
Norden, rätten, historia – Festskrift till Lars Björne

Toimittajat/redaktörer

Jukka Kekkonen

Pia Letto-Vanamo

Päivi Paasto

Heikki Pihlajamäki

Toimitussihteeri/redaktionssekreterare

Pasi Mustonen

Tilausosoite/beställningar

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 HELSINKI

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-237-1

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2004

Innehåll

Nordisk rätthistoria: Lars Björne 60 år	7
<i>Inger Dübeck</i>	
Forholdet mellem konkubinat og ægteskab i dansk retshistorie: et spørgsmål om ret eller moral?	9
<i>Jyri Inha</i>	
Diskret maktkamp mellan kejsaren och hans energiske prokurator – Matthias Calonius och upphovet till lagenlighetstillsyn i den Kejsarliga regeringskanseljen	35
<i>Jukka Kekkonen</i>	
Fragment ur den rättshistoriska metoddiskussionen	51
<i>Mia Korpiola</i>	
Kyrkotukt för hela folket: hertig Gustafs av Saxen ”horerij” och luthersk kyrkodisciplin i Sverige på 1500- och 1600-talen	65
<i>Toomas Kotkas</i>	
Lemminkäinen-sånger i <i>Kalevala</i> – en historia om arkaisk rätt	101
<i>Pia Letto-Vanamo</i>	
Internationella idéer och den nationella realiteten	115
<i>Sigurður Línvald</i>	
At sælge viden	129
<i>Bo H. Lindberg</i>	
Salus publica och dominium: korporativism och äganderätt i tidig ny tid.	143
<i>Dag Michalsen</i>	
Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode.	171

Kjell Å. Modéer

Östersjöområdets rättsliga kartor –
rättskulturella konstruktioner i förändring. 193

Rolf Nygren

Reflexioner om den svenska kommunala självstyrelsen –
ett svenskt-finskt rättsarv. 207

Päivi Paasto

Om äganderättens ursprung i den nordiska
och den europeiska diskussionen på 1800-talet. 223

Claes Peterson

Debatten om 1826 års förslag till en allmän civillag –
en svensk kodifikationsstrid? 245

Heikki Pihlajamäki

”At synd och laster icke skall blifwa ostraffade”:
straffrättsligt appellationsförbud i svensk rättshistoria 265

Marie Sandström

Den svenska modellen –
en juridisk metodlära i tre platta paket 291

Ditlev Tamm

Holbergs naturret og nordiske retsvidenskab 311

Heikki Ylikangas

Twisten om nybyggarrättigheter som orsak för storskiftet 325

Författare 345

Dag Michalsen

Rettsvitenskapens mange identiteter – bidrag til den rettsvitenskapshistoriske metode

I Rettsvitenskapens betegnelser/identiteter

Også rettsvitenskapen søker sin identitet. Rettsforskeren mener å ha funnet en betegnelse på sin forskningspraksis ('den historiske rettsskole') eller rettsvitenskapshistorikeren mener i ettertid å kunne gi et fortidig rettsvitenskapelig tekstkorpus et særskilt navn ('skandinavisk rettsrealisme'): i begge tilfeller dreier det seg om å gi den rettsvitenskapelige praksis en generell betegnelse, gjerne ved det å peke på et slående trekk ved rettsvitenskapens virksomhet mer allment eller ved dens metodiske innretting spesielt. Gjennom denne betegnelse får denne virksomheten en bestemt identitet – så å si et eget liv – enten dette utspilles i samtiden eller retrospektivt i fortiden. Rettsvitenskapelig virksomhet har vært – og er stadig – ledsaget av en slik generering av betegnelser. Det å gi denne virksomheten en særskilt betegnelse har mange grunner: kanskje mest dreier det seg om å fremheve et særskilt metodisk aspekt som skiller den ut fra andres rettsvitenskapelig praksis – eller hvis det skjer i ettertid – om å etablere en spesifikk fortidig identitet som fremstår som interessant for nåtiden og som følgelig inngår i en samtidig rettsvitenskapelig debatt.

Europeisk rettsvitenskapshistorie fra de par siste hundre år kan oppvise et mangfold av betegnelser som søker å karakterisere bestemte rettsvitenskaper på så presise måter at vi kan tale om en historie (eller bedre: historier) av rettsvitenskapers identiteter. Mitt anliggende er i denne artikkel først og fremst å diskutere enkelte rettsvitenskapelige betegnelser *slik de ble formulert av denne rettsvitenskapen selv* eller *slik det i ettertid ble gitt et navn* (se for dette videre under pkt I og under punkt III). Som del av denne undersøkelsen berører jeg også spørsmålet om hvorledes en rettsvitenskaps identitet kan bevares eller uttrykkes over tid ved å bli uttrykk for en hel epoke eller – mer

beskjedent – ved å etablere seg som et 'program' som følgelig danner en identifiserbar enhet (pkt II).

Nå må også dette sies klart: store deler av den rettsvitenskapelige praksis har foregått uten et bestemt navn, uten en skarp identitet, iallfall ikke mer presist enn for eksempel det som følger av formelle nasjonale betegnelser som 'norsk' eller 'finsk', eller for eksempel en saksorientert betegnelse som 'privatrettsvitenskap'. I denne artikkelen kjennetegner uttrykket *rettsvitenskapelig praksis* alt det som rettsvitenskaper produserer med eller uten betegnelser. Og bare deler av denne praksis foregår med et særskilt markert navn, skjønt det kommer an på hvor meget navnet refererer til ('naturrettslig'). Der betegnelsen synes å være av en formell karakter ('finsk') kan imidlertid også betegnelse som følge av dens historiske kontekst allikevel være bærer av mer spesiell identitetsmessig innhold. Følgelig vil ofte meget rettsvitenskapelig praksis være berørt av oppfatninger om betegnelser og ledsagende identiteter selv om denne praksis selv ikke uttrykkelig har formulert en egen eller tvert i mot vil være uten.

Å fokusere på betegnelser på rettsvitenskaper innebærer både en avgrensning og en begrensning. Å drøfte noen grupperinger av rettsvitenskapelig betegnelser innebærer selvsagt ikke materielt å drøfte rettsvitenskapelige oppfatninger på historisk representative måter eller å drøfte holdbarheten av rettsforskernes valg av betegnelser, det være seg 'germansk', 'konstruktiv', 'analytisk', 'kritisk' eller 'kantiansk' rettsvitenskap. Formålet er ikke annet enn å betrakte i sammenheng enkelte betegnelser som er satt på rettsvitenskapelig praksis. Å betrakte dette fenomenet – som fenomen – kan imidlertid gi en viss kunnskap om hvorledes rettsvitenskapen opererer med betegnelser og hvordan man nåtidig gir fortidige rettsvitenskapelige oppfatninger en særskilt identitet. Mitt bidrag er utelukkende en refleksjon over rettsvitenskapens mange formalhistorier, det som synes å være en rettsvitenskapelig selvbetegnelseslogikk.

Mellom den betegnelse som en rettsvitenskap gir seg selv ('den analytiske skole') og den som en senere rettsvitenskapshistorisk forskning gir kan det både være kontinuitet og brudd. Noen ganger dannes det klare skiller mellom fortidige og nåtidige betegnelser, som når en ny forskning vil karakterisere en fortidig rettsvitenskapelig praksis annerledes enn denne praksis selv gjorde (som det å kalle Ørsteds og Schweigaards rettsvitenskap for 'pragmatisk' selv om de selv betegnet den annerledes).¹ Andre ganger er det deri-

¹ Se nærmere under pkt III.

mot tydelig kontinuitet mellom den fortidige betegnelsen og de senere rettsvitenskapshistoriske betegnelser, slik som for 'den historiske rettsskolen'. Men selv om det finnes en kontinuitet på dette semantiske nivå, må ikke dette bety at man har lagt det samme i betegnelsen. Å bestemme innholdet av betegnelser er nettopp del av de metodiske debatter som blir ført om rettsvitenskapelige identiteter, både i fortid og i nåtid – retrospektivt, (slik som: hva er 'konstruktivisme', 'rettsrealisme' eller 'rettspositivisme'?).

Foreløpig kan vi skille mellom tre grunner til å gi en bestemt rettsvitenskapelig praksis en særskilt betegnelse. Den *vitenskapsteoretiske* (eller *allmennfilosofiske*) begrunnelse er den mest vanlige: behovet for teoretisk nyorientering eller metodedebatter fører rettsforskeren til å fremheve et bestemt vitenskapsteoretisk element (for eksempel knyttet til rettsbegrep eller system- og empiriforståelse) i sin rettsvitenskapelige praksis. Rettsforskeren gir da sin rettsvitenskapelige praksis en viss betegnelse, som for eksempel 'naturrettlig', 'konstruktiv' eller 'sosiologisk'. Antakelig er dette den vanligste grunnen til å gi rettsvitenskap et særskilt navn. Dessuten er det også denne grunn som rettsvitenskapen gjerne vil påberope seg fordi det ligger i vitenskapsdiskursens egenart å ville referere til egenskaper ved vitenskapeligheten selv, ikke til noe utenforliggende.

En annen grunn er den *politiske eller ideologiske* – dette gjelder etiketter som blir satt på rettsvitenskapelig forskning som er særskilt knyttet til politiske ordninger eller aktuelle ideologier ('liberal', 'feministisk' 'patriotisk' 'fascistisk' etc.). Til grunn for betegnelsen synes da å ligge snarere et ideologisk program enn et rettsvitenskapelig. Men mellom vitenskap og ideologi er det som kjent glidende overganger. Også der sterke politiske eller ideologiske overveielser har ledet til nye rettsvitenskapelige selvbetegnelser ('marxistisk'),² vil begrunnelsen allikevel ofte være knyttet til vitenskapelighetsdiskurser som oppfattes som del av den ideologiske modell selv. Også det omvendte gjelder: de fleste rettsvitenskapelige selvbetegnelser som uttrykkelig bygger på vitenskapsteoretiske kriterier vil også ha en kobling til politikk og ideologi. Men i dette er det historisk sett ingen automatikk. Individuelle og sosiale kontekster strukturerer forståelsen av denne sammenhengen: Ikke alle 'konstruktivister' var konservative og ikke alle som fremmet en sosiologisk rettsvitenskap var liberale. Det ligger nettopp i disse betegnelsenes åpenhet, i deres nominelle karakter, at de konkret historisk kan fylles med det meste.

² Eksempel: Eugen Pashukanis, *Für eine marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie*, 1931.

Endelig finnes det en god del betegnelser på rettsvitenskapelige identiteter som er knyttet til *geografi*. Dette kan som allerede sagt sees i en helt formell forstand ('norsk', 'finsk' 'tysk' rettsvitenskap). Men noen ganger kan nok bare det å si det geografiske området selv gi assosiasjoner til en mer bestemt rettsvitenskapelig praksis. Dette vil være en følge av sammenhengen mellom et lands rettsvitenskapelige praksis og rettskildestruktur, eller ved at geografi og rettslige tradisjoner og kultur kobles sammen, slik som 'romersk', 'germansk' eller 'engelsk' rettsvitenskap. Men en geografisk betegnelse kan nok også bære i seg noe mer presiserbare meningstilordninger utelukkende som følge av pågående vitenskapsdiskurser eller politiske hegemonier. Da er betegnelsen et signal for et metodisk eller ideologisk program (eller en forening av begge), slik som 'Uppsala-skolen' eller 'sydvesttysk nykantianisme'.³

Til dette må det også tillegges en viktig underliggende faktor ved de rettsvitenskapelige selvbetegnelsesprosesser: Rettsvitenskap er et sosialt system som består av sosiale relasjoner og prosesser – det er i vitenskapssammenfunnet at oppfatninger om rettsvitenskapens identitet blir formulert. Følgelig vil vitenskapssosiologiske forklaringer også gi beskjed om kontekster for hvorfor en rettsvitenskapelig praksis får en bestemt betegnelse, slik som konflikter innad ved et fakultet eller mellom fakulteter. Disse aspektene er også blitt forent med politiske og allmennkulturelle faktorer slik at det finnes kombinasjoner av vitenskapsteoretiske, vitenskapssosiologiske og politisk-ideologiske grunner bak det å overhodet ville gi en rettsvitenskapelig praksis en bestemt betegnelse.⁴

Den rettsvitenskapelige selvbetegnelse kan referere seg til ulike deler av den rettsvitenskapelige forskning. Særlig vil nok utformingen av den rettsvitenskapelige metode være et viktig kriterium for hvilken betegnelse rettsvitenskapen får. Men ordet 'metode' viser til en rekke forhold, det være seg rettskildeteori, rettsteori eller vitenskapelig metode. Også rettsdogmatisk teori og praksis har gitt grunnlag for å gi en rettsvitenskap identitet. Den sene tyske pandektretsvitenskapen mot slutten av 1800-tallet la for eksempel ikke avgjørende vekt på rettsteori eller rettskilde-

³ En interessant kildeskrift om geografiens rolle er Per Olof Ekelöf, *Ett stycke vetenskapshistoria i Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986, s. 261–280.

⁴ Et eksempel på dette perspektivet er Jens Evald, *Ragnar Knoph*, 2003, bl.a. s. 74 flg.

lære i deres selvidentitetsoppfatning, men snarere rettsdogmatisk produksjon og systematikk.⁵ Det finnes derfor også sammenhenger mellom *rettsdogmatikk og rettsideologi* ved rettsvitenskapelige identiteter: hvorvidt man for eksempel kjenner seg forpliktet til en liberalistisk eller en noe mer kollektiv samfunnsoppfatning i kontraktsrettsforskning har også vært grunnlag for betegnelser, slik som i debatten mellom Ørsted og Hjelm på 1820-tallet.⁶ De såkalte perspektiv- eller kontekstfagene har nok hatt en særlig betydning for rettsvitenskapelig selvforståelse. Det er nok å minne om historiens mangeartede rolle i rettsvitenskapen, særlig etter 1800. De nye samfunnsvitenskapenes rolle for rettsvitenskapens selvforståelse fra rundt 1850 har også hatt mange uttrykk i rettsvitenskapelige betegnelser (eller motbetegnelser) og identiteter. Det samme gjelder økonomifaget som hadde en interessant rolle i norsk rettsvitenskap på 1800-tallet (noe navnet på et sentralt tidsskrift kan bevitne)⁷, eller vår egen tid, i den amerikanske Law & Economics-bevegelsen fra og med 1960-tallet.⁸

II Rettsvitenskabers identitetsmessige utstrekning

Rettsvitenskabers identiteter forutsetter tid og rom – det må en viss utstrekning til for at det mulig å gi en rettsvitenskapelig praksis en bestemt betegnelse, både i samtiden og i ettertid. I prinsippet kan nok en enkelt rettsvitenskapelig tekst – som ikke en gang er blitt formidlet til omverden – også uttrykke en bestemt identitet, skjønt det neppe vil avstedkomme identitetsprosesser. Men det har hendt at en enkel rettsvitenskapelig tekst senere er blitt gjenstand for rettsvitenskapelig tilordning og innlemmet i en

⁵ Denne påstanden avhenger litt av hvordan man avgrenser pandektvitenskapen. Men den var nok mer metodisk frem til 1860 (Savigny, Puchta, Ihering) enn mot slutten av århundret da dens motstandere overtok den metodiske innovasjon, se eksempelvis Werner Süss, *Heinrich Dernburg – ein Spätpandektist im Kaiserreich*, 1991, særlig s. 179 flg.

⁶ Se senest Ola Mestad, *Kontrakstrevisjon i norsk kontraktsrett*, ms 2004, s. 30 flg sml. Dag Michalsen, *Dansk-norsk rettsvitenskap etter 1814 i Jura & Historie, Festskrift til Inger Dübeck som forsker*, 2003, s. 103–124, særlig s. 106 flg.

⁷ Ugeblad for Økonomi, Statistikk og Lovkyndighed (Christiania 1861–1870).

⁸ Richard A. Posner, *Economic analysis of law* (1972) sml. Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, 1995, s. 83–105.

større tradisjon.⁹ Vanligvis må det imidlertid foreligge et mer omfattende tekstkorpus som kan gi grunnlag for rettsvitenskapelige identitetsdannelser. Rettsvitenskapelige identiteter må for det første referere seg til geografi, slik som nasjonale eller internasjonale forhold. Hadde den 'tyske historiske retts-skolen' også utstrekning til andre europeiske land eller fantes dette snarere som egne nasjonale historiske skoler (se nærmere under III)? Tidsaspektet er et annet punkt. Hvor presis temporal må den rettsvitenskapelige identitet være – det er stor forskjell fra en nokså presiserbar 'Uppsala-skole' (første halvdel av 1900-tallet) til langt mer svevende betegnelser som 'naturrettslig', 'positivistisk', 'moderne' eller andre åpenbare transhistoriske betegnelser på rettsvitenskapelige retninger og som krever ytterligere egenskaper for å bli en operasjonaliserbar rettsvitenskapelig identitet.

For å gripe dette tema an kan det være en fordel å kalle rettsvitenskapelige identiteters utstrekning med et navn. Dette har blitt uttrykt som rettsvitenskapelige 'skole', 'retning', 'posisjon', 'modell' eller 'diskurs'. Å finne en betegnelse på rettsvitenskapelig praksis som en viss enhet er å danne en rettshistorisk representasjon som må angå det aktuelle rettshistoriske kildematerialet. Det er nettopp i dette arbeidet – å identifisere og debattere rettsvitenskapelige betegnelser og derved identiteter på grunnlag av rettsvitenskapelig praksis (kildematerialet) – at videre rettsvitenskapelige identitetsprosesser også foregår enten gjennom det aktuelle eller det historiske.

En mulig betegnelse på en enhet i rettsvitenskapehistorien er 'rettsvitenskapelig program'.¹⁰ Denne betegnelsen søker å fange inn den blanding av det individuelle og det generelle som finnes i rettsvitenskapelige meningsdannelser og som igjen er grunnlag for selvbetegnelse og identitet. Rettsvitenskapelige posisjoner vil alltid bestå av individuelle meningsdannelser og generelle kontekster og som finnes som en relasjonsprosess: et retts-

⁹ Et eksempel er Andreas Urbyes betenkning (1902) til Renbeitekomiteens Indstilling som viste en annen oppfatning av betydningen av samiske sedvaner enn den offisielle. Den upubliserte teksten var ukjent i mange tiår inntil Strøm Bull satt den inn i historisk sammenheng og gjennom denne aktualisering følgelig knyttet teksten til en annen juridisk tradisjon om samiske sedvaner enn den norskasjonale avvisende som inntil nylig dominerte emnet, se Kirsti Strøm Bull, (sm.m) Nils Oskal, Mikkel Nils Sara, *Reindriften i Finnmark. Retts-historie 1852–1960*, 2001, s. 205–225 og s. 335–355 (Urbyes tekst).

¹⁰ Dag Michalsen, *Det rettsvitenskapshistoriske forskningsfelt, Retfærd* 1999, s. 5–6 og Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, dr. avh. ms 2003, særlig s. 30–31 som definerer uttrykkene noe ulikt.

vitenskapelig program (som for eksempel Francis Hagerups tekstkorpus kan kalles) var ikke bare uttrykk for individuelle metodiske og rettsdogmatiske oppfatninger, men like meget innebar de en tolkning av rettssystematiske, rettskildestrukturelle og rettsideologiske forhold. I det enkelte rettsvitenskapelige program kan man også observere de interne sammenhenger som fantes mellom metodiske delproblemer, som mellom rettsdogmatikk, juridisk metode og rettspolitik. I betegnelsen 'rettsvitenskapelig program' siktes det også til det å fange inn den større eller mindre grad av temporal foranderlighet som en enkelt rettsforskers metodiske forfatterskap er underlagt. Ved å bruke uttrykk som 'skole', 'posisjon', 'teori' eller 'modell' kan det kanskje gis inntrykk av at det settet av standpunkter som utgjør forskerens rettsvitenskapelige oppfatning er (eller har vært) av en mer statisk art enn det oftest viser seg å være, skjønt dette kommer selvsagt an på hvordan man definere begrepene.

Rettsvitenskapelige meningsdannelser har følgelig temporale egenskaper. Alle metodiske oppfatninger er i forandring, selv om samme standpunkt semantisk gjentas over tid. De kontekstene som standpunktene inngår i vil være i forandring og standpunktene vil derfor måtte oppfattes som ulike. To likelydende utsagn om det metodiske skillet mellom rettsvitenskapens deler fremsatt av Gustav Hugo i hhv 1805 og 1820 kan derfor også temporalt sett godt betraktes som to ulike standpunkter.¹¹ Hugos program hadde fra 1805 til 1820 i relasjon til andre samtidige rettsvitenskapelige programmers parallelle meningsformasjoner endret sin vitenskapelige aktualitet og betydning i tysk rettsvitenskaplig praksis. Også makroendringene i de tyske rettssystemene og politisk-ideologiske ordninger bidro til dette.

Å klarlegge rettsvitenskapshistorisk et rettsvitenskapelig programs identitet innebærer en tolkning av både programmets selvbeskrivelser og andres samtidige og senere fremmedbeskrivelser, og sjelden vil disse størrelsene være sammenfallende. Historikeren står følgelig i en kompleks situasjon i utførelsen av den historiske tolkningen av fortidige rettsvitenskapelige program. Det innebærer å måtte se i sammenheng det rettsvitenskapelige programmets selvforståelse, andres samtidige oppfatninger av programmet og senere forsknings ulike rekonstruksjoner. Bare i denne komplekse form finnes 'Savignys rettsvitenskapelige program' som en enhet i rettsvitenskapshistorien og som et identifiserbar historisk uttrykk. Selvsagt finnes det grenser for hvor langt det er mulig å gå i slike sammensatte historiske tolkninger,

¹¹ Gustav Hugo, *Lehrbuch des Pandecten* (3. Ausg. 1805) § 17 og Gustav Hugo, *Lehrbuch der juristischen Encyclopedie* (6. Aus. 1820) § 36.

særlig de mange små endringer over tid innebærer en utfordring for å fastholde identiteters permanens.

Forholdet mellom den enkelte forfatteres tekster som uttrykk for rettsvitenskapelig identitet og en større forfatterkrets' tekster reiser spørsmålet om inndelingskriterier av rettsvitenskapelige programmer. Skal formålet være å få frem enkelhet gjennom omfattende kategorier som refererer seg til en rekke forfattere og som derved lett kan gå på bekostning av teoretisk mangfold? Eller skal formålet heller være å identifisere mer presise kategorier for rettsvitenskapelige metodeposisjoner, noe som konsekvent sett kan lede til oppfatningen om at det ikke finnes mer overgripende metodeposisjoner enn det den enkelte forfatter representerer – eller enda mer radikalt nominalistisk forstått – enn det den enkelte forfatter har skrevet i en bestemt metodetekst. For som nevnt vil nettopp en forfatters tekstlige uttrykte mening ikke bare i seg være i forandring, men også en ellers (semantisk) likartet oppfatning vil over tid bli oppfattet som ulik som følge av nye kontekster og skiftende rettsideologier.

Det vanligste rettsvitenskapshistoriske inndelingskriteriet for å avgrense identiteter er det kronologiske. Dette forutsetter at visse oppfatninger innen rettsvitenskapelig metoddebatt er mer dominerende i én periode enn i en annen. Allikevel er det viktig å betone betydningen av overlappinger og samtidigheter. I tysk rettsvitenskap fra ca 1800 til 1840 kan man konstatere en rekke rettsvitenskapelige identifiserbare posisjoner (også som selvbetegnelser) som i relasjon til førstegangsformuleringer kronologisk sett kan tidfestes til årstall, men som over tid allikevel eksisterte side om side.¹² Det gjelder f.eks. de første 'positivistiske' rettsvitenskapelige posisjonene til Hugo, Thibaut og Feuerbach fra tiåret rundt 1800 som ble fulgt av Savigny og dannelsen av kategorien 'den historiske skolen' fra ca 1810 med de sentrale tekstene utgitt 1814–16; som en selvstendig kombinasjon av disse to synspunktene utarbeidet Nikolaus Falck sin modell rundt 1820 og like etter utformet Eduard Gans et uttrykkelig hegeliansk rettsvitenskapelig program. I tillegg fantes det en rekke andre mulige identifiserbare posisjoner som man enten kan se som selvstendige uttrykkelige programmer eller som forlengelser av noen av de nettopp nevnte.¹³ Ut av dette kommer inntrykket

¹² Dag Michalsen, *Om rettshistorisk kunnskap. Oppfatninger om rettens historiske karakter i tysk rettsvitenskap ca 1790–1840*, ms dr.avh. 1996, kap III.

¹³ Se Lars Björne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, 1984, bl.a. s. 179 flg. som nettopp peker på de mange individuelle forskjeller mellom systemforslagene.

av en usamtidighetenes samtidighet i de rettsvitenskapelige identitetsforløp.

Også filosofiske (eller allmenne metodiske) tilordninger gir rettsvitenskapelige programmer identitetsmessig utstrekning. Da knyttes de til eksterne enheter som overskrider det rettsvitenskapelige, slik som 'kantiansk', 'hegeliansk', 'logisk positivisme' eller vagere 'filosofisk idealisme'. Rettsvitenskapelige filosofiske selvbetegnelser eller rettsvitenskapshistorikerens tilordning av en tidligere rettsvitenskapelig praksis til en filosofisk posisjon er en interessant måte å etablere identiteter, men det er også en av de mer problematiske. Utvilsomt finnes slike sammenhenger, det er bare å lese åpenbare filosofiske aspekter hos en Gans, en Feuerbach, en Austin eller en Ross som knytter an til en Hegel, Kant, Bentham eller Hägerström. Allikevel kan dette problematiseres ved å spørre hvor strukturerende den filosofiske komponenten er i rettsvitenskapelige programmer, eller også, om det snarere er de mer entydige rettsvitenskapelige anliggender som definerer identitet og forskjell: Tilhører det filosofiske aspektet mer det retoriske garnityr ved de rettsvitenskapelige tekstene og ikke som premiss for de sentrale juridiske diskurser? På slike spørsmål finnes det ikke et ja eller nei, men begge svar er mulige karaktertrekk ved rettsvitenskapelige programmer.

Dessuten kan dette identitetskjennetegnet bli relativisert ved å konstatere at det sjelden er enighet om det nærmere innholdet av den filosofiske posisjon, og følgelig oppstår det tilordningsproblemer fordi det ikke er (hverken nåtidig eller fortidig) tydelighet i hva rettsvitenskapelige metodeposisjoner mer presist skal tilordnes. Sjelden vil dessuten en rettsvitenskapelig metode tekst (så fremt den vil beholde sin egenskap som en juridisk tekst) helt ut kunne rubriseres som en rettslig imitasjon av det fagfilosofiske standpunkt. Den institusjonelle rammen for produksjonen av rettsvitenskapelige tekster har nemlig oftest juristene som adressater, ikke fagfilosofer, selv der rettsforskerne er filosofisk skolerte (Feuerbach, Savigny, Ross). Selv om rettsforskeren har gjort bruk av f.eks. aspekter av Kants eller Hegels tekster i sin metodetekst vil det sjelden dreie seg om et helt ut 'kantiansk' rettsvitenskapelig modell: tilordning må derfor oftest forstås relativt (avhengig av intensitetsgrad og saksområde) og i den forstand vil den måtte være eklektisk i filosofisk forstand.

Rettsvitenskapelige identitetsmessige utstrekning vil også kunne forsterkes gjennom tilknytning til en rettsvitenskapelig fagdisiplin. Fagdisiplinen representerer et strukturelt element for et rettsvitenskapelig program for så vidt som fagområdene selv – deres forbindelse til ulike rettskildekretser,

samfunnssektorer og rettsideologiske idealer – dikterer visse aspekter av metodespørsmålene som mer varige. Historisk var det bl.a. i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet uenighet om hvorvidt 'den juridiske metoden' som var utformet innenfor privatrettslig forskning var en enhetlig overgripende størrelse som omfattet alle rettsområder eller om den snarere var uttrykk for rettskildekretsenes særtrekk og fagområdenes særskilte behov. Diskusjonen om 'den juridiske metoden' viser overhodet til en form for idealistisk behov for å skape enhet av den rettsvitenskapelige praksis.¹⁴

Endelig vil også det geografiske elementet i det rettsvitenskapelige programmet innvirke på identitetsmessige utstrekning. Tyskland var store deler av 1800-tallet fortsatt sterkt regionalt strukturert slik at universiteter i f.eks. sydvest, sydøst, nord og øst ble preget av visse 'kulturelle klima' og derved de kulturelle og politiske tradisjonene som der gjorde seg særlig gjeldende. Hensynet til den desentraliserte statsstrukturen var for eksempel viktig i den omfattende kodifikasjonsdebatten som løp gjennom store deler av 1800-tallet.¹⁵ Følgelig var det et virksomt selvbetegnelsesmiddel å referere til det geografiske. Men det geografiske kriteriet har også svakheter som lett setter identiteten på spill: Er det ikke snarere tilfældigheter som virker inn når et bestemt universitet blir preget av en viss tankegang eller finnes det et stedets betingelser for særskilte rettsvitenskapelige former? Det har vært vanlig å peke på betydningen av det gamle skillet mellom det vest- og østnordiske; i både rettssystem og politisk struktur lå det føringer som gjorde at rettsvitenskapelige programmer også ble knyttet til dette skillet, om enn det i dag synes vanskeligere å operere med et slikt skille.¹⁶ Eller videre: hva er 'skandinavisk' i den skandinaviske rettsrealismen? Finnes dette som en enhet, også når vi tar i betraktning forholdet til de skandinaviske lands politikk og ideologi? Debatt føres nå om forholdet mellom denne rettsvitenskapelige filosofi og dens varierte tilslutning til de former for statlig styring og kollektiv organisert velferds-

¹⁴ Se senest Bernd Schlüter, *Reichswissenschaft. Staatsrechtslehre, Staatstheorie und Wissenschaftspolitik im Deutschen Kaiserreich am Beispiel der Reichsuniversität Strassburg*, 2004, særlig s. 341 flg. Schlüters arbeid har også relevans for det følgende tema om forholdet mellom geografi og rettsvitenskapelige program.

¹⁵ Michael John, *Politics and Law in the Late Nineteenth Century Germany. The Origin of the Civil Code*, 1989.

¹⁶ Dag Michalsen, *Dansk-norsk rettsvitenskap etter 1814 i Jura & Historie, Festschrift til Inger Dübeck som forsker*, 2003, særlig s. 118–122 med videre henvisninger.

politikk som på ulike måter preget de skandinaviske lands sosialdemokratiske politikk på 1900-tallet¹⁷ – noe som bare minner oss om det kompliserte i å definere flere individuelle rettsvitenskapelige program som utslag av en større, mer overordnet, utstrakt identitet.

III Historiske rettsvitenskapelige identiteter

Hvordan har så ulike betegnelser på rettsvitenskapelige retninger eller programmer utfoldet seg historisk? I den følgende analysen begrenser jeg meg til noen eksempler fra nyere engelsk, tysk og norsk rettsvitenskap. Det som interesserer meg er hvordan man i ulike historiske situasjoner definerte den rettsvitenskapelige praksis med betegnelser som på et visst nivå hadde et nokså gitt betydningsinnhold, men som i sine kontekster måtte utfolde seg på ulike måter. Mitt grep for analysen er enkelte motsetningspar som ble brukt som del av det å betegne rettsvitenskapelige posisjoner og som følgelig var med på å gi dem særlig identitet. Formålet er altså ikke å gi bidrag til rettsvitenskapshistorien i og for seg, men bare å tematisere visse aspekter ved dens metodikk.

(1) Det første motsetningspar er skillet mellom *analytisk* og *historisk rettsvitenskap*. Dannelsen av den historiske rettskolen i tysk rettsvitenskap på begynnelsen av 1800-tallet var en av de mest spektakulære skoledannelser i europeisk rettsvitenskap, og den var også formulert som et motsetningspar mellom den historiske og den uhistoriske (eller 'filosofisk') rettskolen.¹⁸

¹⁷ Debatten om den skandinaviske rettsrealisme som politisk ideologi er nå omfattende, se bare senest på norsk Sverre Blandhol, *Juridisk ideologi. Alf Ross' kritikk av naturretten*, 1999, Knut Bergo, *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, 2002, særlig kap 3 og 4 og Erik Friis Fæhn, *Ingen plikt til lydighet*, 2002, særlig s. 875 flg. Se senest også debatten mellom Claes Peterson og Jes Bjarup i *Juridisk Tidsskrift* 2003–04, sml. Dag Michalsen, Hva er 'europeisk rettskultur'? i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s. 20–49, (her s. 44–49).

¹⁸ For kildebelegg til striden om tyske betegnelser, se for eksempel Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift i *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, s. 1–17, G. Hugo, *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1816, s. 1145–1160 og Thibaut, *Heidelbergerische Jahrb. der Litteratur* 8, 2 (1815) s. 657–661. Se senest Joachim Rückert, Thibaut – Savigny – Gans: Der Streit zwischen "historischer" und "philosophischer Rechtsschule", i R. Blänkner, G. Göhler und N. Waszek (utg.): *Eduard Gans (1797–1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz*, 2002, s. 247–311.

Holdbarheten av dette skillet er ikke tema her. Men i denne iscenesatte motsetning lå det en sterkt identitetsskapende prosess som gikk utover tysk rettsvitenskap. Motsetningen mellom det 'historiske' (Savigny) og 'uhistoriske' (Thibaut, Feuerbach) ble selvsagt ikke akseptert av de tyske rettsforskere som ble plassert i den siste leieren – debatten om rettsvitenskapens oppgave gikk nettopp gjennom en debatt om innholdet av nøkkelordet 'historisk'.¹⁹ Denne motsetningen fikk imidlertid parallelle (om enn nettopp ikke identiske) former i engelsk og norsk rettsvitenskap i løpet av 1800-tallet. I norsk rettsvitenskap formulerte Schweigaard sitt "analytisk-deskriptive" program for rettsforskning i forståelse med Thibaut og med avstandtaken til Savigny.²⁰ Som følge av Schweigaards innflytelse tok det tid å danne en supplerende historisk rettsvitenskap på norsk, og det finnes heller ingen selvdefinert norsk historisk rettsvitenskap i navnet, om enn klart nok i gavnet, fra rundt 1860.²¹

I engelsk rettsvitenskap derimot utviklet det seg et skarpt artikulert skille mellom det historiske og det analytiske (med egenskapen ikke-historisk) på grunnlag av de særskilte forutsetninger som fantes i engelsk rettsliv og i den viktorianske intellektuelle elite. John Austin hadde på 1830-tallet publisert *The Province of Jurisprudence Determined* som også fikk betegnelsen 'analytisk' knyttet til seg. Fra rundt århundrets midte utviklet det seg en stående motsetning mellom en historisk og en analytisk rettsvitenskap: i 1861 kom både Austins samlede arbeider til *Jurisprudence* for første gang ut (og som innholdt en god del kritikk av Savigny) og Henry Sumner Maines berømte og banebrytende *Ancient Law*. Austin leverte analytiske drøftelser av rettslige grunnbegreper, Maines bidrag var å behandle de samme fenomenene med en historisk-evolusjonær modell. Engelsk rettsvitenskap hadde dermed to sentrale rettsvitenskapelige arbeider med forskjellige perspektiv, noe som ganske raskt ble et tema i seg selv – det ble vanlig å tale om en 'historisk' og

¹⁹ Allment Reinhart Koselleck, *Geschichte i Geschichtliche Grundbegriffe* 2, 1975, særlig s. 658 flg.

²⁰ Se A.M. Schweigaard, *Betraktninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tydskland i Juridisk Tidsskrift*, 1834, s. 292–333, sml Lars Björne, *Brytningstiden. Den nordiske rättsvetenskapens historia*, Del II 1815–1870, 1998, kap III.1. særlig s. 240, sml. s. 114–118 som tolker kritikken av Savigny som forsiktig og Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, 2003, kap 4.8. i sammenheng med med kap. 5.7. som gjør den prinsipiell.

²¹ Dag Michalsen, *Det rettsvitenskapshistoriske forskningsfelt i Retfærd* 1999, s. 3–21, særlig s. 16–20 om 'rettsvitenskapelig historisme' og for detaljanalyser Dag Michalsen, *Rettsvitenskapens rettshistorie i TjR* 2002, s. 309–435, særlig s. 323–353.

en 'analytisk' (eller filosofisk) skole i engelsk rettsvitenskap.²² Selv om Austin og Maine representerte idealtypisk to forskjellige rettsvitenskapelige programmer innebar ikke dette at det ene perspektiv utelukket det andre. Til dette kom også debatten om skillet mellom det ideelle og det reelle i to programmene som var del av det å tematisere betegnelsene selv; integrerende tolkninger av de to perspektivene ble ganske snart lansert, og de kom bl.a. fra de sentrale samtidige James Stephen, Stuart Mill og Sheldon Amos. Men skillet forble (semantisk og metodisk) værende som kjennetegn ved engelsk rettsvitenskap, også fordi den tyske historiske skolens reelle og symbolske rolle varte ved.²³

Denne engelske rettsvitenskapelige selvbetegnelsespraksis kan vi også avlese i en tekst skrevet mot slutten av århundret. Som en videreutvikler av de to rettsvitenskapelige definerte identiteter fra tidligere i århundret regnet James Bryce opp fire typer juridiske metoder som gjenspeilte fire ulike rettsvitenskapelige programmer – den metafysiske, den analytiske, den historiske og den komparative metode.²⁴ Bryces mål var å fremheve den historiske og den komparative og diskreditere de to andre som empiriløse rettsvitenskaper. Den metafysiske metoden ga få bidrag til rettsvitenskapen. For etiske eller generelle politiske oppgaver kunne den være av stor interesse, men for den juridiske oppgaven var det lite å hente. Den analytiske metoden hadde også en begrenset verdi. På den ene siden fremholdt programmet opplagte metodiske forholdsregler, på den annen adresserte den lovgiveren snarere enn rettsvitenskapen. Retningen hadde nok hatt en viktig historisk oppgave, bl.a. i kritikken av de arkaiske trekk i engelsk rett på begynnelsen av 1800-tallet, men derved hadde den nå bare "a historical interest".

²² Se inngående om dette Holdsworth, *History of English Law*, 1965, Vol XV s. 341–361, Peter Stein, *Legal Evolution*, 1980, kap. 4 s. 69–98, Schoefield, *Bentham and the Nineteenth-Century English Jurisprudence*, 1991, særlig s. 70–83 og Michael Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence 1760–1850*, 1991, kap 8.

²³ James Stephen, English Jurisprudence i *Edinburgh Review* Vol. CXIV, 1861, s. 456–486 (om Austin og Maine særskilt hhv s. 460–474 og s. 474–481); sml. også K. J. M. Smith, *James Fitzjames Stephen: Portrait of a Victorian rationalist* (1988) s. 46–49 og W. L. Morison, *John Austin*, 1982, s. 148–151. John Stuart Mill, Austin on Jurisprudence i *Edinburgh Review* Vol. CXVIII, 1863, s. 439–482, Stefan Collini, *Public Moralists: Political Thought and Intellectual Life in Britain, 1850–1930*, 1991, særlig s. 263–265. Sheldon Amos, *Science of Law*, 1874, bl.a. s. 4–6, kap IV s. 47–76 om "The Growth of Law".

²⁴ James Bryce, The Methods of Legal Science in *Studies in History and Jurisprudence II*, 1901, s. 172–208.

Bryce fremmet en historisk metode som var juridisk i det den avgrenset seg mot hhv "antiquarianism" og "general political and social history". De særlige metodeinstrumentene som den historiske metoden hadde utviklet var å forklare regler, begreper og prinsipper ut i fra "special conditions in the country or people where the law in question arose". Dette hadde brodd mot den analytiske retningen universelle rettsoppfatning idet retten bare kunne oppfattes som resultat av et kompromiss "between the past and the present"; Bryce så retten som en "living organism" i det "each nation" gjennom sin "Legal Consciousness" var "the maker and moulder of its law". Bare den historiske metoden kunne gjøre jurister i stand til å forstå retten – definisjonen av rettene temporale egenskaper dikterte karakteren av den juridiske metoden. Også den komparative metoden fremskaffet og analyserte et omfattende materiale med sikte på å avdekke felles trekk i historiske og samtidige rettssystemer. I dette lå tre aspekter. Den komparative metoden søkte å konstruere et system "which shall be Natural because it embodies what men otherwise unlike agreed in feeling to be essential". Naturlige utsagn hadde derved en relativ og tentativ karakter. Det andre aspektet var det 'filosofiske'. Metoden gjorde det mulig å komme "below words and names" og derved oppdage "identity of substance under diversity of description". Og endelig måtte den komparative metode ha et praktisk siktemål. Dette fremkom ved å vise til de særskilte virkemidler som "all (or most) systems" trengte for å realisere sine målsettinger. På denne måten førte Bryce flere overleverte betegnelser sammen til en ny omforent rettsvitenskapelig identitet.

I tekstene til Austin, Maine, Bryce og flere andre av samtidige finnes det altså en tydelig diskurs om rettsvitenskapens identiteter – i sentrum stod det historiske kontra det analytiske. Selv om enkelte intellektuelle forutsetningene for skillet kom fra den tyske debatten, var det de engelske kontekstene som ga meningsfylde til betegnelseskampene. Austin utformet nok sitt analytiske program med referanse til både Thibaut–Savigny-striden, men hans eget bidrag var dels så innovativt og dels en viderefortolker av Bentham-tradisjonen at dette samlet ga 'analytisk' ganske andre egenskaper enn det man kunne lese i Thibauts eller Hugos rettsvitenskapelige program. Også Maines historiske program fremstod som meget annerledes enn den tyske parallell i Savigny (selv om det også der fantes en mengde referanser), noe som fulgte av at Maine utvidet den historiske genese til transhistoriske komparasjoner, noe Bryce igjen omformet til et praktisk rettsdogmatisk program. Allikevel kjente de engelske 'historikere' en viss forpliktelse til Savigny, bare i kraft av det helt allmenne identitetskjenne tegn 'historisk'. På den måten ble det

generert temporale forbindelser mellom lands rettsvitenskaper, uavhengig av de mange underliggende forskjeller som også preget dem.

(2) Mitt andre skille angår oppdelingen i en *teoretisk og praktisk* rettsvitenskap, dette er betegnelser som med ulike omfang og variasjon er blitt brukt i bl.a. norsk og tysk rettsvitenskap. Skillet mellom det teoretiske og praktiske har i gitte rettsordninger både reelle og retoriske funksjoner idet det ble brukt til å gi seg selv identitet – og ikke minst – å gi den andre en pejorativ identitet. Dikotomien praktisk/teoretisk var da også en av de mest brukte betegnelser i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet, ofte i så vid betydning at det ikke hadde særlig presis referanse. 1700-tallets 'praktische Jurisprudenz' ble på 1800-tallet møtt av andre former for relasjoner av teori–praksis – oftest uten at ordene ble brukt som betegnelse på selve rettsvitenskapelige programmet, men snarere som del av de kvalifiseringer som ble gitt.²⁵ I løpet av 1800-tallet ble forestillinger om det praktiske koblet til 'livet' eller 'det livsnære' i kontrast til det vitenskapelige-teoretiske; dette kunne utløse de rene identitetsdanser der betegnelsernes egenskaper stadig skiftet karakter. I debatten mellom f.eks. germanister og romanister var disse egenskaper en stående bestanddel.²⁶

I norsk rettsvitenskap rundt århundreskiftet ble det også ført interessante debatter om hvorledes egenskapene teori og praksis skulle knyttes til rettsvitenskapelig identitet. I sin kjente artikkel fra 1888 om rettsvitenskapens oppgaver søkte Francis Hagerup å strukturere denne relasjonen slik at hans program om en moderat konstruktiv rettsvitenskap (se også mer straks under) kunne bli realisert.²⁷ Følgelig måtte han gi begrepsparet en særskilt meningstilordning. Med praksis siktet Hagerup til enhver praktisk anvendelse av rett, om enn særlig domstolspraksis stod sentralt. Målet var – slik det lød i neste alle rettsvitenskapelige selvbilder – å angi hvilke metodiske betingelser som måtte foreligge for at teori og praksis skal kunne "virke gjensidig befruktende paa hindanden".²⁸ For å oppnå dette gjennomførte Hagerup det retoriske grep å etablere visse former av 'teori og praksis' – relasjonen som

²⁵ Grunnleggende Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" an der Wende zum 19. Jahrhundert*, 1979, s. 36 flg og 168 flg.

²⁶ Se de mange referanser hos Joachim Rückert, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802–1880*, 1973, bl.a. s. 27 flg. og s. 244 flg.

²⁷ Francis Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter i *TfR* 1888, s. 1–58.

²⁸ Se for det følgende Hagerup, *Den nyere Retvidenskab*, s. 44.

forkastlige, andre som anbefalelsesverdige. Og denne operasjonen skjedde på nivå av den allmenne identitetsdannelse: hvorvidt de forkastlige formene faktisk ble praktisert i rettssystemet eller ei var ikke tema.

Hagerup delte teori/praksis inn i to nye inndelinger: det fantes en teoretisk og praktisk praksis, og det fantes en teoretisk og praktisk teori. Dette skillet bygget igjen på at det var en forskjell mellom teoriens og det praktiske livs oppfatning av teori/ praksis-sketlet: oppfatning i praksis av teorien (dvs. 'det praktiske livs' forståelse av praktisk teori) innsnevret for Hagerup teoriens arbeidsoppgaver og dermed vitenskapelighet: det "hersker ... hos vor Praxis endnu altfor meget den Forestilling, at kun den Teori er 'praktisk' ... som kasuistisk udvikler og kommenterer de gjældende Love saaledes, at Praxis kan finde Udtalelser, der direkte og mekanisk lader sig anvende paa de mødende Tilfælde". Dermed dannes det en praksis som ikke inkluderte teori i ordets vitenskapelige forstand; det ble en praktisk praksis uten innslag av tematisert teori. Denne posisjonen hang igjen sammen med en tilsvarende innskrenkende oppfatning i teoriens selvilde overfor praksis: den har "i altfor høi Grad været tilbøielig at betragte sin hele Opgave som tilendebragt, naar et Præjudikat havde 'løst' et Spørgsmaal". Hagerups ideell mål var imidlertid et langt mer integrert avhengighet mellom teoriens bruk av praksis og praksis' bruk av teorien. Det gjaldt å formulere den riktige koblingen av teoretisk praksis og praktisk teori. Dermed ville heller ikke teori og praksis bli oppfattet som "to grundforskjellige Virksomheder", men de ville kunne hente bestemte egenskaper av hverandre som gjorde dem i stand til bedre å realisere sin respektive funksjoner.

Å identifisere rettsvitenskapens egenskap gjennom relasjon av teori og praksis tangere et annet skille som er blitt oppstilt ganske nylig av Sverre Blandhol, både for rettsvitenskapshistorisk forskning og for mer aktuell bruk. Det dreier seg om skillet mellom en *pragmatisk og formalistisk* rettsvitenskap, ment som betegnelser for fortidige og nåtidige eksisterende rettsvitenskapelige retninger, i idealtypisk forstand. Blandhol knytter flere kriterier til pragmatismebetegnelsen, bl.a. anti-fundamentalisme, anti-formalisme, retorisk språkoppfatning, moderat skeptisisme, pluralisme og kontekstualisme.²⁹ Det dikotomiske i definisjonen er selvsagt også rettet mot den motsatte idealtypisk forståtte rettsvitenskap, den formalistiske. Denne oppdelingen kan også godt betraktes som uttrykk for skillet mellom det praksisorienterte og teoriorienterte: Blandhol definerer Ørsted og Schweigaard nett-

²⁹ Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, ms 2003, kap 1.5.

opp som pragmatister i deres egenskap av bl.a. å velge bort aksiomatiske vitenskapsmodeller og la kontingent praksis strukturere vitenskapelige oppgaver og metoder.³⁰ Denne dikotomi av nødvendighet og kontingens har vært en sentral identitetsprodusent i rettsvitenskapen, om enn gjennomgående har det rettsvitenskapelige hegemoni etter 1800 mer fokusert på kontingens enn nødvendighet; iallfall synes nettopp aksept av rettslig kontingens i ellers aksiomatiske systemer å indikere dette.

(3) Intet sted ble dette intrikate metaspråk om rettsvitenskapelig identitet (i form av inklusjon og eksklusjon av det ønskelige og det ikke-ønskelige) som fenomen i seg selv diskutert som i debatten om den såkalte *'begręps-jurisprudens'* (*'Begriffjurisprudenz'*), som også har hatt den noe videre – og mer sympatiske – betegnelsen *'konstruktivisme'* – eller i den mer substantiverte form – *'den konstruktive retningen'*. Konstruktivisme og *begręps-jurisprudens* er i uttallige metodetekster fra før århundreskiftet og frem til i dag blitt kontrastert med en rekke rettsvitenskapelige retninger som alle definerte seg mot den egenskap av formalisme og logikk som ble tilskrevet konstruktivisme – det være seg *'sosiologisk'*, *'friretslig'*, *'interessejurisprudens'*, *'rettsrealisme'* eller andre betegnelser som ville (og vil) begrepsfeste det faktisk-empiriske og det av-objektiviserende i betegnelsesapparatet som ledsaget de rettslige tolkninger. Iherings lenge forberedte lansering av betegnelsen *'begrępsjurisprudens'* i 1884 var like spektakulær som lanseringen av historiebetegnelsen rett etter 1800, om enn med motsatt fortegn.³¹ Et av de interessante trekkene ved historien til *'begrępsjurisprudens'* er nettopp betegnelsens funksjon av enhetsstiftende identitet i en uoverskuelig historisk tekstmasse som i tid omfatter meget av metodedeletter fra slutten av 1800-tallet og langt inn på 1900-tallet. Og denne oppgave retter seg mot en tekstmasse som først og fremst viser stor variasjon både hva betegnelsen *'begrępsjurisprudens'* sikter til og ikke minst hvilke funksjoner betegnelsen ble gitt i forskjellige sammenhenger. Innen rammen av skiftende metodiske og ideologiske hegemonier har *'begrępsjurisprudens'* blitt en takknemlig fi-

³⁰ Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, ms 2003, kap. 4 og 5.

³¹ Grunnleggende nå om tema *begrępsjurisprudens* er Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die "Begriffjurisprudenz"*, 2004, for den historiske analysen av betegnelsen i tyskspråklig område se s. 26–112. Se også to tidligere viktige studier som historiserer temaet – Maximilliane Kriechbaum, *Dogmatikk und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, 1984, og Ulrich Falck, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffjurisprudenz*, 1989, se ellers litteraturanalysen hos Haferkamp s. 5–25.

gur som langt på vei har mistet sin historiske referanse (hvis den overhodet hadde en slik) – og det er blitt et generalisert medium for å konstatere det rettsvitenskapelige forkastlige.

På samme måte som skillet mellom det analytiske og det historiske ble også Iherings skille mellom den logiske (konstruktive) og den teleologiske (samfunnsrelaterte) metode tematisert og integrert i nordisk og norsk rettsvitenskapelig metodekanon.³² Betegnelsesapparat som 'begrep', 'begrep-sutvikling', 'konstruksjon', 'system', 'formallogisk', 'sosial', 'formål' inngikk i identitetskjennetegnene. Lars Björne har vist hvordan de nordiske metodetekstene knyttet rettsvitenskapelig identitet til det å inkludere og ekskludere på samme tid det konstruktive og det sosiale; det gjaldt å unngå "misbrukene" som en noe svevende Fredrik Stang kunne skrive, uten å si hva dette kunne være.³³ Hagerup – som knyttet sitt rettsvitenskapelige programs identitet til 'den konstruktive skole' – fremholdt denne dobbelthet av inklusjon og eksklusjon, av det å formulere metodenivået som et valg man gjør av begge goder uttrykt gjennom 'begrep' og 'samfunn'.

Hagerup måtte følgelig rekonstruere en Ihering som forenlig med sitt rettsvitenskapelige program: "En saadan Opgivelse af den juridiske Begrebskonstruktion, der vilde betyde intet mindre end Opgivelse af det, der giver den dogmatiske Retsforskning dens videnskabelige Karakter og i siste Instans betinger vor Evne til at beherske og overskue Retsstoffet og derigjennem ogsaa Sikkerheden og Letheden i dettes praktiske Anvendelse, en saa absurd Tanke er naturligvis ganske fjern fra Ihering." I dette inngikk det å drøfte spørsmålet om rettsreglers formål (f.eks. deres økonomiske eller samfunnsmessige) hadde betydning ved rettsvitenskapelige konstruksjoner av begreper på grunnlag av gjeldende rettsregler – en teleologisk eller logisk begrepsdannelse? Hagerups hovedsynspunkt var at skillet mellom begreper må skje "fordi det gjælder forskjellige Regler", ikke fordi "de forfølger forskjellige økonomiske Formaaler". En juridisk konstruksjon som bygger på noe annet enn lovgivningens uttrykkelige bestemmelser kunne ikke ivareta formidlingsfunksjonen av gjeldende rett og en teleologisk begrepsdannelse ville innebære at teleologiske hensyn indirekte ble ført inn som rettskilde ved rettsanvendelsen. I lesingen av Hagerups tekster om metodeintegrasjon merkes at de er blitt skrevet under det tiltakende metodiske hegemoni som ikke lenger

³² Grunnleggende Lars Björne, *Den konstruktiva riktningen. Den nordiske rättsvetenskapens historia*. Del III 1871–1910, 2002, kap. III *passim*.

³³ Fr. Stang, *Indledning til formueretten*, 1911, s. 133–135 (s. 135).

programmatisk fokuserte på begrep og system som det fremste ved den rettsvitenskapelige identitet. Men denne vendingen innebar selvsagt ikke at slike systemhensyn ble irrelevante; i identitetsprosessene ble de bare skjøvet til side til fordel for ord og uttrykk som refererte seg mer til rettens sosiale mekanismer enn til de interne rettssystematiske. Og å diagnostisere diskrepansen mellom rettsvitenskapelige betegnelser og den faktiske praksis forblir meget vanskelig.

Disse debattene foregikk i modernismen tegn: 'moderne' var et sentralt ord – om enn et flyktig og motsigelsesfylt identitetskjennetegn – selv om det i den konkrete betegnelsesbruk nok kunne være forklarende i sitt programmatisk uttrykk.³⁴ Ett siste blick, nå på amerikansk rettsvitenskapshistorisk forskning, viser bl.a. hvordan betegnelsen "classical" og "modern" er blitt brukt side om side for å begrepsfeste den amerikanske versjonen av den konstruktive retningen definert gjennom egenskaper ved retten som selvforstått autonomi, objektivitet og nøytralitet; Oliver Holmes pragmatisme må da forstås som et første brudd på denne retningen.³⁵ Modernitetens flertydighet ført imidlertid også med seg en mer omfattende bruk – som når ordet "modern" anvendes for å fange inn både den begrepsjuridiske retning (C.C. Langdell) og den noe senere konkurrerende pragmatiske samfunnsorienterte retning.³⁶ Da fjerner man seg fra det å betrakte rettsvitenskapelig praksis – og følgelig dens betegnelses- og identitetsdiskurser – på et detaljnivå. Både de konstruktive og de samfunnsorienterte retninger kan da godt betraktes som funksjonelt sett uttrykk for et felles metodisk grep, som en metodisk modalitet av den sammensatte rettslige modernitet.³⁷

³⁴ I England knyttet Fr. Pollock modernitetskriteriet til romersk rett, abstraksjon og rettslig universalisme og sluttet at romersk rettstenkning "are already more modern and abstract than ours" dvs den til Common Law se Fr. Pollock, Vocation of the Common Law i *Law Quarterly Review* 1895, s. 323–336 (her s. 331). Fra italiensk rettsvitenskap ble betegnelsen 'moderne' brukt noe annerledes gjennom "modernismo giuridico" som bl.a. Cesarini Sforza i 1912 kalte sin respons til frirettsbevegelsen, se Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860–1950*, 2000, s. 102–108. På samme måte definerte Gunnar Astrup Hoel sitt rettsvitenskapelige program som "den moderne rettsmetode" og som signaliserte overgangen fra "Konstruktionsmetode til Beslutningsmetode", se Astrup Hoel, *Den moderne Rettsmetode*, 1925, s. 9 flg. og 101 flg., sml. også Sverre Blandhol, Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrups Hoels forfatterskap i *TjR* 2004, s. 1–19 (her særlig s. 7–8).

³⁵ William M. Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought. Law and Ideology in America 1886–1937*, 1998, bl.a. s. 175 flg.

³⁶ Slik f.eks. Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, 1995, s. 13 flg.

³⁷ Se særlig Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, kap 8 (se særlig s. 384–393).

IV Avslutning

Er det da bare et tilfeldig forhold mellom rettsvitenskapelig praksis og de rettsvitenskapelige identitetsbetegnelser, mellom det som betegnes og tegnet? Hvis forskjellen mellom praksiser i 'realiteten' ikke er så stor – er da forskjellene i denne rettsvitenskapelige praksis bare modaliteter av de enkelte rettssystemers nokså likartede struktur og virkemåter? Hvis Puchta ikke var en representant for begrepsjurisprudens og Hagerup ingen konstruktivist, eller hvis Fr Stang ikke var frirettsforfatter – hva skiller da disse forfatternes rettsdogmatiske argumentasjon fra hverandre? Utvilsomt er det en god del tilfeldigheter i relasjonen mellom på den ene siden identitetsdiskursens utforming uttrykt i selvbetegnelser og på den annen side karakteren av den rettsvitenskapelige praksis. Identitetskjennetegn er derfor ikke avgjørende for vår tolkning av den rettsvitenskapelige praksis, men den er – når den engang er blitt knyttet som et navn til denne praksis – også uløselig bundet til våre tolkninger, enten bekreftende, avvisende eller undersøkende. 'Den konstruktive skoles' rettsvitenskapelige praksis uttømmes selvsagt ikke gjennom de egenskapene som ligger i den konstruktive skoles egen identitetsdiskurs (begrep, system, etc.). Men denne diskurs vil allikevel være viktig for både retningens egen og andres oppfatning av karakteren til den rettsvitenskapelige praksis. Over tid genererer imidlertid dette relasjonsspillet av betegnelse/identitet og rettsvitenskapelig praksis det som Jacques Derrida har kalt "utsettelse av mening": den uopphørlige bevegelse i de rettsvitenskapelige selvidentiteter viser til det foreløpige og motsigelsesfylte i all identitetsdiagnose – når Hagerup formulerer sin konstruktivistiske posisjon gjør han det i en tekst som samtidig rommer de beste argumenter mot konstruktivismen selv.

En annen måte å betrakte likheter og ulikheter i rettsvitenskapelig praksis er å forstå det som utslag av stil som artikulterer et bestemt vitenskapsspråk og vokabular, skapt av tid og sted. Rettsvitenskapelige tekster er også litteratur og som derfor også kan undersøkes gjennom estetiske kategorier, slik som 'stil'. Stil finnes både nomotetisk som en epokes stil og idiografisk som en enkeltforfatters stil – mellom disse kategoriene kan det være spenninger av forskjellig slag.³⁸ Språkets rolle i de rettsvitenskapelige tekstene er en viktig bestanddel i det som blir definert som og oppfattet som identitet, og det er følgelig glidende overganger mellom rettsvitenskapelig *stil* og

³⁸ Se et eksempel på dette Jens Evald, *Ragnar Knoph*, 2003, s. 86–92.

rettsvitenskapelig *mening*: Savignys litterære stil hentet meget av sin kapital fra den tyske idealistiske filosofiske språkføring som samtidig representerte et viktig meningsskikt i hans tekster. Men 'alt' er ikke bare tegnspill og litterær stil: Utover identitetsdiskursens estetiske og kulturelle karakter griper også det institusjonelle aspekt inn gjennom rettssystemets og rettsideologiens samfunnsfunksjoner i det den materielle struktur derved også er med på å forme rettsvitenskapelige identiteter.

Disse observasjonene har også føringer på det vi kan kalle den rettsvitenskapshistoriske metode. Det rettsvitenskapshistoriske normative i historiene til den rettsvitenskapelige identitetspraksis ligger i det doble i å både akseptere og ikke akseptere slike fortidige betegnelser. Særlig problematisk er nok kanskje en fortsatt bruk av de fortidige betegnelser som er dannet i polemiske situasjoner, og vi kan spørre hvor heldig det er historisk å generalisere slike selvbeskrivelser som historisk identiteter (selv om dette bare gjøre på et semantisk nivå)? De to store retninger på 1800-tallet – den historiske skolen og den konstruktive retningen – skulle vi heller finne andre betegnelser som ikke i så stor grad imiterer fortiden og som heller uttrykker en historisk refleksjon som denne fortid selv ikke kunne ha? På den annen side er dette historiske betegnelsesapparatet del av det rettsvitenskapelige tekstkorpus og tradisjon, og følgelig vil det være del av den rettsvitenskapshistoriske tematisering. Uansett kommer vi ikke utenom det å bruke rettsvitenskaps-historiske representasjoner i vår begrepsfesting av de fortidige temporale enheter, og som gjennom våre tolkninger fortettes til identiteter.