

SVERRE BLANDHOL

Juridisk ideologi

ALF ROSS' KRITIKK AV NATURRETTEN

Jurist- og
Økonomforbundets
Forlag



Universitetsforlaget



Juridisk ideologi
Alf Ross' kritikk av naturretten
1. udgave , 1. oplag 1999

© 1999 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Udgivet med støtte fra
Konsul George Jorck og hustru Emma Jorck's Fond

Omslagsillustration: Espen Hårstad
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1999
ISBN 87-574-0155-4

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K
Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djofef.dk
Homepage-adresse: <http://www.djofef.dk/flhome.htm>

Universitetsforlaget AS
Postboks 2959 Tøyen
0608 Oslo
Gateadresse: Kolstadgata 1
Telefon 22 57 53 00
Telefax 22 57 53 53

Juridisk ideologi

ALF ROSS' KRITIKK AV NATURRETTEN

*Every piece of theorizing and every expression of belief
is a political and moral action.*

Alasdair MacIntyre

Innholdsfortegnelse

Forord	VII
Innledning	1
Problemstilling. Metode. Oversikt over avhandlingen	4
Alf Ross. Et biografisk riss	8
Kapittel I: Naturrett contra rettspositivisme	13
Rett og moral	14
Naturrett	16
Rettspositivisme	19
Rettspositivismen hos Ross	22
En ny start	23
Ideologi	27
Kapittel II: Rettsfilosofisk modernisme	29
Filosofisk modernisme	29
Kunsten å vekke forargelse. Hans Kelsens rene rettslære	31
Axel Hägerström	37
Alf Ross og den logiske empirisme	40
Kapittel III. Sosial rettferdighet ved politisk kamp	45
Fra rettsstat til velferdsstat	45
Borgeren og hans rett	47
Jurister og politikk	50
Den rettslige formalismen	51
Reformer fra oven	53
Kampen om retten	57
Den frirettslige retning i Skandinavia	57
Frederik Stang	59
Økonomisk krise. Arbeiderbevegelse	63
Fra almisser til rettigheter	65
Den nye harde realisme i rettsvitenskapen	66
Hvorfor realisme?	68
Formalisme og rettsrealisme	70
Sosial kamp og sosiale ingeniører	74

Kapittel IV: Kritikk av den etiske erkjennelse	75
Den såkalte praktiske erkjennelse	76
Kritikken ut fra den logiske empirismen	78
Rettsmetafysikk	82
Det psykofysiske menneske	83
Naturrettens spirituelle mystikk	84
Naturrettens farer	86
Overvinnelse av rettsmetafysikken	87
Verdinihilisme?	88
Desisjonisme?	89
 Kapittel V. Lundstedts sosiale realisme	91
Bakgrunn	91
Fundamentum inconcussum	92
Kritikk av rettighetsbegrepet	93
Kritikk av rettsstridsbegrepet	96
Samfunnsnyttens som tolkningsprinsipp	99
"En svensk misjonær"	102
Stang, Lundstedt, Ross. Sammenligning og forklaring	105
 Kapittel VI. Oppgjøret med Vinding Kruse	109
Oversikt	110
Rettens utvikling 'av naturens skjød'	110
Vitenskapen må yte det demokratiet ikke klarer	112
Den eksperimentalt-vurderende erfaringsmetode	114
Den naturlige rett	117
Det kommende samfunn	118
"En vis amatørfilosof fra det juridiske fakultet"	121
 Kapittel VII: Fremtidens Danmark	125
"Hvorfor jeg stemmer på Sosialdemokratiet"	125
Det positivistiske prosjekt	128
Vitenskap og politikk	131
Praktisk argumentasjon	132
Vitenskapens renhet	134
Rettspolitikk	139
Rettsfølelsens rolle i rettspolitikken	141
En ny disiplin: retts sosiologi	142
Juristen som rasjonell teknolog	143
 Avslutning	147
Kilder og litteratur	153
Register	161

Forord

Interessen for Alf Ross og hans filosofi ble vakt da jeg studerte juss på begynnelsen av 1990-tallet. Med bakgrunn fra humaniora og statsvitenskap var det naturlig for meg å reflektere over de filosofiske forutsetningene for det lærestoffet som pensumbøkene var fylt av, og som – slik jeg oppfattet det – gjennomsyret den tenkemåten vi som studenter ble lært opp til. Særlig ble jeg i forbindelse med studiet av rettskildelæren opptatt av spørsmålet om vurderingers status i juridisk argumentasjon, slik jeg fant det formulert blant annet hos Torstein Eckhoff. Fra Eckhoffs bok om *Rettskildelære* var veien kort til Alf Ross' *Om Ret og Retfærdighed*. Derfra gikk veien til naturrettskritikken. Den fortonet seg som en akse som hele hans filosofi dreiet rundt. Mer fortrolig med metafysikk og hermeneutikk enn med emotivisme og logisk positivisme, syntes jeg opprinnelig at hans kritikk både var arrogant og provoserende. Men etter hvert som jeg børstet støvet av de ulike historiske kontekster som den var en del av, ble det gradvis lettere for meg å forstå både kritikken og dens betydning for jussen og vårt politiske system. Det er mitt håp med denne boken å bringe noe av denne forståelsen videre til en større krets.

Avhandlingen er skrevet ved siden av arbeidet som dommerfullmektig ved Sandefjord sorenskriverembete fra april 1997 frem til i dag. Jeg takker sorenskriver Knut Rønning og alle ansatte ved embetet for forståelse og romslige kår. En takk går også til personalet ved Sandefjord bibliotek som effektivt og profesjonelt har ekspedert alle mine litteraturbestillinger. Cand. philol. Amund Børdahl og stud. jur. Jørgen Stubberud har lest igjennom forskjellige utkast til manuskriptet, og jeg er dem stor takk skyldig for intelligent kritikk. Gjennom samtaler med professor, dr. juris Knud Waaben, professor, dr. juris Hans Gammeltoft-Hansen, Strange Ross og Lone Ross har jeg fått verdifulle opplysninger om Alf Ross og hans miljø, noe jeg uttrykker min takknemmlighet for. En særlig takk går til Hans Gammeltoft-Hansen, som i forbindelse med min henvendelse for å få tilgang til Ross' etterlatte papirer fattet interesse for prosjektet, og har bistått på mange måter. Likeledes vil jeg rette en særlig takk til professor, dr. philos. Ingrid Markussen, som har veiledet en del av arbeidet frem til en hovedoppgave i idéhistorie, og som hele veien har bidratt med inspirerende optimisme og mange verdifulle råd.

Sandefjord, mars 1999

Sverre Blandhol

Innledning

I et brev som den høyt ansette dr. jur. & phil. og 80-års jubilant Alf Ross mottok i august 1979 fra sin tidligere kollega, professor, dr. juris O. A. Borum, nevnes en tildragelse som utspant seg ved det som den gang het *Det rets- og statsvidenskabelige Fakultet* over femti år tidligere. Det handler om Ross' første avhandling *Retskildernes Teori*, som inneholdt en kritikk av naturrettslige tenkemåter og skjulte rettspolitiske tendenser i rettsvitenskapen, og som ble innlevert for vurdering for doktorgraden høsten 1926, men forkastet. Ross hadde måttet reise til Uppsala, der avhandlingen ble antatt for doktorgraden i filosofi, og måtte vente åtte år før han ble dr. juris i København med avhandlingen *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* i 1934. Også da under sterk tvil i kommisjonen.¹ "Den største urettferdighed der er begået i vor tid", skriver Borum, "er utvilsomt forkastelsen av *Theorie der Rechtsquellen* ved vort fakultet".²

Førstvoterende i bedømmelsesutvalget i 1926, og den som øvet størst innflytelse på resultatet, var professor Frederik Vinding Kruse – siden en av Ross' fremste fiender. Vinding Kruse hadde kjent til at Ross, som tidligere hadde vært en av hans yndlingsstudenter, arbeidet med studier av rettskildelæren, og det er sannsynlig at Ross også hadde diskutert avhandlingen med ham.³ Han var ikke begeistret for utviklingen.

Ved påtegning av 22. oktober 1926 på Ross' fremsendelsesbrev ved innlevering av avhandlingen påtar Vinding Kruse seg oppgaven som førstvoterende. Det er også hans skjønn over hvilke fagområder avhandlingen berører, som leder til oppnevningen av utvalgets to øvrige medlemmer: den eldre, dypt

1. Den 23. juni 1933 leverte Ross avhandling *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* til bedømmelse. Også denne gang var Vinding Kruse førstvoterende i utvalget. Han mente at avhandlingen stort sett var meget svak og isolert sett ikke kunne kvalifisere for doktorgraden, men at man vel kunne la Ross disputere, dersom man ved bedømmelsen også så hen til hans andre vitenskapelige arbeider. Det fantes en bestemmelse i universitetsloven som ga anledning til dette. Dette ble også resultatet av bedømmelsen. Da Ross i 1935 ble utnevnt til docent stemte Vinding Kruse (og Axel Møller) i mot ansettelsen. Da Ross søkte det ledige professoratet i folkerett i 1938, måtte Vinding Kruse imidlertid innse at slaget var tapt og han stemte for ansettelsen.

2. Brev fra O. A. Borum til Alf Ross av 2. august 1979.

3. Samtale med professor, dr. juris Hans Gammeltoft-Hansen 22. juni 1998. Av professor Poul Johs. Jørgensens påtegning av 21. oktober 1926, på brev fra Ross datert 12. oktober 1926 der han fremsender avhandlingen til bedømmelse, fremgår det, at Vinding Kruse "allerede er bekendt med Afhandlingen".

konservative professor i statsforfatningsrett, Knud Berlin, og professor i rettslære, Viggo Bentzon. Det er tvilsomt om Bentzon kan påta seg vervet (han har problemer med synet). Vinding Kruse erklærer imidlertid ved en påtegning at han nødig vil unnvære professor Bentzon som medlem av kommisjonen, og slik blir det.

Vinding Kruse ga som førstvoterende en begrunnelse på 24 maskinskrevne sider, med den konklusjon at han "ikke" ville "kunne stemme for Antagelse af Avhandlingen til Forsvar for den juridiske Doktorgrad".⁴ Avhandlingens kritikk av naturretten "viser manglende Livserfaring hos Forf." (s. 3), den "analytiske metode, som Forf. priser", "fører i Juraen ikke langt" (s. 6), språket er "stærkt affekteret" (s. 8). Avhandlingen vitnet riktignok om "visse evner til Fremstilling af juridisk Litteraturhistorie", men den selvstendige utvikling var "afgjort svag" (s. 14). Særlig finner Vinding Kruse det betenkelig at Ross i avhandlingen verken vil beskjeftige seg med "Aarsagerne til Rettens Oprindelse" eller "Spørgsmålet om, hvorledes retten bør være", men utelukkende med "Spørgsmålet om, hvorledes det erkendes, at noget er Ret; dette skal være den (nye) Videnskab, Forf.' vil grunde" (s. 11). Han bryter dermed "staven over" på "hele den dansk-norske Retsvidenskab siden Ørstedes Dage", skriver Vinding Kruse (loc. cit). "Forf. ser ikke", fortsetter han, "at Retskildelæren jo først og sist er en Lære til Vejledning for Dommeren om, hvorledes han bør fortolke og anvende Loven" (s. 20). Når det ikke tas hensyn til slike selvfølgerlige krav, blir resultatet etter Vinding Kruses oppfatning en "gennemgaaende, ensformig graa Goldhed og trættende Abstrakthet" med "uendelig vidløftige Udviklinger" som ikke kan betegnes på annen måte enn en "aandelig Ørkenvandring" (s. 24).

Annenvoterende – Viggo Bentzon – innledet sitt 8-siders votum med å skrive, at han "helt igennem" kunne slutte seg til Vinding Kruses "klare og overbevisende Votum".⁵ "For en Debutant i Retsvidenskab", skrev tredjevoterende Knud Berlin, "er det en saare vovelig Sag, for ikke at sige halsløs Gerning, at begynde med at ville omvurdere hele Retsvidenskab og at ville grundlægge en ny Retsvidenskab paa bar Bund".⁶ Heller ikke den tilkalte ekspert fra det filosofiske fakultet – Jørgen Jørgensen – fant mye positivt å si om Ross' avhandling.⁷ Kommisjonens enstemmige bedømmelse forelå den 12. januar 1927, og ble samme dag oversendt fakultetet av Vinding Kruse.

4. Professor Vinding Kruses votum, Arkivmappe fra Det Rets- og Statsvidenskabelige fakultets arkiv. Det er tilsynelatende datert og undertegnet av Vinding Kruse sept. (altså september) 1926.

5. Professor Viggo Bentzons votum, Arkivmappe fra Det Rets- og Statsvidenskabelige fakultets arkiv.

6. Professor Knud Berlins votum, Arkivmappe fra Det Rets- og Statsvidenskabelige fakultets arkiv.

7. Jørgensens kritikk går vesentlig på at Ross tilslutter seg Kelsens form for nykantianisme, og opererer med begreper som ikke har empirisk støtte. Ross utviklet seg snart bort fra

Alf Ross lot seg ikke stoppe av det første tilbakeslaget. Etter hvert ble han en ledende representant for en ny strømning i rettsfilosofien, kalt *den skandinaviske rettsrealisme*. Rettsrealismen, som sprang ut av Uppsala-filosofien, hadde likhetstrekk med den logiske empirisme og kan beskrives som en slags rettsfilosofisk modernisme.⁸ Ross anså i likhet med de øvrige skandinaviske rettsrealistene moralske utsagn for å være uten logisk mening og han kalte naturretten for "en skjøge" som var "til rådighed for enhver".⁹ Rettsvitenskapen måtte etter hans oppfatning være strengt vitenskapelig og han la stor vekt på analyser av rettsvitenskapens grunnbegreper. Rettsvitenskapelige påstander måtte i tråd med programmet om enhetsvitenskap prinsipielt kunne verifiseres ved direkte iakttagelse av menneskelig adferd.¹⁰

I sine senere skrifter vendte Ross tilbake til Vinding Kruse, med skarp kritikk. Vinding Kruse gjorde seg nemlig i sin rettslære til talsmann for alt det som Ross oppfattet som antikvert og falskt i rettstenkningen: troen på at retten måtte samsvare med visse moralske krav for å fortjene sitt navn, at disse kunne uttenkes ved en vitenskapelig innsikt i 'sakens natur' og at rettsvitenskapen og juristen derfor på en måte sto over den politiske prosess – kort sagt alt som gikk under navn av naturrett. Ross og Vinding Kruse, som hadde stått mot hverandre i en akademisk maktkamp, kom således også til å stå som representanter for to motstridende syn på rettsvitenskapens oppgave i samtiden; Ross for rettsrealismen, Vinding Kruse som den siste, og mest ekstreme innenfor den såkalte frirettslige retning.¹¹ Ross' rettsrealisme gikk av med seieren, mens Vinding Kruses stjerne dalte, slik at hans teorier i vår tid nesten er helt glemt. Med sin kritikk av naturretten, forsvar av demokratiet og sin lære om rettspolitikk som 'rasjonell teknologi', skapte Ross en ny juridisk ideologi med en ny rolle for jurister i det positivistiske prosjekt under oppbyggingen av velferdsstaten i de skandinaviske land etter krigen. Denne kritiske omvurdering av rettsvitenskapens rolle i det tyvende århundre, er vårt tema i det følgende.

dette filosofiske grunnlaget og nærmet seg Jørgensen, som i Danmark ble en forgrunnsfigur innenfor den logiske positivismen. Se nærmere om dette i kapittel II, Rettsfilosofisk modernisme.

8. Se nedenfor i kapittel II, Rettsfilosofisk modernisme.

9. Skjøge-metaforen finnes i Ross' naturrettskritikk i boken *Om Ret og Retfærdighed* fra 1953 (Ross RR 1953), s. 343. Den er et godt eksempel på hans kraftfulle prosa, som vil komme nærmere til uttrykk i fortsettelsen.

10. For dette formål utarbeidet Ross den såkalte prognoseteorien, se *Om Ret og Retfærdighed*, København 1953, kapittel II. (Ross RR 1953).

11. Den såkalte frirettslige retning var en betydningsfull strømning i rettsvitenskapen rundt århundreskiftet både i Danmark og Norge. Frirettsjuristene var inspirert blant annet av den tyske rettsvitenskapsmannen Rudolph von Ihering og hans 'interessejurisprudens', og ville i større grad innlemme sosiale hensyn og frie vurderinger i rettsanvendelsen, for å tilpasse denne til den sosiale og politiske utvikling i de moderne industrialiserte land. Om den frirettslige retning, se nedenfor i kapittel III.

Problemstilling, metode og oversikt over fremstillingen

I de senere år har man i den skandinaviske rettsfilosofi kunnet registrere en fornyet interesse for naturretten. Både David Doublets avhandling *Rett, vitenskap og fornuft* (1995), Henrik Palmer Olsens *Rasjonalitet, rett og moral* (1997) og Peter Høilunds bøker *Den forbudte retsfølelse* (1992) og *Den moderne retstenknings gjennombrudd og autoritetstab* (1998) er således eksempler på verker der naturretten søkes gjort til forståelsesramme for rettsvitenskapen.¹²

For alle disse spiller Alf Ross en sentral rolle – ikke som forbilde, men som Prügelnabe. På tross av ulikheter mellom de nevnte forfatters prosjekter og teorier, synes de å være enige seg i mellom om å gjøre Ross ansvarlig for de dårlige tidene i rettsfilosofien i Norden. Forfatterne retter oppmerksomheten særlig mot det angivelig uholdbare i Ross' spesielle vitenskapssyn og for eksempel Høilund hevder anklagende at Ross ville "videnskabeliggøre retten"; at hans tenkning er "scientisme", etc.¹³

Kritikken regisseres i den tradisjonelle 'debatten mellom rettspositivisme og naturrett', der det stilltiende forutsettes at 'debatten' er en diskusjon av de samme problemene og at de ulike teoriene er svar på de samme 'evige' spørsmål. Således skriver Peter Høilund i sin første bok, at "hvor naturretten kulminerede med Thomas Aquinas, kulminerer retspositivismen med Alf Ross for Skandinaviens vedkommende".¹⁴ I sitt forsvar for et objektivt moral-prinsipp, og en derav flytende 'rettsidealisme', skriver Henrik Palmer Olsen:

Under danske himmelstrøg er det særligt Alf Ross, som har bidraget til at anbringe retsrealismen på videnskabernes piedestal. Af denne grund har jeg fundet det nærliggende at udtage hans kritik af retsidealismen til særlig grundig behandling.¹⁵

Denne tilnærmingen finnes også hos David Doublet:

I store deler av etterkrigstiden har motsetningen mellom naturrett og rettspositivisme preget den rettsteoretiske debatt i Norden og i den øvrige vestlige verden. Debattens innflydelse har både vært teoretisk og praktisk. I Norden har det teoretiske aspektet særlig vært knyttet til Uppsala-skolens og Ross' avvisning av metafysikken som teoretisk grunnlag for den almenne rettsteori.¹⁶

Fremstillingen av Alf Ross i den filosofiske 'debatten mellom rettspositivisme og naturrett' er etter mitt skjønn problematisk. En slik tilnærminingsmåte står i

12. Doublet erklærer i forordet til sin avhandling at forsøket på å reetablere naturretten var det opprinnelige formål med arbeidet, men at han av ulike grunner forlot denne linjen. Doublet gjør i stedet 'systemet' til forståelsesramme for rett og rettsvitenskap.

13. Høilund 1998, s. 132-135.

14. Høilund 1992, s. 31.

15. Palmer Olsen 1997, s. 31. Palmer Olsen benytter betegnelsen rettsidealisme som synonym for naturrett.

16. David Doublet, *Rett, vitenskap og fornuft*, Bergen 1995, s. 7.

fare for å gå glipp av relevante, historiske ulikheter ved de problemer og den språklige kontekst Ross forholdt seg til i sin samtid og situasjonen i dag eller for den saks skyld på 16-1700-tallet, da den rasjonalistiske naturretten hadde sin storhetstid. Rettsfilosofien er i likhet med den politiske tenkning karakterisert ved en lav grad av autonomi; den får i stor grad presentert sine problemer ut fra den løpende politiske og samfunnsmessige utvikling.¹⁷ Dens gjenstand – retten og den juridiske virksomhet – skifter liksom politikken og den politiske praksis med de historiske forhold.¹⁸ Ikke bare løsningsforslagene, men også selve problemene kan derfor være helt forskjellige i ulike epoker. Men denne grunnleggende forskjellen i de underliggende problemer kan bli maskert, ved at tidligere tiders språklige konvensjoner brukes til å behandle nye problemer. Naturrettens vokabular er et eksempel på slike konvensjoner som kan inngå i helt ulike historiske sammenhenger og tjene forskjellige formål. Men også kritikken av naturretten kan derfor tjene ulike funksjoner i ulike epoker.

Jeg vil i denne avhandlingen argumentere for at en historisk forståelse av Alf Ross' kritikk av naturretten ikke kan nøye seg med å ta denne kritikken til pålydende, som et tidløst oppgjør med naturrettsidéer fra Aristoteles til Kant. Ross' kritikk ble til i en tid da de rettslige problemer ble preget av politikken demokratisering og utviklingen av velferdsstaten. I denne konteksten vil jeg hevde at Ross' kritikk ikke først og fremst kan forstås som et filosofisk oppgjør med en posisjon fra 16-1700-tallet, men som et redskap for å bekjempe den frirettslige holdningen hos ledende jurister i hans samtid, som Fredrik Stang, Ragnar Knoph, Vinding Kruse m. fl. I stedet for frirettens formulering av regler ut fra innsikt i 'sakens natur' ville Alf Ross at juristen – i *rettspolitikken* – skulle virke som "rasjonell teknolog" ved å påvise de juridisk-tekniske midlene til å nå mål som til enhver tid ble fastsatt av de politiske myndigheter. Forøvrig ville han begrense rettsvitenskapen til rent beskrivende oppgaver.

Dessuten gjorde Alf Ross (og de øvrige rettsfilosofiske modernistene) sentrale juridiske begreper innenfor den økonomiske liberalisme til gjenstand for kritikk. Denne kritikken øvet press på liberalismens skille mellom rett og stat, noe som tjente til å legitimere statlig ekspansjon og ny lovgivning som grep regulerende inn i økonomien. Ved kritikken av formalismens imperativteori, begrepet om subjektive rettigheter, rettsstrid etc, gjorde Ross det mulig for rettsvitenskapen å beskrive (og derved legitimere) fullmaktslovgivning, inngrep i eiendomsretten, objektivt erstatningsansvar, etc. Kampen mot den liberalistiske ideologi, og dens rettsvitenskapelige uttrykk i formalismen, var

17. For en nærmere redegjørelse for mangelen på autonomi i politisk tenkning, se Thomas Krogh: "Metodologisk enhet i intellektuell historie?", i *Helhet på tvers*, Oslo 1996, s. 111-127, på s. 112.

18. Dette er langt på vei annerledes for naturvitenskapen, selv om den historiske utvikling ikke har vært helt betydningsløs for hvilke problemer man har funnet det interessant å behandle til de ulike tider. Se for øvrig nevnte artikkel av Thomas Krogh.

felles for friretten og rettsrealismen, men sistnevnte utøvet en mer radikal kritikk, fordi den gikk direkte løs på de liberalistiske begrepene, mens friretten nøyde seg med å arbeide innenfor de eksisterende konseptuelle rammer.¹⁹

Kritikken av naturretten blir i dette perspektivet en kritikk av ulike *juridiske ideologier*, der kravet om begrepsanalyse og ekte vitenskap var et middel, ikke et mål i seg selv.

I kapittel I tar jeg utgangspunkt i debatten mellom naturrett og rettspositivisme, foretar en avklaring av disse begrepene og kritiserer mer inngående oppfatningen av at Ross' kritikk kan forstås som et ahistorisk oppgjør med en naturrettslig kanon. Drøftelsen munner ut i et forslag til en ny start: I stedet for å lese Ross inn i en debattsammenheng som er konstruert ut fra visse systematiske overveielser, må det undersøkes hvilke intensjoner Ross hadde med sine ytringer; hva var det Ross egentlig ville med sin naturrettskritikk?²⁰

19. Den felles front mot formalismen har ledet enkelte til å identifisere frirett og rettsrealisme. Se i den retning, Heikki Pihlajamäki, "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier", *Retfærd* nr. 78, 1997, s. 51-67. Dette gir etter min oppfatning et for enkelt bilde, se kapittel III.

20. Jeg bygger her på metode utviklet av medlemmene av den såkalte Cambridgeskolen i politisk idéhistorie. Quentin Skinner og J. G. A. Pocock - for å nevne to av de fremste - bygger sin fortolkningsteori på den analytiske språkfilosofiens lære om talehandlinger, der en språklig ytrings mening regnes for å ha flere aspekter, derunder et aspekt av handling. Skinner og Pococks metode kan benevnes *lingvistisk kontekstualisering*. Sentrale artikler av Quentin Skinner, sammen med en rekke kritiske innvendinger fra ulike ståsted, finnes i James Tully (ed.), *Meaning and Understanding. Quentin Skinner and his Critics*, Princeton, New Jersey 1988. Pocock har redegjort for sitt metodesyn blant annet i "The state of the art" inntatt i artikkelsamlingen *Virtue, Commerce and History*, Cambridge 1985 (Pocock 1985).

Ved å introdusere - eller reintrodusere - forfatterens intensjon som et relevant og nødvendig tolkningsmoment for å forstå en historisk tekst, bryter denne retningen med den tekstualistiske tendens innenfor blant annet strukturalistiske retninger i litteraturvitenskap og idéhistorie. Innenfor en tekstorientert tolkningstradisjon er det teksten selv som står i fokus, og det anses som en feilslutning å tro at en leser kan rekonstruere forfatterens intensjon med sin tekst (the intentional fallacy). Også Hans Georg Gadamer's hermeneutikk - der det fremheves at teksten ikke bare av og til og på noen steder, men alltid og overalt overskrider forfatterens mulige intensjoner, fordi virkningshistorien med nødvendighet er en del av teksten og fordi leseren aldri kan tre fullstendig ut av sitt ståsted i historien - representerer en annen mulig innvending mot å trekke frem forfatterens intensjoner som mål for tolkningsprosessen. For en nærmere oversikt over problemene som en lingvistisk dreining innenfor idéhistorien støter på, med vekt på debatten mellom Gadamer og Habermas, se Martin Jay's artikkel "Should intellectual history take a linguistic turn?", LaCapra & Kaplan (eds.) *Modern Intellectual history. Reappraisals and new perspectives*, Ithaca, 1982, s. 86-110. Jeg skal ikke her ta noe annet standpunkt til denne metodologiske debatt (noe som faller utenfor rammene av nærværende arbeid), enn å påpeke at den lingvistiske kontekstualisering synes å gi fruktbare resultater, noe blant annet Skinners egen bok *The Foundations of Modern Political Thought* (1978) må sies å være et eksempel på.

En forutsetning for å kunne si noe om Ross' intensjoner, må være kjennskap til det språk han brukte; tekstene må settes inn i deres lingvistiske eller ideologiske kontekst.²¹ Poenget med å undersøke den lingvistiske konteksten er meget forenklet følgende: Mens grammatikken gir føringer for hva som overhodet kan sies i et språk (norsk, dansk, svensk), er det på et gitt tidspunkt, i et gitt språkfelleskap også en historisk eller politisk 'grammatikk' som gir føringer for hva som kan sies og hvordan. Forfatterens ytringer befinner seg innenfor et slikt språk, med dets historiske og politiske grammatikk; språket er på en måte større enn den enkelte forfatter og virker inn på ytringen, samtidig som forfatteren ved sin språkføring kan påvirke språket i nye retninger. En undersøkelse av den lingvistiske konteksten for Alf Ross' naturrettskritikk kan avdekke på hvilken måte Ross adskiller seg fra de gjeldende språklige konvensjoner innen nordisk rettsfilosofi på hans tid og hvilke nye elementer han bringer inn og hvor de stammer fra.

For å belyse disse lingvistiske spørsmål vil jeg i kapittel II ta for meg Hans Kelsen, Axel Hägerström og medlemmene av Wienerkretsen (den logiske empirismen), som alle tok del i en slags filosofisk modernisme og som formulerte et språk der kamp mot metafysikk, verdinihilisme og vitenskape-lighet med basis i erfaringen smeltet sammen med ønsket om å skape et bedre samfunn. Som det vil fremgå, var Ross under direkte innflytelse fra disse miljøene og opererte i sin egen produksjon innenfor mye av det samme språklige univers. Ved at Ross overtok et språk der bla. kamp mot metafysikken var sentralt, var det naturlig at han posisjonerte seg i samtidens rettsteoretiske debatt ved å gå til angrep på rettsmetafysikken i dens kjerne – naturretten.

I kapittel III skal jeg ta for meg den realhistoriske utvikling og diskutere tesen om naturrettskritikkens funksjon ved å se kritikken i lys av den politiske og sosiale utvikling frem til ca. 1940. Jeg vil hevde at naturrettskritikken passet som hånd i hanske for sosialdemokratenes insistering på at sosial hjelp måtte formuleres i lovgivning som klare rettigheter og ikke gis som tilfeldige almisser ut fra moralske overveielser. Dette var et sentralt aspekt ved velferdsstatens tidlige fase. I kapittel IV gjennomgås så Ross' kritikk av den etiske erkjennelse.

I denne avhandlingen undersøkes både forfatterens intensjon, og – noe videre – det som kan kalles tekstens funksjon i tiden, uavhengig av hva forfatteren mente med den. En tekst kan sies å utføre både slike handlinger som forfatteren intenderte og handlinger som overskrider forfatterens motiver og selvforståelse. Se til dette Pocock 1985, s. 5-6 og passim.

21. Språk betyr ikke her f. eks. norsk, dansk eller svensk språk, men henspiller på det som er kalt språkspill (Wittgenstein) og diskurs (Foucault, m. fl). Det er ikke lett å finne norske ord som passer her. Ordet diskurs er blitt en gjenganger i akademiske fremstillinger, men virker etter min oppfatning fremmedgjørende overfor andre lesere. Jeg vil isteden følge Skinner og bruke ordet ideologi, og forøvrig holde meg til vanlige norske ord som språk, ytring etc.

Når vi nå leser Ross' kritikk går vi lett glipp av den debathorisont han opererte innenfor. Mange av Ross utsagn, også i hans teoretiske filosofi, hadde klar adresse til aktører i hans egen tid. To av disse var Vilhelm Lundstedt (1882-1955) og den tidligere nevnte Fredrik Vinding Kruse (1880-1963). Kapittel V gir et blikk på naturrettskritikken i lys av Vilhelm Lundstedts tilsvarende kritikk, og hans teori om 'samfunnsnyttens' som tolkningsprinsipp. I kapittel VI behandles Ross' oppgjør med Vinding Kruses teori om den vitenskapelige naturret ut fra 'sakens natur'.

I kapittel VII drøftes Ross' lære om rettspolitikk. Jeg vil søke å påvise hvordan Ross' program for rettspolitikken passet inn i sosialdemokratenes positivistiske prosjekt i etterkrigstiden og delte vokabular med den politiske litteraturen. Det vil komme frem at Ross' rettsfilosofiske posisjon var nært knyttet til, og dannet en naturlig ideologisk overbygning for, den aktive, intervensjonistiske stat under utbyggingen av velferdsstaten. I den teknokratiske "arbeiderpartistaten" (Slagstad) stilte Ross med en modell av juristen som rasjonell teknolog. Juristen skulle ikke formulere anvisninger til lovgiveren ut fra innsikt i 'sakens natur', men assistere denne med den tekniske utforming av de egnede rettslige midler til å nå de ønskede politiske mål. Et poeng blir å se hvordan Ross' ytringer om juristen som rasjonell teknolog mv. – som i dag kan synes merkverdige – i samtiden var del av en språklig kontekst av fremskrittoptimisme, positivisme og teknokrati.

Før vi går nærmere inn på de ulike kontekster for naturrettskritikken, skal jeg imidlertid gi en kort biografisk presentasjon av hovedpersonen.

Alf Ross - et biografisk riss²²

Alf Niels Christian Hansen-Ross ble født i København den 10. juni 1899 – på terskelen til det tyvende århundret. Han endret etternavnet til Ross i 1923. Hans far var embetsmann; fullmektig i finans- og senere krigsministeriet, hans mor hjemmевærende.

22. Skriftlige kilder til biografiske opplysninger om Ross er: *Dansk biografisk leksikon*; Ross 'selvbiografi' (en kort omtale av akademiske prestasjoner og forskningsprogram) i *København Universitet Festskrift*, Univ. Progr. Nov 1934, side 173-175. I det Kongelige Bibliotek i København finnes et Ross-arkiv, som dessverre ikke inneholder særlig mye biografisk stoff av interesse. Det dreier seg først og fremst om særtrykk av artikler og foredrag. Ross var etter det jeg har forstått en person som ikke samlet på dagboksnotater og korrespondanse, men tvert i mot kastet alt slikt. Dette inntrykket er bekreftet av et brev han skrev til Rigsarkivet i anledning en forespørsel ved konens bortgang. Han opplyste at hans kone ikke hadde ført noen politiske dagbøker og at eventuelle opptegnelser uansett "allerede var tilintetgjort sammen med så mange andre papirer". (Brev fra Alf Ross til Rigsarkivet av 28. april 1976). Jeg er gjort kjent med innholdet ved telefonisk kontakt med Rigsarkivet. I Det Rets- og statsvidenskabelige fakultets arkiver, som befinner seg i Rigsarkivet, finnes det opplysninger om Ross' akademiske karriere, derunder hans disputaser i 1926 og 1934.

Ross ble uteksaminert som matematisk-naturvitenskapelig student fra Vestre Borgerdydskole i 1917. Han bestemte seg først for å begynne på det poly-tekniske studium for å studere til ingeniør, men oppgav dette etter bare ett semester og begynte deretter på det juridiske embetsstudium. Fem år senere – sommeren 1922 – avla han embetseksamen med utmerkelse. Han tok først en post som sakførerfullmektig, men allerede etter ett år – i 1923 – reiste han ut i Europa for nye studier. Han sier selv at det praktiske arbeidet ikke tilfredstilte hans stadig stigende trang til vitenskapelig fordypelse.²³ Ross skulle bli utenlands i nærmere to og et halvt år og studere i Frankrike og England, foruten Østerrike.

I Wien ble Ross innskrevet ved det juridiske fakultet og kom etter en tid i kontakt med rettsfilosofen Hans Kelsen (1881-1973). Kelsen hadde da allerede påbegynt arbeidet med sin såkalte *rene rettslære*. Mellom retten som sosialt fenomen og rettslig norm – *Sein* og *Sollen* – hadde Kelsen i sitt reduksjonistiske opprydningsarbeid konsentrert seg om det sistnevnte. Ved denne tilnærming hadde det lyktes ham å beskrive retten som fenomen i et logisk oppbygget system. Ross søkte i sitt avhandlingsarbeid – *Theorie der Rechtsquellen* – å lage en teoretisk rekonstruksjon av *rettskildelæren*, den juridiske metode. Arbeidet var ferdig i 1926 og ble tilegnet Kelsen. I København ble den imidlertid, som vi har sett, forkastet som doktoravhandling.

Mens miljøet i København var konservativt, var Uppsala universitet i 1920-årene hjemsted for en radikal nytenkning i filosofiske spørsmål. En antimetafysisk, analytisk filosofi, i det ytre meget lik den logiske positivisme hos Wienerkretsen, men genealogisk selvstendig, dominerte den filosofiske debatt. Hit kom Ross i 1928 og ble i ett år. Axel Hägerström – den mest markante skikkelsen i det filosofiske miljøet – ble hans veileder.

I Uppsala avla Ross etter kort tid både filosofisk kandidateksamen og licentiateksamen, før han i 1929 ble dr. philos. med den samme avhandlingen som var blitt refusert i København.

Innflytelsen fra Hägerström bidro også til at han utviklet seg bort fra det fundament han hadde forsøkt å legge med *Theorie der Rechtsquellen*. Hans videre forskningsprosjekt kulminerer med to massive avhandlinger, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* fra 1933 og *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* året etter. I den første er det symptomatisk nok Hägerström som blir bæret med en dedikasjon. Boken er et oppgjør med moralerkjennelsen, pliktforestillingerne og den praktiske fornuft fra Aristoteles via Kant og videre opp til Ross' samtid. I den andre avhandlingen kritiserte Ross forskjellige juridiske grunnbegreper, som rettskildebegrepet, rettighetsbegrepet og rettsstridsbegrepet.

23. Ross' 'selvbiografi' i: *København Universitet Festskrift*, Univ. Progr. Nov 1934, s. 173-175.

Med den sistnevnte avhandlingen oppnådde Ross i 1934 den juridiske doktorgrad ved universitetet i København.

Fra 1929 til 1935 hadde Ross en stilling som assistent ved juridisk laboratorium i København. Han ble docent i rettsvitenskap ved København Universitet i 1935 og i 1938 ble han som nevnt professor samme sted. Han fikk ved utnevnelsen særlig plikt til å forelese i folkerett. Vinding Kruse og Ross var blitt kolleger.

I forbindelse med fagansvaret for folkeretten utga Ross *Lærebog i folkerett* i 1942 og *Studiebog i Folkrett* i 1954, samt to bøker om FN. I den ene av disse - *De Forente Nasjoner, fred og fremskridt* fra 1963, beveget han seg utover de juridiske og rettsfilosofiske emner og over i den politiske litteratur. Det hadde han tidligere gjort også i den lille boken *Hvorfor Demokrati?* fra 1946 – kanskje hans mest kjente verk utenfor den juridiske leserkrets.

Ross foreleste også i statsforfatningsrett og skrev lærebøker for dette faget. I sine senere år beskjeftiget han seg en del med strafferett.

Rettsfilosofien eller den almindelige rettslære var og ble allikevel Ross' hovedinteresse. Helt inntil sin avgang i 1950 var det imidlertid Vinding Kruse som hadde fagansvaret for rettslæren og som foreleste i dette faget. Han hadde i 1943 utgitt tobindsverket *Retslæren*, på drøyt 1200 sider, som Ross slaktet i *Tidskrift for Rettsvitenskap* under overskriften "En Retslære fra det 19. Aarhundre".²⁴ Nå overtok Ross kontrollen. Stimulert av den nyvundne innflytelse, og under påvirkning av behovet for at det skulle skrives en ny analytisk orientert lærebok i faget, skrev Ross i 1953 det som regnes som hans rettsfilosofiske hovedverk, *Om Ret og Retfærdighed*. Ross holdt her fast ved sitt antimetafysiske grunnsyn og ved programmet om å forklare retten og rettsvitenskapen empirisk, ut fra observasjon av adferd. For øvrig utdypet og nyanserte han det moralfilosofiske oppgjøret med naturretten, og utviklet nye teorier, som prognoseteorien, hvorefter det skulle være rettsvitenskapens oppgave å forutsi med størst mulig sannsynlighet hva domstolene vil komme til som resultat i et juridisk spørsmål. Slike prognoser skulle så *verifiseres* ved å betrakte hva domstolene senere faktisk kom til.

Ross' siste større rettsfilosofiske arbeide var *Directives and Norms* fra 1968, hvor han tok for seg den deontiske logikk, det vil si det logiske forholdet mellom utsagn om normer.

Ross ble etter hvert en sentral skikkelse i det akademiske liv både hjemme i Danmark og internasjonalt. De sentrale verkene hans ble oversatt til flere språk, blant annet engelsk, italiensk, spansk, portugisisk og japansk, og han holdt foredrag i inn- og utland. Ved universitetene i Oslo, Lund og Uppsala ble Ross utnevnt til æresdoktor. I 1971 mottok han den Anders Sandøe Ørstedske hedersmedalje for verket *Directives and Norms*, samt som "en anerkendelse av

24. *TJR* 1946, s. 273-292. (Ross 1946a).

et forfatterskab, som både er omfattende og ligger i et høyt fagligt plan”.²⁵ Han var medlem av Den europeiske menneskerettsdomstol fra 1959 til 1971. Da han nådde aldersgrensen i 1969 gikk han av som professor i København. Ved siden av sin akademiske karriere deltok han også aktivt i den offentlige debatt, både om juridiske og forfatningsmessige spørsmål og om annet, som likestilling, aktiv dødshjelp og sosiale spørsmål.²⁶

Ross var gift med Else-Merethe Ross, født Helweg-Larsen, av yrke lektor, og politiker for det danske sosialliberale parti – Det radikale venstre. Hun satt i Folketinget for Det radikale venstre fra 1960 til 1973 og kjempet blant annet for utvidet seksualundervisning i skolen og fri abort. Hun var saksordfører i Folketinget for den danske abortloven. Ved flere anledninger var hun delegert til FN og hun deltok også i andre internasjonale råd og organisasjoner.²⁷ De fikk tre barn: Strange Ross, Lone Ross og Ulrik Ross.

Politisk sett var Ross i mange år tilhenger av sosialdemokratene. Utover på 1960-tallet utviklet Ross seg bort fra et gjennomført sosialdemokratisk syn, og ble mer konservativ – muligens under innflytelse av de internasjonale begivenheter bla. i Øst-Europa. En annen bevirkende årsak til skiftet i politisk tilhørighet synes å ha vært krisene og kampene på universitetet. Ross var aldri noen tilhenger av studentdemokratiet.

Hans nye politiske orientering fikk en slagferdig formulering i artikkelen «Credo» som ble publisert i Berlingske Aftenavis 21. juni 1974.²⁸ Som svar på spørsmålet *Hvad tror De på?* skrev Ross blant annet:

Da jeg tror på individets evne til i frihed at udfolde snilde, fantasi og energi er jeg også tilhenger af en liberal økonomi. Jeg mener at erfaringerne har vist, at den autokratisk-centralt ledede økonomi ikke kan hamle op med den, hvor den enkelte får lov at gøre en indsats efter sit eget hoved og på sit eget ansvar. Men erfaringen viser også, at hvis det private foretagende får lov til at vokse sig for stort mister det sit liberale preg og får karakter af autokratisk bureaukrati.

Ross var derfor fremdeles tilhenger av statlig regulering av den private økonomien. Gjennom hele sitt forfatterskap var han også en forkjemper for det formelle demokrati, dvs. for spillereglene som gjelder for den politiske prosess i representative demokratier med alminnelig stemmerett. Forskjellen mellom den unge og den modne Ross’ politiske overbevisning kan lett overdrives. Han var aldri for statlig eierskap av kapital og hans tidligere sosialisme var av den moderate skandinaviske sosialdemokratiske type.

25. Tale holdt av professor, dr. juris Knud Waaben ved overrekkelsen av den Anders Sandøe Ørstedeske hedersmedalje den 21. desember 1971, *U/R* 1972 B, s. 45.

26. I tillegg tillegg til oppføringer på litteraturlisten kan nevnes kronikken “Mit Livstestamente” i *Berlingske Tidende* 14. mai 1978.

27. Opplysningene er hentet fra *Dansk biografisk leksikon*.

28. Kronikken finnes også i artikkelsamlingen *Demokrati, magt og ret* fra 1974.

Artikkelen inneholder også en pregnant formulering av den modne Ross' pessimistiske menneskesyn. Ross skrev videre:

Jeg tror på menneskets grænseløse egoisme - ikke just som noget stort og godt, men som noget væsentligt, en realitet bak fraserne. Kærlighed blant mennesker hører til de luftige idealer der er så fjernt fra al virkelighed, at man må være blind for at tro på den som mere end en ønskedrøm. (...)

På samme måde tror jeg på menneskers magtbegær, d.v.s. jeg tror på, at egoismen i det væsentlige tager form af stræben efter magt, og det vil sige mulighed for at udfolde sig selv, vise sin overlegenhed og bruge den til at herske og råde over egen og andres skæbne.

På denne bakgrunn mente Ross at juridiske normer opprettholdt ved fysisk tvang var en nødvendighet for å sikre et sivilisert samfunn.

KAPITTEL I

Naturrett contra rettspositivisme

Det er en utbredt Mening, at Studier af den her foreliggende Art, om de overhovedet har nogen Værdi, ihvertfald er et rent 'teoretisk' Anliggende uden Berøring med Livets praktiske Problemer. Intet kan være mer kortsynet end denne Opfattelse. Kan man virkelig tro, at en Videnskab, der umiddelbart er beskæftiget med vore vigtigste Socialanliggender, ustraffet er i Vildrede med sine Fundamentalbegreper og med sin egen videnskabelige Metode?

Alf Ross¹

Alf Ross' rettsfilosofi blir, slik vi så i innledningen, ofte behandlet som et innlegg i en filosofisk 'debatt mellom naturrett og rettspositivisme'. I det det tas for gitt at det er de samme fundamentale spørsmål man strides om, er det normalt få innvendinger mot å mobilisere filosofer til kamp på tvers av århundrer eller kulturer. At resultatet av 'debatten' som regel er en tilnærmet fullstendig kommunikasjonssvikt, vekker stort sett ingen annen erkjennelse, enn at det må være fundamentale mangler ved motpartens filosofi og metode. En slik tilnærmingsmåte kan ikke gjøre nytten hvis vi vil forstå Alf Ross' rettsfilosofi i dens historiske sammenheng. En historisk forståelse av Alf Ross' kritikk av naturretten må ta sitt utgangspunkt i hva han selv forsto ved betegnelsen naturrett, hvilke problemer han drøftet under overskriften 'kritikk av naturretten', og hva det var han ville oppnå ved å gjennomføre denne manøveren. Hvis ikke blir vi stående med en vilkårlig konstruksjon av en 'debatt', som neglisjerer både kontekst og semantikk.

I forordet til *Theorie der Rechtsquellen* definerte Ross naturrett (i videste forstand) som "jedes unter der Maske der Theorie eingeschmuggeltes, praktisches Postulat";² altså som ethvert moralsk eller politisk element som uberettiget gjør seg gjeldende i rettsvitenskapen. En slik vid forståelse av hva som var naturrett går igjen i hele forfatterskapet. Det forklarer at det ikke var naturretsfilosofien hos Aquinas eller Kant, men den skjulte naturrett som var Ross' hovedanliggende. Det forklarer også (som det senere vil vise seg) at rettspositivismen på 1800-tallet (formalismen) kunne være et av hovedmålene med kritikken. Kritikken av naturretten var i lys av denne definisjonen en

1. Ross VG 1934, s. 14.

2. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien 1929, s. vi.

praktisk gjennomføring av kravet om å skille vitenskap og politikk. Og fordi naturretten kunne være 'innsmuglet', bevisst eller ubevisst, var kritikken en kritikk av ideologi i klassisk forstand, som falsk bevissthet (se nedenfor).

Allerede dette viser at den sedvanlige filosofiske konteksten 'naturrett contra rettspositivisme' rammer på siden av det som var Ross' prosjekt med sin kritikk av naturretten. Jeg skal ytterligere utdype dette i avsnittet 'en ny start' nedenfor. Imidlertid er plasseringen av Ross' kritikk av naturretten i 'debatten mellom naturrett og rettspositivisme' så nærliggende og så vanlig, at det kan være grunn til å undersøke forståelsen av disse ordene, som en bakgrunn for den historiske behandlingen. Dette vil også gi større klarhet i forskjellene (og berøringspunktene) mellom den filosofiske og den historiske konteksten. Derfor skal jeg i de tre neste avsnittene gå inn på noen av forbindelsene mellom rett og moral og forsøke å avklare innholdet i begrepene naturrett og rettspositivisme. Jeg skal også kort skissere rettspositivismen hos Ross. Det jeg sier i disse avsnittene er ikke originalt. Men siden det dreier seg om enkle forhold og sentrale distinksjoner som allikevel ofte misforstås, kan en påminnelse om disse kanskje likevel rettferdiggjøres.

Rett og moral

Det er nødvendig å starte med noen generelle betraktninger omkring forholdet mellom rett og moral.³ Det naturrettstilhengere hevder, er jo at det finnes *en spesiell* forbindelse mellom de to fenomenene. Rett og moral kan imidlertid være forbundet på en rekke måter, noe som også anerkjennes av rettspositivister. Både Kelsen, Ross og Hart peker på dette.⁴ Setningen at 'rett og moral er to forskjellige ting' gir derfor, selv om den også treffer en kjerne av rettspositivismen, dårlig uttrykk for hva den rettspositivistiske posisjonen består i.

For det første er moralforestillinger uten tvil en av årsakene til mange rettsreglers innhold. Rettens utvikling er således påvirket både av alminnelige moralforestillinger i samfunnet til enhver tid, og av for eksempel filosofisk eller teologisk kritikk fra enkeltpersoner. Retten kan dessuten virke tilbake på moralforestillingene i samfunnet.

Lovregler kan for det annet uttrykkelig vise til moralske vurderinger, som skal inngå som et av vilkårene for å anvende regelen. Man taler i denne forbindelse i juridisk fagspråk om rettslige standarder. Et eksempel er den norske avtalelovens § 36, som bestemmer at avtaler som er "urimelige" kan settes ut av betraktning. Den norske gjeldsordningslovens § 3-1 bestemmer at

3. Nærværende avsnitt bygger i stor grad på fremstillingen hos Hart i boken *The Concept of Law*, 2nd ed. Oxford 1994, kapittel IX.

4. Se blant annet Alf Ross, "Naturret contra retspositivisme", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963, s. 497-525, på s. 507, Hart 1994 s. 185. Se og Hans Kelsen *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien 1934, Aalen 1985, s. 12.

gjeldsforhandlinger ikke skal åpnes hos en skyldner hvis det vil virke "støtende".⁵ Det er etter gjeldende lære ikke meningen med standardene at dommerens personlige oppfatninger skal være avgjørende. Det er moralske vurderinger som er mer alment utbredt i samfunnet som skal inngå.

For det tredje kan moralske vurderinger, for eksempel av om noe er godt i seg selv, inngå som en bestanddel i juridisk argumentasjon også ellers. Noe misvisende tales det da om 'reelle hensyn', et begrep som omfatter både samfunnsnyttevurderinger, rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger, og annet.

For det fjerde kan selvfølgelig rettsregler, som andre samfunnsfenomener, gjøres til gjenstand for moralske vurderinger og kritikk. Om man velger å begrunne sin eventuelle kritikk i naturretten, samfunnsnyttebetraktninger, tradisjon eller annet er i denne sammenheng underordnet. Poenget er at enhver, også en rettspositivist, kan forholde seg kritisk til retten. I denne sammenheng kan følgende uttalelse av Alf Ross passe inn: "Samtidig med at rubricere en vis orden som en 'retsorden' kan jeg anse det for min høyeste moralske oppgave at omstyrte denne orden".⁶ Også spørsmålet om sivil ulydighet kan nevnes på dette punkt, et spørsmål som i bunn og grunn angår en moralsk vurdering av retten, med den konsekvens at man velger å sette seg opp i mot den, ut fra en personlig, etisk/moralsk overbevisning.

Det er viktig å trekke frem disse enkle forhold innledningsvis, fordi for eksempel Peter Høilund bruker eksempler på slike fenomener, som Ross aldri har benektet forekomsten av, som "bevis" mot rettsrealismen.⁷

En omstendighet som også må nevnes er det forhold at rett og moral for en stor del opererer med det samme vokabular. Ord som rett, plikt, skyld, ansvar, etc inngår således både i moralspråket og i rettspråket. Dette forhold kan tyde på at det er en historisk forbindelse mellom de to fenomenene, men kan ikke uten videre tas som bevis for at det er noen nødvendig, begrepsmessig forbindelse.

Billedlig kan oppfatningen av rettens forhold til moral og politikk fremstilles som en akse med moralen og politikken som to ytterpunkter.⁸ Noen vil skyve retten mot den politiske pol (rettspositivister) andre mot den moralske pol (naturrettstilhengere). Oppfatningen av om retten hører nærmest til moralen eller til politikken kan lett bli påvirket av hvilket rettsområde man først og fremst tenker på. Således vil emner fra strafferetten og familieretten kanskje lett sees som uttrykk for at retten har sammenheng med moralen. Omvendt vil

5. Forarbeidene nevner imidlertid at det ikke skal forstås som en moralsk sensur, men dette må vel forstås dithen at det er tale om støtende i forhold til gjengs moralsyn i samfunnet, og ikke den enkeltes personlige overbevisning.

6. Ross RR 1953, s. 44.

7. Peter Høilund, *Den forbudte retsfølelse*, København 1992, s. 19-34, og passim.

8. Se Eckhoff, *Juss, moral og politikk*, Oslo 1989, som på forskjellige måter uttrykker en slik dialektikk.

fagområder som trygderett, ekspropriasjonsrett og skatterett fremstå som nært knyttet til politikken (enkelte vil sikkert hevde at også dette er moralske spørsmål), mens atter andre rettsområder nærmest fremstår som nøytrale.

Naturrett

Alf Ross' definisjon av ordet naturrett var, som vi så, meget vid. Dette er imidlertid ikke den vanligste bruk av ordet, hvis man i det hele tatt kan finne en slik. Hvis man leser litt i noen verker som opp igjennom historien har betegnet seg som naturretslige, vil det komme frem at det dreier seg om høyst ulike tanker under samme navn. Man vil finne antikkens naturrett, basert på kosmologiske eller antropologiske betraktninger; teologisk fundert naturrett i middelalderen som hos Thomas Aquinas; 1600-1700-tallets rasjonalistiske naturrett, representert ved navn som Hugo Grotius og Samuel Pufendorf; organisk-kollektivistisk naturrett i romantikken og endelig naturretsrenessansen i vår egen tid, med ulike varianter og kombinasjoner av alle typer.

En grunnleggende *forutsetning* for å tale om en naturlig rett synes det allikevel å la seg gjøre å påpeke, nemlig muligheten for å "oppdage sannheten" i moralske spørsmål. Hvis man ikke kan vite hva som er rett og rettferdig, kan man heller ikke snakke om 'naturlig rett'.⁹ En sentral amerikansk naturrets-teoretiker i dette århundre, Lon L. Fuller, sier således at "the possibility of 'discovery' in the moral realm" er det karakteristiske ved enhver form for naturrett.¹⁰ Kunnskap om den naturlige rett kan oppnås på forskjellige måter; ved åpenbaring i teologisk naturrett, ved bruk av forstandsevnene i rasjonalistisk naturrett, eller ved intuisjon i ulike andre mellomformer.

I sin sterkeste form hevder naturretten at prinsipper og regler for retten og samfunnsordningen har en absolutt karakter. Det er Guds ordning, eller for eksempel menneskets natur som fornuftsvesen, som dikterer at visse prinsipper må gjelde. Lovgivning blir etter dette en moralsk oppgave: å sørge for at retten når et best mulig samsvar med de naturlige moralske prinsipper. Noen teorier er litt mindre ambisiøse på moralens vegne, og hevder som et minimum at moralstandpunkter i hvert fall kan begrunnes, om ikke svaret er objektivt, absolutt og evig. Det er også ulikheter med hensyn til hvilken type, og hvor detaljerte, prinsipper man mener å kunne finne. Enkelte nøyer seg med å påvise visse grunnprinsipper for rett og rettferdighet. Således vil Hart, som ellers er en

9. Likeledes Hart 1994, som på s. 186 gir denne definisjonen: Naturrettens klassiske teorier uttrykker at "there are certain principles of human conduct, awaiting discovery by human reason, with which man-made law must conform if it is to be valid". Peter Blume definerer naturretsanskuelsen slik: "Betegnelsen dækker ... over en syntisering af ret og moral, hvorved forstås, at disse to normative kategorier forenes på en sådan måde, at det bliver moralske/etiske afvejninger og hensyn, der afgør hvilken retsorden, der består eller for så vidt er gældende", jfr. Blume 1993, s. 449.

10. Lon L. Fuller i "A Rejoinder to Professor Nagel", 3 *Natural Law Forum*, 1958, s. 84, sitert hos Ross 1963 i fotnote s. 510.

rettspositivist, mene at det finnes et visst minimumsinnhold i naturretten, som kan begrunnes i menneskets empirisk konstaterbare mål om å overleve.¹¹ Ut fra dette kan etter hans oppfatning visse fundamentale menneskerettigheter utledes. Få vil vel være uenige i en slik moderat form for naturrett. Når det blir tale om å formulere andre mål for mennesket, som det gode liv og lignende, blir imidlertid oppfatningene om konsekvensene av dette raskt ulike.

Spørsmålet er så hvilken betydning den eventuelle naturlige retten skal ha for rettsanvendelse og rettsvitenskap. Mange naturrettsteorier nøyer seg med å formulere visse prinsipper uten å bevege seg ut over moralfilosofien. Thomas Aquinas mente for eksempel at dersom den timelige lov ikke var i overenstemmelse med den evige, naturlige, så var den allikevel lov. Og han la til at det var en moralsk plikt å lyde loven.

Noen naturrettsteorier går imidlertid lenger. De oppstiller det krav, at lover og rettsregler, for at de i det hele tatt skal være gyldige *som rettsregler*, må oppfylle de bestemte moralske krav som teorien inneholder. Med dette går naturrettslæren over fra å være en moralfilosofisk, til å bli en egentlig rettsfilosofisk teori. Rasjonalistisk naturrett er gjennomgående av dette slag. Rett som strider mot moralske krav er ikke bare kritikkverdig eller dårlig rett, men slett ikke rett overhodet.

Det er store forskjeller mellom de enkelte teorier av denne art i hvor langt de går i å spesifisere de konkrete krav til rettsreglene. Noen naturrettsteorier vil utlede de enkelte rettsregler i detalj, ut fra de øverste prinsipper som postuleres. Pufendorf kan nevnes her. Den danske juristen Carl Goos utredet detaljerte krav til rettsreguleringen i kraft av sitt ideale system, og så sent som i 1943 uttrykte Frederik Vinding Kruse en liknende oppfatning i verket *Retslæren*. Andre nøyer seg med bare å oppstille visse prinsipper som rettregelene etter sigende må oppfylle for å gjøre seg fortjent til navnet rett. Slik for eksempel Henrik Palmer Olsen, som argumenterer for at rettsregler som ikke samsvarer med prinsippet PGC (principle of generic consistency) ikke er 'gyldig' rett.

Et stort problem for en slik tilnærmingstype (og for så vidt for moralfilosofi i sin alminnelighet) er hvordan de postulerte grunnprinsipper skal *operasjonaliseres*, det vil si hvordan man skal bruke dem i enkelttilfeller.¹² Juristens hverdag består i å henvise saksforhold under begreper (operasjonalisering av juridiske begreper). Enhver jurist vil således vite at ved å si for eksempel "frihet" og "velbefinnende" (Palmer Olsens eksplikasjon av PGC) har man ikke kommet langt når praktiske juridiske spørsmål skal avgjøres, for eksempel om arbeidsgivers støtte til videreutdanning skal skattlegges som inntekt; hvilken erstatning som skal ydes for avståelse av en del av en bolig tomt til veiformål; om husselgeren har plikt til å gi prisavslag når det viser

11. Se Hart 1994, s. 193-200.

12. Peter Blume nevner også dette poenget i sin kritikk av Palmer Olsen, se artikkelen "Retsidealismens morads", i *Juristen* 1998, s. 123-127, på s. 127.

seg å være råde i husets bærebjelker; om det er straffbart å holde igjen en trikketniker mot hans vilje til politiet kommer, etc, etc. Og noe enklere vil det neppe være å prøve de enkelte lovbestemmelsers 'gyldighet' mot slike prinsipper. I så fall må det utvikles en fortolkningspraksis for å bygge bro mellom prinsipp og enkelttilfelle. Men i en slik fortolkende virksomhet må man jo se hen til en lang rekke hensyn, og det er vanskelig å se hva som blir igjen av naturlig rett etter det.

En annen rettsfilosofisk naturrettsteori er den som hevder, ikke bare at den positive rett må leve opp til moralske krav, men at det overhodet ikke er noen forskjell. Rett og moral er det samme, positiv rett er moralsk rett, rettsanvendelse er anvendelse av naturretten. Noen ganger fremstilles Alf Ross som om han skulle ha hevdet noe slikt. Det er imidlertid ikke riktig. Teorier som tilhører denne kategorien er Hegels rettsfilosofi og enkelte hermeneutiske retninger.

Det må til slutt nevnes at naturretten i enkelte perioder i historien har vært oppfattet som en rettskilde, på linje med lov og sedvane, som man ellers gjerne kalte rettskildene tidligere. Det var særlig den rasjonalistiske naturrettens fortjeneste at naturretten kom til å bli brukt på denne måten, i en tid da lovgivningsaktiviteten var liten og den historiske utvikling skapte behov for rettsutvikling. I dag har naturretten liten betydning som rettskilde på denne måte.

Peter Høilunds teori lar seg vel egentlig ikke så lett innordne i dette skjemaet. Han mener ikke at det er mulig å finne objektive svar i moralske spørsmål, bare at "rettsfølelsen" ikke har fått den plass og oppmerksomhet den fortjener. Rettsfølelsen er imidlertid også for Høilund en rent subjektiv størrelse. Det synes imidlertid ikke å være noen alvorlig innvending for Høilund, i en tid som vår, der 'følelse', 'empati' og lignende er blitt honnørord i det moralfilosofiske vokabular.

Palmer Olsen hevder at det finnes objektive svar i moralen, men nøyer seg med å utlede et visst prinsipp, kalt PGC (Principle of Generic Consistency), basert på en teori av den amerikanske moralfilosofen Alan Gewirth. Han utleder ikke nærmere bestemte krav til de enkelte regler, men hevder at rettsanvendelse "med logisk nødvendighet" forutsetter et moralsk prinsipp, "nemlig PGC".¹³ Det er imidlertid ikke Palmer Olsens mening at all rettsanvendelse og all positiv rett dermed er moralsk, slik at skillet mellom rett og moral skulle være visket ut. Skillet mellom rett og moral er i høyeste grad til stede, like som skillet mellom positiv og 'ideel' rett. Poenget for Palmer Olsen er imidlertid at rett eller rettsanvendelse som er i strid med PGC er "selvmotsigende", og derfor "irrasjonal", noe som videre må medføre at den skal klassifiseres som "retligst ugyldig".¹⁴ Denne kasteløse rett kan imidlertid

13. Palmer Olsen 1997, s. 177.

14. Palmer Olsen 1997, s. 177.

stadig være *relevant* rett i følge Palmer Olsen, og derfor et tema for rettsvitenskapen: "Sådanne retligt ugyldige praksiser vil dog stadig falde indenfor retsteoriens interesseområde. Hovedopgaven for retsteorien vil i disse tilfælde blive at påpege ugyldigheden af en sådan praksis – og fremkomme med forslag til ændringer, der kan bringe praksis i overensstemmelse med PGC".¹⁵ Etter min oppfatning kan man på denne bakgrunn godt si, at Palmer Olsen kombinerer en moralfilosofisk naturretsteori med en rettsfilosofisk rettspositivisme.¹⁶ La oss nå se hva som ligger i sistnevnte begrep.

Rettspositivisme

Ordet 'positivisme' er forslitt, blant annet som følge av den såkalte positivisme-striden i samfunnsvitenskapene. Det har således lett for å oppstå misvisende assosiasjoner ved bruken av dette ordet.

Allerede Auguste Comte (1798-1857) kalte sin samfunnsfilosofi for positivisme, og det er vel derfra ordet har sin opprinnelse.¹⁷ Denne positivismen og rettspositivismen har imidlertid lite med hverandre å gjøre utenom navnet. Også i den empiristiske bevegelse fra Wien – den logiske positivisme – inngår ordet positivisme, der med referanse til empiristiske erkjennelseprinsipper. Ordet er brukt på en annen måte i den sammenstillingen, enn i den definisjon av rettspositivisme som jeg vil bruke (se nedenfor).

Ordet 'rettspositivisme' forveksles av og til med begrepet *positivert* rett, det vil si rett som er fastsatt på en bestemt måte av kompetent myndighet, først og fremst lovgiver. Opprinnelsen til denne betydning av ordet finnes i den latinske termen *positum*, som betyr 'satt'; det tyske ordet for lov, *Gesetz* (setzen = sette), avspeiler det samme. Høilund synes i boken *Den forbudte retsfølelse* å identifisere rettspositivisme med positivert rett. Under overskriften "Lov og ret

15. Palmer Olsen 1997, s. 178.

16. Selv om Palmer Olsen således mislykkes i å underminere rettspositivismen, og selv forutsetter at det ikke er noen nødvendig betingelse for å tale om en rettsregel (eller i hvert fall en regel, eller "praksis", som rettsvitenskapen har til oppgave å beskrive, jfr. Palmer Olsens "relevante" regler) at den samsvarer med moralske krav, skal de praktiske konsekvenser av hans syn ikke undervurderes: Den objektive moral som begrunnelse for en sensur av rettsreglene, legitimerer en mer fremtredende rolle for rettsfilosofer og rettsvitere, på bekostning av institusjoner med demokratisk og samfunnsmessig legitimasjon. Som Peter Blume skriver: "Nogle i og for sig selvbestaltede rettsvidenskabspersoner tillægges således en særlig rolle i samfundet og kan f.eks. bestemme, at lovregler gennemført i overensstemmelse med den demokratiske beslutningsproces ikke er retlige". (Blume 1998, s. 125). At slike holdninger, som deles også av Peter Høilund og David Doublet, igjen kan bli gangbare, kan synes å ha sammenheng med visse trekk i den rettslige og politiske utvikling de siste tiår, der både økonomisk globalisering og politisk internasjonal integrasjon, samt den økende individualisme (som er en fellesnevner for den tilsynelatende kulturelle pluralisme i de vestlige land), virker sammen om å svekke nasjonalstaten og dens demokratiske prosedyre.

17. Auguste Comte, *Cours de philosophie positive* (6 bd, 1830-42).

er ikke det samme”, skriver han: ”Den retning der er toneangivende i skandinavisk retsfilosofi og har været det i hele dette århundre, kaldes retspositivismen. Den antager, at støtte og garanti for retsafgørelser hentes uden for mennesket selv i retskilderne, dvs. hovedsageligt i loven og tidligere retspraksis”.¹⁸ Det gis et misvisende bilde av Ross, når Høilund siden trer denne snevre oppfatning av ’retspositivisme’ ned over hodet på ham, som utgangspunkt for sin kritikk av rettsrealismen.¹⁹

Noen ganger brukes ordet retspositivisme også om en spesiell retning i rettsvitenskapen på 1800-tallet, som la stor vekt på å analysere og systematisere begreper, nemlig den rettslige formalismen (se nedenfor i kapittel III). Denne konstruktivismen eller begrepsjurisprudensen som retningen også kalles, var et angrepsmål både for den frirettslige retning og for Alf Ross og rettsrealistene.

Her skal ordet retspositivisme ikke brukes på noen av de ovennevnte måter, men forstås på følgende vis: For en retspositivist anses det ikke å være en nødvendig betingelse for at en rettsregel skal være ’gyldig’ som rettsregel at den oppfyller visse moralske krav.²⁰ Kriteriene for å identifisere en ’gyldig’ rettsregel innenfor et gitt rettssystem formuleres slik retspositivisten ser det i rettskildelæren, og ikke i moralfilosofien. Hvilke argumenter som kan brukes ved løsningen av rettsspørsmål, er et spørsmål som kan undersøkes empirisk, ved å se hvordan de toneangivende juristene argumenterer (i vårt system Høyesterett, som dømmer i siste instans). Det kan godt være moralske argumenter blant dem. Retspositivister taler derfor ikke om gyldig, men om *gjeldende* rett, som den rett som faktisk gjelder til en viss tid i et bestemt samfunn.

Etter det retspositivistiske grunnsyn er det mulig å beskrive et lands lover og regler – dets gjeldende rett – uavhengig av en moralsk eller annen vurdering av reglenes kvalitet. Man kan si det slik at retten anses å være et faktum, mens spørsmål om dens eventuelle verdi og kvalitet tilhører en annen orden.²¹ Man forplikter seg ikke derved til å mene at man har et privilegert ståsted utenfor historien, språket og alle ens personlige fordommer. Den hermeneutiske innsikt kan etter mitt skjønn godt forenes med retspositivismen. Selv om sontringen mellom verdi og fakta, og forestillingen om at man på nøytralt grunnlag kan beskrive et rettssystem neppe kan opprettholdes fullt ut, betyr ikke det at man må gå til den annen ytterlighet, og hevde at det ikke finnes *noe* skille og *noen* objektivitet. Man kan både i det praktiske virke (for eksempel som dommer)

18. Høilund 1992, s. 21.

19. Høilund 1992, s. 31 flg.

20. Se tilsvarende Hart 1994, s. 185-186.

21. Det er dette som uttrykkes i Austins berømte uttalelse: ”The existence of law is one thing; its merit or demerit another”.

eller i forskning tilstrebe saklighet, selv om fullstendig objektivitet er utelukket.

Rettspositivismen har også praktiske fordeler. En forutsetning for å kunne drive med moralsk eller annen kritikk av rettsregler, er jo at det på forhånd lar seg fastslå hva som i et visst land eller system er gjeldende rett. I praksis godtas dette av naturrettsstilhengere. Bortsett fra den hegelienske varianten ('gjeldende rett er moralsk rett'), er det jo nettopp som en kritikk av gjeldende rett at man tyr til naturretten. Det finnes således knapt noen naturrettsstilhengere, som ikke også i en viss forstand er 'rettspositivister' (det gjelder som nevnt Palmer Olsen). Det spesielle med naturrettsstilhengerne er imidlertid at de vil gi sin argumentasjon ekstra tyngde, ved å påstå at deres syn er tuftet på innsikt i Guds vilje, verdens orden eller menneskets vesen, hvorimot motargumenter er fåfengte. Men det er ingen grunn til å gi dem medhold i det.²²

Fordelen ved å kunne skille mellom gjeldende rett og dens verdi, gjelder også i de spesielle tilfeller der man vil dømme handlinger som tidligere var forenlige med gjeldende rett, ut fra høyere moralske normer, for eksempel fundamentale menneskerettigheter. Det typiske eksemplet er Nürnberg-prosessen. Det som virkelig står på spill i en slik situasjon, er en konflikt mellom to moralske prinsipper; satsen *nulla poena sine lege* – at ingen skal straffes uten etter lov som gjaldt på det tidspunkt handlingen ble begått – og den norm, at handlingen, selv om den var lovlig, må anses moralsk forkastelig i en slik grad at den må straffes, på tross av det første prinsippet. Rettspositivismen gjør det klart for oss at vi står overfor et slikt etisk dilemma, mens en naturretsteori, som ville benekte at nazi-lovgivningen var 'rett', kan tilsløre det.²³

Rettspositivismen slik den her er bestemt er ikke uforenlig med at man anerkjenner en viss form for minimums-naturrett, slik Hart gjør. Den er heller ikke uforenlig med at man selv forsvarer ulike verdistandpunkter, og bedriver en eller annen form for kritikk av gjeldende rett, slik Ross i utstrakt grad gjorde. Og man kan selvfølgelig også søke å påvirke rettskildelæren, for eksempel i retning av at rettsanvendelsen i større grad gjør bruk av frie moralske vurderinger. Muligens er det dette Høilund kan sees som et eksempel på. Han synes å si (i boken *Den forbudte rettsfølelse*): De subjektive, personlige moralske vurderinger – selve rettsfølelsen – må bringes til heder og verdighet igjen og åpent kunne brukes som rettskildefaktor ved rettsanvendelsen. Men dette røkkes ikke ved rettspositivismen.

22. Dette betyr ikke at naturretten, forstått som en viktig tradisjon i den politiske og rettslige idéhistorie, ikke kan være verd et studium, og at refleksjon omkring de emner som regelmessig behandles i naturretstradisjonen kan være fullt ut legitimt.

23. Se til dette Hart 1994, s. 211-212.

Rettspositivismen hos Ross

La oss så gå over til Ross' form for rettspositivisme. Det er en tøffere stil og en sterkere posisjon filosofisk sett, i den betydning at den gjør færre innrømmelser overfor naturretten.

Også for Ross er retten å anse som et faktum: Beskrivelsen av gjeldende rett er noe annet enn vurderingen av dens mulige kvalitet. Ross legger imidlertid noe mer enn Hart i det at retten må være å anse som et faktum. Og han gir naturretten en mer fundamental kritikk, i en egen moralfilosofisk tese. Om det siste først.

Hovedpunktet i Ross' kritikk av naturretten er, "at der ikke gives nogen etisk erkendelse".²⁴ Følgen av dette blir, slik han ser det, at det heller ikke finnes noen naturrett: "al ret er positiv ret".²⁵ Dette er nonkognitivismens essens, anvendt på rettsfilosofien.

Non-kognitivismen bygger på skillet mellom er og bør, som skriver seg fra David Hume. Hvordan kan man utlede setninger som angår hva vi bør eller ikke bør fra setninger som beskriver hvordan tingene er eller ikke er, spurte Hume. Også han kritiserte for øvrig naturretten. I vårt århundre var G. E. Moore (1873-1958) en av de første som på nytt tok opp et tilsvarende syn, i boken *Principia Ethica* fra 1903, etter en tid der metafysiske og idealistiske teorier hadde rådet i moralfilosofien.²⁶ Moore påpekte i likhet med Hume det forfeilede ved at man forsøkte å begrunne moralen ved hjelp av betraktninger omkring menneskets eller samfunnets natur, og kalte dette 'den naturalistiske feilslutning'. I Skandinavia var det den svenske filosofen Axel Hägerström (1868-1939) som på denne tiden først utviklet et non-kognitivistisk syn, men med en annen begrunnelse enn både Hume og Moore. Axel Hägerström regnes som grunnlegger av Uppsalaskolen og hans erkjennelsesteoretiske og rettsfilosofiske verker dannet utgangspunktet også for Ross og de øvrige rettsrealistene.

Hvis utsagn om verdi, rett og plikt m. v. ikke representerer 'erkjennelse', blir spørsmålet hva slags status de i så fall har. Ross' svar er at de er rasjonaliserte uttrykk for subjektive opplevelser av impuls, det vil si at de er uttrykk for følelser. Ross går således inn for det som kan kalles den emotive verditeori, eller kort: emotivismen. (Mer om dette følger i kapittel IV).

Rettsordenen var i følge Ross et "socialt, empirisk faktum". Dette betød nærmere bestemt "at påstanden om, at der til given tid og sted eksisterer en retsorden af et vist indhold" var uttrykk for "et kompliceret sæt af sociale kendsgerninger", som det måtte være mulig å beskrive "ved hjælp af rent faktiske, empiriske udtryk baseret på iagttagelse og interpretation af sociale

24. Ross 1963, s. 504.

25. Loc.cit.

26. I England representert ved Bradley og McTaggart.

kendsgjerninger (menneskelige handlinger og indstillinger)”.²⁷ Ross anla således et rent eksternt perspektiv på retten. Det medførte visse problemer, hvorav et par skal nevnes.²⁸

Ross forsøkte ut fra de to utgangspunktene, at retten var et sosialt faktum og at man måtte anlegge et eksternt perspektiv på de rettslige fenomener, å reformulere rettsvitenskapens oppgave. For å komme på linje med annen empirisk vitenskap, måtte rettsvitenskapen etter Ross’ oppfatning forlate den tradisjonelle beskrivelse, systematisering og vurdering av normer, og bli en adferdsvitenskap der målet var å forutsi (predikere) regelbunden sosial adferd. Rettslig adferd kunne ikke være noe unntak i forhold til annen sosial adferd. En slik utvikling tok han til orde for i verket *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934).

I boken *Om Ret og Retfærdighed* (1953) inkluderte han ”ideologiske” synspunkter i sin prediksjonsmodell, i tillegg til de behavioristiske, det vil si at han betraktet retten ”både som idé og fænomen”.²⁹ Resultatet ble en temmelig komplisert teori om den rettsvitenskapelige oppgave som forutsigelse av dommeradferd, der ikke adferden alene, men også ”den ideologi der besjæler dommerene” måtte tas i betraktning ved verifikasjon av de rettsvitenskapelig påstandene. Teorien er med rette blitt kritisert. Dels er den ikke tilstrekkelig ’vitenskapelig’ i den forstand Ross ønsket, da betingelsene for verifikasjon er altfor løst formulert og ikke kan kontrolleres gjennom eksperiment. Dels, og på grunn av dette, blir den ikke særlig annet enn en forvansket redegjørelse for den tradisjonelle rettsdogmatiske aktivitet. Den ”ideologi” som Ross taler om kan, slik Andenæs har påpekt, ikke være annet enn den tradisjonelle juridiske metode: rettskildelæren.³⁰ Men, som Eckhoff påpeker; målet for Ross synes å ha vært å reservere i hvert fall visse setninger innen rettsvitenskapen som vitenskapelige i streng forstand.³¹

Jeg skal ikke forfølge dette videre, men vender meg nå til spørsmålet om hva naturrettskritikken hos Ross egentlig handlet om.

En ny start

Jeg skal nå argumentere for at Alf Ross’ kritikk av naturretten ikke kan forstås historisk (og knapt nok filosofisk) dersom man ser den isolert, som innlegg i en debatt sammensatt av komplementære filosofiske posisjoner. Av flere grunner er det nærliggende å omformulere problemstillingen og undersøke hva som var det konkrete anliggende for naturrettskritikken.

27. Ross 1963, s. 505

28. Hart veksler mellom eksterne og interne perspektiver, og har en teori om regler sett fra det interne perspektiv, som så vidt jeg kan se løser mange av de problemene Ross støter på når han vil beskrive retten utelukkende eksternt. Se Hart 1994, kapittel VI.

29. Ross 1953, s. 4 og 41 (fotnote).

30. Andenæs i *TJR* 1959, s. 265-266, se Eckhoff 1989, s. 168.

31. Eckhoff 1989, s. 168.

For det første er det ikke til å komme forbi at kritikken av naturrett (og "rettsmetafysikk" mer generelt) spiller en helt fremtredende rolle i Ross' rettsfilosofiske skrifter. Alf Ross behandlet spørsmålet om naturretten en rekke steder. Allerede *Theorie der Rechtsquellen* hadde kritikk av naturretten i vid forstand som sitt filosofiske motiv. Vi så at han ga begrepet en meget vid anvendelse. Avhandlingen fra 1933, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, var ment som en moralfilosofisk forstudie til den egentlige rettsfilosofi. Boken er på 476 tetskrevne sider og tar for seg den praktiske erkjennelse, til forskjell fra den teoretiske. Den kvantitativt største del av boken utgjøres av en historisk gjennomgang og kritikk av ulike moralfilosofiske teorier, der han tar for seg bla. Aristoteles' lære om den praktiske fornuft og Kants pliktetik. Han gir videre utilitarismen fyldig behandling (ca. 100 sider), samt det han kaller sosiologisk etikk, der bla Dürkheim får gjennomgå. I forlengelsen av Kantdrøftelsen, tar Ross også for seg noen nykantianske tenkere, som Cohen og Natorp. Et lite avsnitt vies også Hegel. Alle disse retningene betegnet Ross som naturrett eller kryptonaturrett, ut fra det synspunkt at de alle brøt den grunnleggende moralfilosofiske premiss; at man ikke kan nå til erkjennelse i moralske spørsmål.

Det meningsløse i å hevde at det finnes en erkjennelse i verdispørsmål er også sentrale – man kan si bærende tanker – i avhandlingene *Virkelighed og Gyldighed* (1934) og *Ejendomsrettens Overgang* (1935). I det førstnevnte bygger Ross opp en adferdsvitenskapelig teori om retten mens sistnevnte gjør selve forestillingen om en rettighet til gjenstand for fundamental kritikk.

I det rettsfilosofiske hovedverket *Om Ret og Retfærdighed* (1953) kommer Ross på nytt inn på spørsmålene omkring moralerkjennelse, naturrett og utilitarisme og bruker ca. 75 av 476 sider på disse emnene. Dessuten danner de historiske og kritiske avsnittene om naturretten og utilitarismen en opptakt til verkets avsluttende del, som er viet Ross' syn på rettspolitikkens oppgaver og muligheter. Således kan man si at litt i overkant av en tredjedel av boken viet kritikken av naturretten.

Naturretten er videre gjenstand for kritiske refleksjoner i artikkelen "Naturret contra Retspositivisme" (*TfR* 1963, s. 497-525). Når det gjelder sistnevnte, kan dette forklares ved at Ross der vender seg mot en aktuell nyorientering i naturrettslig retning i tysk rettsvitenskap etter krigen. Endelig har Ross skrevet flere andre tidsskriftsartikler, der naturrett og moralske utsagns logiske status drøftes.

Selv om Ross' forfatterskap har hatt et betydelig omfang og har angått en rekke emner, sitter man uvilkårlig igjen med det inntrykk at behandlingen av moral og naturrett – og særlig avvisningen av alle forestillinger om erkjennelse i slike spørsmål – har inntatt en fremskutt plass i forfatterskapet. Man må ut fra dette slutte at Ross så det som en helt sentral oppgave å bekjempe alle forsøk på å argumentere for moralerkjennelse i sin alminnelighet og naturrett i

særdeleshet. Man ledes derfor til å spørre: *Hvorfor* anså Ross dette som et så viktig tema?

Ross var heller ikke på noen måte alene. Både Hans Kelsen, G. E. Moore, Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, etc. formulerte ulike former for kritikk av naturrett og moral-/rettsmetafysikk på denne tiden. Kritikk av metafysikken må i det hele tatt sies å være et karakteristisk kjennetegn for mye filosofi (særlig retts- og moralfilosofi) fra århundreskiftet frem til 1950-tallet.

Temperaturen i den skandinaviske debatten var dessuten tidvis svært høy: Naturretten var for Ross en "skjøge"; å bruke ordet rettferdighet var "som at slå i bordet"; slike forestillinger er i det hele tatt "magisk-metafysisk" vrakgods fra "menneskehedens barndom", kort sagt: en "intellektuell infantilisme". Nå må nok dette for en viss del tilskrives Ross' personlige stil, men også Ross' samtidige – Vilhelm Lundstedt – som også var sentral innen rettsrealismen, viste ikonoklastisk glød i sin kritiske omtale av metafysikk i rettslæren. I en artikkel om nordisk erstatningsrett fra 1923 omtalte han tradisjonelle tilnærminger til rettsvitenskapen som en "skolastik" som ikke var bedre en middelalderens debatt "om englenes kjønn og pavens skjegg".³² Begge mente for øvrig å grunnlegge en helt ny form for rettsvitenskap.

Videre er det grunn til å peke på visse innholdsmessige trekk ved de kritiske filosofiske teoriene. Ross' emotive verditeori og avgrensing mot "metafysikk" går meget langt i å frakjenne utsagn som ikke er empirisk prøvbare, mening. Selv om mitt hovedanliggende ikke er den filosofiske holdbarheten av Ross teorier, tror jeg det kan sies at hans posisjon neppe står seg fullt ut for kritikk. Det betyr imidlertid ikke at slaget er vunnet ved å påvise at også den logiske positivismen (som Ross i en viss utstrekning bygger på) inneholder utsagn som etter dens egen teori må klassifiseres som 'metafysiske', slik Peter Høiland og Palmer Olsen synes å mene.³³ Dette er i grunnen ganske trivielt, og medfører på ingen måte at verdier blir mer objektive. Men nettopp det faktum at Ross' posisjon var og er kontroversiell og kompromissløs, stiller oss ovenfor følgende historiske problem: Hvorfor kjørte han dette sterke synet frem med slik triumferende glød?

Svaret ligger nesten i dagen: Det var så anvendelig. Hva kunne være mer effektivt i kampen mot tradisjon, autoritet, nedarvede rettigheter, etablerte sannheter, enn å påvise verdistandpunktets subjektive karakter, med rot i den enkeltes følelsesliv? Med etiketten 'meningsløs' kunne terrenget raskt ryddes for nedarvet tankegods og gjøre veien klar for nytenkning, vitenskap og sosiale reformer.

32. Vilhelm Lundstedt: "Kritik av nordiska skadeståndsläror, *TfR* 1923, s. 55-154. (Lundstedt 1923). Om Lundstedt og denne artikkelen, se nærmere nedenfor i kapittel V.

33. Denne kritikken mot den logiske positivismens meningsteori er utført mange ganger, se Riis Floor 1982, s. 128-129.

Et blikk på de emner som berøres av naturrettskritikken klargjør dette poenget ytterligere. De begrepene som realistenes analytiske oppløsning særlig rammet, var begrepene om subjektiv rettighet (sentralt i forbindelse med eiendomsretten), rettsstrid (betydningsfullt for adgangen til å idømme erstatning for skader i forbindelse med industrivirksomhet) og teoriene om at rettsreglene av uttrykk for den suverene lovgiverens vilje (som kunne sees som et hinder for å delegere lovgivningsmyndighet). Dette er begreper, som vel er juridiske, men som også er helt sentrale i økonomi og politikk.

Naturrettskritikkens praktiske relevans kommer frem også på annen måte. Det er ingen tvil om at den realistiske rettsfilosofien har øvet sterk innflytelse på rettstenkningen i Skandinavia siden krigen. Jeg skal siden få anledning til å komme nærmere inn på hvorfor, hvordan og i hvilket omfang dette har skjedd. Det at dette rettsfilosofiske synet trengte igjennom, er en indikasjon på at det må ha hatt en særlig aktualitet; at det har presentert en teori som tilstrekkelig mange, og tilstrekkelige sentralt plasserte, jurister fant overbevisende.

Her kan det innvendes at flere av rettsrealistenes verker, og kanskje Ross' verker i særlig grad, er meget tungt tilgjengelige.³⁴ Hvordan kan tanker bak et slikt filosofisk panser være blitt alminnelig tankegods for vanlige, dødlige jurister? Til det er å si at det er en kjent sak at ikke bare argumentets egen kraft, men en rekke andre forhold spiller inn ved utbredelsen av en ny lære og nye anskuelser. Hvem har vel forstått Einsteins relativitetsteori, eller lest Marx' verker om den materialistiske historieoppfatning i detalj – anskuelser som har forandret hele den moderne tenkemåte? Man kan også si – som Peter Høiland gjør – at jurister etterhvert fikk tillit til at Ross' teorier var riktige, selv om de ikke selv undersøkte saken. Akkurat som for Einsteins og Marx' teorier har for rettsrealismens vedkommende dessuten en rekke disipler utbredt den nye lære og anvendt grunntankene i konkrete tilfeller. I Norge ble Torstein Eckhoff en viktig formidler av rettsrealismen, selv om han også modifiserte Ross' lære i pragmatisk retning; i Danmark var Ross i stor grad sin egen profet.

Alle disse forholdene – naturrettskritikkens dominerende stilling i Ross' forfatterskap (og i en rekke andre av tidens jurister og filosofer); debattens opphetede karakter; kritikkens radikale anvendelighet og det relativt sterke gjennomslaget for disse synspunktene – alle disse historisk-faktiske forhold, gjør det etter min oppfatning påkrevet å undersøke hva som egentlig sto på spill i denne debatten. Hva var det Ross' egentlig ville med sin naturrettskritikk?

34. Svante Nordin omtaler et av Hägerströms filosofiske verker (riktignok ikke rettsfilosofisk i snever forstand), *Das Prinzip der Wissenschaft* (1908) som "ett av de svårbegripligaste filosofiska verk som överhuvudet skrivits". (Nordin 1984, s. 37). Knud Waaben nevner i sin tale til Alf Ross ved tildelingen av den Anders Sandøe Ørstedeske guldmedalje, at "Lettlest er dette forfatterskab ikke. Filosofisk fagsprog sætter sit præg på store dele af det". (Waaben, *UfR* 1972, s. 45).

Ideologi

Svaret på dette er etter min oppfatning, at naturrettskritikken må sees som en ideologikritikk. Bevis for dette vil jeg føre ut over i avhandlingen. I avslutningskapitlet vil jeg sammenfatte hvorfor, hvordan og i hvilken grad rettsrealismen satte seg igjennom som en ny juridisk ideologi, til fortrenghet for de tidligere. Her må det imidlertid sies noe om begrepet 'ideologi'. Jeg skal bruke det i to bestemte betydninger. Men ordet ideologi har vært brukt og brukes i en rekke betydninger, og om disse vil jeg si noe først.

Selv brukte Ross ordet ideologi i en litt spesiell betydning i forbindelse med sin bestemmelse av begrepet 'gjeldende rett'. I sin rettsvitenskapelige prognoseteori, fremsatt i *Om Ret og Retfærdighed*, foretok han en bestemmelse av begrepet gjeldende rett ved, som han sa, en "syntese af ideologiske og behavioristiske synsmåder".³⁵ Ideologi var i denne forbindelse noe som behersket og motiverte dommeren i hans "sjæleliv" når han tok stilling til rettsspørsmål; det som vel må forstås som en henvisning til rettskildelæren. Denne betydningen av ideologi skal vi ikke høre mer om.

En betydning har ordet når man bruker det om ulike *politiske* ideologier, som liberalisme, sosialisme, konservatisme, fascisme etc. Ved denne bruk av ordet kan man si at en ideologi er et samlet sett av oppfatninger som forkynnes og antas i konkurranse med andre, konkurrerende sett av oppfatninger. Når ordet brukes på denne måten, gir det ikke god mening å tale om juridisk ideologi. Derimot vil retten og den juridiske praksis kunne bli påvirket av den politiske ideologi på ulike måter. Dels ved at ideologien som politikk gir seg konkrete utslag i form av lovvedtak. Men også på andre mer indirekte måter, og da kan det være greit å bruke ordet ideologi også på en litt annen måte.

Ordet ideologi har nemlig også en annen vanlig betydning, som nærmere kan assosieres med begrepet ideologikritikk. I marxistisk forstand kan ideologi således være et uttrykk for 'falsk bevissthet', det vil si en teori eller verdensanskuelse, som dels sier noe falskt (uriktig) om virkeligheten, og dels tjener bestemte samfunnsmessige (hos Marx helst undertrykkende) interesser.³⁶ I denne opprinnelige betydning blir ordet litt for meget ladet med verdi. En bedre definisjon, og det ene betydning jeg vil gi ordet i oppgaven, kan være: teorier og anskuelser som har politiske implikasjoner, men som gis ut for å være politisk nøytrale. Det kan nevnes at Ross definerte ideologi som "en teoretisk konstruktion født af behovet for at justifiere en praktisk indstilling eller et handleprogram og tilpasset herefter".³⁷

Et problem med et slik ideologibegrep, og et av mange kritikkpunkter mot Marx, er hvordan man skal forklare at denne typen ideologier etableres og opprettholdes, eller forsvinner og blir erstattet av nye ideologier. Hvis man

35. Ross RR 1953, s. 89.

36. Politikens *filosofi leksikon*, 1983, s. 207.

37. Ross RR 1953, s. 470.

bruker den enkleste modell av ideologi, som falske anskuelser som skal tjene den herskende klasses interesser (og som ikke bare klassen selv, men også de undertrykte formodes å tro på), blir problemet akutt. Hvem er det som setter ut disse falske anskuelserne, og hvordan får de den undertrykte klasse til å tro på dem? Det er vanskelig ikke å havne i konspirasjonsteorier, som kanskje kan ha skjønnlitterære spenningskvaliteter, men liten overbevisningskraft som historisk forklaring.³⁸

Hvis man derimot ser ideologiene også som språklige fenomener, preget av bestemte uttrykksmåter, uuttalte forutsetninger, utbredte tankemessige utgangspunkter, blir det kanskje lettere å forklare slike endringsprosesser.³⁹ Ideologi kan nemlig også forstås i en mer dempet betydning, i forbindelse med den form for lingvistisk kontekstualisering som Skinner og Pocock praktiserer. Det som i denne forbindelse menes med en ideologi, er "a language of politics defined by its conventions and employed by a number of writers".⁴⁰ Ideologi i denne forstand er bare et juridisk eller politisk 'språk', som har en viss utbredelse og visse konvensjonelle begreper og distinksjoner. En ideologi i denne forstand trenger ikke være uttrykk for "falsk bevissthet", men kan være det.

Et sentralt underbegrep i denne definisjonen av ideologi, er begrepet 'konvensjon'. Tully beskriver bruken av dette på følgende måte: "(It is used) heuristically to refer to relevant linguistic commonplaces uniting a number of texts: shared vocabulary, principles, assumptions, criteria for testing knowledge-claims, problems, conceptual distinctions and so on".⁴¹ I ideologien kan det således inngå en rekke ulike elementer; begreper, forutsetninger, aksepterte måter å etablere gyldig viten, etc. Ved å studere nærmere hvordan en forfatter (i vårt tilfelle Alf Ross) påvirker disse konseptuelle elementene og tankemessige vanene, er det mulig å forklare hvordan ideologiske endringer finner sted.

Hvis vi går tilbake til starten av dette kapitlet, vil vi se at Ross' definisjon av naturrett i *Theorie der Rechtsquellen* nesten samsvarer med det første ideologibegrepet jeg har oppstilt her ("ethvert praktisk postulat som innsnugles under skinn av teori"). Det tar jeg som tegn på at vi er på rett vei.

38. For en kortfattet kritikk se Jon Elsters bok: *Hva er igjen av Marx?*, Oslo 1988, s. 191-192.

39. Jon Elster foreslår at man skulle prøve med eksperimentel forskning ved hjelp av innsikter fra moderne kognitiv psykologi, og fremholder at "ideologiteorien må ha mikrogrunnlag hvis den skal nå ut over sitt nåværende nivå som dels er anekdotisk, dels funksjonalistisk, dels konspiratorisk og dels magisk". (s. 225).

40. James Tully, "The pen is a mighty sword", i Tully, *Meaning & Context*, Princeton, New Jersey 1988, s. 9. (Tully 1988).

41. Tully 1988, s 9.

KAPITTEL II

Rettsfilosofisk modernisme

Filosofisk modernisme

I tiden fra ca. 1890 til 1930 oppsto i den europeiske kultur en rekke retninger som alle markerte seg ved en bevisst avvisning av tradisjonen og som kan samles under etiketten modernisme. Med betegnelsen modernisme tenker man nok oftest på tidens nye retninger innenfor musikk, billedkunst, arkitektur og litteratur. Men også i filosofien søkte man på denne tiden, balnt annet under innflytelse av omveltningene i de moderne naturvitenskaper, en kritisk nyorientering, hvortil betegnelsen modernisme er egnet som et stikkord for å lede tanken i de rette baner. Den norske historikeren Fredrik Thue, som blant annet har skrevet om filosofen Arne Næss, er en av dem som har påpekt dette.¹ I en artikkel fra 1997 har han, med henvisning til den logiske empirisme og bevegelsen for enhetsvitenskap, på en elegant måte sammenfattet sin karakteristikk av denne bevegelsen som filosofisk modernisme:

Som den estetiske modernismen sprang bevegelsen ut av en fornemmelse av historisk oppbrudd: den store tradisjon hadde mistet sin forbindtlighet. Kontrasten mellom vitenskap og metafysikk var den retoriske grunnfigur. I dette motsetningsparet representerte vitenskapen det moderne, kritiske og overskridende, mens metafysikken representerte det historiske slagg. Denne figuren hadde tydelige politiske overtoner. Den vitenskapelige forskerånd ble assosiert med demokrati, liberalisme og frihet, mens den metafysiske arv ble knyttet til autoritære samfunnsformer, diktatur og dogmatisme.

(...)

Likesom modernistene i kunst og arkitektur søkte bevegelsen å rendyrke og avgrense den indre logikken i den institusjon den brant for – vitenskapen. Den tidlige Wittgenstein er her et slående eksempel: Med sin *Tractatus Logico-Philosophicus* utforsket han grensene for det rasjonelt forståelige ved radikalt å ta konsekvensene av sitt eget anti-metafysiske utgangspunkt.²

1. Frederik Thue, *Empirisme og Demokrati*, Oslo 1997, s. 16-24.

2. Fredrik Thue, "Deltakar og tilskodar. Om den indre sammenheng mellom erkjennelsesteori, etikk og politikk i Hans Skjervheims forfatterskap", i Hermund Slaatelid (red.), *Regime under kritikk. Hans Skjervheim i norsk filosofi*, Oslo 1997, s. 117-118.

Den karakteristikk som Thue gir av den filosofiske modernismen, er etter min oppfatning egnet til å anskueliggjøre trekk også ved Alf Ross' tenkning og de rettsfilosofiske retninger han var påvirket av og må sees i lys av: Hans Kelsens rene rettslære og Uppsalaskolens rettsrealisme, foruten den logiske empirismen selv.³

Alle disse retningene hadde en kritisk brodd mot tradisjonen. For den rettsfilosofiske modernismens del ville det si mot den herskende rettstenkingen, hvis begreper delvis ble oppfattet som gjennomsyret av politisk ideologi, borgerlig-liberal eller konservativ. Kritikken av naturretten var en kritikk av disse ideologier. Som middel til frigjøring fra de repressive, tradisjonsbundne tankemåtene og som veiviser mot et bedre og mer rettferdig samfunn satte modernistene sin lit til vitenskapen. Men ikke en hvilken som helst vitenskap. Ved kritisk utprøving av den enkelte vitenskapsgrens egen logikk, søkte man grunnlaget for den rene, objektive, upersonlige viten – ikke bare i naturvitenskapene (der dette idealet var så mye lettere oppnåelig fordi disse kunne legitimere seg ved sine praktiske resultater som teknologi), men også i sosialvitenskapene. Vitenskapen skulle være middel til menneskets frigjøring, ikke bare fra naturens herredømme, men også fra uhensiktsmessige og urettferdige sosiale ordninger.⁴

På tross av sine høye idealer var den filosofiske og rettsfilosofiske modernismen ikke noen populær retning i samtiden. Sannhetssøkning er ikke alltid den beste vei til anerkjennelse blant de etablerte lag i befolkningen, og spesielt ikke når denne streben rokker ved disse sammens privilegier og sosiale

3. Også den norske rettsrealisten Gunnar Astrup Hoel, som ga ut boken *Den moderne Retsmetode* i 1925, kan nevnes i denne sammenheng. Astrup Hoel har ikke øvet noen intellektuell innflytelse på Ross, og synes heller ikke direkte påvirket hverken av Kelsen eller Uppsalafilosofien, men må sees som en representant for den samme tankestrømning. Også Astrup Hoel vendte seg således kritisk mot forestillingen om subjektive rettigheter, rettsstrid etc, og ville legge en ny rettsvitenskap på et moderne logisk-kritisk fundament. I dette prosjektet knyttet han imidlertid også forbindelsen tilbake til A. M. Schweigaard, se *Den Moderne Retsmetode*, s. 204-205.

4. Man kan si at dette er kjernen i det som ofte kalles 'det moderne prosjekt', og som har røtter tilbake til opplysningstiden. Alf Ross' tenkning kan sees i lys av disse lengre linjer, men det er sentralt for forståelsen av Alf Ross' tenkning som moderne prosjekt, at han avviste tanken om noen historisk nødvendighet i fremskrittet (i motsetning til blant mange andre Hegel, Marx og Comte). Han fremholdt at fremskritt var *mulig*, ved skrittvis forbedringer av de allerede eksisterende ordninger, og under veiledning fra den empiriske vitenskapens innsikter. Se til dette Ross RR 1953 kapittel XVI "Rettspolitikens mulighet: Mellem skæbne og utopi", og f. eks. kronikken "Kan man være socialist uden at være marxist?", *Verdens Gang* 2, 1948, s. 255-258. Motivet går dessuten igjen som en grunnholdning i alt Ross har skrevet. Hans Blumenberg har forsvart denne versjonen av det moderne prosjekt som modernitetens legitime innhold i verket *Die Legitimität der Neuzeit* (1973-76), engelsk oversettelse: *The legitimacy of the modern age*, Cambridge Massachusetts 1983.

praksiser til beskyttelse av sin eiendom og sin stilling. Hans Kelsens rene rettslære skapte nesten hysteriske anfall i det juridiske establishment, og et ekko nådde helt til København i forbindelse med Ross' disputas. Modernismen ble heller aldri noen filosofisk moteretning. Ulike metafysiske og eksistensialistiske filosofiske retninger var, særlig i Tyskland, vel så fremtredende i mellomkrigstiden som Wienerkretsens analytiske filosofi og Kelsens rene rettslære. Det er nok å nevne Martin Heideggers store verk *Sein und Zeit* som kom ut i 1927, og som, på tross av Heideggers forbindelser med nazistene, øvet stor og vedvarende tiltrekning, og influerte sentrale etterkrigsfilosofier som Jean Paul Sartre og Hans-Georg Gadamer. Ross bemerket således lakonisk i forordet til *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), der han proklamerte verkets antimetafysiske karakter: "Mein Buch ist in einer Zeit, in der man die Forderung einer neuen Metaphysik als Schlagwort geprägt hat, ganz unmodern".⁵ Men, tilføyde han, kanskje ville filosofiens utvikling føre til en omvurdering, og forøvrig var det ikke sikkert at det var så umoderne å være anti-metafysisk, hvis man bare så ut over filosofenes snevre krets, hvis håndverk det jo var å bedrive metafysikk og levere produkter "als eine Art verfeinerte Religion für die gebildeten Schichten".⁶

Kunsten å vekke forargelse. Hans Kelsens rene rettslære⁷

*Man skal være meget varsom med at karakterisere en Retning som sindsyg.
Men en aandelig sterkt perverteret Retning har i al Fald visse Lighedspukter hermed.*
Viggo Bentzon⁸

Hans Kelsen (1881-1973) var født i Praha, utdannet seg som jurist, og var professor i rettsvitenskap ved universitetet i Wien fra 1911 til 1930, da han ble utnevnt til professor i Köln. Ved Hitlers maktovertagelse i 1933 ble han tvunget til å forlate Tyskland, og etter kortere perioder som professor i Praha og Geneve, emigrerte han til USA i 1940. Han er kjent som grunnleggeren av den såkalte rene rettslære, en rettsfilosofisk retning som ikke bare vakte Viggo Bentzons forargelse.

5. Alf Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Kopenhagen und Leipzig 1933, s. 12. (Ross 1933).

6. Ross 1933, s. 12.

7. Tittelen er hentet fra en aviskronikk Alf Ross skrev i anledning en bok av Ingemar Hedenius om blant annet aktiv dødshjelp; Alf Ross, "Kunsten at vække forargelse", *Politiken* 17. mars 1965.

8. Viggo Bentzons votum ved bedømmelsen av Ross' første avhandling, s. 5. Bentzon karakteriserer med disse ordene Hans Kelsen og dennes tilhengere, etter også å ha servert denne salven: "Kelsen, Føreren for den moderne Wiener-skole, hører for saa vidt til de allertommeste, som hans hypotetiske Urnorm, hvorfra alle andre Normer skulde kunne deduceres, ligesom hans Byggen paa 'Sollen' og Rettens normative Karakter aldeles gennemgaaende forekommer mig at være den rene Vilkaarlighed eller Tankegymnastik".

Alf Ross studerte under Kelsen i Wien i 1923-24, og er utvilsomt influert av ham på en rekke punkter, ikke bare der hvor han uttrykkelig vedkjenner seg sin gjeld til den store østerrikske filosof.⁹ Hans første avhandling *Theorie der Rechtsquellen* var, til tross for at Ross allerede der hadde beveget seg i retning av Uppsala-filosofenes oppfatninger,¹⁰ sterkt preget av Kelsens naturretts- og ideologikritikk, og ble tilegnet ham.¹¹

Kelsen var selv ikke i tvil om hva som var den egentlige årsaken til de mange lidenskapelige og fordømmende utfall mot hans nye, rene rettslære. I forordet til boken *Reine Rechtslehre* (1934) skrev han:

Striden (om den rene rettslære; min tilføyelse) angår i realiteten ikke rettslærens stilling innenfor vitenskapen, og de konsekvensene som gir seg av det, selv om den ofte tar seg slik ut; men om rettsvitenskapens forhold til politikk, om den rene adskillelse av den ene fra den andre, om å gi avkall på den rotfestede vane, i navn av en vitenskap om retten, i det man altså påkaller en objektiv instans, å foredra politiske krav, som bare kan ha en høyst subjektiv karakter, også når de, i den beste tro, opptrer som et ideal utfra religion, nasjon eller klasse.

Dette er grunnen til den nesten til hat grensende opposisjon mot den rene rettslære.¹²

Ved kritikken av ideologienes herredømme i rettstenkningen og ved skillet mellom vitenskap og politikk, hadde nemlig den rene rettslære rørt ved viktige interesser i samfunnet, fremholdt Kelsen, "ikke minst ved de yrkesmessige interesser til juristene":

Han (juristen; min tilføyelse) gir begripeligvis bare ugjerne avkall på selv å tro og få andre til å tro, at han med sin vitenskap besitter svaret på hvorledes interessekonflikter i samfunnet skal løses på 'riktig' måte; at han, fordi han kjenner retten, også er yrkesmessig er kalt til å bestemme hva slags innhold den skal ha; at han ved sin streben etter

9. Det er ikke anledning til å gå nærmere inn på det nøyaktige forholdet mellom Kelsens rene og Ross' realistiske rettslære her. Det kan bare kort nevnes at Ross nok ofte søkte å legge større avstand mellom seg selv og Kelsen enn det reelt var grunnlag for. Se blant annet den meget kritiske (og ikke helt rettferdige) anmeldelse av Kelsens *Reine Rechtslehre* i artikkelen "Den Rene Rettslæres 25-Aars Jubilæum", *TjR* 1936, s. 304-331. Se og Hans Kelsens artikkel "Eine 'realistische' und die reine Rechtslehre", i *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* N. F., Bd. 10, 1959, s. 1-25, der Kelsen selv foretar en sammenligning av de to lærere. Se også Preben Stuer Lauridsens artikkel "Kelsen og Ross" i *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff*, 1986. Stuer Lauridsen går kanskje for vidt i å frakjenne Ross selvstendig filosofisk betydning.

10. Se *Theorie der Rechtsquellen* kapittel X og XI.

11. Forholdet mellom *Theorie der Rechtsquellen* og Ross' øvrige forfatterskap er så vidt jeg har kunnet se ikke gjort til gjenstand for noen undersøkelse. Bortsett fra noen observasjoner i teksten nedenfor, vil det heller ikke her bli anledning til en nærmere analyse av dette.

12. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Neudruck der 1. auflage, Leipzig und Wien 1934, Aalen 1985, s. xi. (Kelsen 1985). Denne, og alle følgende oversettelser, er gjort av meg til bruk her. Jeg har valgt å oversette enkelte av de lengre passasjene fra Kelsen for å gjøre teksten lettere å lese.

å øve innflytelse på rettsutviklingen, har noe mer å vise til i forhold til de andre politikerne, enn det å være en simpel samfunns-tekniker.¹³

Med hensyn til den – om så bare negative – politiske virkning som slik løsrivelse fra politikken betød, var det forståelig, mente Kelsen, at motstanderne var lite tilbøyelige til å verdsette den rene rettslære høyt som teori. Den var kritisert, fremholdt han, som et tomt spill med hule begreper, for sine subversive tendenser i samfunnet, for at den fjernet retten fra det pulserende liv, for at den selv bare var et uttrykk for bestemte politiske verdier, "demokratisk-liberale" hevdet fascistene; "fascistiske" hevdet de liberale eller sosialdemokratene. "Kort sagt", skrev Kelsen, "det finnes overhodet ingen politisk retning som man ennå ikke har mistenkt den rene rettslære for å romme. Men det beviser bare bedre enn den selv kunne gjøre det: dens renhet".¹⁴ Og dette metodiske postulat – rettsvitenskapens renhet – kunne det ikke for alvor reises spørsmål om, sluttet han, hvis det i det hele tatt skulle finnes noe slikt som en *retts-vitenskap*. Det eneste man kunne være i tvil om, var i hvilken grad det var oppnåelig.

I det prosjekt, å rense rettslæren fra uberettiget innflytelse fra politiske ideologier, inngikk også en kritikk av naturretten. Naturretten hadde nemlig, i følge Kelsen, en ideologisk funksjon. Denne ideologiske funksjon lå blant annet i påstanden om at retten måtte samsvare med moralen, og derved ta del i dennes krav på verdi. Dette var en forestilling som det fremfor noe annet var om å gjøre for den rene rettslære å ta avstand fra. Identifiseringen av rett og moral kunne tjene forskjellige politiske interesser, – men mest av alt de konservative. Dersom man unnlot å forsvare skillet mellom rett og moral, gjorde man også knefall for nettopp slike interesser:

Jo mindre man anstrenger seg for å skille disse tydelig fra hverandre (rett og moral), jo mer ettergivende man er overfor den rettssettende makts bestrebelse på å la retten gjelde som rettferdighet, desto mer yter man støtte til de ideologiske tendensene som kjennetegner den klassisk-konservative naturrettslære: For denne var det ikke så mye kjennskapet til gjeldende rett, som rettferdiggjøringen av denne som var poenget.¹⁵

Men sammenblandingen av rett og moral kunne også tjene revolusjonære politiske mål. Den revolusjonære naturrettslære, "som i rettsvitenskapens historie spiller en forholdsvis beskjeden rolle", påberopte seg moralen for å stille den aktuelle rettslige regulering i et dårlig lys:

13. Kelsen 1985, s. xi-xii.

14. Kelsen 1985, s. xiii.

15. Kelsen 1985, s. 16.

Den setter spørsmålsteget ved den positive rettens gyldighet ved å hevde en eller annen forutsatt absolutt ordning, som den strider mot. Derved setter den rettsvirkeligheten i et på alle måter ugunstig lys, siden den motsier sannheten.¹⁶

Dette var de mest fundamentale ideologiske funksjoner som naturretten kunne ha. Men Kelsen var selvfølgelig klar over at den klassiske form for naturret, enten denne hadde antikk-kosmologisk, religiøs eller rasjonalistisk forankring, på overflaten var tilbakevist av både den historiske skole og rettspositivismen (dvs. formalismen hos blant andre John Austin). Dette var imidlertid ikke til hinder for at fordekte rettspolitiske resonnementer fortsatt preget rettstenkningen, fremholdt Kelsen. En ideologisk rensning av jussen var påkrevet selv etter at de rasjonalistiske naturrettslærene tilsynelatende var overvunnet i løpet av 1800-tallet:

Disse ideologiske tendensene, hvis maktpolitiske hensikt eller virkning ligger i dagen, behersker stadig vekk dagens rettsvitenskap, også etter den tilsynelatende overvinnelse av naturrettslæren.¹⁷

Denne observasjonen er helt vesentlig både for forståelsen av Hans Kelsen, og for en riktig vurdering av hva som var Ross' anliggende med kritikken av naturretten. Dette var ingen kritikk av naturretten i sin klassiske form, men først og fremst en kritikk av den rettslige formalismen, friretten og de nedarvede rettslige begreper med ideologisk belastning. For hvordan ytret de maktpolitiske tendensene som Kelsen talte om seg i samtidens rettstenkning, etter den tilsynelatende overvinnelsen av naturretten? Kelsen kom inn på dette i forbindelse med sin kritikk av rettighetsbegrepet. Han skrev:

Det er lett å innse den ideologiske funksjon til denne i seg selv helt selvmotsigende begrepsbestemmelse av den subjektive rettighet og rettssubjektet: Det gjelder å opprettholde forestillingen om at den subjektive rettighet, det vil altså si den private eiendomsrett, skulle være en transcendent kategori overfor den objektive rett, og derfor representere en uoverstigelig skranke for den innholdsmessige fastsettelse av rettsordningen. Begrepet om en subjektiv rettighet uavhengig av og forskjellig fra den objektive rett blir desto viktigere, når den sistnevnte, det vil si den rettsordning som hittil har beskyttet den private eiendomsrett, blir kjent som en tilfeldig ordning som stadig skifter, skapt av menneskene og ikke av Guds evige vilje, fornuften eller naturens ordning. Særlig gjelder det når fastsettelsen av denne ordningen foregår i en demokratisk prosedyre. Tanken om en subjektiv rettighet forskjellig fra og i sin eksistens uavhengig av den objektive retten, som ikke er mindre, men sogar kanskje mer 'rett' enn denne, skal beskytte den private eiendomsrettens institusjon fra en opphevelse gjennom rettsordningen. Det er ikke vanskelig å forstå hvorfor ideologien om den subjektive rettighet knyttes til den etiske verdi av den individuelle frihet og den autonome personlighet, når eiendom også alltid er innesluttet i denne frihet. En ordning

16. Kelsen 1985, s. 16.

17. Kelsen 1985, s. 16.

som ikke anerkjenner menneskene som frie i denne betydning, det vil si en ordning som ikke verner den subjektive rettighet, skal overhodet ikke kunne betraktes som en rettsordning.¹⁸

Så klart som dette uttrykte aldri Ross seg om de juridiske ideologier. Han tok imidlertid de samme begrepene opp til kritikk og foretok tilsvarende funksjonelle omtydninger som Hans Kelsen. Tilsvarende emnevalg og ideologikritisk tendens finnes i forskjellig grad også hos Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt og Gunnar Astrup Hoel.

Sitatet viser også at Kelsen knyttet den subjektive rettighetens ideologi uttrykkelig til kampen om den private eiendomsrett, og at han ikke var det minste i tvil om den reelle grunn for koblingen mellom menneskerettigheter og rettsorden. Det kan være grunn til et øyeblikks refleksjon på dette punkt. Hans Kelsen utformet sin rene rettslære i tiden fra 1911 til 1934. I 1917 gjennomgikk Russland en sosialistisk revolusjon etter en politisk ideologi, hvis merkesak var avskaffelsen av den private eiendomsrett. Dette var (selv om denne revolusjonen skjedde i et kapitalistisk sett utviklet område) bare det mest ekstreme uttrykk for den politiske og ideologiske kamp som foregikk rundt århundreskiftet i alle de vestlige land. I takt med arbeiderbevegelsens stadig stigende politiske betydning, og i kjølvannet av en liberalistisk økonomis, og rettslig ideologis, forarbeide på 1800-tallet (massearbeidsløshet, sosial usikkerhet og elendighet; se kapittel III), banet nye politiske og juridiske tenkemåter seg vei. Når vi tenker over at den politiske maktkampen dreide seg om et juridisk begrep – eiendomsretten – er det ikke overraskende at Hans Kelsen drev ideologikritikk på dette punkt.¹⁹ Det som er overraskende, er at denne konteksten i våre dager ser ut til å være glemt.²⁰

En nødvendig del av Hans Kelsens ideologikritiske prosjekt, var en kritikk av selve forestillingen om at det fantes objektivt riktige moralske regler og prinsipper. I *Reine Rechtslehre* analyserte Kelsen disse forestillingene blant annet i forbindelse med en kritikk av tanken om at det skulle finnes en materiell rettferdighet, som kunne ha betydning for hvilket innhold retten skulle ha.

Hvordan, innledet Kelsen med å spørre, forestilte man seg begrepet rettferdighet i den tradisjonelle moralfilosofi og rettslære? Jo, rettferdighet skulle være rettens innhold som *moralsk* kategori. Dette innebar at rettferdighet måtte være en absolutt *verdi* (det vil si motsatt av relativ: uavhengig av den faktiske rettsregel eller den enkeltes interesse). Rettferdighet kunne være uttrykk for at retten oppfylte moralrikets krav, eller kunne opptre som et korrektiv til den gjeldende rett. Forholdet mellom rett og rettferdighet innebar dermed en dua-

18. Kelsen 1985, s. 43-44.

19. Selvfølgelig ikke bare om det. Spissformuleringen skal understreke det prinsipielle poeng: jussens betydning i historien, og de politiske ideologienes (og derigjennom historiens) betydning for jussen.

20. Dette er i hvert fall tilfelle for Ross-litteraturens vedkommende.

lisme, påpekte Kelsen. Den moralske komponent i denne dualiteten (rettferdigheten) var av "metaphysischen Charakter", likesom idéene i Platons idélære eller Kants Ding an sich. Dermed var den også umulig å erkjenne på rasjonell måte:

Slik som det – allerede forutsetningsmessig – er umulig å bestemme idéens vesen eller tingen i seg selv ved en vitenskapelig, det vil si rasjonell, erfaringsorientert erkjennelse, så er det umulig på en slik måte å besvare spørsmålet om hva som er rettferdig.²¹

En objektiv, absolutt rettferdighet, mente Kelsen, kunne derfor ikke bestemmes, hverken ved den rene rettslære, eller på noen annen måte. Han forfektet således et ikke-kognitivt standpunkt, i likhet med Hägerström, Ross og en rekke andre.

Alle tidligere forsøk på å bestemme rettferdighetens vesen hadde, i følge Kelsen, "zu völliger leeren Formeln geführt".²² Også det kategoriske imperativ (Kant) måtte anses for "ganz inhaltlos".²³ Idéer om moral og rettferdighet var nemlig ikke uttrykk for erkjennelse, men for vilje og handling: "Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal".²⁴ Et forsøk på å gripe det irrasjonelle ved det rasjonelle kunne ikke føre til annet enn tomme formler; tautologier, som ikke skjulte annet en identitetssetningen: godt er godt, og ikke ondt. "Diese denaturierung des Problems ist die unvermeidliche Folge der Logifizierung eines von vorherein logosfremden Objekts".²⁵ Det kan bemerkes at denne angrepsmåten minner om Ross' påstand om at selve begrepet praktisk erkjennelse innebar en logisk motsigelse, det vil si at kategoriene praksis og teori ble blandet sammen.²⁶

Også menneskeslektens endeløse og resultatløse streben etter å finne svaret på rettferdighetens vesen, var et tegn på problemets uløselighet: "Die Geschichte des menschlichen Geistes, der sich seit Jahrtausenden vergeblich um die Lösung dieses Problem bemüht", beviste i følge Kelsen, at kjennskap til rettferdighetens vesen ikke var oppnåelig på rasjonell måte. Det man kunne erkjenne på rasjonelt vis, var ikke rettferdighetens vesen, men at samfunnslivet og dermed rettens arbeidsområde besto av interesser og interessekonflikter; av politikk, ikke moral:

Sett fra den rasjonelle erkjennelsens standpunkt, finnes det bare interesser og interessekonflikter, hvis løsning følger av en interesseavveining, som enten tilgodeser den ene

21. Kelsen 1985, s. 14.

22. Kelsen 1985, s. 14.

23. Kelsen 1985, s. 14.

24. Kelsen 1985, s. 15-16.

25. Kelsen 1985, s. 15.

26. Og lenger tilbake om David Humes påpekning av at man ikke kan si noe om hva som *bør* være ut fra hva som er.

interesse på bekostning av den andre, eller lager et kompromiss mellom de motstående interessene.²⁷

Hvordan skulle det forøvrig forklares at det eksisterte en positiv rettsorden, dersom det virkelig fantes en objektiv moral og en naturlig rett?

Fantes det en rettferdighet i den betydning man pleier å påberope seg ved å hevde dens eksistens når man vil sette visse interesser igjennom overfor andre, da var den positive rett fullstendig overflødig og dens eksistens helt ubegripelig. Stilt overfor forekomsten av en absolutt god samfunnsordning, gitt ut fra naturen, fornuften eller den gudommelige vilje, ville den statlige lovgivers virksomhet være som det tåpligste forsøk med kunstig belysning i strålende solskinn.²⁸

Forsøk på å innvende at rettferdigheten ikke var helt absolutt eller helt objektiv, gjorde slik Kelsen så det, ikke saken bedre:

Den vanlige innvending: det finnes dog en rettferdighet, den lar seg bare ikke – eller hva som kommer ut på ett, ikke entydig – bestemme, er en motsigelse i seg selv; og i denne selvsamme motsigelse ligger den typiske ideologiske tilsløring av det sanne, alt for smertlige saksforhold. Rettferdighet er et irrasjonelt ideal. Så uunnværlig det enn måtte være for menneskets vilje og handling; for erkjennelsen er det utilgjengelig. For denne er bare den positive retten gitt, eller rettere: tilkjennegitt.²⁹

Axel Hägerström

De stærke Svingninger hos denne Forf. mellem hans forste yderliggaaende Standpunkt: at tillægge de moralske og retslige Regler en ubetinget apriorisk Gyldighed. ... til det modsatte yderliggaaende Standpunkt, hans nuværende: at denne Gyldighed er en uvidenskabelig Metafysik, uden Bund i Erfaringen. - hænger sammen med, at Forf. er et meget paavirkeligt Gemyt.
Vinding Kruse³⁰

Naturrettskritikken hos Ross – som allerede var påbegynt i *Theorie der Rechtsquellen* – fikk sin definitive utarbeidelse i boken *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis* fra 1933. Idéen til *Kritik* fikk Ross da han studerte under Axel Hägerström i Uppsala i 1928-29, og boken er tilegnet ham. Ross nevner også Hägerström i forordet til *Om Ret og Retfærdighed* som den som åpnet hans øyne for "moralmetafysikkens tomhet".³¹ Selv om det således er

27. Kelsen 1985, s. 15.

28. Kelsen 1985, s. 15.

29. Kelsen 1985, s. 15-16.

30. Vinding Kruse, "Til Etikens og Retslærens Problemer", *TJR* 1934, s. 259-295, på s. 260. (Vinding Kruse 1934). Artikkelen er en anmeldelse av Ross' avhandling *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (samt *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*), som nesten ord for ord bygger på Vinding Kruses votum ved Ross søknad om doktorgraden i 1933.

31. Ross RR 1953, s. 4.

klart at den filosofiske avklaring som kom i Ross' tenkning med dette verket for en vesentlig del skyldes innflytelsen fra Hägerström (og Adolph Phalén),³² er det imidlertid ikke grunnlag for å konstatere noen fundamental endring i prosjekt og anskuelser før og etter Uppsala. Snarere er det i forhold til naturrettskritikken tale om en viss kontinuitet fra *Theorie der Rechtsquellen* og videre i forfatterskapet. Denne forståelsen bekreftes også av Ross selv. I et notat fra slutten av 1970-tallet som finnes blant de etterlatte papirer skriver Ross: "Let me add that I have never (such as Lundstedt) experienced any "conversion" but felt the different phases of my thinking to be steps in a continuous evolution".³³ Vinding Kruses uttalelse, sitert i ingressen, om de "stærke Svingninger", må derfor tas med en klype salt.

Axel Hägerström ser ut til å ha vært et menneske som alt fra sin tidlige ungdom så seg om etter en lære, for hvilken han kunne virke som en profet og billedstormer. Svante Nordin har i boken *Från Hägerström till Hedenius* beskrevet Hägerströms intellektuelle utvikling,³⁴ og observerer at "Hägerström kände sig kallad att genomföra en kopernikansk revolution inom filosofin långt innan han skrivit de verk som han sedermera skulle betraka som grunden för sådana anspråk".³⁵ Han var født i 1868 som sønn av en prest og tenkte opprinnelig å studere teologi. Under innflytelse av tidens idéklima ble han imidlertid ført i retning av filosofien, og etter universitetsstudier ble han filosofisk doktor og deretter docent i praktisk filosofi i 1893. To år senere inntraff en krise i hans karriere da hans søknad til et ledig professorat ble forkastet, med blant annet den begrunnelse at de sakkyndige mente han var umoden og inkompetent (ikke ulikt mottagelsen Alf Ross noe senere fikk i det danske juridiske miljø). Hägerström reagerte kraftig. Han skrev et langt innlegg til sakkyndig-komiteén og opprørte brev til venner og familie. I et brev til en venn forteller han hvordan han vil komme med et kraftig angrep på de sakkyndige og hevde at de ikke hadde rett til i det hele tatt å uttale seg i filosofiske spørsmål. Selv om dette ikke ville være helt ufarlig for hans fremtidige akademiske karriere, følte han seg imidlertid helt i sitt ess og han anså at hans misjon var "att brottas med stormerna på livvets ocean." Og, la han

32. Ross fulgte også forelesninger med Adolph Phalén mens han var i Uppsala, blant annet en serie med tittel "Varseblivning, föreställning och sansning", der emnet var erkjennelsesteori fra David Hume og fremover. Se "Notater til Axel Hägerström", i: Alf Ross: *Notater, særtryk m.m.*, Det Kongelige Bibliotek, Håndskriftsamlingen, acc. 1991/24, kps. 2.

33. Alf Ross: "Some comments on dr. Hernandez' questions concerning the evolution of my works", notat, Etterlatte papirer, Det Kongelige Bibliotek, Utilg. 771, Kps. 13.

34. Omtalen av Axel Hägerström og hans filosofi i dette avsnittet bygger i stor grad på fremstillingen hos Svante Nordin 1984. For en mer omfattende og detaljert studie av Hägerströms filosofi, med en biografisk skisse, se Jes Bjarup: *Reason, emotion and the law. Studies in the philosophy of Axel Hägerström*, Aarhus 1982.

35. Nordin 1984, s. 26.

til, "jag känner inom mig världsandens bud, att jag skall offra mit lif för kommande släkten."³⁶

Hans fremste bidrag til de kommende slekter var kanskje den ikke-kognitive moralteori, og dens anvendelse på rettsfilosofien. Hägerströms praktiske filosofi var avledet av de grunnleggende posisjoner innenfor hans teoretiske filosofi. Utviklingen av denne forløp i to faser, med en 'vending' etter hovedverket *Das Prinzip der Wissenschaft*.³⁷ Den viktigste intellektuelle innflytelse til den første fasen synes å ha vært nykantianismen, særlig Marburgerskolen med Hermann Cohen og Paul Natorp som de fremste representanter.³⁸ Nykantianerne var opptatt av å gi et tilfredsstillende vitenskapsteoretisk fundament for naturvitenskapene og viste motvilje mot spekulative systemer og metafysikk. Deres ambisjoner gikk mer i retning av å gi filosofien en sober, vitenskapelig utforming.³⁹

Hägerström søkte også etter det teoretiske grunnlaget for hvordan erfaringens objektivitet kunne forklares. Hans tidlige svar på dette, for eksempel i verket *Stat och rätt* (1904) kan karakteriseres som en slags idealistisk rasjonalisme. Her forklarte han muligheten av objektiv kunnskap med, at det dreide seg om en ren selvbevissthet, forstått som et logisk prinsipp adskilt fra de enkelte psykiske subjektene.⁴⁰ I *Das Prinzip der Wissenschaft* (1908) gikk han over til en filosofisk realisme. Kunnskapsprinsippet forstås ikke lenger som subjekt eller som bevissthet, men som logisk system og identifiseres med årsaksammenhengene i tid og rom.⁴¹ Dermed falt idealismen, siden virkelighet og bevissthet ikke lenger ble ansett for å være det samme. Likeså falt transcendentalismen: Det finnes ikke noen virkelighet bak årsakssammenhengene i tid og rom (slik Kant hevdet), fremholdt Hägerström. Kategoriene rom, tid og kausalitet var ikke fenomener av en bakenforliggende Ding-an-sich, men er selv den absolutte og eneste virkelighet. Dette erkjennelsesteoretiske synet impliserte en ikke-kognitiv teori om moralen.⁴²

En etisk erkjennelse måtte være erkjennelse om noe, fremholdt Hägerström. Men verdier var ikke noe som kunne påvises som objekter i den ytre verden. Antagelsen av en etisk erkjennelse måtte derfor innebære at det fantes en slags 'verdiobjekter' i en egen verdiverden hinsides den i tid og rom ordnete verden. Å forutsette flere virkeligheter ved siden av hverandre, var imidlertid slik Hägerström så det en *logisk selvmotsigelse*. Dermed var det utelukket å oppnå kunnskap om etiske spørsmål.

36. Sitert etter Nordin 1984, s. 26.

37. Hägerström karakteriserte selv teoriene han fremla i dette verket som sitt nye standpunkt og brudd med transcendentalfilosofien, se Nordin 1984, s. 37.

38. Nordin 1984, s. 30-31.

39. Nordin 1984, s. 10.

40. Nordin 1984, s. 35.

41. Nordin bruker uttrykket "natursammenhængen".

42. Nordin 1984, s. 40.

Utsagn om verdier og moral, var derfor ikke utsagn om noe sant eller virkelig. Derimot var de i følge Hägerström uttrykk for *følelser*. At så mange trodde på objektive verdier, forklarte Hägerström med at det lett oppstår en projeksjon hvorved følelsene overføres på virkeligheten og blir oppfattet som svarende til objektive verdier.

Hägerströms verker etter *Das Prinzip der Wissenschaft* kom således i stadig sterkere grad til å preges av *kampen mot metafysikken*. Hans intellektuelle selvbiografi *Selbstdarstellung* fra 1929 bar mottoet "Praeterea censeo metaphysicam esse delendam" (for øvrig mener jeg at metafysikken bør ødelegges. Fritt etter den romerske senatoren Cato, som mente at Kartago burde ødelegges). Her hadde Hägerström funnet sin misjon.

Hägerström skrev i betydelig omfang innen rettsfilosofiske emner. Allerede før den naturalistisk-materialistiske vendingen utga han som nevnt verket *Stat och rätt* (1904). Etter 'vendingen' var det det ikke-kognitive standpunkt, og idéhistoriske funn av magiske forestillinger i de opprinnelige rettsbegrepene, som var de grunnleggende premisser. I forestillingene om ulike rettigheter og forpliktelser – eiendomsrett, kontraktsforpliktelser osv – så Hägerström uholdbar metafysikk og rester av magiske og animistiske forestillinger. I avhandlingene *Är gjällande rätt uttryck för vilja* (1916) og *Till frågan om den objektiva rättens begrepp* (1917) kritiserte han blant annet den rettslige formalismens imperativ- eller viljesteori; en sentral forestilling i den borgerlig-liberale juridiske ideologien. I det store verket *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* (1927) søkte han å påvise hvorledes romerrettens grunnleggende begreper hadde sin opprinnelse i magiske forestillinger. Dette prosjektet var ikke bare et uttrykk for Hägerströms brede interesser, men høyst aktuelt, siden romerretten, etter den historiske skole, hadde vært en vesentlig kilde til begrepsdannelser i 1800-tallets rettsvitenskap (se nedenfor i kapittel III).

Vi skal siden i kapittel IV se hvordan Alf Ross tok opp en del av disse elementene i sin egen rettsfilosofi.

Alf Ross og den logiske empirisme

Alf Ross var den eneste av medlemmene i den skandinaviske rettsrealismen som var direkte influert av den logiske empirisme.⁴³ Hverken Hägerström, Lundstedt eller Olivecrona ser ut til å være blitt påvirket av denne retningen.⁴⁴ Innflytelsen fra den logiske empirismen kom imidlertid på et nokså sent

43. Denne filosofiske retningen kalles også ofte logisk positivisme. For å unngå sammenblanding og ubegrunnet identifisering med Comtes positivisme og rettspositivismen, bruker jeg her betegnelsen logisk empirisme. Denne betegnelsen gir også best uttrykk for den forening av logisk analyse og visse empiriske erkjennelsesprinsipper som karakteriserer kretsen.

44. Jes Bjarup, *Skandinavischer Realismus*, München 1978 (Bjarup 1978), s. 10.

tidspunkt i forfatterskapet, og kan vel mest av alt sees som uttrykk for at Ross ønsket å bringe sin rettsfilosofi i overenstemmelse med det beste innenfor "moderne videnskabeligt orienteret filosofi".⁴⁵

Ross fremhevet således i *Om Ret og Retfærdighed* at rettsrealismen var forenet med den logiske empirisme i "afvisning af al spekulativ erkendelse grundet i a priorisk fornuftsindsigt, den såkaldte metafysikk".⁴⁶ Han bygget i dette verket på de logiske empiristenes verifikasjonsteori som grunnlag for å avvise spørsmål om moral og rettferdighet fra vitenskapens arbeidsfelt, og på Charles Stevensons utvikling av den emotive verditeori.⁴⁷ Selv om de logiske empiristene ofte, og med god grunn, omtales som en bevegelse, var de også innbyrdes ganske forskjellige.⁴⁸ Ikke uten grunn var det imidlertid om denne retningen at Frederik Thue brukte betegnelsen modernisme. De logiske empiristenes program for å eliminere metafysikken, har også fått flere til å tale om en "revolusjon i filosofien".⁴⁹

Bevegelsen hadde sin opprinnelse i Wien.⁵⁰ En forløper for bevegelsen oppsto allerede i årene før første verdenskrig, da en del yngre vitenskapsmenn jevnlig kom sammen på en kafé i Wien for å diskutere vitenskapsteoretiske problemer. En av lederne var Moritz Schlick (1882-1936). Schlick var utdannet i teoretisk fysikk og hadde studert under Max Planck. Han hadde siden beskjeftiget seg med erkjennelsesteoretiske og vitenskapsfilosofiske problemer. Schlick ble utnevnt til professor i vitenskapsfilosofi ved Universitetet i Wien i 1922. Diskusjonsaftenene kom over i fastere former; det ble regelrette seminarer og en utvidelse av kretsens deltakere. Man begynte å tale om Wienerkretsen.

Det som samlet kretsens deltagere var en felles interesse for de nye perspektiver som nyvinningene innen naturvitenskap, matematikk og logikk hadde åpnet for. Et ledemotiv for diskusjonene var tanken om å knytte filosofien tettere opp mot vitenskapen og idéen om at det måtte finnes et felles språk og en felles metode for all forskning som skulle kunne benevnes vitenskap. Ved å overføre matematikkens og naturvitenskapens strenge krav til

45. Ross RR 1953, s. 34.

46. Ross RR 1953, s. 82.

47. Noen mere detaljert undersøkelse av berøringspunktene mellom Alf Ross sene rettsfilosofi og den logiske empirismens konkrete teorier synes ikke å være foretatt. Det er det heller ikke plass til i denne sammenheng.

48. To fremstillinger av personer som selv har vært sentrale i bevegelsen gir gode innblikk i de ulike retningene innenfor bevegelsen. Det er Alfred J. Ayers *Logical Positivism* (1959) og Jørgen Jørgensens lille bok *Den logiske empirismes udvikling* (1948 og senere utgaver).

49. Se f.eks. Nils Gilje og Harald Grimen: *Samfunnsvitenskapenes forutsetninger*, Oslo 1993, s. 48.

50. For en nærmere behandling av Wien og det Habsburgske regimets betydning for den kulturelle og filosofiske modernisme, se *Wittgensteins Vienna* av Allan Janik & Stephen Toulmin (1973) og *Fin-de-siècle Vienna* av Carl E. Schorske (1981).

eksakt og anvendbar kunnskap til stadig flere felter, ønsket kretsens medlemmer å utvikle en *enhetsvitenskap*.

Den første internasjonale kongressen for enhetsvitenskap ble avholdt i Praha i 1929. Samme år ble Wienerkretsens manifest, *Wissenschaftliches Weltauffassung. Der Wiener Kreis*, gitt ut. Dette bidro til å omforme kretsen fra en diskusjonsklubb til noe som nesten lignet et politisk parti.⁵¹ Manifestet førte også til deling av kretsen i en venstre og en høyre fløy.⁵² Den venstre fløyen ville forene den vitenskapelige grunnholdningen med en sosialistisk eller sosialdemokratisk politisk profil. Sentral blant de politisk engasjerte var Otto Neurath.⁵³ Den høyre fløy foretrakk å holde seg mer nøytrale til politiske spørsmål. Kretsens nærmest misjonerende sinnelag, ga seg uttrykk i de ulike skriftseriene som ble opprettet: *Erkenntnis*, *Einheitswissenschaft*, *Schriften zur Wissenschaftlichen Weltauffassung*.⁵⁴

Flere av de førende krefter i Wienerkretsen skrev flittig om psykologiske emner. Dette var i tråd med deres grunnholdning om at det ikke fantes filosofiske problemer som sådan, bare enkeltvitenskaper. De logiske positivistene ville således gjennomgående oppløse f. eks. de bevissthetsfilosofiske problemer, ved å forklare dem psykologisk. Rudolf Carnap, en annen hovedskikkelse i Wienerkretsen, skrev f. eks. boken *Sheinprobleme in der Philosophie. Das Fremdpsychische und der Realismusstreit* i 1928.⁵⁵ Et annet verk som kan nevnes i denne forbindelse er Otto Neuraths *Einheitswissenschaft und Psychologie* fra 1933.⁵⁶ Alf Ross var også påvirket av den vitenskapelige psykologi i sin rettsfilosofi. Når han ville bringe rettsvitenskapen metodologisk på linje med naturvitenskapen, var det således den behavioristiske psykologi som skulle danne grunnlaget for de empiristiske erkjennelsesprinsipper.⁵⁷

I 1936 ble Moritz Schlick myrdet, og i forbindelse med nazistenes Anschluss i 1938 ble Wienerkretsen oppløst og de fleste medlemmene drevet i eksil. Mange reiste til USA. Siden har den logiske positivisme først og fremst vært regnet som en anglo-amerikansk bevegelse.⁵⁸ Den besto imidlertid for en stor del stadig av de samme personer. Det program kretsen sto for har således

51. Ayer 1959, s. 4.

52. Thue 1997, s. 20.

53. Om Otto Neurath og den logiske empirisme, se Elisabeth Nemeth: *Otto Neurath und der Wiener Kreis. Revolutionäre Wissenschaftlichkeit als politischer Anspruch*, Frankfurt 1981.

54. Ayer 1959, s. 6.

55. Carnap, Berlin 1928.

56. Neurath, Wien 1933.

57. I *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* ville han bygge rettsvitenskapen på rent behavioristisk grunnlag, i *Om Ret og Retfærdighed* søkte han å forene behavioristiske og det han kalte "ideologiske" synspunkter.

58. Jan Riis Floor, "Den logiske positivisme", i Lübeck (red.): *Vor tids filosofi, Videnskab og Sprog*, 1982, s. 120 (Riis Floor 1982)

blitt videreført, ikke på kontinentet, men i England, Skandinavia og USA.⁵⁹ Man har således talt om "the sea change" innenfor filosofien.⁶⁰

Jørgen Jørgensen (1894-1969) ble den logiske empirismens talsmann i Danmark. Jan Riis Floor omtaler ham som "den førende logiske positivist i Danmark" og som en "faderskikkelse for to generationer danske fagfilosoffer".⁶¹ Han hadde forbindelser med flere kjente navn innenfor bevegelsen, bla. Otto von Neurath, Rudolf Carnap og C. Morris. Jørgensen bidro organisatorisk til det internasjonale arbeidet rundt den logiske positivismen, og var en av grunnleggerne av den internasjonale publikasjonen *Encyclopedia of Unified Science*.⁶² Han var også involvert da København i 1936 var åsted for den andre internasjonale kongress for enhetsvitenskap. Jørgensen gjorde, på samme måte som Arne Næss i Norge, en stor innsats for å fornye undervisningen til filosofikum /ex. fil. Hans viktigste bøker er faktisk skrevet som lærebøker i dette faget. I den første, *Filosofiske Forelæsninger som Indledning til videnskabelige Studier*, utgjør bare den siste femtedel av boken en behandling av filosofihistorie og de tradisjonelle filosofiske problemer. De øvrige deler av boken inneholder redegjørelser for hovedtrekkene innen fysikk, matematikk, kjemi, biologi, psykologi, sosiologi osv. Dette var et uttrykk for Jørgensens syn, som var på linje med den logiske empirismens, om at det bare i beskjedne grad eksisterte særlige filosofiske spørsmål utenfor enkeltvitenskapene. Dette var jo for øvrig også Næss' innstilling.

Alf Ross hadde visstnok ikke noen direkte forbindelse med medlemmer av Wienerkretsen under oppholdet i Wien i 1924-1925.⁶³ Det ser heller ikke ut til at Kelsen har hatt noen kontakt med Wienerkretsen. Muligens ble Ross introdusert for den logiske positivismen av Jørgen Jørgensen.⁶⁴ Alf Ross og Jørgen Jørgensen hadde i hvert fall jevnlig kontakt frem til 1945. Da Jørgen Jørgensen etter krigen åpent gikk inn for kommunismen, brøt visstnok Ross forbindelsen.⁶⁵ Alf Ross brevvekslet også med Otto Neurath, den mest radikale av Wienerkretsens medlemmer.⁶⁶ Sommeren 1936 deltok han på den andre internasjonale kongress for enhetsvitenskap i København. Her var også bl.a. Carl Hempel, Otto von Neurath, Karl Popper, m fl.⁶⁷ Niels Bohr var der naturligvis og Jørgen Jørgensen var aktivt med i selve organiseringen.

59. Ayer 1959, s. 7.

60. Uttrykket stammer fra H. Stuart Hughes, jfr. Thue 1997 s. 13

61. Riis Floor 1982, s. 137

62. Bjarup 1978, idem.

63. Bjarup 1978, s. 76.

64. Bjarup 1978, idem.

65. Samtale med Strange Ross og Lone Ross 25. oktober 1998.

66. Bjarup 1978, idem.

67. Vor Tids Filosofi, s. 118 (bilde)

KAPITTEL III

Sosial rettferdighet ved politisk kamp

Fra rettsstat til velferdsstat

Den rettsfilosofiske modernismen ble ikke til i et vakum; dens kritiske holdning overfor naturretslige tenkemåter skyldtes refleksjon over visse problemer i samtidens rettsvirkelighet. Rettsfilosofien er her nokså lik den politiske filosofi, i det den får sine problemer levert utenfra, det vil si fra den politiske og rettslige praksis i en konkret historisk situasjon. Det overordnede mål med dette kapitlet, er å finne tilbake til de problemene og den historiske situasjon som modernistene reagerte på og utformet sin filosofi i forhold til. Rammen for fremstillingen er overgangen fra en borgerlig-liberal rettsstat til den moderne velferdsstat. Siden disse begrepene er sentrale, skal jeg si litt om dem innledningsvis.

Som historisk fenomen kan 'rettsstaten' karakteriseres som den statsform som i kortere eller lengre tid etablerte seg i de fleste vestlige land mellom revolusjonene i 1848 og utbruddet av den første verdenskrig i 1914. Konstitusjonalisme, maktfordeling, styre ved hjelp av lov, uavhengige domstoler, fri presse, etc – kort sagt: demokratiske spilleregler og rettssikkerhet – er kjennetegn ved rettsstaten. På tross av en rekke reformer i demokratisk retning var dette imidlertid ikke noe demokrati i moderne forstand av ordet. Fortsatt var det nemlig kun en meget begrenset del av befolkningen som hadde stemmerett; ingen kvinner, og menn bare i kraft av eiendom eller utdanning. Rettsstatens epoke var også en glanstid for den økonomiske liberalisme. De liberale frihetsretter gjaldt ikke minst friheten til å drive sine forretninger uten innblanding utenfra.

Men utviklingen skapte en egen dynamikk som til slutt tok makten fra borgerskapet. Mot borgerskapets økonomiske friheter og juridiske ideologi om å bruke sin rett og sin eiendom som man ville, reiste det seg motstand både ovenfra og nedenfra. Ovenfra, fra en konservativ elite som fryktet en sosial revolusjon, og nedenfra, fra underklassen, som var på vei inn i det politiske system, og for hvem de borgerlige frihetsrettenes speilbilde ikke var tilsvarende individuell frihet, men fattigdom og sosial nød. Et resultatet av denne prosessen var velferdsstaten.

Betegnelsen 'velferdsstat' skal jeg her bruke om det politiske system i de skandinaviske land siden ca. 1930.¹ Det underliggende økonomiske system – den private kapitalisme – er under velferdsstatens regime i stor grad blitt gjenstand for offentlig regulering og kontroll. En omfordeling av samfunnets verdier med sikte på å skape større likhet i befolkningen har funnet sted, dels ved hjelp av skattereglene. Det offentlige har tatt på seg oppgaver som ut fra klassisk liberalistisk ideologi skulle være overlatt til familien og privat initiativ, som omsorg for eldre og uføre, støtte til arbeidsledige og oppgaver innenfor helse, skole og utdanning.²

I en kortere periode – fra 1945 til ca. 1965 – kan man tale om en skjerpet form for velferdsstat, der det politiske mål ikke bare var å avbøte uheldige virkninger av markedskreftene, men nærmest å omskape hele samfunnet. Denne perioden, og visjonen, omtales nedenfor i kapittel VII under overskriften Fremtidens Danmark, i sammenheng med drøftelsen av Ross' lære om rettspolitik.

-
1. Betegnelsen brukes også om land utenfor dette området, men i vår sammenheng spiller det mindre rolle. For USA's del kan Roosevelts New Deal reformer sees i sammenheng med den amerikanske rettsrealismen, på samme måte som den skandinaviske velferdsstaten er knyttet sammen med den skandinaviske rettsrealismen, selv om det er blitt hevdet at rettsrealistene hadde liten innvirkning på den praktiske utforming av New Deal-programmet. Se til dette Pihlajamäki, s. 62. Dette trenger imidlertid ikke være tegn på at den amerikanske realismen var betydningsløs, all den tid innflytelsen fra dens skandinaviske slektning gikk på et mer grunnleggende plan, nemlig med hensyn til juristers tenkemåte og metode. Dette kan godt være tilfellet også for den amerikanske realismen, men jeg vet ikke i hvilken grad det er forsket på slike spørsmål for dens vedkommende. Det faller imidlertid utenfor nærværende prosjekt å klarlegge dette nærmere.
 2. En definisjon av Velferdsstaten er gitt av den engelske historikeren Asa Briggs: "A 'welfare state' is a state in which organized power is deliberately used in an effort to modify the play of market forces in...three directions: first by guaranteeing individuals and families a minimum income, irrespective of the market value of their work or their property; second by narrowing...insecurity by enabling individuals and families to meet certain 'social contingencies'...which lead otherwise to crises, and third, by ensuring that all citizens without distinction of status or class are offered the best standards available in relation to a certain agreed range of social services", sitert etter Vilhelm Aubert, *Continuity and Development in Law and Society*, Oslo 1989, s. 274. (Aubert 1989)

Borgeren og hans rett

Qui suo jure utitur neminem laedit
Romerrettslig maksime³

Den industrielle revolusjon og utviklingen av kapitalismen i løpet av 1800-tallet førte med seg store sosiale og kulturelle endringer i de vestlige land.⁴ Den gradvise maktforskyvning over lang tid mellom by og land, borger og adel, ble nå til et tilnærmet maktmonopol for borgerskapet, der adelen nesten bare hadde sin særegne livsstil tilbake som kjennemerke. Borgerskapet var blitt dominerende i økonomien og politikken, og kulturlivet ble også stadig mer preget av borgerlige verdier og borgerskapets livsanskuelse.⁵ For den nedre del av befolkningen; småbønder, landarbeidere og arbeiderne i byene, var konsekvensene nesten enda mer dramatiske. Modernisering i landbruket kombinert med høye fødselstall gjorde at en økende andel av befolkningen flyttet til byene, som hurtig vokste i størrelse og antall.⁶ De som flyttet eller ble fordrevet fra landsbygda (enclosure-politikken i England gjorde almenninger og fellesarealer til privateiendom og beskar allemannsretter) fant ofte veien inn i de nye industrivirksomhetene, der visse grener var førende i utviklingen, først tekstil, senere kull og stål. I Nordvest-England vokste det frem helt nye industristeder, som Manchester og Sheffield, og det samme skjedde på kontinentet, i Nord-Frankrike, Belgia og deler av Tyskland.⁷

-
3. Oversatt: *Den som bruker sin rett skader ingen*. Romerretten hadde mer enn historisk interesse på 1800-tallet. Det var for en stor del i den romerske privatrett at samtiden fant egnede juridiske instrumenter for den liberale politikk og økonomi. Det var derfor ingen tilfeldighet at Axel Hägerström fant det nødvendig å undersøke de romerrettslige begrepsdannelsenes opprinnelse.
 4. For en studie av den første industrielle revolusjon i England, se Phyllis Deane, *The first industrial revolution*, 2nd ed, Cambridge 1979 (Deane 1979). Eric Hobsbawm, *Industry and Empire*, London 1968 (Pelican books 1969; Hobsbawm 1969) følger utviklingen i England fra 1750-1960.
 5. For epokens kunst og kulturliv sett i lys av de sosiale endringene, se Arnold Hausers *The social history of art*, London 1989 (1951), bind III og IV.
 6. Deane 1979, kap 2 og 3.
 7. Utviklingen i Norge og Danmark skilte seg på mange punkter fra den første industrielle revolusjon i England, og den tidlige utvikling på kontinentet. Industrialiseringen kom først i gang for alvor på 1870-tallet og var ikke like sentrert rundt enkelte hjørnesteinsindustrier som i England. Forholdene i England og på kontinentet er imidlertid relevante for å forstå den senere utviklingen i Norge og Danmark. Dansk og norsk politikk ble nemlig preget av erfaringene fra England og kontinentet, gjennom import av idéer om arbeiderlovgivning og samfunnsvern fra disse landene. Ideologiene knyttet til den industrielle revolusjon og det borgerlige regimet – liberalismen og den rettslige formalismen – fikk dessuten sin utbredelse også i Danmark og Norge.

De sosiale forhold for dem som arbeidet i de nye tekstilmøllene og fabrikkene i for eksempel Nordvest-England var gjennomgående dårlige.⁸ Arbeidstiden var lang, lønnen ikke stort mer enn det som absolutt var nødvendig for å berge livet, boligkvarterene var ofte trange, mørke og skitne. Helsevesen og utdanning var fremmedord. Forholdene var ikke nødvendigvis verre enn det de samme menneskene hadde levd under på landsbygda, men problemene forelå nå i mer konsentrert form.

Den politiske ideologi som etablerte seg med det borgerlige regimet, var den klassiske liberalismen. Den klassiske liberalismen hadde ført prinsippet om den individuelle frihet til seier i kampen mot adelens privilegier og det gamle regimes mange begrensninger i næringsutøvelsen. Det nye regime – den borgerlige rettsstat – tjente til å beskytte borgerskapets næringsfrihet både mot ytre og indre fiender; et militærvesen til forsvar mot andre stater, politi og rettsvesen for å bekjempe kriminalitet og opprør. Staten skulle være som en nattvekt som opprettholdt lov og orden, men for øvrig overlatt til de enkelte borgere selv å ordne sine forhold. Denne tankegangen ble uttrykt i det franske slagordet *laissez-faire*.

I den politiske teorien opererte man således med et skarpt skille mellom privat og offentlig sfære. I den førstnevnte skulle borgerne fritt kunne foreta sine økonomiske operasjoner, mens politikken måtte begrense seg til sistnevnte. Statens oppgave på det private området var å legge forholdene til rette for fri konkurranse. Skillet mellom offentlig og privat gikk igjen også i rettsstenkningen. Der ble det sondret skarpt mellom rett og stat, mellom subjektive rettigheter og positiv lov, og – i rettsvitenskapen – mellom fagområdene privat og offentlig rett. Den private rett omfattet formueretten og familieretten, mens den offentlige på dette tidspunkt ikke rommet stort mer enn statsforfatningsrett og strafferetten.⁹ Grunntanken, at staten skulle legge forholdene til rette for det frie varebyttet, gjenspeilte seg således i rettsstenkningen i at statens oppgave ble ansett å være å håndheve allerede eksisterende private rettigheter.

Den politiske ideologien var nært knyttet til økonomisk teori. Nasjonal-økonomien eller den politiske økonomi lærte at nasjonens velstand var avhengig av fri konkurranse på markedet. Mange små synder (profitt, egoisme;

8. Det kan diskuteres om levestandarden for arbeidere faktisk gikk ned eller ikke som følge av industrialiseringen, se Deane 1979, s. 255 flg. Hobsbawm skriver (Hobsbawm 1969, s. 91) at dette spørsmålet er blitt "hotly debated among historians, but the very fact that the question can be put already supplies a gloomy answer: nobody seriously argues that conditions deteriorate in periods when they plainly do not".

9. Sondringen mellom privat og offentlig rett lever videre den dag i dag, i oppdelingen av de enkelte juridiske fagområder og ved institusjonaliseringen i form av institutt for henholdsvis privat og offentlig rett (Universitetet i Oslo). Dette på tross av utviklingen i retning av økt offentlig regulering av privat aktivitet, med et tilsvarende stort rettslig område i grenselandet mellom de to tradisjonelle enhetene.

som kirken tradisjonelt hadde fordømt) kunne bli til offentlig velferd, var budskapet. Drivkraften i økonomien var nemlig det private initiativ. Enhver var sin egen lykkens smed. Arbeid var en dyd; dovenskap en last. I tillegg til at det private initiativ, sammen med litt kapital og teknologi, utvilsomt viste seg meget egnet til økonomisk oppblomstring, hadde dette budskapet front mot to kanter: Den jordeiende adelens uproduktive og lettsindige levemåte, og arbeidernes og de ubemidlede "latskap". Den frie konkurransen og kalkulerende rasjonaliteten var nemlig ikke forbeholdt borgerne selv, men måtte gjelde også for disse lag av befolkningen. Særlig var det viktig med fri konkurranse i arbeidsmarkedet, for å sikre tilgang på billig arbeidskraft, og derved styrke konkurranseevnen til virksomhetene.

Den økonomiske rasjonaliteten var imidlertid både uvant og ødeleggende for det store flertall av befolkningen, som var ubemidlede, uten utdanning og utestengt fra det politiske liv. For det første var den uvant:

The traditional view, which still survived in a distorted way in all classes of rural society and in the internal relations of working-class groups, was that a man had a right to earn a living, and if unable to do so, a right to be kept alive by his community. The view of middle-class liberal economists was that men must take such jobs as the market offered, and that rational man would, by individual or voluntary collective saving and insurance make provision for accident, illness and old age. The residuum of paupers could not, admittedly, be left actually to starve, but they ought not to be given more than the absolute minimum – provided it was less than the lowest wage offered in the market – and in the most discouraging conditions.¹⁰

For det annet var den ødeleggende. Som et middel i utviklingen av den moderne kapitalismen hadde fri konkurranse og avtalefrihet hatt stor betydning. For den fremvoksende arbeiderklassen i de store industribyene førte prinsippene rett ut i elendigheten. Hva man kan tjene på en avtale har nemlig nær sammenheng med hvilke ressurser man har i utgangspunktet. Arbeiderne kunne stort sett ikke tilby annet enn sin arbeidskraft, og i takt med den økende mekaniseringen i industrien, var det man etterspurte i stadig større grad rå, ufaglært arbeidskraft.¹¹ Alt kunne brukes, også kvinner og barn (liberalistene hadde ingen betenkligheter i så måte). Det var heller ingen knapphet på denne 'varen'. Tilstrømmingen til byene var ustoppelig og overskuddet av arbeidskraft ble ytterligere forsterket av en netto befolkningsvekst. Var lønnen under sultegrensen, var det allikevel ikke mange alternativer, fordi landbruket alt var

10. Hobsbawm 1969, s. 88.

11. De faglærte arbeiderne i tekstilindustrien i England, som hadde hatt relativt gode tider frem til Napoleons-krigene og hadde utgjort en fortropp i pionersosialismen, ble således som følge av nye maskiner i 1830 og -40-årene i sin helhet deklassert og drevet ut i fattigdom "by slow strangulation", se Hobsbawm 1969, s. 91.

rasjonalisert og tilgangen på jord begrenset. Den eneste utvei var emigrasjon, og i mange land ble dette løsningen for store grupper.

Elendighetens logikk ble formulert i en slags naturlover av de britiske 'politiske' økonomene av Manchester-skolen, som David Ricardo, Thomas Malthus og av franskmannen J. B. Say m. fl.¹² Det ble blant annet populært å hevde at det fantes en 'jernlov' for lønningene som tilsa at disse ikke måtte overstige eksistensminimum for arbeiderne. Gjorde de det ville det bare bli flere av dem og dermed større konkurranse og igjen lavere lønninger. Denne 'dismal science' tilsa også at andre tiltak for å bedre arbeidernes kår, som helsetiltak og forbedring av boligstandarden, eller alminnelig privat veldedighet, ville være i strid med 'naturens lov'. Storbritannia ble da heller ikke noe foregangsland når det gjaldt sosiallovgivning og bedring av arbeidernes og de fattiges kår.

Den økonomiske utvikling viste seg å bevege seg i bølger; det var perioder med høykonjunktur og god inntjening for bedriftene, og tilsvarende bedre muligheter for arbeiderne, og det var perioder med lavkonjunktur, der fallitter og arbeidsløshet fulgte som pest etter krigen. Den politiske økonomien lærte at dette var en del av økonomiens naturlige orden. Statlige inngrep for å avbøte de verste virkninger av de sykliske kriser var derfor ikke bare i strid med den politiske og økonomiske ideologi, men også mot 'naturens' lov.

Jurister og politikk

Både i Danmark og Norge var 1800-tallet juristenes glanstid i den politiske offentlighet. Den norske historiker Jens Arup Seip har gitt epoken navnet 'Embetsmannsstaten', og det var fremfor alt juristene som preget det norske embetsverket. Forholdene var mye de samme i Danmark.

I tiden fra 1830 til ca. 1880 var flesteparten av de juridiske professorer ved Københavns Universitet engasjert i aktiv politikk.¹³ Noen av professorene var det gamle regimets menn – det vil si eneveldets – deriblant Kolderup-Rosenvinge, hvis politiske synspukter, i følge Ditlev Tamm, "i vidt omfang synes at have været sammenfaldende med Ørsteds"; det vil si at han "betragtede året 1848 som et ulykkesår i dansk historie".¹⁴ Men noen tilhørte også det fremstormende borgerskapets elite, for eksempel P. G. Bang, som spilte en fremtredende rolle ved innføringen av konstitusjonalismen og arbeidet med grunnloven 1848-49 – fundamentet for borgerskapets regime i Danmark.¹⁵ Professor I. E. Larsen var medlem av Folketinget og Landstinget i flere perider i årene 1851 til 1856. Han hadde i utgangspunktet vært tilknyttet Høyre, men

12. Ronald Stromberg, *European Intellectual History since 1789*, 4th ed, New Jersey 1986 (Stromberg 1986), s. 63-64.

13. Ditlev Tamm, *Retsvidenskaben i Danmark*, København 1992, s. 162. (Tamm 1992).

14. Tamm 1992, s. 158-159.

15. Tamm 1992, s. 160.

utviklet seg i liberal retning, og kjempet blant annet for å gjøre festet jord til selveie.¹⁶ A. F. Krieger og C. C. Hall representerte også de liberale i Folketing og Landsting i tiden 1850 til omkring 1890, men gikk begge etterhvert den motsatte vei av Larsen – til Høyre. Professor i almindelig retslære fra 1840 – F. C. Bornemann – stod utenfor den aktive politikk, men var visstnok påtenkt som justisminister av Monrad, og sto, i følge Tamm ikke ”de liberale strømninger fjært”.¹⁷

I årene fra 1864 til 1901 ble dansk innenrikspolitikk preget av striden mellom høyre og venstre om parlamentarismen; den tilsvarende forfatningskamp utspant seg også i Norge, der parlamentarismen brøt igjennom i 1884 med ministeriet Sverdrup. Det to-spored system, der juridiske professorer kombinerte sin karriere ved Universitetet med en aktiv politisk karriere, fortsatte i årene frem til første verdenskrig. Således var både Carl Goos i Danmark og Frederik Stang i Norge politikere for Høyre (se nedenfor).

Den rettslige formalismen

Rettstenkningen beveget seg under liberalismen i formalistisk retning, med en storhetstid for en systematisk-dogmatisk rettsvitenskap fra ca. 1840-1870 både i England, Tyskland, Danmark og Norge.¹⁸ Austins analytiske form for rettspositivisme i England og positivismen i Tyskland fikk sine pender i Danmark og Norge. Ved universitetene rundt i Europa ble det arbeidet med å etablere en systematisk orientert, konstruktiv rettsvitenskap; i Danmark og Norge til fortrensel for Ørstedes og Schweigaards pragmatiske realistiske rettstenkning.

Den rettslige formalismen hadde i likhet med den historiske skolen tatt avstand fra den klassiske og rasjonalistiske naturretten. Den tyske positivismen bygget videre på det arbeidet som var satt i gang av den historiske skole, nemlig å utlede og systematisere juridiske begreper på basis av studier i romerretten. Romerretten hadde en sentral betydning for rettsutviklingen på denne tiden. Delvis var man kommet over nye kilder til de romerske juristers produksjon, men fremst av alt fant man i romerretten uttrykk for et samfunns rettsbegreper, som passet godt til samtidens økonomiske og politiske virkelighet. Det var imidlertid en bearbeidet romerrett som gikk inn i positivismen. Det var den såkalte pandektvitenskapen (utlegning og systematisering av de romerske *pandectae*) som skapte et system tilpasset den borgerlige politiske og økonomiske ideologien, av romerrettsjuristenes sprikende stoff.

Bernard Windscheid (1817-1892) er kjent som en viderefører av den historiske skole, og hans pandektstudier fikk i samtiden vid utbredelse. Han var formann i det utvalg som utarbeidet den store tyske sivillovbok *Bürgerliche*

16. Tamm 1992, s. 160.

17. Tamm 1992, s. 163, fotnote.

18. Jørgen Dalberg-Larsen, *Retsvidenskab som samfundsvidenskab*, København 1977 (Dalberg-Larsen 1977), s. 264-265.

Gesetzbuch (BGB).¹⁹ BGB var et monoment over borgerskapets rettslige ideologi. Det første utkast i 1888 var (i de formuerettslige deler) i begreper og systematikk helt ut preget av pandektvitenskapen. Forslaget vakte riktignok en voldsom kritikk; etter Iherings *Kampf ums Recht* (1872) var formalismen satt under ild. Det måtte gjennomgå en revisjon som resulterte i et nytt utkast i 1895. Resultatet av revisjonen var imidlertid spinkelt; bare unntaksvis var det gjort endringer i det romanistisk-formalistisk pregede første utkastet. Det reviderte forslaget ble vedtatt praktisk talt uforandret i 1896 og trådte i kraft i 1900.²⁰

BGB fikk stor betydning, ikke minst for rettsvitenskap og lovgivning i de nordiske land.²¹ Det var et liberalt og borgerlig lovverk, der familien, eiendomsretten og avtalefriheten var sentrale institutter. Noen beskyttelse for de svakere i samfunnet var ikke utviklet i nevneverdig omfang; tvert i mot var det den frie markedskononomiens idéer som hadde slått igjennom.²²

I Danmark spilte Fredrik Christian Bornemann (1810-1861) og A. W. Scheel (1799-1879) en avgjørende rolle i utviklingen av en konstruktiv formalistisk rettslære.²³ Også i Norge vant formalismen tilhengere, men på et senere tidspunkt enn i Danmark og på kontinentet. T. H. Aschehoug (1822-1909) var influert av Savigny, og ga sin statsforfatningsrett "et klassisk-liberalt preg".²⁴ Francis Hagerup (1853-1921) ble en ledende talsmann for den norske formalismen, eller den konstruktive rettsvitenskap, som han kalte den. Han tok initiativet til *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, som ble et fellesnordisk debattforum for rettsteoretiske spørsmål, og første nummer i 1888 ble innledet med en artikkel av Hagerup kalt "Nogle ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter". Der hevdet han at en egentlig rettsvitenskap nødvendigvis måtte bestå i et studium av retten som et systematisk og sammenhengende hele.²⁵ Den konstruktive metode som Hagerup derfor tok til orde for, skulle være "en dannelse af begreber ved at sammenfatte de for en hel række retsforhold fælles elementer under en fælles kategori og en kombination af saaledes dannede kategorier til en systematisk bygning".²⁶ På dette tidspunkt var vinden begynt å blåse en annen vei enn formalismens, og Hagerups artikkel ble et utgangspunkt for en metodedebatt i nordisk rettsvitenskap, og et angrepsmål for flere, deriblant Frederik Stang.

19. Erik Anners, *Den europeiske rettens historie*, Oslo 1983, s. 283. (Anners 1983).

20. Anners 1983, s. 284-286.

21. Anners 1983, s. 286.

22. Anners 1983, s. 286-287.

23. Dalberg-Larsen 1977, s. 265.

24. Slagstad 1987, s. 49.

25. Francis Hagerup, "Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter", *T/R* 1888, s. 1 flg. Dalberg-Larsen 1977, s. 375. (Hagerup 1888)

26. Hagerup 1888, sitert etter Slagstad 1987, s. 61.

En del av forklaringen på utviklingen i formalistisk retning er i følge Dalberg-Larsen, at jussen på dette tidspunkt ble etablert som universitetsfag i de nevnte land, særlig i Tyskland, med den konsekvens at det vokste frem et juristmiljø i uavhengighet av det praktiske livs krav.²⁷

Den formalistiske tendens, svarte imidlertid også til et politisk behov i tiden. Begrepsjurisprudensen, med dens betoning av rettens autonomi, hadde nemlig konsekvenser for synet på hva rettslige reformer kunne bestå i. Når retten ble oppfattet som et sammenhengende system, og studiet av det var overlatt til en autonom rettsvitenskap, hevet over de skiftende vinder i det politiske landskap, måtte nemlig eventuelle endringer i systemet foretas i nært samarbeid med de juridisk sakkyndige, om ikke hele systemet skulle bryte sammen. Endringer, som politiske reformer, måtte skje gradvis og på systemets premisser.²⁸

I tillegg til å virke som en legitimering av status quo, var begrepsjurisprudensen egnet til å fremkalle et klart og entydig bilde av rettens regler. Dette var tjenlig særlig for de næringsdrivende, som ønsket forutberegnelighet for sine økonomiske disposisjoner. I det hele tatt var formalismen en juridisk ideologi som tjente til å beskytte borgerskapets interesser og bevare det bestående overfor den kommende sosiale og politiske utvikling. Annars skriver:

I sann positivistisk ånd fastholdt de (formalistene; min tilføyelse) den borgerlige rettsstatens abstrakte og formelle privatrett med dens uinnskrenkede eiendomsrettsbegrep, dens 'frie' arbeids- og leieavtaler, dens ubegrensede forgjeldelse av person og eiendom, dens frie bruk av arveordningen og dens muligheter til ubegrenset oppdeling av jordeiendommer. Dette betydde naturligvis store fordeler for de politisk herskende og økonomisk ekspansive grupper i finansverden, handel og industri, på bekostning av de kapitalfattige yrkene. Spesielt var denne borgerlige retten til skade for lønnstakerne som gjennom den ble sterkt avhengige av arbeidsgiverne. Med begrensningene i positivistenes rettsvitenskapelige metode savnet disse juristene muligheter til å motvirke misbruket av privatrettens formelle og abstrakte regler. Disse var utilstrekkelige i et samfunn der industrialiseringen skapte nye og alvorlige sosiale problemer. Men positivistene var – som alle tilhengere av dogmatikk – fanger av sitt rettsideologiske miljø.²⁹

Reformer fra oven

Svakhetene ved den økonomiske og politiske liberalismen under borgerskapets regime ble tidlig bemerket. I de fattige byområdene i England ble problemene for befolkningens lavere lag synlige for almenheten. Rundt 1840 begynte det å komme bøker og traktater som beskrev forholdene i disse slumområdene, som romanene til Charles Dickens og Friedrich Engels traktat *The condition of the working classes in England* (1844). Det ble også foretatt statistiske undersøkelser, som viste de store forskjellene i levekår og boligforhold i befolkningen.³⁰

27. Dalberg-Larsen 1977, s. 266.

28. Dalberg-Larsen 1977, s. 268.

29. Annars 1983, s. 281.

30. Jørgen Dalberg-Larsen, Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?, København 1984 (Dalberg-Larsen 1984), s. 102.

Fra mange hold ble det derfor etterhvert tatt til orde for å gripe inn i de økonomiske forholdene og yte ulike former for hjelp til de fattige. I takt med at de nye sosiale problemene ble synlige, oppsto det således en rekke veldedighetsforeninger, som ville hjelpe foreldreløse barn, prostituerte, bedre forholdene i fengslene osv.³¹ Et utslag av veldedighetstanken var det også at enkelte filantropiske fabrikkere skapte spesielt arbeidervennlige miljøer omkring sine fabrikker, ga høyere lønn og oppfordret arbeiderne til å lære å lese og skrive m.v. En av disse var den engelske pionér-sosialisten Robert Owen (1771-1858).³² Slike tiltak ble imidlertid ikke utbredt og førte ikke til noen varige endringer i situasjonen.

Nye svar ble også formulert, blant annet i forskjellige vitenskapelige miljøer, som ekspanderte sterkt i siste halvdel av 1800-tallet. En vitenskaps-gren som tidlig kom i kontakt med de nye sosiale problemene, var legevitenskapen. Mangelsykdommer og epidemier florerte i slumstrøkene. På denne tiden ble det oppdaget at sykdommer overføres ved smittestoffer, og leger påviste at det var en sammenheng mellom overbefolkede boligområder uten kloakk, der søppel og skitt fløt overalt, og forskjellige smittsomme sykdommer. Enkelte hevdet derfor at det måtte stilles visse minstekrav til boligstandard, renovasjon m.v, noe som senere skulle bli systematisert i helsepolitikken. Men legene kom også i kontakt med andre sider av de sosiale problemene, i form av ulike individer og grupper som falt helt utenfor samfunnsordningen. Gatebarn, alkoholikere, prostituerte og kriminelle var et vanlig syn i industribyene og ble tidvis plassert på institusjoner. Et populært svar på dette nye og raskt økende samfunnsproblemet var at disse ulike formene for avvikende adferd var symptomer, ikke på feil i samfunnsordningen, men ved den enkelte drunker, forbryter eller gatepike. Det skulle være legevitenskapens rolle å kategorisere disse adferdsavvikene i en rekke sykdommer, som man så skulle helbrede de enkelte for.³³

En følge av de nye problemene og de nye vitenskapelige teoriene, var at en rekke yrkesgrupper, både etablerte, som leger og jurister, og nye, som lærere og fengselsbetjenter, fikk nye oppgaver og større myndighet. Det var ikke lenger uvedkommende for en lege hvilke boligforhold pasientene levde under eller hvorledes barneoppdragelsen foregikk. Men for å ta seg av slike forhold måtte statsmakten utvide legenes kompetanse og lønne dem for disse tilsyns- og veiledningsoppgavene. I de nye grunnskolene som etter hvert ble opprettet i de ulike landene, fikk lærerne ansvar for å oppdra barna til gode samfunnsborgere og kvele eventuelle avvikende tendenser allerede i starten. Nye institusjoner, som barnehjem, fattighus og sykehus ble opprettet og nye profesjoner fikk

31. Dalberg-Larsen 1984, s. 102.

32. Stromberg 1986, s. 68-70; Palmer & Colton 1995, s. 467.

33. Dalberg-Larsen 1984, s. 103-104.

ansvar for å behandle og oppdra de ulike klientgruppene.³⁴ Intet av dette kunne utføres ved privat initiativ alene.

Etter hvert ble det derfor fra flere hold tatt til orde for at det måtte være *staten* som skulle ta ansvaret for å avhjelpe sosial nød og verne befolkningen mot fattigdom og ulike sosiale lidelser. Slike tanker var ved siden av filantropi og medlidenhet dels næret av tillit til hva vitenskapene kunne yte for å løse de nye sosiale problemene, men ikke minst av frykten for revolusjon.

Arbeidernes økende antall, konsentrasjonen på fabrikker og i større industribyer og de tarvelige forhold – alt sammen hadde nemlig medført at alle disse vidt forskjellige menneskene; faglærte og ufaglærte, voksne og barn, kvinner og menn, fra ulike landsdeler og kirkesogn, kom til å fremstå som en *klasse*.³⁵ Tidens intellektuelle, som sosialistene Marx og Engels, ble kanskje først oppmerksom på det. Men også på grunnplanet bredte det seg en erkennelse av samhörighet og kollektiv skjebne. På denne bakgrunn utviklet det seg en arbeiderbevegelse, med fagforeninger og sosialistiske partier. Mange av arbeiderne følte dessuten at de hadde svært lite å tape i sin nåværende situasjon og kunne lett fristes til å kaste seg ut i opprør og revolusjon. Både den store franske revolusjon og revolusjonene i 1848 – som alle hadde bidratt til å bane veien for borgerskapets regime – hadde fått vesentlig tyngde ved at store antall arbeidere og fattige mobiliserte i gatene. Dette hadde ikke gått upåaktet hen blant de styrende kretser i de europeiske land. Senest ved pariserkommunen i 1871 hadde man sett hva det sosiale trykk under de rette betingelser kunne føre til av opprør og lovløse tilstander. Den gang ble opprøret slått ned ved å massakrere titusenvise av parisere, men det var ikke nok til at borgerskapet kunne bli kvitt sin frykt. Revolusjonsspøkelset er således en viktig bakgrunn for å forstå de første statlige tiltak for å bedre arbeidernes velferd, som så dagens lys i det nye tyske keiserdømmet, under rikskansler Otto von Bismarck (1815-1898).

Bismarck omtales av og til som "sosial reformator" og grunnlegger av velferdsstaten.³⁶ Det er viktig å være klar over begrensningene i dette utsagnet og over hva som skiller Bismarck fra den senere tankegang bak velferdsstaten. Bismarck var ingen sosialdemokrat, tvert i mot. Han fryktet sosialdemokratene, som han anså for å være republikanere og anarkister, og kjempet mot dem ved gjennomføring av en serie anti-sosialistiske lover i perioden 1878 til 1890, med

34. Dalberg-Larsen 1984, s. 105.

35. Arbeiderbevegelsen fremvekst er behandlet en rekke steder. For trekk av utviklingen i Europa 1875-1914, se Eric Hobsbawm, *The Age of Empire*, Vintage ed, New York 1989 (Hobsbawm 1989), kapittel 5. Den politiske arbeiderbevegelses historie i Danmark er behandlet i trebindsverket *En bygning vi rejser* (1954) av Oluf Bertolt, Ernst Christiansen og Poul Hansen.

36. For eksempel Henrik Widths omtale i artikkelen "Otto von Bismarck. Jernkanseler og sosial reformator", *Aftenposten* 4. august 1998.

blant annet forbud mot sosialistiske møter og aviser.³⁷ Han var heller ikke plaget av filantropiske idéer eller medlidenhet med arbeiderklassen. Bismarck var konservativ og kjempet for å bevare adel og keiserdømme, men han var også realist. I motsetning til så mange andre statsledere på 1800-tallet så han dynamikken i den sosiale utviklingen som industrialiseringen hadde skapt og spilte på den. Derfor lot han, som ledd i kampen om herredømme i det nye tyske riket, innføre allmenn stemmerett, og derfor gjennomførte han i 1881 en vidtrekkende sosiallovgivning, med sikkerhet mot ulykker, sykdom og alder, for derigjennom å underminere sosialdemokratenes agitasjonsgrunnlag.

Liknende statlige tiltak, men ikke så omfattende, ble i dette tidsrommet innført også i Frankrike og England. Ved gradvise reformer ble stemmeretten videre fordelt i den engelske befolkning, selv om allmenn stemmerett ikke ble innført før i 1918 – for menn, og for kvinner over tredve. Det konservative partiet, som ikke var så opptatt av forretningsfolks velgerpreferanser som de liberale (annen halvdel av 1800-tallet var den klassiske fase av to-partisystemet liberale-konservative i engelsk politikk), var førende i arbeidervern-lovgivningen.³⁸ I Frankrike ble det gitt enkelte sosiale lover i løpet av 1890-årene i den tredje republikken.³⁹ Også i Danmark var det under konservative regjeringer frem mot århundreskiftet at den første sosiallovgivningen så dagens lys. Om enn nølende og motvillig ga høyresiden de første former for intervensjonslovgivning til løsning av de sosiale problemene. Akkurat som i Tyskland synes revolusjonsspøkelset å ha vært medvirkende til iverksettelsen av disse reformtiltakene, til tross for at industrialiseringen – og dermed også følgeproblemene – kom mye senere. Forklaringen synes imidlertid å være at man i høy grad lot seg inspirere av tysk politikk på dette område.⁴⁰

Et helt vesentlig trekk ved denne første utviklingen av statlig aktivitet for å garantere et minimum av velferd i befolkningen, var at de berørte – arbeidere og fattige – var gjenstand for de styrende klassers bekymring, men ikke selv deltok ved utforming av politikken. De sosiale reformene som ble gjennomført i denne perioden resulterte heller ikke i klart definerte rettigheter i lovgivningen. Tiltakene ble vedtatt og gjennomført ovenfra, uten at de berørte ble gitt større politisk innflytelse eller nye rettigheter.⁴¹ Den nye rettslige regulering ga i stedet utvidet kompetanse til de nye profesjonene til å gripe inn overfor dårlig hygiene, drukkenskap etc. For så vidt angikk forsikringsordninger mot ulykker, alder etc, ble det overlatt forvaltningen et stort rom for skjønn ved praktiseringen. Disse trekk ved den rettslige reguleringen korresponderte med en ny retning i rettsvitenskapen, som dukket opp på denne tiden: den frirettslige retning.

37. Palmer & Colton 1995, s. 615

38. Palmer & Colton 1995, s. 612.

39. Palmer & Colton 1995, s. 609.

40. Dalberg-Larsen 1984, s. 118-119.

41. Dalberg-Larsen 1984, s. 106.

Kampen om retten

I 1872 lanserte Rudolf von Ihering (1818-1892) skriftet *Der Kampf ums Recht*, som var et oppgjør med den rådende formalismen og tok sikte på å grunnlegge en ny form for rettsvitenskap. Ihering, som tidligere hadde tilhørt den formalistiske retning og så sent som i 1869 utga verket *Geist des römischen Rechts*, hevdet nå at rettsvitenskapen ikke kunne konsentrere seg om begreper og romerrettsstudier alene, men måtte bygge på de nyvinninger som fant sted i samfunnsvitenskapene og derved danne grunnlag for en bedre juridisk praksis. Rettsvitenskapen måtte ta tak i de nye problemer som de endrede samfunnsforholdene hadde skapt og legitimere seg, ikke bare ved sin vitenskapelighet, men også ved sine praktiske resultater.⁴² Ihering mente at den sosiale utviklingen tilsa at rettsvitenskapen måtte se hen til de *interesser* som enkelt-individer og sosiale grupper hadde i de samfunnsspørsmål som retten skulle regulere. Det var rettens formål og virkninger, ikke dens bokstav eller ånd som var det sentrale: "Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts", skrev han, og i 1877-1883 utga han verket *Zweck im Recht*. Ikke bare regelsystemets egen logikk, men også de samfunnsmessige virkningene av reglene måtte tas i betraktning ved løsningen av rettsspørsmål. Juristene måtte som følge av dette tildeles en større og friere rolle ved rettsanvendelsen.

I kjølvannet av Iherings interessejurisprudens i Tyskland oppsto det mot slutten av 1800-tallet overalt bevegelser som reaksjon på den rådende rettsvitenskapen.⁴³ I Tyskland var det Iherings etterfølgere som sto for oppgjøret med den formalistiske positivismen.⁴⁴ I skandinavisk rettsvitenskap ble disse tendensene skarpest artikulert av blant andre *Carl Goos* (1835-1917) og *Viggo Bentzon* (1861-1937) i Danmark; *Frederik Stang* (1867-1941) og *Ragnar Knoph* (1894-1938) i Norge. Frontene var klarest i Norge, fordi konstruktivismen hadde vunnet sterkest fotfeste der,⁴⁵ men debatten angikk i realiteten hele Norden.

Den frirettslige retning i Skandinavia

Tiden fra ca. 1870-1900 var stadig en stor tid for juriststanden både i Danmark og Norge. Antallet universitetsutdannede jurister var økende og innflytelsen i samfunnet foreløpig uantastet. En rekke juridiske professorer var fortsatt, i likhet med andre jurister, aktive i politikken, hovedsakelig som representanter for partiene på høyrefløyen. Andre deltok aktivt i lovgivningsarbeid og sikret således en løpende utvikling av lovgivning som tilgodeså spesielle juridiske

42. Dalberg-Larsen 1977, s. 100.

43. Dalberg-Larsen 1977, s. 279 flg. og s. 332 flg.

44. Dalberg-Larsen 1977, s. 297 flg.

45. Dalberg-Larsen 1977, s. 372.

hensyn.⁴⁶ Frederik Stang var en sentral politiker i partiet Høyre, og var i perioder både partiets leder og justisminister i regjeringen. Carl Goos var også aktiv politiker for Høyre, og satte, i likhet med Nellemann og Matzen, mye inn på å skaffe de nødvendige juridiske argumenter i forfatningskampen med Venstre om parlamentarismen.⁴⁷ Senere kom imidlertid Matzen Venstre i møte, ved skarp tale mot "materialismen", og oppfordret, som Tamm skriver, "med tydelig adresse til Socialdemokratiet", "til 'fælles og enig Modstand mod de fædrelandsfjendtlige retninger i Nutiden'".⁴⁸

Talsmennene for den frirettslige retningen hadde hovedsakelig sin vitenskapelige basis i de klassiske privatrettslige fagene, som obligasjonsretten, tingsretten, erstatningsretten og til dels familie- og arveretten.⁴⁹

En av de første som formulerte en kritikk av formalismen var Carl Goos. Goos' rettsteoretiske hovedverk var *Forelæsninger over den almindelige Retslære*, i to bind (1885, 1894), der han oppstilte et ideelt rettssystem som korrektiv til den positive rett, med utgangspunkt i det prinsipp at retten måtte ivareta samfunnets moralske interesser, i den grad de egnet seg til å gjennomtvinges ved anvendelse av makt. Verdigrunnlaget for Goos' rettslære minnet om Iherings interessekatalog og var antageligvis også inspirert av John Stuart Mills utilitarisme. Goos' mente ut fra de overordnede synspukter å kunne utlede krav til rettsreglene ned i minste detalj, noe som ble kritisert av den senere teori, og som Viggo Bentzon avviste, samtidig som han aksepterte og videreførte enkelte av Goos' grunntanker.⁵⁰

Viggo Bentzons (1861-1937) rettsfilosofiske hovedverk var *Almindelig Retslære* (1904). Der utviklet han tanker om det juridiske fagets karakter som var mindre utadrettet og samfunnsfaglig preget enn Stangs og Knophs program skulle bli. Bentzon brøt i likhet med Goos med formalismen, samtidig som han tok avstand fra Goos' naturrettslære. Bentzon tok sitt utgangspunkt i den praktisk arbeidende jurists oppgaver, uten noe særskilt ønske om å reformere disse. I motsetning til konstruktivistenes ensidige vekt på systematikk, mente Bentzon at en hensiktsmessig juridisk metode krevde at man tok flere hensyn i betraktning ved arbeidet med rettsstoffet. Dels måtte juristen evne å sette seg inn i individuelle livsforhold, dels måtte retten sees i sin systematiske sammenheng. Endelig måtte man se retten som et sosialt fenomen, bestemt til å realisere visse sosiale formål. Ved en vekselvirkning mellom disse tre angrepsmåter kunne man sikre både at retten bevarte sin systematiske karakter og at den ble videreutviklet i takt med endringer i de sosiale forhold. Rettsviten-

46. Dalberg-Larsen 1977, s. 374.

47. Tamm 1992, s. 163.

48. Tamm 1992, s. 166.

49. Stang skrev blant annet lærebøker i avtalerett (Innledning til Formueretten 1911) og erstatningsrett (Erstatningsansvar 1919), Knoph i arveretten. Viggo Bentzon beskjeftiget seg særlig med person-, familie- og arverett.

50. Dalberg-Larsen 1977, s. 372-373.

skapen måtte derfor – etter Bentzons oppfatning – forstås som en nødvendig enhet av rettsdogmatikk og rettspolitikk, av sak og vurdering.⁵¹

Også Stang og Knoph formulerte i likhet med Bentzon som et program at rettsvitenskapen måtte søke nærmere kontakt med det praktiske rettsliv, og tok til orde for at retten måtte ivareta sosiale hensyn. Særlig Stang søkte å gi inntrykk av at formalismen hadde vært virkelighetsfjern, og mente at det var om å gjøre å vende tilbake til det som var sunt i den skandinaviske tradisjon.⁵² Formalismen ble nå avvist som et ”tysk” og fremmed fenomen. Viggo Bentzon og Fredrik Stang så på seg selv som arvtagere etter de første store nordiske rettsvitenskapsmenn i moderne tid, A. S. Ørsted og A. M. Schweigaard, og satte deres ’realisme’ opp mot den fremmede, tysk-pregede konstruktivismen.⁵³ Det var imidlertid heller ikke for Bentzon, Stang og Knoph tale om noe oppgjør med de innarbeidede begrepene som formalismen hadde finslepet. Programmet var å tilpasse dem og gjøre dem mer fleksible.

Midlet for å nå en bedre sosialt tilpasset rett var etter deres oppfatning heller ikke først og fremst ny lovgivning, men inkorporering av samfunnsmessige hensyn i de eksisterende privatretslige reglene. I denne sammenheng måtte juristene – særlig dommerne – komme til å spille en stor rolle, som de som skulle anvende rettsreglene og sørge for den rette porsjon sosiale hensyn. Rettsvitenskapen måtte i sin tur tre støttende til for rettsanvendelsen, ved å undersøke de sosiale, økonomiske og samfunnsmessige sidene av rettsreglene, og peke på hensyn som burde gjøre seg gjeldende ved rettsanvendelsen. For lovgivningens del tok særlig Ragnar Knoph til orde for at det måtte innføres brede generelle standarder, det vil si vurderingstemaer, som løpende kunne tilpasses og endres i rettspraksis.

Fredrik Stang

Fredrik Stangs to hovedverk er *Innledning til Formueretten* fra 1911 (tredje utgave 1935) og *Erstatningsansvar* fra 1919. *Innledning til Formueretten* var først og fremst en lærebok i generell avtalerett, men utmerket seg ved den lange historiske innledningen, som ga Stang en ramme for å fremsette sitt eget rettsvitenskapelige program. Dette artet seg som et oppgjør med det han kalte konstruktivismen (formalismen). Et hovedmål for angrepet var Francis Hagerup, hvis formalisme, i likhet med dens tyske inspirasjonskilde, i følge

51. Dalberg-Larsen 1977, s. 378.

52. Det lar seg ikke gjøre å påvise her, men det er såvidt jeg kan se frirettens polemisk negative bilde av formalismen som i stor grad har festet seg som den historiske oppfattelse av denne retningen. Man tar etter min oppfatning imidlertid grundig feil, hvis det tas for sannhet at formalismen ikke hadde forbindelse med det virkelige liv og derfor var uten politisk implikasjoner. Tvert i mot. Det er forhåpentligvis antydning i det foregående hvordan formalismen, som en del av den borgerlige liberale ideologi, virket i samfunnet.

53. Dalberg-Larsen 1977, s. 372.

Stang hadde "fjernet rettslæren fra livet".⁵⁴ Stang måtte riktignok medgi at Hagerups arbeider hadde virket "befruktende både på rettspraksis og teori, de førte diskusjonen inn på nye veier og stillet nye krav til klarhet i begrepsbestemmelser og stringens i argumentasjonen".⁵⁵ Men systematikk og begrepsdannelser var ikke nok; "det store og blivende i rettsstudiet", mente Stang, var "de tusen tråder som knytter rettens abstrakte verden til det levende livets arbeid og kamper".⁵⁶

Kjennetegnet ved den konstruktive metode var i følge Stang ikke bare det at den beskjeftiget seg med systematikk og begrepsanalyse, men "at den blir så optatt av denne oppgave at den forsømmer andre".⁵⁷ Denne forsømmelsen førte til at rettsvitenskapen ble avskåret fra minst to "viktige, livgivende kilder". For det første at rettsvitenskapen havnet i et "fjernt forhold til det praktiske rettsliv", dernest at den isolerte seg "overfor annen videnskap og annen erkjennelse".⁵⁸

Samtidens rettsvitenskap måtte imidlertid, slik Stang så det, påta seg en helt anderledes aktiv og skapende rolle, og begrunnelsen for det lå allerede i utviklingen selv: "Med dampmaskinens tidsalder", skrev Stang, hadde nemlig en ny tid begynt – "teknikkens tidsalder". Den nye tid førte til at det ble stilt nye krav til retten: "Det er ikke nok at den sikrer den individuelle frihet; den skal også verge de svake, som ellers vilde ligge under i konkurransekampen. Retten skal være social: den skal tjene sociale formål".⁵⁹ Men ikke nok med at retten skulle verne de svake i samfunnet; liberalismens rettslige begreper, som for eksempel eiendomsrettsbegrepet, måtte tilpasses den nye virkelighet også på en annen måte. Utviklingen hadde nemlig ført til at rettsordenen også måtte sørge for "at den enkeltes økonomiske virksomhet" satte seg "samfunnsnyttige mål".⁶⁰ Stang kunne således konstatere at de klassiske idealer for formueretten var satt under press.

Spørsmålet var så hvilke konsekvenser dette måtte få for rettsvitenskapen og den juridiske metode. Dette var et spørsmål som i følge Stang måtte avgjøres utfra en riktig forståelse av den historiske utvikling, og hva som særlig var påkrevet i samtiden. Når retten i samtiden var i dynamisk utvikling, måtte den juridiske metode tilpasses dette. "Spørsmålet er altså ikke hvilken metode som er den riktige. Det spørsmål som til enhver tid skal stilles er: Hvilken metode er det som særlig trenges nu?".⁶¹ Svaret på det spørsmålet var i følge Stang "neppe tvilsomt":

54. Fredrik Stang, *Innledning til Formueretten*, 3dje utgave Oslo 1935 (Stang 1935), s. vii.

55. Stang 1935, s. 150.

56. Stang 1935, s. vii.

57. Stang 1935, s. 157.

58. Stang 1935, s. 158.

59. Stang 1935, s. 14-15.

60. Stang 1935, s. 15.

61. Stang 1935, s. 165.

Hele nutidens lovgivning er jo sosialt innstillet, og på viktige områder brukes den som middel i sociale reformers tjeneste. Allerede det fører med seg at *rettens sociale funksjon* nu må trekke oppmerksomheten til seg i ganske annen utstrekning enn før.⁶²

Rettens sosiale funksjon måtte i følge Stang også føre til at formalismens rettskildesyn måtte vike for en annen oppfatning, der også domspraksis og rettsvitenskap ble sett på som skapende faktorer.

Lov og 'sedvanerett' løser ikke alle spørsmål; lovgiveren kan ikke forutse alt, og 'sedvaneretten', som tar lang tid i sin utvikling, kan ikke avgjøre et rettsspørsmål før det er blitt gammelt. Den oppfatning baner seg derfor nu vei, at også domspraksis og rettsvitenskap er – hver på sin måte – rettsskapende faktorer; om man vil kalle dem rettskilder, beror på hvordan man definerer dette begrep.⁶³

At anerkjennelsen av rettspraksis og rettsvitenskap som skapende faktorer i rettsutviklingen var et riktig syn, mente Stang å finne støtte for i samtidens lovgivning (for 3. utgaven vil det si 1935): "At lovgivningen ikke kan avgjøre alt, erkjenner den i nutiden selv derved at den legger stadig større makt i dommerens hånd".⁶⁴ Denne utvikling i retning av "stadig større dommerfrihet", var etter Stangs oppfatning noe som godt kunne fortsette: "Ennu er utviklingen etter min oppfatning ikke gått for langt i denne retning". Den uskrevne rett hadde slik Stang så det klare fortrinn overfor den skrevne: "Den som dømmer etter uskrevet rett, kan ta alle det konkrete tilfellets særegenheter i betraktning og kan i vid utstrekning la sitt rettsinstinkt spille inn", fremholdt han. Slike rike muligheter for å anvende skjønn ville man ikke få ved lovgivning. Den måtte nødvendigvis "samle i store kategorier" uten å "fortape seg i en kasuistikk som gir plass for livets hele fylde". Ved lovgivning kunne dommeren derfor bli tvunget til å opptre i strid med sin "rettsfølelse". "Ikke sjelden", mente Stang, "må han avsi en dom som loven påtvinger ham, men som hans sunde sans motsetter seg".⁶⁵ Fra Stangs humanistisk-konservative perspektiv var spillerom for en slik sunn sans et ubetinget gode; for sosialdemokrater og rettsrealister var imidlertid, som vi skal se, dette 'rettsinstinktet', som på en måte lå på lur overfor 'uklok' eller 'urettferdig' lovgivning, selve anstøtsstenen mot den frirettslige retning.

Dommerfriheten krevet imidlertid veiledning; det var ikke Stangs mening at den enkelte dommers personlige forgodtbefinnende skulle slå igjennom. En fri rettsanvendelse, som ikke hadde støtte i de positive kilder, måtte få støtte fra rettsvitenskapen: "Det er domstolene som skal avgjøre", skrev Stang, men

62. Stang 1935, s. 165-166. (sperrert tekst hos Stang).

63. Stang 1935, s. 167.

64. Stang 1935, s. 167.

65. Stang 1935, s. 91.

”vitenskapen skal veilede”.⁶⁶ Rettsvitenskapen måtte for dette formål ”tenke og føle som en lovgiver”, og hertil behøvet den ”kjennskap til reale livsforhold”, noe som igjen forutsatte et ”praktisk og sosialt syn”. I kortfattet form kan Stangs program oppsummeres slik: Rettsvitenskapen skulle tre støttende til for dommere og andre rettsanvendere ved å utvikle en metode som var i samsvar med tidens krav. For dette formål måtte rettsvitenskapen integreres med de andre samfunnsvitenskapene, slik at rettsvitenskapen kunne ha det nødvendige faktiske grunnlag for å utøve en ledende rolle i rettsutviklingen.

I boken *Erstatningsansvar* formulerte Stang sin versjon av den nordiske rettsstridslære, bygget opp rundt forestillingen om rettsgodet, det vil si den subjektive rettighet. Rettsstridslæren var en utvikling av den klassiske culpa-læren, og medførte blant annet at man skilte ut de objektive momenter i culpa-begrepet til egen behandling. Sentrale bidrag til utviklingen av den nordiske rettsstridslære var gitt av Carl Goos og Bernhard Getz.

Stang definerte rettsstrid på følgende måte: ”Retsstridig er en handling, naar den gaar ut over de retslige grænser for handlefriheten”,⁶⁷ eller også når ”retsordenen forbyr den”.⁶⁸ Å handle rettsstridig var således å krenke ”den objektive rett”. Dessuten ville en rettsstridig handling ofte støte mot en ”subjektiv rett”.⁶⁹ For Stang var imidlertid ikke den subjektive rett alene avgjørende, også andre interesser kunne ha betydning for rettsstridigheten. Stangs rettsstridslære viser allikevel at han, på tross av sitt forsett om å la retten ta sosiale hensyn, fortsatt befinner seg innenfor den liberale juridiske ideologiens konseptuelle rammer, selv om han presser disse.

Den formalistiske oppfatningen av rettighetsbegrepet var ikke bare preget av et bestemt samfunnssyn, men medførte også i mange tilfeller en ensidig fokusering på rettigheter, i stedet for en vurdering av de ulike interesser som kunne være involvert i forskjellige rettsspørsmål. Et typisk eksempel var forholdet der en virksomhet medførte skader eller ulemper for sine omgivelser, en situasjon som ble mer og mer vanlig i takt med industrialiseringen. Fokus på handlefrihet og rettigheter ledet lett til at erstatningsansvar i slike tilfeller ikke kunne konstateres. En konsekvens av rettighetskritikken var at dette forholdet ble endret, slik at nyttebetraktninger og interesseavveininger kom til å bli tillagt større vekt, i forhold til rettigheter og handlefrihet. Denne utviklingen ble påbegynt allerede av medlemmer av den frirettslige retning, blant annet av Stang, men kanskje særlig representert ved Ragnar Knoph.⁷⁰ Den rettsvitenskapelige utvikling kunne også støtte seg til trenden i rettspraksis, der et ansvar

66. Stang 1935, s. 168.

67. Frederik Stang, *Erstatningsansvar*, Kristiania 1919, s. 100. (Stang 1919).

68. Stang 1919, s. 101-102.

69. Stang 1919, s. 101.

70. Se til dette Carl August Fleischers artikkel ”Rettighet contra interesse”, i *TfR* 1987, s. 245-265.

for 'farlig bedrift' allerede rundt århundreskiftet vokste frem ved siden av de klassiske erstatningsgrunnlag. Med den politiske arbeiderbevegelsens siersgang, og godt hjulpet av rettsrealismen, ble denne utviklingen forsterket.

Økonomisk krise. Arbeiderbevegelse

Samtidig med at Viggo Bentzon og Fredrik Stang lanserte sine teorier om en friere rettsvitenskap og en sosialt tilpasset rett, var arbeiderbevegelsen i Skandinavia i ferd med å bli en politisk maktfaktor i eget navn.

Innenfor arbeiderbevegelsen hadde det vært et hovedspørsmål hvilke metoder man skulle benytte for å nå de politiske mål. Det var flere fløyer, med et hovedskille mellom revolusjonære og reformister. Den revolusjonære sosialisme var forbundet med Marx' skrifter og ble forsøkt virkeliggjort i Sovjetunionen. I de skandinaviske land valgte arbeiderpartiene en reformistisk linje og gikk inn for å arbeide innenfor det etablerte parlamentariske system. En annen skillelinje gikk på hvor dypt sosialismen burde strekke seg; skulle man nøye seg med å reformere en i de grunnleggende trekk kapitalistisk økonomi, eller måtte selve den private eiendomsrett avskaffes for å nå arbeiderklassens mål? Det danske arbeiderpartiet – Socialdemokratiet – var tidlig på 20-tallet visstnok av den oppfatning at staten skulle overta eiendomsretten til produksjonsmidlene, altså en materiell form for sosialisme.⁷¹ Etter hvert ble tonen dempet og man gikk inn for en mer pragmatisk tilpasning til de eksisterende økonomiske strukturer i samfunnet.

En av de første kampsakene for sosialdemokratene var innføring av alminnelig stemmerett. Kravet om alminnelig stemmerett var vanskelig å avvise også innenfor det liberale borgerskaps egne referanserammer. Ut fra de liberale likhetsidealer måtte det fremstå som vilkårlig at stemmerett bare tilkom visse deler av den voksne befolkningen. Men på den annen side var det klart at flertallet i befolkningen var fattige og upriviligerte, og neppe kunne antas å ha de samme interesser, eller det samme syn på hensiktsmessig politikk, som det styrende mindretall. Demokratisering var derfor en trussel mot hele det liberalistiske regimet, noe Eric Hobsbawm karakteriserer som "the basic dilemma of nineteenth-century liberalism".⁷² Strategien var derfor å modifisere likhetsidealet, som tilsa allmen stemmerett, med krav til eiendom eller utdanning for å kunne stemme og være valgbar. Tyngden i den egalitære trend var imidlertid vesentlig, og konfrontert med muligheten for et sosialt vulkanutbrudd, som med sikkerhet ville omstyrte samfunnet, valgte myndighetene heller å utvide manntallene, selv om flere enn Benjamin Disraelis konservative kollega Lord Derby nok anså det som "a leap in the dark". I Danmark ble det innført alminnelig stemmerett for menn og kvinner i 1915, i Norge i henholdsvis 1898 og 1913 og i Sverige i 1918.

71. Tage Kaarstedt, *Krise og Krig 1925-1950*, København 1991, s. 12. (Kaarstedt 1991)

72. Hobsbawm 1989, s. 85.

Som følge av utvidelsen av manntallene, ble arbeiderpartiene raskt de største politiske partiene. I Danmark kom partiet *Socialdemokratiet* til makten første gang i april 1924, med støtte fra Det radikale venstre. Partiets ledende skikkelse – Thorvald Stauning – ble statsminister. Den første regjeringen Stauning holdt bare til 1926, da Socialdemokratiet etter å ha skrevet ut nyvalg, måtte vike for Venstre under Madsen-Mygdal i allianse med Det konservative folkeparti. I 1929 kom Stauning tilbake og satt ved roret for ulike regjeringer av Socialdemokratiet, tidvis sammen med Det radikale venstre, frem til sin død i 1942.

Det norske arbeiderparti gjennomløp et revolusjonært intermezzo omkring den første verdenskrig, da det sluttet seg til Den kommunistiske internasjonale, som var styrt fra Moskva. Mellospillet ble imidlertid kortvarig. I Norge kom Arbeiderpartiet første gang til makten i 1928 ved ministeriet Hornsrud, men ble sittende bare noen måneder. Først ved regjeringen Nygaardsvold i 1935 ble makten sikret på mer permanent basis. På tilsvarende måte som i Danmark og Norge, var Socialdemokraterna i Sverige en kort periode i regjeringsposisjon i 1920, for siden å komme tilbake i 1932 under Per Albin Hansson. I alle tilfellene demonstrerte arbeiderpartiregjeringene de sosialdemokratiske partienes vilje til å arbeide innenfor det parlamentariske system. Dette skulle vise seg å være et heldig tegn i en tid da en rekke politiske systemer ble invadert av fascistiske og kommunistiske bevegelser, med liten respekt for demokratiets tungvinte spilleregler.

En tid etter at de skandinaviske sosialdemokratiske partiene overalt kom i regjeringsposisjon for første gang, inntrådte en verdensomspennende økonomisk krise, som fikk stor betydning for den videre utviklingen av velferdsstaten. Prisfall på landbruksvarer, generell økonomisk stagnasjon og massearbeidsløshet fulgte i kjølvannet av krisen.

Krisen i økonomien gjorde det nå for alvor klart at staten *måtte* føre en intervensjonspolitikk og gripe inn med politisk regulering i den tidligere 'private' økonomiske sfære. Den klassiske laissez-faire liberalismens tid var definitivt forbi; krakket på Wall Street i oktober 1929 hadde gitt den dødsstøtet. Videre førte krisen til at de økonomiske spørsmål kom i forgrunnen av politikernes oppmerksomhet, i forhold til de sosiale. Regjeringspartiene måtte overalt først og fremst ta hånd om de akutte økonomiske problemene som krisen hadde ført til.

I flere ulike land tok forskere innenfor den unge sosialøkonomiske disiplin til orde for et brudd med den klassiske økonomiens "lover" slik de var formulert av Smith, Ricardo etc. Den mest kjente av disse er uten tvil engelskmannen John Maynard Keynes (1883-1946), og man taler da også om den keynianske revolusjon i økonomien. Men også skandinaviske sosialøkonomer formulerte på samme tid lignende teorier som Keynes, uavhengig av ham. Sverige fostret på denne tiden flere betydelige sosialøkonomer, hvorav

Gunnar Myrdal (1898-1987) kanskje er den mest kjente. Den sosialdemokratiske regjeringen i Sverige benyttet seg således flittig av sosialøkonomisk ekspertise ved utformingen av den økonomiske politikken, og dette med stort hell. Den svenske krisepolitikken i 1930-årene dannet forbilde for de andre nordiske arbeiderpartienes økonomiske politikk og sikret sosialdemokraternas ledelsen av svensk politikk for lang tid fremover.

Fra almisser til rettigheter

For så vidt angikk sosialpolitikken, hadde arbeiderpartienes politiske mål helt andre virkninger for den rettslige regulering enn de konservatives almissepolitikk før århundreskiftet. Det man ønsket var *klart definerte politiske og sosiale rettigheter*, ikke en skjønnsmessig konkret innsats fra myndighetens side til periodevis brannslukking. Arbeiderpartiene næret nemlig en dyp mistro til den eksisterende stat, og hadde rikelige erfaringer for at statsapparatet, med politi og domstoler, kunne mobiliseres av de politiske makthavere til innsats mot deres egne medlemmer, i det som vanskelig kunne oppfattes som noe annet enn en klassekamp ovenfra. Kravene til de nye sosiale lovene var derfor at de klart formulerte hvilke rettigheter den enkelte hadde, og overlot minst mulig skjønn til de som skulle forvalte dem, slik at arbeiderfiendtlige vurderinger ikke skulle snike seg inn bakveien.⁷³

I Danmark var juristen K. K. Steincke (1880-1963) en sentral eksponent for dette synet. Mens Bentzon, Stang og Knoph hadde hatt sin faglige plattform i privatretten, var Steinckes utgangspunkt den offentlige retten, med dens mindre etablerte forvaltingsrettslige disiplin sosialretten. Og mens de tre nevnte rettsvitenskapsmenn hørte til på den politiske høyresiden, plasserte Steincke som sosialdemokrat seg på venstresiden.

Steincke ville plassere ansvaret for at rettsutviklingen virkelig skjedde til fordel for de svakest stilte hos lovgivningsmyndigheten, ikke rettsvitenskapen. Kampen om retten måtte etter Steinckes oppfatning føres som en rent politisk kamp.⁷⁴ Dette måtte gjelde både ved fastsettelsen av reglens innhold i lovgivningen og ved deres praktisering i rettsanvendelsen. Det måtte derfor utarbeides en helt ny sosiallovgivning, som grep inn i og modifiserte den eksisterende privatretten, og som overlot så lite rom for skjønn som mulig til de som anvendte reglene. Sosiallovgivningen måtte, i Steinckes terminologi, bygge på rettsprinsippet, ikke skjønnsprinsippet: Almisser utfra skjønn måtte bli til sosiale rettigheter i kraft av loven.⁷⁵ Rettsprinsippet skulle også gjøre det enklere for de berørte selv å vurdere sin rettsstilling. I boken *Fremtidens forsørgelsesvæsen* fra 1920 fremsatte Steincke forslag til ny lovgivning for hele

73. Dalberg-Larsen 1984, s. 110.

74. Dalberg-Larsen 1977, s. 387.

75. Steinckes bok fra 1912 har tittelen *Almisser eller rettigheder*.

sosialretten.⁷⁶ Steinckes teorier ble til praktisk politikk i 1933, da Socialdemokratiet, etter kriseforliket med Det radikale venstre og (det liberalistiske) Venstre, fikk gjennomført sosialreformene i lovgivningen. Sosialreformene skulle siden bære K. K. Steinckes navn og omfattet en lov om ulykkesforsikring som påla arbeidsgiverne å forsikre de ansatte mot arbeidsulykker, en såkalt folkeforsikring som blant annet omfattet uførepensjon og alderspensjon, en lov om forsikring mot arbeidsløshet og endelig en lov om offentlig forsorg eller støtte.

Den nye harde realisme i rettsvitenskapen

Parallelt med velferdsstatens utvikling frem mot Steinckes sosialreformer, dukker den skandinaviske 'harde' rettsrealismen opp, med Lundstedt, Olivecrona og Ross som de sentrale utøverne – inspirert av Axel Hägerström.

Kjennetegnet ved den nye skandinaviske realismen var kritikken av metafysikk; en kritisk destruksjon av overleverte forestillinger i rettstenkningen, så som moralerkjennelsen, rettighetsbegrepet, etc. Hovedbegrepene som ble utsatt for kritikk, var viktige rettslige instrumenter i den liberale økonomien. Det som det nemlig fremfor alt gjaldt å avmystifisere, var 'naturlovene' i økonomien, dvs. laissez-faire ideologien, med forestillingen om private rettigheter uten hensyn til sosiale virkninger, og tanken om at markedet skulle regulere seg selv uten statlig innblanding.⁷⁷

I det synspunkt at liberalismen, og dens rettslige ideologi – formalismen – ikke ga tilfredsstillende svar i forhold til den nye sosiale virkelighet som retten var en del av, var rettsrealistene på linje med den frirettslige retningen. Begge disse retningene kritiserte formalismen i rettstenkningen. Men rettsrealistene gikk mer radikalt til verks i sin kritikk, og vendte seg også mot den frirettslige retning. Denne hadde i følge realistene ikke i tilstrekkelig grad hadde frigjort seg fra de ideologisk pregede begrepene som formalismen hadde overtatt fra naturretten og romerretten. Dessuten tildelte friretten, ved sin vekt på et fritt juridisk skjønn, juristen en utilbørlig fremtredende plass i rettsutviklingen.

Vilhelm Lundstedt kritiserte den herskende rettstenkningen med stor glød og pågåenhet i det store verket *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten* (flere bind og en rekke utgaver 1920-1953). Han foretok et sjeldent krasst oppgjør med Stangs og Knophs rettsstridslære i avhandlingen "Kritik av nordiska skadeståndsläror" i *Tidsskrift för Rettsvitenskap* 1923.

Alf Ross for sin del hadde stilt seg meget kritisk til den tradisjonelle rettsvitenskapen allerede i debutavhandlingen fra 1926, *Retskildernes Teori*,

76. K. K. Steincke, *Fremtidens forsørgelsesvæsen*, I og II, København 1920.

77. Pihlajamäki 1997, s. 51-67. Pihlajamäki nevner denne strategien for avmystifisering av økonomisk teori i forbindelse med den amerikanske rettsrealismen, men det samme kan sies om sosialøkonome Gunnar Myrdal m. fl, som på samme måte som rettsrealistene drev med metafysikk-kritikk.

utgitt på tysk i 1929 som *Theorie der Rechtsquellen*. Anstøtsstenen var den overleverte og ofte knapt erkjente naturrechts-tenkemåte i samtidens rettsvitenskap (rettspositivismen eller formalismen): "Dem herrschenden juristischen Positivismus", skrev han i forordet, "ist es...niemals geglückt, die naturrechtliche Problemstellung zu überwinden". Naturrett i denne "weitesten Sinne" definerte han, som allerede nevnt i kapittel I, som "jedes unter der Maske der Theorie eingeschmuggeltes, praktisches Postulat".

Bare tilsynelatende hadde formalismen i følge Ross frigjort seg fra naturretten: "Ohne es zu wissen, trägt er in seinem Innern verborgen den Erbfeind mit sich". Ved den strenge 'positive' fortolkningsmåte og de formelle prinsippene for rettsanvendelsen, fremholdt Ross, stilte formalismen nemlig "praktische Forderungen an die Gestaltung des Rechtes", og derfor var den ikke utelukkende teori. Dette gjorde det imidlertid, i følge Ross, umulig for formalismen å begripe "die soziale Realität des Rechtes". Målet for, og den mulige betydning av, sitt arbeide beskrev han derfor på følgende måte:

Sollte es mir geglückt sein, in vorliegender Arbeit einigermaßen den Weg zu einer kritischen Bestimmung der sozialrealen Positivität des Rechtes und damit zu einer Überwindung des letzten naturrechtlichen Einschlages des Positivismus zu bahnen, so würde ich darin ihre grösste Bedeutung sehen.⁷⁸

Dette programmet: gjennom en kritisk vitenskapelig rettsfilosofi å overvinne de siste rester av naturrettslig tenkemåte og derved jussens skjulte politiske ideologier, holdt Ross fast på gjennom hele forfatterskapet, selv om det skjedde endringer med hensyn til begrunnelser og egne teorier.

Ross hadde også klare oppfatninger om frirettens problemer. I anledning en anmeldelse av Gunnar Myrdals bok *Vetenskap och Politik i Nationalekonomi* i tidsskriftet *Tilskueren*, reflekterte Ross over det han kalte "Socialvidenskabernes Krise". Jussen, med den frirettslige retnings blanding av frie overveielser og et nedarvet ideologisk belastet begrepsapparat, tiltrengte en ny vitenskapelig nøkternhet, fremholdt han. Det er en "skin-realisme, der for Øjeblikket behersker vore sociale videnskaber", skrev Ross, "ikke mindst Retsvidenskabene, hvorefter de saakalte 'reale hensyn' i bedste Fald indskrænker sig til yderst vage, generelle Skøn over en Foranstaltnings sociale Virkninger i første Led, medens de forøvrigt ofte er aldeles overgroede af den Mængde af dogmatisk-metafysiske Forestillingsparasitter, hvormed hele vor sociale Begrebsverden er arveligt belastet".⁷⁹ Disse 'dogmatisk-metafysiske forestillingsparasitter' ville han til livs med sin naturrettskritikk.

Betydning fikk Ross' naturrettskritikk først i den form den forelå etter oppholdet i Uppsala i 1928-29: Avhandlingen *Kritik der sogenannten prak-*

78. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien 1929, s. vi. (Ross 1929).

79. Alf Ross, "Socialvidenskabernes Krise", i *Tilskueren* 1931, s. 60-65, på s. 64.

tischen Erkenntnis (1933) inneholdt en kritisk destruksjon av forestillingen om at det var mulig å nå til erkjennelse i etiske spørsmål, en kritikk som slo benene under enhver naturretts teori (denne kritikken drøftes i neste kapittel).

Den moralfilosofiske kritikken var også forutsetningen for det videre rettsfilosofiske arbeid. I forordet til avhandlingen skisserte han følgende plan for dette:

Dieses Buch ist eine philosophische Abhandlung, indessen als Einleitung zu einer Serie rechtsphilosophischer Studien gedacht. (...) Im zweiten Bande wird die Rechtswissenschaft insofern als (theoretische) Kenntnis einer gegebenen Rechtsordnung erscheint, behandelt; im dritten, insofern sie als praktische Kritik erscheint. In einem vierten Bande hoffe ich endlich, die Kritik durch einen positiven Beitrag zur Bestimmung der Aufgabe und Methode der Rechtswissenschaft zu können.⁸⁰

Det annet bind som det tales om, vedrørende rettsvitenskapen som teoretisk kjennskap til en gitt rettsorden, forelå allerede året etter, som avhandlingen *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934). Rettsvitenskapen som praktisk kritikk (rettspolitikk) og bestemmelsen av dens oppgave og metode (rettsdogmatikk) behandlet han først i verket *Om Ret og Retfærdighed* (1953), og da delvis ut fra modifikasjoner i det filosofiske utgangspunkt. Læren om rettspolitikk behandles i kapittel VII, mens prognoseteorien, som var Ross' bidrag til en positiv bestemmelse av rettsvitenskapens metode utelates, da den er mindre sentral i forhold til det overordnede prosjekt: å rense rettstenkningen for ideologiske bindinger.

Hvorfor realisme?

Den brede samfunnsfaglig orienterte rettsvitenskap som Stang og Knoph hadde talt om vant ikke nevneverdig tilslutning hverken i rettsvitenskapen eller mer alment blant praktiserende jurister. Stang ble valgt til rektor for Universitetet i Oslo i 1921 og fikk også andre praktiske oppgaver, som gjorde at hans rettsvitenskapelige forfatterskap stoppet opp. Den energiske professor Ragnar Knoph, som i løpet av noen måneder våren 1934 hadde skrevet et brilliant innføringsverk for nye studenter kalt *Oversikt over Norges Rett*,⁸¹ døde allerede i

80. Alf Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Kopenhagen und Leipzig 1933, s. 12. (Ross 1933).

81. Knops *Oversikt* er siden ført videre av andre, og foreligger nå i sin 11. utgave, med en rekke fremstående jurister som forfattere, og under redaksjon av professor, dr. juris Kåre Lilleholt. Selv om Lilleholt har snudd en etter mitt skjønn uheldig utvikling i retning av volum og detaljoppbygging, ved å korte ned boken med bortimot 150 sider, er det allikevel lite som minner om Knops originale tekst, hva angår formidling av helhetsforståelse. En studie en *Oversiktens* utgivelseshistorie kunne antageligvis si en hel del om utviklingen i retning av en nøktern (men også perspektivløs) rettsdogmatisk retning i norsk juss etter krigen.

1938. Etter dette ble det først og fremst Fredrik Vinding Kruse som påtok seg å føre retningen videre, med lite hell, som vi skal komme tilbake til i kapittel VI.

I rettsfilosofien var det i stedet den skandinaviske rettsrealismen som bredte seg, og i rettsvitenskapen utviklet det seg ved siden av denne – og på grunn av det filosofiske værromslaget –, en nøktern rettsdogmatisk retning som konsentrerte seg om å beskrive, systematisere og fortolke det positive rettsstoffet. Rettsdogmatikken så lojalitet mot lovgiverne som et mål for tolkningen, og det ble vanlig å hevde at rettsvitenskapen ikke kunne være en rettskilde på linje med lov, rettspraksis og reelle hensyn.

Rune Slagstad har forsøkt å forklare Ross' tenknings "militante" preg ved det faktum at den hadde sin opprinnelse i Uppsala-filosofien, som måtte kjempes igjennom mot en konkurrerende, filosofisk tradisjon – nemlig den Boströmske skolens idealisme.⁸² Noen særlig drøftelse ut over det, av årsakene til "realismens triumf i moderne retts- og statsvitenskap", gir han seg ikke i kast med.⁸³ Det dreier seg således om en rent intern-intellektuell forklaring. Som forklaring på at rettsrealismen slo igjennom ikke bare i Sverige, men også i Norge og Danmark – og forsåvidt i USA som en nokså parallell amerikansk realisme – synes imidlertid den svenske universitetskonteksten nokså utilstrekkelig.

Jørgen Dalberg-Larsen har i verket *Retsvidenskabens som samfunnsvidenskab* et bredere syn på årsakene til realismens gjennomslag, selv om også han er tilbøyelig til å legge en del av skylden på svenskene:

Det må bemærkes, at denne retning (rettsrealismen, min tilføjelse) er opstået i Sverige, hvor den realistiske tradition udgaaet fra Ørsted kun i meget begrænset omfang har vundet indpas, og hvor retsvidenskabens tidligere i langt højere grad har været præget af det 19. århundredes tyske retsskoler af romanistisk og konstruktiv karakter, og hvor den har haft et stærkt islæt af naturretstænkning.⁸⁴

Ved siden av dette nevner Dalberg-Larsen tre andre forhold som tilsammen skal forklare rettsrealismens seier over friretten. For det første skal det være det synspunkt at Stangs - og de andres teori var *uvitenskapelig* som vant gjenklang, ved påvisningen av den tilfeldige begrepsbruken og det erkjennelsesteoretisk kritikkverdige i å behandle beskrivende og vurderende utsagn samme måte. Videre fremholdes det at man fra praktisk juridisk side måtte reagere mot den frirettslige retning, fordi den stilte alt for store krav til rettsvitenskapen.

82. Se Slagstad 1987, s. 12. Slagstads argument på dette sted angår direkte den norske rettsrealisme, som i følge Slagstad fikk en "mindre militant form", enn "Alf Ross og Uppsala-skolen", fordi den kunne trekke veksler på rettsrealismen etter A. M. Schweigaard, og ikke som i Sverige, "måtte føres fram i opposisjon til den tidligere tradisjon".

83. Det er heller ikke Slagstads anliggende; han synes å ta denne kjensgjerningen for gitt som et utgangspunkt for sin undersøkelse. Slagstad 1987, s. 11.

84. Dalberg-Larsen 1977, s. 392.

Endelig nevner han Vinding Kruses betydning "som den, der mer end nogen anden kom til at fremprovokere en voldsom modstand og dermed bidrage til dens endelige fald."⁸⁵

Alle disse forhold kan sannsynligvis bidra til å forklare at rettsrealismen og dens vingestekkelede rettsvitenskapelige slektning – rettsdogmatikken – seiret over den frirettslige retning og etablerte seg som et paradigme for retts-tenkningen i vårt århundre. Men det er etter mitt skjønn allikevel noe helt sentralt som mangler: nemlig sammenhengene mellom den politiske og den rettslige, og dermed også rettsvitenskapelige og rettsfilosofiske utvikling.⁸⁶ I dette kapitlet er forhåpentligvis slike perspektiver åpnet opp. Etter en mer detaljert drøftelse av kritikken av den etiske erkjennelse, debatten med Vinding Kruse og Ross' lære om rettspolitikk, skal jeg i avslutningskapitlet samle trådene og forsøke å gi en samlet forklaring på rettsrealismens gjennombrudd i lys av avhandlingens resultater.

Jeg skal imidlertid allerede her kort kommentere en vanlig forekommende tendens til å identifisere rettsrealismen med formalismen.

Formalisme og rettsrealisme

Rettsrealismen sees ikke sjelden i sammenheng med formalismen, en identifisering som ikke minst lett skjer fordi man ofte betegner dem begge som 'rettspositivisme'.⁸⁷ Det er heller ikke uvanlig at formalismen oppfattes som 'et moderne gjennombrudd' i rettsvitenskapen. Det kan derfor være grunn til å gå noe nærmere inn på forholdet mellom de to retningene.

Rune Slagstad har i boken *Rett og politikk* (1987) inngående drøftet Francis Hagerups rettsvitenskapelige forfatterskap. Slagstad mener at betegnelsen det moderne gjennombrudd i rettstenkningen i Norge bør knyttes til Hagerups forfatterskap. Sin fortolkning av Hagerups betydning sammenfatter han slik:

Hagerups teori er misvisende blitt oppfattet som en ytterliggående form for normativisme og konstruktivisme – en blindvei i forhold til den hovedvei rettstenkningen senere har fulgt. Det synspunkt som her fremmes, er for såvidt motsatt: Hagerups regelutilitaristiske rettspositivisme representerer det moderne gjennombrudd i norsk

85. Dalberg-Larsen 1977, s. 389.

86. Sannsynligvis har dette sammenheng med formålet for Dalberg-Larsens undersøkelse i avhandlingen om *Retsvidenskabens som samfundsvidenskab*. I boken *Retsstaten, velferdsstaten og hvad så?* (1984) behandler Dalberg-Larsen *rettsutviklingen* i perioden i lys av den politiske utvikling. Samlet sett gir Dalberg-Larsens to avhandlinger en god oversikt over mange aspekter ved utviklingen av politikk, rett og rettsvitenskap. Den politisk-praktiske kontekstens betydning for rettsfilosofien har han imidlertid ikke trukket noen konklusjoner om.

87. Jeg har som tidligere i avhandlingen nevnt, valgt å reservere betegnelsen rettspositivisme for dagens rettsfilosofiske grunnholdning hos en rekke fremtredende rettsfilosofer og blant, tror jeg, de fleste rettsvitere. Den historiske rettspositivismen betegner jeg formalisme.

rettstenkning, men – må det føyes til – Hagerups nøkkelposisjon er forunderlig lite påaktet i senere norsk rettsteori, som har hatt en realistisk begrenset horisont.⁸⁸

Har den senere norske rettsteori hatt en "realistisk begrenset horisont", slik Slagstad hevder, så har hans verk til gjengjeld en idealistisk "vid" horisont, noe som kommer klart frem allerede i tittelen *Rett og politikk*. Det går som en rød tråd gjennom Slagstads fremstilling at retten er noe som kan være mer eller mindre knyttet til politikken. Men denne angivelige motsetning forutsetter jo at retten er noe som kan eksistere uavhengig av en konkret rettsorden, et politisk system, altså som en ideelt gyldig orden. Slagstads verk er således preget av de begrepsmessige forutsetninger i den tankeretning han har satt seg fore å drøfte – den liberale tradisjon. Derfor er det heller ikke overraskende at Slagstad konkluderer med at Alf Ross' og rettsrealistenes lære fører til "desisjonisme", "nihilisme" og identifisering av rett og makt: "den som har makt har rett".⁸⁹ Men dette er jo bare en forvrengning (se nærmere nedenfor i kapittel IV). Poenget for Ross var at det ikke finnes noen objektiv "rett", men vel rettslige regler opprettholdt ved tvang.⁹⁰ Ideologiene omkring disse reglene (den objektive rett) ville han jo nettopp avsløre. Det ligger hverken "desisjonisme" (et begrep som igjen synes å forutsette en objektiv rett) eller "machiavellisme" (nærmest et skjellsord) i dette, men kun den enkle konstatering, at rettsreglene er menneskeskapte fenomener med sosiale virkninger. Det er heller ikke overraskende, når Slagstad bruker den ekstreme liberalisten F. A. Hayek, som mente at keynsiansk underbudsjetteringspolitikk og velferdslovgivning var "the road to serfdom",⁹¹ som utgangspunkt for å vise, at det kan "reises sterke argumenter mot den normative desisjonisme".⁹²

Når det gjelder spørsmålet om forholdet mellom formalismen og rettsrealismen, kan det kanskje spørres om det vil føre til noen interessant debatt å gi seg i kast med å avgjøre hva eller hvem som egentlig fortjener betegnelsen 'moderne gjennombrudd'. I et mer overordnet perspektiv kan det neppe være noen tvil om at både Schweigaard, Hagerup, Stang og Eckhoff i Norge; Bornemann, Bentzon og Ross i Danmark alle tar del i den større moderniseringsprosess som har pågått og pågår som ledd i den historiske utvikling i Vesten siden 1700-tallet. De er således alle 'moderne'. Og grunner til å omtale Hagerup spesielt som 'moderne' kan man nok finne, for eksempel i det at han i sin artikkel i første nummer av *Tidskrift for Retsvidenskab* i 1888 gikk inn for å

88. Rune Slagstad, *Rett og politikk*, Oslo 1987, s. 25-26. (Slagstad 1987).

89. Slagstad 1987, s. 133.

90. Jeg lar her den tvetydighet i Ross' tenkning ligge, som skyldes at han ville definere retten i termer som kunne verifiseres med sansene, men allikevel flere steder taler om regler, rettssystem etc. Se til dette Hans Kelsen, "Eine 'realistische' und die reine Rechtslehre", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959, s. 1-25.

91. Ronald N. Stromberg, *European intellectual history since 1789*, 4th ed. 1986, s. 257.

92. Slagstad 1987, s. 133.

gjøre rettsforskningen til en skikkelig vitenskap. Blant annet av denne grunn ble visstnok tittelen på professoratene ved det juridiske fakultet i Kristiania endret fra å angå lovkyndighet, til rettsvitenskap i 1898.⁹³ Dessuten er jo enhver tankeretning som kommer etter en annen 'moderne' i forhold til denne siste, og formalismen, som Hagerup etter min oppfatning er nærmest knyttet til, representerte utvilsomt noe nytt i forhold til rettstenkningen på 1700-tallet, da den brøt igjennom rundt 1830-40 i Tyskland, England, Danmark (og Norge noe senere). Man da er det jo merkverdig å tidfeste dette moderne gjennombrudd til 1888, og ikke et tidligere tidspunkt. Det er også enkelte andre aspekter ved Slagstads begrepsbruk, som jeg mener det kan reises innvendinger mot, og som jeg derfor kort vil kommentere.

Slagstad karakteriserer det moderne gjennombrudd i rettsvitenskapen på denne måten: "Dette besto i utviklingen av et moderne, vitenskapelig retts-system: en systematisering av rettsreglene med henblikk på rettsdogmatikkens indre sammenheng, dvs. en rasjonalisering av rettssystemet ut fra interne logisk-formelle kriterier. Denne tendens kulminerte i den moderne rettspositivisme".⁹⁴ Denne karakteristikken er etter min oppfatning egnet til å skape en viss forvirring, dels fordi ordet 'rettssystem' synes å bli brukt synonymt med 'vitenskapens systematisering av rettsreglene'. Dette er en uvanlig ordbruk. Vanligvis brukes ordet rettssystem som betegnelse på den kombinasjon av rettsregler, institusjoner og praksis i samfunnet som defineres som rettslig.⁹⁵ Det gir ingen mening å hevde at rettssystemet i denne forstand er blitt mer eller mindre vitenskapelig.⁹⁶ Det Slagstad mener må være noe annet, nemlig rettsvitenskapens systematisering av rettsstoffet. Men systematisering av rettsstoffet har vært en karakteristisk oppgave for jurisprudensen helt siden romerretten, og det er vanskelig å forstå hvordan systematisering i seg selv skal være spesielt moderne. Det må i så fall ligge i de "logisk-formelle kriterier" som Slagstad nevner. Men nettopp disse kriterier var en del av det de rettsfilosofiske modernistene oppfattet som en gjenværende form for naturrettslig tenkemåte i rettsvitenskapen, som utslag av ideologi for det borgerlig-liberale samfunnet. Nettopp disse 'metafysiske' bindingene på fortolkningen, og formalismens hele ideologisk farvede begrepsapparat var det rettsrealistene ville ut av. En identifisering av retningene leder en til å overse dette, enten nå man knytter dem sammen som moderne eller som positivistiske.

Derfor er det også uheldig at det forblir uklart om henvisningen til 'rettspositivisme' i Slagstads fremstilling gjelder den rettslige formalisme i

93. Dalberg-Larsen 1977, s. 376.

94. Slagstad 1987a, s. 76.

95. Se f. eks. Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettssystemer*, Oslo 1991, s. 200-206.

96. Det ville være som å hevde at menneskekroppen skulle være blitt mer vitenskapelig som følge av at legevitenskapen og de sosiale praksiser knyttet til den skulle være blitt mer 'vitenskapelige'.

Hagerups samtid eller peker helt frem mot den skandinaviske rettsrealismen. Gjelder den førstnevnte, er jeg enig med Slagstad. Men i så fall er Slagstads påstand nærmest en tautologi (den rettslige formalismen kulminerte i den rettslige formalismen). Derimot mister man et viktig historisk poeng hvis formalismen slås i hartkorn med rettsrealismen. Dette er noe som ikke desto mindre ofte gjøres, og ikke bare av Rune Slagstad.

I en artikkel i tidsskriftet *Lov og Rett* fra 1995 kalt "Fra gyldighet til virkelighet" reiser således den danske professor dr. juris Ole Krarup spørsmålet om "hvor radikal den skandinaviske realisme egentlig er". Krarup hevder at "distansen til 1800-tallets deduktive rettsvitenskap i virkeligheten" er "marginal". "Fælles for begrepsjurisprudensen og den skandinaviske realisme" er nemlig, i følge Krarup, "at retten forklares og begrundes *autonomt*. Retten er selvberoende".⁹⁷

Den tilsvarende sammenstillingen av formalismen og rettsrealismen foretas av Peter Høilund. I boken *Den moderne retstæknings gjennombrud og autoritetstab* (1998) skriver han om sammenhengen mellom F. C. Bornemann og Alf Ross:

Det som Giddens betegner 'ekspertsystem', er i denne sammenheng virkningen af en lærd juriststand, der kan betragtes som udlejringsmekanismer, da de, ligesom retskildebegrebet, fjerner sociale relationer fra den videnskabelige kontekst for på et abstrakt grundlag at kunne generalisere informationer. Den udvikling, der her igangsættes, kulminerer i dette århundre med Alf Ross' retskilde- og metodelære.⁹⁸

En parallellføring av den rettslige formalismen med rettsrealismen er etter mitt skjønn lite veiledende hvis man vil forstå disse retningene som historiske fenomener. I tillegg til rettsrealistenes skarpe avstandtagen nettopp til formalismen, overser man da vesentlige trekk i den rettslige utvikling siden den tid: velferds-, regulerings- og fullmaktslovgivningen, som har ført til en helt annen rettsvirkelighet i dag enn på 1800-tallet. I tillegg overser man det faktum, at fortolkningen etter rettsrealismen ikke lenger er bundet opp i slike dogmatiske 'prinsipper' som formalismen var (bokstavfortolkning, samt konsekvens og harmoni, og intet annet). Det forekommer meg i det hele tatt utilstrekkelig som forklaringsmetode å peke på noen generelle trekk, som man uten nærmere undersøkelse tror er felles for to tankeretninger, og ut fra det utlede en likhet. Om retten "forklares og begrundes autonomt", er "selvberoende" eller "abstrakt" er karakteristikk, som både ved sin vaghet og sin manglende historiske forankring, er uegnede til for å forstå forholdet mellom formalismen og rettsrealismen. Disse retningene befinner seg hver i to fundamentalt ulike historiske kontekster, noe man ført må ta hensyn til, dersom det skal kunne sies noe meningsfullt om forholdet mellom dem.

97. Krarup 1995, s. 93-94 (Kursiv i originalen).

98. Høilund 1998, s. 85.

Sosial kamp og sosiale ingeniører

Tankegangen bak og hovedprinsippene i sosialreformen av 1933 inneholder det som kan kalles den ene grunnpillaren i den moderne velferdsstatstenkningen: Et sosialt sikkerhetsnett for alle, basert på klart definerte rettigheter, ikke skjønnsmessig fastsatte og behovsprøvede tiltak.

Den andre grunnpillaren besto av en langt mer samfunnsomformende tanke, basert på tiltak innen helse, utdanning, bolig – og industribygging og utvikling av infrastruktur, utformet under planøkonomisk sentralstyring.⁹⁹ Rune Slagstad taler i denne forbindelse om "sosialismens systemomformende ambisjoner" med planstyret som "det sentrale strategiske instrument".¹⁰⁰ Under det offentliges overoppsyn skulle ikke bare arbeiderklassens interesser sikres. Det skulle skapes et nytt samfunn der den materielle nød var overvunnet og det sosiale liv fungerte som en velsmurt maskin. Prosjektet var ikke uten utopiske trekk. Dette prosjektet tok først virkelig fart ved gjenoppbyggingen etter krigen. Se nærmere om dette nedenfor i kapittel VII.

De to tendenser i velferdsstatstenkningen fantes ofte sammen og kan ikke holdes klinisk adskilt, men i det vesentlige er det snakk om to helt forskjellige idékomplekser. Rettighetstankegangen er i hovedsak en universalisering og radikalisering av de liberale idéene fra den franske revolusjonen, der rettigheten til arbeid og et økonomisk minimum skulle sidestilles med frihetsrettighetene og retten til eiendom. Prosjektet om å skape et bedre samfunn kan sees i lys av opplysningstidens fremskrittsoptimisme, med alle dens senere variasjoner, og kan muligens forstås som en sekularisert kristen millenarisme.¹⁰¹ Et annet viktig aspekt ved den annen grunnpillar i velferdsstatens ideologi er koblingen mellom teknologi og sosial utopi. Ingeniøren – som legger vann i rør, konstruerer broer og temmer og nyttiggjør naturkreftene – ble mønstereksempelet på fagmannen i enhver profesjon. Dette synet fikk også betydning for rettsutviklingen, rettsvitenskapen og juristene.

99. Sondringen mellom to hovedgrupper av idéer i velferdsstatstenkningen gjøres her av meg, men elementene er naturligvis velkjente fra før.

100. Slagstad 1996, s. 12.

101. Se Karl Löwith, *Meaning in History*, Chicago 1949, som mener å finne sekularisert eskatologi både hos Comte, Proudhon, Hegel og Marx, for å nevne noen. Löwith er blitt kritisert av Hans Blumenberg i *Die Legitimität der Neuzeit*, (1973-76). Se også ovenfor i kapittel II (fotnote) om Blumenberg og det moderne prosjekt.

KAPITTEL IV

Kritikk av den etiske erkjennelse

Alt Fremskridt henimod Lighed og Menneskelighed har været forbundet med en Kritik i Fornuftens og Anstændighedens Navn af den Ideologi, hvormed de privilegerede har søgt at værne deres Privilegier...De Intellektuelle er de Undertrykte 5. Kolonne.
Alf Ross¹

Som vi så i kapittel I var utgangspunktet for Alf Ross' kritikk av naturretten en egen moralfilosofisk tese, som ga uttrykk for det ikke-kognitive standpunkt, at en praktisk eller etisk erkjennelse ikke var mulig: "Der gives (ikke) nogen etisk erkendelse, og følgelig ingen naturlig ret. Al ret er positiv ret."² Alf Ross utviklet denne teorien systematisk første gang i avhandlingen *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis* fra 1933; det som han siden alltid regnet som sitt filosofiske hovedverk.³ I dette verket var Axel Hägerströms moralfilosofi det nærmeste utgangspunkt for hans egne teorier. Senere tilpasset Ross sin ikke-kognitive teori til den logiske empirismens teori om verifikasjon som kriterium for mening. Hvor slagordet først hadde vært at etiske utsagn innebar en logisk selvmodsigelse, ble det nye kampropet at de var meningsløse.

Alf Ross' kritikk av moralerkjennelsen er en moralfilosofisk meta-kritikk. Det vil si at den ikke var en kritikk av spesielle moralteorier, men en generell kritikk av muligheten for å ha teori om moral overhodet. Kritikken forutsetninger lå i den første fasen i erkjennelsesteorien. Men Ross brukte også den behavioristiske psykologi som grunnlag for å forklare hva som lå til grunn for de moralske utsagn; han ville forklare moralforestillingerne som en slags nevroses, eller system av tvangstanker.⁴ I kritikken i *Om Ret og Retfærdighed*, tuftet på den logiske empirisme, inngikk også språkfilosofiske betraktninger.

Den ikke-kognitive moralteori var et fellestrekk ved de skandinaviske rettsrealistene, Hägerström, Lundstedt, Olivecrona og Ross; og en teori de hadde til felles med Hans Kelsen, Gunnar Astrup Hoel og en rekke andre. Det

1. Alf Ross: "Hvorfor jeg stemmer paa Socialdemokratiet", *Socialdemokraten* 25. oktober 1945.

2. Ross: "Naturret contra Retspositivisme", *TJR* 1963, s. 497-525, på s. 504. (Ross 1963).

3. Alf Ross: "Some comments on dr. Hernandez' questions concerning the evolution of my works", notat, Etterlatte papirer, Det Kongelige Bibliotek, Utilg. 771, Kps. 13.

4. Se avsnittet nedenfor om 'det psykofysiske menneske'.

var en potensielt meget anvendelig og meget destruktiv teori, med stor overføringsverdi til rettsfilosofien. Det erkjennelsesteoretiske syn som lå til grunn, kunne ramme både begrepene om normer, rettigheter, gyldighet etc. I den nærmere anvendelse av det ikke-kognitive utgangspunktet var det forskjeller mellom rettsrealistene. Særlig er det grunn til å nevne den skarpe polemikken mellom Vilhelm Lundstedt og Alf Ross, blant annet angående teorien om samfunnsnyten (se nærmere kapittel V).

Den såkalte praktiske erkjennelse

Alf Ross anså det nødvendig å la sin egentlige rettsfilosofi innledes av en moralfilosofisk forstudie. Denne ble gjennomført i verket *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* fra 1933, med undertittel *Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*.⁵

Tittelen – Kritikk av den såkalte praktiske erkjennelse – foregrep konklusjonen: Den praktiske erkjennelse var ingen riktig erkjennelse, men bare *rasjonaliseringer* (det vil si begrunnelser etter at resultatet er nådd på annen måte) av subjektive følelser; verdidommer var ikke kunnskapsutsagn (selv om de hadde slik form), men *kamuflerte følelseuttrykk*.

Selve forestillingen om en praktisk erkjennelse inneholdt nemlig *en logisk selvmotsigelse*, hevdet Ross: Det dreide seg om en sammenblanding av to tanke kategorier – den teoretiske og den praktiske. *Teori, erkjennelse, viten* ble i etikken *uberettiget* blandet sammen med *praksis, vilje, handling*.

Selvfølgelig kunne man tale om praktisk erkjennelse i visse sammenhenger, fremholdt Ross. Først og fremst der de teoretiske vitenskaper ga svar på hvilke midler som kunne være tjenlige for å nå bestemte mål. I denne betydning av begrepet praktisk erkjennelse dreide det seg simpelthen om teknologi: "Hver dag blir vi ledet skritt for skritt i livet gjennom vår vitenskapelige kunnskap. I teknikken, i medisinen, i industri og handel, i landbruk og oppdragelse, kort sagt: på alle livsområder benytter vi våre vitenskapelige kunnskaper. Det finnes knapt en viten, som under bestemte forhold ikke kan være praktisk i denne forstand".⁶ Men slik praktisk erkjennelse – teknologi – undersøkte ikke om målet i seg selv var på sin plass.

Men det var nettopp det etikken som praktisk erkjennelse ville gjøre. Den ville ikke nøye seg med å anvise årsaksammenhenger ut fra gitte mål. Etikken skulle selv gi viten om menneskets høyeste mål og bestemmelse. Men ikke nok med det. Etikken ville heller ikke nøye seg med en viten om disse høyeste mål; den ville også være en begrunnelse for å sette seg dette mål: "På den ene side skal etikken være mer enn en teknologi; den skal rette seg direkte mot det

5. For en kort fremstilling av Ross' kritikk av den etiske erkjennelse i denne boken, se Jes Bjarup, *Skandinavischer Realismus*, München 1978, s. 53-56. (Bjarup 1978).

6. Alf Ross: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Leipzig und Copenhagen 1933, s. 17. (Ross 1933). Alle oversettelser i det følgende er gjort av meg til bruk her.

høyeste mål eller den ubetingede bestemmelsesgrunn for viljen. På den annen side skal den også være mer enn en viten om disse mål eller grunner; for etikken ville ikke bare beskrive eller forklare hva som faktisk skjer, men selv umiddelbart sette et mål, være en grunn”.⁷ Uansett om den praktiske erkjennelsen opptrådte i form av påstand om verdi, et pliktimperativ, det gode eller noe annet, så var tanken i alle tilfeller det, fremholdt Ross, at denne erkjennelsen skulle være et umiddelbart krav om å rette viljen mot dette mål.

Men deri lå også den praktiske etiske erkjennelsens umulighet: Kunnskap måtte nemlig, i følge Ross, være kunnskap *om noe*. Det vil si noe ytre, forskjellig fra, og uavhengig av, kunnskapen selv. Men hvis kunnskapen ikke bare skal være kunnskap *om* det høyeste mål, men selv *angi* dette mål, det vil si være *grunn for å strebe mot* dette målet, så var ikke lenger målet uavhengig av og forskjellig fra kunnskapen. Erkjennelsen produserte dermed sin egen gjenstand. Men i så fall var den heller ikke lenger en erkjennelse (*om målet*).⁸

Derfor var også begrepet om en praktisk erkjennelse ikke et ”ekte begrep”, men en ”sammenstilling av dialektiske tankemomenter fra to forskjellige bestemmelser av den relasjon, i hvilken tenkning kan stå til praksis”.⁹ Den såkalte praktiske erkjennelse innebar en erkjennelse, som samtidig var *vilje*. Og erkjennelse og vilje var klart nok ikke det samme, avsluttet Ross.

Hva var så den etiske erkjennelsens utsagn, når de ikke var viten, og heller ikke rasjonelle overveielser om hvilke midler som var tjenlige til å nå visse gitte mål?

Svaret Ross ga var følgende: De var ikke rasjonelle utsagn, men *rasjonaliseringer*. Normative utsagn måtte oppfattes som ”rationaliserede Udtryk for visse subjektivt oplevede Følelser og Indstillinger”. De normative utsagn var altså en slags imperativer i indikativs form. Av en forutgående spontan *opplevelse* av rett eller galt, godt eller ondt, bygget man bevisst, eller helst ubevisst, opp en *påstand* om et saksforhold: ”Den såkalte praktiske erkjennelsens dommer er i virkeligheten ikke ekte dommer, det vil si utsagn som uttrykker viten, men påstandsmessig kamuflerte uttrykk for følelsesmessige opplevelser”.¹⁰ Et normativt utsagn kunne således, i følge Ross, betraktes ”ganske på samme Maade som et Skrig eller et Hurraraab: ingen af dem kan være sande eller falske, ingen af dem betegner nogen eksisterende Genstand, men alle kan de opfattes som spontane Udtryk for en samtidig subjektiv Oplevelse, et vist Følelses- eller Impulsleie”.¹¹ Det var således en *emotivistisk* moralteori Ross oppstilte, innenfor det som kan kalles et internt perspektiv.

7. Ross 1933, s. 19.

8. Ross 1933, s. 19.

9. Ross 1933, s. 20.

10. Ross 1933, s. 20.

11. Alf Ross, ”Vinding Kruses Bidrag til Retskildelæren”, *UfR* 1940, s. 149-171, på s. 161. (Ross 1940).

Men Ross ville ikke nøye seg med det interne perspektiv, men etter denne konstateringen skifte perspektiv og betrakte moralfølelsene *eksternt*: “De i moralen uttrykte impulser vil vi ikke lenger betrakte ‘innenfra’ som et bevissthetsleie, men ‘utenfra’ som psykofysiske fenomener i en psykofysisk organisme”.¹² Et normativt utsagn var i dette perspektivet “et psykofysisk Fenomæn, der bringer visse andre psykofysiske Fænomener (Følelser, Indstillinger) til Udtryk”.¹³ Den falske ‘vitenskapen’ om moralen – etikken – skulle dermed bli til en ekte vitenskap om moralske fenomener – etologien – tuftet på den behavioristiske psykologi.

Jeg skal helt kort nevne noen sentrale trekk ved denne teorien nedenfor i avsnittet om ‘det psykofysiske menneske’. Først skal vi imidlertid se hvordan den emotive teori ble utviklet under påvirkning fra den logiske empirismen.

Kritikken ut fra den logiske empirismen

Også de logiske empiristene hevdet at etisk erkjennelse ikke var mulig. I verket *Om Ret og Retfærdighed* (1953) tilpasset Ross sin kritikk av den etiske erkjennelse til de logiske empiristenes teori. For å få et bilde av Ross kritikk av naturretten slik han utviklet den på dette tidspunkt, er det derfor nødvendig å gå noe nærmere inn på hvordan de logiske empiristene kom frem til sin moralfilosofiske non-kognitivismen.

De logiske empiristene bygget på en spesiell oppfatning av språkets funksjon og av forholdet mellom språk og virkelighet. Det de hevdet, var at språkets funksjon var å *avbilde* virkeligheten, og at ord derfor korresponderte med saksforhold i verden (bilde-teorien eller korresponanse-teorien). Denne oppfatningen var inspirert av Gottlob Freges symbol-logikk og av Ludwig Wittgensteins språkfilosofi, slik den var uttrykt i verket *Tractatus-logico-philosophicus* (1922).

Ut fra dette språkfilosofiske utgangspunktet bygget de logiske empiristene opp en teori om hva det ville si at utsagn hadde *mening*. Man oppfattet mening som et spørsmål om hvordan man kunne avgjøre om det som ble hevdet i utsagnet var sant eller ikke (dvs. hvilken sannhetsverdi utsagnet hadde). Poenget var at sannhetsverdien bare kunne avgjøres ved observasjon (sensualistisk empirisme). Kriteriene ble formulert i det som kalles *verifikasjonsteorien for mening*.

I meningsteorien skilte de logiske empiristene mellom analytiske og syntetiske setninger. Dette var en sontring som allerede David Hume og Immanuel Kant hadde oppstilt. En analytisk setning beskrev de logiske empiristene som en setning hvis sannhetsverdi (dvs. svaret på spørsmålet: er denne påstanden sann eller falsk?) alene var bestemt av meningen med de

12. Ross 1933, s. 437.

13. Ross, “Den rene Retslæres 25-års Jubilæum”, *TJR* 1936, s. 304-331, på s. 313 (Ross 1936)

ordene (symbolene) som inngikk i setningen. For eksempel var setningen 'en sirkel er rund' en analytisk setning.

Alle andre setninger var syntetiske. Det betød at ordene refererte til noe annet enn de øvrige ord i setningen. Men slike setninger kunne være av mange slag. Som eksempler kunne man ta påstandene 'Gud er allmektig' og 'jorden er rund'. Hvordan skulle man avgjøre hva slike påstander betød, det vil si hvilken *mening* de hadde? Svaret på dette var i følge de logiske empiristene, at det måtte finnes *en metode* for å avgjøre om påstanden var sann eller falsk; påstanden måtte kunne *verifiseres* (av latin *veritas* = sannhet og *facere* = gjøre). Denne metoden mente de logiske empiristene i siste hånd måtte kunne føres tilbake til en undersøkelse av enkle sensuelle empiriske forhold. Man måtte prinsipielt kunne iaktta forhold i den ytre verden ved hjelp av sansene for å avgjøre sannhetsspørsmålet.

I *Om Ret og Retfærdighed* uttrykte Ross dette på følgende måte:

Det er en grundsætning i den moderne empirisk orienterede videnskabslogik, at en påstand der prætenderer at være et virkelighedsudsagn (og ikke blot en logisk-matematisk, analytisk sætning) direkte eller indirekte må implicere, at man ved at følge en vis fremgangsmåde under visse betingelser vil gøre visse umiddelbare erfaringer.¹⁴

Ved oppstillingen av dette *verifikasjonsprinsippet*, var det også mulig å skille mellom ulike typer av syntetiske setninger. Dersom det ikke – i hvert fall i prinsippet – var mulig å undersøke den aktuelle påstanden ved direkte observasjon av forhold i den ytre verden, var det heller ikke mulig å avgjøre om setningen var sann eller falsk. Den *kunne* ikke verifiseres. For eksempel var det prinsipielt *mulig* å undersøke påstanden 'det finnes fjell på baksiden av månen', også før man på 1950-tallet rent faktisk ble i stand til dette ved romfarten. Derimot ville det *aldri bli mulig* hverken å bekrefte eller avkrefte setningen 'Gud er allmektig', fordi det ikke var mulig å oppstille noen metode for hvordan man skulle kunne avgjøre dette. Påstanden kunne derfor hverken være sann eller falsk. Men derfor hadde den heller ingen mening.

Dersom utsagnet således ikke ble klassifisert som analytisk (men da ville det også i en viss forstand være intetsigende), og det heller ikke kunne verifiseres, var det derfor *uten mening* (i forhold til de logiske empiristenes meningsbegrep). Ross skrev: "Sådanne udsagn siges at savne (logisk) mening og kaldes metafysiske".¹⁵

Slik hadde man altså også etablert en demarkasjonslinje overfor 'metafysikken'. Denne ble utnyttet til det fulle. Meningsteorien gjorde at en av de ledende engelske logiske empirister, Alfred J. Ayer, kunne åpne sin avhandling *Language, truth and logic* (1936) med ordene: "The traditional disputes of the

14. Ross RR 1953, s. 52.

15. Ross RR 1953, *ibid.*

philosophers are for the most part as unwarranted as they are unfruitful". Han konkluderte med at så godt som all tidligere vestlig filosofi hadde vært "nonsense".¹⁶ Ayer ble ikke uten grunn betegnet som "den farligste mand i Oxford".¹⁷

Alle setninger, og all teori, som ikke oppfylte den logiske empirismens strenge kriterier for 'mening' falt etter dette på en måte ut i det ytterste mørke. Dette gjaldt ikke minst utsagn om moral og rettferdighet. Utsagn som 'denne ordning er rettferdig', 'det er galt å stjele', etc, var det prinsipielt sett umulig å avgjøre sannheten av ved observasjon av noe i den ytre verden. Slike utsagn, som ikke kunne være sanne eller falske, kunne derfor ikke gi uttrykk for *viten*; de var *ikke-kognitive* eller også *ikke-vitenskapelige*. Men ikke nok med det. Dette innebar også at de var *meningsløse* – metafysiske postulater og intet annet! Man kan forestille seg hvilken jublende, frigjørende følelse det må ha vært å kunne ta knekken på både moral og religion, borgerskapets verdigrunnlag, og autoritet både i familien og på universitetet, med dette kampropet.

Et problem som knyttet seg til meningsteorien, var imidlertid hvilken status teoriens *egen* formulering skulle regnes for å ha. Den var klart nok ikke analytisk, altså måtte den være syntetisk. Men syntetiske setninger skulle jo i følge teorien selv være empirisk verifiserbare for å være meningsfulle. Og meningsteorien lot seg jo ikke påvise i noe ytre. Da måtte man i tilfelle ha nye kriterier for å angi meningen ved meningsteorien og så videre i det uendelige. Konsekvensen av dette ble tilsynelatende et uomgjengelig paradoks: hvis teorien var sann var den meningsløs, hvis den var meningsfull var den 'usann'. Det ble lansert forskjellige forslag for å løse dette paradokset.¹⁸ Det vanligste ble etterhvert å anse verifikasjonsteorien som et definisjonsforslag. Og for definisjonsforslag ble det alminnelig å henvise til det fruktbare, det enkle, det bekvemmelige for å legitimere en spesiell definisjon.

Det forhold ved meningsteorien, at den selv var 'metafysisk', ble et yndet angrepsmål for kritikere av den logiske empirismen.¹⁹ Innvendingens betydning kan imidlertid overdrives. I sin sterkeste form – at meningsteorien derfor er meningsløs – er den like unyansert som den logiske empirismens tidlige metafysikk-begrep. Poenget er jo at det finnes *forskjellige former for* 'metafysikk' eller ikke-verifiserbare teorier. Forskjellen på det meningsfulle i å søke å trekke en grense mellom vitenskap og ikke-vitenskap, slik de logiske empiristene ville, og aktivitet av typen 'naturlig religion', 'hva er rettferdighet', etc

16. A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, London 1946.

17. Jan Riis Floor, "Den logiske positivisme", i *Vor tids filosofi, Vitenskap og sprog*, København 1982. (Riis Floor 1982).

18. Wittgensteins oppfatning var at filosofien var en aktivitet, hvis resultater ikke lot seg formulere i prinsipper, men dette var lite attraktivt for de logiske positivistene, som nettopp var opptatt av resultater og fremskritt. Se Riis Floor 1982, s. 128.

19. Således også i våre dager, der Henrik Palmer Olsen og Peter Høilund gjør mye ut av dette poenget.

kan være stor. Det er således tale om graduelle, ikke absolutte forskjeller mellom 'viten' og 'metafysikk'. Ett av de mest grunnleggende trekk ved den menneskelige tanke, ser imidlertid ut til å være å ville tenke i *absolutte motsetninger*: Er ikke teorien absolutt sann, så er den fullstendig falsk! Dette er desverre argumentasjonsmønsteret i mange av de naturrettsfilosofiske 'oppgjør' med rettsrealismen av i dag.²⁰

Senere ble behandlingen av de ikke-vitenskapelige setningene nyansert, slik at man gikk over til å tale, ikke bare om meningsløshet, men om *andre former for* mening. Man kunne således si at utsagn som ikke var empirisk verifiserbare, allikevel var uttrykk for *noe*. De kunne for eksempel ha *ekspressiv* mening, det vil si at de var uttrykk for følelser. Slik oppfattet man moralske påstander: Setningen 'Progressiv beskatning er urettferdig' var således, på tross av at den ikke kunne være sann eller falsk, ikke fullstendig meningsløs, men hadde den mening, å gi uttrykk for den følelse av ulyst overfor et visst skattesystem, som avgiveren av utsagnet følte. Dette resulterte i den logiske empirismens form for emotiv verditeori (emotivisme).

Dessuten kunne slike utsagn ha den mening å søke å *påvirke* mottageren. Å si at 'progressiv beskatning er urettferdig' kunne derfor også være uttrykk for at avsenderen søkte å påvirke andre til å føle den samme ulyst mot skattesystemet som han selv. Også moralske og rettslige *normer* kunne sees under denne synsvinkelen. Charles Stevenson bygget ut en teori om ulike former for mening på dette grunnlag.²¹

I *Om Ret og Retfærdighed* bygget Ross på Stevensons klassifisering av utsagnstyper. Han sondret mellom "ekspressiv eller symptomatisk", og "representativ eller semantisk" mening.²² Alle utsagn hadde i følge Ross ekspressiv mening, i det de "som led i et psykofysisk hele viser tilbake til den opplevelse som har affødt ytringen".²³ Men noen ytringer hadde *også* representativ mening, i det de symboliserte visse saksforhold. (Ross bygget altså fortsatt på bilde-teorien). Ross kunne etter dette skille mellom tre typer ytringer; påstandsytringer, utbrudd og direktiver. De to sistnevnte savnet representativ mening. De var enten følelsesutbrudd eller hadde påvirkningsintensjon.

Senere ble teoriene om meningsinnholdet i ikke-vitenskapelige (dvs. ikke-kognitive) utsagn modifisert ytterligere, både blant de logiske empiristene og av Ross selv, i verket *Directives and Norms* (1968). Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på dette, da denne utviklingen hadde forholdsvis liten betydning

20. Det skal heller ikke legges skjul på at Alf Ross var ganske glad i å oppstille (ikke uttømmende; men det sa han ikke) dikotomier; det som også kalles falske dikotomier.

21. Charles Stevenson, *Ethics and Language*, 1944.

22. Ross RR 1953, s. 16.

23. Ross RR 1953, s. 17.

for den mest aggressive naturretts-kritikken hos Ross, som fant sted mellom 1929 og 1963.

Et mer radikalt brudd med den logiske empirismens meningsteori, men stadig innenfor rammen av en analytisk, vitenskapelig orientert filosofi, skjedde ved utviklingen av den såkalte *talehandlingsteorien*. I denne teorien så man på språket, ikke bare som bilde av virkeligheten, men også som *praksis*, og det ble hevdet at språklige utsagn var *handlinger*. Denne filosofien var også inspirert av Wittgenstein, men av hans senere språkfilosofi, blant annet i verket *Philosophische Untersuchungen* fra 1953. Filosofene J. L. Austin og John Searle utviklet teorier om de forskjellige praktiske aspektene ved utsagns mening. Talehandlings-filosofien dannet også bakgrunn for rettsfilosofen H. L. A. Harts studier i verket *The Concept of Law*, og for fortolkningsmetoden vedrørende historiske tekster som Quentin Skinner, John Pocock etc utviklet på 1960-tallet.²⁴ Ross ble imidlertid lite påvirket av denne utviklingen i språkfilosofien.

Rettsmetafysikk

Den moralfilosofiske kritikk som er gjennomgått ovenfor, var bakgrunnen for at Ross kunne omtale naturretten som 'metafysikk'. Nå skal vi bare for å komplementere bildet, se noe nærmere på hvordan han omtaler metafysikken, og hvordan han for øvrig argumenterer mot den.

Metafysikk definerte Ross et sted som en tolkning i lys av "prinsipper og idéer som ligger utenfor den sanselige verden og som udspringer af menneskets rationale eller gudommelige natur, eller er givet i direkte gudommelig åpenbaring".²⁵

De metafysiske påstander var slik Ross så det vilkårlige, fordi de var utilgjengelige for intersubjektiv kontroll; de var på en måte hevet over argumentasjon. Dermed lot de seg heller ikke motbevise, fordi de "boltrer sig i en sfære hinsides begrunnelse og verifikasjon".²⁶

Kunne det nemlig tenkes noen verifikasjonsmetode for de metafysiske utsagn. Hva skulle i tilfellet være kriteriet for å avgjøre om en metafysisk påstand var sann eller falsk?

Verifikasjon etter den logisk empiriske meningsteori var som vist ovenfor umulig; observasjon var avskåret. Men kunne man tale om *intuisjon*? Om det ikke var mulig å teste mot noe ytre, kunne man ikke da teste mot noe *indre*?

En mulighet kunne således være *evidensen*. Ross tok opp denne eventualiteten til behandling. "Det som skal være sannhetskriterium for metafysiske påstander", hevdet å være evidens, skrev Ross. Det vil si: en "privat (intrasubjektiv), umiddelbar insigt, en evident skuen, en intuisjon".²⁷ Men dette

24. Se innledningen.

25. Alf Ross, "Naturret contra retspositivisme", *TfR* 1963, s. 497-525, på s. 504. (Ross 1963).

26. Ross RR 1953, s. 340.

27. Ross RR 1953, s. 343.

holdt ikke, for hvilke kriterier skulle avgjøre når det forelå 'evidens'? Appellen til en eventuell 'sann' evidens, som kriterium for hva som skal gjelde for evidens, avviste Ross, fordi det måtte lede til en uendelig regress. Hva som skulle gjelde for en sann evidens måtte i så fall igjen avgjøres av en sann evidens, som i sin tur måtte avgjøres ved en sann evidens, osv. i det uendelige. Evidens kunne derfor rett og slett ikke være sannhetskriterium, mente Ross.

Det man sto tilbake med når disse muligheter var oppbrukt, var *følelsen* som tegn på sannhet; den personlige overbevisning: 'Jeg *føler* at dette er sant!'; 'Men såklart: progressiv beskatning *er* urettferdig. Min rettsfølelse sier meg det!'. David Hume, som klart hadde påpekt det ikke-kognitive ved moral-utsagn, hadde i stedet ansett følelsene som det sentrale, og gitt disse en nokså positiv funksjon. I våre dager er, om enn ut fra andre filosofiske utgangspunkter, igjen følelsene blitt regnet som noe positivt og viktig i moral-filosofien.²⁸ Selv om ingen av disse akkurat tar følelsene som *sannhetskriterium*, mener de at følelsene i hvert fall kan spille en viktig rolle som korrektiv og veileder for fornuften. Ross tenkte nok ikke i slike baner. For ham var det mer maktpåliggende å konstatere at en følelse ikke kunne være kriterium for at noe var *sant* (vitenskap). Dette må – *nota bene!* – ikke tas som uttrykk for at Alf Ross mente at man ikke kunne ta noe begrunnet *standpunkt* i moralske- eller andre verdispørsmål. Både ut fra rene faktautsagn og fra sine følelsesmessige innstillinger – og fra en sammenstilling av ulike slike informasjoner – kunne man, slik Ross så det, godt innta standpunkter om hva som var rett og rettferdig. Men selve standpunktet kunne allikevel under ingen omstendighet bli *viten*. En rest av irrasjonalitet var det alltid tilbake. Relativisme og resignasjon var allikevel ikke konsekvensen av den ikke-kognitive moralteorien. Ross var også selv et godt eksempel på sin egen teori i så måte, i det han med stor glød forsvarte for eksempel demokratiet som politisk styreform – noe som jo selvfølgelig ikke kunne 'bevises vitenskapelig'. Denne siden ved Ross' moralteori drøftes i noe større utstrekning nedenfor under overskriften *verdinihilisme?*

Det psyko-fysiske menneske

Til grunn for den nærmere utforming og forklaring av den emotive verditeori hos Ross lå en psykologisk teori om mennesket og menneskelig læring.

Ross kritiserte ved denne teorien den tradisjonelle adskillelse av subjekt og objekt, som har vært etablert etter Descartes. Det finnes ikke noe slikt som et 'subjekt' overfor et 'objekt'; en 'sjel' i et 'legeme', hevdet Ross. Mennesket er en enhet, ikke to ulike substanser. Denne enhet kalte han en 'psyko-fysisk helhet', eller en 'psykofysisk organisme'.

28. Se for eksempel Arne Johan Vetlesen: *Perception, Empathy and Judgement*, Pennsylvania 1994.

Det som for Ross var løsningen på moralfilosofiens elendighet, var som nevnt ovenfor, å skifte fra et internt normativt, til et eksternt deskriptivt perspektiv. De moralske forestillinger, og deres “forestillingsmæssigt rationaliserede Udtryk for visse subjektive Oplevelser af Impuls”, kunne etter dette sies å ha, om ikke *mening*, så i hvert fall “Symbolværdi”, som tegn på visse “psykofysiske Fænomener”.²⁹ Disse psykofysiske fenomenene var “visse ejendommelige, uinteresserede Adferdsinstillinger”.³⁰ En påstand som for eksempel den at ‘progressiv beskatning er urettferdig’, var derfor å anse som en slags “tvangstanke”, eller handlingstilbøyelighet.

De ‘uinteresserte innstillingene’ var nemlig avledet av ‘interesserte instillinger’, som for eksempel den å unngå et onde, være seg straff eller misbilligelse. Denne moralopplevelsenes genese var i følge Ross et resultat av familiens og samfunnets oppdragelses-prosedyrer. Her var han direkte influert av den samtidige behavioristiske retning i psykologien, og dennes lærings-teori.³¹

Naturrettens spirituelle mystikk

Det var et gjennomgående trekk ved Ross’ omtale av naturretten, at den ikke bare ble karakterisert som ‘metafysikk’, men at den også kunne sammenliknes med, eller ble oppfattet som et utslag av, *magiske* forestillinger.

Disse talemåtene var mer enn skjellsord. I boken *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgeminen römische Rechtsanschauung* fra 1927 hadde Axel Hägerström gjort det rettslige begrepet om plikter (fordringer, krav) til gjenstand for en idéhistorisk undersøkelse. Hägerström mente å kunne påvise at den romerrettslige pliktbegrep (som det naturrettslige rettighetsbegrep var vokst ut av) bunnet i forestillinger med opprinnelse i primitiv magi.

Hägerströms studier av mystikk og magi fikk stor betydning både for Ross og Vilhelm Lundstedt. Det var på det tidspunkt da Hägerström nettopp hadde avsluttet sine romerrettslige magi-studier, at Ross studerte i Uppsala. Hans notater fra Hägerströms forelesninger inneholder flere henvisninger til disse teoriene.³²

Ross skrev da også om rettsbegrepenes opprinnelse i magi i avhandlingen *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren* (1934):

29. Ross 1934, s. 18.

30. Ross 1934, s. 91.

31. For et samtidig dokument over behaviorismens teorier, som samtidig er forsiktig kritisk og introduserer også visse interne betraktninger (men for all del ikke psykoanalytisk ‘innlevelse’!), se Jørgen Jørgensens bok *Psykologi paa biologisk Grundlag*, København 1941-45.

32. Alf Ross, “Notater til Hägerström”, acc. 1991/24, kps 2, Håndskriftssamlingen, Det Kongelige Bibliotek, København.

Parallel med denne psykologiske Betragtning af de juridiske Grundbegreber gaar en *historisk*. Jeg vil i dette Arbejde Gang paa Gang paa forskjellig Måde faa Lejlighed til at paavise, at det traditionelle Retsbegreb efter dets immanente Forudsætninger er af *magisk* Natur.³³

Dette måtte imidlertid rent umiddelbart lyde "usandsynlig", innrømmet Ross, "stødende, ja næsten fornærmende".³⁴ Tatt på ordet, som et uttrykk for at "vor Tids Jurister tror paa Magi, idet de arbeider med Grundbegreber, hvis Betydning er af ren mystisk Natur", var påstanden "mere Falsk end Sand".³⁵ Men poenget var ikke at "moderne Mennesker bevidst skulde nære overtroiske Forestillinger om Ret", men at slike forestillinger lå implisitt i rettsbegrepets "dunkle, d. v. s. i Almindelighed ikke til klar Bevidsthed bragte Forudsætninger". Disse dunkle, mystiske forutsetninger fra en fjern og mørk fortid kunne, til tross for god tro hos brukeren, vise seg i begrepenes "Funktion": "Det gælder om Begreber som om Mennesker", erklærte Ross: "hvad de virkelig er og staar for, fremkommer ikke saa meget af, hvad de selv erklærer herom, som af den Maade, hvorpaa de faktisk optræder og handler".³⁶ Man kan ikke unngå å legge merke til at Ross her er meget nær en bestemmelse av begreper som ideologiske instrumenter.

Men hvordan kunne det rent faktisk-historisk ha skjedd, "at den moderne Psyke, om end forudsætningsvis, skulde kunne rumme Forestillinger af mystisk-magisk Natur, der dog paa den mest eklatante Maade maa staa i Modstrid med det Syn paa Naturen og dens Kræfter, det moderne Menneske er vundet frem til", spurte Ross.³⁷

Jo, dette kunne skyldes to forhold. Dels kunne mystisk-magiske begreper bli overlevert gjennom det han kalte "Teorien om Begrebets strukturelle Forstening og historiske Metamorfose".³⁸ Dessuten mente Ross at det var en sammenheng mellom den psykologiske teori om moralforestillingenes genese hos den enkelte, og moralbegrepenes tilsvarende genese i historien. Det var således i følge Ross en "intim Forbindelse mellom den psykologiske og den historiske Betragtning af Retsbegreberne". Og dette kunne også forklare de magiske begrepenes levedyktighet. De hadde nemlig tross alt "en vis indirekte, funksjonel Sammenheng med visse Retsrealiteter, nemlig de rationaliserede Oplevelsesfundamenter".³⁹

33. Ross 1934, s. 19. Kursiv hos Ross.

34. Ross 1934, s. 19.

35. Ross 1934, s. 19.

36. Ross 1934, s. 20.

37. Ross 1934, s. 20.

38. Ross 1934, s. 20.

39. Ross 1934, s. 21.

Det er på denne bakgrunn man må forstå en del av Ross senere uttalelser i forbindelse med gjennomgangen av naturrettens historie. Ross skriver for eksempel i verket *Om Ret og Retfærdighed*:

Der går en ubrudt linie fra det primitive menneskes magisk-animistiske tro over den teologiske dogmatik op til de store filosofisk-metafysiske systemer. Det bærende i alle denne tankelinies åbenbaringsformer er angsten for tilværelsen og dens magter og trangene til at søge tilflugt og sikkerhed i noget absolut.⁴⁰

Skillet mellom rettsrealisme og naturrett beskrev han ut fra disse utgangspunkter som en "dyptgående divergens, nemlig mellom en magisk-religiøs-metafysisk og en vitenskapelig tilnærming til livet og dets problemer".⁴¹

Naturrettens farer

Ved siden av den prinsipielle kritikk uttalte Ross seg også enkelte steder om farene han mente var forbundet med naturrettslige tenkemåter i jussen, uttalelser som kaster et interessant lys over hans intensjoner med naturrettskritikken.

At Ross så på sin manøver mot naturretten som et ideologikritisk prosjekt kom til uttrykk allerede ved det motto han valgte for *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*: et sitat hentet fra H. C. Andersens eventyr om Keiserens nye klær. Det lyder:

En dag kom to bedragere, som ga seg ut for å være vevere og fortalte, at de kunne veve det vidunderligste stoff som man kunne forestille seg. Ikke bare var farver og mønstre helt usedvanlig vakre, men klærne som ble vevet av dette stoffet hadde den vidunderlige egenskap, at de ville være usynlige for hvert menneske som ikke dugde til sitt embete, eller også var utilatelig dum.⁴²

Dette 'vidunderlige stoffet' var naturligvis i Ross' perspektiv moralfilosofien og naturretten, hvis 'usynlighet' ble skjult gjennom et 'bedrag'.

Naturretten var, skrev han i *Om Ret og Retfærdighed*, så lenge den "havde karakter blot af en moralfilosofi til legitimation af den positive ret og til vejledning for lovgiveren" ikke i stand til "på afgørende måde at fordærve den egentlige juridiske tenkning".⁴³ Ved særlig den rasjonalistiske naturrettens krav om å se den naturlige rett ikke bare som en moralfilosofi, men som en juridisk disiplin ble dette annerledes. Et særlig klart eksempel på hvordan den juridiske tenkning under innflytelse fra naturretten var blitt offer for en skadelig

40. Ross RR 1953, s. 310-311.

41. Ross RR 1953, s. 310.

42. Ross 1933, s. 15. Min oversettelse.

43. Ross RR 1953, s. 348.

begrepsforvirring, fant han i den naturrettslige oppfattelse av rettighetsbegrepet.

Fordi der gælder et sæt af regler, i følge hvilke jeg, som følge af visse kendsgerninger, kan kræve retstatning, vindicere o.s.v., har jeg ejendomsret. Men for den naturretlige opfattelse er forholdet omvendt. Erstatningskravet fx begrundes dermed, at der er gjort inngreb i min rettighed. Erstatningen er principielt et retfærdigt krav på oprejsning. På lignende måde antages alle andre sanktioner betinget af forudgående krenkelse af en andens materielle rettigheder. På denne måde har man på forhånd lukket sig ind i en fuldstændig tom og cirkulær diskussion af retsinstitutters begrundelse, og *afskåret sig fra en realistisk drøftelse af erstatningens eller andre retsinstitutters sociale funktion*.⁴⁴

Helt klart ga han også uttrykk for at han oppfattet naturretten som ideologi, nærmest i en marxistisk betydning av ordet:

I naturrettens noble klædebon har man i tidens forløb forsvaret eller kæpet for alle tænkkelige krav, øjensynligt affødt af en bestemt livssituasjon og bestemt af økonomiske og politiske klasseinteresser, tidens kulturelle overleveringer og fordomme, dens aspirationer – kort sagt alt det, der indgår i det, man plejer at kalde en ideologi.⁴⁵

Overvinne av rettsmetafysikken

En kritikk av naturrettens erkjennelsesteoretiske absurditeter og historiske opprinnelse i magiske forestillinger var bare den ene, destruktive del av Alf Ross' prosjekt for å overvinne ideologienes herredømme i rettstenkningen. En renselse var ikke nok hvis man ikke også hadde noe å sette i stedet. Her var det Ross ville utbre den vitenskapelige verdensanskuelse på det juridiske område. Den "mest effektive overvindelse af retsmetafysikken", hevdet han, lå rett og slett i det, "at der skabes en videnskabelig retslære".⁴⁶

Det samme gjaldt for moralmetafysikken. "Negativ kritikk er aldri nok", skrev Ross; "vi blir aldri ferdig med etikken så lenge vi ikke har noe positivt å sette i dens sted".⁴⁷ Dette positive skisserte Ross i utkasts form i avslutningen av *Kritik som etologien* – vitenskapen om de moralske fenomener. Og i denne forbindelse påpekte Ross at det kanskje ikke var riktig "med et pennestrøk å rydde av veien den samlede moralfilosofi fra Aristoteles til Bergson".⁴⁸ Det var nemlig tenkelig at disse etiske systemene kunne ha en viss interesse, men dog på andre måter enn tilsiktet. Akkurat som alminnelige menneskers moralforestillinger, som ikke var uttrykk for kunnskap eller sannhet, men allikevel kunne ha vitenskapelig interesse som 'fakta', var nemlig de etiske teorier også av potensiell verdi for en moderne vitenskapelig betraktningssmåte, som uttrykk

44. Ross RR 1953, s. 349. Kursiv her.

45. Ross RR 1953, s. 341.

46. Ross RR 1953, s. 340.

47. Ross 1933, s. 436.

48. Ross 1933, s. 436.

for hvordan menneskesinnet rasjonaliserte de spontane moralopplevelsene. Den metafysiske moralfilosofi kunne tenkes å ha en "symbolsk sannhetsverdi", som også kunne være til nytte for det moderne menneske, etter en vitenskapelig omfunksjonering.

Verdinihilisme?

Hägerströms ikke-kognitive etikk ble av motstanderne i samtiden raskt stemplet som *verdinihilisme*, og denne betegnelsen hefter ved Hägerströms moral-filosofi den dag i dag. En vanlig innvending i samtiden, var at hans moralteori virket oppløsende på den alminnelige moral og lovlydighet. Dette var i en viss forstand riktig, og som jeg hevder i denne avhandlingen, også selve hensikten. Men det ble fremført en rekke mer vidtrekkende argumenter, hvorav noen skal behandles her.

En variasjon over dette tema var at verdinihilismen skulle lede til at *rett ble identifisert med makt*. Om det ikke finnes objektive normer, hva skal da være argumentet mot den som fysisk eller på annen måte sto sterkest?

Dette er et klassisk problem som allerede Paton tok opp i dialogen *Staten*. Her lot han sofistene Trasymachos forfekte det syn, at mennesket var alle tings mål, og at det rettfærdige var det som tjente den mektige. Platon lar som kjent Sokrates gjendrive sofistene. Det standpunkt som han la i munnen på sofistene var imidlertid like misvisende som den konsekvens i denne retning som enkelte utledet av Uppsala-filosofien. Trasymachos' syn er nemlig kognitivt og innholdbestemt, ikke formalt og non-kognitivt, slik som Ross' teori. Ved kritikk av denne art forveksles således lett en meta-teori med en moralteori.⁴⁹

Det kan i denne sammenheng bemerkes at Ross hadde større sans for sofistene, enn for Platon. Han skrev i *Om Ret og Retfærdighed*: "Vi kan følge utviklingen fra en primitiv magisk-mytisk opfattelse af retten henimod en spirende videnskabelig og humanistisk indstilling, der især kom til orde indenfor sofisternes kreds under Athens storhetstid...". Han la til: "Det er ikke uden betydning, at denne udvikling løb parallelt med en udvikling fra primitivt klansamfund til demokrati". Denne uttalelsen gir uttrykk for et vesentlig aspekt ved Ross' selvforståelse: Det var etter hans oppfatning en intim sammenheng mellom en ikke-kognitiv moralteori og politisk toleranse. Motsatt gikk moralfilosofisk- og politisk absolutisme hånd i hånd etter marsjtakt fra Hegel. Dette var for øvrig også Poppers syn i *The open society and its enemies* (1945).

En annen innvending mot den ikke-kognitive moralteorien, var at den angivelig ledet til moralsk *relativisme*. Ernst Cassirer hadde i sin monografi om Axel Hägerström fra 1939 kritisert moralteorien på dette grunnlag. Cassirer mente at konsekvensen av Hägerströms lære måtte være at relativismen ble gjort til et grunnprinsipp i moralfilosofien.⁵⁰ Liknende oppfatninger om Upp-

49. Se om dette forøvrig Bjarup 1978, s. 59-60.

50. Ernst Cassirer: *Axel Hägerström*, Göteborg 1939. Se til dette også Bjarup 1978, s. 59.

sala-filosofien kom sosiologen Theodor Geiger med i sin bok *Debat med Uppsala om Moral og Ret* fra 1946. Denne utgivelsen ble foranledningen til en polemikk mellom Ross og Geiger, der Ross viste seg fra en mindre sympatisk side, og i stor grad argumenterte *ad hominem*.⁵¹ Også i boken om demokratiet, behandlet Ross anklagene om at non-kognitivismen skulle føre til relativisme og moralsk forfall. Her skrev Ross, med adresse til Vinding Kruse, noe som kan stå som et kortfattet uttrykk for hans egen imøtegåelse av relativisme-anklagene:

Taabelig er den Indvending, at den, der paa denne Maade benægter Værdiernes videnskabelige Erkendbarhed, derved afskærer sig selv fra at gøre Forskel paa godt og ondt og maa havne i en indifferent Passivitet. Fordi et Standpunkt er et Standpunkt og ikke en videnskabelig Sandhed, følger heraf naturligvis ikke, at man ikke kan have noget Standpunkt. Jeg ved meget vel, hvad jeg vil gaa ind for og slaas for, om det skal være. Jeg bilder bare ikke mig selv og andre ind, at det videnskabeligt kan godtgøres, at mit standpunkt er det rigtige.⁵²

Desisjonisme?

En annen merkelapp som av og til settes på den ikke-kognitive moralteori, og den derav følgende avvisning av naturretten, er betegnelsen 'desisjonisme'. I en viss forstand er denne betegnelsen dekkende. Det var jo et hovedpoeng for Ross at et moralstandpunkt aldri kunne være en vitenskapelig sannhet, og at det ved løsningen av et praktisk-politisk problem, selv om man kunne argumentere praktisk-rasjonelt et stykke på vei, alltid ville bli tilbake et siste sprang, som bare kunne overstiges ved en *beslutning*. Deri ligger desisjonismen (*desidere* latin = beslutte).

Men akkurat som etiketten verdinihilisme kan misbrukes for å tillegge den ikke-kognitive moralteori et innhold som det ikke er dekning for, så gjelder det samme for etiketten desisjonisme. Ross var nemlig ikke en som dyrket irrasjonalismen som et positivt prinsipp. Hans påpekning av moral- og verdi-standpunkters subjektivitet og emotivitet skulle innby til nøkterhet og bane vei for en vitenskapelig tilnærming til de sosiale problemer og en åpen argumentasjon om sosiale ordningers konsekvenser.

51. Ross skrev blant annet at det hadde vært en mindre god idé at boken var blitt utgitt, og at det virkelig ville vært en bragd om en sosiolog hadde kunne forstå Uppsala-filosofien, men at det (naturligvis) ikke var lyktes for Geiger. Ross var i det hele tatt mange ganger svært skarp i sin polemikk, selv om han etter mitt skjønn for det meste holdt seg til sak. Noen ganger gikk han imidlertid over streken, for eksempel i tilfellet Geiger.

52. Alf Ross: *Hvorfor Demokrati?*, København 1946, her sitert etter Alf Ross: "Sociolog som Retsfilosof", *Juristen* 1946, s. 259-269. på s. 264. Der fremgår også henvisningen til "en vis amatørfilosof fra det juridiske fakultet", dvs. Vinding Kruse.

‘Desisjonismen’ hos Ross må også sees i sammenheng med hans teori om demokratiet.⁵³ Beslutningene skulle tas der det var demokratisk legitimitet for det, og så langt som mulig på bakgrunn av korrekte faktiske opplysninger. Poenget var at ulike moralske og rettslige ‘prinsipper’ ikke skulle brukes til å stikke kjepper i hjulene for politiske avgjørelser fattet i demokratiske fora.

53. Alf Ross: *Hvorfor Demokrati?*, København 1946.

KAPITTEL V

Lundstedts sosiale realisme

Jurisprudensens representanter... måste känna sig såsom verksamma för det samhälle, till hvilket de höra och såsom vars tjänare de åtnjuta sina fördelar.
Vilhelm Lundstedt¹

Vilhelm Lundstedt var sentral i utviklingen av den svenske rettsrealismen, på tilsvarende måte som Ross var viktig i utviklingen av den danske (og norske). Programmet for Lundstedt var på overflaten, liksom Ross' program, å befri rettstenkningen fra mystikk og metafysikk og gjøre rettsvitenskapen til en ekte vitenskap, på basis av naturvitenskapelig metodologi. Men bak dette prosjektet lå, liksom hos Ross, et politisk prosjekt, nemlig å fjerne den liberalistiske rettsideologiens begrensninger på rettslig endring, og stille retten fritt, som et redskap for å gjennomføre sosiale reformer. Kritikken samlet seg både hos Ross og hos Lundstedt om visse grunnleggende juridiske forestillinger, slik som forestillingene om rettens gyldighet, det substansielle rettighets-begrepet, rettstridslæren, etc. I motsetning til Ross mente imidlertid Lundstedt å kunne oppstille et prinsipp for rettsvitenskapen og den juridiske metode, som etter sigende skulle være mer vitenskapelig enn tidligere rettsidéer, nemlig prinsippet om "samhällsnyttan". Dette prinsippet angrep Ross, som en kamouflert form for naturrett, på linje med utilitarismens lykke-prinsipp. Ross kritiserte også Lundstedt for dennes rettighetsbegrep. Kontrasten mellom Lundstedt og Ross er viktig for å forstå på hvilken måte Ross' naturrettskritikk var ideologisk kritisk. Selv om Ross' kritikk av naturretten også tjente til å legitimere velferdsstatens politikk og lovgivningsteknikk, var hans rettsfilosofiske alternativ i mindre grad innholdsbestemt enn Lundstedts. Ross ville sette formelle, relative og funksjonelle modeller i stedet for materielle, absolutte og substansielle. Hans ideologi var først og fremst den demokratiske prosessens ideologi, ikke det sosialdemokratiske partiets.

Bakgrunn

Vilhelm Lundstedt var i likhet med sin landsmann Karl Olivecrona og Alf Ross sterkt influert av Axel Hägerström. Selv var han allerede en etablert professor i

1. Vilhelm Lundstedt, "Kritik av nordiska skadeståndsläror", *TjR* 1923, s. 55-154, på s. 95. (Lundstedt 1923).

sivilrett og romerrett, med inklinasjoner i formalistisk retning, da han traff Hägerström. Han gjennomgikk en omvendelse til realismen av nærmest religiøs karakter. I sine erindringer har Lundstedt beskrevet det avgjørende vendepunkt i møtet med Hägerström slik:

Vi togo nu upp en diskussion, dvs Hägerström hade mig at närmare utveckla min syn på de frågor han ställde. Detta gjorde han i den mest försynta form, precis som om han ville lära litet juridik av mig. Men varje fråga ledde till en fälla. Jag gick snällt i dem, och så hade han mig fast. Vad jag befarat hade blivit sant. Jag förstod ganska snart, att intet var hållbart i de grundtankar, som jag förut hade byggt på.²

De alminnelige grunntanker som Lundstedt i sitt virke som jurist tidligere hadde tatt for gitt, hadde Hägerström underminert. All tidligere rettstenkning fremstilte seg for Lundstedt etter dette som en serie misforståelser, og den eksisterende rettslitteraturen kunne, mente han, "ikke ha något värde annat än som makulatur".³ Lundstedt satte derfor i gang med en omfattende kritikk av den herskende jurisprudensen. Denne kritikken fremkom blant annet i det store verket *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten* (fire bind 1920-1953), som i forkortet versjon ble utgitt på tysk i 1936, med den megetsigende tittelen *Die unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*. En engelskspråklig bok med de samme grunntanker kom i 1956 med tittelen *Legal thinking revised*. I en artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1923, "Kritik av nordiska skadeståndsläror", anvendte Lundstedt, i anledning av en kritikk av samtidens nordiske erstatningsrett og dens anvendelse av rettsstridslæren, sine grunn-synspunkter og ga en kortfattet sammenstilling av disse, og det er i det vesentlige denne artikkelen jeg legger til grunn for fremstillingen nedenfor.

Lundstedt var overbevist sosialdemokrat, og han satt i Riksdagen for det svenske arbeiderpartiet – Sosialdemokraterna – i en årrekke.⁴ Han talte åpent om, både til sine partifeller og til andre som ville høre, at hans realistiske rettsfilosofi var en sosialdemokratisk form for rettsteori.⁵ På dette punkt er det en viss forskjell fra Ross, selv om også han talte varmt om sosialdemokratisk politikk. Ross var imidlertid mer forsiktig med å koble sin politiske og filosofiske innsats.

Fundamentum inconcussum⁶

Lundstedts filosofiske fundament var Hägerströms tese om at den eneste virkelighet var gjenstandsverdenen i tid og rom, og den derav følgende ikke-

2. Vilhelm Lundstedt, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*, Stockholm 1942, s. 171, sitert etter Nordin 1984, s. 119.

3. Lundstedt 1942, s. 171, sitert etter Nordin 1984, s. 119.

4. Nordin 1984, s. 122.

5. Nordin 1984, s. 122.

6. latin; oversatt: et urokkelig fundament.

kognitive moralteori. Ut fra dette kunne Lundstedt for det første si, at "hela den härskande riktningen inom jurisprudensen, en riktning med tusenåriga anor, som jag själv tillhört", var bygget på en "blot i fantasien given, i verkligheten icke existerande grund".⁷ Denne grunn var nemlig forestillingene om at det 'fantes' regler, rettigheter etc. Men dette var i følge Lundstedt en stor misforståelse. Han erklærte under henvisning til Hägerströms arbeide kort og godt, at "Det finns bevisligen icke några rättsliga bud".⁸ Det eneste som 'bevisligen' eksisterte i tid og rom, var visse faktiske sanksjoner, som i regelmessige tilfeller ble iverksatt av statsapparatet.

For det annet var, i følge Lundstedt, alle tradisjonelle forsøk på å gi disse regelmessige myndighetshandlinger (som skapte visse lydighetsinnstillinger og handlingsmønstre i befolkningen) en *verdi*, ved å henføre dem til rettferdighet eller lignende, dømt til å mislykkes. Slike koblinger var i følge Lundstedt utelukkende "falska föreställningar".⁹ Heller ikke såkalt naturlig rett hadde noen eksistens og kunne følgelig ikke være gjenstand for erkjennelse.

Ut fra disse forutsetningene, var det klart at heller ikke begreper som 'rettighet' eller 'rettsstrid' kunne ha noe innhold. Lundstedt demonstrerte dette på flere måter. Vi skal først se på kritikken av rettighetsbegrepet.

Kritikk av rettighetsbegrepet

Lundstedt tok utgangspunkt i den i samtiden herskende lære om rettigheten, hvorefter rettigheten kunne og burde betraktes som et fenomen for seg, uavhengig av den prosessuelle adgang til å gjøre den gjeldende, det vil si "det tvång som med domstolars och exekutivmyndigheters bistånd utövas för realiserande av det, som är rättighetens innehåll".¹⁰ Det var i hovedsak to teorier om denne uavhengige rettigheten. I henhold til første rettighetsideologi var i følge Lundstedt forestillingen den, at "rättigheten innebär *makt* över en sak eller en person".¹¹ Men hva slags makt skulle dette være, spurte Lundstedt, hvis man så bort fra den prosessuelle tvangen? Noen annen makt fantes jo ikke i den virkelige verden. Den herskende læres syn på rettighetens som en makt var således "rent översinnlig".¹²

Til å belyse dette valgte Lundstedt et eksempel der en fordringshaver hadde latt sin fordring løpe ut over foreldelsestiden, uten å fremsette krav om betaling. Etter gjeldende rett, fremholdt Lundstedt, førte dette til "at han (dvs. fordringshaveren) icke kan processa sig till beloppet. Vill gäldenären icke

7. Lundstedt 1923, s. 57, fotnote.

8. Lundstedt 1923, s. 57. Lundstedt henviser til Hägerströms avhandling "Är gällande rätt uttryck för vilja?" i *Festskrift tillägnad V. Nordström*, Göteborg 1916.

9. Lundstedt 1923, s. 57, fotnote.

10. Lundstedt 1923, s. 66.

11. Lundstedt 1923, s. 66.

12. Lundstedt 1923, s. 66.

betale, så slipper han betala".¹³ Men den eneste rimelige konsekvens av dette måtte jo, mente Lundstedt, være, at "fördringsrätten genom preskriptionen upphört och sålunda icke existerar".¹⁴ Men det ville den tradisjonelle rettsvitenskapen ikke gå med på: "De säga, att fordringsrätten kvarstår, men att borgenären förlorat sin talan".¹⁵ Ikke alle hadde latt seg overtale av dette eksemplet, fordi det etter gjeldende rett var en forskjell på betaling en foreldet fordring og betaling av et beløp som man aldri hadde vært skyldig. I første tilfellet var betaleren avskåret fra å kreve beløpet tilbake, mens han i sistnevnte hadde rett til å få pengene betalt tilbake. Dette kunne tas som 'bevis' for at en foreldet fordring 'eksisterte'. Dette var imidlertid bare tom tale, mente Lundstedt. "Icke finns väl något logiskt samband mellan dessa båda faktorer: rätten att fordra utfående av ett belopp och rätten att behålla beloppet, sedan det väl mottagits".¹⁶ Poenget var at ulike faktiske omstendigheter betinget anvendelsen av ulike rettsregler. Det var de ulike reelle grunner (Lundstedt taler om "samhällsnyttans krav"), ikke deduksjoner fra rettighetens naturlige vesen, som avgjorde spørsmålet.¹⁷ På den annen side kan det vel være at rettighets-tankegangen hadde vært en medvirkende faktor til at det hadde dannet seg en slik ulikhet i gjeldende rett, men det unnlot Lundstedt å gå inn på.

De samme problemer gjorde seg, i følge Lundstedt, gjeldende i forhold til den andre rettighetsteorien, Iherings rettighetsbegrep, hvoretter rettigheten skulle være uttrykk for en viss beskyttelseverdig interesse. Denne teorien mente Lundstedt å gjenfinne i Frederik Stangs rettsstridslære, der rettsstrid skulle være angrep på et rettsbeskyttet gode. Ihering hadde delt rettighetsbegrepet i to aspekter, den substansielle kjernen og det formelle rettsvernet, som lå i rettighetshaverens adgang til å bruke statens tvangsapparat i visse tilfeller. Lundstedt prøvde ved eliminasjonsmetoden å se hva som ble tilbake av det substansielle – kjernen. Det viste seg imidlertid at det var som å skrelle en løk: det fantes ingen kjerne, bare skall. "Tänk oss nu i et visst fall av äganderätt det, som kallas rättsskydd, vara borta! Vad kvarstår då för ägaren av det där substantiella? Intet annat än det, som finnes för ex. tjuven i förhållande till den stulna saken. Så länge han har denna, har han visserligen 'Nutzen, Vorteil, Gewinn'".¹⁸ Men var dette det såkalt substansielle som Ihering talte om? Nei, fastslo Lundstedt, derfor "inskjutes ett extra moment", den såkalte beskyttelseverdige interesse, for å redde rettighetens to aspekter. Men det hjalp ikke. "Ty tag bort *allenast* den ena faktorn, det processuella skyddet, och det skall alltså visa sig, att *ingenting* kvarstår av de *båda* ingredienserna i

13. Lundstedt 1923, s. 66.

14. Lundstedt 1923, s. 66.

15. Lundstedt 1923, s. 66.

16. Lundstedt 1923, s. 67.

17. Lundstedt 1923, s. 67-69.

18. Lundstedt 1923, s. 70.

rettighetsbegreppet.”¹⁹ I eksemplet med den foreldede fordringen, fremholdt Lundstedt, kunne man vel ikke påstå at kreditoren fortsatt satt med en beskyttelsesverdig interesse, etter at det prosessuelle vernet er falt bort? ”Dylickt skulle innebära”, kommenterte han kort, ”en förtäckt beskyllning mot lagstiftaren för antigen stupiditet eller människofientlighet”.²⁰

Men i tillegg var det ytterligere en tankefeil med Iherings rettighetskonstruksjon, mente Lundstedt. Det var nemlig ikke den *enkelte* rettighetshaverens prosess som beskyttet den såkalte kjernen i rettigheten. Den kom jo alltid i etterhånd, etter at tingen for eksempel var blitt stjålet eller skadet. Og det vanlige var jo ikke at en rettighetshaver måtte ty til slike midler for å nyte sin rett. Tvert i mot var jo selve nytelsen å få ha tingen i fred. Nei, det som beskyttet rettigheten var ikke den enkelte borgers søksmål, men den samlede effekt av at visse handlinger (f.eks tyveri og skadeforvoldelse) ble fulgt av visse reaksjoner fra myndighetenes side, som en faktisk opprettholdt rettsorden. Den stående trussel om, og eventuelle bruk av, tvang, bevirket at det oppsto visse adferdsmønstre i befolkningen: ”Det allmänna medvetandet om, att sådana reaktioner äro förbundna med handlingarna ifråga genom en slags naturnödvändighet, alstrar en psykisk press på individerna, vilken hämmar deras impulser att följa eljest naturliga böjelser att inkräkta på en ägares intressesfär”.²¹

Hele feilen lå således i selve metoden, nemlig det individualistiske syn på retten. Det rette syn på forholdet mellom rett og stat var ikke, at statens tvangsapparat ble koblet inn i visse konflikttilfeller hvor handlefrihetens grenser var overtrådt og rettigheten truet. Tvert i mot: Disse grenser, og dermed rettigheten, var en konsekvens av myndighetenes rettshåndhevelse, det vil si av at visse regler hadde karakter av gjeldende rett, ”d. v. s. faktiskt opprätthållas”. Retten var ikke et fenomen forut for staten, men tvert i mot statens middel til å opprettholde visse visse samlivsformer. ”Syftet med rätten är att åstadkomma, att (vissa) gränser icke överskridas, att sålunda inga konfliktfall uppstå, ett syfte som åstadkommes därigenom att rätten faktiskt upprätthålles”.²²

Forestillingen om subjektive rettigheter var således en ”chimär”, et begrep som ”icke rör sig med realiteter, utan till vilket man endast kan komma genom i fantasien uppkonstruerade faktorer, ett begrepp vars uppställande icke är något annat än ett famlande efter rena fantomer”.²³ Men spørsmålet var så hvordan man skulle forholde seg til det faktum, at juristene, på tross av intetheten i disse forestillingene, likevel turet frem med sin tale om regler,

19. Lundstedt 1923, s. 70, kursiv hos Lundstedt.

20. Lundstedt 1923, s. 70.

21. Lundstedt 1923, s. 72.

22. Lundstedt 1923, s. 72.

23. Lundstedt 1923, s. 73.

rettigheter og rettferdighet? Lundstedts løsninger her avviker en del fra Ross' løsninger av de samme problemene.

For det første mente Lundstedt at man innen jussen godt kunne tale om rettigheter, selv om de ikke fantes. Dette skyldtes blant annet at begrepet var så godt innarbeidet. Men i tillegg hevdet Lundstedt at det nok også viste til visse "verkelige realiteter", eller faktiske "situationer".²⁴ Det det var om å gjøre var bare å ha klart for seg at den herskende jurisprudensens subjektive rettighetsbegrep var uvirkelig. Ellers kunne Lundstedt godt gi en "klargörande" av sin "oppfattning av rettighetens karaktär". (Noen definisjon ville han etter sigende ikke forsøke på; på det rettslige område måtte man "iaktta den ytterste försiktighet och sparsamhet med definitioner och andra generaliseringar".²⁵) Lundstedts karakteristikk av 'rettigheten' er tvetydig, men ser nærmest ut til å være en innholdsmessig bestemmelse av fenomenet. Han sier først: "Rättigheten...är ett rent abstrakt uttryck, en beteckning blott, för vissa faktiska situationer, i vilka vissa handlingar på grund av vissa förut bestämda, tvångsvis upprätthållna regler medföra vissa verkningar".²⁶ Dette synes ikke å være så langt fra Ross' teori om rettighetsbegrepet som et fremstillingsteknisk hjelpemiddel. Men Lundstedt går videre, og utdyper sin første uttalelse:

Med rättighet torde avses det förhållande, att, om en person gent emot en annan icke iakttagar en viss regel, så kan antingen denne andre få vissa statliga tvångsåtgärder utförda i avseende å den förstas person (straff) eller egendom (framför allt skadestånd), eller också förlorar den, som handlat mot regeln, viss möjlighet att få sådana statliga tvångsåtgärder mot annan utförda, vilken möjlighet han eljest skulle hava haft.²⁷

De sentrale ordene her er "förhållande" etc, altså en henvisning til et visst saksforhold i den ytre verden. Lundstedt vil omtyde rettighetsbegrepet fra det oversanselige, metafysiske til det virkelige, reale. Men det kan synes som han så seg fornøyd med å legge dette reale – 'det forhold, at man kunne få hjelp av statens tvangsapparat' – inn i rettighetsbegrepet, som en ny definisjon.

Kritikk av rettsstridbegrepet

I artikkelen fra 1923 – "Kritik av nordiska skadeståndsläror" – var innfallsporten til rettighetskritikken begrepet om rettsstrid som betingelse for erstatningsansvar i den gjengse nordiske erstatningsrett. Lundstedt anførte tre hovedgrunner for at talen om rettsstrid var meningsløs.

For det første, mente han, forutsatte karakteristikken rettsstrid at handlingen skulle stride mot en rettslig norm, at det var tale om angrep på 'retten'. Men

24. Lundstedt 1923, s. 73 og 72.

25. Lundstedt 1923, s. 73.

26. Lundstedt 1923, s. 73.

27. Lundstedt 1923, s. 74.

rettslige normer eksisterte ikke i virkelighetens verden, det vil si gjenstandsverdenen i tid og rom. Dette var derfor meningsløs tale.

For det annet hevdet han at rettsstridsbegrepet som objektiv rettsstrid (uavhengig av om skadevolderen faktisk kjente til den angivelige normen eller ikke, noe som utvilsomt var uten betydning for om erstatningsansvar kunne tilkjennes etter gjeldende rett), forutsatte tanken om at rettsreglene medførte en *plikt* til å handle i overensstemmelse med dem. Rettsstrid var brudd på en plikt, og, siden man kunne tale om objektiv rettsstrid, altså en objektiv plikt. Man tenkte seg altså at man skulle kunne handle pliktstridig i denne forstand, uavhengig av om vedkommende handlet i motstrid med sin egen følelse av forpliktelse eller ikke. Men forestillingen om en objektiv plikt var en "contradictio", hevdet Lundstedt. "Ty pliktomedömet kan icke grundas på några förnufts-skäl utan är beroende av våra känslor och sålunda till sin natur motsatsen till objektivt, nämligen *subjektivt*".²⁸ Det Lundstedt gir uttrykk for er den ikke-kognitive oppfatning, som tilsvarer Ross' påstand om at det er en logisk motsigelse i selve *begrepet* om en praktisk erkjennelse (se kapittel IV).

Opprinnelsen til forestillingen om en objektiv plikt til å adlyde rettsreglene, mente Lundstedt å finne i forutsetningen om at retten var "en befallande makt" og "att en plikt skulle vara given blott därmed, att den i samhället rådande makten har befallt vissa handlingar".²⁹ Altså viljesteorien i den tyske rettspositivismen (som langt på vei svarte til imperativteorien hos formalismens engelske hovedfigur John Austin). Det må bemerkes hvor fundamental realistenes kritikk (Lundstedt adopterte på dette punkt i det alt vesentlige Hägertsröms kritikk i *Till den objektiva rättens begrepp*) av den formalistiske rettspositivismen var. Det dreier seg ikke om bare om en detalj i et filosofisk bilde, men om selve tegneredskapene.

For det tredje, hevdet Lundstedt, måtte talen om rettsstrid innebære at den motsatte handlemåte ikke bare var en plikt for individet, men også et krav fra rettsordenen. Men, fremholdt Lundstedt, "såvitt *verkligen* rättsordningen fordrar, så måste den också framträda som en makt".³⁰ Men hva skulle denne makt gi seg uttrykk i, annet enn i de sanksjoner som rettsapparatet iverksetter i visse tilfeller? "Hur skulle man överhuvud kunna avgöra att en fordran föreligger från rättsordningens sida, om icke någon rättslig reaktion följde på dess överträdande?"³¹

Lundstedt eksemplifiserte sin prinsipielle kritikk vad å ta for seg blant annet Ussings og Stangs teorier om rettsstrid.

Problemet med Henry Ussings bruk av rettstridslæren, hevdet Lundstedt, var at resonnementet var fullstendig sirkulært. Rettsstrid skulle være en betingelse

28. Lundstedt 1923, s. 58, kursiv hos Lundstedt.

29. Lundstedt 1923, s. 59.

30. Lundstedt 1923, s. 60, kursiv hos Lundstedt.

31. Lundstedt 1923, s. 60.

for ansvar (dvs. en sanksjon fra rettsordenen), men samtidig definerte Ussing rettsstridsbegrepet som en "Handling" som "modvirkes af Retsordenen".³² Men hvordan kunne et begrep som var utledet av rettsordenens sanksjoner samtidig være betingelse for disse samme sanksjoner? "Ett sådant resonemang är, såsom var och en torde nödgas inse, en logisk omöjlighet", kunne Lundstedt påpeke.

Det samme resonnementet fant Lundstedt igjen hos Stang, men med det tillegg at Stang også brukte begrepet om 'retsgoder' i sin utvikling av rettsstridslæren. "Retsordenen anerkjender visse retsgoder, som den beskytter. Ethvert angrep paa dem er retstridig", hadde Stang hevdet.³³ Sirkelen var imidlertid den samme: "Angreppets rettsstrid förutsätter, att det angripna är skyddat av rättsordningen, men sådant skydd förutsätter, att angreppet varit rettsstridigt. Där ha vi ju då cirkeln igen".³⁴ I Stangs tilfelle skyldtes tomheten, slik Lundstedt så det, at hans rettsstridsforestilling var et ledd i "den falska uppfattningen av själva rättighetsbegreppet", og Lundstedt gikk derfor kort igjennom sin kritikk av selve rettighetsbegrepet (se ovenfor).³⁵

Konsekvensen av det hele, mente Lundstedt, måtte være at man kastet alle "mystiska föreställningar" overbord, og betraktet lovgiveren "icke såsom en översinnlig faktor, utan såsom existerande i människornas egen värld". Retten var et menneskeskapt faktum, ikke en oversanselig gyldighet. Det som ut fra en slik betraktning måtte kunne fastslås, var, at visse handlinger ble møtt av rettsapparatet med erstatningsrettslige sanksjoner, og at spørsmålet om handlingene var rettsstridige eller ei, var helt irrelevant for dette ansvarsspørsmålet. "Avgörandet av frågan, om en handling är rettsstridig eller icke, (är) i och för sig är fullständigt betydelselöst, när det gäller gränsen mellan skadestandsverkande och skadefri handling".³⁶

Men hva skulle da begrunne erstatningsansvar, dersom ikke rettsstrid var et vilkår? Det er mulig at Lundstedt som svar på dette spørsmålet mente at reelle betraktninger måtte være avgjørende, og at altså noe prinsipp for avgjørelsen ikke kunne oppstilles (det ville jo også være den konsekvente gjennomføring av naturrettskritikken). Men enten så var ikke Lundstedt så opptatt av konsekvens, eller også formulerte han seg noe uheldig. Han hevdet nemlig at det var "samhällsnyttans krav" som måtte begrunne erstatningsansvar: "Skadestands-reglerna ha sin grund i samhällsnyttans krav, som med nödvändighet, i samhällets livsintresse, framtvingar dem".³⁷ Poenget med det hele ble dermed ganske tydelig: Det var om å gjøre å skifte fra et individualistisk til et sosialt syn ved løsningen av erstatningsspørsmålene. Rettsstridslæren var jo et

32. Henry Ussing, *Skyld og Skade*, København 1914, s. 13, sitert etter Lundstedt 1923, s. 61.

33. Frederik Stang, *Erstatningsansvar*, Kristiania 1919, s. 104, se ovenfor kapittel III.

34. Lundstedt 1923, s. 65.

35. Lundstedt 1923, s. 66.

36. Lundstedt 1923, s. 60.

37. Lundstedt 1923, s. 61.

fullstendig konsistent produkt av den liberale ideologiens skille mellom rett og stat, der borgerens private økonomiske sfære sto overfor statens myndighet, som måtte legitimere seg for inngrep i førstnevnte. Rettsstrid var angrep på borgerens individuelle 'rett'. Uten rettstrid kunne ikke statsmakten blande seg inn i forholdet mellom private. At begrepet i seg selv var uten innhold, spilte for dette formål ingen rolle, ja det var tvert i mot en fordel, fordi det da kunne brukes til å legitimere en viss politisk ideologi – den økonomiske liberalismen – ved å lede oppmerksomheten bort fra de reelle forhold.

Dette individualistiske tankemønsteret ville Lundstedt nå erstatte med samfunnsmessige konsekvensbetraktninger. Erstatningsspørsmålet skulle ikke løses ut fra hvilke virkninger erstatningen hadde overfor skadelidte, men først og fremst i forhold til hvilke antatte samfunnsvirkninger det ville ha å sanksjonere visse handlemåter med erstatning. Prevensjon, ikke reparasjon (gjenopprettelse) skulle være ledetråden. Lundstedt tok med dette avstand fra den "i vår jurisprudens av Nordling införda intresseteorien", hvorefter rettsavgjørelsen burde gis et slikt innhold at den "tillgodosåge det partsinteresse, vilket ur förnuftssynspunkt måste ställas högst".³⁸ Slike rimelighetsbetraktninger var nemlig, i følge Lundstedt, selv om de kunne være anvendelige, ikke "det primära".³⁹ Det var den *almenne* omsetningens sikkerhet og den *almenne* rettsikkerheten man måtte ha for øye. Erstatningsreglene var nemlig begrundet, ikke av hensyn til den enkelte borger, men i kraft av sin funksjon som styringsredskap og samfunnsfremmende institutt:

Skadeståndsreglerna äro nödvändiga för att pressa samhällsmedlemmarna till att fullgöra kontrakt och andra åtaganden, till att icke åsidosätta ett visst mått av omsorg vid handhavandet av annans egendom och angelägenheter samt till att i allmänhet iakttaga ett sådant handlingssätt, som i samlevnaden människor emellan framstår såsom oeftergivligt.⁴⁰

Ved dette anslo Lundstedt et tema som var sentralt i hans rettsfilosofi: anvendelsen av samfunnsnyten som tolkningsprinsipp.

Samfunnsnyten som tolkningsprinsipp

Det er særegent for Lundstedt blant rettsrealistene, at han mente å kunne erstatte den liberalistiske rettsideologien med en vitenskapelig teori om samfunnsnyten. Lundstedts oppfordring om å anlegge samfunnsnyten som tolkningsprinsipp henvendte seg først og fremst til domstoler og rettsvitenskap, ikke til lovgiveren. Men Lundstedt er også på dette punkt noe tvetydig, fordi han anså det som et faktum at lovgiveren i hans samtid ga lover ut fra hensynet til samfunnsnytte, og argumenterte for at det med historisk nødvendighet også

38. Lundstedt 1923, s. 85.

39. Lundstedt 1923, s. 85.

40. Lundstedt 1923, s. 86.

måtte være slik. Dermed blir det lett å oppfatte samfunnsnyttens som et materielt prinsipp som ledestjerne for lovgivningen, og et slikt er jo intet annet enn ny naturrettslig ideologi (i Ross' øyne). Vi skal imidlertid først se på Lundstedts argumentasjon for å anvende samfunnsnyttens som tolkningsprinsipp i rettsanvendelse og rettsvitenskap.

Lundstedt serverte tre argumenter for at tolkningen måtte rette seg etter samfunnsnyttens. For det første spurte Lundstedt: Hva var alternativet? Jo, det var i følge tradisjonen de herskende metodene, som utgikk fra rettsfølelsen og antagelsen om visse i menneskenaturen iboende rettigheter og plikter, og ut fra dette forsøkte å utlede noe om rimelighet og rettferdighet. Men slike metoder var i følge Lundstedt "av en sådan art, att de öfverhuvud icke låta sig genomföras".⁴¹ Grunnen var den at et slike forestillinger angikk "ren overklighet".⁴² Resonnementene omkring løftemottagerens sterkere interesse som begrunnelse for at en løftegiver skulle være bundet av sitt utsagn, synet på straff og erstatning som rettferdige reaksjoner på pliktstridige handlemåter etc, var ikke annet enn en serie sirkelslutninger og jonglering med tomme begreper. "Ett hänsyntagande till samhällsnyttan innebär emellertid ett beaktande av verklighet", og derfor en metode som i følge Lundstedt kunne "realiseras".⁴³

Men ikke nok med det faktum, at de alternative metoder var urealiserbare; som et "indirekta bevis" for teoriens holdbarhet, mente Lundstedt at han også kunne vise at "trots alla rättsvetenskapens distinktioner och deduktioner på basis av det s. k. rättsmedvetandet, man faktiskt inom både lagstiftning och rättsskipning begagnar sig av samhällsnyttan som princip för lagstiftningen och lagtolkningen".⁴⁴ (Det ville jo være å slutte fra 'er' til 'bør' å bruke denne historiske kjensgjerning som premiss for den konklusjon at rettsvitenskap og rettsanvendelse *skulle* anvende samfunnsnyttens som tolkningsprinsipp, så Lundstedt presiserer at beviset er "indirekta".) Som eksempler viste Lundstedt til rettspraksis' utvikling av objektivt ansvar i erstatningsretten (den liberale ideologien krevet krenkelse av en subjektiv rett og dessuten skyld fra skadevolderens side), avtalerettens lære om at en løftegiver kunne bli bundet av sitt løfte på objektivt grunnlag uten hensyn til den subjektive mening (den liberale ideologien tilsa at den bindende kraft i løftet, akkurat som i loven, skyldtes avgiverens *vilje*) og begrensningene i straffutmåling i strafferetten. Alle disse rettslige nydannelser ble begrunnet ved henvisninger til 'rettsfølelsen', men realiteten var, i følge Lundstedt, at "rättsmedvetandet i själva verket dirigeras av samhällsnyttekravets påpressning".⁴⁵ Samfunnsnyttens trykk resulterte i at man rev og slet i de gamle begrepene, og innførte hjelpe-

41. Lundstedt 1923, s. 89.

42. Lundstedt 1923, s. 89.

43. Lundstedt 1923, s. 92.

44. Lundstedt 1923, s. 92.

45. Lundstedt 1923, s. 93.

konstruksjoner, som "den objektive rettsplikten och den objektive rettsstridigheten, tomma begrepp utan något innehåll".⁴⁶

I tillegg til denne faktiske kraft i utviklingen selv, mente Lundstedt å kunne gi en "mera direkt argumentering" for å anvende samfunnsnyttens som tolkningsprinsipp. Jeg tror at jeg uten videre kan gå ut fra, skrev Lundstedt, "att jurisprudensen så langt som möjligt har att tolka lagen efter dess verkliga syfte".⁴⁷ Men kunne dette formål bestå i et tilgodeseeende av den såkalte rettsfølelsens krav? Nei, den følelsen var som allerede vist uten grunnlag i fakta. Derfor kunne en henvisning til rettsfølelsen ikke utgjøre noen virkelig forklaring på lovgiverens formål, uavhengig av om denne rettsfølelse ble påberopt eller ei. Men dermed oppsto et nytt spørsmål: "varför fatter man i rettsmedvetandet saken just på det sättet och icke på ett annat?" Her er Lundstedt ideologikritikeren, som skjærer igjennom den tilslørende rettsfølelses-retorikken og går til realitetene bak frasene. Det må finnes et motiv, sier han, og dette må nødvendigvis ha karakter av "något slags intresse av den styrka, att det på antytt sätt kan göra sig gällande". Og av slike interesser som kan tenkes å dirigere lovgivningen, sier han videre, kan det være tre slag: enkeltinteresser, klasseinteresser og samfunnsinteressen. Ross ville kanskje vært enig med ham når det gjaldt de to førstnevnte, men ikke i den siste, som vi skal komme tilbake til nedenfor. Hvilken av disse interesser skulle så lovtolkningen ta sitt utgangspunkt i, når den skulle forsøke å realisere lovens formål? Man måtte selvfølgelig i hvert enkelt tilfelle undersøke hvilket formål som faktisk hadde motivert lovgiveren. Men man kunne allikevel komme med en presumsjon, mente Lundstedt; trykket på lovgivningen fra det almenes side måtte nemlig "enligt sakens natur" være meget sterkt, særlig i samtiden. Deretter fremsatte han følgende uttalelse:

Förr kunde visserligen värden, vilkas upprätthållande blott hade betydelse för vissa mäktiga enskilda eller för en viss klass, skyddas genom lagar. Men numera, då individens och klassens medvetande om sin egen betydelse blivit väckt och i samband därmed kritiken av klass-samhällets moral, går det i allmänhet icke att stifta andra lagar än sådana, som utgiva sig för att vara nyttiga för stort sett alla i samhället. Dette gör, att man har anledning åtminstone presumera, att det intresse, som bestämmer lagstiftaren och som driver till rettsmedvetandets utformande, är samhällsintresset eller samhällsnyttans krav.⁴⁸

Konsekvensen av at man kunne presumere at samtidens lovgivning var utslag av samfunnsnyttens krav, var at rettsanvendelsen og rettsvitenskapen måtte utgå fra samfunnsnyttens ved tolkningen. Og ikke bare i de tilfeller der dette var gitt ut fra den aktuelle lov, men også ellers, der man sto uten veiledning med

46. Lundstedt 1923, s. 93.

47. Lundstedt 1923, s. 94.

48. Lundstedt 1923, s. 94-95.

hensyn til hvilke interesser loven skulle tilgodese, måtte denne metoden benyttes. Jurisprudensen måtte "såsom en kvasilagstiftere selvstændigt utlægge lagen" i samsvar med samfunnsnyttens prinsipp. Ja, for jurisprudensen gjaldt kravet fra samfunnsnyttens som kategorisk imperativ enda sterkere enn for lovgiveren. "En jurisprudens", skrev Lundstedt, "som stiller sig i enskildas eller en viss klass tjenst, framstår i den allmänna uppfatningen på ett alldeles særskilt sätt såsom korrumpert".⁴⁹ Juristen måtte ikke opptre som klasse-representant, men tvert i mot være et lydig redskap for det "samhälle, till vilket de höra och såsom vars tjänare de åtnjuta sina fördelar".⁵⁰ Denne omtale av juristens oppgave i samfunnet, minner om Ross' beskrivelse av juristen som rasjonell teknolog som hypotetisk aksepterer de innstillinger han finner i samfunnet og stiller sin ekspertise til rådighet for det aktuelle makthavere (se nedenfor i kapittel VII). Men selv om Lundstedt og Ross begge bruker disse retoriske vendingene (som forøvrig blir meget vanlige, særlig i etterkrigstiden), er det klart, at når man leser Ross nøye, er hans syn mindre sosial-ideologisk betinget enn Lundstedts.

Ross reagerte sterkt på flere av Lundstedts teorier, og tilbakeviste både Lundstedts oppfattelse av rettighetsbegrepet og teorien om samfunnsnyttens som ledestjerne. Lundstedts filosofi fikk, selv om den sprang ut av det samme kritiske utgangspunkt, Ross til å gripe dypt i sekken etter skjellsord fra det ideologikritiske vokabular.

"En svensk misjonær"

I artikkelen "Tû-tû" fra 1951, der Ross hadde sammenfattet sitt syn på rettighetsbegrepet, figurerte i det lille eventyret som innledet den filosofiske drøftelsen også en viss svensk misjonær. I det primitive samfunnet som antropologen Negni hadde berettet om, hvor man talte om "tû-tû" når noen hadde brutt visse regler, hadde denne svenske idealisten virket for å frelse det såkalte Noît-kif-folket fra deres mørke overtro:

Negni fortæller, at en svensk missionær, der gennem en årrække har virket blant Noît-kif-folket, har lagt hele sin sjæl i sin forkyndelse for at få de indfødte til at forstå, at 'tû-tû' slet ikke betegner noget som helst, og at det er en vederstyggelig hedensk overtro at hævde, at der opstår noget mystisk-ubestemmeligt, fordi en mand møder sin svigermoder. Heri har den gode mand naturligvis ganske ret. Derimod er det overdreven nidkærhed, når han yderligere lyser band over enhver brug af ordet tû-tû og fordømmer enhver, der ligefuldt benytter det, som en syndig hedning.⁵¹

49. Lundstedt 1923, s. 95.

50. Lundstedt 1923, s. 95.

51. Alf Ross: "Tû-Tû", i *Festskrift til Henry Ussing*, København 1951, s. 468-484. Den "antropologiske studien" er naturligvis et påfunn fra Ross' side: 'Negni' blir ved å lese ordet baklengs til 'Ingen'; 'Noît-kif' til fiktion; 'Tetgidpo' til opdiget, etc.

Det er ingen tvil om at det var Vilhelm Lundstedt Ross siktet til med denne lille fortellingen. Det var ikke første gang Ross gikk hardt ut mot ham. Allerede i *Virkelighed og Gyldighed* (1934) hadde Ross kritisert Lundstedts oppfatninger om rettighetsbegrepet inngående, og i til dels temmelig krasse vendinger. Ross refererte i denne boken Lundstedts rettighetskritikk (som foregrep Ross' egen kritikk med 10-12 år) på nokså uærbødig vis:⁵²

I sit vidt spundne Værk om Obligationsbegrepet har Lundstedt gjort det sædvanlige juridiske Begrep om subjektive Rettigheder til Genstand for en lidenskabelig Kritik. Han har heri villet vise, at den sædvanlige juridiske Opfattelse er bygget paa nedarvet romersk-naturrettlig Overtro og i Virkeligheden intet andet indeholder end kimæriske Forestillinger, skolastiske Konstruktioner og metafysiske Teorier, uden nogen Forbindelse med Virkeligheden.⁵³

Ross måtte innrømme at denne kritikken var på mange måter et verdifullt bidrag til rettstenkningen: "Ogsaa ud fra det i dette Arbejde repræsenterede retsfilosofiske Standpunkt kan man i og for sig glæde sig over Lundstedts Angrep paa de naturretlige Elementer i Retsbegrebet".⁵⁴

Men nidkjærheten i Lundstedts polemikk representerte også farer, som gjorde at Ross allikevel bare i liten grad var i stand til å glede seg over hjelpen fra sin svenske kollega:

Naar denne glæde dog er behersket, skyldes det den Iagttagelse, at Lundstedts Polemik paa Grund af en Maadeløshed, hvorved den ofte skyder langt over Maalet, ikke har været i Stand til at bane Vej for et frugtbart Samarbejde mellem Filosofi og Fagvidenskab, men tværtimod snarere bidraget til at uddybe Skellet mellem disse og befæste Juristernes Tvil om, hvorvidt retsfilosofiske Spekulationer virkelig kan være af Betydning for deres Videnskab.⁵⁵

Ross' kritikk av Lundstedt er kanskje ikke helt rettferdig, men det er ikke vanskelig å se hva som har vakt Ross' harme. Lundstedt gikk, slik Ross så det, på den ene siden for langt, i det han la for mye i det faktum at rettighetsbegrepet var tomt. På den annen side gikk han for kort, og opptrådte inkonsekvent, i det han bare satte inn en ny innholdsbestemmelse i stedet for den gamle, og ikke, slik som Ross, tok skrittet fullt ut fra det substansielle til det funksjonelle.

Stilt overfor det faktum, at den juridiske rettighets-terminologien ikke som antatt viste til noe reelt, men stammet fra nedarvede romerrettslige og natur-

52. I *Om Ret og Retfærdighed* (1953) er Ross ikke like sarkastisk mot Lundstedt, og han medgir at Lundstedt har mye av æren for at det substansielle rettighetsbegrepet synes overvunnet.

53. Ross VG 1934, s. 227.

54. Ross VG 1934, s. 228.

55. Ross VG 1934, s. 228.

rettslige forestillinger av magisk-metafysisk karakter, var den rettsfilosofiske oppgave, slik Ross så det, ikke å avskaffe dette språket helt og holdent, men å omtyde de nedarvede begreper og påvise "deres symbolske Sandhedsverdi i Forhold til visse reale Fenomæner".⁵⁶ Det dreiet seg nemlig ikke om "visse i Luften frit svævende Meningsløsheder, der blot skal bringes ud af Verden", men om ord som faktisk ble brukt og var til nytte i rettslivet.⁵⁷ Oppgaven var derfor å rense dem for metafysiske avleiringer, ikke å rydde dem av veien.

Det var nettopp det siste Lundstedt syntes å gjøre ved hårdnakket å hevde at det ikke fantes noen rettigheter. Men denne "pudsige terminologiske Stædighed" førte i følge Ross ikke til det av Lundstedt ønskede resultat, nemlig å frigjøre rettstenkningen fra rettighetsbegrepet, fordi Lundstedt ved en "sælsom Ordmystik paa Basis af en ejendommelig, primitiv Logik" bare omdøpte fenomenet i stedet for å oppløse det.⁵⁸ Lundstedt baserte nemlig, slik Ross leste ham, sin lære om rettighetens manglende eksistens på en egenartet sontring mellom begrepet og ordet subjektiv rettighet. I begrepsmessig forstand fantes det ingen rettigheter hevdet Lundstedt, men bak begrepet var det dog visse realiteter, og det kunne på grunn av den innarbeide språkbruken ikke være noe i veien for å kalle disse realitetene 'rettigheter'. Disse realitetene var i følge Lundstedt 'trygge posisjoner', ikke rettigheter, men kunne godt kalles ved det navn. Det Lundstedt gjorde var således å sette en ny innholdsbestemmelse i stedet for den nedarvede, ikke som Ross å foreta en funksjonell omtydning av hele begrepet.

Men også på andre punkter var det, som vi har sett, betydelige forskjeller mellom Lundstedt og Ross, deriblant når det gjaldt synet på juridisk metode. Ross kritiserte Lundstedt for teorien om samfunnsnyten. Den klassifiserte han som "kryptonaturet", på linje med utilitarismen. Om denne nye naturrettsforestillingen – "samfunnsnyttekimæren" som han kalte den – skrev han i *Om Ret og Retfærdighed*:

'Vi alle', 'man', 'mennesker i almindelighed' siger fx LUNDSTEDT, ønsker gode boliger at bo i, og mener da i den bedst mulige tilfredsstillelse af dette behov at have fundet den praktiske rettesnor for boliglovgivningen. I de anførte generelle subjektbetegnelser ligger falsummet. 'Man' bor overhodet ikke i boliger, men vel A, B og C. 'Man' stræber ikke efter gode boliger, men A stræber efter et godt hus for A, B efter et godt hus for B, o.s.v. Om nu forholdene ikke tillader at alles ønsker opfyldes, er disse interesser disharmoniske, konkurrerende. 'Samfundsinteressen', 'samfunnsnyten' er det falsum der dækker over denne disharmoni og fingerer en enkelt harmonisk interesse og tilsvarende nytte.⁵⁹

56. Ross VG 1934, s. 223.

57. Ross VG 1934, s. 223-224.

58. Ross VG 1934, s. 224.

59. Ross RR 1953, s. 382.

Ross' poeng var, som man ser, at det er umulig å tale om en enkelt samfunnsinteresse som en felles målestokk for alle individuelle behov og ulike individuelle interesser.

Kritikken av Lundstedt er forståelig av flere grunner. Dels er det lett å påpeke selvmotsigelsen i at Lundstedt kritiserer all form for rettsmetafysikk og rettsideologi, men i neste sekund oppstiller et overordnet ("metafysisk") prinsipp for retten. Dernest må et slikt prosjekt lettere avsløre seg selv som en politisk handling, noe Nordin er inne på:

Allmänt får man intrycket att Lundstedts ambition är att ersätta en rättsideologi (den individualistiska rättighetsideologin) med en annan (samhällsnytteideologien) snarare än att avskaffa varje rättsideologi, låt vara att det senare givetvis är det officiellt proklamerade programmet.⁶⁰

Ross' rettsrealistiske program var ikke noe utvetydig slag for sosialismen, men gikk mer ut på å frigjøre rettstenkningen fra alle ideologiske og mer eller mindre fordekte rettspolitiske bindinger gjennom en *vitenskapelig* fornyelse. For Ross var således ideologikritikken den nødvendige forutsetning for demokrati og vitenskap, ikke et intermezzo før oppladning med ny sosialistisk ideologi. Han ønsket derfor neppe at retninger hvor det partipolitiske kom mer åpent til overflaten (som hos Lundstedt) skulle kunne identifiseres med hans egen rettsfilosofi.

Stang, Lundstedt, Ross. Sammenligning og forklaring

Det indirekte bevis som Lundstedt hadde ført for samfunnsnytte-prinsippets holdbarhet som juridisk metode, var den samme observasjon som både Frederik Stang og Alf Ross gjør: retten i samtiden tar i stigende grad sosiale hensyn i betraktning og rettsanvendelsen bærer allerede preg av dette. Men konsekvensen de trekker av denne observasjon, og den utfordring den representerer for rettsvitenskapen, er forskjellig for de tre.

Frederik Stang nøyer seg langt på vei med å arbeide innenfor de eksisterende rammer, med de nedarvede begreper, men med større rom for formåls-tolkning og skjønnsmessig fleksibilitet i rettsanvendelsen. Lundstedt og Ross går begge mer radikalt til verks, og angriper selve de begreper som de finner ideologisk belastet og ikke lenger brukbare for å forklare og håndtere den nye rettsvirkeligheten. Men Lundstedt vil, til erstatning for rettsbevisstheten, gjøre de sosiale hensyn til et "apriorisk" tolkningsprinsipp. Ross derimot vil ikke binde rettsanvendelsen til noe bestemt prinsipp, men i størst mulig grad legge forholdene til rette for at rettens innhold, og de hensyn som skal være styrende for den skjønnsmessige del av den konkrete avgjørelse, kan bestemmes i den politiske prosess i nasjonalforsamling, regjering og forvaltning. Dermed skulle

60. Nordin 1984, s. 242 (note 357)

rettsanvendelsen lengst mulig bli en lojal oppfølging av den demokratiske politikk.

Det forhold, at rettsanvendelsen allerede innenfor rammene av det gamle regimets juridiske ideologi hadde foregrepet den utvikling i sosial og demokratisk retning som rettsrealistene ville fremme ved sin kritikk, er et viktig historisk faktum, og har betydning i flere relasjoner. For det første den, at det ikke finnes noe markant brudd, men snarere en viss kontinuitet, i utviklingen av lovgivnings- og rettspraksis før og etter rettsrealismen. Som eksempel kan nevnes de mange sakene om konsesjon og såkalt hjemfallsrett som ble ført i Norge i forbindelse med industrialisering og kraftutbygging ved århundreskiftet.⁶¹ Allerede her ble substansen i eiendomsretten satt fullstendig til side til fordel for reale betraktninger ved de enkelte avgjørelser. Et annet talende eksempel er utviklingen av et objektivt erstatningsansvar. Den tradisjonelle lære var jo at erstatningsansvar var betinget av culpa, et begrep som senere ble spaltet opp i rettsstrid og krav til skyld. Men selv med viktige modifikasjoner, som den såkalte nordiske rettsstridslære (objektiv rettsstrid), kunne ikke denne tenkemåten holde tritt med utviklingen. Rettspraksis påla ansvar i stadig større grad også der det ikke kunne bevises noen skyld hos vedkommende, for eksempel i arbeidsgiverforhold og i forbindelse med industrivirksomhet.⁶² Den liberal-konservative juridiske ideologien kunne i en viss tid kanskje bremse utviklingen, men ble i stadig stigende grad løpende etter, etterhvert som de teknologiske, økonomiske og politiske forhold med nødvendighet satte sitt preg på lovgivning og rettspraksis.

Denne kontinuiteten i utviklingen av de rettslige resultater er for det annet en viktig del av forklaringen på hvordan det ideologiske skiftet fra de liberal-konservative til den demokratisk-sosiale juridiske ideologi kunne finne sted.

På mange måter kan man si at overgangsfasen før rettsrealismen slår igjen-
nom overfor friretten rundt 1930 var en krisetid for det juridiske begreps-
apparat og den rettsvitenskapelige metode. Den tradisjonelle tilnærmingen var,
konfrontert med den nye utvikling i lovgivning og rettspraksis, i stadig mindre
grad i stand til å gi adekvate beskrivelser av rettsvirkeligheten. Det var virkelig
ikke lenger slik at borgerens rett var ukrenkelig, og at man så lenge man brukte
sin rett "ikke skadet noen". Offentlig regulering av eiendomsretten, objektivt
erstatningsansvar og sosial beskyttelseslovgivning avslørte ikke bare den gamle
verdens begrepsapparat som ideologi, men gjorde det juridisk ubrukelig. I
denne situasjonen er den rettsrealistiske kritikk først og fremst dødsstøtet for
det gamle paradigmet.⁶³ Men den rettsrealistiske rekonstruksjon av begreper og

61. Se blant annet *Rettstidende* 1918, s. 401, Den store konsesjonssaken.

62. Se for eksempel *Rettstidende* 1905, s. 715, Vannledningsdommen.

63. Om begrepet paradigme, paradigmekrise og paradigmeskifte, se Thomas Kuhns etterhvert
legendariske bok *The Structure of Scientific Revolutions* (1962). Kuhn beskriver som kjent

nye tankemønstre gir også bedre forklaringsmodeller for den nye situasjonen, slik at den kunne etablere et nytt paradigme.⁶⁴

Ved denne kritikken og omfunksjonering/nydannelse av begreper bidrar også realistene til å øke avstanden mellom den gamle og den nye tenkemåten. Den liberal-konservative ideologien fratas ytterligere legitimitet, i tillegg til dens manglende kapasitet til å være paradigme for rettstenkningen. Og, i den annen ende, gis den allerede igangværende demokratiske og sosiale utvikling legitimitet, ved at det dannes et passende juridisk og rettsvitenskapelig vokabular til å beskrive utviklingen i lovgivning og rettspraksis. Det er på denne måten den skandinaviske rettsrealismen yter en ideologisk innsats for det nye regimet.

Endelig er det en tredje betydning av rettsutviklingens kontinuitet, og den kommer til syne i debatten mellom Lundstedt og Ross. For Ross er det en mer eller mindre pussig observasjon, at mye av den lite rettsfilosofisk reflekterte juridiske litteratur i samtiden faktisk beskriver den gjærende rettsvirkeligheten ganske godt. Dette gjelder etter hans oppfatning også for eksempel frirettens rettskildelære. Faktisk stemmer disse teorier ofte bedre med virkeligheten enn de mer filosofisk bevisste retninger, enten disse siste bekjenner seg til Kelsens normative eller sosiologenes realistiske metoder. Ross taler derfor om at de har en viss "symbolsk sannhetsverdi".⁶⁵ Han ser derfor klart at oppgaven må være å restrukturere og omfunksjonere begrepsverdenen, ikke å avskaffe den eksisterende dogmatikkens allerede langt på vei modifiserte tankeredskaper. Lundstedt derimot er mer anti-ideologisk aggressiv, og vil helst ikke tale om for eksempel rettigheter i det hele tatt. For Ross er dette en nidkjærhet som i tillegg til å være unødvendig, også kan bringe selve den påkrevde begrepsmessige rekonstruksjon i fare, fordi den risikerer å bringe hele den nye rettsfilosofien i miskreditt. Hans begeistring for Lundstedts innsats er derfor avmålt.

revolusjoner i naturvitenskapene, og det er gjennom Quentin Skinners formidling at jeg har anvender en lignende forklaringsmodell på den juridiske utvikling.

64. Jørgen Dalberg-Larsen hevder i sitt verk *Retsvidenskab som Samfundsvidenskab* (1977) på s. 82-84, at man ikke kan tale om paradigmeskifter i rettsvitenskapen, og at manglende paradigmeskifter er "noget særegent" for denne vitenskap. Jeg er langt på vei enig med Dalberg-Larsen i at det er en vesentlig grad av kontinuitet i den rettsvitenskapelige utvikling, som sikkert, slik Dalberg-Larsen påpeker, har sammenheng med at rettsvitenskapens eksistensberettigelse ikke er "higen efter ny erkendelse, men varetagelsen af et påtrængende socialt behov" (s. 79, kursiv hos Dalberg-Larsen). Dette forhindrer imidlertid ikke, noe Dalberg-Larsen sikkert vil gi meg rett i, at man kan oppleve slike begrepsmessige forandringer, som dem jeg beskriver her. Det er således ikke et så storstilet 'paradigmeskifte' (selv om dets betydning er stor nok) som den kopernikanske revolusjon el. jeg beskriver, men visse mentalitets- og begrepsendringer, som kan karakteriseres som 'ideologiske bevegelser'.

65. Se for eksempel Ross VG 1934, s. 137.

KAPITTEL VI

Oppgjøret med Vinding Kruse

Alf Ross lot aldri en anledning gå fra seg til å angripe Frederik Vinding Kruses rettsvitenskapelige og rettsfilosofiske teorier. Vinding Kruses rettsfilosofi påkalte i likhet med Lundstedts noe av den skarpeste polemikk fra Ross' hånd.

I dag omtales ikke Vinding Kruses rettsfilosofi så ofte i litteraturen; de få steder vi kan lese om den karakteriseres den vanligvis i moderat kritiske vendinger. Ditlev Tamm skriver således i sin omtale av Vinding Kruse i *Retsvidenskaben i Danmark*, at "den store anerkendelse, der blev Vinding Kruse til del for hans videnskabelige indsats inden for formueretten og for hans legislative arbejder, overførtes ikke til de mer filosofisk prægede dele af hans forfatterskab", og at de, "trods fantasi og perspektivrighed ikke fikk inflydelse på den filosofiske eller sociale debat".¹ Jørgen Dalberg-Larsen er derimot mer kontant i sin omtale i verket *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab* fra 1977. Dalberg-Larsen skriver blant annet at Vinding Kruses "påståtte videreførelse af Ørstedes realisme" var en "karikatur heraf", og omtaler at hans grunnprinsipper for rettferdighet var "af udpræget reaktionær karakter".² Peter Høilund har nylig henvist til Vinding Kruse som en av de tre store i "den egentlige danske rettsfilosofiske tradisjon" og tilkjennegett at han har hentet inspirasjon fra ham i utarbeidelsen av sin alternative rettsteori.³ Ellers er det langt mellom hver gang man ser en henvisning til Vinding Kruses rettsfilosofi, eller tilløp til å drøfte hva den gikk ut på. Stort sett ser *Retslæren* ut til å ha stått ulest i bokhyllene de siste tiårene. En nærmere gjennomgang av den der utviklede lære om den vitenskapelig korrekte rett på basis av sakens natur, synes derfor på sin plass. Det er også en nødvendig forutsetning for å forstå Alf Ross' kritikk av

1. Ditlev Tamm, *Retsvidenskaben i Danmark*, København 1992, s. 185. Tamm legger i en fotnote til, at "visse af Vinding Kruses reformforslag var ganske fremsynede, se for eksempel Retslæren II, s. 817 om medarbejderrepræsentanter i aktieselskaber..." (s. 184).

2. Se Dalberg-Larsen 1977, s. 389-390.

3. Peter Høilund, *Den forbudte Retsfølelse*, København 1992, s. 13. Høilund skriver at han har tatt utgangspunkt i Thomas Aquinas, men siden det ikke "sådan uden videre" lar seg gjøre "at overføre en middelaldersteori til nutiden", har han derfor søkt "at medtænke nyere videnskabsfilosofi (Popper, Lakatos, Kuhn og Feyerabend)", samt latt seg inspirere av "den egentlige danske rettsfilosofiske tradisjon (A. S. Ørsted, C. Goos, F. V. Kruse)". Det dreier seg således om en typisk eklektisk tilnærming til rettsfilosofien.

naturretten, ettersom han i sin kritikk av den gikk til angrep blant annet på Vinding Kruses lære.

Oversikt

Som vi har sett ovenfor, hadde Alf Ross hevdet at moralske utsagn ikke kunne erkjennes og derfor falt utenfor vitenskapens felt. Vinding Kruse hadde diametralt motsatt oppfatning. Etter hans syn kunne den rette moral begrunnes "videnskabelig etisk" etter den "eksperimentalt vurderende Erfaringsmetode".⁴ Mens Ross som konsekvens av sitt moralfilosofiske standpunkt hadde avvist naturretten, mente Vinding Kruse at siden moralnormene ved den rette vitenskapelige metode kunne fastslås objektivt, måtte rettslærens hovedoppgave være å finne frem til den herav følgende naturlige rett. Poenget for Vinding Kruse – slik det fremkommer i verket *Retslæren* fra 1943 – kan sies å ha vært å overskride demokratisk politikk og "de tøjlesløse politiske stridigheter" ved å gi rettsvitenskapens utviklinger av 'vitenskapelig naturrett' en privilegert stilling innenfor en førerstat. Dette var naturligvis det stikk motsatte av hva Ross' strategi gikk ut på.⁵

'Vitenskapelighet' var ved siden av ord som 'realisme', 'erfaring' og 'virkelighet' sentrale retoriske motiver hos Vinding Kruse, akkurat som de var det for Ross. I denne språklige konteksten finnes både likheter og forskjeller. Begge opererer som utgangspunkt med en erfaringsorientert naturvitenskap som mønster. Ved nærmere gjennomgang viser det seg imidlertid ulikheter mellom de to både med hensyn til valg av modeller og metaforer, og i hva de forstår ved en metode med vekt på erfaringen.

Mens Ross i tråd med tendensene hos Hägerström og medlemmene av Wienerkretsen hentet sin vitenskapsmodell fra fysikken, var biologien Vinding Kruses forbilde. Det biologiske representerte i hans øyne noe irreduktibelt og kunne ikke i sin tur oppløses i fysiske prosesser, slik for eksempel logiske positivister ville mene. Det organiske er et sentralt tankeskjema i verket *Retslæren*. Organiske modeller brukes til å beskrive både samfunnets og rettens eksistens. Metaforer som vekst og utvikling anvendes hyppig, og i analogiens verden blir jussen for samfunns kroppen det legevitenskapen er for menneskekroppen (en analogi som også Ross bruker, se nedenfor i kapittel VII).

Rettens utvikling 'av naturens skjød'

Den organiske betraktningssmåte slås an allerede i innledningen til *Retslæren*, der Vinding Kruse søker etter rettens opprinnelse på utviklingshistorisk manér. Etter å ha søkt seg frem gjennom universet, først i det uorganiske, så i det

4. Se Vinding Kruse: *Retslæren*, København 1943, s. 30. (Vinding Kruse 1943)

5. Innenfor den frirettslige retning står Vinding Kruse i en særstilling ved sin beundring for førerskikkelsen og sin elitetenkning. Tilsvarende trekk er imidlertid langt fra fraværende i andre tekster i andre miljøer i perioden.

organiske stoff og deretter innenfor plantelivet, finner Vinding Kruse de første spor av retten i dyreriket, riktignok i begrenset omfang: "Ret møder vi først, naar vi støder paa det ejendommelige Fænomen indefor Dyreverdenen, vi kalder: et Samfund".⁶ I høyere utviklede deler av dyreriket finner man "Naturfænomenet Samfund" i form av *familier* – ikke uten likhetstrekk med den (moderne) menneskelige kjernefamilien: "en Han og Hun (som) virker i Fællesskab til Pasning, Ernæring og Fareafværgelse for Ungerne". Enda lenger i utviklingen er de dyr kommet som "har en gennemført fast Arbejdsplan og Arbejdsdeling, alt dog beroende paa Instinkt" så som , "Abearter, Bier og Myrer".⁷

Allerede i slike samfunn finnes det ifølge Vinding Kruse *rett*:

I Regelen virker Instinktet i disse Samfund som tilstrækkelig tvingende Magt. Men hvis f Eks en Bi afviger fra det normale og ikke følger den fælles Opførsel ... vil dette fra Normen afvigende Individ enten blive dræbt eller udstødt af Samfundet.

(...)

Det er dette Fænomen, der kaldes: *Ret*, og det kan efter det anførte defineres som: *den af et Samfund med Magt gennemførte Ordning af Forholdet* – eller Samlivet – *mellem Samfundets Individer*.⁸

De høyest utviklede former for samfunn - og den mest raffinerte form for rett - finner man dog ikke hos dyrene, men hos menneskene, men også her i ulike trinn, som følge av den biologiske utvikling. Det avgjørende ledd i utviklingen mot høyere samfunnsformer finner Vinding Kruse i "den organiske Udvikling, Mennesket betegner, da det hæver sig til den oprejste Gang og faar Hænderne fri til alle slags Arbejder i den omgivende Natur." "Parring i flæng" blir nå avløst av "konstant Samliv i Familieform".⁹

Også geografiske forhold, som jordsmonn og klima skal ha spilt med i utviklingen, foruten selve *livskraften*:

Først og sidst er Samfundet og Retten instinktivt vokset op af Livet, ikke blot som Menneskenes Værn mod Naturmagterne og Vilddyrene, men som deres Værn mod Dyret i Mennesket selv.¹⁰

Retten er nemlig i Vinding Kruses øyne ikke et kulturfenomen – skapt av menneskene og preget av de sosiale og politiske forhold – men et naturfenomen:

6. Vinding Kruse 1943, s. 6.

7. Vinding Kruse 1943, s. 6.

8. Vinding Kruse 1943, s. 7 (Kursivert i originalen).

9. Vinding Kruse 1943, s. 9.

10. Vinding Kruse 1943, s. 11.

Det fremhæves undertiden fra enkelte Sider, at Retten er et Kunstprodukt, at Retten lægger ligesom et Net af Regler over livet, der hæmmer Livets egen naturlige, frie Udfoldelse. Gennem det foregående har jeg formentlig vist, at denne Opfattelse ikke stemmer med Virkeligheden. Udviklingen i det virkelige Liv viser, at det mægtige System af Retsregler, der i vidt Omfang behersker Nutidens Samfund, er vokset op af Naturens Skød med en uimodstaaelig Kraft, lige saa uundgaaelig, naturnødvendig som Cellen, Organismen, og Samfundet af selvstendige Organismer.¹¹

Retten var således organisk, mennesket et dyr og historiens moral i følge Vinding Kruse, at "Retsordenens Vogtere" hadde måttet sette "Magten ind imod Menneskedyrenes Vold".¹² I menneskedyrenes flokk fantes det nemlig visse individer, som i kraft av deres spesielle personlige egenskaper med naturnødvendig kraft var kallet til å lede de øvrige. Dagens rettsordningen var resultatet av denne elitens heroiske kamp:

Ser man, hvorledes Samfundets Ledere efterhaanden gennem Tidernes Løb har tvunget Menneskene mer og mer ind under disse Rettens Grundsætninger, bliver det klart, at Retsordenen er et Mindretalls, en Elites gigantiske Forsøg paa at hæve den øvrige Menneskehed opad til Virken for de højeste Maal, for en Tilværelse under de højeste Livsformer. Retsordenen er de Udvalgte Riddervagt om Menneskehedens Idealer.¹³

Men denne elitens kamp er vellykket først og fremst på grunn av den biologiske utvelgelsens lov, ikke i kraft av mer tilfeldige og betingede politiske maktforhold. Den biologiserende tenkemåte som Vinding Kruse forfektet kan sees i sammenheng med den fortolkning av Darwins lære som utviklet seg på slutten av 1800-tallet i sosialdarwinismen. Hans elitetenkning har også paralleller i periodens nasjonalistiske og fascistiske retorikk. Vinding Kruse hadde, i likhet med et ikke ubetydelig antall tenkere i denne perioden, lite til overs for demokratiet.¹⁴

Vitenskapen må yte det demokratiet ikke klarer

Den demokratiske styreform hadde på de fleste områder avslørt betydelige svakheter, mente Vinding Kruse. Først og fremst hadde man ikke fått den saklig best begrunnede lovgivning, fordi staten ble ledet av "middelmådige stræbere" og ikke de best begavede.¹⁵ De menneskelige kvaliteter hadde

11. Vinding Kruse 1943, s. 16.

12. Vinding Kruse 1943, s. 11.

13. Vinding Kruse 1943, s. 27.

14. Vinding Kruse henviser selv blant annet til Ortega y Gasset, som i boken *Massenes opprør*, Oslo 1930, i følge Vinding Kruse, har "belyst Virkningen af det Massevælde, der er brudt igennem med Demokratiets Sejr i det 19. Aarhundrede", s. 866. Av andre navn i tiden kan nevnes Oswald Spengler blant de mer kjente.

15. Vinding Kruse 1943, s. 883 og passim. "Ingen Type er saa udbredt i det politiske Liv under Demokratiet", skriver Vinding Kruse på s. 883, "som de smaa Stræbere", hvis mangel på "Viden, Indsigt og Begavelse" ikke er til ulempe for dem, men tvert i mot en

nemlig trange kår under folkestyret. "Indgaaende statistiske folkepsykologiske Undersøgelser i nyeste Tid viser klart", skrev Vinding Kruse, "hvor ringe Intelligens-Procenten er i et Folk som Helhed".¹⁶ Ikke til å undres over at ledelsen av en demokratisk stat, der "Folkets store Masser", som "for det overvejende Flertals Vedkommende bestaar af Middelbegavede eller Undermaalere, deriblandt et ikke ringe Antal aandelig Defekte", deltar i kraft av lik valgtrett, derfor måtte bestå av en kompakt majoritet av "jævntbegavede eller middelmaadige".¹⁷

I tillegg til dette biologiske faktum, til hinder for gjennomføringen av saklig gode løsninger, kom problemene forbundet med det moderne partivesen og dets ideologier, "være sig Liberalisme, Socialisme, Kommunisme". Hver for seg rummet disse "en vis Sandhed", medga Vinding Kruse, men tatt i sin helhet var de alle forfeilet i sin ensidighet.¹⁸ Partipolitikken førte derfor bort fra "Sandheden om de sociale Problemer" og ut i lutter "Agitasjon og Ophidselse mod de andre Klasser".¹⁹ Vinding Kruses syn må her sees i sammenheng med visse utviklingstrekk i tiden.

Fra århundreskiftet til 1930-tallet var motsetningene mellom forskjellige samfunnslag eller klasser, kommet mer og mer til syne i det danske, som i de øvrige europeiske samfunn. Den moderne kapitalismen hadde gjennomgått et strukturskifte fra pionertiden på 1800-tallet, med mange relativt små personlige entreprenører i et fritt marked, til en situasjon av stadig større enheter innenfor det som i marxistisk vokabular kaltes monopolkapitalisme. De store slukte de små. Nedenfra oppdaget den heterogene gruppen av de som kaltes arbeidere at de hadde felles interesser og organiserte seg i fagbevegelse og partier. Latente motsetninger gikk over i åpen klassekonflikt. Et lag av småkjøpmenn, håndverkere, funksjonærer og akademikere – kort sagt det som kunne kalles småborgere – følte seg presset fra begge kanter og så med lengsel tilbake på en idealisert fortid der samfunnet hadde vært som en organisk kropp og ikke en helvetesmaskin.

Det var tildels slike stemninger Vinding Kruse artikulerte når han klandret demokratiet, hvis organisering av næringslivet var blitt til på "ret tilfældig Maade", og hevdet at en sterk statsmakt kunne innføre den rasjonelle ordning av samfunnslivet, noe som ville føre til overvinnelse av klassemotsetningene og en tilstand der alle lag av befolkningen kunne arbeide i harmoni for den høyeste kollektive velferd. "Det vil saaledes sikkert være det rigtige", hevdet han i forbindelse med sin behandling av de naturlige rettsprinsipper for

fordel i den demokratiske prosess, fordi de lettere kommuniserer med "Folkemasserne" når de står på samme "middelmaadige aandelige Niveau" som disse.

16. Vinding Kruse 1943, s. 877.

17. Vinding Kruse 1943, s. 879.

18. Vinding Kruse 1943, s. 880.

19. Vinding Kruse 1943, s. 881.

erhvervslivet, "at skabe en intim Kontakt og Samvirken mellem Fagforeningene og Arbejdsgiverforeningerne, saa at Modsætningerne mellem Kapital og Arbejde yderligere udjævnes og erstattes af et stadigt og lojalt Samarbejde".²⁰

Vinding Kruse hadde på denne bakgrunn ikke tro på parlamentariske fremgangsmåter i det politiske liv; "uhæmmet Tøjlesløshed under de partipolitiske Stridigheder", kalte han dem.²¹ Stilt overfor samtidens problemer av økonomisk og annen art kom slike prosedyrer, etter hans oppfatning, til kort: "Hvad der i det politiske Liv hidtil har været præsteret til disse vanskelige Problemers Løsning" skrev han, "har for Samfundsvidenskaben været, hvad Kvaksalverier er for Lægevidenskaben."²² Dette kunne ikke forsette: "I Fremtiden maa den rent videnskabelige Undersøgelse med dens nøgterne, søgende Aand afløse de politiske Lidenskaber".²³ Vinding Kruse ville således sette vitenskapen – og dermed rettsvitenskapen – over den politiske prosess og lovgivningen: "Ny lovgivning bør fremgaa af Retsvidenskaben, og denne maa samtidig fortolke, udfylde gældende Love".²⁴

Den eksperimentalt-vurderende erfaringsmetode

Til bruk for rettsvitenskapen i denne viktige oppgave, hadde Vinding Kruse utviklet det han kalte "den eksperimentalt-vurderende Erfaringsmetode"; en omfattende, generaliserende samfunnsvitenskapelig disiplin, som kunne ta alle hensyn i betraktning ved den fornemme oppgave å finne den vitenskapelig riktige rett. Metoden måtte også i Vinding Kruses begrepsverden være realistisk og bygge på erfaringen:

Det skulle i og for sig ikke være nødvendigt i Retsvidenskaben – eller i nogen anden Videnskab i Nutiden – at betone, at den videnskabelige Undersøgelse overalt skal være realistisk d v s hvile paa en nøje Iagtagelse af Virkeligheden.²⁵

Disse metodiske forholdsregler hadde rettsvitenskapen, som de andre åndsvitenskapene lært av naturvitenskapen, slik at både "Psykologi, Sprogvidenskab, Historie og Samfundsvidenskab" i tillegg til rettsvitenskapen "i vore Dage", i følge Vinding Kruse, bygget "lige saa vel paa Iagtagelse af Virkeligheden og, saa vidt gørligt, paa det erfaringsmæssige Eksperiment som Naturvidenskaben".²⁶

Mens Vinding Kruse i sin biologiserende tilnærming til retten som fenomen og ved den omfattende bruken av organiske metaforer, betjente seg av en

20. Vinding Kruse 1943, s. 788.

21. Vinding Kruse 1943, s. 95.

22. Vinding Kruse 1943, s. 95.

23. Vinding Kruse 1943, s. 95.

24. Vinding Kruse 1943, s. 89.

25. Vinding Kruse 1943, s. 73.

26. Vinding Kruse 1943, s. 74.

språklig plattform som avvek sterkt fra Ross' diskursive virkemidler, var Vinding Kruses fremhevelse av den vitenskapelige metode basert på erfaringen mer overlappende med Ross' tilnærming. Man kan således si at Vinding Kruse benyttet flere språklige strategier. Hva kan det ha vært han ville oppnå med å sammenstille sin egen konstruksjon av den naturlige rett, tuftet på sosialdarwinisme og elitetenkning, med den empiriske vitenskapens språklige univers?

Først og fremst er det grunn til å nevne den høye anseelse som vitenskapen nøy i Ross' og Vinding Kruses tid. Ordet vitenskap hadde på 1940- og 50-tallet ennå ikke fått det tvetydige preg i den alminnelige bevissthet som det har i våre dager, men var et honnørord som kunne vekke sympati for budskapet. Vitenskapen nøy betydelig anseelse i samfunnet, og standpunkter som kunne utgis for vitenskapelige hadde derfor sin innebygde autoritet. Den vitenskapelige diskurs konstituerte og fordelte i så måte legitimitet og autoritet. Den vitenskapelige autoritet kunne konkurrere med andre språklige maktbaser – for eksempel posisjoner innenfor en politisk språklig horisont. Et standpunkt som bar vitenskapens stempel kunne derfor vinne frem på tross av innvendinger som måtte foreligge ut fra for eksempel et politisk perspektiv.

En alminnelig fascinasjon for vitenskap og teknikk var også et tidstypisk trekk. Som et eksempel blant mange på tidens teknologifascinasjon, kan nevnes et populærvitenskapelig norsk verk som utkom i årene 1934-35, med den megetsigende tittelen *Teknikkens vidundere. I Fartens Tidalder*.²⁷ I forordet opplyses det at verket "er vidd tidens tempo og det arbeide som under vitenskabens og teknikens førerskap har skapt fartens epoke". Tegn på slitasje i fartens epoke som stress og forurensning m.v. slik vi kjenner det, er fjernt fra forfatterens horisont. Det er således ikke overraskende at både Ross og Vinding Kruse benyttet seg av et vitenskapelig vokabular.²⁸

Selv om visse retoriske trekk deles av Ross og Vinding Kruse, kommer ulikhetene raskt for en dag når man går nærmere inn på Vinding Kruses syn på rettsvitenskapelig metode. Rettsvitenskapen skulle i følge Vinding Kruse ikke begå den synd han benevnte 'specialisme', det vil si at vitenskapsmannen begrenser seg til "et mindre, snevert afgrænset Undersøgelsesfelt", og "opdyrker det intensivt i den Forstand, at han med stor Omhu indsamler alle de Fakta, han kan finde paa dette Felt".²⁹ Denne spesialisering, som for et utrenet øye kunne synes "ensbetydende med Grundighed", var nemlig "i mange Tilfælde, nærmere beset, Overfladiskhed" og inneholdt "betydelige Farer for en dybere

27. Edgar B. Schieldrop, *Teknikkens Vidundere. I Fartens Tidsalder*, bind I og II, Oslo 1934-35.

28. Det er imidlertid verdt å merke seg at bare Ross blir angrepet for sin vitenskapsoptimisme nå i ettertid. Peter Høilund, har således i verket *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab* (1998) satt Ross på tiltalebenken for 'scientisme', se Høilund 1998, s. 132-135. Vinding Kruses kuriøse vitenskapsbilde passerer imidlertid i stillhet.

29. Vinding Kruse 1943, s. 77.

videnskabelig Forskning”.³⁰ ”At gøre mange Enkelt-Iagttagelser og indsamle mange af andre gjorte Iagttagelser” kunne nemlig ”enhver”, i følge Vinding Kruse, men å se slike trivielle funn ”som Led i en større Sammenhæng, i Lys af Livets dybe, almene Love” var kun ”faa givet”.³¹

Den ekte rettsvitenskap kunne derfor ikke nøye seg med å studere det erfaringsmateriale som forelå i form av lovgivning og rettspraksis, men måtte dessuten gjøre ”Iagttagelser af det økonomiske og sjælelige Liv i Samfundet, af de Bevægelser, der opstaar herude, ofte paa Omraader, der falder udenfor Lovenes og Dommenes Rækkevidde”. Rettsvitenskapen måtte derfor også bygge på ”det store Erfaringsmateriale, der indsamles af andre Videnskaber, som de tekniske Naturvidenskaber, Nationaløkonomien, Statistikken, Psykologien, Psykiatrien, Lægevidenskaben”.³² Dette var nemlig et materiale som kunne belyse ”Lovenes og Dommenes Virkninger i Livet”.³³ Juristen og rettsvitenskapsmannen måtte således være en generalist og den riktige rettsvitenskap en syntetiserende disiplin.

Vinding Kruses metode skulle være eksperimentell, den skulle i så måte ikke stå noe tilbake for den eksperimentelle naturvitenskap, selv om sistnevnte hadde ”Laboratorier”. Også samfunnsvitenskapen hadde nemlig ”nærmere beset”, sine ”Laboratorier”. Det var steder ”baade til Iagttagelser og til vurderende Eksperimentalundersøgelser”. Disse samfunnsvitenskapelige forskningsinstitusjoner var i følge Vinding Kruse: ”Banker, Forsikringsselskaber, Sparekasser, Kredit- og Hypotekforeninger, Boligselskaber, Andelsforeninger, Fagforeninger, Karteller, Truster, Dommerkontorer og administrative Kontorer”. På disse steder ble det samlet ”store og mangeartede Erfaringer”. ”Megen unyttig Begrepsjurisprudens” kunne etter Vinding Kruses oppfatning vært unngått, hvis man bare hadde undersøkt dette forskningsmaterialet som en del av en rettsvitenskapen.³⁴

Rettsvitenskapens oppgave for samfunnet kunne alt i alt sammenlignes med legevitenskapens rolle for menneskekroppen – ”begge tilstræber den for Menneskeheden mest hensigtsmæssige Opførsel eller Fremgangsmaade; den ene angaar det enkelte Menneskes Opførsel eller Behandling af Hensyn til egen Sundhed, den anden Menneskets Opførsel overfor andre Mennesker, for Tilvebringelsen af det bedste Forhold mellem disse”.³⁵ Det man i følge Vinding Kruse behøvde for å finne frem til slike hensiktsmessige ordninger for

30. Vinding Kruse 1943, s. 77.

31. Vinding Kruse 1943, s. 78.

32. Vinding Kruse 1943, s. 75. Kursiv i originalen.

33. Avstanden til Ross' oppfatning av rettspolitikken som ”anvendt retssociologi”, synes på dette punkt ikke så stor, se nedenfor kapittel VII. Men Vinding Kruse trodde som nevnt ikke så sterkt på faglig spesialisering, og ville således selv sette alt dette mangeartede materialet sammen i en høyere syntese.

34. Vinding Kruse 1943, s. 76-77.

35. Vinding Kruse 1943, s. 86.

menneskehetens beste, var en "Retsvidenskab, der uafhængig af enhver positiv Retsorden, altsaa metodisk lige saa frit som Lægevidenskaben – og de tekniske Naturvidenskaber – kan søge frem til de regler, vi i Juraen kalder Sagens Natur eller den naturlige Ret".³⁶ Rettsfilosofien – eller den alminnelige rettslære, som den kalles av Vinding Kruse – var den disiplin som skulle finne frem til disse naturlige regler.

Den naturlige rett

Det var en sentral tanke for Vinding Kruse at retten hadde et iboende formål, hevet over tid og sted, som kunne realiseres mer eller mindre fullkomment i det enkelte samfunn.³⁷ Rettens formål i følge Vinding Kruse, var dels å realisere det krav, "at Mennesker ikke indbyrdes skader hinanden", og dels "at gennemføre en planmæssig Samfundsordning".³⁸

Disse mål krevde i sin tur gjennomføring av fire "Grundsætninger": For det første at ingen skulle skade andre uten "højere, af Samfundet anerkendt Grund"; dernest at "Enhver skal opnaa den Virksomhed eller Stilling i Samfundet, som hans Karakter og Evner gør ham særlig egnet til"; for det tredje at "Enhver" likeledes skal få den lønn han "fortjener", og endelig at alle skal bidra positivt til de "Foranstaltninger af Samfundet" som er til "fælles Gavn" for alle.³⁹ Den første og den siste av disse grunnsetningene mente Vinding Kruse at han kunne gjenfinne i sitt Danmarks samtidige lovgivning og retspraksis. Grunnsetning to og tre fant Vinding Kruse imidlertid "kun ufuldkomment gennemført selv i Nutidens Samfund". Det ville han gjøre noe

36. Vinding Kruse 1943, s. 87.

37. Dette er en tanke som nå er på full fart tilbake i rettsfilosofien, og som blant andre Peter Høilund gir uttrykk for: "Juristene bør forlade den parentes i rettens 2000-årige historie", skriver han, "hvor man har ment, at ret og moral var to adskilte og hinanden uvedkommede størrelser". Lovene får nemlig, i følge Høilund, ikke deres "forpligtende kraft" fra "lovgivernes vilje" eller "fordi de kan gennemtvinges af myndighederne", men fordi – og i den grad – de er utslag av forestillingen om "det fælles gode".

At dette felles gode kanskje er en høyst subjektiv forestilling, som ikke nødvendigvis er lik for Per og for Pål, skremmer ikke Høilund: Bare juristene supplerer sine "juridisk-tekniske færdigheder", med en "etisk formuleringskompetence" – noe som slet ikke er en "uoverkommelig" oppgave, skriver han, fordi "rettens idéhistorie" er et "skatkammer af tankegods" der man kan hente det man ønsker – vil rettssystemet gå fra å være "blot en vilkårlig orden" til å realisere idéen om "gavn for de retsundergivne" og føre til "menneskelig opblomstring". Foranledning til disse uttalelsene er Høilunds reaksjon på at politikerne er "tilfredse med lappeløsninger", det vil si saklig sett dårlig lovgivning, "blot de ser ud som politisk handlekraft". Se Peter Høilund, "Politikerne tilfredse med lappeløsninger – blot de ser ud som politisk handlekraft", *Lov & Ret*, marts 1997, s. 5-9. Om det er fra Vinding Kruses plass i skattkisten at Peter Høilund har hentet forestillingen om rettens formål skal være usagt, men det er kanskje der han har hentet politikerforakten?

38. Vinding Kruse 1943, s. 25.

39. Vinding Kruse 1943, s. 25-27.

med: "I Fremtiden maa Retsordenen, som senere skal vises, i langt højere Grad end hittil med Magt søge at tvinge Menneskene til at indrømme hinanden den Stilling og den Løn, hver enkelt fortjener".⁴⁰ Rettferdighetens bud var altså etter Vinding Kruses oppfatning at enhver skulle få etter fortjeneste, noe som vi må tro ville lede til nokså store ulikheter, tatt i betraktning den store andel av "middelbegavede, undermaalere og aandelig defekte" som fantes i samfunnet (jfr. ovenfor). Når rettferdighetens fire grunnsetninger ble gjennomført i lovgivningen, ville konflikten mellom rett og moral opphøre.⁴¹ Samfunnet ville igjen bli harmonisk.

Den naturlige rett var etter dette "den efter Livsforholdene i et Samfund naturlige, mest hensigtsmæssige Ret", eller "den Ret, der bør gælde i et Samfund, fordi den kan rationelt begrundes".⁴² Dette var ikke riktig det samme som den rasjonalistiske naturrett, for selv om den – i likhet med den historiske skole⁴³ – hadde inneholdt visse riktige tanker, rummet den ikke den fulle sannhet. Først og fremst hadde den rasjonalistiske naturretten hengt seg opp i visse "abstrakt holdte Sætninger, der verken vidnede om Menneskekundskab eller om Kendskab til Livets mangeartede praktiske Forhold".⁴⁴ Typiske eksempler på slike abstrakte feilslutninger, var i følge Vinding Kruse "Sætningerne om Frihed og Lighed for alle Mennesker".⁴⁵ Slike påstander var for kategoriske mente han, og manglet rom for de mange gode grunner det var for å gjøre forskjell på folk. På tross av slike feilskjær, fant imidlertid Vinding Kruse at det allikevel var "en Sandhed i Naturrettens Tro paa en evig, uforanderlig Ret".⁴⁶ Således mente han i de fire grunnsetninger han selv hadde påvist, å finne "en evig Ret, som maa gælde for alle Mennesker til alle Tider".⁴⁷ Også de enkelte rettsregler, ned til de minste detaljer, kunne forstås som avledninger av disse prinsippene. De enkelte særlige rettsregler på de enkelte rettsområder, som vel kunne bli preget av "de mangfoldige skiftende faktiske Livsforhold", var nemlig, når man betraktet dem "dybere", hver enkelt "Udslag af de øverste fire Retsgrundsætninger".⁴⁸

Det kommende Samfund

Vinding Kruses prosjekt for rettsvitenskap og rettsfilosofi munnet ut i en lære om fremtidssamfunnet. Også Vinding Kruse var nemlig opptatt av dette, om

40. Vinding Kruse 1943, s. 27.

41. Vinding Kruse 1943, s. 29.

42. Vinding Kruse 1943, s. 50.

43. Betegnelse på en retning i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet, med navn som Carl Friedrich von Savigny (1779-1861) og Georg Friedrich Puchta (1798-1846).

44. Vinding Kruse 1943, s. 56.

45. Vinding Kruse 1943, s. 56.

46. Vinding Kruse 1943, s. 55.

47. Vinding Kruse 1943, s. 55.

48. Vinding Kruse 1943, s. 55.

enn på en annen måte enn Ross og partiet Socialdemokratiet (se nedenfor i kapittel VII). Valget mellom enevelde og folkestyre var igjen blitt et aktuelt problem i det tyvende århundre, skrev han, ja selve det "altbeherskende, livsviktige Problem for Staterne i den kommende Tid".⁴⁹ Selv mente han at pendelen svingte i retning av enevelde og at det var på plass med et regimeskifte. Oppbygningen av det nye samfunnet skildret han nærmere i sin statsrettslige teori. Målet for den nye samfunnsorden var å etablere "en ny fast Retsorden i Erhvervsliv og Statsliv istedenfor den nu raadende Usikkerhed, Forvirring og Opløsning."⁵⁰ Autoritet og hierarki skulle avløse klassemotsetninger og politisk kamp.

Som en del av læren om det kommende samfunn inngikk også en teori om de ulike "Racer". Menneskene i Nordvest-Europa tilhørte i følge Vinding Kruse "Mennesketype A", en type som naturligvis var rasetyperne B og C, som hørte til henholdsvis i fastlandsområder (slaviske folk m. fl.) og tropiske strøk (negere), langt overlegne. Dette forklarte Vinding Kruse med at "Europas Klima og Jordbundsforhold o l har fremtvunget en haardfør, arbeidsom, i Kamp med Naturen udholdende og heltemodig Race", i motsetning til type B som holdt til i "Fastlandsklima" og type C som "avgjort" sto under "Typen A og selv under Type B", "netop paa Grund af de tropiske Egnes ensformige hede, viljelammende Klima".⁵¹

Vinding Kruse uttalte seg ikke negativt om jødene, og noen forherligelse av krig, som ellers inngikk som en del av fascistisk og nazistisk ideologi, tok han ikke til orde for. Tvert i mot. Krig var nemlig ikke *nødvendig* for at hans ideal om et nøysomt, hardt arbeidende og heltemodig overmenneske skulle virkeliggjøres. I stedet var det den "økonomiske Kappelstrid i Samfundet" som var best egnet til å tvinge menneskene "til at bringe de største Ofre og bære de største Savn". "I Sammenligning med disse Dagliglivets haarde aandelige og økonomiske Kampe for Millioner af Mennesker er Krigene kun som Draaber i Havet".⁵² Adam Smiths *laissez-faire* var således nok til å kultivere dyret i mennesket.

Vi skal ikke gå ytterligere inn på enkelthetene i Vinding Kruses statsteori. Det kan bare nevnes at for å råde bot på usikkerheten og oppløsningen i næringslivet ville han innføre en sentral instans, Ervervsretten. Ervervsretten skulle innenfor en utpreget korporativistisk ordning ta de avgjørende beslutninger i en rekke spørsmål som hittil var løst ved streiker, lock-out, forhandlinger og reformlovgivning, så som lønninger og innholdet i de kollektive

49. Vinding Kruse 1943, s. 860.

50. Vinding Kruse 1943, s. 574.

51. Vinding Kruse 1943, s. 1076.

52. Vinding Kruse 1943.

arbeidsavtaler.⁵³ Ervervsretten skulle videre fastsette varepriser mv.⁵⁴ Utøvelse av handelsvirksomhet, ned til den minste lille kolonialforretning, skulle være avhengig av "en obligatorisk Fagprøve".⁵⁵ Lederlønningene måtte ervervsretten derimot ikke tukle med: "Sluttelig bemærkes at Ervervsretten ikke smaalig skal blande sig i Direktørlønninger, hvis Fastsættelse maa overlades til Selskaberne selv. De betydelige Lederevner faar man ikke til Direktører i Aktieselskaber uden at byde dem overordentlige høje Lønninger".⁵⁶

Det er ikke lett å plassere Vinding Kruses statsteori i det politiske landskap, selv om det ikke er vanskelig å finne enkelte likhetstrekk med tidens fascistiske retorikk.⁵⁷ Men på tross av dyrkingen av autoriteten, anbefalingen om å innføre diktatur og statskorporativisme for å oppheve klassekampene og beskytte storindustrien, talen om Europas overlegne rase, etc, er det visse ting som gjør at Vinding Kruse skiller seg fra den strømlinjeformede fascismen. For eksempel mangler forestillingen om grenseløs nasjonal ekspansjon, krigsforherligelsen og det virkelige hatet mot andre raser, for eksempel jødene. Vinding Kruse hadde sin egen spesielle teori, og fikk nok ikke mange tilhengere blant sine landsmenn. Tyskerne var lite interessert i ham. Hartvig Frisch karakteriserte i sin bok om *Vinding Kruses 'kommende Samfund'*, dennes statsteori som merkelig upolitisk.⁵⁸ I det hele tatt er det klart at det på dette tidspunkt ikke fantes noe sannsynlig dansk regime som trengte en slik ideologi, på tross av aktualiteten i kravet om diktatur.

En bakgrunn for Vinding Kruses sterke uttalelser om rettsvitenskapens oppgaver i samfunnet, er kanskje også den tiden han selv så vidt kjente til, da jurister og politikere rekrutterte fra den samme elite, og tildels fylte begge roller. På 1800-tallet hadde professorere, som vi så i kapittel III, hatt en sentral rolle i politikken. Vinding Kruses syn på juristens rolle som rettspolitiker i det kommende samfunn, fremsatt i 1943, kan derfor også sees som uttrykk for en viss nostalgi, fra et medlem av en elite som fornemmer at tiden har beskåret standens innflytelse.

Ved oppgjøret med kompromitterte universitetslærere etter krigen, var Vinding Kruse gjenstand for undersøkelser. I juni 1945 ble det i den tidligere illegale avisen *Frit Danmark* fremsatt en rekke anklager mot ham for angive-

53. Det dreier seg således om en form for statskorporativisme, som er markant forskjellige for den korporative tendens i de skandinaviske land i etterkrigstiden. Statskorporativismen à la Vinding Kruse var imidlertid blitt gjennomført bla. i Mussolinis Italia.

54. Vinding Kruse 1943, s. 825-837.

55. Vinding Kruse 1943, s. 827.

56. Vinding Kruse 1943, s. 822. I motsetning til mange av Vinding Kruses utviklinger av 'naturlig' rett, synes denne 'innlysende sannhet' overraskende aktuell i 1990-tallets kontekst av gyldne fallskjerner, opsjonsavtaler og millionlønninger blant næringslivsledere.

57. For hovedtrekkene i fascistisk politisk filosofi og statsteori, se Sabine and Thorson, *A History of Political Theory*, Hinsdale Illinois 1973, kapittel 36.

58. Hartvig Frisch: *Vinding Kruses 'kommende Samfund'*, København 1944.

lige forbindelser med tyskerne, samt på grunn av innholdet i hans rettfilosofiske verker. Anklagene ble gjentatt i studentbladet *Stud. jur.* Vinding Kruse svarte på anklagene dels ved et innlegg i *Politiken* og dels ved å reise injuriersak mot uttalelsene i de to bladene. Innlegget i *Politiken* ble raskt besvart av Ross, som i en artikkel fremholdt at Vinding Kruse i sine rettsfilosofiske verker hadde "faldet Demokratiet i Ryggen".⁵⁹ Den 15. juni 1945 ble Vinding Kruse etter Konsistorium og dekanus' ordre nektet å eksaminere, og det ble sendt underretning til ministeriet om at fakultetet ønsket en tjenestlig undersøkelse. Undersøkelsen førte imidlertid ikke til tiltale, og den 14. november ble avisen *Frit Danmark* idømt bøter og erstatning for å ha fremsatt grunnløse anklager vedrørende Vinding Kruses forbindelser med tyskerne. Selv om ikke opinionen var tilfreds med dette, mottok Vinding Kruse snart igjen tegn på respekt, før sin avgang fra fakultetet i 1950. I 1948 mottok han endog den æresbevisning at overrabinneren i København takket ham for hans fryktløse avvisning av anti-semittismen under krigen.⁶⁰

Vinding Kruses lære kan i dag virke som en komisk avart av filosofi, et utskudd som ikke hører hjemme i skandinavisk tradisjon og som aldri var annet enn et eksentrisk bidrag fra en verdensfjern professor. For bare litt over femti år siden – i 1943 – utspant det seg et verdensomspennede ragnarokk mellom konkurrerende ideologier, totalitære og demokratiske, hvor det på ingen måte var gitt at demokratiene ville vinne. Dette er også en bakgrunn for debatten om naturretten.⁶¹

"En vis Amatørfilosof fra det juridiske Fakultet"⁶²

Retslæren unnlot ikke å vekke reaksjoner i den danske offentlighet. Både sosiologer, økonomer, historikere og statsvitere anmeldte boken og kritikken var vesentlig negativ.⁶³ Alf Ross ga boken det glatte lag under overskriften "En Retslære fra det 19. Aarhundre".⁶⁴ "Fuld af Forundring", skrev Ross, "maa

59. Sitert etter *Københavns Universitets Historie 1479-1979*, bind III, Almindelig historie 1936-1979.

60. *Københavns Universitets Historie 1479-1979*, bind III, Almindelig historie 1936-1979.

61. Det kan også diskuteres om fascismen har mistet aktualitet som politisk faktor. Sabine and Thorson skriver (s. 802): "The recurrence of fascism in some form will never be impossible so long as any important part of the public can be persuaded that intelligence in politics is barren, disputatious, timid and incapable of action, or that democratic procedures are feeble, decadent, and plutocratic."

62. Ross henviser med dette uttrykk til Vinding Kruse i artikkelen: "Sociolog som Retsfilosof", *Juristen* 1946, s. 259-269, på s. 264. Artikkelen omhandler Theodor Geigers bok *Debat med Uppsala om Ret og Moral* (1946), se og ovenfor kapittel IV.

63. Se blant annet Hartvig Frisch, som i boken *Vinding Kruses 'Kommende Samfund'* (København 1944) behandler verkets politiske idéer. (Opplysningene om anmeldelsene for øvrig, er hentet fra Ross "En Retslære fra det 19. Århundre", *TjR* 1946, s. 273 på s. 290 følgende).

64. Ross: "En Retslære fra det 19. Aarhundre". *TjR* 1946, s. 273-292 (Ross 1946a).

man betrakte dette besynderlige Værk og den Mentalitet, der ligger bag". Ved siden av å peke på en rekke svakheter i forbindelse med Vinding Kruses analyse av juridiske grunnbegreper,⁶⁵ gikk Ross til angrep på Vinding Kruses naturrettslære.

"Det hører til Forf.s Yndlingsideer", skrev han, "at det er muligt for Retsvidenskabens udfra 'Sagens Natur' at fastslaa den rigtige Ret". Ross gikk – kanskje overraskende – ikke direkte til angrep på *innholdet* i Vinding Kruses naturlige rett. Disse anså han som en rekke subjektive postulater, som man kunne være mer eller mindre enig i. Det som forarget Ross, var ikke at Vinding Kruse hadde slike meninger om ulike samfunns- og rettsspørsmål, men at han utga dem under vitenskapens banner. For Ross, som var overbevist om vitenskapenes legitime førerskap i den moderne samfunnsutvikling, var avgrensning mot pseudo-vitenskap av overmåte stor betydning. Problemet med Vinding Kruses rettslære var, at han uten å redegjøre for sine "betingede, subjektive Vurderingsforudsætninger", som "uundgaaeligt" gjorde resultatet subjektivt, kalte sine "usminkede subjektive Vurderinger og Postulater" for vitenskap.⁶⁶ Vinding Kruses personlige meninger og fordommer ble således utgitt i en form som var en forfalskning av virkeligheten, og som tjente til å skjule deres politiske og subjektive slagside. "Den foregivne videnskabelige Objektivitet er kun en Maskerade, der skal tjene til at give visse Meninger og Standpunkter en Autoritet, der ikke tilkommer dem", skrev Ross.⁶⁷

For øvrig avslørte Vinding Kruse etter Ross' oppfatning en "sublim Foragt for Kendsgjerninger";⁶⁸ det "voluminøse Værk" var, slik mange fagfolk hadde vært inne på, preget av en "videnskabelig Løsagtighed";⁶⁹ og denne uvederheftige holdning til fakta, logikk og faglig begrensning, måtte med uunngåelig konsekvens føre ut i det "videnskabelig verdiløse".⁷⁰ Ross, som takket være Vinding Kruse tyve år tidligere hadde lidd skibbrudd i København med sin rettsfilosofiske debut, avsluttet sin omtale av Vinding Kruses rettslære på denne måte:

65. Også Vinding Kruse opererte for eksempel med den sedvanlige rettsstridslæren, noe Ross ga fyldig omtale. Disse forholdene, som viser at Vinding Kruse, akkurat som Stang, befant seg innenfor det borgerlig-liberale regimets konseptuelle rammer, har jeg her latt ligge, til fordel for behandlingen av det som er særegent i hans rettsfilosofi.

66. Ross 1946a, s. 284-285.

67. Ross 1946a, s. 284.

68. Ross 1946a, s. 289. Uttalelsen referer til Vinding Kruses raseteori, som bare i korte trekk er behandlet ovenfor, men neppe tjener *Retslæren* til ære, selv om raseteorier og rasehygieniske spørsmål var utbredt i mange leire i mellomkrigstiden.

69. Ross 1946a, s. 290.

70. Ross 1946a, s. 291.

Forf.s hjemmestrikkede Filosofi, der med en rask Bevægelse fejrer Hägerström og andre Konsorter til Side, fordi de ikke har 'analyseret deres Grundbegreper'; hans Tiltro til gennem en 'videnskabelig' udfundet Naturret at kunne reformere Retten paa alle Omraader; hans dilettantiske Overbegrep paa Økonomiens og andre Fagomraader; hans suveræne Foragt for præcise Kildeangivelser og Dokumentation; hans dyrkelse af det voluminøse paa Kvalitetens bekostning – altsammen bærer det Præg af en Mentalitet, der paa Videnskabens Omraade svarer til hans politiske Indstilling: Diktaturets.⁷¹

71. Ross 1946a, s. 292.

KAPITTEL VII

Fremtidens Danmark

Vejen gaar fremad mod ny Horisonter.
Alf Ross¹

Utviklingen av velferdsstaten etter krigen kan sees som et positivistisk prosjekt, et prosjekt for en gjennomgripende endring av samfunnet på basis av den moderne vitenskap og under offentlig planlegging og kontroll. Ut fra dette perspektivet har Rune Slagstad drøftet det norske regimet etter krigen, og hans karakteristikk danner også utgangspunktet for mine analyser i dette kapitlet. En historisk forståelse av Ross' kritikk av naturretten forutsetter et kjennskap til dette prosjektet.

Alf Ross ga uttrykkelig sin tilslutning til kravet om sosial rettferdighet og velferdsstatens positivistiske prosjekt. Før valget til Folketinget i oktober 1945, skrev han en kronikk med tittelen "Hvorfor jeg stemmer paa Socialdemokratiet". I kronikken tok Ross utgangspunkt i sosialdemokratenes parti-program, med tittelen *Fremtidens Danmark*. Dette programmet var ikke bare en liste over et politisk partis merkesaker, men ga også uttrykk for en fremtidsvisjon, om et bedre samfunn, nettopp i den positivistiske ånd som Slagstad taler om. Det er også et eksempel på tidens politiske språkbruk, en lingvistisk kontekst som Ross gjør til sin i den nevnte kronikken. Men i lys av denne konteksten må vi også se hans rettsfilosofiske ytringer fra denne tiden, spesielt hans lære om rettspolitikk som rasjonell teknologi.

"Hvorfor jeg stemmer på sosialdemokratiet"

I forbindelse med det første ordinære valg til Folketinget etter okkupasjonen, rykket Alf Ross den 25. oktober 1945 ut i Socialdemokratiets partiorgan *Social-Demokraten* med en kronikk kalt "Hvorfor jeg stemmer paa Socialdemokratiet". Her talte han varmt for offentlig planlegging og regulering av økonomien og anbefalte Socialdemokratiets program, som etter hans oppfatning burde passe for alle fornuftige mennesker. "Socialdemokratiets program er ikke klassepreget", skrev han, men er "for enhver, der har Trang til et fornuftigere og anstændigere Samfund". Liberalismen derimot, som "alene bygger på det

1. Ross: "Kan man være socialist uden at være marxist?" *Verdens Gang* 2, 1948, s. 257. (Ross 1948)

private Vindingsmotiv som Kilde til økonomisk Aktivitet”, omtalte Ross som ”den skændigste falliterklæring for den menneskelige Fornuft”.² Skulle krisene fra mellomkrigstiden overvinnes og avverges for fremtiden krevdes – slik Ross så det – ”at det politiske Demokrati er i Stand til at udvikle sig ogsaa til et økonomisk og socialt Demokrati”. Velferdsordningene måtte derfor konsolideres og videreutvikles. Slike tanker er i samsvar med det vi omtalte ovenfor som velferdsstatens ene grunnpillars – utvidelsen av den franske revolusjonens rettighetskatalog til å omfatte økonomiske og sosiale rettigheter.

Sosial rettferdighet var imidlertid ikke det eneste fortrinn Ross så ved det sosialdemokratiske program i 1945. Sosial utjevning førte etter hans oppfatning til større produksjon, og sosialpolitikken utgjorde således også ”god Produktionspolitikk”, som ville skape ”større Effektivitet” i erhvervslivet. Sosialdemokratenes politikk var rett og slett fremskrittspolitikk, mente Ross, som fant at Socialdemokratiet hadde et politisk program som:

uden at være bundet af forældet marxistisk Ortodoksi, men i god Kontakt med den nyere økonomiske Videnskab, viser Vej fremad mod de tre store Maal: Fuld Beskæftigelse, Højnelse af Levestandarden under mer ligelig Fordeling og større Effektivitet og mer Demokrati i Erhvervslivet.

Denne vei fremad mot de tre store mål om full sysselseting, høyere levestandard for alle og effektivitet og demokrati i næringslivet, var i følge Ross veien å gå, ikke bare for arbeiderklassen, men for alle lag av befolkningen, for som han avslutter: ”Der findes ingen anden Vej til at bevare det Bestaaende end Fremskridtets.”

Det programmet Ross refererte til, var partiprogrammet som Socialdemokratiet hadde utarbeidet til valgkampen høsten 1945 og som bar tittelen *Fremtidens Danmark*. Programmet kom til å spille en sentral rolle i den politiske debatt i de første etterkrigsår i Danmark.³

Socialdemokratiets hovedmål ble i manifestet formulert som: 1. full beskjeftigelse 2. sosial trygghet og 3. effektivitet og demokrati i erhvervslivet, det vil si de samme tre krav som Ross gjengir ovenfor. Partiets manifest forkynner både kravet om sosial rettferdighet og drømmen om det nye samfunn. Sosial rettferdighet er nemlig ikke nok:

2. Slik politisk argumentasjon, med innstendig appell til fornuften, kan virke underlig når man kjenner til Ross' filosofiske standpunkt om at alle verdistandpunkter – derunder naturligvis også politiske – er uttrykk for følelser, og som sådan blottet for rasjonalitet. At det her ikke bare er snakk om en selvrefererende inkonsistens, kommer kanskje frem i gjennomgangen nedenfor, av læren om praktisk argumentasjon og rettspolitikk.

3. Sven Aage Hansen og Ingrid Henriksen, *Velfærdsstaten 1940-78*, København 1980, s. 54. (Hansen og Henriksen 1980)

Der maa banes Vej for videre Fremskridt i det økonomiske Liv. Den danske Produktionsevne maa øges og ingen Produktionskræfter være uudnyttede. Produktionen maa effektiviseres. Dette skal naas ved at bringe Plan og Orden i det økonomiske Liv.⁴

Og de økonomiske fremskritt skal i sin tur lede til høyere goder:

En social Højnelse, en aandelig, kulturel og moralsk Rejsning vil følge i en velordnet Økonomis Spor – i Takt med den voksende Velstand.⁵

Ord som effektivitet, produksjon, rasjonalisering og kontroll går igjen i manifestets språk. Det gis en skisse til en planøkonomi basert på en blanding av offentlig og privat eierskap, men med sterk grad av offentlig styring. Mellomkrigstidens kriser som "havde en ikke uvæsentlig Andel i de politiske Rystelser, der igennem Trediveerne truede Demokratierne og Freden" manes frem som bakgrunnen for tiltakene.⁶ Det sentrale spøkelse i mellomkrigstiden hadde vært massearbeidsløsheten, og kravet om "full beskæftigelse" ble derfor et tilsvarende sentralt punkt i programmet. Omtalen av tiltakene for å oppnå full sysselsetting var preget av de nye teoriene fremsatt av John Meynard Keynes og Gunnar Myrdal, om at konjunktursvingningene kunne unngås ved en underbudsjettering av finansene, også kalt "government spending". Som økonomiske tiltak nevnes dessuten pris –og valutakontroll, "Højfinansens under Folkestyrets Kontrol",⁷etc. Det skulle videre opprettes forskjellige råd for de ulike næringsgrener, med et "samfundsøkonomisk Raad" på toppen, der medlemmer fra administrasjonen og næringslivet skulle arbeide sammen med representanter for "den økonomiske Sagkundskab".⁸

Sakkunnskapen skulle få slippe til også i andre sammenhenger, som for eksempel i boligreisingen:

Til at lede og kontrollere den storstilede Indsats, der her skal ydes ... maa der nedsættes et Raad 'Statens Byggeraad', sammensat af Repræsentanter for Rigsdagen, Kommunalbestyrelserne, Lejerne og de almenyttige Boligselskaber. Til dette Raad maa knyttes et Sekretariat, i hvilket der maa ansættes saavel nationaløkonomisk som teknisk og juridisk uddannede Personer.⁹

I bygningspolitikken var det første målet å dekke etterspørselen som hadde hopet seg opp gjennom krigsårene; deretter skulle det iverksettes "Saneringsbyggeri". I denne forbindelse ble det foreslått en bestemmelse om at bygningsattest for nye og eksisterende boligeiendommer skulle utløpe etter 100 år.

4. *Fremtidens Danmark*, s. 9

5. *Fremtidens Danmark*, s. 70.

6. *Fremtidens Danmark*, s. 4.

7. *Fremtidens Danmark*, s. 36

8. *Fremtidens Danmark*, s. 18

9. *Fremtidens Danmark*, s. 44

”Samfundet maa staa frit overfor, hvilken Anvendelse der skal gøres af ældre Ejendomme”,¹⁰ ble det hevdet, hvilket burde medføre at de i stor grad måtte kunne rives ned for å gjøre plass for mer tidsriktige bygninger. Saneringsbyggeriets tankegang ble materialisert i 1960- og 70-tallets omfattende rivingsprosjekter.

Et annet fremskrittstiltak var gjennomføringen av forebyggende medisin, eller det som i programmet kalles ”forebyggende Sundhedsforsorg”.¹¹ For øvrig ble medisinen i likhet med skolepolitikken viet nokså liten oppmerksomhet i manifestet. Dette var imidlertid områder som var sentrale ledd i programmet for utviklingen av velferdsstaten.

Gjennom planlegging og kontroll, med velstand for alle som mål og under veiledning fra den nødvendige sakkunnskap skulle ”Fremtidens Danmark” bygges opp – ”et storstilet Bygningsværk”. På krigens mørke bakgrunn ville da ”et helt nyt Folk vokse op” ble det avslutningsvis forkynt i manifestet.¹²

Det positivistiske prosjekt

Arbejderbevægelsen skal definere sine Maal og kæmpe for deres Virkeliggørelse paa basis af en nogtern og tidssvarende videnskabelig Indsigt i Samfundsproblemerne.

Alf Ross¹³

Rune Slagstad har i flere sammenhenger diskutert etterkrigstidens Norge ut fra den synsvinkel at Arbeiderpartiet i sin lange periode ved makten ikke først og fremst innførte sosialismen, men positivismen.¹⁴ Han har med denne spissformuleringen villet fokusere på det teknokratiske aspekt ved etterkrigstidens politikk. I artikkelen ”Arbeiderpartistaten – maktens bruk og misbruk” gir han en kortfattet og instruktiv karakteristikk av etterkrigstidens regime:

10. *Fremtidens Danmark*, s. 45

11. *Fremtidens Danmark*, s. 43.

12. *Fremtidens Danmark*, s. 70

13. Alf Ross, ”Kan man være socialist uden at være marxist?”, *Verdens Gang* 2, 1948, s. 255-258. (Ross 1948).

14. Se f. eks. Slagstad: ”Skjervheim som regimekritiker” i Slaattelid (red.): *Regime under kritikk. Hans Skjervheim i norsk filosofi*, Oslo 1997, s. 97-114. (Slagstad 1997). Se også boken *De nasjonale strategier* (1998), kapittel III: ”Arbeiderpartistaten”. Slagstad henter betegnelsen ’Arbeiderpartistat’ fra den norske historikeren Jens Arup Seip, men er i motsetning til Seip kritisk til velferdsstaten og Arbeiderpartiets tid ved makten. ”Mord på sosialdemokratiet” var en av kommentarene som falt i forbindelse med lanseringen av Slagstads store verk høsten 1998 (Aftenposten 20. november 1998). Jeg deler ikke Slagstads vurdering av velferdsstatens angivelige ’passiva’, men finner allikevel at en del av hans analyser er treffende og vel egnet i forbindelse med tolkningen av Alf Ross’ forfatterskap. Som det er blitt sagt (Fredrik Thue) kan Slagstads verk fungere som en utmerket døråpner når det gjelder innsikt i nyere norsk (og mer indirekte skandinavisk) intellektuell historie, selv om det er for ujevnt, og for subjektivt farvet, til å fungere som grunnmur.

Arbeiderpartistaten var et kunnskapsregime, et vitenskapelig opplysningsregime, der den gamle stats forvaltere, juristene, ble fortrent av nye profesjoner: sosialøkonomer, ingeniører, leger, pedagoger m.v. Med forankring i fullmaktslovgivningens vide rammer fikk profesjonene som teknokratiske sektorspesialister forme utviklingen ut fra sitt faglige, vitenskapelige skjønn. Den politiske maktutøvelse fikk en vitenskapelig kledning.¹⁵

Slagstad trekker så vidt jeg kan se frem meget sentrale trekk ved etterkrigstidens politiske regimer både i Norge og Danmark. At det var mulig (og ønskelig) å skape et bedre samfunn på basis av kunnskapen fra de fremvoksende samfunns-vitenskapene, var en utbredt oppfatning, noe også Ross-sitatet i ingressen vitner om.¹⁶ Men det er etter min oppfatning for ensidig å si at det er "mer enn tvilsomt" at Arbeiderpartiet "innførte noen sosialisme i Norge."¹⁷ Som vist ovenfor var det ene sentrale trekk ved den sosialdemokratiske velferdsstaten utvidelsen av menneskerettene til å omfatte økonomiske og sosiale rettigheter. Dette var den politiske kamp for sosial rettferdighet, som ble behandlet i kapittel III, og den fant sted i både Norge og Danmark. Nå kan man kanskje diskutere om dette mest dekkende beskrives ved merkelappen sosialisme, eller om den betegnelsen må reserveres samfunn med statlig eierskap av kapitalen, men uansett er det nødvendig å ha begge aspekter ved velferdsstaten i syne i en historisk fremstilling.

Som Slagstad selv påpeker er det et annet aspekt ved etterkrigstidens regime som må bemerkes, nemlig det korporative aspekt.¹⁸ Den såkalte 'forhandlingsøkonomien' som gikk hånd i hånd med en 'blandingsadministrasjon' integrerte organiserte interesser i det politiske styre. Disse forhold er behørig

15. Slagstad: "Arbeiderpartistaten – maktens bruk og misbruk", *Nytt norsk tidsskrift* nr. 1 1996, s. 12-27, på s. 12-13. (Slagstad 1996)

16. Innenfor arbeiderbevegelsen var en slik vilje til å reformere samfunnet ved små skritt, basert på eksakte vitenskaper, en utbredt holdning, men ikke den eneste tilnærming. Foranledningen til Ross' artikkel var et angrep på kommunistene, som krevde revolusjon og ikke reform. Ross markerte med sine uttalelser at han sto på den reformistiske siden, som ble den dominerende i skandinavisk politikk. I 1945 var imidlertid kommunismen sterkt i vinden, ikke minst på grunn av en almen sympati med Sovjet-Unionens innsats mot Nazi-Tyskland. Ross anså Marx' lære for 'krypto-naturrett', og kommunismen i enhver form som en stor fare for den demokratiske utvikling. Så sterkt tok han faktisk avstand fra kommunismen, at han ikke klarte å opprettholde et vennskapelig forhold til Jørgen Jørgensen, da denne åpent tilkjennega sin støtte til kommunismen etter krigen (samtale med Strange Ross og Lone Ross 25. oktober 1998). Disse forholdene er således også en bakgrunn for å forstå Ross' kritikk av naturretten, men blir av plasshensyn ikke utdypet videre her.

17. Slagstad 1997, s. 97

18. Slagstad nevner to nydannelser under Arbeiderpartistaten: det korporative og det positivistiske. Det korporative lar han ligge ut fra det syn at det allerede er "vel belyst fra Stein Rokkan til Gudmund Hernes og Trond Norby", Slagstad 1996, s. 12.

drøftet flere steder, blant annet i forbindelse med den såkalte maktutredningen i Norge på 1970-tallet.¹⁹ Både sosialismen og korporativismen hører med i det komplette bilde av etterkrigstidens velferdsstat. Men når disse aspektene nå er nevnt, kan vi for øyeblikket la dem ligge for i likhet med Slagstad å konsentrere oss om positivismen i etterkrigstidens velferdsstatsprosjekt.

Slagstads beskrivelse av etterkrigstiden som et positivistisk prosjekt, der teknokrater tildekket politikken med et vitenskapelig slør, er skrevet med tanke på norske forhold. I Norge fikk arbeiderpartiet etter valget i 1945 rent flertall, med 76 av 150 mandater i Stortinget. Denne dominerende posisjonen beholdt de til ut på 1960-tallet. Dette skjedde aldri i Danmark. Socialdemokratiet måtte operere i koalisjon eller som mindretallsregjering. Ved valget i 1945 ble resultatet endog at det liberalistiske partiet Venstre dannet regjering, som ble sittende i to år. Etter et sosialdemokratisk mellomspill gjentok det samme seg i 1950, da resultatet av valget ble en regjering av Venstre og De konservative, som holdt til 1953. Allerede av denne grunn er betegnelsen "arbeiderpartistat" nokså tvilsom anvendt på danske forhold. Allikevel er det min oppfatning at Slagstads analyse av det positivistiske og teknokratiske ved etterkrigstidens politiske utvikling er opplysende, ikke bare for norske forhold, men også for danske.

En grunn til dette er at velferdsstaten etter 1945 var blitt en felles ideologi for de fleste politiske partier i begge land (og Sverige). Et pregnant uttrykk for dette finner vi i uttalelsen som den mangeårige leder for det konservative parti i Danmark – Christmas Møller – kom med før valget i 1945, om at "vi er alle blevet socialister".²⁰ Foranledningen til Møllers utsagn var hans syn på statens betydning for etterkrigstidens utvikling. Partiprogrammene ved valget i 1945 både for det liberalistiske partiet Venstre og for De konservative inneholdt en del av de samme økonomiske elementer som det sosialdemokratiske program, særlig hva angikk underbudsjetteringspolitikken. De konservative gikk inn for vesentlige sosiale reformer, og det er verdt å legge merke til at sosialministeren i koalisjonsregjeringen Venstre-konservative, den konservative Poul Sørensen, i perioden 1950-53 fikk nesten alle sine lovforslag vedtatt enstemmig.²¹ Allikevel må det være riktig å si, at til tross for denne tverrpolitiske enighet, var perioden 1950-53 på mange måter en stagnasjonsperiode, før utviklingen av velferdsstaten virkelig skjøt fart etter 1953, med Socialdemokratiet ved roret.²²

19. Maktutredningen i Norge, der den senere arbeiderpartistatsråd Gudmund Hernes var formann, utga en rekke utredninger over maktforholdene i det norske samfunnet. Om det korporative aspekt, se f. eks. Hernes: *Forhandlingsøkonomi og blandingsadministrasjon*, Oslo 1978.

20. Sitert etter Kaarstedt 1991, s. 308.

21. Hansen og Henriksen 1980, s. 56.

22. Hansen og Henriksen 1980, s. 58.

Mellomkrigstidens krise, som – slik mange så det – i siste hånd hadde gitt grobunn for fascisme og nazisme, hadde blant partier både på høyre- og venstresiden åpnet øynene for den økonomiske liberalismens svakheter. Liberalismens mangler ville man bøte på, ikke bare ved å verge de svakeste gjennom visse sosiale rettigheter, men også gjennom underbudsjetteringspolitikk, sentral planlegging og regulering av økonomien. Den økonomiske profesjon fikk derfor tildelt en sentral rolle, og inntoget av profesjonalister og teknokrater spredte seg etter hvert også til andre fagområder. Vitenskapenes anseelse var høy, og både kunnskapsmengden og problemenes omfang så store, at "sektorspesialister" ble en nødvendighet. Alt dette bidro til å legge forholdene til rette for positivismen i alle de skandinaviske land.²³

Slagstad peker videre på et helt sentralt trekk av betydning for utviklingen av jussen, nemlig juristenes exodus fra mange departementer, mens nye spesialister rykket inn. Dette er en viktig del av utviklingen. Men juristene forsvant naturligvis ikke helt, og selv om fullmaktslovene ga "vide rammer", så var de tross alt lover, som også jurister var med på å utforme og anvende. Som følge av utviklingen ble det imidlertid stilt nye krav til juristene. Et teoretisk grunnlag for de nye krav som ble stillet til jurister og den juridiske virksomhet ble formulert av Alf Ross i siste del av verket *Om Ret og Retfærdighed*. Når naturretten – og dermed den aktive syntetiserende jurist – var feid av banen, kunne Ross lansere sitt program for rettspolitikken, der juristens oppgave som "rasjonell teknolog" var å anviser de tjenlige midler til å nå politisk fastsatte mål, ut fra sitt kjennskap til den juridiske teknikk.

Vitenskap og politikk

Vinding Kruses fremste feil hadde – slik Ross så det – vært å anse det som rettslærens oppgave å finne de riktige regler for lovgiveren. Ut fra et slikt syn var lovgivning nærmest en moralsk oppgave: – å gi de regler som fulgte av den rette innsikt i "sakens natur". For Ross var dette et frekt forsøk på å unndra retten fra den politiske maktkamp, slik denne var aksentuert mellom klasseinteressene i samtiden. Forsøket på å oppheve politikken ved å påkalle fornuften og sakens natur, var dessuten en retorisk strategi med betydelig slagside, noe Vinding Kruses konkrete reformforslag var det beste eksempel på. Den opphevede politikk var således selv en politisk handling, men i moralske gevanter. Dette maskespillet mente Ross å ha avslørt ved å avkle de normative utsagn og vise dem i all deres metafysiske nakenhet.

Men hvis den moderne jurist, inngydt av "den sobre, analytiske, vitenskabeligt disiplinerede ånd og metode"²⁴ skulle bedrive en rettspolitikk, det vil si "noget, der har karakter af råd, vejledning eller anvisninger til lovgi-

23. Og mange andre steder, men det holdes utenfor drøftelsen i denne sammenheng.

24. Ross 1963, s. 499.

veren”,²⁵ hvordan skulle dette da foregå, og på hvilket grunnlag? Svaret på dette spørsmålet forsøkte Ross å gi i siste del av verket *Om Ret og Retfærdighed*.

Her hevdet han at den rettspolitiske oppgave ikke kunne være å finne de rette regler ut fra fornuften, men alene måtte være å anviser hensiktsmessige midler til å nå mål som allerede var fastsatt på annen måte. Juristene måtte overlate til andre – aktørene i den politiske kamp – å formulere målene.

Det er viktig å ha klart for seg at det Ross ville med sin lære om rettspolitikk ikke var å kastrere den tenkende juriststand, men å klargjøre hva juristen som *vitenskapsmann* kunne yte på det politiske område. Han mente ikke at jurister (eller andre) helt apatisk skulle resignere overfor de rådende maktforhold i samfunnet og kritikkkløst stille seg til tjeneste for dagens tilfeldige herskere. Men hvis juristen ville kjempe for politiske mål, slik Ross selv gjorde for eksempel i forsvaret for demokratiet eller ved støtten til sosialdemokratisk politikk, mente Ross at man måtte gå ned fra den vitenskapelige pødestall og åpent erklære at de politiske mål var ens egne, subjektive oppfatninger, ikke vitenskap med krav på sannhetsverdi og autoritet.

Praktisk argumentasjon

En sentral forutsetning for Ross’ lære om rettspolitikk, var at man ikke kunne tenke seg frem til hva som var de riktige politiske mål. Ved siden av å kritisere naturretten (se foran i kapittel IV), benyttet Ross seg av argumenter fra den behavioristiske psykologi for å godtgjøre dette.²⁶ Det vil innenfor rammene av denne avhandlingen føre for langt å gå detaljert inn på Ross’ bruk av behavioristisk tematikk og argumentasjon i rettsfilosofien. Her skal bare kort nevnes det som er sentralt for hans skille mellom vitenskap og politikk. Fra den behavioristiske psykologi importerte Ross et begrepsapparat der skillet mellom ’oppfattelser’ og ’innstillinger’ var sentralt.²⁷ Observasjon og kunnskaps-tilegnelse – og dermed vitenskap, rasjonalitet – kunne i følge Ross aldri virke motiverende for hvilke handlingsvalg man skulle ta. Slike motiverende interesser og standpunkter var tvert i mot alltid irrasjonelle faktorer. En rasjonell erkjennelse (vitenskap) kunne derfor heller ikke oppstille ”*kategoriske* eller *selvgylde handlenormer*, d.v.s. sådanne hvis motiverende kraft skal ligge i

25. Ross RR 1953, s. 386.

26. Det må nevnes at behaviorismen i tillegg til å være en av argumentbasene for en ny rettspolitikk, var en sentral kilde for Ross i utarbeidelsen av hans teori om retten som virkelighetsfenomen, se avhandlingen *Virkelighed og Gyldighed*, Ross VG 1934.

27. Med oppfattelse mente Ross ”enhver antagelse om hvorledes virkeligheden er beskaffen”. Innstilling forstod han som ”de stillingtagende bevidsthedsfænomener som kilde (motiv) til al bevidst aktivitet”, Ross RR 1953, s. 389. Dette teoretiske skillet går igjen i mye positivistisk vitenskap fra denne perioden. I Norge har Hans Skjervheim i kritisk øyemed satt det på begrep med opposisjonen ’deltakar og tilskodar’, se Skjervheim, *Deltakar og tilskodar og andre essays*, Oslo 1996 (1976).

erkendelsen selv”.²⁸ Innholdet i disse kunne bare rettferdiggjøres ved en irrasjonel tilslutning. Ut fra dette hevdet Ross at ”erkendelsen kan kun være praktisk i hypotetisk eller teknisk forstand, d.v.s. som anvisende veje og midler for en aktivitet der udspringer af en af erkendelsen uafhængig interesse eller indstilling”.²⁹

Hvordan skulle man da forholde seg hvor det var uenighet om praktiske, politiske spørsmål? Hvis man bare styrte unna de naturrettslige fallgruber, kunne man i følge Ross håpe på å kunne gi den politiske diskusjon en ”videnskabelig holdning”.³⁰ At det ikke fantes endegyldige svar på de politiske spørsmål betød nemlig ikke at det ene svar kunne være like godt som det andre, eller at man ikke kunne søke å vinne tilslutning for det standpunkt man selv (følelsmessig) gikk inn for. I denne forbindelse måtte man bare være nøye med å skille mellom rasjonelle og irrasjonelle metoder for å oppnå praktisk enighet, mellom ’argumentasjon’ på den ene siden og ’påtrykning’ på den annen.³¹ Argumentasjon kunne i følge Ross ta mange former, men var alle

28. Ross RR 1953, s. 388.

29. Ross RR 1953, s. 388.

30. Ross RR 1953, s. 414.

31. Ross behandler spørsmål om praktisk uenighet og de to strategier, argumentasjon og påtrykning, i § 77 i boken *Om Ret og Retfærdighed*. Fra Charles Stevenson (Ethics and Language, 1944) henter han en rekke eksempler og motiver til belysning av hva som kan utgjøre rasjonell argumentasjon i praktiske spørsmål. I likhet med Stevenson og belgieren Chaim Perelman, antyder han i denne forbindelse en renessanse for retorikken. For en innføring i forholdet mellom juridisk argumentasjon og topisk retorikk, se bl. a. Perelmans *Justice, Law and Argument*, London 1980 og Theodor Vieweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1974.

Å se den juridiske argumentasjon i lys av retorikken (forstått som en argumentasjons-teori, ikke som propaganda og prokuratorknep, slik ordet ofte brukes) kan etter mitt skjønn være en vei til en fruktbar fornyelse av den juridiske grunnlagstenkning, også i Skandinavia. Det er imidlertid et felt som i praksis ligger helt brakk.

Rettsanvendelsesprosessen kan ut fra et retorisk perspektiv meget forenklet sies å representere en argumentasjon der det ikke er logisk nødvendighet, men dialektisk plausibilitet som er avgjørende, og der utgangspunktet tas i forskjellige ’topoi’ eller ’steder’, nemlig de ulike ’rettskildefaktorene’ og deres undergrupper. Gevinsten av å innføre dette perspektivet kan være en enkel, men treffende beskrivelse av hva det vil si å argumentere juridisk, – en beskrivelse som kanskje kan være et forfriskende supplement til den til tider uhyre kompliserte og tungt fordøyelige filosofiske forklaring på juridisk argumentasjon som presteres, enten det nå er med utgangspunkt i analytisk (for eksempel Svein Engs bok *U/enighetsanalyse*, Oslo 1998) eller kontinental filosofi (David Doublet).

Å se hen til retorikken er også en måte å gjenopplive en tradisjon på, slik så mange ivrer for i våre dager, men uten å falle tilbake til naturrett og ’idealisme’. Historisk sett flyter nemlig juss og retorikk fra den samme kilde: Antikkens retoriske teori ble utviklet av jurister og advokater. Derimot er den moralfilosofiske tradisjon siden Platon (hvorav naturretten er et utslag) nærmest konstituert som et angrep både på juss og retorikk. Satt på spissen kan man således si at juss og filosofi er konstituert gjennom sin motsetning, ikke sitt slektskap. Det er dette enkelte av naturrettsstilhengerne ikke vil innse.

karakterisert ved at man fremsatte påstander om saksforhold. Påtrykning derimot var det når man søkte å omvende motstanderen ved andre midler enn argumentasjon, det være seg ved bruk av verdiladede ord eller metaforer, eller, i muntlig fremstilling, ved gestus, stemmeføring, mimikk, etc.³² Det sa seg selv at vitenskapen ikke (legitimt) kunne drive med påtrykning. Muligheten for rasjonell, praktisk argumentasjon ga imidlertid et utgangspunkt for vitenskapsmannens bidrag til den politiske prosess. Et spørsmål var imidlertid hvordan vitenskapsmannens deltagelse i den politiske prosess forholdt seg til kravet om vitenskapens renhet.

Vitenskapens renhet

I likhet med sentrale strømninger i moderne samfunnsvitenskap, og med ekko fra Max Weber, mente Ross at vitenskapelig aktivitet i prinsippet var adskilt fra verdier og politiske målsetninger. Prinsippet om vitenskapens renhet er "almindelig anerkendt i vore dage", hevdet han.³³ Selv om mange var enige i teorien var det i følge Ross allikevel ikke alle som etterlevde prinsippet i praksis; innen jussen gjaldt dette "når fortolkningsresultater uden redegørelse for betingede subjektive indstillinger udgives for den videnskabeligt rigtige løsning i kraft af 'sagens natur'. Han tilføjede i parentes: "herhjemme har VINDING KRUSE været den typiske exponent for denne retning".³⁴

Den vitenskapelige renhet behøvde imidlertid ikke å bety at juristen skulle avholde seg fra i det hele tatt å delta i den politiske prosess. Det ville være å skyte over målet og ville "udelukke et frugtbart samarbejde mellem teori og praksis".³⁵ For å begrunne et legitimt samvirke mellom vitenskapen og politikken trakk Ross inn teoriene til den svenske sosialøkonomen Gunnar Myrdal – en annen av velferdsstatens profesjonsideologer.³⁶ Ross henviste til at Myrdal for det første hadde hevdet at kravet om at vitenskapen utelukkende skulle holde seg til fakta og den teoretiske beskrivelse av disse, var umulig å etterleve, fordi intet menneske – heller ikke sosialforskeren – kunne frigjøre seg helt fra sitt sosiale miljø og sine emosjonelle innstillinger. Kravet måtte

32. Ross RR 1953, s. 402.

33. Ross RR 1953, s. 406.

34. Ross RR 1953, s. 407. (kapiteler hos Ross).

35. Ross RR 1953, s. 408.

36. Ross henviser til Myrdals verk, *An American Dilemma*, fra 1944.

derfor heller være at man åpent bekjente sine verdipreferanser, og anførte at de praktiske konklusjoner var holdbare dersom forutsetningene ble akseptert. Myrdals andre innvending mot det absolutte krav til vitenskapelig renhet fremhevet Ross som enda mer sentral: Dersom vitenskapsmannen skulle avholde seg fra å veilede politikerne, ville sistnevnte slett ikke finne det han hadde behov for. Bare vitenskapsmannen, erklærte Ross, hadde den tilstrekkelige innsikt i de sosiale sammenhenger som var avgjørende for en vellykket målrealisering. Forskningen måtte derfor se hen til hvilke praktiske oppgaver samfunnet sto overfor og levere redskaper til politikerne for å løse disse:

Den spesielle viden, der er nødvendig for at løse bestemte praktiske oppgaver, må utvikles netop med disse for øje. Selve den teoretiske forskning må organiseres, planlægges og gennemføres med praktikkens opgaver som ledestjerne. Ellers vilde praktikerne simpelthen ikke finde de teoretiske opfattelser, der er operative i forhold til hans praktiske indstillinger.³⁷

I denne forstand kunne rettspolitikken, som anvendt vitenskap, sammenlignes med legevitenskapen (en sammenligning også Vinding Kruse fant på sin plass, som vist ovenfor). "Det ville være utænkeligt", skrev Ross, "at lægen skulle hente sin vejledning i et passende udvalg af grundvidenskaberne (kemi, biologi, fysiologi m. m.). Lægevidenskaben er en selvstændig videnskab i den forstand, at den – om end i lys af grundvidenskabernes almindelige lærdomme – på egen hånd efterforsker videnskabelige kendsgerninger og sammenhæng bestemt efter deres operative relevans i forhold til den praktiske indstilling, at det gælder om at bevare og fremme menneskeligt liv og sundhed".³⁸ Med tidens forkjærlighet for atombombeeksemplet, føyet han til, at det samme gjaldt for atomfysikeren, hvis praktiske innstilling for forskningen var, "at det er ønskeligt at kunne udnytte atomkraften til konstruktion bl. a. af bomber".³⁹

Juristen – og andre 'teknologer' – skulle således i følge Ross ikke forvises når det nye samfunn skulle bygges, men måtte finne sin rette plass. For å reise det sosialdemokratiske bygningsverk, var man nemlig avhengig av den vitenskapelige innsikt; – oppbygningen av velferdsstaten var i denne forstand et 'kunnskapsregime', slik Slagstad har tatt til orde for.

Når det nærmere gjaldt sosialforskningens vitenskapelige renhet, tok Ross utgangspunkt i situasjonen innenfor naturvitenskapene. Ingen ville finne på å bestride de tekniske naturvitenskapers vitenskapelige renhet, mente han. Han benektet ikke at det faktisk forekom verdipremisser som styrte også den naturvitenskapelige forskningen. Poenget var imidlertid at det ikke var overlatt

37. Ross RR 1953, s. 409.

38. Ross RR 1953, s. 409.

39. Ross RR 1953, s. 409.

den enkelte fysiker eller atomtekniker å formulere eller bekrefte de verdiene som var førende for forskningen.

Den videnskabelige atomtekniker bekræfter ikke verdien af at fremstille atombomber, sålidt som den der studerer lægevidenskab, bekræfter verdien af at bevare og redde menneskeliv. Hans videnskab er objektiv og hypotetisk: om disse målsætninger forudsættes, er følgende indsigt operativ i forhold hertil.⁴⁰

Spørsmålet var imidlertid om dette forhold kunne gjelde fullt ut for samfunnsvitenskapene, derunder rettspolitikken. Hvis det var riktig, måtte det bety, "at socialforskeren på samme upersonlige måte hypotetisk aksepterer de politiske indstillinger der faktisk forefindes hos magthavende kredse i samfundet, at han altså, ligesom den naturvidenskabelige tekniker, stiller sin indsigt til rådighed for givne målsætninger, uden selv at tage stilling til disse".⁴¹ Juristen ville da operere som rasjonell teknolog, på samme måte som en atomtekniker eller bygningsingeniør. "Principielt", mente Ross, "at dette spørsmål må besvares bekræftende".⁴²

Ross hevdet imidlertid at det til tross for den prinsipielle parallellføringen av naturvitenskap og rettsvitenskap også var relevante ulikheter, grunnet på målsetningenes ulikhet.

Medens det er muligt at forankre de naturvidenskabelig-tekniske discipliner i relativt eentydige målsætninger, - at drive effektivt landbrug, at konstruere en atombombe, at bygge broer - gjelder det samme ikke for den tekniske socialvidenskab. Der findes ikke en tilsvarende relativt enkel målsætning i politik. Forsøgene på at konstruere en sådan i form af 'samfundets velfærd', 'social sundhed' o. lign. er illusoriske.⁴³

Ved siden av at de politiske målsetningene var mangetydige og ofte innbyrdes motstridende – ikke bare mellom ulike klasser, men endog innenfor det samme individ, hvor man godt kunne finne forskjelligartede ønsker og behov på samme hånd – var de politiske målsetninger også relativt mye mer utydelige og foreløpige enn deres naturvitenskapelige motsetninger. Dette hadde i følge Ross sammenheng med den mangelfulle kunnskap om sosiale sammenhenger. "Man ved ikke tilstrækkeligt om virkelighedssammenhængen for at vide, hvad man vil".⁴⁴

På denne bakgrunn hevdet Ross at oppfatningen om "at socialvidenskabene en skønne dag vil udvikle sig til en 'social ingeniørkunst' ('social engineering'), må forblive en drøm".⁴⁵ Sosialvitenskapene kunne, på tross av

40. Ross RR 1953, s. 410.

41. Ross RR 1953, s. 410.

42. Ross RR 1953, s. 410.

43. Ross RR 1953, s. 410-411.

44. Ross RR 1953, s. 411.

45. Ross RR 1953, s. 410.

deres grunnleggende metodiske likhet med naturvitenskapene, aldri nå den samme grad av sikkerhet. Hverken den ene eller den annen vei kunne man oppheve politikken – ikke med Vinding Kruses vitenskapelige naturret, ikke med 'social engineering'.

De politiske målsetningenes mangetydighet og uklarhet måtte få betydning for rettspolitikkenes rolle.

Teoriens rolle er derfor ikke blot rent teknisk. Dens oppgave bliver også at *vejlede, hvad selve målsætningen angår*: at afklare og præcisere de politiske indstillinger ved at korrigere og supplere de betingede opfattelser; eller angive de mål, som de magthavende ville sætte sig, om de havde en mer adækvat virkelighedsopfattelse end de faktisk har.⁴⁶ (kursiv i originalen)

Mens naturvitenskapsmannens oppgave så og si utelukkende var å an vise de hensiktsmessige fremgangsmåter for å nå bestemte mål – som å lage bomber eller broer – kunne således sosialforskeren også være nødt til å veilede med hensyn til hvilke mål som i det hele tatt kunne og burde oppstilles. Et eksempel på slik veiledning var sosialøkonomiens påvisning av det sviktende faktiske grunnlaget for den klassiske økonomiens teori om sykliske kriser. En avvisning av denne oppfatningen hadde ikke bare interne konsekvenser innenfor den sosialøkonomiske vitenskap, men var en forutsetning for i det hele tatt å kunne formulere et av arbeiderbevegelsens hovedmål: "Ingen fandt på at gøre fuld beskæftigelse til et mål, så længe man opfattede de økonomiske kriser som et uafværdeligt naturfenomen".⁴⁷ Her viste det seg således en intim sammenheng mellom vitenskap og politikk: bare når sosialøkonomene hadde påvist den inadequate virkelighetsoppfattelse som lå til grunn for liberalistisk krisepolitikk, kunne en ny vitenskapelig begrunnet krisepolitikk se dagens lys.

Forskjellen mellom det naturvitenskapelige og samfunnsvitenskapelige forskningsfelt måtte derfor medføre at "den sociale teknologi" både måtte begynne og slutte annerledes enn den naturvitenskapelige. Det første skritt for den sosiale teknologi måtte i følge Ross være å "studere og kortlægge de faktiske politiske indstillinger som ytrer sig i forskellige indflydelsesrige grupperes interesser, sympatier, aspirationer og ideologi".⁴⁸ Men i motsetning til situasjonen for en naturvitenskapsmann, kunne ikke makthavernes målsetninger bare tas på ordet og legges uprøvet til grunn for forskningen. De faktiske politiske instillingene var kun "et råstof der må bearbejdes".⁴⁹ Dels måtte det undersøkes om målsetningene var forenlige med hverandre, eller måtte avveies mot hverandre som innbyrdes motstridende. Dels måtte man som nevnt ta i betraktning at de politiske mål kunne være "betinget af" inadækvat

46. Ross RR 1953, s. 411-412.

47. Ross RR 1953, s. 411.

48. Ross RR 1953, s. 412.

49. Ross RR 1953, s. 412.

virkelighedsopfattelse".⁵⁰ Hvis så var tilfelle måtte de i så fall korrigeres av den mer fullstendige og korrekte viten, som vitenskapen kunne tilby.⁵¹ Bare etter en slik opprydningsprosess ville forskeren nå frem til "den tavle af politiske målsætninger og hensyn der skal være retningsbestemmende for hans forskning og praktiske konklusjoner".⁵²

Den sosiale teknologi kunne i følge Ross heller ikke bidra med tilsvarende sikre løsninger som den naturvitenskapelige. Fordi det alltid ville være en flerhet av hensyn som gjorde seg gjeldende i politiske spørsmål, kunne sosialteknologien aldri som ingeniørkunsten gi sikre svar, men bare begrunnede forslag til beslutninger.

Selv efter den grundigste udredning af alle kendsgerninger og sammenhæng, vil der altid blive et *spring* tilbage, et spring der består i, at alle hensyn overvejes og avvejes i en *beslutning*, altså en irrationel akt. Den sociale teknologi kan aldrig byde på en løsning, d. v. s. en anvisning der entydigt fremgår af den givne målsætning i forbindelse med teknisk indsigt.⁵³ (kursiv i originalen)

En slik beslutning på bakgrunn av en avveining av ulike interesser, var klart nok ikke en virksomhet av vitenskapelig art, fremholdt Ross. Det kunne således spørres om denne beslutning burde foretas av sosialforskeren, eller overlates til de politiske myndigheter. Her måtte man i følge Ross ta i betraktning at vitenskapsmannen nok ville ha større forståelse av de ulike hensyn, enn politikeren. "Man kan tenke på det tilsvarende forholdet mellom en læge og hans patient", fortsatte Ross. "Er der fx spørgsmål om medicinsk eller kirurgisk behandling, vil lægen, skønt afvejningen af de forskellige hensyn pro et contra i sig selv ikke er et teoretisk problem, give patienten et bestemt råd, og hans skøn vil ofte føles bindende for patienten, fordi denne forstår, at lægen bedre end han selv er i stand til at vurdere mulighederne ud fra patientens interesser".⁵⁴ På samme måte med samfunnslegen, – den sosiale teknolog: Bortsett fra i de tvilsomme tilfeller, der også den medisinske legen ville overlate beslutningen til pasienten selv, ville det være både hensiktsmessig og forenlig med idéen om vitenskapens renhet, at sosialforskeren ga "patienten" bestemte råd. Dette uten av den grunn å frita politikerens ansvar.

Politikerens overordnede rolle kunne nemlig aldri falle bort, på tross av den sosiale teknologi. Den politiske praktiker måtte ta *alle* hensyn i betraktning, også for eksempel "militærstrategiske eller partitaktiske synspunkter". Sosialforskerens råd derimot var begrenset av de hensyn som var innenfor hans

50. Ross RR 1953, s. 412.

51. Ross RR 1953, s. 412.

52. Ross RR 1953, s. 412.

53. Ross RR 1953, s. 413.

54. Ross RR 1953, s. 413.

faglige blikkfelt. Å være teknolog medførte derfor ikke at man kunne være teknokrat – styrende i kraft av sin viten. Allverdens eksperter kunne aldri gjøre politikeren overflødig.

Rettspolitikk

Når Ross således hadde funnet at det ikke var i strid med kravet til vitenskapens renhet at den juridiske teknolog ga råd og anvisninger til lovgiveren, måtte det dernest klarlegges hva som var rettspolitikkenes felt. Råd til lovgiveren kunne det i og for seg være behov for på alle områder som hadde med styring og kontroll av adferd å gjøre, kort sagt alle områder der det fantes rettsregler. Og det var mange. Men rettspolitikken skulle nettopp ikke utarte til "juridisk-økonomisk-socialt-politisk polyhistori som ingen enkeltmand magter under vore dages videnskabelige spesialisering".⁵⁵ Vinding Kruses syntetiserende samfunnsfaglige metode – som Ross åpenbart siktet til – var ikke i samsvar med tidens krav. Altså måtte rettspolitikkenes felt begrenses.

For så vidt det gjaldt lovgivningsspørsmål, fantes det egentlig ingen områder som helt ut var forbeholdt rettspolitikken, mente Ross. Spørsmål om skatter, toll, avgifter og statslån m.v. – som alle måtte pålegges eller opptas ved lov – hørte faglig til finanspolitikken; regulering av arbeidsforhold, samt forsikring og forsorg for ubemidlede, hørte inn under sosialpolitikken; spørsmål om valutalovgivning, import- og eksportrestriksjoner til handelspolitikken; spørsmål om priser, produksjons- og fordelingsordninger under næringspolitikken, osv. Alle disse områder hadde sine eksperter og teknologer. Men alle lovgivningsspørsmål hadde allikevel sin rettspolitiske *side*. Rettspolitikkenes særegenhet var nemlig – ifølge Ross – å finne i et særegent kunnskapsstoff, nærmere bestemt "den rettsociologiske kundskab om årsagssammenhængen mellem retlig normering og menneskelig adfærd". Rettspolitikk var derfor "anvendt rettsociologi eller retsteknikk".⁵⁶

Oppmerksomhet omkring det rettspolitiske aspekt ved de enkelte lovgivningspolitiske spørsmål kunne variere med spørsmålets art. Gjaldt det for eksempel spørsmål om innføring av nye skatter, ville de finanspolitiske hensyn dominere, fordi det her dreiet seg om politikk i "snævrere forstand", det vil si "midlertidige og vekslende målsætninger på kortere sigt". Gjaldt det på den annen side "institutioner, der – som fx ejendom, kontrakt og ægteskab – (er) dybt forankret i samfundets relativt bestandige økonomiske struktur og ideologi", ville derimot de retstekniske problemer dominere. Her ville "hele den åndelige energi" konsentreres om hvorledes rettsreglene burde formuleres "for at fremkalde sådan menneskelig adfærd der bedst harmonerer med de forudsatte mål og indstillinger". Jo mindre politikk, desto mer rettspolitikk. Og i den nøytrale, nærmest apolitiske, retstekniske sfære, var det juristen hadde

55. Ross RR 1953, s. 420.

56. Ross RR 1953, s. 418.

sitt faglige domene: "Her finder juristen og rettspolitikken sin opgave", forkynte Ross. "*Problemet bliver retspolitisk i samme grad, som det ikke er politisk i snævrere forstand*".⁵⁷

Den ovennevnte motsetningen var imidlertid ikke absolutt, fremholdt Ross. Alle politiske spørsmål har en retspolitisk komponent, liksom alle retspolitiske spørsmål også dreier seg om politikk i egentlig forstand. Dessuten måtte avgrensningen av rettspolitikkens felt heller ikke alltid forstås slik at juristen aldri kunne gå inn på områder der han ikke selv var ekspert. Bare man var oppmerksom på at han da ikke opptrer som "sagkyndig i eget navn, men låner sin viden andesteds fra", var det ingenting i veien for at en jurist, for eksempel i en betenkning om avbetalingshandelen, gikk inn på de økonomiske og næringspolitiske spørsmål i den forbindelse.⁵⁸

Den juridiske teknolog hadde også en annen oppgave, ut over å ivareta rettsteknikken og tidvis hente visdom fra andre eksperters kilder. Han kunne enkelte ganger fungere som "ekspertenes opmand", det vil si den som "etter at alle eksperter har talt, foretager den balancerende afvejning af alle hensyn og finder den formulering der på bedste vis integrerer alle motiverende komponenter". I praksis kom dette ofte til uttrykk i det forhold at "formandskabet for en sammensat kommission gerne tildeles en jurist".⁵⁹

Som sosialforsker i sin alminnelighet, måtte også juristen som rettspolitiker som sin første oppgave "studere de indstillinger og målsætninger der faktisk er dominerende indenfor indflydelserige socialgrupper", for ut fra disse utgangspunkter å utrede de tjenlige midler til å nå disse målene.⁶⁰ Mot denne programatiske fordring ble det i følge Ross syndet mye i samtidens rettsteori. "Dels træffer man endnu repræsentanter for den helt naive opfattelse, at det er videnskabeligt muligt umiddelbart af 'sagens natur' at udfinde den mest 'hensigtsmæssige' løsning, d. v. s. den der tilvejebringer 'det bedste forhold mellem mennesker' eller 'de for menneskeheden gavnligste virkninger'". Skyldig i denne tiltalen var blant andre Vinding Kruse, som de utvalgte sitatene var hentet fra. Men de brede lag av jurister i Ross' samtid besto heller ikke prøven, selv om de ikke var eksponenter for en "primitiv intellektualisme" à la Vinding Kruse. "Den herskende holdning er formentlig, at den politiserende jurist, uden at reflektere over metoden, spontant vurderer retten ud fra de sociale indstillinger der besjæler ham selv, idet han samtidig, mer eller mindre bevidst, føler sig som den autoritative fortolker af nationens retskultur".⁶¹ Av en slik fremgangsmåte ble det imidlertid ikke vitenskap, men religion: "I det ene som i det andet tilfælde bliver resultatet en *retspolitik, der er forkyndelse*,

57. Ross RR 1953, s. 419 (kursiv i originalen).

58. Ross RR 1953, s. 420.

59. Ross RR 1953, s. 421.

60. Ross RR 1953, s. 424.

61. Ross RR 1953, s. 426.

ikke videnskap, og juristen optræder som pontifex eller samfundreformatør, ikke som social teknolog”.⁶² Det eneste unntak fra denne sørgelige tilstand som Ross fant grunn til å nevne, var Henry Ussing, som også ellers ble fremholdt av Ross som eksempel på en jurist som tidvis levet opp til de strenge vitenskapelige idealer Ross forkynte.

Rettsfølelsens rolle i rettspolitikken

Ved studiet av de politiske mål som faktisk fantes blant innflytelsesrike samfunnslag, måtte rettsteknologen ta i betraktning at innstillinger kunne være av to slag: rasjonelle, ”behovsfunderede” innstillinger, det vil si interesser diktert av ønsket om å tilfredsstille visse behov, og irrasjonelle, ”suggererede”, som særlig de moralske innstillinger var eksempel på. På den ene siden sto således sosiale gruppers *interesser*, som i det juridiske vokabular gikk under betegnelsen reelle hensyn, på den annen *moralske overbevisninger*, som ble betegnet rettsfølelse.⁶³

For så vidt angikk de førstnevnte kunne den juridiske teknolog legge disse til grunn, i den grad de ikke baserte seg på manglende innsikt i de sosiale sammenhenger. Hva rettsfølelsen angikk, måtte rettspolitikeren imidlertid utvise langt større forsiktighet. Bare som sosialt, empirisk faktum – ”en åndelig-klimatisk omstendighet der tæller med blant de faktorer, hvoraf en retsreforms praktiske gennemførlighed er afhængig”⁶⁴ – kunne denne tas i betraktning for rettspolitikeren. Verken juristens egen rettsfølelse eller ”den i magthavende kredse faktisk herskende retsfølelse” kunne brukes som forutsatte målsetninger, ut fra hvilke rettsteknologen utfoldet sine målrasjonelle kalkyler.⁶⁵ For den enkeltes rettsfølelse var nærmere begrunnelse av dette resultat overflødig. Ross kunne nøye seg med å konstatere at det dreide seg om ”metafysiske forestillinger”, som ”vi mange gange har afvist”.⁶⁶ For makthavernes rettsfølelse gjaldt imidlertid det samme. I en kraftfull passus summerte Ross opp hele sitt rettsfilosofiske grunnsyn:

Har man først indset, at retsfølelsen ikke er en åpenbaring af en oversandselig gyldighed, retfærdighedens evige principper eller Guds vilje, men blot en empirisk,

62. Ross RR 1953, s. 427 (kursiv i originalen).

63. I Torstein Eckhoffs lærebok i juridisk metode, *Rettskildelære* (1993, første utgave 1971), finnes ikke lenger betegnelsen rettsfølelse. Både kategorien sakens natur og rettsfølelsen, samt ulike konsekvensvurderinger, er smeltet sammen i det Eckhoff kaller de reelle hensyn. Med reelle hensyn forstår Eckhoff således alle ”vurderinger av resultatets godhet”, jfr. Eckhoff 1993, s. 303.

64. Ross RR 1953, s. 465.

65. Ross’ angrep på den enkeltes følelse av rett og galt som kilde for juridisk argumentasjon, er vel en av de ting som har fått Peter Høilund til å tale om ”den forbudte retsfølelse”. Se hans tidligere nevnte bok med samme tittel fra 1992.

66. Ross RR 1953, s. 461.

psykisk kendsgerning blant andre; at den er et historisk produkt presset frem gjennom et spil af kræfter, blant hvilke magtfulde gruppeinteresser, primitive instinkter og nedarvede magiske og religiøse forestillinger har spillet en rolle; og at retsfølelsen, selv om den ændrer sig med ændrede samfundsforhold, dog ofte, på grund af traditionens træghedsmoment, sakker bagud i forhold til samfundsforholdenes udvikling – har man indset alt dette, mister retsfølelsen sin motiverende kraft. Man kan da ikke undlade at spørge, hvorfor vi ved ordningen af vore sociale problemer skal lade os dominere af denne følelse der irrationelt binder os til fortiden.⁶⁷

En ny disiplin: Rettssosiologi

Ross hadde funnet det teoretiske fundament for rettspolitikk i snever forstand i rettssosiologien. Han presiserte imidlertid at dette var en observasjon av prinsipiell karakter. "En rettssociologi i skikkelse af en systematisk videnskab, opbygget på metodiske undersøgelser, findes faktisk ikke i dag", medga han.⁶⁸ Å utvikle en slik måtte imidlertid være en oppgave med høy prioritet. "Det er en påtrængende viktig, men sikkert meget vanskelig opgave, at opbygge en videnskabelig rettsociologi".⁶⁹ Enn så lenge måtte imidlertid juristen i egenskap av rasjonell teknolog nøye seg med det han kunne hente fra "livets almindelige erfaring, supplert med mer eller mindre tilfældigt forefundne statistiske oplysninger".⁷⁰ På sikt var det imidlertid ikke tvil hos Ross om at man ville nå frem til brukbar viten også på dette felt. Det var kun snakk om en "opgave" som ennå ikke var "løst".⁷¹

Ross' ønske om en rettssosiologisk vitenskap var på samme tid i ferd med å bli til virkelighet. Et år tidligere – i 1952 – hadde det kommet en banebrytende studie av den norske hushjelplovgivningen. Boken *En lov i søkelyset*, basert på undersøkelser utført av Torstein Eckhoff, Vilhelm Aubert og Knut Sveri, tok for seg den nye lovens faktiske virkninger for arbeidstagerne. Av de tre opphavsmennene til undersøkelsen, ble to sentrale figurer i den norske rettsrealismen i etterkrigstiden.⁷² Torstein Eckhoff ydet bidrag på mange felter, blant annet videreutviklet han rettskildelæren i realistisk retning. Vilhelm Aubert hadde i krigsårene vært med i kretsen rundt den norske filosofi-professoren Arne Næss. I dette forum hadde drøftelser av rettens og rettsvitenskapens grunnlagsproblemer vært en viktig del av samtalene. Aubert skrev som student – i 1943 – en artikkel i *Tidskrift for Rettsvitenskap* kalt "Om Rettsvitenskapens logiske grunnlag", der han tok til orde for en radikal

67. Ross RR 1953, s. 462.

68. Ross RR 1953, s. 422.

69. Ross RR 1953, s. 423.

70. Ross RR 1953, s. 422.

71. Ross RR 1953, s. 423. Den samme optimisme – om enn på et annet fagområde, psykologiens – når det gjaldt muligheten for å utvikle vitenskapene om mennesket i eksakt retning kom til uttrykk i en annen tidstypisk tekst, Jørgen Jørgensens store verk, *Psykologi paa biologisk Grundlag* fra 1941, se for eksempel der, s. 25.

72. Se Rune Slagstads artikkel "Norsk Rettsrealisme etter 1945", *TfR* 1987 s. 385-403.

nyorientering av rettsvitenskapen ut fra det syn at alle vitenskaper måtte kunne innordnes den samme enhetlige metodologi, nemlig den naturvitenskapelige. Fra dette utgangspunktet utviklet Aubert seg i retning av rettsosiologien, hvor han skulle bli den ledende representant i Norge og en grunnlegger både av norsk rettsosiologi og en pioner i samfunnsforskningen mer generelt. Inspirasjonen for de rettsosiologiske undersøkelser etter krigen kom i stor grad fra kontakten med amerikansk samfunnsforskning. Imidlertid synes det på det rene at også Ross' tidligere rettsfilosfiske tekster, som *Virkelighet og Gyldighet* fra 1934, virket formende på interesse og forskning for Aubert og enkelte av hans generasjon.⁷³

Juristen som rasjonell teknolog

*Å konstruere en atombombe er et problem som løses ved vitenskapelig forskning.
Å bestemme hvor bomben skal kastes, er et spørsmål av vesentlig forskjellig karakter.
Her gjelder det en helt annen form for menneskelig tankevirksomhet.
Her blir det spørsmål om hvem vi liker eller ikke liker (på det tidspunkt).
Ragnar Frisch⁷⁴*

*Juristens rolle som rettspolitiker... er at fungere som rasjonell teknolog. I denne rolle er han verken konservativ eller fremskridtsvenlig. Han stiller simpelthen som andre teknologer sin viden og kunnen til rådighet for andre, in casu de politiske magthavere.
Alf Ross⁷⁵*

Sitatene i ingressen til dette avsnittet byr seg lett frem for kritikk. Det kan da virkelig ikke være slik, at vitenskapsmannen intet som helst ansvar har dersom han har fremstilt en atombombe og stilt den til disposisjon for et korrupt regime, eller at juristen uten forbehold skal stille sin faglige ekspertise til rådighet for hvilken som helst makthaver? Uttalelsene er da også blant de mer famøse hos henholdsvis Frisch og Ross, og ofte nok trukket frem til skrekk og advarsel. Selv om ikke den historiske fremstilling kan gjøre slike uttalelser fullstendig immune for kritikk, og selv om ordene røper en ikke helt tiltalende selvtillfredshet hos representanter for en elite som på dette tidspunkt hadde en mer enn solid posisjon innenfor etterkrigstidens regime, tror jeg nærværende kapittel for Ross' del har vist hvordan en slik språkbruk også var en del av denne tidens kontekst.

Dette kapitlet har tatt utgangspunkt i Rune Slagstads beskrivelse av etterkrigstidens regime som et positivistisk prosjekt. På mange måter var dette prosjektet realiseringen av de sosiale reformer som arbeiderbevegelsen hadde kjempet for siden århundreskiftet, selv om det også i vesentlig grad

73. Se nærmere til dette, Fredrik Thue, *Empirisme og Demokrati. Norsk samfunnsforskning som etterkrigsprosjekt*, Oslo 1997 (Thue 1997), s. 78-102.

74. "Erkjennelsesmåter og vurderinger", *Stimulator* 1951 5 (7), 3-4, sitert etter Thue 1997, s. 80.

75. Ross RR 1953, s. 472.

representerte noe nytt i form av et voldsomt økonomisk oppsving, støttet, styrt og stimulert av offentlig kontroll og investering, men i bunnen fortsatt basert på den private kapitalisme.⁷⁶ Prosjektet fikk forgreninger helt inn i den virkelig private sfære, og man unnslo seg ikke en gang for, riktignok bare i Norge, å ville lage et nytt morsmål for befolkningen, den såkalte samnorsk. I tillegg til det kulturelle fundament, språket, var også det biologiske råstoff – selve befolkningen – gjenstand for det positivistiske regimets reformiver, i den såkalte rasehygiene.⁷⁷ Når vi kommer til disse utslagene kan kanskje heller ikke den historiske konteksten skjerme for en viss totalitær uhygge. Allikevel tror jeg det gir et galt bilde hvis vi ser tiden fra 1930 til 1973 utelukkende under synsvinklene arbeiderpartistat, rasehygiene, samnorsk og rasjonell teknologi. Det kan ikke benektes at denne tiden har ført til materiell forbedring for hele befolkningen, og, ikke minst, mindre avstand mellom det rike mindretall og flertallet av befolkningen.

Reguleringen av økonomien var noe av det som falt opposisjonen tyngst for brystet i 1950-årene. Ved vide fullmaktslover grep det offentlige inn med prisregulering, arbeidsmarkedslovgivning etc, nesten som om det fortsatt skulle være krig, med krigsøkonomiens planer og systematiske ressurssutnyttelse, til hinder for utvunget privat initiativ og ønsket profitt. Kampen mot fullmaktslovgivningen ble fra opposisjonens side utkjempet på to fronter, dels som et rettsteoretisk angrep på selve adgangen til delegasjon av lovgivningsmyndighet (som var det fullmaktslovene i siste hånd var) og dels gjennom et forvaltningsjuridisk motangrep, ved utarbeidelse av nye og revitalisering av eldre juridiske mekanismer, som maktfordreiningslæren, domtolenes prøvelsesrett overfor lover, mv – alt for å bremse den ekspanderende stat. Kampen førte, i tillegg til at det etter hvert ble etablert en maktbalanse mellom den nye lovgivningsaktiviteten og de juridiske forsvarsmekanismer, også til et prosessuelt kompromiss, ved innføringen av ombudsmannsordning og saksbehandlingsregler i forvaltningslover i alle de nordiske land i løpet av 1950- og 60-årene.

Ved sin kritikk av det tradisjonelle rettsbegrepet og den nye teori om retten som et system av normer i forskjellige trinn – inspirert av Kelsens lære om rettens 'Stufenbau' – gjorde Ross det mulig å gi en rettsvitenskapelig adekvat beskrivelse av fullmaktslovgivningen. Han kritiserte også den tradisjonelle læren om at det ikke var rettslig adgang til delegasjon av lovgivningsmy-

76. Amerikansk Marshall-hjelp var heller ikke uten betydning. Marshall-hjelpen virket, ved de riktignok beskjedne vilkår som ble stilt til mottagerlandene, også som en viss bremse på de mest ekspansive tendenser i retning av statlig kontroll på det økonomiske området i de nordiske sosialdemokratier.

77. Lene Koch: *Rasehygiejne i Danmark 1920-1956*, København 1996. Rasehygienien kobles uttrykkelig til velferdsstaten i boken *Eugenics and the welfarestate* av Nils Roll Hansen og Gunnar Broberg (eds.), Oslo 1996.

dighet (*delegata potestas non potest delegari*)⁷⁸ og læren om at domstolene kunne prøve innholdet i lover opp mot grunnloven.⁷⁹ Hans påstand om at domstolenes rett til å prøve lover kunne fratas dem ved alminnelig lov, gir et eksempel på hvordan både naturrettskritikk, den rettsvitenskapelige prognoselæren og læren om rettspolitikk ble anvendt av Ross i en praktisk sammenheng. Han var imidlertid ikke en tilhenger av en slags statsabsolutisme, med full frihet for forvaltningen, men argumenterte sterkt for at delegasjonslovene (fullmaktslovene) måtte gis et så bestemt innhold at domstolsprøvingen av forvaltningens myndighetsutøvelse kunne virke effektivt.⁸⁰ Akkurat som han var tilhenger av demokrati og sosiale reformer på basis av innsikt fra empiriske vitenskaper, var nemlig Ross en forkjemper også for grunnverdiene i rettsstaten: domstolenes uavhengighet, styre ved hjelp av lov og formell rettssikkerhet.⁸¹ Ikke alle har forstått dette.

Stig Jørgensen har i boken *Retfærdighed og Ret* (1990), der han symptomatisk nok bytter om på tittelordene hos Ross, beskrevet Ross' rettsfilosofi som en "fascinerende intellektuell og moralsk kraftprestation", som var uttrykk for en bestemt ideologi i samtiden, nemlig "Velfærdsstatens instrumentelle retsopfattelse".⁸² Herved har han antydnet et tema som er sentralt i nærværende avhandling. Jørgensen foretar imidlertid ingen analyse eller drøftelse av Ross' tekster i lys av de uttrykk – i form av tekster eller annet – som finnes for den ideologi han nevner. Innholdet Stig Jørgensen finner i velfærdsstatens "instrumentelle retsopfattelse" er også et annet enn det som beskrives her. Jørgensen hevder at kjernen i denne rettsideologi var å "anvende retsreglerne som pædagogisk middel til at skabe en almindelig følelse af pligt".⁸³ Dette blir etter min oppfatning å stille Ross på hodet. At Ross i sin beskrivelse av retten som virkelighetsfenomen mente at pliktfølelsen var et sosialpsykologisk faktum og ikke en moralsk kvalitet,⁸⁴ vil ikke si det samme som at han tok til ordet for å drive en politisk-rettslig 'pedagogi' slik som Jørgensen mener. Det Jørgensen antyder er et totalitært prosjekt, noe som også

78. Alf Ross: "Om såkaldt delegation af lovgivningsmagt", *TfR* 1957, s. 372-418 (Ross 1957b).

79. Alf Ross: "Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov?", i: Abitz m. fl: *Festskrift til Poul Andersen* (1958).

80. Ross 1957b, s. 416: "Det er efter min mening den største betænkelighed den moderne lovgivningsteknik har ført med sig, at princippet om lovmæssig forvaltning (the rule of law) undermineres".

81. Den nærmere behandling av Ross bidrag i striden omkring velfærdsstatens rettslige regulering (derunder kampen om fullmaktslovene) er det av plasshensyn ikke anledning til å gå inn på her.

82. Stig Jørgensen, *Retfærdighed og Ret*, København 1990, s. 36. (Jørgensen 1990).

83. Jørgensen 1990, s. 37.

84. Ross' teori om retten som virkelighetsfenomen, som han første gang lanserte i full bredde i avhandlingen *Virkelighed og Gyldighed* fra 1934, faller utenfor rammene av denne avhandlingen.

kommer til uttrykk i at han finner at "samme ideologi", det vil si Ross og velferdsstatens 'instrumentelle rettsoppfattelse', senere kom til "at præge etterkrigstidens socialistiske regimer i Østeuropa".⁸⁵ Dette er en påstand som verken er presis eller opplysende, og som heller ikke er underbygget. I drøftelsen ovenfor, har det forhåpentligvis fremgått hva som lå i Ross' lære om rettspolitik som teknologi.

85. Jørgensen 1990, s. 37.

Avslutning

I de foregående kapitler tror jeg det er vist hvordan Alf Ross' kritikk av naturretten hadde langt videre implikasjoner enn som et bidrag til en intern filosofisk "debatt" mellom naturret og rettspositivisme. Kritikken sto faktisk i nær sammenheng med rettsutvikling og samfunnsutvikling i de skandinaviske land i tiden fra ca. 1930 og fremover. Det er tid for en oppsummering og sammenfatning.

Det vi foreslo som den nye start for å nå en historisk forståelse av Ross' kritikk av naturretten, var å se, ikke bare på hva hans kritiske tekster betyr isolert sett, men på hvilken funksjon de hadde i samtiden. Hva var det Ross egentlig gjorde med sin kritikk av naturretten?

For å kunne svare på dette spørsmålet, var det nødvendig å undersøke de umiddelbare språklige sammenhenger i samtiden, det vil si de konvensjoner, alminnelige forutsetninger og felles oppfatninger om juss og rettsvitenskap som gjorde seg gjeldende da Ross' lanserte sin naturrettskritikk, det vil si omkring 1930. Dette kalte vi den lingvistiske eller ideologiske konteksten for naturrettskritikken.

De eksisterende oppfatninger og uproblematiserte forutsetninger i skandinavisk rettsvitenskap og blant jurister før rettsrealismen var mangfoldige, men kan deles i to grupper som delvis overlapper hverandre; formalismen og friretten.

For det første eksisterte det i formalismen en språklig praksis rundt begreper om handlefrihet, subjektive rettigheter, rettsstrid (som krav for at rettsordenen legitimt kunne gripe inn med sanksjoner) og rettsfølelse. Denne språklige praksisen ytret seg ikke nødvendigvis som eksplisitte referanser til naturretten i historisk skikkelse, selv om den i enkelte tilfeller gjorde det (Carl Goos og Frederik Vinding Kruse, som forsåvidt sto nærmere friretten). Begrepene fungerte imidlertid på en måte som forutsatte at man oppfattet verdispørsmål som objektive. Og selv om den enkelte jurist eller rettsvitenskapsmann som brukte dette vokabularet i sine utredninger, ikke hadde gjort seg opp noen klare filosofiske begrunnelser for hvorfor nå enn vurderinger skulle være objektive, var det i hvert fall slik at rettsvitenskapelige vurderingers status ikke var problematisk. Ordbruken og de alminnelige oppfatninger som styrte denne språklige praksisen var egnet til å legitimere visse politiske handlinger og forhindre andre.

For det annet hadde det dannet seg, som en delvis endring av den språklige konteksten før Ross og rettsrealistene, utbredte oppfatninger om at retten måtte være sosial, at rettsanvendelsen måtte bero mer på skjønn og at jurister og

rettsvitenskapsmenn måtte se hen til de samfunnsmessige virkninger av reglene når de fastla gjeldende rett etc. Denne språklige praksisen oppsto delvis i opposisjon til ideologien om sakens natur og individuell rett, men delte med denne en viktig forutsetning; nemlig det synspunkt at det kunne finnes objektive svar på spørsmål om hvilke hensyn det var riktig å ta i betraktning og hvordan de skulle avveies. Også her gjelder det at det ikke nødvendigvis fantes noen positive, gjennomreflekterte oppfatninger av hvorfor det filosofisk sett skulle være mulig å gi svar (objektive svar) på slike vurderingsspørsmål. For det meste ble vel dette bare tatt for gitt. Heller ikke disse nye oppfatningene om rettens sosiale hensyn ble nødvendigvis omtalt som naturrett, med henvisning til de historiske former for naturrett. Snarere var det slik at den frirettslige ideologien vendte seg mot naturrettsideologien. Begge ideologiene forutsatte imidlertid at det kunne være en oppgave for rettsvitenskapen å veilede dommeren. Man forutsatte således at rettsvitenskapens oppgave var å fremstille de regler som burde gjelde, ikke bare de som man på en eller annen måte anså at faktisk gjaldt. Det fantes i disse ideologiene ingen strenge skiller mellom rettsvitenskap og rettspolitik.

Det ble gjennom studiet av Ross' tekster klart at Ross påvirket denne konteksten på en fundamental måte. Ut fra impulser fra Hans Kelsen, Uppsala-filosofien og den logiske empirismen introduserte han en rettsfilosofisk modernisme i det danske og norske rettsvitenskapelige miljø. Men hvilke elementer i den språklige konteksten var det egentlig han påvirket, og hvordan gjorde han det?

For det første, og som det mest fundamentale, ga Ross en begrunnelse for at etisk erkjennelse ikke var mulig, og at standpunkter i normative spørsmål ikke var objektiv viten, men utelukkende uttrykk for den enkeltes personlige opplevelse av hva som var riktig eller rettferdig, noe som rammet begreper som sakens natur, naturlig rett, rettsfølelse etc. På bakgrunn av det ikke-kognitive standpunkt redefinerte Alf Ross dessuten rettsvitenskapens rolle, ved å hevde at den enten bare kunne beskrive gjeldende rett (rettsdogmatikken) eller, dersom den skulle gi råd om hvordan reglene burde være, bare kunne anviser midler til å nå de mål som var satt av de politiske myndigheter (rettspolitikken).

Det vesentlige ved Ross' redefinering av rettsvitenskapens rolle var ikke de konkrete, positive bidrag fra Ross' side, som prognose-teorien mv. Det faktum at for eksempel prognoseteorien bare i begrenset utstrekning ble omsatt i rettsvitenskapelig praksis, hadde ikke betydning for hvilke virkninger Ross' teorier hadde for den språklige konteksten. Poenget var at oppfatningen av rettsvitenskapens rolle *generelt sett* ble endret.

Det neste spørsmålet var hva Ross gjorde politisk ved å påvirke den språklige, ideologiske konteksten. Dette spørsmålet hadde i sin tur to deler. For det første måtte det undersøkes hvilken praktisk funksjon de språklige endringene hadde. Dernest måtte det undersøkes om slike funksjoner også var en del av

Ross' personlige intensjoner med sine tekster (noe som jo ikke trengte å være tilfellet). Det første av disse spørsmålene krevet at vi undersøkte den praktiske konteksten (den realhistoriske situasjonen) for Ross' naturrettskritikk. Denne praktiske konteksten var preget av utviklingen fra en borgerlig liberal rettsstat til en sosialdemokratisk velferdsstat. Det var flere trinn i denne utviklingen.

I den borgerlig liberale rettsstaten var det, på tross av en rekke demokratiske elementer (konstitusjon, parlament etc) intet reellt demokrati, fordi store deler av befolkningen var avskåret fra enhver innflytelse på politikken, først og fremst fordi de ikke fikk stemme. Den politiske ideologi tilsa at det fantes en privat økonomisk sfære, som var skarpt avgrenset fra den offentlige sfære. Dette gjenspeilte seg i retten. Naturlige lover om økonomiens sykliske utvikling og naturnødvendigheten av lave lønninger etc, sammen med naturlige prinsipper om fri konkurranse og frihet til å inngå og la seg binde av avtaler, legitimerte den politiske praksisen. Den liberale ideologien rummet også prinsipper om ytringsfrihet og likhet, som pekte fremover mot en utvidelse av demokratiet mv, og konstituerte den klassiske liberalismens dilemma.

På forskjellige måter og til ulik tid oppsto det kriser, som dette systemet ikke kunne demme opp for. Det utviklet seg nye politiske handlingsprogrammer som ikke respekterte skillet mellom privat og offentlig sfære, men gikk inn med direkte regulering av økonomisk aktivitet og sosiale tiltak for de lavere lag av befolkningen. Disse befolkningslag, som aldri hadde hatt politisk innflytelse i samfunnet, fikk det ikke nå heller. De statlige tiltak ble iverksatt ovenfra, ved kompetanseutvidelser for myndighetspersoner og ved en rettsutvikling som delvis baserte seg på utvidet skjønn i rettsanvendelsen med rettsvitenskapen som veileder.

Stemmerettsutvidelser tvang seg imidlertid frem og de sosialdemokratiske partier fikk innflytelse i alle de skandinaviske land. Dette førte til utvidelse av de sosiale reformprogrammene, med vekt på å gjøre sosialhjelpen til rettigheter i loven. Dessuten medførte den sosialdemokratiske politikken mer omfattende inngrep i den 'private' økonomien. Planlegging og regulering ble regel, ikke unntak. Den sosialdemokratiske staten tok på seg oppgaven å bygge opp offentlig helsevesen, skolevesen, infrastruktur av alle slag etc.

Hvordan forholdt så de forskjellige juridiske ideologiene seg til disse endringene? Ved å sammenlikne de politiske reformprogrammenes rettslige konsekvenser og de juridiske språkene som kunne beskrive disse, var det mulig å se hvilken funksjon naturrettskritikken hadde.

Endringene i retning av økt statlig aktivitet på det økonomiske området, og særlig de politiske handlingsprogrammer som de sosialdemokratiske partiene ville gjennomføre, sto i strid med de gjengse beskrivelsene av retten før rettsrealismen. Språket omkring naturlig rett, subjektive rettigheter, rettsstrid som vilkår for sanksjon etc, var ikke bare av en art som ikke legitimerte de endringer som arbeiderpartiene ønsket å gjennomføre, men var faktisk sett til hinder

for slik politisk styrt samfunnsendring. På denne måten var de tidligere språklige praksiser blant jurister ikke bare ideologi i forstand av et politisk språk med visse konvensjoner og delte forutsetninger, men også ideologi i betydningen falsk bevissthet (se definisjonene av ideologi i kapittel I): Den formalistiske og frirettslige ideologien hevdet seg politisk nøytral (den var jo angivelig basert på moral og objektiv rett), men fungerte reelt som vern for etablerte interesser i en politisk kamp under en sosial brytningstid i de skandinaviske land.

For å sikre den sosialdemokratiske politikkens gjennomslag ved lovanvendelsen var det derfor et *behov* for en ny juridisk ideologi, som kunne beskrive og begrepsfeste den endrede politiske praksisen, og derved bidra til å legitimere den. Videre var det et behov for en ideologikritikk, som kunne fjerne legitimiteten fra den herskende tankemåten. Begge disse funksjoner kunne Ross' naturrettskritikk fylle. Påpekningen av disse forholdene innebærer ikke at jeg vil hevde at de sosialdemokratiske partiene 'utviklet' en ny juridisk ideologi, som de så konspirerte for å få borgerskapets jurister til å tro på. Heller ikke innebærer denne påpekningen at Ross' kritikk av naturretten oppfattes som et bestillingsverk fra et lojalt partimedlem. Det eneste som hevdes er at naturrettskritikken og velferdsstaten utviklet seg på samme tid, at det var en mulighet for et samvirke og at dette samspillet fant sted.

Ross' naturrettskritikk vendte seg imidlertid ikke bare mot formalismens- og frirettens naturrettslig pregede begreper. Den var også egnet til å fordele legitimitet på en ny måte i forholdet mellom lovgiver og juriststand/rettsvitenskap. At den parlamentariske politikken hadde kunnet ta sikte på en slik styrt samfunnsendring som de sosialdemokratiske partiene gikk inn for (og etter hvert også andre politiske partier, da velferdsideologien i etterkrigstiden ble tverrpolitisk tankegods) skyldtes at de lagene av befolkningen som ville ha fordel av en slik utvikling, hadde fått politisk innflytelse. Dette var muliggjort ved at alminnelig stemmerett var innført, slik at de skandinaviske land var blitt demokratier i full betydning av ordet. Det maskineri som den borgerlige liberalismen hadde opprettet i kampen mot enevelden – parlamenter, styre ved hjelp av lov, uavhengige domstoler etc, supplert med parlamentarismens prinsipp om at regjeringen var ansvarlig overfor folkeforsamlingen – var plutselig stilt til rådighet i en sosial kamp, mot nettopp det samme borgerskap.

Den juridiske ideologien som var introdusert i og med friretten var imidlertid et middel som kunne gi juriststanden og rettsvitenskapen bremsende innflytelse på en slik utvikling. Den frirettslige ideologien gjorde det nemlig til et anliggende for de som anvendte retten (hovedsakelig jurister) å bidra til ønsket rettsutvikling, hjulpet av rettsvitenskapen, som skulle veilede dommeren. Selv om friretten på ingen måte var nødt til å ha bremsende konsekvenser (det måtte jo i siste hånd bero på de enkelte jurister), var det klart at sosialdemokratene oppfattet den som en potensiell fare i den retning. Det er dessuten et historisk

faktum at de ledende jurister, som ofte blandet en politisk og en rettsvitenskapelig karriære, gjennomgående var dypt konservative i sine politiske anskuelser.

Ved å kritisere mulighetene for en etiske erkjennelse, og fremstille standpunkter i vurderingsspørsmål som irrasjonelle og subjektive, rev Ross og rettsrealistene bort hele grunnlaget for at en slik frirettslig praksis skulle fremstå som legitim.

For å sammenfatte dette punktet: Ross' kritikk av naturretten, og de derav følgende nye språklige konvensjoner og aksepterte forutsetninger, fungerte i den praktiske konteksten på to måter: For den første fjernet den naturlige 'lover', subjektive 'rettigheter', moralske 'normer' etc som ideologiske hindringer for en politisk styrt rettsutvikling. Implikasjonen av denne negative funksjonen var at naturrettskritikken åpnet for omfattende ny lovgivning som grep inn i eksisterende 'rettigheter' etc. Dette ble ytterligere styrket ved at Ross, på basis av Kelsens lære om normsystemets hierarkiske struktur, utviklet et begrepsapparat som legitimerte fullmaktslovgivning gjennom delegasjon av lovgiverens myndighet. For det annet endret naturrettskritikken rollene og selvforståelsen for jurister og rettsvitenskap, ved å ødelegge de begrepsmessige forutsetningene for en legitim rettsutvikling i regi av rettsvitenskapen.

Det må fremheves at den frirettslige tendens ikke ble fullstendig drevet under jorden, men fortsatte, til tross for denne legitimitetssvekkelsen. Dette skyldtes delvis at frirett også kunne hente legitimitet fra andre kilder, særlig fra prinsippet om uavhengige domstoler. Dessuten hadde det betydning at det etter hvert utviklet seg en språklig (og faktisk) praksis om ikke å opptre frirettslig (noe som vel også var i samsvar med den juridiske kultur blant nordiske jurister da som nå). Gjennom etableringen av en språklig praksis som karakteriserte rettsanvendelsen som 'positivrettslig' og lovgiverlojal, var det mulig for domstolene å opptre frirettslig i en viss begrenset grad, uten derved å miste legitimitet, selv om det ikke ble reetablert en naturrettslig eller annen legitimitet for vurderingers objektivitet.

Det andre spørsmålet når det gjaldt hva Alf Ross gjorde ved sin ideologiske nyskapning, var om naturrettskritikkens funksjon også var intendert fra Ross' side.

Ved det historiske materialet som er gjennomgått tror jeg det er vist at Alf Ross' egen intensjon faktisk var å virke ideologikritisk. Han var klart nok også opptatt av å utvikle det han anså for en skikkelig vitenskapelig rettsforskning, noe som også er den gjengse oppfattelse av hans prosjekt (og som blant andre Slagstad og Høiland fokuserer på). Men etter min oppfatning kan det påvises at Alf Ross' naturrettskritikk var ment som et politisk prosjekt, ikke bare et vitenskapeliggjøringsprosjekt. Dette må forstås på riktig måte. Alf Ross' politiske prosjekt var først og fremst et forsvar for demokratiet. Det er en nær indre sammenheng mellom Ross' kritikk av naturretten og hans skrifter om demokratiet.

Men det lar seg heller ikke nekte at Ross hadde klare sympatier for en sosialdemokratisk politikk. Jeg mener å ha påvist at hans valg av angrepsmål (subjektive rettigheter, etc), samt eksempelbruk og en del annet viser at hans rettsfilosofi også var motivert ut fra denne mer innholdsmessig pregede politiske overbevisning. Men i motsetning til en annen av rettsrealistene, Vilhelm Lundstedt, ville Ross ikke bare erstatte en materiell juridisk ideologi (naturretten) med en annen materiell ideologi (samfunnsnytt). Ross ville først og fremst erstatte materielle juridiske ideologier overhodet, med en formell ideologi – demokratiets. I denne forstand var hans kritikk av naturretten en generell ideologikritikk (ideologi som falsk bevissthet).

Hvordan var det rettsrealismen kunne slå igjennom som en ny juridisk ideologi, til fortrenghet for formalisme og fri rett? To faktorer på det intra-ideologiske plan kan oppstilles: For det første hvordan rettsrealismen passet overens med andre tankeretninger i tiden, den aktuelle problemhorisont og det generelle intellektuelle klima. Det er her nok å nevne at tunge trender i tiden gikk i retning av å gjøre det uplausibelt at verdier skulle være objektive og ikke tvert i mot relative og personlige. Dessuten ble det fra mange hold fremsatt ikke-kognitive teorier om moralen. For det annet var det av betydning i hvilken grad rettsrealismen kunne få institusjonelt fotfeste, ved universiteter, i litteraturen, blant toneangivende praktiserende jurister etc. Her kommer relevansen av striden rundt Ross' første disputas også klart til syne. Fakultets avvisning av Ross' første avhandling kan sees som det gamle regimets kamp mot etableringen av et brohode for en ny ideologi.

Men den rettsrealistiske naturrettskritikkens praktiske gjennomslag som ideologi hadde først og fremst sammenheng med at den korresponderte med politiske endringer i den praktiske konteksten, for hvilke den kunne tjene som legitimasjon. Ideologiske endringer er således avhengige av et samspill med praktiske tendenser. Tully skriver i tilknytning til Skinners teorier: "Ideological change becomes orthodox and authoritative in so far as the clash of political forces involves or succeeds in either defending or establishing practices that the ideological manipulation is utilized to characterize and legitimate".¹ Ross' kritikk av naturretten virket således sammen med utviklingen av den sosialdemokratiske velferdsstaten. Kritikkens funksjon, og Ross' intensjon, var å legitimere disse endringene, samt å frata legitimitet fra ideologier som sto i opposisjon til dem. Kritikkens gjennomslag hadde sammenheng med velferdsstatens gjennomslag.

1. James Tully, "The pen is a mighty sword", i Tully (ed.): *Meaning and Context. Quentin Skinner and his critics*, Princeton, New Jersey 1988, s. 15.

Kilder og anvendt litteratur

Forkortelser

TfR – Tidsskrift for Rettsvitenskap

UfR – Ugeskrift for Retsvesen

Alf Ross

Bibliografi over Ross' skrifter : *Festskrift til Alf Ross*, København 1969, s. 519-540

Bibliografi over Ross' skrifter (forts.): *UfR* CXIII, 1979 B, s. 189-193

Verker

Ross 1929: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig

Ross 1933: *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, København og Leipzig

Ross VG 1934: *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren, En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreper*, København

Ross 1946: *Hvorfor Demokrati?*, København

Ross RR 1953: *Om Ret og Retfærdighed*, København

Ross 1959-60: *Dansk Statsforfatningsret*, København

Ross 1974: *Demokrati, Magt og Ret* (artikkelsamling), København

Artikler

Ross 1931: "Socialvidenskabernes Krise", *Tilskueren*, s. 60-65

Ross 1936: "Den Rene Retslæres 25-Aars Jubilæum", *TfR*, s. 304-331

Ross 1940: "Vinding Kruses bidrag til Retskildelæren", *UfR*, s. 149-171

Ross 1945: "Hvorfor jeg stemmer på Socialdemokratiet", *Social-Demokraten* 25.10.1945

Ross 1946a: "En Retslære fra det 19. Aarhundre", *TfR*, s. 273-292

Ross 1946b: "Sociolog som retsfilosof", *Juristen*, s. 259-269 (Anmeld. av T. Geiger: Debat med Uppsala om moral og ret. Lund 1946)

Ross 1946c: "Replik til Geiger", *Juristen*, s. 309-319

Ross 1948: "Kan man være socialist uden at være marxist?" *Verdens Gang* 2., s. 255-258

Ross 1951: "Tû-Tû", i *Festskrift til Henry Ussing*, København, s. 468-484

Ross 1957a: "Friheds og ejendomsriteriet. Et tankemotivs historie", *Statsvetenskapeligt Tidsskrift*, s. 353-403

- Ross 1957b: "Om såkaldt delegation af lovgivningsmagt", *TfR*, s. 372-418
- Ross 1958: "Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov?", i (Abitz, m. fl. 1958)
- Ross 1963: "Naturret contra Retspositivisme", *TfR*, s. 497-525

Biografi

- Waaben, Knud 1971: "Til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross", *UfR*, s. 45-46
- Waaben, Knud 1982: "Alf Ross", i *Dansk biografisk leksikon*, s. 400-403
- Lauridsen, Preben Stuer 1979: "Alf Ross 10.juni 1899 – 17. august 1979", i *København Universitets Årbog*, s. 535-538

Annen litteratur

- Abitz, E. A. m. fl. 1958: *Festskrift til Poul Andersen*, København
- Andenæs, Johs. 1993: "Jus og politikk: Samspill og konflikt", i *Efter overveiel-se* (artikkelsamling), s. 166-177
- Andersen, Poul 1930: Anmeld. av 'Theorie der Rechtsquellen', *UfR*, s. 71-80
- Anners, Erik 1983, *Den europeiske rettens historie*, Oslo
- Arnholm, Carl Jacob 1954: Anmeld. av 'Om Ret og Retfærdighed', *TfR*, 113-176
- Astrup Hoel, Gunnar 1925: *Den moderne rettsmetode*, Oslo
- Aubert, Vilhelm 1943: "Om Rettsvitenskapens logiske grunnlag", *TfR*, s. 174-200
- Aubert, Vilhelm 1982: *Retts sosiologi*, Oslo
- Aubert, Vilhelm 1989: *Continuity and Development*, Oslo
- Ayer, A. J 1946 (1936): *Language, Truth and Logic*, London
- Ayer, A. J.(ed.) 1959: *Logical Positivism*, London
- Bentzon, Viggo 1904: *Almindelig Retslære*, København
- Bertolt, Oluf, Christensen, Ernst og Hansen Poul 1954: *En bygning vi rejser*, bind I-III, København
- Bjarup, Jes 1978: *Skandinavischer Realismus*, München
- Bjarup, Jes 1982: *Reason, emotion and the law. Studies in the philosophy of Axel Hägerström*, Aarhus
- Blume, Peter 1993: "Naturrettens genfødsel – om retsdogmatik og etik", *TfR*, s. 447-473.
- Blume, Peter 1998: "Retsidealismens morads", *Juristen*, s. 123-127
- Blumenberg, Hans 1983 (1973-76): *The Legitimacy of the Modern Age*, Cambridge Massachusetts og London
- Carnap, Rudolf et al. 1929: *Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis*, Wien
- Cassirer, Ernst 1939: *Axel Hägerström*, Göteborg
- Castberg, Frede 1939: *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*, Oslo

- Castberg, Frede 1975: "Fra Naturrett til Kritisk Juss", *Jussens Venner*, s. 304-338
- Covell, Charles 1993: *In Defense of Natural Right*, New York
- Christiansen, Nils Finn 1990: *Klassesamfundet organiseres 1900-1925*, bind 12 av (Olsen (Red.) 1991)
- Dalberg Larsen, Jørgen 1977: *Retsvidenskaben som Samfundsvidenskab*, København
- Dalberg Larsen, Jørgen 1984: *Retsstaten. Velferdsstaten og hvad så?*, København
- Doublet, David Roland 1995: *Rett, Vitenskap og Fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjonens verdimesse forutsetninger*, Bergen
- Eckhoff, Torstein 1953: *Rettsvesen og Rettsvitenskap i USA*, Oslo
- Eckhoff, Torstein 1989: *Juss, Moral og Politikk*, Oslo
- Eckhoff, Torstein 1993: *Rettskildelære*, Oslo
- Fremtidens Danmark, Socialdemokratiets politikk*, København 1945
- Friedrich, Carl Joachim 1958: *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago
- Geiger, Theodor 1946: *Debat med Uppsala om moral og ret*, København
- Geiger, Theodor 1946: "Svar til Professor Alf Ross", *Juristen*, s. 309-319
- Habermas, Jürgen 1991 (1962): *Borgerlig Offentlighet*, Oslo (2. utg)
- Habermas, Jürgen 1997 (1992): *Between Facts and Norms*, Cambridge Massachusetts
- Hansen, Sved Aage og Henriksen, Ingrid 1980: *Velfærdsstaten 1940-1978*, bind 7 i *Dansk Socialhistorie*, København.
- Hart, H. L. A 1959: "Scandinavian Realism", *The Cambridge Law Journal*, s. 233-240
- Hart, H. L. A 1994: *The Concept of Law*, 2nd ed, Oxford
- Hägerström, Axel 1911: *Om moraliska föreställningars sanning*, Stockholm
- Hägerström, Axel 1916 : "Är gällande rätt uttryck för vilja?", i *Festskrift tillägnad V. Nordström*, Göteborg.
- Hägerström, Axel 1917: *Till frågan om den objektiva rättens begrep*, Uppsala
- Hägerström, Axel 1927. *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala
- Hägerström, Axel 1931: "Till Frågan om Begreppet Gällande Rätt", *TfR*, s. 48-91
- Hernes, Gudmund (red.) 1978: *Forhandlingsøkonomi og blandingsadministrasjon*, Oslo
- Hobsbawm, Eric 1969: *Industry and Empire*, London
- Hobsbawm, Eric 1989: *The Age of Empire*, London
- Hobsbawm, Eric 1994: *The Age of Extremes*, London
- Høilund, Peter 1992: *Den Forbudte Retsfølelse*, København

- Høilund, Peter 1995: *Retsanvendelsens Etik, Om Dømmekraft*, København
- Høilund, Peter 1997: "Politikerne tilfredse med lappeløsninger – blot de ser ud som politisk handlekraft", *Lov & Ret*, s. 5-9
- Høilund, Peter 1998: *Den moderne retstæknings gennembrudd og autoritetstab*, København
- Høilund, Peter 1998b: "Det trætte demokrati", *Lov & Ret*, s. 13-15.
- Illum, Knud 1945: *Lov og Ret*, København
- Illum, Knud 1953: Anmeld. av 'Om Ret og Retfærdighed', *UfR*, s. 278-291
- Janik, Allan and Toulmin, Stephen 1996 (1973): *Wittgensteins Vienna*, New York
- Jørgensen, Jørgen 1941-45: *Psykologi paa Biologisk Grundlag*, København
- Jørgensen, Jørgen 1948: *Den logiske empirismes udvikling*, København
- Jørgensen, Stig 1975: *Lovmål og Dom. Retsteoretiske afhandlinger*, København
- Jørgensen, Stig 1990: *Retfærdighed og Ret*, København
- Källström, Staffan 1974: *Värdenihilism och Vetenskap*, Göteborg
- Kelley, J. M 1992: *A short history of western legal theory*, Oxford
- Kelsen, Hans 1934: *Reine Rechtslehre*, Wien
- Kelsen, Hans 1945: *General Theory of Law and State*, Cambridge Massachusetts
- Kelsen, Hans 1953: "Hvad er retfærdighed?", *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab*, s. 101-120.
- Kelsen, Hans 1959: "Eine 'realistische' und die reine Rechtslehre", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* N. F, Bd. 10, s. 1-25
- Knoph, Ragnar 1934: *Oversikt over Norges rett*, Oslo
- Knoph, Ragnar 1939: *Rettslige standarder*, Oslo
- Krogh, Thomas 1996: "Metodologisk enhet i intellektuell historie?" i Davenport, Gjerpe, Sletnes (red.): *Helhet på tvers, 50 år med idéhistorie i Norge*, Oslo
- Krarup, Ole 1995: "Fra Gyldighed til Virkelighed. Om Alf Ross og Torstein Eckhoff", *Lov og Rett*, s. 87-99
- København Universitet, Festskrift*, Univ. Progr. Nov. 1934, m/selvbiografi av Alf Ross, s. 173-175
- København Universitet 1479-1979*, bind 2: Alminnelig historie 1788-1936
- København Universitet 1479-1979*, bind 3: Alminnelig historie 1936-1979
- Kaarstedt, Tage 1991: *Krise og Krig 1925-1950*, bind 13 (Olsen (red.) 1991).
- Lauridsen, Preben Stuer 1986: "Kelsen og Ross", i: *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff*, Oslo
- Lundstedt, Vilhelm 1923: "Kritik av nordiska skadeståndlärar", *TfR*, s. 55 flg.
- Lübcke, Poul (red.) 1982: *Vor Tids Filosofi, Videnskab og Sprog*, København
- Lübcke, Poul 1995: *Politikens Bog om Politiske Idéer*, København

- Martin, Michael 1997: *Legal Realism. American and Scandinavian*, Peter Lang Publishing
- Nemeth, Elisabeth 1981: *Otto Neurath und der Wiener Kreis. Revolutionäre Wissenschaftlichkeit als politischer Anspruch*, Frankfurt & New York
- Nissen, Henrik S. 1991: *Landet blev by 1950-1970*, bind 14 (Olsen (red.) 1991).
- Nordby, Trond (red.) 1993: *Arbeiderpartiet og Planstyret*, Oslo
- Nordby, Trond 1993: "Statsutviklingen under arbeiderpartiet", i (Nordby (red.) 1993).
- Nordin, Svante 1984: *Från Hägerström till Hedenius: den moderna svenska filosofin*, Lund
- Olsen, Olaf (red.) 1991: *Danmarkshistorie*, Gyldendal og Politiken, København
- Palmer Olsen, Henrik 1997: *Rationalitet, ret og moral*, København
- Palmer, R.R. and Colton, Joel 1995: *A History of the Modern World*, 8th ed, New York
- Pihlajamäki, Heikki 1997: "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier", *Retfærd* nr. 78, s. 51-67.
- Pocock, J. G. A. 1973: "Languages and their Implications", i: *Politics, Language and Time*, London
- Pocock, J. G. A. 1985: "The state of the art", i: *Virtue, Commerce and History*, London
- Riis Floor, Jan 1982, "Den logiske positivisme", i (Lübcke (red.) 1982).
- Sabine, George H. and Thorson, Thomas L. 1973: *A History of Political Theory*, 4th. ed., Hinsdale Illinois
- Schledermann, Heinrich 1994: "Et essay om et københavnsk 'traume'. Alf Ross, Peter Høilund og den retsvidenskabelige debat", *Retfærd* nr. 66/67, s. 103-110.
- Seip, Jens Arup 1964: "Den norske høyesterett som politisk organ", *Historisk Tidsskrift*
- Seip, Jens Arup 1974: *Utsikt over Norges historie*, første del, Oslo
- Seip, Jens Arup 1981: *Utsikt over Norges historie*, annen del, Oslo
- Seyersted, Francis 1993: "Kampen om fullmaktslovgivningen 1945-1953 og den konstitusjonelle utvikling", i (Nordby (red.) 1993).
- Skinner, Quentin 1988 (1969): "Meaning and understanding in the history of ideas" i (Tully 1988)
- Slagstad, Rune 1987a: *Rett og Politikk, Et liberalt tema med variasjoner*, Oslo
- Slagstad, Rune 1987b: "Norsk Rettsrealisme etter 1945", *TfR*, s. 385-403
- Slagstad, Rune 1996: "Arbeiderpartistaten – maktens bruk og misbruk", *Nytt norsk tidsskrift*

- Slagstad, Rune 1997: "Skjervheim som regimekritiker" i Slaattelid, Hermod (red.): *Regime under kritikk. Hans Skjervheim i norsk filosofi*, Oslo
- Slagstad, Rune 1998: *De nasjonale strateger*, Oslo
- Stang, Frederik 1919: *Erstatningsansvar*, Kristiania
- Stang, Frederik 1935: *Innledning til Formueretten*, Oslo, tredje utgave (første utgave 1911)
- Steincke K. K. 1912: *Almisser eller rettigheder*, København
- Strauss, Leo 1968 (1953): *Natural Right and History*, Chicago
- Stromberg, Ronald 1986: *European intellectual history since 1789*, 4th ed, Englewood Cliffs, New Jersey
- Sundby, Nils Kristian 1975: "Naturrettslig Legitimasjon for Normativ Kompetanse", *TfR*, s. 339-354
- Tamm, Ditlev 1992: *Retsvidenskapen i Danmark*, København
- Thylstrup, Asger 1974: "Jurist som teknolog", *Berlingske Tidende* 8. juli 1974
- Thue, Fredrik W. 1997: *Empirisme og Demokrati. Norsk samfunnsforskning som etterkrigsprosjekt*, Oslo.
- Thue, Fredrik W. 1997b: "'Deltakar og tilskodar'. Om den indre sammenheng mellom erkjennelsesteori, etikk og politikk i Hans Skjervheims forfatterskap", i Slaattelid, Hermod (red.): *Regime under kritikk. Hans Skjervheim i norsk filosofi*, Oslo, s. 115-128
- Trolle, Jørgen: Anmeld. av 'Om Ret og Retfærdighed', *Juristen* 1954, s. 25-56
- Tully, James (red.) 1988: *Meaning & Context – Quentin Skinner and his Critics*, Princeton, New Jersey (Tully 1988)
- Ussing, Henry 1934: "Bidrag til Moral- og Retsfilosofi", *UfR*, s. 289-300
- Vinding Kruse, Fr. 1930: "Til Læren om Retskilderne", *TfR*, s. 135-162
- Vinding Kruse, Fr. 1931: "Endnu et par Bemærkninger om Begrepet Gældende Ret", *TfR*, s. 332-339
- Vinding Kruse, Fr. 1934: "Til Etikens og Retslærens Problemer", *TfR*, s. 259-295
- Vinding Kruse, Fr. 1943: *Retslære I og II*, København
- Vinding Kruse, Fr. 1953: "Erkendelsesteori og retsvidenskab", *TfR*, s. 123-144
- Vinding Kruse, Fr. 1954: "Er Retsfilosofi Videnskab?", *UfR* 1954, s. 1-19
- Vogel, Hans-Heinrich 1972: *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt a. M.
- Warnock, Mary 1960: *Ethics since 1900*, Oxford
- Østerud, Øyvind 1979: *Det Planlagte Samfunn*, Oslo
- Zahle, Henrik 1974: "Kritik af en retsteori. Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskab", *TfR* 1974, s. 333 flg.

Oppslagsverker

Dansk biografisk leksikon, København 1982

Politikens Filosofileksikon, København 1983

International Encyclopedia of the Social Sciences, New York og London 1968

Håndskrifts- og arkivmateriale

Etterlatte papirer, acc. 1991/24 og Utilg. 771, Håndskriftsamlingen, Det Kongelige Bibliotek, København

Det Rets- og Statsvidenskabelige fakultets arkiver, Rigsarkivet, København

Muntlige kilder

Samtale med professor, dr. juris Hans Gammeltoft-Hansen 22. juni 1998.

Samtale med professor, dr. juris Knud Waaben 23. oktober 1998.

Samtale med Strange Ross og Lone Ross 25. oktober 1998.

Register

(Henvisninger som er uthevet markerer en definisjon eller fyldigere omtale.)

A

Aquinas, Thomas 16, 17
arbeiderbevegelse 63
arbeiderklasse 55
Arbeiderpartiet, Det norske- 64, 129, 130
Astrup Hoel, Gunnar 30 (fotnote)
Aubert, Vilhelm 142-143

B

begrepsjurisprudens, se formalisme
behaviorisme 42, 83-84, 132
Bentzon, Viggo 2, 31, 57, 58
Berlin, Knud 2
Bismarck, Otto von 55

D

delegasjon av lovgivningsmakt 144-145
desisjonisme 89-90
domstolenes prøvelsesrett overfor lover
144-145
Doublet, David 4

E

Eckhoff, Torstein 26, 142
eksternt perspektiv 23, 78, 84
emotivisme 22, 77, 81
enhetsvitenskap 42, 43
etisk erkjennelse,
– kritikk av 22, 39, 75-82
etologi 87

F

falsk bevissthet 27
fascisme 112, 120, 121 (fotnote)
formalisme; den rettslige formalisme 20, 51-
53, 70-73
frirett; den frirettslige retning 3, 57-59, 151
fullmaktslover 144
funksjon 7, 147, 148

G

Gadamer, Hans Georg 6 (fotnote), 31
Geiger, Theodor 89
Goos, Carl 17, 51, 57, 58

H

Hägerström, Axel 22, 25, 37-40, 47
(fotnote), 75, 84, 91, 92, 93
Hagerup, Francis 52, 70
Hart, H.L.A. 14, 16-17, 23, 82
Heidegger, Martin 31
hermeneutikk 20
Hume, David 22
Høiland, Peter 4, 18, 19-20, 21, 109, 117

I

ideologi 27-28, 32, 87, 150
ideologikritikk 27, 32, 150
Ihering, Rudolf von 57
intensjon 6-7, 148, 151-152

J

Jørgensen, Jørgen 2, 43

K

Kelsen, Hans 9, 25, 31-37, 43, 75
Keynes, John Maynard 64, 127
Knoph, Ragnar 57, 59, 68
kommunisme 129 (fotnote)
konstruktivisme, se formalisme
konvensjon 7, 28, 147
korrespondanseteori 78

L

laissez-faire 48, 119
liberalisme,
– klassisk 48-49, 64
lingvistisk kontekst 6, 7, 147
logisk positivisme (empirisme) 40-43, 78-82

Lundstedt, Vilhelm 8, 25, 66, 75,
91-108

M

magi 84-85
Marx, Karl 27
menneskerettigheter 21
moderne prosjekt 30 (*footnote*)
Moore, G.E 22, 25
Myrdal, Gunnar 65, 67, 127, 134

N

naturrett 16-19, 24
– rasjonalistisk 17, 18
– Ross' definisjon 13
– som rettskilde 18
Neurath, Otto 42, 43
non-kognitivism 22, **76-82**
nulla poena sine lege 21
Næss, Arne 29, 43, 142

O

offentlig rett 48
operasjonalisering 17

P

Palmer Olsen, Henrik 4, 17, 18-19
paradigme 106-107
Pocock, J.G.A. 6, 82
positivism 19
positivt rett 19-20
positivistisk prosjekt **128-131**
privatrett 48
prognoseteori 10, 23
psykofysisk 83

R

reelle hensyn 15
ren rettslære 31-33
retorikk 133 (*footnote*)
rett,
– og moral 14-16
rettighetsbegrepet,
– kritikk av 26, 34, 93-96
rettsfilosofisk modernisme 3, **29-31**, 70-72
rettsfølelse 18, 21, 61, 83, 101, 141-142

rettskildelære 20
rettslige standarder 14
rettspolitikk 132, 136, 139-141
rettspositivisme **19-21**
rettsrealisme,
– amerikansk 46 (*footnote*)
– skandinavisk 3, 66, 68-73
rettssosiologi 142-143
rettsstat 45, 145
rettsstridsbegrepet 62,
– kritikk av 26, 96-99, 106
romerrett 40, 47 (*footnote*), 51, 84
Ross, Alf 1, 3, **8-12**, 22, 23, 24-26, 32, 38,
40-41, 66-68, 75-90, 102-105, 110, 121-
123, 131-143

S

samfunnsnytte 99-102, 104-105
Schlick, Moritz 41, 42
sivil ulydighet 15
Skinner, Quentin 6, 82
Socialdemokratiet 63, 64, 125-128, 130
socialdarwinisme 112
sosial ingeniørkunst 74, 136
sosial teknologi 137-138
språklig kontekst 5
Stang, Frederik 51, **59-62**, 68, 98, 105
Steincke, K.K. 65-66

U

Uppsalafilosofien 3, 69, 88
utilitarisme 24

V

velferdsstat 46, 74, 125, 129-130
verdinihilisme 88-89
verifikasjonsprinsippet 79
Vinding Kruse, Frederik 1, 8, 17, 69, 70, 89,
109-123, 131

W

Weber, Max 134
Wienerkretsen 41, 42
Windscheid, Bernhard 51-52
Wittgenstein, Ludwig 78, 82