



**UiT** Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Om rettens normer og deres grunnlag**

Hans Kristian Roen

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3901 mai 2021

# Innholdsfortegnelse

Tema og tese.....	4
Struktur.....	7
1  Rettsrealisme og normskeptisisme .....	8
1.1  Empirismens oppgjør med den klassiske metafysikken .....	8
1.2  Logisk positivisme.....	11
1.2.1  Nærmere om den logiske positivismens meningskriterium .....	12
1.3  Alf Ross: om retten som vitenskapsobjekt .....	14
1.4  Normskeptisisme—arven etter Ross .....	16
2  Om eliminasjonen av den prinsipielle vurderingsfrihet .....	20
2.1  Rettspositivistisk normativitet .....	21
2.1.1  Om rettsnormer som en type fakta .....	21
2.1.2  Et rettspositivistisk begrep om rettskilderegler .....	24
2.2  Om den funksjonalistiske rettsforståelse og dens utilstrekkelighet .....	28
2.2.1  Om bruddet med den substansielle rettsforståelse .....	28
2.2.2  Om reelle hensyn i relasjon til rettskildereglene .....	30
2.3  Om problemets løsning: et spørsmål om legitimasjon .....	37
3  Kelsens rene rettsteori .....	41
3.1  En teori om den rene normativitet .....	42
3.1.1  Om forholdet mellom normer og den empiriske virkelighet.....	43
3.1.2  Grundnormen og normideen .....	46
3.1.3  Om normenes relative objektive gyldighet .....	47
3.2  Om grundnormens «transcendentale deduksjon» .....	52
3.2.1  Om Kelsens transcendentale idealisme .....	53
3.2.2  Nærmere om grundnormens skapende evne .....	56
3.2.3  Nærmere om grundnormens determinerende evne .....	59
4  Fra ultimat regel til artikulasjonsregler .....	65

4.1	Om artikulasjonsreglene og deres nødvendige eksistens .....	66
4.2	Om eksklusjonen av normer fra deres urkilde.....	68
4.2.1	Oppsummering av tidligere angitte premisser .....	68
4.2.2	Nytt premiss: Normer er artikulerte enheter .....	69
4.2.3	Slutning: En norm må være ubetinget <i>qua</i> artikulert enhet .....	69
4.2.4	Videre slutning: Ingen norm kan determinere en annen norm.....	70
4.2.5	Nærmere om hva det som determinerer normer ikke kan være .....	71
4.2.6	Veien videre .....	71
5	Fra idé til virkelighet.....	72
5.1	Nærmere om legitimeringsspørsmålet: Om vår rett til det formelle normbegrep .....	72
5.1.1	Om koblingspostulater generelt .....	73
5.1.2	Om Kelsens problematiske koblingspostulat .....	74
5.1.3	Et nytt koblingspostulat.....	76
5.2	Om normer som empiri.....	78
5.2.1	Om hendelsesforløp som normenes konstituerende fundament.....	78
5.2.2	Det realistiske koblingspostulat etablert gjennom normmonisme .....	84
6	Om den gjeldende retts system.....	87
6.1	Om hvorfor noen normer <i>gjelder</i> .....	88
6.2	Om den gjeldende retts hierarki.....	91
6.2.1	Om de første normer .....	93
6.2.2	Nærmere om de første rettskilder og deres årsak.....	94
6.2.3	Nærmere om de første rettsnormer.....	95
6.2.4	Nærmere om rettskilder, rettsregler og motstrid .....	96
6.3	Om rettens dynamikk og dens binding .....	97
	Avsluttende merknader .....	99
	Litteraturliste .....	101
	Bøker .....	101

Artikler ..... 104

## Tema og tese

Lite er mer tyngende på det intellektuelt nysgjerrige og moralsk bevisste sinn, enn vissheten om at retten—som forteller oss når vi *skal* oppgi vår frihet, når vi *skal* tåle nederlag, smerte og straff, og til og med død—kanskje er en illusjon, beheftet med subjektivitetens iboende vilkårlighet.

Blant de temaer som diskuteres i rettsfilosofisk litteratur er intet mer betent enn dette spørsmålet om og i hvilken forstand retten har et objektivt/normativt grunnlag som evner å binde rettsanvendelsen—For i tillegg til å ha vidtrekkende prinsipielle og vitenskapsteoretiske konsekvenser, griper dette dypt inn i vår kulturs rettferdighetsforestillinger om objektivitet, forstått som fravær av vilkårlighet.

Problemet ser ut til å oppstå som følge av vårt alminnelige normbegreps logiske beskaffenhet.

Den type binding som foreskrives av rettsregler kalles vanligvis *normativ binding*—De binder for så vidt som de sier hva man *bør* gjøre og det er i kraft av dette «bør» at de kalles *normer*. Det normative *bør* er imidlertid noe annet enn det dagligdagse *bør*, for mens det sistnevnte ofte uttrykker anbefalinger basert på vilkårlige preferanser, er det normative *bør* et *genuint bør*, som innbefatter pretensjoner om å være noe absolutt og sikkert. Dette oppdages enkelt gjennom refleksjon over forestillingen om en norm.

Blant annet ser det ut til å være i overenstemmelse med det alminnelige normbegrep at hvis  $norm^x$  sier at man *bør* gjøre  $p$ , og det er sant at  $q$  impliserer *ikke- $p$* , så må det også følge av  $norm^x$  at man ikke *bør* gjøre  $q$ , for dersom det er usikkert om man *bør* gjøre  $q$  må det også være usikkert om man *bør* gjøre  $p$ , og  $norm^x$  vil da ikke kunne si annet enn at man *kanskje bør* gjøre  $p$ —men den er da heller ingen norm, for normer er sikre; de er som piler, som utvetydig peker i én eneste retning.

Den alminnelige forestillingen om en *plikt* ser også ut til å innbefatte et slikt genuint *bør*, for når det sies at man er *forpliktet* til å gjøre  $X$  må det forutsettes at det er sikkert at man *bør* gjøre  $X$ , dette fordi det i beste fall kan sies at man kanskje er forpliktet til å gjøre  $X$  dersom det er usikkert om man *bør* gjøre  $X$ . Dersom man så, i samsvar med disse begrepers alminnelige innhold, definerer en norm som noe som pretenderer å foreskrive et genuint *bør*, så følger det at en plikt, per definisjon, forutsetter eksistensen av en norm.

En norms sikkerhet må logisk sett være fundert på dens determinasjon. Det er dette som er det essensielle ved denne avhandlingens normbegrep; som er et *formelt normbegrep*, dvs. at  $X$  er en norm dersom  $X$  sier at man enten bør gjøre eller at man ikke bør gjøre  $p$ , og dette *bør* er et determinert (genuint) bør. Denne definisjonen er ekvivalent med at  $X$  er en norm dersom  $X$  sier at man enten bør gjøre eller at man ikke bør gjøre  $p$ , og det er en absolutt sannhet at man enten må gjøre eller ikke må gjøre  $p$  for å handle i overensstemmelse med normen.

Gitt så at det alminnelige (rettslige) normbegrep er et formelt normbegrep, er det da ikke vanskelig å se hvorfor noen mistenker at rettsregler ikke er normer overhodet, for retten har ikke noe åpenbart grunnlag som evner å determinere rettsregler *qua* normer, dvs. som noe sikkert; noe som foreskriver et genuint bør.<sup>1</sup> Et slikt grunnlag må determinere rettsregler fullt ut (for sikkerhet krever alltid hundre prosent), men det viser seg i praksis at rettsanvendelsen alltid innbefatter elementer (som gjerne tilskrives rettsanvenderens  *vurderinger*) som konsekvent unndrar seg innordning under de beste kandidater for rettens objektive grunnlag— det i alle fall uten at disse grunnlag reduseres til metafysiske postulater. Etter pålegg fra den sunne vitenskapelige skeptisisme må forestillingen om rettens normer så, foruten et

---

<sup>1</sup> Ved på denne måten å angi det *alminnelige* normbegrep som et *formelt* normbegrep tar jeg avstand fra det som ser ut til å være det rådende metodologiske grunnsyn hos de forfattere som har forsøkt å gi positive svar på spørsmålet om rettsanvendelsen er bundet. Disse teoriens beviser forutsetter normalt en rettsfilosofi som, i likhet med andre filosofigrener, har løsrevet seg fra de tradisjonelle forestillinger om sikkerhet, logisk konsekvens og deduktiv teoribygging, da til fordel for et dogme om at en teoris øverste bud er praktisk brukbarhet.

Denne fordreiningen av metodesyn i filosofien mot et som er mer pragmatisk, illustreres godt i forordet til den kjente metafysikeren (m.m.) David Lewis' *On the Pluralities of Worlds*. Han skriver her at «Nowhere in this book will you find an argument that you must accept the position I favour because there is no alternative. I believe that philosophers who offer such arguments are almost never successful, and philosophers who demand them are misguided.» (Lewis, David, *On the Plurality of Worlds*, Blackwell Publishing, 1986, reissued (2001) s. viii).

I norsk rettsfilosofi finner man tilsvarende sentiment særlig under termen *rettspragmatisme*, som blant annet er «antifundamentalistisk» og «antiformalistisk», dvs. den avviser forestillinger om at teoribygging skal være deduktiv med utgangspunkt i sikre premisser (se Sverre Blandhold, «Rettspragmatismen i perspektiv», *Kritisk juss*, Årgang 51, 2020/3 s. 166-178, s. 173).

Resultatet synes å være en rettsfilosofi som tilsynelatende ikke kan begrunne sin egen eksistens uten å begi seg på en ytterst prekær oppgave om å overbevise sine kritikere om at de har misforstått sitt fundamentale logiske begrepsapparat; da særlig at forestillinger om sikkerhet er en praktisk uoppnåelig illusjon. Jeg avviser dette syn og holder fast ved at sikkerhet nettopp betyr fravær av kontingens og vaghet, herunder prinsipiell vilkårlighet.

overbevisende argument for eksistensen av noe hvis evne er å determinere normer, oppgis som et blott fantasifoster.<sup>2</sup>

Denne avhandlingens sentrale tese er at retten er et system av normer (da forstått som noe sikkert; som utvetydig peker i én eneste retning).

Det grunnleggende premiss for mine argumenter for dette er at spørsmålstillingen slik den nå er antydnet (og som jeg tar for å være uttrykk for hvordan problemet normalt konseptualiseres; dog ikke alltid like eksplisitt) er feil, for den bygger på at rettsreglers normativitet forutsetter en bunden rettsanvendelse, altså at rettens objektive grunnlag som determinerer rettsregler *qua* normer utfører denne funksjon ved å determinere rettsanvendelsen. Egentlig er spørsmålet om rettsregler er normer et annet enn spørsmålet om rettsanvendelsen er bundet—for sistnevnte er et spørsmål om *rettskildereglene* (eller et lignende fenomen) virkelig er normer (og dermed evner å binde rettsanvendelsen).<sup>3</sup> Til tross for den intuitive appell som kan anføres for denne idé om at spørsmålene henger sammen, er det simpelthen ikke mulig å demonstrere en slutning direkte fra et svar på det ene spørsmålet til et svar på det andre, for de har ikke den nødvendige logiske sammenheng.

Både rettsregler og rettskilderegler inngår imidlertid i rettens system, og *qua* normer lider de begge av samme grunnlagsproblem. I denne forstand er de forbundet. De er da også begge objekt for denne avhandlingens undersøkelser, som tar for seg rettens normer og deres grunnlag—og den er ikke mindre beskjeden enn at den søker å påvise at retten har et objektivt grunnlag som determinerer dens normer.

---

<sup>2</sup> Hans Petter Graver bygger på samme idé i «Keiserens Garderobe», *TfR*, 03-04/2000 s. 429-476, s. 449, der han skriver at «Det er først om vi kan peke på *regler* for tolkningen av lovteksten, i betydningen normer som determinerer tolkningsresultatet, at det logisk sett kan hevdes at vi er bundet av den.»

<sup>3</sup> Termene rettskilderegul, rettskildeprinsipp og rettskildenor forstås som synonyme. Jeg bruker hovedsakelig termen rettskilderegul, da med mindre det av sammenhengen fremstår som naturlig å bruke en av de andre (som f.eks. der hvor diskusjonen knytter seg til et sitat der en annen term er brukt).

## Struktur

Fremstillingsteknisk skal det først, i kapitlene 1 og 2, dykkes dypere inn i avhandlingens overordnede problem, da med henblikk på å vise hvordan det gjør seg til kjenne i den rettsfilosofiske litteraturen. Det er her et poeng å fremheve de problemer som oppstår når man søker rettens objektive grunnlag i rettsanvendelsen.

Det rettsrealistiske (empiristiske) vitenskapssyn presenteres i kapittel 1, da med sikte på å få frem hvordan dette kan lede til normskeptisisme, dvs. fornektelsen av at retten inneholder genuine normer—eller i alle fall at rettens normer inneholder et genuint bær (som er forutsatt i det formelle normbegrep). Det fortsettes på samme spor i kapittel 2, men her er poenget også å få frem hvordan problemet kan løses. Det skal dermed, med utgangspunkt i en illustrasjon av hvorfor rettspositivismen ikke evner å løse problemet, argumenteres for at en endelig løsning krever at det legges til grunn en *fullkommenhetstese*, som innebærer at rettens normative grunnlag må forutsettes å determinere hele retten. Dette skal gjøres ved et paradigmeskifte der jeg heller enn å spørre om retten består av normer etterspør bevis som legitimerer rettsvitenskapens bruk av normbegrepet (det formelle normbegrep) overhodet.

Dette paradigmeskiftet er inspirert av Hans Kelsens *rene rettsteori*. Avhandlingens kapittel 3 omhandler derfor denne teorien, da særlig de av dens aspekter som direkte vedrører problemet. Kapitlet har primært to målsetninger. Den første er å gi en forståelse for hvordan en rettsteori overhodet kan være ren. Den andre er å gi en god nok forståelse av visse særtrekk ved Kelsens teori, da hovedsakelig det som relaterer seg til hans forhold til *transcendental idealisme*, til at leseren forstår hvorfor det i de senere kapitler skal argumenteres mot Kelsen.

Kapitlene 4-6 beskjeftiger seg med teoribygging. Det nødvendige innholdet av rettsnormenes objektive/normative grunnlag angis i kapittel 4. Diskusjonen tar her form av en kritikk av Kelsen, men de argumenter som utvikles rammer i realiteten alle teorier som påstår at retten har et *materielt* normativt grunnlag, dvs. at dette i en eller annen forstand selv utgjøres av normer. Mot dette påstås det at den urkilde som muliggjør og determinerer enhver norm overhodet må bestå av rent *formelle artikulasjonsregler*.

Kapittel 5 er skrevet som en kritikk av Kelsens transcendentale idealisme, men også her rammer argumentet bredere enn bare Kelsens teori. Dets sentrale slutning er at determineringen av en norm selv ikke, i alle fall i strengt logisk forstand, kan være del av normen. Dette innebærer at normer ikke kan frembringes gjennom noen forstandsakt, men må



antas å være gitt i den umiddelbare erfaring og er således et mulig undersøkelsesobjekt for en empirisk rettet vitenskap. Dette utgjør, sammen med konklusjonen fra kapittel 4, mitt svar på avhandlingens problemstilling.

Det siste kapittelet (kapittel 6) har særlig to funksjoner, som, det kan hevdes, er komplett motstridende. Det samler på den ene side en del tråder fra tidligere og besvarer en del spørsmål det må antas at leseren har på dette punkt. Som sådan utgjør det en type avslutning. På den annen side introduseres her en del forholdsvis oppsiktsvekkende konklusjoner med potensielt stor betydning for rettskildelæren og rettsvitenskapens selvforståelse. Målet er å presentere noen ideer som jeg mener kan utgjøre sentrale karakteristika ved en teori utviklet på bakgrunn av konklusjonene fra kapitlene 4 og 5. Disse samles i en skisse av den gjeldende retts system.

## 1 Rettsrealisme og normskeptisisme

Temaet er her rettsrealismens<sup>4</sup> genealogi, da særlig med sikte på hvordan dens sentrale premisser har ledet til normskeptisisme. Fremstillingen begynner med den generelle filosofiens oppgjør med den tradisjonelle metafysikken, for så å gå over til hvordan Alf Ross (1899-1979) forsøkte å bygge opp en rettsvitenskap etter et empiristisk vitenskapsideal. Endelig fremheves hvordan Ross' teori henger sammen med den normskeptisisme som nå lenge har stått sterkt i norsk rettsteori.

### 1.1 Empirismens oppgjør med den klassiske metafysikken

Det er normalt å kreditere René Descartes (1596-1650) med å ha voldt overgangen fra middelalderens skolastiske filosofi til *moderne* filosofi (derav den uoffisielle tittelen «den moderne filosofiens far»). Gjennom sin såkalte *metodologiske tvil*, som han pionerte i sine *Meditationes de prima philosophia*, la Descartes de metodologiske premissene for denne nye epoken i filosofihistorien. Den sentrale tanken var at alt som logisk lar seg underlegge tvil også skal betviles, og at kunnskap så måtte bygges på (deduseres fra) premisser som er selvinnlående, sikre og således ikke kan betviles. Descartes eget forsøk på dette, som bygget

---

<sup>4</sup> Begrepet rettsrealisme forstås her slik det ble forstått av og i tradisjonen etter Alf Ross.

på førsteprinsippet *cogito ergo sum*; jeg tenker derfor eksisterer jeg, lyktes ikke. Arven etter Descartes ble da i praksis ikke en metode for å oppnå kunnskap (for ingen har til dags dato klart å fundere all kunnskap på et eller flere selvinnlysende sanne førsteprinsipper), men heller en metode for å stille det sentrale spørsmålet, altså; hvordan oppnår man kunnskap? Utfordringen for de store filosofer som fulgte Descartes har da vært å utvikle en alternativ metode for hvordan som løser, eller i det minste omgår, spørsmålet.<sup>5</sup>

Empirismen er en slik metode for hvordan man kan frigjøre seg fra Descartes radikale tvil. Dens sentrale innsikt er at man normalt bare kan si at man er sikker på *X* dersom *X* er utledet gjennom et *middel* som selv garanterer sikkerhet, som f.eks. en deduksjon, men dersom *X* derimot ikke er utledet gjennom noe middel overhodet, men er gitt *umiddelbart*, så stiller ting seg annerledes, for *X* fremstår da som sikker i kraft av å være en blott forestilling. Mer konkret kan det betviles at de figurer og farger man erkjenner som bevissthetsobjekter virkelig refererer til f.eks. et bord i en ytre verden, men det at forestillingene er ekte kan ikke betviles, for de er her, så å si; direkte i sinnet. Generelt kan man altså tvile på at sanseerfaringer har bestemte referanser, men det er ikke mulig å tvile på at sanseerfaringer «i seg selv» er ekte, siden de er gitt umiddelbart.

Filosofisk empirisme karakteriseres gjennom den grunnidéen at sanseerfaringer er noe primært, mens idéer og begreper er avledet. Denne egenskapen gjør da sanseerfaringer til et interessant utgangspunkt for kunnskap. David Hume (1711-1776) skriver således «Since it appears, that our simple impressions are prior to their correspondent ideas (...) method seems to require we should examine our impressions, before we consider our ideas».<sup>6</sup>

En slik empiristisk vending har mange implikasjoner, som er å finne hos Hume så vel som hos forfattere som normalt kalles rettsrealister. Blant annet leder det Hume til å vedkjenne at mennesker «are nothing but a bundle or collection of different perceptions, which succeed each other with an inconceivable rapidity, and are in perpetual flux and

---

<sup>5</sup> Descartes problem har klare paralleller til det jeg skal behandle, for det dreier seg om å finne premisser som funderer sikre konklusjoner. Utfordringen jeg står ovenfor er også i stor grad den samme som den Descartes etterlot seg, altså består den primært i å finne en metode som tillater en løsning (og det sies derfor lite om metode i begynnelsen, for hele avhandlingen er på sett og vis en øvelse i metode). Heldigvis trenger jeg imidlertid ikke å gjøre alt arbeidet selv, for det foreligger flere århundrer med filosofihistorie som det kan lånes fra.

<sup>6</sup> *Treatise* 1.1.2 s. 19.

Referanser til Humes *A Treatise of Human Nature* angis på formen [*Treatise*][overskriftsnummer] i tillegg til sidenummer i den utgaven jeg benytter.

movement».<sup>7</sup> Gitt et slikt utgangspunkt er det da heller ikke overraskende at Hume gjorde seg til talsmann for en moralfilosofi der moralens grunnlag søkes i individenes subjektive *følelser*; altså en moralrelativisme. Dette ligger ikke langt unna den verdinihilismen som er å finne i arbeidene til Axel Hägerström (1868-1939), «som stod for at verdier bare er uttrykk for subjektive preferanser».<sup>8</sup> Denne er blant de av Hägerströms ideer som generelt fikk stort gjennomslag blant den skandinaviske rettsrealismens grunnleggere.<sup>9</sup>

Empirismen opponerer mot omtrent all vestlig metafysikk fra antikken til Hume selv. Denne vestlige tradisjonen for metafysikk sammenfattes her, for enkelhets skyld, under termen *naiv begrepsrealisme*, som da brukes om alle filosofiske posisjoner som forutsetter at ethvert begrep har en referanse.

Tendensen har kanskje sitt klareste uttrykk allerede hos Platon, som fremholdt at menneskets begreper er degenererte kopier av deres *perfekte* originaler som eksisterer i en oversanselig *idéverden*.<sup>10</sup> Denne teorien fremstår nok, når man først møter den, for de fleste som nokså absurd, men etter nærmere refleksjon viser det seg at det foreligger en sterk menneskelig tendens til å forutsette en form for idéverden. Dersom vi f.eks. ønsker å finne ut av hva som er godt, tar vi gjerne utgangspunkt i det godes idé. Ønsker vi på tilsvarende måte å finne hva *retten* er, begynner vi gjerne ved å analysere begrepet rett, eller kanskje heller *gjeldende rett*. Slike undersøkelser ser ut til å forutsette at begreper kan fungere som kilde, og ikke bare som middel, til kunnskap.

Den naive begrepsrealismen muliggjør i praksis mye av den tradisjonelle metafysikken, som blant annet består av analyser av og utlegninger om våre begreper om det gode, det onde, det rettferdige og det skjønne. Empiristisk filosofi utgjør således et paradigmeskifte ved at man forutsetter at ideene bøyer seg etter og tilpasser seg den empiriske virkelighet, og ikke omvendt. Empiri, forstått som eller fundert på sanseinntrykk, inntar nå posisjonen som det epistemologisk primære og dermed det mest sikre. Utfordringen blir da å vise hvordan man

---

<sup>7</sup> *Treatise* 1.4.6 s. 188.

<sup>8</sup> Se Hans Petter Graver, «Nyere utviklingstrekk i norsk rettsvitenskap», *LoR*, 1998 s. 579-603, s. 582.

<sup>9</sup> Her inkluderes normalt, i tillegg til Ross og Hägerström, svenskene Vilhelm Lundstedt (1882-1955) og Karl Olivecrona (1897-1980), se Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, 2007 s. 275.

<sup>10</sup> Idélæren presenteres ofte gjennom den såkalte linjeliknelsen, som inngår i dialogen *Staten*.

kan oppnå kunnskap uten å bryte med et grunnleggende prinsipp om at kunnskapsobjektet må kunne spores tilbake til det som er umiddelbart gitt, dvs. sanseinntrykk. Problemet nådde sitt høydepunkt i den filosofiske bevissthet under den såkalte *logiske positivismen*, og det var her rettsrealismen skulle få sitt filosofiske grunnlag.

## 1.2 Logisk positivisme

Den erkjennelse at den informasjonen som presenteres i den umiddelbare bevissthet er sikker er, isolert sett, en mager start dersom målet er å bevise at man kan ha sikker kunnskap om ytre objekter. Det trengs her noe mer. Før de logiske positivistene forsøkte Immanuel Kant (1724-1804) å løse problemet gjennom sin såkalte *kopernikanske vending*, der han heller enn å rette søkelyset mot det menneskelige sinns objekter, valgte å undersøke det menneskelige sinn selv. Han forsøkte å finne frem til forstandens nødvendige lovmessighet, for så på denne måten å oppdage hvordan objekter nødvendigvis må være for så vidt som de er mulige erfaringsobjekter.<sup>11</sup>

Strategien til de logiske positivistene har likheter med Kants, men der Kant undersøkte forstandens lovmessighet valgte heller de logiske positivistene språket som sitt undersøkelsesobjekt. Den sentrale tanken var da at metafysiske problemer kan oppheves dersom man avdekker språkets indre logikk og dets begrensninger.<sup>12</sup>

Den logiske positivismen kan stikkordsmessig sies å være preget av empirisme, logikk og språkanalyse. Et gjennomgående trekk var dens representanter brukte moderne

---

<sup>11</sup> Dette utdypes mot slutten av kapittel 2 og ytterligere gjennom kapittel 3.

<sup>12</sup> A. J. Ayer skiller sitt prosjekt fra Kants som følger: «Our charge against the metaphysician is not that he attempts to employ the understanding in a field where it cannot profitably venture, but that he produces sentences which fail to conform to the conditions under which alone a sentence can be literally significant», se Alfred J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Penguin Books, 1936 s. 15. Forordet til Ludwig Wittgensteins *Tractatus Logico-Philosophicus* er også særlig illustrerende. Wittgenstein sier her at «The book deals with the problems of philosophy, and shows, I believe, that the reason why these problems are posed is that the logic of our language is misunderstood. The whole sense of the book might be summed up in the following words: what can be said at all can be said clearly, and what we cannot talk about we must pass over in silence. Thus the aim of the book is to draw a limit to thought, or rather—not to thought, but to the expression of thoughts: for in order to be able to draw a limit to thought, we should have to find both sides of the limit thinkable (i.e. we should have to be able to think what cannot be thought) (...) It will therefore only be in language that the limit can be set, and what lies on the other side of the limit will simply be nonsense.» se Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1961, second impression (1963) s. 3.

språkanalyse og formallogisk analyse til å bygge videre på Hume. Det mest grunnleggende kriteriet for kunnskap ble etter hvert at den kunnskapspretenderende påstanden oppfyller et *meningskriterium*. Denne tanken fikk senere sin sentrale plass i Ross' rettsrealistiske krybbe. Den fremstilles derfor nå i noe detalj.

### 1.2.1 Nærmere om den logiske positivismens meningskriterium

Det skeptisk-empiristiske utgangspunkt, som de logiske positivistene hovedsakelig slutter seg til, innebærer altså at all kunnskap må søkes i sanseerfaringen. Påstander som ikke relaterer seg til en sanseerfaring kan da per definisjon ikke være kunnskap. Det kan videre sies at når en påstand ikke kan være kunnskap så har den heller ikke bokstavelig («literal») mening (i motsetning til andre typer mening som f.eks. følelsesmessig mening, estetisk mening, eller den mening som ligger i uttrykk av typen «au!»). Følgelig må kunnskap bestå av påstander med bokstavelig mening. Formodentlig må disse påstandene også være sanne for å kvalifisere som kunnskap.<sup>13</sup>

Mennesker kommuniserer imidlertid ikke gjennom umiddelbare telepatiske prosesser, altså kan vi ikke kommunisere med sanseerfaringer direkte. Til dette bruker vi *språk*. Det grunnleggende problemet for de logiske positivistene var da ikke å finne et grunnlag for kunnskap, men heller å formulere et kriterium for når språklige utsagn er meningsbærende og dermed vitenskapelige. Dette problemet ble løst ved det såkalte *verifikasjonskriteriet*.

Problemene med å formulere verifikasjonskriteriet refereres gjerne som hovedårsaken til den logiske positivismens nederlag. Det tok mange former gjennom bevegelsens levetid. Jeg tar her utgangspunkt i arbeidet til briten Sir Alfred Jules Ayer (1910-1989). Han formulerer blant annet verifikasjonsprinsippet i boken *Language, Truth and Logic* som følger:

Let us call a proposition which records an actual or possible observation an experiential proposition. Then we may say that it is the mark of a genuine factual

---

<sup>13</sup> Det må her bemerkes at hva som defineres som en meningsfull påstand nettopp er et definisjonsspørsmål. Når man sier at noe ikke har bokstavelig mening så menes bare at påstandene ikke er interessante siden de ikke refererer til noe man kan ha kunnskap om. Dersom vitenskap defineres som systematisk innhenting av kunnskap (e.l.), så kan det da sies at påstander er meningsløse i den forstand at de er uvitenskapelige. Vitenskapelige påstander har derimot bokstavelig mening, og de klassifiseres som kunnskap dersom de er sanne.

proposition, not that it should be equivalent to an experiential proposition, or any finite number of experiential propositions, but simply that some experiential propositions can be deduced from it in conjunction with certain other premises without being deducible from those other premises alone.<sup>14</sup>

I dette ligger det for eksempel at påstanden «tyngdekraften trekker gjenstander mot jorden» er meningsfull selv om den ikke er «equivalent to an experiential proposition» (for hvordan skal man kunne observere tyngdekraften? Det eneste som strengt tatt kan observeres er at objekter beveger seg). Dette fordi man kan slutte, «in conjunction with certain other premises», som for eksempel at det eksisterer en ustøttet sten én meter over jordens overflate, at stenen vil falle mot jorden. Denne konklusjonen kan heller ikke sluttet fra de «other premises alone».

En påstand kan så, på en enklere måte, sies å være en meningsfull dersom den relaterer seg til noe iakttagbart. Den må dog ikke referere direkte til dette, altså må ikke påstandens meningsinnhold være identisk med det iakttagbare. Det holder at den er relevant for et empirisk forhold—den er meningsfull i kraft av og for så vidt som den er relevant.

Selv om heller ikke den logiske positivismen innfridde alt det den lovet, råder det i dag en oppfatning om at den «slo spikern i kista» for den tradisjonelle metafysikken og dens naive begrepsrealisme. For vår del innebærer dette at et argument som pretenderer å utlede den nødvendige eksistensen av rettsnormer direkte fra en forestilling eller idé om en slik norm ikke er en farbar vei. Det samme gjelder alle forsøk på å utlede den nødvendige eksistensen av rettsnormer direkte fra ideen om rettferdighet, godhet, eller en hvilken som helst annen rettslig eller moralsk idé. Kunnskap kan bare hevdes dersom man begynner med det iakttagbare, og de operative forestillinger som besjeler oss i det daglige, men som ikke kan spores tilbake til noe iakttagbart, må da forkastes som illusjoner; som er uvedkommende i en vitenskapelig diskurs.

---

<sup>14</sup>Ayer (1936) s. 20.

### 1.3 Alf Ross: om retten som vitenskapsobjekt

Blant de skandinaviske rettsrealistene er den logiske positivismens innflytelse særlig klar hos Alf Ross. I boken *Om ret og rettfærdighet* går Ross kanskje lenger enn noen annen i å utvikle en rettsvitenskap som er i overenstemmelse med det vitenskapsidealet som ble formulert av de logiske positivistene.<sup>15</sup> I forordet beskriver han sitt *antimetafysiske* grunnsyn som «udtryk for den programmatisk fordring at rettsvitenskapen må grundlægges og opbygges som en erfaringsvitenskap i samme relativistiske ånd og efter samme metodiske mønster som gælder for al anden moderne videnskab der ikke er af rent formallogisk karakter».<sup>16</sup> I dette ligger en avvisning av alle forsøk på å søke retten i fornuften, naturen eller Gud, altså alle argumenter som beror på en slik naiv begrepsrealisme som ble beskrevet ovenfor. Som følge av dette grunnsyn, sies det, tolkes «den juridiske tænkning (...) i samme logik hvorpå al anden videnskabelig erkendelse er opbygget. Som etiket for en rettsfilosofi baseret i dette grunnsyn har jeg valgt betegnelsen den realistiske retslære». Ross kaller altså en rettsvitenskap som inntar et skeptisk-empiristisk grunnsyn *realistisk*.

Etter Ross' utgangspunkt er det da bare setninger om empirisk iakttagbare forhold, altså verifiserbare setninger, som er vitenskapelige. Slike setninger kalles gjerne *påstander* («propositions» på engelsk fagspråk). Ross påpeker at setninger om gjeldende rett, som f.eks. «Den som dreper en annen, straffes med fengsel fra 8 inntil 21 år.» (straffeloven § 275), ikke er påstander, for de referer ikke til noe iakttagbart. Slike setninger er, ifølge Ross, *direktiver*, altså søker de hovedsakelig å påvirke noe.<sup>17</sup> Det er klart at en vitenskap etter et logiskpositivistisk vitenskapsideal ikke kan ha direktiver som sin undersøkelsesgjenstand. Ross sier således om rettsdogmatikken at «Da den angår normerne, kan den godt kaldes normativ. Men uttrykket må ikke misforstås. Som fremhævet [tidligere] kan en videnskabs sætninger naturligvis ikke udgøres af normer (direktiver).»<sup>18</sup> Dette problemet løses, ikke bare av Ross, men av alle rettsrealister, ved å knytte rettsvitenskapens setninger til rettens *virkning* i samfunnet. Bare slike setninger kan, antas det, kalles rettsvitenskapelige påstander.

Spørsmålet blir så hvordan rettsvitenskapens undersøkelsesobjekt nærmere skal avgrenses, dvs. hvilken del av den sosiale virkelighet den skal behandle. Ross argumenterer

---

<sup>15</sup> Ifølge Eng (2007) har heller «ingen annen (...) med slik klarhet, konsekvens og detaljrikdom utarbeidet en empiristisk rettsteori» se s. 307.

<sup>16</sup> Alf Ross, *Om ret og Retfærdighed*, København 1966 s. 3.

<sup>17</sup> Se *ibid* s. 18 for denne distinksjonen.

<sup>18</sup> *ibid.* s. 29.

gjennom kapittel 2 av *Rett og rettferdighet* med at rettsregler forstås best som direktiver til dommerne, og at rettsvitenskapelige påstander om gjeldende rett da må forstås som hypoteser om hva dommere kommer til å gjøre. Dette utgjør kjernen av Ross' *prognose teori*.<sup>19</sup>

Det er her et helt sentralt poeng hos Ross at da han utpeker *maktutøvelse ved domstolene* som rettsvitenskapens undersøkelsesobjekt, så innebærer ikke dette at han mener at denne maktutøvelsen utgjør den *egentlige referanse* i påstander om gjeldende rett. Poenget er heller at han konstruktivt definerer påstander om hvordan domstolene vil utøve makt som gjeldende rett. Han sier f.eks. at «Om man vil kalde (...) fx den orden der hersker indenfor en bande, for et »retssystem« (banderet) eller ej, er videnskabeligt set – d. v. s. når ordet »ret« befris for sin emotionel-moralske ladning – et vilkårligt definitionsspørgsmål uden al interesse».<sup>20</sup>

Ross' empiristiske grunnholdning er da særlig klar ved at han ikke tar utgangspunkt i sine forutinntatte ideer og forestillinger, typisk ved å begynne sine undersøkelser med å spørre «hva er gjeldende rett?», men heller utpeker maktutøvelsen ved domstolene som et særlig interessant sosialt (empirisk) fenomen som etter hans mening bør undersøkes under navnet rettsvitenskap. Programmet er da *realistisk* ved at undersøkelsesobjektet primært er et sosialt fenomen, og ikke f.eks. begrepet gjeldende rett.

Ross kan kritiseres for å operere med et for sterkt verifikasjonskriterium. Han sier blant annet at

---

<sup>19</sup> Prognose teorien er modellert etter naturvitenskapenes metode. Altså er det sentrale at man søker å verifisere hypoteser. Dette har gitt opphav til en del kritikk mot Ross' teori, så vel som liknende teorier, som spiller på at rettsvitenskapen er så vidt forskjellig fra naturvitenskapene at det vil være et feiltrinn å forsøke å anvende den naturvitenskapelige metode på rettsvitenskapen (se f.eks. Jan F. Bernt & David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998 s. 76-78). Denne type kritikk er etter min mening en stråmann som ser ut til å være et resultat en misforståelse angående verifikasjonskriteriet. Det må fremheves at dette er et *meningskriterium*, og ikke et *kunnskapskriterium*. Det følger ikke av innsikten om at man prinsipielt må kunne verifisere en setning om rettslige forhold for at den skal kvalifisere som en rettsvitenskapelig påstand, at rettsforskere på en eller annen måte må arbeide innenfor en uheldig metode siden de blant annet har en sterkt begrenset mulighet til å sette opp eksperimenter som kan verifisere påstandene de kommer med. Verifikasjonskriteriet er et svar på det antikke *demarkasjonsproblemet*, altså spørsmålet om hvordan man skal skille vitenskapelige påstander fra pseudovitenskapelige påstander. Det legger imidlertid få føringer for hvilken metode rettsforskeren skal anvende i sin forskningsvirksomhet utover at metoden må ha de genuint vitenskapelige påstander som sitt objekt.

<sup>20</sup> Ross (1966). s. 44.



Skal rettsvitenskapens sætninger forstås som erfaringsvitenskapelige påstande om en social virkelighet – og altså ikke som metafysiske postulater om en gyldighet hinsides erfaringen – må der om dem gælde det samme som om alle andre virkelighedsudsagn, nemlig at deres logiske meningsinnhold *er identisk med de umiddelbare erfaringer*, gjennom hvilke det etterprøves om utsagnet er sandt eller ej.<sup>21</sup>

Ved å kreve at de rettsvitenskapelige setninger har et meningsinnhold som er identisk med mulige umiddelbare erfaringer, tar Ross utgangspunkt i det Ayer kaller et prinsipp om «conclusive verifiability».<sup>22</sup> Dette er et strengere prinsipp enn det Ayer selv forfekter, som er gjengitt ovenfor.

Ross' standpunkt om at rettsvitenskapelige påstander refererer til fremtidig dommeratferd, er nærmest tvingende nødvendig dersom man legger et slikt strengt verifikasjonskriterium til grunn. Dersom man løsner på dette, som Ayer gjør, så trenger man derimot ikke nødvendigvis å knytte rettsvitenskapelige påstander til noe fullt så konkret. Det sentrale vil bare være at påstandene grunnleggende sett gjelder noe empirisk, altså noe iakttagbart.<sup>23</sup>

Som nevnt anses den logiske positivismens forsøk på å formulere et verifikasjonskriterium i dag som et forfeilet prosjekt. Selv om det ideelle verifikasjonskriteriet aldri lot seg formulere er imidlertid den logiske positivismens grunntanke om at vitenskap på en eller annen måte må kobles til det empiriske fremdeles velbegrunnet. Denne grunntanken fungerer, i sin generelle form, som et veiledende så vel som samlende prinsipp for all rettsrealisme—for det er nettopp gjennom denne grunnholdningen at den er *realistisk*.

## 1.4 Normskeptisisme—arven etter Ross

Ross mente altså at rettsvitenskapelige undersøkelser må lede frem til prognoser om dommeratferd. Dette betyr dog ikke at disse setninger eller dommeratferden nødvendigvis må sies å være rettsvitenskapens tema. Dersom dette var tilfellet, ville den være en rent

---

<sup>21</sup> *Ibid.* s. 52, min kursiv.

<sup>22</sup> Se Ayer (1936) s. 18.

<sup>23</sup> Spørsmålet om rettsvitenskapens objekt, og dermed de legitime rettsvitenskapelige påstanders referanse, besvares i kapittel 6 med at dette må være de fakta som aktiverer den norm som hevdes å være gjeldende rett.

behavioristisk vitenskap. Ross bestemmer derimot rettsvitenskapens tema som *dommerideologien*. Denne finner han i en syntese mellom det han kaller den behavioristiske realisme og den ideologiske realisme.<sup>24</sup>

Med ideologisk realisme viser han generelt til de psykologiske mekanismer som styrer dommeren. Om en rent ideologisk-realistisk rettsvitenskap sier Ross at «Den centrale indvending (...) er, at retsbevidstheden er et individual-psykologisk begreb. Ved at knytte begrebet gældende ret til den individuelle retsbevidsthed gør man retten – ligesom moralen – til et individuelt fænomen.»<sup>25</sup> Av dette følger det at «retten prinsipielt [vil eksistere] i lige så mange varianter, som der er mennesker der gør sig indholdet af retsforestillingerne klar». Rettsvitenskapen kan allikevel ikke se bort ifra slike fenomener fordi «En ren behavioristisk interpretation af gælde-begrebet er (...) ikke mulig, fordi det er umuligt at forudsige dommerens adfærd ved en blot ydre iagttagelse af sædvanemæssig regelmæssighed. Retten er andet og mere end en indlevet, habituel orden.»<sup>26</sup> Ross konkluderer da med at

En holdbar tydning af rettens gælden er derfor kun mulig ved en syntese af ideologiske og behavioristiske synsmåder, (...) Synsmåden er behavioristisk, for så vidt den retter sig mod at finde sammenhæng og forudsigelighed i dommerens ydre iagttagelige verbale behavior. Den er ideologisk, for så vidt den sammenhæng der er tale om er en menings- og motivationssammenhæng, der kun er mulig under den hypotese, at dommeren i sit sjæleliv beherskes og motiveres af en normativ ideologi af vist indhold.<sup>27</sup>

For Ross er det altså dommerideologien som er rettsvitenskapens undersøkelsestema, og uttalelser om denne dommerideologien er grunnleggende sett prognoser om hvordan domstolene rent faktisk vil handle i fremtiden. Dommerideologien selv forstås videre som et faktisk forhold. Snakket om en *syntese* av behavioristiske og psykologiske faktorer er således langt mindre mystisk enn det kan høres ut, for, i alle fall slik jeg forstår Ross, er det egentlig ikke snakk om noen genuin syntese, men heller om to perspektiver som utfyller hverandre og som hver for seg, og følgelig også sammen, oppfattes som empirisk foreliggende forhold.

---

<sup>24</sup> Se Ross (1966) § 14, s. 85.

<sup>25</sup> *Ibid.* s. 87.

<sup>26</sup> *Ibid.* s. 89.

<sup>27</sup> *Ibid.* s. 89.

Det sentrale her i forbindelse med fremveksten av normskeptisisme i Skandinavia er at Ross ser normer som noe sekundært og avledet i forhold til det empirisk iakttagbare. Blant annet sier han at gjeldende rett «betyder det abstraherede sæt af normative ideer der tjener som tydingsskema for dansk retslivs fænomener, hvilket igen vil sige, at disse normer følges effektivt og følges, fordi de opleves som socialt forbindende».<sup>28</sup> Normer er altså, for Ross, et sett av ideer abstrahert fra rettslivets fenomener, som fungerer som «tydingsskjema» for disse fenomener.

Ross' grunntanke om at dommerideologi er rettskildelærens gjenstand «ble videreført av Eckhoff og hans tilhengere i vår tradisjon, med noen justeringer».<sup>29</sup> Disse justeringene er først og fremst av semantisk karakter. Begrepet dommerideologi konnoterer en viss vilkårlighet, noe som kommer i konflikt med folks klare ideal om en forutberegnelig og blind justis. Eckhoff snakker da heller om *rettskildeprinsipper* som er *normer*.<sup>30</sup> Men selv om Eckhoff bruker et mer utpreget normspråk enn Ross, uttrykker han fremdeles en viss forsiktighet ved at han stadig på ulike måter påpeker at disse rettskildeprinsippene, for alt han vet, like gjerne kan dreie seg om blotte følelser av bundenhet.<sup>31</sup>

Denne forsiktigheten har nok et eller annet sted på veien blitt lagt til side. I et tilfeldig utvalg av rettskildelærebøker (de jeg har for hånden) defineres rettskildeprinsipper blant annet som «prinsipp som styrer den rettslege argumentasjonen», «de retningslinjene som gjelder for metodebruken», «normer som angir hva som er korrekt juridisk argumentasjon» og «normer som er styrende for hvordan man finner frem til rettsregler og løsningen på rettsspørsmål».<sup>32</sup> Eksemplene er bare noen blant flere som viser en klar tendens til å se på rettskildeprinsipper som normer, som binder rettsanvenderen, og som har en slik fasthet at de kan fungere som grunnlag for kritikk av rettsanvendere; til og med Høyesterett.

---

<sup>28</sup> *Ibid* s. 27.

<sup>29</sup> Se Knut Bergo, «Rettskildelærens gjenstand og metoder – en kritikk», i *Juridisk metode og tenkemåte*, universitetsforlaget, 2019 s. 609-622, s. 613.

<sup>30</sup> Se blant annet Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 3. utgave, Tano AS, 1993 s. 14 *i. f.*

<sup>31</sup> Jeg støtter meg her på behandling av Eckhoffs syn på normer i Graver (2000).

<sup>32</sup> Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget AS, 2004 s. 31, Jens E. A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018 s. 17, Jan F. Bernt, & Synne S. Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2007 s. 338 og Benedikte M. Høgberg, «Harmonisering og motstrid», *Juridisk metode og tenkemåte*, universitetsforlaget, 2019 s. 475-497, s. 493, respektivt.

Knut Bergo understøtter dette i sin kritikk av norsk rettskildelære.<sup>33</sup> Han sier her at den tradisjonelle rettskildelæren er «selvforstått normdeskriptiv. Dens undersøkelsesgjenstand er ikke «egentlig» hvordan Høyesterett løser rettsspørsmål, men rettskildenormene som styrer dette.»<sup>34</sup>

Hvordan kom vi så fra *dommerideologi* til *normer som binder dommerne*? Bergo beskriver en tendens til å søke rettskildenormenes eksistens i Høyesteretts vedvarende praksis. Altså er det fortsatt snakk om en form for dommerideologi, men denne er ikke lenger et faktisk foreliggende fenomen som i prinsippet kan endre seg fra sak til sak, men er derimot tilskrevet en form for metafysisk eksistens: «Den norske rettskildelæren har empiriske pretensjoner, men det den beskriver, er en «rettskulturell leirtavle» der konkrete normer skrives inn i historisk normativ presens, for så å bevares over tid og påvirke retten i senere saker.»<sup>35</sup> Bergo drister seg videre til å kalle innføringen av rettskildereglene en «trøst» for dem «som ønsket seg forutberegnelighet i jussen, etter at avveiningsmodellen hadde eliminert tolkningsprinsippene og sluppet reelle hensyn inn i rettens kjernesone».<sup>36</sup>

Er det så riktig at rettskildereglene jurister trenes opp i virkelig er et metafysisk postulat; en «rettskulturell leirtavle», som har blitt sneket inn, fullstendig uten noen filosofisk holdbare begrunnelser, bare for å tilfredsstille de som syntes det hørtes skummelt ut med en jurisprudens som var prinsipielt ubunden?

Til en viss grad kan nok dette besvares positivt, men med forbehold om at spørsmålet også må nyanseres noe. Selv om rettsfilosofien og rettskildelæren utvilsomt har nære bånd, er det overhodet ikke tilfellet at ethvert arbeid i rettskildelære trenger å ta standpunkt til vanskelige rettsfilosofiske spørsmål. Ofte skyldes nok formuleringer av den type som ble sitert ovenfor bare at forfatterne ønsker å gi sine lesere (som gjerne er studenter) lettfattelige begreper for å systematisere et forholdsvis tungt og diffust kildemateriale på en god og praktisk nyttig måte. Men når det er sagt så er ikke det at begreper er ment å være pragmatiske noen god unnskyldning der slike formuleringer gir opphav til en rent faktisk vranglære om metafysiske fantasifostre.

---

<sup>33</sup> Bergo (2019) s. 615.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.* s. 616.

<sup>36</sup> *Ibid.* s. 617.

Det er imidlertid en del av historien som Bergo ikke berører i sin artikkel (mest sannsynlig fordi han ser det som et forfeilet prosjekt—og her må jeg, av de grunner som gis i neste kapittel, til en viss grad si meg enig), nemlig *rettspositivismen*, som fremholder at rettsregler virkelig er normer som binder mennesker i en genuin og egentlig forstand, og det til tross for at den deler de skandinaviske rettsrealistenes empiristiske kunnskapssyn.

## 2 Om eliminasjonen av den prinsipielle vurderingsfrihet

Formålet med dette kapittelet er å gi problemet med rettsnormenes grunnlag en mer konkret forankring i det som må antas å være velkjent tankegods for norske jurister med en interesse i rettsfilosofi.

Det skal først, med utgangspunkt i Herbert Harts (1907-1992) filosofi, skisseres en rettspositivistisk teori om rettens normativitet som, formodentlig, ikke er helt ulik den konsepsjon om retten som er å finne hos den gjengse norske jurist (for den innebærer at rettsanvendelsen er bindende i den grad som følger av autoritative rettskilder).<sup>37</sup> Deretter anvendes (skandinavisk) rettsrealistisk kritikk på denne teori med sikte på å fremheve visse elementer i retten som, for den som ønsker en teori som fremstiller rettsregler som genuine normer, må sies å ha et ytterst problematisk opphav; for disse elementer lar seg ikke innordne under det samme (empiriske) objektive grunnlag som rettens øvrige elementer.

Resten av kapittelet utgjøres av refleksjoner om hvordan man kan eliminere denne ubundne rest (som da er underlagt en prinsipiell vurderingsfrihet) i teoribyggingsøyemed. Det skal her utvikles en tese om at det som angis som rettens objektive grunnlag, dersom det skal lykkes i å determinere rettsregler, må omfatte hele retten allerede fra dets unnfangelse. Kapittelet avsluttes med en diskusjon om hvordan dette kan oppnås.

---

<sup>37</sup> Det som søkes bevist her er ikke rettet mot noen bestemt teori. Når jeg velger å begynne med Harts syn på rettens normativitet så skyldes dette ganske enkelt at Harts teori representerer et klart (og antakelig velkjent) alternativ til den normskeptisisme som ble undersøkt ovenfor. I tillegg skal Harts lære om «judicial discretion» til en viss grad benyttes i den etterfølgende utlegningen om reelle hensyn og den prinsipielle vurderingsfrihet.

## 2.1 Rettspositivistisk normativitet

Hart fremstår gjerne som særlig interessant for den som studerer skandinavisk rettsrealisme fordi han selv kjente godt til og i en viss kapasitet deltok i en dialog med denne retningen. Han var også enig med mye av de skandinaviske rettsrealistenes grunnleggende syn på retten og rettsvitenskapen, men fremhold også at de gikk for langt i retning av normskeptisisme. Blant annet snakker han i en anmeldelse av Ross' *Ret og retfærdighet* om «the peculiar dogmatic insistence of the Scandinavian school that if a statement cannot be analysed as a statement of fact or expression of feeling it must be "metaphysical"». <sup>38</sup> Det skal nå undersøkes i hvilken forstand Hart mente at retten er grunnleggende normativ uten at dette bryter med prinsippene for en realistisk rettsvitenskap.

### 2.1.1 Om rettsnormer som en type fakta

Harts syn på rettens normativitet kommer frem gjennom hans grunnleggende skille mellom det han kaller et *eksternt* og et *internt* betraktningsspektiv av rettsregler (*external/internal point of view*). Dette tillater ham å skille mellom det som kan kalles *vaner* og det han kaller *sosiale regler* («social rules») ved å angi det interne aspektet som kjennemerke ved sosiale regler, mens vanene bare har et eksternt aspekt. <sup>39</sup>

En vane kan eksistere hos en sosial gruppe uten at noen føler seg bundet av den eller for den saks skyld er seg bevisst dens eksistens. Vanen har da, ifølge Hart, bare et eksternt aspekt.

By contrast, if a social rule is to exist some at least must look upon the behaviour in question as a general standard to be followed by the group as a whole. A social rule has an 'internal' aspect, in addition to the external aspect which it shares with a social habit and which consists in the regular uniform behaviour which an observer could record. <sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Herbert L. A. Hart, «Scandinavian Realism», *The Cambridge law Journal*, Volume 17, Issue 2, November 1959 s. 233-240, s. 236.

<sup>39</sup> Se Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. utgave, Oxford University Press, United Kingdom 2012 s. 56.

<sup>40</sup> *Ibid.*

Hart belyser videre hva han mener med et slikt internt aspekt ved å vise til situasjonen der noen spiller et spill, som for eksempel sjakk. Poenget er da at sjakkspilleren som utfører et sjakktrekk ikke gjør dette bare som vane, for denne handlingen er også ledsaget av «a reflective critical attitude»: sjakkspilleren oppfatter trekket som regulert av «a standard for all who play the game».<sup>41</sup>

Hart er klar på at dette interne aspektet ved regler ikke kan reduseres til rene *følelser*. Han innrømmer at visse psykologiske erfaringer medvirker til rettens binding, men slike følelser er, påstår han, «neither necessary nor sufficient for the existence of 'binding' rules».<sup>42</sup> Her skiller Hart seg skarpt fra den skandinaviske rettsrealismen, som er sammenvevd med empiristisk fundert moralrelativisme og verdinihilisme (se punkt 1.1 ovenfor). Mer presist innebærer den skandinaviske rettsrealismens kontante avvisning (som vitenskapelig uinteressant) av alle utsagn som ikke vedgår iakttagbare forhold, at man tilsynelatende ikke har andre alternativer enn å påstå at forestillingen om rettens normativitet må være heftet på den subjektive vilkårlighet. Dette er ikke noe annet enn å si at rettens normativitet er et følelsmessig anliggende, for følelsesbegrepet brukes nettopp i opposisjon til det rasjonelle—For de skandinaviske rettsrealistene vedgår retten *logos*, mens normativitet vedgår *patos*.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Det fenomen at en sjakkspiller oppfatter sitt handlingsmønster som underlagt en standard for alle sjakkspillere kommer ifølge Hart til uttrykk gjennom det eksplisitt normative språket som uttrykkes i kritikken av de som bryter med handlingsmønsteret. De sier: «'I (You) ought not to have moved the Queen like that', 'I (You) must do that', 'That is right', 'That is wrong'.» osv. Se *Ibid.* s. 57.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Det bemerkes at i alle fall Olivecrona eksplisitt fremholdt at rettens bindende kraft ikke kan reduseres til følelser. For dette argumenterer han i boken *Law as Fact* med at dersom man reduserer forestillingen om at retten binder til en følelse om at man er bundet så vil ikke retten binde de som ikke føler seg bundet av den, noe som åpenbart må være feil (jeg støtter meg her på Svein Engs (2007) gjengivelse av Olivecronas tekst. Se s. 283-284). Olivecronas argument er imidlertid ikke egnet til å gjendrive det som her er sagt, dette fordi argumentet bare vedgår spørsmålet om hva som normalt *menes* med rettens bindende kraft, noe som klart ikke er at man har en blott følelse. Spørsmålet om rettens bindende kraft rent faktisk eller logisk sett må antas å utgjøres av en følelse av binding er et annet spørsmål—De skandinaviske rettsrealistene forutsatte på mange måter at forestillingen om binding er en illusjon, og Olivecrona sier bare noe om hvordan man forstår illusjonen; ikke hva som ligger bak illusjonen.

Hvor finner så Hart denne rettens bindingsegenskap, som kommer til uttrykk gjennom det interne perspektivet på rettsregler? Svaret ligger i den den holdning til retten som rent faktisk muliggjør det interne perspektivet. Blant annet sier Hart at

there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must', and 'should', 'right' and 'wrong'.<sup>44</sup>

Eksistensen av denne handlingsstandarden kommer også til uttrykk gjennom den rent faktiske oppfattelsen av det kausale forhold mellom rettsregler og handlinger, altså hvordan rettsreglene selv er handlingsmotiver.<sup>45</sup> Det at visse sosiale fenomener selv i henhold til en regel utgjør grunnen for handling, er et helt sentralt aspekt ved Harts teori. I sin kritikk av prognoseteorien har han blant annet fremhevet at dette kommer særlig klart frem i dommersammenheng, for dersom rettsregler grunnleggende sett er prognoser om dommeratferd, betyr det da at dommere anvender prognoser om sin egen atferd?<sup>46</sup> Hart ser dette som en absurditet, og mener at når dommeren gjør *X* så er ikke dette fordi dommeren antesiperer sin egen eller andre dommers atferd, men *fordi* retten foreskriver *X*.

Den som derimot observerer en normstyrt sosial praksis uten selv å akseptere normene (dvs. begriper dem i et internt perspektiv), vil lett komme til å tolke praksisen gjennom sannsynlighetsvurderinger og maktstrukturer, og vil således gå glipp av de normative aspektene som, formodentlig, preger og determinerer de observerte individenes egen forståelse av sine handlinger.<sup>47</sup>

Harts syn på rettens normativitet kan være utfordrende å forstå, dels fordi hans tanker er så enkle at de blir vanskelige. Oppsummeringsvis kan poenget ganske enkelt antas å være at rettens normativitet ikke nødvendigvis må reduseres til noe subjektivt og vilkårlig, fordi det

---

<sup>44</sup> Hart (2012). s. 57.

<sup>45</sup> Hart fremhever dette blant annet i sin kritikk av prognoseteorien (som til tross for at den er utformet som en diskusjon av Austin, også rammer Ross' prognoseteori, se Graver (2000) s. 453), se Hart (2012) s. 84.

<sup>46</sup> Se Hart (1959) s. 237.

<sup>47</sup> Se Hart (2012) s. 89-90.



faktum at vi forstår retten som en normativ orden, og at det nettopp er dette som skiller retten fra andre tilgrensende sosiale forhold, er begrunnelse nok til at en realistisk rettsvitenskap kan beskrive retten *qua* normsystem. Rettsregler *qua* rettsnormer er da ikke noe metafysisk fantasifoster, men forstås heller som noe faktisk foreliggende som fordrer nærmere undersøkelser.<sup>48</sup>

Det tas ikke her standpunkt til om Hart har rett eller tar feil på dette punkt, da det ville være å gå utenfor avhandlingens tema.<sup>49</sup> I det følgende kan det imidlertid være en fordel om man forutsetter at Harts teori, eller i det minste en eller annen teori som fremholder at retten i utgangspunktet er bindende, er riktig.

### 2.1.2 Et rettspositivistisk begrep om rettskilderegler

Gitt at retten er genuint normativ gjenstår fremdeles spørsmålet om hvordan denne normativiteten konstitueres. Temaet er her Harts svar på dette spørsmålet, som tar form av en tese om at ethvert moderne rettssystem trenger en «rule of recognition» (heretter anerkjennelsesregel). Denne skal så substitueres med de rettskildereglene vi kjenner fra den norske rettskildelæren. På denne måten begrunnes et rettspositivistisk begrep om

---

<sup>48</sup> Det filosofiske trekk Hart gjør når han på denne måten fastslår at rettsregler er normer må antakelig sees i lys av den sene Wittgensteins språkfilosofi (best presentert i hans *Filosofiske undersøkelser*), da særlig hans teori om *språkspill* (se f.eks. Hans-Johann Glock, *A Wittgenstein Dictionary*, Blackwell Publishing, 1996 s. 193 for en belysende oversiktsartikkel om dette). Se Eng (2007) s. 298-299.

<sup>49</sup> Det bør imidlertid understrekes at Harts argumenter—om de overhodet kan kalles sådan—for vår del er prinsipielt uinteressante. Harts Concept of Law kan godt være et mesterverk i *deskriptiv sosiologi*, som han selv kaller det (se Hart (2012) s. vi), men for den som søker svar på spørsmålet om og i hvilken forstand det er logisk forsvarlig å si at rettsregler er rettsnormer, har den heller begrenset verdi. Dette fordi normer innbefatter pretensjoner om utvetydighet og sikkerhet, og dersom man skal akseptere at noe slikt virkelig eksisterer, så kreves et bevis som er like sikkert som den sikkerheten normene selv pretenderer å være bærere av. Sosiologien kan aldri frembringe et slik bevis—det som kalles oppdagelser i denne forgreningen av samfunnsvitenskapen er lite annet enn syning for den som etterlyser sikkerhet, dette fordi sikkerhet må garanteres gjennom deduktiv eller transcendent metode, og sosiologiens metode utspilles normalt som mer eller mindre løse spekulasjoner over sosiale fenomener. Av den grunn at Hart sier forholdsvis mye som kan tas til inntekt for en teori som han allerede på programmatisk plan er avskåret fra å begrunne, vil jeg våge å påstå at Eckhoff utviser betydelig mer filosofisk kløkt når han i motsetning til Hart velger å abstrahere bort hele spørsmålet om rettens objektive grunnlag med bare et par setninger i *Rettskildelære*. (Han skriver i Eckhoff (1993) s. 23: «Det er ofte forbausende godt samsvar mellom de standpunkter til utpregede skjønsspørsmål som trenede jurister kommer til. Forklaringen på det må være at det i tillegg til de rettskildeprinsipper som vi føler oss bundet av, også er andre forhold som bidrar til å skape ensartethet. Våre verdiorienteringer er sannsynligvis mer likeartede enn en overfladisk betraktning gir inntrykk av. Kanskje har også de mentale prosesser som foregår når vi veier motstridende verdier mot hverandre, felles trekk som vi mangler innsikt i fordi avveininger stort sett er intuitiv.»)

rettskildereglene som, håper jeg, ligger nært opp mot det som er å finne hos norske jurister flest.

Harts rettsfilosofi bygger på et grunnleggende skille mellom førsteordensregler («primary rules») og annenordensregler («secondary rules»). Førsteordensreglene er de som foreskriver hvordan rettens subjekter skal handle, mens annenordensreglene «confer powers, public or private», ved å angi hvordan vi, ved å si og gjøre bestemte ting, kan lage nye regler og revidere eller oppheve gamle regler.<sup>50</sup>

På toppen av hierarkiet av annenordensregler finner man anerkjennelsesregelen. Denne er ment som en løsning på spørsmålet om rettens normative grunnlag, altså er den et mulig svar på det grunnlagsspørsmålet denne avhandlingen søker å besvare. Anerkjennelsesregelen bygger på en tanke om at den kompetansekjeden som representeres gjennom annenordensreglene ikke kan gå tilbake *ad infinitum*, men må på et tidspunkt nå en *ultimat regel*.<sup>51</sup> Spørsmålet blir så hva denne regelen er, hvordan den blir til og hvordan den er legitimert. Som skal fremheves i kapittel 3 argumenterte Kelsen for at den må være stipulert. Hart er uenig, og hevder at anerkjennelsesregelens fundament utgjøres av at den rent faktisk praktiseres; den utgjøres av «social rules».<sup>52</sup> Som med normative regler ellers trenger ikke disse, ifølge Hart, noen annen begrunnelse enn at de rent faktisk er effektive i et samfunn.

Om anerkjennelsesregelen fremholder Hart at «such a rule brings with it many elements distinctive of law», da blant annet

By providing an authoritative mark it introduces, although in embryonic form, the idea of a legal system: for the rules are now not just a discrete unconnected set but are, in a simple way, unified. Further, in the simple operation of identifying a given rule as

---

<sup>50</sup> Se Hart (2012) s. 81.

<sup>51</sup> Dette overtar Hart fra Kelsen, se kapittel 3 (særlig punkt 3.1.2). Denne ideen om en ultimat regel vil underlegges omfattende undersøkelser gjennom kapitlene 3, 4 og del 6.

<sup>52</sup> Se Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011 s. 49.

possessing the required feature of being an item on an authoritative list of rules we have the germ of the idea of legal validity.<sup>53</sup>

Han hevder videre at «In the day-to-day life of a legal system its rule of recognition is very seldom expressly formulated as a rule», og at «For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way in which particular rules are identified».

Hart holder, i likhet med Kelsen, fast ved at den ultimate regel angis i entallsform.<sup>54</sup> Formuleringer av typen som nettopp ble sitert trekker imidlertid tanken mot spørsmålet om hvorvidt anerkjennelsesregelen må være noe mer komplekst enn bare én regel.<sup>55</sup> Kanskje må den utgjøres av et regelkompleks som styrer hvordan man bygger opp, tolker og anvender rettsregler, altså et regelkompleks som oppfyller samme funksjon som rettskildereglene vi snakker om i norsk rettskildelære.<sup>56</sup>

I praksis ser det ut til at man, når man undersøker en rettsregels kompetansekjede/gyldighetskjede, til slutt vil måtte konstatere rettskilderegler. For dersom man f.eks. etter å ha undersøkt et vedtak finner at det har hjemmel i forskrift og man finner at forskriften har hjemmel i lov grunnlovsmessig vedtatt av Stortinget, deretter spør hvorfor den skal følges, så finnes intet annet svar enn at lov skal tillegges stor vekt i fastleggelsen av rettsregler. Om man tilsvarende spør hvorfor loven skal forstås på en bestemt måte så er svaret at den skal forstås på denne måten fordi lov ved fastleggelse av rettsregler skal tolkes på en bestemt måte. Kompetansekjeden ender alltid med rettskilderegler, som skal følges fordi de gir regler for fastlegging av rettsregler innenfor det gitte rettssystem. Rettskildereglene gir således svar på hvorfor retten skal følges, og de representerer samtidig nøkkelen til en forståelse for rettens systematiske karakter, for enhver rettsregel innad i et rettssystem tilhører systemet i kraft av å være bygget opp etter systemets rettskilderegler.

Noen vil antakelig tenke at dette må være feil og at det egentlig er konstitusjonen (Grunnloven) som ligger på toppen av enhver juridisk kompetansekjede. Dette er selvfølgelig helt riktig, men heller ikke innholdet i en konstitusjon kan være gitt umiddelbart. Selv de

---

<sup>53</sup> Hart (2012) s. 95.

<sup>54</sup> Som eksempel på en slik regel bruker Hart «whatever [the sovereign] enacts», se Hart (2012) s. 96.

<sup>55</sup> Marmor (2011) hevder på s. 50 at «More plausibly, there are several rules of recognition, and the potential conflicts between them are not necessarily resolved.»

<sup>56</sup> Svein Eng beskriver Harts anerkjennelsesregel som «nært beslektet med vår ide om rettskildelæren», men at de ikke er identiske. Se Eng (2007) s. 267.

rettsregler som konstitusjonen angir utledes av denne gjennom en prosess, og reglene som styrer denne prosessen må da være minst like fundamentale som det dokument som normalt kalles en konstitusjon.<sup>57</sup>

Dersom Harts—eller i det minste en versjon av Harts—generelle syn på rettens normativitet og den ultimate regels funksjon i et rettssystem nå legges til grunn, er det mulig å skissere et normativt fundament for retten som er presist nok til at det kan brukes i den kommende illustrasjonen av hvordan problemet med rettens normative grunnlag gjør seg til kjenne.

Rettskilderegler angis nå som bindeleddet mellom den sosiale virkelighet og retten *qua* normsystem med den begrunnelse at rettsregler oppnår sin normative/bindende kraft ved at de er fastlagt i henhold til rettskildereglene. Rettskildereglene på sin side legitimeres/har sitt grunnlag i det faktum at de er operative innad i et samfunn. Det kan da sies at rettens fundament—rettskildereglene—er identiske med sin virkning i et samfunn, samtidig som denne virkningen konstituerer og muliggjør enhver forestilling om retten *qua* normsystem. Dette siste steget tar oss fra rettsrealisme til rettspositivisme. Retten forstås da som normativ, men slik at retten utelukkende utledes fra dens virkning, ergo må potensielle elementer som pretenderer å tilhøre retten, men som ikke er utledet fra rettens faktiske virkning, forkastes som noe grunnleggende ikke-rettslig.

Det rettspositivistiske begrep om rettskilderegler innebærer følgelig at termen rettskilderegel refererer til en faktisk foreliggende regel for hvordan man angir gjeldende rett. Når regelen sies å være faktisk foreliggende menes dette i rettsrealistisk ånd, som betyr at den må være fundert i empirisk gitte data.

---

<sup>57</sup> Det nærmere innholdet av den ultimate regelen som ligger i enden av en rettslig kompetansekjede er i stor grad åpent for diskusjon. Dels av de grunner jeg nå har gitt, og som vil utdypes senere, har jeg en sterk mistanke om at det må utgjøres av et fenomen som for alle praktiske formål er identisk med det vi i rettskildelæren kaller rettskilderegler. Det pretenderes imidlertid ikke å gi noe endelig svar på dette spørsmålet på noe punkt i denne avhandlingen, da fordi det i kapittel 4 vil fremholdes at slike regler ikke kan utgjøre rettens normative grunnlag overhodet. Temaet berøres ytterligere i kapittel 6, men her er temaet hovedsakelig den funksjonen som utføres av dette fenomenet vi oppfatter som en ultimat regel, og det konkrete innholdet av dette fenomenet er da heller ikke her særlig viktig.

## 2.2 Om den funksjonalistiske rettsforståelse og dens utilstrekkelighet

Kapittel 1 tok dels sikte på å vise hvorfor man bør etterstrebe en rettsvitenskap som tar empirisk gitte data som sitt undersøkelsesobjekt, og det er nå gitt et eksempel på hvordan retten *qua* empirisk fundert kan tenkes som rett *qua* normsystem. Temaet her en argumentasjonslinje i nordisk rettrealistisk litteratur som særlig får frem hvordan en rettspositivistisk teori av typen som nettopp ble skissert ikke evner å fremstille hele retten som bindende; for det vil alltid være visse elementer som tilsynelatende ikke kan spores tilbake til den positive rett.

Dette leder så til en diskusjon av spørsmålet om hvordan disse elementene skal behandles da med henblikk på å finne en løsning på problemet med rettens normative grunnlag (punkt 2.2.2). Det vil da oppdages at nettopp fordi problemet er av *logisk* art, så må dette restelementet underlegges det samme objektive grunnlag som må antas å determinere resten av retten.

### 2.2.1 Om bruddet med den substansielle rettsforståelse

Det juridiske språk er i stor utstrekning et «rettighetspråk». Utenom kompetansereglene, kan de fleste rettslige fenomener analyseres gjennom begrepsparet rettighet og plikt. Ved usikre rettsspørsmål spør man f.eks. om noe ligger innenfor eller utenfor en rettighet. Som ble diskutert i forrige kapittel har mennesker en sterk tendens til å forutsette en type naiv begrepsrealisme. Gitt denne tendensen leder ofte en språkbruk á la den man finner i den rettslige diskurs til det som kan kalles en *substansiell rettighetsforståelse*, der man ser for seg at rettighetene er noe reelt, med et reelt innhold som kan utledes gjennom en (rasjonell/logisk) analyse.

Slike «substansielle rettigheter», som formodes å ha et substansielt innhold—et «egeninnhold», uavhengig av kontekst, intensjon og virkning (empirisk beviselige forhold)—inngår i det som gjerne kalles en *begrepsjurisprudens*, som er et yndet offer for rettsrealistiske angrep.<sup>58</sup> Dels ble denne type tenkning avvist allerede på programmatisk plan (se kapittel 1),

---

Rettsrealistenes angrep på eiendomsbegrepet er her særlig klart. Ross sammenfatter dette godt i Ross (1966) s. 209. Ellers trekker han følgende illustrerende konklusjon i Alf Ross, *Ejendomsret* og

men den ble også angrepet mer konkret. Angrepsstrategien var da begrepsanalyse, og målet var en fullstendig *avmaterialisering* av rettslige begreper. Doublet & Bernt beskriver av denne grunn rettsrealismens virkning på nordisk rett som et «oppgjør med en substansiell rettsforståelse».<sup>59</sup>

Den systematiske avmaterialiseringen av rettslige begreper (dvs. oppgjøret med den substansielle rettsforståelsen) foregår særlig ved at man forsøker å bevise at rettslige fenomener kan beskrives uttømmende ut ifra deres virkning alene, altså de iakttagbare fenomener. Ulike substansielle forestillinger fremstår da som overflødig og meningsløse, og rettsforståelse transformeres dermed fra en substansiell til en *funksjonell* rettsforståelse. I dette ligger det først og fremst at retten forstås gjennom dens funksjon, ikke dens substans—for den har ingen substans.<sup>60</sup>

Forestillingen om retten som substans har videre sammenheng med en forestilling om rettens fullkommenhet. Den eldre naturretten, så vel som «den ekstreme rettspositivismen», så retten som en forholdsvis statisk størrelse som *anvendes* av domstolene.<sup>61</sup> Et slikt syn gir

---

*Ejendomsovergang*, Levin & Munksgaard, København 1935 s. 13: «At A. er »Ejer« af et vist Grundstykke vil saaledes normalt betyde, at han har en vis Adgang til uforstyrret af andre faktisk at raade over dette Grundstykke, at han er paatale- kompetent overfor Krænkelser af denne Raadighed, at den Erstatningssanktion, der generelt (bl. a.) muliggør denne Raaden, bestaar i en ham tilfaldende Ydelse, at han er kompetent til at disponere retligt over Tingen, til at stifte Fordringer, der kan søges fyldestgjort i den, at hans Død er afgørende for den arveretlige Succession o.s.v. Alle disse reale Retsfunktioner er Rettigheden, og Rettigheden er intet andet end disse.» Oppgjøret med det substansielle eiendomsbegrep i Sjur Brækhus & Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, Universitetsforlaget, 1964 s. 376-382 er for øvrig et «skoleeksempel» (ifølge Graver (1998) s. 582).

<sup>59</sup> Doublet & Bernt (1998) s. 135.

En slik beskrivelse er treffende, men det kan kanskje diskuteres om det ikke heller mest grunnleggende er snakk om et oppgjør med et upresist og misvisende juridisk språk, heller enn med en substansiell rettsforståelse; det andre er bare et symptom på det første.

<sup>60</sup> Bernt beskriver endringen av vår forståelse av gjeldende rett som en overgang fra «law in books» til «law in action», og fremhever at denne endringen av rettsvitenskapens erkjennelsesobjekt har som målsetning «å komme vekk fra en idealistisk og normativ rettsforståelse hvor rettens mer presise innhold søkes fastlagt rent analytisk – på grunnlag av tankemessige spekulasjoner og overlegninger om hvilke overordnede prinsipper og etablerte forståelsesmåter vi kan utlede av den positive rett. I stedet lanseres en rent deskriptiv tilnærming hvor fokus ikke lenger er på rettens «kilder», men på dens *anvendelse*.» Se Jan F. Bernt, «Hva skjedd med rettsrealismen?», *Jussens Venner*, 03/2014 (volum 49) s. 139-161 s. 147.

<sup>61</sup> «Den ekstreme rettspositivismen tenkte seg at det skulle være mulig å redusere dømmende virksomhet til rettsanvendelse i ordets egentlige forstand, som en rent mekanisk anvendelse av på forhånd gitte generelle rettsnormer for å ta stilling til enkelttilfeller.» (Bernt (2014) s. 145.)

prinsipielt bare mening dersom retten antas å være fullkommen, altså uten rettstomme rom. Alternativet er at domstolene måtte henvise uregulerte rettsspørsmål til lovgiver.<sup>62</sup>

Forestillingen om en slik fullkommen rett kan delvis opprettholdes dersom man aksepterer et substansielt rettssyn, for man kan nesten alltid begrunne et rettslig standpunkt med en pretensjon om at det er foretatt en slutning fra rettslige begreper, som for eksempel fra eiendomsretten. Ved å tømme rettslige begreper for materielt innhold slår man imidlertid sprekker i forestillingen om en fullkommen rett.

Gitt en tradisjon der retten forutsettes ikke å kunne utledes fra naturrettslige/moralske forestillinger, og den nå heller ikke kan utledes fra analyse av de begreper som er benyttet i angivelsen av den positive rett (fordi disse nå forstås som rent formelle størrelser), er det ikke vanskelig å se hvorfor den må søkes i dens virkning. Men dersom retten er dens virkning i samfunnet og rettens virkning i samfunnet er retten, hvordan kan den så endre seg? Én mulighet er ved en lovlig lovgivningshandling. Dette er dog ikke noe tilfredsstillende svar på all rettsutvikling, for i praksis vil det oppstå situasjoner der rettsanvendere kommer til et resultat som ikke lar seg utlede fra noen påviselig tidligere «rettsvirkning» eller noen lovgivningshandling.<sup>63</sup> Dette tar oss til det problemet som ligger i kjernen av mesteparten av norsk rettsfilosofi i moderne tid, som da dreier seg om hvordan man kan beskrive retten som et autonomt normsystem. Det er dette som nå skal behandles, dog bare for så vidt som det har betydning for de kommende undersøkelser av rettens objektive grunnlag.

### 2.2.2 Om reelle hensyn i relasjon til rettskildereglene

Etter at man har brutt med forestillingen om en substansiell rett oppstår spørsmålet om karakteren til det restelementet som ikke lar seg utlede av positiverte rettskilder. Er det

---

<sup>62</sup> Med Bernts ord var poenget for den tidlige rettsrealismen «først og fremst å få brutt ned den rettspositivistiske fullstendighetstesen – at gjeldende rett kunne «finnes» ved en analyse av gitte tekster, og at vurderinger som bygger på mer overordnet rasjonalitet og verdirektighet, eksklusivt tilligger lovgiver, ikke rettsanvendere eller rettsforskere.» (Bernt (2014) s. 152.)

<sup>63</sup> Det er grunn til å merke seg at rettsrealistene her ikke avdekker et tidligere ukjent fenomen i jussen ved å peke på at *rettsanvendelse* i ordets egentlige forstand er et dypt urealistisk ideal. «Supplering, korrigerende og justering av det som umiddelbart lar seg utlede av de gitte rettsgrunnlag, har vært et mer eller mindre fremtredende element i jussen i alle kjente rettssystemer» (se Bernt (2014) s. 146). I sin artikkel om reelle hensyn i *Juridisk metode og tenkemåte* refererer Alf Petter Høgberg for øvrig til en passasje i Aristoteles' *Den nikomakiske etikk* som viser at det allerede på Aristoteles' tid var bevissthet om denne spenningen mellom lov og rettsanvendelse (Se Alf Petter Høgberg, «Reelle Hensyn» *Juridisk metode og tenkemåte*, universitetsforlaget, 2019 s. 343-356, s. 343-344).

politikk, moral, retoriske triks, eller kanskje bare syensing? Og enda viktigere (i alle fall i vitenskapsteoretisk sammenheng): er det et grunnleggende rettslig fenomen eller er det først av rettsvitenskapelig interesse når det er nedfelt i en dom og dermed utgjør en del av den positive rett?

Et særlig innflytelsesrikt svar, som først og fremst forbindes med Hart, gis i form av en lære om «judicial discretion». For Hart har alle rettsregler «texture», dvs. at en rettsregels anvendelse innenfor sitt mulige anvendelsesområde i varierende grad er usikker. Fenomenet er velkjent blant jurister, for det oppstår stadig situasjoner der det fremstår som mulig å anvende en regel, men det er usikkert om det er «riktig» å anvende den i den aktuelle situasjonen—det er nettopp disse problemene som kommer opp til Høyesterett for avklaring.

Hart sier videre at usikre rettsspørsmål finner sted i reglenes «penumbra», altså den del av deres mulige anvendelsesområde der deres anvendelse i høy grad er usikker, og at rettsanvenderen her har «discretion».<sup>64</sup> Sammenholdt med det som ble sagt om Harts teori ovenfor kan man da enkelt skissere samt begrunne et standpunkt om at retten binder i den grad den er klar (for det er her den rent faktisk oppfattes som bindende), mens den ikke binder, i alle fall ikke i samme grad, der den er uklar. Her, i rettens «penumbra», må rettsanvenderen da anvende sin «discretion», dvs. et rettsanvendelsesskjønn. Dette rettsanvendelsesskjønnet er for Hart et genuint rettsanvendelsesskjønn, som ikke er underlagt noen kvantifiserbar rettslig normering, og anses følgelig som noe grunnleggende ikke-rettslig.

Læren om «judicial discretion» fikk særlig inntog i norsk rettskildelære gjennom Eckhoff som (ifølge Bernt) åpenbart var sterkt påvirket av Hart i utviklingen av sin lære om reelle hensyn, som han omtalte «som uttrykk for *subjektive* valg – *rettsanvenderens* rettslige vurderinger av resultatets godhet».<sup>65</sup>

Drevet av et ønske om å rydde rettsvitenskapen for enhver prinsipiell vilkårlighet har det i nyere tid funnet sted en sterk tendens i norsk rettskildelære mot å underlegge reelle hensyn en form for normering. Blant annet Nygaards og Skoghøys fremstillinger av reelle hensyn innbefatter forsøk på å identifisere typer av reelle hensyn utfra hvordan Høyesterett

---

<sup>64</sup> Se Hart (2012) s. 124-154.

<sup>65</sup> Se Bernt (2014) s. 157.



bruker dem, altså er det snakk om en type rettspositivistisk «push» mot å normere bruken av reelle hensyn med utgangspunkt i Høyesteretts praksis.<sup>66</sup> Det gjennomgående problemet med en slik tilnærming er imidlertid at man ikke kan slutte fra at Høyesterett rent faktisk gjør noe til at de har en *plikt* til å gjøre det. Om denne tradisjonen—«Eckhoffskolen» om man vil—har kommet med noe holdbart bevis for at reelle hensyn virkelig er underlagt noen form for prinsipiell binding, så har ikke jeg funnet det.

Det er også gode grunner til å tro at noe slikt bevis aldri kan gis innenfor en slik dels rettsrealistisk, dels rettspositivistisk ramme. Dette fordi reelle hensyn, sånn som dette fenomenet normalt forstås, i alle fall delvis må ha sitt opphav utenfor den positive rett, for dersom man f.eks. utleder et slikt hensyn fra positiv rett gjennom en analogi, så er i det minste analogien et tillegg til den positive rett—og et kjennetegn ved denne tradisjonen er nettopp at den avviser alle slike tillegg til det positive og iakttagbare som noe grunnleggende subjektivt og usikkert.

Kanskje kan det anføres at analogi heller er en tolkningsregel som inngår i den positive retts rettskilderegler. Dette leder imidlertid til problemer som er minst like vanskelige som det som forsøkes løst, for hvordan skal man skille det som er innholdet i reelle hensyn fra det som er innholdet i rettskildereglene? Noen vil nok hevde at reelle hensyn inneholder noe materielt og verdimeslig, mens rettskilderegler er «nøytrale» regler for hvordan rettsregler skal utledes. Det skal imidlertid lite refleksjon til for å innse at praktisk talt alle de rettskilderegler som kan påvises har verdimeslige og ideologiske konnotasjoner. At man f.eks. skal legge til grunn en streng tolkning etter ordlydens naturlige språklige forståelse i straffesaker springer direkte fra rettsstatsideologien. Tilsvarende begrunnes tanken om at slutninger fra etterarbeider normalt skal tillegges liten vekt med henvisning til verdiforestillinger om forutberegnelighet og demokratisk legitimitet—som, for øvrig, også begrunner hvorfor lovtekst skal tillegges stor vekt. Disse er bare noen eksempler blant mange.

I tillegg finner man at dersom man hevder at rettskildereglene anerkjenner slik bruk av analogi, og begrunner dette i en foreliggende praksis, så må man fremdeles presisere rammene for bruk av analogi basert på den foreliggende praksisen. Dette lar seg ganske enkelt ikke gjøre fordi man alltid finner at skjønn og rasjonalitet unndrar seg beskrivelse med en slik

---

<sup>66</sup> Se Nygaard (2017) s. 260-306 og Skoghøy (2018) s. 156-200.

presisjon man ønsker i en vitenskap modellert etter naturvitenskapene. Konklusjonen må bli at denne type elementer i retten er notorisk vanskelig, om ikke umulig, å spore tilbake til noen anerkjent praksis, og må da etter de oppsatte rettsrealistiske vitenskapelige premisser avvises som noe ikke-rettslig.

Så lenge elementer i retten mangler forankring i *noe hvis evne er å determinere rettsregler qua normer*, må de forestilles som noe kontingent; som gjerne kan kalles subjektivt eller vilkårlig. De kan også sies å være underlagt en prinsipiell vurderingsfrihet, fordi det som ikke er underlagt noen prinsipiell, dvs. logisk, binding, prinsipielt er fritt og kan underlegges vilkårlige valg. Reelle hensyn må da, i den utstrekning denne termen viser til de elementer i rettsanvendelsen som kommer i tillegg til det som kan utledes fra den positive rett, begripes som underlagt en prinsipiell vurderingsfrihet.

Dersom reelle hensyn inngår i rettsanvendelsen og reelle hensyn er underlagt en prinsipiell vurderingsfrihet, må rettsregler sees som bare delvis determinert (forutsatt at man aksepterer at den positive rett evner å determinere rettsregler overhodet). Graden av determinering kan gis som refleks av dens «penumbra»—der det ikke eksisterer noen prinsipiell binding.

Dette tar oss direkte til avhandlingens overordnede grunnlagsproblem, for rettsregler (forstått som normer) må være sikre, men hvordan kan de være sikre dersom de delvis bygger på noe ubudent; noe vilkårlig? Det ser ut til å være tilfellet at dersom man vil renske retten for prinsipiell vilkårlighet, så er det noe bakvendt å forsøke å «normere» reelle hensyn—i alle fall i den grad reelle hensyn forstås gjennom en eller annen versjon av læren om «judicial discretion», for reelle hensyn er da per definisjon den delen av retten der prinsipiell binding er fraværende. Logisk konsekvens ser ut til å diktere at man heller bør forsøke å renske retten for reelle hensyn, og dersom man allikevel insisterer på å bevare termen reelle hensyn, må det klargjøres at den i virkeligheten gis en helt ny referanse av en helt annen karakter dersom man lykkes i å frigjøre retten for all prinsipiell vilkårlighet.

Et alternativ til det som ovenfor ble kalt «Eckhoffskolen» i Norge er den såkalte «Bergenskolen»,<sup>67</sup> som har vist en sterk interesse i normeringen av det fenomenet vi kjenner som reelle hensyn. Her er imidlertid ikke drivkraften bare et ønske om en sikrere justis, men også av vitenskapsteoretisk karakter. Den sentrale tanken ser ut til å være at rettsrealismens funksjonelle rettsforståelse impliserer at vesentlige deler av jussen—det som finner sted i rettsreglene «penumbra»—blir å anse som «fremmedlegemer» i en rettsvitenskapelig forstand.<sup>68</sup> «Verdier og rasjonalitetsoppfatninger som preger rettsvitenskapen og den praktiske rettsanvendelse, og som avgjør vanskelige tvilsspørsmål, lar seg ganske enkelt ikke integrere i denne modellen når de ikke fremtrer som empiriske fakta.»<sup>69</sup>

Det er ikke vanskelig å trekke linjer til Dworkin her, som i sin kritikk av Hart blant annet argumenterer for at «Positivism (...) is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law<sup>70</sup> forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.»<sup>71</sup> De standardene han her viser til som ikke er «rules» er nettopp slike verdier og rasjonalitetsoppfatninger som vi normalt vil kalle reelle hensyn.

Også «Bergenskolen» bruker termen reelle hensyn, men det er her klart at det fenomenet det snakkes om ikke er ment som noen genuin vurderingsfrihet, men heller et umiddelbart utslag av rettens normative grunnlag, noe som innebærer at et skille mellom reelle hensyn og rettskilderegler kolliderer. Dette fremkommer gjennom et eksplisitt forsøk på å erstatte forestillingen om rettskilderegler med blant annet en «kvalifikasjonsnorm» og et «legitimitetsintervall», som på diverse måter er forankret i samfunnets og da særlig juristfellesskapets verdioppfatninger.<sup>72</sup>

I angivelsen av det rettspositivistiske begrep om rettskildereglene som ble gitt ovenfor, var den sentrale tanken at rettskildereglene fungerer som et konstituerende bindeledd mellom den empiriske (sosiale) virkelighet og retten *qua* normsystem, og har sitt grunnlag i sin faktiske aksept i samfunnet—noe som innebar at det som ikke kunne spores tilbake til denne «aksepten» ikke kunne antas å tilhøre retten. Gitt disse teoretiske forestillinger kan det anføres

---

<sup>67</sup> Se Lars F. Jansen, ««Bergenskolen»: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 02/2007 (volum 42) s. 108-122.

<sup>68</sup> Se Jan F. Bernt, «Et hermeneutisk perspektiv på rettsvitenskap og juridisk metode», *Juridisk metode og tenkemåte*, universitetsforlaget 2019 s. 591-604, s. 598-599.

<sup>69</sup> Doublet & Bernt (1998) s. 138.

<sup>70</sup> Denne «testen» er at den er utledet fra anerkjennelsesregelen.

<sup>71</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Publishing Plc, 2013 s. 38.

<sup>72</sup> Se Jansen (2007).

at det «Bergenskolen» (og for den saks skyld Dworkin) gjør, er å utvide området for denne «aksepten» i samfunnet til også å gjelde ulike verdi- og rasjonalitetsoppfatninger som ikke nødvendigvis er nedfelt i den positive rett.<sup>73</sup>

Som ble bemerket ovenfor har rettskildereglene, slik vi kjenner dem, normalt en ideologisk/verdimessig forankring. Når man så bryter med den rettspositivistiske forstillingen om at disse ideologiske/verdimessige forstillinger utgjør rettskilderegler nettopp fordi de rent faktisk fungerer som rettskilderegler (eller, med Harts terminologi, som en anerkjennelsesregel) i et samfunn, og erstatter denne med en vagere forestilling om at rettsregler må utledes i samsvar med anerkjente verdi- og rasjonalitetsforestillinger, så forsvinner det skarpe skillet mellom rettskilde og rettskilderegel, for man har ikke lenger noe kriterium for å angi rettskilderegler.<sup>74</sup> Reelle hensyn blir da en del av retten på lik linje med alt det andre.

Gitt «Bergenskolen» målsetning er da denne strategien ikke overraskende, for dersom man ønsker en teori som på den ene siden holder retten ren for prinsipiell vilkårlighet og på den annen omfatter alle de fenomener som inngår i rettsanvendelsen, kommer man ikke utenom en fullkommenhetstese, der man forutsetter at retten har et objektivt grunnlag som determinerer hele retten. Dette fordi dersom man hevder at retten er 50% determinert av *X* og 50% determinert av *Y*, så må man på en eller annen måte garantere, da på prinsipielt (dvs. logisk sikkert) grunnlag, at *X* og *Y* sammen determinerer hele retten. Denne garantien må da gis ved at man først angir hele retten (100%) for så å bevise at *X* og *Y* sammen uttømmende kan determinere denne—men hvordan angir man så retten om ikke gjennom det som determineres av *X* og *Y*? For dette må man gå et steg bakom *X* og *Y*—til retten selv—for så å

---

<sup>73</sup> Det vil ikke blir foretatt noen eksplisitt kritikk av «Bergenskolen» og Dworkin i denne avhandlingen. Det bemerkes imidlertid her at disse også rammes av en, etter min mening, overbevisende argumentasjonslinje som skal utvikles mot Kelsen. Denne går ut på at normenes fundament må utgjøres av formelle artikulasjonsregler, og ikke av materielle regler, dvs. normer, slik som «Bergenskolen» og Dworkin forfekter. Dette argumentet fremstilles i kapittel 4.

<sup>74</sup> Nå skal det sies at rettspositivismens kriterium—at *X* er en rettskilderegel dersom *X* rent faktisk fungerer som en rettskilderegel—heller ikke er spesielt nyttig, for det viser seg stadig å være notorisk vanskelig å påvise slike rettskilderegler, og man ender gjerne med bare å konstatere de mest åpenbare, som f.eks. at lovttekst skal tillegges stor vekt, at Høyesterettspraksis skal tas i betraktning avhengig dens relevans osv.

vurdere deres rolle i determineringen av denne. En slik mental anstrengelse er bare mulig i kraft av en fullkommenhetstese.<sup>75</sup>

Denne sentrale sammenhengen og konflikten mellom forestillingen om rettskildereglene, forstått som rettens objektive grunnlag, og forestillingen om reelle hensyn, forstått som en genuin og prinsipiell vurderingsfrihet, er noe flere fremtredende forfattere mangler et bevisst forhold til.

Dworkin gir oss et glanseksempel på faren ved å rote på dette punkt som ledd i sin kritikk av læren om «judicial discretion», der han fremmer et argument om at rettsanvendelsen bare kan sies å være bundet dersom det forutsettes at det finnes noen «principles» som determinerer når rettsanvenderen har vurderingsfrihet, altså når man befinner seg i en regels «penumbra» der det er rom for «discretion».<sup>76</sup> Dette fordi dersom det ikke finnes noen slik skranke kan rettsanvendelsen aldri sies å være bundet, for rettsanvenderen har da vurderingsfrihet ved fastleggelsen av sin egen vurderingsfrihet, ergo foreligger ingen binding.

Hans Petter Graver brukte over 20 år senere det samme argumentet, men der Dworkin trekker den konklusjonen at det må forutsettes at det i det minste foreligger noen oversanselige prinsipper som binder rettsanvenderen, trekker Graver motsatt konklusjon, nemlig at rettsanvendelsen aldri er bundet.<sup>77</sup> Bakgrunnen for denne forskjellen ligger i at Dworkin i utgangspunktet aksepterer den rettspositivistiske tesen om at retten (forstått som positiv rett) virkelig er bindende for rettsanvenderen, slik at rettsregler i den grad de følger av den positive rett er determinerte, mens Graver avviser dette fordi det etter hans mening ikke er tilstrekkelig bevist.

---

<sup>75</sup> Som ble fremhevet ovenfor i relasjon til Ross, så kan dette problemet unngås ved å legge til grunn et rettsrealistisk vitenskapssyn, for dette lar oss per definisjon angi retten som det som er determinert av X og Y (se punkt 1.3 ovenfor). Rettspositivistene angir på denne måten retten som det som følger av det normative grunnlaget for den positive rett (som f.eks. en anerkjennelsesregel). Det er dette grepet som plasserer rettspositivistene og rettsrealistene innenfor en realistisk, dvs. empiristisk forankret, vitenskapelig ramme.

<sup>76</sup> Se Dworkin (2013) s. 54-57.

<sup>77</sup> Se Graver (2000) s. 448-449.

Selv mener jeg at argumentet er absurd. Dette kommer av at begge forfatterne (åpenbart) er ute etter å bevise noe om rettens prinsipielle karakter—Det er nettopp dette som er grunnen til at vurderingsfriheten er av slik interesse, for vurderingsfrihet konnoterer subjektivitet, noe som er grunnleggende kontingent, altså usikkert.

Gitt dette finner man at det bærende premisset i argumentet strengt tatt kan omskrives til: dersom grensen for usikkerhet i rettsanvendelsen selv er usikker, så er rettsanvendelsen fullstendig usikker. Dette er absurd, fordi grensen for usikkerhet må utgjøres av grensen for det sikre; altså vil det som er sikkert konstituere grensen for usikkerhet, ergo ville denne grensen per definisjon være sikker.

I virkeligheten forsøker følgelig Dworkin å slutte fra at rettsanvendelsen delvis er determinert, altså sikker, til at den er litt mer determinert (han mener bare at argumentet viser at positivistene, dvs. Hart, er forpliktet til å anerkjenne *noen* oversanselige prinsipper), uten å bygge på andre relevante premisser. Graver forsøker derimot å slutte fra at rettsanvendelsen er delvis indeterminert til at den alltid er indeterminert, også uten å bygge på andre relevante premisser.

Temaet her er imidlertid ikke argumentet *per se*, men heller det denne analysen kan fortelle oss om det problemet avhandlingen forsøker å løse. Det ser ut til at siden problemet er av logisk karakter, og det vi trenger er et argument for at rettsregler logisk sett er determinerte, så forsvinner på mange måter skillet mellom rettskilderegler og reelle hensyn. I den grad disse fenomener utgjøres av en prinsipiell vurderingsfrihet er de ett og samme problem. Praktisk betyr dette at enhver form for «lappestrategi» for å «fylle rettens tomrom» er dømt til å feile. Et argument for at retten har et objektivt grunnlag i kraft av hvilket rettsregler er normer må allerede fra starten av dekke hele retten.

## **2.3 Om problemets løsning: et spørsmål om legitimasjon**

Hvordan kan man så angi et objektivt grunnlag for retten som har en slik beskaffenhet at det ikke kan betviles at dets determinerende evne rommer retten i sin helhet?

Et alternativ som kan være fristende å forfølge er å rendyrke et naturalistisk syn på retten, som innebærer at rettsregler determineres av iakttagbare rettskilder og biologisk betingede mentale prosesser hos rettsanvendere. Gitt et slikt syn kan det sies at retten er fullt

ut determinert av naturlige årsaker, og man ville da ha en rettsvitenskap som beskjeftiger seg med et (i det minste prinsipielt) fullt ut iakttagbart objekt.

Dette er imidlertid ingen farbar vei, for det empiristiske vitenskapssyn innbefatter allerede en avvisning av eksistensen av normer, forstått som noe sikkert. Dette fordi faktiske forhold, dvs. det som er empirisk gitt, aldri kan danne grunnlag for sikre slutninger.<sup>78</sup> For naturvitenskapelige teorier er ikke dette noe problem, for disse—deres paradigmer, om man vil—henter sin legitimitet gjennom deres forklaringsevne. Evolusjonslæren stammer f.eks. fra ideer Darwin fikk ved å studere dyre- og plantearter, som han oppdaget at hadde enorm forklaringsevne for biologiske forhold. Den er imidlertid ikke dermed bevist ut over enhver prinsipiell tvil, og er således strengt tatt bare et postulat hvis riktighet forutsettes av de som aksepterer teorien. Dette er dog ikke uten videre noe problem for de vitenskaper som opererer innenfor et evolusjonsparadigme, fortrinnsvis biologien og psykologien, for disse vitenskaper innbefatter ingen pretensjoner om at de resultater de kommer til er sikre i strengt logisk forstand; bare at de er sannsynlige.

Det er i dag en omfattende tradisjon innen rettsfilosofien for at ulike rettsteorien, på samme måte som de naturvitenskapelige teorier, legitimeres gjennom deres forklaringsevne. Hart, som kan karakteriseres som et paradigmatisk eksempel på en moderne rettsfilosof (for moderne rettspositivister kan det antakelig hevdes at Hart satt standarden), legger f.eks. ut i det vide og det brede om hvordan hans foretrukne teori hjelper oss med å forstå de rettslige fenomener samt løse opp rettslige paradokser. Ofte er strategien å vise hvordan en tidligere forfatter er forpliktet til et bestemt problem, for så å forklare hvordan den foretrukne teorien forklarer vekk problemet.<sup>79</sup>

Det de fleste rettsteorier (og empiriske vitenskaper generelt) søker å forklare innbefatter imidlertid normalt ikke pretensjoner om å være sikkert, og de konklusjoner de oppnår trenger da ikke nødvendigvis å være sikre. Spørsmålet om retten er determinert, i betydning

---

<sup>78</sup> I filosofien sies det gjerne at iakttagbare forhold erkjennes *a posteriori* og dermed er prinsipielt usikkert, dette i motsetning til det som erkjennes *a priori* og som er sikkert.

Se for øvrig den omfattende litteraturen om *induksjonsproblemet*, som særlig dreier seg om hvordan man kan slutte fra empiriske forhold til naturlover (som oppfattes som sikre), det vil si hvordan man kan slutte fra *noen* til *alle*.

<sup>79</sup> Se f.eks. hvordan Hart utvikler sin teori gjennom kritikk av Austin og Dworkin sin teori gjennom kritikk av Hart.

prinsipielt uvilkårlig, må derimot gis et sikkert svar, for det som etterspørres er nettopp sikkerhet.

Dersom man ikke kan forfølge en vei der man søker utover, til den empiriske virkelighet, fremstår det som eneste alternativ at man søker innover; mot sine grunnleggende rettslige ideer. Slike undersøkelser trues imidlertid alltid av den metafysiske avgrunn man fort kan bli offer for ved mindre man utviser stor forsiktighet når man trekker konklusjoner fra ideer (altså må naiv begrepsrealisme motstås, se kapittel 1). Det ser da ut til at heller ikke dette er en farbar vei; i alle fall ikke direkte.

Hvordan kan man så bevise normers eksistens når dette hverken kan utledes gjennom empiriske undersøkelser eller direkte gjennom analyse av begreper?

Det er da nødvendig med et paradigmeskifte. På samme måte som Kopernikus helomvendte premissene for astronomien med sin formulering av det heliosentriske verdensbilde, må vi bryte med vår forstilling om at eksistensen av normbegrepets referanse kan påvises gjennom direkte argumentasjon, og heller legge til grunn en idé om at rettsfilosofiens oppgave er å påvise rettsvitenskapens *rett* til å bruke normbegrepet.

Dette har tidligere blitt forsøkt av Hans Kelsen (1881-1973), som utviklet sin *rene rettsteori* ad denne tredje vei; som ligger mellom empirismen og rasjonalismen (naturretten).<sup>80</sup> I kjernen av Kelsens rettsfilosofi ligger et grep vi kjenner fra Kants teoretiske filosofi, som gjerne kalles en *kopernikansk vending*. Den sentrale ideen er at man istedenfor å spørre om rettsnormenes objektive grunnlag, heller etterspør de transcendentale mulighetsbetingelsene for forestillingen om en rettsnorm overhodet. Dersom man evner å avdekke disse, og man finner at rettsregler nødvendigvis må være sammenfattet (fremstilles) som normer, dvs. som noe sikkert; som utvetydig peker i én eneste retning, så har man bevist

---

<sup>80</sup> Det er i alle fall fremholdt at den rene rettsteori fikk sin klareste form i Kelsens rettsfilosofi. Se blant annet Marmor (2011) s. 13.



at den alminnelige forestilling om rettsregler som normer i det minste er berettiget—fordi den er nødvendig.<sup>81</sup>

Problemet med rettens normative grunnlag har sterke paralleller til debatten mellom Hume og Kant. Ved å sette sanseinntrykkene som det primære erkjennelsesobjekt forpliktet Hume seg til et grunnsyn som ikke tillot sikre slutninger om naturens fenomener. Kant løste problemet gjennom sin kopernikanske vending, der han heller enn å rette søkelyset mot det menneskelige sinns objekter, valgte å undersøke det menneskelige sinn selv. Han forsøkte å finne frem til forstandens nødvendige lovmessighet, for så på denne måten å oppdage hvordan objekter nødvendigvis må være for så vidt som de er mulige erfaringsobjekter.

Uenigheten mellom Hume og Kant om hvordan naturens kausalitet skal forstås er illustrerende. Hume på sin side så seg tvunget til å konkludere med at ideen om naturens kausalitet er noe som oppstår fordi vi regelmessig erfarer at en ting følger en annen, noe som resulterer i en idé om at den ene tingen skjer *fordi* den andre tingen skjer.<sup>82</sup> Hume finner imidlertid ikke noe tilfredsstillende bevis for at dette fenomenet skyldes en lov (en kausalitetslov), noe som innebærer at naturens kausalitet må konseptualiseres som noe prinsipielt usikkert og vilkårlig.

Kant fant denne vilkårligheten uakseptabel og så det blant annet som sin oppgave å gi naturvitenskapen et sikkert fundament ved å bevise at naturens mest grunnleggende lovmessighet ikke er prinsipielt vilkårlig, men nødvendig. For å oppnå dette fører han blant annet et bevis for at våre forestillinger om den ytre verden *nødvendigvis* må sammenfattes gjennom en kausalitetslov for så vidt som de kan være

---

<sup>81</sup> Kant forsøkte på sin side å bevise naturens nødvendige lovmessighet i sin såkalt *transcendentale deduksjon* (som behandles forholdsvis utførlig under punkt 3.2). Med «deduksjon» mener imidlertid ikke Kant «et *deduktivt* bevis i logisk forstand. «Deduksjon» er her forstått i tråd med den juridiske tradisjonen. Han kaller derfor deduksjonen et *quid juris*, og skiller det fra *quid facti* (A 84/B 116). Mens det siste er et spørsmål om noe faktisk er i ens besittelse, er det juridiske spørsmålet et normativt spørsmål om ens rett til å ha noe. I tråd med dette går Kants deduksjon ikke ut på å vise at kategoriene er en naturlig disposisjon i oss til å tro at objektene og virkeligheten arter seg på en bestemt måte. Dette er nettopp *quid facti*. Han skal i stedet vise at vi tror det med rette; våre oppfatninger om virkeligheten er berettigede og kan dermed regnes som viten. Således forsvarer deduksjonen spørsmålet om intellektets reelle bruk.» (se redaktørenes innledning til Immanuel Kant, *Kritikk av den rene fornuft*, oversatt av Steinar Mathisen, Camilla Serck-Hanssen og Øystein Skar, Pax Forlag AS, Oslo 2005 s. 17).

<sup>82</sup> Se Sir Anthony Kenny, *The Rise of Modern Philosophy*, Oxford University Press, 2006 s. 204-207.

erfaringsobjekter. Kant forankrer på denne måten naturens kausalitet som en nødvendig mulighetsbetingelse for enhver forestilling av objekter.<sup>83</sup>

Det er mitt syn at Kelsen hadde rett på et overordnet plan, dvs. hans strategi om å fokusere på betingelsene for bruken av normbegrepet for dermed å legitimere dets bruk. Mange av detaljene i hans teori er derimot, mener jeg, dypt problematiske. Den løsningen som vil gis på legitimeringsspørsmålet som vedhefter rettsvitenskapens bruk av normbegrepet i denne avhandlingen divergerer fra Kelsens på flere punkter, men den ligger samtidig så nært den rene rettsteori at den trygt kan angis som en ren rettsteori, dog ikke Kelsens.

Strategien for å nå den lovede løsningen vil være å ta utgangspunkt i Kelsens teori, som skal presentere nå i kapittel 3. Denne teorien skal deretter kritiseres. I kapittel 4 legges det frem et bevis for at Kelsen tok feil vedrørende rettens objektive grunnlag, og i kapittel 5 skal det argumenteres for at normbegrepet ikke kan legitimeres ved at man påviser de betingelser forstanden må underlegges for å frembringe normer i bevisstheten, men at det allerede er legitimt i kraft av at normer erfares umiddelbart på samme måte som resten av den ytre verdens objekter.

### 3 Kelsens rene rettsteori

Hans Kelsen er et navn de fleste som i noen grad er bevandret i den rettsfilosofiske litteraturen nok har kommet over, men bare de færreste har inngående kjennskap til hans arbeider.<sup>84</sup> Det er mange grunner til Kelsens manglende gjennomslag i kontemporære debatter, men den vanligste forklaringen ser ut til å være en variant av at rettsfilosofer ikke evner å se hvordan rettsvitenskapen overhodet kan være ren, altså prinsipielt uavhengig av sosiale fakta.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Se *ibid.* s. 207-211 for en redegjørelse av Kants konkrete svar til Hume.

<sup>84</sup> Se Brian H. Bix, «Kelsen in the United States: Still Misunderstood», *Hans Kelsen in America*, Springer International Publisher Switzerland, 2016 s. 17-29, s. 18 for en redegjørelse av Kelsens sterkt marginale posisjon i amerikansk rettsfilosofi.

<sup>85</sup> Se f.eks. Michael S. Green, «Marmor's Kelsen», *Hans Kelsen in America*, Springer International Publisher, Switzerland 2016 s. 31-55, s. 31.

Kelsen selv gir oss her svært lite hjelp, for han presenterte aldri noe kontret forsvar av sitt renhetspostulat—han forutsatte heller at det var holdbart og ønskelig. Michael S. Green foreslår at kanskje den generelle motstanden mot psykologisme og naturalistisk reduksjonisme i Wiens filosofisamfunn gjorde at argumenter for rettens fundamentale uavhengighet fra sosiale fakta syntes unødvendige.<sup>86</sup> Mangelen på slike argumenter er imidlertid ifølge Green et stort problem for amerikanere, og det er vanskelig å se noen grunn til å tro at det er et mindre problem for nordmenn.

For denne avhandlingens tema er Kelsen særlig interessant fordi han evnet å gi en rettsteori som tillot fremstillingen av rettsregler *qua* normer. Denne delen av hans teori er imidlertid dypt forbundet med des rene aspekter (for det er i kraft av dens renhet at teorien kan gi innsikt i rettens logisk nødvendige egenskaper). Det at Kelsen selv i svært liten grad forsvarer sitt renhetspostulat er da opphav til betydelige fremstillingstekniske utfordringer. En fremstilling av disse aspekter ved Kelsens teori som man på forsvarlig vis kan påstå at virkelig var Kelsens syn, vil kreve en omfattende *eksegese* som vil sprengte avhandlingens grenser samt bryte med dens formål. Dette kapittelet er derfor heller skrevet som en fremstilling av de premisser og det tankegods som, så vidt jeg kan se, funderer og muliggjør Kelsens rene rettsteori. Utgangspunktet vil selvfølgelig være Kelsens egne tekster, men disse analyseres gjennom illustrerende analogier og refleksjoner heller enn omfattende sammenligninger med andre tekststykker. Kapittelet avsluttes (punkt 3.2) med forholdsvis omfattende sammenligninger mellom Kelsens teori Kants teoretiske filosofi, som, tror jeg, bidrar til å sette Kelsens syn på rettens normative grunnlag i sin rette kontekst.

### 3.1 En teori om den rene normativitet

Ifølge Kelsen besto den tidligere rettsvitenskapen av en ukritisk sammenblanding av ulike elementer med varierende grad av tilknytning og relevans for det fenomen vi kjenner som *retten*. Mot dette lanserer han den rene rettsteori, som tar sikte på å beskrive retten *qua* rett, uavhengig av tilgrensende disipliner som politikk, psykologi, sosiologi osv.<sup>87</sup> Den rene

---

<sup>86</sup> *Ibid.* s. 36.

<sup>87</sup> Se Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2. utgave, The Lawbook Exchange, LTD. Clark, New Jersey 2005 s. 1. Boken refereres heretter til som *PT2*.

rettsteori skulle utelukkende beskjeftige seg med rettens logikk.<sup>88</sup> Renhetspostulatet denoterer således en metodologisk avgrensning.

De metodologiske føringer det angir kan sammenfattes under termen *antireduksjonisme*. Med reduksjonisme menes at man reduserer et forhold til noe annet.<sup>89</sup> Dersom man for eksempel forklarer psykologiske fenomener gjennom fysiske hendelser sier man at man har redusert psykologi til fysikk, kjemi eller biologi (avhengig av hva slags teori som benyttes). I rettsvitenskapen finner man særlig tendenser til å redusere retten til moral (naturrett) og, som fremhevet kapitlene 1 og 2, til å redusere retten til sosiale fakta. Kelsens antireduksjonisme søkte å motstå alle slike tendenser.

Hva står så igjen når rettsvitenskapen først er rensket for disse fenomener som ikke tilhører retten *qua* rett, dvs. hva er den rene rettsteoris objekt? Formålet med det følgende er å besvare dette spørsmålet samt å gi leseren en idé om hvorfor Kelsen forpliktet seg til et renhetspostulat.

### **3.1.1 Om forholdet mellom normer og den empiriske virkelighet**

Det paradigmatisk eksempelet på en ren vitenskap er matematikken, for dens objekt er fullstendig uavhengig både av normative forestillinger og av den fysiske virkelighet (den er fullt ut deduktiv). Matematiske sannheter er sanne uavhengig av om det eksisterer mennesker, eller for den saks skyld om universet eksisterer.

Men hvordan kan rettsvitenskapen være ren? Rettsvitenskapens objekt er tross alt gjeldende rett, og ingen forstandig person vil påstå at gjeldende rett kan angis uten forutgående empiriske undersøkelser. Den juridiske metode, som særpreger og muliggjør den juridiske profesjon, er nettopp en metode for å undersøke samt sammenfatte empirisk materiale. Rettsvitenskapens objekt (dvs. rettsregler) må, gitt den rene rettsteori, derimot på samme måte som matematikkens objekt eksistere selv i en verden uten mennesker eller andre vesener som kan være bundet av regler.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Se D. A. Jeremy Telman, «Introduction: Hans Kelsen for Americans», i *Hans Kelsen in America*, Springer International Publisher Switzerland, 2016 s. 1-13, s. 5.

<sup>89</sup> Se Marmor (2011) s. 12.

<sup>90</sup> Se Green (2016) s. 32-33.

Problemet er ikke fullt så absurd som det kanskje kan virke. Det kan belyses gjennom et tankeeksperiment: Vi forutsetter at det finnes en krukke fylt med baller. Ballene kan være røde, hvite eller blå. Ingen vet hvor mange baller som finnes i krukken, hvor mange av hver farge, eller hvor stor andel av ballene som har de ulike fargene. Ingen matematiske kunnskaper vil i en slik situasjon gjøre det mulig for noen å determinere hvor mange baller som befinner seg i krukken, hvilken farge de har, og å avgjøre den forholdsmessige distribusjonen av ballene basert på farge. Det matematiske kunnskaper derimot lar oss gjøre, er å trekke ulike slutninger om ballene under ulike forutsetninger. Dersom det forutsettes at halvparten av ballene er hvite og halvparten er blå, så vet vi for eksempel at det ikke kan være noen hvite baller i krukken. Dersom vi vet at halvparten av ballene er blå, og at 5 er hvite og 5 er røde, så vet vi at det må være 10 blå baller i krukken. Alt dette er sant uavhengig av hvilken type og hvor mange baller som befinner seg i krukken, eller for den saks skyld om krukken og ballene overhodet eksisterer.

Hva er så forholdet mellom matematikken og den fysiske virkelighet? Det er klart at matematiske sannheter er uavhengig av den fysiske verden, men samtidig er det klart at matematikken og de fysiske objekter på en eller annen måte interagerer. Det mest åpenbare svaret er at da at matematikken gir oss en bestemt type informasjon om den ytre verden, og den fungerer på denne måten som et slags *tydingsskjema*; den lar oss tolke den fysiske virkelighet på en bestemt måte.

Kelsen selv bruker termen «scheme of interpretation» («tydingsskjema»<sup>91</sup>) om rettsnormene. Selv forstår jeg ham dithen at han betrakter rettsnormenes forhold og interaksjon med sosiale fakta på tilsvarende måte som matematikkens: Rettsnormene tilfører en bestemt type mening (normativ eller rettslig mening) til sosiale fakta, men denne meningen er ikke betinget av de sosiale fakta selv; den er prinsipielt uavhengig av dem.

---

<sup>91</sup> Denne termen brukes fordi den brukes av Ross, som mest sannsynlig adopterte den fra Kelsen, se. under punkt 1.4.

Kelsen forutsetter så at «denne meningen», dvs. normer *qua* prinsipielt adskilt fra sosiale fakta, kan rendyrkes som undersøkelsesobjekt, da på tilsvarende måte som matematikken kan rendyrkes i studier av den rene matematikk.

Dette har videre sammenheng med hans aksept av den grunnleggende distinksjon mellom fakta og verdier («the fact-value distinction»). Dette prinsippet har sin mest kjente formulering hos David Hume, som skriver at

In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason.<sup>92</sup>

Distinksjonen foreskriver altså at man aldri kan slutte et verdistandpunkt fra et faktum; man kan ikke slutte en *bør-påstand* fra en *er-påstand*. Av dette følger det at dersom en påstand som innebærer et verdistandpunkt, altså at noe *bør* gjøres, unnlates e.l., er konklusjonen av en slutning, så må det være minst én annen *bør-påstand* blant premissene for slutningen.

I dette ligger det at det normative og det faktiske oppfattes som to forskjellige sfærer som er prinsipielt adskilte, men som i visse tilfeller kan interagere. Dette kan igjen illustreres med en analogi til matematikken, som også, i en forstand, utgjør en egen sfære, for det kan aldri trekkes slutninger om den fysiske verden utelukkende fra matematiske premisser.

---

<sup>92</sup> *Treatise* 3.1.1 s. 335.

Dersom matematikken skal kunne gi informasjon om den fysiske verden, kreves det at den «anvendes» på den måten at man benytter empiriske så vel som matematiske premisser i sine slutninger. Det samme gjelder for retten, for også denne «anvendes» ved at man trekker slutninger fra faktiske og rettslige (normative) premisser sammen.

### 3.1.2 Grundnormen og normideen

Kelsen ser ikke noe behov for å bevise at rettsregler er normer, forstått som noe sikkert. Det at noen mennesker oppfatter dem som normer, eller i det minste at det er *mulig* for mennesker å oppfatte dem sådan, er nok. I praksis er det selvfølgelig også tilfellet at de aller fleste oppfatter rettssystemet som et normsystem, men dette er ikke nødvendig for oppbyggingen av Kelsens argumentasjon. Gitt dette kan det sies at det er normideens mulighet som fungerer som hans *datum*.

Sentralt ved normideen ligger, som fremhevet i innledningen, forestillingen om at normer er bindende. Denne bindingen må forstås som noe sikkert (metaforisk kan det snakkes om en pil som utvetydig peker i én eneste retning), og den må ha sitt grunnlag i normenes nødvendige determinasjon. Dette følger i det minste av det formelle normbegrep som er utgangspunkt for Kelsens så vel som denne avhandlingens slutninger.

Hvordan oppnår så normene ifølge Kelsen sin bindingsegenskap? Et alternativ er at de overtar bindingsegenskapen fra en overordnet norm gjennom en deduksjon. Dette er for eksempel tilfellet om man slutter fra normen «man skal ikke lyve!» til en norm om at man ikke skal oppgi feilaktig informasjon til skatteetaten. Denne type «normlogikk», som Kelsen mener er karakteristisk for et *statisk normsystem*,<sup>93</sup> er særlig å finne i naturrettslige normsystemer, der den/de overordnede normene antas å hente sin gyldighet i forstanden, Gud, eller lignende.

Et rettspositivistisk normsystem opererer med en helt annen normlogikk, som er karakteristisk ved det Kelsen kaller et *dynamisk normsystem*.<sup>94</sup> Her kan man ikke slutte fra en norm til en annen gjennom noen form for intellektuell operasjon. Normer må derimot skapes

---

<sup>93</sup> Se Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S.A) & London (U.K.) 2006 s. 112. Boken refereres heretter til som *GTL*.

<sup>94</sup> *Ibid.* s. 112-113.

gjennom «acts of will» av tjenestemenn som er «authorized to create norms by some higher norm».<sup>95</sup> På toppen av dette normhierarkiet ligger det en «grundnorm»<sup>96</sup> som danner grunnlaget for de underordnede normenes gyldighet; som altså konstituerer deres bindingsegenskap.

Om den nødvendige eksistensen av en slik grundnorm argumenterer Kelsen med at the search for the reason of a norm's validity cannot go on indefinitely like the search for the cause of an effect. It must end with a norm which, as the last and highest, is presupposed. It must be *presupposed*, because it cannot be "posited", that is to say; created, by an authority whose competence would have to rest on a still higher norm. This final norm's validity cannot be derived from a higher norm, the reason for its validity cannot be questioned. Such a presupposed highest norm is referred to in this book as basic norm.<sup>97</sup>

Dette har klare likhetstrekk med Harts «rule of recognition», men der Hart oppfattet denne ultimate regel som noe grunnleggende empirisk foreliggende, mener Kelsen at den må stipuleres. Denne påstanden om at grundnormen selv aktivt stipuleres er gjenstand for mye kritikk mot Kelsens filosofi, da blant annet fra Hart (i kapittel 5 tar jeg også avstand fra denne delen av den rene rettsteori, men for nå er ta nyttig å ta Kelsen på sitt ord).

### 3.1.3 Om normenes relative objektive gyldighet

Blant de mer mystifiserende elementer ved Kelsens teori finner man påstanden at normer er objektivt gyldige og samtidig er relative, da i den forstand at de bare er objektivt gyldige for den som oppfatter dem som objektivt gyldige. Målet er her å fremstille disse to tesene for så å begynne diskusjonen av deres mulige forening (som jeg mener er mulig i kraft av at Kelsen er en transcendental idealist).

---

<sup>95</sup> *Ibid.* s. 113.

<sup>96</sup> Det vil gjennom avhandlingen holdes fast ved skrivemåten «grundnorm», da med utgangspunkt i det tyske «Grundnorm», for å få frem at begrepet brukes i Kelsens tekniske forstand.

<sup>97</sup> *PT2* s. 194-195.



### 3.1.3.1 Om gyldighet og det formelle normbegrep

Innholdet i Kelsens formelle normbegrep fremgår særlig klart av det han sier om normenes gyldighet.

Kelsen oppfatter rettssystemer som normsystemer, der normene er «prescriptions for the behavior of men». <sup>98</sup> De skilles således fra naturlovene ved at de sier hvordan ting *bør* være, og ikke hvordan ting *er*. Det er dette *bør-elementet* som utgjør normenes bindende kraft, eller, om man vil, deres bindingsegenskap.

Normenes *bør-element* har videre sammenheng med normenes gyldighet. Om normers gyldighet sies det i *PT2* at «A norm referring to the behavior of a human being is “valid” means that it is binding—that an individual ought to behave in the manner determined by the norm.» og i *GTL* at gyldighet betyr «the specific existence of norms. To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or—what amounts to the same thing—we assume that it has “binding force” for those whose behavior it regulates.» <sup>99</sup> En gyldig norm er dermed, per definisjon, en påstand som inneholder et genuint *bør-element*; som bare betyr at de har bindende kraft. En ugyldig norm har, på den annen side, ikke noe genuint *bør-element*, og er således, strengt tatt, heller ingen norm. <sup>100</sup> Denne tolkningen finner blant annet støtte i Kelsens *General Theory of Norms* kapittel 44 der det fremholdes at

In order to be valid, a norm must be posited. If it is not posited, it is not valid. And it is valid only if it is posited; if it is not valid, then whatever has been posited is not a norm. For the validity of a norm—as noted earlier—is its specific existence. Not the existence of a fact, but the existence of a meaning (or meaning—content), the meaning of a fact (the factual act of positing). The existence of a meaning is an ‘ideell’, not a ‘real’ existence (...). That a norm prescribing a certain behaviour ‘is valid’ means that such a norm exists. When a norm ‘begins to be valid, it begins its specific existence, it comes into force. When a norm ‘ceases to be valid’, it ends its specific existence, it ceases to be in force. That a norm prescribing a certain behaviour is not valid means

---

<sup>98</sup> *GTL* s. 37.

<sup>99</sup> *PT2* s. 193 og *GTL* s. 32.

<sup>100</sup> Se Bert van Roermund, «Norm-claims, Validity and Self-reference», I *Kelsen Revisited*, Hart Publishing Ltd, 2013 s. 11-41, s. 20.

that this norm does not exist. 'A valid norm' is a redundant expression. 'An invalid norm' is a contradiction in terms.<sup>101</sup>

Det at normer på denne måten identifiseres med deres bindingsegenskap som igjen identifiseres med normenes gyldighet, er det helt karakteristiske trekk ved det jeg har kalt et formelt normbegrep.<sup>102</sup>

Kelsens angivelse av hva en norm er kan sees som utslag av den betingelse at den teoris premisser som sammen gir retten et objektivt grunnlag allerede fra starten av må dekke hele retten.<sup>103</sup> Dette fordrer en type vending á la Kelsens Kantinspirerte kopernikanske vending, der man heller enn å angi innholdet i normbegrepet etterspør dets legitime bruk. Ved da å ta utgangspunkt i et rent formelt normbegrep for så å angi stipuleringen av grunnnormen som en nødvendig (og tilstrekkelig) betingelse for anvendelsen av dette begrepet, legitimerer Kelsen dets anvendelse der hvor det rent faktisk anvendes (som er i forbindelse med enhver rettsregel, dvs. dets bruk er legitimert for hele retten).

### 3.1.3.2 Gyldighet er objektiv gyldighet

Hos Kelsen finner man videre en sammenkobling mellom forestillingen om *gyldighet* og *objektivitet*. Grunnnormen er ifølge Kelsen nøkkelen til å forstå retten som et objektivt gyldig normsystem. Blant annet sier han at «Insofar as only the presupposition of the basic norm makes it possible to interpret the subjective meaning of the constitution-creating act (...) as their objective meaning, that is, as objectively valid legal norms (...)».<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford 1991 s. 171. Boken refereres heretter til som *GTN*. Se også *GTN* side 225 der det sies at «Such is the consequence of the fact that truth and falsity are the properties of existing statements, while validity is not the property of a norm, but rather its specific existence: an invalid norm, a non—existent norm, is no norm at all.»

<sup>102</sup> Kelsens behandling av hva normer er skiller seg da skarpt fra f.eks. Harts, som i motsetning til Kelsens bygger på et materielt normbegrep. Hart bruker således forholdsvis mange sider på å utvikle sitt begrep om normenes interne aspekt (se punkt 2.1.1 ovenfor), mens Kelsen nøyer seg med å sette likhetstegn mellom normers eksistens og deres gyldighet; uten å gi noen nærmere redegjørelse for hva normer er og hvorfor de «binder».

<sup>103</sup> Altså den siste slutningen som ble presentert i under punkt 2.2.2.

<sup>104</sup> *PT2* s. 202. Se også sitatet fra s. 217-218 gjengitt under punkt 3.1.3.3.

Slike formuleringer om at det i kraft av en grunnorm er mulig å tolke rettsregler som objektivt foreliggende, slik at deres subjektive mening blir deres objektive mening, er en gjenganger i Kelsens arbeider. Spørsmålet blir da hva dette egentlig betyr.

Objektiv/subjektiv-dikotomien brukes i filosofien normalt i to sammenhenger. Den første er der hvor man ønsker å skille private tanker, følelser og sanseerfaringer fra det som antas å eksistere utenfor og uavhengig av en selv. De første er betinget av selvets eksistens mens de andre er ubetinget av selvet. Dikotomien brukes i tillegg når man ønsker å skille det som er utslag av subjektets vilkårlighet fra det objektive og sikre. Slike subjektive tanker og forestillinger sies da å være subjektivt gyldige, siden dets gyldighet er beheftet med subjektivitetens vilkårlighet og kontingens. På den annen side finner man det objektivt gyldige, som er uvilkarlig, ubetinget og sikkert.<sup>105</sup> Dette gjelder hovedsakelig de matematiske og strengt logiske påstander. Dersom man f.eks. snakker om et gyldig argument i naturvitenskapen så menes ikke at de naturvitenskapelige momentene er riktige, men at argumentet logisk sett er gyldig.

Gyldighet tilhører de deduktive metoder; ikke de naturvitenskapelige. Begrepet tar følgelig sikte på slutningens, idéens eller forestillings form, altså er den gyldig for så vidt som den har/tilhører en bestemt form, heller enn at den er gyldig for så vidt som den har et bestemt innhold. Denne type objektivitet er altså hevet over enhver tvil, for selv om jeg forestiller meg at jeg er alene i universet; at alle mine forestillinger av en empirisk virkelighet er plantet i meg av en illvillig gud, så kan jeg fremdeles trekke objektivt gyldige slutninger om den illusoriske verden jeg befinner meg i, som f.eks. at det ikke kan regne og ikke regne samtidig og at min fiktive bil ikke kan være fullstendig rød og fullstendig blå samtidig.

Når Kelsen snakker om rettsnormer som objektivt gyldige kan det antas (i alle fall får man inntrykk av) at han bruker denne termen på samme måte som den brukes i logikken og matematikken. Det er altså ikke snakk om at rettsnormene er determinert av noe som nødvendigvis, i en eller annen forstand, eksisterer utenfor sinnet til den som oppfatter rettsnormen som objektivt gyldig. Det som determinerer rettsnormene—grunnormen—må derimot være en type lovmessighet hvis evne er å determinere rettsnormer, og denne lovmessighet må være av samme beskaffenhet som den matematiske lovmessighet. En

---

<sup>105</sup> Kants teoretiske filosofi, som skal redegjøres for under punkt 3.2, inneholder et godt eksempel på denne siste bruken.

analogi til matematikken er da igjen passende, for på samme måte som matematiske påstander oppfattes som objektivt gyldige i kraft av å være determinert sanne av matematikkens øverste lover, oppfattes også rettsregler som objektivt gyldige i kraft av å være determinert av rettens øverste lover/lov—grundnormen.

### 3.1.3.3 Objektiv gyldighet er relativt

Analogien mellom Kelsens filosofi og matematikken har tilsynelatende et betydelig problem, for mens matematikkens lover er allmenngyldige og universelle, slutter Kelsen seg til en omfattende relativisme i forbindelse med rettens bindingsegenskap. Han fremholder blant annet at

The Pure Theory describes the positive law as an objectively valid normative order and states that this interpretation is possible only under the condition that a basic norm is presupposed according to which the subjective meaning of the law-creating act is also their objective meaning. The Pure Theory, thereby characterizes this interpretation as possible, not necessary, and presents the objective validity of positive law only as conditional—namely conditioned by the presupposed basic norm.<sup>106</sup>

Altså er det ikke nødvendig å tolke en rettsregel som objektivt gyldig; det er bare mulig. Denne muligheten innebærer også (tilsynelatende) en viss frivillighet. F.eks. ved revolusjon skjer det (ifølge Kelsen) en utskiftning av grundnormen, der den ulovlige makten fastsetter en ny grundnorm, og i kraft av denne legitimeres revolusjonshandlingen.<sup>107</sup> Han påstår også at en anarkist «who denied the validity of the hypothetical basic norm of positive law (...) will view its positive regulation of human relationships (...) as mere power relations and their description as “ought” norms a mere “fiction,” as an attempt to supply a justifying ideology».<sup>108</sup> Det er følgelig ikke tvilsomt at Kelsen ser på stipuleringen av en grundnorm som en prinsipielt vilkårlig handling.

Hvordan kan så en slik relativisme forenes med påstanden om at rettsnormer er objektivt gyldige? Problemet er kanskje bare tilsynelatende, for en påstand av typen hvis *p* så

---

<sup>106</sup> *PT2* s. 217-218.

<sup>107</sup> Se *GTL* s. 118.

<sup>108</sup> *Ibid.* s. 413.

$q$  blir ikke falsifisert ved at  $p$  ikke inntreffer. En grunnnorm kan prinsipielt sett determinere rettsregler selv om den ikke aksepteres, eller heller, stipuleres, av noen. Det kan altså dreie seg om en hypotetisk nødvendighet, dvs. dersom grunnnormen aksepteres så følger det med nødvendighet at visse normer er gyldige, for disse determineres av grunnnormen.

Dette må da igjen forstås i lys av skillet mellom «er» og «bør». Om man aksepterer den ene eller andre grunnnormen er et spørsmål som tilhører den faktiske sfære, og har således ingen betydning for det som eksisterer i den normative sfære; for denne reguleres av en selvstendig og annerledes lovmessighet.

Det gjenstår da et ytterligere problem, for Kelsen åpner, blant annet i det ovenfor gjengitte sitatet fra *GTN* s. 171, for at en norms gyldighet kan opphøre. En logisk gyldig slutning hvis gyldighet er temporalt avgrenset er en åpenbar absurditet, altså må Kelsens begrep om objektiv gyldighet nyanseres ytterligere.

Løsningen på denne gåten er at Kelsen relativiserer objektiv gyldighet til det enkelte betrakningsperspektiv. Påstander av typen  $X$  er objektivt gyldig, betyr således at  $X$  fremstår som objektivt gyldig for det individ som tenker  $X$ —noe som prinsipielt muliggjør temporalt avgrenset gyldighet.

I dette ligger også Kelsens fremste kritikk mot diverse naturretsteorier, som fremholder at det eksisterer universelle normer, som binder alle, alltid. Kelsen bryter da med dette ved å insistere på at all normativitet er relativ til det enkelte betrakningsperspektiv.

Denne relativiseringen av normenes objektive gyldighet er en av grunnene til at jeg mener at Kelsen er en *transcendental idealist*. Dette understøttes også i stor grad av at Kelsen flere steder eksplisitt sammenligner sitt prosjekt med Kants, samt at hans slutninger ikke ser ut til å være mer enn blotte logiske implikasjoner (ideer) ved mindre han antas å operere innenfor et transcendentalidealistisk rammeverk (det sies mer om dette under punkt 5.1).

### **3.2 Om grunnnormens «transcendentale deduksjon»**

Hittil har målet vært å undersøke de sentrale aspektene ved Kelsens svar på spørsmålet om rettens normative grunnlag basert på det Kelsen selv sier (illustrert gjennom noen analogier særlig til matematikken). Det skal nå (dels på oppfordring fra Kelsen selv) tas et steg bort fra

hans egne arbeider; og til Kant. Håpet er at følgende sammenligning mellom Kelsens rene rettsteori og Kants teoretiske filosofi vil bidra til et klarere begrep om Kelsens transcendentale idealisme samt om grunnnormens nødvendige funksjon og evne.

### 3.2.1 Om Kelsens transcendentale idealisme

Kelsens renhetstese utgjør et betydelig handicap for hans argumentative verktøykasse. Om denne rehetstesen sier Kelsen i forordet til *GTL*: «When this doctrine is called the “pure theory of law,” it is meant that it is being kept free from all the elements foreign to the specific method of a science whose only purpose is the cognition of law, not its formation.»<sup>109</sup> I Kelsens tankeverden er det to typer teoretiske retninger som forsøker å redegjøre for rettens formasjon. Disse er naturretten, eller moralfilosofien (som for dette formål er det samme), på den ene siden, og politikken på den annen. En ren rettsteori må da, ifølge Kelsen, holdes fullstendig fri fra moral og politikk.

Hvordan kan man så bevise grunnnormens eksistens, dersom man ikke kan appellere til hverken moralen eller politikken? Det som gjenstår, er de transcendentale argumenter. Det er som Stanley L. Paulson fremhever: «An argument undergirding the basic norm has to be a Kantian or NeoKantian argument because Kelsen’s self-imposed constraint, the purity thesis, precludes every appeal to facts or values. That is to say, the purity thesis precludes any and every argument reflecting either a naturalistic standpoint or a moral point of view.»<sup>110</sup>

Kelsen selv knytter flere steder sin filosofi til den kantianske tradisjonen. Blant annet sier han

Kant asks: “How is it possible to interpret without a metaphysical hypothesis, the facts perceived by our senses, in the laws of nature formulated by natural science?” In the same way, the Pure Theory of Law asks: “How is it possible to interpret without recourse to meta-legal authorities, like God or nature, the subjective meaning of

---

<sup>109</sup> Forordet til *GTL*, s. xxxvi.

<sup>110</sup> Se Stanley L. Paulson, «The Great Puzzle: Kelsen’s Basic Norm» I *Kelsen Revisited*, Hart Publishing Ltd, 2013, s. 43-61, s. 44.

certain facts as a system of objectively valid legal norms describable in rules of law?”<sup>111</sup>

Når spørsmålene stilles «In the same way» er det naturlig å tenke at de ettersøker samme type svar. Kants svar på spørsmålet (som skal utdypes nedenfor) er at det foreligger visse transcendentale mulighetsbetingelser for sanseerfaringer overhodet skal kunne frembringes i bevisstheten, og at man, i kraft av disse nødvendige mulighetsbetingelsene, kan trekke visse objektivt gyldige slutninger («dommer») om den empiriske virkelighet. På samme måte må det da antas at Kelsen ettersøker en transcendental mulighetsbetingelse i kraft av hvilken man kan oppnå objektivt gyldig kunnskap om rettsnormer. Det ser ut til å være en slik tanke som ligger bak formuleringen:

Insofar as only the presupposition of the basic norm makes it possible to interpret the subjective meaning of the constitution-creating act (...) as their objective meaning, that is, as objectively valid legal norms, the basic norm represented by the science of law may be characterized as the *transcendental-logical condition* of this interpretation (...)<sup>112</sup>

Kelsen påpeker også likhetstrekk mellom Kants tese om at erfaringsobjektet skapes gjennom en forstandsakt og sin egen tese om at normer skapes gjennom en «stipuleringsakt»; noe som også er en forstandsakt. Blant annet sier han at

It is further true, that according to Kant’s epistemology, the science of law as cognition of the law, like any cognition, has constitutive character—it “creates” its object insofar as it comprehends the object as a meaningful whole.<sup>113</sup> (...) But this “creation” has a purely epistemological character. It is fundamentally different from the creation of objects by human labor or the creation of law by the legal authority.<sup>114</sup>

Det karakteristiske trekk ved Kants *transcendentale idealisme* er at forstanden tilskrives evnen til å skape erfaringsobjektene. For Kant er sanseerfaringer ikke annet enn

---

<sup>111</sup> PT2 s. 202.

<sup>112</sup> *Ibid.* (min kursiv).

<sup>113</sup> Sml. med det som ble sagt om det genuine bør-element ovenfor under punkt 3.1.3.1.

<sup>114</sup> PT2 s. 72.

meningsløs materie som subjektet passivt mottar. Det er (som skal utdypes under punkt 3.2.2) først etter at forstanden har bevirket disse ved å bringe dem sammen i en syntese at de utgjør meningsfulle enheter; altså et mulig objekt for erfaring. Reglene for denne syntese kalles da transcendentale mulighetsbetingelser for enhver erfaring overhodet, og ved å angi disse trekker Kant opp grensen for forstandens evne. Det som underlegges disse reglene, og som således er en mulig erfaring, tilhører sfæren av *phenomena*, mens det som faller utenfor reglene, og som således ikke er en mulig erfaring, kalles *noumena* (ting i seg selv). Forstanden tilskrives da, av Kant, en konstituerende rolle i frembringelsen av erfaringen. Dette impliserer imidlertid at *phenomena* er noe privat, altså vil man normalt snakke om idealisme, men siden det som ligger utenfor det private—*noumena*—faller utenfor forstandens domene og således ikke kan tenkes overhodet finner vi at denne idealistiske virkelighet blir den ene og sanne virkelighet.<sup>115</sup>

Det at Kelsen er en transcendental idealist er da, så vidt jeg kan se, et plausibelt svar på hvordan han på den ene siden behandler normers objektive gyldighet på samme måte som den objektive gyldighet vi finner i matematikken og logikken, og på den annen side åpner for at en norms objektive gyldighet kan opphøre. Dette fordi et spørsmål om objektiv gyldighet innenfor et transcendentalidealistisk rammeverk avgjøres etter om gyldighetspretendenten virkelig er underlagt visse lover som er foreskrevet av forstanden, da det er i kraft av disse objektiv gyldighet oppnås (altså er en forestilling om objektiv gyldighet relativ til det enkelte betraktningsspektiv).

På denne måte bevares parallelliteten med de tradisjonelle deduktive vitenskaper (logikk og matematikk) ved at forstanden tilskrives rollen som den eneste og sanne autoritet i alle spørsmål om gyldighet. Samtidig foreligger ingen garanti for at forstanden ikke kan endre de reglene i kraft av hvilke noe er gyldig, ergo er det prinsipielt mulig at gyldighet opphører.

For Kant er den transcendentale mulighetsbetingelsen som muliggjør kognisjonen (forstått som skapelsen) av objektet samtidig grunnlaget for objektivt gyldige påstander («dommer»)

---

<sup>115</sup> Denne karakteristikken av transcendental idealisme er nødvendigvis sterkt forenklet, men for herværende formål—som er å utdype det som formodentlig var Kelsens forståelse av grunnnormen samt å gi et godt nok begrip om transcendental idealisme til at leseren forstår hvorfor det senere (i kapittel 5) skal brytes med denne delen av Kelsens teori—antas den å være tilstrekkelig.



om objektet. Han opererer altså med en kobling mellom nødvendige mulighetsbetingelser, skapelsen av erfaringsobjektet og objektivt gyldige dommer om objektet, som, tilsynelatende, tilsvarer som er å finne hos Kelsen. Kelsen selv sier imidlertid lite om dette temaet utover det som allerede er sitert, og han gir ikke noe lengre bevis av grunnnormens nødvendige eksistens som mulighetsbetingelse for skapelsen av den objektivt gyldige rett á la Kants bevis i *den transcendentale deduksjon*.

Siden Kelsen i stor utstrekning bare forutsetter mange av de temaene som her skal behandles, da særlig det som gjelder forholdet mellom grunnnormen som transcendental-logisk mulighetsbetingelse, skapelsen av retten og dens objektive gyldighet, finner jeg at det er nyttig å gå direkte til Kant, for så å undersøke i hvilken utstrekning parallellene til Kelsens system holder. Siden disse parallellene ikke trekkes direkte av Kelsen samt at det i beste fall er uklart om det er dekning i Kelsens egne arbeider for at han forutsatte noe omfattende transcendentalfilosofisk byggverk, må det tas forbehold om at det som følger på visse punkter kan divergere fra det som rettmessig kan tilskrives Kelsens. Målet med det følgende er først og fremst å informere leseren om visse kantianske ideer som jeg mener har overføringsverdi til det jeg oppfatter som Kelsens versjon av den rene rettsteori.<sup>116</sup>

### 3.2.2 Nærmere om grunnnormens skapende evne

Kelsens tese om at grunnnormen må stipuleres er ubestridelig blant de mest oppsiktsvekkende elementer i hans rene rettsteori. Når man leser Kelsen (blant annet de sitatene som ble gjengitt ovenfor i punkt 3.1.3.3 om hans relativisme) får man enkelt inntrykk av at stipuleringen av grunnnormen kan redusere til et vilkårlig valg—nærmest at den stipuleres «på lykke og fromme». Nærmere undersøkelser av Kelsens inspirasjonskilde—Kants «bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet»<sup>117</sup>—vil imidlertid avsløre at stipuleringen av grunnnormen antakelig er mindre fri enn man først kan få inntrykk av. Dette fordi det må antas at den

---

<sup>116</sup> Kant forsøker å bevise nødvendigheten av *bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet*, og følgelig av *kategoriene* som er reglene for dens syntese, i hans notorisk kryptiske og intrikate transcendentale deduksjon. Det skal her forsøkes å gi en tekstnær, men samtidig sterkt forenklet fremstilling av hans argument. En viss forståelse for Kants argumenter og tenkemåte er nødvendig for den følgende tolkningen av Kelsen.

<sup>117</sup> Egentlig «appersepsjonens opprinnelige syntetiske enhet», men nyansene i begrepet «appersepsjon» er ikke av betydning for dette kapitlets formål, så jeg bytter det derfor ut med det mer intuitive «bevissthet».

utgjøres av en forstandsakt i kraft av hvilken normene fremtrer for subjektet som genuine normer, altså er den en nødvendig betingelse for enhver erfaring av den normative virkelighet.

I sin *transcendentale deduksjon* skriver Kant som følger: «Dette: *Jeg tenker*, må kunne ledsage alle mine forestillinger; hvis ikke så ville noe bli forestilt i meg som slett ikke kunne bli tenkt. Og det er jo det samme som at forestillingen enten ville være umulig eller at den i det minste ikke ville være noe for meg.» (B132).<sup>118</sup>

Det at alle mine forestillinger må være forbundet i dette «jeg tenker» innebærer, i det minste, at de må være *forbundet*. Som forbundet, utgjør de også en helhet, i en logisk forstand; for alt som er forbundet er i en forstand en *enhet*—en kompleks enhet. Denne enhet er, i meget forenklet form, bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet. Ifølge Kant er denne en nødvendig mulighetsbetingelse for at erfaringen skal kunne oppleves som strukturert og meningsfull, for uten bevissthetens opprinnelige syntese ville «jeg ha et likeså mangefarget og forskjellig selv som de forestillinger jeg har og er meg bevisst». (B134). En ikke-syntetisert tanke eller forestilling (et «ubundet» kompleks av potensielle erfaringselementer) er altså en ren umulighet, da noe sånt ikke i noen forstand kan sies å tilhøre meg, altså være forbundet i en (enhetlig) bevissthet.

Dette berører Kants såkalte *blindhetsproblem*, som gjerne presenteres gjennom den ofte siterte setningen «Tenkning uten innhold er tom, og anskuelse uten begreper er blind.» (B75). Med begreper mener Kant her i første rekke kategoriene som er de grunnbegreper sanseinntrykkene subsumeres under når de opptas i bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet. Sanseinntrykk som ikke er subsumert inn under bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet er altså ingenting for meg, fordi jeg i så fall måtte «ha et likeså mangefarget og forskjellig selv som de [sanseinntrykk] jeg har og er meg bevisst».

Tilsvarende finner man hos Kelsen, som fremhevet under punkt 3.1.3.3, en idé om at en anarkist som ikke aksepterer grunnnormen, eller for den saks skyld et romvesen som observeres oss fra oven, uten kjennskap til den fungerende grunnnormen, heller ikke er i stand

---

<sup>118</sup> Referanser til Kants *Kritikk av den rene fornuft* gis etter en generell standard basert på sidenumrene i de originale versjonene. [A][XXX] viser da til sidenummer i den første utgaven (1781) mens [B][XXX] viser til sidenummer i den andre utgaven (1787). Det er i dag normalt at boken utgis med begge utgavene samlet (som er tilfellet for begge versjonene jeg bruker).

til å erkjenne rettsregler som objektivt gyldige, men bare som et vilkårlig sosialt spill. Kelsens grunnorm er, i likhet med Kants opprinnelige syntetiske enhet, en betingelse for muligheten av en bestemt type erfaring. De elementene som inngår i denne type erfaring er også prinsipielt utilgjengelige som erfaringsobjekt, dvs. som en objektivt gyldig norm, ved mindre de, i en forstand, er subsumert under mulighetsbetingelsen (grunnnormen). Altså kreves en form for «aktiveringshandling», som skaper det bestemte erfaringsobjektet *qua* bestemt type erfaringsobjekt, utfra en materie som tidligere var prinsipielt utilgjengelig (for Kant er sanseerfaringene fullstendig utilgjengelig uten denne aktiveringshandling, mens for Kelsen er de sosiale fakta rett nok tilgjengelig, men de normative aspektene er prinsipielt ubegripelige), for en erfaring av denne materien uten at den er subsumert under grunnnormen er blind.

Kant fremholder videre at alle sanseinntrykk må være «underlagt betingelsen til [bevissthetens] opprinnelige-syntetiske enhet (...) for så vidt som de må kunne bli forbundet i en bevissthet; uten denne kan ikke noe bli tenkt eller erkjent, ettersom de gitte forestillinger ikke har [bevissthetens] handling: jeg tenker, felles, og derfor ikke vil kunne bli sammenfattet i en selvbevissthet» (B136-137).

På samme måte må sosiale fakta være underlagt betingelsen til grunnnormen for å kunne fremstilles som et normativt hele. Denne betingelsen kan ikke være annet enn at et genuint *bør* kan stipuleres som heftelse på det sosiale fenomen. Altså må det ligge i visse sosiale handlingers natur—være en del av deres beskaffenhet—at de kan inngå i normer, dvs. noe som utvetydig peker i en eneste retning.

Dersom Kelsen virkelig forutsetter at grunnnormen utfører en funksjon tilsvarende den som utføres (i alle fall ifølge Kant) av bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet må det da antas at han opererte innenfor en dypt kantiansk, dvs. transcendentalidealistisk, forestilling om den menneskelige erkjennelsesprosess.

Dette innebærer at den ytre verden (som den er i seg selv) reduseres til *det som forsyner våre reseptive fakulteter med et materiale*, mens forstanden tilskrives evnen å bevirke dette materialet slik at det overhodet kan begripes som en konkret erfaring. Det

opprinnelige materialet kan det derimot ikke sies stort mer om enn at det formodentlig må eksistere og antas å være av en slik beskaffenhet at det kan bevirkes av forstanden.

Jeg vender tilbake til disse aspektene ved Kelsens teori i kapittel 5. Målet er da å bryte med denne delen av teorien; det til fordel for en tese om at erfaringsobjektet (dvs. normer, for vår del) slett ikke skapes av forstanden, men allerede må antas å eksistere uavhengig av det subjekt som erfarer dem. Dette skal, i en forstand, oppnås gjennom et argument som løser Kelsens blindhetsproblem.

### **3.2.3 Nærmere om grunnnormens determinerende evne**

Det ble allerede i innledningen fremholdt at normer må determineres for å være ekte, genuine normer; som utvetydig peker i én eneste retning. Dette ble så utdypet gjennom presentasjonen av Kelsens formelle normbegrep, dvs. hans tanke om at det for en norm å eksistere vil si at den er gyldig og at denne gyldighet må være en objektiv gyldighet.

Det skal her utdypes hva det innebærer at disse fenomener som kalles normer er objektivt gyldige i kraft av deres determinasjon. Ved å sammenligne Kelsens teori med Kants skal særlig grunnnormens *formelle aspekt*, dvs. at den må bestå av formelle regler, fremheves. Kelsen selv ser derimot bare ut til å implisere disse aspektene ved grunnnormen.

#### **3.2.3.1 Om produktforståelsen av normer**

Generelt sagt er forstand evnen til erkjennelser. Disse utgjøres av det bestemte forhold som gitte forestillinger står i til et objekt. Objekt er imidlertid det som det mangfoldige (...) er forenet i et begrep om. Enhver forening av forestillinger krever imidlertid bevissthetens enhet i syntesen av dem. Følgelig er bevissthetens enhet det som alene legger grunnlag for forestillingens forhold til en gjenstand, altså for deres objektive gyldighet, og dermed også for at de blir erkjennelser. (B137).

I oversettelsen til Paul Guyer og Allen W. Wood lyder den siste setningen: «Consequently the unity of consciousness is that which alone constitutes the relation of representations to an

object, thus their objective validity, and consequently is that which makes them into cognitions (...).»<sup>119</sup>

Gjenstander/objekters objektive gyldighet ligger altså i relasjonen mellom forestillinger og objektet. Med objekt mener Kant «det som det mangfoldige (...) er forenet i et begrep om». Dette representerer, ifølge Allison,

Kant's "Copernican turn": first-order talk about objects is replaced by second order talk about the concept of an object and the conditions of the representation of an object. The meaning of 'object' is thus determined by an analysis of these conditions. And since the conditions consist in a given manifold (...) and its unification under a concept, an object may be understood as the correlate of an act of conceptual unification. Thus, whatever is represented through such a synthetic unity counts as an object.<sup>120</sup>

Gjenstander/objekter er følgelig noe som representeres gjennom en syntetisk enhet. Med «forestillingens forhold til en gjenstand» menes altså forestillingens syntes *i* en gjenstand; for objektet *er* forestillingene, dog ikke forestillingene alene, men forestillingene knyttet sammen i en syntetisk enhet. Det forholder seg da slik at objekt = sanseintrykk + syntese. Objektets status som objektivt gyldig oppnås i kraft av at objektet er en syntetisk enhet, determinert av bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet. Erkjennelsen av objektets objektive gyldighet sammenfaller med den akt at man tenker objektet inn under bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet, altså ved at man subsumerer objektet under denne syntetiske enhet.

I den utstrekning grunnnormen inneholder betingelsene for forestillingen av en norm *qua* norm, kan det på tilsvarende måte påstås at normen er korrelatet til en subsumsjonsakt, altså en akt der sosiale forhold subsumeres under grunnnormen for dermed å bestemmes som en objektivt gyldig norm.

---

<sup>119</sup> Når man leser vanskelige tekster som er skrevet på et språk man selv ikke mestrer er det gjerne en fordel å bruke oversettelser på forskjellige språk man faktisk behersker. Jeg bruker denne strategien der jeg mener det er viktige nyanser som kommer klarere frem ved at det fremsettes to oversettelser.

<sup>120</sup> Henry E. Allison, *Kant's Transcendental Idealism: An Interpretation and Defense*, revised and enlarged edition, Yale University Press, New Haven and London 2004 s. 173.

I dette ligger det at Kelsen, på samme måte som Kant, opererer med en *produktforståelse* av erfaringsobjektet (dvs. normer i Kelsens tilfelle), som innebærer at dette dels består av et materiale som er gitt (relata) og dels av en type relasjon som er tilføyd av forstanden.<sup>121</sup>

### 3.2.3.2 Objektiv gyldighet som determinert logisk struktur

Når jeg undersøker nærmere forholdet mellom gitte erkjennelser i enhver dom og skiller de som hører til forstanden fra de forhold som gir seg ut fra den reproduktive innbildningskrafts lover (noe som bare har subjektiv gyldighet), finner jeg at en dom ikke er noe annet enn måten å bringe gitte erkjennelser inn under [bevissthetens] *objektive* enhet. (B141).

I Guyer & Woods-oversettelse brukes termen «reproductive imagination» der den norske bruker termen «innbildningskraften». Med denne evnen mener Kant gjerne illusjonen av lovmessighet som skapes gjennom hyppig gjentakelse. Dette vil for eksempel være tilfellet der man observerer mange hvite svaner. Når antallet er høyt nok oppstår en naturlig tilbøyelighet til å anse det at svaner er hvite som en lov; denne har dog bare subjektiv gyldighet da den er et fantasifoster skapt av innbildningskraften.<sup>122</sup>

En objektivt gyldig dom, som f.eks. gjenstanden er rød, er ikke objektivt gyldig fordi disse forestillingene «*nødvendigvis hører sammen*» (B142), men fordi de «*ved hjelp av [bevissthetens] nødvendige enhet hører sammen i syntesen av [sanseintrykk], det vil si i kraft av prinsipper for den objektive bestemmelse av alle forestillinger i den grad disse kan tjene til erkjennelse. Og disse prinsippene er alle avledet av grunnsetninger om [bevissthetens] transcendentale enhet.*» Disse avlede prinsippene er først og fremst kategoriene, som determinerer den konkrete syntesen av sanseintrykk. «Bare gjennom dette blir det en *dom* av disse forholdene, det vil si et forhold som er *objektivt gyldig*, og som i tilstrekkelig grad skiller seg fra nettopp de samme forestillinger når de kun har subjektiv

---

<sup>121</sup> Denne produktforståelsen av normer er den fremste grunnen til det kommende bruddet med Kelsen i kapittel 5. Mot dette lanseres en tese om at normer er umiddelbare funksjoner av deres relata.

<sup>122</sup> Sml. det som her er sagt med Humes syn på kausalitet som ble introdusert i petitavsnitt under punkt 2.3.

Når Kant snakker om innbildningskraften o.l. så har han gjerne nettopp Humes filosofi i tankene.

gyldighet, for eksempel når forholdet mellom dem er bestemt av assosiasjonens lover.» (B142).

Det er nærliggende å anta at Kelsens system innbefatter en lignende tanke. En tilfeldig norm fra vår rettsorden, som for eksempel tyveribestemmelsen i straffeloven § 321 der tyveri defineres som borttaking av «en gjenstand som tilhører en annen, med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved å selge, forbruke eller på annen måte tilegne seg den», forestilles som bygget opp av en rekke sosiale forhold (hendelsesforløp) der normen får anvendelse. Det problematiske i rettsanvendelsen er normalt å avgjøre hvilke forhold som omfattes av, og dermed inngår i normen.

Påstander av typen «man skal ikke stjele naboens snøskuffe!» sies da ikke å være sanne fordi det refererte hendelsesforløpet *nødvendigvis* inngår i en norm som forbyr tyveri, men fordi dette hendelsesforløpet sammen med andre lignende hendelsesforløp i kraft av grunnnormens lovmessighet sammenfattes på en bestemt måte (de inngår i straffeloven § 321), dvs. i kraft av prinsippene for den objektive bestemmelsen av alle normer for så vidt som disse er objektivt gyldige. Påstanden er altså objektivt gyldig fordi det nevnte hendelsesforløp (der noen stjeler naboens snøskuffe) er blant de hendelsesforløp som, når de er subsumert under en (vår/min) grunnnorm, inngår i den objektive bestemmelsen av straffeloven § 321.

Denne tanken er ikke lett å få grep om, men den kan kanskje bli klarere gjennom følgende analogi. Vi forutsetter at det finnes en prosessor (CPU) som får sine data fra en maskin som genererer tilfeldig *output*. Prosessorens *input* vil da være tilfeldig. Dens *output* vil imidlertid til enhver tid være determinert av dens beskaffenhet, for en prosessor gjør ikke annet enn å bearbeide de data den tilføres. På tilsvarende måte er det grunnleggende vilkårlig hvilke sosiale forhold som inngår i en norm, men når disse blir subsumert under en grunnnorm så vil deres normative karakter være determinert.

Analogien er selvfølgelig ikke perfekt, for en processors beskaffenhet utgjøres ikke av allmenne lover, men vil alltid være bestemt av ingeniørens intensjoner og evner. Siden både prosessoren og maskinen som genererer dens *input* tilhører den faktiske sfære kan man strengt tatt heller ikke si at prosessorens *output* er logisk determinert; bare faktisk determinert. Den rene rettsteori bygger imidlertid nettopp på en idé om at rettens grunnlag er en type

allmenngyldig, logisk lovmessighet (som Kelsen kaller grunnnormen) som determinerer rettsregler.

I Kants system utgjør de 12 kategoriene de konkrete reglene for syntese, altså utgjøres bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet av disse reglene. Kategoriene determinerer da også objekter for så vidt som de er objektivt gyldige og dermed mulige erfaringsobjekter.

Om kategoriene sier Kant at «De er begreper om en gjenstand overhodet i kraft av hvilke anskuelsen av gjenstanden blir ansett som *bestemt* med hensyn til en av de *logiske domsfunksjoner*.» (B128) I Guyer & Woods-oversettelse lyder dette «They are concepts of an object in general, by means of which its intuition is regarded as **determined** (...)». Som eksempel sier Kant at dommen «legemet er tungt», dersom den ikke er underlagt kategoriene, forblir ubestemt med tanke på om det er legemet eller tungheten som er henholdsvis predikat eller substans. «Men hvis jeg innordner begrepet om et legeme under kategorien substans, da blir det bestemt at den empiriske anskuelsen av legemet i erfaringen alltid bare må betraktes som subjekt og aldri som et blott predikat. Og på samme måten er det med alle kategoriene.» (B129).

Dette innebærer at kategoriene determinerer objektets *logiske struktur* (det at et objekt er objektivt gyldig innebærer at det det er strukturert i henhold til visse formelle (logiske) regler; som f.eks. Kants kategorier). En påstand («dom») om objektet, som for eksempel at det er tungt, har på denne måten en determinert struktur, for så vidt som objektet nødvendigvis må fungere som subjekt og tungheten som predikat. Merk også at kategoriene utgjør reglene for syntesen i bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet, og denne utgjør den nødvendige mulighetsbetingelsen for at objekter skal kunne fremtre i bevisstheten ved at de da må være subsumert under denne. Dette innebærer at reglene som determinerer objektets objektive gyldighet samtidig determinerer dets *mulighet*, dvs. at det er et mulig erfaringsobjekt.

I den grad parallelliteten mellom grunnnormen og bevissthetens opprinnelige syntetiske enhet holder, må en norm, for så vidt som den er objektivt gyldig, være subsumert under grunnnormen på en slik måte at den er determinert i henhold til de regler som utgjør grunnnormens lovmessighet. Gitt at grunnnormens funksjon er å konstituere normer *qua* mulig erfaringsobjekt (på samme måte som Kants kategorier konstituerer objekter *qua* mulig



erfaringsobjekt), må dens konkrete regler antas å være av formell art; på samme måte som kategoriene; de må være en type «normlogiske kategorier» som determinerer normenes logiske struktur.

Dette reiser en del spørsmål om innholdet av Kelsens grunnnorm, for det er klart at Kelsen selv oppfattet denne som noe materielt heller enn noe formelt: Han oppfattet den nettopp som en *norm*. Gitt et formelt normbegrep er imidlertid regler som kan determinere normenes objektive gyldighet alt man trenger for å legitimere dets bruk, og hvis dette allerede kan gjøres av formelle regler for normers mulige logiske struktur er det ikke klart hvorfor man skal tro at grunnnormen i tillegg inneholder noe materielt (som f.eks. en første konstitusjon eller rettskilderegler). Det understrekes at Kelsen selv tross alt mente å bevise grunnnormens eksistens utelukkende som transcendental-logisk mulighetsbetingelse for normer *qua* normer, dvs. normer forstått gjennom det formelle normbegrep.

Det er klart at en type mystisk «normlogisk» lovmessighet som normenes urkilde ikke gir noe svar på hvordan rettsregler oppstår og sammenfattes i rettslige systemer. Kelsens grunnnorm ga derimot her et nokså elegant svar siden den også inneholdt materielle aspekter, altså var den en typisk ultimat regel som vi normalt kjenner som en forstilling om en konstitusjon eller rettskilderegler. Disse materielle aspektene ser imidlertid ut til å mangle noen begrunnelse i Kelsens egne premisser. De er da bare postulater, dog praktisk nyttige postulater, men praktisk nytte er ikke et argument som godtas for et fenomens eksistens i filosofiske undersøkelser som etterspør sikkerhet.

Implikasjonene av denne tanken om at normenes objektive grunnlag må utgjøres av rent formelle regler utforskes særlig gjennom kapitlene 5 og 6. Først, i kapittel 4, skal det imidlertid presenteres et selvstendig bevis for at dette *må* være tilfellet samt at denne normenes urkilde overhodet ikke kan inneholde noe materielt (dvs. normer). Det skal her altså forsvares en tese om at rettens objektive/normative grunnlag utgjøres av rent formelle *artikulasjonsregler* og intet annet.

Disse formelle artikulasjonsreglene står utelukkende som betingelse og legitimasjon av rettsvitenskapens bruk av det formelle normbegrep—de gir ikke svar på hvorfor vi oppfatter noen normer som gjeldende. Dette siste spørsmålet søkes først besvart i kapittel 6. Det skal her gis en forklaring på hvordan man kommer fra formelle «normlogiske»

lovmessigheter (som normenes urkilde) til normer (altså noe materielt) som binder oss i det daglige liv. Mellom beviset for at normenes urkilde må utgjøres av artikulasjonsregler og den nevnte utlegning om et rettssystemets *genesis* skal det, i kapittel 5, brytes endelig med Kelsens transcendentale idealisme, da gjennom et argument for at den rene rettsteori bør være normrealistisk. Samlet angir de nå tre følgende kapitler et alternativ til Kelsens versjon av den rene rettsteori.

## 4 Fra ultimat regel til artikulasjonsregler

Kelsens grundnorm er, for alle praktiske formål, identisk med Harts anerkjennelsesregel; de er begge typetilfeller av det jeg har kalt en ultimat regel (se punkt 2.1.2). Tanken bak en slik regel er at den utgjør begynnelsen på en rettslig kompetanskjede, og dermed kan spores opp ved at man følger normene tilbake til kjedens ende.

Kelsen selv tenkte seg at begynnelsen på en slik kompetansekjede måtte være en *første konstitusjon*.<sup>123</sup> Som ble redegjort for under punkt 2.1.2 er det også gode grunner til å tro at den ultimate regel heller må utgjøres av normer som tilsvare de vi kjenner som rettskilderegler.

Begge disse kandidater for den ultimate regel har til felles at de er *materielle* regler, med ideologiske/verdimessige konnotasjoner. Nærmere undersøkelser av temaet, som nå skal foretas, viser imidlertid at den funksjon som må utføres av *det hvis evne er å determinere normer* fordrer rent *formelle* regler, som skal kalles *artikulasjonsregler*. Materielle regler, dvs. normer, må derimot være noe annet.

Det skal først (punkt 4.1) argumenteres for at normenes urkilde må inneholde rent formelle artikulasjonsregler, og deretter (punkt 4.2) for at dette også er det eneste den inneholder.

---

<sup>123</sup> Se *GTL* s. 115.

## 4.1 Om artikulasjonsreglene og deres nødvendige eksistens

Når man undersøker ideen om en norm med sikte på å avdekke dens mest grunnleggende beskaffenheter, finner man at normer har mye til feller med objekter.

For det først ser de alltid ut til å ha en viss kompleksitet, for på samme måte som at objekter kan oppfattes som en samling egenskaper (de kan være røde, harde, skarpe, store osv.), fremstår normer som en samling av *hendelsesforløp*. Normer sier generelt at man skal eller ikke skal gjøre  $X$ , men denne  $X$  er aldri forklart ned til minste detalj. Ingen norm sier at det er galt å stjele dersom tyven har finlandshette og gjør seg ferdig på tre minutter; den sier bare at det er galt å stjele—så vil de hendelsesforløp der tyven er ikledd finlandshette og fullfører på nøyaktig tre minutter bare være noen blant flere hendelsesforløp som inngår i normen.

I tillegg finner man at disse hendelsesforløp som sammen inngår i normen (på samme måte som objekters egenskaper) også utgjør dens eneste kvantifiserbare innhold (dvs. den har ingen andre begripelige deler enn disse).

I det følgende skal det, basert på en analogi til objekter, refereres til de hendelsesforløp som inngår i en norm som dens *egenskaper*, og den spesifikke forbindelse av egenskaper som utgjør normen (altså de logiske strukturer i hvilke normens egenskaper inngår) skal kalles dens *artikulasjon*. I den grad en norm, så vel som et objekt, er en slik spesifikk forbindelse av egenskaper, sies den da å være *artikulert*.

Det ser videre ut til at normers identitet utelukkende er et logisk anliggende. Dens eksistensform, dvs. om den f.eks. sies å eksistere i kraft av dens faktisk virkning i et samfunn, eller i kraft av metafysiske postulater, har intet med dens identitet å gjøre.

Et objekts identitet er gitt med dets egenskaper ( $A = B$  dersom  $A$  og  $B$  har de samme egenskapene).<sup>124</sup> Det ser ikke ut til å være noen grunn til at dette skal forholde seg annerledes for normer. Også her må identitet være gitt med normens artikulasjon, ergo determinerer artikulasjonsreglene identitet. En norm hvis identitet ikke er determinert etter artikulasjonsreglenes lovmessighet har følgelig ikke en norms identitet.

---

<sup>124</sup> Dette følger av Leibniz' lov/identitetsloven.

For det andre finner man at normer, på samme måte som objekter, ikke kan være en samling av tilfeldig valgte egenskaper, altså er deres artikulering ikke vilkårlig. Et objekt kan for eksempel ikke være hardt og mykt samtidig på samme avgrensede overflate; det kan ikke være fullstendig rødt og fullstendig blått samtidig, eller være firkantet og trekantet samtidig. Disse egenskaper som gjensidig utelukker hverandre må dog være av samme kategori (hvilken farge objektet har er irrelevant for om det er hardt eller mykt).

Normer på sin side er også bærer av ulike egenskaper som ikke vedgår hverandre direkte. En norm om at man ikke skal stjele innbefatter blant annet et hendelsesforløp der man raner en bank så vel som et der man stjeler naboens snøskuffe. I motsetning til objekter kan imidlertid en norm være bærer av alternative hendelsesforløp samtidig, som for eksempel et der man raner en bank ikledd finlandshette og et annet der man glemmer denne i bilen, uten at normen dermed bærer på en kontradiksjon.

Men heller ikke normer kan være sammenblandinger av tilfeldig valgte egenskaper, for også disse kan motsi hverandre (resulterer i en kontradiksjon). En norm om at man ikke skal stjele kan for eksempel ikke være bærer av et hendelsesforløp der man raner en bank, og et annet der man bare deponerer penger på egen konto, for dersom dette siste også var en del av normen så ville den også innbefatte et hendelsesforløp der man ikke raner banken, ergo vil den si at man skal ikke ikke-rane en bank, som etter prinsippet om dobbel negasjon impliserer at man skal rane en bank.

Kanskje er dette enda klarere for en positivt formulert norm, som for eksempel en som sier at den som er innblandet i trafikkuhell skal stanse og hjelpe personer og dyr som er kommet til skade (vegtrafikkloven § 12), for en slik norm kan åpenbart ikke inneholde et hendelsesforløp der den som er innblandet i trafikkuhell ikke stopper og hjelper de som er skadet.

Det er en selvnlysende sannhet at skarpe kontradiksjoner forutsetter skarpe regler, dvs. formelle/logiske regler. Det følger da at det, på en eller annen måte, må eksistere regler for normers artikulering. Slike regler skal heretter kalles *artikulasjonsregler*.

## 4.2 Om eksklusjonen av normer fra deres urkilde

Det er altså gode grunner til å tro at normenes urkilde, dvs. *det hvis evne er å determinere normer*, må innbefatte rent formelle artikulasjonsregler. Spørsmålet her er om det også kan inneholde materielle regler, altså normer. Det skal argumenteres for at dette ikke er mulig, det fordi ingen norm kan determinere en annen norm, ergo kan ikke normenes urkilde inneholde materielle regler.

### 4.2.1 Oppsummering av tidligere angitte premisser

Utgangspunktet er at normer ikke kan forestilles uten at de ledsages av en idé om objektiv gyldighet, for uten denne kan de ikke oppfattes som noe som angir et genuint *bør* (dvs, noe sikkert; en utvetydig plikt), og deres sammensetning—i den grad de overhodet kan være sammensatt—må være fundert på den rene tilfeldighet (i alle fall prinsipielt sett). En norm som ikke er objektivt gyldig, altså en indeterminert norm, er følgelig ingen norm, for normer er sikre; de er som piler som peker i én eneste retning.<sup>125</sup>

Videre er de normelementer, dvs. de logisk adskillelige deler som inngår i en norm, determinert for så vidt som de har en bestemt artikulasjon, men dette betyr imidlertid ikke at det er determinert at de er determinert, for det finnes ingen regler som sier at en gitt gruppe normelementer er determinert forbundet i en norm; bare at dersom denne gruppen normelementer inngår i en norm så har de en determinert artikulasjon. Det er nettopp dette normers objektive gyldighet består i—at de er determinert for så vidt som de har en bestemt artikulasjon.

Det fenomen at normer må være objektivt gyldige for å forestilles som *normer*, forutsetter at det foreligger en *noe hvis evne er å determinere normer* som innbefatter de regler i kraft av hvilke normen er determinert. Dette som determinerer og muliggjør normer *qua* normer må i det minste inneholde formelle (absolutte) artikulasjonsregler.

---

<sup>125</sup> Dette er i det minste tilfellet dersom man legger til grunn et formelt normbegrep, som jeg gjør.

### 4.2.2 Nytt premiss: Normer er artikulerede enheter

For objekter sies det generelt at dersom *objekt*<sup>1</sup> og *objekt*<sup>2</sup> har nøyaktig samme egenskaper, er de *identiske*. Denne sannhet er like selvinnsende for normer, ergo må det sies at dersom *norm*<sup>1</sup> og *norm*<sup>2</sup> har de samme egenskapene (dvs. hendelsesforløp) er de identiske.

En norms identitet er determinert av dens *artikulasjon*, altså de strukturer i hvilke dens egenskaper inngår. Når et kompleks av normelementer er artikulert, må de også, i en forstand, være *én*; en *logisk enhet*. Det er i kraft av dens artikulasjon at normen er en slik enhet, for uten en artikulasjon kunne man aldri snakke om *en* norm. Med at en norm må være en logisk enhet menes ikke annet enn at den må oppfylle det minimum som kreves for at dens elementer skal kunne forestilles som *forbundet* i en enhet, og følgelig at den skal kunne forestilles som *en* norm overhodet.

Det er i kraft av en norms logiske forbindelse i en artikulert enhet at den kan forestilles som *en* norm, med bestemte egenskaper som angir dens identitet.

### 4.2.3 Slutning: En norm må være ubetinget *qua* artikulert enhet

Artikulasjonsreglene må være entydige og absolutte, for om disse var usikre og vage kunne de aldri determinere en artikulasjon; normer kunne ikke vært objektivt gyldige; de kunne ikke være forbundet i et genuint bår—ergo kunne ikke normer, slik vi forstår dette begrepet, eksistere; ikke engang som idé.

Det at artikulasjonsregler er absolutte, innebærer at det må være et *determinert* antall mulig artikulasjoner i henhold til reglene. Dette på samme måte som at det må være et determinert antall måter å artikulere fire klosser i et tredimensjonalt rom. Antallet kan være veldig høyt; kanskje til og med uendelig, men det er allikevel determinert i henhold til artikulasjonsreglene.

Det at det må være et determinert antall mulige artikulasjoner av normer impliserer at identitetspåstander om normer må ha determinerte sannhetsverdier. Påstanden *norm*<sup>1</sup> er identisk med *norm*<sup>2</sup> må følgelig, forutsatt at de begge tilhører samme normsystem (altså er determinert av de samme artikulasjonsregler), enten være determinert (sikkert) sann, eller determinert (sikkert) falsk, for dersom det er tvilsomt om *norm*<sup>1</sup> er identisk med *norm*<sup>2</sup>, må også antallet mulige artikulasjoner i henhold til artikulasjonsreglene være tvilsomt.

At en norm er en logisk enhet og at den har en bestemt artikulering (at den er artikulert *slik-og-slik*) må være grunnleggende og ubetingede beskafter ved normen, for hvis det bare var mulig (som er tilfellet for det som er betinget) at normen er logisk forbundet, eller hvis dens normlogiske artikulering bare var en av flere mulige artikuleringer, så kunne normen aldri være determinert (sikkert) identisk eller ikke-identisk med noe som helst, for dens identitet ville være usikker og vag.

#### 4.2.4 Videre slutning: Ingen norm kan determinere en annen norm

Det ser ut til å foreligge en sterk intellektuell disposisjon til å anse normer som logisk forbundet slik at man kan slutte fra en til en annen. Særlig klart er dette dersom man f.eks. slutter fra en norm om at man ikke skal stjele til en norm om at man ikke skal rane banker. Intuitivt fremstår en slik slutning som uproblematisk.

Også for det Kelsen kalte *dynamiske normsystemer*<sup>126</sup> ser tanken ut til å trekke i tilsvarende retning, dog ikke like intuitivt (formodentlig fordi spørsmålet er mer komplisert). Det ser her ut til å forholde seg slik at dersom det f.eks. foreligger en konstitusjon som sier at Kongens ord er lov, og kongen sier at man ikke skal stjele, så må konstitusjonen i det minste ha innbefattet muligheten av denne normen. Dette betyr bare at den (determinerende normen) må inneholde de regler som muliggjør artikuleringen av den nye (determinerte) normen, altså determinerer konstitusjonen den nye normens *qua* objektivt gyldig norm. Determinasjon i henhold til regler er imidlertid ikke noe som må (eller kan) aktiveres ved en faktisk handling (som f.eks. kongens ord), ergo må normen om at man ikke skal stjele allerede være objektivt gyldig så snart de regler i kraft av hvilke den er determinert, dvs. konstitusjonen, ble objektivt gyldige. Dette innebærer da at det ser ut til å være mulig å slutte seg til normen om at man ikke skal stjele, *qua* objektivt gyldig norm, fra normen som sier at kongens ord er lov.

Gitt slutningen om at en norm må være ubetinget *qua* artikulert enhet er imidlertid vår disposisjon til å anse noen normer som umiddelbart opphav til andre normer noe som iherdig må motstås ved utviklingen av en logisk holdbar rettsteori, for alternativet er at normer gjøres betinget av andre normer—noe som da innebærer at ingen norm kan være determinert identisk eller ikke-identisk med en annen, at artikuleringensreglene ikke kan være absolutte og

---

<sup>126</sup> Se punkt 3.3 med fotnote 109.

da igjen at normer ikke kan eksistere *qua* normer; for de blir redusert til noe prinsipielt vagt og vilkårlig.

#### **4.2.5 Nærmere om hva det som determinerer normer ikke kan være**

Dette, at en norm ikke kan være kilden til en annen norm, er av åpenbar og vidtrekkende konsekvens for svært mange av de teoretikere som tidligere har forsøkt å identifisere rettens normative grunnlag. Dette fordi de aller fleste av disse (alle jeg har kjennskap til) mener å finne dette grunnlaget i en eller annen norm eller normsett.

Det er klart at enhver ultimat regel á la Kelsens grundnorm og Harts anerkjennelsesregel nå (gitt at det her fremstilte argumentet er korrekt) umulig kan stå som rettens normative fundament, for disse er per definisjon normer. Det samme må gjelde all den naturrett som på den ene eller andre måten angir som normenes urkilde visse grunnleggende normer foreskrevet av forstanden, Gud eller naturen. Også teorier som funderer rettens normativitet gjennom hermeneutikken, slik som «Bergenskolen» og Dworkin (se punkt 2.2.2) må forkastes, for også disse angir noe materielt (dvs. normer) som rettens fundament.

#### **4.2.6 Veien videre**

Artikulasjonsreglene er med dette identifisert som enhver normativitets (derunder rettens) eneste og egentlige urkilde. Det er disse alene som determinerer og muliggjør normer *qua* normer.

Rettsvitenskapens rett til det formelle normbegrep er imidlertid ikke herved etablert. Det eneste som er bevist hittil er at normer logisk sett forutsetter artikulasjonsregler, og lite annet.

I de to følgende kapitler presenteres mitt forslag til hvordan disse innsikter som nå er oppnådd kan brukes i oppbyggingen av en praktisk brukbar rettsteori. Det skal først, i kapittel 5, argumenteres for normrealisme, som innebærer at normer *qua* normer må forstås som noe *ytre*; som er del av den empiriske virkelighet. Dette tar form av et oppgjør med Kelsens transcendentale idealisme—da mer presist med enhver tese om at normer skapes gjennom en forstandsakt. Deretter behandles, i kapittel 6, de faktisk foreliggende rettssystemer, da med



henblikk på å angi kriteriene for gjeldende rett samt hvordan rettssystemer kan være hierarkiske til tross for at normer prinsipielt er uavhengig av hverandre.

## 5 Fra idé til virkelighet

Det ble i kapittel 1 tatt avstand fra den tradisjonelle metafysikken til fordel for et empiristisk vitenskapsideal. Det viste seg imidlertid at en rettsvitenskap modellert etter dette ideal ikke evnet å beskrive retten *qua* normsystem—det fordi retten innbefatter elementer som ikke på tilfredsstillende måte kunne spores tilbake til noe iakttagbart.

Kelsen ble, med sin rene rettsteori, vår redningsmann; for han fant (med stor hjelp i Kants ideer) en vei som tillot teoribygging uten at han måtte forkaste normideen som en illusjon. Selv om det må vedkjennes at Kelsen viste retning er det imidlertid ikke gitt at hans konkrete veivalg var rett. Det skal nå fremstilles en kritikk av Kelsens rene rettsteori, da særlig rettet mot dens transcendentalidealistiske bagasje.

Dette er imidlertid underlagt det sentrale spørsmålet som skal behandles i dette kapitlet: Om det finnes en annen og bedre vei for teoribygging som, i likhet med Kelsens, tillater som vitenskapelig forsvarlig et begrep om normer *qua* normer. Det skal gjøres et forsøk på å skissere en slik teori, der normer ikke anses som noe forstanden skaper, men heller som fullt ut konstituert av empiriske forhold. Gjennom den begrunnelse som gis for dette trekket søkes det å etablere en genuint normativ rettsvitenskap som er fullt ut forankret i sosiale fakta. Den er således ren så vel som realistisk. Formålet med foreliggende kapittel er således å vise hvorfor den rene rettsteori bør være normrealistisk heller enn idealistisk.

### 5.1 Nærmere om legitimeringsspørsmålet: Om vår rett til det formelle normbegrep

Det, for avhandlingens formål, sentrale poenget ved Kelsens teori, er at den er et eksempel på hvordan rettens objektive grunnlag kan etableres ved at man legitimerer rettsvitenskapens bruk av det formelle normbegrep. Men i hva består egentlig denne legitimeringen? Det skal her presenteres en tese om at den består i begrunnelsen som gis for stipuleringen av en bestemt type postulat; et *koblingspostulat*. Temaet er deretter Kelsens koblingspostulat, dets

problemer, og om det kan byttes ut med et som bedre oppfyller det vi ønsker i en ren rettsteori.

### 5.1.1 Om koblingspostulater generelt

Normer er som piler, som utvetydig peker i én eneste retning—i alle fall forestilles de som sådan (gitt et formelt normbegrep).

Det er hittil sagt mye om de logiske implikasjoner av denne forestillingen av normer (det formelle normbegrep). Slike implikasjoner er imidlertid lite verdt isolert sett, for implikasjonen av en idé er, uten ytterligere premisser, selv bare en idé—de må på en eller annen måte knyttes til noe faktisk dersom de skal kunne brukes til noe i teoribygging, altså kreves et slags *koblingspostulat*.

Det fenomen som her kalles koblingspostulat er nødvendig for den type fundamentalfilosofiske undersøkelser som presenteres i denne avhandlingen (som krever sikkerhet av sine premisser og konklusjoner). Det minnes om at det under punkt 1.1 ble påpekt som karakteristisk trekk ved den tradisjonelle metafysikk at den anså begreper som kilde til kunnskap (naiv begrepsrealisme); en tendens som bør motstås. Men om begrepene ikke kan sees som kilde til kunnskap finner man at deres sammensetning, relasjoner og implikasjoner, dvs. logikk, bare vedgår ideer. Koblingspostulatet løser dette problemet ved muliggjøre anvendelse av logikk på et materiale, for på denne måte å muliggjøre teoribygging.<sup>127</sup>

Termen koblingspostulat er da passende for det trekk som tillater anvendelsen av logiske innsikter på et materiale, for dets funksjon er å *koble* de logiske innsikter til dette materialet for derved å muliggjøre oppbyggingen av en teori om det. Dette koblingsfenomen vil videre prinsipielt alltid være et *postulat* fordi det per definisjon må være noe grunnleggende ikke-logisk, dvs. noe som ikke er logisk nødvendig (for om man betraktet det som logisk nødvendig ville man i realiteten bedrive metafysikk). Det er imidlertid dette som

---

<sup>127</sup> Dette reiser spørsmål om og i hvilken forstand en slik teori kan kalles *ren*. Svaret må være at den ikke er ren dersom man med dette mener at den overhodet ikke kan inneholde elementer som stammer fra noen annen kilde enn den rene logikk. Den er imidlertid ren i den forstand at dens slutninger og innsikter beror på deduksjon—koblingspostulatet er bare det som gir deduksjonene anvendelse på et undersøkelsesobjekt.

muliggjør konklusjoner innenfor teorien (det fungerer som premiss for dens slutninger) og må følgelig stipuleres for å konstituere denne; ergo er det et postulat.

Spørsmål om anvendelsen av logiske begreper på en virkelighet som ikke kan utledes fra begrepene selv er da nettopp et spørsmål om vår rett til begrepet (det er et *quid iuris*; ikke et *quid facti*). Legitimeringen av begrepet må således bero på koblingspostulatets begrunnelse.

### 5.1.2 Om Kelsens problematiske koblingspostulat

Kelsen fant sitt koblingspostulat i en Kantinspirert kopernikansk vending. Heller enn å spørre om de normene han fant blant sine forestillinger virkelig hadde en referanse utenfor hans sinn, antok han at normene konstrueres av sinnet og han etterspurte derfor de transcendentallogiske mulighetsbetingelsene for disse forestillingene. Ved en slik vending transformeres artikulasjonsreglene (eller grunnnormen, som Kelsen mente impliseres av det formelle normbegrep) fra å være en blott logisk implikasjon av normideen, til å bli en type forstandsakt; altså noe faktisk. Dette tillot Kelsen å utvikle en ren rettsteori innenfor en transcendentalidealistisk ramme.<sup>128</sup>

Denne transcendentalidealistiske vendingen er, som postulat, ikke noe som er eller lar seg begrunne gjennom logisk tvingende argumentasjon, men må tilskrives et prinsipielt vilkårlig valg hos Kelsen, som er tatt for å gi de logiske implikasjonene han mente å påvise forankring i noe praktisk brukbart. Det kan imidlertid diskuteres hvor brukbar teorien egentlig er.

Siden subjektet selv tilskrives den evne å konstituere rettsregler *qua* rettsnormer finner man at denne forestillingen må være noe grunnleggende *privat*, ergo kan det snakkes om en type *normidealisme*. Det følger av denne normidealismen at gitt en situasjon der *jurist 1* besvarer *rettsspørsmål X* med *rettsnorm 1*, og *jurist 2* besvarer det samme spørsmålet med *rettsnorm 2*, samtidig som *jurist 1* fremholder at *rettsnorm 2* nødvendigvis må være feil mens

---

<sup>128</sup> Det er grunn til å bemerke at spørsmålet om de transcendentalfilosofiske elementene i Kelsens teori er omstridt, se f.eks. Paulson (2013) og Green (2016). Min grunn til å lese Kelsen som en transcendental idealist er som nevnt at det er ved å tilskrive grunnnormens funksjon (og eksistens) en forstandsakt at hans innsikter blir noe mer enn blotte logiske implikasjoner. Dersom Kelsen ikke er en transcendental idealist, så kan jeg ikke se at han kommer noe videre enn det vi gjorde i innledningen, for vi fant allerede der at normer logisk forutsetter *noe hvis evne er å determinere normer*.

*jurist 2* fremholder at *rettsnorm 1* nødvendigvis må være feil, så må det være mulig at begge har rett. Denne muligheten vil da være betinget av at *jurist 1* og *jurist 2* opererer med forskjellige artikulasjonsregler, og at de begge subsumerer forholdet korrekt under de artikulasjonsreglene de opererer med. Prinsipielt sett må det da sies at *jurist 1* og *jurist 2* opererer innenfor forskjellige rettssystemer; *rettssystem 1* og *rettssystem 2*.

Den åpenbare innvending mot Kelsens normidealisme vil da være at jurister, når de besvarer rettsspørsmål, ikke mener å besvare spørsmålet ut ifra deres private rettssystem, men at de intenderer å si noe om et felles rettssystem, heretter referert til som *den ytre rett* (fordi den forstås som noe utenfor sinnet).<sup>129</sup>

Spørsmålet om hva den ytre rett er faller prinsipielt utenfor Kelsens rene rettsteoris domene; eller i alle fall utenfor dens rene aspekter. Kelsen er imidlertid ikke taus vedrørende dette spørsmålet (men han bruker ikke termen «ytre rett» eller lignende). Selv forfekter han en rettspositivisme, som blant annet anser rettens effektivitet som en nødvendig betingelse for at et rettssystem kan sies å eksistere. Han fremholder imidlertid at mens gyldighet er en egenskap ved retten, er «the so-called efficacy (...) a quality of the actual behavior of men and not, as linguistic usage seems to suggest, of law itself».<sup>130</sup> Denne nyansen kan, antakelig, forklares ved å understreke at Kelsen, når han snakker om retten innenfor en logisk ramme, dvs. det som egentlig kan tilskrives den rene rettsteori, opererer ut ifra spørsmålet om forutsetningene for at subjektet kan forestille seg retten *qua* normsystem, mens han, når han derimot snakker om den ytre rett (som altså er felles for alle, uavhengig av om de aksepterer en bestemt grunnnorm), opererer ut ifra et spørsmål av typen: under hvilke forutsetninger sier vi at det eksisterer noe som kalles et rettssystem?<sup>131</sup> Spørsmålene vedgår forskjellige objekter:

---

<sup>129</sup> Rett nok forsvinner dette problemet dersom man fullt ut aksepterer transcendentale idealisme. Men faktum er at en transcendentale idealistisk virkelighetsforståelse er så fjern for de fleste jurister at en transcendentale idealistisk rettsteori i praksis vil avvises som en pekuliaritet. Uten at det her skal behandles nærmere nevnes også at det videre filosofifelleskap i stor grad—og med god grunn—har avvist den transcendentale idealismen.

<sup>130</sup> Se *GTL* s. 39-40.

<sup>131</sup> Det at Kelsen her opererer på to forskjellige nivåer er en nyanse som tilsynelatende er fullstendig oversett av flere av hans kritikere. Marmor (2011) argumenterer blant annet i kapittel 1 direkte for at Kelsens teori ikke er ren fordi dens begrep om gjeldende rett, som Kelsen selv hevder, forutsetter at den er effektiv i et samfunn, mens Joseph Raz blant annet argumenterer for at Kelsens tese om grunnnormen må være feil fordi grunnnormen i praksis er verdiløs ved identifiseringen av et rettssystem (det er her åpenbart at Raz snakker om den ytre rett) se Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2. utgave, Oxford University Press, 2009 s. 126-127. Et bevisst forhold til sondringen mellom de her nevnte to spørsmålene setter også, etter min mening, rammen for enhver opplyst diskusjon om hvordan Kelsens teori skal kategoriseres, dvs. hvilke «isme»

det første omhandler retten *qua* idé, mens det andre omhandler retten *qua* ytre rett—og Kelsens koblingspostulat tillater bare logisk nødvendige slutninger om retten *qua* idé.<sup>132</sup>

Det er nettopp dette, at Kelsens teori ikke evner å fremstille den ytre rett som et genuint normsystem, som er dens største problem. Det som feller Kelsen blir da normalt ikke et spørsmål om teorien og slutningene er gyldige, men heller et spørsmål om hva som er poenget med teorien når den ikke sier noe om det vi egentlig interesserer oss for; nemlig den ytre rett. Det ser da ut til at Kelsens grunnnorm ikke løser problemet med rettens normative karakter og grunnlag overhodet.

Ross' kritikk av Kelsen er illustrerende. Etter å ha kritisert ham for å ignorere «den psykologiske og sociale virkelighet» sier Ross om Kelsens grunnnorm at

Man kunne forbigå dette som en overflødig, men uskadelig konstruksjon, om forholdet ikke var det, at den fører til at lukke øjnene for en nærmere analyse af effektivitetskriteriet. Ved at gøre gyldigheden til en internormativ relation (den ene norms gyldighed udledes af en anden norms gyldighed), har Kelsen på forhånd afskåret sig fra at interessere sig for det der er kernepunktet i problemet om rettens gælden, nemlig relationen mellem det normative ideindhold og den sociale virkelighed.<sup>133</sup>

### 5.1.3 Et nytt koblingspostulat

Den rene rettsteori fremstår, i likhet med all annen «fundamentalfilosofi», som intuitivt lovende, det fordi den lover en teori som er bygget på et sikkert grunnlag; og ikke bare er

---

han skal plasseres under. De fleste som skriver om Kelsen forutsetter at hans teori er en form for rettspositivisme (se. f.eks. Telman (2016) s. 5-6 og Marmor (2011) s. 14 særlig fotnote 4). Dette er nok også riktig, men det må understrekes at Kelsens rettspositivisme henger sammen med hans analyse av det andre spørsmålet. Kelsens syn på rettens nødvendige egenskaper, som utgjør kjernen i hans rene rettsteori, utgjør derimot åpenbart ingen rettspositivistisk teori. Kelsens rene rettsteori må, som jeg har fremhevet flere ganger, i den grad det insisteres på å plassere den under en anerkjent «isme», karakteriseres som en form for transcendentale idealisme. Dette fordi Kelsen behandler grunnnormen som en mulighetsbetingelse for juristens private forestilling av rettsregler *qua* normer.

<sup>132</sup> Kelsen selv trekker ikke denne distinksjonen, men det er min mening at den må ligge implisitt i hans teori.

<sup>133</sup> Se Ross (1966) s. 84.

formet etter den gemene vilkårlige «common sense»-forestilling av et rettssystem. Men om den ikke kan tilby mer enn det man finner hos Kelsen kan det rettsfilosofiske kollegium vanskelig klandres for å bevege seg bort fra den rene rettsteori.

Det er imidlertid ingen grunn til å anse Kelsen som den eneste og absolutte autoritet vedrørende den rene rettsteori. Selv mener jeg, basert på argumentene som skal fremstilles under punkt 5.2 (og argumentene i kapittel 4), at Kelsen tok feil på flere punkter samt at det var flere nyanser og sammenhenger han ikke oppdaget. På samme måte som Kelsen tok normideen (eller i alle fall dens mulighet) som sitt *datum*, inntar den en tilsvarende posisjon i de kommende argumenter. Kelsens koblingspostulat, altså hans transcendentalidealistiske forutsetning om at rettsregler *qua* normer skapes gjennom en forstandsakt, skal derimot forkastes. Ved dette tas det et steg tilbake, slik at de slutninger som ble trukket gjennom logiske analyser av forestillingen om rettsregler *qua* normer (særlig i kapittel 4) reduseres til logiske implikasjoner, og er dermed, som nevnt ovenfor, isolert sett ikke brukbare i teoribyggingsøyemed.

For å gjøre dem brukbare trengs så et nytt koblingspostulat. Dette skal være et *realistisk koblingspostulat*, som innebærer at retten *qua* idé er identisk med den ytre rett i alle andre henseender enn at den ene oppfattes som noe ideelt og den andre som noe reelt—og siden rettsregler *qua* idé ikke kan eksistere uten *noe hvis evne er å determinere normer*, dvs. artikulasjonsregler, må disse også tilhøre den ytre verden. Dette åpner for at man kan skissere en ren rettsteori som tar den empirisk gitte rett som sitt primære undersøkelsesobjekt (og således er realistisk), og det uten å forkaste som illusjoner de logiske implikasjoner av den normideen som ligger i kjernen av vår tenkning omkring retten.

Et slikt koblingspostulat kan imidlertid ikke innføres uten videre—eller den teorien som dermed konstitueres vil i alle fall ikke være overbevisende. Et godt og overbevisende koblingspostulat kjennetegnes ved at det gir en sømløs kobling mellom de aktuelle logiske sammenhenger og det materialet de angivelig skal si noe om. Som sådan kan det til og med fremstå som den eneste mulighet og dermed karakteriseres som åpenbart eller selvinnløsende. Det kan altså godt fremstå som om det nødvendigvis må være riktig, selv om denne nødvendighet prinsipielt ikke er en logisk nødvendighet, men bare et postulat.

## 5.2 Om normer som empiri

Formålet her er primært å etablere det realistiske koblingspostulat, og strategien for å lykkes med dette vil nettopp være å vise at det er den eneste plausible muligheten. Dette skal etableres gjennom to argumentasjonslinjer.

Den første, som skal fremstilles under punkt 5.2.1, dreier seg utelukkende om de logiske implikasjoner av normideen. Det bygges her videre på det som ble gjort i kapittel 4, for slik, forhåpentligvis, å bevise at en forestilling om en objektivt gyldig norm må antas å ha sitt opphav utenfor forestillingen selv, samt at denne normenes urkilde samtidig må være kilde til normens logiske beskaffenhet. Den eneste plausible kandidat for denne urkilde vil da være den empiriske virkelighet.

Den andre argumentasjonslinjen som skal forfølges (under punkt 5.2.2) omhandler normsystemenes mangfold; mer presist spørsmålet om det virkelig kan tenkes å eksistere flere normsystemer, determinert av ulike artikulasjonsregler. Dette skal besvares negativt, noe som innebærer at den ytre (reelle) rett, ikke kan være et annet normsystem enn den ideelle rett som fremkommer i den umiddelbare bevissthet.

### 5.2.1 Om hendelsesforløp som normenes konstituerende fundament

Det ble i kapittel 4 påvist at enhver forestilling om rettsregler *qua* rettsnormer forutsetter eksistensen av visse artikulasjonsregler som determinerer normenes mulige oppbygging. Det har også blitt fremhevet at Kelsen, som, rett nok med en annen terminologi, forutsatte eksistensen av slike regler, er blitt kritisert for at han ikke gav noen videre redegjørelse for disse reglene. Med Ross' ord har Kelsen sådan «afskåret sig fra at interessere sig for det der er kernepunktet i problemet om rettens gælden, nemlig relationen mellem det normative ideindhold og den sociale virkelighed» (se punkt 5.1.2 *i. f.*).

Målet med det følgende er å avdekke den mest grunnleggende relasjonen mellom rettens idéinnhold og den sosiale virkelighet. Om argumentet lykkes, vil det fremgå at forestillingen om rettsregler *qua* normer som er determinert i kraft av artikulasjonsregler slett ikke kan være noe som prinsipielt bare kan sies å finne sted i juristens private sinn, men må ha sitt utgangspunkt i noe utenfor juristen selv.

### 5.2.1.1 Premiss: En norm må være ubetinget *qua* artikulert enhet

Som ble etablert i kapittel 4 må normer være ubetinget *qua* artikulert enhet, som da innebærer at en norm ikke kan være betinget for så vidt som den er artikulert *slik-og-slik* eller være betinget for så vidt som den er *en* enhet. Dersom normer sådan var betinget så ville deres identitet være vag, som innebærer at identitetspåstander om normer ikke kunne ha determinerte sannhetsverdier, det kunne ikke være et determinert antall normer, ergo kunne ikke artikulasjonsreglene være absolutte. Normer må da være ubetinget *qua* artikulert enhet fordi artikulasjonsreglene *er* absolutte; for det er like åpenbart som en hvilken som helst annen selvinnslysende sannhet at visse hendelsesforløp ikke kan inngå i den samme normen uten dermed å skape en kontradiksjon, og den norm i hvilken de begge inngår er da en ren absurditet. Dette forutsetter absolutte, dvs. rent formelle, artikulasjonsregler.

### 5.2.1.2 Slutning: Hendelsesforløp er logisk atomære

Kravet om determinerte sannhetsverdier ved identitetspåstander kan bare oppfylles dersom identitet betraktes som noe grunnleggende og ubetinget. Dette får stor betydning for normelementenes (dvs. hendelsesforløps) logisk nødvendige beskaffenhet.

Den første slutningen som da kan trekkes bygger på at det er en generell sannhet at et mangfold; et *kompleks*, enten må være forbundet slik at det er et *flere-i-en* eller at det må være adskilt, slik at det bare er et *flere*. Begge muligheter er generelt *mulige*, altså er et kompleks' forbindelse prinsipielt underlagt kontingens.

Av denne grunn må en norm med komplekse bestanddeler være en ren umulighet, for den ville da bare være en logisk enhet, og dermed ha *en* identitet, under den betingelse at også dens bestanddeler virkelig er logiske enheter (for det er åpenbart at en logisk enhet ikke kan ha deler som selv ikke er enhetlige, for det ville da være noe i denne enhet som ikke tar del i dens felles forbindelse, i kraft av hvilken den er en enhet). På denne måte ville en norm med en kompleks bestanddel, være kontaminert av denne bestanddelens prinsipielle usikkerhet, med den effekt at normen aldri kunne sies å være determinert identisk eller ikke-identisk med noe som helst.

Det må også slutes at en norm aldri kan ha en annen norm som sin bestanddel, for dersom artikulasjonen (og følgelig identiteten) til *norm<sup>1</sup>* var betinget av oppbyggingen til for eksempel *norm<sup>3</sup>* så kunne man aldri si at det er sikkert at *norm<sup>1</sup>* er identisk med *norm<sup>2</sup>* (det



følger av påstanden  $norm^1$  er artikulert *slik-og-slik* dersom  $norm^3$  er artikulert *sånn-og-sånn* at det er logisk mulig at  $norm^1$  ikke er artikulert *slik-og-slik*, ergo er det logisk mulig at  $norm^1$  ikke er identisk med  $norm^2$ ).

Begge disse slutninger peker mot at normer overhodet ikke kan ha logisk komplekse bestanddeler. Dersom noe ikke er logisk komplekst, må det være logisk simpelt; det må være *atomært* i ordets egentlige forstand.<sup>134</sup>

### 5.2.1.3 Videre slutning: Normer er umiddelbare funksjoner av hendelsesforløp

Artikulasjonsreglene determinerer normelementenes artikulasjon og forbindelse i normer. Forholdet mellom disse regler og deres *relata* må typologisk være én av følgende tre muligheter.

- (1) Artikulasjonen (altså de *relasjonene* som er determinert av artikulasjonsreglene) og normelementene eksisterer uavhengig av hverandre; de er linket sammen som brikker i et puslespill.
- (2) Normelementene er fullstendig underlagt artikulasjonsreglene; disse konstituerer så vel som determinerer normelementene *qua* *relata* i en norm.
- (3) Artikulasjonen er fullstendig underlagt normelementene; disse konstituerer så vel som determinerer artikulasjonen *qua* *relasjoner* i en norm.

Alternativ (1) har til felles med alternativ (2) at artikulasjonen som er forskrevet av artikulasjonsreglene selv formodes å ha en substansiell realitet, altså at dens realitet ikke er betinget av noe annet. Alternativ (3) tillegger derimot bare normelementene substansiell realitet.

---

<sup>134</sup> Det at hendelsesforløp *qua* bestanddeler i en norm må være logisk atomære er ikke så virkelighetsfjernt som det kanskje kan fremstå. Rett nok er et hendelsesforløp nærmest per definisjon noe komplekst—for det er delelig i den romlige så vel som den temporale dimensjon—men dette gjelder bare når det betraktes som noe som tilhører den faktiske sfære. Dersom man utelukkende betrakter hendelsesforløpets normative mening er det derimot langt vanskeligere å se hvordan det skal kunne deles opp uten at denne mening dermed forsvinner.

Alternativ (1) må være feil, fordi dersom både artikulasjonen og normentene var substansielt ekte (har uavhengig virkelighet), slik at de er linket sammen som brikkene i et puslespill, så ville normentene måtte være formet slik at de kan linkes sammen (slik som en puslespillbrikke), og denne utformingen ville gjort seg selv til kjenne som en egenskap ved normentet.

Situasjonen ville være som to objekter som er limt sammen. Objektene evne til å være bundet sammen av limet vil da blant annet være betinget av at objektene er *fysiske gjenstander*. Dersom artikulasjonen hadde substansiell realitet, ville forholdet mellom normenes bestanddeler og dens artikulasjon være lik forholdet mellom de limte objektene og limet. Bestanddelene måtte ha oppfylt de nødvendige betingelsene for å bli bundet i en artikulasjon.

Dersom både relasjonene (artikulasjonen) og det relaterte (relata/bestanddeler) hadde substansiell realitet, så ville det alltid være noen betingelser det relaterte måtte oppfylle for å være bundet av relasjonen. Det som er betinget, kan imidlertid ikke være atomært, for det har logisk adskillelige elementer; *betingelsen* og *det betingede*, altså er det komplekst. Disse komplekse bestanddelene ville imidlertid også måtte være forbundet på samme måte som normen selv, og den regelstyrte artikulasjonen av disse ville igjen kreve komplekse relata, og slik ville det fortsette *ad infinitum*.

Dette er imidlertid ikke mulig, fordi en norms bestanddeler nødvendigvis må være logisk atomære, noe som innebærer at de ikke kan være bærere av egenskaper; for det som bærer egenskaper er per definisjon komplekst.

Alternativ (2) må være feil, for det er i kraft av artikulasjonsreglene at normentene artikuleres i en logisk enhet, men dersom disse reglene hadde evnen til å endre normentenes beskaffenhet, slik at de går fra å være komplekse til å være enkle, så ville deres atomære natur være underlagt kontingens, altså ville det strengt tatt være tilfeldig om de er enkle, og det ville dermed også være mulig at de er komplekse. Dette er dog en absolutt umulighet, for normentene må nødvendigvis være logisk enkle; noe annet enn fullstendig sikkerhet på dette punkt ville medføre at normenes artikulasjon så vel som deres logiske forbindelse i en enhet ville være underlagt den rene tilfeldighet, og identitetspåstander om normer kunne aldri ha determinerte sannhetsverdier.

Det følger av dette at artikulasjonsreglene, hva de enn er, ikke under noen omstendighet kan bevirke normelementenes logiske karakter.

Alternativ (3) står herved igjen som eneste mulighet. Dette kan også bevises direkte uten at man må motbevise de andre alternativene, for man kommer ikke utenom det åpenbare spørsmålet: Vil ikke en norm uansett være betinget av dens bestanddeler uavhengig av deres beskaffenhet (altså selv om de er logisk atomære)? Spørsmålet har bare én eneste løsning. Nemlig at en norm må anses å være identisk med dens bestanddeler. Normer kan dermed ikke forstås som et *produkt* av artikulasjon og normelementer, men utelukkende som en umiddelbar *funksjon* av dens bestanddeler.

Poenget kan illustreres slik: Dersom en norm sees som et produkt av normelementer og deres artikulasjon vil det alltid være mulig å hevde at normen bare kan være artikulert *slik-og-slik* dersom dens normelementer er *sånn-og-sånn*. Dersom man derimot forutsetter at en norm ikke er annet enn en umiddelbar funksjon av dens bestanddeler vil en slik påstand imidlertid reduseres til en tautologi—og tautologier sier intet.

Konklusjonen blir da at en norm ikke kan forestilles som produkt av artikulasjon (relasjoner) og normelementer (relata), men heller må sees som en funksjon av dens relata alene. I dette ligger det at artikulasjonene mister sin *substansielle realitet*, og de relasjoner som utgjør artikulasjonene kan da ikke betraktes som noe som *binder* normelementer.

#### **5.2.1.4 Anvendelse av det realistiske koblingspostulat**

Det realistiske koblingspostulat er at retten *qua* idé er identisk med den ytre rett i alle andre henseender enn at den ene oppfattes som noe ideelt og den andre som noe reelt. Dersom normer logisk sett må være umiddelbare funksjoner av deres egenskaper (hendelsesforløp), finner man at dette koblingspostulatet fremstår som meget lovende.

Det kan her først være nyttig å minnes Kelsens koblingspostulat, nemlig at subjektet gjennom en forstandsakt (stipuleringen av grunnnormen) skaper normer *qua* normer. Dette fremtrer som særlig interessant når man, som Kelsen gjorde, anser normer som et slags produkt av dets egenskaper og den lovmessighet som determinerer dem (se punkt 3.2.3.1), for tanken bringes da enkelt til en forestilling om en arbeidsfordeling der forstanden *anvender*

denne lovmessighet på et materiale som *innhentes* av sansene (det som er empirisk gitt). Når man derimot anser normer som umiddelbare funksjoner av deres *relata* alene, blir det langt vanskeligere å utpeke forstandens bidrag til våre forestillinger av normer.

Tesen om at normer er umiddelbare funksjoner av deres deler, dvs. de hendelsesforløp som inngår i normen, innebærer prinsipielt at når hendelsesforløpene er gitt, er også normen gitt i sin helhet (forutsatt, selvfølgelig, at de gitte hendelsesforløpene alene inngår i en norm), for den utgjøres ikke av annet enn hendelsesforløpenes artikulering.<sup>135</sup> Disse hendelsesforløpene er videre gjenstand for en umiddelbar erfaring; det på samme måte som bord, stoler og andre alminnelige objekter som antas å tilhøre en verden utenfor sinnet.

Det ble gjennom kapittel 1 fremhevet at rettsnormenes illusjonskarakter var et sentralt poeng for den skandinaviske rettsrealismen (se særlig punkt 1.2.1 *i. f.*). Dette kan fremstå som en plausibel tese dersom man legger til grunn en produktforståelse av normer á la Kelsens, for normer kan da tilskrives elementer med et ukjent (metafysisk) opphav, og siden det nettopp er disse elementene som gjør en norm til noe utvetydig og sikkert—altså en norm—kan den som legger til grunn en vitenskapelig skeptisisme enkelt komme til den konklusjonen at normer på en eller annen måte må være illusjoner.

Dette stiller seg imidlertid annerledes nå som hendelsesforløpene alene tilskrives den rolle å konstituere normer—i kraft av deres artikulering. Når hendelsesforløpene så er gjenstand for en umiddelbar erfaring, og normene ikke er annet enn de normlogiske artikuleringer hendelsesforløpene inngår i, hva står da igjen som kan være illusorisk?

Innenfor rammene av radikal filosofisk skeptisisme kan man selvfølgelig hevde at den ytre verden selv er en illusjon, og mot dette har jeg intet endelig motargument, men dersom man aksepterer den virkelighetsforståelse som foreskrives av sunn fornuft («common sense») ser ikke normer ut til å være mer illusoriske enn andre objekter. Også bord og stoler inngår i logiske artikuleringer på flere nivåer: de har synlige så vel som usynlige egenskaper, og de

---

<sup>135</sup> I praksis kan selvfølgelig ingen være seg bevisst all den kompleksitet som inngår i en norm på et gitt tidspunkt (ergo bruken av ordet «prinsipielt»). Dette forholder seg ikke vesentlig annerledes enn situasjonen for objekter, for ingen er seg heller bevisst all den kompleksitet som inngår i et alminnelig objekt på et gitt tidspunkt.

står i ulike relasjoner til andre objekter i verden. Isolert sett gir sanseinntrykk av objekter lite informasjon—Forståelse og kunnskap oppnås først ved nærmere undersøkelser av objektene i deres relasjonelle kontekst. Det samme må gjelde for hendelsesforløp, for den som ikke har inngående kjennskap til den rettslige og moralske kultur hendelsesforløpet finner sted innad kan enkelt komme til å overse dets normative aspekter. Forståelse og kunnskap om normer og deres systemer oppnås også her, på samme måte som for den ytre verdens objekter, gjennom nærmere undersøkelser av hendelsesforløpenes relasjonelle kontekst—dvs. at man må undersøke deres artikulering.

### **5.2.2 Det realistiske koblingspostulat etablert gjennom normmonisme**

Normmonisme innebærer at det bare kan finnes ett normsystem, determinert av ett sett med artikuleringregler. Det realistiske koblingspostulat, som sier at det normsystem som er gjenstand for den umiddelbare erfaring logisk sett på være identisk med det normsystem som eksisterer i den ytre verden, følger da direkte av normmonisme. (Om dette innebærer at det private normsystem kollapse inn i det ytre normsystem (realisme) eller det ytre inn i det private (idealisme) sies det imidlertid intet om her—Det følger dog av tesen om at normer er umiddelbare funksjoner av deres relata at det private normsystem må antas å kollapse inn i det ytre.)

#### **5.2.2.1 Premiss: Artikuleringregler determinerer en norms mulighet**

Det er ikke noe skille mellom en norms objektive gyldighet og dens mulighet, for det er i kraft av dens objektive gyldighet at den er en norm; som er determinert, og dermed kan peke utvetydig i én eneste retning. En norm som ikke er objektivt gyldig er da heller ingen norm (gitt det formelle normbegrep, selvfølgelig); den er, om man vil, *umulig*.

Siden artikuleringreglene ikke har noen annen funksjon enn å determinere objektiv gyldighet (altså logisk struktur, som er det en artikulering utgjøres av), determinerer de også normers mulighet.

### 5.2.2.2 Slutning: Logisk konsekvens forutsetter normmonisme

Gitt dette kan det antas at det finnes en *norm A*, determinert av *artikulasjonsregler A*, og denne tilhører i kraft av å være determinert av disse artikulasjonsregler *normsystem A*. Det finnes også en *norm B*, men denne er ikke objektivt gyldig i henhold til (dvs. determinert av) *artikulasjonsregler A*. I hvilken—om noen—forstand er så *norm B* en mulig norm?

Dersom man da med at en norm er mulig mener: mulig i henhold til *artikulasjonsregler A*, så følger det at *norm B* ikke er en mulig norm (og således heller ikke er en norm fordi den da ikke er objektivt gyldig).

Kanskje kan det imidlertid tenkes at det finnes et annet sett med artikulasjonsregler, *artikulasjonsregler B*, og at *norm B* er mulig i henhold til disse og således utgjør en del av *normsystem B*. Kelsens normrelativisme—eller heller *normpluralisme* (siden han ikke var relativist i den forstand at ingen normer egentlig er bindende, men heller at alle normer, dvs. alt som kan forestilles å foreskrive et genuint bør, er bindende)—åpnet prinsipielt opp for en slik mulighet.

Dette har imidlertid sterke formodninger mot seg. En teoris aksept av eksistensen av flere normsystemer kan sees som et uskyldig tilbygg der hvor man har å gjøre med normsystemer som er forholdsvis like, som f.eks. norsk rett og svensk rett. Problemene blir derimot klarere når man heller tenker seg at *artikulasjonsregler A* og *artikulasjonsregler B* er radikalt forskjellige, slik at *norm B* fremstår som den rene absurditet for den som er beskjeftiget med *artikulasjonsregler A*, og omvendt. Kanskje foreskriver *norm B* at man skal drepe og ikke-drepe under nøyaktig samme omstendigheter, noe som for oss, uansett hvilke mentale anstrengelser man undergår, overhodet ikke kan forestilles som en mulig norm.

Normpluralisme innebærer at man må akseptere slike absurde normer som mulige, dette fordi man ikke på prinsipielt grunnlag kan avskjære den mulige eksistensen av artikulasjonsregler i kraft av hvilke de er mulige. Det er imidlertid en viktig forskjell på en påstand om at vår tyveriparagraf (straffeloven § 321) angir en mulig norm, og en påstand om at det er en mulig norm som foreskriver at man skal drepe og ikke-drepe under nøyaktig samme omstendigheter. Den første er her mulig i kraft av de artikulasjonsregler vi er beskjeftiget med, mens den andre må være mulig i kraft av ukjente artikulasjonsregler, og er således, fra vårt perspektiv, bare *muligens mulig*, altså er det snakk om en *annenordens mulighet*.

Problemet med normpluralisme blir da at alle normers mulighet må være en annenordens mulighet, for normer er bare mulige *dersom* de artikulasjonsregler i kraft av hvilke de er mulige eksisterer. Vårt begrep om mulighet innebære videre at noe logisk sett kan forekomme, dvs. i kraft av logiske regler, ergo må man, for å bevare essensen i vårt mulighetsbegrep, anta at det som tilskrives en annenordens mulighet også må være underlagt en eller annen form for logisk lovmessighet. Men logisk lovmessighet innebærer at det må finnes grenser for hva som er tillatt, altså må det da være noe som heller ikke er muligens mulig, og det må da være mulig at det igjen finnes andre lover i kraft av hvilke også dette er mulig, ergo blir alle normers mulighet også en *tredjeordens mulighet*—osv. *ad infinitum*. Det er da klart at den som aksepterer normpluralisme like gjerne kan forkaste logikken selv, for hvorfor kan det ikke finnes logiske lover som tillater  $p \ \& \ \text{ikke-}p$ , og at  $X$  ikke trenger å være  $Z$  selv om  $X \ \text{er} \ Y \ \& \ Y \ \text{er} \ Z$ ? Normpluralisme er ikke mindre absurd enn en fullstendig benektelse av all logikk.

*Normmonisme* er det eneste alternativet til normpluralisme. Dersom normpluralisme må likestilles med en absolutt forkastelse av all logisk lovmessighet etterlater denne avhandlingens undersøkelser da intet annet valg enn en absolutt tilslutning til normmonisme—for gitt alternativet kunne man like gjerne forkaste det formelle normbegrep selv, og med det også avhandlingens problemstilling.

Implikasjonene er her mange: blant annet brytes skillet mellom rett og moral ned fordi rettsnormer så vel som moralnormer nå må antas å være objektivt gyldige i kraft av de samme artikulasjonsregler, og således tilhøre samme normsystem. Dette behandles nærmere i kapittel 6, men for nå er målet primært å etablere det realistiske koblingspostulat, som altså er at retten *qua* idé er identisk med retten *qua* ytre rett i alle andre henseender enn at den ene oppfattes som noe ideelt og den andre som noe reelt. Normmonisme er et viktig element ved etableringen av dette, for det etterlater ingen andre muligheter enn at den rett vi forstiller oss er identisk med den ytre rett, for alternativet ville implisere normpluralisme.

Om det realistiske koblingspostulat med dette har vunnet frem og om den empirisk orienterte rettsvitenskapens rett til det formelle normbegrep dermed er etablert, er nå for leseren å

avgjøre. Jeg har ikke andre argumenter enn de som er gitt; i alle fall ikke som holder de standarder som en undersøkelse av rettens kanskje mest sentrale grunnlagsspørsmål fordrer.

Det er imidlertid klart at det for en rettsteori å lykkes kreves at den er praktisk brukbar i tillegg til at den er logisk konsekvent. Jeg skal nå derfor gå et nivå ned i abstraksjonsnivå for dermed å undersøke hva den realistiske rene rettsteori har å tilby på et rettsanvendernivå.

## 6 Om den gjeldende retts system

Denne avhandlings overordnede problemstilling dreier seg om hva (om noe) som utgjør rettens objektive/normative grunnlag, og følgelig om og hvordan rettsnormer kan sies å eksistere. Dette er nå besvart. Det er argumentert for at rettens objektive grunnlag må utgjøres av rent formelle artikulasjonsregler og det er, med dette som utgangspunkt, påvist at rettsregler *qua* normer utelukkende er bygget opp av hendelsesforløp som inngår i en mulig erfaring og dermed må likestilles med andre objekter som kan underlegges empiriske undersøkelser.

Dette kapittel skiller seg således fra de øvrige ved at det ikke er direkte rettet mot å finne svar på mitt overordnede grunnlagsspørsmål. Dets tema er heller den teori som kan utvikles med utgangspunkt i det gitte svaret. Målet er å skissere en modell for rettsvitenskapens objekt—den gjeldende rett og dens system—basert på de premisser som til nå er etablert i oppbyggingen av den realistiske rene rettsteori.

Først (punkt 6.1) skal kriteriene for at noen normer sies å være *gjeldende* angis. Deretter (punkt 6.2) fremstilles den gjeldende retts hierarki. Det sentrale skal her være å få frem at rettens hierarki ikke er logisk oppbygget, men *kausalt*. Fra dette vil det trekkes flere interessante, og antakelig overraskende, konklusjoner, da blant annet at den gjeldende rett må innbefatte en type naturrett.

Det er også en målsetning å vise at det er gode grunner til å akseptere den konklusjonen som skal fremstilles—da i tillegg til de argumenter som (etter min mening) nærmest fremtvinger den—primært at den løser mange av rettsvitenskapens teoretiske problemer (som i ulik grad har blitt berørt i foregående kapitler). Den vil blant annet tillate identifiseringen av



de av den ultimate regels elementer som ble ekskludert fra rettens urkilde i kapittel 4 (punkt 4.2) som legitime elementer i den gjeldende retts system. Disse blir nå de *første rettsnormer* og de kan da endelig fremstilles som genuine normer innenfor en vitenskapelig ramme. Den tillater også plasseringen av reelle hensyn innenfor den gjeldende retts system uten at man dermed må karakterisere dem som noe grunnleggende ikke-rettslig (som ble diskutert i kapittel 2, se særlig punkt 2.2.2), og den gir en løsning på mysteriet om hvordan reelle hensyn på den ene siden kan være rettskilde, men på den annen ser ut til å utgjøre fundamentet for rettskildereglene.

Kapittelet avsluttes med en diskusjon om rettens dynamikk (punkt 6.3). Det skal da fremheves hvordan den oppstilte modellen av den gjeldende retts system åpner for en beskrivelse av den praktiske rettsanvendelsen som bunden uten at retten dermed blir statisk og formalistisk, men forblir dynamisk.

## **6.1 Om hvorfor noen normer gjelder**

Kelsens bruk og forståelse av begrepet objektiv gyldighet ble problematisert blant annet under punkt 3.1.3.3. Det ble her fremholdt at han på den ene siden ser ut til å bruke det på samme måte som det brukes i matematikken og i logikken, men på den annen at han åpner for at gyldighet kan opphøre, noe som ser ut til å fordre et annet begrep om objektiv gyldighet. Den foreslåtte løsningen var at Kelsen opererte innenfor et transcendentalidealistisk ramme, noe som hovedsakelig bygget på min overbevisning om at han må legge til grunn et transcendentalidealistisk koblingspostulat dersom teorien overhodet skal ha noen praktisk applikasjon.

Det realistiske koblingspostulat tillater en formulering av en ren rettsteori som i større grad innfrir den rene rettsteoris løfte, som var at normer, på samme måte som de objekter som studeres av de rent deduktive vitenskaper, løftes opp til et nivå der de må erkjennes som universelle størrelser som vedvarer gjennom tid, rom, skapelse og den ultimate ende (se punkt 3.1.1). På denne måten kan normenes objektive gyldighet forstås slik vi normalt forstår objektivitet; som noe som er sant uavhengig av de forutsetninger og den beskaffenhet som karakteriserer det individet som tenker det.

Dette leder til den konklusjon at det må eksistere et enormt mangfold av normer. Siden det for en norm å eksistere ikke innebærer annet enn at den er en artikulert enhet, dvs. er

objektivt gyldig, finner man at ikke bare alle normer som noen gang har og noen gang vil regulere menneskelig adferd må eksistere nå, men også at det samme må gjelde for alle tenkelige normer.

Dette kan kanskje for noen virke absurd, og det må da minnes om at det samme ville gjelde for objekter dersom vi med et objekts eksistens mente dets objektive gyldighet, dvs. dets mulighet. Vi er imidlertid normalt mer tilbakeholdene med eksistensbegrepet i relasjon til objekter (noe man kanskje også bør være i relasjon til normer). Det er i alle tilfeller klart at spørsmål om normer er objektivt gyldige er omtrent like interessant som spørsmål om objekter, som f.eks. havfruer og enhjørninger, er logisk mulige—det er bare interessant for de ytterst få som studerer objektiv gyldighet og logisk mulighet. På samme måte som naturvitenskapene ikke tar for seg ethvert objektivt gyldig, dvs. mulig, objekt, er heller ikke den praktisk rettede rettsvitenskapen interessert i enhver mulig norm—Dens tema er de normer som gjelder i det samfunn hvis rett den studerer; også kalt *gjeldende rett*.

Hva skiller så de normer som inngår i gjeldende rett fra andre objektivt gyldige normer? Et godt utgangspunkt for videre undersøkelser vil da være å etterspørre hva det konkret er jurister er uenige om når de strides om gjeldende rett, for det er klart at i alle fall juristene selv mener at det er dette som er kriteriene for at normer gjelder.

Når jurister strides om gjeldende rett kan tvistes spørsmålet ikke vedgå rettsnormers artikulasjon, for det følger av det at en norms identitet er determinert av dens artikulasjon at ulike artikulasjoner av en og samme norm blir en absurditet (for normen vil da måtte ha ulike identiteter). Dersom *jurist 1* fremholder at *rettsnorm 1* er gjeldende rett, og *jurist 2* fremholder at *rettsnorm 2* er gjeldende rett, så må begge jurister i alle tilfeller være enige om at både *rettsnorm 1* og *rettsnorm 2* er objektivt gyldige normer. Spørsmålet er om normene i tillegg til å være objektivt gyldige også er *gjeldende*.

Det samme følger av tilslutningen til normmonisme, som fungerer som et sentralt premiss for etableringen av det realistiske koblingspostulat. Dette innebærer at det bare kan finnes ett eneste normsystem. Men, kan det hevdes, det er åpenbart at det finnes situasjoner der man er uenig om gjeldende rett og der alle parter oppfatter sitt svar som en bindende norm. Gitt at alle avhandlingens oppdagelser om normers logiske karakter hittil er utledet med normideen som *datum*, er jeg ikke da *ipso facto* forpliktet til eksistensen av flere

normsystemer, dvs. normpluralisme? Anklagen forutsetter at størrelsen gjeldende rett uttømmer de objektivt gyldige normene (i alle fall rettsnormene), ergo må det i fortsettelsen forutsettes at det som gjør normer gjeldende er noe annet enn det som gjør dem gyldige.

Om man undersøker de begrunnelser som faktisk blir gitt for at en rettsnorm er gjeldende finner man normalt at påstanden bygger på visse tekster kalt rettskilder samt konkrete tolkninger av disse. I tillegg kan man normalt identifisere mer eller mindre fremtredende interesseavveininger basert på verdiforestillinger.

Det må antas at de fleste jurister selv oppfatter dette som det karakteristiske ved gjeldende rett, dvs. de vil normalt mene at grunnen til at en rettsnorm gjelder er fordi visse premisser foreligger og at normen da, gitt disse premissene, kan utledes gjennom en prosess som kalles rettsanvendelse.

Dersom man fortsetter på dette spor, og antar at juristbestanden har rett vedrørende spørsmålet om hva som skiller en gjeldende rettsnorm fra en ikke-gjeldende norm, kommer man så til spørsmålet om hva disse premisser i kraft av hvilke en norm gjelder må utgjøres av.

Siden en norm må være ubetinget *qua* artikulert enhet, dvs. *qua* norm, følger det at relasjonen mellom disse premisser og den norm som utledes av dem ikke kan være en logisk (deduktiv) slutning, for normen ville således være betinget *qua* artikulert enhet. I tillegg finner man at mens det er umulig å diskutere en norms artikulering (fordi ulike artikuleringer per definisjon er ulike normer) fremstår det som uproblematisk å diskutere f.eks. innholdet i et lovvedtak, eller en doms *ratio decidendi*. Disse er sterke—om ikke endelige—indikasjon på at de premisser i kraft av hvilke en norm sies å være gjeldende må utgjøres av en type *fakta*, dvs. noe som hører hjemme i den faktiske sfære (og ikke den normative), altså der hvor vi opererer med *er-påstander*; og *bør-påstander* er uvedkommende (se punkt 3.1.1). Slike fakta kan kalles *normaktiverende fakta*, for deres funksjon er å aktivere normers status som gjeldende rett.

Det følger da at dersom jurister f.eks. er uenige om hvilken lovgiverintensjon som fremgår av forarbeidene, eller er uenige om hva som var det avgjørende argumentet i et prejudikat, så må dette brytes ned til spørsmål om et bestemte fakta foreligger. Det samme må være tilfellet der en jurist f.eks. veier hensynet til et konkret rimelig resultat høyere enn

hensynet til forutberegnelighet i en utlendingssak, mens en annen vurderer omvendt, og det samtidig som de legger til grunn nøyaktig samme tolkning av rettskildematerialet for øvrig. Analysen så langt forutsetter da at verdivurderingene i en slik sak også må brytes ned til et spørsmål om et normaktiverende faktum virkelig foreligger.

Hva så med de tilfeller der uenigheten om hva som er gjeldende rett skyldes uenighet omkring rettskildereglene? Den beste kandidaten for en slik konfliktsituasjon må antas å være de vanskelige avveiningsspørsmålene, der man f.eks. strides om vekten til en lovtekst, et prejudikat, etterarbeider osv. Når disse avveiningsspørsmålene diskuteres argumenteres det imidlertid normalt for rettskildenes relative vekt ved å vise til de verdier som i utgangspunktet begrunner de retningslinjer vi tar for å være rettskilderegler. Vekten av lovtekst må blant annet sees i lys av et publisitetshensyn, som igjen henger sammen med en type moralsk forestilling om at det er urimelig å kreve at folk etterfølger lover de hverken kjenner eller bør kjenne til. Vekten av prejudikater må på samme måte sees i lys av den verdimessige overbevisning om at like saker skal behandles likt. Det kan da stilles spørsmål ved om det overhodet er mulig å diskutere rettskilderegler *per se*, for slike diskusjoner ser i virkeligheten ut til å vedgå verdiforestillinger; som er normaktiverende fakta.<sup>136</sup>

Det synes ikke å være noen åpenbare rettsanvendelseskonflikter som ikke kan brytes ned til spørsmål om normaktiverende fakta; heller tvert imot. Dersom det så er tilfellet at all uenighet mellom jurister prinsipielt må vedgå de normaktiverende fakta; og ikke normene selv, så må disse og deres faktiske forekomst antas å være det egentlige kriterium for at noen normer *gjelder*.

## 6.2 Om den gjeldende retts hierarki

Normer er artikulerte enheter som er umiddelbare funksjoner av hendelsesforløp. Deres artikulering er ikke tilfeldig; for den må være determinert, noe som igjen impliserer rent formelle artikuleringregler. Det følger av dette, som fremhevet i kapittel 4, at en norms artikulering og enhet ikke kan være betinget av en annen norms artikulering og enhet, ergo

---

<sup>136</sup> Selv mener jeg at man ikke kan diskutere innholdet i rettskildereglene overhodet fordi disse er normer (se punkt 6.2.3) og man kan ikke diskutere innholdet i en norm; bare om den gjelder.

kan en norm, som Kelsen trodde, ikke ha sitt opphav i en annen norm; i alle fall ikke om man med opphav mener grunnlaget for dens objektive gyldighet.

Må rettens hierarkiske struktur da oppgis som en illusjon? Det er i det minste, i motsetning til hva Kelsen trodde, klart at den normative sfære selv ikke inneholder noe normhierarki. Dersom et slikt hierarki skal kunne sies å eksistere, må det eksistere på et annet nivå; nemlig det faktiske, dvs. nivået til gjeldende rett.

I praksis er det ikke tvilsomt at rettssystemet normalt oppfattes som hierarkisk. Vedtak kan ha hjemmel i forskrift, som igjen har hjemmel i lov, vedtatt med hjemmel i Grunnloven.

Nøkkelen til den realistiske rene rettsteoris begrep om den gjeldende retts hierarki ligger i samspillet mellom normer og de normaktiverende fakta. Det at Kongen forsyner et lovforslag med sin underskrift er i seg selv et normaktiverende faktum som, prinsipielt sett, ikke har noe med normer å gjøre, dvs. at det ikke har noen betydning for normer *qua* normer; bare for normer *qua* gjeldende rett. Det er allikevel opplagt at Kongens handlinger ikke var tilfeldige, men at de ble foretatt i samsvar med en norm som regulerer vedtakelsen av lover (Grunnloven § 78). Hva er så forholdet mellom denne normen og den normaktiverende handling den foreskriver?

Forholdet er i det minste *kausalt*, dvs. normen er en *årsak* og det normaktiverende faktum er en *virkning*. Dette faktum er da selvfølgelig også årsak til den norm som aktiveres, og slik henger norm og faktum sammen i en årsak-virkning-relasjon.

Det fremstår som forholdsvis klart at normer *kan* være årsak til normaktiverende fakta som igjen *kan* være årsak til at normer betraktes som gjeldende. Et neste (og mer interessant) spørsmål, er da om normaktiverende fakta også *må* ha sin årsak i normer som igjen *må* ha sin årsak i normaktiverende fakta.

Humes oppdagelse om at ingen *bør* kan sluttes utelukkende fra *er-premisser* (se punkt 3.1.1) er her av ytterste interesse. Kelsen tolket dette fenomenet som et logisk anliggende, og konkluderte at det måtte foreligge en grundnorm som urkilde for enhver norms objektive gyldighet. Om argumentet som ble presentert i kapittel 4 er korrekt må Kelsen her ha tatt feil,

fordi en norm ikke kan være betinget av en annen norm. Til tross for dette er imidlertid Humes påstand fremdeles like tvingende for tanken, dog ikke nødvendigvis som et logisk anliggende.

Det er mitt standpunkt at Hume hadde rett for så vidt som at ingen norm kan være gjeldende *fordi* et tilfeldig inntruffent, dvs. et *ikke-normativt*, faktum foreligger. Denne sannhet ser ut til å være like selvnålysende som en påstand om at ethvert fysisk fenomen må ha en årsak, og at denne årsaken ikke kan være at det *bør* skje. Det fremstår ganske enkelt som tvingende for tanken at et normaktiverende faktum må innbefatte en intensjon om å aktivere normen, dvs. at det er utført i henhold til en annen norm, for å kunne ha en genuint normaktiverende funksjon—altså kan man ikke tenke seg at en norm gjelder i kraft av et faktum *qua* tilfeldig begivenhet, som f.eks. en lovgivers eller en dommers utsagn over middagsbordet, eller deres indre tanker (for disse er ikke hendelsesforløp foreskrevet av normer som vedgår aktiveringen av andre normer). Det ser da ut til at gjeldende rett må antas å være oppbygget som et kausalt hierarki, slik at normenes gjeldende kraft har sin årsak i normaktiverende fakta foreskrevet av andre gjeldende normer.

### 6.2.1 Om de første normer

En slik kausal lenke kan imidlertid ikke gå tilbake *ad infinitum*; den må ha en begynnelse, dvs. en *første årsak*. Kelsen trodde, som sagt, at den må begynne med en grunnnorm som samtidig er den transcendental-logiske mulighetsbetingelsen for normenes objektive gyldighet, altså tilskrev han denne første årsak samme rolle som artikulasjonsreglene. Dette må være feil, for artikulasjonsreglene er den urkilde som muliggjør eksistensen av, dvs. den objektive gyldigheten til, enhver norm, og disse kan da ikke samtidig utgjøre toppen av et normhierarki.

En slik første norm som man her trenger må nettopp være artikulert i henhold til artikulasjonsreglene og således være en objektivt gyldig norm, men dens status som gjeldende rett kan ikke være betinget av et normaktiverende faktum, for den må utgjøre årsaken til det første normaktiverende faktum. Den gjeldende retts hierarki må da ha som sin første årsak en norm eller flere normer som er gjeldende uavhengig av ethvert faktum—De må være universelt gjeldende. Dersom det overhodet finnes et fenomen som rettmessig kan kalles *naturrett*, så er det dette.

## 6.2.2 Nærmere om de første rettskilder og deres årsak

De første normaktiverende fakta (som har sin årsak i naturrettsnormene) oppfyller funksjonen som de første rettskilder.

Det må antas at disse fakta utgjøres av verdiforestillinger, for det er åpenbart at ingen menneskegruppe har etablert en (lovregulert) stat direkte basert på de første normer (slik som man forestiller seg i visse tankeeksperimenter der man tar utgangspunkt i en såkalt naturtilstand). Det skal ikke her foretas noen omfattende kartlegging av disse verdiforestillingene, men det er fristende å spekulere i at de i det minste må inneholde det essensielle rasjonalet for statsdannelse (da forstått som en stat med et rettssystem). Antakelig utgjøres dette av forestillinger om at f.eks. stabil tilgang til mat er et gode, at sikkerhet mot angrep er et gode, osv. samt forestillinger som muliggjør en idé om kollektiv selvbestemmelse.

I tillegg til disse essensielle verdiforestillinger ser det ikke ut til å være noen grunn for at ikke mer avanserte verdiforestillinger må plasseres på samme nivå, dvs. at de inngår i de første rettskilder. Slike vil blant annet innebære rettsferdighetsforestillinger om at like saker bør håndteres likt, abstrakte forestillinger om at forutberegnelighet bør etterstrebes, og forestillinger om konkret rimelighet. Det nærmere innholdet i disse forestillingene er selvfølgelig enormt disputert, men poenget her er bare å fremsette en idé om hva de første normaktiverende fakta (rettskilder) må antas å inneholde.

Dersom slike verdiforestillinger som nå er nevnt—som godt kan kalles reelle hensyn—virkelig utgjør de første rettskilder, hva forteller det oss så om deres årsak, dvs. naturrettsnormene? Det bør i alle fall redusere enhver tro på at naturretten er noe som kan angis i noen praktisk begripelig normkatalog.<sup>137</sup>

Det er (tror jeg) langt mer sannsynlig at naturrettsnormene (eller naturrettsnormen) virkelig gjør seg til kjenne gjennom en type *normerende rasjonalitet*—en *praktisk fornuft*, om man vil. På samme måte som artikulasjonsreglene inneholder muligheten av alle normer

---

<sup>137</sup> Reelle hensyn kan derimot antakelig angis i en slik katalog; da en «verdikatalog».

overhodet må naturretsnormene inneholde alle verdiforestillinger overhodet. De er på denne måten årsak til enhver praktisk normativitet, mens artikulasjonsreglene er den urkilde som muliggjør enhver normativitet overhodet.

### 6.2.3 Nærmere om de første rettsnormer

De første rettsnormer, som da har sin årsak i de første normaktiverende fakta (verdiforestillinger), foreskriver hvordan man aktiverer andre normer, dvs. hvordan man gir disse status som gjeldende rett. Dette innebærer at disse må innbefatte de hendelsesforløp som fungerer som normaktiverende fakta for øvrige rettsnormer. Slike fakta samsvarer godt med det fenomen som normalt kalles rettskilder,<sup>138</sup> ergo kan det sies at de første rettsnormer angir rettskildene (bortsett fra reelle hensyn) samt de konkrete fakta (de konkrete konfigurasjoner av rettskilder) som må foreligge for at bestemte normer skal gjelde.<sup>139</sup>

Det er altså her snakk om det samme fenomen som i foregående kapitler ble kalt en ultimat regel, og som argumentet i kapittel 4 søkte å ekskludere fra rettens normative grunnlag (til fordel for artikulasjonsreglene). Dette fenomenet kan nå endelig plasseres der det virkelig hører hjemme; nemlig som de første rettsnormer.

Som fremhevet ovenfor (særlig punkt 2.1.2) angir Kelsen så vel som Hart rettens fundamentale norm i entallsform.<sup>140</sup> Det ble allerede her diskutert om dette er hensiktsmessig. Dersom man for eksempel tenker seg en simpel ultimat regel, som at man skal gjøre som kongen sier, så finner man at den ikke er så simpel allikevel. Dersom kongen deklarerer at man ikke skal stjele så oppstår det flere spørsmål. Blant annet er det ikke umiddelbart klart hva det vil si «å stjele», eller hvem normen gjelder for. Det man her trenger er

---

<sup>138</sup> Rett nok må det begrep om rettskilder som brukes her antas å være noe bredere enn det som brukes i praktiske juridiske sammenhenger, da dette ofte bare viser til visse tekster og verdiforestillinger (lover, dommer, forarbeider, reelle hensyn osv.), mens det som er fremstilt her også innbefatter de hendelsesforløp i kraft av hvilke disse tekster og verdiforestillinger anses som autoritative.

<sup>139</sup> Det er verdt å bemerke at denne formuleringen er vid nok til å innbefatte rettskilderegler av alle de tre typene i «relevans-slutning-vekt»-modellen (selv om jeg generelt er skeptisk til verdien av denne modellen).

<sup>140</sup> Kelsen og Hart opererte selvfølgelig ikke innenfor rammene av den rene rettstoeri gitt det realitiske koblingspostulat, men det er åpenbart at det fenomen de beskrev henholdsvis under termen grunnnorm og anerkjennelsesregel er så nært knyttet opp mot det som her kalles de første rettsnormer at det i realiteten dreier seg om ulike tolkninger av samme fenomen (Kelsens grunnnorm inntok rett nok også rollen som artikulasjonsregel).



tolkningsregler, men dersom disse umiddelbart korrigerer den fundamentale normen (noe de åpenbart gjør), så må også disse inngå i den ultimate regelen. For moderne rettssystemer finner man omfattende rettskilderegler som på denne måten umiddelbart korrigerer systemenes ultimate regel. Det spørres ikke om hva som er gyldig i henhold til konstitusjonen for deretter å undersøkes om noe annet følger av rettskildereglene. Spørsmålet er alltid hva som er gjeldende rett og svaret utledes direkte ved bruk av rettskildereglene. Av disse grunner tror jeg at de første rettsnormer må utgjøres av et fenomen som ligner på det som i norsk rettskildelære kalles rettskilderegler.

Hva konkret som er innholdet i de første rettsnormer er imidlertid ikke her avgjørende. Det sentrale er å få frem at dersom det, som de fleste norske jurister formodentlig vil tro, utgjøres av rettskilderegler, så kan et av de fremste problemene i norsk rettsteori nå være løst.

Dette problemet ble i kapitlene 1 og 2 fremstilt som en tendens innen norsk rettsteori til å forutsette eksistensen av visse normer—ofte kalt rettskilderegler, rettskildeprensipp, eller rettskildenorner—som binder rettsanvendelsen (se særlig punkt 1.4). Disse måtte imidlertid oppgis som et metafysisk fantasifoster fordi det ikke var ført noe bevis for eksistensen av slike normer. Her hvor den skandinaviske rettsrealismen kommer til kort lykkes derimot nå den rene rettsteori, for denne lar oss oppstille rettskildenorner som de første rettsnormer i den gjeldende retts hierarki.

#### **6.2.4 Nærmere om rettskilder, rettsregler og motstrid**

Rettskilder er normaktiverende fakta forskrevet av rettskildenorner (gjelder de autoritative rettskilder) og naturrettsnormer (gjelder reelle hensyn). De normer disse aktiverer kalles rettsregler og disse inngår i den gjeldende rett.

Det er åpenbart at det på en og samme tid kan foreligge normaktiverende fakta som aktiverer motstridende rettsregler. Dette løses som kjent gjennom våre rang-regler; *lex posterior*, *lex specialis* og *lex superior*. Det er her særlig *lex superior*-prinsippet som er interessant, for dersom normer prinsipielt er uavhengige av hverandre kan de heller ikke være overordnet hverandre. Hva er det så som gjør en rettsregel overordnet en annen?

Svaret må da søkes i rettsregelens—eller mer presist; dens aktiverende faktas—plass i kausal-kjeden som utgjør den gjeldende retts system. Man finner da at en rettsregel som er

hjemlet i en forskrift har lavere rang enn en som er hjemlet i lov fordi den første ble aktivert gjennom hendelsesforløp foreskrevet av en norm med lovs trinnhøyde (den har hjemmel i lov), mens den andre ble aktivert gjennom hendelsesforløp foreskrevet av normer med rettskildens trinnhøyde (den ble vedtatt i henhold til rettskildens autorisasjonsnormer).

I forlengelsen av dette blir den konklusjon at en norm som aktiveres direkte gjennom reelle hensyn har høyere rang enn alle andre rettsregler i den gjeldende retts system uunngåelig, for disse er aktivert gjennom normaktiverende fakta foreskrevet av de første normer. Teorien er imidlertid ikke fullt så moralistisk som først kan synes, for det normaktiverende faktum som aktiverer rettsregler vil i praksis nesten alltid innbefatte verdiforestillinger, dvs. reelle hensyn. Dette er da ikke noe spesielt interessant funn for den praktiske justis, men det er prinsipielt interessant, for det gir en begrunnelse som lar oss hevde rettmessighet når vi påstår at en moralsk norm, dvs. en norm aktivert gjennom verdiforestillinger foreskrevet av de første normer, er *lex superior* i konflikt med en rettsregel aktivert av autoritative rettskilder.

### 6.3 Om rettens dynamikk og dens binding

Jan Fridthjof Bernt har fremholdt at «Den gjennomgående viktigste ambisjon for moderne rettsvitenskap har vært å beskrive rettsregler som et autonomt sett normer som er objektivt – eller intersubjektivt – tilgjengelig for borgere, rettsanvendere og rettsforskere.»<sup>141</sup>

Dette kan fremstå som en pekulær påstand, for normsystemers autonomi assosieres normalt med deres dynamikk (dvs. deres evne til å endre seg), men hvordan kan et normsystem overhodet være dynamisk? Dersom man, som Kelsen gjorde, åpner for at normer determinerer normer så finner man at hele systemet må være determinert, altså statisk, dvs. man ender med en ren *formalisme*. Dersom man mot dette aksepterer at normer må være prinsipielt uavhengig av hverandre så finner man at de fremdeles inngår i et statisk system determinert av artikkelreglene. Dersom man, som er gjort i denne avhandlingen, legger til grunn et formelt normbegrep, så må det være en absolutt sannhet at et normsystem *qua*

---

<sup>141</sup> Se første setning i innledningen til Bernt (2014) s. 139.

normsystem ikke på noen måte kan være et autonomt/dynamisk system; for det må være statisk og universelt.

Gitt de premisser som er oppstilt hittil må det gis som svar til Bernt og den «moderne rettsvitenskap» at det ikke er mulig å beskrive rettsregler *qua* autonomt sett normer overhodet, for dette er en kontradiksjon. Det som derimot er mulig er å beskrive rettsregler *qua* gjeldende normer som et autonomt system, altså kan vi beskrive dynamikken i den gjeldende retts system. De premisser som trengs for å gjøre dette er nå etablert.

Som nevnt i under punkt 2.2.2 angripes den skandinaviske rettsrealismen for dens manglende evne til å fremstille de elementer som gjør rettssystemet dynamisk—nemlig de verdiforestillinger som inngår i rettsanvendelsen, men som ikke kan spores tilbake til noen iakttagbar rettskilde—innenfor en vitenskapelig ramme, noe som igjen innebærer at den ikke kan redegjøre for den gjeldende retts dynamikk uten å bryte med sine egne vitenskapelige premisser.<sup>142</sup>

Den realistiske rene rettsteori løser problemet, for det følger av dens premisser at normer ikke kan determinere normer, men at normer kan være årsak til normaktiverende fakta som igjen er årsak til at normer blir gjeldende. Kausalitet er ikke et logisk anliggende, og man unnslipper dermed formalisme. Med samme trekk etableres også verdiforestillinger som legitime rettskilder, for disse er nå del av det normaktiverende faktum som utgjør rettsanvendelsen—det på samme måte som de autoritative rettskilder. Dersom verdiforestillingenes rolle i rettsanvendelsen antas å være nøkkelen til den gjeldende retts dynamikk—eller i alle fall det fenomen som normalt vises til når man snakker om retten som et dynamisk normsystem—har vi nå de redskaper vi trenger for å redegjøre for dette innenfor en vitenskapelig ramme.

Denne legitimeringen av verdioppfatninger i rettsanvendelsen innebærer, i motsetning til det som var tilfellet for den skandinaviske rettsrealisme, heller ikke at rettsanvendelsen blir prinsipielt vilkårlig. Tvert imot er den bundet i kraft av at de normaktiverende fakta som

---

<sup>142</sup> Det er verdt å merke seg at Kelsens versjon av den rene rettsteori får motsatt problem, for dersom normer sees som determinert av andre genuine normer etterlates ikke noe rom for det vilkårlige, og man sitter da igjen med en ren formalisme og dermed et statisk rettssystem.

sammen utgjør rettsanvendelsen må ha sin årsak i genuine normer, da henholdsvis i rettsregler, rettskilderegler og naturretsnormer.

Den realistiske rene rettsteoris begrep om gjeldende rett innebærer således at dens fastlegging (rettsanvendelsen) er normstyrt i en egentlig og genuin forstand, dog ikke i en logisk forstand. Gjeldende rett er da normstyrt så vel som dynamisk.

## Avsluttende merknader

Denne avhandlingen var opprinnelig tenkt som et dybdykk i rettsrealistisk kritikk mot det rettslige språk, da særlig de metafysiske konnotasjoner som synes å være innbakt i den nå utbredte forestillingen om rettskildenormer som noe som *binder* rettsanvendelsen. Planen hadde sitt opphav i en overbevisning om at rettsfilosofiske undersøkelser drevet utelukkende av et ønske om å oppnå kunnskap, heller enn å konstruere en sannhet som stemmer med ens ideologiske overbevisning, måtte ende med avvisningen av normer og aksepten av normskeptisisme.

Langs veien oppdaget jeg imidlertid visse sammenhenger og teoretiske ressurser som vekket et håp om at det allikevel kanskje kunne påvises en teori som tillot angivelsen av rettsregler *qua* normer i en rettsvitenskapelig sammenheng. Det viste seg da fort at et håp om å unnsnippe skeptisisme var en langt sterkere motivasjonsfaktor enn min frustrasjon over andres utilstrekkelige argumenter. Avhandlingen byttet så karakter fra å være en tilbakeskuende kritikk av tidligere gitte teorier til primært å bli et originalt forsøk på å løse problemet (og er således mer ambisiøs enn det en masteroppgave antakelig har noen rett til å være). Det er imidlertid på ingen måte mitt ståsted at problemet nå har fått sin endelige løsning. Det som er presentert er lite mer enn en urtype—det blotte minimum for å teste teoriens konsept.

Det gjenstår mye før teorien kan ha noe håp om å lykkes. Kanskje viktigst er de prinsipielle problemene rundt den valgte argumentasjonsstrategi, dvs. måten jeg mot slutten av kapittel 2 omformulerte hovedproblemstillingen til et spørsmål om rettsvitenskapens rett til normbegrepet, for deretter å begrunne denne rett gjennom etableringen av det realistiske koblingspostulat i kapittel 5. Det er ikke tvilsomt at denne strategien kan problematiseres, da særlig i kontekst av den omfattende litteraturen om transcendentale argumenter.

På det mer praktiske plan gjenstår spørsmålet om hva artikulasjonsreglene mer konkret er. Disse er primært definert gjennom deres evne til å determinere absolutte «normlogiske» kontradiksjoner, men det er klart at vi gjerne skulle visst mer om deres innhold.

I tillegg kommer spørsmålene om sammenhengen mellom artikulasjonsreglene og naturrettensnormene, samt hva disse *første normer* egentlig er. Oppdagelsen av dette fenomen jeg har kalt *naturrett* var den siste, og for min del mest overraskende, oppdagelsen som ble gjort. Den ble tatt med i avhandlingens endelige versjon fordi jeg mener argumentene som er gitt har betydelig overbevisningskraft, men det er samtidig klart at den fordrer videre undersøkelser, da i kontekst av den enorme naturrettslitteraturen som foreligger (særlig det som relaterer seg til den kantianske ideen om *praktisk fornuft*).

Forholdet mellom naturrettensnormene og reelle hensyn er per nå omtrent like mystisk som forholdet mellom naturrettensnormene og artikulasjonsreglene, og man kan bare spekulere i konsekvensene av å plassere reelle hensyn som de første rettskilder. Dette, samt resten av den oppstilte modellen av den gjeldende retts system, må bevise sin nytte gjennom konkret analyse av gjeldende rett.

Til tross for at mye gjenstår er det ikke vanskelig å se de mange gode grunner til å håpe at man virkelig kan analysere retten som et kausalt forbundet system av normer og normaktiverende fakta, for et slikt begrep om gjeldende rett tilbyr mye av det jurister ofte ønsker. Blant annet innebærer det at gjeldende rett er et empirisk fenomen som er genuint normstyrt, men samtidig inneholder betydelig dynamikk i kraft av den prinsipielle legitimeringen av reelle hensyn som rettskilde. I tillegg er det fristende å spekulere i muligheten for å gi teorien et moralteoretisk overbygg som kan gi rettsanvenderen konkrete føringer i vanskelige spørsmål. Dette kan formodentlig gjøres ved at man først identifiserer verdiforestillingene som er utledet fra naturrettensnormene (i en type katalog med reelle hensyn) for deretter å utvikle en metode som lar oss identifiseres deres rolle i rettsanvendelsen. Man kan da i kraft av *lex superior*-prinsippet avgjøre hvilken norm som vinner frem i vanskelige spørsmål, dvs. er gjeldende, basert på normenes «godhet».

Til tross for at arbeidet med avhandlingen har ledet til resultater som har tvunget meg til å endre syn på mye, særlig vedrørende normers eksistens og naturretten, da i så stor grad at det endelige resultat er et helt annet enn det som var tiltenkt, så har mitt syn på hva rettsfilosofi

bør være vedvart. Og om det skulle vise seg at alle mine prognoser om hva den fremstilte teorien kan brukes til er feil, og at all den kritikk som er fremsatt mot ulike teoretikere er feil, så er det mitt håp at jeg i det minste har lyktes i å skrive en avhandling som illustrerer hvordan rettsfilosofi (etter min mening) bør gjøres—nemlig som undersøkelser primært orientert mot prinsipielle grunnlagsspørsmål.

Det er mitt syn at den moderne rettsfilosofis største svakhet er at den i for liten grad er orientert mot grunnlagsspørsmålene; og i for stor grad er orientert mot sluttproduktet. Teoretikere ser det som sin primære oppgave å forklare og påpeke fordelene med deres foretrukne teori, og dersom teorien også bidrar til svar på grunnlagsspørsmål så fremstilles dette nærmest som en bonus. Dette forklares gjerne med at juristbestanden er mest opptatt av at teorien skal være praktisk brukbar, men ønsker vi virkelig en rettsvitenskap, da særlig en rettskilde- og metodelære, som bygger på praktisk brukbar vranglære?

Det sies mye om at rettsvitenskapen skal være objektiv og at retten bør ha et objektivt grunnlag, men samtidig overses viktigheten av at den teoribygging som skal garantere en slik objektivitet da også må ta utgangspunkt i spørsmål som er objektive. Denne karakteristikken vedhefter bare de prinsipielle grunnlagsspørsmål, mens forestillinger om hvordan retten (og da mener jeg retten som fenomen, og ikke gjeldende rett) bør være er alt annet enn objektive—Logisk er de kontingente, usikre, vage osv. og praktisk er de heftet på den subjektive vilkårlighet og tilbøyelige for å underlegges enhver ideologisk overbevisning. Forskning basert på vilkårlige spørsmål, rettet mot vilkårlige mål, er da ikke bare teoretisk problematisk, men potensielt farlig, for den kan enkelt gå i tjeneste hos nihilistiske krefter som ikke anerkjenner noen annen rett enn den som er utledet fra den til enhver tid rådende makt.

## Litteraturliste

### Bøker

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Law & Society Series, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S.A) & London (U.K.), 2006, (først utgitt I 1945).

Forkortelse: *GTL*.

Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, andre utgave, oversatt av Max Night, The Lawbook Exchange, LTD. Clark, New Jersey, 2005, (andre utgave først utgitt i 1960; første utgave i 1934).

Forkortelse: *PT2*.

Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, oversatt av Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991, (først utgitt i 1979).

Forkortelse: *GTN*.

Ross, Alf, *Om ret og Retferdighed: En Indførelse i Den Analytiske Retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck AS, fotografisk optryk Villadsen og Christensen, København 1966, hentet fra [https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Ross\\_Om\\_ret\\_og\\_retfærdighed\\_1966.pdf](https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Ross_Om_ret_og_retfærdighed_1966.pdf), 27. februar 2021 klokken 14:10.

Ross, Alf, *Ejendomsret og Ejendomsovergang: Med Særligt Henblik Paa Dansk Retspraksis*, Levin & Munksgaard, København 1935, hentet fra [https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/ross\\_ejendomsret\\_og\\_ejendomsovergang\\_1935.pdf](https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/ross_ejendomsret_og_ejendomsovergang_1935.pdf), 29. april 2021 klokken 14:30.

Brækhus, sjur & Hærem, Axel, *Norsk Tingsrett*, Universitetsforlaget, 1964, hentet fra <https://www.nb.no/items/3263048837ba79a3fcae24f01758c413?page=435&searchText=norsk%20tingsrett>, 29. april 2021 klokken 14:45.

Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, andre utgave, Oxford University Press 2009.

Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, tredje utgave, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Revelations Series, Bloomsbury Publishing Plc, 2013, 11. opplag (2020), (først utgitt i 1977).

Bernt, J. F. & Mæhle, S. S., *Rett, samfunn og demokrati*, første utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2007, 5. opplag (2014).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, andre utgave, Universitetsforlaget AS, 2004, 5. opplag (2017).

Skoghøy, Jens E. A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018.

Bernt, J. F. & Doublet, D. R., *Vitenskapsfilosofi for jurister: en innføring*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen 1998, 6. opplag (2008).

Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, 2007, 4. opplag (2018).

Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Nu Vision Publications LLC, Sioux Falls, SD USA 2008, (først utgitt i 1739).

Forkortelse: *Treatise*.

Ayer, Alfred J. *Language, Truth and Logic*, Penguin Books, 1936, Reprinted with an introduction (2001).

Kant, Immanuel, *Kritikk av den rene fornuft*, oversatt av Steinar Mathisen, Camilla Serck-Hanssen og Øystein Skar, Pax Forlag AS, Oslo, 2005.

Kant, Immanuel, *Critique of Pure Reason*, oversatt av Paul Guyer & Allen W. Wood, The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, Cambridge University Press 1998, 15th printing (2009).

Glock, Hans-Johann, *A Wittgenstein Dictionary*, The Blackwell Philosopher Dictionaries, Blackwell Publishing, 1996, 7. opplag (2005).

Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, oversatt av D. F. Pears & B. F. McGuinness, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1961, second impression (1963), (først utgitt i 1921).

Lewis, David, *On the Plurality of Worlds*, Blackwell Publishing, 1986, reissued (2001).

Kenny, Anthony, *The Rise of Modern Philosophy*, A New History of Western Philosophy Volume 3, Oxford University Press, 2006, paperback (2008).

Allison, Henry E., *Kant's Transcendental Idealism: An Interpretation and Defense*, revised and enlarged edition, Yale University Press, New Haven and London, 2004.



Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 3. Utgave, Tano AS 1993, hentet fra <https://www.nb.no/items/95e015301880fddfd0b22bd9b9c09296?page=1&searchText=rettskildel%C3%A6re>, 25. April 2021.

Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011.

## Artikler

Bergo, Knut, «Rettskildelærens gjenstand og metoder – en kritikk», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg & Jørn Øyrehagen Sunde (red.), universitetsforlaget 2019 s. 609-622.

Bernt, Jan. F., «Et hermeneutisk perspektiv på rettsvitenskap og juridisk metode», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg & Jørn Øyrehagen Sunde (red.), universitetsforlaget 2019 s. 591-604.

Høgberg, Benedikte M., «Harmonisering og motstrid», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg & Jørn Øyrehagen Sunde (red.), universitetsforlaget 2019 s. 475-497.

Høgberg, Alf Petter, «Reelle Hensyn» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg & Jørn Øyrehagen Sunde (red.), universitetsforlaget 2019 s. 343-356.

Telman, D. A. Jeremy, «Introduction: Hans Kelsen for Americans», i *Hans Kelsen in America: Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, D. A. Jeremy Telman (red.), Springer International Publisher Switzerland, 2016 s. 1-13.

Bix, Brian H., «Kelsen in the United States: Still Misunderstood», i *Hans Kelsen in America: Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, D. A. Jeremy Telman (red.), Springer International Publisher Switzerland 2016 s. 17-29.

Green, Michael S., «Marmor's Kelsen», i *Hans Kelsen in America: Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, D. A. Jeremy Telman (red.), Springer International Publisher Switzerland 2016 s. 31-55.

Bert van Roermund, «Norm-claims, Validity and Self-reference», i *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, L. D. d'Almeida, J. Gardner & L. Green (red.), Hart Publishing Ltd 2013, s. 11-41.

Paulson, Stanley L., «The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm», I *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, L. D. d'Almeida, J. Gardner & L. Green (red.), Hart Publishing Ltd 2013, s. 43-61.

Blandhold, Sverre, «Rettspragmatismen i perspektiv», i *Kritisk juss*, Årgang 51, 2020/3, s. 166-178. (Sidetall angitt i fotnoter er basert på PDF-versjon hentet fra [https://www-idunn-no.mime.uit.no/kritisk\\_juss/2020/03/rettspragmatismen\\_iperspektiv](https://www-idunn-no.mime.uit.no/kritisk_juss/2020/03/rettspragmatismen_iperspektiv), 6. mai klokken 16:25.)

Graver, Hans P., «Keiserens Garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringene fremover», i *TfR*, 03-04/2000, s. 429-476. (Sidetall angitt i fotnoter er basert på utskrift-versjon hentet fra [https://www-idunn-no.mime.uit.no/tfr/2000/03-04/keiserens\\_garderobe\\_eckhoffs\\_rettskildelaere\\_og\\_utfordringe](https://www-idunn-no.mime.uit.no/tfr/2000/03-04/keiserens_garderobe_eckhoffs_rettskildelaere_og_utfordringe), 6. mai klokken 16:23.)

Jansen, Lars F., ««Bergenskolen»: Nye perspektiver på den rettslige metodes normative grunnlag», *Jussens Venner*, 02/2007 (volum 42), s. 108-122. (Sidetall angitt i fotnoter er basert på PDF-versjon hentet fra [https://www-idunn-no.mime.uit.no/file/pdf/33176331/bergenskolen\\_nye\\_perspektiver\\_pa\\_den\\_rettslige\\_metodes\\_normative\\_grunnlag.pdf](https://www-idunn-no.mime.uit.no/file/pdf/33176331/bergenskolen_nye_perspektiver_pa_den_rettslige_metodes_normative_grunnlag.pdf), 06. mai klokken 16:32.)

Bernt, Jan F., «Hva skjedde med rettsrealismen?», i *Jussens Venner*, 03/2014 (volum 49), s. 139-161. (Sidetall angitt i fotnoter er basert på PDF-versjon hentet fra [https://www-idunn-no.mime.uit.no/file/pdf/66707983/hva\\_skjedde\\_med\\_rettrealismen.pdf](https://www-idunn-no.mime.uit.no/file/pdf/66707983/hva_skjedde_med_rettrealismen.pdf), 6. mai klokken 16:30.)

Hart, Herbert L. A., «Scandinavian Realism», I *The Cambridge law Journal*, Volume 17, Issue 2, November 1959, s. 233-240.

Graver, Hans P., «Nyere utviklingstrekk i norsk rettsvitenskap», i *LoR*, 1998, s. 579-603.

