Jan Fridthjof Bernt:

Begreper og begrepsdannelse i rettsvitenskapelig argumentasjon

Foredrag på Forskerskolen ved Det juridiske fakultet

Bergen 23. april 2010

Begreper – noen terminologiske utgangspunkter

- *Språklige utsagn* - Et redskap for å formidle et betydningsinnhold
- *Betegnelser* - Uttrykk som pretenderer å referere til noe eksisterende
- *Begreper* – Betydningen – *meningsinnholdet* til betegnelsene
- *Singulære begreper* – Viser til noe konkret – begrepets *referanse*
- *Generelle begreper* – Viser til en kategori eller *klasse* gjenstander eller fenomener – begrepets *omfang*
  - Se nærmere Kolflaath, *Språk og argumentasjon s. 15-17*

Nominalisme og realisme i rettslig begrepsforståelse

- Har begreper et naturgitt eller logisk gitt meningsinnhold, eller er det rent språkkonvensjonelle redskaper som kan endre seg med tid og sted?
- Lovgivningsmyndighet innebærer også kompetanse til å fastsette definisjoner av begreper – men bare innenfor den enkelte lov
  - Men i praksis ofte smitteeffekt fra «hovedlover» som Forvaltningsloven, Tvisteloven og Kjøpsloven
- Men er det noen grunnleggende tankemessige byggeklosser som er universelle?
  - Evt. i alle fall «rettslige dypstrukturer»? (Tuori)

Begreper i rettsvitenskapen – deskriptive eller normative størrelser?

- Deskriptive begreper
  - Redskap for systematisering og beskrivelse av en gitt virkelighet
    - Som når Linné systematiserer planter etter utformingen av kjønnsorganene
      - Mens vi i dag kunne bruke for eksempel trekk ved plantenes DNA
- Et uttrykk for hva man mener er den beste *beskrivelsesmodell*
  - *Test:* Er dette den beste måten å formidle oversikt over et komplekst materiale på?
  - Inndelingen i ulike rettsdisipliner i hovedsak motivert ut fra deskriptivt – rettspedagogisk - formål

Begreper i rettsvitenskapen – deskriptive eller normative størrelser? (forts.)

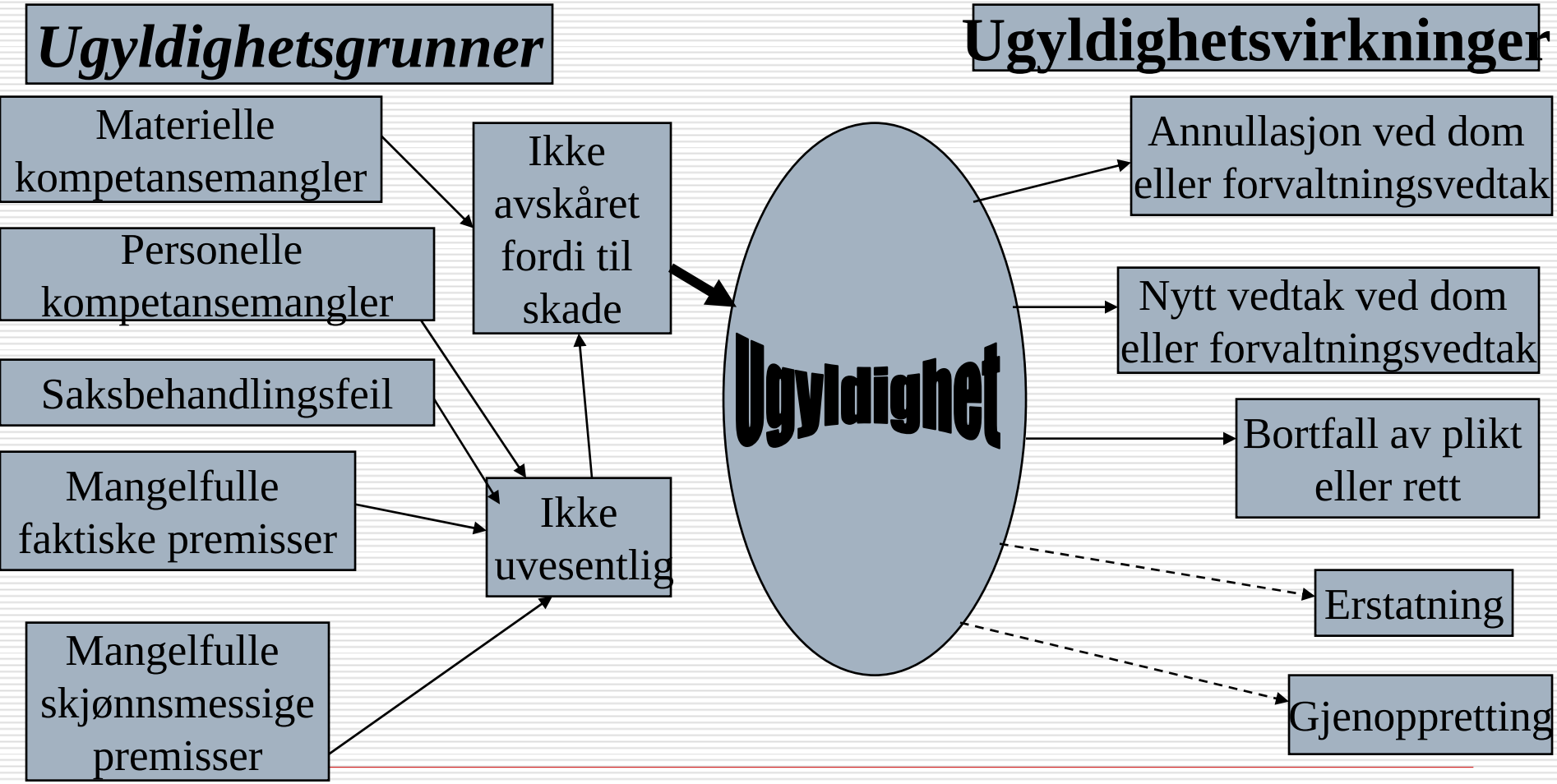
- Normative begreper
  - Uttrykker *verdivalg*
  - Hva som er er likt og hva som er ulikt
  - Begrepet blir dermed et avgjørende premiss i den rettslige dikotomiske avgjørelsesprosess
    - Rettighet eller ikke rettighet
    - Plikt eller ikke plikt
    - Relevant eller ikke relevant
- *Suspekte "overtalelsesdefinisjoner"?*
- Lovgivning er normativ begrepsdannelse, men er normativ begrepsdannelse også en oppgave for rettsvitenskapen?

Ross: Rettslige begreper som rene fiksjoner

- Oppgjør med «substansielle» rettighets- og pliktbegreper
  - Man har «betragtet pligter og rettigheder som en slags metafysiske substanser eller åndelige krefter der opstår som virkninger af visse kendsgerninger og igjen afføder de retsvirkninger der ytrer sig i retshåndhevelsen» (RR s. 204)
- Begrepene må bare anses som fremstillingsmessige hjelpemidler
  - (RR s. 206)

Eckhoff: Begreper som «koblingsord»

JFB: Eller som et «flytdiagram»:



Svein Eng: Skille mellom begreper «i rettsregler» og «om rettsregler»

- Altså mellom begreper med «normeringsfunksjon» og med «systematiseringsfunksjon»
- Men begrepet kan skifte funksjon, fra deskriptivt til normativt
- Begrepsdannelsen avspeiler *erkjennelsesinteressen*
  - Sannhet, logikk, oversiktlighet eller fremheving av visse trekk som viktige? (s. 535-540)

Språk har makt
Språk er makt

- Begrepsdannelsen uttrykk for de «briller» som vi ser virkeligheten gjennom – våre «fordommer» i gadamersk forstand
- Begrepsdannelse uttrykk for hva vi *mener* det er riktig eller hensiktsmessig å anse som ett og samme fenomen
- Hovedprogram i kritisk filosofi og kritisk juss å avdekke de verdimessige standpunkter som ligger i både terminologi og begrepsbruk
  - Homofili definert som sykdom
  - Autonomi som noe bare psykisk funksjonsfriske har

Rettsvitenskapens forhold til begrepsdannelse – Utgangspunkter

- Klassisk rettspositivisme
  - Befalingsmodell
    - Dommeren – og rettsforskeren - som munnen som uttaler loven
  - Oppgaven å forstå og beskrive lovgivers eller domstolenes befaling
- Konstruktiv skole
  - Begrepene som bærere av grunnleggende forståelses- og normeringsformer i retten
  - Induktiv-deduktiv tilnærming
    - Oppgaven å utlede de overordnede begreper fra de enkelte rettsregler, og dernest å bruke disse som styrende for forståelsen av disse

Rettsvitenskapens forhold til begrepsdannelse - Rettsrealismen

- Retten utvikler seg i komplekse prosesser som bare delvis er normativt styrt
- Den normative ramme som kommer til uttrykk i faktisk rettsanvendelse – ”law i action” – rettsvitenskapens tema
- Rettslige begreper deskriptive hjelpemidler for å forstå denne
  - Ross og sjakkspillet
- Politisk og vitenskapelig legitimitet sentrale underliggende verdier
- Både dommer og rettsvitenskap skal forholde seg til den politisk uttrykte vilje

Begrepsdannelse og den vitenskapelige forventning

- Arven fra Comte, Kelsen, Uppsalaskolen, Ross og Eckhoff
- Rettsvitenskapen bør stå *på utsiden* av retten og beskrive og analysere den på samme måte som andre vitenskaper gjør i forhold til sine objekter
- Begrepsbruken bør være mest mulig stringent og vurderingsnøytral
  - Vi må unngå «overtalelsesdefinisjoner»
    - Se Eng, Rettsfilosofi s. 495-507

Er det fruktbart å bannlyse verdibaserte begreper i rettslig argumentasjon?

- Ross (RR s. 358): «At påberåbe sig retfærdighed er det samme som at slå i bordet: et følelsesmæssigt udtryk ...»
- Diskusjonen om rekkevidden av begrepet «rettssikkerhet»
  - Skal vi holde fast ved «den harde kjerne» - det prosessuelle, som både mest stringent, verdinøytralt og bredt akseptert?
  - Eller er det en legitim og viktig diskusjon om vi også bør trekke inn materielle rettferdighetskrav for å unngå å havne i gold formalisme?
  - Men hvor går i så fall grensen mot å trekke alt som er godt og bra inn i rettssikkerhetsbegrepet?
    - Jf. om dette Bernt og Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, Bind I,* kap.2

Begrepsdannelse i en deskriptiv rettsvitenskap

- Beskrivelse av lovgivers og domstolenes *normative* begrepsbruk
- Vurdering og utvikling av *deskriptiv* begrepsbruk for å beskrive og systematisere det gitte rettsstoff
- Rettsforskeren skal ikke selv være en aktør i rettsutviklingen, bare bidra til å gi best mulig forståelse av gjeldende rett til enhver tid

En normativ rettsvitenskap

- Rettsvitenskapen tar inn over seg sin rolle som en *aktør* i rettsutviklingen
- «The View from Within»
  - Dworkin, Kinander
- En hermeneutisk forståelse av retten:
  - Indre sammenheng og konsistens tungtveiende hensyn
  - Endrer konteksten seg, kan rettsreglen endre innhold
- Et kritisk og vurderende perspektiv
  - En løpende vurdering av hva som alle hensyn tatt i betraktning gir den beste løsning her og nå
    - Augdahl, Dworkin

Referanserammen for rettslige vurderinger

- Et spenningsfelt mellom ulike legitimitetsforventninger
  - Lojalitet mot lovgiver, hensyn til forutberegnelighet, rasjonalitet og verdiriktighet
    - Bernt og Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, kap. 8
- Rettens «evalueringsnorm» eller «konstitutive verdier»
    - Doublet, *Rett, vitenskap og fornuft,* Del 4, Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 66-68

Samspill mellom rett og samfunn

- Konteksten er ikke bare den positive rett, men også det samfunn denne virker i, og de fornufts- og verdimessige forestillinger som preger dette
  - «Sammensmelting» av det deskriptive og det normative
    - Eng, *Rettsfilosofi* s. 551-561
- Grunnleggende verdier – historiske og nyere – som forståelses- og tolkingskart for retten
  - Doublet, Dworkin, Jens Petter Berg
- Et empiristisk perspektiv
  - Retten er en «lærende organisme», ikke et fasttømret normsystem
    - Jf. Friis Fæhn, *Ingen plikt til lydighet og Henrik Øvrebø, Rettslig kontroll med usikre følger for naturmiljøet, som følge av utsetting av GMO*
- Et rasjonalistisk og kritisk perspektiv
  - Retten finner sitt innhold i en løpende diskusjon i et fagfellesskap av jurister
    - Luhmann, Doublet

Begrepsanalyse og begrepsdannelse i et kritisk perspektiv

- Begrepsanalyse for å forstå
  - Rettslige begreper må tolkes, historisk og kontekstuelt, for å kunne inngå i en beskrivelse de lege lata
- Begrepsanalyse for å avdekke
  - Begrepsanalysen kan avdekke at etablert teori eller praksis bygger på uholdbare eller foreldede forutsetninger
    - Eks.: Liisberg, *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet. Kritikk av en juridisk vranglære*
- Begrepsanalyse for å rekonstruere
  - Brækhus om eiendomsrettens overgang ved konkurs
  - Eckhoff om legalitetsprinsippet
  - Eskeland, Boe, Bernt m.fl. om minstestandarder som del av rettssikkerhetskravet i helse- og sosialretten

Begrepsanalyse i rettsvitenskapelige arbeider

- Begrepsanalyse et sentralt element i så å si alle avhandlinger av vitenskapelig verdi
- Ikke en mekanisk gjennomgang av alle begreper som brukes
- Normalt ikke noen dyptgående rettsfilosofisk, språkanalytisk eller erkjennelsesteoretisk analyse
- Ikke en anstrengt påfinnsenhet for å virke original og dynamisk
  - Begreper er sentrale elementer i vårt felles språk, må behandles med respekt og varsomhet
    - Det er hyggelig å kunne bidra til fornyelse av terminologi, men lite trivelig å bli stående parkert som en mer eller mindre uforståelig særling

Krav til begrepsbruk i rettsvitenskapelige arbeider

- Presisjon
  - Vær oppmerksom på mulige tvetydigheter eller uklarhet i forståelsen av begrepet, og tydeliggjør din forståelse
- Kritikk ut fra dårlig treffsikkerhet
  - Begrepene bør brukes slik at de er treffsikre som avgrensningskriterier
- Kritikk ut fra endret rettslig kontekst
  - Hvis den rettslige kontekst – lover eller praksis – har endret seg, kan det være grunn til å reise spørsmålet om begrepet må redefineres i forhold til sitt tradisjonelle meningsinnhold
    - ”afgive sin … Eiendom» høyesterettspraksis om Grl. § 105
    - «forsørger»- Ektefellelovens bruk av begrepet blir relevant for tolking av eldre bestemmelse om erstatning

Krav til begrepsbruk i rettsvitenskapelige arbeider (forts.)

- Kritikk ut fra endret faktisk kontekst
  - «Forsørger» - endret syn på forhold mellom ektefeller
  - Lunner Pukkverkdommen (Rt. 1993 s. 528) som mulig eksempel
    - Hvorvidt trafikkstøy gikk inn under begrepet «forurensning»
      - Vi hadde også fått Grl. § 110b etter Forurensingslovens vedtakelse)
- Kritikk ut fra endret verdimessig kontekst
  - «Forsørger» i Strl.ikrl
  - Forvaltningsskjønn Rt. 2005 s..117. Klar ordlyd («etter tollvesenets skjønn ikke er noe å legge vedkommende til last») med støtte i forarbeidene tilsidesatt fordi «reiser … grunnleggende rettsikkerhetsspørsmål»
- Innpasning og tilpasning som hovedoppgave ved utlegning av gjeldende rett