

## ***Spesialnummer av Kritisk juss***

Dette spesialnummeret av Kritisk juss er et resultat av en workshop arrangert av undertegnede den 3. mars 2020 i Professorboligen på Det juridiske fakultet i Oslo. Workshopen var et samarbeid mellom Det juridiske fakultet i Oslo, Universitetet i Sørøst-Norge og Copenhagen Business School. Temaet var rettspragmatisme, og formålet med workshopen var å diskutere rettspragmatisk tenkning fra ulike offentligrettsfaglige innfallsvinkler med tanke på å belyse rettspragmatisk tenkning i norsk og dansk rett i dag.

Jeg er takknemlig for at redaksjonen i Kritisk juss, ved redaktør Henriette Tøssebro, har vært så vennlig å stille nr. 3/2020 av tidsskriftet til vår disposisjon. Artiklene i dette spesialnummeret har vart gjennom intern og ekstern fagfelleevaluering. Vi forutsetter at bidragene vil gi ny innsikt både i konkrete rettslige spørsmål og i retts(pragmatisk)tenkning mer generelt. Og, i god Kritisk juss-ånd, håper vi at i alle fall noen av bidragene også vil provosere leseren.

God lesning!

Tor-Inge Harbo  
*tor-inge.harbo@uia.no*

# Introduksjon

## Under rettighetsformalismens svøpe

Torstein Eckhoffs lærebok i rettskildelære var ikke så mye et «nybrottsverk» som en manifestasjon av den dominerende forståelse av retten som norske – og danske – jurister delte på begynnelsen av 1970-tallet, nemlig den rettspragmatiske.<sup>1</sup> Men rettspragmatismen skulle bli utfordret i de påfølgende tiår – gjennom den såkalte rettsliggjøringsprosessen, styrt av internasjonaliseringen, rettighetstenkningen og et tilhørende ønske om en mer fremtredende og selvstendig rolle for domstolene.<sup>2</sup> Inspirert av rettsutviklingen i USA på 1960-tallet tok amerikafarer og senere norsk høyesterettsjustitiarius Carsten Smith på midten av 1970-tallet til orde for et større fokus på rettighetstenkning i norsk rett<sup>3</sup> og en styrking av domstolenes rolle.<sup>4</sup> Og med Høyesteretts avgjørelse i Kløfta-dommen ble Torstein Eckhoff spådom om at norsk Høyesteretts aktivisme i form av overprøving av Stortingets lover var et for evig tilbakelagt stadium, gjort til skamme.<sup>5</sup>

Rettighetstenkningen i Norge skjøt for alvor fart på 1990-tallet ved at individer ble gitt «ankeadgang» til Den europeiske menneskerettsdomstolen. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble dermed brått en viktig rettskilde i norsk rett. Tiåret kulminerte med at den og en rekke FN-konvensjoner om menneskerettigheter ble inkorporert i norsk rett ved Menneskerettsloven. I tillegg ble økonomiske rettigheter utvidet sterkt ved gjennomføring av «de fire friheter» i norsk rett etter inngåelse av EØS-avtalen. Med tilslutning til disse europeiske (internasjonale) rettsregimer fulgte en rettstenkning med på lasset, som på en grunnleggende måte stred mot den rettspragmatiske tenkningen. Dermed var det duket for metodestrid. For ikke bare strider en utpreget rettighetstenkning mot en rettspragmatisk tilnærming til retten. Det gjør også den domstolsaktivisme som disse europeiske (internasjonale) rettsregimene forutsetter.

- 
1. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Oslo: Universitetsforlaget 1971 (1. utg.), Sverre Blandhol, «Rettspragmatisme i perspektiv», og Jonas Christoffersen, «Pragmatisme i spændingsfeltet mellem ret og retfærdighed», begge i dette nummeret.
  2. NOU 2003: 19 *Makt og demokrati*.
  3. Carsten Smith hevdet i et innlegg på det Nordiske juristmøte i København i 1978 at et rettighetsfokus stemte med «rettsfølelsens krav i vår tid».
  4. Carsten Smiths foredrag på det syvende alminnelige dommermøte i Tromsø 28. juni 1974: «Høyesterett som politisk organ».
  5. Rt. 1976 s. 1. I dommen satte Høyesterett «til side» gjeldende ekspropriasjonsretstatningslov med den begrunnelse at den stred mot eiendomsretten nedfelt i Grunnloven § 105. Eivind Smith har referert til saken som «prøvelsesrettens renessanse», se *Høyesterett og folkestyret*, Universitetsforlaget 1993.

Rettighetstenkningen har i stor grad fått fotfeste ved norske akademiske institusjoner. Ved fakultetet i Bergen sto filosofen David Doublet sammen med jusprofessor Jan Fridthjof Bernt i spissen for den såkalte bergensskolen, som blant annet har tjent som brohode for Ronald Dworkins rettighetsbaserte rettsteori<sup>6</sup> inn i norsk rettsteori og metode.<sup>7</sup> Og ved Det juridiske fakultet i Oslo har det forskningsrådsfinansierte PluriCourts-senteret arbeidet målrettet med utarbeidelse av abstrakte teoretiske forklaringsmodeller for hvordan internasjonale domstoler og deres avgjørelser kan legitimeres.<sup>8</sup> (Retts-)filosofenes inntog på det juridiske fakultet er ikke uten betydning i denne sammenhengen. (Retts-)filosofers hang til abstrakte teorier og konstruksjoner har spilt over på forståelsen av jussen og danner fundamentet for kontekst-løse rettslige modeller i søken etter «rettens integritet», hvis formål er å legitimere rettighetstenkningen og (internasjonale) domstolars rolle og avgjørelser.<sup>9</sup>

«Courts have an age-old tendency to try to enlarge their jurisdictions», skriver dommeren i Storbritannias øverste domstol, House of Lords, Lord Hoffmann.<sup>10</sup> Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har ved hjelp av sin «dynamiske tolkning», uttrykt i den velkjente formelen «the Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions»,<sup>11</sup> til de grader utvidet sin jurisdiksjon, og nærmest tolket menneskerettskonvensjonens bestemmelser til det ugjenkjennelige. Denne dynamiske tolkningen kjennetegnes ved hverken å ta utgangspunkt i ordlyden av konvensjonens bestemmelser eller i de forutsetninger som konvensjonspartene hadde ved inngåelsen. Dermed er det klart at domstolen beveger seg vekk fra sin domstolsfunksjon og snarere antar en lovgiverfunksjon, også påpekt av Lord Hoffmann: «The proposition that the Convention is a 'living instrument' is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by 'European public order'».<sup>12</sup>

6. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA: Harvard University Press, 1977.

7. Feeks, Jan Fridthjof Bernt og David Roland Doublet, *Retten og vitenskapen: En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, Bergen: Alma Mater 1993; David Roland Doublet, *Rettsvitenskap og fornuft: Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimessige forutsetninger*, Bergen: Alma Mater 1995.

8. PluriCourts – Senter for forskning om internasjonale domstolars legitimitet. <https://www.jus.uio.no/pluricourts/>

9. Se for eksempel Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart, 1998, særlig kap. 6 «Integrity», og kap. 7, «Integrity in Law».

10. Lord Hoffmann i innledningen til forord i rapporten *Bringing Rights Back Home – Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, udarbejdet af Michael Pinto-Duschinsky og udsendt i 2011 for den britiske tænketank Policy Exchange.

11. Dom av 25. april 1978 (*Tyrer v. UK*).

12. Lord Hoffmann i «Judicial Studies Board Annual Lecture» den 19. mars 2009 (tilgjengelig på <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/speech-by-lord-hoffmann-the-universality-of-human-rights/>) under overskriften «The Universality of Human Rights».

Et problem med rettighetstankegangen og tilhørende domstolsaktivisme er at den innebærer en forflytting av lovgivende makt fra lovgiver til domstolsapparatet. For når domstolen setter lover til side, typisk fordi de er i strid med de internasjonale konvensjonene, så overprøver de i ytterste konsekvens lovgivers vurdering av lovens hensiktsmessighet. Dette er problematisk av flere grunner, blant annet manglende legitimitet og kompetanse. For det første er en slik maktforskyvning problematisk fordi den er udemokratisk. Det er et bærende prinsipp i demokratier at lover skal gis av demokratisk valgte organer. Kun derigjennom kan lovene nyte slik legitimitet som er nødvendig for å sikre deres autoritet. I lys av dette og det alminnelige maktfordelingsprinsippet er domstolenes forfatningsrettslige kompetanse begrenset til å anvende lovene til å løse konkrete rettslige tvister.

For det andre er ikke dommere kompetente til å foreta de vurderinger som kreves for å sette seg i lovgivers sted. Jurister er først og fremst eksperter på juridisk metode, og juridisk metode er lite egnet til å analysere tekniske, økonomiske og politiske spørsmål som i mange tilfeller vil være avgjørende ingredienser i en lovgivningsprosess. For mens lovgiver kan støtte seg på et omfattende utredningsarbeid foretatt i byråkratiet, som igjen danner grunnlaget for kompliserte avveininger mellom til dels inkommensurable størrelser, er hverken dommere kvalifisert eller domstolene utrustet til å foreta like grundige avveininger. En rettsliggjøring av disse komplekse vurderingene og avveiningene, som en domstolsprøving innebærer, vil derfor måtte medføre at vurderingstema innsnevres, hvilket nødvendigvis innebærer at viktige hensyn må utelates. Virkeligheten blir rett og slett for kompleks for domstoler (og dommere) å forholde seg til.

For å kompensere for innsnevring av argumentasjonstilfanget og mangelfulle avveininger er det blitt hevdet at juridisk argumentasjon kan bindes til forhåndsbestemte relevans- og vekt-kriterier. I de siste tiårene har det vært argumentert for at den juridiske argumentasjonen skal fremme en bestemt type individuelle/gruppe interesser, som er utslag av en slags substansiell rettsformalisme. Retts-teoretikeren Ronald Dworkin, som kanskje er den mest kjente eksponenten for denne rettsforståelsen, forutsetter at domstolene i sin avveining av ulike hensyn (i såkalte «hard cases» – vanskelige saker) gir forrang til enkelte typer individuelle/gruppe interesser til ulempe for fellesskapsinteresser, men også klassiske liberale, individuelle rettigheter.<sup>13</sup> En slik forenkling kan fremstå som en dyd av nødvendighet. Snarere enn å foreta komplekse vurderinger og beregninger av hva som vil

---

13. Op.cit. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Dworkin er særlig opptatt av å forsvare politiske venstreekstreme grupperingers rett til sivil ulydighet/voldelige demonstrasjoner (kap. 8), (minoritets) grupperettigheter basert på rase (kap. 9), (minoritets) grupperettigheter basert på seksuell legning (kap. 10).

være konsekvensene av den dommen som i praksis tilsidesetter loven, har domstolene, styrt av en rasjonell reduksjonisme, simpelthen fremmet enkelte individers/grupper interesser.

I valget av hvilke argumenter som er relevante og hvilken vekt disse skal gis, vil domstolen være fristet til å søke de argumenter som den kan «gripe» eller «begripe» ved hjelp av juridisk metode. At jurister har en trang til formalisme i en eller annen form, er ingen overraskelse. Formalismen, i form av forutsigbarhet og likebehandling, kan på mange måter regnes som rettens DNA. Og i de tilfeller domstolen også søker å løsrive seg fra lovgiver og endog oppstiller seg selv som vokter av individuelle (og gruppe) interesser mot majoritetsbeslutninger fattet av en demokratisk valgt lovgiver, må den dessuten nedtone betydningen av juridiske teksters subjektive tolkningsresultat – altså betydningen av rettskildefaktoren lov- og grunnlovsforarbeider.

En slik formalistisk og reduksjonistisk tilnærming til retten faller svært naturlig for europeiske/internasjonale domstoler fordi de opererer i et sosialt og kulturelt kontekstløst vakuum. Dermed er det ikke gitt at nasjonale domstoler kan forholde seg på samme måte til de internasjonale eller internasjonalt bestemte rettskilder. For nasjonale domstoler er uløselig bundet til den sosiale og kulturelle nasjonale konteksten de opererer innenfor. Dermed kan ikke nasjonale domstoler lukke øynene for rettens funksjon, konkretisert gjennom de konsekvenser rettsanvendelsen får, ikke bare for individer, men også for samfunnet som helhet. Dette er kjernen i den rettspragmatiske tenkningen – kontekst og konsekvens.<sup>14</sup> Det kan se ut som om disse opplagte forutsetninger for rettens legitimitet har blitt tåkelagt gjennom de siste tiårs rettsliggjøring og internasjonaliseringsiver. Og, kan det påpekes, den norske – og europeiske – rettighetstenkningen vokste ikke frem som et allment folkelig krav,<sup>15</sup> men er snarere en konstruksjon basert på en bestemt amerikansk rettighetsideologi drevet frem av enkelte (høylytte) samfunnsgrupper og med sin bestemte kontekstuelle berettigelse «over there».

Betenkeligheten ved denne utviklingen – og kritikk av den – ble målbåret av Makt- og demokratiutvalget allerede i 2003.<sup>16</sup> Og sider av internasjonaliseringen, som utvalget pekte på var en pådriver i rettsliggjøringsprosessen, er ikke blitt mindre kontroversielle med tiden. I Norge har dette i den senere tid særlig gitt seg utslag i politiske og rettslige (konstitusjonelle) betenkeligheter i forbindelse med

14. Se for eksempel op.cit. Sverre Blandhol, «Rettspragmatisme i perspektiv». Se også Benjamin Cardozo, *The nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921, s. 88-89, og Richard Posner, «Legal Pragmatism», *Metaphilosophy*, Vol. 35, Nos. 1/3. January 2004.

15. Jørn Øyrehaugen Sunde, *Høgsteretts historie 1965-2015*, Bergen: Fagbokforlaget 2015, s. 429.

16. Op.cit. NOU 2003: 19 *Makt og demokrati*

overføring av myndighet til EUs institusjoner, sist ved tilslutning til EUs energimarked gjennom ACER og til EUs finansmarkedstilsyn.<sup>17</sup> Tilslutningen innebærer i begge tilfeller at nasjonal, demokratisk styrt og kontrollert politisk myndighet ble (*de facto*) overført til EU-institusjoner.

Andre rettsliggjøringsdrivende regimer, nemlig det europeiske menneskerettighetsregimet, har også vært forsøkt moderert – nettopp med det formål for øye å sikre nasjonal og dermed demokratisk kontroll med viktige politikkområder. I forbindelse med det forestående møtet i Europarådet i 2018 foreslo den danske regjeringen i et utkast til møteerklæring (Københavnserklæringen) blant annet at menneskerettighetsdomstolen skulle avstå fra å behandle asylsaker. Det er på det rene at domstolen i dag opptrer som en ankeinstans i asylsaker og dermed legger føringer for landenes asylpolitikk som jo er et meget kontroversielt politisk tema i alle europeiske land. Den danske regjeringens forslag ble imidlertid stemt ned, etter en omfattende og høylytt kampanje fra Europas asyl- og innvandringslobby.

Til dette bildet hører at det i Danmark de senere årene har funnet sted en meget vital politisk og akademisk debatt om Den europeiske menneskerettighetsdomstolens metode og innpassing i dansk rett. Som nevnt er dens dynamiske metode et demokratisk problem, og det er det ikke bare partier på høyresiden i det danske politiske landskapet som har sett, men også sosialdemokratene. Også den akademiske diskusjonen om menneskerettighetene synes å være mer differensiert, raffinert og ikke minst potent i Danmark enn i Norge. Den høyt respekterte jussprofessoren Mads Bryde Andersen har endog tatt til orde for å si opp menneskerettskonvensjonen.<sup>18</sup>

Enda mer interessant er det, kanskje, at flere danske høyesterettsdommere har satt spørsmålsteget ved det europeiske menneskerettsregimets gjennomslagskraft i dansk rett. Forhenværende høyesterettspresident Børge Dahl har bl.a. skrevet at danske domstoler ikke skal la seg inspirere av internasjonale domstolers dynamiske, innovative og kreative fortolkningsstil: «Kreativ juridisk aktivisme sætter rettsikkerheden under pres og kan på sigt blive en belastning for tilliden til domstolene og for domstolenes legitimitet.»<sup>19</sup> Og dens nåværende president, Torben Melchior, har advart mot å innfortolke dens metode i den danske grunnloven.<sup>20</sup>

17. Eirik Holmøyvik, «Grunnlova § 93 og læra om 'lite inngripende' myndighetsoverføring i lys av nyare konstitusjonell praksis», *LoR*, nr. 08 2011, s. 447-471. Eirik Holmøyvik og Halvard Haukeland Fredriksen, «Grunnlovstridig tilknytning til EUs energibyrå? *Rettt24* 12. mars 2018. Høyesterett skal plenumsbehandle et søksmål fra «Nei til EU» vedrørende riktig vedtakelsesprosedyre ved Norges tilknytning til ACER.

18. M.B. Andersen, «Menneskerettighetsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem», *Juristen* (3) 2017, s. 81-97.

19. *Ibid.*

20. *Ibid.*

Dette siste står i kontrast til den tilnærmingen norske Høyesterett har tatt, anført av tidligere justitiarius Carsten Smith, som nevnt innledningsvis. I den senere tid har norsk Høyesterett lagt stor metodisk oppfinnsomhet for dagen i forsøket på å innfortolke de europeiske menneskerettighetene, men også FNs menneskerettighetskonvensjoner, inklusive praksis og metode fra tilhørende domstol og komiteer, i den norske Grunnloven.<sup>21</sup>

Som nevnt, og som det fremgår av de ulike artikler som utgjør dette spesialnummeret, bryter den formalismen og naturligvis også den substansielle formalismen som preger den europeiske rettighetstenkning, med den gjennom tidene dominerende nordiske måten å forstå retten på – nemlig den rettspragmatiske. Helt avgjørende er det at rettspragmatismen gir anvisning på en avveining fri for formelle bindinger til et (forhånds-)bestemt sett av argumenter – eller prinsipper som Dworkin benevner dem. Det betyr naturligvis ikke at rettspragmatikeren ikke ønsker å verne om individuelle rettigheter. Poenget er at disse må avveies mot andre hensyn på like vilkår i den konkrete saken, og at de derfor ikke uten videre kan oppstilles som «trumfer». Antiformalismen ligger dypt forankret i den rettspragmatiske tenkning,<sup>22</sup> og nordisk rettspragmatisk tenkning sprang i sin tid nett opp ut som en reaksjon mot europeisk formalisme/naturrettstenkning, den gang representert ved tysk rettstenkning.

### Rettspragmatisk frigjøring

I sin retthistoriske redegjørelse for den nordiske rettspragmatismens etablering og utvikling viser Sverre Blandhol i sin artikkel «Rettspragmatisme i perspektiv» hvordan den pragmatiske tilnærmingen til retten først ble etablert av den danske rettsforskeren Anders Sandøe Ørsted mot slutten av enevoldstiden, som inspirerte hans samtidige norske kollega, Martin Anton Schweigaard. I en avhandling om grensene mellom teori og praksis i etikken tar Ørsted avstand fra en tyskinspirert tilnærming til retten, som var knyttet til begreper og system som kjennetegnet metafysikkens filosofiske bestrebelse. Problemet med den naturrettslige tilnærmingen var, ifølge Ørsted, at de konstruerte begrepene og systemene ikke fullt ut var i stand til å «gjennomtrengte og uttømme» virkeligheten, og derfor var lite tjenlige for å gripe en utpreget praktisk disiplin som jussen er. I hovedverket, *Haand-*

21. Tor-Inge Harbo, «Grunnlovens autonomi: om forholdet mellom nasjonale og internasjonale menneskerettigheter», *LoR* nr. 9 2018, s. 537-557; Anne Robberstad, «Viljen til å skape lov og Grunnlov», *LoR* nr. 1 2016, s. 49 f.

22. Richard Posner, «What Has Pragmatism to Offer Law?», *Southern California Law Review* 1990 vol. 63, s. 1653-1670, s. 1660.

*bog over den danske og norske Lovkyndighed* fra 1822, utmeisler Ørsted sin rettspragmatisme som en mellomposisjon mellom rettspositivismen og naturretten, det han benevner som et pluralistisk syn på rettskildene. Ved siden av positiv rett (lov og rettspraksis) viste han til det han kalte naturlig rett, som han nærmere karakteriserte som «[d]et Retssystem, som saaledes har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, den sunde Fornuft, det borgerlige Livs Tarv, Retsgjenstandenes Natur og Folkets Sæder ...».<sup>23</sup> Denne henvisningen til praktiske argumentkilder har, skriver Blandhol, siden gått inn i vår lære om reelle hensyn som rettskilde.

Alf Ross har ofte blitt kategorisert som rettsrealist, men som Jonas Christoffersen viser i sitt kapittel med tittelen «Pragmatisme i spændingsfeltet mellem ret og retfærdighed», passer denne betegnelsen best på hans rettsforskning (vitenskapsteori). Hans syn på rettsutøvelsen er – etter Christoffersens syn – «udpræget pragmatisk». Som han skriver, beskrev Ross rettsutøvelsen som «en kunst, der kræver ikke blot indsigt, men også indføling, skønsomhed, takt ...»,<sup>24</sup> samtidig som han anerkjenner betydningen av retts- og kulturtradisjonen, rettsbevisstheten, rettferdigheten, rettens samfunnsmessige betydning, dommernes personlighet samt fornuft og rimelighet som forhold av betydning for rettsutøvelsen.<sup>25</sup> Som de tidligste rettspragmatikerne stiller Ross seg i en mellomposisjon mellom positivistisk-mekanistisk teori og naturretten. Det juridiske skjønn, fremhevet han, «gennemsyrer retsdannelse; på den ene side hensynet til retssikkerheden, der gør det ønskeligt, at retten er så præcist artikulert, som sproget overhovedet tillader det; på den anden side hensynet til, hvad man kalder konkret billighed ...»<sup>26</sup>, altså mellom, slik Christoffersen skriver, og som tittelen på Ross sin kjente retsteoretiske bok lyder: *Ret og retfærdighed*.

Hva er så rettspragmatisme, utover at det er en mellomvei mellom rettspositivismen og naturretten? Rettspragmatisme er en konkretisering av den pragmatiske, generelle filosofi på rettens område. Dermed er vi kanskje like langt. Sverre Blandhol nevner i sitt kapittel en rekke karakteristika ved rettspragmatismen. Jonas Christoffersen kondenserer fra den amerikanske rettspragmatismen to sentrale grunntrekk, nemlig antifundamentalisme og konsekvensorientering, som også Blandhol har med i sin oppstilling. Med antifundamentalisme menes at det ikke finnes evig gyldige sannheter og at en søken etter absolutter, slik naturretten er full av, ikke er realistisk, nettopp fordi de ikke finnes. I rettsanvendelsen er man

---

23. Anders Sandøe Ørsted, *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed: med stadigt Hensyn til hr. Statsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog*, Kjøbenhavn 1822, s. 90.

24. Ref. i Christoffersens kapittel, fotnote 10.

25. Ref. i Christoffersens kapittel, fotnote 11.

26. Ref. i Christoffersens kapittel, fotnote 17.



dermed ikke på søken etter det rette svaret, men det beste svaret, som stemmer best overens med det resultatet man kommer til gjennom juridisk argumentasjon, basert på juridisk metode.

Rettspragmatismen har dessuten søkelyset på rettens sosiale og samfunnsmessige konsekvenser. Spørsmålet man som rettspragmatiker må stille seg, er om rettens utforming, fortolkning og anvendelse vil ha positiv eller negativ virkning på forskjellige forhold i samfunnet. For å kunne vurdere disse konsekvensene kreves at rettsanvenderen antar et bredt perspektiv der ikke minst den sosiale konteksten hvor retten skal utspilles, overskues og vurderes. Denne tilnærmingen til retten er mye mer kompleks enn den idealistiske og formalistiske tilnærmingen. Det holder ikke at man utelukkende legger vekt på de klassiske og formalismedrevne rettsstatlige størrelser som forutsigbarhet, rettssikkerhet og rettslikhet. Rettspragmatismen har derfor blitt kritisert for å legge for liten vekt på «the integrity of law» til fordel for «the welfare of the society».

Men hvilken rolle spiller normative konsepter som rettferdighet/rimelighet («fairness») og sosial velferd («social welfare») i rettslig analyse? Dette spørsmålet søker Henrik Lando å svare på i sitt bidrag, «A pragmatic view of fairness and social welfare in the analysis of law». Ifølge Lando la Ross til grunn en for snever forståelse av disse konseptene. Alf Ross anså disse begreper for å være metafysiske, hvilket betød at de var uten vitenskapelig verdi eller mening, ifølge Ross' logisk-positivistiske vitenskapssyn. Hvis man imidlertid i stedet for dette syn anlegger et pragmatisk syn på mening, blir spørsmålet om en analyse basert på eksplisitte begreper om rettferdighet eller sosial velferd kan gi innsikt der mottagerens eget perspektiv er nyttig. Og ifølge Lando finnes det begreper om rettferdighet og om sosial velferd, herunder begreper som Pareto-optimalitet, Kaldor-Hicks-optimalitet, og det utilitaristiske optimum, som kan brukes i en analyse til å belyse rettsreglers rimelighet. Disse er analytiske redskaper som gjør det mulig å formulere betingede, normative utsagn og å etablere en sammenheng mellom definerte mål og alternative rettsregler. Denne måten å konseptualisere rettferdighet/rimelighet og sosial velferd på unngår den deontologiske fellen, som Ross advarer mot, fordi de i denne rettspragmatiske rekonseptualiseringen kun er analytiske redskaper som hjelper så vel rettsforskeren som rettsutøveren å strukturere sine argumenter.

Hvordan rettspragmatismen gjør seg gjeldende i dansk rett, nærmere bestemt i dansk Højesterets avgjørelser i skatterettsspørsmål, er tema i Peter Koerver Schmidts bidrag, «Rettspragmatisme og skatteundgåelse». I mangel på en generell, lovfestet omgåelsesklausul har det i teorien vært foreslått at Højesteret anvender en domstolskapt realitetsgrunnsetning når den avgjør omgåelsessakene. Denne teorien er omstridt, og en annen «teoriskole» mener at Højesteret i disse tilfellene

anvender vanlig lovtolkning. Disse to tilnæringer reflekterer ulike syn på domstolens rolle og kan refereres til som henholdsvis i en idealistisk/frirettslig tilnærming til retten og en mer formalistisk/positivrettslig tilnærming til retten.

Schmidt mener å kunne lese ut av Høyesterets resonnementer i en rekke omgåelsessaker en mulig tredje vei som har klare rettspragmatiske karakteristika. I sin analyse finner han at Høyesteret i saker om omgåelse av skattelovgivningen er villig til å anlegge en meget bred tilnærming der en rekke hensyn blir trukket inn. Generelt synes denne brede tilnærmingen blant annet å omfatte konsekvensene avgjørelsene får for den enkelte skatteyder og for sammenhengen i skattesystemet, i tillegg til hensyn til at avgjørelsen må være rimelig og fornuftig samtidig som den er påpasselig med ikke å gå utover de rammer som lovgivningen setter. Ved denne pragmatiske tilnærmingen har Høyesteret, ifølge Schmidt, meislet ut en tilnærming mellom den idealistiske og den formalistiske, og denne tilnærmingen kan best forstås og forutses dersom man analyserer omgåelsessakene gjennom rettspragmatiske briller.

Manglende søkelys på konsekvens i rettsutforming, rettsolkning og rettsanvendelse ser vi også eksempler på i folkeretten, skriver Tor-Inge Harbo i sitt kapittel med tittelen «Folkerettspragmatisme». Etter jernteppets fall var vi vitne til en ny giv i folkerettsarbeidet. Til grunn for denne given lå en oppfatning om at jernteppets fall betød at Vestens liberale politiske, økonomiske og kulturelle verdier var blitt universelle, og derfor kunne danne grunnlaget for en omforent internasjonal rettsorden. Det er imidlertid mye som tyder på at Vesten i sin tro på folkerettens universelle gjennomslagskraft har vært for optimistiske – ja endog skadelig. Vestens idealisering av folkeretten har blant annet blitt utnyttet av totalitære stater, som Kina og Russland, til å sikre seg økonomisk, politisk og militært verdenshegemoni. En erkjennelse av realitetene betyr ikke nødvendigvis at Vesten (og Norge) også må henfalle til ren interessepolitikk. Men det betyr at vi må være mer kritiske og reflekterte i vår tilnærming til folkeretten, som blant annet innebærer et sterkere søkelys på konsekvenser snarere enn på «gode intensjoner» ved folkerettens utforming, tolkning og anvendelse, en tilnærming Harbo refererer til som folkerettspragmatisme.

Manglende konsekvenstenkning er også påfallende i flere kontroversielle saker som har versert for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. I sitt bidrag med tittelen «Manglende konsekvenstenkning i menneskerettsjussen» eksemplifiserer Ole Gjems-Onstad dette. Problemet med manglende konsekvenstenkning, skriver han, settes på spissen i saker som gjelder rettigheter som gis et «absolutt» vern i konvensjonen. Forbudet mot tortur i konvensjonens artikkel 3 oppstiller et slikt ufravikelig forbud. Forbudet er absolutt i den forstand at det i bestemmelsen

ikke gis noen anvisning på at de skal vektes mot andre hensyn, typisk hensyn som er nødvendig i et demokratisk samfunn. En slik unntaksbestemmelse, som er nedfelt i de fleste andre bestemmelser i konvensjonen, åpner nettopp for at domstolen i det konkrete tilfellet kan foreta en avveining mellom hensynet til individets rettigheter og konsekvensene avgjørelsen vil kunne få.

Når Den europeiske menneskerettsdomstolen i tillegg har lagt til grunn en dynamisk tolkningsstil som - for alle praktiske formål - innebærer at den tiltar seg en lovgivers rolle, blir mangel på konsekvensvurderinger enda mer påfallende. For en av de viktigste oppgavene en lovgiver har i forbindelse med utviklingen av en ny lov, er jo nettopp å vurdere konsekvensene en slik lovgivning vil ha for samfunnet. Domstolen er ikke i besittelse av et tilsvarende utredningsapparat som lovgiver er, og vil derfor vanskelig kunne overskue konsekvensene av de utvidelser av konvensjonsbestemmelsene som den dynamiske tolkningsstilen åpner for. Resultatet blir, slik Gjems-Onstad påviser, i enkelte tilfeller helt galt. Den naturlige slutning av dette vil være at menneskerettsdomstolen enten avstår fra å prøve disse sakene - som den jo har anledning til ved å vise til statenes skjønnsmargin - eller inntar en pragmatisk snarere enn en formalistisk tilnærming til torturforbudet i artikkel 3 i konvensjonen ved å tolke inn en forholdsmessighetsbegrensning i bestemmelsen.