

Sigurd Østrem – et fortrenget navn i norsk rettskildelære

ERIK M. NESLAND, FØRSTEAMANUENSIS, DR. JURIS, UNIVERSITETET I AGDER¹

Abstract: This article is based on central works of the almost forgotten Norwegian legal scientist Sigurd Ostrem. After a turbulent process 1940-1941, Ostrem ended up taking a position as NS-docent in legal science at the University of Oslo, a position he held until 15 of may 1945.

The article focuses on Ostrem's position as NS-docent. I also focus on Ostrem's view on legal basis values, constitutional rights and protection of property, questions related to the sources of law and the application of legal sources. On this basis the scope of the article will be to make clear what we might call Ostrem's concept of law.

Keywords: Legal theory and legal scientific history, legitimacy of law, constitutional rights and protection of property, legal sources, interpretation of law and legal reasoning.

1 Innledning

Formålet med artikkelen er dels å analysere Sigurd Østrem's syn på grunnspørsmål vedrørende rett og rettskildelære. Dels er formålet å undersøke forhold knyttet til hans opptreden som dosent ved Universitetet under krigen. I artikkelens første hoveddel redegjør jeg for hvorfor Sigurd Østrem ble et fortrenget og nesten glemte navn i norsk rettskildeteori, se punkt **Fejl! Henvisningskilde ikke fundet..** I artikkelens andre hoveddel foretar jeg en analyse av Østrem's rettssyn. Den første problemstillingen som undersøkes i andre hoveddel omhandler hans syn på rettens sosiale verdigrunnlag, se punkt 0. I punkt 0 analyseres Østrem's kritiske syn på borgerlige rettighetsbestemmelser som Grunnloven § 105. Emnet for undersøkelsen i punkt 0 er Østrem's frirettslige rettskildelære. I nær sammenheng med den analysen følger punkt 0 som gjelder felles rettssikkerhetskrav for all rettsskapning som skjer uavhengig av en demokratisk valgt lovgiver.

Sigurd Østrem ble født i Kristiania 11. april 1884 og døde samme sted i 1954. Han tok examen artium på latinlinjen ved Aars skole, anneneksamen på Voss, og juridisk embetseksamen våren 1910. Deretter fortsatte Østrem å undersøke

1 Artikkelen er en bearbejdet versjon av prøveforelesning over oppgitt emne. Jeg vil gjerne takke Terje Abusland og Alf Petter Høgberg for viktige råd og innspill.

spørsmål som under studiet hadde opptatt ham. Det var «nutidens sociale og økonomiske problemer som sysselsatte mig, i forbindelse med det studium av offentlig rett som min tjeneste i centraladministrasjonen gav impulser til» (Østrem, 1927 s. 418). Østrem disputerte for den juridiske doktorgrad på avhandlingen *De kollektive arbeidskampe efter norsk ret* i 1926.² Formålet var å gi en analyse av brytningsforholdet mellom bedriftseiere og arbeidere «paa grundlag af vor nuværende produktionsordning», samt å belyse sammenhengene mellom de økonomiske lover på en side og hensynet til arbeidernes rettigheter på den andre (Østrem 1925, forordet). Østrem var dessuten tilknyttet riksrevisjonen som førstesekretær i mellomkrigstiden, og han mottok stipend fra Nansenfondet i perioden 1933-1935 (Østrem 1952, s. 186). Nevnes kan også at S. Østrem var en eldre bror til den mektige NS-medisinaldirektør Thorleif Østrem. Som leder av Helseavdelingen i Innenriksdepartementet styrte og administrerte Th. Østrem hele helsevesenet i Norge under krigen.

I 1933 konkurrerte Østrem med Carl Jacob Arnholm om det professorat i rettsvitenskap som var blitt ledig etter Fredrik Stang. Bedømmelseskomitéen fant Arnholms og Østrems arbeider tilfredsstillende, og tilsetningssaken måtte avgjøres etter avholdte prøveforelesninger. Komitéen anså Østrems pedagogiske kvalifikasjoner som mindre tilfredsstillende enn Arnholms, og besluttet derfor å innstille sistnevnte til stillingen. I en senere konkurranse om det professorat som ble ledig da Nikolaus Gjelsvik gikk for aldersgrensen i 1936, hadde Østrem forbedret sine pedagogiske kvalifikasjoner. Da ble det imidlertid ikke avholdt forelesninger idet komiteen innstilte den meget yngre kristiansanderen Kristen Andersen til stillingen. Johs. Andenæs, Trygve Leivestad og Alex Rein søkte 31. mars 1940 stilling som dosent ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. De nazistiske myndighetene blandet seg imidlertid inn i søknadsprosessen, på en måte som endte med at Østrem i juli 1941 ble tildelt dosenturet i rettsvitenskap (Amundsen 1961, s. 101-103).

2 NS-dosenten ved Det juridiske fakultet

2.1 Problemstillingen

Fremstående norske jurister henviste til Østrems rettsvitenskapelige arbeider i mellomkrigstiden. Se eksempelvis Paal Berg i *Arbeidsrett* fra 1930.³ Det samme gjør

2 Anm. av Troels G. Jørgensen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1926 s. 445-454.

3 Se nærmere Berg, *Arbeidsrett*, Oslo 1930 s. X, s. 30 og s. 138, s.171-172, s. 181, s. 188, s. 190, s. 195, s. 197-198, s. 199, s. 240 og s. 250-251.

Arnholm i sin *Lærebok i familierett* fra 1936.⁴ Etter sommeren 1945 kommer det et skille: Heretter finnes det praktisk talt nesten ingen eksempler på henvisninger til Østrem's juridiske arbeider. Grunnen til det er åpenbar. Det har sammenheng med Østrem's nazisympatier under krigen. Jeg har valgt å trekke frem noen markante fakta for å illustrere årsaker til glemnelsen som fulgte: Tilsettingssaken som »dosent«, hans bidrag til opprettholdelsen av anmeldelseforbudet av Andenæs' avhandling *Straffbar unnløstelse* fra 1942, samt medlemskapet i Quislings norske nazistparti Nasjonal Samling.⁵

2.2 Ansettelsessaken

Didrik Arup Seip som var Rektor ved Universitetet i Oslo 1937-1941 beskriver treffende den høyst uortodokse og klanderverdige tilsettingssaken av Østrem som »dosent« i boken *Hjemme og i fiendeland* (Seip 1946, s. 192).

Didrik Arup Seip som var Rektor ved Universitetet i Oslo 1937-1941 beskriver treffende den høyst uortodokse og klanderverdige tilsettingssaken av Østrem som »dosent« i boken *Hjemme og i fiendeland* (Seip 1946, s. 192).

»Lenge hadde det stått ledig et dosentur i rettsvitenskap, som kollegiet hadde innstilt nåværende professor Johs. Andenæs til. Kirkedepartementet hadde uten at Universitetet visste noe om det, forelagt saken for N.S.-personalkontor, og Andenæs var ikke blitt godkjent. I brev av 18. juni ba Kirkedepartementet kollegiet gi en uttalelse om dr. jur. Sigurd Østrem, som departementet ville utnevne til den ledige stilling. Brevet kom til Universitetet først 25. juni. I en telefonsamtale med professor Hans Skarphagen, som da var ekspedisjonssjef i Kirkedepartementet, sa jeg saken måtte forelegges »Det juridiske fakultet«, og at vi ikke kunne gi svar før i begynnelsen av høstsemesteret. Jeg fikk nærmest grov kjefte til svar.«

Avskrift av Seips uttalelse til Kirkedepartementet er inntatt i dokumentliste 8, dokument nr. 2 (vedlegg datert 30. juni 1941) hvor det bl.a. fremgår at ansettelsen etter Universitetsloven ikke kunne gjennomføres før Universitetet gav innstilling. Andre relevante dokumenter er Seips uttalelse om Østrem's opptreden ved Universitetet under krigen, dokumentliste nr. 10, dokument nr. 3. Se videre dokument nr. 28 Innstilling til Det akademiske kollegium vedrørende dosentursaken, samt dokument nr. 27 Avhørsrapport av Byråsjef Dagfinn Værn i Kirkedepartementet.

Imidlertid besluttet Kirkedepartementet allerede 27. juni 1941 å ansette Østrem til stillingen som dosent. Det var da den første katastrofe ved Universitetet i Oslo

4 Se henvisningene til Østrem, Arnholm, *Lærebok i familierett*, Oslo 1936 s. 14, s. 183, s. 190, s. 212, s. 233 og s. 241. Østrem nevnes faktisk også (på s. 13) i den reviderte utgaven fra juni 1945.

5 Straffesaksdokumentene i anledning Østrem's opptreden under krigen er arkivert ved Riksarkivet: Landssviksak, Oslo Politikammer, Forelegg, Anr. 6554 – Sigurd Østrem. Alle henvisninger til dokumenter i det følgende referer seg til den straffesaken.

skjedde, når det ble klart at Østrem aksepterte tilsettingen og ble sittende i stillingen (Seip 1946, s. 193, se også Fure 2007, s. 183). Uttalelsen fra Seip vitner om hvordan Østrem's opptreden i striden om dosenturet ble oppfattet som grovt svikaktig overfor sine kollegaer ved fakultetet. Dette understøttes også av Johs. Andenæs sin omtale av ansettelsesprosessen i boken *Et liv blant paragrafer* fra 1987. Andenæs skriver der at stillingen ble besatt »av en NS-mann som ikke var blant søkerne, dr. juris Sigurd Østrem« (Andenæs 1987, s. 55). Men også studentene viste sin forakt overfor Østrem's samarbeid med nazistene. De svarte med å boykotte hans forelesninger (Augdahl 1946, s. 2, Amundsen 1961, s. 103, Fure 2007, s. 128).

2.3 Anmeldelsesforbudet

Som et uttrykk for datidens åndsterrorisme fremheves dertil Østrem's svikaktige bidrag til forbudet mot å anmelde Andenæs sin doktoravhandling *Straffbar unnløstelse* fra 1942. I flere passasjer hadde Andenæs stilt seg kritisk til utviklingen i Hitler-Tyskland. Derfor hadde Kulturdepartement nedlagt »forbud mot at boken ble anmeldt eller reklamert for« (Andenæs 1987, s. 56). Det eiendommelige i denne sammenheng er at Sigurd Østrem takket ja til en forespørsel fra Kulturdepartementet i 1942 om å avgi en »faglig« betenkning vedrørende behovet for et evt. fortsatt forbud mot anmeldelse av Andenæs' *Straffbar unnløstelse*. Med overlegg gikk Østrem inn for å tukte de kritiske analysene Andenæs hadde gjennomført bla. vedr. strafferettens utvikling i Tyskland.

Østrem leverte sin innstilling om saken datert 19. mai 1942, samtidig som han sendte en kopi til »justisminister« Sverre Riisnæs (Andenæs 1987, s. 59). Ifølge Andenæs var Østrem's totalinntrykk av forfatterens samfunnsinnstilling at den langt fra var sammenfallende med samtidens. Det var snarere tvert om, for man fikk »inntrykk av at forfatteren har tatt definitivt standpunkt mot NS' idealer« (Andenæs 1987, s. 60). Videre heter det at Andenæs var en mann som var preget av kristelige verdier, og som brukte disse verdiene til å »stemple den nasjonal-sosialistiske etikk som ukristelig« (Andenæs 1987, s. 60). Andenæs røpte også mangel på sans for hva tiden krever, »en personlighet som med jernhånd kan hevde også tuktes betydning« (Andenæs 1987, s. 60).

Like fullt fikk Andenæs av Østrem »ros« for sine juridiske kunnskaper. Østrem fremholdt at »han er så å si sprenglærd og tumler med teorier som en intellektuell jonglør«. Andenæs hadde videre »sans for realiteter og god fremstillingsevne« (Andenæs 1987, s. 60). Konklusjonen til Østrem på spørsmålet fra Kulturdepartementet var imidlertid klar. At »statsstyret på dette tidspunkt skulle oppheve *den formentlig meget milde reaksjon* – anmeldelsesforbudet – er vel utenkelig uten et brudd med den nye reformbevegelsens ideer og forpliktelser« (Andenæs 1987, s. 60). Østrem foreslo å se tiden an. »Man får håpe at fremtiden får hitføre en forandring og at det

tilsynelatende faste grunnsyn vil vise seg å ha vært av forbigående art« (Andenæs 1987, s. 60).

Dokumentliste 32 gir noen perspektiver på hvilket motiv Østrem kan ha hatt når han 19.05.42 oversendte anmeldelsen til Byråsjef Solberg i Kulturdepartementet. Se korrespondansen mellom Østrem og Solberg 06.02.42, 12.03.42, 24.04.42 som danner et mønster som kan tolkes i den retning at Østrem siktet seg inn på et professorat i næringsrett. Mot en slik bakgrunn kan man spekulere i om anmeldelsen avgitt 19.05.42 kan ha vært ledd i en »prøve« på om han var rett mann for stillingen, samtidig som nazistene kunne »stemple« Andenæs som antinazist. Se i denne forbindelse også Andenæs uttalelse om Østrem's opptreden ved Universitetet under krigen, dokumentliste 10, dokument 2 s. 9 hvor han karakteriserer Østrem's arbeid for å bli professor på irregulært vis som utilbørlig, men neppe straffbart.

I flere av sine forsvarsskrifter vender Østrem tilbake til at anmeldelsesforbudet var en »mild« reaksjonsform fra statsmaktens side overfor Andenæs' avhandling. En utdypende forklaring som Østrem fremfører er at han hadde hørt et rykte om at Riisnæs skulle ha planer om å »ta« Andenæs. Se eksempelvis dokument 31 nr. 1: Tilleggsforklaring fra Østrem ang. anmeldelse av daværende stipendiat Andenæs: Straffbar unnlattelse. Jeg mener det er vanskelig å forstå Østrem's uttalelse om forbudet mot å anmelde Andenæs' avhandling på annen måte enn som et grovt brudd mot akademisk og kollegial redelighet. Synspunktene til Østrem er uttrykk for en maktideologi som ikke bare kastet all form for rettssikkerhetsgarantier over borde, men som også i åndstuktens navn, og på en straffbar måte, søkte å ramme kritiske røster som var forankret i rettsstatlige verdier.

Skandalen fullendes ved at den åndsforstyrrede og senere sinnssyke Riisnæs blandet seg inn. Etter å ha mottatt Østrem's uttalelse sendte nemlig Riisnæs et sterkt kritisk notat til Kulturdepartementet. Riisnæs sluttet seg for så vidt til Østrem's anførsler men han fremholdt at i »konklusjon går jeg videre, for såvidt som jeg mener boken er direkte skadelig og helst bør beslaglegges« (Andenæs 1987, s. 60, se også Riisnæs' uttalelse i original, dokumentliste 7, dokument 3). Ved siden av bokens innhold skyldtes kravet om beslagleggelse at Andenæs like inntil den siste tid hadde »inntatt en direkte samfunnsfiendtlig holdning« (Andenæs 1987, s. 60). Komediens konsekvens var at anmeldelsesforbudet av Andenæs ble opprettholdt.

2.4 Medlemskapet i NS

Men for å danne seg et bilde av hvordan samtidens jurister oppfattet Østrem, må vi selvsagt også se hans ukollegiale, illojale og svikfulle og til dels komiske opptreden i sammenheng med hans medlemskap i NS. Fra 5. oktober 1940 og frem til fredsslutningen var Østrem medlem av NS, noe han ble straffet for etter krigen. Medlemskap i det norske nazistpartiet innebar at man bevisst eller ubevisst tok et aktivt skritt for å søke rettferdiggjort et politisk regime av åndsterror og maktmisbruk.

Erik M. Nesland

I motsetning til mange bønder på landet, som meldte seg til NS før krigen, kanskje fordi de hadde ideologiske overbevisninger om slektens tusenårige tilknytning til gården som bankene nå truet med å tvangsselge, fulgte Østrem's nazisympatier en mer opportunistisk linje: Han meldte seg til NS for å få stillingen som universitetsdosent ved Det juridiske fakultet. Den personlige risikoen ved å motta stillingen var heller ikke av noen betydning sammenlignet med den risiko mange andre norske nazister utsatte seg for.

I sine forsvarsskrifter kommenterte Østrem risikomomentet (se eksempelvis dokument nr. 21 s. 4). Han nevner et par konkrete anledninger hvor han følte seg truet. Den ene refererte seg til en tysk offiser som forsøkte å få Østrem til å fortelle i hvilken retning »norsk bonderett« beveget seg i, hvoretter offiseren angivelig fikk et raseriutbrudd da Østrem viste seg lite samarbeidsvillig. En annen anledning var når han takket nei til en invitasjon til en tysk vitenskapskonferanse. Videre nevner jeg at Østrem stadig fastholdt at han følte seg tvunget til å forbli medlem av NS: En utmelding var, som han sa, utenkelig uten betydelig risiko for hevnreaksjoner på ham selv og hans nærmeste familie fra radikale nazister. På tross av dette mener jeg det ikke finnes grunnlag for å bortforklare eller marginalisere Østrem's opptreden som NS-dosent.

Det sier seg selv at kombinasjonen av de ovenfor omtalte årsaksforhold innebar at det i praksis ville være helt umulig å bruke Østrem's arbeider som belegg og støtte for juridiske resonnementer i etterkrigstiden. Like fullt viser søk i Lovdata at det i noen underrettsaker på 1950 og 1960 tallet er vist til Østrem's arbeider om familierett og odelsrett.

2.5 Oppgjørets time

I forbindelse med straffesaken som ble reist mot Østrem ble det innhentet uttalelser fra Universitetet som skulle danne grunnlag for en vurdering av om hans opptreden der under krigen var straffbar. Tidligere rektor Didrik Arup Seip redegjorde for sitt syn vedrørende prosedyren ved ansettelsen av Østrem som dosent og hans personlige møter med ham. Fra Det juridiske fakultet foreligger uttalelser fra professorene Andenæs og Augdahl. Dekan under krigen, professor Th. Grundt, ble av etterforsker pfm. Knut Hesselberg også forespurt om Østrem's opptreden. Brevet ble imidlertid straks returnert med beskjed om at Grundt var syk og ikke hadde noe å meddele.

I den foreliggende artikkel er det ikke rom for å behandle disse dokumentene i sin fulle bredde. Uttalelsen fra Augdahl er interessant. Mens han enda var Ekspedisjonssjef i Justisdepartementets lovavdeling vinteren 1941 hadde Riisnæs fortalt at Østrem skulle tilknyttes Universitetet, og at planen var å opprette et professorat for ham slik det ble gjort for Aall. Herom uttalte Augdahl seg meget bestemt imot, slik

at Riisnæs fikk betenkeligheter og slo på at man kanskje kunne nøye seg med et dosentur (Augdahl 1946, s. 1).

Etter at han hadde tiltrådt som professor ble Augdahl høsten 1942 kalt til Prorektor Hoel som ønsket å tale om et mulig professorat for Østrem. Svaret på spørsmålet fra professor Hoel var at om så skjedde så ville det »prostituere både Partiet og Universitetet« (Augdahl 1946, s. 1). Interessant er også Augdahls kommentar på et Fakultetsmøte i desember 1941 hvor Østrem hisset seg kraftig opp etter at han hadde gitt Kr. Andersen lov til å forelese over rettskildenes teori. Dette anså Østrem som sitt spesialemne – et emne han ville legge opp »bredt og vitenskapelig« (Augdahl 1946, s. 2). Idet Østrem rasende var i ferd med å forlate salen, foreslo Augdahl at de kunne dele på undervisningen. Østrem kunne jo lese over hva han ville, »der var bare den hake ved det at der aldri kom en eneste tilhører« (Augdahl 1946, s. 2).

Andenæs redegjørelse over Østremes opptreden ved Universitetet inneholder interessante vurderinger angående straffbarheten av hans handlinger. I sitt resymè fremholder han således: »Ved siden av medlemskapet i N.S. er også uttalelsen til Kulturdepartementet om »Straffbar unnlatelse« klart straffbart forhold. Og det er vel lite tenkelig at en mann i dr. Østremes stilling kan bli frifunnet på det grunnlag at han ikke forstod hva han innlot seg på.« (Andenæs 1946, s. 9.) Den andre kategorien handlinger som Andenæs omtaler karakteriserer han som »utilbørlig, men neppe straffbart«. Dette gjaldt en fortrolig henvendelse Østrem gjorde til Quisling i anledning en nyordning av studiemodellen ved juridisk fakultet, hans forhold knyttet til utnevningen til dosent, hans arbeid for å bli professor på irregulært vis, kontakten med »minister« Skancke for å skaffe irregulære bevilgninger, kritikken av forvaltningen av Nansenfondet, deltakelse i »arbeidslivskomiteen«, hans foredrag i NRK etter at radioapparatene var innlevert, artikkelskriverier i Fritt Folk, »og i det hele hans intime samarbeid med N.S. myndighetene og N.S. særutvalget« (Andenæs 1946, s. 9). Deretter uttaler Andenæs bl.a. at det var en selvfølge at Østrem ikke kunne fortsette ved Universitetet, og at han innstilte på at Kollegiet burde frata Østremes hans *jus docendi* jf. daværende Universitetslov § 30.

Først 15. april 1948 undertegnet Østrem forelegget på 2000 kr. i bot etter å ha fastholdt sin uskyld alt fra maidagene 1945. Saken hadde da ved to anledninger vært forelagt Riksadvokat Andreas Aulie personlig. Begge gangene fastholdt Aulie at det skulle reises tiltale. Det endelige grunnlaget for forelegget lyder: »Tiltalte meldte seg inn i Nasjonal Samling den 5.10.1940. Tiltalte deltok i desember 1941 i Osloavisenes enquete »Min mening om Den norske legion« og forherliget her krigsinnsats for fienden i en uttalelse offentliggjort i »Aftenposten« og »Fritt Folk«. Tiltalte har medvirket til Nasjonal Samlings sensur av åndslivet, idet han våren 1942, på Kulturdepartementets forespørsel om det var grunn til å opprettholde anmeldelsesforbudet, vedr. Johs. Andenæs' bok »Straffbar unnlatelse«, ga en uttalelse om boken hvor han fremholdt at forfatteren hadde tatt definitivt standpunkt

imot den nasjonalsosialistiske ideologi og at en opphevelse av forbudet var utenkelig. Han sendte den 19.5.s.å. en gjenpart av denne til »minister« Riisnæs.«

2.6 Kritiske refleksjoner over et oppgitt emne

Det kan reises spørsmål om hva formålet er med å trekke Østrem frem fra glemselen: Østrem ble fjernet fra sin stilling i mai 1945 som følge av hans svikfulle opptreden under krigen. Ut fra betraktningen om at den rettsvitenskap Østrem bedrev var illegitim i utgangspunktet, så har det ingen interesse å lese hans arbeider i vår samtid. På den andre siden er det ut fra forskjellige perspektiver interessant å se hvilken rettskildelære en nasjonalsosialistisk rettsforsker som Østrem lærte.

Jeg har valgt å la Østrem's argumentasjon tale for seg i de fremstillinger som er brukt i denne artikkel. Hvorvidt hans resonnementer kan oppfattes som en støtte til okkupasjonsmyndigheter eller NS under krigen problematiseres ikke utover det innlysende: At uttalelsene enten er positive eller verdinøytrale overfor de nazistiske myndigheter. Heller ikke er det spesielt undersøkt om oppfatningene i arbeidene fra tiden før 1940 formidler tankegods som er forenlig med en nazistisk ideologi. Mot denne bakgrunn består oppgitt emne i å hente frem fra glemselen Østrem's syn på problemstillinger vedrørende rettslige grunnverdier, Grunnloven § 105, hans syn på rettskildelæren og rettskapning uavhengig en demokratisk valgt lovgiver.

3 Rettslige grunnverdier

3.1 Individets rett versus samfunnets rett

Østrem trakk noen interessante paralleller mellom rettens gyldighet og normative bånd skapt av slektstilhørigheten, som indikerer tilslutning til det vi kan kalle en sosial rettsoppfatning.

Selv om pliktfølelse skapt av slektsbånd hadde større styrke enn plikten overfor samfunnet (og det økonomiske liv), var det likevel «grunnfalsk å si at det her består et gapende svalg mellom to helt vesensforskjellige livsområder eller livsfunksjoner» (Østrem 1944A, s. 99). Det var nemlig ikke mulig slik de positivistiske opplysningslærde forfatterne la til grunn, bare å »fotografere« og beskrive det i datiden bestående borgerlige samfunn som selve rettens grunnlag. Disse juristene fungerte utelukkende som «forklarende og opplysende» og manglet derfor det kritiske perspektivet på gjeldende rett (Østrem 1944A, s. 99). Følgelig så de opplysningsorienterte juristene bort fra viktige hensynsmomenter som det moderne industrisamfunns «krav til positiv solidaritet» og grunnsetninger som yt din plikt, krev din rett (Østrem 1944A, s. 99).

Det var flere lover fra tiden omkring 1900 som gav borgerne økte rettigheter i sosiale spørsmål. Viktige var ikke minst *lov 26. juni 1892* om tilsyn med arbeide i fabrikker (m. v.), og *lov 23. juli 1894* om ulykkesforsikring for arbeidere i fabrikker (m. v.). Lovene karakteriserte seg ved at de «på en heldig måte utfyller hinannen i den sosiale forsorg for avhengige lønnsarbeideres liv og helse» (Østrem 1944A, s. 29). Mens fabrikktilsynsloven skulle sikre et trygt arbeidsmiljø mot «livsfare og helsenedbrytende virkninger» skapt av «eksplosive maskiner», skulle ulykkeforsikringsloven «sikre at erstatningsbetingelsene er tilstede og at hele trygdeapparatet fungerer tilfredsstillende» (Østrem 1944A, s. 30).

Etter fremveksten av fabrikktilsynsloven og ulykkeforsikringsloven i 1890-årene kom nye lover som tok sikte på å bedre arbeidernes stilling i samfunnet. Jeg fremhever *lov 12. juni 1906* om arbeidsformidling, *lov 30. juli 1915* om husvær under skogarbeid og fløtning, og *lov 15. februar 1918* Nr. 1. om offentlige tjenestemænd. Den sistnevnte loven gav i kapittel 2 viktige regler om årlig fritid, sykdom, tjenesteulykker og dødsfall. Nevnes i denne sammenheng bør også *lov 15. februar 1918* Nr. 2. om industrielt hjemmearbeid (dvs. industrielt arbeid utført mot vederlag på annet sted enn hos arbeidsgiveren), som blant annet regulerte arbeidsstedets sunnhetsforhold (i § 5).

En demokratisk valgt lovgiver var imidlertid ingen nødvendig betingelse for rettsdannelsesprosessen. Under den nasjonale krisetilstand som brøt ut i 1940 hadde staten representert ved NS igangsatt «en rekke inngripende forføyninger for å søke dekket befolkningens livsviktige behov» (Østrem 1944A, s. 34). Samtidig var rettsendringene «utslag av bestrebelse for en prinsipiell kursendring i næringspolitikken» (Østrem 1944A, s. 34). Jeg vil i det følgende se litt nærmere på noen av bestemmelsene som ble innført etter Stortinget var oppløst. Blant disse nydannelser var fremfor alt *Forordning 8. oktober 1940* om arbeidsformidling som gav tillegg til *lov 12. juni 1906*. Men også *Forordning 23. oktober 1940* er interessant, fordi den offentlige priskontroll nå ble utvidet til også å gjelde fast eiendom.

En viktig problemstilling er hvordan tilsynelatende alminnelige og legitime lover og forordninger kan misbrukes under diktatoriske regimer. For eksempel kunne man tenke seg at en lov om arbeidsformidling kun skulle gjelde en utvalgt del av befolkningen. I denne artikkelen er det imidlertid ikke rom for en nærmere undersøkelse av slike spørsmål.

I relasjon til den sistnevnte forordningen om priskontroll, viste Østrem til eksemplet hvor en selger av fast eiendom (det siktes i denne forbindelse særlig til gårdsbruk) normalt ville ha gode muligheter til å omgå prismyndighetenes vurdering av maksimalprisen, hvis han i tillegg til prisfastsettelsen i kjøpekontrakten mottok »penger under bordet«. For å forhindre en slik utvikling, reiste Østrem spørsmålet om lovgiver burde gå enda videre for å skape «effektive foranstaltninger», for eksempel ved «en eventuell beskjæring av gårdbrukerens adgang til å selge sin eiendom» (Østrem 1944A, s. 98-99). Fordelen ved å innføre en slik ordning var å gjøre

Erik M. Nesland

det vanskeligere å selge landbrukseiendommer i spekulasjonsøyemed. På den andre siden ville en ordning hvor overdragelser av fast eiendom skulle underlegges offentlig kontroll skape økte byråkratiske utgifter for staten.

Den viktige forordningen om tillegg til lov om arbeidsformidling gjorde «sterke begrensninger i borgernes tidligere rett til selv å velge beskjeftigelse i h. t. kontraktsfrihetens prinsipp» (Østrem 1944A, s. 34). Beslutningens grunnleggende formål var å komme arbeidsledighet som fenomen til livs. Formålet var å bekjempe «at en upersonlig samvittighetsløs kapitalmakt» som bevisst til sin egen nytte kunne utnytte «en hær av arbeidsløse – den såkalte »arbeidets reservearmé«» (Østrem 1944A, s. 34-35). Samtidig var formålet å forhindre at konkurransen i næringslivet ble drevet så langt at det bidro til å presse ned lønnen og andre velferdsgoder.

Ved å sette til side kontraktsfrihetsprinsippet kunne det offentlige bestemme hvem som skulle ha enhver jobb, idet § 2 første ledd første punktum sa: »Ingen arbeidsgiver må tilsette arbeidstaker på annen måte enn etter tilvisning av den offentlige arbeidsformidling eller med godkjenning av denne«. Hensikten helliget midlet som var å få landets folk i arbeid straks. Slike tiltak fra statsmaktens side ville under liberalismen – «selv i den perioden vi har kalt senliberalismen – vært helt utenkelige» (Østrem 1944A, s. 34). Det liberalistiske system åpnet jo i særdeles begrenset grad opp for inngripen i borgernes «rettssfære» (Østrem 1944A, s. 11).

Brytningstiden for «senliberalismen» tidfester Østrem til omkring 1880 (Østrem 1944A, s. 98). Epoken karakteriseres ved innføringen av nye regler om ulykkestrygd, utformingen av bestemmelser vedrørende fabrikktilsyn, samt nye regler om arbeidsformidling og ledighetstrygd. Nevnes kan også at Østrem's tidfesting fremstår som rimelig hvis vi sammenligner med nyere litteratur, se for eksempel Michael Stolleis store verk *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* fra 1992.⁶

Østrem er imidlertid vag og tilbakeholden med eksplisitt å karakterisere samtidens nasjonalsosialistiske statsstyre. Likevel nevner jeg at den sosiale rettsidé for Østrem neppe kan forklares ut fra en sosialistisk overbevisning om ekstrem fordelingslikhet eller en avvisning av prinsippet om nasjonalstaters selvråderett. Østrem rettet nemlig sterk kritikk mot den internasjonale kommunismen, noe som fremgår av følgende uttalelse i boken *Offentlig forvaltning og næringslivet i Norge* fra 1926:

«Den sociale borgerkrig, som vi ser for våre øine, er, som jeg nevnte, selvmorderisk. Og den savner et element: fedrelandsfølelsen. Det er verd å legge merke til, at både den spekulative kapital og den mot fortidsrett reagerende arbeiderklasse står like fremmede overfor den følelse, der er det sterkeste grunnlag for et kraftig nasjonalt samhold: kjærlighet til jorden. Vel har de

6 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, München 1992 s. 457: Nationalstaat oder Staat der Industriegesellschaft.

begge stor lidenskap for det materielle, men jorden som produksjonsfaktor interesserer i det høyeste iallfall kapitalisten bare som spekulasjonsobjekt. Ja der er ikke langt fra, at man med de siste tiders bondejobbing med ættegårdene, kan si noe lignende om vår egen selveierstand, den klasse vi ikke lenger tilbake enn en menneskealder titulerte med hedersnavnet odelsbonde.» (Østrem 1926, s. 13-14.)

3.2 Konklusjon

I det undersøkte materialet finner jeg grunnlag for å hevde at Østrem argumenterte for at rettsutviklingen fra rundt 1900 i sterkere grad enn tidligere var sosialt orientert. Trolig gjaldt dette også Østrem's syn på stats- og forfatningsretten. Den følgende fremstilling vil vise om de sosiale grunnverdiene som Østrem var preget av også gjenfinnes innenfor hans fremstillinger av den offentlige rett.

4 Grunnlovens individualistiske rettighetsbestemmelser

4.1 Om Grunnloven § 105

Den moderne norske statsrett sprang ut av Grunnloven 1814. Men den aldrende konstitusjonen kunne ikke binde og fange fremtidige generasjoners krav på en funksjonell og tilpassningsdyktig rettsordning. For Østrem fremstod det derfor som «lite overbevisende når konservative elementer i senliberalismens brytningstider og helt opp i våre dager påberoper seg dette snart 130 år gamle, utpreget situasjonsbetonte dokument som et for alle tider bindende grunnlag for næringslivets rettslige ordning» (Østrem 1944A, s. 13). Den norske konstitusjonen var jo blitt til under liberalismens glansperiode på begynnelsen av 1800-tallet, hvoretter det offentlige kontroll med borgernes økonomiske anliggender skulle begrenses til et minimum.

Det var derfor som et utslag av en liberalistisk rettsoppfatning når Grunnloven § 105 fremholdt at eiernes posisjon uttrykkelig var «fastslått som urokkelig» (Østrem 1944A, s. 12). Like fullt, det statiske eiendomsrettsbegrep (se nærmere herom i pkt. 0) som bestemmelsen uttrykte, vakte anstøt og stod i konflikt med viktige samfunnsinteresser i samtiden. Grunnloven § 105 gav jo utelukkende individualistiske interesser rettslig beskyttelsesvern: Eieren var «tingenes herre», og han pliktet ikke å «stille den til disposisjon for andre uten egen vilje» (Østrem 1944A, s. 16). Men for å forstå «eierrettens rolle i samfunnet i den senere tids meget kompliserte økonomiske virksomhet, må vi se den som et ledd i helheten» (Østrem 1944, s. 25).

For Østrem var det ikke selvsagt å se eiendomsretten som «et aktivt hjul» i samfunnets helhetlige maskineri (Østrem 1944, s. 25): «Tvertom førte lenge en atomistisk samfunnsoppfatning med rettslig isolasjon mellom menneskene til at eierrett

delvis stod i veien for det økonomiske livs utfoldelse, bl. a. fordi en uforholdsmessig hovedvekt var lagt på den frihet som skulle tilkomme eierne også til ikke å delta med positiv innsats i det økonomiske liv» (Østrem 1944, s. 25). Mot denne bakgrunn har det interesse å klarlegge karakteren av det eiendomsrettsbegrep Østrem bygde på, samt – om mulig – å trekke linjer tilbake til hans sosiale syn på rettens verdigrunnlag. I det følgende vil vi derfor presisere den nærmere karakteren av Østrem's relative eiendomsrett og hans kritikk av det tradisjonelle (substansielle) eiendomsrettsbegrep.

4.2 Det substansielle eiendomsrettsbegrep versus det relative eiendomsrettsbegrep

Forestillingen om eiendomsrettens substansielle og statiske karakter skyldtes snarere retorikk enn faktiske realiteter: «Det ligger jo nemlig snublende nær for tanken å konstatere at når en mann først har eierretten til en ting, så vil det si at han og han alene kan rå over den.» (Østrem 1944B, s. 9.) Slike oppfatninger hadde mange steder «gått folk i blodet» på en måte som hadde skapt forestillinger om «en meget utstrakt – ja til tider nesten ubegrenset – råddighet» tilkom eieren uansett eiendommens geografiske beliggenhet (Østrem 1944B, s. 9).

Et tilsvarende uttrykk for et slikt substansielt eiendomsrettsbegrep som Østrem sterkt kritiserer, finner vi i den franske *Code civil* fra 1804. Code Civil oppstiller en definisjon av eiendomsretten i § 544, som oversatt til norsk lyder: Eiendomsretten er retten til å nyte (eller bruke) og råde over tingene på den mest ubetingede måte, forutsatt, at man ikke gjør en slik bruk av dem, som er forbudt av lovene eller forordningene. Et mindre bastant, men likefullt positivt og substansielt uttrykk for en eiendomsrett, finner vi i den tyske borgerlige lovbooken, se *BGB 1900* § 903 første setning.

Nå finnes det også i norsk rett et substansielt eiendomsrettsbegrep, jf. EMK som ble positivt norsk rett ved lov 21. mai nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) art. 1 første ledd (i tilleggsprotokollen) som sier:⁷ »Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentlige interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.«

Det liberalistiske og «individualistiske» samfunnssyn Grunnloven bygde på (og som menneskerettighetsloven nå viderefører), stod imidlertid i rak kontrast til det moderne industrisamfunns krav om en sterkere betoning av kollektive verdier, – eller om man vil fordelingspolitiske hensyn: «Etter en rasjonell og human næringsrett

7 Bestemmelsen er inntatt i Protokoll 1 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter inngått i Paris 20. mars 1952. Se til dette også Thor Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold*, 3. utgave, Oslo 2005 s. 134-137.

inngår materielle hjelpemidler», penger, redskaper, råvarer, «som nødvendige ledd i et samvirkeforhold hvis utbytte tilfaller de forskjellige produksjonsfaktorer i rimelig innbyrdes forhold», samtidig som «kapitaldannelse ikke forsømmes» (Østrem 1944A, s. 15). Denne kollektive samfunnsordningen forutsatte at «eierne lojalt stiller til disposisjon de nødvendige materielle produksjonsmidler og i siste linje underkaster seg kyndige upartiske myndigheters avgjørelser angående utbyttedelingen» (Østrem 1944A, s. 15).

Den relative eierretten til produksjonsmidlene hadde dessuten en parallell til fast eiendoms rettsforhold. Eiendomsrettens grenser var ikke ubegrenset. Offentlige myndigheter kunne foreta «fornuftsmessige og sosiale inngrep» i «de eieres rett til våre naturherligheter» (Østrem 1944B, s. 10). Rettsutviklingen i Norge etter innføringen av den liberalistiske Grunnlov i 1814 hadde illustrert hvordan konstitusjonens statiske beskyttelse av den fullstendige eierretten (§105, jf. § 97) gradvis hadde endret seg. Det skyldtes ikke minst juristenes metode, som jo nå hadde tilpasset seg «det dynamiske element» som fantes i «det pulserende liv». Samt at juristene i større grad enn tidligere fremførte rettspolitiske synspunkter, som i neste omgang gav «assistanse til friere skjønsmessige ordninger med sikte på fremtiden» (Østrem 1944A, s. 18). På den andre siden: Rettens dynamiske omskapning kunne av mange føles som en trussel mot de tilvante rettslige omgivelser. Det var ut fra denne betraktning «ikke så underlig» at «folk kan bli likefrem forferdet når de ser hovedpilarene for en foreldet rettsorden styrte sammen» (Østrem 1944A, s. 100).

4.3 Eierretten i »næringsrettslig« lys

I den store boken *Eierretten i næringsrettslig lys* 1944 definerte Østrem begrepet eiendomsrett som et spørsmål om hvordan rettsordenen gav regler om «adgangen til å bli eier», og regler om hvordan eieren i fremtiden skulle kunne «beholde eller tape retten» (Østrem 1944, s. 25). Sentralt stod regler om hva det betydde å være eier, samt «hvilken rådighet eieren har fysisk og juridisk til forskjellige faktiske eller rettslige disposisjoner» (Østrem 1944, s. 25-26).

Av andre viktige spørsmål Østrem tok til behandling nevnes reglene om «eierens forhold til andre som har rett i eller til samme ting: sameiere, naboer, leietagere, panthavere, servitutthavere, grunnbyrdeberettigede m. v., og fordringshavere som har krav på utlevering av tingen (spesielt i kraft av kjøpekontrakt)» (Østrem 1944, s. 26). Et annet og viktig aspekt som knyttet seg til eiendomsretten var dessuten «hvordan eieren og rettighetshavere i eller til tingen har å stille seg til den ubestemte krets av personer man pleier å kalle almenheten, til representanter for bestemte interessegrupperinger og til staten (derunder kommunene) som varetager av hele folkets fellesinteresser» (Østrem 1944, s. 26).

Betegnende for Grunnlovens system var at loven prioriterte «den privatøkonomiske suverenitet» fremfor å gi «statshøyheten» adgang til å gripe reformerende inn i

Erik M. Nesland

uheldige eierposisjoner (Østrem 1944, s. 18).⁸ Grunnloven hadde med dette stilt seg «på det ukontrollerte privatlivs og den meget sterke eierretts standpunkt» (Østrem 1944, s. 18). Senere, i de «økonomiske borgerkriger» fra og med 1840-årene,⁹ ble dessuten «formuesposisjonene de mektige feltherrers faste borger med vern i det langtrekkende skyts, §§ 105 og 97» (Østrem 1944, s. 18).

Det var nemlig et av «særpregene for Grunnloven av 1814 at den så sterkt fremhever eierens rettsvern» (Østrem 1944, s. 20). I § 105 gav den således «eieren krav på full erstatning ved tvangsavståelse», selv om avståelsen var begrunnet i «almene hensyn» (Østrem 1944, s. 20). Men på den andre siden var det prinsipielt umulig å fikse rekkevidden av, og forholdet mellom Grunnloven § 105 og § 75 a): Eksempelvis kunne det reises spørsmål om «en særdeles høy arveskatt, f. eks. på 50 %, som forekommer i nyere tids avgiftskunngjørelser» burde ansees som konfiskasjon, og således indirekte betraktes som et brudd mot Grunnloven § 105 (Østrem 1944, s. 21 i fotnote). Østrem valgte imidlertid ikke å underkaste spørsmålet om rekkevidden av henholdsvis Grunnloven § 75 a) og § 105 en nærmere analyse i avhandlingen Eierrettigheten. Likevel er det interessant for å begripe Østrems kritiske syn på det liberalistiske («fulle») eiendomsrettsbegrep, at det i prinsippet kunne «beskjæres» via skatterettslige regler.

Som antydnet fremholdt Østrem at rettsutviklingen i Norge rundt år 1900 hadde beveget seg bort fra det «individualistiske» prinsipp, som bl.a. skulle avspeile hvordan eieren hadde en særdeles vidtfavnende rett til å bruke eiendommen etter sitt eget forgodtbefinnende. Ikke minst kom den nye kollektivorienterte kursen til uttrykk i avgjørelsen om den store konsesjonssak (Rt. 1918 s. 401) og Høyesteretts avvisning av de «konservative krefter» sin beskyttelse under Grunnloven (Østrem 1944, s. 19). Den rettspolitiske forklaringen Østrem gav på konsesjonssaken er interessant også i lys av dagens situasjon: Lovgivers beslutning om «hjemfallsrett» til staten av tidligere privateide vannfall, var i realiteten begrunnet i «nye næringsmessige forhold» kombinert med en «endret samfunnsoppfatning». Vannfallseiernes beskyttelsesvern overfor staten, nærmere bestemt hans erstatningsvern ved inngrep i rettigheten til å nyttiggjøre seg vannfall, var følgelig snevrere enn under den tidligere liberalistiske epoke (Østrem 1944, s. 23).

8 Sammenlign i denne forbindelse også Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 251 som under henvisning til laksefredningsdommen (Rt. 1973 s. 705) fremholder at avgjørelsen (som gjaldt tolkningen av Grunnloven § 105) er et godt eksempel på hvordan Høyesterett avsto å slå fast erstatningsplikt fra staten overfor grunneier.

9 Se eksempelvis Slagstad, *De nasjonale strateger*, Oslo 1998 s. 62 flg. om den økonomiske utviklingen i Norge fra omkring 1840 fremover mot det modernes gjennombrudd rundt 1880, samt Trond Bergh og Tore Hanisch, *Vitenskap og politikk. Linjer i norsk sosialøkonomi gjennom 150 år*, Oslo 1984, s. 43-49.

Når lovgiver innførte nye bestemmelser på næringsrettens område burde han ikke utelukkende la seg føre av slike individuelle rettigheter som stod «forskanset i faste regler» á la Grunnloven § 105 (Østrem 1944, s. 187): Snarere burde lovgiver ta utgangspunkt i rettslige vurderinger basert på «funksjonen som mere elastisk regulator og verner for det til enhver tid rettferdige og hensiktsmessige» (Østrem 1944, s. 187). Den nye brytningstid i industrien krevde således «rettsvern for nye interesser og hensyn» som behovet for de næringsdrivendes virksomhetseksponering, sammenholdt med arbeidernes krav på en «human behandling», forbrukernes forventning om «så gode og billige produkter som mulig», som igjen tjente «hele folkefellesskapets interesse i en rasjonelt organisert og drevet industri» (Østrem 1944, s. 187-188).

Grunnlovens normsystem – herunder den sentrale bestemmelsen i § 105 – passet derved ikke helt inn i det moderne samfunns «store bedriftsenheter med nye og kompliserte problemer så vel om organisasjon, produksjonsfaktorenes innbyrdes forhold og de næringsdrivendes posisjon overfor almenheten» (Østrem 1944A, 14). Denne oppfatning har slik jeg ser det sammenheng med en avvisning av et substansielt og stillestående eiendomsrettsbegrep til fordel for en relativ forståelse av eiendomsretten, som innebar at eiendomsrettens innhold og rekkevidde ville kunne variere over tid.

4.4 Konklusjon og den videre fremstilling

Østrem anla et dynamisk, sosialt og kollektivbasert syn på rettens verdigrunnlag. Denne rettsoppfatningen gav seg til uttrykk ved et relativt syn på Grunnlovens rettighetsbestemmelser som § 105. Eierens rett til utnyttelse av grunnen kunne derved ikke fikseres en gang for alle, slik at evt. senere inngrep fra det offentlige i eiendomsrettens utøvelse innebar en utløsning av erstatningsplikt for staten etter Grunnloven § 105. Tiden er nå inne til å presentere innholdet av den rettskildelæren Østrem anså best egnet til å løse konkrete rettsspørsmål. Temaet i det følgende blir å redegjøre for det vi har valgt å kalle *Østrem's frirettslige og beslutningsorienterte rettskildelære*.

5 Østrem's frirettslige rettskildelære

I den »liberalistiske« og »naturrettslige« rettskildelære ble spørsmålet om korrekt rettsanvendelse beskrevet i tre stadier: For det første gjaldt det å konstatere det foreliggende faktum, og for det andre å påvise «den passende rettsregel», for til slutt å foreta en korrekt «henføring av faktum under rettsregelen» (Østrem 1944A, s.

19).¹⁰ For de naturrettslære ble det derfor en «kjetterforbrytelse under bannstrålen», hvis en dommer «våget å tilstå at han i sitt stille sinn» først tok «et samlet overblikk over saken», med «særlig tanke på domsresultatets verdi» i det enkelte tilfelle, og som mulig retningslinje for fremtidige saker (Østrem 1944A, s. 20). Etter det naturrettslige system ble dommeren utelukkende redusert til å være «rettsreglens tjener, ikke rettferdighetens håndhever» (Østrem 1944A, s. 20).

Naturretten hadde imidlertid av flere grunner bare spilt en marginal rolle i det norske rettssystemet.¹¹ Riktignok var Grunnloven på mange områder inspirert av opplysningsfilosofien, men det hadde ikke skjedd en lignende kodifikasjon av retten i Norge som foregikk omkring i Europa rundt 1800: «Det lovregulerte felt var derfor forholdsvis lite» (Østrem 1944A, s. 20),¹² og synet om «at livet helt og holdent lot sig forhåndsregulere ved lov» hadde ikke særskilt stor utbredelse (Østrem 1943, s. 2 og s. 3). Under våre nordiske rettsforhold ble det derfor god plass for et «friere dommerskjønn, skjønn som faktisk – om enn i mangel av formell autoritativ tillatelse delvis kamuflert – ofte skjelte godt hen til resultatets rimelighet i enkelttilfellet» (Østrem 1944A, s. 20). I en annen sammenheng fremholdt Østrem at en rettslig konklusjon kunne være «skapt ut fra en intuitiv umiddelbar erkjennelse hvor både viden, forstand, skarpsindighet, kombinasjonsevne, dømmekraft og – nærmest som en sikkerhetsventil – rettsfølelsen (i strafferetten tilmed en barmhjertighetsfølelse)» (Østrem 1943, s. 17).

Men å «tale om »beslutninger« som eneste grunnlag for en rettsavgjørelse og revolusjonerende for hele rettserkjennelsen» ville være å «overbetone et enkelt moment, som muligens ikke før har vært nok påaktet, men som det vilde være ensidig og livsfjernt å opphøje til eneste kriterium» (Østrem 1943, s. 3).

10 Jeg drøfter ulike typer aspekter ved denne form for »rettsfinning« i min avhandling, *Norsk rettskildelære 1884-1939*, Tromsø 2006, s. 70-74 om konstruktive trekk ved Platous rettskildesyn, s. 109-114 om Hagerups konstruktive metode, s. 267-275 om Castbergs konstruktive metode og hans lære om den deduktive anvendelsen av rettskilder og rettsprinsipper. Om begrepet rettsfinning og rettsfinningslære, se Gert-Fredrik Malt, »To glemte linjer i tradisjonell norsk rettsfinningslære«, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1992 s. 48-83.

11 Se Annens, *Den europeiske rettens historie*, Oslo 1983, s. 189-203, Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe, with particular reference to Germany*, Oxford 1995 s. 204 om det idéhistoriske grunnlag for 1700-tallets rasjonalistiske naturrett, samt linjer tilbake til en aristotelisk virkelighetsforståelse og synet på objektivt gyldige verdier. Se videre fremstillingen av emnet naturrett og naturrettstenkning skrevet av Jørn Ø. Sunde, *Speculum legale – rettspegele. Ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*, Bergen 2005 s. 232 flg. (Europa) og s. 240 flg. (Danmark-Norge).

12 Vi har fremdeles ingen alminnelig sivilrettslig lovbok i Norge på tross av Grunnloven § 94 som sier denne skulle »foranstaltes udgivet« på »første eller, om dette ikke er mulig, paa andet ordentlige Storthing« etter 1814.

Østrem's åpne og avveingsbaserte metode passet godt inn i samtidens retts-system, som på sentrale rettsfelter ble regulert ved slike rettslige standarder som gav «vide fullmakter til et fornuftig dommerskjønn» (Østrem 1944A, s. 21). Dette dommerskjønnets karakter måtte delvis praktiseres «under henvisning til bindende direktiver» (eksempelvis positive lovbestemmelser som regulerte et konkret retts-spørsmål); men delvis måtte skjønnet anvendes i lys av de for rettsforholdets rele-vante momenter, for til slutt å samstemme de omtalte direktiver, hensyn og skjønnsmessige momenter «ved en samlet all round avveining» (Østrem 1944A, s. 21). Jeg vil i denne sammenheng også fremheve hvordan Østrem's sosiale rettsopp-fating ble preget av den betydning samfunnsorienterte nyttebetraktninger hadde og burde ha for den innholdsmessige fastleggelse av gjeldende rett (punkt 0-0).

6 Rettssikkerhetsgarantier for rettens dynamiske om-skapning

Foran har vi sett eksempler på hvordan Østrem anså at den «rendyrkede pri-vatrettslige næringsrett» hadde måtte tåle «radikale inngrep» i tiden rundt 1900 (Østrem 1944A, s. 101). Denne rettsutvikling hadde skjedd både via lovgivers medvirkning, men også som følge av innspill fra domstolene og rettsvitenskapen. Det er særlig det sistnevnte perspektiv vi vil fokusere på i det følgende. Nærmere bestemt er problemstillingen hvordan Østrem søkte å overbevise juristene om for-trinnene ved en rettsordning som under datidens forhold selv aktivt tok del i den dynamiske omskapningen av retten.¹³

Det var to momenter som var grunnleggende for rettsordningens dynamiske omskapning av sin rett når dette skjedde utenfor demokratisk kontroll: Omhygge-lighet og omstendighet. Fordi det lovpositive norske rettsstoffet hadde et langt mer begrenset omfang enn i mange europeiske rettsordninger,¹⁴ viste Østrem til den store betydning en «rakrygget dommerstand» hadde hatt for rettsutviklingen i Norge fra gammelt av (Østrem 1944A, s. 107-108). Men dommerne stod ikke ale-

13 Forskjellige aspekter knyttet til problemstillingen rettens dynamiske karakter drøfter jeg nærmere i min doktorgradsavhandling *Norsk rettskildelære 1884-1939*, Tromsø 2006 s. 11-21. Se også Synne Sæther Mæhles utlegning om rett og politikk, Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2006, s. 172-186 for en alternativ fremstilling av spørsmålet om rettens dynamiske karakter.

14 Se eksempelvis Østrem, *Orientering i vår tids rett*, Oslo 1949 s. 12 som i lys av den rettspoli-tiske problemstillingen om gjeldende erstatningsrett burde kodifiseres i lovs form, uttaler at norsk rett til forskjell fra mange europeiske lands ordninger hadde plassert seg mellom de romanistiske rettskulturenes kodifiseringstradisjon på en side, og på den andre «Englands utpregede dommersuverenitet med sterke innslag i skapning av ny rett».

ne som premissleverandører til den dynamiske rettsendringsprosessen, da de hadde gått langt i å «innlate seg i samarbeid med rettsvitenskapen» (Østrem 1944A, s. 108). Samarbeidet med rettsvitenskapen ble fra dette perspektiv en garanti for sakens allsidige behandling (Østrem 1944A, s. 108).

Ved dette samarbeid mellom domstolene og rettsvitenskapen ville altså kravet til omhyggelighet kunne sikres ved at dommerne søkte veiledning i den juridiske litteraturen, som sammenholdt med forutsetningen om den aktive dommers «praktiske og kritiske sans», ville skape grunnlag for å innta det beste rettsstandpunkt (Østrem 1944A, s. 108). Eksempelvis fremholdt Østrem at vitenskapen kunne kritisere en konkret «lovbestemmelse sønder og sammen som f.eks. Herman Scheel i sin doktoravhandling gjorde med resultater av parlamentarismens benkeforslag m.v. i den miserable lov av 1888 om ektefellers formuesforhold» (Østrem 1943, s. 24). Var en lovbestemmelse kommet «livet så på tverke» og utsatt for sterk kritikk i rettsvitenskapen, kunne følgelig dette i neste omgang støtte opp for dommerens innskrenkende tolkning av den «uheldige» lovbestemmelsen.

Litteratur

- Amundsen, Leiv. »Det juridiske fakultet. Lærere og forskning«, *Universitetet i Oslo 1911-1961. Bd. I* (Oslo 1961).
- Andenæs, Johs. *Uttalelse om Østrem*. Riksarkivet, Anr. 6554 – Sigurd Østrem. Dokumentliste 10, dokument 2 (Oslo 1946).
- Andenæs, Johs. *Et liv blant paragrafer. Juridiske stridsspørsmål slik jeg så dem* (Oslo 1987).
- Anners, Erik. *Den europeiske rettens historie* (Oslo 1983).
- Arnholm, Carl Jacob. *Lærebok i familierett* (Oslo 1936)
- Arnholm, Carl Jacob. *Lærebok i familierett* (revidert utgave Oslo juni 1945)
- Augdahl, Per. *Uttalelse om Sigurd Østrem*. Riksarkivet, Anr. 6554 – Sigurd Østrem. Dokumentliste 10, dokument 4 (Oslo 1946).
- Berg, Paal. *Arbeidsrett* (Oslo 1930).
- Bergh, Trond og Hanisch, Tore. *Vitenskap og politikk. Linjer i norsk sosialøkonomi gjennom 150 år* (Oslo 1984).
- Bernt, Jan Fridthjof og Sæther Mæhle, Synne. *Rett, samfunn og demokrati* (Oslo 2006).
- Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*, 3. utgave (Oslo 2005).
- Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998).
- Fure, Jorun Sem. *Universitetet i kamp 1940-1945* (Oslo 2007).
- Jørgensen, Troels G. Anm. av De kollektive arbeidskampe etter norsk rett, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1926, s. 445-454.
- Malt, Gert-Fredrik. »To glemte linjer i tradisjonell norsk rettsfinningslære«, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1992 s. 48-83.
- Nesland, Erik M. *Norsk rettskildelære 1884-1939* (Tromsø 2006).
- Seip, Didrik Arup. *Uttalelse om Sigurd Østrem*. Riksarkivet, Anr. 6554 – Sigurd Østrem. Dokumentliste 10, dokument 3 (Oslo 1946).
- Seip, Didrik Arup. *Hjemme og i fiendeland* (Oslo 1946).
- Slagstad, Rune. *De nasjonale strateger* (Oslo 1998).

- Stolleis, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914* (München 1992).
- Sunde, Jørn Ø. *Speculum legale – rettspegelen. Ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv* (Bergen 2005).
- Wieacker, Franz. *A History of Private Law in Europe, with particular reference to Germany* (Oxford 1995).
- Østrem, Sigurd. *De kollektive arbeidskampe efter norsk ret* (Oslo 1925).
- Østrem, Sigurd. *Offentlig forvaltning og næringslivet i Norge* (Oslo 1926).
- Østrem, Sigurd. *Studentene fra 1902. Biografiske opplysninger samlet til 25-års-jubileet 1927*, (Oslo 1927) s. 418.
- Østrem, Sigurd. *Rettskildenes teori og forholdet til det praktiske rettsliv* (Oslo 1943).
- Østrem, Sigurd. *Eierretten i næringsrettslig lys* (Oslo 1944).
- Østrem, Sigurd. *Forvaltningskontroll i norsk næringsrett* (Oslo 1944) (1944A).
- Østrem, Sigurd. »Eierretten til produksjonsmidler«, *Universitetets radioforedrag* (Oslo 1944) (1944B).
- Østrem, Sigurd. *Orientering i vår tids rett* (Oslo 1949).
- Østrem, Sigurd. *Studentene fra 1902. Biografiske opplysninger samlet til 50-års jubileet 1952*, Lid og Riis (red), (Oslo 1952) s. 186.