden* i stedet.

Man kan se på metodelæren som et hus med to etasjer. I annen etasje finner man to rom, i det ene bor lovene i vid forstand, deres forarbeider og den avledede forvaltningspraksis. I det andre rommet bor sedvanen, dvs domstolspraksis. I første etasje, der bor vi – vi mennesker. Der bor det selvstendige, ansvarlige, rasjonelle mennesket. Og her, i første etasje, kan man samle de reelle hensyn, rettsoppfatninger, private sedvaner og opinio juris – og avtaler.

Dette skal forklares nærmere. Med det ansvarlige mennesket sikter jeg til en hver beslutningstaker. Jeg åpner selvsagt for at beslutningstakeren kan opptre for å ivareta mer enn bare sine egne private og samfunnsmessige interesser som borger. Han kan opptre som fullmektig, eller som ansatt eller oppnevnt i en stilling eller i et verv. Det vil si at beslutningstakeren kan opptre på vegne av et selskap eller en institusjon, et offentlig forvaltningsorgan eller et overordnet politisk organ. Men selv om det er vanlig å si at »departementet, Regjeringen eller Stortinget har besluttet at ...«, så er det likevel kun individene i stillingene eller vervene som kan treffe beslutninger.

Poenget er at beslutningene som fattes ikke kan blir mer gjennomtenkte, velbegrunnede eller holdbare enn hva et individ kan make å overskue og deretter handle målrettet på grunnlag av. Selvsagt kan flere individer samarbeide om å utrede en problemstilling og tenke igjennom ulike forutsetninger og konsekvenser, men beslutningen som hver av dem til slutt treffer, vil nødvendigvis være begrenset av hva hver av dem har fattet. Beslutningene vil også være preget av hva hver av disse individuelle beslutningstakerne ønsker å oppnå. Det som i rettsøkonomien kalles Social Choice theory dreier seg om analyser av hvordan slike individuelle agendaer er bestemmende for beslutninger bl a i offentlige organer.

I metodelærens første etasje vil analysen av reelle hensyn måtte skje i forlengelsen av hva individuelle beslutningstakere kan make å overskue av konsekvenser, hvilke mål de faktisk er i stand til å realisere, hvilke oppfatninger de har av interessene som står på spill, og av hva slags krav til rettferdighet de bygger på. Som jeg har vært inne på tidligere, er det ikke bare reelle hensyn med offentlig godkjentstempel som bør komme i betraktning. Videre er det nødvendig å kunne analysere og vurdere rasjonaliteten i de reelle hensyn som anføres fra *en hver* part. Og – for holdbarhetens og troverdighetens skyld – bør det bl a vurderes om det finnes andre tilsiktede eller utilsiktede konsekvenser som ikke er nevnt.

Beslutningstakernes oppfatninger – enten de representerer offentlig myndighet eller sine egne private interesser – av hva som er riktig, rettmessig eller rettferdig kommer også inn her, og innebærer at standpunkt til prinsipielle spørsmål bl a om forholdet mellom moralsk autonomi og politisk autoritet når som helst kan få avgjørende betydning. Rettsoppfatninger og rettsvitenskap bør også kunne utformes og forstås i et tilsvarende perspektiv.

Når avtaler til slutt trekkes inn, er det ikke for å tillegge individuelle avtalevilkår direkte relevans for standpunkt til rettsspørsmål. Derimot er det fordi avtaler gir grunnlag for innsikt i partenes rasjonalitetsoppfatninger.

Den *etablerte* listen over rettskildedefaktorer har ikke vært ment som noen rangeringsliste. Prinsipielt sett er det visstnok tilfeldig at lov står øverst og reelle hensyn nederst. Og det er lagt til grunn at reelle hensyn kan komme inn på alle trinn i tolkningsprosessen, og ofte være avgjørende. Grunnmotivet er likevel hvordan komme frem til en rettslig bindende norm med størst mulig grad av objektivitet, men der dommerens subjektive verdier vil være et legitimt supplement.

Dette forholdet bør snus opp-ned. Men det betyr ikke at subjektive preferanser skal ha overvekt over utvilsomt foreliggende rettsregler. Poenget er jeg ikke deler den oppfatning at dommeres – eller andre beslutningstakeres – verdioppfatninger enten må være styrt av internaliserte verdinormer, eller så må de være irrasjonelle. Tvert i mot mener jeg at det eneste *virkelige sikre grunnlag* for å etablere gjeldende rett, er å bygge på beslutningstakernes selvstendighet og ansvarlighet – deres evne og vilje til rasjonalitet.

Det kan være gode grunner til å ta utgangspunkt i lovtekst når det skal tas standpunkt til rettsspørsmål. Det har bl a sammenheng med at det kan være gode grunner til å sette sin moralske autonomi til side, og akseptere en politisk valgt løsning som rasjonell og forsvarlig. Og sammenheng med behovet for offentlighet om, og standardisering av, generelle regler for samarbeid og konfliktløsning. Og *det* er poenget: det er slike gode grunner som beslutningstakerne aksepterer, som bør tilsi når, og i hvilken utstrekning, det er riktig å ta utgangspunkt i lovtekst.

Og ser man på rettspraksis i det andre rommet i metodens annen etasje, bør domsgrunnene leses bl a med sikte på å finne hvilke rasjonalitetsstandarder som legges til grunn – slik det f eks er blitt gjort i form av figuren *bonus pater familias* i erstatningsretten.

3.4 Lovgivningsmetode

I det følgende forlates metodelæren, og drøftelsen forflyttes ytterligere ett hakk opp, til lovgivningen. Det ville være lite heldig om dommere anvendte en metode lovgiver ikke var inneforstått med – og *vice versa*. Det må antas kun å være i en situasjon der borgerne har ubegrenset tillit til lovgivers rasjonalitet, og det foreligger en overordnet målsetting for samfunnet som sådan – f eks en krigstilstand – at lovgiver kan gi regler for hvordan alle og en hver skal forholde seg i et hvert tilfelle – og *forvente å bli adlydt*. I et sivilt sam-

funn i fredstid kan lovgiver derimot *ikke* forvente at borgerne uten videre vil være disponert verken for lydighet eller lojalitet. Det må lovgiver gjøre seg fortjent til.

Når ny forvaltningslovgivning uttreddes og utformes, bør det legges like stor (om ikke større) vekt på hvordan reglene endrer borgernes rasjonalitetsbetingelser, som på hensynet til mulighetene for rasjonell styring og administrasjon fra forvaltningens side. Det er verken uskyldig eller uten konsekvenser at lover utformes på en slik måte at de primært fastsetter plikter og rettigheter for forvaltningsorgan eller funksjonærer. Selv om det hevdes at det kan trekkes slutninger *fra* forvaltningens plikter *til* borgernes rettigheter (og jeg er forbeholden), innebærer det likevel at borgernes beslutningssituasjon kun *avledes* fra forvaltningens rasjonalitet og *formes* i forhold til denne.

Det normative utgangspunktet for lovgivningen bør være borgernes beslutningssituasjon. Etter mitt syn bør all lovgivning systematisk etterprøves eller testes i forhold til hvordan den vil påvirke aktørenes overveielser og handlingsalternativer. Slike overveielser gjøres i praksis, typisk i privat- eller formuesrettslig lovgivning, naturlig nok, men f.eks. også i skatteretten der spørsmålet om grensen mellom lojal og illojal skatteplanlegging er velkjent. Spørsmålet er selvsagt også hvordan dette kan institusjonaliseres. Hvis det skal behandles i full bredde, blir det spørsmål om å utforme en fullstendig lovgivningsteori.

3.5 Regler, prinsipper, forfatningsdomstol

Jeg skal avslutte med noen kommentarer om begrepsbruk og antyde et videre perspektiv.

Begrepet verdi er hensiktsmessig. På samme måte som begrep eller uttrykk som handling, regel, mål, middel har det en helt allmenn karakter, uten noen spesifikk teknisk eller teoretisk betydning. For juridisk argumentasjon som skal kunne anvendes i praksis overfor en hver borger, og som samtidig – etter mitt syn – også kan inkludere normative posisjoner bl. a. av politisk og moralfilosofisk karakter, er det vesentlig at de fundamentale forutsetningene for en hver beslutning kan begrunnes på en åpen og tilgjengelig måte.

Begrepet norm bør få lov til å gå i glemmeboken. Det bærer med seg tekniske og ontologiske forutsetninger som vil begrense muligheten til å anvende det synonymt med regel. Og det er basert på en form for determinisme som kommer på tvers av kravet om ansvar for begrunnelser.

I stedet vil jeg slå et slag for prinsipper. Jeg vil slå et slag for prinsippet om respekt for menneskers rasjonalitet og selvstendighet. Dette prinsippet er basert på en ontologisk forutsetning om at menneskers bevissthet er grunnleggende intensjonell og at individer har evne til å velge mellom mål og midler på et hvert nivå. Det er en forutsetning om menneskets natur som kan forenes med erkjennelsen at individer er *forskjellige*. Det kan tenkes høyst ulike oppfatninger om hva menneskers mål bør være, noe som bør begrense ambisjoner om regulering og standardisering av livsformer eller sosiale strukturer.

En hver bruk av regler i juridisk argumentasjon bør tolkes i lys av et slikt prinsipp. Og det kan jo tenkes at anerkjennelse av et prinsipp om frihet og ansvar som et konstitusjo-

nelt prinsipp – om makt- og ansvarsfordeling mellom stat og borger – bør institusjonaliseres i form av en forfatningsdomstol.

Litteratur:

- Anscombe, Elizabeth (G. E. M.): *Intention*, Basil Blackwell 1957
- Aristoteles: *Categories and Propositions*
- Aristoteles: *Nikomakeiske etikk*
- Aubert, Vilhelm: *Retts sosiologi*, Universitetsforlaget 1981
- Ayer, Alfred J.: *Language, Truth and Logic*, Penguin Books 1971 (1936)
- Becker, Gary: *The Economic Approach to Human Behaviour*, University of Chicago Press 1976
- Carnap, Rudolf: *The Unity of Science (Die physicalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft, Erkenntnis, Vol. ii, 1932)*, Thoemmes Press Key Texts, Bristol 1995 (1934)
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworth 1977
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, Tanum-Nordli 1970
- Eckhoff, Torstein og Sundby, Nils Kristian: *Retts systemer*, TANO 1991 (1976)
- Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series 1976
- Føllesdal, Dagfinn: *Intentionality and Behaviourism; Logic, Methodology and Philosophy of Science*, North Holland, Amsterdam 1982
- Føllesdal, Dagfinn: *The Status of Rationality Assumptions in Interpretation and in the Explanation of Action, Dialectica Vol. 36, No 4 (1982)*
- Fuller, Lon L.: *The Morality of Law*, Yale University Press 1969
- Fæhn, Erik Friis: *Ingen plikt til lydlighet – En avhandling om rettsvitenskapens normative karakter*, Jacob Jarøy Forlag 2002.
- Hart, Herbert L. A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press 1994 (1961)
- Hart, Herbert L. A.: *Utilitarianism and Natural Rights, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press 1983
- Hayek, Friedrich A.: *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul 1983 (1973)
- Hume, David: *A Treatise of Human Nature*
- Popper, Karl R.: *The Open Universe – An Argument for Indeterminism*, Routledge 1988
- Raz, Joseph (ed.): *Practical Reasoning*, Oxford University Press 1978
- Ross, Alf: *Ret og Retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag 1953
- Searle, John: *Intentionality*, Cambridge University Press 1983
- Sen, Amartya: *Rationality and Freedom*, Harvard University Press 2002
- Smith, Adam: *The Theory of Moral Sentiments* 1759
- Sundby, Nils Kristian: *Om normer*, Universitetsforlaget 1978
- von Wright, Georg Henrik: *Om s.k. praktiske slutledninger*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1955
- von Wright, Georg Henrik: *Explanation and Understanding*, Cornell University Press 1971
- Wittgenstein, Ludwig: *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell 1958

Forfatteropplysninger: Erik Friis Fæhn (1957) er førsteamanuensis dr. juris ved Avdeling for samfunnsfag, Høgskolen i Oslo, der han er fagansvarlig i skatterett. Han ble cand. jur i 1985 og var lovrådgiver i Finansdepartementets skattelovavdeling frem til 1993. Han var universitetsstipendiat ved Institutt for Privatrett, Det juridiske fakultet, UiO til 1997. Han forsvarte avhandlingen »Ingen plikt til lydighet – en avhandling om rettsvitenskapens normative karakter« for den juridiske doktorgrad i 2003.