Litteratur

CLAES MARTINSON, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Uppsala 2018, 604 s.

Inledande inledning

Claes Martinson utkom för cirka ett år sedan med *Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat — och totalt tjugo konkreta exempel på forskning kring bankjuridiska teman som illustrerar vad en resultatinriktning skulle kunna tillföra i förmögenhetsrätten.* En lång undertitel, som jag återkommer till.

Framställningen väcker en räcka övergripande frågor om vad juridik egentligen är. Vad är forskning? Vad är vetenskap? Vad är rättsvetenskap? Vad gör juristen? Och varför och hur? Och inte minst kan man fundera över vad som menas med teori respektive praktik. Är rättsvetenskapsmannen en teoretiker och domaren en praktiker? Eller är det tvärtom? Eller går det inte att särskilja teori och praktik? Är sådana dikotomier kanske döda?

Nils Jareborg skriver följande.[1] ”Det har sagts att den västerländska filosofins historia består av fotnoter till Platon. Det ligger en hel del i detta. Platons dikotomi mellan skenverklighet och verklig verklighet har tyranniserat europeiskt tänkande, och kombinerats med andra grundläggande dikotomier: kropp och själ, objektivt och subjektivt, fakta och värden, beskrivning och värdering osv.” Under senare år tycker jag mig ha noterat att ett mer intuitivt holistiskt synsätt trängt sig fram och brett ut sig. Det gäller inte minst inom beteendevetenskapen i stort och inom medicinen. Kropp och själ har blivit ett liksom även förnuft och känsla. Eller som Nils Jareborg säger i samma uppsats; nämligen att dikotomier har ersatts av ”kontextbundna distinktioner”.

Måhända är det så. Inför denna anmälan av Claes Martinsons bok har jag skummat lite på ytan av vad som i olika sammanhang har sagts om vetenskap i allmänhet och rättsvetenskap i synnerhet. Det som då har slagit mig är att det knappast finns några enkla sätt att lära sig det som är komplicerat, men att det finns många komplicerade sätt att lära sig det som är enkelt. Jag har också under resans gång fastnat för ett citat av Ernst Mach:

Det finns inget förskräckligare än de stackars människor som har lärt sig alltför mycket. Vad de har är en spindelväv av tankar som är för svag för att stödja sig på, men tillräckligt komplicerad för att skapa förvirring.[2]

Aristoteles fem vetenskapliga kvaliteter

Aristoteles utgick från att det fanns fem olika kvaliteter hos människan i hennes strävan att uppnå sanning. Det var *episteme* (vetenskaplig kunskap), *sophia* (filosofisk vishet), *nous* (intuitivt förstånd), *techne* (praktiskt kunn-

[1] Nils Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap* i SvJT 2004 s. 1. Uppsatsen bygger på ett föredrag hållet av honom i Oslo 2002.

[2] Ang. Ernst Mach (österrikisk matematiker, fysiker, filosof, 1838–1916), se Karl Sigmund, *Wienkretsen — Filosofi vid avgrundens rand*, Stockholm 2017. Citatet återfinns där på s. 28.

ande) och *phronesis* (sedlig insikt). Av dessa fem kvaliteter brukar episteme ibland översättas med vetenskap. Men, enligt Aristoteles räckte det alltså inte med det för att nå sanning. Enligt honom var sophia — som kan sägas utgöra en kombination av episteme och nous — det allra högsta. Och i äldre tider användes också filosofi ibland som synonymt med vetenskap.

I motsats till episteme ställs ibland doxa. Doxa är vad vi tror om världen och om oss själva.[3] Doxa handlar om vad vi människor verkligen kan uppfatta, bedöma, värdera, analysera och relatera till. Man skulle kunna uttrycka det som att doxa står för en humanistisk kunskapssyn. Det är samtidigt frågan om en relativistisk kunskapssyn.[4] Och på många områden är det nog så att det inte finns några fasta hållpunkter i form av någon sorts sanning. Är det något här i världen som handlar om tro, tyckande, åsikter och värderingar är det väl juridiken. Här förefaller det finnas plats för ett mer *intuitivt holistiskt* synsätt som inte är fast i en bestämd dogmatik, inte är snärjt i stelt fastlagda principer.

Hos Aristoteles kan man också finna något som påminner om en ”vetenskapslära” och en indelning i olika vetenskapsgrenar.[5] Värt att lägga märke till där att han ansåg att varje vetenskap utmärks av den har *ett objekt*. Aristoteles är dock mycket allmängiltig när han behandlar vetenskapen och låter den beteckningen stå för mänsklig kunskap i flera olika former utan några egentliga preciseringar. Och utrymmet hos honom för ett mer holistiskt synsätt är inte särskilt begränsat.

Vetenskapernas vetenskap

Matematiken brukar ofta betraktas som den mest exakta och mest fullkomliga av alla vetenskaper; en vetenskap som alla andra känt sig tvungna att förhålla sig till. Samtidigt lär Bertrand Russel redan 1901 ha uttalat att ”matematiken kan alltså definieras såsom den vetenskap i vilken vi aldrig vet vad vi talar om, och inte heller huruvida det vi säger är sant”. Och det nästan 30 år innan Kurt Gödel 1930 presenterade sin ofullständighetssats, dvs. att det finns sanna satser som inte går att formellt bevisa.[6] Christian Goldbach (1690–1764), en preussisk matematiker, historiker och jurist, förmodade år 1742 att varje jämnt tal (större eller lika med 4) kan återges med summan av två primtal (6 = 3 + 3, 12 = 7 + 5 osv.). Detta har med hjälp av avancerade datorer kontrollerats med alla jämna tal upp till 300 000 000 000 000 000 (sjutton nollor). Goldbachs förmodan har då visat sig stämma. Men är hans förmodan därmed bevisad? Nej, om hans förmodan är korrekt kommer den avancerade datorn att ticka på i det oändliga. Vi får aldrig svaret (beviset) på att den är sann. Skulle den visa sig vara falsk säger datorn till. Det är alltså möjligt att bevisa (falsifiera) att hans förmodan är falsk, men inte att den är sann (verifiera). Sannolikheten för att hans förmodan är sann är dock mycket stor. Den räknande datorn skulle i så fall aldrig stanna. Påståendet kommer därför inte någonsin att verifieras eller falsifieras. Ovissheten kommer att vara i evighet. Goldbachs förmodan är av allt att döma sann, men inte möjlig att bevisa. En annan matematiker lär ha sagt att ”Gud har sett till att matematiken inte rymmer några motsägelser och djävulen att man inte bevisa det”. Karl

[3] Mats Rosengren, *Doxologi — En essä om kunskap*, 2 uppl. Åstorp 2008 s. 11.
[4] Jfr de bevingade ord som tillskrivits Protagoras ”Människan är alltings mått”. Se Mats Rosengren, *För en dödlig som ni vet är största faran säkerhet*, Åstorp 2006 s. 73 f.
[5] Dag Victor, *Rättssystem och vetenskap — Studier kring en analysmodell för ideologiska system*, Stockholm 1977 s. 48 f.
[6] Karl Sigmund, s. 213 f.

Popper har sagt att ”jag vet att jag ingenting vet — och ofta inte ens det”.[7] Om nu inte ens matematiken är en verifierbar/falsifierbar vetenskap, vad kan då göra anspråk på att vara en vetenskap?

Det är i det perspektivet inte ägnat att förvåna att rättsvetenskapen (och andra icke-naturvetenskaper) ofta brottas med sin identitet som vetenskap och synen på sitt existensberättigande.[8] Den brottningsmatchen tror jag man kan sluta med. Man kan t.ex. anamma Dag Victors syn på rättssystemet som ett ideologiskt system där man kan uttrycka sanna påståenden såväl *om* som *i* systemet. Detta skulle, aningen hårdraget, innebära att ett rättssystem (t.ex. den svenska rättsordningen) som kunskapsobjekt och som föremål för vetenskapliga undersökningar skulle vara mer fulländat än t.ex. matematiken.[9] Men även om man inte är beredd att skriva under på det tror jag att nämnda brottningsmatch är tämligen meningslös. Esaias Tegner uttalade redan 1820 i sin berömda epilog vid magisterpromotionen i Lund att ”Hvad du icke kan säga, vet du ej; med tanken ordet föds på mannens läppar: det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta”.[10] Det upprepade Ludwig Wittgenstein när han i *Tractatus* slog fast: ”Vad man icke kan tala om, därom måste man tiga”.[11] Det krävs tydligen en hel del för att man ska kunna påstå att man vet något. Finns det över huvud taget utrymme för någon vetenskap?

Uppsalaskolan

I detta sammanhang är det intressant att notera hur sentida rättsvetenskapsmän förhåller sig till den s.k. Uppsalaskolan med Axel Hägerström i spetsen och Vilhelm Lundstedt som dess främsta juridiska uttolkare. Under den senaste 50 åren har det pågått någon sorts tävlan om vem som kan fjärma sig mest från Uppsalaskolan och vem som kan hitta på de mest förklenande omdömena om dess rättsfilosofi.

Grovt uttryckt går ju Uppsalaskolans nihilism (värdenihilism) ut på att det enbart är verifierbara/falsifierbara naturvetenskaper som förtjänar benämningen vetenskap. Allt annat är ”bara känslor”. Nu tillhör jag i och för sig den krympande (?) skara som verkligen uppskattar värdenihilistiska resonemang i Axel Hägerströms tappning. I den tid dessa uppstod utgjorde de av allt att döma ett välkommet intellektuellt reningsbad i det att den utmönstrade allehanda metafysiska (inte minst religiösa sådana, inklusive Boströms subjektivism) överbyggnader i juridiken (och filosofin i stort).[12] Det finns en stark koppling — anser jag och många andra men inte alla — mellan Hägerström och hans filosofi och den rättspositivism eller lagpositivism (jfr den skandinaviska rättsrealismen) som uppstod under 1800-talet och växte sig successivt starkare under 1900-talet. Även om den har försvagats under senare årtionden (om det *är* så förefaller osäkert) har denna positivism ändå alltjämt en mycket stark ställning, inte minst som rättssäkerhetens siamesiska tvilling. I ett perspektiv av rätts-

[7] Karl Sigmund, s. 226.
[8] Se t.ex. Dag Victor, a.a. samt här i övrigt de uppsatser som jag hänvisar till.
[9] Dag Victor, a.a. s. 191 f.
[10] Se Louise Vinge (redaktör) och Kurt Johannesson, *Tegnér och retoriken*, Åstorp 2003, s. 122.
[11] Se Karl Sigmund, a.a. t.ex. s. 112 och s. 123.
[12] Jfr Ernst Mach, *Kunskap och villfarelse* (Erkenntnis und Irrtum, 1905) och vad han där säger om det ”hygieniska syftet” med vetenskapen, jfr Karl Sigmund, a.a. s. 44 f.

säkerhet (i betydelsen förutsebarhet och likabehandling) finns det inget större utrymme för ett friare rättighetstänkande.[13]

En annan sak är att Uppsalaskolan i sin rationaliseringsiver bortsåg från den humana komplexitet som präglar oss människor och de sociala betingelser vi framlever våra liv under. Där har den ”nya holismen” och pluralismen fört oss åtskilliga längder framåt. I mångt och mycket handlar det uppenbarligen om att frigöra sig från preciserande vetenskapsbegrepp. Vad som är vetenskap beror ju på hur man bestämmer begreppet. Och hur man bestämmer begreppet bygger på mänskliga värderingar. Det är inte nödvändigt (kanske inte ens möjligt) att laborera med endast ett enda vetenskapsbegrepp. Av det följer att det inte heller är nödvändigt för rättsvetenskapen att jämföra sig med andra vetenskaper för att fastställa sin ”vetenskaplighet”. Se i stället rättsvetenskapen som ”Das ding an sich”, dvs. det objekt som är föremål för studierna är helt enkelt rätten (juridiken) som ett ideologiskt system. Varför inte hålla fast vid denna gränslösa vaghet och göra den till en dogm![14]

Wienkretsen

Ute i Europa stod den s.k. Wienkretsen med bl.a. Moritz Schlick, Kurt Gödel, Rudolf Carnap och Karl Popper som förgrundsgestalter för en syn som i vissa avseenden motsvarade vad Uppsalaskolan uttryckte.[15] Karl Sigmund nämner Ludwig Wittgenstein som en figur i utkanten av denna krets. Det är väl korrekt såtillvida att han inte var medlem och aldrig deltog i kretsens sammankomster. Men i själva verket förefaller det som att han ändå utgjorde det centrum runt vilket kretsen kretsade.[16] Även den kretsen är det numera — liksom Uppsalaskolan — populärt att beröra med ett hånfullt leende. Men Wienkretsen var över hövan spretig och

[13] Axel Hägerströms filosofi och roll har under senare år berörts av t.ex. Reidunn Laurén i SvJT 2010 s. 821, Åke Frändberg i SvJT 2011 s. 94, Björn Bertilsson i SvJT 2010 s. 23, Olle Abrahamsson i SvJT 2011 s. 1, Mårten Schultz i SvJT 2011 s. 989, Per Bauhn i SvJT 2012 s. 319, Alexander Peczenik i SvJT 2005 s. 249, Staffan Westerlund i SvJT 2006 s. 309, Claes Peterson i JT 2003–04 s. 571 och 2004–05 s. 977, Jes Bjarup i JT 2004–05 s. 25 och Ulf Bernitz i JT 2010–11 s. 812. Margit Waller (Hägerströms dotter) har i *Axel Hägerström — Människan som få kände* (Stockholm 1961) gett ett mer personligt porträtt av sin far. Vill man ha en mer nyanserad, insiktsfull och fördjupad bild av Axel Hägerströms filosofi kan man vända sig till Staffan Källströms *Den gode nihilisten — Axel Hägerström och striderna kring Uppsalafilosofin* (Stockholm 1986) eller varför inte hans avhandling *Värdenihilism och vetenskap — Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen* (Göteborg 1984). Till det kommer två inte alltför gamla avhandlingar; Patricia Mindus, *A Real Mind — The Life and Work of Axel Hägerström*, 2009 och Max Lyles, *A Call for Scientific Purity: Axel Hägerströms Critique of Legal Science*, 2006. Nämnas kan också Jes Bjarups avhandling *Reason, Emotion and The Law — Studies in the Philosophy of Axel Hägerström*, Århus 1982. Jfr allmänfilosofiskt också Gunnar Andrén, *Paradiset var ett helvete — En essä om humanism och värdenihilism*, Stockholm 2014, *Eurasien — En historiefilosofisk essä om värdenihilismen och dess antites*, Stockholm 2008 samt *Ofrihetens ideologi — En existentiell och fenomenologisk analys av värdesubjektivismen*, Stockholm 2014 samt Bo Peterssons avhandling *Axel Hägerströms värdeteori*, Uppsala 1973 och hans, *Värde, känsla och fiktion — Fem studier om Uppsalaskolan och Axel Hägerströms moralfilosofi*, Linköping 2017. En utmärkt inledning till/sammanfattning av Hägerströms filosofi ges av hans lärjunge Konrad Marc-Wogau, *Studier till Axel Hägerströms filosofi*, Stockholm 1968.

[14] Martinson s. 103 f. är också inne på att rättsvetenskapen är en alldeles egen vetenskap som kan stå på egna ben. Ang. rättsordningen som ett ”eget” ideologiskt system, se Dag Victor, a.a.

[15] Wienkretsen, dess idéer, medlemmar m.m. finns utmärkt behandlat av matematikprofessorn Karl Sigmund i ”*Wienkretsen — filosofi vid avgrundens rand*”.

[16] Se Karl Sigmund, t.ex. s. 11 och s., 105 f.

rymde en hel del oliktänkande. Men som en minsta gemensam nämnare fanns även här — liksom hos Uppsalafilosofin — en udd riktad mot metafysiken.[17]

De amerikanska rättsrealisterna

De amerikanska rättsrealisterna hade beröringspunkter med ovan nämnda europeiska ”rörelser”, men följde i mångt och mycket ett eget, mer rättssociologiskt betonat, spår.[18] Det har också inneburit att de inte är förtalade i samma utsträckning. De uttalade sig ju inte (i vart fall inte först och främst) om idéer och filosofier om rättssystemets karaktär i och för sig. Det satte på ett annat sätt fokus på hur rättsliga system tillämpades i praktiken och de sociala konsekvenser de medförde. De höll alltså inte på med rättsdogmatik, utan något annat. Rättsdogmatikerna har därför kunnat förskona dem. På senare tid kan man säga att andra forskningsområden har knutit an till sådana synsätt som de amerikanska rättsrealisterna stod för. Jag har tyckt mig märka att det man kan kalla rättssociologi, med trådar tillbaka till de amerikanska rättsrealisterna, har fått något av ett uppsving under senare tid. Man kan möjligen säga att intresset för hur rättssystemet *de facto* gestaltar sig i verkligheten har ökat, på bekostnad av hur det *borde* gestalta sig.[19] På samma tema kan framhållas sentida beteendevetenskaplig forskning kring argumentation och mänskligt beslutfattande.[20] Det vore säkerligen fruktbart att i större utsträckning applicera dessa rön på juridisk argumentation och dömande verksamhet.

Nyretoriken

I skärningspunkten mellan juridik, filosofi och psykologi har också den s.k. nyretoriken steg för steg tagit plats som en förklaringsmodell för hur vi reagerar på information och argumentation. Chaim Perelman anses som nyretorikens portalfigur. Han föddes 1912 i Warzawa och avled i Bryssel 1984. Han var doktor i såväl juridik som filosofi och var verksam som rättsfilosof och argumentationsteoretiker i Bryssel och i USA. Hans nyretoriska teoribyggnad är inte helt lättillgänglig, men den kan sägas i grunden bygga på den klassiska retoriken dock på ett intrikat sätt parad med den förnuftsmässiga filosofin. Han knyter i sin teori rationalitet och logik till de historiska och sociala förutsättningar som gäller för mänskligt tänkande och agerande.[21] Mats Rosengren har träffande uttryckt det som att

[17] Wienkretsen (egentligen Föreningen Ernst Mach) utfärdade ett manifest betitlat *Vetenskaplig världsuppfattning - Wienkretsen*, se Karl Sigmund s. 365. I manifestet sägs bl.a. följande: ”Det mål som föresvävar den är *enhetsvetenskapen*. Stävan går ut på att knyta samman och harmonisera enskilda forskares insatser på olika vetenskapsområden”. Och vidare: ”Redlighet och klarhet eftersträvas, fjärran dunkel och outgrundliga djup avvisas. I vetenskapen finns inga djup; allt är yta”.

[18] Se t.ex. Minna Gräns, *Decisio Juris*, Uppsala 2013, särskilt s. 155 f. En kortare kommenterad översikt finns av William Twining, *Talk About Realism* i New York University Law Review, 60, 1985 s. 329 (också intagen i hans antologi *The Great Juristic Bazaar*, Aldershot 2002, s. 93.).

[19] För att nämna några exempel: Moa Bladini, *I objektivitetens sken*, Göteborg 2013 och Minna Gräns, *Decisio Juris*, Uppsala, 2013, särskilt s. 167 f.

[20] Se t.ex. Daniel Kahneman, *Tänka, snabbt och långsamt*, Stockholm 2013, Richard Thaler, *Beslut och beteenden*, Stockholm 2016, Philip E. Tetlock/Dan Gardner, *Konsten att förutsäga framtiden*, Göteborg 2016 och även Paul E. Meehl, *Clinical versus Statistical Prediction*, Minnesota 1954 (omtryckt med nytt förord 1996 och omtryckt igen 2013).

[21] Chaim Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, Notre Dame 1969 och Chaim Perelman, *Retorikens imperium,* Ödåkra 2013. Jfr också Jonas Gabrielsson/

den nyretoriska teorin varken är rationell eller irrationell, utan förnuftig.[22] Nyretoriken är också intimt förknippad med ett doxologiskt förhållningssätt. I motsats till *episteme* som handlar om hur det egentligen ligger till avses med *doxa* helt enkelt vad vi tror om världen och om oss själva grundat på vad som är rådande inom en större eller mindre grupp av människor. I det ligger givetvis en relativism som ett gnagande osäkerhetsmoment. Det kan också öppna upp för opportunism av skilda slag. Inom ramen för ett förändrat doxa kunde t.ex. tyska domare inom några få veckor efter nazisternas maktövertagande 1933 använda exakt samma juridiska metoder och exakt samma juridiska resonemang som tidigare och utan att rodna rättfärdiga sin dömande verksamhet; inget hade hänt, de fortsatte bara tillämpa gällande rätt på precis samma sätt som tidigare![23] Trots detta finns det all anledning att beakta ett sådant förhållningssätt; det är, på gott och ont, en levande realitet.

Hans Larsson

En med Hägerström samtida svenska filosof (ibland aningen bortglömd) som kopplade samman förnuft och känsla var Hans Larsson; även han filosofiprofessor och dessutom akademiledamot.[24] Om nu Hägerström är ett återkommande spöke på den allmänna rättslärans vind så är Larsson helt frånvarande. I flera avseenden kan man säga att Hans Larsson hade ett betydligt vidare angreppssätt på de stora livsfrågorna liksom även på frågor med bäring på juridisk tillämpning. Och han är betydligt intressantare än Hägerström när man på ett djupare plan vill undersöka de mekanismer som är avgörande för hur rätten i praktiken skapas när den skapas, dvs. i tillämpningsögonblicket. Det ska också observeras att Hans Larsson är en iakttagare (skarpögd sådan) och analytiker av mänskligt beteende så som det *de facto* gestaltar sig. Han har däremot inte så många pekpinnar att dela ut om hur vi *bör* bete oss. Hans Larsson låg på så vis nära moderna beteendevetenskaper. Hans Larsson har beträffande intuition bl.a. uttalat att den känslomässiga reaktionen kan ge sig till känna omedelbart och att den då inte är att förlita sig på. Han utrycker det som att tanken (dvs. förnuftet) på det stadiet är ”omtöcknat” av känslan. Människans kulturella framsteg ligger, enligt Hans Larsson, i att vi har skiljt tanken från känslorna. Vi kan tänka förnuftsmässigt och bortse från känslorna. Men när den tankeprocessen är slutförd kan vi med ”bibehållande af självständigheten och den fria öfverblicken och begreppsklarheten” hos tankarna, återvända till känslorna för att hos dem stämma av tankarna och sätta in dem i en helhetsbild. Fram träder då en form av ”förädlad bild” som är fyllda med såväl förnuftsmässiga som känslomässiga överväganden.[25]

Inger Hoedt-Rasmussen (Eric Bylander), *Juridisk genomslagskraft*, Ödåkra 2016 och Janus Beyer, Retorik i rätten, Malmö 2015.

[22] Mats Rosengren, *Psychagogia — konsten att leda själar*, 2 uppl. Ödåkra 2015, s. 10. Jfr också Mats Rosengren, *Om doxa — den nya retorikens kunskapssyn*, 2 uppl. Ödåkra 2008 och *För en dödlig som ni vet är största faran säkerhet.*

[23] Se Hans Petter Graver i antologin, *Retten i sproget*, Köpenhamns 2015, s. 113.

[24] I en rik produktion se de två små skrifterna *Intuition* och *Intuitionsproblemet*, Stockholm 1892 respektive 1912; den förra i nyutgåva 1997.

[25] Hans Larsson, Intuition s. 14 f.

Avslutande inledning — Låt var och en av oss få bli saliga på sin fason![26]
Juridiken sysslar ju mycket med just relativa sanningar (sannolikheter), delvis med insikt om att den absoluta sanningen ofta (alltid?) är ouppnåelig. Men samtidigt är givetvis sanningen i form av det vetenskapligt beprövade och fastställda eller annars övertygande bevisade något vi inte kan sätta ut till demokratiska omröstningar. Men, som sagt, objektiva sanningar och subjektiva värderingar kanske inte alltid kan hållas strikt åtskilda. Samspelet här emellan måste benas ut på ett vettigt sätt. Hur åstadkommer man det? Vidare är det kanske så att stridslinjen inte löper mellan positivism och naturrätt eller mellan rätt och rättvisa. Diskussionen om objektivitet kontra subjektivitet har kanske kantrat så att det inte längre ska ställas upp som ett motsatspar. I stället kan frågan vara hur dessa två komponenter ska kunna samsas. Kan det vara så att åsikter kan vara lika värdefulla som insikter? Även vad gäller dessa motsättningar krävs kanske en förmedlande syn. Och sådana förmedlande ansatser finns det redan. Och hur är det med den klassiska rättsstaten — är den, t.ex. med hänsyn till EU och globaliseringen, en överspelad företeelse? Och den i mångt och mycket innehållslösa klyschan ”rättssäkerhet” kanske kommer att utmönstras, eller delas upp i flera mer konkreta begrepp? Nämnda klyscha innehåller ju onekligen företeelser av största vikt för en rättsordning. Och just det kan kräva klarare definitioner.

När Per Olof Ekelöf marknadsför sin *teleologiska* metod ger han ändå uttryck för en viss vidsynthet och tillåtande attityd vad gäller rättsvetenskaplig forskning. Annars är det symptomatiskt hur företrädare för en viss vetenskapssyn ägnar all kraft åt att baktala och förminska den som kan företräda en annan syn. Tolerans synes inte vara vetenskapsmannens främsta ledstjärna. Ibland verkar det som den egna synens förträfflighet måste motiveras med den fundamentala felaktigheten med en annan syn. Det egna huset måste nödvändigtvis byggas på rasmassorna av ett tidigare bygge.[27]

När man — som jag här — enbart snuddat vid det allra översta lagret av tankar och åsikter om rättsvetenskap kan man omgående konstatera att i stort allt som sägs bygger på subjektiva värderingar. Själva utgångspunkten — nämligen vad som avses med vetenskap — kan inte fastställas utan att man tar hjälp av sina värderingar. Därefter slår det mig hur oerhört komplicerat och intrikat det är att orientera sig i, och emellan, de tre stegen *verklighet – tanke – språk*. Vad är egentligen verkligheten? Finns den oberoende av betraktaren? Hur är det med våra förnimmelser och tankar? Speglar dessa en iakttagen verklighet eller något annat? Och hur det med vårt språk. Är verkligheten beroende av vad vi kan uttrycka med vårt språk? Är tankar möjliga utan språk? Om inte — hur mycket påverkar språket vårt sätt att tänka?

Det förefaller vara så att fältet för fritt tyckande ligger öppet. Jag återvänder gärna till Aristoteles fem kvaliteter, dvs. *alla fem*. Det ger grund för det jag vill kalla en *holistisk pluralitet*. En helhetssyn präglad av mångfald helt enkelt. En syn som inte är exkluderande eller förbjudande. En syn

[26] Per Olof Ekelöf, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap*, Lund 1951, s. 48. I denna lilla bok torgför han sin teleologiska metod och går till angrepp mot yngre rättsvenskapsmän som t.ex. Knut Rodhe och dennes ”ojuridiska” metoder.
[27] Jfr Karl Sigmund, s. 51 om titeln på ett av Schopenhauer hållet föredrag om Hegel och ett av Boltzmann om Schopenhauer nämligen ”Bevis för att Hegel/ Schopenhauer var en andefattig, okunnig, nonsensklottrande pseudofilosof som genom ihåligt struntprat får förståndet att degenerera i grunden och för alltid”.

som tillåter både det ena och det andra att samsas under det vetenskapliga paraplyet. Men fritt tyckande? Nej, det är inte vetenskap.

Om jag sedan begränsar mig till rättsvetenskapen tycker jag att det är tämligen givet att benämna den som just en vetenskap — och en alldeles egen sådan. Och till rättsvetenskapen är jag beredd att hänföra bra mycket mer än enbart rättsdogmatiken. Det senare är *enbart en form* av rättsvetenskap. Förvisso en mycket viktig form, men ändå bara en form av flera. I centrum för synsättet står att det är möjligt att definiera *ett bestämt objekt* för rättsvetenskapen. Och det objektet är *en gällande rättsordning*. Och en gällande rättsordning kan mycket väl, som hos Dag Victor, ses som ett *ideologiskt system*. Så mycket konstigare än så behöver man nog inte göra det.

Aristoteles (och läromästaren Platon) då? Jo, han (de) spökar hela tiden i bakgrunden av den vetenskapliga diskussionen — vilket framgår ovan av citatet av Jareborg.[28] Och Aristoteles fem vetenskapliga kvaliteter har — tycker jag — alltjämt hög aktualitet. Här ingår ju verifierbar/falsifierbar kunskap, känslomässiga reaktioner, tekniskt kunnande och etiska/moraliska överväganden samt ett erkännande av att världen finns inne i våra huvuden *och* där utanför. Ett tilltagande intuitivt holistiskt synsätt för också med sig att traditionella vetenskapsgrenar rämnar. Biologen är beroende av fysikern som är beroende av matematikern osv. Rättsvetenskapsmannen är beroende av ekonomen, psykologen och… Nja, stopp och belägg. Grenarna finns nog kvar; men utan stam finns det inga grenar. För att fullfölja metaforen finns det inget lövverk utan grenar och däremellan kanske det finns kvistar. Det talar för att vetenskapen måste foga sig i någon sorts holistisk pluralism där det lilla påverkar det stora och det stora det lilla. Var befinner sig då den traditionella rättsdogmatiken i detta universum?

Tillbaka till rättsdogmatiken

Rättsdogmatik brukar vanligen förstås som att man systemsätter rättsliga företeelser, eller med Nils Jareborgs ord, som en ”rekonstruktion av rättssystem” i betydelsen att man ”bygger om” en verklighetsbild (inte återskapar något förlorat).[29] Aleksander Peczenik har ett mer ambitiöst angreppssätt när han i en uppsats skisserar vissa filosofiska ståndpunkter (koherentism; teorin om rättvisa som avvägning mellan olika hänsyn; teorin om ”defeasibility”; teorin om rättens gemensamma grund i pluralistiskt samhälle; och teorin om vitt reflektivt ekvilibrium) som — enligt honom — harmonierar med rättsdogmatiken.[30] Jan Kleineman är mer praktiskt rak på sak när han talar om rättsdogmatik som ”att rekonstruera en rättsregel eller kanske bättre, lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på detsamma”.[31] Jan Kleineman har också betitlat sin uppsats *Rättsdogmatisk metod*. Och att rättsdogmatiken kan beskrivas som en metod förefaller vara okontroversiellt; möjligen att vissa skulle vilja säga att det är frågan om metoder i pluralis (eller *en* metod som dock finns i *flera* varianter).

En strävan inom juridiken (och givetvis inte bara där) är att den ska kunna uppfattas som en harmonisk och motsägelsefri helhet. Man talar t.ex. om en rätts*ordning* för att beskriva ett sammanhållet juridiskt system

[28] Ang. Aristoteles se Dag Victor a.a. s. 44 f.
[29] Nils Jareborg a.a. s. 2.
[30] Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* i SvJT 2005 s. 249.
[31] Jan Kleineman i *Juridisk metodlära*, Maria Nääv & Mauro Zamboni (red.), 2 uppl. Lund 2018, s. 21.

av ett mycket stort antal regler och tillhörande institutioner som på något sätt ”hänger ihop”. Alla de otaliga enskilda regler som tillsammans utgör en rättsordning är intrikat över-, under-, sido- eller på annat sätt samordnade. Allt detta bygger på att det finns en makt som kan bestämma reglerna och verkställa sanktioner när reglerna överträds. Detta makrosystem kan givetvis studeras och så sker t.ex. vid universiteten inom ämnet allmän rättslära. Men det behövs också studier av fragmenten denna helhet består av. Därför finns det olika juridiska discipliner (t.ex. civilrätt) och underdiscipliner (t.ex. fastighetsrätt). Den som ägnar sig åt minsta lilla underdisciplin (t.ex. lokalhyresrätt inom fastighetsrätten) måste kunna återföra sina studier på den större helheten. Och på motsatt sätt måste professorn i allmän rättslära också ha kännedom om de olika fragmenten. Annorlunda uttryckt: För att förstå systemet måste man förstå reglerna och vice versa. Det måste, som Aleksander Peczenik har uttryckt det, ”vara möjligt att finna intellektuella bryggor mellan en lägre och en högre abstraktionsnivå”.[32] I den rättsdogmatiska metoden ingår att behandla såväl enstaka regler på mikroplanet som rättssystemet som en helhet på makroplanet. I det ligger en strävan efter balans och harmoni. Rätten ska med andra ord ordnas. Så att det blir just bokstavligen talat en *rättsordning*.

Rättsdogmatiken är till sin karaktär normativ. Med det menas att det är normer, regler, som studeras och analyseras. Det är med andra ord frågan om ett studieobjekt som är skapat av människan. Nära knutet till det konstaterandet är att föremålet för studierna är rättskällor som i någon mening är auktoritativa, Dessa källor ingår i ett hierarkiskt system. En annan sak är att det nödvändigtvis inte behöver råda enighet om hur dessa källor är att hierarkiskt placera i förhållande till varandra. Med all säkerhet finns det i detta en dynamik, dvs. hierarkin är inte statiskt given en gång för alla i alla kontexter.

En dogm förutsätter värderingar. Nils Jareborg har sagt att det ”finns ingen värderingsfri vetenskap” och ”sanning är ett normativt begrepp”.[33] En ”värderingsfri dogmatik är bara en dröm”, har Aleksander Peczenik uttryckt det.[34] Här sällar de sig till vad Per Olof Ekelöf hävdade ett halvsekel tidigare. Den senares teleologiska metod förutsätter i själva verket värderingar. Ekelöf synes mena att juridisk vetenskap utan värderingar helt enkelt inte är någon vetenskap.[35] Man skulle kunna utveckla det till att säga att juridik utan värderingar möjligen är något som finns men som i så fall är totalt ointressant. Vad som däremot rimligen måste vara av största intresse är att rättsvetenskapsmannen — rättsdogmatiker eller inte — redovisar sina värderingar och synliggör sina argument. Värderingar förutsätter i sin tur argument. Rättsdogmatik innefattar alltså framförandet av argument som bygger på värderingar. Det förhållandet att argumentation är bunden av vad rättskällorna innehåller hindrar inte att argumentationen är byggd på värderingar. Jan Kleineman kan i själva verket, när han behandlar rättsdogmatisk metod, tänka sig att ”sätta den juridiska argumentationen i metodens centrum”.[36] Detta kittlar mitt intresse. Det leder nämligen tankarna till att juridiken i form av gällande rätt inte är något

[32] Aleksander Peczenik, *Juridikens allmänna läror* i SvJT 2005 s. 249 (s. 251).
[33] Nils Jareborg, a.a. s. 7 f.
[34] Aleksander Peczenik, a.a. s. 250.
[35] Per Olof Ekelöf, a.a. s. 33 f.
[36] Jan Kleineman, a.a. s. 27. Även Aleksander Peczenik lyfter i sin artikel i SvJT 2005 s. 249 fram den juridiska argumentationen som en viktig ingrediens i rättsdogmatiken.

som ”finns” givet och där frågan för juristen enbart är att ”finna” den. Den (tyska) historiska skolan ville ju med myntandet och framhållandet av begreppet ”gällande rätt” frysa en ständigt pågående rättsutveckling till något vid varje bestämd tidpunkt på förhand givet.[37] Något som dessutom var formellt givet av en auktoritet (legitim lagstiftare). På så vis skiljde man gällande rätt från det förflutna som blev rättshistoria och även från framtiden som blev rättspolitik.[38] Men om man lyfter fram den juridiska argumentationen i förgrunden håller detta inte riktigt streck. Argumentation innefattar ett inte obetydligt mått av dynamik och kreativitet som inte ryms inom ramarna för en statisk rättssyn. En annan sak — en helt annan sak — är att den juridiska argumentationens byggstenar måste hämtas från auktoritativa rättskällor. I det sagda ligger också att särskiljandet mellan objektiva och subjektiva argument förbleknar. Denna uppdelning är artificiell och saknar nog vid närmare eftertanke reell grund i termer av argumentation. I samma andetag är det dock viktigt att framhålla att man inte får tumma på *sakligheten* (jfr 1 kap. 9 § regeringsformen) i sin argumentation. Men saklighet är inget som nödvändigtvis behöver särskilja objektivitet från subjektivitet.

När man är inne på frågan om argumentation byggd på en rättskällelära hamnar givetvis fokus på hur denna rättskällelära gestaltar sig. Och i den frågan finns det tecken som talar för att det vedertagna rättskällebegreppet är alldeles för snävt — i vart fall generellt sett i ett större rättsvetenskapligt perspektiv.[39] Men om man begränsar sig till rättsdogmatiken duger den traditionella normbaserade rättskälleläran alldeles utmärkt.

Forskningsfråga, forskningsinriktning och forskningsresultat

En given fråga i sammanhanget är var den aktuella boken av Claes Martinson hamnar i den rättsvetenskapliga geografin. Som med all säkerhet har framgått är det inte lätt att rita upp någon allmängiltig karta över denna geografi. Och om man väl lyckas med att få ihop en karta och dessutom har tillgång till en kompass är risken för felnavigering ändå uppenbar. ”Ge mig en fast punkt och jag ska rubba jorden”, lär Arkimedes ha utropat. ”Ge mig en enda sanning så ska jag ge dig alla andra”, skulle jag kunna travestera Arkimedes. För, som Nils Jareborg har uttryckt det, ”All sanning är skriven med litet s, och all sanning skapar vi själva i våra försök att hantera tillvaron”.[40] Mot bl.a. den bakgrunden har jag svårt att hålla med om uppdelningen i *förklarande* och *förstående* vetenskaper. Till de förra skulle naturvetenskaperna hänföras, där verifiering och falsifiering av resultat (oberoende av människan) hamnar i fokus, medan rättsvetenskapen skulle hänföras till den senare kategorien i det att den beskriver olika verklighetsaspekter av det som människan skapat. Jag vill hävda att denna uppdelning inte låter sig göras fullt ut. Såväl naturvetenskap som samhällsvetenskap och humaniora inrymmer förklarande *och* förstående moment.[41]

[37] Jfr Adam Croon, Jura novit curia, Stockholm 2018, s. 20 f. Och med skolans sätt att bestämma begreppet *gällande rätt* följde oundvikligen principen om *jura novit curia*.

[38] Adam Croon a.a. s. 51.

[39] Se t.ex. Ande Somby, *Juss som retorikk*, Tromsö 1999 och Mikael Mellqvist, *Myter och dygder inom juridiken — tio noveller om rättslig kommunikation i anledning av en avhandling* i SvJT 2004 s. 818.

[40] Nils Jareborg i SvJT 2004 s. 1 (s. 12).

[41] Martinson s. 102. Jfr s. 107 där Martinson är just inne på att rättsvetenskap kan vara förstående *och* förklarande.

Bokens 1–4 kap. samt 25 kap. kan sägas beskriva vad boken är för sorts bok. Bokens centrala ambition sägs vara att presentera forskningsresultat.[42] I det sammanhanget lanseras också begreppen ”forskningsfråga”, ”forskningsinriktning” och ”forskningsinsats”. Det sägs att forskningsinsatsen handlar om något annat än att ”fastställa gällande rätt”. Att fastställa gällande rätt ses till och med som en ”missriktad ambition”, bl.a. eftersom gällande rätt enbart är en fiktion och till och med en ”överfiktion”.[43] Och i det innefattas också att boken inte ägnas åt prognoser av hur domare kommer att döma.[44] Det måste sägas vara ett tydligt avståndstagande från rättsdogmatiken; i vart fall i dess traditionella tappning. Men det handlar om rättsvetenskap med den bredare ambitionen att helt enkelt nå kunskap.[45] Här vill väl jag inflika (utan att utveckla den) frågan om inte rättsdogmatisk forskning också syftar till att nå kunskap.

Forskningsresultaten som presenteras i boken delas in i fem kategorier, nämligen normativ utsaga, logisk slutsats, identifiering, bedömning och upptäckt (med underkategorier). Men genast sägs här att många av dess resultat (främst inom den förstnämnda kategorien) innebär att fastställa gällande rätt, dvs. det som det inte skulle handla om.[46] Men målbilden är att nå forskningsresultat, vilket är något annat och något mer än att ”bara” fastställa innehållet i gällandet rätt och på ett koherent sätt systematisera detta. Rättsdogmatiken är då enligt författaren i och för sig användbar, men otillräcklig.[47] Det framgår dock när han kommer in på resonemang kring olika metoder att den rättsdogmatiska metoden ändå sitter i förarsätet. Han delar in använda metoder i 16 olika kategorier där den rättsdogmatiska metoden dominerar kraftigt.[48] Vad jag som läsare funderar över i detta sammanhang är också författarens ifrågasättande av kopplingen mellan rättsdogmatisk metod och begreppet gällande rätt.[49] Det förefaller som att han på något vis å ena sidan vill tänja den rättsdogmatiska metoden till att avse någon mycket mer än den avser, men å andra sidan vill krympa rättsdogmatiken till att endast vara en mindre del av rättsvetenskapen. Samma vacklande sätt synes han inta i förhållande till begreppet ”gällande rätt”, dvs. å ena sidan se det som ett begrepp med elasticitet och dynamik men å andra sidan som något stelnat och statiskt. Hur som helst får jag intrycket av att Martinson ägnar mycken möda åt att fjärma

[42] Martinson s. 31. Se också s. 259 där det framgår att ”forskningsbetraktelse” förefaller vara något annat.
[43] Martinson s. 41 och s. 43.
[44] Martinson s. 42.
[45] Martinson s. 44.
[46] Martinson s. 45.
[47] Martinson s, 59. Samtidigt säger han (s. 67) att rättsdogmatisk metod omfattar så mycket. Frågan är om det måste anses falla utanför den metoden att ”anlägga andra kunskapsintressen än de normativa”.
[48] Martinson s. 61 f. Martinson använder också ”rättsdogmatisk metod”, ”rättsdogmatisk utredning” och ”rättsdogmatisk undersökning” med skilda betydelser. Riktigt vilken betydelse dessa skillnader har framgår dock inte tydligt. Övriga 15 metoder är intresseanalys, beslutsteoretisk analys, matematisk analys, utfallsanalys, hanteringsanalys, identifiering av karaktäristika, kvantifieringsanalys, sambandsanalys, konstruktiv analys, konsekvensanalys, logikanalys, systematiseringsanalys, relationsanalys, riskanalys och helhetsanalys. Redan och enbart på grund av dessa benämningar inställer sig frågan om metod = analys. Jag tror att jag inte är ensam om att besvara den frågan nekande.
[49] Martinson s. 88.

sig från rättsdogmatiken, men att han ändå när det blir frågan om ett ”skarpt forskningsläge” gärna tillgriper just den metoden.[50]

Men jag tycker att Martinson hamnar helt rätt när han beskriver hur rättsvetenskap är något mer än systematisering med rättsdogmatisk metod.[51] Och att rättsvetenskap är något mer och annat än enbart rättsdogmatik uppfattar jag som okontroversiellt och självklart. Jag skulle vilja tänja det till att påstå att rättsvetenskap kan vara *mycket* annat och mera än rättsdogmatik. Jag måste erkänna att jag inte är odelat förtjust i uppdelningen mellan ”*den rena normativismen*” och ”*den konstruktiva rättsvetenskapen*”. Det förra, som motsvarar rättsdogmatiken, är väl t.ex. i hög grad konstruktiv till sin karaktär.[52] Men i övrigt när det talas om rättsvetenskap som tolkningsvetenskap, humanvetenskap, kulturvetenskap och samhällsvetenskap samt rättsfilosofi är jag definitivt med på tåget. Alla dessa benämningar kan vara relevanta för rättsvetenskapen. Och det är nu luften strömmar till under de rättsvetenskapliga vingarna; ekipaget kan lyfta. Våra mänskliga liv är inte indelade i olika discipliner. Juridik, juridisk tillämpning och juridisk forskning är i allra högsta grad något humant. Det finns därför ofta anledning att inom rättsvetenskapen överskrida gränserna mellan olika discipliner för att nå resultat i form av ett ökat vetande. Inom just rättsdogmatiken — som en specifik gren av rättsvetenskapen — är uppenbarligen uppgiften att fastställa, analysera och systematisera gällande rätt. Det kan man göra ”i och för sig” utan något sneglande på hur det förhåller sig med den praktiska rättstillämpningen. Som utskott på den grenen kan uppgiften emellertid vara att endera uttala sig om hur domstolarna *bör* avgöra tvister utifrån vissa förutsättningar eller annars göra prognoser över hur domstolarna *de facto kommer* att avgöra en viss tvist (eller viss frågeställning).[53] Det är endast de senare som, om jag förstått det rätt, faller utanför rättsdogmatikens domäner.[54]

Den övergripande fråga som här inställer sig är givetvis vad författaren närmare bestämt vill åstadkomma. Han är själv inne på att han har utfört något *kontroversiellt* och *annorlunda*.[55] I det vänder han sig mot två vanliga föreställningar om förmögenhetsrättslig forskning, nämligen 1) att den ska ha praktisk relevans och 2) att den ska omfatta en viss metodologi och innebära systematisering. I det förra ligger att forskningen ska ha en ”deskriptiv ambition med inslag av normativa bidrag”. Jag förstår det som att författaren anser att det senare inte riktigt duger och det är en alldeles för inskränkt ambition. Han ser en sådan uppgift som ”olycklig och rent av en belastning”.[56] För min del har jag svårt att se det så närmast förklen-

[50] I Adam Croons utmärkta redogörelse för den tyska historiska skolan och dess användning av begreppet gällande rätt (i avhandlingen *Jura novit curia*) förefaller det som att *den juridiska metoden* (i singularis) där är själva grunden för vad vi i dag skulle beteckna som ett oavvisligt rättsstatligt krav. Och den metoden är rättsdogmatisk.

[51] Martinson s. 105 f.

[52] Om nu någon skulle vilja påstå att rättsdogmatiken mer går ut på att dekonstruera vill jag invända att även det är en form av konstruktion.

[53] Ekelöf, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap* s. 43, påpekar att Rodhe har benämnt det senare för *domstolssociologi* (vilket alltså skulle vara en underavdelning till rättssociologin).

[54] Det var något som stod i fokus för många av de amerikanska rättsrealisterna. De intresserade sig för hur juridiken de facto slog igenom (eller inte slog igenom) i samhället. Om detta genomslag (eller icke-genomslag) sedan var förenligt med gällande rätt eller inte var mindre intressant.

[55] Martinson s. 69.

[56] Martinson s. 74 f. Samtidigt medger han att det finns ett värde i att rättsvetenskapliga insatser blir praktiskt relevanta och han syftar till att tillgodose det intresset.

ande. Att föra ut och pedagogiskt beskriva juridiska problemställningar och dessas lösningar är för mig en central rättsvetenskaplig uppgift. Och efter att ha tagit avstånd från den rättsdogmatiska metoden med dess inslag av deskription och normativ systematisering kommer han fram till att hans ansats är att *inte enbart* ägna sig åt systematisering med rättsdogmatisk metod.[57] Jag har också svårt att ta till mig det han säger om att det råder en föreställning om att ”rättsvetenskap *är* just precisering och systematisering med rättsdogmatisk metod, och inget annat.[58] Som framgår ovan är min bild inte sådan (och inte hans heller?). Rättsvetenskap är som jag har förstått det någon mycket vidare än rättsdogmatik; låt vara att det senare rent generellt är en mycket viktig ingrediens i det förra.[59] Och att det finns en efterfrågan på att med rättsvetenskapen ”tillgodose ytterligare kunskapsintressen med fler metoder”, är såvitt jag kan förstå inte ifrågasatt.[60]

Det är ändå befriande att konstatera att Martinson använder flera metoder (i pluralis). Metod kommer från grekiskans ”meta odos”, dvs. ”överväg” eller ”genväg”. Det handlar i all enkelhet om hur man går tillväga när man gör något, t.ex. bedriver rättsvetenskaplig forskning. Juridiska avhandlingar innehåller så gott som obligatoriskt ett avsnitt om metodval (det kanske är obligatoriskt?). Så gott som alltid urtråkiga avsnitt fyllda med plattityder och förväntade påståenden. Det förefaller onödigt och överflödigt med dessa beskrivningar. Metoden, eller metoderna, framgår så småningom av den ”egentliga” avhandlingen. Av den kan läsaren bedöma metodens (metodernas) relevans och värde. Ibland får man en förnimmelse av att doktoranden (och betygsnämnden) anser det vara av största vikt att doktoranden har tillägnat sig rätt Metod med stort M. I värsta fall finns det bara en enda sådan. Inte riktigt lika illa är det om man medger att det finns flera metoder. Min egen uppfattning är att antalet metoder rimligen måste vara lika många som antalet forskare. Bland alla dessa metoder finns det säkert ett flertal som inte är relevanta och som saknar tillräcklig kvalitet. Men det finns säkert många som är i allra högsta grad relevanta i förhållande till forskningsuppgiften och högkvalitativa, utan att det går att förse dem med någon särskild ”etikett”. Jag tror att det är farligt om man hamnar i ett läge där det endast tillåts att det i forskningen används ett antal på förhand ”godkända rättsvetenskapliga metoder”.[61]

Två begrepp fastnar i mina hjärnvindlingar när jag läser boken. Det är dels ”nytta”, dels ”resultat”. Forskning ska inte nödvändigtvis vara nyttig (som biprodukt kan nytta dock vara OK), men den ska vara resultatinriktad, har det sagts. Men är inte all forskning resultatinriktad och nås inte alltid resultat. Även en ”inställd konsert är en konsert”, som Ulf Lundell har uttryckt det. Med andra ord kan väl även misslyckad forskning eller ett avbrutet forskningsprojekt i någon mening anses ha avsatt ett resultat.

[57] Martinson s. 76 f.
[58] Martinson s. 79.
[59] Det kanske dock är att gå till överdrift att betrakta rättsvetenskapen som prototyp för vetenskap (Martinson s. 97 f.). Ett sådant påstående jävar emellertid andra påståenden om att rättsvetenskapen lider av dåligt självförtroende och någon sorts mindervärdighetskomplex.
[60] Martinson s. 85.
[61] Det finns nog trots allt en del att hämta hos den anarkistiske och ”vetenskapsförnekande” filosofiprofessorn Paul Feyerabend (1924–1994), se t.ex. hans *Against Method* (1975) och *Mot metodtvånget* (på svenska, 2000).

Ett dåligt resultat kanske, men ett resultat.[62] Så visst är rättsvetenskapen resultatinriktad.[63] Men Martinson gör åtskillnad mellan ”*forskningsresultat*” och andra ”*resultat*”.[64] För att förtjäna beteckningen forskningsresultat ska slutsatser ha nåtts som har nyhetsvärde, som tillfört något till det mänskliga vetandet och som uppnåtts genom ett metodologiskt och systematiskt tillvägagångssätt samt ”klarat av” ett avslutande reflexivt test. Det, säger han, skiljer sig från en traditionell rättsvetenskaplig ansats som handlar om att sammanställa och systematisera normativa utsagor för att åstadkomma systematik och koherens. För min del inställer sig funderingen om det verkligen är någon skillnad. Dessutom infinner sig tilläggsfunderingen om det Martinson säger att han gör egentligen inte skiljer sig från det han faktiskt gör.

Och hur det med nyttan. I grund och botten bygger väl en fri forskning i ett pluralistiskt samhälle på att man inte ska ställa några krav på att varje enskild forskningsinsats medför någon viss konkret nytta. Men *företeelsen forskning som sådan* måste väl rent allmänt anses vara något som i allra högsta grad är nyttigt. Den ökar det mänskliga vetandet. Den är till glädje och tillfredställelse för såväl forskaren som hans eller hennes omgivning. Den bidrar till förståelse och förlåtelse människor emellan. Den skapar gemenskap och sammanhållning. Den gör tillvaron mer hanterlig. Den gör livet bättre helt enkelt. Är inte det något nyttigt, vad är då nyttigt!

Konkretiseringar

Var har jag efter dessa turer hamnat? Är Claes Martinsons bok en rättsvetenskaplig framställning? Är den en rättsdogmatisk framställning? Eller är den något annat? Själv gör han gällande att det rör sig om forskning med en tematisk inriktning, med en resultatinriktning (mot en målbild). För att fastställa resultatet använder han ett flertal kriterier och slutligen reflekterar han över utfallet.[65] Hur som helst behandlas i boken fem ämnesmässiga teman. Det är.

1. Återvinning i kontokreditförhållanden (6–9 kap.).
2. Kontokort och riskfördelning (10–12 kap.).
3. Värdeföringsansvar i koncernförhållanden (13–16 kap.).
4. Konkurs och skadeståndsansvar (17–21 kap.).
5. Separationsrätt i kontanthanteringsverksamhet (22–24 kap.).

Vad som sålunda berörs är fordringsrätt, insolvensrätt, associationsrätt, krediträtt, kontraktsrätt, sakrätt och skadeståndsrätt, dvs. flera centrala förmögenhetsrättsliga ämnesområden. Jag kommer här att särskilt kommentera de kapitel i boken som rör två av dessa teman, nämligen kontokort och riskfördelning samt konkurs och skadeståndsansvar (2 och 4 ovan). Jag inleder också med att kommentera 5 kap. som jag ser som en sorts inledande prototyp för den fortsatta framställningen.

OK, nu åker vi!

[62] Om IFK Göteborg vinner över Hammarby IF med 3–0 i en allsvensk fotbollsmatch är det ett mycket dåligt resultat, men ett resultat är det — för att hålla mig till något helt värderingsfritt!
[63] Jfr Martinson s. 95 f.
[64] Martinson s. 53 f.
[65] Martinson s. 109 f.

Prototypen — Betalning med befriande verkan efter passivitet i factoringförhållande

5 kap. uppfattar jag som ett prototypkapitel där Martinson med en avgränsad forskningsfråga konkret illustrerar hur han fortsättningsvis kommer att gå tillväga när han sedan kommer in på sina tematiska studier.

Som Martinson själv säger är det egentligen frågan om en tämligen renodlad rättstillämpningsfråga, nämligen om betalning, trots denuntiation, kan vara befriande (se 29 § skuldebrevslagen). Hans resultat blir att denuntierade kunder som betalat fel under vissa omständigheter ska slippa betala på nytt (se NJA 1986 s. 44, 1986 s. 696 och 1989 s. 671). Det kommer han fram till genom en *rättsdogmatisk utredning* och en *intresseanalys*.[66] Angående den förra analyser han lagtext, rättsfall och förarbeten samt ett urval juridisk doktrin. Sedvanlig rättsdogmatik alltså. Intresseanalysen tar givetvis avstamp i rättsläget men står på egna ben och innehåller resonemang som endast delvis kan återföras på någon auktoritiv rättskälla. Inget konstigt med det.

Det Martinson här hävdar är att han nått resultat, men inte något forskningsresultat. För att resultatet (för något resultat har han ju uppnått) skulle ha fått benämningen forskningsresultat hade krävts något mer. Det skulle möjligen då vara nyhetsvärde och att slutsatsen tillfört något till det mänskliga vetandet. Och från den utgångspunkten är begreppsbildningen relevant. Den aktuella forskningsfrågan och resultatet måste sägas vara välbekant sedan tidigare för den som sysslat med förmögenhetsrätt. För egen del tillförde dock intresseanalysen något till mitt eget vetande. Det senare får mig att fundera över om inte också *adressaten* kan ha betydelse när forskningsfrågor ställs, när forskningsinriktning väljs och när (forsknings)resultat presenteras.

Temat kontokort

10–12 kapitlet handlar om kontokort. Den först ställda forskningsfrågan (10 kap) är om lagstiftarens intentioner har genomförts beträffande riskfördelningen mellan konsumenter och betalningstjänstföretag. Resultatet (inte forskningsresultat) är att det föreligger en säregen diskrepans mellan intentionerna och tillämpningen. Det metoder som använts för att komma fram till resultatet är *rättsdogmatisk utredning* och *utfallsanalys*.

Nästa fråga (11 kap) är om lagstiftaren var realistisk, dvs. hade anledning att förvänta sig att lagregleringen skulle användas i enlighet med de intentioner lagstiftaren gett uttryck för över tid, när riskfördelningen kring obehöriga förfoganden över kontokort bestämdes. Resultatet (inte forskningsresultat) är att lagstiftaren hade anledning att förvänta sig att lagregleringen inte skulle användas i enlighet med intentionerna. Den metod som använts för att komma fram till resultatet är *hanteringsanalys*.

Den tredje frågan (12 kap.) är om det under viss tid förelåg en normkollision (mellan EU-direktiv och ”övrig” svensk rätt) i frågan om obehöriga utnyttjanden av kontokort. Svaret — ett forskningsresultat! — är ja, men att den konflikten går att hantera. De metoder som använts för att komma fram till resultatet är *utfallsanalys* och *konstruktiv analys*. Som sagt resulterar denna forskningsinsats i ett forskningsresultat, nämligen — med författarens egna ord — en *intressant upptäckt*.[67] Och upptäckten är just en normkonflikt.

[66] Vilka är 2 av de 16 metoder han använder; se sammanställningen s. 61.
[67] Martinson s. 258 f.

Bakgrunden till den normkonflikten är att det i 34 § i 1992 års konsumentkreditlag (och även i föregångaren 1977 års lag) föreskrivs att en kontokortshavare själv bar ansvaret vid belastningar på kontot i de fall han eller hon förfarit grovt vårdslöst vid sin hantering av kortet. I det första betaltjänstdirektivet (2007/64/EG) föreskrevs detsamma men med tillägget att kontokortshavaren inte bär ett större ansvar än maximalt 150 euro i andra fall (dvs. då det inte föreligger grov vårdslöshet, men väl vårdslöshet). Sverige införlivade inte detta direktiv förrän den 1 augusti 2010 trots att det skulle ha varit införlivat senast den 1 november 2009. Direktivet införlivades genom lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument där det bl.a. föreskrivs (6 §) att ansvaret för en konsument vid grov oaktsamhet är begränsat till 12 000 kr (om konsumenten inte agerat särskilt klandervärt då ansvaret är obegränsat) och i övriga fall (5 §) till 1 200 kr. Under de nio månader som förflöt däremellan var alltså konsumentkreditlagen och betaltjänstdirektivet på flera sätt motstridiga.[68] Av intresse i sammanhanget är också att tillämpningen av rekvisitet ”grov vårdslöshet” i 1992 års konsumentkreditlag (och i 1977 års lag) kommit att tillämpas särskilt strängt mot en kontokortinnehavare som är konsument.[69]

Vad gällde egentligen i Sverige mellan den 1 november 2009 och den 1 augusti 2010 beträffande ansvarsfördelningen mellan korthavare och kortföretag vid obehöriga kontobelastningar? Det är den forskningsfråga som Martinson på ett inträngande, djuplodande och metodiskt sätt analyserar och bedömer. Det är forskningsinsatsen. Och forskningsresultat sägs vara just upptäckten av normkonflikten. Inte mycket till upptäckt, vilket Martinson själv medger.[70] Men det tar inte slut med det. Det är fortsättningen som är intressant. Och i denna fortsättning undersöks tänkbara lösningar av normkonflikten. Som sagt; det är nu det blir riktigt intressant, men samtidigt svårt. Jag tvingas skaka av mig viss motvilja när jag säger att jag är imponerad. Jag börjar med det som är imponerande och återkommer därefter till motviljan.

10–12 kap. utgör verkligen ett sammanhängande tema. Undersökningarna är grundliga, gedigna och samtidigt fokuserade. Resultaten är verkligen användbara för praktisk tillämpning; att forskningsresultatet i 12 kap. s.a.s. är överspelat gör inte underökningen mindre användbar. Det förhållandet att Martinson inte heller pekar ut en enda lösning som den ”rätta” i normkonflikten förtar något av undersökningens värde. Det som tillhandahålls här — och det jag är imponerad av — är en uppsjö av *relevanta juridiska argument*. Det är frågan om fokuserade argument som är väl underbyggda de lege lata.

I denna del stöter man alltså på *hanteringsanalysen* som innefattar bedömningar av hur en regel (eller ett regelkomplex) hanteras av relevanta rättstillämpare (t.ex. som i detta fall Allmänna Reklamationsnämnden). Man stöter också på den *rättsdogmatiska utredningen* som består av en genomgång av lagar och lagförarbeten. Vidare har här använts *utfallsanalysen* och den *konstruktiva analysen*. I redogörelsen för dessa analyser

[68] 1992 års konsumentkreditlag ersattes av nu gällande konsumentkreditlag (2010:1846) som trädde i kraft den 1 januari 2011. Bestämmelserna om ansvar för hanteringen av ett kontokort som fanns i 1992 års lag fördes dock inte över till den nya lagen, se prop. 2009/10:242. I stället regleras dessa frågor särskilt i lagen (2010:738) om obehöriga transaktioner med betalningsinstrument, se prop. 2009/10:122.

[69] Detta berörs av Martinson i studierna i bokens 10 och 11 kap.

[70] Martinson s. 284.

nämner dock Martinson att han har använt *flera olika metoder*.[71] Det är då jag blir lite brydd och förvirrad. Utfallsanalys och konstruktiv analys var ju två olika metoder som har använts.[72] Nu sägs att dessa två analyser (=metoder?) har gjorts med hjälp av flera olika metoder. Det är också här min motvilja kommer in. Begreppsbildningen och metoduppdelningen upplever jag som väl artificiell och överkonstruerad. På det sättet blir detta ett belastande utanpåverk som inte behövs för att genomföra och presentera forskningsinsatsen och forskningsresultatet. I vart fall behöver detta utanpåverk inte demonstreras så explicit som är fallet. Det är t.o.m. på det viset att detta riskerar att ta fokus från de fokuserade och insiktsfulla analyser som de facto görs. En misstanke som smyger sig in (hos mig som icke-akademiker) är att det jag här kallar utanpåverk, dvs. det systematiska nätverk som Martinson vill foga in sina undersökningar i, närmast syftar till att göra det hela mer ”vetenskapligt”. Det ofta omtalade dåliga självförtroendet hos rättsvetenskapen för med sig att rättsvetenskapsmannen känner sig tvingad att motivera sin existens som vetenskapsman. Och då måste han eller hon ta i rejält. Då duger inte ”vanlig rättsdogmatik”. I stället krävs det att det man gör bäddas in i en annan kontext, i en annan begreppsapparat och placeras på en annan karta. Men jag menar att det inte behövs. Rättsvetenskapen klarar av att vara en vetenskap *sui generis*. Den behöver inte någon konstgjord andning.

När man skärskådar undersökningarna och analyserna i 10–12 kap. (kontokortstemat) används också hela tiden interna perspektiv. Martinson rör sig i den juridiska sfären, med juridiska källor, med juridiska argument och med en juridisk retorik.[73] Det senare kan vara extra intressant att något beröra. Så som har berörts här kan det finnas anledning att utvidga den traditionella rättskälleramen. Det kan mycket väl vara så att det i detta finns en dynamik och en elasticitet som spränger, eller i vart fall tänjer, de traditionella ramarna. Men det måste rimligen vara frågan om en *juridiskt formbunden retorik*. Och en sådan kan säkerligen förenas med de krav på legitimitet och auktoritet som bör gälla. Men fortfarande rör vi oss inom det interna perspektivet. Men till det kommer att det dessutom kan finnas anledning att göra gränsen mellan ett internt och ett externt perspektiv mer permeabelt. Det kan behövas för att göra forskningsinsatser kompletta och bättre anpassade till samhälleliga behov.

Men den övergripande frågan är om inte de här gjorda forskningsinsatserna är just rättsdogmatiska. Och dessutom tämligen typiska rättsdogmatiska undersökningar.

Temat konkurs på grund av uppsägning av kontokredit

17–20 kap. (och även 21 kap.) rör temat skada på grund av konkurs på grund av (rättsstridig) uppsägning av kontokredit. Närmare bestämt är temat här till övervägande del skadeståndsrättsligt.

När Hanne Petersen anmälde Ande Sombys avhandling skrev hon att den var ”förförande, trivsam och fascinerande men å andra sidan förvirrande, oroande och frustrerande”.[74] När jag tar del av Martinsons fram-

[71] Martinson s. 260 f.

[72] Se sammanställningen, Martinson s. 61.

[73] En hanteringsanalys skulle kunna vara extern, dvs. en analys av hur t.ex. ARN faktiskt agerar och beslutar utan att ta hänsyn till hur ARN de lege lata borde agera och besluta. Men så är här inte fallet.

[74] Hanne Petersen i Retfaerd 1999 s. 31, Anmälan av Ande Somby, *Juss som retorikk*, Tromsö 1999. Se också Mikael Mellqvist, *Myter och dygder inom juridiken — tio noveller om rättslig kommunikation i anledning av en avhandling* i SvJT 2004 s. 818.

ställning i 17 kap. är jag beredda att säga något liknande. Forskningsfrågan här är *vilken skada lider ett bolag av att gå i konkurs*. Utgångspunkten för frågan är att en bank avtalsstridigt har spärrat bolagets kontokredit. Redan frågeställningen gör mig aningen brydd. Kan det någonsin föreligga adekvat kausalitet mellan en sådan uppsägning och beslutet om konkurs? På ett praktiskt plan — ja.[75] Men juridiskt teoretiskt är det väl knappast möjligt. Men jag lämnar detta, som ju strängt taget i och för sig faller utanför forskningsfrågan, som ju är att bestämma en skada och inte ett skadeståndsansvar (om det nu går att hålla isär). Resultatet — *forskningsresultatet* — är att den skada bolaget lider är förlusten av verksamheten och att skadan ska bedömas utifrån verksamhetens försäljningsvärde innan konkursen. Skadan är alltså *verksamhetsförlusten* och den ska värderas till *försäljningsvärdet* vid angiven tidpunkt. De metoder som här använt är rättsdogmatisk utredning, relationsanalys, konsekvensanalys och resultatanalys.[76]

Vad gäller relationsanalysen påpekar Martinson tidigt att tänkbara skadelidande kan vara bolaget i sig, dess ägare och/eller dess fordringsägare och att det är av vikt att hålla isär dessa tre kategorier vid forskningen. Men frågan är om han inte gör våld på denna utgångspunkt. Analysen glider mellan dessa kategorier, vilket gör det svårt att följa med i resonemangen. Men Martinson beskriver det som ”nödvändigt att beakta förhållandena mellan konkursens effekter för de olika subjekten”.[77] Men är det verkligen det? I ett skadeståndsrättsligt perspektiv intar väl den (påstått) skadelidande en särskild ställning (och tredje man en annan). Skadan måste väl bedömas och värderas i förhållande till en bestämd skadelidande. Att då beakta eventuella effekter för andra (eventuellt) skadelidande riskerar att grumla till det hela. En annan sak är att man förvisso kan göra en bedömning med utgångspunkt i att var och en av de nämnda subjekten är skadelidande och sedan jämföra utfallet. Men vid själva analysen förefaller det klarare och tydligare och ”riktigare” att noga hålla isär dem.[78] Många av de syn- och ståndpunkter som Martinson redovisar i sina resonemang talar också för ett sådant förhållningssätt.

Martinson gör här bl.a. en rättsdogmatisk utredning som inte ger något resultat alls. Eller rättare sagt; resultatet är att det inte finns stöd i någon norm för att skadan ska bestämmas på ett visst sätt.[79] Men även här har han bitit sig fast i sammanblandningen av olika tänkbara skadelidande. Han säger bl.a. ”några normativa utsagor om att effekter för någon annan än det skadelidande subjektet skall omfattas av skadedefinitionen har jag inte identifierat”.[80] Uttalandet görs förvisso i ett resonemang kring positiva intresset för *en enda* skadelidande, men det ger ändå ett visst intryck av den glidning i perspektiv jag varit inne på. Hur som helt mynnar den rättsdogmatiska utredningen alltså ut att det inte finns något klart normativt stöd för ett visst bestämt svar på den ställda forskningsfrågan. Den fortsatta

[75] Men i praktiken kan man fråga sig om en bank skulle vara så klantig att den *avtalsstridigt* säger upp en kontokredit, jfr s. 429 f. Men jag medger att jag mycket väl här kan vara alldeles för blåögd och kategorisk (se t.ex. not 615, s. 433). Martinson kommer också in på dessa frågor i 19 kap. och 20 kap.

[76] Även om det sistnämna inte explicit anges i rubriken 17.3 s. 354.

[77] Martinson s. 357.

[78] Martinson säger (s. 360) att skadan *kan* definieras subjektvis (min kursivering). Men är det inte så att den *måste* göras det? Jfr också vad han fortsättningsvis säger om att ”de aktuella skillnaderna i reglering är betydande” och det är ”väsentligt” att den skadeståndsrättsliga regleringen, beroende av skadelidande, skiljer sig åt.

[79] Martinson s. 362 f.

[80] Martinson s. 366.

konsekvensanalysen och analysen av relevansen av syftet med skadestånd uppfattar jag som tämligen neutral vad gäller lösningen. Det forskningsresultat Martinson säger sig ha uppnått genom nämnda analyser är inte helt övertygande. Han betraktar ändå sitt resultat som en normativ utsaga, men uttalar i samma andetag att med det menas inte mer än att den är relevant.[81]

Efter att sålunda har rest ett antal invändningar (jfr förvirrande, oroande och frustrerande) vill jag med emfas framhålla att det samtidigt är härligt berikande (jfr förförande, trivsam och fascinerande) att ta del av framställningen här. Det formligen kryllar av skarpsinniga och insiktsfulla iakttagelser försedda med spetsiga argument. Kapitlets dryga 30 sidor skulle lätt kunna fylla en bok med 300 sidor. Jag framhöll i mitt bidrag till Festskrift till Stefan Lindskog det värdefulla med att hans juridiska skriftställarskap regelmässigt innehåller en formlig depå av argument som tilllämparen kan ha stor användning för.[82] Martinsons framställning här har samma karaktär. Den praktiker (advokat eller domare eller annan) som skulle ställas inför en tvist med frågor som aktualiseras i dessa analyser har här en rik källa (rättskälla!) att ösa ur.

Forskningsresultatet i 17 kap. blev alltså att den skada bolaget lider är förlusten av verksamheten och att skadan ska bedömas utifrån verksamhetens försäljningsvärde innan konkursen. I 18 kap. kan en uppföljande forskningsfråga sägas ställas, nämligen hur ska skadan, under vissa förutsättningar, värderas. Utgångspunkten här är alltså att det är försäljningsvärdet innan konkursen som ska ersättas — frågan (forskningsfrågan) är då hur detta värde ska bestämmas. Forskningsresultatet är att det i bevishänseende finns anledning att värdera skadan utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs. De metoder som här kommer till användning är rättsekonomisk analys, beslutsteoretisk analys, konsekvensanalys och rättsdogmatiska utredning. Martinson säger också att ”jag har använt antaganden om rationellt agerande, transaktionskostnader och valmöjligheter” och att hans tillvägagångssätt därför borde kunna betraktas som ”metodologiskt och systematiskt”. Men han reflekterar också över ”i vilken mån förenklingar som ekonomisk rationalitet verkligen leder till något i kvalitativt hänseende” och om en förenkling kanhända ”ger vilseledande resultat”.

Jag ska direkt erkänna att jag är måttligt imponerad av och inte särskilt entusiastisk över framställningen i 18 kap. Den grundläggande svagheten som vidlåder mycket av ekonomisk teoribildning över huvud taget framträder även här. Vad jag avser är den orealistiska utgångspunkten att alla aktörer är fullständigt informerade om alla relevanta omständigheter och utifrån dessa agerar rationellt.[83] Sådana förhållanden råder aldrig i verkligheten, vilket gör att slutsatser utifrån sådana förhållanden är tämligen ointressanta och värdelösa. De tillför inget till det mänskliga vetandet. Mot den bakgrunden blir det lite märkligt när Martinson frågar sig om rätten ska användas för kompensation ”i den mån det går att påvisa irrationellt agerande från bolagets företrädare” och när han jämför irrationellt beteende med ”psykisk störning”. Det senare skulle nog innebära att vi alla alltid i någon mån är psykiskt störda (och så kanske det är?). Men jag

[81] Martinson s. 385.
[82] Se Mikael Mellqvist i Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018. Jfr också min anmälan av Stefan Lindskogs Betalning i JT 2015–16 s. 976.
[83] Martinson s. 398 f.

skulle nog vilja vända på detta och ställa frågan om det någonsin kan gå att påvisa ett fullständigt rationellt beteende.

När det sedan gäller själva forskningsuppgiften, forskningen och presentationen av den tycker jag att den inte riktigt tar fäste i något. Martinson är inne på att det är ”generellt svårt” att göra värderingar och att en historisk värdering är ”särskilt besvärlig” samt att en ”skönsmässig uppskattning” är nödvändig.[84] Vad är då kvar av vetenskap? Nej, här blir det pladdrigt och spekulativt. Och bevisfrågan? Den kan ju tänkas vara intressant och värdefullt att få belyst. Men där tycker jag att man blir snuvad på konfekten. Det lilla som sägs i avsnitt 18.9 är det inte mycket bevänt med. Dessutom och även sammantaget; forskningsresultatet att det i bevishänseende finns anledning att värdera en skada utifrån det faktum att bolaget försattes i konkurs förefaller ihåligt. Att bolaget har försatts i konkurs är ju premissen; dvs. i själva verket skadan. Är resultatet att man ska värdera skadan utifrån att det har uppstått en skada? Nej, naturligtvis inte. Här är det i själva verket så att Martinson snarast döljer forskningsresultatet. Han ställer ju upp olika modeller för skadebräkningen, dvs. de olika valmöjligheterna (att skaffa likviditet, att genomgå företagsrekonstruktion, konkurs) samt viktar och jämför dessa med varandra.[85] Det ”egentliga” forskningsresultatet förefaller vara det resultat som presenteras i nästkommande kapitel (19 kap.).

I 19 kap. ställs forskningsfrågan hur stor ett bolags skada vid konkurs kan bli.[86] Och forskningsresultatet är att den skadegörande handlingen kan endast anses leda till en viss nivå av skada. Och det har han i själva verket kommit fram till i 18 kap. I 19 kap. säger han själv att ”resultatet att skadan endast kan bli av en viss nivå kan preciseras på sätt som jag redovisat i *föregående* kapitel”.[87] Och själva resultatet är intressant och absolut förtjänt av etiketten forskningsresultat.

Återigen kan nästföljande kapitel (20 kap.) anses ha en uppföljande karaktär. Forskningsfrågan där är om konkursrisken ska utesluta skadeståndsansvar. Något forskningsresultat nås inte, men väl ett resultat. Och det är att nämnda risk inte utesluter ett skadeståndsansvar. Är detta då ett ”korrekt” forskningsresultat (i 19 kap.) och resultat (i 20 kap.)? Ryggmärgsmässigt skulle nog de flesta som fick frågan rakt upp och ned svara nej vad gäller forskningsresultatet. Om man har läst Martinsons framställning skulle nog ett antal svara ja — men inte alla. Så övertygande är inte framställningen. Här kommer man in på ett flertal svåra, främst skadeståndsrättsliga, juridiska frågor, såsom kausalitet, adekvans, medvållande, skadebegränsning m.m. (vilket Martinson själv också uppehåller sig vid i såväl 19 som 20 kap.). Men det spelar mindre roll — även för Martinson själv, om jag förstått det hela rätt. Han gör inte gällande att han nått någon ”sanning” grundad på en normativ analys. Återigen; han tillhandhåller

[84] Martinson s. 389.
[85] Martinson s. 391 anger alternativen till konkurs till 2 och Martinson s. 413 anger dem till 3. Rekonstruktion är ett och likviditetstillskott ett annat (extern ny kredit eller ägartillskott). Det tredje borde vara försäljning av verksamheten. Och han laborerar genomgående med alla dessa andra valmöjligheter.
[86] Aningen märkligt är inledningens avslutande mening där det sägs att han redovisar ”hur olika normer ……. påverkar vad normerna kan leda till”. Om man tillämpar en norm för att lösa ett problem är det väl givet att normen påverkar problemlösningen?
[87] Martinson s. 407. Min kursivering.

argument och modeller för resonemang. Och det är för mig ytterst värdefull forskning av rättsvetenskaplig karaktär.[88]

En övergripande fundering kring 17–21 kap. är att man kan anse att det är frågan om en ”bakvänd” framställning. Det börjar med en undersökning av värdering av liden skada, det fortsätter med en undersökning som mynnar ut i att skadan aldrig kan bli annat än av begränsat slag, det fortsätter i sin tur med en forskningsfråga om det över huvud taget finns något utrymme för skada och slutligen med en undersökning om det finns samband mellan visst handlande (uppsägning av kredit) och viss effekt (konkurs) samt om det över huvud taget kan vara skadeståndsgrundande att säga upp en kontokredit. Detta ”bakvända” framställningssätt speglas väl i vad Martinson själv uttrycker, nämligen följande.[89]

> Till det relevanta sammanhanget för resultatet hör att det beskrivna skadefallet är osannolikt. I de fall konkursrisken för ett bolag är betydande har en bank nämligen rättslig grund för att säga upp och spärra en kontokredit, se nästa kapitel 21. Någon avtalsvidrig uppsägning blir därför i princip inte aktuell och därmed inte heller frågan om vare sig skadestånd eller samband mellan handling och skada.[90]

21 kap. i sig innefattar forskningsfrågan om rådande ansvarsnormer (avtalet och skadeståndslagen) är användbara för att hantera komplexiteten vid uppsägning av en kontokredit. Resultatet — forskningsresultatet — är att så är fallet. Martinson är själv inne på att det är tveksamt om detta verkligen kan, med hans målbild, kvalificeras som ett forskningsresultat.[91] Jag förstår tveksamheten. Han konstaterar själv att normeringen har gällt länge, behandlats i förarbetena till 36 § avtalslagen, överlevt den s.k. bankkrisen under 1990-talet m.m. Trots att det är frågan om komplexa avvägningar som ska göras kan regleringen på mycket goda grunder sägas vara fast etablerad och i stor utsträckning tillämpbar på ett väl fungerande sätt.

Avslutande reflexioner

Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat — och totalt tjugo konkreta exempel på forskning kring bankjuridiska teman som illustrerar vad en resultatinriktning skulle kunna tillföra i förmögenhetsrätten. En lång undertitel, som jag inledningsvis sade att jag skulle återkomma till. Framställningen väcker en räcka övergripande frågor om vad juridik egentligen är, sade jag också.

Jag ska villigt erkänna att det har varit en utmaning att ta sig igenom boken. Men jag har gjort det och samtidigt fått tillfälle att ta del av en hel del annat rörande rättsvetenskap och rättsdogmatik. Jag har alltså gjort ett försök att sätta in framställningen i ett större rättsvetenskapligt perspektiv. Huruvida mitt försök är lyckosamt är nog i allra högsta grad tveksamt. Men det har varit oerhört givande — för mig. Frågan är om boken kan något större värde i ett vidare perspektiv och om andra läsare kan ha glädje av den utan att ge sig in på ett sådant ”vetenskapligt infogande”. Svaret — ett ja! — är redan givet. Jag vet inte om Claes Martinson blir besviken över att jag ger boken högsta beröm som en *rättsdogmatisk framställning* med tjugo

[88] Jfr Martinsons egna reflexioner s. 414 f.
[89] Martinson s. 417 och jfr s. 423.
[90] Det påminner om den gamla anekdoten om föredragningen i hovrätten där föredraganden efter ett par timmars föredragning förvånat i botten av akten finner en återkallelse av talan i målet.
[91] Martinson s. 444.

konkreta exempel. Jag vill ju inte göra honom besviken, men jag tar mig ändå för att utdela just ett sådant beröm.[92] Att jag sedan inte har haft förmågan att tillgodogöra mig bokens alla andra kvaliteter säger nog mer om mig än om författaren.

Mikael Mellqvist

[92] Jag vill också passa på att tacka honom för att han beredvilligt ställt föreläsningsmanus m.m. med anknytning till boken till mitt förfogande.