

# I Never Met Jan Hellner: En främlings perspektiv på Hellners inflytande på svensk rättsvetenskap

MAURO ZAMBONI\*

”När man närmar sig de stora klassikerna är man endast en dvärg ståendes på en jättes axlar”. Denna välkända liknelse som har tillskrivits den medeltida filosofen Bernard av Chartres<sup>1</sup> gör sig påmind i denna artikel där jag avser klättra upp på axlarna på Jan Hellner, en av den svenska juridikens jättar. Förutom att jag är en dvärg i jämförelse med Hellner när det kommer till juridiken, är jag också mån om att inte teckna en missvisande bild av denne gigant.

\* Professor i allmän rättslära, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. För värdefulla synpunkter vill jag tacka Laura Carlson, Jan Kleineman (som även ligger bakom titeln för denna artikel), Jori Munukka, Fredric B. Korling, Paul Lappalainen, Herbert Jacobson, Philip Mielnicki, Mårten Schultz och Torben Spaak. Ett särskilt tack riktas till Pernilla Leviner för hennes såväl materiella som språkliga mycket värdefulla insatser till artikeln. Artikeln utgör en bearbetad version av en paper som presenterades på engelska vid det traditionella jul-seminariet 2011 vid Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, Stockholms Universitet. Samma paper presenterades även under våren 2012 vid ett Högre Seminarium i allmän rättslära vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Jag vill tacka deltagarna vid båda seminarier för synpunkter, kommentarer och kritik. Ett särskilt tack förtjänar Gertrud Lennander och Jacob W. F. Sundberg som, inte endast noggrant läst och kommenterat artikeln, utan även delat med sig av sina ovärderliga och insiktsfulla tankar om Jan Hellners gärning. Slutligen tackas även Philip Mielnicki för översättningen av denna artikel till svenska, samt Stiftelsen Juridisk Fakultetslitteratur för finansieringen av denna. För framförda åsikter och eventuella brister svarar dock ingen annan än författaren själv. Alla hänvisningar till digitalt material är per den 1 januari 2014.

<sup>1</sup> Se John of Salisbury, *The Metalogicon: A Twelfth-Century Defense of the Verbal and Logical Arts of the Trivium*, Berkeley: University of California Press, 1955 [1159], s. 167. Se även Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962, s. 89–90; och Robert K. Merton, *On The Shoulders of Giants: A Shandean Postscript*, New York: Free Press, 1965.

Att inte vara redo för uppgiften och att inte lyckas ge en rättvisande bild är en återkommande farhåga för mig när jag ger mig i kast med att beskriva och diskutera de klassiska verkens djup och värde. Det finns helt enkelt en uppenbar risk för att verkens vikt och betydelse i den samtida rättsvetenskapen och den moderna diskussionen i samhället i stort underskattas och förringas.

Dessa svårigheter till trots fanns det flera skäl som sporrade mig att anta utmaningen att beskriva och diskutera Hellners rättsvetenskapliga verk. För det första hade Hellner ett unikt inflytande på rättslivet och synen på rätten i Sverige. Hans rättsvetenskapliga arbeten liksom metod för att analysera rätten hade (och har alltjämt) ett betydande inflytande på kontrakts- och skadeståndsrättens områden, men hans idéer har även haft en erkänd inverkan på vad rätten är och vad den bör vara för många rättsvetare och praktiker inom alla rättsområden. Arvet efter Hellners gärning visar sig tydligt genom dess orubblighet i bemärkelsen att det som han uttalat i olika frågor ofta betraktas som en generell utgångspunkt (som kan följas eller frångås) av rättsens aktörer vid närmandet av den juridiska materian, oavsett rättsområde och disciplin.<sup>2</sup>

Ett annat skäl som låg bakom mitt intresse för att diskutera arvet efter Hellner i denna artikel är sammankopplat med hans ikonförklarade status (med efterföljande mytbildning) som han själv, liksom hans arbeten, erhållit bland svenska jurister.<sup>3</sup> Som nämnts ovan görs hänvisningar till Hellners inställning i rättsliga frågor (även äldre uttalanden) ofta på ett sätt som om de vore givna. Ett klassiskt exempel på detta är diskussionen om obehörig vinst, ett ämne som efter Hellners behandling bland många forskare och praktiskt verksamma jurister kan beskrivas som tabubelagt. Detta trots att Hellners avståndstagande från denna rättsliga figur formulerades för över ett

<sup>2</sup> Se t.ex. Anders Agell, *Jan Hellner: Minnesord efter begravningstjänst den 5 juli 2002*, s. 4, available at [http://www.andersagell.se/pdf/AA\\_Bibliotek\\_Person\\_01\\_hellner.pdf](http://www.andersagell.se/pdf/AA_Bibliotek_Person_01_hellner.pdf), enligt vilken Hellner var ”den tongivande företrädaren för svensk rättsvetenskap” [min kursivering].

<sup>3</sup> Se Kurt Grönfors, Skiss av en forskarprofil, i U. Bernitz, B. W. Dufwa, K. Grönfors, G. Lindencrona och K. Rodhe (red.), *Festskrift till Jan Hellner*, Stockholm: Norstedt & Söners Förlag, 1984, s. 1; och Bill W. Dufwa, Jan Hellner In Memoriam, *Svenska Jurist-tidning*, nr 2, 2000, s. 654–655 (”Hellner blev en myt redan under sin livstid... [hans] eleganta skrivsätt har sin litterära motsvarighet i Tjechovs och Hemingways isbergsteknik”).

halvt sekel sedan och således i en helt annan social, ekonomisk och rättslig kontext än idag.<sup>4</sup>

Utöver att granska Hellners inflytande på rättsvetenskapen har denna undersökning/artikel ett mer övergripande syfte: Hellners tankar och det som kan sägas ha karaktäriserat den ledande ”äldre” svenska rättsvetenskapen (innan 1990-talet) kontrasteras mot vad som kan sägas vara dagens dominerande rättsvetenskapliga kultur i avsikt att därigenom klargöra om de äldre kriterierna för vad som ansågs utgöra god traditionell rättsvetenskap fortfarande gäller idag eller om de ens är möjliga att uppnå under rådande förhållanden.<sup>5</sup>

För att uppnå målet med denna artikel inleds undersökningen i Del I med att först närmare förklara hur Jan Hellners opera omnia kommer att belysas, nämligen med hjälp av särskilt perspektiv, urval, och syfte. Del II kommer närmare att undersöka i vilken utsträckning som Hellners inställning till den ”goda” rättsvetenskapen alltjämt gör sig gällande idag. Därefter öppnas i Del III upp för en diskussion om de karaktäristika som kännetecknar Hellners inställning till hur en rättsvetenskapare bör utföra sitt arbete, vilka må ha varit giltiga under hans tid, men som nu möjligen är något förlagade eller som kan ifrågasättas med hänsyn till de socio-politiska förhållanden som råder i dagens Sverige.

## 1. Främlingen, överlevnaden och döden

Att ta sig an något så inarbetat och väletablerat som arvet efter Hellner och hans inflytande på den svenska rättsvetenskapliga diskussionen är sannerligen ingen lätt uppgift. Hellner var en extremt produktiv forskare under nästan ett halvt sekel och min uppgift här är att dissekera hans livsverk på bara några sidor. Med tanke på denna begränsning har jag valt att anlägga ett sär-

<sup>4</sup> Se Jan Hellner, *Om obehörig vinst: särskilt utanför kontraktsförhållanden*, Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1950. Se även Mårten Schultz, *Obehörig vinst-motiveringar*, *Svensk Juristtidning*, nr 4, 2012, s. 372, som trots sin medverkan till att bryta den dogmatiskt negativa inställningen till läran om obehörig vinst erkänner Hellners monografi som ”epokgörande.”

<sup>5</sup> För en skiss av olika kriterier för den svenska (och nordiska) rättsvetenskapen mellan 1940-talet och 1990-talet, om än inte i fullständigt systematisk form, se Stig Strömholm (red.), *Svensk Rättsvetenskap 1947–1997*, Stockholm: Norstedts Juridik, 1997. Se även Jacob W. F. Sundberg, fr. *Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i Norden*, Malmö: Studentlitteratur, 1978 s. 189–285, för en mer kritisk bild.

skilt perspektiv (utifrån vilket Hellners arbeten betraktas), ett visst urval (dvs. en avgränsning av vilka arbeten i hans samlade produktion som särskilt analyserats), och ett specifikt syfte (det mål som analysen här avser att uppnå).

När det gäller perspektivet som anläggs här är det en ”främlings perspektiv” på arvet efter Hellner för den svenska rättsliga diskursen (istället för en ”outsiders perspektiv” som min ursprungliga tanke var). Den erkände sociologen Georg Simmel författade 1908 en klassisk essä inom sociologin, med titeln *The Stranger* (på svenska *Främlingen*).<sup>6</sup> Simmel definierade främlingen som en person som är såväl en outsider som en insider på samma gång. Enligt hans uppfattning skulle en främling som inte är född eller uppvuxen inom ett visst samhälle eller samhällsgrupp där hen verkar, kunna spela en avgörande roll i det främmande samhället (”infödningssamhället” enligt Simmels definition) genom att leda in diskussionen på nya vägar och fundera över vissa fenomen utifrån ett nytt perspektiv.<sup>7</sup>

Ett förtydligande kan vara på sin plats. För det första, begreppet ”främling” syftar inte på någon etnisk eller nationsbunden konnotation, utan avser någon som har en bakgrund som skiljer sig från den typiska inom ett visst samhälle eller en viss samhällsgruppering (t.ex. en ensam rättsvetenskapsperson som deltar i ett möte med en grupp praktiskt verksamma jurister eller vice versa).<sup>8</sup> För det andra, vilket möjligen är ännu viktigare att framhålla, funktionen som främlingens perspektiv tjänar garanterar inte nödvändigtvis nya sanningar. Främlingen åsyftar endast att kasta nytt ljus över ett visst ämne med hjälp av ett nytt perspektiv, oavsett om detta resulterar i nya insikter eller endast bekräftar den rådande inställningen.

<sup>6</sup> Se Georg Simmel, *The Stranger*, i K. H. Wolff (red.), *The Sociology of Georg Simmel*, New York: The Free Press, 1950 [1908], s. 402–408. Se även Donald N Levine, *Simmel at a Distance: On the History and Systematics of Sociology of the Stranger*, *Sociological Focus*, nr 10, 1977, s. 17–18 (vad gäller Simmels distinktion mellan en extern betraktare som ”främling” respektive någon som är ”marginaliserad”).

<sup>7</sup> ”In a society there must be a stranger. If everyone is known then there is no person that is able to bring something new to everybody”. Simmel, *The Stranger*, supra s. 403. Se även Nedim Karakayali, *The Uses of the Stranger: Circulation, Arbitration, Secrecy, and Dirt*, *Sociological Theory*, nr 24, 2006, s. 312–330; och Mary E. Virnoche, *The Stranger Transformed: Conceptualizing On and Offline Stranger Disclosure*, *Social Thought & Research*, nr 24, 2001, s. 345–347.

<sup>8</sup> Med ”samhällsgruppering” avses här i bemärkelsen ”en tolkande gruppering” (på engelska, *interpretative community*), dvs. en grupp som delar vissa kulturella antaganden om hur en text eller ett beteende bör förstås eller tolkas, såsom utvecklats av Stanley Fish, *Is There A Text in This Class*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, s. 147–174.

I denna artikel intar jag främlingens perspektiv i min egenskap av forskare med viss ”distans” i den bemärkelsen att jag inte delar samma bakgrund som många andra i form av en svensk juristutbildning. Samtidigt har jag i flera avseenden en närhet till svenska rättsvetenskapares och praktiskt verksamma juristers värld. Efter flera års verksamhet i Sverige har jag tagit del av Hellners (och hans framgångsrika efterföljares) inflytande på det för den svenska juridikens karaktäristiska sätt att skapa, tillämpa och diskutera rätten.<sup>9</sup>

Avgränsningen genom urvalet för denna undersökning reser även den flera svåra frågor. Som bekant är Hellners produktion mycket omfattande såväl i tid (ett halvt sekel) och ämnesbredd (från skadeståndsrätt till rättsteori).<sup>10</sup> Det är således nödvändigt att begränsa den närmare undersökningen till vissa delar av hans livsgärning. Med hänsyn till detta har jag fokuserat på ett tema som på ett eller annat sätt berör alla rättsvetenskapare oavsett specialisering, nämligen Hellners idé om den ”goda” rättsvetenskapen och hur han själv efterlevde detta i sina arbeten om t.ex. kontraktsrätt och skadeståndsrätt. Dessa arbeten används för att utkristallisera Hellners idealtyp av en god rättsvetenskapare och viss mån även idealtypen för andra rättsliga aktörer (såsom advokater och domare).

Slutligen, när det gäller det särskilda syftet med undersökningen är inte avsikten att endast kritisera Hellner och hans idéer om hur en rättsvetenskapare bör vara. Detta vore en orättvis och klinisk ansats. Att enbart kritisera vore orättvist eftersom kritiken endast skulle utgå från mina egna tolkningar – som dessutom kommer från en främling som lätt kan missförstå centrala delar i Hellners författarskap. Det vore också orättvist utifrån att han själv inte har möjlighet att svara på denna kritik.

En rent kritisk ansats på Hellners ideala karaktäristika för den ”gode” rättsliga aktören vore tillika klinisk av det enkla skälet att om författaren ifråga tillhör en av de stora klassikerna (dvs. en författare som vi fortfarande talar om och citerar långt efter dennes bortgång) måste det rimligen finnas

<sup>9</sup> På detta sätt tillämpar jag Simmels idé om ”främlingen” som en sociologisk kategori. Detta skiljer sig både från outsiders (även på engelska, outsider) perspektiv som saknar en särskild relation till grupperingen och från ”vandrarens” (på engelska, wanderer) perspektiv, som närmast för tankarna till någons tillfälliga externa närvaro i en viss kontext (detta är en roll som man inom den rättsliga diskursen kan inta när man arbetar med klassisk komparativ rätt). ”The stranger is... not... the wanderer who comes today and goes tomorrow, but rather is the person who comes today and stays tomorrow”. Simmel, *The Stranger*, supra s. 402.

<sup>10</sup> Se Anders Agell, *Jan Hellner*, supra s. 1–3.

en grund för detta.<sup>11</sup> När det gäller Hellner, liksom många andra klassiska författare, står grunden enligt min mening att finna i det faktum att han på något sätt inte bara lyckades att fånga tidsandan utan att han även hade en förmåga att förmedla ett budskap, vilket (i viss utsträckning) fortfarande har ett värde för många trots den tid som gått och de samhällseliga förändringar som skett.

Istället för att kritisera Hellners kriterier i fråga om idealbilden för en rättsvetenskapare vill jag försöka utvärdera om de kriterier (och i sådana fall i vilken utsträckning) alltjämt ”lever vidare”. Frågan är således om de alltjämt är relevanta och i någon mån karaktäriserar vår bild av hur en rättsvetenskapare bör vara, eller om de är ”döda”, dvs. inte längre relevanta.<sup>12</sup> Med andra ord, jag kritiserar inte Hellners förståelse av den ideala rättsvetenskaparen, utan jag försöker istället lyfta fram de faktorer som var typiska för den tid och samhällskontext som Hellner verkade i. I samma anda belyser jag faktorer som inte längre är relevanta. Avsikten är i det sammanhanget att utkristallisera de karaktäristiska som kan betecknas som mer klassiska, dvs. sådana kriterier eller egenskaper som i viss utsträckning överlevt tidens gång (och därmed transcenderat både den tid och det rum som de är sprungna ur, nämligen andra delen av 1900-talet).

## 2. I vilken utsträckning lever arvet efter Hellner kvar i den rättsliga diskursen?

Som redan nämnts ovan betraktas Hellners arbeten som klassiska inom den svenska rättsvetenskapen och i viss mån även inom den svenska juridiska praktiska verksamheten. Detta innebär att oavsett vilken inställning man har till Hellners förståelse av rätten och hur den borde vara, måste vår tids rättsvetenskapare (särskilt de som är verksamma inom privaträtten) ofta konfrontera sina idéer med denna gigants tankar om svensk rättsvetenskap. Mer konkret kan tre betydande exempel lyftas fram i fråga om hur Hellners inställning till rättsvetenskapen och andra allmänna rättsliga frågeställningar har överlevt tidens gång.

<sup>11</sup> ”A classic is a book that has never finished saying what it has to say.” Italo Calvino, *Why Read the Classics*, *The New York Review of Books*, October 9, 1986.

<sup>12</sup> För inspirationen till ett sådant angreppssätt, se Benedetto Croce, *What is Living and What is Dead of the Philosophy of Hegel*, New York: Russell & Russell, 1969 [1907].

## A) En rättspositivist med en pragmatisk agenda

För att förstå Hellners grundläggande inställning till hur rätten ska uppfattas och beskrivningsmåste man till att börja med notera att hans rättspositivistiska och pragmatiska metod alltjämt har aktualitet. Hellner betonade genomgående (åtminstone implicit i sina tidiga arbeten och mer explicit i sin senare produktion, som t.ex. ”den röda boken” om rättsvetenskaplig metod) värdet av rättspositivismen som en ledstjärna för såväl rättskapandet (dvs. normgivning både av lagstiftare, Högsta Domstolar m.m.) som rättstillämpningen, men även för den rättsvetenskapliga analysen av rättsliga frågor.<sup>13</sup> Därtill bör framhåvas att Hellner alltid gav rättspositivismen ett pragmatiskt ansikte.<sup>14</sup>

Hellner anslöt sig således (medvetet eller omedvetet) till en av den moderna rättspositivismens grundsatser, vilken tar sin utgångspunkt i ett konstaterande att juristen för att identifiera gällande rätt (på engelska, *valid law*) måste särskilja rätten från dess moraliska sidor.<sup>15</sup> Detta betyder inte att den moderna rättspositivismen förnekar den djupgående kopplingen mellan, å ena sidan, rätten och, å andra sidan, moral, politik och ekonomi. Grundsatsen innebär endast (vilket även framgår av Hellners arbeten) att utgångspunkten för en meningsfull diskussion om rätten måste vara en bedömning

<sup>13</sup> Se Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm: Elanders Gotlab, 2001, s. 125–127. För ett starkt och tydligt försvar av rättspositivistiska förutsättningar för den juridiska metoden, se Jan Hellner, Positivism och metod inom rättsvetenskap, i: U. Göranson, T. Hästad, och Å. Frändberg (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*, Uppsala: Iustus Förlag, 1997, s. 351–373. Se även Jan Hellner, *Köprätt. Kortfattad lärobok*, tredje upplagan, Stockholm: Norstedts, 1967, s. 11–20; och Hellner, *Om obehörig vinst*, supra s. 1 (där gällande rätt huvudsakligen identifieras med hjälp av materiella regler och där första steget för rättsvetenskaparens uppgift inriktas på att identifiera sådana regler).

<sup>14</sup> För ett senare försök att kombinera rättspositivismens idé om vad rätten är med ett pragmatiskt perspektiv på rättsliga frågor, om än utifrån andra premisser och med andra resultat, se t.ex. Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

<sup>15</sup> Se John Gardner, Legal Positivism: 5½ Myths, *American Journal of Jurisprudence*, nr 46, 2001, s. 201. På samma sätt som Gardner framhäver, avfärdas även här den ibland förfäktade missuppfattningen att kärnan för den moderna rättspositivismen skulle bestå däri, att det helt saknas en nödvändig koppling mellan rätten och moralen. Se id. s. 222–223. Se även Kenneth Einar Himma, Judicial Discretion and the Concept of Law, *Oxford journal of Legal Studies*, nr 19, 1999, s. 72 (särskiljer vissa centrala karaktäristika för den moderna rättspositivismen, såsom de kommit att definieras av t.ex. Herbert L. A. Hart och Hans Kelsen, från den klassiska rättspositivismens ledord, såsom de formats författare som John Austin och Jeremy Bentham).

av det gällande rättsläget (de lege lata). För att uppnå detta måste varje rättsvetenskapare börja med att ”beskriva” rätten (t.ex. vad utgör den gällande regleringen?) innan rätten ”utvärderas” (t.ex. är rätten adekvat?). Enligt detta synsätt ska fastställandet av lege lata ska baseras på frågor som är interna för rättssystemet, eller annorlunda uttryckt och om man vill vara mer modern, ”det som tillhör den dominerande rättskulturen”. Exempel på en sådan fråga är: ”Från vilket organ härstammar beslutet A och på vilken överordnad regel baserar sig detta beslut?”<sup>16</sup>

I detta sammanhang bör framhåvas att Hellner även anslöt sig till en annan för den moderna rättspositivismens viktiga grundpelare, vilken dock ofta glöms bort av svenska rättsvetenskapare som betecknar sig som rättspositivister (eller ”rättsdogmatiker”, för att använda en olycklig beteckning).<sup>17</sup> Det handlar om att rättsvetenskapens uppgift inte endast är att beskriva den gällande rätten utan också att uppgiften inbegriper att försöka göra den ”bättre” (de lege ferenda, dvs. den normativa sidan av rättsvetenskaparens uppgift). De flesta rättspositivistiska författare (åtminstone utanför Sverige) kan utan vidare hålla med om denna andra uppgift.<sup>18</sup> Det råder dock delade meningar om hur rätten kan göras ”bättre”, dvs. vilka kriterier som ska användas för att utvärdera de ”hål” som finns i rätten samt hur dessa hål ska fyllas ut. Enligt ett synsätt (däribland inclusivist legal positivism) kan mora-

<sup>16</sup> Se Neil D. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1978, s. 239–240 (där rättspositivismen kan ”characterized minimally as insisting on the genuine distinction between description of a legal system as it is and normative evaluation of the law which is thus described”).

<sup>17</sup> Beträffande skillnaden mellan rättspositivism och rättsdogmatik, se t.ex. Torben Spaak, Rättspositivism och juridisk metod, i: F. Korling och M. Zamboni (red.), *Juridiska metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 2013 och, från ett bredare perspektiv, Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2004–2005, s. 332–333. Se även Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 22–24, angående den snävare betydelsen av rättsdogmatik.

<sup>18</sup> Se Jeremy Waldron, Normative (or Ethical) Positivism, i J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 411–412. Se t.ex. Neil D. MacCormick, A Moralistic Case for A-Moralistic Law, *Valparaiso University Law Review*, nr 20, 1985, s. 30. Men se Jules Coleman, Negative and Positive Positivism, *Journal of Legal Studies*, nr 11, 1982, s. 147; and Andrei Marmor, Andrei Marmor, Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 26, 2006, s. 684–685. Se även Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1996, s. 71; och Jules Coleman, Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 27, 2007, s. 600.



len utgöra ett vägledande kriterium för att utvärdera ”hur bra” rätten är.<sup>19</sup> Ett annat synsätt (t.ex. Joseph Raz och hans exklusivist legal positivism) ger uttryck för att moraliska överväganden aldrig ska användas som vägledning i reformerandet rätten utan att för att man istället ska se till samhällssfären.<sup>20</sup> Oavsett vilka kriterier som använts för att utvärdera eller, i förekommande fall, reformera rätten, framhäver moderna rättspositivister vikten av att se till rättssystemet och dess omgivning i ett sammanhang. När rättsvetenskaparen väl har fastställt gällande rätt, övergår således dennes arbete till en normativ fas där det ankommer på denne att även ge uttryck för hur rätten bör vara.<sup>21</sup>

I ljuset av detta framstår Hellner tankar och idéer ligga i linje med den moderna rättspositivismen. Således är han högst levande i detta avseende eftersom det trots allt handlar om den ledande rättsteorin som delas av en majoritet av jurister och rättsvetenskappare som har västerländska (eller väst-influerade) rättssystemen som arbetsfält. Hellner uppfyller till att börja med rättspositivistens deskriptiva uppgift när han beskriver vad rätten är och anupprätthåller därigenom idén om att utgångspunkten för den rättsliga undersökningen är fastställandet av gällande rätt. Detta sker genom att

<sup>19</sup> Se Coleman, *The Practice of Principle*, supra s. xv och s. 107–108; och Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994, s. 81–82.

<sup>20</sup> Se t.ex. Joseph Raz, *Ethics in The Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics. Revised Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 210–211; eller Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 197–199.

<sup>21</sup> Se Waldron, Normative (or Ethical) Positivism, supra at 430. Se t.ex. Neil D. MacCormick, The Ethics of Legalism, *Ratio Juris*, nr 2, 1989, s. 184–193; Tom Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London: Routledge-Cavendish, 2004, s. 55 och s. 303; eller Frederick Schauer, Rules and the Rule of Law, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, nr 14, 1991, s. 679–680. Se även Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979, s. 45 (om det centrala värdet av rättspositivismen när det kommer till att särskilja rättslig argumentation från andra former av argumentation); och Fredrik Schauer, Positivism as Pariah, i R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 38–41. En liknande ståndpunkt som nyligen framförts är att: ”a principal rationale for practical positivism—for separating what the law is from what the interpreter thinks it ought to be—was the passion for reform of law.” Benjamin C. Zipursky, Practical Positivism Versus Practical Perfectionism: The Hart-Fuller Debate at Fifty, *New York University Law Review*, nr 83, 2008, s. 1209. Se även Kent Greenawalt, How Persuasive Is Natural Law Theory?, *Notre Dame Law Review*, nr 75, 2000, s. 1651–1652. Men se t.ex. Brian H. Bix, Legal Positivism, i M. P. Golding och W. A. Edmundson (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 2005, s. 31 (angående bristen på ”reformtänkande” inom ramen för rättspositivismen).

använda de analytiska verktyg som typiskt sett används av rättens aktörer, dvs. genom att studera rättskällorna och deras inbördes hierarki (på engelska Pedigree Thesis) men utan att involvera faktorer av utomrättslig karaktär (separationstesen, på engelska Separability Thesis).<sup>22</sup>

Hellner kan även betecknas som en modern rättspositivist när det kommer till hans inställning till rättsvetenskapens normativa uppgift. Han är inte främmande för att vidga rättsvetenskapens arbetsfält till att även inkludera verkligheten som omger den gällande rätten när det kommer till att utvärdera ”hur bra” rätten är och att i förekommande fall visa vilken riktning eventuella reformer bör ta. Förutom att kritisera och föreslå ändringar av gällande rätt var Hellner tvekad inte heller för att i påkallade fall röra sig utanför ramarna för det rättssystemet i strikt bemärkelse.<sup>23</sup> Han anförde:

Analysen kan leda till kritik, och det står rättsvetenskapen fritt att också komma med konstruktiva förslag för framtiden. En stor del av rättsvetenskapen är – lyckligtvis enligt min mening – framåtblickande snarare än tillbakablickande”.<sup>24</sup>

Den ”pragmatiska” ansatsen i Hellners arbeten är särskilt tydlig när det kommer till att utvärdera den gällande rätten (dvs. bedömningen av om den är bra eller inte).<sup>25</sup> Med detta uttryck avser han behovet av att kontextualisera den gällande rätten, såväl beträffande dess skapande och tillämpning som dess potentiella konsekvenser på det omgivande samhället. Det framgår särskilt tydligt i hans sista bok om rättsvetenskaplig metod, men kan även spåras som en råd tråd i hans tidigare centrala arbeten.<sup>26</sup> Kontextualiseringen som

<sup>22</sup> Se Ross Cranston, Remembering Jan Hellner, i R. Cranston, J. Ramberg och J. Ziegler (red.), *Commercial Law Challenges in the 21st Century: Jan Hellner in memoriam*, Uppsala: Iustus Förlag, 2007, s. ix-x.

<sup>23</sup> Se Hellner, *Rättsteori: En introduktion*, Stockholm: Juristförlaget, 1988, s. 8–15. Se även Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 23–24 och s. 127–128.

<sup>24</sup> Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 27 [min kursivering].

<sup>25</sup> ”Vad jag främst vill söka lära... studenter i början av sina studier, är att begreppsbestämningar och rent teoretiska analyser inte kan utgöra argument i sakfrågor.” Jan Hellner, *Rättsteori och rättsvetenskap*, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 1996–1997, s. 540.

<sup>26</sup> ”Inte all men mycken rättsvetenskap utgår från antaganden om faktiska förhållanden”. Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 105. Se även t.ex. id. s. 35–38, s. 80–85 och s. 105–108. Om betydelsen av begreppet pragmatism i den svenska kulturen, se Olof Petersson, Den svenska pragmatismen, i M. Anthonen och S. C. Jagers, (red.), *Rätt grönt. Vänbok till Lennart J. Lundqvist*, 2009, Göteborg: Göteborgs universitet, s. 124 (”Att vara pragmatisk innebär att välja det som uppfattas vara nyttigt och lämpligt. Praktisk resultatirikning styr handlandet”). Vad gäller pragmatism i den svenska juridiska diskursen, återfinns en mer artikulerad och briljant exposé i Håkan Andersson, Prag-

Hellner åsyftar måste göras med hjälp av de primär mål som det rättsskapande organet (antingen ett lagstiftande organ eller en domstol) hade när den gällande rätten skapades.<sup>27</sup> Detta är en form av pragmatisk utvärdering eftersom dess mål är externt i förhållande till rätten (t.ex. att främja en viss ekonomisk verksamhet eller att förbjuda en viss form av religiös utövning).

Detta innebär att rätten utvärderas utifrån dess funktionella förmåga att fungera som en sammanbindande länk mellan en viss utomrättslig ideologi (t.ex. politisk, ekonomisk eller kulturell) och verkligheten (inklusive den juridiska) som denna ideologi försöker påverka. Enligt Hellner ska således rättsvetenskaparen alltid kontextualisera sin utvärdering av rätten utifrån vad rättens skapare åsyftat med den liksom utifrån vad gällande rätt faktiskt uppnår i verkligheten.<sup>28</sup>

## B) En komparativ Forskare

En annan aspekt av arvet efter Hellner för den svenska rättsvetenskapen är hans intresse för den rättsliga diskursen utanför Sveriges gränser, även bortom de nordiska ländernas gränser. Hellner tillhör en av de mest internationellt orienterade bland den generationens rättsvetenskapare.<sup>29</sup> Ett sådant intresse borde enligt Hellner präglade varje rättsvetenskapers verksamhet och då särskilt i tre avseenden.

Det första steget i denna riktning sammanhänger med att ”resa utomlands”. Hellner kom att delta i många internationella diskussioner i olika

matism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen, i H. Tiberg och M. Clarke (red.), *Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*, Stockholm: Jure Förlag AB, 2006, s. 55–57.

<sup>27</sup> Se t.ex. Jan Hellner, Värderingar i skadeståndsrätt, i H. Hessler (red.), *Festskrift till Per Olof Ekelöf*, Stockholm: Norstedt, 1972, s. 299–303; Jan Hellner, *Lagstiftning inom förmogenhetsrätten: Praktik, teori, teknik*, Stockholm: Juristförlaget, 1990, s. 68–71; Hellner, *Rätts-teori*, supra s. 81–82; eller Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt I: Köprätt*, Stockholm: Juristförlaget, 1982, s. 17–18.

<sup>28</sup> Se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 111–115. Se t.ex. Jan Hellner, *Skadeståndsrätt*, fjärde uppl., Stockholm: Juristförlaget, 1985, s. 130–133 och s. 150–151. Denna pragmatiska ansats som tillskrivs Hellner kan även ses som ett naturligt resultat av hans inställning till innebörden av vad en teori är för något, som han talar om i en ”innehållslig/materiell mening”. Se Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2004–2005, s. 314.

<sup>29</sup> Detta intresse för den utomnordiska rätten och rättsvetenskapliga debatten verkar präglade Hellners verk under alla år av hans vetenskapliga produktion: Från hans avhandling, Hellner, *Om obehörig vinst*, supra s. 7–124, till den sista boken, Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 217–219. Se även Agell, *Jan Hellner*, supra s. 2.

rättsliga frågor i egenskap av representant för de svenska och nordiska perspektiven. Hellner förmedlade kunskap om det svenska och nordiska sättet att handskas med rättsliga problem i internationella tidskrifter och andra sammanhang, vilket starkt bidrog till att ingjuta en respekt bland internationella rättsvetenskapare för ”det svenska sättet” att förhålla sig till rättstillämpning och rättsligt tänkandet.<sup>30</sup>

Det andra steget mot en mer internationellt präglad kontext som är karaktäristiskt för Hellner, liksom delvis hans idé om den gode rättsvetenskaparen, sammanhänger med vad denne gör när hen ”kommer hem” från sin resa. När Hellner varit ute på ”resa utomlands” (i såväl bokstavig som bildlig mening i form av internationella konferenser samt deltagande i det internationella meningsutbytet) återvände han inte hem enbart tillfreds med den rådande svenska ordningen, eller för att använda ett känt uttryck – Hellner var inte en ”akademisk turist”.<sup>31</sup> Hellners breda repertoar visar nämligen på en viktig del av vad som utgör en god rättsvetenskapare – att även utmana det svenska sättet att tänka på rättsliga problem med utgångspunkt i de lösningar som går att finna utomlands gällande liknande problem.<sup>32</sup> Man kan i dagens läge dock ifrågasätta den centrala roll och stora värde som Hellner tillmätte den tyska rättsordningen (även om det kan ha funnits fog för denna inställning under hans tid). Däremot har Hellners grundläggande idé om att bege sig ut på internationellt farvatten utan tvekan överlevt. Varje svensk rättsvetenskapare måste vara beredd att både ge sig ut för att ”resa” (dvs. till-

<sup>30</sup> Se t.ex. Jan Hellner, Damages for Personal Injury and the Victim's Private, *American Journal of Comparative Law*, nr 18, 1970, s. 126–144; Jan Hellner, Unification of Law in Scandinavia, *American Journal of Comparative Law*, nr 16, 1968, s. 88–106; Jan Hellner, The New Swedish Tort Liability Act, *American Journal of Comparative Law*, nr 22, 1974, s. 1–16; Jan Hellner, Consequential Loss and Exemption Clauses, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr 1, 1981, s. 13–50; Jan Hellner, The Scope of Insurance Regulation: What Is Insurance for Purposes of Regulation, *American Journal of Comparative Law*, nr 12, 1963, s. 494–543. Se även Neil Duxbury, Struggling with Legal Theory, *University of Toronto Law Journal*, nr 43, 1993, s. 895–896; Roy Goode, Is the Lex Mercatoria Autonomous?, i Cranston, Ramberg och Ziegler (red.), *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, supra s. 73; och Agell, *Jan Hellner*, supra s. 3.

<sup>31</sup> Se Clyde Summers, Comparative Labor Law in America: Its Foibles, Functions, and Future, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, nr 25, 2003, s. 117. Se även Ronald J. Pelias, The Academic Tourist: An Autoethnography, *Qualitative Inquiry*, nr 9, 2003, s. 372 (om rättsvetenskapare som när de befinner sig utomlands, ”academics, like tourists, never see the world beyond its surface level”).

<sup>32</sup> Se Hellner, *Rättsteori*, supra s. 89–90. Se t.ex. Hellner, *Skadeståndsrätt*, supra s. 42–46. Se även Kurt Grönfors, Skiss av en forskarprofil, supra s. 5.

godogöra sig juridisk kunskap bortom den nationella kontexten), men också att ”komma hem” till den svenska rättsordningen för att se betrakta den med nya ögon (dvs. för att med ett annat perspektiv analysera den rådande svenska rättsliga inställningen i en viss fråga).

Det sista steget som utmärker Hellners sätt att närma sig den internationella arenan utanför den svenska juridikens gränser är av en mer normativ natur. Enligt Hellner måste den gode rättsvetenskaparen inte endast öppna sig själv för den juridiska verkligheten utanför Sverige, utan hen måste även vara öppen för att förbättra kvaliteten i de inhemska juridiska produkterna (i deras legislativa, dömande och akademiska former).<sup>33</sup> Med andra ord måste rättsvetenskaparen använda sig av det utländska materialet (såväl det materiella som metodologiska) som inhämtats under ”utlandsresan” för mer än bara deskriptiva ändamål. Utländskt material och främmande metodologiska ansatser bör således användas i den svenska rättsvetenskapliga normativa verksamheten för att söka förbättra den nationella rätten och generellt också för att höja nivån på den nationella juridiska diskursen och rättspolitiska debatten.<sup>34</sup> Hellners inställning att svenska rättsvetenskapare måste söka möjliga rättsliga lösningar utanför landets och Nordens gränser har även idag ett brett stöd inom rättsvetenskapen.<sup>35</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att Hellners inflytande på den moderna svenska rättsvetenskapen även inbegriper tanken om att en ambitiös rättsvetenskapare inte endast kan leva inom ramen för hens nationella juridiska verklighet oavsett ämnesinriktning. Varje rättsvetenskapare måste i viss utsträckning vara en komparativ forskare. Hen måste beakta hur olika frågor regleras utanför de nordiska ländernas gränser, vara öppen för främmande rättskulturer och jämföra dessa med den svenska, samt i relevant utsträckning även importera eller transplantera potentiellt bättre lösningar när det finns skäl för detta.

<sup>33</sup> Se Hellner, *Rättsteori*, supra s. 55. Se t.ex. Jan Hellner, Kontrollansvar och annat skadeståndsansvar i den nya köprätten, *Tidskrift för rättsvetenskap*, nr 104, 1991, s. 146–150.

<sup>34</sup> Se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 217–219. Se t.ex. Jan Hellner, CISG och den nya kontraktsrätten, *Tidskrift för rättsvetenskap*, nr 105, 1992, s. 1–19.

<sup>35</sup> Se Michael Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, andra upplag, Stockholm: Norstedts Juridik, 2003, s. 27–32; Herbert Jacobson, Att finna, att fastställa innehållet i främmande rätt, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2012–2013, s. 348–350; Lena Olsen, Rättsvetenskapliga perspektiv, *Svensk Juristtidning*, nr 2, 2004, s. 127–128. Se t.ex. Jacob W. F. Sundberg, Komparativ rätt och den svenska modellen, *Juridiska Föreningen i Finland Tidskrift*, 1997, s. 278–302.

Denna komparativa ansats, vilken Hellner har haft stort inflytande på inom den svenska, är mycket betydelsefull. Detta är särskilt märkbart särskilt med tanke på att stor del av Hellners verksamma tid var mellan 1950-talet och mitten av 1970-talet, en period som i och för sig kan definieras som en glansperiod för den svenska välfärdsmodellen men som samtidigt kan konstateras vara ”det mest isolerade nationella skedet i den svenska 1900-talshistorien”.<sup>36</sup> Perioden kan, liksom för många andra nordeuropeiska länder, definieras som den gyllene tidsepoken för den svenska nationalstaten, dvs. en tid då den svenska rättskulturens gränser ansågs vara lika stängda som de fysiska landsgränserna i dagens Nordkorea.<sup>37</sup>

### C) Att skapa infrastruktur för en forskningsmiljö

Den sista delen av Hellners arv till den svenska rättsvetenskapen och hans konceptualiserande av den gode rättsvetenskaparen som överlevt tidens gång är av en mer ”entreprenörmässig” karaktär. De flesta (om än inte alla) idag verksamma svenska rättsvetenskaparna ansluter sig till tanken om att deras uppgift inte begränsar sig till den trygga tillvaron på universitetskontoret. Med detta menar jag att en typisk egenskap hos en framgångsrik svensk rättsvetenskaparen idag inte endast sammanhänger med hans förmåga att producera böcker, utan att framgången även inkluderar förmågan att bygga upp en struktur för en forskningsmiljö, eller åtminstone att lyckas sammanföra en grupp yngre (eller inte längre så unga) rättsvetenskapare för att dessa ska kunna diskutera och verka inom rättsområden som den ”ledande” rättsvetenskaparen byggt sin akademiska framgång på.

Såvitt jag har förstått av diskussioner med Hellners elever och kollegor kan man inte hävda att Hellner var särskilt framgångsrik när det gäller att skapa en forskningsmiljö.<sup>38</sup> Han var exempelvis handledare till ett mycket litet antal doktorander, särskilt med tanke på hans nästan 50 års långa verk-

<sup>36</sup> Mikael af Malmberg, *Den ståndaktiga nationalstaten*, Lund: Lund University Press, 1994, s. 388.

<sup>37</sup> ”Att den svenska rättskulturen i efterkrigstidens välfärdsstat varit extremt nationell och utgjorde sin egen förebild har också präglat synen på behovet av internationell påverkan”. Kjell-Åke Modéer, Optimala rättsliga kulturer?, *Juridisk Tidskrift*, nr 1, 1999–2000, s. 86. Se även Achim Hurrelmann, Stephan Leibfried, Kerstin Martens och Peter Mayer, The Golden-Age Nation State and its Transformation: A Framework for Analysis, i A. Hurrelmann, S. Leibfried, K. Martens och P. Mayer (red.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007, s. 1–23.

<sup>38</sup> ”Man kan... inte påstå att Jan Hellner var någon skolbildare”. Agell, *Jan Hellner*, supra s. 3.

samhet.<sup>39</sup> Dessa framgångsrika doktorander kan, möjligen något paradoxalt, sägas ha tenderat att distansera sig från Hellner i olika juridiska frågeställningar.<sup>40</sup> I sammanhanget är det dock viktigt att inte glömma bort Hellners förmåga eller, om man vill vara lite sentimental, generositet för att ändå skapa grundförutsättningar för sådana forskningsmiljöer genom att lägga ned både tid och pengar för att bygga upp den materiella infrastrukturen till en sådan miljö.

Till att börja med donerade Hellner en ansevärd summa pengar i syfte att stödja unga forskare under deras doktorandtid, vilket inte sällan kantas av ekonomiska begränsningar och därmed kan vara en prövande tid i karriären. Genom Hellners Stiftelse av den 28 oktober 1982 erbjöds ekonomiska bidrag till två av doktorandens viktigaste tillgångar, nämligen inköp av litteratur och möjlighet att få kontakt med utländska kollegor (både här hemma och utomlands).<sup>41</sup>

Vad gäller den tid som Hellner ägnade åt att bygga upp grunderna för en infrastruktur till en forskningsmiljö tänker jag särskilt på hans deltagande i och organiserande av seminarier för Stockholmsfakultetens rättsvetenskapare (och då särskilt de yngre forskarna).<sup>42</sup> Enligt flera av dem som deltog i dessa seminarier kunde visserligen Hellners personlighet tendera att dominera och på något sätt monopolisera diskussionen. Även om Hellner således inte lade sitt fokus på att bygga upp en genuin forskarmiljö där den fria akademiska diskussionen kunde frodas, engagerade han sig för att skapa några av grundförutsättningarna för detta. Här syftar jag särskilt på värdet för den kommande generationens rättsvetenskapare av att låta de allmänna seminarierna bli en integrerad del av det akademiska livet. Han implementerade och legitimerade själv tanken om att en vital akademisk miljö är beroende av ett forum (såsom seminarier) för meningsutbyten och diskussioner.

<sup>39</sup> Om jag har förstått det rätt så hade Hellner under denna 50-årsperiod endast två doktorander som disputerade under hans ledning, nämligen Lena Olsen och Jan Kleineman (och båda i slutfasen av Hellners akademiska karriär, 1986 respektive 1987).

<sup>40</sup> Se t.ex. Jan Kleineman, *Ren förmögenhetskada – särskilt vid vilsledande av annan än kontraktspart*, Stockholm: Juristförlaget, 1987, s. 97–100.

<sup>41</sup> Stiftelsen 28 oktober 1982 "har till ändamål att främja den rättsvetenskapliga forskningen vid fakulteten, särskilt genom att understödja yngre forskares internationella och tvärvetenskapliga kontakter". Ur *Stiftelsen av den 28 oktober 1982*, tillgänglig på <http://www.juridicum.su.se/jurweb/om/stiftelser/28.asp>. Se även Ross Cranston, Jacob Ziegler och Jan Ramberg, Preface and remembrance, i Cranston, Ramberg och Ziegler (red.), *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, supra s. viii.

<sup>42</sup> Se Grönfors, Skiss av en forskarprofil, supra s. 4.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Hellners ”entreprenörmässiga” arv till den nutids rättsvetenskapare närmast går att lokalisera till hans ansträngningar att lyfta fram värdet av att lyfta blicken från hans skrivbord. Den moderne rättsvetenskaparen måste även skapa sig ett beständigt forum för att få diskutera sin forskning och sina alster. I det avseende kan som exempel nämnas Stockholm Centre for Commercial Law (härefter SCCL), Institutet för Europeisk rätt, Institutet för rättsinformatik och Barnrättscentrum, alla vid den Juridiska fakulteten i Stockholm. Dessa kan sägas ha fört Hellners idé om den akademiska miljön vidare men med en viktig skillnad. Detta utvecklas i del 3.<sup>43</sup>

### 3. Vilken del av Hellners arv till den juridiska diskursen har dött ut med tiden (eller åtminstone börjat murkna något)?

Innan vi övergår till att behandla de delar av Hellners arv till rättsvetenskapen som kan sägas vara ”döda” vill jag tydligt påpeka att jag därmed inte menar att dessa delar av hans forskargärning var ”dödfödda” när de tillkom, dvs. att han i något avseende hade fel när han formulerade dessa. Avsikten med denna undersökning är mycket mer begränsad än så och handlar snarare om att öppna upp för en diskussion än att fälla några kategoriska påståenden som bär den absoluta sanningens prägel. Syftet med analysen här är istället att undersöka om de kriterier för den gode rättsvetenskaparen som jag menar att Hellner i hög grad varit med att ”formulera” kan sägas äga giltighet än idag, eller om dessa egenskaper som må ha varit vägledande under Hellners tid i något avseende förlorat sin relevans. Vid denna relevansbedömning bör man särskilt beakta de olika strömningar som inte fanns på kartan (eller åtminstone i mindre omfattning) för den svenska juridiken under den tid som Hell-

<sup>43</sup> Det finns även andra forskningscentra vid andra universitet i Sverige som spelar en liknande katalyserande roll för den rättsvetenskapliga diskussionen, som t.ex. *Svenska institutet för internationell rätt* i Uppsala och *Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law* i Lund. Att jag här valt att fokusera på forskningscentra vid Stockholms universitet föranleds av att jag vill söka visa på likheterna och skillnaderna mellan idén om ett forskningscenter som Hellner hade på sin tid och vad faktiskt åstadkommit idag vid hans *alma mater*. Jag har särskilt inriktat min uppmärksamhet på SCCL eftersom Hellners tanke om den ”goda” forskningsmiljön av naturliga skäl kretsade kring hans egna verksamhetsfält, nämligen kommersiell rätt (i vid bemärkelse) samt kommersiellt relevant rättsvetenskaplig forskning, vilket sammanfaller med SCCL:s verksamhetsfält.



ner utarbetade sina idéer. Här kan t.ex. globaliseringen och europeiseringen av svensk rätt nämnas.

#### A) ... förresten, vad betyder det egentligen att man är pragmatisk?

Hellner hade ett stort inflytande på den svenska rättsvetenskapens ideal om en rättspositivistisk inställning till gällande rätt kombinerat med en pragmatisk ansats för att hitta lösningar på rättsliga problem, dvs. en ansats som innebär att man är beredd att tänja på den rättsliga regleringen för att uppnå vissa ekonomiska, sociala och politiska mål.<sup>44</sup> En sådan ansats reser dock flera fundamentala frågor, vilka möjligen inte lika tydligt aktualiserades (eller ens existerade) under de decennier då Hellner utvecklade sin syn på hur rätten skapas, tillämpas och analyseras. På ett övergripande plan kan man dock säga att rättspositivismen i dess pragmatiska skepnad, såsom den förfäktats av Hellner (och även har anammats av flera andra rättsvetenskapare och rättsliga aktörer), är på tillbakagång i tre olika avseenden.

Jag vill börja med ett citat från Ronald Dworkins förord till *Law's Empire*:

We live in and by the law. It makes us what we are: citizens and employees and doctors and spouses and people who own things... We are subjects of law's empire, liegemen to its methods and ideals, bound in spirit while we debate what we must therefore do.<sup>45</sup>

Naturligtvis kan man diskutera hur rätten som är så central för vår existens ska beskrivas, dvs. vad som konstituerar gällande rätt. Det finns exempelvis en omfattande diskussion om huruvida rätten inbegriper vissa grundläggande moraliska och sociala värden, eller om det ligger i rättens natur att vara frigjord från sådana moraliska analyser.<sup>46</sup> Oavsett vilken inställning man

<sup>44</sup> Se t.ex. Hellner, *Rättsteori*, supra s. 24; Hellner, *Lagstiftning inom förmogenhetsrätten*, supra s. 167–186; Jan Hellner, *Rättsteori och rättsvetenskap*, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 1996–1997, s. 539–540; och Hellner, *Positivism och metod inom rättsvetenskap*, supra s. 362.

<sup>45</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge: Belknap Press, 1986, s. vii. Se även Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, London: Routledge, 1989, s. 8, där författaren om tendens mot ”growing legalization of everyday life from the moment of conception (i.e. increasing foetal rights) through to the legal definition of death (i.e. brain death or ‘body death)’”.

<sup>46</sup> Se Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 50–51 (om hur rättspositivister som benäms ”exclusivist” resp. ”inclusivist” skiljda uppfattningar om rättens förhållande till moral); och Gardner, *Legal Positivism*, supra s. 201 and s. 224–225. Se även Kenneth Einar Himma, *Inclusive Legal Positivism*,

intar till rättens omfång och innehåll, kan konstateras att den breda majoriteten av rättens aktörer, särskilt de som har en rättspositivistisk inställning, delar ståndpunkten att rätten spelar en avgörande roll för hur det moderna samhället utformas.<sup>47</sup>

Hur väl passar då Hellners rättspositivistiska och pragmatiska ansats med denna utveckling? Den synes gå att förena tämligen väl tills man börjar nagelfara de ideologiska antagandena som hans ansats vilar på. Hellners inställning till rättens skapande, rättstillämpningen och rättsvetenskapen är ytterst sprungen ur den ideologi som dominerade hans tid, nämligen den svenska eller ”socialdemokratiska” tappningen av välfärdsstaten.<sup>48</sup> Enligt denna grundsyn utgör rätten och dess system en nödvändig, men ”mjuk”, beståndsdel av samhället. Jag menar att den är nödvändig eftersom den svenska idén om välfärdsstaten är beroende av att dess värden kan implementeras med hjälp av regulatoriska instrument såsom skatterätt.<sup>49</sup> För att rätten ska kunna användas för att implementera dessa utomrättsliga värden (i enlighet med den ekonomiska och politiska modell som välfärdsstaten utgör), måste dock

i J. Coleman och S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 125–165; och Andrei Marmor, Exclusive Legal Positivism, i Coleman and Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, supra s. 104–124.

<sup>47</sup> Se t.ex. Joseph Raz, Legal Positivism and the Sources of Law, i J. Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 51–52; eller Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, s. 53. Se även Denis J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 4–7; och Jürgen Habermas, Between Facts and Norms: An Author's Reflections, *Denver University Law Review*, nr 76, 1999, s. 937.

<sup>48</sup> Se Gösta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1990, s. 27 (med ett av de första arbetena om den komparativa litteraturen om välfärdsstaten där tre klassiska idealtyper av välfärdsstaten identifieras, nämligen *the corporatist*, *the liberal* och *the social democratic*, där den sistnämnda härleds från den svenska välfärdsstaten). Se även Emanuele Ferragina och Martin Seeleib-Kaiser, Welfare regime debate: past, present, futures, *Policy & Politics*, nr 39, 2011, s. 583–611; och Andreas Bergh, The Universal Welfare State: Theory and the Case of Sweden, *Political Studies*, nr 54, 2004, s. 749–754 (om vad som karaktäriserar de olika välfärdsmodellerna för en välfärdsstat och i vilket avseende dessa karaktäristika återfinns i den svenska modellen).

<sup>49</sup> Se Vilhelm Aubert, The Rule of Law and the Promotional Function of Law, i G. Teubner (red.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: de Gruyter, 1986, s. 32–39; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: The MIT Press, 1998, s. 405–407; och Hartley V. Dean, The Juridification of Welfare: Strategies of Discipline and Resistance, i A. Kjonstad and J. Wilson (eds.), *Law, Power and Poverty*, Bergen: CROP Publications, 1997, s. 3–27.

de rättsliga instrumenten och rättskulturen ”mjukas upp”. Därmed avses att den juridiska diskursen och rättens aktörer måste vara beredda och positiva till att deras grundläggande principer och dogmer kan omstöpas och formas i de fall som sådana rättsliga paradigmer hamnar i konflikt med de utomrättsliga värdena.<sup>50</sup> Exempelvis måste rättens aktörer verksamma inom skatterätten vara beredda på att deras lärosats om en förutsebar beskattning offras till förmån för det politiska och sociala värdet av omfördelning med hjälp av beskattning.<sup>51</sup>

I detta sammanhang kan en annan del av ”uppmjukningen” inom den svenska juridiska diskursen nämnas, nämligen den bristande uppmärksamhet som konstitutionella frågor tidigare har fått. Under större delen av det föregående seklet låg fokus, åtminstone i den svenska offentlighetsrättsliga diskursen, på förvaltningens centrala betydelse snarare än på att betona individens rättsliga ställning. Denna ”mjukare” inställning baserades på en före-

<sup>50</sup> Se Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm: Norstedts Juridik, 1995, s. 46–47; och Daniel Bjerstedt, *Tryggheten inför rattan*, Lund: Lund University, 2009, s. 40–42 (som talar om en förflyttning i den svenska välfärdsstaten från den ”autonoma rätten” till den ”responsiva rätten”, baserat på den distinktion som utvecklades av Philippe Nonet och Philip Selznick i deras klassiska arbete från 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*). Se t.ex. Ken Uggerud, *Uønskede menneskerettigheter? Om statens muligheter til og strategier for å unngå eller svekke menneskerettigheter på områder der staten har sterke særinteresser*, *Retfærd*, n. 90, 2000, s. 21–45. Det är intressant att notera hur denna svaga ställning rätten intagit i förhållandet till den svenska modellen för en välfärdsstat (tillsammans med andra faktorer såsom sammanblandningen mellan rättspositivism och lagpositivism) har påverkat den rättspolitiska och rättsvetenskapliga diskussionen om kopplingen mellan rätten och politik. Den mer explicita och direkta kopplingen mellan rätten som helhet och välfärdsstatens samhällsdirigerande politiska system tenderar att antingen förpassas till den rättsliga diskursens utkanter (såsom inom skatterätten) eller behandlas som en integrerad (och därmed given) förutsättning för diskursen (såsom inom arbetsrätten). När kopplingen mellan rätt och politik väl behandlas mer explicit så är detta ofta begränsat till ett avgränsat ämnesområde (såsom socialrätt). Se t.ex. Teresa Simon Almendal m. fl., *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt. Del 1*, 14 uppl., Lund, Studentlitteratur, 2013, s. 2–3 (där diskussionen om beskattningens syfte i välfärdssamhället begränsas till en och en halv sida); och Lotta Westerhäll Vahlne, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000*, Stockholm: Norstedts juridik 2003, s. 631 (angående kopplingen mellan välfärdsstaten och sociala rättigheter). Se även, för ett mer sociologiskt perspektiv om relationen mellan den svenska (offentlighetsrättsliga) rättsvetenskapen och ”rätt och politik”, Håkan Hydén, *Till kritiken av den offentliga rätten*, *Retfærd*, nr 30, 1985, s. 16–21.

<sup>51</sup> Se Jacob W. F. Sundberg, *High-tax imperialism*, andra uppl., Stockholm: Institutet för offentlig och internationell rätt, 2000.

ställning om att individuella rättigheter generellt sett fick stå tillbaka för politiska och ekonomiska anspråk (något som t.ex. visade sig genom frånvaron av ett generellt förbud mot retroaktiv lagstiftning).<sup>52</sup>

Dessa strömningar, som alltså rådde under samma epok som Hellners idéer om rätten och dess grunder utvecklades, har numera skiftat riktning. Även i Sverige har nämligen en långsam men obeveklig utveckling skett (som jag skulle säga började i slutet på 1980-talet) mot den nya västerländska (eller åtminstone europeiska) samhällsmodellen – Postvälfärdssamhället.<sup>53</sup> Av utrymmesskäl har jag inte möjlighet att närmare beskriva denna modell men vill här framhålla att en av de centrala tankarna bakom postvälfärdssamhället inbegriper en stark betoning på ”the rule of law”, även när det kommer till privaträttens domäner.<sup>54</sup> Denna tonvikt på the rule of law innebär att rättsvetenskapare och rättens övriga aktörer inte längre – såsom den pragmatiska ansatsen förutsatte – kan betrakta rätten som ett generellt sett mjukt instrument som enkelt låter sig formas av externa värden från rättens omgivning. I ett postvälfärdssystem gäller snarare det omvända förhållandet. Det är de

<sup>52</sup> Se Annika Lagerqvist Veloz Roca, Utvecklingslinjer inom svensk offentlig rätt under de senaste hundra åren, *Juridisk Tidskrift – Jubileumshäfte*, 2007, s. 49–50; och Kaarlo Tuori, Vilken vikt bör i rättstillämpningen läggas vid lagstiftarens synpunkter och signaler i och utanför lagstiftningsärendet? *Det 39. nordiske juristmode i Stockholm 2011*, 2011, s. 790, available at <http://jura.ku.dk/njm/39/789-796-vilken-vikt-bor-i-rattstillampningen-korref-tuori-red.pdf/>. Se även Wiweka Warnling-Nerep, Till frågan om legalitet och retroaktivitet i svensk rätt, *Juridisk Tidskrift*, nr 4, 2008–2009, s. 837–838.

<sup>53</sup> Se Bengt Larsson, Martin Letell och Håkan Thörn (red.), *Transformations of the Swedish welfare state: from social engineering to governance?*, New York: Palgrave Macmillan, 2012; och Hannu Tolonen, The Concept of the State and the European Legal Tradition, i L. D. Eriksson och S. Hurri (red.), *Dialectic of Law and Reality: Readings in Finnish Legal Theory*, Helsingfors: Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki, 1999, s. 349–355.

<sup>54</sup> Se Thomas Wilhelmsson, Contract and Equality, *Scandinavian Studies in Law*, nr 40, 2000, s. 153 (”In the post-welfare state society, where the dividing line between the public and private sectors is increasingly unclear, it is obvious, however, that reasoning which is backed by the constitution must carry growing weight”). Se även Grazyna Skapska, Facing Past Human Rights Abuse: A Way from a Liquid to a Solid Society, i J. Priban (red.) *Liquid Society and Its Law*, Aldershot: Ashgate, 2007, s. 115–129 som tecknar en bild av det ”flytande” (på engelska *liquid*) samhället (i den bemärkelsen sociologen Zygmunt Bauman avsåg), som upplevt en kollaps avseende några av samhällets hörnpelare (som t.ex. statens inflytande), blir mer beroende av the rule of law som en cementerande kraft vilken istället håller ihop samhället; och Jörgen Dalberg-Larsen, *Rettsstaten, Velferdsstaten og hvad sa?*, København: Akademisk Forlag, 1984, s. 209, där författaren med hjälp av Teubners idé om ”reflexive law”, anvisar en möjlig utvecklingslinje för välfärdsstaten där rättens roll begränsas till att sätta upp vissa tydliga ramar (t.ex. i form av rättigheter) för de reglerade områdena medan individen i övrigt får ansvaret för att självreglera.

politiska, sociala och ekonomiska diskurserna som numera (rimligen) betraktas som mjuka av rättens aktörer i den bemärkelsen att dessa får stå tillbaka för allmänna rättsprinciper, antingen sådana som uttryckligen är stadgade i konstitutionella rättskällor eller andra av rättssystemet erkända principer. En utomrättslig agenda får således stå tillbaka för allmänna rättsprinciper såsom rättssäkerhet, rättstrygghet och rättslighet, men även allmänna principer inom privaträtten såsom lojalitetsplikten, läran om obehörig vinst och principen om balansen mellan avtalsparternas ställning (ekvivalensprincipen).<sup>55</sup>

Kort sagt, rätten och hela rättssamhället har s.a.s. hårdnat i den meningen att rätten tenderar att (så långt som möjligt) upprätthålla sina interna rättsprinciper där dessa hamnar i konflikt med utomrättsliga värden och ideal. Ett typexempel på detta är den yngre generationen skatterättare och deras fokus på den centrala allmänna principen om rättssäkerhet, oavsett om andra behjärtansvärda politiska eller sociala hänsyn vid en konflikt med denna grundläggande princip därmed får stå tillbaka.<sup>56</sup>

Med hänsyn till den utveckling som skett i Sverige med bl.a. ett förändrat synsätt inom rättsordningen på rätten som mer ”hårdformad”, kan Hellners pragmatiska ansats inte betraktas som felaktig, men däremot obsolet (eller åtminstone svår att upprätthålla). Här kan exempelvis nämnas den viktiga roll som de europeiska domstolarna och institutionerna spelat i denna ”här-dande” process. Genom att lyfta fram de grundläggande rättigheternas i vissa avseenden oavhändliga och absoluta karaktär, liksom den därtill sammankopplade ovillkorliga förpliktelsen för myndigheter (inklusive domstolarna)

<sup>55</sup> Se Åke Frändberg, *The Law-State. An Essay in General Jurisprudence* (manuskript); och Åke Frändberg, *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära*, Stockholm: Iustus Förlag, 2005, s. 251–263. Se även James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law*, New York: New York University Press, 2011, s. 96 (”Members of a strong Rule of Law order may not need to have as great or immediate a concern with the extralegal foundations of what they have as those where legality is pervasively weak”).

<sup>56</sup> Se t.ex. Anders Hultqvist, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen*, Stockholm: Juristförlaget, 1995, s. 3–7; Caroline Carlson, Rätten att inte lämna ut uppgifter vid beslut om tredjemansrevision, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2012–2013, s. 418–420; och Axel Hilling, Begreppet ränteutgift i svensk inkomstskatterätt – en kritisk analys, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2012–2013, s. 329–331. I samma riktning, se även regeringens kommittédirektiv 2012:14, *Stärkt rättssäkerhet i skatteförfarandet*, s. 2–3, och den slutförda utredningen SOU 2013:62, *Förbudet mot dubbla förfaranden och andra rättssäkerhetsfrågor i skatteförfarandet*. För samma utveckling, men med fokus på likhetsprincip, se Robert Pählsson, *Likhet inför skattelag – likhetsprincipen och konstruktionen av jämförbarhet i skatterätten*, Uppsala: Iustus förlag, 2007, kap. 3.

att värna (eller inte inskränka) dessa rättigheter, har synsättet förändrats.<sup>57</sup> Dessa influenser har bidragit till framväxten av en generell ”rättighetskultur” i den svenska juridiska, politiska och sociala sfären, där rättigheter numera har fått en mer angloamerikansk konnotation. Rättigheterna tillmäter enligt detta synsätt enskilda en särskild rättslig status och det allmänna måste se till att dessa rättigheter skyddas, oavsett den nationella regleringen.<sup>58</sup> Rättighetsinfluenserna har numera även nått ett av Hellners heliga områden, nämligen skadeståndsrätten.<sup>59</sup>

Nu övergår jag till det andra avseende i vilket jag menar att Hellners pragmatiska ansats till rättspositivismen är förlegad. Då kommer vi mer in på vilken del av omvärlden som juristens rättsskapande verksamhet (och den rättsvetenskapliga behandlingen av rätten) kan inspireras av för att s.a.s. komma verkligheten närmare, istället för att ställa oss frågan vad det innebär att vara pragmatisk när juristen ställs inför ett särskilt rättsligt problem.

Låt oss här anta att vi kan enas om att det för rättsvetenskaparens normativa verksamhet (dvs. när hen ska uttala sig om hur rätten bör vara) är nöd-

<sup>57</sup> Se Ulf Bernitz, Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?, *Juridisk Tidskrift*, nr 3, 2009–2010, s. 480; Jacob W. F. Sundberg, *Från Ekelöf till Europa. Om doktrinen, det offentliga samtalet, och Europakonventionen*, Klavrestrom: Häggblunds Förlag, 2004, s. 37–58; och Johan Hirschfeldt, Domstolarna som statsmakt – några utvecklingslinjer, *Juridisk Tidskrift*, nr 1, 2011–2012, s. 19. Se även t.ex. Wiweka Warnling-Nerep, Juridiska personer som bärare av mänskliga rättigheter: Ett möte mellan näringsrätt och förvaltningsrätt, *Juridisk Publikation*, nr 1, 2010, s. 85–89 (om hur europeiseringen av den svenska förvaltningsrätten på något sätt har framtingat en utveckling där rättens aktörer måste konfronteras med grundläggande principer vid regleringen av förvaltningsrättsliga åtgärder när dessa påverkar enskildas äganderättsskydd).

<sup>58</sup> Se Richard H. Pildes, Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism, *Journal of Legal Studies*, nr 27, 1998, s. 727; och Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York: Free Press, 1993, s. 13. Se även Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977, s. 90–94.

<sup>59</sup> Se t.ex. Philip Mielnicki, Challenging the Concepts of Damage in Tort Law with Shock Injury, *European Review of Private Law*, nr 2, 2011, s. 291–307; Philip Mielnicki, *En rättighetsbaserad skadeståndslära – om rättigheters betydelse i den skadeståndsrättsliga argumentationen*, 2015 (kommande avhandling); Märten Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2007–2008, s. 140–147; och Märten Schultz, Rights Through Torts: The Rise of a Rights Discourse in Swedish Tort Law, *European Review of Private Law*, nr 3, 2009, s. 305–333. Se även Bo Rothstein, Valfärdsstat, förvaltning och legitimitet, i B. Rothstein (red.), *Politik som organisation*, Stockholm: SNS Förlag, 2010, s. 57 om det klassiska dilemmat i välfärdsstaten mellan ”viljan att använda kollektivets kapacitet för att hjälpa den enskilde medborgaren och önskan om att värna samma medborgare från övermakt från kollektivets sida”.

vändigt att beakta omvärldens villkor för att bl.a. inte framföra rättsliga lösningar som skulle kunna ha negativa sociala och ekonomiska effekter för samhället. Detta var även Hellners ståndpunkt. Men för att göra sådana beaktanden och ta sådan hänsyn i de lege ferenda resonemangen måste rättsvetenskaparen först ta ställning till en grundläggande fråga: Vilka av samhällets villkor eller delar ska vi beakta när vi tar oss an uppgiften att finna de pragmatiska rättsliga lösningarna? I denna fråga har jag inte lyckats hitta någon vägledning i Hellners arbeten.<sup>60</sup>

Pragmatiska lösningar må anses vara realistiska och därmed användbara, men det är helt avhängigt vilket samhällsperspektiv man intar och det värdesystem varpå detta perspektiv vilar. Om rättsvetenskaparen t.ex. ska utarbeta en pragmatisk lösning på ett rättsligt problem på skadeståndsrättens område, kan inte hen fullt ut tillgodose skadelidandes, försäkringsbolagens och skadevällarens förväntningar samtidigt. Samhällets resurser (naturliga, ekonomiska och teknologiska) utgör ofta ett noll-summe-spel (åtminstone i det medellånga tidsperspektivet) där något som tillgodoser den ena partens förväntningar vanligtvis innebär att minskat genomslag för de övriga parternas förväntningar.<sup>61</sup>

Med andra ord, att finna pragmatiska lösningar på rättsliga problem – dvs. att finna lösningar som inte nödvändigtvis helt passar in i rättssystemet men väl uppfyller vissa önskvärda mål – lämnar alltså en mycket grundläggande fråga obesvarad: Vilken (ekonomisk, social, kulturell, politisk eller rättslig) verklighet är det vi talar om? En annan viktig fråga är varför rättsvetenskaparen ska få tänja på den rättsliga diskursens inneboende rationalitet till förmån för lösningar som inte nödvändigtvis är mer ”verklighetsanknutna”, men som bättre passar in på en viss typ av rationalitet (t.ex. politisk eller ekonomisk rationalitet)?<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Se Andersson, Pragmatism och formalism, supra s. 77 (som talar om de ”naturliga referenserna med ett värderingssystem”).

<sup>61</sup> Se t.ex. William Landes och Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, s. 154–156; och American Law Institute, *Enterprise Responsibility for Personal Injury: Reporter's Study*, vol. 2, Philadelphia: American Law Institute, 1991, s. 179. Faktum är att transaktionskostnadernas betydelse, enligt vissa rättsvetenskapare, resulterar i ett negativt noll-summe-spel så snart möjligheten till domstolsprocesser föreligger. Se t.ex. Robert J. Rhee, A Financial Economic Theory of Punitive Damages, *Michigan Law Review*, nr 111, 2012, s. 69–70.

<sup>62</sup> Se Kaarlo Tuori, Law, Power and Critique, i K. Tuori, Z. Bankowski, J. Uusitali (red.), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*, Liverpool: Deborah Charles Publications, 1997, s. 16; Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley: University of California Press, 1978, s. 687; och Gunther Teubner, Juridification – Con-

Denna inneboende svårighet kopplat till den pragmatiska ansatsen när det kommer till att ta sig an frågan om ”hur rätten bör vara?” är egentligen ett ganska nytt problem, åtminstone för svenskt vidkommande. Omvärlden till det rättssystem som Hellner verkade i överensstämde tämligen väl med hans förståelse av hur man nådde lösningar på svåra rättsliga problem som även hade en nära koppling till verklighetens villkor. Hellner verkade nämligen i en miljö där rätten och rättssystemet som helhet med alla dess aktörer var integrerade i ett ganska homogent värdesystem (åtminstone fram till 1980-talets andra hälft). Folkhemmet är ett begrepp, om än något stereotypiskt och föga sofistikerat, som i något avseende kan sägas fånga den dominerande ideologin som dominerade den miljö där ”Hellners rätt” verkade. Folkhemmet var dominerande i den bemärkelsen att det formade och samordnade alla delar av det svenska samhällslivet – dess samhällsgrupperingar, politik, ekonomi och inte minst, dess rättssystem till ett enhetligt system. Det var även dominerande i den meningen att dess ideologi var erkänd (vilket dock inte innebär att den delades) av den breda majoriteten av samhällsmedborgarna och de rättsliga aktörerna.<sup>63</sup>

cepts, Aspects, Limits, Solutions, i G. Teubner (red.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, s. 9–13. Se även Alessandro Duranti, *Linguistic Anthropology*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, s. 276–277. Se t.ex. James L. Nicoll, Environmental Restoration: Challenges for the New Millennium: The Irrationality of Economic Rationality in the Restoration of Natural Resources, *Arizona Law Review*, nr 42, 2000, s. 464. Se dock Cass R. Sunstein, Interpreting Statutes in the Regulatory State, *Harvard Law Review*, nr 103, 1989, s. 462–503 (som tillskriver visa utpekade pragmatiska principer som allmängiltiga för den moderna regulatoriska statsmodellen).

<sup>63</sup> Se Bo Rothstein och Lars Trägårdh, The State and Civil Society in a Historical Perspective: The Swedish Case, i L. Trägårdh (red.), *State and Civil Society in Northern Europe: The Swedish Model Reconsidered*, New York: Bergahn Books, 2007, s. 235. Se även Fredrika Lagergren, *På andra sidan välfärdsstaten – en studie av politiska idéers betydelse*, Stockholm: Brutus Östlings Bokförlag Symposion, 1999, s. 181 (om folkhemets idé som något som omfattar nästan hela det politiska spektrat); se dock Hans Dahlqvist, Folkhemsbegreppet: Rudolf Kjellén vs Per Albin Hansson, *Historisk Tidskrift*, nr 3, 2002, s. 464–465 (om idéns mer progressiva och konservativa ursprung). Se t.ex. hur folkhemmet påverkade familjerättens rättspolitik i Jacob W. F. Sundberg, Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités, i *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles: Bruylant, 1978, s. 49–85; eller den klassiska rättssociologiska studien om den uniforma inställningen i det svenska samhället till rättvisa i Torgny T. Segerstedt, Georg Karlsson och Bengt Rundblad, A Research into the General Sense of Justice, *Theoria*, nr 15, 1949, s. 323–338.



Även om man utan vidare kan hävda att folkhemmet representerade en meningsyttring tillhörande en viss del av samhället (med en särskild politisk och ekonomisk ideologi) fungerade idén om folkhemmet ändå som en förenande ideal-typisk normativ kraft, dvs. som modell för det perfekta samhället för vilken alla delar av samhället (inklusive rättens aktörer liksom deras logik och teorier) borde bana väg för.<sup>64</sup>

Situationen är en helt annan idag, åtminstone från ett rättsligt perspektiv. Idealet om att förena och styra den rättsliga sfären i syfte att uppnå och realisera samhällsmodellen är inte längre dominerande. Samhällets fragmentering (där t.o.m. vissa tidigare gömda delar av samhället kommit upp till ytan) och den pluralism av perfekta ”samhällsmodeller” som detta frambringat (t.ex. kvinnors ställning i förhållande till män, etniska svenskars ställning i förhållande till icke-etniska svenskar osv.) har även tvingat fram nya positioner i det svenska rättslivet.<sup>65</sup>

Det rättsliga landskapet var under Hellners tid (eller skulle åtminstone vara) integrerat med ett omfattande värdesystem (folkhemmets smörgåsbord) där rättsvetenskaparen enkelt kunde plocka bland de politiska, ekonomiska och sociala värdena när frågan om ”vad rätten bör vara” skulle besvaras.<sup>66</sup> Idag består det rättsliga landskapet istället av ett flertal värdesystem som konkurrerar (eller är i konflikt med varandra) om att erkännas på den rättsliga kartan (antingen av lagstiftaren eller av domstolarna). Ett typiskt exempel på denna konkurrens är debatten mellan skattebetalarnas föreningar och skattemyndigheterna: Båda försöker nå fram med sina respektive socio-ekonomiska ideal (”sänkt skatt och sparsamhet med dina skattepengar” respek-

<sup>64</sup> Se Carly Elizabeth Schall, (Social) Democracy in the Blood? Civic and Ethnic Idioms of Nation and the Consolidation of Swedish Social Democratic Power, 1928–1932, *Journal of Historical Sociology*, nr 25, 2012, s. 440–474; och Johannes Lindvall och Bo Rothstein, Sweden: the Fall of the Strong State, *Scandinavian Political Studies*, nr 29, 2006, s. 49–50.

<sup>65</sup> Se Lena Wennberg och Anu Pylkkänen, Intersektionalitet i rätten – en metod för att synliggöra det osynliggjorda, *Retfærd*, nr 138, s. 12–28, 2012. Se även Lindvall och Rothstein, Sweden, supra s. 55–56; Bo Wennström, EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2009–2010, s. 447–448; och Claes Sandgren, Vad är rättsvetenskap?, i P. Wahlgren och C. Magnusson Sjöberg (red.), *Festskrift för Peter Seipel*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2006, s. 542 (”Dagens rättsvetenskap präglas av en öppenhet för nya infallsvinklar, nya metodiska grepp och nya teoretiska perspektiv”).

<sup>66</sup> För en liknande slutsats, om än tillämpad på Lundstedts idé om samhällsnyttan som endast kan förstås i den svenska kontexten under den rättsrealistiska tidsepoken, se Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence Revisited: A Swedish Realist in Historical Context*, 2003, opublicerad artikel från UK IVR Conference on Legal Theory and Legal History (London, 11–12 april 2013).

tive ”ett samhälle där alla vill göra rätt för sig”) med hjälp av rättsliga argument och aktörer.<sup>67</sup>

Den rättsliga sfären är inte bara centrum för denna konstanta konkurrens mellan olika värdesystem, utan rätten betraktas och utnyttjas desto mer som en sammanlänkande punkt för sådana system med avgörande inverkan (t.ex. genom nya avgöranden från Högsta domstolen eller ny lagstiftning) på vilket av dessa värdesystem som vinner konkurrens och ska vara vägledande som det ”rätta” systemet (samt i vilken utsträckning).<sup>68</sup> Inom den etablerade rättssociologin har således konstaterats att,

modern law remains a crucial indicator of a society's capacity to maintain social integration and preserve the peaceful co-existence of a plurality of lifeworlds.<sup>69</sup>

Om man accepterar detta som en beskrivning av sakernas tillstånd, är det inte svårt att förstå varför många rättsvetenskapare i de normativa delarna av sin verksamhet (dvs. vid utrönandet av ”vad rätten bör vara”) har upplevt Hellners pragmatiska ansats som problematisk i flera avseenden. Det ter sig helt enkelt svårt att ha ett enda lifeworld eller värdesystem som referenspunkt (eller, annorlunda uttryckt, en viss verklighetsbeskrivning) vid denna verksamhet. Rätten behöver i själva verket vara utformad för att kunna nyttjas som ett verktyg för att avgöra vilket värdesystem som ska ha företräde framför ett annat.<sup>70</sup> Exempelvis nyttjas rätten (i dess legislativa eller rättskipande

<sup>67</sup> Se <http://www.skattebetalarna.se/Omoss/Värverksamhet> och [www.skatteverket.se](http://www.skatteverket.se). Se även Max Weber, *Politics as Vocation*, i M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, Abingdon: Routledge, 2009, s. 95 (om den rättsliga diskursens central roll för att ”kommunicera” olika värdesystem).

<sup>68</sup> Se Ian R. MacNeil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations*, New Haven: Yale University Press, 1980, s. 94 (enligt vilken ”[the] function of law is to tell society what is most important among its customs and practices”). Se t.ex. Marc Hertog, *Rescuing Living Law from Jurisprudence*, *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, nr 3, 2012, s. 150. Se även Habermas, *Between Facts and Norms*, supra s. 255 (om normers respektive värdens olika *modus operandi*, såsom ”ja/nej” och såsom ”preferenser”). Se dock Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, andra uppl., London: LexisNexis Butterworths, 2002, s. 420 (om rättens funktion som ett hjälpmedel för att beskriva de olika värdesystemen i ett samhälle).

<sup>69</sup> Mathieu Deflem, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 224. Se även id. s. 202.

<sup>70</sup> Se Raz, *Ethics in the Public Domain*, supra s. 214, där rätten ses som den yttersta grunden för rationella skäl (”ultimate reason for action”) när andra värdesystem, t.ex. moralen och ekonomisk rationalitet, inte ger någon sådan vägledning. Se t.ex. Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 3–5. Se även Jørgen Dalberg-

form) när det på ett allmänt samhällsligt plan upplevs vara svårt att med hjälp av utomrättsliga lösningar avgöra om den ekonomiska diskursen om främjandet av ekonomisk verksamhet (även riskbenägen sådan) ska vinna företräde, eller om den sociala diskursens skyddsnet till förmån för tusentals små investerare istället bör vinna företräde.<sup>71</sup>

Rättens intervention, antingen genom den lagstiftande eller dömande makten, är nödvändig i just de fall där det föreligger ett spänningsförhållande mellan konkurrerande ideologier. När ett sådant spänningsförhållande är för handen blir det även tydligt att den rättsliga sfären, inklusive rättsvetenskaparen, inte ohejdat kan plocka fritt bland de olika värdena på folkhemmets smörgåsbord. Rättsvetenskaparen måste istället inta ställningen som en ”domare” för de konkurrerande värdesystemen där hen explicit måste redogöra för spelets regler.<sup>72</sup> T.ex. kan rättsvetenskaparen inte förorda att domaren ska ha en sådan rättskapande roll inom vissa skattefrågor genom att hänvisa till att ”detta kommer att gynna den ekonomiska utvecklingen” eller ”detta kommer att gynna samhället i stort”. Hen måste ge uttryck för varför värdet av ekonomisk utveckling har företräde framför en viss äganderättslig ställning. Särskilt om den deskriptiva delen av hens projekt är rättspositivistisk, måste hen klargöra vilken rättskälla (ofta högre upp i normhierarkin såsom grundlagen) som värdet av den ekonomiska utvecklingens företräde har sin grund i.<sup>73</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att den av Hellner beskrivna pragmatiska ansatsen för den idealtypiske rättsvetenskaparen har förlorat sin

Larsen, *The Legal Profession in a Changing World*, i T. Wilhelmsson och S. Hurri (red.), *From Dissonance to Sense. Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Aldershot: Ashgate, 1999, s. 99–114.

<sup>71</sup> Se Fredric Korling, *Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Stockholm: Jure Förlag, 2010, s. 1–6.

<sup>72</sup> Se Dworkin, *Taking Rights Seriously*, supra s. 67. Se även Tuori, *Critical Legal Positivism*, Aldershot: Ashgate, 2002, s. 300–304 (som visar på vikten av att varje rättsteoretisk approach tar sin utgångspunkt i en explicit eller implicit erkänd samhällsvetenskaplig teori som är ämnad för en sådan värdering).

<sup>73</sup> För liknande rättspositivistiska approacher, se John G. Sprankling, *Understanding Property Law*, tredje uppl., New York: LexisNexis, 2012, s. 18; eller David O. Brink, *Legal Interpretation, Objectivity, and Morality*, i B. Leiter, *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 43–44. Se även i samma riktning, om den normative rättspositivistiska bild som tecknas av Waldron, *Normative (or Ethical) Positivism*, supra s. 419–422 och s. 430; och Campbell, *Prescriptive Legal Positivism*, supra s. 21 (där normativ rättspositivism måste kunna erbjuda normative kriterier för att kunna fastställa “what law ought to be, not with respect to its content but with respect to its form”).

aktualitet p.g.a. samhällsförändringarna i Sverige och den därtill kommande nya roll som rätten kommit att spela (från att vara ett verktyg för implementering av ett monopoliserande värdesystem till att bli ett verktyg för konfliktlösning mellan konkurrerande värden). Hellners pragmatiska ansats tog på något sätt för givet att rättsvetenskaparen alltid kan härleda pragmatiska lösningar från en klar och tydlig bild av samhällsstrukturen, dess behov och förväntningar. Samhället i dagens Sverige kan inte längre erbjuda rättsvetenskaparen en sådan enkel ”förvaringsbox” av värden som delas av alla dess medborgare (eller ens en majoritet).

## B) Komparativ i all ära ... men att vara internationell är bättre<sup>74</sup>

Nödvändigheten av vara komparativ för den gode rättsvetenskaparen genom att intressera sig för den rättsliga diskussionen som pågår utanför landets gränser är en del av Hellners arv som ovan presenterades som alltjämt levande och angeläget. För en rättsvetenskapare som arbetar med svensk rätt under 2000-talet är dock en sådan välvillig inställning till det utländska av flera skäl otillräcklig.

Till att börja med kan dagens rättsvetenskapare inte nöja sig med att undersöka utländska rättssystem för potentiella lösningar på rättsliga problem genom att importera lösningar till den svenska rättsliga marknaden. Detta gäller särskilt, men inte enbart, de rättsvetenskapare, som är verk samma inom den kommersiella sfären. De kan inte endast agera som passiva mottagare i den internationella rättsvetenskapliga debatten utan måste även vara aktiva deltagare. För att rättsvetenskaparen ska uppfylla idealet för den

<sup>74</sup> Se David Kennedy, *Les clichés revisités, le droit international et la politique*, i P.-M. Dupuy och C. Leben (red.), *Droit international*, Paris: Pedone, 2000, s. 61 (om de olika rättspolitiska premisserna för att ha en ”internationell” respektive ”komparativ” approach). Det bör framhåvas att gränsdragningen mellan att vara en ”comparativist”-rättsvetenskapare och en ”internationalist”-rättsvetenskapare är relevant och får konsekvenser för många olika rättsområden. När t.ex. frågan om *lex mercatoria* aktualiseras i samband med regleringen för gränsöverskridande handel av varor och tjänster, kan man särskilja två olika läger. Den ena rättsvetenskapliga strömningen (som representerar den internationella privaträttsens approach, eller på engelska *conflictualists*) gör gällande att transnationell rätt endast utgör en samling nationella regler som kan jämföras och eventuellt bli föremål för harmonisering. En annan rättsvetenskaplig strömning gör istället gällande att *lex mercatoria* är en ny form av internationell reglering som är sprungen ur de nationella reglerna, men som sedermera avskilt sig från dessa och kommit att leva sitt eget liv (en inställning som representeras av s.k. *internationalists*). Se Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and Private International Law*, *Louisiana Law Review*, nr 60, 2000, s. 1133–1136.

moderne gode rättsvetenskaparen måste hen således delta i och bidra till den internationella och europeiska diskussionen, dock inte bara som en representant för svensk rätt eller den svenska modellen (t.ex. i stil med: ”det här rättsliga problemet löser på det här sättet...”). Den moderne svenske rättsvetenskaparen måste idag istället verka som en representant för sig själv och sina egna styrkor, kunskaper och sin egen expertis (t.ex. i stil med att resonera i termer av: ”vad gäller det här rättsliga problemet anser jag att vi bör...”).<sup>75</sup>

Den pågående globaliseringen och internationaliseringen av flera rättsområden liksom juridiska professioner sträcker sig även till rättsvetenskaparens verksamhet. Det går att identifiera en progressiv övergång från rättsvetenskaparen som en ”nationell representant” till att vara en ”professionell representant”.<sup>76</sup>

Med hänsyn till den överstatliga regleringens ökade betydelse är det, särskilt för rättsvetenskapare och andra experter verksamma inom små eller medelstora rättssystem (såsom det svenska eller nederländska), nödvändigt att gå vidare från att nöja sig med att insamla kunskap om utländska rättssystem i syfte att bättre förstå sitt eget system. Om rättsvetenskaparen inte vill förpassas till att bli en passiv åskådare till betydelsefulla förändringar av det nationella rättssystemet (och därmed försumma en av sina plikter som rättsvetenskapare nämligen att inte endast vara deskriptiv utan även normativ), måste hen även från början vara aktiv (eller åtminstone delta) på den över-

<sup>75</sup> Se Bénédicte Fauvarque-Cosson, Comparative and Conflict of laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple, *American Journal of Comparative Law*, nr 49, 2001, s. 417–426 (som förutspår att den traditionella komparativa och internationella privaträttsströmningen kommer att absorberas av *internationalist*-strömningen). Se även Peer Zumbansen, PostRegulatory Law: Chronicle of a Career Foretold, i P. Zumbansen och O. Perez (red.), *Law After Luhmann: Legal Sociology in the World Society*, Oxford: Hart Publishing, 2013 (kommande) (där författaren framhäver att det i globaliseringens spår och den typ av post-välfärdsrätt som det leder in på (nämligen en reflexiv rätt), inte längre är möjligt för rättsvetenskaparen att inte sätta den traditionella juridiska diskursen i ett större mer internationellt sammanhang, t.ex. sammanväva den bredare internationella kontexten och diskussionen med förvaltningsrätten till något som kan betecknas som den globala förvaltningsrätten).

<sup>76</sup> Se t.ex. Hein Kötz, Contract Law in Europe and the United States: Legal Unification in the Civil Law and Common Law, *Tulane European and Civil Law Forum*, nr 27, 2012, s. 7–8. Se dock som exempel på ett mer traditionellt synsätt avseende hur man från svensk sida bidrar till den internationella debatten, Carl Hemström, Nonprofit organizations and economic activities/enterprises, i K. J. Hopt och T. Von Hippel (red.), *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 741 (”As a Swedish legal scholar, I will give an account of Swedish solutions to the questions I have been asked to discuss”).

statliga nivån där den för den nationella rättsordningen avgörande rättsliga reglering ytterst skapas.<sup>77</sup> Här kan bolagsrätten anföras som exempel. Det är tämligen meningslöst för en svensk rättsvetenskapare i bolagsrätt att isolerat utveckla en särskild inställning till corporate governance i syfte att påverka den nationella ordningen. Med ett sådant arbetssätt finns det en uppenbar risk att hen får se sina idéer köras över av (eller bli obsoleta p.g.a.) ett nytt EU-direktiv eller framväxten av en ny form av gentlemen's agreement bland inflytelserika europeiska bolagsrättare och experter, eller att en ny modell från ett "starkare" rättsystem får fotfäste p.g.a. globaliseringens allmänna inflytande.<sup>78</sup>

Hellners inställning till komparation och (i vissa fall) import av de bästa utländska lösningarna som ett nödvändigt men också tillräckligt villkor för att vara en god rättsvetenskapare, kan i och för sig fortfarande sägas vara viktigt men långt ifrån tillräckligt. Det som numera krävs av den svenske rättsvetenskaparen är att hen även direkt deltar utomlands vid produktionen av den nya rättsliga materian som sedermera kommer att importeras till det svenska rättssystemet.

Den "internationelle" rättsvetenskaparen måste dock här hålla en sak i åtanke. Hellners idé om den gode komparativa rättsvetenskaparen är sprungen ur en miljö där den härskande teorin om rättsskapande verksamhet och rättstillämpning utgick från den westfaliska modellen, dvs. modellen för den självständiga nationalstaten som har sitt ursprung i det westfaliska fredsfördraget (1648). Denna modell kan sägas vara upprinnelsen till paradigmet att den enda giltiga rätten som skapas eller tillämpas är den som antingen härstammar från staten (nationell rätt) eller från statliga internationella organisationer (såsom folkrätten).<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Se Christian von Bar, *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*, i M. van Hoecke (red.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 124.

<sup>78</sup> Se t.ex. den bild som tecknas av Urban Bävestam, Aktiebolagsstyrelsens möjligheter att delegera sina uppgifter med ansvarsreducerande verkan, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2001–2002, s. 253–258, jämfört med den numera klassiska artikeln av Henry Hansmann och Reinier Kraakman, The End of History for Corporate Law, *Georgetown Law Journal*, nr 89, 2001, s. 449–451.

<sup>79</sup> Se Eric Allen Engle, The Transformation of the International Legal System: The Post-Westphalian Legal Order, *Quarterly Law Review*, nr 23, 2005, s. 25; och Yishai Blank, The City and the World, *Columbia Journal of Transnational Law*, nr 44, 2006, s. 892. Se även Stephen D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 1999, s. 20–21; och Jessica T. Mathews, Power Shift, *Foreign Affairs*, nr 76, 1997, s. 50 (där den westfaliska statsmodellen definieras som "territorially fixed states where

Läget har dock kommit att ändras påtagligt under de senaste decennierna. Den traditionella westfaliska inställningen till rätten som endast en statlig skapelse har förändrats avsevärt. Globaliseringens ökade betydelse, rättens spridning och det rättsliga erkännandet av utomstatliga normativa ordningar som producerar "look-alike-law"-regleringar har på många sätt bidragit till detta.<sup>80</sup> En rättsvetenskapare har beskrivit denna process på följande sätt:

Alongside nation states, new powerful subjects arise within the international arena, namely multinational corporations, regional unions, political and military alliances, such as the NATO, NGOs, etc. Alongside international treaties and conventions, there arise new international law "sources", such as transnational "law firms", namely large lawyers' offices moulding new forms of lex mercatoria, and arbitral courts.<sup>81</sup>

Här bör man särskilt beakta de privata aktörernas medverkan i det rättskapande som bryter upp den traditionella rättsordningen vilken var baserad på nationalstaten. Det pågår numera en intensiv diskussion om i vilken utsträckning privata aktörer kan ha en erkänd status som rättsskapare och rättstillämpare utan någon delegering eller godkännande från nationalstatens representanter (diskussionen betecknas ofta som transnationalists vs. conflict of laws). Oavsett vilken ställning man här intar är det tydligt att den westfaliska modellen inte längre fullständigt fångar den moderna rättens villkor, särskilt om man ser på den transnationella kommersiella, finansiella och näringsrättsliga regleringen.<sup>82</sup> Den svenske gode rättsvetenskaparen måste

everything of value lies within some state's borders; a single, secular authority governing each territory and representing it outside its borders; and no authority above states").

<sup>80</sup> Se Gunther Tuebner, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, i G. Teubner (red.), *Global Law Without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997, s. 3–8. Se även Neil Walker, Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders, *International Journal of Constitutional Law*, nr 6, 2008, s. 373–396; och Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press, 2004, s. 193–195.

<sup>81</sup> Danilo Zolo, The Rule of Law: A Critical Reappraisal, i P. Costa och D. Zolo (red.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht: Springer Verlag, 2007, s. 48. Se även Robert A. Schapiro, In the Twilight of the Nation-State: Subnational Constitutions in the New World Order, *Rutgers Law Journal*, nr 39, 2008, s. 822.

<sup>82</sup> Se Graf-Peter Calliess och Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 11–152. Se t.ex, Peter T. Muchlinski, 'Global Bukowina' Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making Community, i Teubner (red.), *Global Law Without a State*, supra s. 79–108, särskilt jämfört med Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and*

således, oaktat om henoms rättsområde är nationellt eller internationellt inriktat, vara beredd på att inte nöja sig med att jämföra olika nationella regleringar. Hen måste alltid hålla dörren öppen för att hens undersökning även måste beakta sådan reglering som tillskapats av privata aktörer utan statlig inblandning, men som trots allt ”upplevs som om” reglering utgjorde gällande rätt.<sup>83</sup>

Den här nya situationen som dagens svenske rättsvetenskapare befinner sig i innebär alltså att hen inte endast måste vara beredd på att, såsom Hellner förordade, åka utomlands och läsa utländsk litteratur för att finna möjliga lösningar på svenska rättsliga problem. Den moderne rättsvetenskaparen har större krav än så på sig. Idag det förväntas av rättsvetenskaparen att hen verkar på två nivåer, en lokal och en internationell (eller i vart fall europeisk). Endast om man spelar på båda dessa planer, vilket många av mina kollegor idag gör, har rättsvetenskaparen förutsättningar för att förstå och påverka det som händer på den lokala (eller nationella) arenan. Det måste nämligen konstateras att den lokala arenan i allt större utsträckning influeras av det som händer på den europeiska, transnationella och internationella juridiska arenorna.<sup>84</sup>

### C) Från Hellner till Stockholm Centre for Commercial Law... eller från Tyskland till USA

Den sista aspekten av Hellners arv som jag menar är något som överlevt tidens gång, är den enligt Hellner viktiga egenskapen hos den gode rättsve-

*the Law*, andra uppl., Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 82–85; eller Roy Goode, Herbert Kronke, och Ewan MacKendrick, *Transnational Commercial Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University press, 2007, s. lix (”Transnational commercial law consists of that set of rules, from whatever source, which governs international commercial transactions” [min kursivering]). Se även Anne-Marie Slaughter, *Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System*, i Y. Dezalay och B. G. Garth (red.), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005, s. 15–22; och William Twining, *A Post-Westphalian Conception of Law*, *Law and Society Review*, nr 37, 2003, s. 200 (”Mainstream Westphalian legal theory does not seem to be well equipped to answer some important questions about the juridical status of particular legal orders”).

<sup>83</sup> Se t.ex. Jessika van der Sluijs, *Soft law-reglering av försäkringsrätten*, i J. van der Sluijs, *Studier i försäkringsrätt*, Stockholm: Jure, 2011, s. 151–179.

<sup>84</sup> Se Anne-Marie Slaughter, *Sovereignty and Power in a Networked World Order*, *Stanford Journal of International Law*, nr 40, 2004, s. 283–327 (där författaren förordar ett transnationellt nätverk, även för rättsvetenskapare, som en möjlig lösning på den nuvarande krisen för global governance).



tenskaparen att bidra med tid och pengar för att skapa förutsättningar för en forskningsmiljö. Som jag konstaterade kan ingen förneka Hellners medverkan till att skapa den nödvändiga infrastrukturen till förmån för forskares möjligheter att utvecklas och nå framgång. Efter att ha analyserat hans arbeten och diskuterat med hans samtida kollegor är det omöjligt att komma till en annan slutsats än att Hellners bild av en forskningsmiljö var av den tyska idealtypen. Med detta menar jag att Hellners avsikt med att stödja och uppmuntra yngre forskare, till vilka han gav både tid under seminarier och finansiering av resor och litteraturinköp, var att dessa därmed skulle kunna utföra sin forskning. Ramarna för detta var dock ganska snäva ur teoretisk synpunkt.<sup>85</sup>

Utifrån en tämligen oflexibel inställning till vad rättsvetenskapen är och inte är, liksom antagandet att dessa motpoler kunde definieras ganska väl, projicerade Hellner en idé om rättsvetenskapen, vars uppbyggnad i hög grad påminner om den som dominerar (om än i försvagad form) den tyska rätts-

<sup>85</sup> Denna snävhet i teoretiska gränser verkar karaktärisera den tyska ideal-typiska skolbildningsmodellen. "[In Germany] the majority of mainstream legal scholarship primarily concerns itself with the application of norms". Helge Dedek and Martin J. Schermaier, *German Law*, i J. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, andra uppl., Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 363. Angående det historiskt nödvändiga behovet av snäva teoretiska ramar inom rättsvetenskapen i syfte att motverka flyktigheten och fragmenteringen som andra rättsliga aktörer påverkats av i den tyska historien, se Pia Letto Vanamo, *Fragmentation and Coherence of Law – a Historical Approach*, i P. Letto Vanamo, och J. Smits, J. (red.), *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, Munich: Selliers European Law Publishers, 2012, s. 162–168. Utöver de sociala, politiska och ekonomiska faktorerna, kan den institutionella idén om den rigida rättsvetenskapen spåras till dess epistemologiska grunder (dvs. de krav som rättsvetenskapen ställer på sig själv när den ställs inför frågan om "vad rätten är"). En särskilt central roll har Friedrich Carl von Savigny spelat genom historien och hans idé om att "law and legal notions derive from a nation's unique historical experience. Once so derived, however, they must be reduced to leading principles, the equivalent of mathematical axioms, so that jurists may 'calculate with their notions.'" Michael H. Hoeflich, *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, *American Journal of Legal History*, nr 30, 1986, s. 107. Se även Reinhard Zimmerman, *Characteristic Aspects of German Legal Culture*, i M. Reimann och J. Zekoll (red.), *Introduction to German Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 5. Det måste här poängteras att den idealtypiska institutionella modellen för rättsvetenskapen i stor utsträckning hänger samman med bilden av rättsvetenskapen och dess institutionella struktur i Tyskland. Många framstående och erkända rättsvetenskapare har framhåvt att dagens tyska rättsvetenskap är på väg mot nya ämnen och sätt att se på rättsvetenskapen utifrån ett mer transnationellt och flexibelt perspektiv. Se t.ex Armin von Bogdandy, *Positioning German Scholarship in the Global Arena: The Transformative Project of the German Law Journal*, *German Law Journal*, nr 10, 2009, s. 1295–1300.

vetenskapliga världen, nämligen en pyramidstruktur. Med ”pyramidstruktur” avser jag den idealbild av en forskarmiljö för det rättsliga tänkandet med en mästare som ledare för denna grupp forskare som konstituerar forskarmiljön. I en sådan ”pyramidstruktur” nöjer sig inte mästaren med att bara stödja forskargruppen, utan mästarens eget arbete sätter typiskt även de externa metodologiska och materiella gränserna för lärlingarnas forskning. Med andra ord, mästaren pekar auktoritativt mot de teorier som ska användas för att närma sig ett ämne samt för att avgränsa det som är centralt och perifert för arbetet.<sup>86</sup>

I Hellners fall utgör en av de mer framträdande externa ramarna i metodologiskt hänseende den teoretiska hållningen att ha ”värderingsfria” beskrivningar av gällande rätt som en fundamental förutsättning för en riktig ”vetenskaplig” diskussion om rätten.<sup>87</sup> ”Vetenskapligheten” var enligt Hellner i sin tur en nödvändig förutsättning för att erkännas inom den juridiska diskursen. Ett annat exempel på de externa ramarna för rättsvetenskapen, men i mer materiellt hänseende, är de som Hellner själv upprättade för analysen av obehörig vinst. När han väl hade ”fastslagit” att denna rättsliga figur inte bör anammas inom den svenska diskursen, kom detta att hindra förutsättningarna för en fortsatt diskussion om ämnet i hela Sverige, åtminstone fram till helt nyligen.<sup>88</sup>

Idén om rättsvetenskapens pyramidstruktur som Hellner kan sägas ha förespråkats, där en rättsvetenskapare fastslår såväl de metodologiska som materiella villkoren och ramarna för andra forskares verksamhet har fått ytterligare en konsekvens. Även när den svenska traditionella rättsvetenskapen ger sig in på undersökningar av nya rättsområden (t.ex. finansiell lea-

<sup>86</sup> Se Peczenik, *Vad är rätt?*, supra s. 326–328 (om Imre Lakatos idé om ”teorikärna” som ”tas för given och inte får kritiserats”, s. 326, och som ligger grund för varje forskarprogram, även inom juridik). Se även Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge: Harvard University Press, 1987, s. 269–295, som framställer sex olika metodologiska och materiella sätt som det rättsliga tänkandet kan avskämmas från kritiska perspektiv inom den rättsliga diskussionen.

<sup>87</sup> Se Hellner, Positivism och metod inom rättsvetenskap, supra s. 358–361; och Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, supra s. 128. Se även Bill W. Dufwa, Till minne av Jan Hellner, *Nordisk försäkrings-tidskrift*, nr 3, 2002, s. 194; och de kritiska synpunkterna i Märten Schultz, Värden, värderingar och juridik, *Juridisk Tidskrift*, nr 4, 1999–2000, s. 999–1000.

<sup>88</sup> Se Hellner, *Om obehörig vinst*, supra s. 392–397. Se även Jan Ramberg och Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 8:e uppl., Stockholm: Norstedts Juridik, 2010, s. 255 (där Hellners ståndpunkt alljämt upprätthålls, även om man samtidigt öppnar upp för en framtida princip om obehörig vinst inom den svenska avtalsrättsliga diskursen).

sing), har uppgiften uppfattats vara begränsad till de ”erkända” rättsliga verktygen (t.ex. att endast ställa traditionella och tidigare erkända rättsfigurer mot varandra såsom hyra och köp).<sup>89</sup> Det ansågs ligga utanför de ”vetenskapliga” ramarna att undersöka om det nya ämnesområdet bättre kunde förstås utifrån nya perspektiv (t.ex. med hjälp av rättsekonomi) och med nya verktyg (som t.ex. ekonomisk effektivitet).<sup>90</sup>

Den monopoliserande roll som idén om en ”master legal scholar” har spelat vid bestämmandet av de legitima ramarna för den rättsliga diskussionen har skapat ett för den svenska rättsvetenskapen mycket speciellt fenomen, nämligen monopoliseringen av ett juridiskt ämne. Stora delar av den traditionella rättsvetenskapen har inkorporerat antagandet om att när en bok eller artikel har behandlat ett visst ämne (dvs. när ämnet inom pyramidens ramar för ”tillåten rättsvetenskap” har behandlats av en forskare), är det inte längre nödvändigt att behandla ämnet igen.<sup>91</sup> Jag och många kollegor med mig har erfarenhet av detta när man tillfrågas om vad det är man för tillfället forskar om. Efter att man svarat kommer ofta den klassiska observationen: ”Varför skriver du om detta? Rättsvetenskaparen X (eller inte sällan jag) har redan skrivit 15 sidor om detta för 25 år sedan!”

Mot detta synsätt finns det till att börja med några självklara invändningar. Mycket kan ha hänt under de senaste 25 åren och bara för att det är fråga om samma ämne innebär det inte att samma metod eller perspektiv nödvändigtvis används för att närma sig ämnet. Tvärtom kan det ju vara så att ett annorlunda närmande till ämnet kan ge olika och/eller kanske t.o.m.

<sup>89</sup> Se t.ex. Göran Millqvist, *Kreditköp eller hyra? En fråga om verklighetens inflytande på rättsliga klassificeringar*, *Svensk Juristtidning*, nr 7, 1995, s. 560–561; eller Mikael Möller, *Civilrätten vid finansiell leasing*, Uppsala: Iustus, 1996, s. 60–61. På liknande sätt ligger fokus på avtalstypen i SOU 1994:120, *Finansiell leasing av lös egendom*, 1994, s. 105–106; och Jan Hellner, *Leasing, allmänna avtalsvillkor och jämkning*, i T. Falkanger (red.), *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Braekhus*, Oslo: Universitetsforlaget, 1988, s. 213–215.

<sup>90</sup> För utländsk litteratur från ungefär samma tidsperiod som finansiell leasing undersöktes i svensk rätt, se t.ex. Michael Waldman, *Eliminating the Market for Secondhand Goods: An Alternative Explanation for Leasing*, *Journal of Law and Economics*, nr 40, 1997, s. 61–92; och Joachim Gebhard, *Finanzierungsleasing über Mobilien - Versuch einer Analyse eines expandierenden Finanzmarktes*, Wiesbaden: Gabler, 1985. Se även Mauro Zamboni, *Making Evolutionary Theory Useful for Legal Actors*, i P. Zumbansen och G.-P. Callies (red.), *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, s. 280.

<sup>91</sup> Se Richard A. Posner, *Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship*, *University of Chicago Law Review*, nr 67, 2000, s. 573–606 (generellt om den juridiska diskursens bundenhet till dess förflutna). Se även Zenon Bañkowski och Geoff Mungham, *Images of Law*, London: Routledge, 1976, s. 2–3.

mer intressanta resultat. Vidare avslöjar det traditionella tankesättet som Hellner kan sägas vara en representant för en ganska vanlig föreställning hos äldre svenska rättsvetenskapare. Att lära yngre rättsvetenskapare ett visst sätt att tänka på (dvs. bygga upp en skolbildning) innebär enligt detta synsätt inte endast att lära ut en viss metodologi (t.ex. att endast använda rättsdogmatisk metod) samt vissa materiella dogmer (t.ex. ett kategoriskt nej till obehörig vinst) som bör följas för att uppnå verkligt vetenskaplig juridisk forskning. Det innebär även att efter att ett ämne väl behandlats (inom dessa strikta ramar) av en lärjunge är frågan därefter avslutad (eller åtminstone till dess att en mer begävad lärjunge äntrar scenen).

Den grundläggande tanken bakom hur en sådan skolbildning byggs upp och utvecklas är på inget sätt förlegad utan kan som framgår även återfinnas i dagens rättsvetenskapliga kontext. Däremot kan man se hur detta delvis kommit att ersättas av en ny inställning. Idag går tendensen såväl i Sverige som internationellt alltmer mot den amerikanska idealtypiska modellen för juridisk forskarutbildning, vilket bl.a. sammanhänger med rättsvetenskapens globalisering.<sup>92</sup> Det amerikanska idealet för att fostra den kommande generationens rättsvetenskapare går snarare ut på att investera både tid och pengar på att bygga upp fungerande nätverk för yngre forskare, än att bygga pyramider. I ett sådant forskningsnätverk finns det sedan utrymme för en fruktsam akademisk diskussion (vilket inte betyder att innehållet i denna diskussion nödvändigtvis är fruktsam och angenäm...)<sup>93</sup> Följande beskrivning av en

<sup>92</sup> Se John A. Flood, *Legal Education in the Global Context: Challenges from Globalization, Technology and Changes in Government Regulation*, *University of Westminster School of Law Research Paper No. 11–16*, 2011, s. 1, available at <http://ssrn.com/abstract=1906687>; Setsuo Miyazawa, Kay-Wah Chan och Ilhyung Lee, *The Reform of Legal Education in East Asia*, *Annual Review of Law and Social Science*, nr 4, 2008, s. 334; och David S. Clark, *American Law Schools in the Age of Globalization: A Comparative Perspective*, *Rutgers Law Review*, nr 61, 2009, s. 1063–1075. Se t.ex. Matthew S. Erie, *Legal Education Reform in China through U.S.-Inspired Transplants*, *Journal of Legal Education*, nr 59, 2009, s. 60–96; Haim Sandberg, *Legal Colonialism – Americanization of Legal Education in Israel*, *Global Jurist*, March 2010, s. 1; och James Hathaway, *New Markets for the U.S. Model (Australia)*, *Future Education Conference, New York Law School (Apr. 9, 2010)*, tillgänglig på <http://nyls.mediasite.com/mediasite/Silverlight-Player/Default.aspx?peid=b4264245a60f42f8bf0939ecac8d34b21d>. Vad gäller den svenska rättsvetenskapens utveckling mot den mer "amerikanska" självkritiska hållningen vad gäller forskningens mål och struktur, se även Roland Schött, *En återblick på svensk akademisk juridik och ett försök att fånga ett par huvuddrag i dess fortsatta utveckling*, *Juridisk Tidskrift*, nr 2, 2002–2003, s. 473–478.

<sup>93</sup> Se Robert W. Gordon, *Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan*, i R. Saba (red.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*,

forskare framhäver, om än mycket förenklat, den institutionella förklaringen till skillnaderna mellan de två olika modellerna för hur rättsvetenskapens struktur:

In Europe, the market for new law professors has a surface competitiveness but a deeper sense of entrenching the status quo. Dissertations... tend to be a replication by young, ambitious candidates of the former generations' influential work and not overly original scholarship. In contrast, in the United States, the academic job market for law schools is extremely dynamic and highly competitive, and the production of innovation in legal theory is... less prone to be captured by professional cartels.<sup>94</sup>

I den amerikanska modellen där forskningsmecenaten (dvs. i egenskap av grundare och nestor) förväntas att främja forskningsnätverk, ingår inte i rollen att förmedla instruktioner om hur adepterna ska genomföra sitt arbete eller var man kan finna intressanta uppslag till forskningen. Här förväntas mecenaten istället skapa tid och finansiella förutsättningar för att kunna bygga bättre kanaler för potentiellt framgångsrika unga forskares akademiska utbyte av varandra. Detta kan exempelvis ske genom att uppmuntra och finna finansiering för studentledda law reviews. Något som är helt centralt för detta nätverk, är att forskningsmecenaten inte utövar kontroll över vad som passerar dessa kanaler eller att den akademiska diskussionen på annat sätt blir avhängig dennes egen legitimitet.<sup>95</sup> För att ta SCCL som exempel, förväntas inte grundaren för detta forskningscenter på något sätt att hejda

Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, s. 189; och Richard H. Pildes, *The Legal Academy and the Temptations of Power: The Difficulty of Dissent*, i A Sarat (red.), *Dissenting Voices in American Society: The Role of Judges, Lawyers, and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 160. Se t.ex. Richard Stith, *Can Practice Do Without Theory? Differing Answers in Western Legal Education*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nr 80, 1994, s. 433, enligt vilken den amerikanska modellens ideal kan sammanfattas som en miljö med en strävan mot att fostra lärjungar: "who can argue either side of a case with equal facility, who is trained to be a 'hired gun'"

<sup>94</sup> Nuno Garoupa och Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, *Alabama Law Review*, nr 55, 2008, s. 1627. Att likställa hela Europa med den tyska modellen att strukturera rättsvetenskaplig forskning är naturligtvis en stark överdrift, även om det har mycket bäring på vissa länder (t.ex. Frankrike, Italien, Spanien och, som redan anförts, Sverige). T.ex. kan märkas att holländska, norska och danska rättsvetenskapliga forskare av olika anledningar särskilt efter andra världskriget kommit att bygga upp sin forskning efter den mer amerikanska modellen.

<sup>95</sup> Se t.ex. Robert Stevens, *American Legal Scholarship: Structural Constraints and Intellectual Conceptualism*, *Journal of Legal Education*, nr 33, 1983, s. 443–448.

diskussionen genom att t.ex. signalera att ”obehörig vinst inte är en legitim rättsfigur för rättssystemet”. Istället förväntas grundaren att skapa en plattform för den juridiska diskussionen där hen visserligen alltid kan intervensera i sin egenskap av rättsvetenskapare men då endast i denna egenskap, dvs. med samma legitimitet som de yngre forskarna (åtminstone vid diskussionens början).<sup>96</sup>

Centralt för forskningsnätverket är att skapa ett rum för yngre forskare och det akademiska samtalet, vilket som i SCCL:s fall kan bestå av ett fysiskt rum där man kan ha utbyte med varandra. Men det kan också handla om att etablera en regelbunden tidpunkt för seminarier (vilket är fallet med Institutet för Europeisk rätt och Barnrättscentrum), eller att man bygger upp en teknisk plattform som mötespunkt (såsom olika bloggfora och andra elektroniska fora för rättsvetenskap vilket är mycket vanligt bland ledande forskare i USA och även används inom ramen för Institutet för rättsinformatik).<sup>97</sup> Oavsett vilken form detta forum för akademiskt utbyte i slutändan får, har denna typ av nätverksstruktur kommit att bli ett verkligt alternativ till pyramidstrukturen. Nätverksstrukturen fokuserar således inte på att skapa en gemensam idéplattform (genom att t.ex. upprätta externa ramar för den akademiska diskussionen) utan istället är inriktningen att bygga upp en plattform för utbyte och kritisk diskussion av olika idéer (genom att t.ex. organisera regelbundna seminarier, forskningscentra eller juridiska bloggar).

Enligt min mening utgör denna kvalitativa förändring av hur en forskningsmiljö byggs upp – dvs. skiftet från Hellners germanska seminariermo-

<sup>96</sup> Som exempel kan här nämnas den *Halvdagskonferens om obehörig vinst*, 30 oktober 2012, som organiserades av SCCL. Se även om bakgrunden till detta och den fortsatta diskussionen, Jori Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?, *Ny juridik*, nr 3:09, 2009, s. 26–34 och Märten Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten. Obehörig vinst rediviva, *Svensk Juristtidning*, nr 9, 2009, s. 948–959, särskilt jämfört med Jan Kleineman, Obehörig vinst och frågan om behovet av rättsliga tvångströjor, *Tidsskrift för Rettsvetenskap*, nr. 126, 2013, s. 531–549 och Annina H. Persson, Obehörig vinst som grund för betalningskrav, *Det 38. nordiske juristmøde i København 2008*, 2008, s. 422–443, available at [http://jura.ku.dk/njm/38/38\\_19\\_uberettiget\\_berigelse.pdf](http://jura.ku.dk/njm/38/38_19_uberettiget_berigelse.pdf).

<sup>97</sup> Se Orin S. Kerr, Blogs and the Legal Academy, *Washington University Law Review*, nr 84, 2006, s. 1129–1130; och Douglas A. Berman, Scholarship in Action: The Power, Possibilities, and Pitfalls for Law Professor Blogs, *Washington University Law Review*, nr 84, 2006, s. 1058. Se t.ex. de ”pooler” av olika svenska jurister (både forskare och praktiserande) som diskuterar forskningsrelaterade frågor på <http://juridikbloggen.wordpress.com> eller <http://blawblaw.se/>. Se även Richard A. Danner, Applying the Access Principle in Law: The Responsibilities of the Legal Scholar, *International Journal of Legal Information*, nr 35, 2007, s. 389–395.

dell till SCCL:s amerikanska modell – en viktig indikation på en djupgående förändring av den svenska juridiska diskursen. Det är en indikation på ett paradigmskifte vad gäller synen på rättsvetenskapens natur och vilka de grundläggande kriterierna för en framgångsrik (respektive mindre framgångsrik) rättsvetenskaplig forskning utgör. Det är inte fråga om att abrupt byta ut en strategi mot en annan, dvs. från den tyska idealtypiska pyramidmodellen till den amerikanska nätverksmodellen. Det handlar snarare om en utveckling som föranleds av förändringar i den svenska rättskulturens djupstruktur och dess inställning till rättsvetenskapen.<sup>98</sup> Den förändrade inställningen till forskningsmiljön är även en indikation på att vi gått från gammalmodigt ”vetenskapligt” ideal (med föreställningen om att den gode rättsvetenskaparen är den som erbjuder den objektiva beskrivningen av den juridiska verkligheten) till en mer tidsenlig förståelse av en ”argumentativ” rättsvetenskap (med utgångspunkt i att den gode rättsvetenskaparen är den som inom ramen för vissa fastställda och erkända tolkningskriterier kan ge en övertygande beskrivning av den juridiska verkligheten).<sup>99</sup> Detta kan liknas vid vad den välkände domaren och rättsvetenskapsman Oliver W. Holmes påpekat: ”the best test of truth [for legal ideas] is the ability to get accepted in the competition of the market”.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> Se Tuori, *Critical Legal Positivism*, supra s. 184.

<sup>99</sup> Se Jaakko Husa, Kaleidoscopic Cultural Views and Legal Theory – Dethroning the Objectivity?, i J. Husa och M. Van Hoecke (red.), *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 197–212; George Pavlakos, Normative Knowledge and the Nature of Law, i S. Coyle och G. Pavlakos (red.), *Jurisprudence Or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2005, s. 96–102; Kimberlé Williams Crenshaw, Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law, *Harvard Law Review*, nr 101, 1988, s. 1336–1349; och Richard A. Matasar, Storytelling and Legal Scholarship, *Chicago-Kent Law Review*, nr 68, 1992–1993, s. 353–362. I detta sammanhang bör dock noteras att ett avståndstagande från en rättsvetenskap som strävar efter att finna den ”objektiva” sanningen om rätten (med fokus på en objektiv undersökning) inte nödvändigtvis innebär ett avståndstagande från ”neutral” forskning (där fokus istället är inriktat på att rättsvetenskaparen intar en neutral hållning inför undersökningen). Se Christian Dahlman, *Neutralitet i juridisk forskning*, Lund: Studentlitteratur, 2006, s. 7–8. Jfr. Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System, i D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System. A Critical Edition*, New York: New York University Press, 2004, s. 36; och Lars Heuman, Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva, *Juridisk Tidskrift*, nr 1, 2004–2005, s. 43 (där de två författarna som kommer från helt olika infallsvinklar, i slutändan ändå blandar samman den neutrala och objektiva inställningen till juridiken).

<sup>100</sup> Oliver W. Holmes, *Abrams v. United States*, 250 U.S., 1919, s. 630 (dissenting opinion). Se även Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, *Has-*

Paradigmskiftet som skedde för nästan 80 år sedan i USA (tack vare den amerikanska realismen och avvisandet av Christopher Columbus Langdells inställning om att "rätten kan förstås" såsom man "förstår geometri") kan i viss mån även sägas ha nått den svenska rättsvetenskapen, åtminstone har ett skifte påbörjats från en "stark objektivism" (enligt vilken rättens innehåll är detsamma oavsett perspektiv) till en "mjukare objektivism" (enligt vilken rättens skepnad är beroende av vilken inställning majoriteten i tolkningskollektivet intar).<sup>101</sup> Kort sagt, svensk rättsvetenskap håller sig kvar inom rättspositivismens salonger men har numera troligen lämnat Hans Kelsens tro och förståelse av Rechtswissenschaft som den objektiva beskrivningen av rätten, för att istället överlämna tronen till Hart och hans förståelse av legal scholarship som en argumentativ verksamhet, vilken särskilt kommer till användning när den ställs inför rättens mångfacetterade uttryck.<sup>102</sup>

Den argumentativ förståelsen av juridisk forskning skulle även ur funktionell synpunkt passa bättre med Hellners "diskursiva" inställning till rättsvetenskaparens verksamhet, något han särskilt gav uttryck för mot slutet av sin karriär.<sup>103</sup> När han mot slutet av sitt liv försvarade sin pragmatiska ansats, framhävde nämligen Hellner:

*tings Law Journal*, nr 38, 1986–1987, s. 822 (som bl.a. härleder distinktionen mellan rättsfamiljerna till forskarens olika "abilities to impose their vision of the law and of its interpretation"). Se dock Cass R. Sunstein, Foreword: On Academic Fads and Fashions, *Michigan Law Review*, nr 99, 2001, s. 1255–1256 (angående manipulationen på marknaden för juridiska idéer).

<sup>101</sup> Se Brian Leiter, Law and Objectivity, i Coleman och Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*, supra s. 969–989. Se även Jack M. Balkin, The Proliferation of Legal Truth, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, nr 26, 2003, s. 5–16; Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford: Oxford University Press, 1992, s. 187–188; och Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge: Belknap Press, 1993, s. 170–185.

<sup>102</sup> Se Hans Kelsen, *Den rena rättsläran*, Stockholm: Thales, 2008, s. 103–104, jfr med Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, s. 131–132. Se även Sean Coyle, Two Concepts in Legal Analysis, i Coyle och Pavlakos (red.), *Jurisprudence Or Legal Science?*, supra s. 15–32; och Sanne H. Taekema, Relative Autonomy: A Characterisation of the Discipline of Law, i B. van Klink och S. Taekema (red.), *Law and Method. On Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, s. 45 ("Central to the way a legal scholar operates is the study of authoritative texts as... argumentative enterprise. In order to understand what legal scholars do methodologically, it is therefore more fruitful to look to the humanities than to the social sciences").

<sup>103</sup> Se Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskap*, supra s. 6 (där Hellner som ledstjärna för rättsvetenskaparens arbete stätter "rationaliteten i resonemangen").



Vad rättsvetenskapsmannen kan begära, och väl ofta också begär, är att argumenten skall anses hållbara med de krav som allmänt ställs på deras verksamhet samt de krav som de själva ställer, oavsett om man betraktar argumenten som politiska eller som juridiska.<sup>104</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att Hellner genom att betona vikten av att satsa såväl tid som pengar på den yngre generationen, banade väg för framtida generationers rättsvetenskapares entreprenörsanda. Därefter kan dock ett paradigmskifte för rättsvetenskapen identifieras, där trenden är att gå från pyramidstrukturen (där tid och pengar investeras för att undersöka en sanning) till nätverksstrukturen (där tid och pengar investeras i att skapa en marknad för flera konkurrerande sanningar).

#### 4. Slutsatser

Denna artikel har fokuserat på Jan Hellners inställning till rättsvetenskapen, en inställning som kan sägas ha varit paradigmatiske i den meningen att den representerade vad som fram till 1990-talet fick anses konstituera den gode rättsvetenskaparen i den svenska juridiska diskursen. Med hänsyn till Hellners omfattande forskargärning, utvecklade jag i Del 1 ett särskilt perspektiv, urval, och syfte för denna artikel. Det valda perspektivet utgör ”främlings” perspektiv, dvs. Simmels förståelse av en outsider som inte formats inom en viss gruppering men väl har levt och verkat inom ramen för dess diskurs. Vad gäller artikelns urval har uppmärksamheten särskilt riktats mot Hellners uppfattning om vad som karaktäriserar den goda rättsvetenskaparen. Syftet med artikeln har varit att utifrån arvet efter Hellners gärning och inställning till rättsvetenskapen söka identifiera de delar som ”överlevt” respektive ”dött ut”. Avsikten har således varit att söka svar på vilka delar av Hellners goda rättsvetenskapare som överlevt tidens gång och vilka delar som istället har kommit att bli förlegade i dagens svenska juridiska diskurs.

Utifrån denna ansats och dessa frågeställningar identifierade jag i Del 2 tre grundläggande karaktäristika som kännetecknar Hellners idealbild av en rättsvetenskapare som alltjämt anses giltiga. För det första, en rättspositivistisk syn på rätten kombinerat med en pragmatisk inställning när det kommer till att ta ställning till den normativa frågan ”vad gör vi nu?”; för det andra, en öppenhet för utomnordiska rättsliga influenser, särskilt ur ett komparativt

<sup>104</sup> Hellner, Rattsteori och rättsvetenskap, supra s. 538.

perspektiv när det kommer till att importera lämpliga lösningar på rättsliga problem; och för det tredje, värdet av att ha en plan för hur man uppmuntrar och fostrar yngre rättsvetenskapare, särskilt med hjälp av ekonomiskt stöd och seminarieverksamhet.

I Del 3 öppnade jag upp för en diskussion om de ”utdöda” delarna av dessa tre grundläggande karaktäristika som Hellner tillskrev den gode rättsvetenskaparen. För det första tog jag upp några problematiska aspekter av den pragmatiska ansatsen för att lösa juridiska problem. Jag lyfte särskilt fram att den pragmatiska ansatsen förutsätter en tämligen homogen ideologisk miljö (såsom t.ex. folkhemmet) att luta sig mot när man söker efter lösningar på rättsliga problem. En sådan homogen miljö existerar inte längre i dagens Sverige, eller är åtminstone uppluckrad. För det andra konstaterade jag att Hellners positiva öppenhet till utomnordiska influenser alltså är viktiga idag, men jag ifrågasatte om just denna komparativa ansats är den ideal för att hitta de bästa lösningarna i det svenska rättssystemet idag. I europeiseringens och globaliseringens tidevarv, vilket måste konstateras starkt påverka vårt nationella rättssystem och rättskultur, framhöll jag istället vikten av att den svenske rättsvetenskaparen idag måste delta aktivt i de internationella, europeiska och transnationella fora där rätten skapas. Slutligen, i fråga om uppmuntrandet och fostrandet av den yngre generationen rättsvetenskapare är det enligt min uppfattning inte tillräckligt att upprätta de nödvändiga ekonomiska och organisatoriska strukturerna som stöd för dessa. Den etablerade forskaren måste idag, i linje med det ”amerikanska” idealet, skapa nätverk och en plattform för det akademiska utbytet mellan de yngre forskarna istället för att fortsätta på en ”tyska” linjen med strikta metodologiska och materiella ramar inom vilka den akademiska diskussionen är tillåtet.

Innan jag rundar av vill jag erkänna att artikels ursprungliga ambition endast var att lyfta fram några diskussionsämnen om de klassiska och levande delarna av Jan Hellners gärning. Under arbetets gång kom jag dock att förstå att en sådan diskussion om en av vår tids rättsvetenskapare par excellences öppnade upp för en bredare diskussion om den nya riktning som den svenska rättsvetenskapen möjligen har tagit. Om det är så överlämnar jag till andra fora att besvara och diskutera. Däremot vet jag efter undersökningen i denna artikel hur en annan fråga som jag ställdes inför av en professor och tillika f.d. doktorand till Hellner, ska besvaras: ”Är Jan Hellners rättsvetenskap fortfarande levande även i en utländsk betraktares ögon?”

Hellner som rättsvetenskapare uppfyllde utan tvekan kriterierna för vad som även idag får anses motsvara den goda och klassiske forskarens egenska-

per vad gäller författarskap, belästhet, undervisning, kollegialitet och engagemang.<sup>105</sup> Vad gäller hans idé om den gode rättsvetenskaparen vill jag svara på frågan med en metafor: Enligt min uppfattning kan inte Hellners bild av den goda rättsvetenskaparen jämföras med ett ”klassiskt” vin, dvs. ett vin som oavsett tidsrymd och tillfälle är perfekt när det öppnas. Men det är i vart fall en tre fjärdedels klassiskt vin i den bemärkelsen att det sällan kommer göra dig besviken och om så ändå skulle ske beror det på att du öppnade vinet vid fel tidpunkt eller tillfälle. Kort sagt – Hellner må inte ha efterlämnat receptet till Amarone-rättsvetenskaparen, men åtminstone de grundläggande ingredienserna till en utmärkt Chianti-rättsvetenskapare.

<sup>105</sup> Se Maksymilian T. Del Mar, *Living Legal Scholarship*, tillgänglig på [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1051001](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1051001) (2007).

