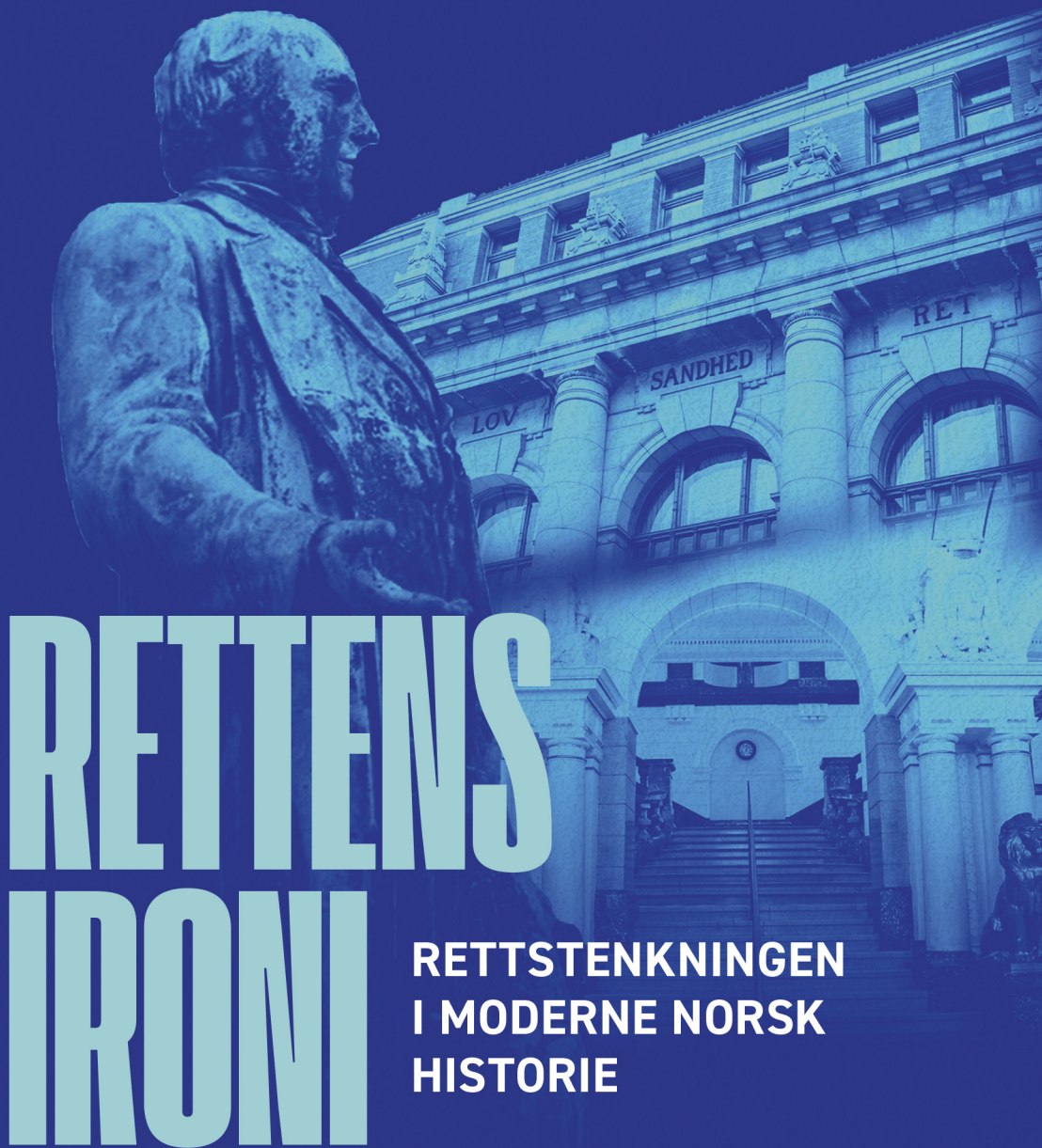


RUNE SLAGSTAD



RETTENS IRONI

RETTSTENKNINGEN
I MODERNE NORSK
HISTORIE

CAPPELEN DAMM AKADEMISK

RUNE SLAGSTAD

Rettens ironi

Rettstenkningen i moderne
norsk historie

ÇAPPELEN DAMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2024

Denne boka ble først utgitt av Pax forlag i 2001, og i nye utgaver i 2011 og 2015.
Denne utgaven er sterkt utvidet.

ISBN 978-82-02-80878-5

1. utgave, 2024

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Enhver bruk av hele eller deler av utgivelsen som input eller som treningskorpus i generative modeller som kan skape tekst, bilder, film, lyd eller annet innhold og uttrykk, er ikke tillatt uten særskilt avtale med rettighetshaverne.

Bruk av utgivelsens materiale i strid med lov eller avtale kan føre til inndragning, erstatningsansvar og straff i form av bøter eller fengsel.

Omslagsdesign: Miriam Edmunds
Omslagsfoto: Adobe stock (statue), Trond Solberg/ VG / NTB (trapper),
Gorm Kallestad / NTB (eksteriør)
Sats: Type-it AS, Trondheim 2024
Trykk og innbinding: CPI Books GmbH, Tyskland, 2024

www.cda.no
akademisk@cappelendamm.no



TIL MINNE OM MINE FORELDRE
FRIDA SLAGSTAD (1906–67)
LEIV SLAGSTAD (1907–93)

INNHold

FORORD	9
I. PERSPEKTIVER	
1. På sporet av det rettsliberale.	15
2. Jussen i de skiftende kunnskapsregimer	33
3. Den forsømte sedeligheten	71
II. DE JURIDISKE STRATEGER	
1. Professorpolitikkerne: fra Henrik Steenbuch til Fredrik Stang d.y.	129
2. Venstre-juristen: Paal Berg	138
3. Nyttetenkningen og dens rettsliberale grense: Ragnar Knoph, Torstein Eckhoff og Frede Castberg	148
4. Jussens feministiske fornyer: Tove Stang Dahl	168
5. Høyesterett i det postnasjonale: Tore Schei <i>(med Anine Kierulf)</i>	173
III. RETT OG POLITIKK – ET LIBERALT TEMA MED VARIASJONER	
1. Tre motiver	181
2. Utilitarisme og naturrett: norsk rettstenkning fra Schweigaard til Seip	190
3. Liberalismen og dens machiavelliske kritikere	237
4. Rettens legitimitet	267
5. Politikkens legitimitet	300
6. Liberalismen i sosialdemokratisk kontekst	341
7. Motinnlegg: Francis Sejersted, Jens Arup Seip, Johs. Andenæs – og et tilsvaer	368

IV.	RETTSLIBERALISME	
	1. Linjer i Høyesteretts historie 1815–1945	413
	2. Prøving retten i det norske system	424
	3. Høyesteretts institusjonelle egenart	449
	4. In Defence of Constitutionalism	455
	5. Individ og stat i moderne politisk filosofi	478
	6. Liberalisme og populisme: Hannah Arendt og Carl Schmitt	489
	7. Feminismen som normativ teori	499
	8. Fremmedgjøring som frigjøring	513
V.	STYRINGSREFORMISME	
	1. De politiserende embetsmenn	531
	2. Norsk rettsrealisme etter 1945	556
	3. Styringsvitenskap – ånden som går	571
	4. En postdemokratisk avantgarde?	598
VI.	INTERVENSJONER	
	1. Flytende rettstenkning (med Anine Kierulf)	611
	2. Farvel til Høyesterett?	616
	3. Om Schweigaards rettspragmatisme	620
	4. En fornyelse av norsk retts sosiologi	627
	5. Min vei til Frederik Stang	633
VII.	EN KONTROVERS	
	1. En liberal marxisme?	643
	2. Motinnlegg: Tove Stang Dahl, Helga Hernes, Thomas Mathiesen	656
VIII.	KONKLUSJON	
	Rettens ironi	671
	NOTER	681
	HENVISNINGER	761
	NAVNEREGISTER	767

FORORD

«Ligesom Philosophien begynder med Tvivl, saaledes begynder et Liv, der skal kaldes menneskeværdigt, med Ironi», fremholdt Søren Kierkegaard i *Om Begrebet Ironi* (1841). Ironien viste for Kierkegaard til uvishheten som fundamentalt trekk ved menneskelivet – uvishhet om nåtid og fremtid. Kierkegaards bakgrunnsfigur var Sokrates, som var beveget av ironi i ordets athenske betydning: den utspørrende handling. Sokrates var en filosofisk ironiker, hvis provokasjon var at det eneste han forega å vite, var at han intet visste. Den sokratiske ironi er kritisk, antiautoritær – den utspør alt. For Kierkegaard lå løsningen i spranget over i troens visshet – fra tankens Sokrates til troens Kristus. Løftet over fra den private til den offentlige sfære peker Kierkegaards ironi mot det flyktige, det tilfeldige, det tvetydige, den permanente tvil i det moderne samfunn omkring dets normer, regler og institusjoner. Ironien er ikke bare begynnelsen, den er en del av det moderne hvor tradisjonens entydighet ugjenkallelig er brutt. Det er i denne situasjon retten i dens liberale versjon tilbyr en løsning – en evig provisorisk løsning. Den liberale retten er den offentlig institusjonaliserte ironi; den stabiliserer uvishheten uten å oppheve den. Det moderne samfunn har opplevd flere storstilte redningsforsøk overfor modernitetens ironiske uvishhet: fascisme, stalinisme og religiøs fundamentalisme i ulike varianter. Ingen av dem innstifter et samfunnsliv vi vil kalle «menneskeværdigt». Disse ideologiske bevegelsene har et fellestrekk i dette: eliminering av rettens ironi, av det åpne samfunns institusjonaliserte liberalitet.

Et menneskeverdig liv begynner med sokratiske ironi – og ender med sokratiske alvor: Hvordan samlever vi? Vi lever i valgets republikk. Vi har markedets valg. Vi har politiske valg. Vi

velger religion, yrkesbane og livsstil. Men i det liberaldemokratiske samfunn er rettssystemet de andre friheters mulighetsbetingelse. Retten er tvingende i samfunnslivet, den er med Kants formulering en «tvang til frihet», men en rett som skal gi lik beskyttelse for forskjellighet. Ved rettens enhetlige normsystem lærer vi å leve med uenighet, forskjellighet og disharmoni på en sivilisert, aksepterende måte. Tukler vi med sikringene til det frie samfunn, kan det bli mørke midt på dagen.

Min jakt på den rettsliberale tradisjon i norsk kontekst er av jusprofessor Morten Kinander blitt karakterisert som «en jakt på nåla i høystakken». Hans poeng er at den rettsrealistiske nytetenkningen har vært en gjennomgående og i perioder ganske dominerende posisjon i norsk rettsliv. Det er også mitt poeng, men med den vesentlige tilføyelse at en rettsliberal orientering tidvis har vært en reelt eksisterende, underkommunisert motstrøm. Begge disse to orienteringene hører med i det historiske og samtidige bilde av norsk rettstenkning: Spenningen mellom en mer eller mindre nytteorientert styringsjus og en mer eller mindre rettsliberal rettighetsjus har vært gjennomgående i det norske system siden det tidlige 1800-tall, om enn med ulik intensitet. Det er en spenning som er en grunnleggende del av vårt rettssystem – og bør forbli det. En viktig ambisjon med *Retten i ironi* har overhodet vært å belyse rettens egenart som samfunnsinstitusjon: en form for ikke-gudgitt, menneskeskapt magi – med en forunderlig siviliserende virkning. Det viser til rettens dobbeltkarakter: både sosiologisk faktum og normativ idealitet.

Retten i ironi, som tidligere har kommet i flere utgaver, foreligger her i en sterkt utvidet utgave. Med denne nye utgaven har *Retten i ironi* rykket nærmere *De nasjonale strateger* (1998), som også utkommer i 2024 med et nytt aktualiserende etterord. *Retten i ironi* har med sine nye kapitler, særlig del I og del II, i enda tydeligere grad blitt en fremstilling av de skiftende regimer fra embetsmannsstaten via venstrestaten til arbeiderpartistaten og med en utdypning av et postsosialdemokratisk regime. I *Retten i ironi* er det rettslivets utvikling, fremfor alt rettstenkningen, som er selve omdreiningspunktet. Det tydeliggjøres ved nyttegavens undertittel: «Rettstenkningen i moderne norsk historie». I del I og dens tre kapitler søker jeg å skissere min prinsipielle posisjon: «På sporet av det rettsliberale» rekonstruerer den rettsliberale tradisjon fra 1814 til i dag. «Jussen i de skiftende kunnskapsregimer» utdyper tanken om kunnskapsregimer som jeg i sin tid lanserte i *De nasjonale strateger*. «Den forsømte sedeligheten» illustrerer den historisk-hermeneutiske tilnærming til

den normative tematikk som analysene i *Rettens ironi* og *De nasjonale strategier* beror på. I den historiske gjennomgang rekonstruerer jeg det jeg anser som de bærende verdier i det norske system; «Den forsømte sedeligheten» munner ut i en refleksjon over «reformkompromisset» som det sentrale element i den sosialdemokratiske samfunnsorden. I del II, «De juridiske strateger», overføres til rettslivet idéen om «handlingsideologer» som var sentral i *De nasjonale strateger*: skikkelser som er bærere av rettslig virksom ideologi, tidvis også institusjonelt virksom ideologi. Ulike jurister, fra Henrik Steenbuch og Anton Martin Schweigaard til Tove Stang Dahl og Tore Schei, knyttes ved sin representativitet til de skiftende regimer. Når det gjelder den detaljerte gjennomgang av hvilke kapitler som er nye i denne utgaven, viser jeg for øvrig til «Henvisninger» sist i boken. I to av bokens nye kapitler er Anine Kierulf medforfatter.

I «Rett og politikk – et liberalt tema med variasjoner» (del III), som har dannet et sentrum i *Rettens ironi* og som var min doktoravhandling, diskuteres noen sentrale grunnlagsspørsmål i moderne statsliv via bl.a. Carl Schmitt, Max Weber, Hannah Arendt og Jürgen Habermas. Analysen er organisert rundt tre motiver: det machiavelliske, det aristoteliske og det liberale. Det machiavelliske gjelder politikk som strategisk strid om makt, uavhengig av enhver normativ binding. Mens politikk for Machiavelli var krigens fortsettelse med andre midler, var den for Aristoteles etikkens fortsettelse med andre midler: politikk som striden for det gode liv. Det liberale gjelder politikken rettsliggjøring – overfor det machiavelliske motiv den politiske maktens binding, overfor det aristoteliske den politiske maktens begrensning. – To kontroverser var premissleverandører for avhandlingen: den ene var mellom juristen Johs. Andenæs og historikeren Jens Arup Seip på 1960-tallet om Høyesterett som politisk organ, den andre var rettsstatsdebatten på 1970-tallet mellom Seip og hans historikerkollega Francis Sejersted. Avhandlingen førte til en livlig disputas med seks opponenter (to historikere, en jurist, en sosiolog, en filosof og en statsviter), og blant dem var Andenæs, Seip og Sejersted (III, kap. 7). «En liberal marxisme?» (VII, kap. 1) fremprovoserte skarpe motinnlegg fra bl.a. juristen Tove Stang Dahl, statsviteren Helga Hernes og rettsoskologien Thomas Mathiesen (VII, kap. 2). Min diskusjon av liberalisme og marxisme var utformet med 1970-tallets sosialismediskurs som bakgrunn og pekte fremover mot den rettsliberale fordypelse gjennom de neste tiår. I stedet for et direkte svar til disse tre kan «Rett og politikk – et liberalt tema med

variasjoner» også sees som et langt og ganske omstendelig svar. *Rettens ironi* inngår i en idéhistorisk trilogi med *De nasjonale strateger* og (*Sporten*), nå splittet i to bind: *På sporet av en nasjon* (2023) og *Den meningsløse sporten* (2023). Hver på sin måte prøver disse tre utgivelsene på sine felt – retten, politikken og sporten – å gi et bidrag til en norsk idéhistorie, inspirert ikke minst av to ganske ulike bakgrunnsfigurer: Michel Foucault og Jürgen Habermas.

Bokens kapitler er utformet over en periode som spenner over flere tiår, og jeg har, bortsett fra enkelte redaksjonelle detaljer, latt dem stå slik de i sin tid ble formulert. *Rettens ironi* blir derved også en slags rapport om en intellektuell reise. Jeg ber om overbærenhet for at det i en bok av denne karakter ikke er til å unngå at det vil forekomme en og annen gjentakelse. Institutt for samfunnsforskning har siden studenttiden vært mitt viktigste akademiske tilholdssted, og slik er det fortsatt. *Rettens ironi* er tilegnet minnet om mine foreldre som hadde erfart den liberale rettsstatens uunnværlighet.

Berlin, april 2024,
Rune Slagstad