

Sverre Blandhol:

Den nordiske rettsvitenskapens retoriske grunnlag

Retorikken øvet innflytelse også etter at den mistet sin dominerende stilling innen skolen på slutten av 1700-tallet. Retorikken fortsatte et skjult liv blant annet i jussen. Retorikken i jussen gjelder ikke bare den muntlige talekunst, men ligger nedfelt som mønstre i selve den juridiske tenkning og praksis. Rettsvitenskapens retoriske grunnlag er særlig tydelig i nordisk tradisjon, der Anders Sandøe Ørsted og Anton Martin Schweigaard tidlig på 1800-tallet brøt med kantianismen og sluttet seg til en retorisk preget tenkning med utgangspunkt i blant annet Christian Garves Cicero-kommentar. Ørsted og Schweigaard står i spissen for en tradisjon jeg har kalt nordisk rettspragmatisme, som kan sees som en forløper for den senere amerikanske filosofiske og juridiske pragmatisme. Den nordiske rettspragmatismen har forbindelser tilbake til antikkens retoriske tenkning, og denne forbindelsen er en av grunnene til at nordisk rettstenkning skiller seg fra annen europeisk rettstenkning, særlig den tyske.

Årene omkring 1800 markerer et veiskille i europeisk rettstenkning. På denne tiden mistet naturretten sitt grep og rettsforskningen ble en selvstendig vitenskap. Tyske jurister spilte en sentral rolle for utviklingen av den nye rettsvitenskapen. De tyske universitetene ble reformert med rettsvitenskapen i fremste linje, rettsvitenskapen tiltrakk seg noen av de beste og mest produk-

tive forskerne, og et bestemt rettsvitenskapelig program ble utformet – den historiske skole. Forskere i andre land så til Tyskland og lærte, og tyske juridiske verker fra denne tiden er blitt stående som klassikere i rettslitteraturen like til vår tid. Det er således ingen overdrivelse når den fremtredende tyske rettshistoriker og rettsfilosof Helmut Coing skriver: ”Den tyske sivilistikk [d.e.

privatrettsvitenskap] besatt i et halvt århundre verdensomspennende gyldighet.¹ Gjennomslagskraften til den tyske rettsvitenskapen hadde sammenheng med de oppfatninger om vitenskap og metode som den bygget på. Et fremtredende trekk ved disse oppfatningene var idealet om at retten besto av et enhetlig og lukket system.

Også nordiske forfattere lærte av tyskerne. Til tross for dette tok utviklingen her likevel en annen vei. I nordisk rettsvitenskap var det praktiske behov som dominerte forskningen, og de viktigste rettsforskerne på 1800-tallet hadde sin hovedgjerning utenfor universitetet. Rettslige problemer med betydning i praksis var utgangspunkt for rettslitteraturen. Lars Björne har sammenfattet sin fremstilling av den nordiske rettsvitenskapens utvikling fra 1815-70 på denne måten:

Trots alla inre olikheter bevarade den nordiska rättsvetenskapen också under den historiska skolens blomstringstid sin egenart inom den europeiska doktrinen. De nordiska rättsvetenskaps-männen skrev framför allt en praktiskt betonad, empiriskt grundad bruksjuridik, inom vilken beaktandet av rättspraxis fick en allt större betydelse. Ørstedes 'realism' og Schweigaards 'analytisk-deskriptiva' metod kan användas som beteckningar för den samtida nordiska rättsvetenskapen i stort.²

Det praktisk anvendelige og empirisk orienterte er altså det Björne fremhever som kjennetegn ved periodens nordiske rettsvitenskap. Han trekker frem Ørstedes realistiske grunnholdning og Schweigaards metode som karakteristiske for tendensen i den nordiske rettsvitenskapen som helhet. Det er få som har kunnet gi en tilfredsstillende forklaring på disse særtrekkene ved den

nordiske rettsvitenskap i denne tiden. Noen har pekt på at Ørsted og Schweigaard brøt med naturretten, men dette gjelder også deres tyske kolleger, hvis rettsvitenskap fikk en annen karakter. Det har også vært bemerket at Ørsted aldri virket ved universitetet, mens den tyske rettsvitenskapen i utpreget grad var et universitetsfenomen, noe som utvilsomt gir en interessant sosiologisk vinkling på spørsmålet, men ikke kan forklare hvordan forskjellene oppsto. Den intellektuelle kontekst for den nordiske rettsvitenskapens utvikling tidlig på 1800-tallet er ikke blitt tilstrekkelig belyst.

I denne artikkelen vil jeg analysere den idéhistoriske bakgrunn for Ørstedes og Schweigaards oppfatninger om vitenskap og metode. Jeg vil hevde at en vesentlig grunn til at Ørsted og Schweigaard utformet programmer av annen karakter enn Savigny, var at disse forfatterne trakk veksler på en retorisk tradisjon, mens den tyske rettsvitenskapen som Savigny var eksponent for i mindre grad var preget av en retorisk tenkning. Med retorisk tenkning sikter jeg i denne artikkelen først og fremst til retorikkens argumentasjonslære slik den først ble utformet av Aristoteles. En nøkkel til å forstå denne forskjellen ligger i forholdet til Kant. Kant tok et oppgjør med den retorisk pregede tenkningen i sin samtid, hos blant andre Christian Garve. Savigny fulgte den vei som ble pekt ut med Kants kritikker, mens Ørsted derimot sluttet seg til Christian Garves Cicero-fortolkninger, som en bevisst motvekt mot Kants syn på rettsproblemene.

Jeg vil først kort karakterisere Ørstedes og Savignys programmer før jeg kommer inn på deres intellektuelle bakgrunn i den tyske filosofiske litteratur fra slutten av 1700-tallet. Deretter ser jeg nærmere på Savignys oppfatninger om begreper og system, før jeg går inn på Ørstedes vending mot Garves populærfilosofi og det syn han utviklet om rettsvitenskapen som en samfunnsorientert og argumentativ disiplin. Schweigaard, som

1 Coing (1982), s. 105.

2 Björne (1998), s. 433.

bygget videre på Ørsted, samtidig som han var mer radikal og eksplisitt, behandler jeg til slutt.

Savigny og Ørsted

Den fremste representanten for tysk rettsvitenskap tidlig på 1800-tallet var Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Savigny kom fra en adelsfamilie med protestantisk bakgrunn og studerte juss for å bli et dannet menneske. I et halvt århundre var han en ledende autoritet i tysk rettsvitenskap og skrev flere omfattende verker, deriblant et lærdomshistorisk verk om romerretten i middelalderen og et systematisk verk om romerretten i samtiden. Han grunnla en rettsvitenskapelig forskningsretning han kalte "den historiske skolen". Savigny var dypt preget av og selv en representant for den kulturelle oppblomstringen i de tyske stater omkring 1800, hvor blant annet Kants filosofi var en av drivkreftene.

Anders Sandøe Ørsted var omtrent jevn gammel med Savigny – han levde fra 1778-1860. I bakgrunn og utvikling var det både likheter og forskjeller. Mens Savigny kom fra en velstående familie, vokste Ørsted opp i nokså trange kår i den danske provinsby Rudkøbing – et stille sted med knapt 1000 innbyggere. Men i likhet med Savigny var han vel bevandret i tidens filosofiske litteratur, og bestemte seg tidlig for jussen. Han gjorde også en glimrende karriere – ikke som Savigny, ved universitetet, men i praksis, som dommer og senere høytstående embetsmann. Samtidig skrev Ørsted anerkjente systematiske og monografiske verker om juridiske emner. Endelig var Ørsted en aktør i det som blir omtalt som "Guldalderen" i Danmark – sammen med sin mer berømte bror, naturforskeren H.C. Ørsted.

Både Savigny og Ørsted markerte seg tidlig ved å utforme programerklæringer for hvordan rettsvitenskapen skulle være en vitenskap og hvordan rettsforskning skulle

bedrives. Savigny formulerte sitt syn på vitenskap og metode tidlig i forfatterskapet og holdt siden fast på dette. Et fortettet uttrykk fikk programmet i skriftet *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), der det heter:

På samme vis [som i geometrien] har hver del av vår rett slike stykker, hvorigjennom de øvrige er gitt: vi kan kalle dem de ledende grunnsetningene. Å oppdage disse, og i det man utgår fra dem å erkjenne den indre sammenheng og forbindelsesmåten mellom alle juridiske begreper og setninger, hører nettopp til de vanskeligste oppgaver i vår vitenskap, ja det er egentlig dette, som gir vårt arbeid dets vitenskapelige karakter.³

Ørsteds rettsvitenskapelige grunnsyn kom ikke på samme måte til uttrykk i et stridskrift med formål å lansere et bestemt program, men finnes spredt i hans filosofiske og rettsvitenskapelige skrifter. Et representativt uttrykk finnes i forordet til hans rettsvitenskapelige hovedverk *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed* (1822). Der beskrev Ørsted hvordan lovkyndigheten kunne bli en vitenskap ved å følge visse metodiske prinsipper:

En efter en streng Methode fremskridende Videnskab, kan ene forjage denne vilkaarlige Menen; men Grundvolden for denne Videnskab maa ikke være en abstract Philosophie, hvorimod Lovforskeren

3 Savigny (1973), s. 110: "Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Recht solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt."

4 Ørsted (1822), s. xvi.

bør søge, med nøie Kundskab til Lovene og de historiske Hjelpemidler for dens Forklaring, at foreene et omfattende practisk Bekjendtskab med de Retsforholds Natur, som Lovene gaae ud paa at ordne.⁴

Ørstedes og Savigny's programmer var grunnleggende forskjellige. Mens Savigny anså vitenskapens viktigste oppgave som å erkjenne relasjonene mellom de ulike juridiske begreper og prinsipper, hevdet Ørsted at det som gjorde rettsforskningen til en vitenskap var studiet av forholdet mellom retten på den ene siden og samfunns- og livsforholdene på den annen. Mens Savigny etterlyste "de ledende grunnsetningene" (fundamentalisme) og fremholdt geometrien som modell for juridiske resonnementer (logisk formalisme), advarte Ørsted mot "abstract Philosophie" og fremhevet i stedet betydningen av grundig, empirisk kunnskap om retten og samfunnet. Savigny strebet etter objektivitet og vitenskapelig autonomi. Ørsted derimot anså rettsstudiet alene som utilstrekkelig og dets resultater som usikre. Kunnskap om lover og forarbeider måtte etter hans oppfatning forenes med praktisk kjennskap til rettsforholdenes art og virkemåte. På denne måten utviklet de to seg i henholdsvis formalistisk og pragmatisk retning.

Forskjellen mellom Savignys og Ørstedes programmer kan også spores tilbake til en gammel motsetning i europeisk kultur- og idéhistorie: motsetningen mellom en 'gresk', filosofisk-systematisk tradisjon, som har røtter hos Platon, og en 'romersk', retorisk-pragmatisk tradisjon, hvor Cicero kan sees som den viktigste representant i antikken.⁵ I den tyske opplyste almenhet på slutten av 1700-tallet gjorde en tilsvarende motsetning seg gjeldende som en skolestrid i filosofien.

5 Blandhol (2003), s. 13-14 og s. 48-58. Se også Vickers (1988), som eksempel på en tematisering av en tilsvarende motsetning.

Skolefilosofier og populærfilosofier

Både Savigny og Ørsted hadde sin intellektuelle bakgrunn i tysk tenkning fra slutten av 1700-tallet. I litterære og dannede kretser på denne tiden var det et motsetningsforhold mellom det som i samtiden ble omtalt som skolefilosofier og populærfilosofier. Skolefilosofien hadde sitt egentlige utgangspunkt i Leibniz, men var dominert først av Christian Wolff (1679-1754) og den såkalte wolffianismen, og siden av kantianismen – som i sin tur ledet videre til den tyske idealismen (Fichte, Schelling, Hegel).⁶ Skolefilosofene var uenige om mye, men de var stort sett vel overens om de grunnleggende mål og midler for den filosofiske aktivitet. De ønsket å etablere sikker kunnskap ved abstrakt spekulasjon, med utgangspunkt i fundamentet og ved bruk av slutningsformer hentet fra den formelle logikken. De opererte i sin spekulasjon med et syn på språk, begreper og argumentasjon som kan karakteriseres som formalistisk. For en del av skolefilosofene sto det å bygge et system, som var sluttet, enhetlig og fullstendig, som målet for enhver vitenskapelig og filosofisk aktivitet.

Populærfilosofene hadde en annen oppfatning.⁷ For dem var filosofi først og fremst en litterær aktivitet, og de bygget på et radikalt annerledes syn på språket enn skolefilosofene. Populærfilosofenes språkoppfatning kan karakteriseres som retorisk: De hadde et syn på begreper som porøse og åpne, hvilket impliserte at man prinsipielt var avskåret fra å kunne opprette systemer av begreper der alle mulige tilfeller kunne ordnes inn under

6 Om Leibniz-resepsjonen på 1700-tallet, se Wilson (1995).

7 Om populærfilosofien, se van der Zande (1995); om Christian Garve, se Altmayer (1992), van der Zande (1998). Om populærfilosofien i samtidens politisk-ideologiske landskap, se Beiser (1992).

dem. Tankemessig klarhet var uløselig forbundet med gode formuleringer. Språk- og begrepsoppfatningen innebar også at populærfilosofene stilte spørsmålsteget ved den formelle logikkens praktiske anvendelighet (populærfilosofene benektet vanligvis ikke logikkens gyldighet innenfor sitt eget domene). I stedet opererte populærfilosofene med en teori om argumentasjon. Populærfilosofenes syn på argumentasjon var knyttet til den aristoteliske retorikken, som ble aktualisert i denne tiden, blant annet gjennom en oversettelse av Aristoteles bok om retorikken, med Christian Garve som en av oversetterne. Populærfilosofene oppfattet seg selv som humanister, og deres innsats kan sees som et forsøk på å innføre en humanistisk lærdomskultur i de tyske områder på slutten av 1700-tallet. Den humanistiske orienteringen hadde betydning for hvilke emner de engasjerte seg i: populærfilosofene skrev særlig innenfor de klassiske humanistiske emner som litteratur, talekunst, politikk og juss, men de var også opptatt av fag som var under utvikling i samtiden, som økonomi og teknologi. Christian Garve oversatte for eksempel Adam Smiths *The Wealth of Nations* til tysk.

Christian Garve (1742-1798) var en av de mest sentrale av populærfilosofene. Han var en kort tid professor i Leipzig, men ellers livnærte han seg som forfatter og oversetter. En av Garves viktigste og mest populære oversettelser var Ciceros avhandling om pliktene (*De Officiis*). Garves oversettelse, med kommentarer i tre bind, spilte en avgjørende rolle både for Kant og for Ørsted. For Kant ble Garves Cicero en spore til å utvikle sin egen fundamentalistiske og formalistiske etikk i *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*; for Ørsted ble Garve den viktigste kilde da han reformulerte sine tanker om rett og rettsvitenskap etter 1800. For Kant var Garve og populærfilosofien en anstøtssten, og dette gjaldt i utgangspunktet også for Ørsted. Men Ørsted brøt senere

med kantianismen, og i den sammenheng brukte han Garve for å finne argumenter for et annet syn på vitenskap og metode, og et annet program for rettsforskningen. Savigny derimot holdt fast ved den kursen som var staket ut av Kant.

Striden i tysk filosofi på slutten av 1700-tallet kom dermed til å markere et veiskille også for rettsvitenskapen, inkludert den nordiske.

Savignys vei: begreper og system

Savigny valgte skolefilosofenes linje: hans rettstenkning ble preget av den filosofisk-systematiske tradisjonen, med dens idealer for vitenskap og metode. Dette gjenspeilte seg i hvordan Savigny forsto rettsvitenskapen i forhold til andre vitenskaper. For Savigny var rettsvitenskapen først og fremst en filosofisk vitenskap. Med begrepet filosofi forsto han etableringen av kunnskap i et enhetlig system med faste utgangspunkter (fundamenter). Innenfor dette systemet skulle de rettslige begreper innordnes på sin anviste plasser. Historien – som utfra navnet historisk skole ventelig skulle spille en fremtrende rolle i programmet – fant sin plass i Savignys tenkning innenfor denne overordnede filosofisk-systematiske rammen. Ved å reise spørsmålene om rettsvitenskapens karakter av vitenskap flettet han seg også inn i de debattene som hadde pågått i tysk litteratur siden Kants kritikker i 1780-årene, om filosofiens og vitenskapens karakter.

Savignys oppfatninger om vitenskap og metode er nedfelt i tre viktige tekster: Metodeforelesningene han holdt i Marburg 1802-03, som ble nedtegnet av Jacob Grimm, men først alment kjent i 1933; stridsskriftet *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) – Savignys mest berømte og kanskje mest leste

arbeid, som ustanselig ble påkalt i ulike sammenhenger der rettsstudiets karakter av vitenskap var på dagsordenen, også i Norden; og første bind av det rettsvitenskapelige hovedverk *System des heutigen römischen Rechts* (1840).

Ved utformingen av sitt program la Savigny stor vekt på hva som skulle til for at rettsstudiet skulle bli en egentlig vitenskap. I denne sammenheng fremhevet han betydningen av en stringent metode. Det sammenbindende ledd mellom begrepene om vitenskap og metode, og det underliggende mål for hele den rettsvitenskapelige aktivitet, var et bestemt begrep om systematisk enhet. Innordningen av rettsstoffet i et system var den høyeste oppgave for rettsvitenskapen, det som ga rettsstudiet dets vitenskapelige karakter. På denne måten ville rettsvitenskapen, ifølge Savigny, også bli en filosofisk vitenskap.

Når Savigny fremhevet filosofien som modell for rettsvitenskapen, siktet han ikke til innholdet, slik naturrettslærerne hadde gjort, men til metoden. Savigny sammenlignet rettsvitenskapens metode med geometrien. Målet var sikkerhet, midlet deduksjon. De filosofiske oppfatningene om språk, begreper, argumentasjon og systematikk var imidlertid langt på vei ensartet i naturretten og hos Savigny.

Den historiske skole var nemlig ikke, som navnet kan lede en til å tro, en metode for en ren historisk rettsforskning, det vil si en rettsforskning som la vekt på å avdekke de ulike rettslige fremtredelsesformer i ulike historiske epoker. Det var heller ikke et program som baserte seg på det som vi idag forstår med historie, idéen om et tidsmessig forløp der begrepet om utvikling spiller en sentral rolle. Evolusjonstanken i moderne form var fremmed for Savigny. I stedet tolket Savigny retten inn i en kristelig-protestantisk forståelsesramme. Retten, likesom mennesket, var for ham skapt av Gud, og hadde derfor en uangripelig og uforanderlig

skikkelse, når den først var satt inn i verden. Det dreide seg om en opprinnelighet, en perfekt form, som trer frem gjennom historien, ikke noe som utvikler seg i en historisk prosess. Rettens skikkelse var heller ikke knyttet til konkrete materielle fremtredelsesformer, men var en åndelig figur. Retten var verken noe materielt eller noe psykologisk, men noe gitt – gitt i en åndelig verden. Det var denne åndelige realitet det var om å gjøre for rettsforskeren å gripe. Det var en slik åndelig realitet Savigny forsto med rettens positivitet.

Det har vært sagt (av Sten Gagnér) at Savigny gjennom sitt rettsvitenskapelige program og den historiske skolen innledet en ny juridisk æra.⁸ Savigny bidro mer enn kanskje noen annen til å løfte rettsvitenskapen opp blant de moderne vitenskaper. Men Savignys program var ikke bare del av en vitenskapelig kontekst, det sto også i forbindelse med det alminnelige kulturelle oppsvinget i de tyske områder tidlig på 1800-tallet. Samtidig var Savigny eksponent for et politisk program med stor appell i samtidens tyske områder. Intet sted kommer disse ulike tendensene bedre til uttrykk enn i Savignys klassiske kampskrift *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

Den ytre foranledning til *Vom Beruf* var et forslag om å kodifisere den tyske privatretten, etter mønster av den franske Code Civil. Bakgrunnen for dette var det vakuum som oppsto etter Napoleons fall. Med det franske regimet forsvant også den franske retten. Spørsmålet var hva som skulle tre i stedet. Noen mente at man burde gjenopprette tilstanden slik den var før Napoleons-tiden, det vil si å gå tilbake til den *Almene Prøyssiske Landrett* fra 1794. Men det kom også et forslag om at Tyskland nå burde få en helt ny lovbok. I et skrift med tittelen *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürg-*

8 Rückert (1984), s. 424.

erlichen Rechts für Deutschland (1814) tok juristen og musikeren Anton Thibaut – som også var en nær venn av Schiller og Goethe – til orde for dette, blant annet med den begrunnelse at dette ville være et viktig skritt i retning av å samle den tyske nasjon. Vom Beruf ble laget som et tilsvarende til Thibauts skrift. Savigny advarte mot å forsøke en kodifisering av retten i en tid som ikke var moden for det. I stedet for å fiksere rettstilstanden i en almen lovbook, ønsket han at rettsvitenskapen skulle arbeide med romerrettskildene for å avdekke den egentlige, sanne retten, som var nedarvet gjennom generasjonene. Det var for dette arbeidet han utformet sitt program.

Ørsteds vending mot populærfilosofien

I likhet med Savigny var Ørsted i sin ungdom inspirert av Kant, men siden brøt han med kantianismen og utviklet en rettstenkning under innflytelse av populærfilosofien. I den forbindelse spilte Christian Garve en sentral rolle. Likesom for populærfilosofene var språksynet avgjørende da Ørsted utviklet nye posisjoner og oppfatninger. Med grunnlag i en retorisk oppfatning av språk og begreper formulerte han en pluralistisk og erfaringsorientert rettsteori. Ørsted fremhevet også argumentasjonens rolle i rettstenkningen.

Ørsteds første teoretiske arbeid var svar på en prisoppgave fra Universitetet. Oppgaven, som ble utskrevet til Kongens fødselsdag den 29. januar 1797, hadde tittelen: *Ostendatur nexus inter principium Ethices & principium juris Naturae* og hadde sin bakgrunn i Kants etikk. Det var alment kjent at Kant arbeidet med en Moralens metafysikk, og mange ventet spent på hvordan Kant ville behandle forholdet mellom moral og rett – naturrettens klassiske problem. Ikke så rent få søkte også å foregripe Kants egen løsning.

Med prisoppgaven ble den danske lærde offentlighet invitert til å være med. Ørsted innleverte sitt svar i en avhandling med tittelen *Over Sammenhængen mellom Dydelærens og Retslærens Princip*. Den ble senere publisert i juli 1798.⁹

Ørsted var ikke så rent lite stolt da han senere så tilbake på skriftet. I sitt erindringsverk *Af mit Livs og min Tids Historie* (1851) så han seg fornøyd med at han hadde søkt å rettferdiggjøre morallovens tilværelse og gyldighet mot ”de sceptiske og fatalistiske philosophemer”, og med sin kritikk av andre forsøk på å løse problemet. På den annen side måtte han konstatere at avhandlingen var preget av at han hadde ”levet i en blind Tillid til, at den Skikkelse, hvori Philosophien først var kommet til mig, og som var den eneste, hvormed jeg havde gjort et nøiagtigt Bekjendtskab, havde opløst alle Tilværelsens Gaader i den Grad, som dette var den menneskelige Kjendeevne givet”. Han var også litt beskjemmet over at han hadde uttrykt seg med en ”Hang til at indklæde alt i Kants Terminologie”.¹⁰ Og når det gjaldt hovedspørsmålet – fremstillingen av rettslæren og dens forhold til moralen, altså å konstruere en naturrett ut fra kantianske prinsipper – betraktet han sin egen tidligere løsning som helt forfeilet. Dette skyldtes ikke så mye manglende filosofiske evner, som selve forutsetningene han opererte ut fra: ”Da jeg imidlertid ikke aldeles forlod den Vei, som den Tids philosopherende Forfattere havde indslaaet, kunde mit Forsøg heller ikke lykkes.”¹¹ En av disse forutsetningene gjaldt synet på språk og begreper.

I prisavhandlingen hadde Ørsted, som kantianerne forøvrig, bygget på en språk-

9 Om det filosofiske innholdet i prisavhandlingen, med en vurdering av forholdet til Kant, se Blegvad (1980).

10 Ørsted (1851), s. 26.

11 Ørsted (1851), s. 29.

oppfatning der det var ”bestemte Grændser mellem” begrepene og man antok at ”Fornuften med skarphed og Nøiaktighed” kunne ”skjelne dem fra hinanden.”¹² I tiden etter prisavhandlingen skiftet imidlertid Ørsted språkfilosofisk tilhørighet. Fra en filosofisk-systematisk oppfatning av språk og begreper gikk han over til det som kan kalles et retorisk-pragmatisk syn. Denne vendingen skjedde ved at han hentet argumenter fra Garves Cicero-kommentar.¹³

Ørsteds nye språkfilosofiske oppfatning kommer klartest til uttrykk i en artikkel fra 1811 med tittelen ”Over Grændserne mellem Theorie og Praxis i Sædelæren”.¹⁴ Det var opprinnelig et foredrag holdt i Det Skandinaviske Litteraturselskab tidligere samme år. Emnet var en gjennomgang og kritikk av samtidens teorier om rett og moral, og Ørsted tok avstand fra en utbredt oppfatning som lå til grunn for mange av disse teoriene, nemlig at man fra et system av begreper kunne dedusere seg frem til det som er rett i det enkelte tilfelle. Grunnlaget for denne kritikken var en refleksjon over forholdet mellom begreper og virkelighet, og mellom det almene og det individuelle. Disse betraktningene var så sentrale for Ørsteds argumentasjon at han satte dem i spissen for hele foredraget; han åpnet med en refleksjon over forholdet mellom språk, tanke og virkelighet:

Det ligger i den menneskelige Kjendevnnes Grundvæsen, at den ej kan omfatte den hele Virkelighed umiddelbar, men alene middelbar, ved Hjelp av Begreber, og at disse i al Evighed ikke ville gjennemtrænge og udtømme Virkeligheden.¹⁵

Det Ørsted innleder med er altså å konstatere at siden erkjennelsen er knyttet til

12 Ørsted (1936), s. 18 og 166.

13 Skiftet er analysert og beskrevet i stor detalj hos Gagnér (1980), s. 419-425.

14 Ørsted (1933), s. 37-71.

15 Ørsted (1933), s. 37

språket, og språkets redskaper (begrepene) er utilstrekkelige til å innfange virkelighetens mangfold, er det vi kan oppnå ved erkjennelsen begrenset. Han angir straks etter det han anser som grunnen til at det er slik – de uendelig små forskjeller mellom tingene:

Naturen bestaaer af en uendelig Række af Gjenstande, hvoraf ingen er den anden fuldkommen lig, men mellem hvilke der heller aldrig finder nogen brad Overgang Sted fra en Modsætning til en anden, hvorimod de, ved uendelig smaae Gradsforskjeller, nærme sig hinanden.¹⁶

Det er de graduelle overganger, ikke de skarpe brudd som preger naturen. Denne teorien ble i nordisk rettsvitenskap senere omtalt som læren om virkelighetens kontinuitet, og figurerer i engelskspråklig kommentarlitteratur under betegnelsen ”the great chain of being”.¹⁷ Teorien var svært populær på 1700-tallet. Hos Ørsted ga den opphav til skepsis med hensyn til hvor langt man kunne komme med begreper og system i rettsforskningen. Stilt overfor misforholdet mellom virkelighetens kontinuitet (og kompleksitet) og redskapens grovhet (begrepsavgrensingene), måtte man i følge Ørsted erkjenne begrensingene i de resultater man på denne måten kan nå. Man skulle likevel ikke gi opp. Det man i følge Ørsted måtte gjøre, var:

[at] opfatte nogle af de meest paafaldende Punkter, sættende alt hvad der ligger indenfor to saadanne Punkter som eens, og alt hvad der ligger paa den anden Side af samme som væsentligt forskjelligt derfra, uagtet der fra den ene til den anden af disse to Grændsepunkter kan finde større Afstand Sted end mellem den ene, og

16 Ørsted (1933), s. 37.

17 Jf. Arthur O. Lovejoys klassiske idéhistoriske verk med samme tittel fra 1936.

hvad der, paa hiin Side deraf, ligger den nærmest.¹⁸

Man må altså forsøke å ordne mangfoldet og de flytende overganger ved hjelp av begreper, og har ikke noe annet alternativ enn å ta utgangspunkt i de mest iøyenfallende forskjellene når man setter grensene. Men Ørsted påpeker at de begrepene som blir til på denne måten, svikter når de skal avgrense ting som ligger i overgangssonen: ”De saaledes dannede Begreber om Gjenstandenes forskjellige Arter maae derfor nødvendigviis være utilstrækkelige til at skjælne Ting, som ligge i eller nær ved Overgangspunkterne.”¹⁹ Man må gi rom for en vaghet i begrepenes randsone.

Etter å ha utviklet sitt syn på bruken av begreper i moralteorien, anvender Ørsted dette på en kritisk gjennomgang av en rekke populære moralteorier i samtiden. Han kritiserer blant annet Kants etikk, hvor han særlig tar avstand fra Kants formalisme, som gir seg utslag i at Kant vil gi en egen morallov uavhengig av enhver empirisk forankring – det berømte kategoriske imperativ. Dette omtaler Ørsted omtaler som ”hiin nu ligesaa miskjendte som tilforn afgudisk beundrede og langt over dens Kræfter vurderede Formel”.²⁰ Den er både for abstrakt og for kategorisk; den er ikke egnet til å håndtere det individuelle og den har ikke noe grep for nyansene. Ørsted konkluderer sin gjennomgang av moralteorien med ”at de Begreber og Formler, som Moraltheorien er i Stand til at levere, ej ere tilstrækkelige til at løse alle de Opgaver, som Livets mangfoldige Forviklinger føre med dem”.²¹ Man vil altså lete forgjeves etter sikre svar, og trenger også å konsultere andre kilder enn teorien.

At moralteorien ikke kan forankres i faste

18 Ørsted (1933), s. 38.

19 Ørsted (1933), s. 38.

20 Ørsted (1933), s. 48.

21 Ørsted (1933), s. 65.

utgangspunkter og levere sikre resultater gjennom deduksjon, leder til skepsis, men hos Ørsted er det en moderat skepsis som er utfallet. I en viktig passasje formulerer Ørsted sitt syn på hvilken grad av sikkerhet det er rimelig å forvente ved behandlingen av moralske spørsmål:

Forresten ville vi, selv forsnyede med den grundigste ethiske Viden, den meest levende og dannede ethiske Takt, og de bedste Indsigter i Naturen af de Livsforhold, hvis Behandling falder i vor Virkekreds, ofte, hvor sædelige Opfordringer af modsat Slags mødes, være i Uvished om, hvad der bør vælges. I denne Uvished have vi at handle efter den rimeligste Indsigt, vi veed at skaffe os, og maa da berolige os ved den Tanke, at, om vi end ikke træffe det rette, saa har det dog ikke manglet os paa redelig og virksom Villie til at skaffe os den bedste Kundskab, og at udføre den erkjendte Pligt. *En absolut Sikkerhed i vor Handlen kunne vi, i den relative Sphære, hvori vi have at bevæge os, ikke vente, fordi dertil fordredes en absolut Sikkerhed i vor hele Viden om Gud, Menneskene og Verden, af hvilken Viden Rigtigheden af vor Handlen er betinget.*²²

Utsagnet om at absolutt sikkerhet ikke kan forventes i den relative sfære vi må bevege oss i, er som et ekko av Aristoteles' konstatering i den nikomakiske etikken av at metoden må tilpasses undersøkelsesobjektets art. Tatt i betraktning den senere utvikling av filosofien med bølger frem og tilbake mellom fundamentalister som hevder å stå på sikker grunn og radikale skeptikere, som tilsynelatende feier alt til side, er dette en betydningsfull – og undervurdert – posisjon. Men i praksis er det den eneste som fungerer. Og dét var nok en bakgrunn for at Ørsted – juristen og dommeren – valgte den.

Vi kan altså ifølge Ørsted ikke forvente

22 Ørsted (1933), s. 66. Kursiv her.

sikkerhet, og vi kan ikke klare oss med undersøkelser av forholdet mellom begreper alene. Hva skal vi da gjøre? Svaret han gir er at vi må se hen til de livs- og samfunnsforhold som moral eller rett angår. En moralteori må, for å ha noen verdi, hente støtte fra empiriske undersøkelser av den praktiske virkelighet, fra studiet av menneske og samfunn. Ørsted fremholder at

et System af Ethiken er langt mere end en Analyse af hiin eller nogen anden Formel, der stilles i sammes Spidse, og at en saad- en, for at faae Betydning, maa hente Realgrunde fra en grundig Kundskab om den menneskelige Natur og om de Gjen- stande, som frembyde Stoffet for den menneskelige Virksomhed.²³

Hvis vi skal sammenfatte Ørstedes posisjon etter vendingen, kan vi si at han opponerer mot det syn at man kan komme frem til holdbare standpunkter i moralske spørsmål ved erkjennelse av forholdet mellom begreper alene. I stedet hevder han at man også må se på de reelle forhold og søke kunnskap om menneskelige motiver og handlinger og om samfunnsforholdene. Ørsted avviser den etiske formalismen og gir i stedet anvisning på en pragmatisme. Argumentasjonen bygger på en oppfatning av språk og begreper. Denne oppfatningen har også betydning for hvordan Ørsted ser på metode og begrunnelse. Siden begrepenes grenser ikke svarer til grenser i virkeligheten, kan man heller ikke bevise ting med nødvendighet på den måten mange filosofer søker å gjøre. Etter Ørstedes oppfatning må man heller gi seg i kast med å undersøke de virkelige forhold, og når standpunkter skal begrunnes må det skje ved å trekke inn ulike momenter, og foreta vurderinger og praktiske slutninger.

Den empiriske orienteringen og det retoriske synet på argumentasjon gjorde seg gjeldende også i Ørstedes program for retts-

23 Ørsted (1933), s. 48.

vitenskapen. Både hos naturrettslærerne og hos Savigny hadde den filosofiske metoden (den systematiske behandling av begreper) vært ansett som den høyeste, den egentlig juridiske virksomhet. Dette synet tok Ørsted uttrykkelig avstand fra. Han refererte kritisk sin forgjenger Hurtigkarls oppfatning om "en filosofisk Kundskab om Lovene, som den ægte Retslærdes Særkjende, og en blot historisk Kundskab, som det der udgjør Kjendetegnet paa den saakaldte Leguleius [...]".²⁴ Etter Ørstedes oppfatning måtte vurderingen være akkurat den motsatte: "Den Tjeneste, Philosophien kan yde den positive Ret", var "kun af liden Betydenhed mod den, der kan faaes ad den historiske Vei [...]";²⁵ filosofien hadde i følge Ørsted underordnet betydning i forhold til en kunnskap "der viser, hvorledes Retsforholdene og de dermed forbundne Begreber og Regler have udviklet sig af Folkets Tilstand, Tænkemaade, Sæder og de Begivenheder, som have rammet det, og hvorledes Lovgivningen i forskjellige Perioder har behandlet disse Forhold".²⁶ Den filosofiske fremgangsmåte i jussen kunne til og med være direkte skadelig: Ved "utidig Anvendelse af Philosophie" sto den positive retten i følge Ørsted i fare for å bli "forvansket".²⁷

I stedet for å følge den abstrakte filosofiens spekulative metode måtte rettsforskeren i følge Ørsted søke "nøie Kundskab til Lovene", tilegne seg "de historiske Hjelpemidler for dens Forklaring". Rettsforskeren måtte videre forene studiet av disse to positive kilder – det moderne jurister omtaler som henholdsvis lovtekst og forarbeider – med "et omfattende practisk Bekjendtskab med de Retsforholds Natur, som Lovene gaae ud paa at ordne,"²⁸ – det jurister refererer til

24 Ørsted (1822), s. 291.

25 Ørsted (1822), s. 291.

26 Ørsted (1822), s. 291.

27 Ørsted (1822), s. 291.

28 Ørsted (1822), s. xvi.

som sakens natur eller reelle hensyn. Dette var de kilder rettsvitenskapen måtte bygge på; resonneringsmåten måtte være den argumentative, en metode Ørsted selv til fulle utviklet i sine egne rettsvitenskapelige arbeider.

En sentral side ved Ørsteds form for rettsvitenskap var argumentasjonsformen. Hans verker er preget av stor bredde ikke bare i forhold til omfanget av de spørsmål han drøfter, men når det gjelder behandlingen av de enkelte problemer. Ørsted ga seg, som Lars Bjørne treffende sier, "tid till omfattende verklighetsnære 'funderingar', varvid varken papper eller trycksvårta sparades."²⁹ Bjørne går så langt som til å hevde at Ørsted rett og slett "införde argumenteringen i nordisk doktrin".³⁰ Dette fikk konsekvenser; Ørsteds argumentasjonsstil ble mønstergivende for senere nordiske rettsforskere. "De författare, som använde Ørsteds skrifter, blev", som Lars Bjørne skriver, "tvungna att besvara utförligheten med utförlighet, om de önskade vinna tilltro för egna åsikter, vilket klart förbättrade argumenteringen."³¹ Ved dette fikk Ørsteds rettsvitenskapelige program et praktisk gjennomslag som hans teoretiske skrifter alene kanskje vanskelig kunne ha ført til.

Hos Schweigaard ble Ørsteds syn på argumentasjon og metode videreført og kombinert med et utpreget pragmatisk syn på retten og dens funksjon i samfunnet.

Anton Martin Schweigaard

Schweigaard var mer radikal og eksplisitt i sin kritikk av metoden i tysk filosofi og rettsvitenskap, men ellers fulgte han Ørsted i mye. Han bygget på en retorisk språkoppfat-

ning, karakterisert ved et syn på begreper som porøse og åpne, og med fokus på argumentasjon, ikke slutningsformer hvis mål er å bevise ting med nødvendighet. Schweigaards tenkning var videre orientert mot erfaringer, konsekvenser og problemer. Og han var opptatt av at rettsvitenskapen måtte være til nytte i utviklingen av samfunnet.

Anton Martin Schweigaard (1808-1870) spiller en tilsvarende rolle for norsk rettsvitenskap som Ørsted gjør for den danske, som grunnlegger av en moderne rettsforskning. Likesom Ørsted var også Schweigaard aktiv politiker. Med de spesielle betingelser Norge var undergitt som ung, delvis selvstendig nasjon etter 1814, var det stort behov for, og god plass til det Rune Slagstad har kalt "handlingsideologer". Schweigaard står ved et epokeskifte: "inngangen til det moderne Norge", som Slagstad sier det.³² Eller med Jens Arup Seips ord, den "intellektuelle revolusjon" i norsk offentlighet i 1830-årene.³³ Et mål om å virke for det felles beste – for samfunnets vel – var utpreget i Schweigaards tenkning og praktiske virke. I anledning at Det Kgl. Fredriks Universitet i Christiania skulle opprette en lærestol i nasjonaløkonomi, skrev Schweigaard en betenkning på vegne av det juridiske fakultet – som ønsket undervisningsposten lagt til seg. Der hevdet han at det det kom an på for et land som Norge når man skulle utvikle et fag som nasjonaløkonomien, var "en lære om hvad der hos os bør rettes og forbedres".³⁴ I den anledning uttalte Schweigaard seg om økonomien, men det samme synet hadde han på rettsvitenskapen. En autonom og selvtilstrekkelig rettsvitenskap, slik den ble dyrket ved de tyske universiteter, kunne derfor ikke falle i god jord hos Schweigaard.

Schweigaards viktigste teoretiske tekster

29 Bjørne (1998), s. 46.

30 Bjørne (1998), s. 46.

31 Bjørne (1998), s. 433.

32 Slagstad (1998).

33 Seip (1974), s. 98.

34 Sitert etter Jæger (1911), s. 127.

ble skrevet i ung alder – siden ble han oppslukt av politikk og praktiske gjøremål. De sentrale arbeidene når det gjelder synet på vitenskap og metode er artiklene “Betragtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland”, publisert i det danske *Juridisk Tidsskrift* i 1834, og ”Om den tyske filosofi”, utgitt i det franske tidsskriftet *La France Litteraire* i 1835, og først oversatt og publisert på norsk i 1904. Dessuten er det grunn til å nevne en anmeldelse av Vilhelm Sverdrups *Logik i Den Constitutionelle* (1836). De sentrale oppfatningene om språk og vitenskap finnes klart uttrykt allerede i artikkelen om rettsvitenskapen. Den åpner slik:

Det er bekjendt, hvilket Herredømme den Wolfiske Dogmatismus i den sidste Halvdel af det forrige Aarhundrede udøvede over Behandlingen af den romerske Ret i Tydskland. Det kan her være tilstrækkeligt, at nævne Nettelbladt og Heineccius med deres Comentatorer og Reformatorer, som Repræsentanter for denne Retning, hvis væsentlige Side var en gennemgribende Forvexling af det Almindeliges og Abstractes sande Grund og Betydning i Forhold til Virkeligheden. I Stedet for at erkjende, at den hele Kreds af generelle Sætninger, Principer, Maximer, eller med hvilket andet Ord man vil betegne disse Forsteneringer af en overfladisk og ufuldstændig Induktion, i det høieste kunde tillægges Værd og Betydning som foreløpige Ledetraade, førend man endnu havde arbeidet sig ind i alt det Enkelte, og som Støttestruer for Erkjendelsen til at erhverve sig et Overblik over den hele Masse af Ret, ved at henføre det til ydre Classificationer: saa forfaldt man til den Misforstaaelse, at betragte disse hule og vilkaarlige dannede Skyggebilder som det Oprindelige og Constitutive, hvorfra man ved en tilbageskridende Analyse med Ufeilbarlighed kunde bestemme Grændserne for det Rette. Anvendt paa

den positive, her hovedsageligen den romerske Ret, maatte denne Synsmaade have til Følge, at man indtrængte alskens Vilkaarlighed i den Skrevne Rets systematiske Fremstilling, og istedetfor at arbeide sig ind i dennes Tankegang og Aand, søgte at underskyde den sine egne, uklare Forestillinger.³⁵

Det Schweigaard her går til angrep på, er det å gjøre begreper til virkelighet – det som kalles hypostasering. I stedet for å se på begreper og klassifikasjoner som noe menneskeskapt og derfor vilkårlig, blir de oppfattet som uttrykk for naturens egen orden. Man mener å danne begrepene på en bestemt måte fordi virkeligheten er slik. Eller som Platon mente: begrepene er den egentlige virkeligheten (idélæren). Dette avviser Schweigaard som usunt tankespinn: ”Aandens Anarki” – ”de sætte sine Ideer i Virkelighedens Sted”.³⁶ Til sin forferdelse finner han denne feilen utbredt i både samtidens tyske filosofi og rettsvitenskap.

Utgangspunktet for kritikken tar Schweigaard i den tyske opplysningstenker og naturretsfilosof Christian Wolff (1679-1754), og dennes etterfølgere i rettsvitenskapen Nettelbladt og Heineccius. Men det dreier seg om et mer utbredt tankeskjema:

Denne Bemærkning træffer ingenlunde udelukkende den Wolfiske Skole; den gjælder om ethvert Trin i den videnskabelige Udvikling, paa hvilket den endnu ei til fuld Klarhed gjennemarbeidede Erkjendelse, ved at indtrænge et falsk Forhold imellem Original og Billed, det Bestemmende og det Bestemte i Bevidstheden, standser ved en Fleerhed af sideordnede Begrebskredse, og fixerer disse som absolute, ingen Overgang i hverandre tilladende Modsætninger.³⁷

35 Schweigaard (1834), s. 292-293.

36 Schweigaard (1904), s. 242.

37 Schweigaard (1834), s. 293.

Det er begrepstenkningen generelt Schweigaard er ute etter. Denne finnes også i den tyske idealisme, som i følge Schweigaard bygger på den samme misforståtte rasjonalisme og dyrkelse av begreper og system, om enn i en noe kamuflert form:

Tyskerne behandle med Foragt den gamle dogmatiske Metafysik og mene at have fjernet sig uendelig fra den, og dog er hele deres Filosofi kun en Gjenopstandelse af dette samme Spøgelse, som de tro at have gjort det af med for evigt. Det er sandt, at deres Forgjængere naivt klædte sine tilsnegne Dogmer i Formen af Definitioner, Principer, Axiomer, og gave sig Mine af med Lethed at udlede af dem, hvad de fra først av havde skjult i dem, medens de selv med noget større Kunstfærdighed begrave Tilsnigelsen i evindelige Omskrivninger; men det er en Forskjel, som er uden Betydning.³⁸

Når tysk filosofi har gjort oppgjør med Wolffs metode, er det bare tilsynelatende – de grunnleggende feil er i følge Schweigaard fortsatt til stede:

Wolffs Methode har siden Kants Tid været omtalt paa en temmelig nedsættende Maade: Intet skulde være mere smagløst og latterligt end denne fordringsfulde Ordflom, disse pedantiske Omveie. Det er ogsaa sandt, den gode Smag har vundet noget derved, at denne ensformige Række av syllogistiske, scholastisk regelmæssige Bevis er forsvundet; men hvad der var væsentligt for denne Methode, det som denne Form alene tjente som Forklædning for, den systematiske Tilsnigelse, er fremdeles i fuldt Liv, den har alene skiftet Udseende.³⁹

Det vesentlige, ”den systematiske Tilsnigelse”, består. Og det var mot denne tilsnik-

elsen Schweigaard rettet sitt angrep. Hovedinnholdet i hans metodekritikk var et angrep på enhver form for overdreven begrepsdyrkning forvekslingen av begreper for virkeligheten. Den metodefeil han angrep betegnet han som “en gjennomgribende Forveksling af det Almindeliges og Abstraktes sande Grund og Betydning i Forhold til Virkeligheden”.⁴⁰ Ved denne forveksling begikk man ifølge Schweigaard flere feil. For det første misforstår man begrepenes rolle. De “generelle Sætninger, Principer, Maximer” betraktes som “det Oprindelige og Constitutive”, ikke som hensiktsmessige redskaper, som er skapt av mennesket for praktiske formål. Videre misforstår man resonneringsmåten; man opererer med bevis i stedet for argumentasjon. Man tror således med utgangspunkt i almenbegrepene, ved “en tilbageskridende Analyse” (Schweigaard sikter til det som med en teknisk betegnelse i logikken kalles *reduksjon*, å føre tilbake), “med Ufeilbarhed kunde bestemme Grændserne for det Rette”. Problemet ligger i ambisjonen om ufeilbarlighet – om slutninger med nødvendighet.

Schweigaard angriper begrepstenkningen overhodet, den type kommunikasjon som moderne vitenskap har holdt som idealet, det vil si kommunikasjon ved hjelp av matematiske begreper. Man fikserer begrepene som “absolute, ingen Overgang i hverandre tilladende Modsætninger”. I dette ligger det i følge Schweigaard en dobbelt feiltagelse, i det man “betragter det indenfor Kredsen Satte som Identisk og det udenfor Liggende som Modsat”. (Schweigaard omtaler begreper som er satt opp mot hverandre på den måten, for “Begrebskredse”). Det som faller inn under et begrep kan være av høyst forskjellig karakter, mens det som faller på siden kan være svært likt. Det Schweigaard her går til angrep på, er bruken av prinsippet om det utelukkede tredje (*tertium non datur*).

38 Schweigaard (1904), s. 259-260.

39 Schweigaard (1904), s. 262.

40 Schweigaard (1834), s. 292.

Han vil den tenkning til livs som deler opp virkeligheten ved hjelp av strenge dikotomier.

Opp mot denne inndelingsmåten, setter han det vi har kalt en retorisk språkoppfatning, nemlig at det "ogsaa indenfor Begrændsningen er Modsætning og udenfor Identitet, fordi nemlig Skranken ingen Virkelighed har".⁴¹ Skranken har ingen virkelighet – den er artifiisiell. Dermed er det ikke sagt at man skal avstå fra å bruke begreper. Men disse reservasjonene må få betydning for hva man tror seg å kunne utrette med dem.

For rettsvitenskapen hadde dette synet blant annet til konsekvens at Schweigaard så på rettskilde- og metodelæren som en pragmatisk problemløsning ut fra et sammensatt kildemateriale og med et variert repertoriar av metoder, inkludert vurderingen og avveiningen av ulike hensyn. Schweigaard skilte heller ikke strengt mellom rett og moral, og det var derfor rom for både naturrettslige og positivistiske elementer i Schweigaards rettsteori. Med det syn Schweigaard hadde på de rettslige normer fulgte også et syn på muligheten av politiske og sosiale reformer. Det var ikke gitt i en tid som enten bekjente seg til selvinnløsende (naturretten) eller nedarvede (den historiske skolen) sannheter. Schweigaard var ikke utopist: han hadde nøkterne oppfatninger om hva det var mulig å utrette med reformer. Men han trodde det var mulig å utrette noe – ved skrittvis endringer, prøving og feiling, basert på empiriske studier av sammenhenger og konsekvenser. Og dette grunnsynet førte han også ut i praktisk politikk. Ikke så rent lite av grunnlaget for Norges selvstendighet i 1905 ble lagt gjennom den måbevisste utbygning av landets handel og industri i Schweigaards epoke på midten av 1800-tallet.

41 Schweigaard (1834), s. 293-294.

Avslutning

Schweigaards angrep på den tyske rettsvitenskapen ble ikke stående uimotsagt. Faktisk var det allerede i samme nummer av tidsskriftet en kommentar fra redaksjonen, ved det danske professor i romerrett Peter Georg Bang (1797-1861). Bang – som var en venn av Savigny og så på seg selv som en elev av ham – fant Schweigaards innlegg frimodig og lovende, men var ikke overbevist om kritikkens holdbarhet.

Bang kunne ikke se at det var så mye nytt i Schweigaards metodeprogram: "Iøvrigt indseer jeg ei, at der ligger Mer i Forfatterens ny saakaldte analytisk-descriptive Methode, end at man, ved at afgjøre hvad der er Ret, skal tage det Individuelle ved de enkelte Retsforhold i tilbørlig Betragtning."⁴² Dette kunne det kanskje være en viss grunn til, mente Bang, men han ville i så fall prioritere slutninger på basis av analogi fra den positive rett og systematiseringen av slike resultater fremfor undersøkelser av hva som kreves ut fra sakens natur: "Skal den ny Methode derhos have noget Værd, maa den efter min Mening holde sig mere til den positive Rets Analogi, det systematiske Element i samme, end til den Retskyndiges Overbevisning om hvad Sagens Natur fordrer."⁴³ Dermed var man etter Bangs syn så å si tilbake ved utgangspunktet. Bang konkluderte derfor med at Savignys syn på metodespørsmålene sto støtt også etter Schweigaards kritikk: "[Savigny's] Fremstilling av hvad der bør fordres som de væsentlige Hovedmomenter ved den positive Rets Behandling, bliver udentvil urokket."⁴⁴

Dette gjaldt også om man tok i betraktning Ørsteds rolle. Bang avsluttet sin kommentar med et interessant perspektiv på forholdet mellom Ørsted og de tyske jurister. Han fremhevet at Ørsted hadde hentet

42 Bang (1834), s. 336.

43 Bang (1834), s. 337.

44 Bang (1834), s. 337.

mye av sine argumenter fra den tyske romerrettsforskningen, samtidig som Ørsted hadde voktet seg for en slavisk dyrkelse av hvert komma i de romerske kilder. Men når Ørsted nå ikke lenger var like aktiv som rettsvitenskapelig forfatter, var Bang usikker på om den dansk-norske rettsvitenskap på sikt ville stå seg mot den tyske: ”Derimod frygter jeg, at vort Fædrenelands videnskabelige Virksomhed for Retsvidenskaben i det nærværende Øieblik, da Ørsted for største Delen har ophørt med sin literaire Virksomhed, ei udholder en Sammenligning med de tydske Civilisters Iver og Virksomhed for deres Videnskab.”⁴⁵

Denne spådommen fikk Bang langt på vei rett i: 1800-tallet ble en gullalder for tysk rettsvitenskap. Savignys oppfatninger om vitenskap, metode og system fikk stor innflytelse. De ble etter hvert videreført i den klassiske rettspositivismen under blant andre Friedrich Puchta (1798-1846) og Bernhard Windscheid (1817-1892). Den klassiske tyske rettspositivismen ledet frem til utarbeidelsen av den store privatrettskodifikasjonen *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB), som trådte i kraft i 1900. Men mot slutten av århundret fremkalte den klassiske rettspositivismen reaksjoner i tysk rettsvitenskap. Rudolf von Jhering (1818-1892) – som selv i sine unge år var en av de mest begavede og veltalende eksponenter for den pandektvitenskapelige formalisme – gjorde en teoretisk helomvending, og fremla et program for rettsforskningen med vekt på formålene bak rettsreglene (*Der Zweck im Recht* – 1877-1884). Han ga også den tidligere retningen den nedsettende betegnelsen ”begrepsjurisprudens” – en betegnelse som siden er blitt stående, og forfattet en rekke polemiske og satiriske innlegg mot begrepsjussen.⁴⁶

Jherings kritikk fikk mindre betydning i

nordisk enn i tysk rettsvitenskap. Det skyldtes at nordisk rettstenkning i mindre grad hadde utviklet seg i tråd med den historiske skolens program. Ørsted og Schweigaard hadde anvist et alternativ, og det levde videre i nordisk rettsvitenskap på 1800-tallet. Riktignok gjorde også Savignys innflytelse seg gjeldende, og han var ikke uten fortalere, som vi så i tilfellet Bang. Utover på 1800-tallet var det flere som søkte å forene programmene til Ørsted og Savigny. Et klart eksempel finner vi i den danske juristen A.W. Scheels (1799-1879) fremstilling av *Privatrettens almindelige Deel*, som ble utgitt i København i 1865-66. I forordet til første bind gjør Scheel hva han overtar fra Ørsted og hva han bygger på Savigny, samt hva som i hovedsak er hans ”egne Meninger”.⁴⁷ Men mot slutten av århundret, da reaksjonene mot positivismen meldte seg, ble Ørsteds og Schweigaards programmer aktualisert på nytt. En av de første som brukte Ørsted som alliansepartner, var Carl Ussing (1857-1934), dommer og senere direktør for Nationalbanken i Danmark.⁴⁸ Senere fulgte blant andre Fredrik Stang (1867-1941) og Viggo Bentzon (1861-1937) opp. På den måten ble den retorisk influerte, pragmatiske retningen som Ørsted hadde ført inn i nordisk rettsvitenskap, brakt videre for en ny tid.

Carl Schnitler karakteriserte i sin tidsstudie *Slegten fra 1814: studier over norsk embetsmandskultur i klassicismens tidsalder 1814-1840*,⁴⁹ de norske embetsmennene fra tiden etter 1814 som ’romere’. Deres selvforståelse var preget av at de så på seg selv som moderne romere og deres tenkning hentet sin karakter fra antikkens idealer. Denne karakteristikken passer også på Ørsted og Schweigaard. Karakteristikken av Ørsted og Schweigaard som romere betoner også det

45 Bang (1834), s. 340.

46 De viktigste av disse er samlet i boken *Scherz und Ernst in die Jurisprudenz*

47 Scheel (1865).

48 Se Blandhol (2004).

49 Schnitler (1911).

som lenge har vært oversett når det gjelder deres intellektuelle bakgrunn og de ressursene de betjente seg av når de utformet sin

rettsvitenskap: forankringen i en romersk, retorisk-pragmatisk tradisjon.

Om forfatteren:

Sverre Blandhol er advokat i firmaet Wiersholm, Mellbye & Bech AS i Oslo. Han har utgitt boken *Juridisk ideologi – Alf Ross' kritikk av naturretten* (København 1999) og publisert en rekke artikler om idéhistoriske og rettsteoretiske emner. Doktoravhandlingen med tittelen *Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode* ble forsvart for graden dr. juris ved Universitetet i Oslo i april 2004.
Email: sverre.blandhol@wiersholm.no

Litteratur

- Altmayer, Claus (1992): *Aufklärung als Popularphilosophie. Bürgerliches Individuum und Öffentlichkeit bei Christian Garve*, W.J. Röhrig Verlag, St. Ingbert.
- Bang, P.G. (1834): "Redaksjonell kommentar til Schweigaards artikkel om den tyske rettsvitenskap", i: *Juridisk Tidsskrift*, s. 333-340.
- Beiser, Frederick C. (1992): *Enlightenment, revolution and romanticism: the genesis of modern German political thought*, Cambridge, Mass.
- Björne, Lars (1998): *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia*, Del II 1815-1870, Lund.
- Blandhol, Sverre (2003): *Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*, doktoravhandling, Universitetet i Oslo.
- (2004): "Carl Ussing og den nordiske rettspragmatisme", i: *Festskrift til Hans Gammeltøft-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets forlag*, København.
- Coing, Helmut (1982): *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M.
- Blegvad, Mogens (1980): "Ørsted som moralfilosof", i: Ditlev Tamm (udg.): *Anders Sandøe Ørsted 1778-1978*, København.
- Gagnér, Sten (1980): "Ørstedets vetenskap, de tyska kriminalisterna och naturrättsläran", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, s. 367-444.
- Jæger, Oscar (1911): "Socialøkonomien", i: *Universitetet 1811-1911*, Kristiania 1911.
- Lovejoy, Arthur O. (1936): *The great chain of being*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Rückert, Joachim (1984): *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach.
- Savigny, Friedrich Carl von 1973 [1814]: "Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", i: Hans Hattenhauer: *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, München.
- Scheel, A.W. (1865): *Privatrettens almindelige Deel: fremstillet efter den danske Lovgivning*, Reitzel, Kjøbenhavn.
- Schnitler, Carl (1911): *Slegten fra 1814: studier over norsk embetsmandskultur i klassicismens tidsalder 1814-1840*, Kristiania, (faksimile-utgave 1989).
- Schweigaard, Anton Martin (1834): "Betragtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland", *Juridisk Tidsskrift*, s. 292-333.
- (1904) [1835]: "Om den tyske filosofi", i: *Ungdomsarbeider*, utg. av O. Jæger og F. Stang, Kristiania.
- Seip, Jens Arup (1974): *Utsikt over Norges historie*, første del, Oslo: Gyldendal.
- Slagstad, Rune (1998): *De nasjonale strateger*, Pax forlag, Oslo.
- van der Zande, Johan (1995): "In the Image of Cicero: German Philosophy between Wolff and Kant", *Journal of the History of Ideas*, s. 419-442.
- (1998): "The Microscope of Experience: Christian Garve's Translation of Cicero's *De Officiis* (1783)", *Journal of the History of Ideas*, s. 75-94.
- Vickers, Brian (1988): *In Defense of Rhetoric*, Clarendon Press: Oxford.
- Wilson, Catherine (1995): "The reception of Leibniz in the eighteenth century", i: *The Cambridge Companion to Leibniz*, ed. Nicholas Jolley, Cambridge.
- Ørsted, Anders Sandøe 1936 [1798]: "Over Sammenhængen mellem Dydelærens og Retslærens Princip", i: *Moralfilosofiske skrifter i Udvalg*, København: Gyldendal, s. 7-237.
- (1933) [1811]: "Over Grændserne mellem Theorie og Praxis i Sædelæren", i: *Blandede Skrifter i Udvalg*, København: Gyldendal, s. 37-71.
- (1822): *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, Første Bd, Boghandler A. Goldin, Kjøbenhavn.
- (1851): *Af mit Livs og min Tids Historie*, Første Bind, Gyldendalske Boghandel, Kjøbenhavn.