

Magnus Ulväng

Den straffrättsliga doktrinen som rättskälla

Om dogmatik, vetenskap och gällande rätt

1 Inledning

Doktrinen är onekligen ett pregnant begrepp. Det ger intryck, eller kanske snarare sken, av att besitta eller reflektera något robust, pålitligt, gällande och beprövat; under alla omständigheter utstrålar det auktoritet. Uttrycksformen "enligt doktrinen, så ..." ger ett slags tyngd åt en viss argumentation och gör den myndig, principiell eller definitiv. Det sagda gäller alldeles oberoende av om man med "doktrinen" syftar på juridisk lärosats eller lära, ett visst förhållningssätt inom (den militära) säkerhets- eller utrikespolitiken eller en viss åskådning eller trossats inom religionen.¹

Håller man sig till den *juridiska* doktrinen, bekräftas dess roll och ställning genom att den utgör en rättskälla. Dess värde anses förvisso vara avsevärt lägre än andra källor, men om man utgår från att beteckningen "traditionell rättsdogmatisk metod" ger en i delar god och sammanfattande arbetsbeskrivning för många juridiska arbetssätt,² så är doktrinen inte desto mindre en av de fyra hörnstenar som en jurist har att förhålla sig till när han eller hon formulerar frågor och söker efter möjliga svar. Inom straffrätten har doktrinen dessutom en avsevärt mer framträdande position än inom många andra juridiska discipliner.

¹ Jfr t.ex. den kyrkliga doktrinen rörande "rättfärdiggörelse genom tro", den utrikespolitiska s.k. "Monroedoktrinen", Försvarsmaktens "militärstrategiska doktrin" etc.

² Jag bortser i detta sammanhang från att denna etikettering är plågsamt generaliserande, överanvänd, oprecis och ofullständigt definierad samt förmodligen i delar felformulerad.

Men vad är egentligen *doktrinen*? Vad, närmare bestämt, är det man syftar på? Hur skiljer man mellan det som anses tillhöra doktrinen från andra rättskällor, och vad särskiljer doktrinen från t.ex. litteratur, opinion, rättspolitik eller vetenskap?

Syftet med denna uppsats är att säga något om de sistnämnda frågorna. Jag kommer också att göra ett försök att förklara varför jag tror att just den straffrättsliga doktrinen intar en viss särställning när det gäller att utöva inflytande på det som utgör tillämpning av ”traditionell juridisk (rättsdogmatisk) metod”. Med detta sagt vill jag noga understryka följande: det mesta av vad som sägs i denna uppsats är mer eller mindre tentativa tankar som präglas av mina egna fördomar; jag gör med mitt försök inte anspråk på att förmedla någon sanning när det gäller doktrinen:s särdrag; vad som förmedlas är endast ett synsätt. Allt som diskuteras nedan avser den straffrättsliga doktrinen; inget av det som sägs är definitivt eller allmängiltigt. Tvärtom: om det är något som kommer att prägla framställningen, så är det att det saknas tydliga gränser för vad som utgör (gällande) rättskällor, att skillnaderna mellan de entiteter som avgränsas är diffusa, marginella och alltid uttryck för grader snarare än art, samt att ”det” som man syftar på såsom varande doktrinen är något öppet, föränderligt och i förhållande till andra rättskällor något tämligen diffust. Det beror inte på att vi inte vet vad det är vi talar om när vi försöker definiera doktrinen, utan snarare på att vi söker karaktäristika för olika språkliga uttryck och texter. Därmed är öppenhet och vaghet ofrånkomligt. Det enda som jag hoppas att kunna göra med denna text är att utpeka några demarkationskriterier som kan hjälpa till att fånga det som vi normalt menar med ”den straffrättsliga doktrinen” och ge den vissa egenskaper som särskiljer den från annat.

2 Om nödvändiga beståndsdelar

Vad *är* då doktrinen? Min fråga är varken ontologisk eller epistemologisk; det hela är mycket enklare än så. Jag är i detta sammanhang enbart intresserad av tre olika frågor. Kan man på ett meningsfullt sätt göra en distinktion mellan doktrinen och annan juridisk litteratur? Hur kan man hantera det faktum att det finns motstridigheter inom den juridiska litteraturen? Och: hur ser relationen mellan doktrin och vetenskap ut?

I rättsvetenskapliga framställningar likställs doktrinen ofta med den juridiska *litteraturen*, och dess ställning som rättskälla anses som redan nämnts vara förhållandevis svag i förhållande till lag, förarbeten och

praxis.³ Även om detta är sant, så är problemet att den juridiska litteraturen innehåller så mycket och så mångskiftande saker – allt ifrån enkla, huvudsakligen deskriptiva, handböcker till rättspolitiska artiklar, vetenskapligt förankrade monografier, mer eller mindre putslustiga festskriftsartiklar till läroböcker för blivande jurister som samtidigt också utgör standardverk på ett område – att påståendet är så generellt och intetsägande att de flesta torde kunna hålla med om det. Man kan förvisso hävda att doktrinen är liktydigt med den (samlade) juridiska litteraturen, men om man ger begreppet en så vid innebörd, återkommer problemen som jag inledningsvis formulerat: vad är det som ger doktrinen en så speciell status att den förtjänar att vara en rättskälla och hur fastställer man dess innehåll?

Juridisk litteratur kan inte såsom andra rättskällor härleda sin ställning till någon auktoritativ beslutsfattare (t.ex. en lagstiftare, domstol e.dyl.) annat än möjligtvis en förläggare, redaktion eller ett förlag. Av denna anledning borde det finnas en skillnad mellan det som skrivs och det som utgör rättskällan. Personligen tror jag att det kan finnas en fördel med att försöka skilja mellan å ena sidan den samlade juridiska litteraturen och den del av denna som lämpligen kan betecknas som doktrinen. För detta behövs några slags demarkationskriterier som utpekar vissa särskiljande drag hos respektive produkt, vilka kan hjälpa oss att förstå och förklara nyansskillnader i den juridiska argumentationen.

Så till begreppet: *doktrin* betyder ungefär en teori – grundsats eller lärosats – som anger riktlinjer för ett visst accepterat eller postulerat tänkande eller handlande/beteende. En doktrin kan således sägas reflektera ett medvetet förhållningssätt eller en attityd. Den latinska ursprungstermen *doctrina* är ungefär liktydigt med vetenskap, lärdom e.dyl. och det är inte ovanligt att man åtminstone i juridiska sammanhang uppställer ett krav på ”vetenskaplighet” för att något skall räknas som tillhörande doktrinen. Åtminstone inom juridiken torde en koppling till rättsvetenskapen vara underförstådd. Läger man samman det sagda, får vi vissa utmärkande drag hos det vi räknar till doktrinen.

För det första förefaller det som att det finns ett krav på att den uppfattning eller utsaga som följer av doktrinen i någon mån är accepterad eller

³ Se t.ex. Lehrberg, Praktisk juridisk metod 2006 s. 110 ff. Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättsstillämpning 1992 s. 294 ff. och 346, Eek m.fl., Juridikens källmaterial 1984 s. 176 ff., Bernitz m.fl., Finna rätt 1985 s. 165 ff. samt Peczenik, Vad är rätt? 1995 s. 260 ff.

i vart fall har stöd hos någon/något med viss auktoritet. *För det andra* torde det vara en förutsättning att de lärosatser som förmedlas har någon form av förklarande funktion; doktrinen uppgift (som rättskälla) är att förse någon/något med relevanta argument. Om kriterierna accepteras, så kommer de genom doktrinen kanaliserade lärosatserna att hamna mycket nära det som vi skulle kalla gällande rättsliga normer.

De normer som jag menar följer av det som vi menar utgör doktrinen är inte sådana som direkt kan utläsas av den positiva rätten (i en snäv bemärkelse). De sistnämnda normerna ingår givetvis, men därutöver omfattas (främst i text förmedlade) principer, begrepp, tankemönster och strukturer som binder samman en viss tillämpning/praktik med fundamentala värden och värderingar inom ett rättsligt system. Tuori skulle tala om en *rättslig kultur*.⁴ Jareborg skulle kalla detta för *den gällande rättens system*.⁵ Redan Kant angav att ett system är

”die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter ein Idee.”⁶

eller:

”(ein) nach Prinzipien geordnetes Ganzes der Erkenntnis.”⁷

Jag godtar samtliga dessa beskrivningar och utgår från att de alla åsyftar att beskriva ett rådande system, vilket har någon form av *legitimitet*; systemet bekräftas av någon/någon.

Med uttrycket legitimitet kan förstås olika saker. För att göra det enkelt nöjer jag mig med att konstatera att det kan i det nu aktuella sammanhanget vara fråga om legitimitet i såväl empirisk som normativ mening. De uppfattningar som framförs i den juridiska litteraturen bör följaktligen ha båda dessa former av legitimitet för att räknas till doktrinen.

Med *empirisk legitimitet* förstås enkelt uttryckt sådana normer, handlingsskäl och mönster för juridisk problemlösning som skulle utpekas av dem som är satta att tillämpa (och besluta inom) systemet. Systemet kommer att avse det som en grupp som kan betecknas som systemets

⁴ Utifrån ett hermeneutiskt perspektiv beskriver Tuori doktrinen som en reflektion av den förförståelse som finns på ett givet område, vilken i sin tur reflekteras mot den tillämpande verksamhet som (i första hand) domare ägnar sig åt. Se närmare Tuori, *Critical Legal Positivism* 2002 s. 169 ff.

⁵ Jareborg, *Prolog till straffrätten* 2011 s. 120.

⁶ Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Bd. 2., 1956 s. 696.

⁷ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Bd. 5, 1957 s. 11.

”ämbetsmän” skulle identifiera såsom bindande. Dylka normer skulle motsvara vad Hart – och sedermera inte minst MacCormick genom sin idé om rätten som institutionella fakta – har beskrivit som gällande rätt.⁸ Dessa normer blir en del av gällande rätt därför att de har något slags stöd; de är på något sätt accepterade eller identifierbara (t.ex. genom att man utgår från de i lagförarbeten i samband med lagstiftning eller i HD:s praxis).⁹

Med *normativ legitimitet* förstås något annat. Normativ giltighet handlar om ett krav på att det som förmedlas av doktrinen förenar ett praktiskt handlande med värden eller intressen på en djupare nivå. Det är med andra ord fråga om att koppla samman skäl för att handla på ett visst sätt med underliggande skäl, värden och principer som rättfärdigar och förklarar varför man bör göra på ett visst sätt.

Med det av mig här framlagda synsättet är det alltså inte de (fysiska) produkterna av den juridiska litteraturen eller rättsvetenskapen som ”är” doktrinen; i än mindre grad syftar begreppet på dess upphovsmän i fysisk form.¹⁰ Det är i stället fråga om något mer metafysiskt; doktrinen som rättskälla är närmast olika slags gällande språkliga uttryck inom en rättslig kultur som utifrån en förankring i grundläggande värden och värderingar förser oss med skäl för hur en viss fråga/frågeställning bör uppfattas eller lösas. Det sagda leder oss till vissa slutsatser.

En konsekvens av mitt resonemang är att man i vissa avseenden bör skilja mellan det som räknas till den juridiska doktrinen och sådana texter som inte uppfyller de ovan uppställda kraven på empirisk och normativ legitimitet. T.ex. skulle rent deskriptiva sammanställningar av gällande rätt, där etablerade sanningar och (andras) forskning redovisas inte räknas till doktrinen. Jag har här i åtanke enklare, introducerande läroböcker eller handböcker som utan att förklara (”hur det borde vara”) inte gör anspråk på att säga annat än ”hur det är”, ”vad andra gör, tycker eller tänker”. Detsamma torde i viss utsträckning gälla flera lagkommentarer men

⁸ Se Hart, *The Concept of Law* 1997 s. 94 ff. och 254 ff. För en motsvarande beskrivning se Tuori (not 4) s. 2002 s. 161 f. och 165 f. Se även bl.a. Ulväng, *Om straffrätt och principer* 2009 s. 180 ff. och 203 ff.

⁹ Se Tolonen, *Rules, Principles and Goals: The interplay between Law, Morals and Politics*. *Scandinavian Studies in Law* 1991.

¹⁰ Se och jfr Lind, ”Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla”, *JT* 1996-97 s. 361 ff. Hur ”listig” eller pålitlig Ekelöf, Hellner m.fl. än må ha varit så är det inte personerna i sig som utgör doktrinen; inte heller (eller ens) är det deras skrifter. Det är delar av deras ”tankar”.

även redovisningar av gällande rätt i t.ex. statliga utredningar (i de delar dessa inte utgör motiv eller förarbeten och således är hänförliga till denna rättskälla). Texter av nu nämnt slag utgör del av den juridiska litteraturen, men de bidrar inte alltid till att rekonstruera eller förklara systemet på ett sådant sätt att redogörelsen kan sägas utgöra en källa till rättens *innebörd*. Litteratur av dessa slag redogör mer för rättens *inhåll*. Således är det tveksamt om det bör räknas som en rättskälla.

Det är att märka att jag redan här möter problem med min tentativa definition eftersom det såväl teoretiskt som praktisk torde vara omöjligt att i egentlig mening skilja det rent deskriptiva från det normativa; redan i urvalet av vad man beskriver eller sättet på vilket man redogör för det deskriptivt faktiska, gör man ett urval och faller därmed normativa omdömen som har implikationer för hur man bör se på vissa saker (t.ex. vad som utgör relevanta frågor och i förlängningen också vad som kan utgöra goda svar). Eftersom jag endast söker göra någon form av grovsortering mellan det som bör räknas till doktrinen och vad som bör avskiljas, blir detta problem inte överstigit att hantera; man borde således kunna säga att det krävs en viss verkshöjd på en rekonstruktion av rätten för att den skall kunna hänföras till doktrinen. Ett alternativ till att exkludera ovan sagda alster från den juridiska doktrinen är att säga att de visserligen ingår i doktrinen, men att dess rättskällevärde är obetydligt. I så fall är vi tillbaka där jag började: hur vet man vilken del av doktrinen som man har anledning att bry sig om?

En annan kategori inom den juridiska litteraturen som faller utanför min version av doktrinen referensram är rena rättspolitiska inlägg i debatten (oavsett i vilket forum som de förs fram). Den forskare, politiker, tjänsteman, opinionsbildare etc. som t.ex. i en tidskrift framför argument för hur lagen borde eller inte borde ändras må i sin argumentation tangera gränsen för ett uttalande som kan omfattas av doktrinen uppfattning, men om syftet är att på ett politiskt, ideologiskt eller annat plan ventiler sin uppfattning om vad ett gott samhälle, en bra lag eller en lämplig lösning är eller bör vara, så ligger det utanför den juridiska doktrinen område.

För att inte den juridiska doktrinen helt skall förlora kopplingen till sin ursprungliga innebörd och definition, bör man alltså förutsätta att de uppfattningar som reproduceras inom doktrinen har någon form av

vetenskaplig förankring.¹¹ Eftersom det vi i första hand utgår från i detta sammanhang är rättsvetenskap – och närmare bestämt straffrättsvetenskap – kommer jag med vetenskaplig anknytning eller förankring mena att det som doktrinen uttrycker uppfattningar om tillhör rättsdogmatiken (eller något som har betydelse för denna). Om man utgår från att rättsdogmatikens uppgift är att på ett godtagbart sätt rekonstruera ett rättssystem (gällande rätt), ligger det inget märkligt i att se doktrinen som en källa till ett vetenskapligt ordnat rättssystem som inbegriper avsevärt mycket mer än bara de regler som följer av lagen (giltig rätt).¹² Oaktat att det i och för sig måste kunna förekomma att gällande rätt identifierar och ger stöd för uppfattningar inom doktrinen som vilar på ”dålig” vetenskaplig grund, bör det åtminstone finnas en ambition att doktrinen skall byggas på slutsatser som är vetenskapligt hållbara. Kanske kan man uttrycka det som att det finns ett krav på *vetenskaplig hederlighet* i argumentationen; ett annat sätt är att hävda att den normativa legitimitet som jag nämnt ovan formulerar ett krav på systemmässig koherens eller i vart fall kongruens på principnivå.¹³ Under alla omständigheter gäller följande: alltför tendensiösa, rättspolitiska eller personliga uppfattningar inom litteraturen borde ofta kunna exkluderas från doktrinen redan på den grunden att de saknar vetenskaplig legitimitet.

En icke oväsentlig del av det som utgör produkter av olika personers författarskap uppfyller utan tvivel kraven på att utgöra *vetenskap* (eller vetenskapligt förankrade redogörelser och sammanställningar) rörande juridiska frågeställningar/problem. Den avgörande frågan är om (straffrätts)vetenskapen bör anses vara en del av doktrinen. I sammanhanget bör det uppmärksammas att det inte finns något som säger att vetenskapliga aspekter på juridiska problemställningar måste befatta sig med rättsdogmatik. Jag återkommer till denna fråga strax nedan.

Så mycket torde dock kunna sägas, att i den mån ett vetenskapligt bidrag inte rekonstruerar gällande rätt på ett sätt, där frågor, svar eller synsätt blir möjliga för en oberoende beslutsfattare (t.ex. en domare) att applicera på konkret beslutsfattande, finns det skäl att i första hand se de redovisade uppfattningarna som ett inlägg i en vetenskaplig diskussion – dvs. inte som en del av doktrinen. Det vetenskapliga värdet av

¹¹ Jfr vad som har sagts strax ovan om termen doktrins etymologiska bakgrund.

¹² Se härom Jareborg, Inkast i straffområdet 2006 s. 172.

¹³ Angående koherenskravet inom straffrätten, se närmare Ulväng (not 8) s. 207 ff.

t.ex. en kritisk analys av förmögenhetsbrotten utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv eller en postmodernistisk analys av brotten mot familj ur ett klassperspektiv, behöver inte ha något direkt att göra med i vilken utsträckning som redogörelser av detta slag utgör en del av doktrinen. Rättssociologiska, rättshistoriska, kriminologiska, moralfilosofiska, rättsmedicinska eller rättspsykiatriska produkter räknas normalt inte till den straffrättsliga doktrinen, även om straffrättsvetenskapen är beroende av den kunskap som dessa vetenskaper förmedlar. Det råder inte heller några tvivel om att dessa texter utgör del av (straffrätts)vetenskapen. Således: vad som utgör (rätts)vetenskapliga bidrag i litteraturen behöver inte utgöra en rättskälla och i detta ligger naturligtvis inte något konstigt. Det vore ju onekligen märkligt om man inte skulle kunna bedriva forskning, och lämna vetenskapliga bidrag om det som utgör (straff)rätten eller den omgivning i vilken straffrätten verkar, såvida inte domare eller någon i motsvarande position (i efterhand) ”godkände” resultaten och omsatte dessa i praktisk verksamhet. Men: det behöver inte ha något att göra med frågan vad vi väljer att benämna som doktrinen.

För att vetenskapliga produkter skall bli del av doktrinen borde det krävas att de vetenskapliga lärosatserna på något sätt blir accepterade och identifierade av de som har att sätta gränserna för vad som är gällande. En annan sak är sedan att rättsvetenskapliga resultat ofta, och som huvudregel, behöver formuleras och förmedlas i koncentrerad form genom i första hand läro- och handböcker för att nå ut till praktiskt verkamma jurister. Det sagda påvisar dock en växelverkan mellan doktrinen och litteraturen; det säger inget om att begreppen är identiska.

Här konfronteras vi med det andra problemet i mitt försök att klassificera olika slags uttrycksformer som förekommer i juridiska skrifter och annan litteratur, nämligen litteraturens och doktrinen ständiga föränderlighet. Om vad som utmärker doktrinen är att dess utsagor preciserar och fyller ut det rättsliga system som är resultatet av den positiva rätten (på en ytstruktur), och att dessa ställningstaganden har stöd av dem som tillämpar systemet, står det klart att det kan ta viss tid innan en uppfattning får sådant stöd eller acceptans att den kan sägas reflektera gällande rätt. Vad som inte tillhör doktrinen idag kan således göra det i morgon. Jag ser inte att detta på något avgörande sätt äventyrar mitt resonemang ovan. Att doktrinen är föränderlig och satt i ständig utveckling är oomtvistligt. Vad som räknas till doktrinen är således beroende av vad som inom ramen för ett visst rättssystem

räknas som gällande rätt. Det som är, eller har varit, doktrinen kan följaktligen komma att förpassas till disciplinen rättshistoria.

Även om det säkerligen finns betydligt mer att säga om förhållandet mellan doktrinen, litteraturen och vetenskapen, så nöjer jag mig här. Den lilla tredelning som jag skisserat ovan räcker för att för mina syften gå vidare och diskutera det som är av betydelse i denna uppsats, nämligen den straffrättsliga doktrinen och dess roll inom juridiken.

Läsaren vet nu att jag ser den juridiska doktrinen som en undergrupp till den rättsliga litteraturen, och att doktrinen uppfyller två grundkrav: de utsagor som följer av doktrinen skall vara empiriskt identifierbara och accepterade bland de som tillämpar rätten; utsagorna skall vidare vara normativt legitimerande i det att de ger (någorlunda) vetenskapligt hållbara utsagor om rättens tillämpning. Det finns således en stor mängd litteratur som inte tillhör doktrinen.

Doktrinen är också en äkta delmängd av den vetenskapliga produktionen. Kravet på att de allmänna lärorna och doktrinen har en vetenskaplig förankring leder till att det finns en koppling till vetenskapliga resultat och synsätt. Men alla bidrag till rättsvetenskapen – och vetenskapliga undersökningar av rätten – blir inte automatiskt en del av doktrinen.

En poäng med att skilja mellan litteratur, doktrin och vetenskap är att det bidrar till att begränsa det som vi menar vara doktrinen och en rättskälla. En sådan avgränsning underlättar om man, som jag, skall försöka förklara dess roll inom straffrätten och dess förhållande till vetenskapen, vilken i det aktuella sammanhanget främst består av rättsdogmatiken.

3 Om straffrätten och doktrinen

3.1 Doktrinen roll och straffrättens särart

Tillämpning av juridik är en strikt normbunden verksamhet där det förutsätts att vissa spelregler iakttas och respekteras. Dessa tar i första hand sikte på att problemformulering, argumentation, och lösandet av konkreta problem utgår från en given rättsordning. Den rätt som tillämpas måste såtillvida vara giltig, vilket innebär att de regler som skapar systemet (främst i form av lagar och förordningar) är tillkomna av någon som är behörig att utfärda dem.¹⁴ Vad som betraktas som gällande inom ett

¹⁴ Med giltighet förstås här intern giltighet, se Jareborg (not 5) s. 118.

system (av bl.a. giltiga normer) är något delvis annorlunda. Inte i något system – straffrättsligt eller annat – kommer det någonsin att vara tillräckligt att konsultera de giltiga normerna för att kunna ställa en relevant fråga eller ge ett svar. Allt juridiskt hantverk handlar om tolkning och normalt är det texter som utgör källorna för tolkningsverksamheten. En del av spelets regler är således att man på förhand enas om, på ett ungefär, vilka texter (eller annat) som kan vara av betydelse för den juridiska tillämpningen (tolkningen). Juridisk metod handlar – trots att det inte finns någon allennarådande, uttömmande eller särskilt precis definition – om att klargöra hur innehållet i olika rättskällor kan, får och bör bestämmas, hur man skall hantera olika konkurrerande uppfattningar samt hur motstridigheter inom systemet kan motverkas eller i vart fall förklaras samt hur konflikter kan lösas.

Om man väljer att, såsom många gör, utgå från att doktrinen är liktydig med den juridiska litteraturen, ligger det i öppen dager varför värdet hos denna källa snabbt riskerar att bli relativt sett lågt. Oenigheter är knappast ovanliga bland olika författare och floran av konkurrerande alternativa beskrivningar innebär snabbt att sikten grumlas. Även om man skulle välja en mer begränsad definition, finns det ett avgörande problem med att doktrinen inte kan sägas uppfylla några krav på intern giltighet. Det finns ingen auktoritet som kan sägas fastställa doktrinen innehåll genom auktoritativt beslut och doktrinen innehåll kan ju knappast sägas promulgeras. Till skillnad från den exklusivitet som lagstiftaren, den verkställande makten eller Högsta domstolen åtnjuter, så är det juridiska samtalet inom ”doktrinen” öppet för alla och envar. Vem som helst kan ju bidra till den juridiska litteraturen. Med en klassisk utgångspunkt blir doktrinen värde därför lätt devalverat. Risken finns alltid att doktrinen likställs med enskilda författare som ”har HD:s öra” och/eller åtnjuter lagstiftarens respekt; i så fall hänförs ofta hela författarens verksförteckningar till ”doktrinen” utan närmare urskiljning. Mest långtgående är att likställa doktrinen med enskilda professorers privata uppfattningar i enskilda frågor.¹⁵ Man kan då svårligen hävda att doktrinen är en teori eller grundsats som anger riktlinjer för ett visst accepterat eller postulerat tänkande/handlande.

Eftersom jag har valt en helt annan beskrivning, kommer min syn på doktrinen värde som rättskälla att påverkas. Jag menar nog för min del att doktrinen, åtminstone inom straffrätten, kan ha ett värde som inte bara är

¹⁵ Jfr Lind (not 10), s. 360 ff.

jämställt med andra rättskällor, utan att det faktiskt i icke oväsentlig mån är högre. Skälet för varför så är fallet är främst att det material som man har att tillgå när man utvärderar de olika rättskällorna är mycket olika. Omfattningen på det som utgör doktrinen, litteraturen och rättsvetenskapen till skillnad från övriga rättskällor är betydande (och i delar svåröverskådlig).¹⁶

Huvuddelen av allt det som tillsammans utgör ”gällande rätt” består alltså av avsevärt mycket mer än det som man kan utläsa av lag, förarbeten och prejudikat. Majoriteten av de regler för hur vi formulerar problem, tolkar, förhåller oss till kunskap, värderingar och vår historia, är ju en verksamhet som inte är ”reglerad” i egentlig mening. Det finns ju inte någon som har monopol på att formulera denna del av rättens innehåll. Likafullt är det ju dessa normer som styr den faktiska tillämpningen av juridiken. Gällande rätt utgör sålunda närmast en samlingsbeteckning på det som är ett enormt komplext system av normer, regler, principer o.dyl., vilken sätter de egentliga gränserna för hur man kan, får och bör resonera i juridiska frågor.¹⁷ På anförda grunder borde doktrinens rättskällevärde många gånger kunna anses vara mycket högt. En annan sak är att innehållet i dessa rekonstruktioner kan vara lika svårt att fastställa som det är att klarlägga innehållet i gällande rätt.

Inom straffrätten spelar den utfyllning och precisering av de enskilda reglerna som reflekteras i gällande rätt en särskild och helt avgörande roll för systemets rationalitet. Man kan fråga sig varför så är fallet. Alla rättsområden är ju i stor utsträckning beroende av att man klarlägger rättsnormers extension och hitta (de bästa) argumenten för hur ett juridiskt problem bör lösas. Straffrätten är ju knappast unik i detta avseende.

¹⁶ Vad i gällande rätt som de olika rättskällorna förmår att fänga skiljer sig följaktligen åt på ett avgörande sätt. Normalt är träffbilden ganska begränsad. De lagar, som utifrån ett strikt positivistiskt synsätt utgör ett rättssystemets ryggrad och systemets grundläggande normer, utgör ju egentligen bara en liten bråkdel av allt det som vi menar tillhöra eller vara (den gällande) rätten. De rättsliga avgöranden i domstol som har prejudicerande värde utgör i och för sig en auktoritativ tolkning (utifrån samtliga tillgängliga källor), men avgörandet är alltid bundet av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet; det är således ofrånkomligt att avgörandena i viss utsträckning är kasuistiska. Domstolar i allmänhet, och högsta instanser i synnerhet, anser sig av tradition dessutom vara starkt bundna av vad som uttalats i tidigare meddelade avgöranden, vilket gör utrymmet för utveckling begränsat. Dock kan tillägg i form av *obiter dictum*, åtminstone ibland, utgöra ett viktigt komplement som bidrar att sätta ett enskilt avgörande i en större och viktigare kontext.

¹⁷ Se även McCormick, ”Reconstruction after Deconstruction: A response to CLS.”, Oxford Journal of Legal studies 1990 s. 556 ff.

Vad som emellertid skiljer straffrätten från många andra discipliner – och i vissa delar gör den unik – är ämnets starka bindning till vissa grundläggande principer och värden; att inta ett principiellt förhållningssätt till sin egen verksamhet är närmaste ett adelsmärke inom denna disciplin. Detta i sin tur har sin främsta förklaring i att konsekvenserna av straffrättsanvändning är så ingripande, och i många avseenden motbjudande, att det alltid har funnits ett behov att förankra dess verksamhet i ett visst moraliskt förhållningssätt. När man tillämpar ett system, vars enda uppgift är att tillfoga andra människor någon form av lidande, blir det viktigt att systemet bärs upp av skäl som i något avseende går att rättfärdiga samt att skälen är sammanhängande och begripliga. Att bestraffa innebär att man klandrar någon för något, och i många avseenden kan systemet ses som en institutionaliserad form av instrumentell moralisk kommunikation. För alla inblandade kommer det att betyda något mycket väsentligt när en domstol avgör ett konkret straffrättsfall. Oftast kommer någon att hållas ansvarig för något och därmed kommer bestraffning att aktualiseras. De påföljder som aktualiseras inom straffrätten skiljer sig vidare på ett avgörande vis från andra rättsföljder inom andra juridiska discipliner i det att straff helt saknar några reparativa inslag eller på annat sätt har en konstruktiv funktion. Besträffning är i grunden endast repressivt.

Detta ställer stora krav på de som har att tillämpa systemet. En väsentlig uppgift blir därför att upprätthålla vissa för systemet fundamentala rättsstatsideal som begränsar den negativa effekterna. En annan mycket central uppgift består i att värna ett humanitetstänkande som alltid bör finnas närvarande vid straffrättsanvändning. Vad som eftersträvas är således både formell och materiell likabehandling, liksom en stark anknytning till någon form av rättsvisekonception som kan rättfärdiga tillämpningen och minimera riskerna för orättvisa resultat och i förlängningen statligt maktmissbruk. Ett sätt att göra detta är att förankra tillämpningen i likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, skuldprincipen, konformitetsprincipen, legalitetsprincipen m.fl. Som ett direkt utflöde av dessa principer finns normer – kodifierade eller oskrivna – som skapar ett system där den som är underkastad straffrättsanvändning skyddas av en hel uppsättning regler, meta-regler, undantag och tumregler.

Vikten av att värna principer och att vara principiell i sin hållning återspeglas ofta i att olika regler och principer sätts samman till en sammanhållen ”lära”, en ”ideologi” och/eller ett (rättsdogmatiskt) system. Vi börjar nu närma oss det som jag kallar doktrinen.

Ett ytterligare utmärkande drag som särskiljer straffrätten från många andra rättsområden, och som bör framhållas i sammanhanget, är det förhållandet att alla relevanta handlingsmönster som kan forma en utgångspunkt för juridisk tillämpning och problemlösning är beskrivna och formulerade i lagtext. Varje tänkbar brottslig gärning har en eller flera motsvarigheter i abstrakta, generaliserande brottsbeskrivningar som på ett visserligen kuperat och syntetiserat sätt söker definiera en regels fulla tillämpningsområde. Detta kommer i sin tur att bestämmas av utseendet på de konkreta fallen som vi, genom en ständig växelverkan mellan inordnande och precisering, väljer att subsumera under regler; hur denna process närmare går till är avsevärt mycket mer komplicerat än att endast försöka precisera innehållet i en bestämmelse utifrån dess formulering. Vid sidan av dessa till synes dogmatiska regler finns alla de undantagsregler som – med stöd i andra dogmatiska regler eller oskrivna normer – kan utesluta ansvar eller i vart fall modifiera förutsättningarna för ansvar.

Poängen med att framhålla systemets höga grad av komplexitet och dess rötter i moralfilosofi förenat med ett behov att upprätthålla en hög lägstanivå när det gäller graden av rättsstatlighet, har varit att uppmärksamma att behovet av utfyllning och precisering av straffbuden och förutsättningarna för straffansvar är enormt. Följaktligen finns de viktigaste normerna för vad som kan utgöra ett brott i andra delar inom vad som är den gällande rättens system.¹⁸ Frågan är nu bara vad detta har med doktrinen att göra.

3.2 Doktrinen och begrepp

Eftersom jag i texten genomgående antyder att systemet ”är” doktrinen, finns det en uppenbar risk att jag i mitt resonemang håller på att helt jämställa innebörden i begrepp som *gällande rätt*, *straffrättsdogmatik* och *doktrinen*. Man kan i så fall möjligen ifrågasätta vad som skulle vara vunnit med detta (och med min tidigare tudelning mellan å ena sidan den juridiska litteraturen och å andra sidan doktrinen). Jag kommer i detta avsnitt att utveckla min syn på doktrinens förhållande till rätten och rättsdogmatiken och härvid uppehålla mig kring två konstruktioner eller läror inom straffrätten som dogmatiskt sammanfattar delar av det som

¹⁸ Se Jareborg (not 5) s. 120.

utgör kärnan i såväl rätten som doktrinen – brottsbegreppet och påföljdsbestämningens (dolda) struktur.

Den huvudsakliga anledningen till varför beskrivningarna av de olika begreppen flyter samman är att det, åtminstone inom straffrätten, till stor del faktiskt är fråga om samma sak. Jag har ovan sagt att majoriteten av de normer som vi sammanfattar under begreppet gällande rätt finns utanför det som direkt kan utläsas av lagtext eller lagens ord; vi syftar på ett system av regler och principer av olika slag som *skapas* av personer som tillämpar rätten men som *rekonstrueras* av personer som sätter normerna i relation till varandra och som förmår se viktiga strukturer och därvid sätta samman normerna i ett system. Systemet ”är” gällande rätt. Rekonstruktionen av systemet är – eller skapas med hjälp av – rättsdogmatiken. Doktrinen är den accepterade delen av straffrättsvetenskapen och litteraturen som formulerar (delar av) det rättssystem som rättsdogmatiken har rekonstruerat.¹⁹

Hur man i doktrinen väljer att rekonstruera ett system av normer är helt öppet. Med ”öppet” skall inte förstås förutsättningslöst, men de enda egentliga begränsningar som finns härrör från systemet självt. Systemet måste alltså beskrivas med utgångspunkt från de regler som finns, så att säga, ”på ytan” och utifrån hur de personer som har att tillämpa reglerna faktiskt resonerar samt binda samman denna praktik med olika slags principer och värden som förklarar och rättfärdigar systemet. Bland annat av detta skäl blir det klart varför doktrinen kan innehålla så många, och så olika, begrepp, konstruktioner och läror. Doktrinen har inget giltighetskriterium, och när det gäller frågan om vad som är gällande har ingen uppfattning monopol på sanningen. Konkurrensen avgörs endast utifrån vad som anses vara den ”bästa” beskrivningen.

Doktrinen kan befatta sig med i princip hur stora eller hur små frågor som helst. Varje enskilt problem som är föremål för prövning i domstolar kan bli föremål för en teori eller ett begrepp. Således finns det läror om t.ex. skuld, kausalitet, rättstridighet, men också om den specifika begreppsbildning och struktur som gäller för vissa specifika brottsarter, t.ex. förmögenhetsbrotten och som kretsar kring begrepp som besittning, ekonomisk skada etc.

De i särklass viktigaste bidragen inom doktrinen avser sådana rekonstruktioner som är allmängiltiga i den bemärkelsen att de täcker alla tänkbara situationer på vilken gällande rätt appliceras. För straffrättens del

¹⁹ För liknande uppfattning, se McCormick (not 17) s. 556 f.

handlar det om *brottsbegreppet* och *påföljdsbestämningens struktur*. Båda dessa ingår i straffrättens allmänna läror och tillhör vad som brukar kallas den allmänna delen. Dylika begrepp som inplacerats i en lära utgör inte sällan vad McCormick kallar institutionella fakta.²⁰

Någon form av tanke att man kan sammanfatta de allmänna förutsättningarna för straffrättsligt ansvar har funnits sedan i vart fall von Pufendorfs dagar, men man måste rimligtvis ta steget in i 1800-talet och efterdyningarna av upplysningen och von Feuerbachs Bayerska strafflag innan man kan tala om ett inom doktrinen etablerat brottsbegrepp.²¹ En närmare definition av vad som utgör brottsbegreppet är kanske att det är en konstruktion av samtliga de förutsättningar som finns för att en gärning skall utgöra brott i straffrättslig mening. Av detta förstår vi att vad som framgår av en enskild brottsbeskrivning aldrig anger tillräckliga betingelser för ansvar, utan endast nödvändiga. Varje bedömning måste därefter kompletteras med en rad olika ställningstaganden.

Det kan måhända förefalla litet överdrivet eller pretentiöst att betona att just straffrätten har vissa grundläggande förutsättningar för dess tillämpning som alltid måste vara uppfyllda och att detta är något som gör såväl ämnet som doktrinen ställning speciell. Vilket rättsområde har inte grundläggande förutsättningar för normtillämpning? Måste inte t.ex. alla civilrättsliga avtal innehålla någon form av anbud och accept, liksom alla former av talan i en domstol måste innehålla något slags yrkande? Förmodligen är svaret självklart jakande, och med all sannolikhet finns det allmänna läror i någon utsträckning inom alla juridiska discipliner.

Här är det viktigt att framhålla, att straffrättens särart gör att de allmänna lärorna snabbt blir mycket komplexa och komplicerade. Vad som skall anses ingå i dessa allmänna brottsförutsättningar är inget som kan utläsas enbart genom ett studium av lagtext (även om vissa komponenter är givna).²² Inte heller ger förarbeten eller praxis en tillräcklig beskrivning. Brottsbeskrivningarna ger endast abstrakta generaliserade beskrivningar av vad som utgör brott, vilka i varje enskilt fall måste tolkas mot de begränsande normer och principer som finns inom systemet. Handlingsmönstret är således på förhand utlagt av lagstiftaren. Den som är satt att självständigt tillämpa rätten i konkreta fall måste emellertid i

²⁰ Se särskilt McCormick, *Institutions of law* 2007 kap. 2. Se även Tuori (not 4) s. 174.

²¹ Se och jfr Jacobsen, "Pufendorf og den europeiske strafferetsdoktrinen" i FS till Träskman 2011 s. 252 ff.

²² Se bl.a. BrB 1:1–2 och BrB kap. 24.

varje situation förhålla sig till hur ett utsnitt i tid och rum, som beskriver mänskligt handlande, skall tolkas mot alla de regler och undantag som systemet innehåller. Det uppställer stora krav på att tolkningen sker på ett kongruent sätt; alla bör av rättsviseskäl bedömas utifrån samma måttstock. Tolkningen måste av samma skäl också uppfylla högt ställda krav på koherens. För att kunna förstå och tolka koherenskravet behöver man de ovan nämnda begreppen. Det är dessa som operationaliserar normerna och de bakomliggande skälen, vilket skapar en form av (för) förståelse. Begreppen kan användas för att formulera problem och contextualisera dem. Vad som utgör ett *samtycke* bör således tolkas på ett koherent och logiskt konsistent sätt även om bedömningar av samtycke kan göras utifrån olika perspektiv, t.ex. en gärningsinriktad respektive en gärningsmannainriktad del. Som en mycket viktig huvudregel bör dock alla ansvarsfrågor bedömas på samma sätt i likartade situationer.

Sätter man samman de ovan nämnda kraven, inser man ganska enkelt varför systemet snabbt blir komplicerat. De abstrakta, syntetiska rekvisiten i brottsbeskrivningarna är för trubbiga för att man på förhand skall kunna veta hur de skall tolkas i förhållande till alla metaregler. Har t.ex. "tillfoga", "beröva" och "orsaka" samma innebörd när vi eftersöker ett relevant orsakande (av t.ex. skada bestående i en kränkning av fysisk integritet)?²³ Till synes i övrigt identiska gärningar kan i fråga om orsakande bedömas helt olika beroende på hur man beskriver gärningen och hur man i den givna kontexten värderar olika skäl. Detsamma gäller då man uppställer förutsättningar för vad som utgör omständigheter av betydelse för om en annars otillåten gärning är att anse som rättsenlig på grund av vissa tillstötande omständigheter (nöd, nödvärn etc.), eller då man har att pröva skuldtäckning mot dylika positiva och negativa rekvisit. Det väsentliga är dock att alla omständigheter måste prövas. Och här kan ordningen för prövningen faktiskt ha betydelse.

Att det inte finns en auktoritativ formulering av brottsbegreppet betyder inte att det är betydelselöst hur man beskriver något. Man skulle framstå som ganska begränsad om man hävdade att valet av språkhandlingar och berättandets form inte har någon påverkan på det som man försöker säga något om. Således kan man säga att brottsbegreppet förmedlar ett budskap genom att dela upp olika slags frågor, problem, distinktioner och krav på ett visst sätt som överensstämmer med hur beslutsfattare (främst domare) löser konkreta problem i "verkligheten".

²³ Jfr BrB 3:1, BrB 3:5 och BrB 3:7.

Man kommer genom sitt sätt att beskriva verkligheten också att uttala sig i mer renodlat normativa frågor. Detta gäller kanske främst i situationer där det i det praktiska rättslivet saknas ett givet svar på en fråga, men där systemets internt gällande skäl och struktur ger vissa svar på hur den bör lösas. Detta kan avse ofullständigheter och luckor av såväl axiologisk som logisk natur. Faktum är väl att systemets struktur kan generera frågor som man i praxis (ännu) inte har uppmärksammat, men som väcks av att man undersöker vilka konsekvenser som följer av att man i förlängningen upprätthåller vissa fundamentala principer och andra normer. I botten vilar alltid kravet på – eller intresset av – att upprätthålla någon form av värderingsmässigt sammanhängande system. Den koherens som är viktigast är systemintern normativ koherens, och denna är intimt knuten till frågan om förhållandet mellan regler på en yta och de underliggande principer som omger regelanvändningen. Om man har en uppsättning regler och ställer sig frågan om systemet är normativt koherent, så kommer svaret att bero på om man kan rättfärdiga reglerna utifrån olika principer.²⁴

Det som man kommunicerar genom ett begrepp av detta slag kommer sammanfattningsvis att avslöja ganska mycket om hur man ser på vissa grundläggande filosofiska problem. Det kan inte förnekas att hur man ordnar ett system för att bedöma mänskligt handlande kommer att reflektera hur förankrat resonemanget är i vad som kan betecknas som en vetenskaplig kontext.²⁵ Hur brottsbegreppet ordnas säger också en hel del om hur man ser på olika moraliska bedömningar, vilket visar sig – inte minst när man i olika situationer väljer att *inte* utkräva straffrättsligt ansvar. Det är t.ex. mindre belastande för en tilltalad att frikännas för att den gärning han eller hon har begått inte uppfyller kraven för brottsbeskrivningsenlighet (dvs. den är tillåten) än att frikännas från en i sig otillåten gärning som begåtts uppsåtligen därför att man på någon grund är ursäktad (t.ex. på grund av excess).²⁶ Ursäkter förutsätter alltså att det finns något att ursäkta; tillåtna gärningar är i sig tolererade.

Mellan tillåtlighet och ursäktad otillåtlighet kan man tänka sig att brottsbegreppet projicerar flera ytterligare nyanser i graderingen av

²⁴ Se McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* 2005 s. 192.

²⁵ Till frågan om graden av – och kraven på – vetenskaplighet återkommer jag nedan (se avsnitt 3.3.).

²⁶ Se också Asp, *Straffansvar vid brottsprovokation* 2001 s. 48 ff. och Hassemer, "Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht – Thesen und Kommentare" 1987 s. 191.

klandervärdhet genom att dela upp kriterierna för straffansvar – och undantag härifrån – på ett särskilt sätt. Den som t.ex. har begått en gärning som är brottsbeskrivningsenlig, men denna på någon grund anses vara rättsenlig, har *prima facie* gjort något som det finns anledning att klandra. På grund av att det i den aktuella situationen finns särskilda omständigheter ges vi emellertid anledning att se gärningen i ett annat ljus och som ett undantag i en viss kontext; gärningen är i den speciella situationen rättsenlig trots att den *mutatis mutandis* är otillåten och kriminaliserad. Rättsföljden är densamma hur man än väljer att tillämpa reglerna (dvs. att den tilltalade skall frikännas). Men det finns ett annat, djupare, underliggande budskap i det att man frikänner den tilltalade på en särskild grund först efter det att vissa andra brottsförutsättningar redan har prövats. På motsvarande sätt kan man tänka sig att lösningar på planet för bedömningen av skuld kommunicerar liknande skillnader i graden av klander. Den som frikänns på grund av bristande uppsåt, kan eventuellt dömas för oaktsamhetsbrott (subsidiaritet), men oavsett vilket förutsätts att gärningsmannen hålls ansvarig för en otillåten gärning som inte i sig kan rättfärdigas. Gärningen fördöms, men gärningsmannen är ursäktad eller i vart fall mindre klandervärd. Bedömningar av detta slag kan få återverkningar på hur man bedömer straffrättsligt ansvar för andra personer som är del i samma brottsliga sammanhang. Ett uppenbart exempel är hur man har valt att konstruera medverkansläran i svensk straffrätt, där det inte krävs att gärningsmannen döms för ett brott utan det är tillräckligt att det har begåtts en otillåten gärning (medverkansobjektet).

Av det ovan sagda följer att brottsbegreppet är det mest centrala begreppet inom det som utgör gällande straffrätt. Det är tillämpligt på alla fall som underkastatas prövning och det definierar förutsättningar för vad vi menar med (straffrättsligt) ansvar. Uppgiften att skapa en sammansatt lära av brottsförutsättningar ankommer i första hand på rättsvetenskapen. Varje bidrag inom litteraturen som syftar till att förklara brottsbegreppet och rekonstruera en ansvarsbedömning utgör således en reflektion av gällande rätt. Om dessa rekonstruktioner anses ge en god beskrivning av sakernas tillstånd, och praxis accepterar beskrivningen som varande sann eller gällande, har man identifierat det som utgör doktrinen på området.

Rättsvetenskapens uppgift att söka efter den bästa beskrivningen av gällande rätt är inte enkelriktad, passiv och betraktande. Det finns en inre dynamik i utvecklandet av det som utgör brottsbegreppet såtillvida att

den som ikläder sig rollen av beslutsfattare i enskilda fall kommer att välja hur tidigare oklara fall bör lösas inför framtiden samt huruvida man skall acceptera det som anses följa av olika försök att beskriva brottsbegreppets innehåll. Man kan sålunda säga att det finns en ständig växelverkan mellan det som utgör uttolkningen av systemets beståndsdelar och det som är systemets kontinuerliga utveckling. Oavsett om man avser att tillämpa gällande rätt på klara, ordinära fall eller om man i ett enskilt fall skall lösa oklara fall utifrån hur något borde vara, fungerar brottsbegreppet – både för rättstillämparen och för den som i efterhand skall kontrollera maktutövningen – som en ”checklista” för ansvarsprövning. Ju bättre modellen är på att förklara hur faktiska och föregivna fall bör lösas, desto större är chansen att den kommer att uppmärksammas och tillämpas av dem som är satta att avgöra konkreta problem i verkliga fall. Ju fler som tillämpar modellen, desto högre värde får konstruktionen som rättskälla.

Det behöver inte vara givet i vilken ordning man skall pröva olika frågor i ett brottsbegrepp, huruvida de bör systematiseras utifrån vissa övergripande indelningsgrunder eller hur olika frågeställningar lämpligast bör betecknas eller etiketteras. Den straffrättsliga litteraturen är fylld av olika uppfattningar i denna del. Vad som dock är av betydelse är att det valda begreppet fångar allt det som skall prövas vid bedömningen av straffrättsligt ansvar och att varje fråga – i sig – endast bedöms en gång samt att systemet hålls fritt från inre motsägelser.²⁷

* * *

I princip allt vad som har sagts ovan om brottsbegreppets roll i det som utgör doktrinen är också sant om man studerar en annan näraliggande konstruktion – *påföljdsbestämningens struktur*. Bakom regler i (främst) BrB kap. 29–30 finns en ”dold” beslutsstruktur som i delar är mycket komplicerad och intrikat. Det är i princip omöjligt att enbart av lagtexten utläsa dess olika steg. Lagstiftaren har inte strukturerat bestämmelserna utifrån den kronologi som konkret beslutsfattande följer. Vidare: åtskilliga bestämmelser i nämnda kapitel kan inte tillämpas utan att regleringen i BrB kap. 25–28 respektive BrB kap. 31–32 konsulteras och tillämpas parallellt i en bestämd ordning. Tar man dessutom i beaktande

²⁷ Om det sagda, se bl.a. Asp, Ulväng & Jareborg, Kriminalrättsens grunder 2013 s. 58 ff., Asp (not 26) s. 38 ff. samt Frände, Faredeliktens allmänna läror, Oikeustiede Jurisprudentia 1994 s. 10 ff.

att mycket av konkret påföljdsbestämning i domstolar omfattar flerfaldig brottslighet, måste också reglerna i BrB kap. 34 tillämpas.

Bakom hela den beslutsprocess som präglar den verksamhet som dagligen aktualiseras i domstolar finns alltså ett system och en given tågorordning för hur respektive delfråga måste avgöras. Systemet varken återges eller återfinns *in extenso* i förarbetena till BrB eller i HD:s praxis. Likafullt är det klart att det är en del av gällande rätt. Lagstiftaren och domstolspraxis kan utgå från, ta för givet samt bekräfta systemets existens. Beslutsfattande på olika nivåer – t.ex. av lagstiftaren i samband med partiella reformer eller av enskilda domare i konkreta rättegångar – blir inte begripligt utan denna förförståelse. Letar man efter strukturen är det uppenbart att den har fått sina främsta språkliga uttryck inom den juridiska litteraturen. Det är där som strukturen – och därmed också doktrinen – får sin närmare beskrivning.

På samma sätt som beträffande brottsbegreppet finns det ingen som har monopol på att konstruera systemet eller att formulera den dolda beslutsstrukturens utseende. Viss konkurrens finns mellan olika författare (inte minst på detaljnivå), men på det stora hela finns ändå ett gemensamt, medvetet förhållningssätt till systemet och dess beståndsdelar. Begreppsbildningen och fundamentala principer hjälper oss att utveckla och precisera innebörden av t.ex. begrepp som straffvärde; andra principer och praxis hjälper oss att skilja omständigheter av betydelse för straffvärdebedömningen från andra omständigheter som är relevanta för straffmätningen men som inte direkt påverkar straffvärdebedömningen; ytterligare andra principer och metaregeler förklarar hur straffvärdet – vid sidan av konkurrerande hänsyn – bör påverka/avgöra vad som anses vara en lämplig påföljd. Etc. etc. Allt vävs samman till ett komplext mönster som skapats utifrån ett strikt ideologiskt tänkesätt.

Processen att skapa ett mönster utifrån den befintliga mängden produkter på en ytnivå – vilket inkluderar att inordna dessa fakta under de institutioner som utgör systemets beståndsdelar – är rättsdogmatikens uppgift. Det som anses vara den korrekta beskrivningen av systemet är det som motsvarar *doktrinen* – dvs. ett accepterat eller postulerat tänkesätt som förklarar ett visst handlande/beteende på ett visst område.

* * *

Det torde ha framgått med önskvärd tydlighet att det karaktäristiska för straffrättslig problemlösning är ett i delar mycket långt drivet, systemtänkande.

Man kan och bör alltid vara uppmärksam på vilka risker som finns inbyggda med att tänka i termer av ett (färdigt) system. Mest näraliggande är kanske en inneboende fara att den som är satt att tillämpa systemet tar strukturen, okritiskt, för given.²⁸ Vad som skulle kunna vara enbart ett rättsekonomiskt tillvägagångssätt för att hantera svåra problem i relation till en föregiven, komplex beslutsstruktur (där den senare ger ledning och svar och den förstnämnda praktiska tillämpningen i sig bekräftar systemets rättfärdigande), kan enkelt ändras till att bli en beskrivning av ett alltför lojalt, icke-reflekterande och följsamt accepterande av (andras) felaktiga dogmer. I slutänden kan detta leda till resultat som man inte egentligen är beredd att acceptera (praktiskt och/eller ideologiskt).

Problematiken bör dock inte förenklas till ett val av antingen–eller-karaktär. Systembundenhet har fördelar i form av att den som är satt att tillämpa det får (hel- eller halvfärdiga) modeller för hur man kan resonera, vilket har konserverande effekter och som leder till en likartad rättstillämpning. Dessa bör dock alltid kontrasteras mot korresponderande nackdelar. I den beskrivning som jag har givit av doktrinen, kan systemtrogenhet aldrig reduceras till enkel, mekanisk tillämpning. I praktiken är det givetvis möjligt att enskilda beslutsfattare, i konkreta fall, inte gör några närmare eller egentliga överväganden om huruvida det finns hållbara skäl bakom den lösning som man *de facto* väljer att applicera. Men redan genom valet att tillämpa systemet på ett visst sätt, bekräftas det (empirisk legitimitet) och i den mån sättet bidrar till att förklara tillämpningen skapas normativ legitimitet. Det viktiga är huruvida den samlade mängden beslut som fattas – och då särskilt i de situationer då ett beslut kan förväntas ha avgörande betydelse (t.ex. i samband med att lagstiftaren vidtar en åtgärd eller då HD meddelar ett prejudikat) – överensstämmer med det systematiska tillvägagångssättet. Sker så inte, måste de interna normerna utvärderas, omformuleras och kanske förkastas. Varje gång som ett rådande, accepterat synsätt inom en rådande rättslig kultur bekräftas eller modifieras, så erhåller man en (delvis ny) beskrivning av gällande rätt och så länge som denna bild på det stora hela överensstämmer med de rekonstruktioner som följer av doktrinen, så bekräftas en medvetenhet i förhållande till ett i övrigt på förhand förutsatt tänkande

²⁸ Se bl.a. Roxin. Strafrecht – Allgemeiner Teil, Bd I 2006 s. 214 ff.

eller handlande/beteende. Doktrinen produceras således genom att de rekonstruerade antagandena accepteras. Ett medvetet systemtänkande bör därför inte ses som en fara (och inte heller som ett enkelt arbetsbesparande sätt att fatta beslut på), utan som ett intellektuellt förhållningssätt hos dem som har att göra självständiga ställningstaganden inom systemets ramar. Doktrinen är den rättskälla som i första hand ger denne beslutsfattare de nödvändiga verktygen att hantera den stora mängd normer som existerar i systemet (gällande rätt). Att man behöver konsultera såväl den juridiska litteraturen som andra rättskällor för att klargöra vad det är som doktrinen faktiskt säger är en annan sak. Den faktiska rättskällan är (reflektionen av) systemet i sig självt.

* * *

Till sist. Jag har ännu inte förklarat varför jag tror att t.ex. brottsbegreppet, påföljdsbestämningens dolda struktur och andra dogmatiska konstruktioner har en så stor betydelse eller varför man faktiskt kan hävda att doktrinen som rättskälla har ett värde som många gånger övertrumfar andra rättskällor. Jag bortser i sammanhanget från konkurrens mellan lagtext och doktrinen.

Förklaringen är nog egentligen ganska enkel. Till stor del bygger den på att de beståndsdelar som den straffrättsliga doktrinen består av, i sig, är så viktiga att deras existens och värde knappast ifrågasätts av någon. Vad jag har i åtanke här är i första hand de begrepp och principer som bär upp den moderna rättsstatliga straffrätten och som genomsyrar hela systemet.²⁹

Att man i rättstillämpningen (empiriskt sett) är så enig om att vissa normer gäller har säkert flera förklaringar. En icke oväsentlig sådan är

²⁹ Det kan förvisso inte förnekas att vissa straffrättssystem, också det svenska, innehåller en rad olika lösningar på problem med anknytning till nämnda principer som framstår som diskutabla, i delar anmärkningsvärda och t.o.m. förfelade. Det kan handla om regleringar på lagstiftningsnivå eller lösningar i praxis. Flagranta exempel på lösningar som ansetts strida mot grundläggande rättsstatliga straffrättsprinciper är bl.a. den tidigare tolkningen av BrB 1:2 st. 2 avseende möjligheten att efterge uppsåt vid självförvållat rus (jfr dock NJA 2011 s. 563 och NJA 2012 s. 45), den före år 1994 rådande möjligheten att tillämpa medverkansansvar analogt på specialstraffrättsliga brott eller att svensk rätt alltså inte innehåller ett krav på att gärningsmannen är tillräknelig (jfr dock SOU 2012:17). Vad som emellertid är viktigt att uppmärksamma är att det är fråga om lösningar som utgör undantag och det är så de är beskrivna inom doktrinen.

att det torde råda stor enighet om att det finns starka giltiga moraliska och i övrigt normativa skäl för att ha systemet ordnat på ett visst sätt. Att försöka konstruera grundförutsättningar för en rättsstatlig straffrätt är något som lagstiftaren, domstolar och rättsvetenskapen har ägnat sig åt i ca 200 år. Trots att systemet knappast kan anses vara fulländat och att inte alla kan vara överens om alla dess ingredienser, torde det vara få som har uppfattningar som avviker radikalt från det som ovan har beskrivits som systemets grunder.

Ett annat skäl tror jag handlar om ett systemberoende från ett mer formellt perspektiv. Till skillnad från vad som gäller inom stora delar av t.ex. civilrätten måste i princip varje enskilt fall inom straffrättsstillämpning avgöras av en auktoritativ beslutsfattare (vilket normalt är en domare även om det långt ifrån alltid behöver vara så). Det finns inga alternativ till lösning av konkreta problem än att hänskjuta frågan till "systemet" och de normer som följer av detta (jfr t.ex. tvistlösningsformer i form av förhandlingar, förlikningar, medling etc.). Detta innebär att systemet ständigt reproducerar sig självt enligt ett givet mönster, vilket innebär att tillämpningen (tillvägagångssättet, tankemönstret etc.) ständigt bekräftas eller förändras.

Sammantaget kan sägas att det torde krävas något mycket definitivt och konklusivt (i fråga om tillämpning) för att ändra på innehållet i gällande straffrätt.³⁰ Den förförståelse som finns är mycket stark. En rättsregels tillämpnings- eller betydelseområde kan inte bestämmas eller förstås utan att man undersöker det konkreta fallet och vice versa, vilket förutsätter att man åtminstone vet något om det som man frågar efter i konkret problemlösning.³¹ Att förstå något om det vi undersöker implicerar att det inte endast är fråga om att beskriva förhållandet mellan helhet och del(ar);

³⁰ Genom lagstiftning kan man förvisso åstadkomma dylika förändringar, men eftersom lagstiftning normalt endast befattar sig med begränsade frågor (enstaka kriminaliseringar eller speciella regler om t.ex. påföljdsbestämning eller ansvar) är det svårt att föreställa sig att en lagändring skulle ändra på något väsentligt inom det som utgör ett dogmatiskt system. Skulle lagstiftaren välja att modifiera bestämmelser med generell räckvidd och som representerar kärnan i det som utgör brottsbegreppet eller beslutsstrukturen bakom påföljdsbestämning (jfr BrB 1:1, BrB 1:2 st. 1, BrB 29:1 eller BrB 30:4), så skulle såväl straffrättsdogmatiken som doktrinen och den juridiska litteraturen behöva ändras och anpassas. När det gäller praxis är situationen delvis annorlunda. Även om varje fall är specifikt och unikt, så kommer varje fall att tolkas och avkodas mot den "mall" som följer av doktrinen allmänna läror (t.ex. brottsbegreppet eller påföljdsbestämningsreglerna).

³¹ H. Andersson, Skyddsändamål och adekvans 1993 s.219 f. och Bernt & Doublet, Vitenskapsfilosofi för jurister – en införing 1998 s. 184.

förhållandet måste hela tiden betraktas ur den tolkandes perspektiv och det system i vilket tolkningen görs.³² På så vis ges varje bedömare (domare eller annan rättstillämpare) en förförståelse genom doktrinsens begrepp, principer och allmänna läror som på ett avgörande sätt kommer att påverka, inte bara sättet för att lösa konkreta juridiska problem utan i lika grad också sättet för att formulera problemen. Verkligheten är helt enkelt för mångfacetterad och variationsrik för att man utifrån de enskilda fallen skulle kunna rekonstruera enskilda rättsreglers egentliga innehåll.³³

Mitt svar på frågan varför den straffrättsliga doktrinen har en sådan stabil ställning – och därför ett motsvarande högt rättskällevärde, att den faktiskt inte bara utmanar utan också övertrumfar enskilda prejudicerande avgöranden eller lagförarbeten – är att den representerar en sedan lång tid nedärvd och sedimenterad tradition av regeltillämpning som ordnats i ett komplext och principiellt förankrat system. Det torde med andra ord krävas tämligen mycket i den andra vågskålen för att rucka på de grundpremissor som följer av doktrinen. Man kan förvisso tänka sig en lagstiftare eller domstol som trotsar systemet och skapar en regel som avviker från dogmatiken. Men, som sagt: såvida man inte avser att ta avstånd från de grundläggande principerna som bygger upp systemet, förblir dylika preciseringar på ett visst område undantag inom systemet. Helheten är i denna del viktigare än delarna. Åtminstone till en viss gräns.

Beskrivningen ovan är givetvis idealistisk. Bortsett från att jag har pekat på att det finns undantag i systemet som äventyrar de allmänna lärorna samt att doktrinsens närmare innehåll ibland kan vara svårt att fastställa, finns det naturligtvis situationer där doktrinen är påfallande oklar samtidigt som konkurrerande uppfattningar i andra källor är tämligen otvetydiga. Man bör inte vara idealiserande i sin beskrivning. I enskilda fall – rörande särskilda frågor – kan man hamna i komplicerade situationer där t.ex. praxis och förarbeten talar i en viss riktning samtidigt som man inom den juridiska litteraturen förfäktar en (eller flera) strikt motsatt(a) lösning(ar). Doktrinen hamnar här i ett mellanläge, vilket blir prekärt om den gällande rättens system i övrigt ger stöd åt den uppfattning som inte omfamnas i praxis och/eller förarbetena. Vad som i så fall

³² Se Rorty, som anger: "we cannot understand the parts of a strange culture, practice, theory, language, or whatever, unless we know something about how the whole thing works, whereas we cannot get a grasp on how the whole works until we have some understanding of its parts", se Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* 1980 s. 319.

³³ Beskrivningen är lånad av Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* 1989 s. 208.

finns är normativ legitimitet för vissa uppfattningar i litteraturen, men det saknas empirisk legitimitet (och vice versa).³⁴ Beroende på de olika rättskällornas relativa värde i det enskilda fallet är det i dylika situationer oklart om doktrinen kan sägas uttrycka en bestämd uppfattning. Litteraturen är inte detsamma som doktrinen, åtminstone inte om vi med det sistnämnda menar ett accepterat eller postulerat tänkande eller handlande/beteende som kan sägas reflektera ett medvetet förhållningssätt på ett område. I dylika fall finns endast de enskilda argumentens relativa styrka, vilket innebär att det är svårt att närmare ange hur de olika rättskällorna förhåller sig till varandra. På motsvarande sätt kan det vara svårt att närmare ange vari respektive rättskällas argument egentligen består. Vid påtaglig oklarhet eller motstridighet är doktrinen egentliga position kanske allra svårast att definiera och avgränsa i förhållande till vad som annars skulle beskrivas som rättspolitiska uppfattningar i litteraturen.

3.3 Doktrinen och vetenskap eller vetenskaplighet

En företrädare i ämbetet – Johan Hagströmer – installerades som ordinarie professor i kriminalrätt i Uppsala år 1888. I samband härmed höll han en föreläsning på temat ”Om förhållandet emellan lagstiftning och vetenskap på den svenska straffrättens område”.³⁵ Trots att 125 år har passerat sedan hans tillträddande av tjänsten kan jag tvivelsutan säga att mycket av det han säger i sin föreläsning likaväl skulle kunna sägas med samma giltighet idag.

Hagströmer utgår i sin föreläsning från att rättsvetenskapens uppgift inom straffrätten är att förklara det som inte låter sig förklaras i lagtext och andra produkter. Begrepp som uppsåt, kausalitet etc. är enligt honom alldeles för komplicerade för att man skall kunna fånga dess rätta innebörd i vad som kan uttryckas i en lag. Lagstiftaren har således medvetet avstått från att lagstifta i dessa frågor och i stället överlämnat åt just *doktrinen* att besvara frågor om hur begreppen närmare skall förstås och hur problem lösas. Hagströmer tycks här mena att det är vetenskapens uppgift att utforma ”läror” om det som inte direkt följer av lagen. Och:

³⁴ En dylik situation kan ha sägas ha gällt tolkningen av den s.k. rusbestämmelsen (BrB 1:2 st. 2), där förarbetenas utformning (se SOU 1953:14) och HD:s praxis (NJA 1973 s. 590) stod i konflikt med systemets övriga principer. Se och jfr Ulväng, Straffansvar och självförvällat rus m.m., JT 2011-12.

³⁵ Föreläsningen publicerades i TfR 1889 s. 1–27.

denna verksamhet är inget självändamål eller en rent privat angelägenhet: ”Ty rätten är ej till för juristernas skull, utan för att tillgodose rättslivets behov”.³⁶ I så fall finns det ett starkt samband mellan å ena sidan det som är rättsvetenskapen, begreppsbildningen, systembyggandet och å andra sidan dogmatiken.

Hagströmer kan läsas som att doktrinen funktion är att på ett vetenskapligt sätt tillhandahålla lösningar på de frågor som lagstiftaren har avstått från att ta ställning i; rättsvetenskap kan förvisso bedrivas fritt utan anspråk på att tillgodose den praktiska rättstillämpningens behov, men då är det inte doktrinen man åsyftar. Med denna beskrivning kommer Hagströmer förbluffande nära min utgångspunkt. I så fall har inte mycket hänt i Uppsala på 125 år (vilket inte i sig är någon nyvunnen insikt).

I avsnitt 2 ovan har jag hävdat att det finns ett krav på att en utsaga (en uppfattning eller ett argument) måste uppfylla några slags kriterier på att vara rättsdogmatisk för att det skall kunna räknas till doktrinen. Jag har också antytt att det också bör finnas en ambition hos den som rekonstruerar gällande rätt (rättsdogmatikern) att upprätthålla någon form av vetenskaplig hederlighet. Vad som återstår är att säga något litet om vad det är vi menar med rättsvetenskap och vad som ligger i ambitionen att produkterna skall präglas av vetenskaplighet.

* * *

All vetenskap har som syfte eller ambition att säga något om något. Man vill förklara något (ett samband, en relation, ett problem, en företeelse etc.). Ett gemensamt drag hos alla former av vetenskap är dock att man söker ge en systematisk, organiserad bild av något (en rekonstruktion), vilket alltid innebär ett mått av abstraktion och teoribildning, varför resultatet blir en intellektuell konstruktion. Genom att omformulera flera – ofta spridda eller fragmentariska – observationer, kan man skapa en helhet som säger något mer än vad bara delarna gör.

För att kunna göra detta, måste man ta reda på hur det förhåller sig med det som man undersöker (genom t.ex. observation, frågor, experiment etc.). Som en annan företrädare i ämbetet – Nils Jareborg – har förklarat, behövs det alltid ett viss mått av kunskap (grundforskning) för att kunna säga något vetenskapligt i normativa frågor.³⁷

³⁶ Hagströmer, Tfr 1889 s. 8.

³⁷ Se Jareborg (not 13) s. 170 ff.

Rättsvetenskap är normativ vetenskap och befattar sig således endast med utsagor och teorier om hur juridiska normer bör tolkas, förstås, organiseras. Det faktum att det handlar om normer gör att verksamheten är intimt förbunden med skäl för att handla (på ett visst sätt), men rättsvetenskap är inte avhängig – och definitivt inte identisk med – sociologiska eller andra behavioristiska observationer och teorier. Kanske just av detta skäl har det utvecklats en olycklig – och alldeles onödig – ängslighet bland jurister och rättsvetenskapsmän om det som man ägnar sig åt verkligen kan och bör betecknas som ”vetenskap” (och i förlängningen om man kan resonera vetenskapligt om fakta som hör till juridikens område). I grunden bygger dylika fördomar dels på en grav underskattning av svårigheterna att hantera den materia som juridikens fakta är uppbyggd kring (nämligen språkliga uttryck och utsagor som relaterar till institutionella fakta), vilka måste operationaliseras genom tolkning i ett system, dels på en föreställning att den verklighet som betraktas inom varje rättssystem inte kan vara föremål för några – i egentlig mening – sanna påståenden.

Dylika föreställningar har funnits sedan länge. Hagströmer beskriver hur doktrinen position i tiden för den moderna straffrättens födelse hade en marginell betydelse för den juridiska praktiska verkligheten och hur det under en idealistisk slöja växte fram föreställningar om att lagar kunde göras tekniskt fullkomliga i så måtto att de var omedelbart användbara (utan tolkning) och därmed också fullständiga.³⁸ Abstraktioner ansågs inte vara av intresse; endast konkreta regler hade betydelse och metoden för juridikens tillämpning var ”mekanisk”. Hagströmer beskrev föreställningar av detta slag som ”överspända”, orealistiska och i delar barocka. Förklaringen är givetvis att det aldrig finns en uppfattning om något som är så entydig, alenarådande att den inte kan vara föremål för olika tolkningar och uppfattningar. Så snart normen (texten) och verkligheten måste tolkas, finns det utrymme för att föra fram alternativa och bättre förklaringar av vad något (egentligen) betyder eller borde betyda och därigenom kan man på ett vetenskapligt sätt jämföra olika beskrivningar mot varandra. Ingen ser något konstigt i att språkvetare, historiker eller statsvetare kan diskutera texters innebörd och skapa system av regler/principer för att förstå hur saker och ting hänger ihop och vad som får oss att tro och göra olika saker. Faktum är väl att just därför att jurister befattar sig med både auktoritativa texter och en föregiven verklighet, så ökar förutsättningarna för att skapa teorier om hur relationer mellan språk och verklighet ser ut.

³⁸ Hagströmer (not 36) s. 4 ff.

Man söker efter de bakomliggande skälen för att uppfatta en viss ordning eller ett beteende på ett visst sätt. Detta handlar om att skapa mönster hos det som vi väljer att avläsa och kallar fakta. En stor del av alla juridiska begrepp, aktörer, objekt etc. representerar sådana fakta inom ett system som skapar viss ordning. Vi uppfattar mycket av vår omgivning utifrån sådana föreställningar om institutionella fakta.

Det nu sagda är kortfattat, men mer än tillräckligt för att vi skall kunna konstatera att jurister som sysslar med att tolka, förstå, systematisera och förklara den rättsliga materien (normerna, både i betydelsen *reglerna* och *handlingsmönstren*) ägnar sig åt en vetenskaplig rekonstruktion av verkligheten. Så snart man säger något om hur saker och ting hänger ihop, om vad som kommer att ske, vad som borde bli en logisk följd av något etc. uttalar sig i frågor som kan göra anspråk på att vara vetenskapliga. Handlar det om rätten, så är det fråga om rättsvetenskap. Handlar rättsvetenskapen om de normer som utgör gällande rätt, är det fråga om rättsdogmatiska utsagor (även om det inte råder fullständig överlappning; rättsdogmatiken kan handla om frågor och problem som ännu inte aktualiserats i gällande rätt). Är det dessutom fråga om sådana utsagor av rättsvetenskaplig, rättsdogmatisk karaktär som har institutionellt stöd, så kan man likställa detta med *doktrinen*. Sambandet mellan doktrinen och vetenskapen är således inte personell (i betydelsen att Hagströmer, Strahl eller Jareborg "tillhör" eller t.o.m. "är" doktrinen), utan närmast relationell i den bemärkelsen det finns ett hierarkiskt förhållande mellan de utsagor som skapar ett system och rätten som fenomen.

Redan på 1800-talet stod det klart att lagstiftaren var helt beroende av rättsvetenskapen för att fylla ut och utveckla det som lagarna inte förmådde att formulera. Detta förutsatte i sig ett systemtänkande och därmed var steget till det som utgör tanken på ett koherent, på vetenskaplig grund ordnat, system av normer inte långt. Vetenskapens uppgift preciserades till att ägna sig åt "tolkning i vidsträckt mening", vilket var att förstå som att förklara rättens innehåll, ordna och bearbeta dessa samt dra konsekvenserna av normernas förhållande till varandra. Tillsammans skapas genom vetenskapliga bearbetningar (dvs. alternativa formuleringar av) ett rättssystem som är större (och viktigare) än det som direkt kan utläsas av systemets lagar och dogmatiska regler. Om rättsdogmatiken rekonstruerar den gällande rättens system, så rekonstruerar doktrinen rättsdogmatiken. Hagströmer noterade att:

Resultatet af denna verksamhet, i fall den fullt ut lyckas är en på en gång enhetlig och allomfattande systematisk tankebyggnad.³⁹

Därmed var doktrinen född.

* * *

Hur höga krav kan vi då ställa på doktrinen som rättskälla? Hur pass vetenskaplig måste den vara för att inte utesluta betydelsen av sin egen existens? Kan man acceptera att den rättsvetenskapliga kanaliseringen av gällande rätt sker med stöd av (i andra sammanhang) helt övergivna föreställningar rörande t.ex. kauslitet, (samhällsfarlig eller brottslig) ”vilja”, en förenklad deterministisk världsbild, en inre själslig värld helt skild från den yttre, etc.?

Förmodligen är svaret att kraven inte kan vara särskilt höga. Straffrättens allmänna läror och den juridiska doktrinen har under långa perioder utmärkts av att vila på en bräcklig vetenskapsteoretisk grund (där bl.a. nihilism, långt driven funktionalism, föråldrad metafysik och andra skolor har fått påverka synen på vad som utgör – eller borde utgöra – brott eller (lämpliga) straff etc.). Detsamma gäller i situationer där renodlad pragmatism givits företräde framför andra kunskapsteoretiskt och vetenskapsfilosofiskt överlägsna källor (oftast hämtade från discipliner utanför juridiken).

Att graden av vetenskaplighet är låg torde knappast innebära att man kan utesluta rättsvetenskapliga bidrag, som vid en viss tidpunkt anses utgöra den bästa beskrivningen av verkligheten, från det som utgör doktrinen. Doktrinen är per definition tillämpad rättsvetenskap och detta gäller oberoende av att det kan vara fråga om dålig vetenskap. Högre svansföring än så kan man förmodligen inte ha. En annan sak är givetvis att ambitionerna kan – och bör – vara högre. En ytterligare annan sak är naturligtvis att saker med tiden kan förändras och att den bristande vetenskapliga förankringen hos doktrinen efter viss tid avslöjar att dess förklaringsmodeller saknar erforderlig normativ legitimitet. Detta leder i slutänden till att de som har att tillämpa reglerna kommer att göra det utifrån andra skäl än de som följer av ”doktrinen” (dvs. med hjälp av nya begrepp eller principer som bidrar till att förklara systemet och den tillämpning som äger rum). I så fall måste doktrinen omformuleras för att anpassas till det som är gällande i fråga om handlingssätt. Likaså måste

³⁹ Hagströmer (not 36) s. 11.

rättsvetenskapen och rättsdogmatiken justeras för att kunna bidra med något som förklarar tillämpningen. Att man ständigt inom ramen för rättsvetenskapligt arbete letar efter nya och bättre lösningar på nya eller gamla problem är knappast något nytt. I den mån nya vetenskapliga rön och synsätt kan bidra till att bättre förklara lösningar på våra problem, påverkas såväl rättsvetenskapen som utseendet på rättsdogmatiken och till sist doktrinen.

Om man nu inte kan kräva att doktrинens uppfattningar skall vara uppdaterade på ett sådant sätt att man använder "den bästa/främsta" vetenskapliga metoden (vad detta nu än må vara) för att förklara och rättfärdiga ett visst tillvägagångssätt, kan det sägas finnas ett krav på att rättsvetenskapen anpassar sin forskning till de hjälpvetenskaper som juridiken är beroende av.

Detta kan dock skapa ett visst spänningsförhållande mellan å ena sidan en välgrundad teori/uppfattning inom rättsvetenskapen (med stark normativ legitimitet) och å andra sidan en doktrin som inte har förmått ackumulera det moderna synsättet (men som har stark empirisk legitimitet). Problemet är välkänt såtillvida att föråldrade synsätt och läror kan leva kvar i doktrinen – och besitta ett åtminstone förment högt rättsskällevärde – trots att ståndpunkten mött kritik i rättsvetenskapliga framställningar. Ofta(st) bedarrar sådana spänningar efter viss tid, helt enkelt därför att de bättre skälen för hur man bör se på vissa problem övertygar och blir accepterade av dem som har att tillämpa rätten. Rättsdogmatikens viktigaste uppgift torde vara att skapa en sammanhängande bild av systemet som helhet – dvs. vid formuleringen av ett system, utvecklandet av principer och generell begreppsbildning eller allmänna läror. I den bästa av världar får dylika rekonstruktioner också systemets acceptans.

Den eklektiska helhet som utgör systemet vittnar om att det alltid kommer att finnas inre spänningar mellan å ena sidan konstruktionerna (över tid) och å andra sidan graden av förankring i vetenskapligt accepterade synsätt. Personligen tror jag inte att man behöver vara alltför orolig över att straffrättsdogmatiken – och i viss utsträckning också doktrinen som rättskälla – dras med en viss inneboende tröghet eller ett konserverande förhållningssätt. Det viktiga är att det finns en medvetenhet om eventuella dissonanser inom systemet och att dessa kan förklaras.

Att brottsbegreppet av vissa (fortfarande) konstrueras utifrån två sidor behöver inte betyda att de som en vetenskapssyn som bygger på en cartesiansk världsbild eller i övrigt vilar på några egenskapsdualistiska föreställningar. Jag är långt ifrån övertygad om att t.ex. Hans Welzel lyckades göra

brottsbegreppet bättre eller mer vetenskapligt korrekt genom att skapa den s.k. finala handlingsläran och därmed göra brottsbegreppet tredelat.⁴⁰ Även om kritiken mot ett naturalistiskt präglat brottsbegrepp var helt befogad – och att det är helt korrekt att inte betrakta en mänsklig handling som något i förhållande till en vilja naturvetenskapligt kausalt fenomen, utan i stället som en integrerad del i det som vi väljer att överhuvudtaget beteckna som gärningar – leder inte en dylik finalitet i synsättet automatiskt till att straffrätten behöver bli mer överskådlig, bättre formulerad eller mer vetenskapligt (re)konstruerad. Brottsbegreppet måste ju fortfarande anpassas efter de övriga frågorna som är relevanta inom ett straffrättsdogmatiskt system. En av de största utmaningarna med att konstruera ett system är att få ihop samtliga delar som bör ingå på ett logiskt sätt utan inre motstridigheter. Lyckas man med denna dogmatiska uppgift har man åstadkommit en produkt med högt vetenskapligt värde.⁴¹ Här blir det alldeles uppenbart att ett tredelat brottsbegrepp skapar påtagliga problem med att hantera en medverkanslära som bygger på att delaktighetsansvar är accessoriskt till en otillåten gärning (och inte till en skuldtäckt otillåten gärning). Annorlunda uttryckt: de viktiga och väsentliga insikterna om vad det är som vi egentligen avser med begrepp som ”gärning”, ”vilja”, ”kausalitet” etc. kan ligga dolt bakom ett tvådelat brottsbegrepp som i övrigt kanske skapades i en annan tid och som kan ge intryck av att fortfarande reflektera en cartesiansk världsbild. De förstnämnda insikterna kan neutralisera systemets eventuella strukturella defekter. För belysande exempel på hur konstruerad en medverkanslära riskerar att bli utifrån ett mera finalt perspektiv kan med fördel tysk rätt på området studeras. Ett alternativ till att försöka jämka samman en s.k. final handlingslära med en medverkanslära är givetvis att avskaffa den sistnämnda och ersätta den med ett självständigt ansvar. Den som sysslar med rättvetenskap, straffrättsdogmatik och gällande rätt på straffrättens område inser snabbt att dylika krumbukter inte är alldeles så enkla. I vart fall inte om man menar att vad som utmärker en doktrin är empirisk och normativ legitimitet.

Mycket av vad jag har antytt ovan om förhållandet mellan å ena sidan brottsbegreppets konstruktion och å andra sidan ett modernt vetenskaps-teoretiskt synsätt gäller också många andra delar av juridiken. Man kan

⁴⁰ Angående Welzels finala handlingslära, se Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems* 1961.

⁴¹ McCormick anger: ”The great works of legal dogmatics, starting with Gaius’ *Institutes*, are among the higher achievements of human intelligence”.

på goda grunder angripa flera olika rättsdogmatiska föreställningar eller delar av doktrinen från ett vetenskapligt mer adekvat synsätt och sålunda beslå doktrinen som rättskälla med en mängd felaktiga eller problematiska utgångspunkter.⁴² Men för att denna kritik och omformulering skall bli del av doktrinen förutsätts att den verkligen fångar upp den praktiska tillämpningen och förr eller senare blir en identifierad del av tillämpningen. Förr eller senare brukar det också bli så i de fall som utgör goda exempel på god vetenskap.

3.4 Slutligen

Min slutsats är att doktrinen knappast kan betecknas som något finare eller mer upphöjt än t.ex. rättsvetenskapen, rättsdogmatiken eller den juridiska litteraturen. I väsentliga delar är det fråga om samma sak. Alla dessa delar ingår normalt som delmängder i respektive helhet. Dock inte alltid.

Vad som utmärker doktrinen är att denna utgör en rättskälla. Således är delar av de vetenskapliga bidragen, delar av den juridiska litteraturen och delar av rättsdogmatiken en del av doktrinen. Men alla delar av respektive helhet utgör inte *rättskällor* (i någon egentlig mening) och således finns det ett behov av att åtminstone ibland avskilja de olika delarna från varandra. Svårigheterna med att göra detta tror jag är en av förklaringarna till den ganska oklara användningen av begreppet "doktrinen". Ibland syftas på (uppfattningar i) litteraturen, ibland på författarna som personer, ibland på de närmast paradigmatiske uppfattningarna som kommer till uttryck i litteraturen.⁴³ Ambivalensen om vad det är man menar bidrar till att förstärka bilden av att rättskällevärdet hos doktrinen är förhållandevis lågt. En ambition med denna uppsats har varit att visa att med en något mer stringent och uppstyrd teoretisk beskrivning av vad som bör räknas till doktrinen, kan man faktiskt utkristallisera vad det är som representerar en rättskälla av normativt värde motsvarande t.ex. förarbetsuttalanden

⁴² För väsentliga rättsvetenskapliga bidrag av detta slag, se bl.a. Jareborg, *Handling och uppsåt* 1969 och Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* 2008.

⁴³ Se t.ex. Hagströmer (not 36) som jämför doktrinen med närmast *rättsvetenskapen*; jfr Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* 1994, som jämför doktrinen med *straffrättsdogmatiska arbeten*, vilken i sin tur motsvarar *gällande rätt*; jfr med Asp, Ulväng & Jareborg (not 27), där straffrättsvetenskapen likställs med den *juridiska doktrinen*, men där det ifrågasätts om denna bör räknas som en rättskälla; jfr slutligen Asp (not 27), där doktrinen i princip likställs med uppfattningen i den etablerade *juridiska (läroboks)litteraturen*.

och prejudicerande rättsfall. Det hela sker dock till ett pris: doktrinen närmare faktiska konturer blir härigenom mer formlösa och begreppet sammansmälter i stor utsträckning med det vi kallar rättsdogmatik, gällande rätt(ens system) och rättsvetenskapen. Kanske är detta ett problem. Mitt syfte var ju att särskilja just dessa entiteter.

Nåväl. I så fall tycks det som att varje försök att närmare bestämma innebörden i begreppet doktrinen leder till att begreppet ersätts med andra redan existerande begrepp utan att detta kan sägas utgöra en precisering. I mitt fall blir straffrättsdoktrinen en del av det som utgör straffrättsvetenskapen, straffrättsdogmatiken och gällande (straff)rätt. Å andra sidan ser jag inte detta som ett problem. Sambanden mellan dessa entiteter och doktrinen visar att den sistnämnda har att göra med ett systematiskt betraktelsesätt som tillhör rättsvetenskapen och utgör del av gällande rätt. I så fall hamnar straffrättsdoktrinen mycket nära det jag inledningsvis sade skulle utmärka doktrinen såsom rättskälla. Detta säger kanske mer om straffrätten som disciplin än om mitt försök att göra en viktig distinktion.

