”Enligt grunderna” — Om vikten av att skilja på tolkning och analogier

Tolkningen och analogin i Högsta domstolens prejudikat och i metodlitteraturen

(Del II av II)

Av universitetslektorn Adam Croon och tingsnotarien Mathias Nilsson[1]

Tolkningar och analogilösningar är vanligt förekommande i domstolarnas rättstillämpning. Metodverktygen tolkning och analogi används emellertid ofta utan närmare reflektion. Juristen behöver dock bl.a. av konstitutionella skäl kunna skilja tolkningen från analogin. Medan tolkningen av en rättsregel möjliggör en precisering av dess innehåll utan att regeln ändras utgör analogin en form av rättsbildning. Att svenska jurister har givits en möjlighet att bilda rätt får dock inte missbrukas. Juristerna riskerar annars att bli lagstiftarens konkurrent. Inom ramen för två artiklar undersöks därför skillnaderna mellan rättstolkningen och analogin ur olika perspektiv. Den här artikeln utgör del 2. I den undersöks hur tolkningar och analogier har hanterats i rättsfall från Högsta domstolen samt hur skillnaden mellan de två förfarandena har beskrivits i samtida juridisk metodlitteratur. Artikeln avslutas med ett avsnitt med sammanfattande slutsatser som baseras på innehållet i både artikeldel 1 och 2.

1 Inledning

I den första artikeldelen (del 1)[2] konstaterades att det, i den juridiska metodlärans historia, funnits forskare som framhållit betydelsen av att skilja på tolkningen och analogin. En av de tongivande metodforskarna var den historiska skolans grundare Friedrich Carl von Savigny. Savignys uppfattning var att tolkningen utgjorde ett förfarande varigenom juristen preciserade innehållet i en rättsregel och visade att den var tillämplig på vissa bestämda faktiska omständigheter. Genom analogin kom juristen i stället att bidra till själva utvecklingen av rätten, genom att använda ett bestämt faktiskt och rättsligt innehåll för att skapa en ny rättsregel som kunde tillämpas på nya faktiska omständigheter. Om tolkningen preciserade den hittills gällande rätten så innebar analogin däremot att ny rätt uppstod i förhållande till den hittills existerande. Savigny drog därför slutsatsen att de två förfarandena måste hållas isär. När juristen tillämpade lagen fick han eller hon inte gå utanför dess tillämpningsområde. Så länge juristen enbart tolkade lagen förelåg dock ingen sådan risk, eftersom tolkningsförfarandet endast bidrog till

[1] Adam Croon är universitetslektor i rättshistoria på Juridiska institutionen vid Uppsala universitet. Mathias Nilsson är tingsnotarie vid Stockholms tingsrätt.
[2] SvJT 2025 s. 859.

att förtydliga rekvisitens ordalydelse. Analogilösningen behövde dock tillgripas just därför att rekvisitens språkliga betydelseområde inte kunde fås att omfatta just de omständigheter som fallet gällde. Därmed begränsades också lagens tillämpningsområde så att en lucka uppstod i rätten. Savignys slutsats var att analogin syftade till att fylla igen luckan mellan fakta och rätt, genom att juristen skapade en ny regel. Savignys slutsats var också att detta kunde tillåtas, men att metodverktyget inte fick sammanblandas med tolkningen, eftersom lagstiftarens avsikt med lagen då inte skulle respekteras.

I den första artikeln konstaterades vidare att Savignys och den historiska skolans slutsatser rörande de olika metodverktygen och deras koppling till funktionsfördelningen mellan politiker och rättstillämpande jurister väl stämmer överens med nutida svenska konstitutionella förhållanden. Den rådande funktionsfördelningen mellan statens politiska organ, å ena sidan, och myndigheter och domstolar, å den andra, förutsätter att den politiska rättsbildningen (dvs. lagstiftningen) och juristens rättstillämpning kan hållas isär. Juristen får därför inte missbruka den juridiska metoden för att på ett otillbörligt sätt ifrågasätta lagstiftarens avsikter och tidigare rättstillämpning, genom att frångå lagens tillämpningsområde. Arbetsfördelningen mellan politiker (lagstiftare) och rättstillämpare förutsätter att det språkliga betydelseområdet för lagen respekteras i varje enskilt fall, vilket i sin tur tycks förutsätta att juristen förmår att skilja tolkningsförfarandet från analogin. Samtidigt kan konstateras att eftersom det svenska rättssystemet huvudsakligen består av punktlagstiftning, så kommer analogier att behöva användas för att i enskilda fall utvidga rätten. Detta faktum innebär att den juridiska metodläran måste tillerkänna domaren en rättsbildande roll, även om rättsbildningen är juridisk och inte politisk.

Betonandet av skillnaden mellan tolkning och analogin i den juridiska metodläran utgör alltså ett led i upprätthållandet av det konstitutionella legalitetskravet i regeringsformen (RF). Denna aspekt av skillnaden mellan de två förfarandena får betydelse för när domaren tillåts att använda analogin för att lösa det juridiska problemet. Det faktum att domaren i svensk rätt tillåts att bilda ny materiell rätt genom analogier innebär nämligen inte att dessa är tillåtna på alla rättsområden, trots att tekniken utgör en del av rättsdogmatiken. Inom civilrätten, i varje fall vad gäller dispositiv rätt, är analogier tillåtna och vanligt förekommande. Rättssubjektens självbestämmanderätt dominerar således över legalitetskravet, som är kopplat till det allmännas våldsmonopol. På rättsområden där kopplingen till legalitetsprincipen är särskilt betydelsefull, som inom straffrätt och annan offentlig rätt, måste sådana åtgärder ha tydligt stöd i författning. Som kommer att framgå måste stödet vara så starkt och konkret att det utesluter analogier.

I den här artikeln (som utgör del två i artikelserien) ska först rättsfall från HD användas för att illustrera vad som i den första artikeln sagts

om skillnaden mellan tolkningen och analogin som juridiska metodverktyg. Genom att exemplifiera hur HD har använt sig av metodverktygen vill författarna visa på den juridiska metodens eller rättsdogmatikens spännvidd. De första exemplen rör den juridiska tolkningsläran och visar att den utgör ett spektrum där juristens självständighet successivt ökar från en ren regeltillämpning och upprepningar av tidigare lösningar till mer kreativa och nydanade former av tolkning. Därefter följer ett exempel på ett metodologiskt mellanläge mellan tolkningen och analogin (den s.k. analogiska lagtolkningen), varefter några exempel på analogilösningar diskuteras. Förhoppningen är att analyserna av rättsfallen ska bidra till att skillnaden mellan tolkning och analogi blir tydligare för läsaren.

I nästa avsnitt undersöks hur skillnaden mellan tolkningen och analogin har beskrivits i den moderna juridiska metodlitteraturen. Syftet med att återge beskrivningarna är att diskutera om det finns anledning att problematisera eller rikta kritik mot de olika framställningssätten bl.a. i ljuset av de rättshistoriska och konstitutionella utgångspunkter som tidigare presenterats.

Artikeln avslutas med ett antal lärdomar och slutsatser av undersökningen. Dessa grundar sig på materialet från både artikeldel 1 och 2. I detta avsnitt presenteras också författarnas syn på hur skillnaden mellan tolkningen och analogin bör hanteras praktiskt.

2 Domstolarnas hantering av skillnaden mellan tolkning och analogier i ett modernt svenskt perspektiv

2.1 Tolkningen i rättspraxis för att hantera luckor i rätten

I fall av ren rättstillämpning är det i princip tillräckligt för domaren att tillämpa lagregeln efter att ha tagit del av dess ordalydelse. Övriga rättskällor ger i de fallen också stöd åt tillämpningen av regeln på de aktuella omständigheterna. Den tydliga överensstämmelsen mellan de konkreta omständigheterna i fallet och den abstrakta beskrivningen i rättsregeln (rekvisiten) får tolkningsresultatet att framstå som ett resultat av logisk subsumtion. I NJA 1997 s. 175 skulle HD avgöra om det stred mot straffrättens legalitetsprincip att tillämpa 74 § i den dåvarande lagen (1977:293) om handel med drycker avseende olovligt anskaffande av alkoholdrycker, då den tilltalade genom gåva eller lån överlämnat starksprit till en ungdom. HD framhöll att uttrycket ”anskaffar”, som användes i bestämmelsen, även inom ramen för allmänt språkbruk inrymmer ett antal olika förfaranden. Utöver köp kunde, enligt HD, ”utan svårighet” inbegripas att överlämna något som gåva eller lån. Rättsregelns ordalydelse gav alltså klart stöd för att regeln kunde tillämpas på fallets omständigheter. Domstolen framhöll att den slutsatsen inte var ett resultat av en analogi, utan att det var fråga om ”tillåten lagtolkning”.[3]

[3] Jfr NJA 1994 s. 480 där HD konstaterade att tolkningsresultatet var förenligt med normalt språkbruk och låg ”klart inom gränserna för en tillåten lagtolkning”.

Det kan dock vara oklart huruvida en viss omständighet utgör ett rättsfaktum i relation till ett visst rekvisit i lagregeln. Ett annat sätt att beskriva det är att det råder oklarhet om regelns tillämpningsområde, eftersom det inte är klart om rättsföljden ska utlösas med stöd av omständigheten eller inte. Det kan därför se ut som om det har uppstått en lucka i rätten. Som framgått måste juristen i sådana situationer i första hand tillgripa tolkningsläran, där bl.a. historiska-, systematiska- och syftesargument kan nyttjas, för att synliggöra innehållet i den befintliga lagregeln. Därigenom bildar sig juristen en uppfattning om lagregelns egentliga tillämpningsområde. Efter att tolkningen genomförts får rekvisitet alltså sitt korrekta och egentliga betydelseområde och tillämpningsområdet[4] för regeln klarnar därmed också. Tolkningsförfarandet kan därför beskrivas som att lagregeln preciseras eller konkretiseras. Efter genomförd tolkning står det således klart att rättsregelns tillämpningsområde omfattade även den aktuella omständigheten och att rättsföljden därför kan inträda. Att tillämpningsområdet synliggjorts genom tolkningen innebär därmed att vad som såg ut som en lucka i rättssystemet bara var en skenbar eller oegentlig lucka i den specifika rättsregeln i förhållande till vissa specifika omständigheter.

Rättsfallet NJA 1985 s. 788 är ett exempel på när tolkningen använts för att hantera oegentliga luckor i rätten. I målet hade en professionell boxare bedrivit träning med sparringpartner, bestående i att boxarna utdelat slag mot varandra. Frågan i målet var om den professionella boxaren hade bedrivit ”träningsmatch” i den mening som avses i 1 § lagen (1969:612) om förbud mot professionell boxning. Enligt nyssnämnda lag är det nämligen förbjudet att delta i träningsmatch i professionell boxning. HD konstaterade att det inom boxningssporten görs skillnad mellan sparringträning och träningsmatch. För att klargöra lagregeln tillämpningsområde, dvs. avgöra om den träning som bedrivits omfattades av förbudet, lutade sig HD mot förarbetena till lagen (subjektiv teleologisk tolkning), där slagträning med sparringpartner fanns särskilt omnämnt som exempel på vad förbudet omfattade. HD tog alltså fasta på förarbetenas exempel, som fyllde ut och klargjorde tillämpningsområdet, eftersom rättskällan kunde kasta ljus över lagtextens språkliga gräns. HD konstaterade att uttrycket ”match” i träningsmatch inte hindrade en tillämpning. HD framhöll att lagstiftaren troligen markerat att annan träning än sådan som består i slagträning, såsom rent konditionsstärkande övningar, skuggboxning och slag mot särskilda redskap, inte var förbjuden. Syftet med lagregeln har enligt HD inte varit att begränsa förbudet till att gälla slagträning under mera tävlingsliknande former. HD fastslog därför att det inte kan anses oförenligt med bestämmelsens ordalydelse (betydelseområde) att slagträning med sparringpartner omfattas av förbudet mot att deltaga i träningsmatch.

[4] Dessa begrepp kommer att beskrivas och problematiseras vidare nedan.

Därmed var det också möjligt att tillämpa lagregeln, eftersom fallet föll inom rättsregelns tillämpningsområde. Tolkningen med stöd av förarbetena hade alltså givit domaren en vidgad förståelse av ordalydelsen och därmed för rättsregelns betydelseområde.

Rättsfallet visar också att domaren ibland använder tolkningsverktygen för att i juridiska syften kunna tillskriva ett visst rekvisit en mer vidsträckt betydelse än vad det allmänna språkbruket eller ett branschspecifikt språkbruk, utanför det juridiska, tycks medge. En sådan tolkning gör det möjligt att inordna fallets omständigheter under lagregeln. Återigen framgår det att tolkningen synliggör ett innehåll i rätten som vid en första anblick ter sig osynligt för juristen (i detta fall den tillämpningspotential i lagen som uppstått på grund av skillnaden mellan branschspecifikt och juridiskt språkbruk). Trots det innebär synliggörandet av skillnaden inte en ändring av lag enligt RF:s mening, utan tolkningen medför enbart att juristen själv förstår lagens fulla potential.

2.2 Tolkningens bortersta gräns inom straffrätten (analogiförbudet)

Trots de exempel på tolkning från straffrättens område som anförts ovan kan det konstateras att möjligheten att tänja på språkets gränser i straffrättslig rättskipning är betydligt mer begränsat än inom civilrätten. Straffrätten präglas som nämnts av legalitetsprincipen och dess analogiförbud, vilka sätter stopp för alltför avlägsna tolkningsresultat.[5] När ett sådant tolkningsresultat, där fallets omständigheter inte låter sig subsumeras under en på förhand existerande rättsregel, väljer domstolen i stället att avstå från att tillämpa lagregeln enligt de högre rättsprinciperna *inget brott utan lag* och *inget straff utan lag* samt *att hellre fria än att fälla*. Det är därför, å ena sidan, möjligt att beskriva det som att staten, i förhållande till den tilltalade, bär risken för att det finns luckor i den materiella rätten. Å andra sidan kan man konstatera att den beskrivningen i viss mån är felaktig, eftersom frikännandet egentligen inte är resultatet av någon lucka i rättsordningen, utan av normhierarkiska överväganden där högre straffrättsliga och processrättsliga rättsregler styr tillämpningen av en lägre materiell straffbestämmelse (vertikal systematisk tolkning).[6] Där den materiella regelns tillämpningsområde tar slut vidtar det straffria området. Principerna *inget brott utan lag* och *inget straff utan lag* fungerar som en garanti för rättssäkerheten genom att den ställer krav på lagstiftningen som innebär att den enskilde ska kunna förutse att han eller hon kan bli föremål för ett

[5] Angående tydlighetskravet, se exempelvis Lernestedt, Claes, Kriminalisering. Problem och principer, Uppsala, 2003, s. 106.

[6] Att det rent rättspolitiskt kan uppfattas som problematiskt och som ”en lucka i lagen” att omständigheten inte omfattas av lagen är därför en annan sak — rent juridiskt råder ingen bristande rättsenhet. För ett fördjupat resonemang om luckor i rätten och motstående intressen, se exempelvis Croon, Adam, Longworth, Sally, Refors Legge, Maria och Winther, Pontus, Vägar till juridisk motståndskraft. Att identifiera och motverka användning av juridiska sårbarheter i rättssystem, Rapport från Totalförsvarets forskningsinstitut (FOI-R–5501–SE), Stockholm 2023.

straffrättsligt ingripande. En inte ovanlig formulering som HD brukar använda i dessa sammanhang är just att ”straffbestämmelsens ordalydelse sätter gränsen för vad som kan inordnas under bestämmelsen”.[7] Emellertid har också HD uttalat att ”det finns inte någon klar gräns mellan lagtolkning och analogisk lagtillämpning.”[8] Denna slutsats kan ifrågasättas. Det kan möjligen vara korrekt att påstå att det i det enskilda fallet initialt är svårt att avgöra hur en lagregel får tolkas. Det kan därför också vara svårt att avgöra lagregelns tillämplighet på fallets omständigheter. På rättsområden där analogier är tillåtna kan det medföra att domstolen missar tillfället att lösa fallet med stöd av en analogi och i stället tolkar lagen på ett extensivt sätt som framstår som överdrivet eller i värsta fall systemvidrigt. På straffrättens område är analogier inte tillåtna. Därför måste tolkningsgränsen identifieras och respekteras. Domstolen riskerar annars att bryta mot legalitetsprincipen, genom ägna sig åt en förment lagtolkning, som egentligen utgör ett analogiserande.

Rättsfallet NJA 1996 s. 696 kan användas för att belysa tolkningens bortersta gräns på straffrättens område. HD ansåg att en slangbåge med tillhörande stålkulor inte omfattades av införselförbudet i 1 § förordningen (1990:415) om tillstånd till införsel av vissa farliga föremål. I bestämmelsen uppräknas föremål som omfattas av införselförbudet: springstiletter, springknivar, knogjärn, kaststjärnor, riv- eller nithandskar och batonger samt karatepinnar av metall, blydaggar, spikklubbor eller liknande föremål. HD framhöll att formuleringen ”liknande föremål” i förordningen innefattade ett krav på att ett föremål till sin konstruktion och verkningssätt ska vara likvärdigt eller nära besläktat med något av de särskilt angivna föremålen. Givet att en slangbåge i väsentlig mån skiljde sig från samtliga föremålstyper som fanns angivna i bestämmelsen kunde den, enligt HD, således inte omfattas av införselförbudet. Avståndet mellan omständigheter i det enskilda fallet och de rekvisit som beskrev dessa omständigheter hade alltså blivit väldigt stort, så stort att domstolen inte längre ansåg sig kunna inpassa den aktuella omständigheten, trots att rekvisitet var relativt öppet formulerat (liknande föremål). Rättskällornas exempel utgjordes i högre grad av föremål, vars huvudsakliga funktion var att utgöra vapen eller som åtminstone kunde göra allvarlig skada. En slangbåge besitter tveklöst vissa av dessa egenskaper om den är av god kvalitet, men till skillnad från en spikklubba är slangbågens huvudsakliga syfte inte alltid att användas som vapen. Den kan också ha ett oskyldigare drag av leksak över sig. Jämförelsen riskerade därför att bli långsökt. I ljuset av den försiktighet som bör omgärda tillämpningen av straffrättslig lagstiftning drog domstolen i det läget slutsatsen att det skulle strida mot 1 § i förordningen att tillämpa den när en slangbåde utgjorde det påstått brottsliga föremålet.

[7] Se t.ex. NJA 2023 s. 81 p. 21 och NJA 2019 s. 1041 p. 12.
[8] Se NJA 1994 s. 480.

Rättsfallet som har redovisats ovan synliggör således att domstolarnas juridiska metod i svåra fall varierar mellan olika rättsområden, eftersom metoden styrs av varje rättsområdes ledande rättsprinciper och hur de ska viktas i bedömningen. Visserligen har domstolarna även inom straffrätten en principiell skyldighet att omsätta lagstiftningen i praktiken och de måste därför vid behov ta ansvar för relationen mellan rätt och samhälle. Det innebär att domstolarna måste tolka även strafflag med hjälp av förarbeten, rättsfall och doktrin. Tolkning utgör därför inte i sig ett genombrytande av legalitetsprincipen, ens på straffrättens område. Där tolkningsmöjligheten tar slut upphör emellertid domarens mandat att precisera rätten.

2.3 När tolkningen inte begränsas av legalitetsprincipen

På civilrättens område finns inte samma tydliga riskfördelning mellan parterna när det gäller luckor i den materiella rätten som på straffrättens område. Visserligen kan en part drabbas negativt av att ha feltolkat en rättsregel så att rättsföljden inte är tillämplig på hans eller hennes fall eller förlora målet för att han eller hon inte kan bevisa att de relevanta omständigheterna för att regeln ska vara tillämplig föreligger. Sådana utfall i en rättegång är inte en konsekvens av luckor i rätten utan en konsekvens av bristande juridiska kunskaper eller ett dåligt bevisläge. Partens förlust är således en processrättslig konsekvens, snarare än en konsekvens av brister i den materiella rätten. I civila tvister kan parterna dessutom ofta själva bestämma över sin riskfördelning genom processrättsliga dispositioner. Möjligheten att göra för rätten bindande medgivanden, eftergivanden och erkännanden innebär att parterna själva kan utlösa en rättsföljd till motpartens fördel, utan att domstolen behöver pröva om den materiella rätten medgav rättsföljden. En väsentlig skillnad i förhållande till straffrätten är dock att om en materiell rättsregel faktiskt ska läggas till grund för domen måste domaren tillhandahålla en sådan, oavsett vilka omständigheter den aktuella tvisten rör. Eftersom den svenska civilrätten består av punktlagar med begränsade tillämpningsområden, och därutöver av regleringar genom praxis, rättsprinciper och allmänna läror,[9] behöver domaren inte sällan analogisera på denna rättsliga materia för att besvara rättsfrågan.

Även om det alltså i civilrättsliga tvister finns ett stort utrymme för domstolarna att nyttja den juridiska metodens verktyg så bör, av konstitutionella skäl, användningen av verktygen följa en bestämd ordning som motsvarar den ökande grad av juridisk självständighet och kreativitet som beskrivits i den första artikeldelen. En tillämpning av rättsregeln bör följaktligen vara domarens förstahandsval. Analogier bör alltid utgöra det sista alternativet.

[9] För en översiktlig beskrivning av de vanligaste rättskällorna i svensk rätt, se exempelvis Ramberg, Christina et. al. Rättskällor, 2 uppl., Stockholm, 2024.

Rättsfallet NJA 1983 s. 3 illustrerar hur tolkningen kan behöva användas för att klargöra att en lagregel faktiskt täcker fallets omständigheter. HD skulle pröva om rekvisitet ”fyrar och andra hjälpmedel för navigering” i dåvarande 3 § lagen (1973:1198) om ansvarighet för oljeskada till sjöss, även kunde omfatta omständigheten ”sjökort” eller om rekvisitet i lagregeln endast avsåg sådana navigatoriska hjälpmedel som kunde anses ”jämförbara med fyrar” i mer avgränsad bemärkelse, såsom sjömärken som placerats i farleder. Tolkningsfrågan torde ha uppkommit därför att lagens rekvisit ”navigatoriska hjälpmedel”, som vid första anblicken tycktes brett och klart tillämpligt på sjökort, hade inskränkts genom uttalanden i förarbetena till att avse endast sådana navigatoriska hjälpmedel som kunde anses ”jämförbara med fyrar” (jfr ovan om juridiskt språkbruk och allmänt språkbruk). En viktig del i tolkningen var därför att bestämma vilken hänsyn som skulle tas till denna inskränkning när den skapade luckor i rätten.

HD framhöll att det onekligen förhöll sig så att uttrycket ”hjälpmedel för navigering” även kunde omfatta sjökort enligt gängse språkbruk, dvs. att betydelseområdet för ordet inte uteslöt ett sådant tolkningsresultat. Tvärtom framhöll HD att sjökortet för många navigatörer är det helt dominerande, och i vissa hänseenden det praktiskt taget enda, tillgängliga hjälpmedlet vid navigeringen. HD menade dock att uttrycket ”jämförbara med fyrar” ledde tanken i första hand till just fyrar och sådana sjömärken av annat slag som kan vara föremål för underhåll i den mening som detta ord vanligtvis används. Formuleringen antydde, enligt domstolen, att endast sådana navigatoriska hjälpmedel som till sin art och med avseende på sitt funktionssätt kan jämföras med fyrar omfattades av bestämmelsen. Om rekvisitet skulle förstås på detta sätt kunde sjökortet inte naturligt inordnas i denna kategori av hjälpmedel. HD konstaterade dock att enbart en språklig analys av lagtexten inte var avgörande för tolkningsfrågan i den mån andra tillgängliga tolkningsargument ”lämna[de] en mer tillförlitlig information om vad som sakligt sett åsyftats med stadgandet”. HD analyserade den bakomliggande internationella konventionen som lagen grundade sig på vid tolkningen av lagen. HD lutade sig mot ändamålet med bestämmelsen för att utröna lagregelns tillämpningsområde. HD framhöll att sjökort är ett så centralt, och ett av de viktigaste navigatoriska hjälpmedlen, att det rimligen inte kunnat undgå uppmärksamhet vid lagstiftningen och sannolikt skulle ha föranlett undantag från bestämmelsen, om tanken varit att det skulle uteslutas från lagens tillämpningsområde. HD menade att det hade kunnat ske på det mycket enkla sättet att den ifrågavarande regeln, fått avse ”fyrar eller andra sjömärken” eller ”fyrar eller andra liknande navigatoriska hjälpmedel”. HD drog slutsatsen att lagregeln även omfattade sjökort. Tolkningsresultat var förenligt med den språkliga betydelsen för uttrycket ”hjälpmedel för navigering”. Vid bestämningen av rekvisitet valde domstolen att betrakta uttalandena i förarbetena som exemplifierande snarare än som

en uttömmande uppräkning av sådana omständigheter som kunde grunda rättsfakta.

2.4 Analogisk lagtolkning — ett metodologiskt mellanläge

Att tolkningen kan tillåtas bli betydligt mer långtgående inom civilrätten än inom straffrätten kan även illustreras med den situationen då domstolen tolkar igen luckor i en lag med stöd av ett annat regelkomplex. Ett sätt att använda rätten på detta sätt, är den s.k. analoga eller analogiska lagtolkningen (som dock inte får växlas med laganalogin). Den analogiska lagtolkningen synes inta ett mellanläge mellan den ”vanliga” tolkningen (i första hand systematisk tolkning) och laganalogin.

Ibland kan rättstillämparen uppleva att den rättsregel som bäst passar för att lösa fallet, och som alltså utgör ”gällande rätt” ändå inte är helt ändamålsenlig. Trots att den tillämpliga rättsregeln i princip täcker fallet kan det finnas någon enskildhet som ”skaver” där regeln inte framstår som helt relevant för den situation som parterna befinner sig i. Fallet är inte oreglerat, men heller inte helt ändamålsenligt reglerat, vilket gör att domaren upplever att fallet inte ryms inom regeln. Domaren kan därför sägas stå inför en slags lucka i lagen.

Den problematik som domaren anser att den tillämpliga regeln inte fullt ut uppfångar kan däremot tänkas uppfångas av andra regler i systemet, som dock, av andra skäl, (t.ex. systematiska) inte är tillämpliga på fallet. I dessa fall kan domaren ”låna” in dessa egenskaper från det omgivande regelverket eller tolka ett visst rekvisit i ljuset av den regeln (och då agera ”som om” den tillämpade regeln tog hänsyn till dessa egenskaper), utan att för den skull gå så långt att han eller hon totalt sett överskrider den tolkade regelns tillämpningsområde och skapar en ny regel, dvs. gör en analogi. En sådan operation, s.k. analog eller analogisk lagtolkning, skiljer sig således från laganalogin. Den analogiska lagtolkningen skiljer sig dock också från den objektiva teleologiska tolkningen av den anledningen att domaren inte, som vid teleologisk tolkning, kan passa in den aktuella omständigheten eller egenskapen under rekvisitet genom att enbart se till syftet med regeln. Dessutom grundar sig inte intolkningen av omständigheten under regeln på externa syftesargument om olika samhällsintressen (omsättningsintresset, konsumentskyddet osv.), som vid objektiv teleologisk tolkning, utan på syftesargument som redan framgår av rättskällorna, t.ex. en befintlig lagregel. Systematiska skäl sätter dock stopp för möjligheten att ta direkt hänsyn till dessa syften genom att tillämpa den regeln. Inte heller är det dock fråga om en systematisk tolkning. Vid en systematisk tolkning ger omgivande rättsregel i systemet endast relief åt innehållet i den tolkade regeln. Vid en systematisk tolkning hämtas däremot inget materiellt innehåll eller några egenskaper ur de regler som bidrar till att kontextualisera den i systematiskt hänseende, vilket däremot sker vid den analoga tolkningen, liksom vid en laganalogi.

I rättsfallet NJA 1998 s. 792 yrkade köparna prisavdrag på en bostadsrätt som de köpt ”i befintligt skick”, då lägenheten var drabbad av ohyra i form av kackerlackor. Käranden menade att denna olägenhet innebar att bostadsrätten var i väsentligt sämre skick än man som köpare med fog kunnat förutsätta vid köpet. I HD invände dock svaranden att felet inte varit väsentligt samt att det oavsett detta borde ha upptäckts av köparna genom undersökning, varför de inte kunde åberopa felet. Vidare menade säljaren att felet avhjälpts och att rätten till prisavdrag enligt köplagen (1990:931) (KöpL) därför hade bortfallit.

HD konstaterade att felet varit väsentligt, men också att KöpL:s regler inte ger köparen möjlighet till prisavdrag om säljaren i skälig tid försökt avhjälpa felet och givits möjlighet att göra detta. Av utredningen framgick att säljaren på olika sätt försökt att avhjälpa felet, vilket käranden dock avböjt. Det kunde därför diskuteras om rätten till prisavdrag kvarstod. Domstolen menade att svaret på den frågan berodde på om avhjälpandet skett i skälig tid.

HD:s uppgift blev alltså att bestämma den skäliga tiden för avhjälpande. Domstolen uppfattade emellertid bostadsrätter som atypiska objekt i relation till sådan lös egendom (främst lösa saker) som KöpL:s felregler och påföljdssystem i huvudsak tar sikte på. Domstolen konstaterade, med stöd av förarbetena, att avhjälpandetiden kunde tillåtas att variera. I normalfallet var tiden för avhjälpande två dagar, men om säljaren på andra sätt kompenserade köparen, t.ex. genom utlån av den vara som köparen hade behov av, kunde tiden förlängas. Detta kunde dock inte sägas gälla om säljaren vid köpet förstått eller borde ha förstått att köpet skulle vara förfelat om varan var defekt vid avlämnandet. I sådana fall saknades nästan helt en tidsfrist för att avhjälpa felet.

HD fortsatte resonemanget och menade att en bostadsrätt utgjorde ett sådant objekt som köparen omedelbart måste anses ha behov av, åtminstone från tillträdesdagen. Köpet vore förfelat om köparen då inte fick tillgång till den. En bostadsrätt var således inte jämförbar med de typiska lösa saker som lagreglerna i allmänhet tog sikte på, där en längre avhjälpandetid normalt kunde accepteras. Domstolen menade tvärtom att objektets egenskaper talade för en kort tidsfrist för avhjälpande, vilken, om den löpt ut, skulle möjliggöra prisavdrag.

I nästa steg måste således den relevanta tidsfristen i KöpL fastställas. För att finna ett tolkningsunderlag som bättre motsvarade köpobjektet valde HD att gå till jordabalkens (JB) felregler för villafastighet, tomträtt eller byggnad för stadigvarande bruk. Domstolen konstaterade att prisavdrag existerade som påföljd i JB, men att rätten till avhjälpande saknades. Om de utgångspunkterna applicerades på den köprättsliga rättsfrågan blev tidsfristen för avhjälpande i praktiken noll. Domstolen kunde således konstatera att avhjälpande enligt KöpL:s regler, tolkade i ljuset av JB:s regler, inte skett i skälig tid (eftersom någon avhjälpandetid inte fanns), och att rätt till prisavdrag därför förelåg.

För att bestämma tidsfristen valde domstolen att betrakta lös egendom ”som om” den vore fast. Ett annat sätt att uttrycka det är att eftersom köpobjektet hade egenskaper som var relevanta för tolkningen av tidsfristen i KöpL, men dessa egenskaper inte fångades upp av KöpL:s avhjälpanderegler, men däremot av JB:s regler, så valde domstolen att substituera KöpL:s regler med JB:s eller att lägga till dessa egenskaper när den tolkade KöpL.

Som framgår började domstolen med en likhetsjämförelse. Även om domstolen inte uttryckte sig på det sättet kan man förstå domen som att domstolen menade att det föreligger en större likhet mellan bostadsrätter och villor på egen mark än mellan bostadsrätter och t.ex. ett par tofflor eller ett köksmöblemang. På något sätt måste denna likhet komma till avtryck i rättstillämpningen, samtidigt som olikheten mellan bostadsrätter och fast egendom var så stor att det var uppenbart att JB:s regler inte var tillämpliga. När HD valde att inhämta vissa egenskaper från JB och tillmäta dem betydelse vid tolkningen gick domstolen längre än att bara jämföra regelverken för att kasta nytt ljus över KöpL:s regler (såsom vid systematisk tolkning). En sådan jämförelse gjordes inledningsvis, men domstolen gick därefter vidare och använde sig också materiellt av dessa skillnader, varför man överskred den systematiska tolkningens gräns. Det är dock uppenbart att det är KöpL som tillämpas i rättsfallet och det är därmed heller inte fråga om en laganalogi. Därmed kan man konstatera att den analoga eller analogiska lagtolkningen utgör ett metodologiskt mellanläge.[10]

2.5 Analogilösningen i rättsfall från Högsta domstolen

2.5.1 Inledning

Som framgått ovan har domaren i civila tvister ett särskilt ansvar för att finna eller utveckla rätten i händelser av materiella luckor. Domaren kan därför inte stanna vid en fruktlös tolkning av befintliga rättsregler. I stället tvingas domaren finna andra metodverktyg som sträcker sig längre än tolkningen, utan att för den sakens skull lämna den juridiska metoden och övergå till rent skönsmässiga bedömningar. Därmed aktualiseras behovet av analogier. Som framgått av citatet från Savigny kan rättsliga analogier antingen göras med stöd av konkreta lagregler, s.k. laganalogier, eller med stöd av generella rättsliga principer eller institut, s.k. rättsanalogier. I det följande används några svenska rättsfall för att illustrera och konkretisera först hur laganalogier och sedan rättsanalogier konstrueras i rättstillämpningen.

2.5.2 NJA 2011 s. 600 ”Tandläkar-fallet”

NJA 2011 s. 600 handlar om en näringsidkare som utfört en tandvårdsbehandling på en konsument. Innan konsumenten hunnit erlägga betalning visade det sig att behandlingen var bristfällig och parterna kom

[10] HD:s lösning har kritiserats. Ett utförligt exempel på denna kritik utgör justitierådet Håstads skiljaktiga mening i samma NJA-fall.

därför överens om att näringsidkaren skulle göra om behandlingen. Näringsidkaren menade dock att det arbetet inte kunde påbörjas förrän konsumenten hade betalat för den ursprungliga tandvårdsbehandlingen. Konsumenten invände att någon betalningsskyldighet inte uppkommit eftersom tandvårdsbehandlingen var oriktigt utförd. Konsumenten var därför inte villig att betala förrän tjänsten gjorts om. I målet skulle HD avgöra vid vilken tidpunkt betalningsskyldigheten för en konsument uppkommer vid köp av tandvårdstjänster.

I ett första steg undersökte HD vilka tillgängliga regler som fanns beträffande avtal om tandvårdsbehandling mellan näringsidkare och konsument. HD konstaterade att förordningen (1998:1337) om tandvårdstaxa inte kunde tillämpas eftersom den var upphävd och dessutom saknade regler avseende de förmögenhetsrättsliga förhållandena mellan parterna. Inte heller kunde tandvårdslagen (1985:125) tillämpas eftersom lagen saknade regler om tidpunkten för betalningsskyldighetens uppkomst. I HD:s försök att ”sålla fram” en tillämplig rättsregel ingick att pröva om konsumenttjänstlagen (1985:716) (KtjL) var tillämplig på fallets omständigheter. Lagen innehåller en regel i 41 § om betalningsskyldighetens uppkomst. HD framhöll emellertid att fallets omständigheter inte passade in på den abstrakta beskrivningen (rekvisiten) som återfinns i KtjL. Lagens tillämpningsområde, som framgår av 1 §, reglerar, med vissa undantag, arbete på lösa saker och fast egendom samt förvaring. Därmed omfattas inte tandvårdstjänster, dvs. tjänster utförda på människokroppen, eftersom den inte kan kvalificeras som något av ovanstående. HD:s slutsats blev därför att det i svensk rätt saknas ”direkt tillämplig lagstiftning” rörande det obligationsrättsliga förhållandet vid avtal som gäller behandling av människor.

Rättsfallet visar att den språkliga formuleringen av 1 § KtjL sätter en gräns för vilka omständigheter som kan inrymmas under lagregeln och grunda rättsfakta i förhållande till dess rättsföljd. En tandvårdsbehandling utgör varken arbete på en lös sak eller på fast egendom. Lagregelns ordalydelse går således inte att omtolka på ett sådant sätt att den nya omständigheten (tjänst på människokroppen) kunde inpassas under den. HD kunde inte med hjälp av tolkningsverktygen göra om en tjänst på ”människokroppen” till en tjänst på ”lösa saker” eller ”fast egendom”. Förutom att det är i strid med språkliga konventioner är det i svensk rätt oförenligt med den rättsliga systematiken. Ett tolkningsresultat som ledde till att begreppet ”människa” sammanföll med antingen begreppet ”lös sak” eller ”fast egendom” skulle få allvarliga systematiska konsekvenser och riskera att störa den fortsatta rättstillämpningen. Fallet visar således på betydelsen av att kontinuitetsargumentet (se artikeldel 1), i det här fallet att den rättsliga systematiken, respekteras i konkreta fall. Även om en drastisk tolkning skulle lösa ett enskilt fall måste domaren beakta de framtida konsekvenserna av sitt agerande. Särskilt viktigt blir det förstås för en prejudikatinstans om

den vill att lösningen ska tillmätas prejudicerande effekt, helst under längre tid.

HD stod således inför vad som tycks vara en lucka i själva rättsordningen, snarare än en falsk lucka, eftersom tolkningen inte medgav en tillräckligt vid förståelse av lagen för att fallets omständigheter (bl.a. tandvårdstjänsten) skulle täckas av den. För att upprätthålla kravet på ett metodstyrt dömande var domstolen i detta fall tvungen att fundera över andra möjliga lösningar.

I ett andra steg övergick därför HD till att undersöka möjligheten att analogisera för att lösa fallet. Det är tydligt att domstolen övervägde en sådan lösning först *efter det* att domstolen hade identifierat bristen på överensstämmelse mellan fallets omständigheter och den potentiellt enda tillämpliga lagregeln (varom mer nedan). Trots att KtjL inte var tillämplig på fallets omständigheter kunde den enligt HD ”tjäna till vägledning” för att bedöma hur dessa omständigheter i stället rättsligt skulle kvalificeras. Eftersom tolkningen redan var uttömd när HD övergick till att undersöka förutsättningarna för en analogi, visar rättsfallet att analogin som metodverktyg tar sikte på något annat än att avgöra tillämpningsområdet för existerande lagregler. Fallet illustrerar således praktiskt vad som har beskrivits ovan i teoretiska termer, nämligen att tolkningen och analogin som metodverktyg förhåller sig till varandra i en kronologisk ordning som inte är godtycklig. Utan att först ha identifierat den mest relevanta rättsregeln i systemet och uttömt dess tillämpningsområde genom tolkningsförsök kan det systematiskt sett mest lämpliga underlaget för en analogi inte identifieras. En förutsättning för att kunna följa den metodologiska kronologin är dock att juristen förstår att det rör sig om två olika förfaranden och kan skilja dem åt.

Således fick 41 § KtjL utgöra modellen för den nya regel som HD skapade för att rättsligt reglera fallets omständigheter och lösa rättsfrågan om betalningsskyldigheten. Av 41 § KtjL följer att konsumenten är skyldig att betala vid anfordran ”först sedan näringsidkaren har utfört tjänsten”. HD anförde att ”även vid en konsuments köp av tandvårdstjänster bör huvudregeln vara att betalningsskyldighet uppkommer först sedan tjänsten i sin helhet har utförts av näringsidkaren”. Följaktligen lät HD den nya regeln innehålla en likadan rättsföljd som i 41 § KtjL, då den ansåg att även de omständigheter som den nya regeln gjorde till rättsfakta borde omfattas av en sådan rättsföljd. Utöver att rättsfallet visar att tolkningen, även om den är uttömd när analogin tar vid, är nödvändig för att avgöra om en analogi över huvud taget blir aktuell att tillgripa, visar rättsfallet att jämförelseprocessen är ett nödvändigt moment för att skapa den nya regeln. Det är genom jämförelsen som juristen får kunskap om den redan existerande rätten och därmed kan överföra den till det oreglerade fallet. I det aktuella rättsfallet förklarade domstolen att partsställningen stämde överens med rekvisiten i 1 § KtjL eftersom avtalet ingåtts mellan en konsument och

näringsidkare. HD framhöll därför särskilt att KtjL vore tillämplig *om* lagen också hade omfattat tandvårdstjänster. Bortsett från att det var fråga om en tjänst på människokroppen, förelåg alltså en uppvisad likhet mellan omständigheterna i målet och rättsfakta som utpekades av den redan existerande lagregeln. HD identifierade alltså vilka omständigheter som uppvisade likheter med rekvisiten i lagregeln, och således omvänt vilka skillnader som förelåg på ett rent faktaplan. Det kan beskrivas som att HD hämtade stöd för sin rättsbildning i det redan befintliga rättssystemet genom att stödja sig på en uppvisad likhet mellan faktaunderlaget och den redan befintliga lagregeln.

HD:s resonemang visar också att en analogilösning inte endast kan reduceras till en fråga om logisk slutledning utifrån uppvisad likhet mellan omständigheterna i målet och rekvisit i en befintlig lagregel. Domstolen undersökte nämligen också vilka *grunder* som den befintliga lagregeln vilade på för att analogilösningen skulle passa in i det rättsliga systemet, där både system- och syftesargument motiverade en analogilösning till 41 § KtjL. Genom denna abstraktionsprocess kunde HD avgöra hur omständigheterna i målet förhöll sig till andra regelkomplex i rätten och därmed hur frågan skulle regleras för att passa in i rättssystemet. Domaren återvänder därför till det redan befintliga i systemet genom att ”spåra fram” lagregelns grundstenar, dvs. bakomliggande syftes- och systemargument, som inte nödvändigtvis direkt kommer till uttryck vid en isolerad läsning av lagtexten. HD tog hänsyn till att lagstiftaren har ansett att konsumenter inom en rad områden ska åtnjuta ett särskilt skydd när de rättshandlar med näringsidkare. HD beaktade alltså ett övergripande syfte i rätten som genomsyrar konsumentlagstiftningen i allmänhet (jfr t.ex. syftet med konsumentköplagen [2022:260] och konsumentkreditlagen [2010:1846]). Reglerna i KtjL har en skyddande funktion för konsumenter som ingår avtal med näringsidkare. Det ligger då nära till hands att söka ledning i KtjL för att låta samma syftesargument (att skydda konsumenten) även få genomslag i fråga om tandvårdstjänster som näringsidkare utfört på konsumenter just för att uppnå syftet med att skydda konsumenten. HD beaktade därmed vad lagstiftaren velat åstadkomma i avtal mellan konsument och näringsidkare för att respektera denna ordning. Genom att använda KtjL säkerställs att regeln harmoniserar med övriga rättsområden. Det bakomliggande syftet, gör ändå att lagregeln framstår som rimlig att låta sig inspireras av för att lösa fallet. Detta syfte får då domaren återanvända, tillsammans med andra element i den befintliga lagregeln, för att konstruera den nya regeln.

Ur ett systematiskt perspektiv var också KtjL mer passande för en analogilösning i förhållande till andra avgränsade rättsregler inom andra regelkomplex, såsom KöpL:s regler. HD framhöll att huvudregeln vid ett ömsesidigt förpliktande avtal (till skillnad från KtjL som avser tjänster) är att prestationerna ska ske samtidigt (jfr 10 och 49 §§ KöpL). HD anförde att samtidig utväxling av prestationerna ofta inte

är möjlig vid avtal om tjänsteprestationer när tjänsten kräver viss tid att utföra. Huvudregeln vid sådana avtal är att rätt till betalning anses föreligga först när tjänsten har utförts. Att använda KtjL som modell är därmed att föredra för att lösningen ska passa in i rättssystemets enhetlighet. Analogilösningen förutsätter därför att domaren har bildat sig en tillräcklig förståelse för systemet. Det säkerställer att den tillskapade regeln ligger så nära angränsande rättsliga frågor i rätten som möjligt för att passa in i, och inte rubba, systemet.

2.5.3 NJA 2008 s. 24 ”Handelsagentur-fallet”

Ytterligare ett avgörande från HD där analogin tillgripits när lagtolkningen inte varit tillräcklig för att lösa fallet är NJA 2008 s. 24. Fallet handlar om en privatperson och ett aktiebolag som ingick ett avtal om att privatpersonen skulle vara agent för bolaget med uppdrag att marknadsföra och sälja bolagets produkter, bl.a. i form av en nyttjanderätt till dataprogram. Enligt agentavtalet skulle kunderna förvärva en rätt att använda dataprogrammen i enlighet med ett licensavtal med bolaget. Agenten skulle således endast sälja nyttjanderätterna till dataprogrammen och svara för kundtjänst gentemot bolagets kunder. Agenten var enligt avtalet berättigad till ersättning för de kunder han förmedlade till företaget och en andel av kundens årliga avgift till bolaget. Parterna var oense om en andel av kundens årliga avgift till bolaget skulle inkluderas i avgångsvederlaget efter att avtalet upphört. Av en punkt i parternas avtal följde att frågan om och i vad mån rätt till avgångsvederlag förelåg vid avtalets upphörande skulle avgöras med hänsyn till tillämplig lag. Frågan som HD skulle ta ställning till var hur ett avgångsvederlag för agenten skulle beräknas efter att bolaget sagt upp agentavtalet.

HD undersökte inledningsvis om lagen (1991:351) om handelsagentur (HaL) var tillämplig på fallets omständigheter. Domstolen konstaterade att lagen endast var tillämplig på köp (överlåtelse) av varor (där ordet ”vara” enligt lagens förarbeten skulle likställas med ordet ”lösöre” jfr revisionssekreteraren Thornefors betänkande). I det aktuella fallet rörde det sig dock inte om försäljning av fysiska föremål, utan om rättigheten till ett datorprogram genom licens. Vid fastställandet av om en licens till ett datorprogram utgjorde huvudsakligen en vara eller en tjänst skulle, enligt lagens förarbeten (jfr revisionssekreterarens betänkande), hänsyn tas till om programmet utgjorde en standardprodukt (i dessa fall skulle programmet kvalificeras som vara) eller om den var anpassad till en särskild kunds behov (då det skulle kvalificeras som en tjänst). Domstolen konstaterade att det i det aktuella fallet inte rörde sig om ett köp av en vara utan om försäljning av en nyttjanderätt till dessa varor genom licens, dvs. om en tjänst mot vederlag. Givet 1 § HaL:s lydelse kunde således inte det aktuella fallets omständigheter intolkas i lagen. HD konstaterade att lagen således inte var ”direkt tillämplig på parternas förhållanden”.

Med stöd av lagens förarbeten slöt sig domstolen dock till att ”[v]issa bestämmelser i lagen om handelseagentur kan […] vara analogiskt tillämpliga”. HD framhöll att det i fallet låg nära till hands att söka ledning i 28 § HaL och vad som där sägs om agentens rätt till avgångsvederlag när agenturavtalet upphör. I målet var det endast objektet eller föremålet för agentavtalet som inte stämde överens med utpekade rättsfakta i lagregeln, medan lagens konstruktion och intresseavvägningar i övrigt framstod som ändamålsenliga. Dess materia och dess rättsföljder utgjorde därför den systematiskt och teleologiskt sett mest relevanta, i relation till fallets omständigheter. Det fanns därför, vilket förarbetena gav stöd för, goda skäl att använda HaL som en modell för att skapa en ny regel även i de fall där lagens bestämmelser inte var direkt tillämpliga. Efter att ha konstaterat denna relativa och tillräckliga likhet vid en faktajämförelse mellan licensavtalet och lagtextens exempel tog domstolen fasta på 28 § HaL och avgjorde, genom en laganalogi, fallet ”enligt grunderna” för eller ”jämlikt” denna paragraf.

2.5.4 NJA 1999 s. 575 ”Fortune Finans-fallet”

Ibland baserar sig analogilösningen på allmänna principer i rätten snarare än på specifika lagregler. Denna teknik för rättsbildning är alltså ännu mer ”löslig” än laganalogin och kräver ett stort mått av juridiskt kunnande i form av systematisk förståelse och kreativitet. I rättsfallet NJA 1999 s. 575 hade en bank, som den trodde, utfört ett betalningsuppdrag åt ett företag och betalat ut pengar för att lösa en av företagets skulder hos ett annat företag vid namn Fortune Finans. Senare uppdagades det emellertid att banken hade blivit utsatt för ett bedrägeri och att den som utgav sig för att företräda Fortunes gäldenär inte alls hade koppling till det företaget. Banken försökte då få tillbaka pengarna från Fortune bl.a. under invändningen att det vara fråga om *solutio indebiti* (betalningsmisstag) och att pengarna därför skulle gå åter (*condictio indebiti*). Banken ansåg att den hade försatt Fortune i ond tro, genom att via telefon beordra Fortune att hålla de inbetalda medlen avskilda och inte lämna ut sin säkerhet till den gäldenär som banken agerade på uppdrag av.[11] Huvudregeln om att betalningsmottagaren ska återbetala medlen vid ett betalningsmisstag skulle därför tillämpas. HD utforskade den anförda rättsgrunden och fann att enligt gällande rätt var kondiktionstalan inte möjlig att tillämpa i trepartsförhållanden. Den som på uppdrag åt gäldenären utfört en betalning kunde inte på grund av betalningsmisstag återfå medlen direkt från borgenären. Utföraren hade i stället, redan i enlighet med romersk rätt, regressrätt mot gäldenären, om denne antingen hade medel för att lösa skulden eller om denne fick framgång med sin kondiktionstalan. I det aktuella målet utvidgade dock HD condictio indebiti-institutet och tillskrev banken självständig rätt att hävda misstagsbetalning mot Fortune (som dock var

[11] För ytterligare analys av fallet, se t.ex. Ingvarsson, Torbjörn, Obehörig vinst (Fordringsrättsliga studier, nr 2), Stockholm, 2024, s. 107 f.

försatt i konkurs). HD anförde att det avgörande för rättsfrågans besvarande var om fallet rörde ”skäl av samma art”, som i den ursprungliga regeln om condictio indebiti. Det får uppfattas som att domstolen på grundval av den äldre regeln skapade en ny och likadan, utifrån bedömningen om en tredje parts återkravsrätt mot borgenären kunde baseras på samma avvägningar och skäl som i fall när gäldenären betalat direkt, utan mellanhand. Ett ytterligare argument för att HD analogierat på institutet condictio indebiti är att domstolen beskrev den uppkomna situationen som ”närliggande med traditionella betalningsmisstagsfall”. Domstolen menade alltså att det både fanns traditionella situationer som utgjorde klart reglerade fall och fall som var närliggande, men inte helt överensstämmande med de traditionella, och som därför inte omfattades av den gällande regleringen. Domstolen hade alltså skapat en ny och självständig regel som omfattade trepartsförhållanden. Domstolen medgav alltså en betalningsförmedlare och inte enbart gäldenärer kondiktionstalan, dvs. rätten att grunda sin talan på *solutio indebiti* (vilket i svensk rätt ofta enbart kallas condictio indebiti trots att ”condictio” egentligen avser själva talerätten som är kopplad till betalningsmisstaget).[12] Den nya regeln byggde således på institutet condictio indebiti, men omfattade nya rättsfakta. En likadan rättsföljd som i den ursprungliga principen kopplades också till den nya regeln. Trots bankens principiella rätt att hävda betalningsmisstag vann den ingen framgång med sin talan utan förlorade målet.

3 Svårigheten att skilja tolkningen från analogilösningen — beskrivningar av analogin i metodlitteraturen

3.1 Inledning

Trots att analogin alltså är ett erkänt metodverktyg som används frekvent i rättstillämpningen har den kommenterats och beskrivits på ett varierande och ibland otydligt sätt i den svenska metodlitteraturen. Det har inte varit självklart för svensk rättsvetenskap att tydligt skilja mellan tolkning och analogier eller åtminstone har denna skillnad inte beskrivits tillräckligt precist och uttömmande. Tvärtom har analogilösningen inte sällan beskrivits som en tolkningsoperation eller förväxlats med denna. Oprecisa, motsägelsefulla eller rent av förvirrande beskrivningar förekommer dock inte bara i den juridiska litteraturen, utan även i andra rättskällor. Ett illustrativt exempel är förarbetena till brottsbalken (BrB), där analogin benämns just som en ”tolkningsmetod”. I samma förarbetsuttalanden där analogin får etiketten ”tolkningsverktyg” påstås analogin också innebära en ”tillämpning” av lagregeln i strid med en ”strikt läsning” av densamma. Genom analogin påstås lagregeln få en ”vidare tillämpning eller innebörd än som följer av ordalydelsen”.[13] Förarbetena ger alltså uttryck för tvetydiga och

[12] Jfr NJA 2016 s. 1074 där tingsrätten diskuterar relationen mellan *solutio* och *condictio indebiti*.
[13] Se prop. 1993/94:130 s. 17 ff.

motstridiga förklaringar av analogin: å ena sidan en tolkningsmetod, å andra sidan en tillämpningsteknik. I själva verket är analogin ingetdera. Som torde stå klart är det författarnas uppfattning att analogiserandet bör betraktas som en teknik för att tillskapa nya rättsregler med tidigare existerande rättsregler som grund (jfr uttrycket ”enligt grunderna”), men inte som en del av tolkningsläran. Eftersom tolkningens gräns utgör tillämpningens gräns, är analogiserandet inte heller en tillämpningsteknik (utan en rättsbildningsteknik).

I de följande avsnitten refereras och analyseras några rättsvetenskapliga beskrivningar av analogin för att visa på hur förklaringsmodellerna har sett ut under senare tid.

3.2 Ekelöfs syn på analogin

Uppfattningen om att analogin utgör en tillämpningsteknik, snarare än en rättsbildningsteknik, är en vanligt förekommande beskrivning i metodlitteraturen. En författare som ger särskilt starkt uttryck för en sådan uppfattning är Per Olof Ekelöf. Ekelöf menar att lagreglernas språkliga betydelse (betydelseområdet) består dels av ett kärnområde, dels av ett vagt område. Omständigheter som utan varje tvekan täcks av rättsregelns betydelseområde omfattas av regelns kärnområde och utgör därmed klara fall, medan omständigheter som inte med samma säkerhet omfattas av betydelseområdet ingår i det vaga området och utgör svåra fall.[14] Vidare menar Ekelöf att en lagregel också har ett tillämpningsområde, vilket dock inte är detsamma som regelns betydelseområde.[15] Enligt författarna är det emellertid just detta faktum, att betydelseområdet inte grundar och bestämmer tillämpningsområdet, som leder till missförstånd och motsägelser i Ekelöfs teori. Detta diskuteras mer utförligt nedan.

Enligt Ekelöf kan en bestämning av lagregelns tillämpningsområde endast göras genom en uppräkning av alla de olika typsituationer på vilka lagregeln är tillämplig. Ekelöf menar att fallets omständigheter i analogifallet ligger helt utanför lagregelns betydelseområde, dvs. att det inte täcks av lagregelns språkliga betydelse. Ekelöf framhåller visserligen att förfarandet inleds med en undersökning av om fallets omständigheter täcks av lagregelns språkliga betydelse, men att man inte kan sätta likhetstecken mellan resultatet efter en sådan undersökning och rättsregelns tillämplighet i det konkreta fallet. Omständigheterna kan nämligen fortfarande falla inom tillämpningsområdet för regeln, även om de inte kan rymmas inom betydelseområdet. I analogifallet ligger, enligt Ekelöf, omständigheterna utanför lagregelns betydelseområde men samtidigt innanför lagregelns tillämpningsområde. Ana-

[14] Jfr ovan om dikotomin enkla och svåra fall och olika definitioner av den.

[15] Se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael, Rättegång — första häftet, 9 uppl., Stockholm, 2016, s. 105 ff. I löptext hänvisas till författarna med angivande av endast ”Ekelöf” eller ”författarna”.

logilösningen motiveras av att en tillämpning skulle leda till att ändamålet med lagregeln fick genomslag framför dess faktiska ordalydelse.[16] Ekelöf illustrerade analogilösningen med följande figur.[17]

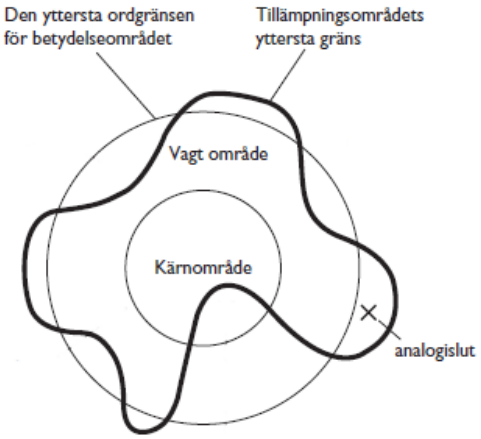

Bild hämtad från Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael, Rättegång — första häftet, 9 uppl., Stockholm, 2016, s. 106.

Hur lagregelns ordalydelse ska förstås är således klarlagd, men lagregeln bedöms kunna tillämpas på fallets omständigheter trots att orden i regeln (rekvisiten) inte är uppfyllda. Enligt Ekelöf kan omständigheterna i målet inordnas under tillämpningsområdet trots att de inte kan inordnas under ordalydelsen för lagregeln. Ekelöfs teori ligger i linje med uttryck som förekommer i förarbetena till BrB:s bestämmelse om att tillämpningsområdet utsträcks genom en analogi. Det verkar vara en relativt vanligt förekommande föreställning inom rättsvetenskapen att det, när analogin används för att lösa ett juridiskt problem, skulle vara fråga om att utsträcka en befintlig rättsregels tillämpningsområde till att omfatta nya omständigheter.[18] Uttryckssättet har också förekommit i rättsfall från HD.[19]

I ljuset av den analys av relationen mellan tolkningsläran och analogin som rättsbildningsteknik som företagits inom ramen för denna artikel går det emellertid att problematisera Ekelöfs beskrivning. Figuren i Ekelöfs modell tycks i mångt och mycket överensstämma med Savignys beskrivning av relationen mellan tolkningen och analogin. Ett rekvisit har, liksom alla ord eller begrepp, en kärna, vilket innebär att verklighetens uttryck eller konkreta exempel är mycket överensstämmande med den situation eller det föremål man ser framför sig

[16] Ekelöf, Rättegång — första häftet, s. 105 ff.
[17] Ekelöf, Rättegång — första häftet, s. 106.
[18] Se t.ex. Munck, Johan, Rättskällor förr och nu, Juridisk Publikation, Jubileumsnummer, 2014, s. 199–208, s. 199 och Strömholm, Stig, Lyles, Max och Valguarnera, Filippo, Rätt, rättskällor och rättstillämpning — en lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., Stockholm, 2020, s. 480 ff.
[19] Se t.ex. NJA 1995 s. 478 där HD talade om en ”analogisk utvidgning” av lagregeln och i NJA 2016 s. 799 om att ”tillämpningsområdet utvidgas” genom en analogisk tillämpning av lagregeln.

när man tänker på ordet eller rekvisitet. När ett falls omständigheter är så överensstämmande med beskrivningen att de hamnar inom detta område rör det sig om ett sådant enkelt fall som Savigny, Stahl och andra teoretiker har beskrivit som ren rättstillämpning eller logisk subsumtion.

I modellen finns emellertid också ett område där likheten mellan ordet eller begreppet och verkligheten är mindre tydlig eller uppenbar för betraktaren. När man tänker på en katt tänker man kanske inte på en katt utan svans som Pelle Svanslös (som dessutom är en litterär figur) eller på en kattunge. Den ”typiska katten” är kanske en vuxen bondkatt. Som framgått av de teoretiska beskrivningarna och av rättsfallsanalyserna ovan är det dock här som tolkningen möjliggör för läsaren av ordet att, i de svåra fallen, förstå att det omfattar fler fall än de mest uppenbara (de som faller inom kärnområdet). Det är värt att påminna om rättsfallet NJA 1985 s. 788 där ordet ”match” i juridisk mening omfattade sådana situationer som rent språkligt uppenbart inte var ”matcher” eller NJA 1983 s. 3 där ett ”hjälpmedel för navigering” naturligtvis kunde vara något som var nedskrivet på papper eller digitalt, trots att exemplen (bl.a. fyrar) tycktes ha använts för att läsaren skulle associera ordet ”hjälpmedel” med fysiska anläggningar snarare än med dokument, digitala sjökort eller GPS. I de aktuella fallen kunde en bättre förståelse av regelns syfte leda till en ökad förståelse av vilken betydelse det specifika ordet borde tillskrivas för att göra regeln så rationell som möjligt. Sammanfattningsvis är regelns tillämpningsområde, precis som figuren visar, detsamma som summan av varje rekvisits yttersta språkliga betydelseområde, såsom det bestäms av tolkningsprinciperna sammanvägda.

Det blir därför förvirrande när Ekelöf beskriver analogin som en ”tillämpning” av rättsregeln bortanför dess tillämpningsområde. Analogin skulle då vara ett metodverktyg som gav juristen rätt att tillämpa en regel utanför tolkningens gränser. Detta framstår dock, i ljuset av denna undersökning, som ett komplicerat ställningstagande. Om tillämpningens gräns är detsamma som betydelseområdenas gränser går det motsatsvis inte att tala om en ”tillämpning” av en regel i fall där omständigheterna i fallet hamnar utanför det relevanta rekvisitets betydelseområde. Det går därför inte att uppfatta analogin som ett metodverktyg som gör en sådan tillämpning möjlig ”trots allt”. Som torde ha framgått talar inte minst konstitutionella skäl emot att analogin ska uppfattas på det sättet. Följaktligen hade det varit bättre om Ekelöf hade avstått från att beskriva analogin som en tillämpning av regeln och i stället valt att beskriva den som tillskapandet av en ny regel med en existerande regel som förebild. Även om ordet ”tillämpning” kanske har valts i brist på ett bättre ord är användningen av ordet tekniskt felaktig och det leder därmed till förvirring. Dessutom blir förklaringen av analogin som teknik inte heller så effektiv som den hade blivit om

ett annat ord hade valts, eftersom figuren eller illustrationen då hade stämt bättre överens med den skriftliga beskrivningen av förfarandet.

3.3 Peczeniks syn på analogin

Alexander Peczenik beskrev laganalogin på ett liknande sätt som Ekelöf i den meningen att han förklarade att den aktualiseras i fall som ligger utanför rekvisitets språkligt naturliga tillämpningsområde. I detta tillämpningsområde ingår både rekvisitets kärna och dess periferi (dvs. svåra fall som aktualiserar en extensiv tolkning eller andra tolkningsmetoder som kastar nytt ljus över rekvisitets innebörd).[20] Behovet av en analogi grundar sig således, enligt Peczenik, på ett tolkningsresultat. Författarna till denna artikel menar dock att denna slutsats inte innebär att analogin får sammanblandas med eller jämställas med tolkning.[21] Peczenik menar vidare att analogin grundar sig på en likhetsjämförelse där det egna fallets omständigheter (som inte tycks rymmas inom regelns tillämpningsområde) jämförs med sådana omständigheter som ryms inom regeln, för att finna likheter mellan dem. Analogin motiveras och underbyggs sedan med hjälp av denna likhet. Analogin utgår således från tolkningen men innebär ett ytterligare steg av rättsbildning. Peczenik beskriver denna rättsbildning som ”en drastisk utvidgning av lagregelns tillämpningsområde.”[22]

Peczenik erkänner således att analogiserandet utgör en rättsbildningsteknik men beskriver den samtidigt, i likhet med Ekelöf, som en (”drastisk”) utvidgning av en redan existerande rättsregel, snarare än som bildandet av en ny. Samtidigt är han tydlig med att regelns språkliga tillämpningsområde, inte ens efter tolkning, medger en tillämpning av regeln. Därmed uppstår en förvirrande motsägelse. Återigen visar den konstitutionella delen av denna undersökning på det olämpliga i en beskrivning som Peczeniks. Analogin, såsom en rättsbildningsteknik i Peczeniks tappning, tycks göra det möjligt för domaren att tillämpa lagregeln utanför dess tillämpningsområde (såsom det kan fastställas genom tolkning). Detta sker genom att domaren, med stöd av analogin, tillåts att ändra i lagregelns innehåll genom att föra in nya omständigheter under dess rekvisit, bortanför tolkningens gränser. Detta torde stå i strid med 8 kap. 18 § RF. Poängen med att skilja på analogier och tolkning var att inte ge domaren möjligheten att ändra lagregelns innehåll genom att byta ut eller föra in omständigheter under dess rekvisit som inte genom tolkningen kunde godtas. Trots att en likhetsjämförelse mellan rekvisiten och verkligheten görs både inom ramen för tolkningsoperationen och analogin, innebär analogin faktiskt att juristen ersätter orden i den ursprungliga regeln med nya och andra, därför att ett falls omständigheter inte låter sig intolkas under de ursprungliga begrepp som bildar regelns rekvisit. I stället för att se

[20] Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Göteborg, 1995, s. 341.
[21] Peczenik, Vad är rätt?, s. 341.
[22] Peczenik, Vad är rätt?, s. 341.

det som att domaren klargör vilka omständigheter som bildar rättsfakta i förhållande till rekvisitet i den existerande regeln vore det bättre att beskriva laganalogin som en process där domaren skapar nya rättsfakta, genom att tillskriva nya faktiska omständigheter rättslig relevans såsom rättsfakta inom ramen för en ny rättsregel.

Peczenik diskuterar även *rättsanalogin* mer i detalj. Enligt honom kännetecknas den av att ”ett helt regelkomplex som gäller på ett visst rättsområde tillämpas […] analogt på ett annat rättsområde.”[23] Som exempel nämner Peczenik, stödd på Lehrberg, att ”åtskilliga av köplagens regler anses tillämpliga vid avtal om hyra av lös egendom.”[24] Definitionen, eller åtminstone exemplet och dess ändamålsenlighet, kan emellertid diskuteras. Om Savignys definition för att skilja laganalogin från rättsanalogin ska användas, så innebär laganalogin att specifika lagregler används som underlag för analogiserandet, medan rättsanalogin stödjer sig på konstruktioner i rättsteorin som inte hör hemma i specifika lagregler (som condictio indebiti). Det kan diskuteras om det analogiserande som beskrivs i exemplet verkligen utgör rättsanalogier. Att det är fråga om analogier torde det inte råda något tvivel om, men i fall där KöpL används som underlag för en analogi rör det sig snarare om laganalogier än om rättsanalogier. Domaren grundar för det första analogin på en lag och inte på principer eller andra institut. Om KöpL används kommer underlaget dessutom att hämtas ur specifika lagregler, även om det kan vara flera, vilket gör lösningarna till laganalogier oavsett. Det torde med andra ord inte spela någon roll för distinktionen mellan lag- och rättsanalogi att KöpL:s regler bildar ett regelkomplex, för det gör alla lagar. Ett mer ändamålsenligt exempel hade varit att hänvisa till analogier baserade på en rättsprincip eller ett rättsligt institut (jfr t.ex. om condicitio indebiti i NJA 1999 s. 575).

3.4 Strömholms syn på analogin och betydelsen av att inräkna både rättsfakta och rättsföljd

Stig Strömholm beskriver laganalogin som att det är ”lösningen” i lagregeln som juristen ”lånar” för att lösa ett oreglerat fall.[25] Strömholm beskriver också att analogin är en garanti mot godtyckliga och fritt konstruerade lösningar eftersom den lösning som juristen väljer genom analogin redan har förankring i rättssystemet. Vidare bygger en analogilösning, enligt Strömholm, på en jämförelse mellan den reglerade och oreglerade situationen. En analogi förutsätter slutligen att en väsentlig och avgörande likhet uppstår vid jämförelsen mellan de gamla och nya fallen i ljuset av rätten och att denna likhet inte upphävs av någon avgörande olikhet.[26]

[23] Peczenik, Vad är rätt?, s. 349.
[24] Peczenik, Vad är rätt?, s. 349.
[25] Strömholm m.fl., Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 477. I löptext hänvisas till författarna med angivande av endast ”Strömholm” eller ”författarna”.
[26] Strömholm m.fl., Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 476 ff.

Vad som avses med att juristen ”lånar lösningen” som lagregeln erbjuder har Strömholm emellertid inte närmare utvecklat. I fall där laganalogin brukas som teknik tyder författarens uttryckssätt på att lagregeln i sig aldrig tillämpas på omständigheterna (vilket torde vara korrekt) eftersom det endast är just ”lösningen”, dvs. rättsföljden i lagregeln, som används för att hantera det oreglerade fallet.[27] Om det endast är ”lösningen” som används innebär det att det oreglerade fallet hanteras på samma sätt som det reglerade fallet, men endast i rättsföljdsavseende.[28] Att återanvända en rättsföljd i en befintlig lagregel är därför inte detsamma som att de facto tillämpa själva lagregeln. Om lagregeln som sådan hade använts skulle det innebära att omständigheterna motsvarar samtliga rekvisit som finns i lagregeln, vilket gör att rättsföljden inträder. Om det däremot endast är rättsföljden som finns i regeln som inträder, innebär det inte att rekvisiten nödvändigtvis är uppfyllda. Domaren hänför inte fallets omständigheter till den abstrakta beskrivningen (dvs. rekvisiten) i en befintlig lagregel (dvs. han låter dem inte grunda rättsfakta). Mot den bakgrunden skulle Strömholms förklaring av att domaren ”lånar lösningen” vid en analogi innebära en mer rättvisande beskrivning av förfarandet än de som tillhandahållits av Ekelöf och Peczenick.

Strömholms sätt att beskriva analogin som att domaren ”lånar” lösningen eller rättsföljden när han eller hon analogiserar kan emellertid diskuteras. Även om ordet ”lånar” är satt inom citattecken och därmed är bildligt menat, förtjänar ordvalet att analyseras. Anledningen till det är att uttrycket ”lånar” ger intrycket att analogin skulle bygga enbart på en återanvändning av en rättsföljd, men på nya omständigheter och att denna rättsföljd skulle vara densamma som en redan existerande i systemet. Detta är fel i två avseenden: För det första kräver en analogi också tillskapandet av nya rättsfakta (vilket Strömholm implicit erkänner, eftersom författarna vidgår att rättsföljden inte längre tillämpas på sina ursprungliga rättsfakta). För det andra är det viktigt att förstå att det i analogifallet inte rör sig om något ”lån” av en befintlig rättsföljd, utan om tillskapandet av en ny likadan rättsföljd som en redan existerande.

De två kommentarerna ovan ska illustreras med ett straffrättsligt exempel. I BrB finns flera brottsbeskrivningar, vilka sett till ordalydelsen har ”samma rättsföljd” i den meningen att lagstiftaren har angett att en skyldig gärningsperson ska dömas till fängelse i högst två år (jfr t.ex. grovt förtal i 5 kap. 2 § BrB och stöld i 8 kap. 1 § BrB). Det är uppenbart att en domare inte tillfälligt och godtyckligt får välja eller ”låna” en rättsföljd från en brottsbeskrivning och flytta den till en annan och hävda att det är fråga om samma rättsföljd, även om den ”lånade” rättsföljden ger uttryck för samma straffskala. Om domaren dömer ut två

[27] Jfr Heuman, Lars, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning — generaliseringar, logik och argumentation, Stockholm, 2018, s. 159 där Heuman skriver att ett rekvisit modifierats, tillagts eller uteslutits.

[28] Se även Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning, s. 107.

års fängelse, vilket är en tillåten rättsföljd vid uppfyllandet av båda brottsbeskrivningarna i exemplet, måste domaren ändå kunna redogöra för exakt vilka två års fängelse det är som har dömts ut, genom att i domen knyta rättsföljden till en bestämd brottsbeskrivning i en bestämd lagparagraf. På det sättet knyts rättsföljden också till vissa relevanta omständigheter, de som av brottsbeskrivningen utpekas som rättsfakta. Rättsföljden får nämligen inträda endast om rekvisiten är uppfyllda vilket i sin tur beror på om rättsfakta är förhanden.

Med andra ord kan en rättsföljd i det befintliga systemet inte frikopplas från de omständigheter som, i egenskap av rättsfakta, utlöser den. Att i rättstillämpningen byta plats på rättsföljderna för grovt förtal och stöld, vore detsamma som att ändra rättsföljderna eller, betraktat i ett annat perspektiv, att ändra de rättsfakta som genererar rättsföljden. I det senare perspektivet framstår agerandet som mer problematiskt än det vid första anblick kan tyckas. Sådana förfaranden skulle nämligen kunna likställas med otillåtna materiellrättsliga ändringar av rätten enligt 8 kap. 18 § RF, eftersom det är omöjligt att tolka de relevanta omständigheterna i brotten grovt förtal och stöld som synonyma.

Slutsatsen blir därför att om domaren inte, utan att bryta mot 8 kap. 18 § RF, får frikoppla en rättsföljd från sina rättsfakta inom det befintliga systemet, så får han eller hon än mindre göra detta för att utvidga systemet. Det kan därför egentligen inte vara fråga om att ”låna” någon befintlig rättsföljd alls när domaren analogiserar. Som framgått innebär analogin i själva verket tillskapandet av både nya rättsfakta och en ny rättsföljd. På samma sätt som rättsfakta i den regel som skapas genom analogin kan vara liknande men aldrig desamma som i den befintliga regeln, eftersom den då hade varit tillämplig, kan rättsföljden vara likadan (till och med likalydande), men aldrig densamma som i en befintlig regel.

Strömholms beskrivning av analogiförfarandet innehåller dessutom vissa motsägelser. Samtidigt som det påstås att rättsföljden ”lånas”, ett uttalande som alltså i sig kan behöva diskuteras och förtydligas, har författarna också anslutit sig till Ekelöfs ovannämnda teoribildning om att det är tillämpningsområdet som ”utvidgas” genom en genomförd analogi och att det oreglerade fallet fortfarande omfattas av regelns tillämpningsområde, vilket då skulle förutsätta att fallets omständigheter stämmer överens med lagregelns utpekade rekvisit, dvs. att domaren använder hela regeln. Återigen uppkommer det problem som ovan redogjorts för när det påstås att lagregeln omfattas av tillämpningsområdet vid en analogi.[29]

3.5 Hellners syn på analogin

Jan Hellner, slutligen, menar, precis som den historiska skolan, att analogin som metodverktyg måste skiljas från tolkningsverktygen. Enligt Hellner är analogin aktuell att tillgripa först efter att tolkningen inte

[29] Strömholm m.fl., Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s. 480.

varit behjälplig för att lösa den rättsliga frågan för att täppa till luckan i rätten. När tolkningen inte ger besked om hur en viss rättsfråga ska lösas bör domaren i stället undersöka om andra angreppsätt än tolkning kan användas för att täppa till luckan i rätten. Vidare betonade Hellner att lagregeln som ska utgöra utgångspunkten för en laganalogi först måste tolkas för att avgöra om analogin var lämplig. Hellner framhåller dock att laganalogin som verktyg inte av den anledningen ska betraktas som ett tolkningsargument. Hellner bekräftar att juristen inledningsvis måste fastställa huruvida en lucka över huvud taget existerar genom att använda tolkningen. Inte förrän tolkningen har uttömts kan analogin tillgripas.[30] Tolkningen är med andra ord ett nödvändigt steg för att avgöra om lagregeln är tillämplig eller om rätten uppvisar en lucka i förhållande till fakta.

Även om Hellner inte explicit uttrycker att en ny regel skapas i det enskilda fallet, framhåller Hellner att analogilösningen bygger på ett ställningstagande om att värderingarna som kommer till uttryck i en befintlig lagregel även borde komma till uttryck utanför det reglerade området. Enligt Hellner genomsyras analogilösningen alltså av en tanke om att försöka upprätthålla harmonin inom rättssystemet. Hellner framhåller därför att det är förekommande att domstolarna åberopar ”grunderna för” en bestämmelse vid en analogi. Det innebär att lagregeln fortfarande har relevans för den oreglerade situationen och att det är grunderna för lagregeln som domaren i stället stödjer sig på för att lösa fallet.[31] Hellner antyder alltså, likt vad den historiska skolan gjorde, att juristen inte kan nöja sig med att konstatera att det föreligger likhet rent faktamässigt, utan juristen måste också identifiera och ta hänsyn till *grunderna för lagregeln*. I den processen måste lagregeln tolkas för att det ska vara möjligt att fastställa vilka grunder som den befintliga lagregeln vilar på. Hellners uppfattning om analogin visar därför att det är med hjälp av tolkningen som juristen får klart för sig vilka element som faktiskt kan åberopas till stöd för analogin. Det Hellner betecknade som ”grunderna för lagregeln” stämmer därför väl överens med Savignys idé om att det redan existerande i rätten återanvänds vid en analogilösning och att den har förankring i den juridiska metoden.

4 Slutsatser

Undersökningen visar att tolkningen av rättsregler och rättsligt analogiserande är olika förfaranden som behöver hållas isär, trots att de har flera gemensamma syften. Till de gemensamma syftena hör att i teoretisk mening skapa enhet i den gällande rätten, genom att se till att rättssystemet uppfyller kraven på fullständighet och motsägelselöshet. I praktiskt hänseende är syftet att, genom åstadkommandet av denna enhet, möjliggöra för domaren att uppfylla de konstitutionella kraven

[30] Hellner, Rättsteori, s. 74 f.
[31] Hellner, Rättsteori, s. 110 f.

på att alltid döma i målet och att grunda sin dom på rättsliga regler (legalitet).

Medan tolkningen innebär att en rättsregels redan befintliga innehåll och tillämpningsområde fås att framträda i ett nytt och tydligare ljus med hjälp av tolkningsverktygen, innebär analogiserandet att domaren faktiskt tillskapar en ny rättsregel. Det sker dock inte helt utifrån domarens fria skön, utan regeln skapas i varierande grad med stöd av den redan existerande rättens innehåll och systematik. I fallet med laganalogier utnyttjas konkreta lagregler som underlag för analogin och i fallet med rättsanalogier används i stället mer generella rättsliga principer och institut. Att det föreligger betydande skillnader mellan tolkningsförfarandet och analogiförfarandet trots deras gemensamma syfte i förhållande till behovet av rättsenhet, är inte en ny slutsats, utan grundar sig på en analys av beskrivningar av den juridiska metodläran hos företrädaren för den historiska skolan Savigny. I denna artikelserie har det funnits ett behov av att återvända till rättshistoriska förebilder för att analysera och precisera likheterna och skillnaderna mellan metodverktygen, såsom de kommer till uttryck i rättsfall och framför allt hos moderna rättsvetenskapliga och juridiska författare.

En anledning till att söka sig till rättshistoriska förebilder är nämligen att analogiförfarandet inte sällan tycks sammanblandas med eller jämställas med tolkningsförfarandet i förarbeten och rättsvetenskaplig litteratur. Anledning till detta kan vara att de båda förfarandena rent praktiskt aktualiseras i liknande situationer (när faktiska omständigheter inte tycks kunna inordnas under befintliga rättsregler). Båda förfarandena är alltså symptom på rättsliga brister, i detta fall luckor. Som framgått utgör tolkningen emellertid ett remedium mot oegentliga luckor, dvs. sådana fall där de faktiska omständigheterna egentligen kan inordnas under en rättsregel, givet att regelns betydelse- och tillämpningsområde förtydligas genom tolkningen. Detta kan ske genom att regelns tillkomst- eller tillämpningshistoria beaktas, eller att dess plats i rättssystemet och liknande begrepp klargörs.

Det är alltså först när möjligheten till förtydligande tolkning är uttömd som analogin blir nödvändig, eftersom det i dessa fall faktiskt rör sig om en verklig lucka i rätten. Som framgått av undersökningen finns det alltså både metodologiska och konstitutionella anledningar till att de två förfarandena ska särskiljas och användas i en bestämd ordning, eftersom den svenska domaren, enligt 8 kap. 18 § RF, inte får ändra en rättsregels innehåll eller rättssystemets systematik, annat eller mer än det krävs för att återskapa den av lagstiftaren avsedda enheten i rätten i det enskilda fallet. För att inte överskrida sitt konstitutionella mandat måste domaren alltså kunna skilja tolkningsförfarandet från analogiförfarandet och kunna identifiera och skilja på de situationer då de två förfarandena är tillåtna.

Nedslagen i rättsfall från HD visar dels hur de två förfarandena skiljer sig åt, dels att domstolen intuitivt använder dem, även om de sällan

explicit förklaras metodologiskt eller kläs i ord. I den juridiska litteraturen framstår däremot gränsen mellan tolkningen och analogin som mer flytande. Beskrivningarna av analogin som teknik och av dess resultat varierar således i precision i förhållande till beskrivningarna av tolkningen. Analogin beskrivs i litteraturen å ena sidan som något annat än tillämpningen av en regel i den meningen att tillämpningen skulle vara ett resultat av tolkningen. Å andra sidan uppfattas analogin nästan genomgående ändå som en tillämpning av regeln, även om den är ”drastisk” eller sker utanför det uppenbara tillämpningsområdet osv. Den beskrivs däremot sällan eller aldrig som en ny rättsregel, utan som resultatet av en utvidgning av en existerande regels tillämpningsområde, vilket alltså inte torde vara korrekt. Artikelförfattarna menar att det vore mer korrekt eller åtminstone tydligare att reservera ordet ”tillämpning” av en regel till sådana fall som ryms inom regelns betydelseområde. I enlighet med vad många författare i själva verket tycks ha avsett skulle då rekvisitens samlande språkliga betydelseområde sammanfalla med regelns tillämpningsområde. I stället för att tala om utvidgade tillämpningar eller motsvarande, borde analogin beskrivas som tillskapandet av nya rättsregler, med existerande rättsregler som förebilder.

En sådan beskrivning av analogin bör, enligt författarna, omfatta både den nya rättsregelns rekvisit och den rättsföljd som knyts till uppfyllandet av dessa rekvisit. I den juridiska litteraturen finner man nämligen också påståendet att analogin karaktäriseras av ett ”lån” av en befintlig juridisk lösning, en rättsföljd, som används i förhållande till nya oreglerade omständigheter. Även om det kunnat konstateras att ordet ”lån” används bildligt så är det är viktigt att förstå att en analogi alltid resulterar i både nya rättsfakta och nya rättsföljder. Själva orsaken till behovet av en analogi är ju att faktiska omständigheter inte kunnat subsumeras under ett befintligt rekvisit, med andra ord att omständigheterna inte ansetts utgöra rättsfakta i förhållande till regelns rättsföljd. Därför har en ny regel, där de oreglerade omständigheterna blivit rättsfakta i förhållande till nya rekvisit, tillkommit, men detta har i realiteten också inneburit att en ny rättsföljd skapats i systemet, om än möjligen en likadan som en redan tidigare existerande (vilken dock inte utlöses av motsvarande rättsfakta).

Sammanfattningsvis kan relationen mellan enkla fall av ren rättstillämpning, svåra fall där rättstillämpningen måste föregås av tolkning och slutligen analogier beskrivas på följande sätt:

I de *enkla fallen* av ren rättstillämpning är rekvisitets betydelseområde helt i överensstämmelse med den omständighet som påstås utgöra rättsfaktum i förhållande till rekvisitet. Rekvisitet kan således tillämpas på omständigheten (dvs. rättsfaktumets överensstämmelse med rekvisitet utlöser rättsregelns rättsföljd), eftersom betydelseområdet är tydligt och därmed också tillämpningsområdet.

I de *svåra fallen* råder det oklarhet om rekvisitets betydelseområde i förhållande till en viss omständighet, eller med andra ord oklarhet huruvida omständigheten utgör rättsfaktum i relation till rekvisitet. Därmed råder det också oklarhet om regelns tillämpningsområde, med följden att det inte är klart om rättsföljden ska utlösas med stöd av omständigheten. Det ser ut som att det har uppstått en lucka i rätten. Efter att tolkningen genomförts får emellertid rekvisitet sitt korrekta och egentliga betydelseområde och tillämpningsområdet för regeln klarnar därmed också. Det står klart att rättsregelns tillämpningsområde omfattade även den åberopade omständigheten och att rättsföljden därför kan inträda. Eftersom betydelseområdet klargjorts genom tolkningen var luckan i rätten egentligen bara *en skenbar lucka i rättsregeln*, som berodde på ett skenbart oklart betydelseområde. Tillämpningsområdet blev otydligt därför att betydelseområdet var otydligt.

När analogin måste tillgripas som lösning är fallet det omvända: Betydelseområdet är tydligt på det sättet att den åberopade omständigheten inte omfattas av regelns rekvisit och att den därför inte utgör ett rättsfaktum i förhållande till rättsföljden. Tolkning kan inte kasta nytt ljus över betydelseområdet och klargöra det ytterligare. Därmed är rättsregelns tillämpningsområde också klart och tydligt. Omständigheten omfattas inte. Det är således fråga om en verklig lucka i rätten, eftersom en omständighet inte har någon motsvarighet i den redan existerande rätten. Analogin löser detta problem genom att tillskapa en rättsregel vars rekvisit motsvarar den åberopade omständigheten och knyter en rättsföljd till den såsom rättsfaktum.

”Regeln” för att skilja tolkning och analogier åt inom den juridiska metodläran är alltså:

Tolkning — oklart betydelseområde, ger oklart tillämpningsområde. Omständigheten är egentligen innanför betydelseområdet, vilket tolkningen synliggör och därmed också innanför tillämpningsområdet. Regeln kan tillämpas efter tolkning.

Analogi — klart betydelseområde, ger klart tillämpningsområde. Omständigheten befinner sig *utanför* betydelseområdet och därmed också utanför tillämpningsområdet. Analogin behövs för att rätten ska bli komplett i förhållande till verklighetens omständigheter.

Behovet av tolkning utlöses alltså av en oklar rättsregel, medan behovet av analogiserande utlöses av en klar rättsregel. Bara denna skillnad visar varför det finns goda skäl att skilja på de två metoderna för att lösa rättstillämpningsfrågor.