



DEBATT

ÄR RÄTTSDOGMATIKEN DOGMATISK?

AV PROFESSOR *CLAES SANDGREN*

Många rättsvetenskapliga framställningar betecknas som dogmatiska. Vart och vartannat metodavsnitt i avhandlingar förklarar att metoden är rättsdogmatisk. Det förekommer dock knappast alls, om någonsin, att författaren klargör vari det dogmatiska består.¹ På vilket sätt är framställningen dogmatisk? Varför betecknas den som dogmatisk?

1. Dogmatik

«Dogmatik» brukar förknippas med (medeltida) skolastik men är särskilt nära förbunden med kristen teologi enligt vilken kyrkan har auktoritet att fastslå religiös sanning. Påvens uttalanden *ex cathedra* är som bekant utan fel, enligt en dogm av romerska katolska kyrkan från 1870 om påvens ofelbarhet. Ordet «dogmatisk» är förbundet med föreställningar om att det finns en förborgad sanning och att någon som är ofelbar har auktoritet att uppenbara denna.

En mer allmän definition är att «dogmatiskt arbete avskärmar sig i

¹ Marie Sandström skriver om rättsdogmatiken att «very few legal scholars feel up to the challenge of defining its precise meaning. Despite the huge success of legal dogmatics at law faculties, it has received surprisingly little methodological or theoretical attention», *The Concept of Legal Dogmatics Revisited*, i *Epistemology and Ontology*, ed. Z. Bankowski, Stuttgart 2005 s. 133–140 (s. 133). R. Lavin, Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?, *FT* 1989 s. 115–129 (s. 115) påpekar att «Varken företrädare för den allmänna rättsläran eller kritikerna (av rättsdogmatiken) presterar någon närmare analys av rättsdogmatiken» (s. 115). Lavin, som räknar sig till den s. k. Lundaskolan, redogör i uppsatsen för sin förvaltningsrättsliga metod, särskilt med inriktning på stora rättsfallsmaterial. Se även dens. i *FT* 1990 s. 71–74.



den betydelsen att studiet sker immanent, dvs. inom en bestämd ram». ² I dagligt språkbruk har ordet «dogm» och dess avledningar fått en pejorativ innebörd. ³ Dogmatisk står för ovilja till förnyelse och för fördomsfullhet. «Dogmatisk» har framför allt blivit synonym med *ovetenskaplig*. ⁴

2. Rättsdogmatik

Som berördes betecknas merparten av dagens rättsvetenskapliga framställningar som dogmatiska. Det förhållandet att detta aldrig närmare förklaras antyder att det finns en konsensus inom den juridiska akademien om vad rättsdogmatik är. Men vad? En närmare granskning visar att detta är minst sagt oklart. Det finns flera, delvis överlappande uppfattningar om vad som karakteriserar «rättsdogmatiken». Den kan bestämmas av

- sin metod och sitt material. Rättsdogmatiken bestäms av att rättskällorna skall användas och av att dessa skall användas i enlighet med rättskälleläran.
- sitt syfte. Detta är att fastställa gällande rätt.
- sin funktion. Rättsdogmatiken reglerar vad som är godtagbar juridisk argumentation.
- sitt inifrånperspektiv. Rättsdogmatikern arbetar inom den gällande rättens ram. Det kan också uttryckas så att verksamheten är systemimmanent.
- den verksamhet som utövas. Denna är dels att tolka och dels att systematisera. Det brukar hävdas att systematisering gör rättsvetenskapen vetenskaplig. ⁵ Rättssystemets systematik och enhetlighet står således i centrum för rättsdogmatiken.
- rättsreglernas karaktär, nämligen att de ses som auktoriserade regler. ⁶

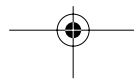
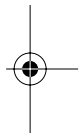
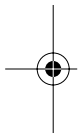
² Bo Hanson, Dogmatisk metod inom teologi och juridik, *Retfærd* nr 44, 1989 s. 4–15 (s. 7).

³ Dogmatism är en etikett som åsätts «avvikare» från den kommunistiska partilinjen, nämligen sådana avvikare som (i motsats till de avvikare som är revisionister) håller fast vid en bokstavstrogen marxism.

⁴ Se t. ex. Jesper Jerkert i *Forskning & Framsteg* 3/04 s. 57.

⁵ Jfr Claes Sandgren, Om teoribildning och rättsvetenskap, *JT* 2004–05 s. 297–333 (s. 322). [m. hänv.].

⁶ Detta är Doublets och Bernts mening. De skriver att när vi i dag kallar rättsvetenskapens centrala disciplin för rättsdogmatik så är det «utfra det forhold at rettsreglene ses som autoriserte regler...» (*Retten og vitenskapen*, Bergen 1993 s. 23 n. 11).





– ett antal grundantaganden. Rättsdogmatiken bygger på dessa antaganden, av vilka «materiell rättssäkerhet» är ett.⁷

3. Gällande rätt?

Flertalet positivrättsliga rättsvetenskapare hyser troligen någon eller kanske några av de nämnda föreställningarna om vad rättsdogmatik är. Också andra föreställningar kan tänkas. En vanlig, ganska oprecis uppfattning är att rättsdogmatik handlar om gällande rätt, varvid dock få explicit förklarar på vilket sätt som detta är dogmatiskt. Den tystnaden är kanske klok, eftersom det på inget vis är självklart att «gällande rätt» sätter gränsen för rättsdogmatiken. Den praktik som betecknas som rättsdogmatik (se även avsnitt 5) talar i själva verket för motsatsen. Gällande rätt tjänar i många fall som utgångspunkt för denna praktik. Jareborg exempelvis påpekar att rättsdogmatiken mycket väl kan gå «utanför gällande rätt ... Det är helt legitimt för rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar».⁸ Lavin nyttjar underrättspraxis för den rättsdogmatiska analysen.⁹

Begreppet gällande rätt beskrivs i allmänhet som «problemiskt» och har gett upphov till omfattande debatt.¹⁰ Här skall blott en tanke-riktning beröras, nämligen uppfattningen att «gällande rätt» inte existerar som ett oberoende fenomen (som ett faktum om man så vill).¹¹ Man kan fråga sig hur rättsdogmatikern kan studera gällande rätt om denna inte existerar. Det finns dock inget konstigt i detta. När man talar om gällande rätt lämnar man i praktiken ute ett tankeled. Man me-

⁷ Detta är Peczeniks mening; se vidare avsnitt 6.

⁸ Nils Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, *SvJT* 2004 s. 4. Även Agell har nyligen uttalat sig ganska långt i den riktningen, om än inte så tydligt som Jareborg. Anders Agell, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen, *SvJT* 2002 s. 243 ff. Malmberg beskriver rättsdogmatik på följande sätt: «Det handlar om att strukturera frågeställningar, ge brukbara begrepp och att formulera mer eller mindre generella regler och principer.» (Jonas Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Uppsala 1997 s. 22).

⁹ Lavin s. 119 ff.

¹⁰ Här kan hänvisas till Stig Strömholms ingående analys i *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. En lärobok i allmän rättslära, 5 uppl., Stockholm 1996 s. 28–148.

¹¹ Denna uppfattning har utvecklats bl.a. inom ramen för postmodernismen. Se närmare härom en på sin tid mycket uppmärksammad uppsats av David Kennedy, *Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship*, *New England Law Review* 1985–86 s. 210; se Sandgren op.cit. not 5 s. 310.



nar inte att gällande rätt existerar i sig utan att den som följer allmänt accepterade regler för juridisk argumentation når ett resultat som kan betecknas som gällande rätt. Kennedys och andra postmodernisters tes om *rättens ontologi* och liknande var i sig tankeväckande, men den fick inte något inflytande av betydelse på diskussionen om förutsättningarna för den juridiska argumentationen, inklusive rättsdogmatikens karaktär.

4. Rättskällevärdet?

Också begreppet rättskällevärdet väcker osäkerhet. Här räcker att peka på det förhållandet att rättskällevärdet är en undflyende företeelse med skiftande innebörder. Det finns i vart fall fyra «rättskällevärder/rättskällevärdfattningar» vilkas innehåll divergerar: 1) Den lära som HD och övriga prejudikatinstanser tillämpar (utan att de explicit anger vilken denna lära är). 2) Den lära som i doktrinen (Finna Rätt, Peczenik, Strömholm m.fl.) anges vara gällande rättskällevärdet i riket, en lära som inte nödvändigtvis sammanfaller med prejudikatinstansernas eftersom framställningarna i doktrinen har övervägande normativ karaktär och mindre grundas på ett empiriskt studium av den lära som prejudikatinstanserna faktiskt tillämpar. 3) Den rent hierarkiska rättskällevärdfattning som är vanlig bland praktiserande jurister (lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin). 4) Den lära som faktiskt tillämpas på basplanet (i första instans), vilken starkt påverkas av faktorerna tid, tillgänglighet och «tillräcklig kvalitet» («T-faktorerna»)¹². För forskaren är det rättsliga material som pekas ut av alla de nämnda rättskällevärderna legitima forskningsobjekt och undersökningar som betecknas som dogmatiska nyttjar också material av olika slag. Vari det dogmatiska ligger är dock inte lätt att se.

5. Den rättsdogmatiska praktiken

Inom rättsvetenskapen accepteras en ganska fri argumentation, i vilken rättskällevärdeanalysen kan förenas med ändamålssynpunkter, extern special-

¹² «T-faktorerna» (tidsbrist och bristande tillgång till rättskällematerial i förening med att resultatet inte behöver vara optimalt) leder till att en annan «rättskällevärdet» än den officiella i praktiken brukas; bl.a. har förarbetena traditionellt haft begränsad betydelse för rättstillämpningen i första instans därför att de inte funnits tillgängliga. Bundenheten till förarbetena har alltså varit en överrättsföreteelse. Med digitaliseringen får de emellertid en ökande tillgänglighet och därmed betydelse. (Claes Sandgren, Vad gör juristen? Och hur? – del II, *JT* 1999–2000 s. 867–893 (s. 868 f., 875 n. 27).





kunskap (andra discipliners teorier inbegripna) samt forskarens allmänna erfarenheter och kunskap om området. Också värderingar har en plats i argumentationen. Det stora flertalet rättsvetenskapliga arbeten handlar inte så mycket om att «fastställa gällande rätt» som att systematisera stoffet, utveckla begreppsapparaten, analysera argument och tänkbara lösningar, utforma läror och principer, göra en kritisk granskning av rättsläget m.m.¹³ Sammanvägningen av hela detta spektrum av material och synpunkter utmärker den rättsvetenskapliga argumentationen, som i denna mening kan sägas vara mindre specialiserad än argumentationen i många andra discipliner. Det är svårt att förstå i vilken mening som den rättsdogmatiska praktiken – sådan den här beskrivs – skulle vara dogmatisk.

6. Rättsdogmatik och värderingar

Det råder numera bred enighet om att värderingar kan ingå i den rättsdogmatiska argumentationen, låt vara att verifikationen av deras vetenskaplighet erbjuder svårigheter. Eckhoffs rättskällelära har bidragit till att detta erkänns och accepteras.¹⁴ Peczeniks lära kan användas såsom åskådningsexempel. Han håller fast vid att gällande rätt och rättskälleläran bildar kärnan i rättsdogmatiken men vill lägga till en värdering, «materiell rättssäkerhet», som ett moment för att bestämma «rättsdogmatikens vetenskapsbild». Med «materiell rättssäkerhet» åsyftas «förutsebara och etiskt godtagbara slutsatser».¹⁵

Det torde vara okontroversiellt att en grundläggande värdering får utgöra riktämne för rättsdogmatikerns tolkning och systematisering. Den

¹³ Lena Olsen skriver att det inom den svenska rättsdogmatiken finns några gemensamma drag och att ett sådant drag synes vara att «forskningsuppgiften består i att så nära som möjligt besvara domarens frågor vad gäller rättsordningens innehåll» (Rättsvetenskapliga perspektiv, *SvJT* 2004 s. 111). – Flertalet av dagens rättsvetenskapare betecknar sig förmodligen som «rättsdogmatiker» men ser de verkligen på sin uppgift så som Olsen framställer den?

¹⁴ Se t. ex. Doublet & Bernt op.cit. not 6 s. 65 ff.

¹⁵ «Rättsdogmatikens vetenskapsbild» har enligt Peczenik följande komponenter:

1. Gällande rätt är forskningsobjektet.
2. Varje rättsdogmatisk tolkning måste basera sig på någon rättskälla.
3. Det finns vissa argumentationsnormer som bestämmer rättsdogmatikens arbetsmetod.
4. Rättsdogmatikern eftersträvar materiell rättssäkerhet, dvs. förutsebara och etiskt godtagbara slutsatser.

Peczenik betecknar dessa punkter som grundantaganden, vilka är «dogmatiska». Aleksander Peczenik, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, *FT* 1990 s. 41–52 (s. 44 f.).



na värdering kan vara det ändamål som ligger (antas ligga) till grund för lagstiftningen, dennas funktion i samhället eller någon annan värdering som har stöd i rättskällematerialet.¹⁶ Det problematiska inträder när rättsvetenskaparen hämtar en värdering s.a.s. utifrån, t. ex. «etiskt godtagbara slutsatser», och hävdar att denna värdering skall vara kriterium för en godtagbar argumentation angående en viss lagstiftning. Hur kan man veta vad som är «etiskt godtagbart» i fråga om en viss lagstiftning? I de riktigt svåra värderingsfrågorna saknas kriterier med vars ledning utslagornas vetenskaplighet kan underkastas en intersubjektiv prövning.

7. Finns rätt svar?

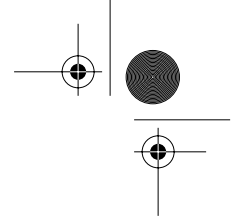
Värderingarnas roll för oss över till ytterligare en aspekt på begreppet rättsdogmatik: Finns det ett «*rätt svar*» förborgat på varje rättsvetenskaplig fråga? Är det i så fall rättsdogmatikens sak att finna det svaret?

Det råder en ganska bred samsyn om att svaret på den första frågan är nekande och att den andra frågan därför faller. Doublet och Bernt uttrycker saken så att rättskällelärans viktigaste funktion blir att dra upp en ram för vad som är en «fackligt försvarlig argumentation».¹⁷ Begreppet «riktig» är inte annat, menar de, än hur man förväntar sig att medlemmar av den juridiska kommunikativa gemenskapen skall argumentera. På så sätt betyder «riktig» att argumentationen skall tillfredsställa normen för kvalifikation till den juridiska kommunikativa gemenskapen. Rättskälleläran blir enligt deras synsätt ett redskap för att säkra ett minimum av facklig enighet inom juristprofessionen. Rättskälleläran är del av det rättssystem som läran refererar till. Aarnio har en likartad uppfattning: «Det finns inga uttryckligen riktiga svar på egentliga juridiska problem. Vår uppgift som jurister och idkare av rättsvetenskap är att åstadkomma så väl motiverade lösningar som möjligt.»¹⁸

¹⁶ Anders Agell har betonat detta, jfr. Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap, i *Festskrift till Strömholm*, Uppsala 1997 s. 47.

¹⁷ Doublet & Bernt a. a. s. 162 f.

¹⁸ Aulis Aarnio, Om rättssystemets slutna karaktär, i *Rättsdogmatikens alternativ*, Tammerfors 1988 s. 16. Samma sak kan uttryckas på ett konkret sätt: ger vi en svår juridisk fråga till två lika framstående jurister så kan vi mycket väl få motstridiga svar av vilka bägge kan vara fullt försvarliga. Se även Strömholm s. 113 ff. Det är också skäl att påminna om att det inte råder enighet om vilken lagtolkningsmetod som gäller i Sverige. Se P. H. Lindblom, Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743), i *Festskrift till Lars Welamsson*, Stockholm 1987 s. 437.



Det finns numera en tendens (i Eckhoffs efterföljd) att tala om rättskällematerial, rättskällefaktorer och liknande (snarare än rättskällor); att betona tolkning och liknande som en sammanvägning av relevant material (snarare än att betrakta materialet som hierarkiskt ordnade källor); och att peka på olika tänkbara lösningar som godtagbara (snarare än att «fastställa gällande rätt»). Denna tendens, som betonar den juridiska metodens öppenhet och svårigheten att tala om ett «rätt svar på svåra juridiska frågor», är närmast motsatsen till ett dogmatiskt synsätt.

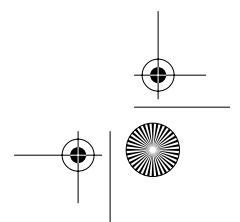
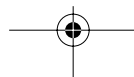
8. Rättsdogmatikens auktoritet

Doktrinen har viss ställning som rättskälla,¹⁹ bl. a. som en följd av att den av och till pekas ut som sådan i auktoriserade texter, t. ex. förarbetena till lagstiftning och i rättsliga avgöranden. Men denna ställning och den auktoritet som följer med denna beror inte bara på denna legitimationsgrund. Brister argumentationens kvalitet och förmåga att övertyga förlorar rättsvetenskapen i auktoritet. Detta gäller såväl argumentation de lege lata som de lege ferenda.

Man kan dock hävda att alla rättskällor har *argumentationens halt* som yttersta grund för sin auktoritet. En författning som framstår som orättvis, orationell eller obegriplig, och därför inte får acceptans, förlorar sin legitimitet och urholkar rättsväsendets legitimitet. En författning som strider mot överordnad norm får inte tillämpas (med vissa reservationer). Är en högstinstansdom inte övertygande blir konsekvensen att lägre instanser söker undvika att följa domen, att denna blir kritiserad med följd att det uppstår tvivel om dess ställning som prejudikat; den rättsliga praktiken söker då komma ifrån domen med följd att den gärna faller i glömska. Det är därför inte ovanligt att prejudikatinstansers domar lämnas utan avseende,²⁰ och att det uppstår be-

¹⁹ Dess ställning som rättskälla framträder kanske främst när den fyller ut och ger innehåll åt institut, läror och figurer liksom när den förfinar rätten, om man så vill skapar «bättre versioner» av den gällande rätten, samt utvecklar en självständig doktrin på områden där gällande rätt är rudimentär; härom se Åke Frändberg, *Rättsregel och rättsval*, Stockholm 1984 s. 66 ff. Rättsvetenskapens funktion att väga samman alla rättskällor och tillföra annat material än det rena rättskällematerialet ger den en viss särprägel som rättskälla.

²⁰ Lindskog pekar på ett i hans mening felaktigt avgörande av HD (NJA 1998 s. 379) och tillägger: «tre JR ... tappade bort den grundläggande principen ...; förbi-seendet upphäver naturligtvis inte denna princip», Stefan Lindskog, *Skiljeförfarande*. En kommentar, Stockholm 2005 s. 23 n. 18.



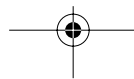
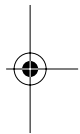
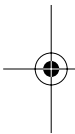


hov av ett nytt avgörande i samma rättsfråga. All argumentation måste således värderas med hänsyn tagen till såväl den sakliga tyngden hos de framförda argumenten som den formella auktoriteten hos den som framför argumenten.

9. Är rättsdogmatiken dogmatisk?

Detta korta debattinlägg kan sägas vara en exeges av begreppet rättsdogmatik. Leder en sådan exeges någon vart? Fastnar man inte i ofruktbara cirkelresonemang? Kanske det. Man kan sätta etiketten «dogmatisk» på vilken verksamhet som helst – om man så önskar – men av flera skäl är det oklokt att beteckna dagens rättsvetenskapliga praktik såsom dogmatisk.

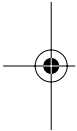
- Praktiken utmärks av en ganska fri argumentation. Argument för och emot en viss lösning på en svårbedömd fråga vägs mot varandra; analysen kan vara mer eller mindre knuten till rättskällorna. Den inbegriper ofta resonemang om effekterna av en viss lösning och kritisk granskning av rättsläget. Praktiken framstår som föga dogmatisk, inte minst i den mån som den syftar till förståelse och orienterar sig mot värderingar och etiska ställningstaganden.
- Det system som är praktikens föremål framstår som öppet och funktionellt. Det är inte fråga om att finna rätt svar inom ett avgränsat system med ett fast och givet innehåll. Systemet är öppet mot omvärlden och tar intryck av den allmänna debatten och samhällsklimatet.
- Dagens praktik ägnar sig i betydande utsträckning åt analys av annat än de hävdvunna rättskällorna. Exempel är avtalspraxis, underrätts- och myndighetspraxis och informell rätt.
- Det finns ingen konsensus om vari det dogmatiska skulle bestå. Det råder inte ens enighet om att «gällande rätt» är det som förenar utan den fria argumentation som just berördes kan inbegripa argument och värderingar som ligger utanför gällande rätt.
- Dogmatik framstår inte som en särskilt adekvat benämning eftersom det inte rör sig om en logisk-deduktiv begrepps konstruktion utan snarare om hur juridiska begrepp, läror osv. skapas och hanteras i ett samspel mellan teori och praktik.
- Ordet «dogmatisk» har i det allmänna språkbruket blivit synonymt med fördomsfull och ovetenskaplig. Ordet har en esoterisk klang





som stöter bort de oinvigda till nackdel för förståelse över disciplin-
gränserna och ett vetenskapligt meningsutbyte.

Mot den här bakgrunden vore det välgörande om termen «rättsdog-
matik» kunde mönstras ut ur det rättsvetenskapliga idiomet. Det vore
både mer realistiskt och klargörande att beskriva den i dag helt domine-
rande fåran inom rättsvetenskapen såsom analytisk snarare än dogma-
tisk.²¹ «Analytisk rättsvetenskap», «rättsanalytisk forskning» eller lik-
nande benämningar kunde användas.



²¹ Ekelöf talade 1951 om «den juridiska doktrinen», dvs. sådana rättsvetenskapliga
arbeten som förr betecknades som 'dogmatiska' och som numera brukar kallas för 'posi-
tivrättsliga'. (Per Olof Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller vetenskap?
Omtryckt i årsboken de lege, i Valda skrifter 1942–1990, Uppsala 1991 s. 92–126.) –
«Positivrättslig» framstår emellertid som en alltför snäv benämning på dagens rättsveten-
skapliga praktik då den benämningen så klart associerar till «gällande rätt».

