



UPPSALA
UNIVERSITET

Uppsala Faculty of Law
Working Paper 2021:3

Utdrag ur manus till:

Avtalets räckvidd II : Tredjemansavtalets topologi

Oskar Mossberg



Utdrag ur manus till: *Avtalets räckvidd II : Tredjemansavtalets topologi*

Abstract

Det följande är ett manusutdrag ur ett pågående projekt som ska utmynna i en monografi om tredjemansavtal. Utdraget publiceras här som artikel i Juridiska fakultetens *Working paper*-serie. Den följande texten hör alltså egentligen hemma i ett större sammanhang, där den åstadkommer saker i och för en bok. Den låter sig dock läsas också som ett fristående alster, med de reservationer som följer av den särskilda formen. Föremål för behandling är ett rättsvetenskapligt tema av visst allmänintresse, nämligen ”den historiska begreppsjurisprudensen” och dess relation till ”den konstruktiva riktningen” som hade sina glansdagar under andra hälften av 1800-talet. Inom ramen för denna riktning utvecklade sig väsentliga delar av det som skulle komma att bli den moderna tredjemansavtalsfiguren. Texten i det följande förbereder ett antal avsnitt om denna utveckling och alltså om tredjemansavtalets historia under 1800-talet. Förberedelsen får formen av ett försök att förhålla mig konstruktivt kritiskt till den gängse nutida civilrättsinterna historieskrivningen, samt att problematisera den moderna bilden av den aktuella rättshistoriska perioden och arvet efter densamma. Texten ska ventileras inom ramen för Juridiska fakultetens Högre seminarium i rättslig hermeneutik i juni 2021. Då erbjuds även ytterligare kontext.

Maj 2021
Oskar Mossberg

8.3 Något om tredjemansavtalets historia

”Att principen om det berättigande tredjemansavtalets befogenhet skall – också utan stöd av nytilkomna positiva rättssatser – med tiden fullständigt bryta igenom i den allmänna rättsuppfattningen i Sverige, därom kan intet tvivel råda.”

Vilhelm Lundstedt, 1918¹

[...]

8.3.4 Mer modern historia: Till frågan om tredjemansavtalets konstruktion

”Nära nog alla de moderna tvistefrågorna, har sitt ursprung i den sekelgamla striden om rättsinstitutet [tredjemansavtal] alls ska erkännas, och om hur dess rättsliga konstruktion i så fall ska gestaltas.”

Walter Bayer²

8.3.4.1 Inledande ord

Inledningsvis i det här kapitlet nämndes att en av huvudpunkterna i tredjemansavtalets historia var den vändpunkt där man började tillerkänna tredjemansavtal rättsverkningar. Att omtala det som en vändpunkt innebär dock egentligen en missvisande metaforik; snarare än om en punkt, rör det sig nämligen om en process: En utdragen omsvängning genom vilken opinionen under en period långsamt vände, från avvisande till, om inte

¹ Lundstedt, Anm av Palme, Staten och försäkringsväsendet, SvJT 1918 s 28 ff, på s 32.

² Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter s 4, i min halvfria översättning. (”Nahezu alle Streitfragen, die Gegenstand der modernen sind, haben ihren Ursprung in der über Jahrhunderte geführten Kontroverse um die Anerkennung des Rechtsinstituts [der Vertrag zugunsten Dritter] und seine rechtskonstruktive Ausgestaltung.”)

bejakande, så åtminstone accepterade. Med tiden kom det så att bli förenligt med *opinio juris* att tredjemansavtal kunde medges verkningar. Först mellan parterna, och sedan även i förhållande till tredjemannen, som till slut också kunde tillåtas att själv utkräva sin rätt, i och med det definitiva erkännandet av det egentliga, självständigt berättigande tredjemansavtalet.³

Det är den gängse versionen av historien. Det har vi dock redan varit inne på, i någon utsträckning. Vad vi nu ska göra är att fördjupa oss mer i en viktig del av den period under vilken den omtalade vändningen skedde, och i hur det gick till. Detta ska vi göra genom att i all kärnfullhet gestalta *några viktiga steg mot den nutida tredjemansavtalsläran*. Det rör sig ingalunda om de första stappande stegen – vi tar här sikte på 1800-talet, och utvecklingen hade redan då varit i gång sedan länge.⁴ Även om det inte var de första, så var det dock några av de steg som tjänade till att få upp farten. I några viktiga kliv kom nu nämligen rättsvetenskapen att navigera över tredjemansrättens försåtliga mark, genom att hålla sig i obligationsrättens befintliga stöttepelare och längs vägen trampa över topiker vilka vi ännu kan känna igen, i vad som utgjorde en serie försök att *finna en stabil grund för tredjemannens rätt*.⁵

Det rörde sig om en tid då den i sin enkelhet tilltalande möjligheten att säga att tredjeman fick sin rätt ”genom tredjemansavtal” helt enkelt inte fanns, eftersom denna rättsfigur inte erkändes, som sådan. Istället föresatte sig alltså rättsvetarna att bygga på sina då tillgängliga rättsliga topiker, i form av befintliga källor och läror, samt de regler, principer och figurer som faktiskt var erkända.⁶ Med hjälp av dessa försökte man *framkonstruera en teoretisk förklaring till tredjemannens rätt*, i form av ett svar på den teoretiska frågan om hur en person kunde vinna rätt ur andras avtal. Därigenom ville man alltså grundlägga en ny figur, eller annorlunda uttryckt konstruera en hållbar grund på vilken tredjemansavtalsfiguren kunde stå. För att accepteras måste dock en sådan ’förklaring’ gå ihop med ’systemet’. Därmed krävdes det att förklaringen respekterade den befintliga rätten, och inte minst dess

³ Om terminologin, jfr 8.2 ovan.

⁴ För en kärnfull och relativt lättillgänglig översikt över tredjemansavtalets historia, se Hallebeek & Dondorp, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, ssk kap 1–3. Se även Zimmermann, *The Law of Obligations* s 41 ff.

⁵ Sättet att tänka illustreras av Lundstedt, *Aftal ang prestation till tredjeman* s vii, apropå att skilja mellan å ena sidan *avtal om prestation till tredjeman* och å andra sidan betalning av tredjemans skuld, eller med hans term de s k *liberatoriska avtalen till förmån för tredjeman*. Vid de senare utlovas ej någon prestation till tredjeman, varför: ”ej samma rättsliga konstruktion för båda de sistnämnda aftalsformerna skall anses såsom gifven. Konstruktionen måste ju i ena fallet förklara grunden till uppkomsten af en rätt för tredjeman och i andra fallet gifva svaret på spørsmålet, huru en person genom ett aftal med en annan kan förlora sin fordran mot en tredje.”

⁶ Jfr, om det argumentationsteoretiska fenomenet inertia, Bd 1 s 676 ff.

begrepp, vilka uppfattades rätteligen anvisa ramarna för den dåtida rättsdogmatiken, genom att såväl sätta dess gränser som medge dess möjligheter.

8.3.4.2 Den konstruktiva riktningen och ”begreppsjurisprudensen”

Innan vi går närmare in på själva förklaringsförsöken finns det dock skäl att besinna oss över ett teoretiskt problem i anslutning till konstruktionsförsökens utgångspunkter. Från vår moderna horisont måste nämligen det som utspelade sig under den aktuella perioden (riskera att) uppfattas som *begreppsjurisprudens*, och därmed som både problematiskt och passé. Det kan ses som lämningar från en svunnen tid och från *en skolbildning byggd på äldre tiders teoretiska, politiska och vetenskapliga ideal*, vilka numer alltså vore överspelade,⁷ inte minst då den aktuella resonemangsstilen ofta tänks vara såväl teoretiskt förfelad, som metodiskt förfelade.⁸

Nu för tiden är det nästan en floskel att ”begreppsjurisprudens” kommit att fungera nedsättande eller som ett skällsord.⁹ Det har upprepats,¹⁰ och

⁷ Se t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 135 ff, och vidare nedan. Om den tyska politiska kontexten under 1800-talet, se t ex Haferkamp, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, *The American Journal of Comparative Law* 2008 (vol 56) s 667 ff, ssk s 675 ff m hänv.

⁸ Se, igen, t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136, som paradigmiskt framhåller att det begreppsjuridiska ”[s]ystemet blev komplicerat och verklighetsfrämmande. Ur de på detta sätt konstruerade juridiska begreppen härleddes juridiska principer, vilka var hämtade mera från begrepps konstruktionernas egen värld än från verklighetens eller lagarnas.” I hans därpå följande meningar ligger för övrigt associationer till det vedertagna narrativet om tredjemansavtalets historia nära till hands, då hans skriver: ”Begreppsjurisprudensen gjorde bl a viljedogmat till en drivkraft för hela obligationsrätten. Det var då inte förvånande att resultaten inte tog någon hänsyn till de praktiska konsekvenserna.”

⁹ Se t ex Martinson, Ejendomsrettens övergång – Norden kontra verden, NJM 2011 (38:e mötet) s 826: ”skällsordet ’begreppsjurisprudens’”; Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf* s 176: ”’begreppsjurisprudens’ – detta var det skällsord [...]”; B Lehrberg, *Praktisk juridisk metod* 12 uppl s 242: ”Än idag ser man då och då att ordet ’begreppsjurisprudens’ används närmast som ett skällsord.”; Almkvist & Svensson, Orsakande, tillräknande och luftstrupstransplantationer, SvJT 2018 s 225 ff, på s 232 m not 18: ”[...] beskyllts för begreppsjurisprudens. Peczenik använder detta skällsord mot Hult i *Causes and Damages*, 1979 s. 52”, eller Bengtsson, Om civilrättens splittring, Fs Grönfors s 32: ”den förkättrade begreppsjurisprudensen – det fulaste av alla fula ord som en ung jurist från 1940- och 1950-talen kände till”.

¹⁰ Se t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 135, om att termen har ”en dålig klang” och att ”beteckningen är pejorativ”; Göranson, Traditionsprincipen s 21, 419: ”*Begreppsjurisprudens* är ett ord med dålig klang. I nutida svensk sakrättslitteratur används det allmänt pejorativt”; ett av Grönfors i SvJT 1963 s 733 delvis återgivet sakkunnigutlåtande, där det talas om ”ett förfaringsätt, som för övrigt kan ha tycke av begreppsjurisprudens i denna terms pejorativa mening.”; Gustafsson, Anm av Björne, Den konstruktiva riktningen, SvJT 2003 s 1140 ff, på s 1141: ”den nedsättande termen ’begreppsjurisprudens’ [...] en senare tids pejorativa karakteristik.”; eller, med en positiv yttring, Karlgren, Den allmänna skadeståndsläran, SvJT 1938 s 353 ff, på s 354: ”Som bekant är Ussing i sitt författarskap kemiskt fri från all begreppsjurisprudens och konstruktionsjuridik, i det han uteslutande anlägger av »intresseavvägning» dikterade synpunkter. Detta är naturligtvis förträff-

man har varnat mot dess faror,¹¹ för att sedan åter ge, eller åtminstone återge, anatemat –¹² igen,¹³ och igen –¹⁴ och det har helt nyligen sagts att begrepps-jurisprudens är ”[d]et mest pejorativa uttrycket i modern nordisk förmögenhetsrätt”.¹⁵ Givet denna förkastelsekonvention är det logiskt att uttrycket länge kommit att fylla funktionen av ett argument att anföra främst, eller endast, refutationsvis,¹⁶ om sådant som därmedelst utpekats som förkastligt, och som betingat av *en tankestil vilken vi borde lagt bakom oss*.¹⁷ Intrycket av att

ligt.”

¹¹ Se t ex Welamson & Mellqvist, Konkurs 10 uppl s 73: ”Det är av största vikt att man inte förfaller till begreppsjurisprudens”; Möller, Konkurs och kontrakt s 616, som markerar mot att kliva ”över i begreppsjurisprudensens värld”; Thorell, Redovisningsreglernas rättsliga ställning, JT 2007/08 s 81 ff, på s 94 som avfärdar något med att fastslå att det är: ”en fråga om begreppsjurisprudens utan reellt innehåll”; J Andersson, ABL och lagrådet, del II, JT 2004/05 s 923 ff, på s 927: ”Lagrådets andra invändning [...] är begreppsjurisprudens av tidigt 1900-tals snitt och därför lika med nonsens.”, eller Lindskog, Högsta domstolen och den kommersiella rätt, JT 2002/03 s 68 ff, som på s 76 talar ”om återfall till den förkättrade begreppsjurisprudensen.”

¹² Se t ex Karlgren, Prestation och ’fara’ i köprätten s 17, om att en viss fråga verkar ”onödi[g] eller åtminstone ’teoretis[k]’ i överkant” samt att ”frågeställningen kan fresta till begreppsjurisprudens”; Bergström, Om begreppet äganderätt i fastighetsrätten, SvJT 1956 s 145 ff, på s 159, om att ett ”tankschema luktar begreppsjurisprudens”, och därför kunde beskyllas för att inte vara ”fullt legitim[t]”; eller Simon-Almendal, Civilrättens betydelse för skatterättsliga bedömningar, och tvärtom. Eller vad är karta, vad är verklighet?, JT 2012/13 s 598 ff, på s 617 m not 78: ”Begrepps-jurisprudensen har fått en stämpel som beteckning för sakligt opraktiska och verklighetsfrämmande kvasilogiska resonemang, baserade på en artificiell begrepsbildning”.

¹³ Se t ex Sundberg, Fr Eddan t Ekelöf, företalet: ” ’begreppsjurisprudens’ är något fult, det vet varje student i dag”; J Samuelsson, Tolkning och utfyllning, som på s 283 talar om ”den gamla trötta kritiken av ’begreppsjurisprudensen’ ”, eller Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 176 som konstaterar att: ”substantialism” ibland ansetts vara ”lika illa som begreppsjurisprudens!”

¹⁴ Se t ex Mellqvist, Anm av Keller, Konkurs och process, SvJT 2021 s 138: ”På Juridicum fick man som student tidigt lära sig att ’begreppsjurisprudens’ var något fult och förkastligt.” (se även i not 236 och 260 nedan); Söderlund, Konkursrätten s 121: ”Visst är begreppsjuridik förkastligt, när sådan verkligen föreligger.”, eller Kleinemans lärobokskapitel Rättsdogmatisk metod, i Nääv & Zamboni (red), Juridisk metodlära s 43, där ett avsnitt får bära rubriken ”Begreppsjurisprudens och andra riskbeteenden inom rättsdogmatiken”.

¹⁵ Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142.

¹⁶ Jfr, om refutatio, Bd 1 s 140, 206 f och 214.

¹⁷ Se t ex helt nyligen Keller, Konkurs och proces (2020) s 279 (varom vid not 253 ff nedan); eller, lite äldre, Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s 13: ”[Begrepps-jurisprudensen] har ju åtminstone här i landet utsatts för så mycken kritik att den förefaller att vara på avskrivning.”; Lindblom, Om utmätning av egen ko s 589: ”De argument som kan anföras [...] är begreppsjuridiskt färgade och uttryck för en i doktrinen sedan länge övergiven syn på [saken]”. Jfr även J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 289 som ironiskt återger en modern fördom: ”Begrepps-jurisprudensen – det som Undén och hans samtida befriade oss från.”, eller E Svensson, Gärningsmannaskap vid fleras deltagande vid brott s 187 där ordet används i anslutning till en beskrivning av 1900-talskritiken av 1800-talsstraffrätten: ”den allmänna straffrättsideologiska tendensen från 1800-talets slut och närmare 100 år framåt var att distinktioner och dogmatiska konstruktioner, som tidigare hade haft stor betydelse, upplöstes och avfärdades som föråldrad begrepps-jurisprudens.” Några konkreta kritikexempel där uttrycket förekommer som en trop, eller självständig topik, finns hos Håstad, Sakrätt avseende lös egendom 6 uppl s 209; Heidbrink, Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet: ett förvaltningsrättsligt avtal, JT s 101 ff, på s 116: ”förtjänar detta krystade resonemang ingen annan beskrivning än dålig begreppsjurisprudens.”; Sandstedt, Evig

så är fallet stärks också av att ”antibegreppsjurisprudenstopiken” ofta impliceras i samband med att någon förekommer en förväntad invändning, genom att anticipatoriskt klargöra att någon viss position faktiskt inte utgör ’något återfall i begreppsjurisprudensiska tankemönster’.¹⁸

”Begreppsjurisprudens” har också redan från start varit ett öknamn. Såvitt känt var det den celebre Rudolf von Jhering (1818–1892) som blev uttryckets upphovsman.¹⁹ Han lär ha använt det första gången 1884, i sin vittberömda ”Im juristischen Begriffshimmel. Ein phantasiebild” – en satirisk svada till artikel, där termen används förkänande om *den konstruktiva riktningen*.²⁰ Den senare beteckningen är den gängse, mindre nedsättande, benämningen på den skolbildning, eller rättsvetenskapliga tankestil,²¹ som i

dold äganderätt?, JT 2014/15 s 429 ff, på s 430 f och 434 m not 29: ”Att avgöra frågan endast med hjälp av en begreppsanalys vore närmast att se som en renässans för begreppsjurisprudensen och det skulle givetvis stöta på kritik.” Jfr även exemplen i not 11 ovan.

¹⁸ Dylka förekommanden kallas ibland för *anticipatio* (eller *prolepsis*, med en grekisk term, eller andra gånger *praemunitio*, *praeparatio* eller *praesumptio*) och har av Quintilianus beskrivits som ”a wonderfully powerful weapon” (Institutio Oratoria 9.2.16, cit från Russells översättning *The Orator’s Education* : Books 9–10 s 43). För konkreta exempel på det drag som beskrivs i brödtexten, se Strömgren, Tillbehör och accession s 271 (”En [viss tänkbar] ordning behöver inte innebära något återfall i impopulär begreppsjurisprudens.”); Munukka, Avkastnings- och dröjsmålsränta vid avtals ogiltighet, JT 2008/09 s 887, på s 901: ”Även om detta vid första anblicken kan ha en anstrykning av begreppsjurisprudens eller låsning till det allmänspråkliga uttryckets innebörd, är resonemanget inte innehållslöst.”, eller Bellander, Rättegångskostnader s 101: ”Vad händer då om man avviker från det realistiska synsättet alltför mycket? Den instinktiva reaktionen kanske är att rätten då riskerar att kastas tillbaka till ett stadium av metafysik, naturrättsligt tänkande eller formalistisk begreppsjurisprudens som Lundstedt, Ekelöf m fl målade upp som resultatet av den rättighetssyn som präglade rättsvetenskapen under den första halvan av 1900-talet. Men, [den instinktiva reaktionen kan problematiseras]”. Se även t ex Keller, Konkurs och process s 170, m hänv t Welamson, Konkurs 7 uppl s 62; Beckman, Rättssubjektivitetens början och slut, några reflexioner, SvJT 1975 s 546 ff, på s 549; Sandstedt, Indragning av bostad eller egendom, HD:s pleniavgöranden och EMK: om pragmatism och formalism, JT 2016/17 s 382 ff, på s 391; Heidbrink, Omhändertagande av annans egendom – ett avtalsgrundande rättsfaktum?, SvJT 2008 s 57 ff, på s 58 och 84; Bergström i not 12 ovan a st, och Söderlund i not 13 ovan a st. Jfr även Schytzer, i not 13 a st.

¹⁹ Den i nästa mening nämnda artikeln finns intagen i von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Se t ex Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 336 och vidare i det följande. Se på svenska senast Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142 m hänv. Jfr även Bd 1 s 292 ff.

²⁰ Se noten ovan och jfr numer t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136: ”’Konstruktiv juridik’ utgör närmast en annan term för begreppsjurisprudens.”; Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen : Med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige, SvJT 2002 s 243 ff, på s 247: ”man i nordisk litteratur talade om en konstruktiv metod redan under 1800-talet, och då på ett sätt som hade inslag av begreppsjurisprudens.”; Sundberg, Anm av Peczenik, Juridikens metodproblem, SvJT 1975 s 535 ff, på s 536: ”den konstruktiva metoden, som den nordiska varianten av begreppsjurisprudens kallades”; eller Peterson, Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen, JT 2003/04 s 574: ”En rättsvetenskaplig riktning, som oftast går under beteckningen begreppsjurisprudens eller den konstruktiva jurisprudensten”, samt Björne, Den konstruktiva riktningen s 208 (ff).

²¹ Se om begreppet tankestil Bd 1 s 162 ff.

Den historiska skolans efterföljd operationaliserade en så kallad ”konstruktiv metod”, vars närmare innebörd ska beröras mer ingående nedan.²²

Först ska vi dock beröra *ett par problem med den gängse kritiken mot ”begrepps-jurisprudensen”*. Det är dessa problem vi här ska besinna oss över. Som förevrande författare ser på saken finns det nämligen två huvudsakliga sådana, som båda är ägnade att påverka kritikens trovärdighet. Vi börjar med det första problemet, som är av historiografisk karaktär, och återkommer sedan till det andra nedan, i anslutning till frågan om den konstruktiva metodens närmare innebörd.

Det första problemet är kort sagt att *kritiken går tillbaka på en historisk halmgubbe*, i form av von Jherings av allt att döma avsiktliga vrångbild av sina meningsmotståndares uppfattningar och metodik.²³ Den antibegrepps-jurisprudensiska²⁴ traditionens givna standardkälla är nämligen just von Jherings nyss nämnda drapa: en underhållande elak artikel, som tidigt fick internationell spridning och som med tiden fått enormt inflytande,²⁵ särskilt då

²² Se om denna riktning i synnerhet Björne, Den konstruktiva riktningen, ssk s 208 ff. Se dock även Jägerskiöld, Den historiska skolan i Sverige, i Modéer (red), Den historiska skolan och Lund s 53 ff; Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 294 ff och Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 1 ff. Jfr även Gustafsson, Anm av Björne, Den konstruktiva riktningen, SvJT 2003 s 1140 ff; Tapani-Klami, Realister och rättskämpar: Jurister och rättsfilosofi i Sverige och Finland, TfR 1984 s 72 ff samt Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 5 ff. Jfr även Stang, Innledning til formueretten s 110 ff, 147 ff och 156 ff (med ytterligare bibliografi i not 65 på s 157); Hult, Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse s 140 ff, samt t ex Bellander, Rättegångskostnader s 41 ff och Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 141 ff.

²³ Se vidare nedan, m hänv i noterna 40 ff.

²⁴ På engelska har man talat om ’anti-conceptualism’ eller ’anti-formalism’ (se t ex Duxbury, Patterns of American Jurisprudence s 9 ff, t ex på s 10 f; jfr även Tuori, Ratio and voluntas s 105 ff, t ex s 114). Den terminologin tappar dock det svenska uttrycket (begrepps-jurisprudens) värdeledning, på ett sätt som tycks missvisande neutralt, varför uttrycket ”antikonceptualism” här väljs bort.

²⁵ Jfr, tidigt, t ex Hagerup, Til retsvidenskabens metode (först publ i TfR 1888), bl a s 30, 52, och Hagerup, Ihering – Windscheid (först publ i TfR 1893) s 58 ff, ssk s 67 ff. (Se vidare om Hagerup nedan.) von Jherings artikel ska ha inspirerat Cohen, till hans berömda Transcendental Nonsense And The Functional Approach, Columbia Law Review 1935 (vol 35) s 809 ff (jfr Goodrich, Satirical Legal Studies, Michigan Law Review 2004 (vol 103) s 397 ff, på s 467) som sedan i sin tur lär ha inspirerat många realist (jfr Tuori, Ratio and voluntas s 114 f, och för mer hemnära exempel, Stang, Innledning til formueretten s 120, samt möjligen Thornstedt, SvJT 1953 s 116 och Thornstedt, Domaren och straffbudet, SvJT 1959 s 1 ff, på s 11). Det kan även noteras att Grönfors som ett led i sitt metodprogram fann det naturligt att göra ett stort nummer av von Jherings artikel, se Grönfors, Ändamål och funktion, JT 1999–2000 s 523 ff, på s 526 ff (varom not 32 nedan). Jfr även Björne, Den konstruktiva riktningen s 209; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136; Garde, Anm av Andreassen: Forbrytelser mot kreditorene. Straffeloven §§ 281, 284 og 285, TfR 2001 s 906 ff, på s 909. Ännu på senaste tid har det också framstått som rimligt att förhålla sig till von Jherings artikel, se t ex Bd 1 not 1071; Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 145, eller Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142 f, bl a: ”Jhering framställs vanligen som den som övervann begrepps-jurisprudens genom att grundlägga en rättsvetenskap som fokuserar på rättens ’Zweck’, alltså de ändamål och intresse-motsättningar som finns bakom de enskilda rättsreglerna.”

den historia som där skrivs kommit att få ett slags retroaktiv verkan,²⁶ och länge fått (om)definiera historien.²⁷ I allt väsentligt innebär dock artikeln en satirisering av vissa väl valda överdrifter ur den diskurs som kan samlas under den konstruktiva etiketten.²⁸ Artikeln publicerades också samtidigt som den dåmera medvetet modernistiske von Jhering själv kommit att inta en ledande roll i utvecklingen av nya rättsdogmatiska paradigmer (ändamålsorientering, intressejurisprudens).²⁹ Förmodligen var han också väl medveten om sitt agerandes retoriska dimensioner, när han tog i från tårna, för att uppnå vissa komiska effekter,³⁰ och i förlängningen verka för sitt nya paradigms genomslag.

Att falskeligen falsifiera sina föregångare är förstas ett såväl klassiskt som effektivt sätt att argumentera – lika tidlöst som intellektuellt ohederligt –³¹

²⁶ Jfr Nietzsche, Den glada vetenskapen § 34 (s 57): ”*Historia abscondita*. – Varje stor människa har en retroaktiv kraft: all historia läggs för hennes skull på nytt i vågskålen, och tusen hemligheter ur det förgångna kryper fram ur sina gömställen och ut i hennes sol. Det går inte att förutse vad allt som en gångs kommer att bli historia. Det förgångna är kanske väsentligen oupptäckt! Behovet av retroaktiva krafter är ännu oerhört stort!”

²⁷ Jfr, ang uppfunna traditioner (invented traditions) Bd 1 s 483. Jfr även Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 46 ff, om hur bilden av Puchta svängde under 1860–1880. (Se inte minst s 57 ff ang von Jherings inflytande.)

²⁸ Se närmare om artikeln Bd 1 not 1071, och jfr i not 33 nedan.

²⁹ Se därom t ex Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6 uppl s 43 ff; Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 337, 400 ff, ssk s 402 ff; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 82 ff eller Wieacker, A History of Private Law in Europe s 355 ff, 453 f, 456 och 460. Jfr även Stang, Innledning til formueretten s 118 ff; Strömholm, Rätt, rättskällor och rätts-tillämpning 4 uppl s 403 ff; Almqvist-citatet i not 25 ovan; Grönfors, Ändamål och funktion, JT 1999/00 s 523 ff, ssk s 527 (varom not 32 nedan). För Hagerups hållning, se Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 35 ff. (TLDR: Han är rätt avvaktande till von Jherings senare verk, särskilt vad gäller Zweck-köret.)

³⁰ Se Jhering, Im juristischen Begriffshimmel, passim. Charlotte L Levy anger också dess stora underhållningsvärde som ett skäl till att hon översatt artikeln till engelska. I ingressen till översättningen (von Jhering, In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy, Temple Law Quarterly 1985 (vol 58) s 799 ff) sägs avslutningsvis att: ”Unlike Holmes and most other common law lawyers, however, Jhering was able to use humor effectively to make his points. Nothing in the literature of the common law equals the pure fun of In the Heaven for Legal Concepts. In the pages that follow the reader will be exposed to such artful creations as a hair-splitting machine, a greased pole of difficult legal problems and a dialectic drilling machine used to get to the bottom of difficult questions. With such entertainment ahead, I join the Editors of the Temple Law Quarterly in their belief that the reader will enjoy this little masterpiece.”

³¹ Jfr t ex om den gamle Platons angrepp på sofisterna, Rosengren, Psychagogia 2 uppl s 22 ff. von Jhering utnyttjar sig i ganska stor utsträckning av *tre kända strawmanstrategier*. För det första *överdriver* han (in absurdum), och för det andra *översimplifierar* han, för att sedan attackera det överdrivna och enkla. För det tredje *generaliserar* han, genom att fokusera på en viss försvarare av en position (någon enskild författare) men ändå gestalta denne som ett slags ”Försvaren”, i allmänhet, på ett sätt som ger sken av att alla som intar ”samma” position vederlagts – trots att andra inte alls nödvändigtvis intagit samma position som Försvaren, eller skrivit under på dennas argument, sådana anfallaren återger dem, i förenklad och/eller överdriven form. Jfr även i not 190 nedan.

och von Jherings argumentering blev som vi vet framgångsrik.³² Genom sin framställning får han dock sägas göra den konstruktiva riktningen orättvisa ... om man nu skulle läsa hans artikel som en seriöst menad karaktärisering av riktningen – vilket artikeln väl dock aldrig kan ha varit avsedd som; den parodiserande satiren är inte direkt otydlig.³³ (Därmed vore det möjligen rimligare att påpeka von Jherings eftersägares intellektuella ohederlighet,³⁴ än att beslå honom själv med det. Det är dock, kan man få för sig, som om momentet av parodi kommit att försvinna med tiden, trots att intrycket av humor bestått, samt att man då kommit att ta själva den alltså traderade karaktäriseringen på allvar och internaliserat den som doxa.)³⁵

³² För egen del tilltalas jag av symbolvärdet i Grönfors, Ändamål och funktion, JT 1999/00 s 523 ff, där han skriver om ”Ändamålsanalysens början hos Ihering” (s 526 ff). (Jfr även Sandstedt, Om avtalsrättslig ogiltighet, sakrättsliga anspråk, preskription och hävd, JT 2003/04 s 376 ff, som på s 386 tycks benägen att dela min uppfattning.) Grönfors anser ändamålsanalysen vara ”den generellt mest användbara” lagtolkningsläran (s 527), och spårar den moderna teleologin från von Jhering, över Seve Ljungman och Per Olof Ekelöf, samt Jan Hellner, Bert Lehrberg och Jan Kleineman, till Håkan Andersson, och hans ungefär samtida produktion. Genesis, för den moderna teleologins genealogi, skulle alltså finnas hos von Jhering, vilken framhålls som ”[d]e teleologiska metodernas ledande talesman”, och den som fick oss att bryta med tidigare skolbildningar, s 527 ff; på s 528 framgår dock i not 3 att Grönfors är medveten om att man, om man vill, skulle kunna spåra teleologins ursprung till antikens Grekland (retorikern Lysias nämns), men det gör han ingen sak av, och centrumställer istället tämligen eftertryckligt von Jhering, på ett hyfsat hyllande sätt. (Klart mer hyllande än det sätt på vilket von Jhering behandlas av t ex den tyske rättshistorikern Wieacker i hans (av Tony Weir översatta) *A History of Private Law in Europe*, se t ex s 355 ff, 447.)

³³ En lovande ung författare erinrade nyligen om von Jherings ande, genom att först, ganska ingående, summera artikeln och sedan i rekapulerande anda sammanfattningsvis anföra att: ”... och sådär håller det på – begreppsjuristerna har rent fysiskt en avvikelse i hjärnan och tvingas använda diverse bisarra verktyg för att uträtta sitt värv: att konstruera ett totalt opraktiskt och livsfrämmande system. I slutändan ledsnar [protagonisten i Jherings berättelse] och bestämmer sig för att inte ens försöka genomföra [det] tes[t man måste passera för att bli kvar i Begreppshimlen], och vill istället bli förd till Praktikernas himmel, vilket jaget också blir, och väl där återupptäcker njutningen av solsken och av att andas atmosfärisk luft, samt översköls av extatisk lycka över att återigen få komma i kontakt med liv.”

³⁴ Det gjorde följande Hagerup, Ihering – Windscheid s 68 f: ”Det er en erfaring, som alltid gjentager sig, at store aander, der aabner forskningen nye veie, særlig er udsatte for den skjæbne at misforstaaes og karrikerer af tanketomme eftersnakkere, der mener at vinde letkjøbte laurbær ved at prunke med «det nyeste for dagen». Ihering har været i høi grad udsat for dette skjæbne.” Hans verk ”lokkede om hans banner – som han selv beklagende udtrykker det – en mængde overfladiskhed, fadhed og andrigt «nichtssagerei». [...] Paa samma maade er der gaaet med den metodiske retning i den dogmatiske retsforskning, der er knyttet til Iherings navn. Ogsaa her har den overfladiske dilettantisme troet at kunne smykke sig med slagord, laante fran Ihering”, varpå Hagerup anknyter till ”Iherings bidende persiflage af «begrebshimmelsens» beboere”, kritiken mot ”«begrebsjurisprudents[en]»,” och von Jherings eget avståndstagande från de ”såpbubblor” som parasiterat på hans gärning.

³⁵ Jfr J Samuelssons beskrivning av hur det som nu lever kvar efter den s k ”rättighetsdebatten” främst är blott ett minne, av något föga smickrande som förut varit, men som man numer har svårt att skönja annat än vaga konturer av, och då endast genom en av den segrande ideologin färgad lins, J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s 295. Jfr även Ricouer, *Minne, historia, glömska* s 606 ff.

Åtminstone i den mån kritiken har sin historiska rot gemensam med den termhistoriska – och att konstruktionskritiker ofta anslutit till von Jherings kritikpunkter talar för att se sådana gemensamma rötter –³⁶ så *bygger kritiken på ett antal historiska antaganden som tycks felaktiga*, såtillvida att de som attackerades faktiskt aldrig försvarat den position som angreps.³⁷ Att det är något lurrt med kritiken kunde man också nästan börja ana redan i anledning av dess dramatiska kraft. Ibland har det ju rört sig om särdeles livliga idiotförklaringar av 1800-talets konstruktiva jurister,³⁸ och, om det nu vore så idiotiskt, så kunde det väl räcka med att visa det? Inte minst då sådan argumentation också vore mer giltig, i Perelmansk mening, och mer hederlig, än att med högt tonläge fortsätta framföra den idiotiska gestalningen. (Kunde man tycka.) Som antytts genljuder också den tonen, ibland än idag.³⁹

Historieskrivningens tveksamma karaktär har i varje fall börjat uppmärksammas och kritiserats alltmer i den rättshistoriska forskningen.⁴⁰ Särskilt i den tyskspråkiga sådana, där det kommit att börja likna kutym att sätta distanserande citattecken runt ”Begriffsjurisprudenz”, eller låta ordet föregås av ett skeptiskt ”die sogenannte” (”den så kallade”) eller någon liknande distanseringsmarkör.⁴¹ Inte minst den inflytelserike rättshistorikern Hans-

³⁶ Jfr i och vid noterna 84 ff nedan.

³⁷ För referenser, se ssk i anslutning till Haferkamp och Meder i det följande.

³⁸ Jfr t ex Björne, Den konstruktiva riktningen s 213, som bl a noterar att: ”Den sakligt berättigade kritiken har ofta dolts av tillspetsade yttranden och billiga skämt; redan Jhering själv slog an tonen, då han påstod att begreppsjurisprudensen var som ett sinnrikt urverk, som dock aldrig ens varit avsett att fungera, och att man för lösandet av praktiska problem endast behövde glömma alla teoretiska lärdomar. [...] Kritiken [...] fick åtminstone i Tyskland tidvis hysteriska drag, som då advokaten och anhängaren av frirättsskolan Ernst Fuchs [...] betecknade riktningen som en med kverulantsjuka besläktad, psykopatisk företeelse.” Jfr även den inte överdrivet nyanserade Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 295 ff, som bl a framhåller Fuchs kritik med gillande (se s 297, 300, och notera att Castbergs egen kritik väsentligen bygger på Philip Heck och Fuchs, varav särskilt den senare alltså var en de mer koleriska konstruktionskritikerna).

³⁹ Se t ex en del av citaten i noterna 9 ff ovan.

⁴⁰ Se i noterna nedan, och jfr J Samuelssons trendspaning i Hermeneutik, i Nääv & Zamboni, Juridisk metodlära s 395, där trenden knyts till den bredare scientistiska rörelsens avmattning: ”[...] på många fronter är det först under senare tid som kraften ebbat ut så pass att blivit möjligt att nyfiket återvända till det som man då gjorde uppror mot och, faktiskt, ville förgöra. Hegelstudiet har upplevt en renässans, vilket är ett talande exempel, för Hegel var länge den store Satan (för 1900-talsikoner som Russell och Popper; även Ekelöf markerade mot Hegel, det hörde liksom till.) I Tyskland har vetenskapen återupptäckt Kants tredje kritik, som ansetts vara den minst intressanta eftersom vetenskapen ’motbevisat’ den. Juristerna börjar på allvar intressera sig för Nietzsche igen. Och Savigny, Windscheid, ja, t.o.m. Puchta – dvs. den förhatliga ’begreppsjurisprudensens’ stora namn – börjar man nu kunna ta sig an *med förestäelse*.[*]”, kurs i original, noter utslutna; märk dock att det vid * finns en not till den av just Stephan Meder (se vid och i not 58 nedan) redigerade antologin Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft. Jfr även om Haferkamps mening i not 43 nedan. För ett svenskt exempel på den omtalade nyfikenheten, se Bellander, Rättegångskostnader s 41 ff, s 100 ff, vars ingång f ö är delvis parallell med min egen.

⁴¹ Se om Haferkamp och Meder nedan, samt t ex Rückert, Der Geist des Rechts in Jherings »Geist«

Peter Haferkamp har undersökt vilket historiskt underlag det egentligen finns, för att det faktiskt funnits ett historiskt fenomen förenligt med de moderna föreställningarna om ”begreppsjurisprudensen”. I sin hyllade habilitationsskrift *Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«*,⁴² underställer han det tillgängliga historiska källmaterialet en grundlig granskning – som titeln ger vid handen är det särskilt den tidvis nästan demonförklarade Puchtas produktion som granskas – varvid Haferkamp blir benägen att *avfärda föreställningen om en historisk begreppsjurisprudens som rent felaktig*.⁴³

Haferkamp tar avstamp i ett antal idealtypiska samtida beskrivningar av den äldre rättsvetenskapens former, med särskilt fokus på vad som i standardkällorna brukat anföras angående begreppsjurisprudensen.⁴⁴ Densamma knyts normalt särskilt starkt till just Puchta,⁴⁵ vilken von Jhering karikerade som ’begreppshimlens förste invånare’ och som alltså ansetts som ”den förhatliga ’begreppsjurisprudensens’ stora namn”.⁴⁶ Haferkamp fokuserar på Puchta och dennes rättsvetenskapliga gärning, och jämför med de brukliga beskrivningarna av begreppsjurisprudensen. Därigenom kan han problematisera beskrivningarna, genom att först iterera och systematiskt granska den kritik som brukat riktas mot Puchta (att han var del av en ”mumiekult”;⁴⁷ att han arbetade med en ”begrepps-

und Jherings »Zweck«, tiel 2, Rechtsgeschichte 2005 s 122 ff, ssk s 127 ff (som bl a talar om en ”polemischen Legenden vom Begriffsjuristen”). Ang distansmarkörerna (citattecknen/”den så kallade”), se t ex Haferkamps titel i brödtexten, eller Haferkamp, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?, i Depenheuer (red), Reinheit des Rechts : Kategorisches Prinzip oder regulative Idee? s 79 ff; Heidemann, Bernhard Windscheid und die „Begriffsjurisprudenz“. Die Pandektendogmatik im späten 19. Jahrhundert; Rückert, Ökonomische Wechsellagen in der sogenannten Begriffsjurisprudenz (där alltså redan titlarna gör poängen, som sedan utvecklas), eller hos Larenz, Methodenlehre des Rechtswissenschaft 6 uppl s 19 (ff).

⁴² Jfr Repgen, Anm av Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung 2007 (vol 124) s 572 ff, där boken ses som sista spiken i ”begreppsjurisprudensens” kista, och det som skulle få ’den gängse historieskrivningens beläte att slutligt falla från sin piedestal’.

⁴³ Se Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 443 ff, 470 f. Jfr även de i not 41 ovan a st, och se, bekvämt tillgängligt och med rika referenser, t ex Haferkamp, Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts, i Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, som finns öppet och direkt tillgänglig via: <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudenceof-concepts> (besökt 2021-05-06).

⁴⁴ Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 5 ff, utnyttjar främst beskrivningar hämtade från (tidiga upplagor av) Larenz, Methodenlehre (se Haferkamp, a a s 9 f), Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (se Haferkamp, a a s 10 f) och Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (se Haferkamp, a a s 11 ff).

⁴⁵ Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, passim, bl a s 5 ff och s 26 ff. Jfr ur svensk rättsvetenskap t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136: ”Med begreppsjurisprudens som en historiskt given metodlära brukar man förstå den lära som under förra delen av 1800-talet utbildades av i Tyskland av ett antal romanister, varav Georg Friedrich Puchta utpekades som den ledande.”

⁴⁶ Se hänv i noten ovan samt, ang von Jhering, Im juristischen Begriffshimmel, i Scherz und Ernst s 253. Jfr Bd 1 not 1071. Cit fr J Samuelsson, Hermeneutik, i Nääv & Zamboni (red), Juridisk metodlära s 395.

⁴⁷ Denna karaktärisering går tillbaka på von Jhering, se Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 39 ff, 110 f, och vid not 86 nedan.

pyramid”;⁴⁸ att hans teoretiserande var ”livsfrämmande”,⁴⁹ och ”formalistiskt”,⁵⁰ etcetera, och så vidare), och sedan visa att kritiken, trots att den kritiska udden gått djupt, och som medelst hullingar bitit sig fast, i realiteten är svår- eller oförenlig med Puchtas historiska gärning.⁵¹

Att föreställningen ändå är så spridd har att göra med att kritikerna av konstruktionsjuridiken länge fått skriva historien. Det är nog i sin tur, menar Haferkamp, i hög grad hänförligt till att *ett moderniseringstryck skapade incitament att distansera sig från äldre rätt*, för att kunna övervinna den.⁵² Senare författare, fortsätter han, har i regel också anammat von Jherings och hans eftersägares vrågbild, utan att själva undersöka primärkällorna – vilket är följdriktigt, då kritikernas narrativ verkade just distansskapande och därmed moderniseringsunderstödjande.⁵³ Det fanns därför sällan skäl att stanna upp och gräva ned sig i historien; man ville ju i regel framåt och uppåt, och kritiken banade väg för sådana framryckningar.⁵⁴ Haferkamp menar dock att *föreställningen om*

⁴⁸ Se Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 78 ff och jfr kring not 90 nedan.

⁴⁹ Jfr Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 103.

⁵⁰ Jfr Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 104 och 96 ff.

⁵¹ Se kanske främst Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 443 ff, och jfr i noterna häromkring.

⁵² Se tydligt t ex Haferkamp, Begriffsjurisprudenz/Jurisprudence of Concepts, Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, avsn II. Detta övervinnande nådde sin kulmen långt senare, och kunde leda till *en anda av emancipation och modernistisk optimism*. Ang liknande tendenser i nordisk rättsvetenskap, se Blandhol, Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs och Gunnar Astrup Hoels författarskap, TfR 2004 s 1 ff, ssk s 7 f. I Sverige har denna anda fångats i ett ofta citerat uttalande från Bengtsson, Om civilrättens splittring, Fs Grönfors s 31 f: ”Alldeles särskilt torde detta gälla för många av oss som på 1950-talet gav sig in på civilrättens område, fulla av den glada tillförsikten att man kunde åstadkomma från alla synpunkter tillfredsställande lösningar med ett tillräckligt skarpsinnigt ändamålsresonemang med sikte på olika typsituationer. Vår generation kände sig, i motsats till de föregående, helt fri från de band som begreppsjuridiken lagt på civilrätten. Man kunde äntligen föra en realistisk diskussion om lämpliga lösningar, och man räknade med att med hjälp av litet samhällelig ingenjörskonst det var möjligt att avskaffa åtskilliga föråldrade, socialt olyckliga regler. Hänvisningar till rättssystematiska synpunkter framstod inte så sällan som en misstänkt formalistisk argumentation, som undanskymde rationella hänsyn och ledde till olämpliga resultat i just den typsituation som diskuterades. Och de allmänna civilrättsliga principer som tidigare spelat så stor roll tycktes vara en onödigt och besvärande barlast som ofta utan större olägenheter kunde lämpas över bord.”

⁵³ Mot den fonden skulle man kunna se de meningsskiljaktigheter mellan den progressive Fredrik Stang och den konservative Francis Hagerup som beskrivs av Gagnér, Hagerups tidskrift, TfR 1999 s 327 ff, där det kan noteras att Gagnér, som var historiker, ganska klart tar ställning för Hagerup, och mot Stang. Angående modernismens betydelse och kopplingen till historiska skolan, se t ex den kärnfulla Rückert, Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law, Juridica International 2006 s 55 ff. Jfr även Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 40 ff, där det framgår hur motsättningarna kunde se ut från ena perspektivet.

⁵⁴ Haferkamp, Begriffsjurisprudenz / Jurisprudence of Concepts, under II: ”Furthermore, the fact that Begriffsjurisprudenz was treated as a *bête noire* [en svart best, dvs något hemskt] after 1871 illustrates the pressure for modernization weighing on the legal scholarship of the time, which was still working with ancient sources. The call for values, for taking into consideration the ’demands

”begreppsjurisprudensen” numer främst utgör ett hinder, mot att faktiskt förstå 1800-talskällorna.⁵⁵

Denna hans poäng har uppenbarligen betydelse också för de historiska källorna om tredjemansavtal, vilka, efter den tidige Lundstedts verk (och säkert delvis i anledning av den senare Lundstedts självkritiska revisioner), i stor utsträckning blivit ignorerade.⁵⁶

Det finns fler som delar Haferkamps uppfattning om att stödet är svagt för att det funnits en historisk begreppsjurisprudens.⁵⁷ Inte minst Savigny-experten Stephan Meder kan nämnas, då han problematiserat von Jherings kritik på ett sätt får den att framstå som närmast ohederlig.⁵⁸

Intressant nog mötte von Jhering redan tidigt motkritik i den nordiska rättsvetenskapliga diskursen. Det finns skäl att uppmärksamma detta. I nådens år 1887 – bara tre år efter att von Jhering lanserade begreppet begreppsjurisprudens och började verka för att de fördomar som nu är fast knutna därtill skulle få genomslag – höll nämligen norrmannen Francis Hagerup (1853–1921) en metodföreläsning, som i praktiken innebar *ett kraftfullt nordiskt försvarstal för den konstruktiva metoden*. Talet publicerades året därpå, som det första bidraget i öppningsnumret av *Tidskrift för Rättsvetenskap*.⁵⁹ TfR, som Hagerup själv var med om att grunda och som med tiden kommit att bli en av Nordens ledande juridiska tidskrifter.⁶⁰ I sin nya

of commerce’ and what was called ’proximity to life’ was an expression of anti-formal tendencies prevalent in most parts of the western world around 1900.”

⁵⁵ Se här till Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 443 ff, samt bl a s 463 och 470 f. Se även t ex i noten ovan a st.

⁵⁶ Jfr Bd 1 s 53 f, s 329 ff och se vidare 8.3.4.3 nedan.

⁵⁷ Se t ex Heidemann och Rückert i not 41 ovan a st:n samt om Meder i det följande. Jfr även Tilman, Anm av Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abtheilung 2007 (vol 124) s 573, som framhåller hur Haferkamps arbete bygger vidare på tidigare arbeten av Regina Ogorek, Joachim Rückert, Stefan Smid, Horst Heinrich Jakobs och Peter Landau samt, sist men ingalunda minst, den Gagnefbördige Sten Gagnér.

⁵⁸ Se t ex Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 336 f och 400 ff, ssk s 405 ff, med bibliografi på s 410 ff och Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, JuristenZeitung 2019 (vol 74) s 689 ff, ssk s 693 f och s 695 f.

⁵⁹ Se således Hagerup, Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs karakter, TfR 1888 s 1 ff; senare, med endast smärre ändringar opublicerad i samlingsverket Hagerup, Udvalgte mindre juridiske afhandlinger (1901), under titeln Til Retsvidenskabens metode, s 1 ff. Här hänvisas i regel till samlingsverket. Se där även Hagerup, Ihering – Windscheid, på s 58 ff (ursprungligen publicerad i TfR 1893). Närmare tre decennier senare utvecklade Hagerup sina tankar ytterligare och bemötte då även en del av den kritik som under tiden riktats mot den inledande metoduppsatsen, se således Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 16 ff (se s 19 not 4 för ytterligare bibliografi). Se, om metoduppsatsen, även Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 5 ff, ssk s 7 ff; Stang, Innledning til formueretten s 149 f, samt Dahlberg-Larsen, Et gensyn med en klassiker. Francis Hagerups «Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter», TfR 1987 s 4 ff; Björne, Den konstruktiva riktningen s 216 f, och jfr Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 137 f. Jfr även Gagnér, Hagerups tidskrift, TfR 1999 s 255 ff, på s 327 ff.

⁶⁰ Hagerup grundade nog inte en tidskrift för att ge ut sin egen installationsföreläsning, men sambandet är förstås lite lustigt. Se om tidskriftens historia specialnumret till hundraårsjubileet 1987. Där skriver bl a Stuevold Lassen & Aarbakke (Hundra år for nordisk rettsvitenskap, TfR 1987 s 1

publikation tog Hagerup som redaktör in en lätt bearbetad version av den föreläsning om rättsvetenskaplig metod han hållit vid tillträdet som professor vid universitetet i Kristiania (Oslo), där han var verksam till dess att han uppslukades av politiken.⁶¹

Hagerup förhöll sig alltså motkritiskt. Egentligen riktade han dock inte sin motkritiska udd mot någon tysk; åtminstone inte direkt, för, även om von Jhering och hans eftersägare var högljudda, så var de nog ändå relativt avlägsna. Snarare riktades motkritiken primärt mot mer hemnära stölbildare, och genom att här anknyta till Hagerups försvarstal kan vi därmed börja slå en *brygga över till den nordiska pragmatiska rättstraditionen* – en tradition som ännu är dominerande och vars bärare verkar predestinerade till aversion mot ”begreppsjurisprudensens” och ”dess formalismer”.

Som bakgrund till Hagerups framställning kan då noteras att man i Norden redan tidigt under 1800-talet hade förhållit sig rätt avvaktande till konstruktiv metod.⁶² Det gäller inte minst i dansk och norsk rätt, där man i den pragmatiska traditionen efter Anders Sandøe Ørsted (1778–1860) ansett det detaljorienterade begreppsliga finliret umbärligt.⁶³ Som en sin tids primus inter pares var också Ørsteds efterföljare, tillika Hagerups företrädare, den norske Anton Martin Schweigaard (1808–1870) kritisk mot begreppsliga formaliteter. Han hade tillträtt som lektor vid universitetet i Kristiania 1835, och snart blivit den självklart tongivande personen där.⁶⁴ Norsk rättsvetenskap mellan 1830–1870 har omtalats som ”Schweigaards tid”,⁶⁵ och han erkänns än idag som en av den nordiska pragmatiska traditionens självklara förgrundsgestalter.⁶⁶ Schweigaard var tämligen öppen med sin fientlighet mot konstruktionsjuridiken, vilken han såg som ett slags *överakademiskt och livsfrånvänt teoretiserande i en anda typisk för den tyska*

ff, på s 2) att, även om ”[d]et nye tidsskriftets omslag og titelblad anga at det ble redigert av en nordisk redaksjonskomité med seks likestilte medlemmer”, så var det ”fra første stund klart at tidsskriftets *redaktør* var Francis Hagerup”. Se även Gagnér, Hagerups tidsskrift, TfR 1999 s 255 ff (artikeln skulle ursprungligen ha influerat i hundraårshäftet).

⁶¹ Han blev bland annat statsminister, och spelade en roll för unionsupplösningen 1905, som han dock själv var kritisk till. Se om Hagerups levnadsbana Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 5 ff och Gagnér, Hagerups tidsskrift, TfR 1999 s 255 ff.

⁶² Se till det följande även Björne, Brytningstiden s 234 ff.

⁶³ Se om Ørsted t ex Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 147 ff; Björne, Brytningstiden s 31 ff och s 235, eller Stang, Innledning til formueretten s 138 ff. Jfr även Stang, Francis Hagerup s 6: ”[...] at retsvidenskapen kunde ha opgaver utenfor dem Schweigaard hadde sat sig, tænkte man sig ikke; at nogen kunde overgaa ham, var – i hvert fald i de flestes tanke – umulig.” Jfr även Almqvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 141 m hänv ang kopplingen mellan Ørsted och Jhering.

⁶⁴ Se om Schweigaard t ex Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 203 ff; Björne, Brytningstiden, här och där, bl a s 109 ff, ssk s 114 ff; Stang, Innledning til formueretten s 145 f, och Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 6 ff.

⁶⁵ Se Björne, Brytningstiden s 109. Jfr Gustafsson, Anm av Björne, Brytningstiden, SvJT 2000 s 986 ff, på s 989.

⁶⁶ Se t ex Blandhol, Nordisk rettspragmatisme, passim, ssk s 203 ff; Blandhol, Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse, TfR 2004 s 365 ff, bl a s 389; Blandhol, Nordisk rettspragmatisme – idehistorisk perspektiv, i Kleinman (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt s 25 ff, på s 28 ff; Frøberg, Rettskildefagets avveiningsmodell – kritikk og alternativer s 502 ff, på s 506. Jfr även för vidare kontext t ex Bryde Andersen, Nordisk formueret mellem pragmatisme og principfasthed s 49 ff, i den nyss nämnda antologin med Kleinman som redaktör, där även flera av de andra bidragen bidrar med ytterligare vidare kontext om den nordiska pragmatiska traditionen.

rättsvetenskapen som han hade så lite till övers för.⁶⁷ (Särskilt vände han sig emot den tyska rättsvetenskapens beroende av idealistisk filosofi.)⁶⁸

Hagerup ställer sig i sin föreläsning i uttrycklig opposition mot Schweigaard. Den förre inleder visserligen med att inta en skenbart hyllande hållning till den senare.⁶⁹ Som nämnts hade dock Schweigaard länge varit grand seigneur vid det universitet där Hagerup nu installerades, och de inledande hyllningsorden torde ha varit en retorisk nödvändighet för att inte omedelbart alienera publiken.⁷⁰ Efter sina inledande försök att fånga publikens välvilja (*captatio benevolentiae*) gled dock Hagerup snart över i en mer kritisk hållning,⁷¹ och hans kritik kom sedan att successivt stegras under föreläsningens gång.

Hagerup ser en viktig del av förklaringen till Schweigaards beryktade motvilja mot det tyska i att denne under en studieresa i sin ungdom hade förläst sig på tysk idealistisk filosofi (Hegel, Kant och Wolff nämns).⁷² Studierna fick

⁶⁷ Den givna referensen är Schweigaards kritiska *Betrægtninger over Retsvidenskabens nærværende Tilstand i Tyskland*, i (den äldre danska) JT 1834 (vol 23) s 292 ff. Se därtill Björne, *Brytningstiden* s 114 f. Se även Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, inte minst s 227 ff; Stang, Francis Hagerup, *TfR 1922* s 6 f, samt Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode* s 5 f (cit i not 72 nedan).

⁶⁸ Jfr Björne, *Brytningstiden* s 115, som bl a citerar ur Schweigaard, *Ungdomsarbejder* s 300: ”Den tyske filosofi har gjort meget Ondt, den har ført mange gode Aander vild; det er paa Tide at gjøre det af med den.” Artikeln publicerades ursprungligen på franska som *De le philosophie Allemande*, i tidskriften *La France Littéraire* 1835 (4:e årgången, 17:e bd) s 49–106, se där in fine. Se även Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme* s 203 ff, och jfr Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode* s 9. Jfr dock Meder, *Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus* s 689 ff, ssk s 693 f och s 695 f, där Meder vidgår att den som letar nog kan hitta likheter, men ändå betonar att det inte finns några bevis i källorna för att pandektisterna skulle ha skrivit under på någon regelrätt filosofisk idealism. (Påståendet lär bygga på hans mer ingående undersökningar i *Doppelte Körper im Recht*.)

⁶⁹ Se Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode* s 3, 5, 7 f.

⁷⁰ Jfr Stang, Francis Hagerup, *TfR 1922* s 7 och Björne, *Den konstruktiva riktningen* s 216. Hans förfarande följer möjligen den klassiska retorikens läror. Quintilianus, *Institutio oratoria* 4.1.3, 4.1.5, noterar allmänt om talets inledning (som bl a kan kallas *prooemium*) att ”ett *prooemium* [är] något som kan framföras inför domaren innan han satt sig in i fallet”, och antyder att inledningen bör hjälpa domaren att sätta sig in i fallet på ett sådant sätt att han blir mottaglig för vår mening.” Avsikten med inledningen är ju helt enkelt att förbereda åhörarna så att de visar oss större bevägenhet i de övriga delarna av talet. [...] vi åstadkommer detta framför allt på tre sätt – genom att göra dem välvilligt stämnda, uppmärksamma och påverkbara – [...] det är särskilt nödvändigt i inledningen, den som kan ge oss domarens öra så att vi sedan kan gå vidare.” (cit efter Ellenbergers svenska översättning, Quintilianus, *Den fulländade talaren* s 56).

⁷¹ I Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode*, börjar det vända i stort sett fr o m s 8.

⁷² Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode* s 5: ”Schweigaard foretog som fem og tyveaarig ung man en studiereise i Tyskland, og paa denne reise havde han, væsentlig vistnok under indtrykket af de Hegelske og Kantske filosofi og den Wolffske naturret, faaet en bestemt afsmag for hele den tyske aandsretning og en afgjort mistillid til den tyske videnskabeligheds produktive evne. Hans klare, nøgterne forstand stødtes tilbage af den av Wolff og Thomasius inspirerede jurisprudents, hvori han kun saa en usund tumlen med tomme begrebsabstraktioner og unyttige spidsfindige syllogismer, «hvored man saa langt fra at fremme forstaaelsen kun tjente til at fordunkle den naturlige opfatning af retsreglerne». Mod hele denne «ørkesløse syslen med upraktiske problemer[»] «uden noget reelt grundlag», mod «den scholastiske tankegang, at udviklingen vinder i grundighed derved, at man først pakker de almindeligste bestemmelser ind i en sætning og derpaa trækker dem ud igjen», – mod denne [...] rettede nu Schweigaard [...] en] med hvad han selv kalder «indignationens begeistring» skreven kritik, hvored han overhovedet mente at have afsagt fordømmelsedommen over hela den tyske rettsvidenskab i nutid og fremtid.” Jfr även Hagerup, a a s 9 och Björne, *Den konstruktiva riktningen* s 216 ff.

honom att ogilla hela ideriktningen, och hans ogillande tilläts snart att spilla över också på ”hele den tyske aandsretning”.⁷³ Schweigaard fick heller aldrig anledning att revidera sin germanofoba uppfattning.⁷⁴ Hans metodologiska skrifter var nämligen i huvudsak ungdomsverk, och då han senare kom att inrikta sig på (främst) process- och straffrätt,⁷⁵ fick han aldrig skäl att ex professo bekanta sig närmare med några av de stora – förmögenhetsrättsligt orienterade – konstruktiva jurister (”fremfor alle Savigny”) som hade kunnat få honom att omvärdera sin ståndpunkt, menar Hagerup.⁷⁶

För egen del var dock Hagerup påtagligt imponerad av den historiska skolan och dess metodprogram, som han tycks uppfatta som nära nog identiskt med det konstruktiva programmet.⁷⁷ Inte minst imponerades han av Savigny själv, men Hagerup håller även Windschied och von Jhering högt (särskilt den senares tidigare skrifter, och i synnerhet *Geist*).⁷⁸ Större delen av Hagerups föreläsning ägnas sedan åt att beskriva, förespråka och exemplifiera den historiska skolans metod (Hagerup tycks alltså inte strikt skilja den tidiga skolans metod från ”den senare konstruktiva metoden” på det sätt som senare blivit norm).⁷⁹ Dessa redogörelser blir hans egentliga försvar för metoden och därmed hans egentliga argument, för sin motkritiska hållning. Han beskriver metodiken ingående, och betraktar sin egen forskning som en operationalisering av det teoretiska arvet efter skolan.⁸⁰ Det är nog också på det hela taget *motiverat att framhålla Hagerup som en av den nordiska rättens främsta konstruktiva jurister*.⁸¹ (Låt vara att det inte direkt råder något överflöd på sådana.) Vi får snart skäl att återkomma till honom, när vi nedan, i anslutning till det andra problemet med den gängse kritiken mot ”begreppsjurisprudensen”, går närmare in på den metodik han beskriver.

⁷³ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 5.

⁷⁴ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 6.

⁷⁵ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 8. Efter att Schweigaard publicerat Den norske Handelsret 1841 kom han att koncentrera sig på kriminalrätt (med Commentar over den norske Criminallov I–II, 1844–1846) och processrätt (med Forelæsninger over den norske Proces I–III, 1844, och Den Norske Proces I–III, 1849–1858, med senare upplagor att följa). Därtill var han medlem i otaliga kommissioner och representant på stortinget 1842–1870. För överskådlig bio- och bibliografi samt v hänv, se Björne, Brytningstiden s 478.

⁷⁶ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 9 f.

⁷⁷ Hagerup gör alltså inte riktigt skillnad, på det sätt som numer är brukligt, mellan den tidiga historiska skolan, och den efterföljande konstruktiva riktningen. Jfr härom i not 120 nedan.

⁷⁸ Se Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 9 ff (bl a: ”Savigny, hvis [...] virksomhed fik en saa epokegørende betydning for ikke blot den tyske, men for hele den europæiske retsvidenskab. [...] Savignys betydning vilde overleve alle hans angriberes.”) och passim, samt Hagerup, Ihering – Windscheid, passim.

⁷⁹ Jfr i not 120 och vid not 158 nedan.

⁸⁰ Se Hagerup, Til retsvidenskabens metode, bl a s 9 ff, 18 ff, 26 ff (och egentligen större delen av artikeln). Jfr även i noten nedan.

⁸¹ Jfr Stang, Innledning til formueretten s 149 och Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 15: ”De anskuelser, Hagerup uttalte i sin tiltrædelseforelæsningen, blev han gennem hele sit liv tro. Det var den konstruktive retsvidenskab, han anvendte i al sin production, og han udviklet den til mesterskap.”, och s 36: ”Forsøker vi saa at kaste blikket tilbage over Hagerups retsvidenskabelige produktion, fører alle linjer ind til hans første grundlæggende avhandling [dvs installationsforelæsningen].” Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 16 ff, bekræfter att han vidhållit sin riktning. Där framgår dock att han tagit vissa intryck av rättsrealismen som sedan metodartikeln publicering 1888 hade vunnit mark, och hans teoretiska konsekvens och politiska konservativitet medförde alltså inte någon intellektuell orörlighet.

Det första problemet med den gängse kritiken och reflexmässiga aversionen mot 'begreppsjurisprudens' är alltså, om anglicismen kan tillåtas mig, att den framstår som i rättshistoriskt hänseende illa informerad. Den bygger på en inte bara bristfällig utan att döma av den rättshistoriska forskningen rent felaktig historieskrivning. En historieskrivning som har sitt ursprung i en av de konstruktiva juristernas mest tongivande meningsmotståndares polemik, och avsiktligt förrädiska karaktärisering av riktningen. Kort sagt, och med en endast mild överdrift, har man alltså *tagit till sig fiendens nidsbild, som vore den reellt representativ*, och sedan lagt densamma till grund för en lång mottradition med rättsideologiska förtecken – det vill säga en idétradition som främst utmärks av att den tar avstånd från något.⁸²

Så långt det första problemet. Nu närmar vi oss det andra. Till att börja med bör då noteras att det bristande historiska underlaget i sig är ägnat att påverka antibegreppsjurisprudensens trovärdighet. En sådan brist behöver dock inte, növärdigtvis, innebära att den kritiska impulsen sakligt sett är omotiverad. Det är ju brukligt att skilja historia från vad som är samtidsriktigt,⁸³ och om nu ett anammande av den konstruktiva riktningens metodik faktiskt leder till "begreppsjurisprudens", och *de brister man beskyllt metodiken för att leda till*, då talar det rimligen emot att anamma densamma. Om den alltså drivs av eller förutsätter akademisk isolationism,⁸⁴ och faktiskt lätt leder till överdriven

⁸² Redan Ernst Møller, *Tinglysning* (1897) s 564, konstaterade ang uttrycket begreppsjurisprudens popularitet som slagord, att "[d]et har gjort megen Lykke, ikke mindst fordi det intet siger, og fordi det derfor kan benyttes af enhver, der vil tage Afstand fran en almindelig Tankeudvikling, som han ikke synes om, eller som han ikke ævner eller ønsker at følge med Opmærksomhed." Jfr Bjørne, *Den konstruktive riktningen* s 214. Castbergs antirrheterik, i *Den konstruktive metode*, TfR 1922 s 295 ff utgör ett ganska tydligt exempel, också på tidsandan. (Jfr t ex a a s 297 f och 299.)

⁸³ Jfr att det kan påstås utgöra en fallasi att försvara en viss ordning med hänvisning till att: "så har vi alltid gjort!" Jfr ang det t ex Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover* s 86 m hänv.

⁸⁴ Se t ex (paradigmatiskt) Stang, *Innledning til formueretten* (3 uppl 1935) s 158 f: "Den konstruktive metode [har] sine farer. [...] Det karakteristiske for den er jo overbetoning av en enkelt rettsvidenskaplig opgave; og det vil igjen si at den forsømte og skjøt til siden andre oppgaver rettsvidenskapen må stille sig. Det var en dogmatisk isoleringsprocess den gjennomførte. Derved kom den imidlertid i skada for å skjære forbindelsen av overfor viktige, livgivende kilder. [Inte minst] det praktiske rettsliv [...] rettspolitiske betraktninger." Jfr även Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme* s 70, 95, 223 och 234 f, samt Schmidt, *Arbetsuppgifter och tankevägar i rettsvetenskapen*, TfR 1980 s 572 f: "Faran för begreppsjurisprudens sammanhänger med den mänskliga hjärnans ofullkomlighet. Det krävs mycket arbete för att lära sig schemat. En person som en gång ordentligt lärt in schemat sitter bokstavligen fast i schemat. Han orkar inte att genom nya kombinationer av rättsregler skapa nya block som instrument för tänkandet även om så skulle behövas. En utomstående som möter en vetenskapsman skolad i det klassiska tyska systemet märker att de inte alltid kan nå ömsesidigt tankeutbyte. Man kan diskutera gemensamma problem endast med hjälp av den andres begrepp och efter den andres tankebanor. Det blir sålunda ett utbyte av tankar på den andres villkor." (jfr i not 31 ovan). Det tänks nog gärna också röra sig om en självförstärkande tendens, där en expertkult blir alltmer intern, jfr i anslutning till det t ex Tuori, *Ratio and voluntas* s 75 ff, bl a s

formalism,⁸⁵ mer eller mindre extrem konceptuell abstraktion,⁸⁶ bakåtsträvande,⁸⁷ innehållslöshet och ordrytteri,⁸⁸ med krystade resonemang,⁸⁹ där man kanske «først pakker de almindeligste bestemmelser ind i en sætning og derpaa trækker dem ud igjen»,⁹⁰ samt försöker ”räkna med begrepp”,⁹¹ tänker i termer av en ”begreppspyramid”,⁹² och betar sig allmänt verklighets-

75, 79, 81, 85, 115.

⁸⁵ Jfr t ex Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994/95 s 621 ff, på s 636 (”ett formalistiskt och av begreppsjurisprudens präglad tankemönster”); Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 143, som talar om ”motsatsställningen mellan en formalistisk-systematisk och en pragmatisk-teleologisk rättsvetenskap”; Bellander, Rättegångskostnader s 101 (cit i not 18 ovan); Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 135 f(f); Thornstedt, Domaren och straffbudet, SvJT 1959 s 11; Niemi, Anm av Björning, Rättstillämpningens tystnad, JT 2017/18 s 466 ff, på s 468 f; eller Martinson, Funktionalism och bättre rätt till fast egendom, SvJT 2008 s 670.

⁸⁶ Se t ex Tuori, Ratio and voluntas s 115; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 37 ff.

⁸⁷ von Jhering har talat om en mumiekult, se därom t ex Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 39 ff.

⁸⁸ Jfr t ex Strömholm, Replik, SvJT 1976 s 656 (”innefattar betydande moment av bokstavsträdom och kanske rentav vissa moment av begreppsjurisprudens.”); Ossmer, Hävning av entreprenad – några kommentarer till en artikel, JT 2009/10 s 996 ff, på s 997 (”en lek med ord som kan gränsa till begreppsjurisprudens.”); J Andersson, ABL och Lagrådet, del II, JT 2004/05 s 927 (cit i not 11 ovan); Sandstedt, Indragning av bostad eller egendom, HD:s pleniavgöranden och EMK: om pragmatism och formalism, JT 2016/17 s 382 ff, på s 391; Sandstedt, Utmätning av bostad och ”Pandoras naturrättsliga ask”: om HD:s restriktiva tolkning av relevant EMD-praxis och reformbehov, JT 2015/16 s 845 ff, på s 867; Sandstedt, Evig dold äganderätt?, JT 2014/15 s 429 ff, på s 434; Heidbrink, Järnvägsnätsbeskrivningens kontraktsrättsliga konsekvenser, JT 2012/13 s 56 ff, på s 59; Munukka, Avkastnings- och dröjsmålsränta vid avtals ogiltighet, JT 2008/09 s 887 ff, på s 901; Thorell, Redovisningsreglernas rättsliga ställning, JT 2007/08 s 81 ff, på s 94; Warnling-Nerep, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, JT 2006/07 s 384 ff, på s 402; Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004/05 s 302; Hellner, Upphandling och skadestånd, JT 1998/99 s 950 ff, på s 953; Kleineman, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 s 721 och s 733.

⁸⁹ Se t ex Heidbrink, Det järnvägsrättsliga trafikeringsavtalet: ett förvaltningsrättsligt avtal, JT 2013/14 s 101 ff, på s 116 och Ramberg, Skadestånd vid avtalsbrott, SvJT 2020 s 589 ff, på s 594 (”långa och krångliga analyser av avtalsförpliktelsens karaktär som leder tankarna till begreppsjurisprudens.”). Jfr även t ex Grönfors, Ändamål och funktion, JT 1999/00 s 527, Tuori, Ratio and voluntas s 116 (i anslutning till den traditionella kritiken mot riktningens deduktivism), och se för all del von Jherings beskrivning av begreppshimlens maskinpark.

⁹⁰ Det var en central del av Schweigaards kritik, se i not 67 ovan, som sedan också återkommit i olika former. Se t ex, i anslutning till Undén, Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 128; alternativt Selberg & Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter, JT 2012/13 s 846 ff, på s 860; Tuori, Ratio and voluntas s 116; Castberg, Den konstruktive metod, Tfr 1922 s 303 ff, och i anslutning till honom Björne, Den konstruktiva riktningen s 215 f.

⁹¹ Se Björne, Den konstruktiva riktningen s 208 ff. Jfr Gustafsson, Anm av Björne, Den konstruktiva riktningen, SvJT 2003 s 1142. Jfr dock Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 39 f.

⁹² Termen Begreppspyramid lär gå tillbaka på Julius Binder, som introducerade den i sin Philosophie des Rechts (1925), se s 439 ff. Den har sedan återkommit i kritiken, se t ex Tuori, Ratio and voluntas s 117, som, med Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 78 ff, ssk s 94 ff, ser anklagelsen om begreppspyramidalt tänkande som en viktig del av Philip Hecks kritik mot Puchta. Jfr även Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142 f.

främmande,⁹³ eller är ensidig,⁹⁴ och blind för reglernas konsekvenser,⁹⁵ alternativt om anammandet av metodiken leder till en långtgående logicism,⁹⁶ svårartade skenproblem,⁹⁷ skenmotiveringar som döljer både de verkliga bevekelsegrunderna och vad som – egentligen – står på spel,⁹⁸ eller

⁹³ Se t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136; Sundberg, Den plågade rättshistorien, JT 2005/06 s 88 ff, på s 105 (ang bristande förankring), och Kleineman, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 s 720 (bristande förankring). Jfr även t ex Garde, Anm av Andreassen: Forbrytelser mot kreditorene. Straffeloven §§ 281, 284 og 285, TfR 2001 s 906 ff, på s 909 (i anslutning till partes secanto, dvs en borgenärs önskan om att vid insolvens helt enkelt stycka upp gäldenären, och fördela ut bitarna bland borgenärerna); Simon-Almendal, Civilrättens betydelse för skatterättsliga bedömningar, och tvärtom. Eller vad är karta, vad är verklighet?, JT 2012/13 s 598 ff, på s 617. *Tanken om verklighetsfråmlingskap går tillbaka åtminstone på von Jherings ursprungsartikel om begreppshimlen*, där det är ett av huvudnumren (se passim, t ex s 290 f). I sammanhanget borde väl dock den givna referensen vara en annan än de som här givits, då de ”den begreppsjuridiska metodläran [...] i Sverige [kom] att få en nästan extremt radikal reaktion genom Hägerström och den av honom grundade Uppsalaskolan. Jakten på metafysiken inom rättsvetenskapen blev intensiv, och läroriktningen har därför också kallats den skandinaviska realismen, med namn som *Lundstedt*, *Olivecrona* och *Ross*.”, skriver Göranson, Traditionsprincipen s 420. Se på temat även t ex Tuori, Ratio and voluntas s 124 ff. Det har vi dock varit inne på en hel del i Bd 1 (se ssk kap 4), och vi kan här gå vidare, med endast den lilla reflektionen, att man nog *bör akta sig för att själv göra balmgubbar, när man på det sätt som nu börjar likna trendigt distanserar sig från Uppsalaskolan*. Det är förstas en fara också för denna text.

⁹⁴ Heidbrink, I gränsmarkerna mellan preskription och novation – återuppväckande av preskriberad fordran i konsumentförhållanden, JT 2002/03 s 140 ff, på s 147. Jfr Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 296.

⁹⁵ Jfr t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136; Kleineman, Rättsdogmatisk metod, i Nääv & Zamboni (red), Juridisk metodlära s 43; Hult, Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse s 140 (”otjänliga resultat”); Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 296 (”uheldige løsninger”); Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 143; Lindskog, Högsta domstolen och den kommersiella rätten, JT 2002/03 s 76, eller Heuman, Kan parter göra en förlikning exigibel genom att låta en skiljeman stadfästa den i en dom?, JT 1999/00 s 912 ff, på s 927.

⁹⁶ von Jhering har kritiserat *Puchtas "Götzencultus des Logischen"*, se von Jhering, Geist des römischen Rechts Del 3 bd 1 s 301 (not 429). Jfr Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 336. Jfr dock om den tidige von Jherings egen preferens för logisk metaforik Björne, Den konstruktiva riktningen s 211, men se även s 214 m hänv. Jfr även t ex Simon-Almendal, Civilrättens betydelse för skatterättsliga bedömningar, och tvärtom. Eller vad är karta, vad är verklighet?, JT 2012/13 s 598 ff, på s 617; Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 136, eller Kleineman, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 s 721.

⁹⁷ Jfr t ex Hellners reaktion på NJA 1999 s 575 (om att det stöd HD anfört varit onödigt), i Hellner, Betalning av misstag, JT 1999–2000 s 409 ff, ssk s 415, och i anslutning därtill Danielsson, *Condictio indebiti igen*, JT 2011/12 s 878 ff, på s 885 f. Jfr även Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 296 (”helt orkesløse ‚problemer’ ”); Kleineman, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 s 721, samt Björne, Den konstruktiva riktningen s 214 m hänv.

⁹⁸ Se t ex Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 138 f (bl a: ”Att dra sådana slutsatser ur begreppen, utan en saklig prövning av om det är rättspolitiskt motiverat att sammanföra reglerna, är det fel som utmärker begreppsjurisprudensen.”); Björne, Den konstruktiva riktningen s 215 (bl a: ”Svagheten i metoden kan alltså anses ha legat närmast i att man inte redogjorde för de värderingar som bestämde resultatet av en konstruktion.”); Hult, Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse s 140 (”godtycklighet i avgörandena” man kunde ”fatta [begreppen] den ena gången i en betydelse, nästa gång i en annan, och sålunda ur dem härleda vilket resultat man ville”, m hänv till bl a Undén, Juridiken som vetenskap, Fs Lunds universitet 250 år s 14); Tuori, Ratio and

blocktänkande,⁹⁹ och livsfrånvända spekulationer,¹⁰⁰ vilka misslyckas med, eller helt försakar, *den för juridiken nödvändiga dialektiska förmedlingen mellan teori och praxis* –¹⁰¹ mellan lära och liv – om den konstruktiva riktningen alltså på det hela taget leder till dålig juridik, då talar det rimligen emot att anamma riktningens metodik.

I anslutning till denna förteckning över kritikens föredragna former kan det ha sitt intresse att notera något om den återkommande livsmetaforik som alltsedan von Jherings fiktiva himmelfärd varit förhållandevis framträdande i den antibegreppsjurisprudensiska traditionens retorik.

*Begreppsjurisprudensen gestaltas nämligen gärna som livsfrämmande.*¹⁰² Detta ska delvis förstås i bemärkelsen artificiell, och konstgjord (eller bara konstig). Huvudsakligen handlar det dock om att gestalta den som *avlägsen från det verkliga livet* – och därmed från det som spelar roll för dem som lever, på riktigt, och från de verkliga problemen. Dessa problem blir då lätt också ”våra problem”, eftersom ”de som lever” lätt blir ”oss”, emedan vi alltid lever, när vi läser. Redan metaforiken kommer därmed att subtilt fylla en angelägenhetsgörande funktion, då den är ägnad att etablera en retorisk närhet till oss.

Denna funktion förstärks synbarligen också av att ’liv’ är så uppenbart positivt värdeladdat.¹⁰³ Det positiva utövar sin lockelse, medan det negativa av-

voluntas s 115; Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 143; Kleineman, Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen – en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 s 721. Jfr även Bd 1 s 406 ff. Det är väl i stort sett också *funktionalismens invändning mot ”substansialismen”*, att den formulerar frågan *Jel*, jfr därtill t ex Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 85 ff m omf hänv. Och i funktionalisters ögon kommer nog ”begreppsjurisprudens” och ”substansialism” att nära nog sammanfalla, jfr t ex Schytzer, a a s 87, varom kring not 231 ff nedan, eller hos Keller, Konkurs och process s 279.

⁹⁹ Schmidt, Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen, TFR 1980 s 551 och s 559 ff (jfr även cit i not 84 ovan); Helander, Anm av Göranson, Traditionsprincipen, SvJT 1987 s 369 ff, på s 371.

¹⁰⁰ Se t ex Björne, Den konstruktiva riktningen s 214 m hänv. Just *livsmetaforen* har en särskild roll i den aktuella debatten, se om den vidare strax nedan.

¹⁰¹ Se Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus s 689 f, m hänv t Jhering, Friedrich Karl von Savigny, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 1861 (vol 5) s 354 ff, återutgiven i von Jhering, Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts in drei Bänden, Bd 2 (1882), s 1 ff, se där s 13, 14 och 10, där Jhering anklagade Savigny för hans att ha bidragit till en ”Entfremdung zwischen Theorie und Praxis”. Jfr dock Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 43 ff.

¹⁰² Jhering, Im juristischen Begriffshimmel, passim (temat är ju att det berättande jaget dött och kommit till himlen, men, visst, för den goda sakens skull, se t ex s 250). Se även t ex Stang, Innledning til formueretten s 112, 157 f; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, bl a s 28 ff och 103, samt Björne, Den konstruktiva riktningen s 214 m hänv till Castberg, Den konstruktive metode, TFR 1922 s 295 ff. Se där t ex s 297 f: ”Selv de mest forbenede dyrkere av den konstruktive rettsvidenskap har [...] måttet boie sig for livets krav og akseptere løsninger av praktiske rettsspørgsmål [...] Hvar der er karakteristisk for alle de nevnte missgrep, som den konstruktive metods representanter har gjort sig skyldig i, er den livsfernhet som de gir uttrykk for.” (spärr i original).

¹⁰³ *Fri associationslek på temat liv*: natur, rörelse, värme, sol, växter, bio, frodas, växa, barn, familj, glädje, skratt, uppsluppenhet, vita, aquavit, djur, hav, stormig, häftig, livfull, kretslopp, större än jaget,

skräcker,¹⁰⁴ och i sammanhanget är det utmanande att se 'avlägsen från livet'-beskrivningen som annat än ett omdöme med negativ laddning.

Kritiken nyttiggör alltså livsmetaforikens associationer. Dessa samordnas också med andra associationer, genom ett antal numer doxiskt förbundna dikotomier: Inom ramen för kritiken konvergeras "livsfrämmande" ofta med "överdrivet teoretiskt" och "formalistiskt", varför motsatsen till det livsfrämmande blir det praktiska och pragmatiska.¹⁰⁵ Det ligger därmed nära till hands att tala om det praktiska rättslivet eller den levande praktiken, som pragmatiskt hanterar den egentliga saken.¹⁰⁶ (Pragma=sak, med konnotationer av 'konkret sak'.)¹⁰⁷ I sammanhanget kan noteras hur "praktiken" då antropomorfieras, genom att tillskrivas den mänskliga egenskapen liv. (Även om också annat än människor kan leva så är det i sammanhanget rimligt att förstå det som just en antropomorfiering.) Detta förmänskligande tjänar till att etablera närhet och anknytning, på ett sätt som är ägnat att stämma publiken till en bejakande hållning gentemot praktiken.

Det kan också noteras att de sålunda samordnade dikotomierna även ordnas hierarkiskt, på så vis att deras liv- och praktik-sidor konsekvent överordnas.¹⁰⁸ Denna retoriska haussning sker förstås på bekostnad av respektive motpols baises. Det ligger i linje med detta, att uttrycken "formell" (eller, än värre, "formalistisk") och "teoretisk" kan användas som negativa värdeomdömen.¹⁰⁹ Det gör även att det som är "akademiskt" anses mindre värdefullt än det som är "praktiskt", liksom att ett klassiskt sätt att angelägenhetsgöra sin rättsvetenskapliga forskning är att omtala dess breda praktiska tillämpbarhet, hellre än dess teo-

ofattbart, mirakel, skört, behöver skydd, och vård, skapa liv, livmoder, moder natur, föräldraskap, vår, formas, levnadsbana, känslor, kärlek, kamp, rättvisa, ömhet, iver, glöd, eld, generationer, gener, arv, villkorlighet, tröst. (Fortsätt gärna själv.)

¹⁰⁴ *Mörk associationslek på temat livsfrämmande*: död, stillhet, kall, hård, karg, färglös, mörker, sorg, intet, tomhet, ovillkorlighet, hopplöshet, steril, slut, grav, rädsla, sjukdom, förruttnelse, sönderfall, plötslighet, orättvisa, ensamhet, kvar, lämnad, dråp, fördömd, Hades, helvete, vrede, saknad, oresonlighet, hjärtesorg, förtvivlan, vemod, lidande, kval. (Fortsätt gärna själv.)

¹⁰⁵ Det går tillbaka åtminstone på von Jhering, *Im juristischen Begriffshimmel*, där temat är genomgående, men det framkommer ganska tydligt t ex på s 249 f.

¹⁰⁶ Jfr förhållandet av praktikerhimlen i von Jhering, *Im juristischen Begriffshimmel*, bl a s 249 f och mot slutet. Jfr även t ex Mellqvist, *Pacta sunt servanda och pragmatiska principer*, i Kleineman (red), *Pragmatism v. principfast i nordisk förmögenhetsrätt*, s 261 ff på s 263: "Ibland ser man att *pragmatisk* anses liktydigt med *praktiskt*."

¹⁰⁷ Jfr Samuelsson, *Pragmatism v. realism*, i Kleineman (red), *Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt* s 327: "En pragmatiker [...] krånglar inte till det i onödan, utan ser sakerna som de verkligen är, och får dem därför gjorda. I den beskrivningen ekar termens etymologi. Grekiskans *πράγμα* (pragma) betyder just sak, särskilt någon-ting som någon gjort. Använda i denna handfasta bemärkelse är termen 'pragmatism' i princip utbytbar med 'realism', och släktskapet går ner i rötterna, för den senare termen kan återföras på latinets *res* (sak)."

¹⁰⁸ Jfr Jfr H Gustafsson, *Kontrafaktisk jurisprudence och rättsligt motvetande*, *Fs Schaumburg-Müller* s 189 ff, på s 197 ff, vartill Bd 1 not 206), se där bl a även s 413, 466.

¹⁰⁹ Jfr t ex J Samuelsson, *Åter till huset vid göta älv*, de lege 2013 s 143 ff, bl a s 146: "'Formalister' kallar vi gärna våra motståndare och 'formalistisk' den juridik vi anser passé eller finner främmande. Att vara formalist är mer eller mindre liktydigt med att vara en dålig jurist [...]" Se även J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* s 23 (*en teorifientlig kultur – den svenska avtalsrättens*), jfr s 74 ff) och s 479 ff (form och materia). Jfr även Bd 1, här och där, t ex s 357 och 185 (form och materia) samt 322, 383, 512 och 693 (formalism).

retiska höjd, eller djup –¹¹⁰ vilket i förlängningen synes ägnat att bidra till att legitimera relativt begränsade vetenskapliga insatser och kvaliteter.¹¹¹

Idén om att konstruktionens metodik leder till dålig juridik hänger nog delvis ihop med det sätt på vilket metodiken tenderar att enhetliggöras. Detta förenhetligande syns tydligast i att metodiken ofta omtalas i bestämd form singular, som *den konstruktiva metoden*.¹¹² Denna benämning borde möjligen förstås som en metonymi eller synekdoke, varigenom alltså något omtalas som något annat,¹¹³ då etiketten innebär att något pluralistiskt omtalas som singulart. Det intryck av enhetlig- och odelbarhet etiketten förmedlar är dock ägnat att verka vilseledande, givet att *de som faktiskt anammade metodiken skiljde sig åt, i sitt konkreta utförande av konstruktionerna*. Det tycks höra till saken. (Alltså vår sak, som ju enligt ovan snart ska bli den historiska konstruktionen av tredjemansavtalsbegreppet.)

I denna metodologiska mångfald kan man möjligen finna såväl försoning för den konstruktiva riktningen, som en del av förklaringen till den senare von Jherings kritik mot den riktning som han först själv var med om att utveckla, men senare avföll ifrån,¹¹⁴ och till slut kom att aggressivt anfäkta – samtidigt som han ändå fortsatte att uppdatera sin ”Geist des römischen Rechts”, och därmed också själv faktiskt fortsatte att i någon omfattning producera medelst konstruktiv metod.¹¹⁵

¹¹⁰ Låt vara att det på senare tid blivit en överanvänd trop, av marknadsföringskaraktär, att omtala sitt verk som ”en djuplodande undersökning”.

¹¹¹ Det är, får jag för mig, en lite intressant utveckling, som lett till att det nu riskerar uppfattas som ofint eller drygt, att som teoretiker hylla det teoretiska, som akademiker det akademiska, och som vetenskapare det vetenskapliga – då det riskerar uppfattas som just instängdhet, akademiskt snobberi eller elitism, snarare än något som borde vara karaktäristiskt för verksamheten.

¹¹² Se t ex Hellner-citatet i not 20 ovan; Gustafsson, Anmälan av Björne, Den konstruktiva riktningen, SvJT 2003 s 1140 ff, t ex på s 1143; Björne, Anm av Sundell, Tysk påverkan på svensk civilrättsdoktrin 1870–1914, SvJT s 1988 s 124 ff, på s 125; Sundberg, Fr Eddan t Ekelöf s 181; Sundberg, Anm av Peczenik, Juridikens metodproblem, SvJT 1975 s 536, eller Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142.

¹¹³ *Synekdoke* (av σύν (syn) och ἐκδοχή (ekdoche) ≈ med/samman resp upptagande) brukar beskrivas som en retorisk trop som bygger på relationen del–helhet. Pars pro toto är standardexemplet, där man alltså nämner en del för att omtala helheten (man säger t ex ”frisyrer” för att avse en person, t ex en viss rättsvetare), men även det omvända totum pro parte är synekdoke. *Metonymi* (≈ namnbyte) är en liknande trop, som dock istället bygger på närhet. (Saken kompliceras av att närheten inte behöver vara rumslig; man brukar laborera med olika kategorier av relevant närhet, men det behöver vi inte gå in på.) Man kan exempelvis säga att man läser Lars Heuman, när man egentligen menar något av hans verk. Synekdoke och metonymi är två av de retoriska huvudtroperna. Litteraturen är enorm. Kontroverserna inte få.

¹¹⁴ Se t ex von Jherings egen historieskrivning i Scherz und Ernst s 337 f. Jfr även von Jhering, Geist des römischen Rechts Del 3 Bd 1 s 293 ff (§ 59).

¹¹⁵ Den tredje och sista delen av Geist är från 1865. Termen ”begreppsjurisprudens” ska som nämnts ha myntats först 1884, men von Jhering hade uttryckt sina dubier mot den konstruktiva metoden redan tidigare. I den tredje delen av Geist (Del 3, Bd 1) börjar visserligen von Jhering (i § 59) ta avstånd från konstruktionsjuridiken. De metodologiska bekännelser, och den kritik, som där uttrycks, i en förvisso animerad form, kommer dock först på s 293 ff, och det har ifrågasatts hur väl den där uttryckta ambitionen att liksom börja om, för att se till det som egentligen står på spel

Håller man inte metodologins mångfald i minnet, så kan det framstå som om von Jhering under en övergångsperiod förhöll sig kritiskt mot en praktik han samtidigt själv aktivt tog del i. Senare kom han visserligen att mer fullständigt ta avstånd från konstruktionsjurisprudensen.¹¹⁶ Men, om han nu under en omställningsperiod, då han själv aktivt konstruerade, samtidigt skulle ha klandrat och utdömt all konstruktionsjuridik, genom att skälla den för att vara begrepps-jurisprudens – då måste han väl ändå framstå som ganska hycklande?¹¹⁷

En tolkning som bygger på att von Jhering uppfattas som hycklare framstår dock inte som särskilt tilltalande. Istället kan man tänka sig att han, vid den tiden (alltså under övergångsperioden på 1850- och 1860-talen), *inte riktade sin kritik mot samtliga den konstruktiva riktningens alla yttringar*, utan endast mot vissa av dem.¹¹⁸

Givet den metodologiska mångfalden framstår det som tilltalande att *inte låta tillmålet "begreppsjurisprudens" avse "den konstruktiva metoden" som sådan*, i den dräkt den getts av den konstruktiva riktningens "stora namn" (varav von

i problemen', faktiskt speglar det konkreta innehållet i de nästan 300 sidor som föregår hans avståndstagande och nya programförklaring (jfr för kontext Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 26 ff, 50 ff). Det ska väl dock sägas att von Jhering själv senare delvis motiverat att han aldrig färdigställde Geist som planerat (det skulle ha kommit en fjärde del) med hänvisning till sin förändrade uppfattning. Se om von Jherings tidiga och senare verkshistoria t ex Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 333 ff, som bl a återger ett brev till Windscheid från 1856, där von Jhering säger sig 'under de senaste åren ha genomlevt en märkvärdig omvandling av sin åskådning', och kommit att helt byta ståndpunkt. Se även t ex Wieacker, A History of Private Law in Europe s 355 ff eller Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus s 689 ff, bl a s 689 f m hänv, där det nämns att von Jherings kritik publicerades och började få anhängare fr o m 1861. Se, på svenska om von Jherings kritik, t ex Björne, Den konstruktiva riktningen s 208 ff eller Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 142 ff m hänv.

¹¹⁶ Se von Jhering, Scherz und Ernst s 338; von Jhering, Der Besitzwille : Zugleich eine Kritik der Herrschenden juristischen Methode (1889) s ix f, och t ex Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 333 ff, ssk s 336 f.

¹¹⁷ Det har antytts att han under perioden bedrev propaganda, men, då undrar man: för vad? För det senare perspektiv han då ännu inte lanserat? Jfr vid not 29 ff ovan. Jfr även Hagerup, Ihering – Windscheid s 69, om att von Jhering också operationaliserat konstruktiv metod i Zweck im Recht (1883), då överfört på ett icke-juridiskt område, och att han därvidlag i förordet hyllar metoden (se Zweck, Bd 2 s XIV).

¹¹⁸ Jfr hur Savigny, enligt von Jhering, Im juristischen Begriffshimmel s 254, först inte ska ha varit välkommen i begreppshimlen, därför att han inte förrän med sin bok om besittning (das Recht des Besitzes, 1837) ska ha uppnått den erforderliga graden av livsfrånvändhet. Trots sitt beroende av Puchta ska inte heller Arndts ha varit välkommen, då han frigjort sig för mycket från Puchta. Hagerup, Ihering – Windscheid s 69, var mycket tydlig med att han ansåg detta var *ett såväl spritt som allvarligt missförstånd*: "En ikke ualmindelig misforstaaelse af Iherings seneste metodiske standpunkt er den, at han derved skulde have villet kaste overbord alt, hvad man har kaldt juridisk konstruktion, den operation at forme retsstoffet til retsbegreber og se disse i deras systematiske sammenhæng. [...] En saadan opgivelse af den juridiske begrebskonstruktion, der vilde betyde intet mindre end opgivelse af det, der giver den dogmatiske retsforskning dens videnskabelige karakter og i sidste instans betinger vor evne til at beherske og overskue retsstoffet og derigjennem ogsaa sikkerheden og lethed i dettes praktiske anvendelse, en saa absurd tanke er naturligvis fjern fra Ihering." Se även, om von Jhering och Puchta, Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« s 26 ff, samt om utvecklingen från 1860-talet s 46 ff.

Jhering alltså varit ett,¹¹⁹ och Savigny ett annat).¹²⁰ Man kunde i så fall tänka sig att reservera ordet ”begreppsjurisprudens” för endast vissa problematiska yttringar för konstruktiva ambitioner,¹²¹ där konstruerandet gått för långt, och därmed lett till ett resultat som blivit dåligt – också som konstruktion betraktat.

En sådan förståelse framstår som tilltalande.¹²² Ser man det på så sätt, så blir *begreppsjurisprudens inte detsamma som konstruktiv metod, och konstruktiv metod inte detsamma som begreppsjurisprudens*. Termerna vore då inte denotativt synonyma. Istället utpekade de två stycken på sin höjd delvis överlappande fenomen, där det som allmänt anses förkastligt är det som karaktäriseras av sådana drag av dålig juridik som förtecknats strax ovan. Det vill säga de drag som kunde beskrivas som att de innebar en okänslighet inför den för juridiken nödvändiga dialektiska förmedlingen mellan teori och praxis. Med en sådan förståelse vore det därför, också oberoende av att kritiken går tillbaka på en historisk fiktion, förhastat att låta kritikens pathos drabba den konstruktiva riktningen som helhet.¹²³ Det vore därmed, också sett ur ett rent analytiskt perspektiv, problematiskt att bete sig som om det vore legitimt att stryka ett streck över en central del av den rättshistoriska utveckling som lett till vår moderna civilrätt.

Då kan man väl förresten också behålla ”begreppsjurisprudens” som en pejorativ beteckning att åsätta sådan jurisprudens man råkar ogilla eller vill argumentera emot. Det kan säkert många uppskatta. Även om det är en problematisk be-

¹¹⁹ Jfr t ex Hagerups hyllning till von Jherings Theorie der juristischen Technik, Unsere Aufgabe och Geist des römischen Rechts Del 2 Bd 2 §§ 37–41 (som alla skrevs innan von Jherings senare omorientering), i Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 21.

¹²⁰ Det är brukligt att skilja mellan å ena sidan den äldre historiska skolan, med Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) och Georg Friedrich Puchta (1798–1846) som frontmän, och å andra sidan den yngre historiska skolan, frontad av (den tidige) von Jhering, Bernhard Windscheid (1817–1892) och Karl Friedrich von Gerber (1823–1891). Brytpunkten däremellan kan då läggas någon gång under 1840-talet. Det är i så fall främst den yngre skolan som identifieras med den konstruktiva riktningen, medan den äldre var mer historiskt orienterad. Det finns dock inga klara brytpunkter, och den konstruktiva ambitionen är tydlig redan hos den äldre skolans företrädare, varför spjälkningen delvis måste bli artificiell. Se härom t ex Björne, Den konstruktiva riktningen s 208 ff; Björne, Brytningstiden s 229 ff, eller Wieacker, A History of Private Law in Europe s 279 ff, inte minst 341 ff. Jfr även Blandhol, Nordisk rettspragmatisme s 105 ff. Jfr även ang Hagerups hållning till en sådan uppdelning, vid och i not 79 ovan och 158 nedan.

¹²¹ Det vore nog för övrigt förenligt med Fredrik Stangs syn i 1 uppl av hans Innledning (Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten), se där s 133 ff, ssk s 134 f. I den tredje upplagan (där Stang slopat huvudtiteln, då han aldrig fick ihop sitt flerbandsverk, och bytt stavning på ett ord, samt alltså bara kallar boken Innledning till formueretten) är han klart mer avvaktande till konstruktiv metod, se s 156 ff. Jfr även Gagnér, Hagerups tidskrift, TfR 1999 s 339 ff. Jfr på brödtextens tema även Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 303 ff.

¹²² Och det kan man väl i och för sig, och förvisso, göra också alldeles oberoende av von Jhering.

¹²³ Jfr Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 138, som framhåller att det finns: ”skäl att skilja mellan god och dålig begreppsjurisprudens.” Se även s 168 f.

teckning så framstår det också som osannolikt att bruket att använda termen som en nedsättande beskrivning skulle komma att överges i första taget.

Det skall dock medges att finns en del saker i den konstruktiva traditionen som är svåra att ta till sig. Vissa av de retoriska mönster (i form av återkommande narrativ, topiker och troper) som associeras med traditionen framstår som svårsmälta. Föga förvånande har man från kritikerhåll gärna angripit dessa saker, som identifierade svagheter. Främst bland dessa märks nog *den begreppsrealistiska retorik som gärna förknippas med den konstruktiva riktningen*.¹²⁴ Det vill säga den retorik som implicerar en idé om att begreppen i någon mening alltid ”finns”, också oberoende av om de finner stöd i några positiva källor, samt att man kan försöka adressera dem i sin abstrakta, eviga och oföränderliga form, också oberoende av att rättsvetarna i praktiken, i sin konkreta mänskliga ofullkomlighet, alltid måste misslyckas.

Idén om begreppsliga universalier var helt central för von Jherings kritik,¹²⁵ och den verkar vara *svår att alls förstå efter den vetenskapliga positivismens så fullständiga genomslag*.¹²⁶ Det är knappast heller någon slump att just denna idé så ofta hamnat i skottgluggen. (”Ah, vadå – finns de i himlen eller?” – kan kritikern utbrista, uppeldat, med lyfta händer, och gestikulerandes som för att visa hur han försöker fånga begreppen, och dra ned dem, mot marken,

¹²⁴ *Begreppsrealism* går i filosofisk mening ut på att allmänbegrepp, eller universalier, är mer och annat än det som faller under dem. Se om begreppsrealism i den historiska skolan t ex Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme*, bl a s 120 och 133 ff. Se även Hagerup, *Til rettsvidenskabens metode* s 46–52, som i moderna ögon måste anses vara den svagaste delen (VI) av föreläsningen, då det talas om begreppens universella och atemporala giltighet (jfr s 49 och 50 f). Utläggningen bör dock förstås mot bakgrund av Savignys metodprogram och Hagerups närmaste idoliserande hållning till Savigny, respektive Hagerups tidsenliga scientism och hans konservativa eurocentrism. Det finns dock även skäl att särskilt notera *Hagerups återkommande försiktighetsmarkörer och kvalifikationer* i den delen. I dess inledning (s 46) står det t ex: ”Jeg sagde foran, at de grundformer, hvortil man ved den konstruktive metode *søger at føre* retsstoffet tilbage, *til en vis grad* besidder universel gyldighed.” (Min kurs, spärr struken). Jfr f ö Stang, *Norsk formuerett I : Indledning til formueretten* (1 uppl 1911) s 133 f, vars skrivning nästan ekar Hagerups. Jfr även vid och i not 211 nedan.

¹²⁵ Jfr, utöver Im juristischen Begriffshimmel, von Jhering, *Geist des Römischen Rechts* Del 3 Bd 1 s 296, där tanken om de romerska rättsbegreppens oföränderlighet kallas ett barnsligt missförstånd som vittnar om ett helt okritiskt historiestudium (”An die Unveränderlichkeit der römischen Rechtsbegriffe zu glauben ift eine kindliche Vorstellung, die von einem völlig unkritischen Studium der Geschichte zeugt.”) Se även Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«* s 37 ff.

¹²⁶ Kanske kan svårigheterna att nu förstå det hela hänföras till det filosofiska brott som positivismens genomslag innebär. Och möjligen kan man finna rätt mycket förklaringsvärde i att på allvar tillgodogöra sig den idealistiska filosofiska tradition vars huvudgestalter brukligt sägs vara Gottfried Wilhelm Leibniz, Christian Wolff, Immanuel Kant, och Georg Friedrich Wilhelm Hegel, då dessa tänkare lär ha varit centrala i den tidens tyska idéklimat. Numer är det väl dock rätt få nordiska jurister som är närmare bekant med dem. (Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme* s 79 ff, 118 ff, erbjuder dock en ingång.) Därmed måste nog begreppsrealismen nu i allmänhet bara framstå som ... konstig – och just svårbegriplig.

till vår världsliga, smutsiga praktik ... vilket han förstås måste misslyckas med, då han blott kan greppa i tomma luften – och sedan, efter att ha utfört sin lilla gest,¹²⁷ nöjt kan anse sig ha illustrerat poängen, också rent fysiskt, genom det försök som på förhand var såväl dömt som avsett att misslyckas, då kritikern aldrig hade en chans att få grepp om begreppen.)¹²⁸

På det hela taget har nog begreppsrealismen tenderat att överbetonas i kritiken mot den konstruktiva riktningen. Säkert delvis därför att begreppsrealismen framstått som en svag punkt, vilken varit tacksam att utsätta för kritiska angrepp. Möjligen kan man dock se ”de eviga begreppen” som endast ett herkuliskt ideal, i form av ett evigt eftersträvansvärt optimalt tolkningsresultat. De vore då alltid endast önskade, och just eftersträvade – om än i praktiken ouppnåeliga, och veterligen så.¹²⁹

Kanske kan också *de konstruktiva juristernas appell till 'eviga begrepp'* förstås som en del av den historiska skolans kodifikationsmotstånd.¹³⁰ Detta drag kan i så fall beskrivas som ett slags argumentation i status translationis:¹³¹ Genom att appellera till eviga begrepp kan man genomföra en överföring av en omtvistad fråga, som kunnat bli föremål för lagstiftning, till ett fält där lagstiftarens makt är begränsad. De eviga begreppen vore ju utanför densamma maktssfär, och varje försök till att genom kodifikation påverka begreppen vore förfelat, såsom en åtgärd ultra vires. I den mån retoriken om eviga begrepp drivits av kodifikationsmotstånd, låter sig därför begreppsrealismen förstås som en del av ett, förvisso konservativt, men ändå pragmatiskt, politiskt projekt – snarare än att endast utgöra något suspekt, vidskepligt eller bara korkat, på det sätt som begreppsrealismen nog ibland kunnat framstå, betraktad med mer positivistiska ögon.¹³²

Det finns dock mycket annat som utan vidare går att ta till sig. Nidbilden kan nyanseras, och det finns utrymme att *genom återbekantskapande verka för ett rehabiliterande av några av riktningens tänkesätt* – åtminstone delvis, och såvitt de har relevans för tredjemansavtalsläran.

Om man nämligen återvänder till *den konstruktiva riktningens förespråkare* (istället för att bara lystra till dess baktalare) så kan man finna åtskilligt som förespråkarna menar karakteriserar metodiken och som borde vara ganska

¹²⁷ Jfr, vagt, Schlag, Hiding the Ball, New York University Law Review 1996 (vol 71) s 1681 ff, på s 1687.

¹²⁸ Åtminstone förevarande författare har alltså faktiskt upplevts ungefär detta, fler än en gång, om än med vissa variationer. Mest minnesvärt var nog när en amerikansk realistiskt orienterad rättsvetare av marxistiskt snitt under en internationell konferens återkommande satt och liksom ilsket vispade i luften framför sig, vild i blicken, orubbligt övertygad om sin poängs vederhäftighet, och trygg i sin förvissning om sitt agerandes övertalande effekter.

¹²⁹ Jfr om Hagerup i not 124 ovan.

¹³⁰ Jfr vidare vid not 150 ff nedan.

¹³¹ Se om statusläran och status translationis Bd 1 s 215 ff, ssk s 219 ff.

¹³² Begreppsrealismens eventuella roll som instrument för en viss lagstiftningspolitisk rationalitet lär väl dock vara endast en del av förklaringen till fenomenets förekomst.

okontroversiellt. Inte sällan står det också i direkt strid med anti-traditionens beskrivning av den konstruktiva metodens inneboende brister.

Om man, till exempel, drömmer sig tillbaka till 1887 och *återvänder till Francis Hagerups inledande metodföreläsning* – som ju i praktiken var ett försvarstal för den konstruktiva riktningen – så får man en annan bild av riktningen än den som kritikerna brukat måla upp.¹³³ (Också de som faktiskt förhållit sig till föreläsningen.)¹³⁴

För Hagerup var konstruktionen nära förbunden med *den kritisk-historiska förankring han ansåg nödvändig för att rätt förstå rätten*, och däri syns Hagerups programs relation till arvet efter den historiska skolan.

Givet närheten i denna relation är det nog på sin plats med *några ord om Hagerups historiserande situering av den konstruktiva metodiken*. Han kritiserade som sagt Schweigaard och hyllade den historiska skolan med Gustav Hugo, Karl Friedrich Eichhorn och framförallt Friedrich Carl von Savigny i spetsen.¹³⁵ Savignys ”Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” (normalt bara ”Vom Beruf”) från 1814 framhålls särskilt, som den skrift som ”for første gang med fuld klarhed formulerer den historiske skoles program og giver udtryk for det, der er kjærnen i dennes retsopfatning.”¹³⁶ Savigny får därmed bli en portalfigur också i Hagerups program, och Vom Beruf bli den portalskrift vari han tar utgångspunkt.

Hagerup ansluter till den vid tiden inte ovanliga jämförelsen mellan Savigny och Darwin. Juristen sägs ha utnyttjat samma principer på rätten som evolutionsbiologen använt på ”dyriska organismer: Udviklingsbegrepet og den genetiske sammenhængs princip. [...] der bestaar en uopløselig organisk sammenhæng mellem generationer og tidsaldre, mellem hvilke der kun kan tænkes udvikling, ikke absolut ende og absolut begyndelse, og [...] den sande historiske fremgangsmaade bestaar i «at følge det givne opover gennem alle dets forvandlinger og tilbage til dets udspring»”.¹³⁷ *Idén om rättshistoriens kontinuitet* är därmed en central del av Hagerups tänkande.

¹³³ Se om föreläsningen den packade texten efter not 58 ovan.

¹³⁴ Jfr Stang, Francis Hagerup, TfR 1922 s 5 ff, som väsentligen förbigår allt som har att göra med den konkreta metodiken, för att istället på helt allmänna grunder kritisera Hagerup. Jfr Gagnér, Hagerups tidskrift, TfR 1999 s 327 ff, som med småsur ton verkar ha varit föga imponerad av Stang. Bl a redogörs för de personliga motsättningarna mellan Stang och Hagerup, samt för hur den förre utnyttjade ”hyllningsskriften” till att fronta sig själv och den återlansering hans övertagande av redaktörskapet för TfR innebar, samt till att försöka frigöra sig från arvet efter Hagerup. Jfr även Castberg, Den konstruktive metode, TfR 1922 s 294 ff, som återkommande förhåller sig till Hagerup (s 294, 299, 301, 305, 317) men verkar inte ha tagit till sig mycket av dennes beskrivning, och istället främst reproducerar kritikernas bild av konstruktivismen. Se även Blandhol, Rettspragmatismen i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs och Gunnar Astrup Hoels forfatterskap, TfR 2004 s 1 ff.

¹³⁵ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 9, jfr s 10: ”Savigny, hvis allerede da begyndte virksomhet fick en saa epokegjørende betydning ikke blot for den tyske, men for hele den europæiske retsvidenskab.”

¹³⁶ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 10 f, cit fr s 11. Jfr t ex Rahmatian, Friedrich Carl von Savigny’s Beruf and Volksgeistlehre, The Journal of Legal History 2007 (vol 28) s 1 ff.

¹³⁷ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 11 f. Citatet verkar vara en ganska parafraiserande översättning från Savigny, Vom Beruf s 112 f.

I direkt motsättning mot kritikens vanliga metaforik, som enligt ovan trycker på konstruktionsjuridikens karaktär av livsfrämmande,¹³⁸ betonar Hagerup den tidiga konstruktiva traditionens förbundenhet med livet: ”den betydningsfulle og for alle tider blivende fortjenste, der tilkommer Savigny og den historiske skole, [ligger] deri, at den aabnede blikket for retssætningernes sammenhæng med de livsforhold, hvorunder de blev til. [...] retsreglerne [...] er udtryk for de i samfundet selv levende kræfter og behov [...] retten er et produkt av folkets historiske liv, ja er selve folkets liv, et led af dets hele kultur paa samme maade som dets sæder og sprog”.¹³⁹ Hagerup fortsätter, och talar om de tidigare tyska naturrättarnas alltför okritiska anammande av den romerska rätten. Man antog denna genom en ”överflytt” av alldeles för ”mekanisk” art (en transplantation, kunde man säga)¹⁴⁰: ”Den tyske retsvidenskab tog den romerske ret i dens helhed som en abstrakt aabenbaring af den absolute fornuft paa rettens omraade og kommenterede Justinianus lovsamling som en lov fra sidste aar.”¹⁴¹ ”Og idet den[ne] nye [romerske] ret[t] trængte de nationale elementer tilbage, blev den selv kun en lærd juristret, fremmed ikke blot for folkets forestillingskreds, men, hvad det var værre, til dels ogsaa fremmed for livet.”¹⁴² Hagerup tar således rygg på den historiska skolans företrädare och sågar deras föregångare i den äldre naturrättsliga riktningen. (Sett till formen – att ta avstånd från något äldre, för att skrida framåt – agerar han ironiskt nog på samma sätt som sina efterträdare, som senare sågat den konstruktiva riktning vartill Hagerup själv bekände sig.)¹⁴³

Hagerup betonar ideligen *betydelsen av rättens historia*. Genom den historiska skolans medvetna historicism – sättet att se rättsstoffet som del av en större samhällelig helhet, och som villkorad av denna helhet – gavs ”adgang for en kritisk sigten av retsstoffet”.¹⁴⁴ Denna siktning innebar att man kunde vaska fram det som var relevant för det samtida livet.¹⁴⁵ Historicismen framhålls därmed som en styrka, och Hagerup *beklagar den nordiska rättens historielöshet*: ”det har været skjæbnesvangert [ödesdigert] for vor retsforskning, at den ikke i i høiere grad har tilegnet sig den samme metode og bygger fortolkningen af vor nationale ret paa et solidere historisk grundlag”.¹⁴⁶ Han framhåller att ”en mere kritisk-historisk fortolkning” var ägnad att leda till en bättre förståelse av rättsstoffet.¹⁴⁷ En sådan tolkning kunde motverka förvillande presentism, eller, med Hagerups ord, att

¹³⁸ Se efter not 101 ovan.

¹³⁹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 12. Se även Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 46. Jfr även, förresten, uttrycket ”lag är frusen politik”, och därtill Bd 1 s 47.

¹⁴⁰ Jfr Bd 1, i not 168 och kring not 3007 f.

¹⁴¹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 13.

¹⁴² Hagerup, Til retvidenskabens metode s 13, min spärr.

¹⁴³ Någon har, som sagt, sagt, att det enda eviga är akademisk revisionism. Någon annan att: ”Vår civilisation karakteriseras av ordet ’framåtskridande’. Framåtskridandet är dess form, det är inte en egenskap hos vår civilisation att den går framåt.”, nämligen Wittgenstein, Särskilda anmärkningar s 15 (jfr J Samuelsson, Rättsvetenskaplighetens vetenskaplighet, Vb Olsen s 194 ff och Carr, What is History? s 146 ff), och inte ens den konservativa Hagerup undgick alltså modernismens form.

¹⁴⁴ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 12 ff, cit fr s 13.

¹⁴⁵ Där låg ett av Schweigaards allvarligaste missförstånd, menade Hagerup, Til retvidenskabens metode s 14, då han i den tyska idealismen sett universalistiska och absolutiska anspråk, och missat den historiska skolans moment av fruktbar teleologisk relativism.

¹⁴⁶ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 14. För denna brist lastas Schweigaard, som ”neppe kan frikjendes for al skyld i det nævnte forhold” (s 16).

¹⁴⁷ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 15.

man ”bedømte” källorna ”altfor meget ud af sin egen tids retsanskuelse.”¹⁴⁸ Den som i sin framställning brast härvidlag, skulle tolka rättskällorna fel, på ett sätt som var ägnat att leda till att: ”framstillingen [...] i virkeligheden ligemeget staar i strid med lovbogens opfatning som med den nu praktisk gjældende ret.”¹⁴⁹

Källkritik och historisk kontext var därmed nödvändiga element, för varje rättvisande framställning också av den gällande rätten, enligt Hagerup. Kort sagt var alltså det historiska, i den historiska skolans program, ganska oavkortat av godo – också för den samtidsfokuserade rättsvetenskapen.

Historien var dock inte allt. Inte heller tog den slut, innan varje tids ”vi” tog vid. Också sentida och rent samtida händelser kunde gripa in och påverka historiens förlopp, och vår rätts karaktär. Därmed hade även lagstiftningen en roll att spela: Genom ”sin i og for sig fuldkommen korrekte betoning af retsreglernes genetiske sammenhæng med det bestaaende” *hade den historiska skolan ’noget ensidig under- vurderet lovgivningens betydelse’*.¹⁵⁰ Det rädde nämligen, säger Hagerup, ”ingen tvivl om, at en lovgivervirksomhed kan gribe in virksomt og bestemmende ind i rets- udviklingen”.¹⁵¹ Efter detta konstaterande går han vidare, och anknyter till sitt programs nästa viktiga inspirationskälla: ”«Retten er»,” säger Hagerup, ”som Ihering siger, «ingen plante, men et stykke menneskelig tænken og følen [...] ikke et værk af en blindt raadende naturkraft, men den tænkende menneskeaaands fortjeneste og frie handling.»”¹⁵² *Skolans och särskilt Savignys berömda kodifikationsmotstånd var således oberättigat*, och hade för övrigt nu också uppgivits, även i skolans tyska fäderneland.¹⁵³

Det skulle dock noteras att *kodifikationsrörelsens framgångar var ett resultat av vetenskapens framgångar* – vilka tilldels var ”en frugt af” den genom ”Savignys virksomhed vundne større videnskabelige modenhed”.¹⁵⁴ En kodifikation innebar, som sagt, heller inte något egentligt brott med det förflutna; det rörde sig alltjämt om en utveckling och det historiska skulle ha sin plats även efter kodifikationen. (”Det är ju utvecklingens resultat i nuet som kodifieras!”, kunde han ha tillagt.) ”Det maa da betegnes som en overfladisk og uvidenskabelig fremgangsmaade, naar man hos os saa hyppig har ment at kunne kaste kjendskaben til ældre rets- regler overbord som en overflødig ballast, naar man kun har faaet en nyere lov, og har søgt at fortolke en saadan udelukkende ud af den selv, eller ialfald ind- skrænket den «historiske» undersøgelse til lovens forarbejder.”¹⁵⁵

¹⁴⁸ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 15.

¹⁴⁹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 16.

¹⁵⁰ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 16. Min kurs.

¹⁵¹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 17.

¹⁵² Hagerup, Til retvidenskabens metode s 17, jfr även s 21, apropå von Jherings roll i Hagerups program.

¹⁵³ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 17. Jfr Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 74. Savigny svängde väl också själv. Han övergav sitt motstånd, då han (som Hagerup noterar, att von Jhering noterat, i sin nekrolog över Savigny) ”forlod sin videnskabelige virksomhed for at overtage – et lovgivningsministerium.” (jfr von Jhering, Friedrich Karl von Savigny, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1861 (bd 5) s 354 ff, på s 372 f (Hagerups sidangivelse är fel). Se om kodifikationsstriden t ex Meder, Rechtsgeschichte 7 uppl s 299 ff m hänv, eller Rahmatian, Friedrich Carl von Savignys Beruf und Volksgeistlehre s 1 ff.

¹⁵⁴ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 17 (f).

¹⁵⁵ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 18, som dock genast nyanserar påståendet något, i en not, genom att ge Ørsted rätt, i dennes framhävande av: ”«at der gives tilfælde, hvor den gjældende retstilstand er klar og utvivlsom, dens oprindelse og successive udvikling derimod oviss.»” Det rör

För Hagerup var kort sagt *historisk förankring centralt för rättsvetenskapen, även när den arbetade med färsk lagstiftning och gällande rätt*, och han ansåg den historiska skolans insatser vara av närmast omätbart stor betydelse för rättsvetenskapen.¹⁵⁶

Även om historia alltså var centralt, så kunde enligt Hagerup inte en rent historisk metod innebära någon ”udtømmende” rättsvetenskaplig behandling: den ”historiske er ikke den eneste side, fra hvilken retsstoffet maa betragtes; og den, der vilde miskjende dette – hvad navnlig Savigny selv aldrig gjorde –, vilde ikke kunne naa til den fulde erkjendelse af” det historiska stoffets innehåll.¹⁵⁷ Och med det är vi komna till saken: I tillägg till de historiska undersökningarna *krävdes ”en paavisning af retsstoffets egen indre sammenhæng.”* – Rättsvetenskapen måste våga gå den väg som Hagerups föregångare Schweigaard hade förbjudit, och ta mod till sig att anamma den ”synthetiske metod” som ”paa en vis kan siges at have afløst den historiske skole” såsom en naturlig utveckling av denna.¹⁵⁸ *Rättsvetenskapen kunde inte nöja sig med historia, utan därtill krävdes konstruktion.*

Konstruktionen av begrepp innebar dock inte något apositivistiskt frispel. Abstraktion var i varje vetenskap inneboende,¹⁵⁹ men man hade att ta utgångspunkt ”i selve det positive retsstof”, vilket vill säga ”den positive ret”, för att sedan genom en vetenskaplig utveckling eftersträva att ”naa et almindeligere standpunkt”.¹⁶⁰ Målet var dock aldrig att nå eller på annat sätt laborera med några utomrättsliga principer, som ”ligger til grund for retsordenen” och som därför ”har en umiddelbar retsbegrundene evne”, på så vis ”at retsvidenskabens kan supplere den positive ret med sætninger, som man mener att kunne udlede af dess generelle lovgivningsprinciper”.¹⁶¹ Detta hade, ju, varit den rationalistiska naturrättens misstag,¹⁶² och det borde

sig som synes om en eftergift till Ørsted, som förhöll sig pragmatiskt till behovet av historia och filosofi, jfr Ørsted, Haandbok over den danske og norske Lovkyndighed Bd 1 del 2 (1823) s 291 f.

¹⁵⁶ Ett talande exempel finns där han, efter en lång utläggning om den historiserande metodens förtjänster, klimaktiskt utbrister: ”Den historiske metod [...] betegner saaledes efter min mening et blivende, til alle tider gyldigt resultat i vor videnskabs udvikling.” Han vidgick dock att den historiska metoden ibland kommit att vidlädas av ”ensidigheder og misvækster”, särskilt ”hos skolens mindre betydelige repræsentanter”, Hagerup, Til retvidenskabens metode s 18.

¹⁵⁷ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 18.

¹⁵⁸ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 18 f. Kursiveringen i citatet med ”paavisning” är min. Jfr vid och i noterna 79 och 120 ovan, angående att skilja mellan den tidiga historiska skolan och den senare konstruktiva riktningen, och notera Hagerups försiktighet (”paa en vis”, ”kan siges”), samt hur hans kontinuitetsbetonande historiesyn (se kring not 137 ovan) är ägnad att motverka kategorisk periodisering, i form av uppställandet av täta skott mellan olika perioder.

¹⁵⁹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 18.

¹⁶⁰ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 19 f. Jfr även Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten s 133 f.

¹⁶¹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 20. Jfr även Hagerup, Ihering – Windscheid s 72.

¹⁶² Jfr Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 135.

man inte återupprepa.¹⁶³ I denna mening finns det skäl för påståendet att *den bekännande konstruktionsjuristen Hagerup var rättspositivist*:

”En retssætning gjælder jo ikke, fordi flere eller færre mennesker finder den nyttig og tjenlig eller endog moralsk nødvendig, men fordi samfundet har fastslaaet, at den skal gjælde: *a debere esse ad esse non valet consequentia*. [...] Grundlaget for enhver retsdogmatik, enhver videnskabelig behandling af den gjældende ret, kan kun være selve de gjældende retsregler (lov og sædvane) i forbindelse med de regler, som de private parter selv i kraft af den dem af retsordenen indrømmede autonomi har eller efter en fornuftig bedømmelse af vedkommende retsforhold kan antages at have villet underkaste sig.”¹⁶⁴

«Man kan intet vide om retten uden af retten», fastslår så Hagerup.¹⁶⁵ Därmed var *den positiva rätten grunden för konstruktionerna* – alla som påstod något annat måste ofrånkomligen bygga ”paa et urigtigt grundlag”.¹⁶⁶

Varje vetenskaplig behandling av rätten måste därmed ”nødvendigvis [hvile] paa en fortolkning”, på basis av ”det solide grundlag” som erbjuds av ”en indtrængen i de enkelte retsforholds konkrete indhold”.¹⁶⁷ För att en sådan tolkning skulle få en ”sand videnskabelig karakter”,¹⁶⁸ säger Hagerup (och kanaliserar Savigny och den tidige von Jhering), kunde tolkningen dock inte ”blive staaende ved at betragte retssætningerna saa at sige enkeltvis, konkret og kasuistisk”.¹⁶⁹ Därtill ”maa” vetenskaparen ”forme dem til rets-

¹⁶³ Jfr Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 45: ”den historiske Skole. For den gjaldt det at lukke døren saa grundig som muligt for den naturrettslige Doktrin om Fornuften som den principale Retskilde, der endog var den positive Ret overordnet.” Med gillande nämner han sedan Savignys hållning vad gäller ’luckor’ (i praktiken måste sådana finnas, se s 47) i den positiva rätten: ”den nødvendige udfyldning vilde kunne ske ved, hvad han kaldte en organisk Udvikling af den positive Ret: en analogisk anvendelse dels af dens enkelte Bestemmelser dels af de almene Retsprinciper, hvorpaa den konkrete Retsorden hvilede.” Jfr även a s 49, samt se Savigny, System des heutigen römischen Rechts I § 46 och Savigny, Vom Beruf 3 uppl (1840) s 21 ff.

¹⁶⁴ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 20. Den latinska formuleringen innebär ungefär att man inte giltigen kan sluta sig till att något är på ett visst sätt, bara för att (man anser att) det bör vara så.

¹⁶⁵ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 20, citatet tillskrivs den tyska pandekträttaren Alois von Brinz, som gick bort samma år som Hagerups föreläsning hölls. Jfr även bl a s 27 om att begreppen inte kan deduceras a priori (cit i not 178 nedan), och s 30 om att ”al juridisk konstruktion maa hvile saaa at sige paa et empirisk grundlag”.

¹⁶⁶ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 20.

¹⁶⁷ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 20 f.

¹⁶⁸ Hagerups scientistiska retorik är återkommande i föreläsningen, i linje med tidens uppfattning om vikten av vetenskaplighet. Den latinska frasen kan översättas som ungefär: ”av att något borde vara, följer inte att det verkligen är så.”

¹⁶⁹ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 21. Hagerup anknyter uttryckligen till både Savigny och von Jhering. Den förre genom att med en mild parafrasering anknyta till Vom Beruf, där Savigny ”udtalte (p. 22): «At udfinde de ledende grundsætninger og udgaaende fra dem at finde de juridisk begrebs og sætningers sammenhæng og arten af deres slægtskab, horer til vor videnskabs vanskeligste opgaver, ja er egentlig det, der giver vort arbejde dets videnskabelige karakter.»” (Motsvarande Savignys original: ”Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unfres Rechts

begreber og paavise disses sammenhæng og slegtskab, idet den af dem danner et system”.¹⁷⁰

Detta, var vad den juridiska konstruktionen gick ut – att genom en inledande analytisk process identifiera begreppens element,¹⁷¹ och sedan genom en ”syntetisk process” sammanfatta ”de for en hel række retsforhold fælles elementer”, till en ”systematisk bygning”.¹⁷² Det var detta ”man særlig har betegnet som juridisk konstruktion”.¹⁷³

Konstruktionen var därmed ett sätt att komma längre, än till en ”rent deskriptiv analyse”, som gjorde halt vid en ”kaustisk opregning av” de fall som faller under en regel. Tolkade man till exempel en regel om ”kontrakter”,¹⁷⁴ så borde man inte nöja sig med att räkna upp ”alle praktisk forekommende forhold, der kunde betegnes som kontrakter”.¹⁷⁵ Man kunde, förvisso, och lämpligen, börja med det, men en sådan uppräkningsallena kunde omöjligt ge ”tilstrækkelig forstaaelse af” ett analyserat källställe:¹⁷⁶ *En denotativ uppräknings kunde aldrig ensam uppdaga regelns konnotation.*

Vad man därför ’maa tillføre’, till uppräknings, var en ”analyse af begrebet”, vilken tog fasta på ”hvad der er fælles i alla de tilfælde, hvor livets opfatning, til hvilken loven her selv henviser, statuerer”, till exempel, ”tilværelsen af en kontrakt”.¹⁷⁷ Det var således uttryckligen *efter och i enlighet med*

folche Stücke, wodurch die übrigen gegeben find: wir können sie die leitenden Grundätze nennen. Diefе heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristifchen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unfrer Wissenschaft, ja es ift eigentlich dasjenige, was unfrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt.”)

¹⁷⁰ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 21. Vad gäller sin förståelse av systembegreppet bygger Hagerup utöver på Savigny och von Jhering också på Windscheid, specifikt på hans Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd 1 § 24 (i 8 uppl s 93 ff, skrivet under rubriken: ”Wissenschaftliche Behandlung des Rechts”).

¹⁷¹ Jfr Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22, där det talas om en ”opløsning af begrebet [...] i dens enkelte elementer”. Jfr Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten s 134 (cit i not 173 nedan).

¹⁷² Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22. Jfr även Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 64 ff. (Bl a s 67 not 2: ”Konstruktionen er altid kun en Sammenfatning av Enkeltbestemmelser; den er ikke i og for sig en Kilde til nye Bestemmelser.”)

¹⁷³ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 23. Jfr Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 134: ”Den konstruktive retsvidenskab utfører på sit omraade samme arbeide som den kemiske analyse paa sit. Den opløser de sammensatte rettsætninger i sine elementer og fører derved retslæren tilbake til et forholdsvis litet antal elementære begreper, ut fra hvilka igjen hele retten kan deduceres. Mens den ældre retsvidenskab saaledes behandlet en række særskilte kontraktformer uten at opstille almindelige kontraktregler av større omfang eller betydning, har den nyere retning gjort privatrettens almindelige del til en omfattende og inholdsrik del av systemet.”

¹⁷⁴ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22, nämner regeln i Kung Christians Danske lov 5–1–2, enligt vilken ”contracter [...] skulle holdis”.

¹⁷⁵ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22.

¹⁷⁶ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22.

¹⁷⁷ Hagerup, Til retvidenskabens metode s 22.

livet som begreppen skulle bestämmas,¹⁷⁸ inte tvärtom, och genom att på så vis ta fasta på det som där var gemensamt kunde man formulera det som var gemensamt för de rättsliga kontraktsfallen – vilket därmed var karaktäristiskt för kontraktsbegreppet, och vägledande för andra fall.¹⁷⁹ Den grundläggande logiken var därmed, för Hagerup som för andra, att lika fall skulle behandlas lika,¹⁸⁰ men att det gällde att identifiera vari en rättsligt relevant likhet bestod – och begreppens roll var att utgöra ett hjälpmedel härvidlag.¹⁸¹ Begreppen var alltså framförallt till för systematik och rättslig heuristik, snarare än för att härska över rättens praktik.

Hagerup framhåller därmed såväl livets betydelse för konstruktionerna, som konstruktioners betydelse för livet, i bemärkelsen det praktiska rättslivet, och han *betonar återkommande praktikens betydelse*.¹⁸² Han markerar också uttryckligen mot många av de drag av dålig juridik som den konstruktiva riktningen beskyllts för.¹⁸³

¹⁷⁸ Se ovan, och t ex Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 27: ”Man maa nemlig her aldrig tabe af syne [...] at den konstruktive metode uvægerligen kun har at hente materialerne til sin bygning fra det positive retsstof, saaledes som det lever og virker i det praktiske liv [...] De almene begrebskategorier kan ikke deduceres *a priori*, men maa findes ved en empirisk deduktion, hvis gjenstand dels er de positive retsregler, dels retslivets praktiske former.”

¹⁷⁹ Att detta var målet med konstruktionen framgår när Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 30, kritiserar dem som glömt bort att i första taget fråga efter en regels konsekvenser, och om en regel var nyttig och uppfyllde ett praktiskt behov.

¹⁸⁰ Jfr således Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 72 och 23 om den helt grundläggande betydelsen av att: ”sikre den lige Behandling af lige Forhold, som er Retfærdighedens Væsen, og som derfor maa være Rettens fornemste ideale Opgave.”

¹⁸¹ Jfr Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 33, om begreppens funktion ”at forhjelpe os” och ”give vejledning”, samt 41, och 32 där den relevanta likheten sägs ska vara ”væsentlig” (Är det bara jag som associerar till Goodhart?). Jfr även Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 67 f.

¹⁸² Jfr t ex Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 5, 7, 18, 23 och se t ex s 3, 12, 16, eller s 29, om att man måste ”undersøge, hvilke praktiske resultater” en bedömning föranledde, och att det var ”overordentligt vigtigt, ja nødvendig [...] for den videnskabelige konstruktion, at man besidder et indøvet blik for retsreglernes praktiske virkemaade saavel som et grundigt kjendskab til retslivets forskjellige former.” Se även s 43 ff, för Hagerup syn på förhållandet mellan teori och praxis.

¹⁸³ Se t ex Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 5 (”upraktiske problemer”), s 23 (”ufrugtbar scholastik og pedantisk bogstavsfortolkning”), s 28 f (om att aldrig gå så långt i sina abstraktioner att man tappar beröring med livets uppfattning), s 29 f (om vikten av att se också till rättstillämpningens praktiska konsekvenser), s 31 (om att en invändning ”af rent formel natur [vore] aabenbart uden al vægt i reel henseende”), s 32 (om ”hvilfarelsen” att ”tillægge de rent formale begrebsdeduktioner retsproducerende kraft”), s 33 f (om att begreppen aldrig kan överordnas lagen), s 35 (om ”abstrakte logiske spekulationer”, logicism, och att ”retsreglerne ikke er logiske størrelser men reale potenser, bestemte til at beherske livet og udfylde praktiske behov”), s 36 (om det problematiske i att grunda domsavgöranden på ”skjæv[a] systematiske begrebslutninger”), s 39 (om krystade resonemang), s 39 f (om möjligheten att fästa vikt vid ”«sagens natur»”, eller hvad Ørsted kaldte »dovens aand», numer skulle man nog säga »rättspolitiska ändamålsöverbäganden”), s 42 (om vikten av ”fasthed og ensartethed i retsanvendelsen”), och s 46 (om ”at de almene retssætninger aldrig kan anvendes mekanisk”). Det finns några till exempel, men det kan räcka så, och notera

Hagerup vidgår att *det funnits konstruktionsjurister som gått bort sig*. Det fanns de som hade ”förveksle[t] begrepsbestemmelse med definition”, vilken bara var ”et symptom paa begrepskonstruktionen, ikke denne selv”,¹⁸⁴ och de som ägnat sig åt abstrakta ”logiske deduktioner,” som egentligen var ”irrelevante for spørgsmaalet om vad der er gjældende ret”,¹⁸⁵ alternativt glömt ”tingen, for navnet” och sedan inlätit sig i meningslösa semantiska strider.¹⁸⁶ Dylika snedsteg hade bidragit till att i mångas ögon: ”diskreditere den hele begrepskonstruktion som en tom og upraktisk tumlen med ord.”¹⁸⁷

Även om sådana missgrepp hade bidragit till riktningens vanrykte,¹⁸⁸ så menade dock Hagerup att *vanryktet byggde på en fallasi*: Egentligen rörde det sig endast om några vilsefarna enskilda företrädare och olyckliga udvækster,¹⁸⁹ och inte om något som var karaktäristiskt för riktningens kärna, eller del av dess paradig.¹⁹⁰

Hagerup skriver också uttryckligen att det er *en ”vildfarelse*, for hvilken den konstruktive metode har været udsat,” *att den ”ville tillægge de rent formale begrepsdeduktioner retsproducerende kraft”*.¹⁹¹ I verkligheten var ju detta bara naturrättens villfarelse i en ny tappning:¹⁹² Lika lite som de absoluta förnufts-

alltså, hur Hagerup, som bekännande konstruktionsjurist, ansåg formalistiska, mekaniska och alltför abstrakta drag problematiska. Därmed kan man väl sluta sig till att han rimligen aldrig skulle skriva under på senare kritiska karaktäriseringar av den konstruktiva riktningen om de liknar dem som anspelas på vid noterna 84 ff ovan.

¹⁸⁴ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 27. Jfr, vagt, Sandgren, Teoribildning och rettsvetenskap, JT 2004/05 s 301: ”Inom juridiken används ömsom ’begrepp’ ömsom ’definition’ ömsom ’term’ utan att någon saklig skillnad nödvändigtvis åsyftas. Detta kan vålla missuppfattningar, varför de tre bör hållas i sär.”

¹⁸⁵ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 35.

¹⁸⁶ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 26 f.

¹⁸⁷ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 26 f.

¹⁸⁸ Jfr Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 135, och, mer kritiskt, Stang, Innledning til formueretten (3 uppl 1935) s 158 f.

¹⁸⁹ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 35. Jfr även Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 135: ”Den konstruktive retsvidenskab har imidlertid ogsaa sine farer. Den frister til at utlede den enkelte retsregel av et almindelig princip, i steden for omvendt at utlede princippet av de enkelte retsregler. Mange nyere forfattere har ligget under denne fristelse, og har derved vakt den forestilling, at den konstruktive retsvidenskab er en fornyelse av naturretens aprioriska metode. Dette gjælder imidlertid ikke metoden selv, men kun missbrukene av den.”

¹⁹⁰ Jfr engelskans uttryck ”A few bad apples doesn’t spoil the bunch”, som argumentationsteoretiskt kan beskrivas som att det bygger på refuterandet av en förment förfelad generalisering, vilken skulle gå ut på att förekomsten av några dåliga instanser bevisar att hela massan är dålig. Använd på det sättet skulle det kunna sägas röra sig om *en retorisk fallasi, i form av en falsk induktion*, vilken alltså refuterar. (Jfr kopplat till strawman-strategier i not 31 ovan.)

¹⁹¹ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 32. Min kurs. Jfr Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TFR 1915 s 64 ff. Se även vid not 172 ovan. Se även Stang, Norsk formueret I : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 135 (cit i not 189 ovan).

¹⁹² Se Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 32 och jfr vid kring 140 och 161 ovan. Man kan också erinra sig det sätt på vilket begreppsjurisprudens och naturrätt nuförtiden ofta sammanförs baserat på en föreställning om att de bygger på ”samma missförstånd” eller liknande – varvid man

kategorierna, olika ekonomiska konsekvenser eller etiska principer kunde ha någon självständig betydelse ”som retskilde udenfor og over loven”, kunde begreppen ha det.¹⁹³ Man kunde aldrig säga att en regel gällde eller inte gällde, bara därför att den var begrepps förenlig eller begreppsstridig.¹⁹⁴ Begreppen tjänade till att ge vägledning, inte till att i sig legitimera lösningar, i bemärkelsen konkreta utfall. Man hade att konstruera begreppen utifrån lag, sammanställningar av olika regler,¹⁹⁵ eller med hänvisning till kontraherande parters antagna vilja (id quod actum est),¹⁹⁶ och det var *begreppens indirekta referens till sådana positiva källor som kunde legitimera ett visst utfall – inte begreppen i sig*.¹⁹⁷

Som nämnts bedrev Hagerup motkritik, mot sina föregångares föga förstående kritik mot konstruktionsjuridiken. En god bit in föreläsningen tar han, vid det laget väl uppvärmd, helt bladet från munnen, och bekänner sin mening, till den publik som vid det laget antingen redan blivit stämd till mottaglighet för hans idéer, eller aldrig skulle bli det. Han tar sig licens till en rättfram ärlighet,¹⁹⁸ och säger:

alltså allt annat än tagit till sig det som var Hagerups poäng.

¹⁹³ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 32. Hagerup utvecklar sin syn på analogier och vad domaren har att göra när den ställs inför en (synbarligen) oreglerad fråga, i Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 16ff, ssk s 43 ff (i hög grad rör det sig om polemik mot ”den nyere friretslige Skole”, vartill Hagerup räknade bl a Stang).

¹⁹⁴ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 33 (bl a även: ”Begrebskonstruktionen kan vel lede til en berettiget kritik af loven, men aldrig til en tilsidesættelse af den.”). Jfr dock, möjligen, Hästad, Rättstillämpning i strid mot lag, Vb Adlercreutz 2007 s 167 ff, på s 171 f, ang NJA 1997 s 211 där ”Majoriteten beaktade [...] den grundläggande konstruktionen av enkla bolag” (min kurs), samt om den möjliga vikten av ”att ett enkelt bolag inte är en juridisk person” (jfr f ö Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 67). I de sammanfattande synpunkterna på s 179 f betonar dock Hästad framförallt ändamålsskäl, och formulerar sig i anslutning till 1997 års fall, snarare än i konstruktionsstermer, i termer av att ”andra lagbestämmelser eller principer” där talade för en tillämpning i strid mot lag.

¹⁹⁵ Jfr det sätt på vilket man ofta, än idag, legitimerar allmänna rättsprinciper genom ett slags induktiv operation, med hänvisning till att en viss regel verkar återkomma på olika ställen. Se Bd 1 kring och i not 31, samt s 558 ff.

¹⁹⁶ När Hagerup skriver *id quod actum est* (≈sådan den är) så anspelar han på en gammal latinsk tolkningsmaxim, som brukat beskrivas som att man ska efterforska den verkliga vilja, på ungefär det sätt som gäller enligt § 133 BGB. Jfr så Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Re tog Retsanvendelse, TfR 1915 s 27 f och 75. Se om BGB:s regel t ex Bd 1 s 479 m hänv.

¹⁹⁷ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 33. Jfr i not 194 ovan, samt, färskt och parallellt, Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 88: ”[Den aktuella] läran utgår visserligen från ett antal begrepp [...], men lösningarna baseras inte på begreppen. Begreppen öppnar istället dörren till avtalsrätten (i vid mening) och dess normativa övervägningar.”, och, underförstått Schytzer, det är sedan på dessa som lösningen baseras – inte på begreppen som sådana.

¹⁹⁸ *Licentia* (gre: parrhesia) är alltså en retorisk figur som har formen av en ärlig rättframhet (eller att man ursäktar sig för sin frispråkighet). Figuren ska vara särskilt effektiv när man talar till dem som har makt över en, och alldeles särskilt när man ska tillrättvisa dem (t ex auditoriet i Kristiania) eller någon de håller kär (t ex Schweigaard). Det menar åtminstone den bortglömde författaren till Ad Herennium, se där 4.48. (Jfr Quintilianus, mer intetsägande, påpekanden i Institutio oratoria 9.2.27.)

”Begreppsjurisprudensen” och den konstruktiva riktningen

”Altsaa, jeg mener, det er en fuldstændig selvskuffelse, naar man tror, at nogen jurisprudents kan undvære abstrakte retsbegreper.”¹⁹⁹

Abstrakta begrepp är helt enkelt oundgängliga, menar han alltså, och tillägger att såväl praktiken som historien ger honom rätt, då:

”i virkeligheden ingen jurisprudents kan eller har kunnet undvære dannelsen af visse almindelige abstrakte begreber.”²⁰⁰

I sammanhanget ser han dock till att precisera sin mening mer noggrant (möjligen som ett sätt att ta udden av det som annars kunde verka väl tillspetsat).²⁰¹ Han preciserar sålunda:

”Forskjellen mellem en jurisprudents, der anvender den konstruktive metode, og en, der ikke anvender den, er blot den, at den sidste operer med begreber uden at prøve dem og uden at se dem i sin sammenhæng, den første sætter sin opgave netop i at underkaste disse begreber en indgaaende kritik og derved redegjøre for deres oprindelse og indhold for derefter at anskue dem i lys af deras indbyrdes systematiske sammenhæng.”²⁰²

Med andra ord: Den konstruktiva riktningen tar begreppen på allvar, i deras begreppslighet, samt *reflekterar öppet och kritiskt över begreppens innehåll, inklusive deras förhållanden till varandra*, inom ramen för ett övergripande teoribygge i form av ett system.²⁰³

Hagerup lägger också en del utrymme på att *artikulera sin systemförståelse*, som var en central byggsten i hans rättsteoretiska katedral. Rättsreglerna skulle inte ses ”isolerade, men i deras systematiska sammenhæng, ikke som en broget mangfoldighed af uensartede, mere eller mindre vilkaarlige bud, men som anvendelser

Också grekiskans parrhesia kan användas om figuren, men licentia tycks vara en bättre term, dels därför att ordet har konnotationer av att tillåta sig något, dels då parrhesia har vidare konnotationer och en delvis annan klangbotten. *Parrhesia* var nämligen ett centralt element i den antika demokratin, närmast jämförbart med yttrandefrihet, men starkare än detta nu ganska urvattnade begrepp. Kynikern Diogenes var t ex en legendarisk parrhesiastes, alltid frimodigt plump med att säga just vad han tyckte, då det var sant och han visste att det var sant. Termen har också plockats upp av Foucault som genom en serie verk (främst föreläsningsserien som finns översatt under titeln *Discourse and Truth* samt *The Courage of Truth*) kommit att göra ordet till kännetecken för ett idealiserat modus att tala sanning till makten: ett konstlöst, ärligt, och modigt sanningssägande till dem som är ens överordnade (varvid överordnandet förstås ska förstås mot bakgrund av Foucaults maktstudier, och således ingalunda behöver vara formellt).

¹⁹⁹ Hagerup, *Til retsvidenskabens metode* s 37. Jfr Stang, *Norsk formueret I* : Indledning til formueretten (1 uppl 1911) s 133 f och 135, samt Stang, *Innledning til formueretten* (3 uppl 1935) s 157: ”En videnskap kan imidlertid ikke tenkes uten systematikk, heller ikke kan nogen videnskap undvære begreper og begrepsanalyse.”

²⁰⁰ Hagerup, *Til retsvidenskabens metode* s 35 f.

²⁰¹ Jfr Ad Herennium 4.49, om sådana ibland oundgängliga förmildrande tekniker (*mitigationibus*).

²⁰² Hagerup, *Til retsvidenskabens metode* s 36.

²⁰³ ”Begrepp är viktiga i detta [rättsvetenskapliga] sammanhang därför att de är byggstenar i teoribildningen.”, säger Sandgren, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT 2004/05 s 301.

eller variationer af visse enkle grundformer”, som ger os ”midlerna til baade fuldkomnere at beherske og sikrere at anvende dem.”²⁰⁴ Framförallt betonar Hagerup vikten av god systemsättning,²⁰⁵ till undvikande av kategorimisstag,²⁰⁶ och som ett medel att lättare behärska rättstoffet.²⁰⁷ Han håller sig dock till sådana generella synpunkter, snarare än att i detalj utveckla hur det rättsliga systematiseringsarbetet konkret kan tillgå. Den för Hagerup viktiga poängen, i föreläsningen, är därmed inte exakt hur systemet i detalj ser ut – därtill förhåller han sig främst genom att på armlängds avstånd anknyta till von Jhering,²⁰⁸ och närmare till Windscheid, varvid det framgår att det i stort sett handlar om att det bör finnas en hyfsat allomfattande analytik, där alla rättsliga problem ska kunna inordnas i något slags analytiskt träds grenverk.²⁰⁹ Snarare än att ta sikte på de konkreta detaljerna är alltså Hagerups poäng endast att det *måste finnas ett genomtänkt system, och att varje generation rättsvetare har att vårda detta*, till undvikande av dess förfall. Systemvärden borde också inbegripa att inordna tillkommande nya fenomen kontinuerligt i systemet.²¹⁰ Arbetet med att inordna nyheterna var också ägnat att fortlöpande pröva systemets lämplighet och hållbarhet,²¹¹ då man genom inordningsförsöken kunde identifiera eventuellt uppkommande behov av omformuleringar eller av att konstruera nya begrepp.

Begreppsutbildning och systematiseringsåtgärder var kort sagt nödvändiga, enligt Hagerup. För att då börja återknyta till vår början i detta avsnitt, kan sägas att Hagerups inflytande på juristernas begreppsideoologi blev begränsat. Hans gärning tillhör undantagen i en nordisk rättstradition som i övrigt ofta

²⁰⁴ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 37 f.

²⁰⁵ Om man vill så kunde man därmed, via Hagerup, etablera intellektuella kopplingar mellan pandektisterna och t ex Lindskog och/eller Söderlund, då de två samtida rättsvetarna ofta betonat vikten av en god systemsättning. Se t ex Söderlund, Konkursrätten, passim, t ex s 35, och Lindskog, Betalning 2 uppl s 29 f samt s 645 ff; Lindskog, Vilken vikt bör i rättstillämpningen läggas på lagstiftarens synpunkter i och utom lagstiftningsprocessen, NJM 2011 (39:e mötet) s 805 ff, på s 809 f; jfr även tillägget i NJA 2011 s 524, p 26, 43.

²⁰⁶ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 38 f.

²⁰⁷ Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 41.

²⁰⁸ Hagerup anknyter återkommande till von Jhering, som uppenbarligen var en viktig tänkare för honom. Apropå system anknyter han (Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 38, 41, jfr s 31 och 21) framförallt till von Jhering, Geist des römischen Rechts, ssk Del 2 bd 2. Jfr även Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 64 f.

²⁰⁹ Se Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 22 och 23 m hänv t Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd 1 § 24 (i 8 uppl s 93 ff), där Windscheid artikulerar en sådan analytik för rättsbegreppen. Osökt kan associationen gå till Rodhe, Några reflexioner rörande förmögenhetsrättens systematik, Fs Karlgren s 274 ff, då han på s 278 om rättslitterära verk framhåller att: ”Prövostenen på att en systematik fyller sin funktion är dels att författaren lyckas med systematikens hjälp placera samtliga de företeelser inom den ram han dragit upp för framställningen, dels att läsaren lyckas följa författaren på hans väg och med systematikens hjälp finna de detaljupplysningar han söker.”

²¹⁰ Se Hagerup, Til retsvidenskabens metode s 25.

²¹¹ Notera att begreppsrealismen (jfr vid not 124 (ff) ovan) alltså inte innebar ett antagande om att de universella begreppen redan var uppställda. Man hade att (för evigt, tror jag) fortsätta försöka närma sig dem. (Jfr Hagerup, Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse, TfR 1915 s 36 f m not 1 på s 37. Jfr även a a s 65 f.) Se vid not 129 ovan.

varit principfast i sin pragmatism. Pragmatismen tillhör vårt äldsta arv,²¹² och i den mån diskursen förändrats sedan hans tid, så har det inte varit i någon begreppsbejakande riktning.²¹³ Det är inte helt rättvisande,²¹⁴ men för bombasmens skull *skulle Hagerup kunna beskrivas som ”den sista stora konstruktionsjuristen”*, ty under 1900-talet kom den nordiska rättsvetenskapen att utvecklas i en mer begreppsfientlig riktning.²¹⁵

Som vi varit inne på är det denna utveckling som lett till att utpekandet av något som ”begreppsjurisprudens(!)” kan fylla en ofta effektivt refuterande funktion. Den numer *gängse ideologin är därmed ägnad att minska den uppfattade trovärdigheten av begreppsbasead argumentation*. (Alltså: Om man kommer på argumentation med att vara begreppslig, och påpekar detta, eller bara beskyller något man ogillar för att vara begreppsjurisprudens, så kan denna rättsretoriska gest effektivt motverka att det utpekade övertygar, och det i gesten nedlagda anatemat kan därmed vara effektfullt, inom ramen för samtida argumentation.)

Ett ganska klart exempel på, och problematisering av, de diskursiva spänningar som omger fenomenet begreppsbasead argumentation finns i den linjärt ledande Jonatan Schytzers färska doktorsavhandling *Fordrans uppkomst inom insolvensrätten* (2021).

I avhandlingen undersöks det tema titeln utvisar. Huvudsakligen sker detta genom studier av olika ”argumentationslinjer” som förekommit, främst i praxis och litteraturen.²¹⁶ Schytzer finner sin ingång till uppkomstproblematiken i det uppmärksammade rättsfallet NJA 2009 s 291.²¹⁷ Detta avgörande kan sägas innefatta ett diskursivt brott, då HD – på bekostnad av vad som innan fallet kunnat uppfatta som en dogmatisk tradition –²¹⁸ ger en senare doktrinär utveckling genomslag i praxis, genom att uttryckligen anvisa att en alternativ ny rationalitet

²¹² Åtminstone brukar det påstås, och påståendet kanske sedan beläggas med hänvisning exempelvis till att de gamla landskapslagarna kasuistiskt reglerade endast vissa uppfattat viktiga frågor, istället för att uppställa mer generella och/eller abstrakta regler.

²¹³ Jfr på temat och hyfsat närliggande Blandhol, *Rettspragmatismen* i Fredrik Stangs, Ragnar Knophs og Gunnar Astrup Hoels forfatterskap, TfR 2004 s 1 ff.

²¹⁴ Som anmärkts, i Bd 1 s 293 f, ägnade Phillips Hult energi åt frågan om hur avtal om försäkring av tredjemans intresse skulle konstrueras, i Hult, *Bidrag till läran om försäkring av tredje mans intresse* (1927) s 140 ff. Han gör det då också explicit till en konstruktionsfråga.

²¹⁵ Jfr Sandgren-citatet i not 270 ovan.

²¹⁶ Se Schytzer, *Fordrans uppkomst inom insolvensrätten* s 83 ff. Han undersöker i första hand den s k villkorläran (s 90 ff), principen om den väsentliga grunden för fordran (a a s 110 ff), syftes- och ändamålsbaserad funktionalistisk argumentation (s 137 ff) samt systemargument (s 164 ff).

²¹⁷ Se Schytzer, *Fordrans uppkomst inom insolvensrätten* s 25 ff, 83 ff (och passim).

²¹⁸ HD:s avståndstagande till läran om den väsentliga grunden för fordran synes lämpligen kunna förstås i ljuset av att läran, innan avgörandet, kunde uppfattas vägledande (låt vara att den, efter Welamson, brukat beskrivas som ”skäligen intetsägande”, se Welamson, *Konkursrätt* s 442, och jfr t ex Håstad, *Sakrätt* s 419 (”ofta ganska intetsägande”), eller Söderlund, *Konkursrätten* s 317 ff, och s 370 (”temat ’fordringens väsentliga grund’, vad nu det skall innebära”). Se dock numer alltså främst Schytzer, *Fordrans uppkomst inom insolvensrätten* s 110 ff (jfr även bl a s 29) m v hänv.

ska vara bestämmande för *hur man bör resonera i frågan om fordrans uppkomst*.²¹⁹ HD har i flera senare fall också förhållit sig till denna anvisning.²²⁰ Därmed har domstolen (för att ansluta till Schytzers föredragna uttrycksform:) pekats ut vilka linjer argumentationen bör följa.²²¹

Schytzers ansats går dock alltså i huvudsak ut på att inventera och följa de olika argumentationslinjer som förekommer i källmaterialet.²²² Han ger därvidlag uttryck för en pluralistisk öppenhet,²²³ och en försiktig, konsekvensprövande hållning, varvid han ofta undviker att kategoriskt ta ställning för eller emot de olika linjer som förespråkats.²²⁴ (I slutändan presenterar han en egen ny modell, men den sätts i förbindelse med traditionerna, snarare än att framställas som en fundamental nyordning.)²²⁵ I sammanhanget kan nog dock *redan undvikandet att ta ställning ses som ett ställningstagande*.

Schytzer anknyter nämligen återkommande till *det nedärvda motsatsparet funktionalism–substansialism*.²²⁶ Det är därigenom som han illustrerar de ovan omtalade spänningarna kring fenomenet begreppsaserad argumentation. Dessa två -ismer brukar nämligen ställas emot varandra, och anses representera två skilda tanke-traditioner, eller tankestilar, där man resonerar på olika sätt.²²⁷ Om den första av -ismerna skriver han att: "[n]ågra kännetecken för funktionalismen [vilka] särskilt [brukar] framhållas[, är] att begreppen inte får diktera de rättsliga lösningarna, att lösningarna ska baseras på och anpassas efter de skäl som gör sig gällande i den relevanta situationen samt att konsekvenserna (funktionerna), som en viss tolkning får till följd, ska beaktas."²²⁸ Därmed är *funktionalismen, vad gäller dess*

²¹⁹ Se NJA 2009 s 291 och jfr Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 25 ff, 40 ff, 83 ff och s 172 ff, ssk s 187 ff.

²²⁰ Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten (bl a s 25, jfr s 41), nämner NJA 2013 s 725 (se p 5 (ff)), NJA 2014 s 537 (p 4), NJA 2016 s 661 (p 7), NJA 2019 s 941 (p 16) och NJA 2020 s 526 (p 11 (ff)) samt HFD 2016 ref 62, vilka sedan behandlas på olika håll i boken.

²²¹ Terminologin berörs på s 88 f, där det framgår att termen argumentationslinje kan nyttjas "för att kategorisera vissa argument vilka (helt eller delvis) kan användas för att nå från fråga till svar": "Argumentationslinjerna ger alltså inte bara uttryck för att olika argument används, även frågans formulering skiljer sig åt. Argumentationslinjerna fästs i olika utgångspunkter, de tillhandahåller en linje som argument kan följa, och de når (emellanåt olika) slutpunkter genom de svaren på frågan om fordrans uppkomst de ger. De kan liknas vid olika vägar som kan leda till olika platser."

²²² Se Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 83 ff, 90 ff, 110 ff, 137 ff, 164 ff och 172 ff.

²²³ Jfr Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 31 ff och t ex s 329: "I avhandlingen är utgångspunkten mer pluralistisk." Jfr dock a a s 66.

²²⁴ Jfr Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 31 ff, 40 ff, och 172 ff, ssk s 205 ff (bl a: "Det finns alltså en spänning mellan den allmänna bild som [HD] framhållit [genom i första hand NJA 2009 s 291] i frågan om fordrans uppkomst och den bild som har framkommit här. Funktionalismen kan inte sägas vara den enda argumentationslinjen i frågan om fordrans uppkomst. Rättsläget är mer komplext än så. [...] Poängen i kapitlet har heller inte varit att vi ska bortse från funktionalismen. Poängen i kapitlet har snarare varit att vi inte heller kan bortse från de andra argumentationslinjernas och argumentens inverkan").

²²⁵ Se Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 485 ff.

²²⁶ Se Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten, passim, bl a s 83 ff, 141 ff och 172 ff.

²²⁷ Se, utöver Schytzer, t ex referenserna i not 237 nedan.

²²⁸ Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 86 m v hänv. Jfr även a a s 175, där fler av funktionalismens framhållna förtjänster nämns: "frågorna delas upp och behandlas utifrån de skiftande intressen som gör sig gällande i olika situationer [...] En funktionalistisk bedömning sägs också medföra att hänsyn tas till dynamiken i ett föränderligt samhälle, genom att bedömningen baseras på intresseavvägningar, reella behov och faktiska konsekvenser [...] därtill led[er den] till

föredragna former, förbunden med den realistiska traditionen och nordiska pragmatismen. (De senare brukar ju framhålla ungefär samma saker, som sina styrkor.)²²⁹ Givet HD:s resonemang i domskälen i NJA 2009 s 291 finner han också att: ”[f]unktionalism förefaller [...] vara en lämplig term för den argumentationslinje [HD där kom att] förord[a].”²³⁰ I avgörandet gör nämligen HD åtskilligt av det som karakteriserar en funktion-alistisk tillnärmning. Fallet representerar därmed en diskursiv förskjutning, mot ett funktionalistiskt förhållningssätt, konsekvent med vad man förordat i rättsvet-enskapen.

Substansialismen, å andra sidan, anses karakteriserad av det motsatta (vilket alltså, om man bara spegelvänder Schytzers beskrivning av funktionalismen, vill säga att: begreppen får diktera lösningarna, som inte behöver baseras på eller anpassas efter de skäl som gör sig gällande i den relevanta situationen, och det är heller inte nödvändigt att beakta de konsekvenser (funktioner) som en viss tolkning får till följd).²³¹ Det var alltså med denna substansialistiska tankestil HD signalerade ett brott, i 2009 års fall. Brottet kom egentligen inte som någon överraskning. Schytzer skriver: ”I begreppsparet funktionalism–substansialism har [nämligen] substansialismen en negativ klang”; den ”brukar ofta pejorativt betecknas som begreppsjurisprudens – och den ska vi verkligen inte befatta oss med!”²³² *Substansialism knyts alltså samman med begreppsjurisprudensen*, och det är därmed följdriktigt att man velat bryta med substansialismen, i linje med den hävdvunnet kritiska hållning som utgör bakgrund också till det innevarande delkapitlet av den text du nu läser.

Användningen av *begreppsparet funktionalism–substansialism är dock i sig del av den funktionalistiska traditionen*.²³³ De två -ismernas existens och karaktäristika betingas av det funktionalistiska paradigmet,²³⁴ vars hållning implicerar ett slags ”vi och dem”-tänk. Följdriktigt har man från funktionalistiskt håll tenderat att inta en ganska oförstående hållning till ”substansialismen”, som alltså hänförs till ”dem” och då kommer att betraktas närmast som en föga förtjänstfull Annan^{235,236}

flexibilitet samt till att materiella hänsyn kan beaktas.” Noter uteslutna.

²²⁹ Jfr (dock) i not 260 nedan.

²³⁰ Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 86 m v hänv.

²³¹ Se i not 228 ovan. Jfr även Schytzer, a a, bl a s 146 f, 206, och 175 f. ”Från funktionalistiskt håll kritiserar substansialismen. Bl[a] för att substansialistiska *enbetslösningar* inte tillåter att de *mångfaldigt* skiftande intressena, som gör sig gällande i olika situationer, kan beaktas. Det sägs att substansialismen baseras på de abstrakta, föregivna slutledningarna, i vilka det inte kan tas hänsyn till dynamiken i ett föränderligt samhälle. Substansialismen anses till och med leda till verklighetsfrämmande lösningar [...] argumenten *mot* substansialismen utgör en spegelbild av argumenten *för* funktionalismen.” Noter uteslutna.

²³² Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 87, jfr s 176.

²³³ Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 86 f, och 175 ff, bl a: ”Substansialismen kritiserar helt enkelt för att inte vara funktionalismen. [...] vi underkänner substansialismen med utgångspunkt i funktionalismen, trots att substansialism uppenbarligen inte är funktionalism. Kanske är det omöjligt att se på vad som *påstås* vara substansialism på ett annat sätt.”

²³⁴ Så Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 175 f. Jfr Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 456 ff, och Bd 1 s 292 f.

²³⁵ Se om Annan-begreppet t ex Staszak, Other/otherness, International Encyclopedia of Human Geography.

²³⁶ Det är, får jag för mig tydligt, i en anmälan av en annan samtida Uppsalaavhandling, nämligen Mellqvist, Anm av Keller, Konkurs och process, SvJT 2021 s 134 ff. Keller hyllas för sin konsekventa funktionalism (a anm s 139 f), efter att Mellqvist satt stämningen med en redogörelse för gamla minnen från Fakulteten (s 138): ”På Juridicum fick man som student tidigt lära sig att ”be-

Givet funktionalismens dominerande ställning, särskilt i den nordiska insolvensrättsliga tradition till vilken Schytzer vänder sig,²³⁷ innebär därmed hans underlåtenhet att själv bekänna sig till funktionalismen ett slags ställningstagande. Detta ställningstagande kan inte gärna anses ske till förmån för funktionalismen, och redan det måste nog, sett från funktionalistisk synvinkel, vara tveksamt. Givet sin uttalade pluralism skulle dock Schytzer sannolikt protestera mot eventuella beskyllningar om att han därmed tagit ställning för ”substansialismen”,²³⁸ som alltså delvis, inte minst vad gäller dess brister, med viss överdrift, skulle kunna kallas för en funktionalistisk fantasiföreställning.²³⁹ Urskiljandet av brister betingas alltså av att betraktaren redan anammat det funktionalistiska paradigmet,²⁴⁰ och retoriskt skulle den funktionalistiska hållningen mot substansialismen kunna beskrivas som ett slags antirrhetik, ägnad att definiera den egna gruppen och legitimeras dess verksamhet.²⁴¹ Den i funktionalismen baserade dikotomiseringen, kunde Schytzer säga, må inbjuda till ett tänkande i termer av ”vi” och ”dem”,²⁴² men det innebär inte att den som underlåter att inordna sig i kollektivet ”vi” måste känna sig bunden av viets eventuella bud om att ”du är antingen med

greppsjurisprudens’ var något fult och förkastligt. Varför det ansågs vara på det viset svävade man dock till stora delar i okunnighet om. Per Olof Ekelöfs teleologiska metod var däremot något som man skulle lära sig att omhulda – och det inte bara inom processrätten. Ändamålsstyrda principer och resonemang var – och är alljämt – ymnigt förekommande inom juridiken; ofta med all rätt.” Det ska här kanske sägas att Mellqvist inte verkar helt övertygad om funktionalismens fundamentala förtjänstfullhet. Det hindrar dock inte att han ger ett tydligt exempel på hur begreppsjurisprudens (eller substansialism) kan ses som funktionalismens mindre värdefulla motsats.

²³⁷ Se Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätt, t ex s 175 och s 141 ff, och t ex Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen : Nordisk funktionalism möter kontinental substansialism, bl a s 168 ff. Jfr även t ex Martinson, Något om behoven att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen, Fs Millqvist s 461 ff (med viss bibliografi på s 462 f. Se även Schytzer, a a not 416 ang Martinson); Håstad, Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor, JT 2002/03 s 745 ff, ssk s 753 ff; Göranson, Traditionsprincipen s 421 ff; Andreasson, Intellekтуella resurser som kreditsäkerhet s 379 ff, samt J Samuelsson, Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, ERT 2009 s 63 ff.

²³⁸ Jfr Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 205 ff, inte minst s 206.

²³⁹ Jfr Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 206: ”’Substansialismen’ är funktionalismens bild av ett visst tillvägagångssätt. Bilden och verkligheten är dock inte ett och detsamma.”

²⁴⁰ Jfr Keller, Konkurs och process s 153 f, som är medveten om detta och vidgår att: ”Det sätt på vilket doktrinen [förr] närmade sig problemen skulle, *utifrån ett funktionalistiskt perspektiv*, kunna beskrivas som ’begreppsjurisprudens’ och den dåvarande synen på konkursens begrepp och rättigheter skulle idag kunna betecknas som substantiell.” (kurs ändrad.)

²⁴¹ Se om antirrhesis Bd 1 not 1336. Jfr även Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen : Nordisk funktionalism möter kontinental substansialism, bl a s 168 ff, där ”Torps presentation” vid NJM 1902 berörs. Presentationen ges ofta en framskjuten ställning eller hålls för att vara en formativ utgångspunkt för den nordiska funktionalismen (se a st, jfr t ex Schytzer, a a s 141 ff eller Rødvei Aagaard, Virkninger av formuerettslig ugyldighed s 70 ff, ssk s 77 ff, båda m v hänv). Sandstedt framhåller sedan presentationen som ”en viktig del av den nordiska självbildningen och något vi kan förenas kring. [...] Vi är inte substansialister – vi är funktionalister.”

²⁴² Jfr... kanske undertiteln till Martinson, How Swedish Lawyers Think about ”Ownership” and ”Transfer of Ownership” : Are We Just Peculiar or Actually Ahead s 69 ff? (Varom Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 87 not 187.) Alternativt se J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 289: ”Vad distinktionen begreppsjurisprudens/realism egentligen utsäger är, att man antingen kan tänka som vi gör, eller tänka galet.”

oss eller mot oss” –²⁴³ särskilt inte om underlåtenheten att inordna sig beror på ett avvisande av just den dikotomi i vilken budet baseras.²⁴⁴

Så. I den nordiska förmögenhetsrätten har det alltså länge funnits en anti-begreppsjurisprudensisk tradition, som har åtskilliga anknytningspunkter till den nordiska pragmatismen. Traditionen går långt tillbaka; Hagerup skulle

²⁴³ Det finns mängder av exempel på sådan retorik, som använts av allt från historiska personer som Vladimir Iljich Lenin (apropå arbetarnas politiska skolning) och George W Bush (apropå ”The War on Terror”) till filmskurkar som Gaston i Skönheten och Odjuret – ”Antingen är ni med oss, eller emot oss?”, utbrister han uppeldat, och burar in den sköna Belle med hennes far, för att ostört kunna jaga och döda Odjuret. Ett mer kreativt exempel finns i Cicero, Pro Ligario (XI, 33) där han till försvar för Ligarius åkallar Caesars egna ord: ”För vi har ofta hört dig säga, att medan vi hållit alla dem för våra fiender, utom dem som stått på vår sida, så har du räknat alla till de dina, som inte varit emot dig.”

²⁴⁴ För den obskyra tydlighetens skull utnyttjar sig Schytzer, på s 175, av ett ovanligt grafiskt stilgrepp i en rubrik, som (bortsett från teckenstorleken) ser ut så:

10.2 ~~Substansialism och funktionalism~~

De normativa avvägningar som argumentationslinjerna bygger på

Strecket över rubrikens tre första ord är inget korrekturfel. Snarare nyttiggör Schytzer en primitiv visuell retorik, medierad medelst en fint flertydig form, som kan förmedla flera olika poängar. Överstrykningar och genomstrykningar delar grafem (den visuella representationen i form av ett streck genom eller över under-/bakomliggande tecken). De kan dock, i olika sammanhang, fylla olika funktioner. Strykningar erbjuder en visualiseringsteknik med transparens-effekt (så Jacob, *The strikethrough : an approach to regulatory writing and professional discipline*, Legal Studies 2017 (vol 37) s 137 ff, på s 150). De förekommer också, bl a, vid redaktionellt arbete, när man föreslår ändringar i en text. De kan därmed ses som ett slags disciplinering: Strykningen illustrerar, som med en pennas spetsiga nedslag, att något raderas, men den gör det på ett transparent sätt, så att man ser både *att* något raderas och *vad* som raderas. Rent grafiskt är det ju inte bara borta, utan det ligger kvar där, under strecket. Genom strykningen blir det isolerat och framhävt, och därigenom signaleras att det som strukits över är olämpligt, eller oönskat, på ett sätt som kan under- och tillrättvisa, om t ex disciplinära konventioner. Det gäller särskilt när strykningar förenas med alternativa förslag, på det sätt som illustreras i Schytzers rubrik. Hans poäng tycks dock endast delvis parallell med sådana redaktionella och disciplinerande funktioner. Även om rubriken kunde läsas som en instruktion om att ”~~Detta, men inte detta~~, må skrivas!” (jfr Jacob a a s 140), så kan han inte gärna, annat än i synnerligen överförd betydelse, ses som ’redaktör’ för de sammanhang i vilka den strukna dikotomin kan figurera. Internt, inom bokens pärmar, fyller rubriken dock en först uppsamlande, bakåtsyftande funktion (på de föregående 174 sidorna har Schytzer återkommit, igen och igen, till dikotomin), och får sedan en framåtsyftande effekt: ”Nu – från och med nu – släpper vi den där dikotomin, och talar istället om problemen på ett annat sätt, genom att göra oss andra, mindre binära, frågor”, tycks den säga. Överstrykningen innebär uppenbarligen ett avståndstagande (rent grafiskt hamnar ju dikotomin under ett streck, som hamnar mellan läsaren och de strukna orden, och därmed ökar det metaforiska avståndet till desamma), och det ligger nära till hands att förstå det som ett förslag, också till andra, om att lämna dikotomin. Det kan då ifrågasättas i vad mån det finns någon direkt avsikt att disciplinera, genom det slags intellektuell våldsanvändning detta ord kan konnotera. För egen del är förevarande författare tveksam till att läsa in några sådana anspråk (det intrycket är dock ofrånkomligen präglad av kontexten och beror alltså bl a av framställningen i övrigt, liksom av att det framstår som mer än milt hybrisartat att försöka läxa upp ett helt forskningsfält och omdefiniera en central del av desamma, genom en ensam doktorsavhandling). I anledning av det humoristiskt oortodoxa sättet att göra poängen framstår det dock inte som alldeles avlägset att läsa in en liten satirisk udd, uppenbart insmuggen i rubriken – och alldeles oavsett får väl Schytzer läsas som ovillig att anamma den strukna dikotomin, vilket ju var poängen i brödtexten till denna not.

närmast kunna ses som ett undantag, från den allmänna tendensen, la *longe durée*.²⁴⁵ Om den begreppsfiendliga traditionen kan sägas innefatta en rörelse, så kan också denna rörelse sägas ha ägnat sig åt *opinionsbildningsarbete, med sikte på att forma opinio juris*. Arbetets intensitet kan då också sägas ha ökat, under 1900-talet.²⁴⁶ Genom att aktivt ta avstånd från historien, i den nybildande framåtandans namn,²⁴⁷ kom man då att, genom träget diskursivt förträngningsarbete,²⁴⁸ förändra vilka topiker som fann sådan doxisk förankring att de var tillgängliga för rättslig argumentation, och pragmatismen kom alltså med tiden att verka för ett (ytterligare) delegitimerande av begrepps-baserade juridiska resonemang.

I modernistisk anda kunde man se detta som en välgörande utveckling, och med en formenligt framstegsbetonande historieskrivning gestalta det hela som en positiv progression, mot ljusare tider.²⁴⁹ Det vore möjligen också konsekvent med en annan nutida doktorsavhandling, som, till skillnad från Schytzers nyss berörda sådana, går helt i funktionalismens tecken. Konkursprocessrättsaren Marek Keller markerar nämligen i sin tunga *Konkurs och process*, från 2020, uttryckligen mot substansialistiska tankegångar, som ”ett föråldrat sätt att närma sig enskilda problem”.²⁵⁰ ”Det moderna funktionalistiska synsättet” bygger istället på att arbeta med ” ’mellanbegrepp’ ”, och att dela upp frågorna i ”knippe[n]”,²⁵¹ varvid de därigenom differentierade ”olika frågorna ska besvaras utifrån en avvägning av de olika hänsyn som gör sig gällande vid respektive fråga.”²⁵² Det rör sig alltså om en modern utveckling som medfört en distansering från allt gammalt nys. Avståndstagandet är dock ännu ofulländat: ”Utrensningen av kvarlevorna av begreppsjurisprudensen har emellertid inte blivit fullt genomförd.”²⁵³ skriver Keller, och synes sedan föresätta sig att bidra till utrensningen, genom en åtskilligt klagörande undersökning som fakultetsopponenten hyllade för dess principfasta ändamålsorientering och konsekvent genomförda funktionalism.²⁵⁴

Även om det finns undantag – och även om antalet sådana verka öka med tiden –²⁵⁵ så får det alltså sägas ha varit modernt att ta avstånd från ’äldre,

²⁴⁵ Jfr t ex om Schweigaard och Ørsted vid not 62 ff ovan, men traditionen går längre än så.

²⁴⁶ Se härom Bd 1, kap 4.

²⁴⁷ Jfr t ex om Lundstedt, i Bd 1 s 327 ff.

²⁴⁸ Jfr Ricouer, *Minne historia glömska* s 600 ff, ssk s 603 ff, och Bd 1 s 456.

²⁴⁹ Jfr Bd 1 s 599 f m not 2355.

²⁵⁰ Keller, *Konkurs och process* s 279.

²⁵¹ Jfr Bd 1 s 684 f(f).

²⁵² Keller, *Konkurs och process* s 279.

²⁵³ Keller, *Konkurs och process* s 279.

²⁵⁴ Mellqvist, Anm av Keller, *Konkurs och process*, SvJT 2021 s 134 ff, ssk s 138 f: ”Inte minst konkursrätten är i hög grad beroende av funktionella lösningar [...] Marek Keller är emellertid mycket stringent som funktionalist. Som redan sagts är hans funktionalistisk och ändamålsbetonade synsätt en genomgående röd tråd i avhandlingen.” (Jfr även i not 236 ovan.)

²⁵⁵ *Trendspaning*: Man kan få för sig att det håller på att vända, då det med tiden tycks bli fler författare (i regel yngre sådana) som intar en mer avvaktande hållning till det ärvda imperativet om att akta sig för all begreppsjurisprudens. Se sålunda i vart fall J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning*, bl a s

mer substantiella’ och därmed ’formella’, ’begreppsliga’, sätt att resonera i rättsliga frågor. Begreppskepsisen har varit en del av tidsandan i det realistiska 1900-talet.²⁵⁶ Det har varit ett intellektuellt mode, som präglat rättskulturen, och som kvarlever in i vårt ännu unga 2000-tal.

Förevarande författare är av uppfattningen att *motsättningen mellan form och pragma kan gestaltas som såväl tidlös,²⁵⁷ som evigt återkommande i juridiken,²⁵⁸ och kanske även annorstädes;²⁵⁹ de repetitiva motsättningar som gör sig gällande*

140 m not 393, 204, 283 f eller 289 (jfr även i not 40 ovan); (jfr möjligen även Söderlund, Konkursrätten s 27, 48 pch 121;) Bellander, Rättegångskostnader s 41 ff, 100 ff; Bd 1 s 103, 292 ff; Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 128 f, 134 f och 141 ff; Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten s 145 och 176 m not 525 (se även vid noterna 216 ff ovan); Oulis, Värdeersättning vid återgång s 154 och 592, samt Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten s 95 ff. En återkommande poäng är att *olika distinktioner i praktiken spelat roll, alldeles oavsett om detta är att betrakta som begreppsjuridiskt eller inte*. Jfr även ur norsk litteratur Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover (2000) s 82, där han talar om ”En tendens [...] till rematerialisering av de juridiske begreper. Innenfor et fagfelt jeg kjenner godt, forvaltningsretten, er denne tendensen tydelig. [...] Formelle begreper fylles med substans” (s 82). Denna utveckling är ett resultat av rettsforskningen ”har gnagd på røttene till rettsrealismen” (s 64) och innebär alltså en omorientering i relation till den länge dominerande realismen, jfr a a s 50, 52 och 54 ff): ”Teorien bør ikke føle seg bundet av realistsens bud om å avmaterialisere de rettslige begrepene, fordi rettsanvenderen kan få bedre veiledning for sine vurderinger gjennom generaliseringer og tydeliggjøring av hvordan forskjellige vurderinger kan stå i sammenheng og konflikt med hverandre.” (s 84). Helt nyligen (2020) har Bergslid Salvesen, Kreditorvern s 392, gjort en liknande spaning, med avseende på förmögenhetsrätten (jfr cit i not 265 nedan) och fokus på betydelsen av distinktionen mellan obligationsrätt och sakrätt, som alltså börjat återmaterialiseras, i Gravers mening. Bergslid Salvesen underbygger också sin spaning med vidare hänvisningar, till Baldersheim (Tingsrettens teori s 146; Baldersheim, Til spørsmålet om eighedsrettens overgang, TFR 2012 s 137 ff, på s 163), Løtveit (Pantsettelse av immaterielle rettigheter s 59 (den opublicerede doktorsavhandlingen från 2019)), Bergsholm (Rettigheter i fast eiendom : en innføring i tingsrett, förordet), och Jo Ørjasæter (Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter : Formuerettens grunnbegreper belyst gjennom valgte fragmenter, Scandinavian Institute of Maritime Law Year Book 2015 (MarLus nr 448), på s 123). Om nu funktionalismen förr inneburit framsteg mot ljusare tider, så finns det alltså numer ett med tiden ökande antal rättsvetenskapare vilka förespråkar att åter vända blicken mot mörkret, och verka för att återge begreppen sin substans. Det är därmed inte utan att *Andreassons ominatio*, hans illavarslande prognos, om en ny skolbildning ”av neobegreppsjurisprudentiskt slag” (se Bd 1 not 1068 m hänv), framstår som allt mer sannolik – då mörkret uppenbarligen lockar och dunklets prelater lyckas förleda allt fler.

²⁵⁶ Jfr t ex Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover s 49 ff, inte minst s 52.

²⁵⁷ Jfr Schlag, Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse), Iowa Law Review 2009 (vol 95) s 195 ff. Schlag berör amerikansk rätt, men många av hans spaningar, ståndpunkter och slutsatser är mer eller mindre direkt överförbara på nordisk rätt. Avslutningsvis, på s 244, skriver han att: ”For the moment, it feels like the formalism vs. realism disputes are here to stay. Some version or another of the disputes have been with us in more or less attenuated forms for centuries – perhaps millennia.” Vilket han nog har rätt i, då man, manne med mild idéprojektion, kan se något slags varianter av dispyterna redan i den gamle Platons dialoger, jfr t ex ang Sokrates försvarstal Samuelsson, Åter till huset vid Göta älv, de lege 2013 s 141 ff m hänv.

²⁵⁸ Jfr även Bd 1 s 83 f.

²⁵⁹ Jfr Schlag, Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) s 235: ”The disputes seem to emerge everywhere. And not just in law, but in all aspects of life, the humanities,

mellan formalism och pragmatism – samt den rättsrealism med vilken den nordiska pragmatismen är intellektuellt allierad (så till den milda grad att de kan vara svåra att hålla isär)²⁶⁰ –, de motsättningarna är nog här för att stanna.²⁶¹ Genom fortsatta upprepningar torde de bli kvar även i framtiden, som diskursiva tendenser och som påverkansfaktorer i rättsbildningen.²⁶²

Tendenserna till formalism och pragmatism kan beskrivas som såväl antagonistiska som immanent motsatta, i anledning av de sätt på vilka de normalt materialiseras i diskursen.²⁶³ Det är därför frestande att ställa upp dem som ett binärt motsatspar (låt vara att det nog främst är frestande, om saken ses från den realistiska horisonten).²⁶⁴ Den moderna realismen (funktionalismen, och pragmatismen) definierar sig ju enligt ovan av tradition som en mer utvecklad motsats till ”äldre tiders formalism”. Det är också vanligt med försök att motarbeta och minska uppfattat formalistiska tendenser.²⁶⁵

and the social sciences.”, följt av en not till den store amerikanske pragmatisten William James, Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking s 9: ”In manners we find formalists and free-and-easy persons. In government, authoritarians and anarchists. In literature, purists or academicals, and realists. In art, classics and romantics. You recognize these contrasts as familiar; well, in philosophy we have a very similar contrast expressed in the pair of terms ’rationalist’ and ’empiricist,’ ’empiricist’ meaning your lover of facts in all their crude variety, ’rationalist’ meaning your devotee to abstract and eternal principles. No one can live an hour without both facts and principles, so it is a difference rather of emphasis; yet it breeds antipathies of the most pungent character between those who lay the emphasis differently; and we shall find it extraordinarily convenient to express a certain contrast in men’s ways of taking their universe, by talking of the ’empiricist’ and of the ’rationalist’ temper. These terms make the contrast simple and massive.”

²⁶⁰ Här är jag heller inte särskilt noga med att hålla isär dem. *Därmed dock inte sagt att de inte går hålla isär, eller att man inte i andra sammanhang bör göra det*, som t ex Blandhol, Pragmatismens aktualitet i rettsvetenskap og rettsanvendelse, TfR 2004 s 365 ff, på s 370, betonat, och senare fått medhåll av Ingvarsson, Lundstedt vid skiljevägen – när rättsrealism och pragmatism och möttes och skiljdes åt, i Kleineman (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt s 223 ff, på s 236. Se i samma antologi även J Samuelsson, Pragmatism v. realism s 327 ff, samt om pragmatism-begreppet t ex Blandhol, Hva er pragmatism?, TfR 2005 s 491 ff, och ur den nyss anförda antologin bl a O Svensson, Formalism och pragmatism inom kontraktsrätten s 141 ff, eller Mellqvist, Pacta sunt servanda och pragmatiska principer s 261 ff, ssk s 263 ff. (De flesta av bidragen i antologin ger någon synpunkt på vad ’pragmatism’ är eller innebär.) Ang realism-begreppet, se Bd 1, här och där, ssk i kap 4 m hänv.

²⁶¹ Jfr Schlag, Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) s 195 ff, jfr även s 135: ”The disputes seem to emerge everywhere. And not just in law, but in all aspects of life, the humanities, and the social sciences.”, följt av en not till den store amerikanske pragmatisten William James (cit i not 259 ovan).

²⁶² Jfr H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen, Fs Dufwa vol I s 54 ff.

²⁶³ Jfr H Andersson, Pragmatism och formalism – simultana tendenser i rättsbildningen, Fs Dufwa vol I s 54. Jfr även O Svensson, Formalism och pragmatism inom kontraktsrätten, i Kleineman (red), Pragmatism v. principfasthet i nordisk förmögenhetsrätt s 141 ff (tendenserna reflekterar olika ”arbetsfördelningar”).

²⁶⁴ Jfr vid not 231 ff och t ex Almkvist-citatet i not 85 ovan.

²⁶⁵ Även om det, som Bergslid Salvesen, Kreditorvern s 392 (med en citatmässig anspelning på Brækhus och Hærem, Norsk tingsrett s 502), framhåller, inte är otänkbart att ”«pendelen [er] ved å

(Det var ju där någonstans vi inledde detta avsnitt, och det är ju det vi har ältat.)

Även om det finns motsättningar, och även om antagonismen ibland blivit animerad, så framstår det dock alltså som osannolikt att någon sida av motsättningen skulle lyckas övervinna sin motsats.²⁶⁶ I den mån det stämmer att motsatserna är ömsesidigt definierande – att de definieras genom sitt motsatsvarande; genom att vara just motsatt sin respektive motsats – så vore också varje sådan seger en pyrrhusseger, och i förlängningen ingen seger alls, utan i praktiken en självdestruktiv gärning, som skulle uttradera en avgörande del av den egna identitetens formativa faktorer.²⁶⁷ (Inget ljus, utan mörker; ingen ”realism”, utan ”formalism” – och förutan realismens antiformalism måste inte ”formalismen” framstå som så värst formell.)

Motsättningarna och motsatsvarandet kan därmed antas komma att bestå, tills vidare, såsom något ännu nödvändigt. Det finns det dock en möjlighet (läs: risk) att konsekventa, och närmast reflexmässiga avståndstaganden till ”den äldre begreppsjurisprudensen” för med sig *omotiverade avståndstaganden också från ett bredare historiskt material*, samt att man underlåter att inta ett konstruktivt kritiskt förhållningssätt till de historiskt givna begreppsliga strukturerna som sådana (till exempel genom att inte ens försöka sätta sig in dem).²⁶⁸ Det är inte långsökt att alltför konsekventa avståndstaganden innebär avståenden också från begreppsrepetitionens form av kulturvård.²⁶⁹ I förlängningen vore det ägnat att leda till *en underutveckling av*

svinge igen» i favör en mer substansiell tillnärming till eiendomsretten” (och kanske på sikt också till den vidare civilrätten – vem vet? Jfr i not 255 ovan), så är nog ändå det vanliga ännu att realister kastar skit på uppfattade formalismer, snarare än tvärtom.

²⁶⁶ Det är kanske inte okontroversiellt, att det ens finns en ”fomalistisk” teoribildning, som försöker ”övervinna” en ”realistisk/pragmatistisk/funktionalistisk” sådan. Det finns få bekännande formalister (se dock Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 2 uppl s 31 ff samt därtill J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 120 ff m v hänv). Trots detta finns det nog dock grund för att påstå att det finns formalistiska tendenser, i den samtida rättsvetenskapliga och vidare rättsliga diskursen (jfr t ex i not 255 ovan).

²⁶⁷ Schlag gör väsentligen samma poäng, genom att betona realismens behov av formalismen, och hur realismen parasiterar på formalismens redan befintliga arkitektur, se Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse), bl a s 208, 210, 217 f.

²⁶⁸ Jfr Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen s 138 samt 147 ff, ssk 168 ff och 171 f: ”Även om det är jämförelsevis sällsynt att valet av *systematik* och *begreppsbildning* diskuteras utförligt, bör denna sida av den rättsvetenskapliga verksamheten betraktas som en viktig del av metoden. [...] För att förklara det nuvarande systemet är därför kanske de *historiska* faktorerna de mest uppenbara.” Jfr även t ex Almkvist, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt s 57 f m not 95.

²⁶⁹ Ett exempel (för att bara ta ett sådant) på en begreppslig struktur som i hög grad fallit i glömska i den moderna diskursen är den trikotomi med *cessio voluntaria*, *cessio necessaria* och *cessio legis* som berörs i Bd 1, bl a på s 607 f, och som bidrar med förklaringsvärde till bl a regeln i 27 § KommL (som går tillbaka på 57 § i 1914 års KommL, som kan antas ha skrivits mot bakgrund av den då välbekanta trikotomin).

*begreppsbildningen och den rättsliga systematiken.*²⁷⁰ I den ytterligare förlängningen vore det ägnat att leda till de nedärvda teoretiska strukturernas förfall,²⁷¹ vilket i sin tur vore ägnat att skapa ett slags vakuum: en tomhet där all den rättsliga arkitektur som bygger på begrepp gjorts otillgänglig.²⁷² En risk, med en konsekvent begreppsfiendlighet, är då att man rycker mattan under de egna fötterna, eller, med en tredje metafor: att man lämnar bryggan, seglar ut, mot horisonten, och sedan inte längre kan finna något land – varför man blir kvar ute på havet, irrades runt, utan fasta hållpunkter.²⁷³

Risken är, kort sagt, att om man aktivt förvittrar de givna strukturerna genom att förtränga historien så har man sedan ingen grund kvar att bygga på – varvid det kan visa sig svårt att åstadkomma något särskilt konstruktivt.

²⁷⁰ Jfr Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, JT 2004/05 s 302, om att: ”en viss skepsis mot terminologidefinitioner medfört en motsvarande skepsis mot *begreppsanalys* över huvud taget. Uppsalaskolans negativa syn på begrepp som annat än framställningstekniska hjälpmedel spelar här en roll. Även begreppsjurisprudensens sammanbrott skymtar i fonden. Det må så vara att begrepp eller begreppsanalys inte kan motivera juridiska lösningar. Men för en analys av hur rättsregler häger samman och vad som förenar och skiljer dem åt är begreppsanalys i traditionell mening oundgänglig. Begrepp är centralare inom juridiken och den juridiska forskningen än man vanligen är medveten om.” Jfr även Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning 5 uppl s 230, som finner: ”anledning [att] varna för en alltför negativ syn på den systemuppbyggnad som fullbordades under intryck av begreppsjuridiken. En ordning, som skulle innebära att normerna sammanfördes ’livsområdesvis’ med uppgivande av den abstrakta begreppsbildningen och den därpå grundade systematiken, där normerna är ordnade stegvis, nivå efter nivå, med de för varje område gemensamma principerna som bas, skulle inte blott innebära att man uppoffrade drygt två årtusendens analytiska arbete; det skulle också leda till en ’atomisering’ av rättssystemet, med bristande överskådlighet, principlöshet – och därmed, i det sista ledet, sjunkande rättssäkerhet – som sannolika konsekvenser. Mellan ytterligheterna exercismässigt systematiserande begreppsjurisprudens å ena sidan och en överskådlig massa av snabbt föränderliga detaljlösningar å den andra gäller det att finna en balanspunkt, som kan variera från tid till annan.”

²⁷¹ Det lär, t ex, vara svårt att finna någon enighet om vad som egentligen ligger i spjälkningen mellan sak- och obligationsrätt, och det är knappast otänkbart att det har något att göra med att man aktivt tagit avstånd från den traditionella begreppsbestämningen (*ius in personam*, *ius in rem*). Det är väl också det Bergslid Salvesen med flera reagerar på (se i not 255 och 265 ovan.) Ibland har man ju också uttryckligen önskat bidra till strukturernas upplösning, se t ex om Lundstedt, Bd 1 s 327 ff, m omf hänv.

²⁷² Jfr, t ex, Schlag, Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) s 211, om standardkritikerna mot realismen, och notera att jag här alltså anför en sådan, som bygger på realismens tendens till ohörsamhet mot rätten (Infidelity to Law) och den realistiska rättsteorins tendens till strukturell tomhet (Structural Vacancy).

²⁷³ Nietzsche, Den glada vetenskapen § 124: ”*Inom det oändligas horisont.* – Vi har lagt ut från land och går till havs! Vi har raserat bron bakom oss – ja mer än så, marken under våra fötter! Välan, bräckliga farkost! Ta dig i akt! Omkring dig ligger oceanen, den är inte alltid i uppror, det är sant, och ibland breder den ut sig som siden och guld och ett mildt sinnes drömmier. Men det ska komma stunder då det går upp för dig att den är oändlig och att det inte finns något fruktansvärdare än oändlighet. Den arma fågeln, som en gång kände sig fri och nu stöter emot väggarna i denna bur! Ve dig när du grips av hemlängtan till land, som om din *fribet* varit större där – och det inte längre finns något ’land!’” Jfr även § 343.

Det syns också i, ”till exempel”, Lundstedts produktion. I sin ungdoms doktorsavhandling underkastade han som nämnts tredjemansaftalet en tämligen ingående behandling, som sagts gå ”helt i begreppsjurisprudensen tecken”.²⁷⁴ När han långt senare, efter omvändelsen till sin radikalt realistiska riktning, återvände till rättsfiguren så inledde han med att helt förkasta sin egen tidigare insats.²⁷⁵ Den fann han i grunden förfelad. Och då detsamma gällde i stort sett alla traditionella strukturer fick de gå samma öde till mötes, och stämplas som makulatur,²⁷⁶ då de i hans åldrade ögon framstod som både förfelade och förkastliga, till följd av sitt begreppsberoende.²⁷⁷ När han så, genom ett våldsamt intellektuellt uppror, hade frigjort sig från ’den äldre skolastiskens magiska föreställningar och vidskepelse’, då föresatte han sig att ånyo mäta sig mot tredjemansavtalsproblemet, sett utifrån hans nya synsätt. Efter ’frigörelsen’ fanns det dock inte mycket kvar att bygga med: Ensam kvar i den äldre rättens ruiner stod nämligen hans omhuldade samhällsnytteprincip – den enda grund på vilken den nya vetenskapliga juridiken borde byggas. Samhällsnytteprincipen erbjöd dock i realiteten rätt ringa praktisk ledning, i anledning av sin strukturella tomhet.²⁷⁸ Snarare utnyttjade Lundstedt den bara som ett tämligen långtgående jurisprudentiellt mandat, och en ursäkt för att oberoende av källorna (som ju var fel) göra ~~mer som han ville~~ så som var samhällsnyttigt.²⁷⁹ – Men nu frestas vi visst att gå händelserna i förväg. Det må vi undvika, för att istället komma till det hela i sinom, och rätt, tid. Det vill säga senare.

Innevarande avsnitt når sitt slut. För att erbjuda *något slags sammanfattning* kan påminnas om att poängen i stort sett varit att problematisera några föreställningar ägnade att legitimera också ganska fullständiga förbigående av äldre källor. Problematiserandet är delvis motiverat av att dylika förbigående måste inverka menligt på varje undersökning av tredjemansavtalsfiguren, och det har alltså rört sig om en förberedelse inför det följande – en legitimering av en omfattning, snarare än en avgränsning.²⁸⁰ Mer specifikt har avsikten varit att verka för att *problematisera några moderna fördomar om den äldre rätten och rättsvetenskapen*, samt att antyda skälen för en mer avvaktande hållning till vissa delar av en modern rättsideologi.

²⁷⁴ Se Lundstedt, Aftal ang prestation till tredjeman, passim, bl a s 165 ff, och jfr t ex Olivecrona, Vilhelm Lundstedt 70 år, SvJT 1952 s 497: ”Lundstedts doktorsavhandling [...] gick helt i den s. k. begreppsjurisprudensens tecken.”, eller Seve Ljungmans minnesord i TfR 1955 s 354. Jfr även Bd 1 s 293 ff.

²⁷⁵ Se Bd 1 s 329 ff m hänv.

²⁷⁶ (Vi nöjer oss med den klassiska referensen:) Se Lundstedt, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget s 171: ”Det är så enligt min mening, att den hitillsvarande rättsvetenskapliga litteraturen [...] icke kan ha något värde annat än som makulatur.”

²⁷⁷ Se angående Lundstedts biografi Bd 1 s 327 ff m hänv.

²⁷⁸ Jfr Schlag, Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) s 211.

²⁷⁹ Det var väl också en väsentlig del av poängen, med samhällsnytteprincipen: Att erbjuda ett vetenskapligt alibi och en legitimitetsgrund som var tillräckligt plastisk för att den moderna juridiken skulle kunna utformas fritt, på det sätt som tjänade samhällsbygget. Jfr Bd 1 s 346 ff, bl a not 1313. Jfr även, primärt angående norsk rätt (men relevant även för svensk), Graver, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover s 54 ff.

²⁸⁰ Jfr 8.3.1 ovan.

Till denna ideologi kan räknas *en skepsis mot stora delar av den äldre juridiken*. (Säg, den juridik som föregick Obligationsrättskommittén mytomspunna arbete under det unga 1900-talet.) Denna skepsis omfattar i vart fall 1800-talsjuridiken, som ofta förbigås. Nu finns det väl visserligen, och helt säkert, åtskilliga olika skäl till sådana förbigåenden. Inte minst arbetsekonomiska skäl lär ofta ha spelat in. Det är dock inte osannolikt att förbigåenden ibland, åtminstone delvis, rationaliserats med hänvisning till antaganden av typen: ”det är (ju) ändå bara begreppsjurisprudens!”

Och sådana antaganden får förstås den äldre juridiken att framstå som rätt irrelevant, för oss moderna, rationella rättsvetare. *Begreppsjurisprudensens faktiska förhandenvaro som historiskt fenomen har dock ifrågasatts*. Rättshistoriker har beskrivit den moderna bilden av begreppsjurisprudensen som ett missvisande polemiskt påhitt utan reell grund, vars fortsatta existens och spridning i inte obetydlig grad är hänförlig till en modernistisk tidsanda och dess inflytande över rättsvetarnas kunskapsintressen.

Förbigåendena kan också understödjas av *metodmoraliserande erinringar om begreppsjurisprudens farlighet*. (”Akta er för mörkret!”) Även det framstår dock som tveksamt. Åtminstone försåvitt gäller den konstruktiva riktningen, som inte utmärktes av sådana drag som i modern tid knutits till ”begreppsjurisprudensen”. Om vi nu alls ska fortsätta använda termen så borde ”begreppsjurisprudensen” hållas isär från ”den konstruktiva riktningen”. Den senare förstås då som ett historiskt fenomen, i form av en löst sammanhållen rättsvetenskaplig skolbildning, vilken här i allt väsentligt fått representeras av Francis Hagerup. I den mån hans uttalanden är representativa (vilket de tycks mig), kan konstateras att det för riktningen sammanhållande var vissa tidstypiska tendenser: Vissa teoretiska val, eftersträvandet av vissa ideal, och att man anammade vissa gemensamma metodiska principer; man kan gott tala om att riktningen delade ett gemensamt paradig.²⁸¹ Också som konstruktiv jurist skulle man utgå från ett positivt givet underlag.²⁸² I tidens protoscientistiska anda borde dock den vetenskapliga verksamheten sedan ägnas åt ett ganska långtgående generaliseringsarbete i induktiv anda, samt åt samvetsgranna systematiseringsåtgärder, på ett sätt som kunde yttra sig i en ibland kompromisslös koherenssträvan. Det var sådana ambitioner som drev fram

²⁸¹ För en gångs skull är det också ganska enkelt att peka ut själva paradigmet, nämligen Savignys *Vom Beruf*, och senare de utvecklingar därav som genomförts av von Jhering i *Geist* och Windscheid i *Pandektenrecht*. Det är naturligtvis en förenkling, men från nordiskt håll låter sig saken ses på så sätt.

²⁸² Se bl a vid not 159 ff ovan. Kanske vill någon påstå att normerna för vad som kunde accepteras som empiriskt grundat skiljde sig åt, från de idag, såtillvida att man förr kunde komma undan med mindre underlag. För egen del är jag dock tveksam till om så faktiskt är fallet. Jfr även Bd 1 s 728 f.

det ”konstruktiva” i riktningen – det var vad själva konstruerandet handlade om.

Möjligen kan också erinras om Hagerups mening, att det funnits jurister vilka under återopande av ”konstruktioner” gjort en del föga förtjänstfulla saker, men att det inte motiverar att man dömer ut hela riktningen. Det senare, kunde man lägga till, vore likvärdigt med att döma ut, säg, hela den nordiska pragmatismen, med hänvisning till att det finns fler än en jurist, och till och med några rättsvetare, som verkar tycka att *man kan kalla sig ”pragmatist” för att helt enkelt frigöra sig från texterna, när det passar*, vilket alltså vore när de inte motsvarar den mening man för stunden fått för sig att förfäktas.²⁸³ Att sålunda döma ut pragmatismen med hänvisning till existensen av några vulgärpragmatister framstår knappast som någon övertygande slutledning – och detsamma borde alltså, mutatis mutandis, sägas om konstruktionsjuridiken.

Ordet ”begreppsjurisprudens” har på många sätt en ganska oklar betydelse. Det är ett ord som kan fyllas med olika innehåll.²⁸⁴ Därmed är det väl ägnat åt entymemisk argumentation, också av amfiboliskt flertydigt slag.²⁸⁵ Det illustreras genom några av de sätt att använda termen som figurerat ovan.²⁸⁶ Användningssätten har dock det gemensamt att de är negativt värderande, och termen har en entydig starkt negativ värdeladdning. Det är nog också förklaringen till det terminologiska brukets utbredning. Att kalla något för begreppsjurisprudens är ett bekvämt kortfattat sätt att säga att något är dålig juridik. Kortfattat, men innebördsriktat – i bemärkelsen värdebemängt. Givet denna laddning, brukets utbredning och det socialt förenande i att ha en gemensam fiende, i den lede begreppsjuristen, kan prognosticeras att pejorativet begreppsjurisprudens kommer att leva vidare, som ett alltid anatematiskt uttryck att utslunga mot det man ogillar.

Det hade dock alltså inte skadat, om man oftare höll isär begreppsjurisprudens och konstruktionsjuridik, och förmådde att förhålla sig konstruktivt kritisk till konstruktionsresonemang, istället för att bara vägra förstå eller ens ta del av dem. Det hade heller inte skadat om det blev mer allmänt accepterat att ”den historiska begreppsjurisprudensen” är ett polemiskt påhitt, ursprungligen uppfunnet av en retoriskt rolig Rudolf för att racka ned på de äldre konstruktionsjuristerna.

²⁸³ Jfr även Gravers kritik mot att argumentera medelst återopande av ”reelle hensyn”, i Graver, Keiserens garderobe s 63 ff.

²⁸⁴ Jfr, t ex, redan Ernst Møller, som citeras i not 82 ovan.

²⁸⁵ Med *amfiboli* avses ett medvetet dubbeltydigt uttryck. Ett exempel kan vara att i ett referensbrev skriva: ”Ni kan skatta er lyckliga om ni får X att arbeta hos er!” – Ett uttryck som alltså kan vara såväl ett gott omdöme som ett dåligt (jfr Fahnestock, Rhetorical style s 118). Amfibolins olika meningar kan också adressera olika delar av publiken. Så kan exempelvis den sökande bli nöjd med det goda omdömet, medan den rekryterande genom samma omdöme blir varnad.

²⁸⁶ Se vid noterna 84 ff ovan.

Nåvälän. Härmed har vi ägnat ganska gott om utrymme åt att förekomma en förväntad invändning, nämligen: ”Är inte det där begreppsjurisprudens?” Med det ur vägen kan vi nu på allvar vända oss till konstruktionsjuristerna själva, och låta fler av dem än Hagerup komma till tals. Vi ser nu alltså till deras tid, och fördjupar oss mer i den ovan omtalade process genom vilken tredjemansavtal kom att accepteras som en självständig rättsfigur. Som sades inledningsvis i förra avsnittet ska vi nu beröra *några möjliga teoretiska förklaringar till tredjemannens rätt enligt andras avtal*. Efter den lilla avstickare som nu nått sitt slut återvänder vi alltså till huvudspåret, och följer det vidare, längs de historiska konstruktioner över vilka det löper.

