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

Rättshistoriska och konstitutionella utgångspunkter (Del I 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 1, i vilken betydelsen av att skilja mellan tolkningen och analogin sätts in i ett rättshistoriskt och konstitutionellt sammanhang. I del 2 illustreras den teoretiska betydelsen av att skilja mellan tolkning och analogier med exempel ur rättspraxis och juridisk metodlitteratur.

1 Inledning

Vid juridisk problemlösning ska rättskällorna hanteras i enlighet med den juridiska metoden. Metoden omfattar ett stort antal tekniker och principer och kan användas för att hantera såväl praktiska som teoretiska juridiska problem. I rättspraxis är således både tolkning av rättsregler och analogilösningar vanligt förekommande. Dessa metodologiska verktyg diskuteras också i lagförarbeten och i den juridiska litteraturen. När analogier används i rättstillämpningen används ibland uttrycken ”enligt grunderna för…” eller ”jämlikt paragraf…” för att signalera detta.

Mycket rättstillämpning sker emellertid på ett rutinbetonat sätt. Juristen kommer successivt, genom utbildning och fortsatt yrkesverksamhet, att träna upp sin problemlösningsförmåga. Metodanvändningen känns därför ofta intuitiv, till den grad att många jurister inte reflekterar över att metoden existerar. Juristen kan därför ibland behöva påminna sig om vad som egentligen kännetecknar de olika metodverktygen och vad som eventuellt skiljer dem åt. När det gäller tolkning och analogier finns det praktiska, konstitutionella och rättsvetenskapliga skäl för juristen att både lära sig och respektera skillnaderna mellan förfarandena.

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

Skillnaden mellan tolkning och analogier som metodologiska lösningar på juridiska tillämpningsproblem ska därför undersökas och diskuteras inom ramen för två artiklar. Den här artikeln utgör del 1.

När metodfrågor av detta slag avhandlas kan det vara nyttigt att återvända till rättshistoriska exempel. Äldre och ibland bortglömda exempel på beskrivningar av ett metodproblem bidrar till att förtydliga de samtida beskrivningarna. Därigenom uppstår en reliefverkan som kan bilda utgångspunkt för fortsatta diskussioner. I denna artikel sätts därför frågan om betydelsen av att skilja mellan tolkningar och analogier in i ett rättshistoriskt och konstitutionellt sammanhang. Det rättshistoriska exemplet utgörs av Friedrich Carl von Savignys beskrivning av skillnaden mellan tolkningen och analogin som juridiskt metodverktyg. I artikeln behandlas också den historiska skolans syn på kopplingen mellan den juridiska metodläran och den konstitutionellt grundade arbetsfördelningen mellan politiska och juridiska beslutsfattare. Resultaten av den rättshistoriska undersökningen jämförs sedan med nutida svensk statsrätt och juridisk metod. Den första artikeln avslutas med några generella slutsatser.

I en efterföljande artikel som utgör del 2 kommer den teoretiska betydelsen av att skilja mellan tolkning och analogier att undersökas och illustreras med exempel ur rättspraxis. Med utgångspunkt i ett antal rättsfall från Högsta domstolen (HD) söker författarna visa hur domstolarna arbetar med den juridiska metodläran i konkreta fall. I den artikeln undersöks också hur förhållandet mellan den juridiska tolkningsläran och analogiförfarandet beskrivs i den samtida juridiska metodlitteraturen. Den andra artikeln avslutas med ett avsnitt som innehåller slutsatser, lärdomar och förslag till hur skillnaden mellan tolkning och analogier bör förstås och hanteras av jurister. Slutsatserna baseras på innehållet i både del 1 och 2.

2 Rättshistoriska utgångspunkter

2.1 Savignys beskrivning av skillnaden mellan tolkningen och analogin

Även 1800-talets jurister tycks ha brottats med svårigheten att skilja juridiska tolkningar av rättsregler från analogier. Den historiska skolans grundare, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), underströk dock i sitt arbete om den moderna romerska rättens system, att analogilösningen ”[i]n allen Fällen ist […] wesentlich verschieden von der […] Auslegung […], womit es sehr häuftig verwechselt wird.”[2]

Savigny erkände dock att det fanns likheter mellan de två förfarandena. Det var dessa likheter som gjorde att de lätt sammanblandades eller förväxlades med varandra i det praktiska rättslivet. Både tolkningen och analogin utgjorde nämligen metoder för juristen att

[2] Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, bd. 1, neudr. Aalen 1981 [Berlin, 1840], s. 292.

hantera *svåra fall*[3] genom att antingen *förtydliga* en befintlig del av rätten (t.ex. en lagregel) eller använda den som mall för att självständigt *utvidga* rätten i förhållande till ett falls omständigheter. Tolkningen av en rättsregel gjorde det redan existerande innehållet i rättsregeln tydligare för den tillämpande juristen, utan att egentligen förändra eller utvidga innehållet i den rent materiellt. Analogin utgjorde däremot verkligen en utvidgning av själva rätten i de fall där tolkningens gräns nåtts och det stod klart att den befintliga rättsregeln faktiskt inte var tillämplig på fallets omständigheter. Vad som ledde till att de två förfarandena sammanblandades berodde, enligt Savigny, alltså på att de befann sig på ett gemensamt spektrum eller på en gemensam skala av rättsdogmatiska verktyg som juristen successivt och med en ökad grad av självständighet använde för att lösa det juridiska problemet.

Redan de romerska juristerna var medvetna om att en analogi resulterade i en ny rättsregel och att juristen därmed bildade ny rätt i de fall då analogin användes som lösning. Dessa fall måste därför skiljas från tolkningsfallen (”der reinen Auslegung”) då juristen endast preciserade innehållet i en redan existerande rättsregel utan att förändra den. Enligt Savigny hade dock även de romerska juristerna haft svårt att i sina framställningar upprätthålla och korrekt beskriva denna principiella skillnad:

> Die Römer haben von der Ergänzung des Rechts durch Analogie sehr richtige Ansichten, nur unterscheiden sie in der Anwendung derselben nicht überall die Fortbildung des Rechts von der reinen Auslegung; von dieser Vermischung werden die Gründe weiter unten angebenen werden.[4]

Möjligheten att använda analogin för att fylla ut luckor i rätten berodde, enligt Savigny, på att juristen tenderade att betrakta rätten som ett sammanhängande system av rättsregler.[5] De olika rättsreglerna ansågs alltså stå i en bestämd relation till varandra. Savigny påpekade dock att denna relation inte bara var av logisk karaktär, utan även organisk.[6] När rättsreglerna indelades i olika rättsområden och med bestämda normhierarkier kom vissa regler att verka styrande för användningen av andra. Indelningen i olika rättsområden styrdes av reglernas praktiska funktion, där de konstitutionella reglerna satte ramarna för juridiken. Till exempel reglerade avtalsrätten människans juridiska frihet och konsumenträtten erbjöd svagare grupper skydd osv.

[3] Begreppsparet enkla och svåra fall har i modern rättsteori använts av Ronald Dworkin i dennes teori om Hard Cases. Se Dworkin, Ronald, Hard Cases, Harvard Law Review, vol. 88, no. 6, 1975, s. 1057–1109. Om själva begreppet, se s. 1060. Uppdelningen i enkla och svåra fall förekommer också hos den historiska skolan, om än med en delvis annan innebörd. Beträffande den historiska skolans användning av begreppen, se Savigny, System, bd. 1, s. 222. Se också Croon, Adam, Jura novit curia. En rättsgenetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet, Stockholm, 2018, s. 78 f.

[4] Savigny, System, bd. 1, s. 294.

[5] Savigny, System, bd. 1, s. 292.

[6] Savigny, System, bd. 1, s. 292.

Därför påverkade också systemindelningen av reglerna deras praktiska användbarhet i relation till ett falls omständigheter.

Det var genom att juristen skaffade sig kunskap om reglernas funktion både i relation till de olika faktiska situationer som de reglerade och om deras internjuridiska relation som han eller hon fick en tillfredsställande förståelse av rätten som ett system. Det var i sin tur denna rättsdogmatiska överblick som möjliggjorde för juristen att identifiera de situationer då rättsregeln var tillämplig. Samma systematiska förståelse gjorde det möjligt för juristen att använda en viss bestämd rättsregel eller rättslig princip som mönster för att genom analogin skapa en ny rättsregel då en sådan faktiskt saknades. Analogin behövde alltså tillgripas i de fall där rekvisiten i en existerande rättsregel inte kunde fås att omfatta exakt de omständigheter som fallet rymde, men där det ändå tycktes existera en likhet mellan den uppkomna situationen och tidigare fall. I de fallen borde ett rättsligt samband etableras och betonas med hjälp av den redan existerande rätten och detta möjliggjordes genom analogin.[7]

Analogin skiljde sig alltså från tolkningen i det avseendet att juristen visserligen utgick från något som redan existerade i rättssystemet (precis som vid tolkning), men att han eller hon med utgångspunkt i detta existerande skapade en ny rättsregel (vilket inte skedde när den existerande regeln tolkades). Den tidigare existerande regeln tillämpades alltså inte. Den utgjorde i stället förebilden eller modellen för den nya rättsregeln och dess rättsföljd. Detta var också naturligt, eftersom orsaken till att rättsregeln inte kunnat tillämpas var omöjligheten att få de faktiska omständigheterna i fallet att överensstämma med regelns rekvisit. Därför behövdes en ny rättsregel som kunde inrymma de faktiska omständigheterna i juristens fall. Denna regel skapades genom analogin. Juristen utförde en rättsdogmatisk abstraktionsprocess där kunskapen om de fall som rättsregeln faktiskt reglerade överfördes till det oreglerade fallet, där omständigheterna inte vara helt *lika* de som beskrevs av den ursprungliga regelns rekvisit, men *liknande*. Ibland bestod underlaget för analogin av en specifik lagregel och ibland av mer abstrakta rättsliga principer eller institut som tillkommit på rättsvetenskaplig väg eller genom dömande.

> Wir müssen dabey [alltså när analogin används för att lösa fallet, vår anm.] stets ausgehen einem Gegebenen, welches wir zur Lösung des vorliegenden Ausgabe erweitern. Dieses Gegebene kann seyn eines bestimmtes einzelnes Gesetz, in welchem Fall *in argumentio legis* üblich ist, weit häuftiger aber wird das Gegebene in solchen Bestandtheilen der Rechtstheorie enthalten seyn, die selbst aus schon auf dem künstliche Wege der Abstraction enstanden waren.[8]

[7] I fall där en sådan likhet inte alls kunde etableras talade Savigny i stället om lösningar som helt saknade grund i rättssystemet och som alltså utgjorde rena billighetslösningar. Savigny kallade dem anomalischen Rechtssätze, sprungna ur ”fremdartigen Principien”. Se Savigny, System, bd. 1, s. 294.

[8] Savigny, System, bd. 1, s. 292.

Savignys beskrivning av analogiförfarandet i sin framställning *System* kan dock i sig själv tyckas förvirrande och något motsägelsefull. Det går att få intrycket av att det är en redan existerande rättsregels tillämpningsområde som utsträcks genom analogin, snarare än att domaren skapar en ny regel med den existerande som mall. Att en regels tillämpningsområde utsträcks genom analogin är en inte ovanlig beskrivning av analogiförfarandet i samtida svensk rättsvetenskap och det är just denna beskrivning som kan kritiseras, eftersom den bidrar till att upplösa skillnaden mellan tolkningen och analogin. Exempel på denna problematik kommer att redovisas i den andra artikeldelen (del 2).

I citatet använder sig Savigny själv dock av ordet ”erweitern”, dvs. ”utvidga” eller ”expandera” för att beskriva vad som sker med en rättsregel som används som underlag för en analogi. Det kan därför tyckas omotiverat att kritisera andra för att göra detsamma med stöd av Savignys framställning. Om man dock avstår från att läsa Savignys uttalande isolerat, utan i stället läser det tillsammans med hans beskrivningar av tolkningen och dess gränser blir det tydligt att ordet ”erweitern” endast har en begränsad betydelse för Savigny och att det inte går att dra slutsatsen att vad som avses är att själva rättsregelns tillämpningsområde utsträcks. Som kommer att framgå är det rätten som utsträcks genom analogin, inte rättsregeln.

På ett plan framstår emellertid ordet ”erweitern” som det korrekta ordet att använda. Juristen gör något mer med rättsregeln än att, i relation till fallets omständigheter, enbart bekräfta dess redan existerande innehåll och tillämplighet, som i fallet med tolkningen. Savigny beskrev analogiförfarandet som en process ”auf dem künstliche Wege der Abstraction” — alltså som ett förfarande som byggde på konstruktion av rätt genom abstraktion av det redan givna i rättssystemet. I motsats till analogin utgör tolkningen dock inte abstraktion av rätt, utan konkretion, eftersom regelns tillämplighet i förhållande till specifika omständigheter blir tydligare genom tolkningen. Möjligheten att tillämpa regeln på dessa omständigheter låg dock hela tiden immanent i regeln redan då den skapades och blir således genom tolkningen bara tydligare för juristen. Därför rör det sig inte i tolkningsfallen om någon utvidgning av rätten genom abstraktion utan endast konkretion av något redan existerande.

Valet att använda ordet ”erweitern” motiveras dock av att Savigny ville betona att juristen, vid analogier, använder rättsregelns konstruktion på en verklighet vars omständigheter inte kan inordnas under den befintliga rättsregeln med hjälp av tolkning. Därmed blev det viktigt att förklara att regelns materiella innehåll (rekvisiten) å ena sidan inte matchade fallets omständigheter, samtidigt som regelns konstruktion (därmed också indirekt dess rekvisit) kom till viss användning i analogilösningen. Å andra sidan utgick juristen samtidigt i vissa avseenden från regeln, principen eller rättsinstitutet, såsom något givet i rätten (”einem Gegebenen”) när denne genom analogin skapade sin nya

regel samt de nya rättsfakta och den nya rättsföljd som krävdes för att reglera fallets omständigheter.

Återigen blir det tydligt hur viktigt det är att inte beskriva tolkningen av en rättsregel som en utvidgning av en rättsregels tillämpningsområde. Om så sker föreligger nämligen risken att juristen sedan inte förmår att skilja utvidgningen av en specifik rättsregel från utvidgningen av rätten som helhet. Det ligger nära till hands att betrakta tolkningen som en indirekt utvidgning av rätten genom en utvidgning av regelns tillämpningsområde. När nya omständigheter tolkas in i regeln är det lätt att få intrycket av att regeln utsträcks i förhållande till verkligheten, dvs. att juristen rättsbildar. Risken blir då större för att skillnaden mellan tolkningen och analogin utsuddas när tolkningen ses som en indirekt utvidgning av rätten och analogin som en direkt. Detta vore på sätt och vis en rättvisande beskrivning om det inte vore just för att den ledde till en ökad risk för att tolkningen och analogin sammanblandades till den grad att analogin till slut beskrevs, inte som en utvidgning av rätten med stöd av den ursprungliga regelns konstruktion, utan som en utvidgning av själva rättsregeln. När så sker upphör i praktiken skillnaden mellan de två förfarandena att existera, eftersom både tolkningen och analogin knyts till själva tillämpningen av rättsregeln. Vad som gör analogin nödvändig är dock just omöjligheten att tillämpa rättsregeln ens efter tolkning. Vad som utvidgas genom analogin är således inte rättsregeln utan rätten och vad mer är utvidgas rätten oberoende av rättsregeln, vars tillämpningsområde lämnas oförändrat. Savigny kunde alltså korrekt beskriva analogin som en form av juridisk rättsbildning. Det var såsom en beskrivning av den aktiviteten som ordet ”erweitern” skulle förstås.

Denna slutsats visade också att analogin utgjorde ett metodverktyg och därför borde hänföras till den juridiska metodläran och inte till rättskälleläran. Analogiförfarandet skapade visserligen en ny rättsregel som inte tidigare fanns i rättssystemet. Den nya regeln utgjorde dock inte en egen rättskälla som exempelvis författningar, eftersom underlaget till den nya regeln hämtades ur den redan existerande rätten och dess källmaterial — det givna. Metoden genererade således en ny regel (rätten utvidgades), precis som Savigny hade beskrivit det. Materialet till den nya regeln, liksom den nya regeln som uppkommit genom analogiserandet, återfanns dock i rättskällor som prejudikat, förarbeten och juridisk doktrin.

Savignys insisterande på att de olika metodologiska verktygen (rättstolkning och analogier) måste hållas isär grundade sig i hög grad på den historiska skolans konstitutionella grundsyn och särskilt på dess uppfattning om juristernas rättsbildningsmandat i förhållande till lagstiftarens. Det faktum att den rättsdogmatiska metoden tycktes ge utrymme för juridisk kreativitet i förhållande till den redan existerande rätten innebar också en potentiell risk för att juristen utnyttjade detta i egna rättspolitiska eller ideologiska syften. Ju friare juristen blev att

jämföra det egna fallets omständigheter med rättsreglernas rekvisit, desto större risk fanns det att lagstiftarens avsikt med rättsreglerna inte skulle respekteras därför att juristen valde att använda rättsreglerna i situationer som de inte var avsedda för. Förutom den rättsosäkerhet som detta skulle leda till skulle juristen också tillåtas att kringgå den existerande rätten och därmed skapa ny rätt på lagstiftarens bekostnad. För att undvika detta måste juristen förstå och respektera sitt kreativa utrymme i varje enskilt fall. Eftersom kreativiteten kunde inplaceras på en skala från ren passiv tillämpning av existerande rätt till verklig rättsbildning genom en analogi, var det viktigt att juristen i varje enskilt fall förstod och respekterade sitt rättsbildningsutrymme och inte gjorde mer än vad som krävdes för att lösa fallet. Det tycktes alltså finnas både konstitutionella och praktiska skäl för att juristen inte godtyckligt skulle få välja mellan rättstolkning och analogier.

2.2 Den konstitutionella grunden för de metodologiska skillnaderna

För den historiska skolans företrädare utgjorde staten en odelbar enhet. Statens organ var alltså inte skilda åt genom någon maktdelningsprincip, även om de olika organen hade olika uppgifter eller funktioner som de utövade självständigt i förhållande till varandra[9]:

> Die Staatsgewalt ist also einig und untheilbar. Die Einheit über und in ihrer ganzen Thätigkeit ist die Souveränität, die Arten ihrer Thätigkeit aber sind die Gesetzgebung, die Regierung und das Gericht.[10]

Den rättstillämpande juristen, dvs. domaren eller den juridiska beslutsfattaren vid regeringens myndigheter, hade alltså, enligt den historiska skolans företrädare, givits lagstiftarens uppdrag att tillämpa rätten:

> Die Richter richten […] immer nur in Vollmacht und unter Autorität des Souveräns. Der Staat in seinem Repräsentanten der Herrscher ist es immer, der die Gerechtigkeit übt, wenn er gleich aus Gerechtigkeit nicht selbst richtet.[11]

För att den antagna funktionsdelningen skulle respekteras i praktiken var det viktigt att juristen, i egenskap av beslutsfattare eller domare, respekterade det rådande rättsläget som ett uttryck för lagstiftarens

[9] Att domstolsväsendet dömde på ett mandat från lagstiftaren innebar dock inte att domstolsväsendet skulle vara avhängigt den förra. I sin rättsanvändning var domstolarna oavhängiga lagstiftaren: ”Die reelle Macht nun, welche also die Gerechtigkeit handhabt, sind die Gerichte. Der oberste Grundsatz für die Einrcihtung derselben ist ihre Unabhängigkeit vom Souverän. Er ist erste Bürgschaft für wahre unpartheyische Rechtspflege, die Basis aller Gerechtigkeit.” Stahl, Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, bd. 2:2, Heidelberg, 1837, s. 366 f. Se också Croon, Jura novit curia, s. 138.

[10] Stahl, Friedrich Julius, Philosophie des Rechts, bd. 2:2, s. 50. Se också Croon, Jura novit curia, s. 137.

[11] Stahl, Friedrich Julius, Die Philosophie des Rechts, bd. 2:2, s. 370. Se också Croon, Jura novit curia, s. 90.

normativa ställningstaganden. Nedan används domaren som exempel vid beskrivningen av den juridiska metoden.

Om lagstiftaren inte hade ändrat lagen presumerades den också fungera och överstämma med samtidens behov. Domaren borde därför utgå från att det fanns regler i den existerande rätten för att lösa också det fall som domaren hade framför sig. Den generella utgångspunkten måste i varje rättsfall få genomslag i varje enskild jämförelse mellan omständighet och rekvisit. Så långt som lagstiftarens intentioner och avgränsningar avseende en viss rättsregels tillämpningsområde tycktes motsvara det enskilda fallets omständigheter skulle den också tillämpas och *vice versa*.

Eftersom utgångspunkten i rättstillämpningen var kontinuitet, borde domaren inte heller utan vidare ifrågasätta tidigare kollegors rättstillämpning, vilken skulle antas överensstämma med lagstiftarens intentioner. Om regeln, såsom den hittills uttolkats av domarkåren, passade också det aktuella fallets omständigheter, skulle regeln tillämpas på det sättet oberoende av domarens egen personliga rättssyn. Friedrich Julius Stahl (1802–1861), även han företrädare för den historiska skolan, hade påpekat kopplingen mellan den konstitutionellt grundade arbetsfördelningen och den juridiska metodläran:

> [Die] […] Gesetze sind […] bindend, und sollen […] in ihrem wahren Sinn und Zusammenhang und in einer gleichmäßigen Weise für alle Fälle angewendet warden.[12]

För att kunna uppfylla de konstitutionella kraven måste domaren därför i varje enskilt fall pröva i vilken grad de redan existerande rättsreglerna och uttolkningarna av dem motsvarade det aktuella rättsfallets omständigheter. En förutsättning för denna prövning var dock att domaren fick klart för sig vilka regler som lagstiftaren och tidigare rättstillämpare överhuvudtaget ansett vore tillämpliga på hans eller hennes fall, eller med andra ord vilka rättsregler som utgjorde *gällande rätt*. Att utröna vad som var gällande rätt handlade alltså ytterst om att jämföra det aktuella fallets omständigheter med tidigare fall, och de rättsregler som där hade använts. För att formalisera jämförelseprocessen och för att göra det möjligt att kontrollera att domaren inte tagit ovidkommande hänsyn som inte hade sin grund i rättsreglerna behövdes juridiska metodregler som var både stabila nog att skapa förutsägbarhet och flexibla nog att möjliggöra juridisk kreativitet.

2.3 Att fastställa gällande rätt i enkla och svåra fall

Det var för att minimera det subjektiva elementet i vad domaren uppfattade som lika respektive olika i rätten som den juridiska metoden behövdes. Savigny hade i *System* preciserat principerna för den rätts-

[12] Se Stahl, Friedrich, Julius, Rechtwissenschaft oder Volksbewuβtsein?, Berlin, 1848, s. 19. Se också Croon, Jura novit curia, s. 79.

dogmatiska jämförelse- eller tolkningsprocessen i sina fyra *canones* i lagtolkning. Savigny var också noggrann med att påpeka att han tagit lagtolkningen som illustrativt exempel, men att hans principer egentligen gav uttryck för en vidare rättstolkningslära.[13]

I ett första steg skulle språkliga kriterier användas för att beskriva rättsregelns tillämpningsområde. Utifrån den information som kunde utvinnas med hjälp av ordens allmänspråkliga, tekniska eller juridiska betydelser och ordens grammatiska sammanhang skulle jämförelsen mellan regelns abstrakta beskrivningar av situationer i den verkliga världen (rekvisit) och den konkreta situation som domaren hade framför sig göras. Den tolkningsmetoden beskrivs idag som logisk-grammatisk tolkning eller egentlig tolkning.[14]

För att vinna ytterligare kunskap om den samhällskontext, i vilken reglerna hade tillkommit, och de problem som lagstiftaren velat komma åt, kunde även rättshistorien konsulteras (historisk tolkning).[15] Den historiska tolkningen skulle bidra till att förtydliga rättsregelns ordalydelse genom att koppla orden i rekvisiten till en konkret tillämpningshistoria där äldre fall kunde tjäna som exempel. På det sättet kunde rättspolitiska målsättningar och konkreta situationer där rättsregeln hittills varit tillämplig identifieras, vilket underlättade jämförelsen (vad som på grund av förarbetenas betydelse som tolkningsverktyg i svensk rätt brukar betecknas som subjektiv teleologisk tolkning).[16] Om en tydlig koppling till regelns historiska rättspolitiska syfte tycktes ha bortfallit och det framstod som centralt för tillämpningen att ett sådant syfte kunde identifieras, måste juristen också förmå att objektivt fastställa det (objektiv teleologisk tolkning).[17] Den historiska undersökningen av de ideologiska likheterna och skillnaderna mellan ”nu” och ”då” borde dock kompletteras med ett mer internjuridiskt perspektiv som innefattade en undersökning av begreppsanvändning och juridisk terminologi i ett rättshistoriskt perspektiv, eftersom hela underlaget tillsammans gav domaren möjlighet att pröva hur väl det historiska rättsläget stod sig i relation till det uppkomna fallet.[18]

Slutligen borde domaren kontrollera om de slutsatser han eller hon kommit till beträffande en regels tillämplighet utifrån historiska data stod sig i relation till det samtida rättssystemets inre logik och kraven

[13] Se Savigny System bd. 1, s. 263 f. Om tolkningslärans principer, se s. 213 ff. Se också Hellner, Jan, Rättsteori — en introduktion, 2 uppl., Stockholm, 2002, 78 ff.
[14] Hellner, Rättsteori, s. 78.
[15] Savigny, System bd. 1, s. 213 f. Se också Hellner, Rättsteori, s. 79.
[16] Savigny, System bd. 1, s. 213 f. Se också Hellner, Rättsteori, s. 79.
[17] Savigny, System bd. 1, s. 214. Se också Croon, Jura novit curia, s. 92 f.
[18] Se härom Croon, Rättshistoria, rättsdogmatik och rättens föränderlighet — återblick på en rättshistorisk diskussion, SvJT, 2021, s. 750–766, s. 762 och Hellner, Rättsteori, s. 79. Det är således viktigt att konstatera att Savignys historiska tolkningmetod i svensk rätt brukar sönderdelas i flera undergrupper, varav de två mest framträdande är den subjektiva och objektiva teleologiska tolkningen, vilka dock inte tar sikte på rättssystemets formella föränderlighet.

på koherens (systematisk tolkning).[19] Bara om så bedömdes vara fallet skulle regeln användas.

Jämförelseprocessen resulterade i allmänhet i att domaren successivt kunde konstatera att merparten av innehållet i rättskällorna inte i tillräcklig utsträckning motsvarade det enskilda fallets omständigheter. I varje sådant fall kunde domaren välja bort den rättsregel som inte passade in på omständigheterna i målet. Denna successiva bortsortering pågick tills dess domaren funnit de regler som inte lämnade någon del av fallet olöst (dvs. inte gav upphov till luckor), inte skapade ett överskott av rätt i förhållande till omständigheterna (överlappningar) och som inte skapade logiska motsägelser i den juridiska lösningen. I detta skede av uttolkningen kunde domaren konstatera att den rättsregel som valts också förmodligen motsvarade gällande rätt. Förhoppningsvis hade domaren också valt att utesluta samma rättsregler som tidigare jurister (beslutsfattare, domarkollegor, utredare och rättsvetenskapsmän) före honom eller henne hade gjort i samma typ av fall i enlighet med lagstiftarens intentioner.

I *de enkla fallen* av jämförelse utföll således även dessa senare delar av testet till belåtenhet, i den meningen att domarens lösning verkligen motsvarade såväl lagstiftarens förväntningar, såsom de framgick av rättskällorna, och tidigare kollegors bedömningar. Rättskällornas uttalanden om rätten var i dessa fall i allmänhet samstämmiga, vilket gav juristen ett mycket begränsat utrymme för egen tolkning och kreativitet när fallets omständigheter stämde med rättskällornas beskrivningar av verkligheten. Stahl framhöll att i dessa fall utgjorde ”[d]ie juristische Methode […] demnach Subsumtion […].”[20]

Kontinuitetsargumentet kunde dock inte anses utslagsgivande för valet av juridisk lösning i alla situationer. Varje fall var nämligen alltid i någon utsträckning unikt och den juridiska metoden måste möjliggöra en anpassning till detta förhållande. Därutöver skulle samhällsutvecklingen komma att frambringa fall som varken lagstiftaren eller senare uttolkare av lagstiftarviljan hade kunnat förutsäga och som därför inte hade någon *direkt* motsvarighet i den gällande rätten. Det var inte alltid så enkelt att lösa fallet att juristen genast kunde identifiera den tillämpliga regeln i ett fall genom att jämföra omständigheterna med rättskällornas beskrivningar av dem.

Frågan måste därmed ställas hur den konstitutionella arbetsfördelning som den historiska skolan föreställt sig skulle upprätthållas då ett rättsfall gjorde motstånd mot kontinuitetstanken. Det kunde exempelvis hända att någon omständighet i ett fall såg ut att hamna utanför rätten, oavsett vilken regel som valdes. Om omständigheten var relevant för parternas problem, men fallet i denna del framstod som oreglerat, måste en juridisk lösning baserad på gällande rätt betraktas

[19] Savigny System, bd. 1, s. 213 f. Se Hellner, Rättsteori, s. 78.
[20] Stahl, Die Philosophie des Rechts, bd. 2:1, s. 165. Se också Croon, Jura novit curia, s. 56.

som otillräcklig, då den efterlämnade en lucka i relation till en del av fallet. Om fallet rörde praktisk rättstillämpning fanns det dock en skyldighet för domaren att avdöma fallet som helhet, varför luckan måste täppas igen av domaren.[21]

En liknande problematik när det gällde domarens lojalitet mot lagstiftaren och tidigare rättstillämpare uppstod i fall där flera rättsregler tycktes tillämpliga samtidigt på de aktuella omständigheterna (rättssystemet uppvisade överlappningar). Domaren såg sig då ”sviken” av tidigare rättsbildare och tillämpare, eftersom de låtit en inkongruens i rätten uppstå. En välvilligare tolkning var dock att inkongruensen uppstått genom att det rättsfall som domaren hade framför sig inte kunnat förutses.

I dylika situationer vore det lätt att dra slutsatsen att domaren, i brist på ett redan existerande underlag, fritt skulle få välja vilken av de två reglerna som skulle tillämpas. Problemet var bara att en sådan metodologisk frihet genast skulle öppna för det godtycke som metoden syftade till att motverka. Ännu värre var det om rättsreglerna som såg ut att vara tillämpliga sade emot varandra så att lösningens olika delar blev inkommensurabla.[22]

Domarens uppdrag i *de svåra fallen* blev således att använda den rättsdogmatiska tolkningsläran på ett kreativt sätt för att efterforska huruvida det verkligen rörde sig om en lucka, en överlappning eller en motsägelse, eller om den bristande rättsenheten i själva verket var skenbar. Trots att domaren alltså kunde känna sig sviken av lagstiftaren eller tidigare rättstillämpare som hade skapat en inkongruens i rätten, måste domaren framhärda och hantera problemet ”i god tro”. Domaren måste söka orsaken till den upplevda känslan av att den gällande rätten var otillräcklig hos sig själv och inte hos lagstiftaren eller tidigare rättstillämpare. För att dömandet skulle fungera praktiskt och för att den konstitutionella arbetsfördelningen mellan lagstiftare och rättstillämpare skulle fungera var det nämligen nödvändigt att domaren, även i de svåra fallen, betraktade den gällande rätten som komplett och motsägelselös. Om ett fall tycktes olösligt fick slutsatsen därför inte bli att systemet i sig var inkomplett eller inkongruent, utan bara att domarens kunskap och förståelse av systemet och dess möjligheter var otillräcklig. Om luckan, motsägelsen eller överlappningen betraktades som ett kunskapsproblem för domaren, och inte som en materiell brist i själva rätten, skulle den konstitutionella arbetsfördelningen mellan lagstiftare och domare kunna upprätthållas. Lösningen på kunskapsproblemet blev att domaren försökte tolka rättskällorna på nytt för att bättre förstå deras argument och sammanhang, så bra att fallet skulle visa sig vara reglerat, trots att det inte såg så ut vid första anblicken. Därmed låg

[21] Jfr Savigny, System, bd. 1, s. 208 och Croon, Jura novit curia, s. 86.
[22] Savigny identifierade just luckor, överlappande rättsregler och motsägelser som uttolkningens huvudproblem vid hanteringen av rättskällorna.

vägen öppen för domarens omtolkning av reglerna och deras tillämpningsområden.

Vid en lucka i lagen kunde exempelvis ett rekvisits ordalydelse tyckas begränsa dess tillämpningsområde i relation till en eller flera omständigheter. En mer extensiv och tillåtande jämförelse mellan fallets omständigheter och rättskällornas exempel på tillämpningssituationer än vad som hittills hade gjorts kunde ibland lösa upp den knuten, givet att en sådan tolkning stöddes av rättskälleuttalanden. I dessa fall av omtolkning av rekvisitets innebörd skulle domarens slutsatser dock kanske inte, som i de enkla fallen, stödja sig på direkta eller bokstavliga exempel ur rättskällorna, utan mer på en generaliserad förståelse av dessa exempel. Trots det skulle lösningen ändå ha stöd i den gällande rätten.

På samma sätt kunde *en överlappning* mellan rättsregler ibland upplösas genom att domaren valde bort en föreslagen lösning i rättskällorna till förmån för en annan när de två tycktes konkurrera. Valet av lösning kunde motiveras med att den ena lösningen inte längre motsvarade ett samtida samhällsbehov eller inte längre hade stöd i de övriga rättskällorna. Den bortvalda lösningen ansågs i stället utgöra en rättshistorisk bild av rätten medan den valda lösningen gav uttryck för *gällande rätt*. Genom en bättre förståelse av rättssystemet, såsom det *egentligen* såg ut, hade den skenbara överlappningen upplösts och reglernas egentliga potential och begränsningar förtydligats.[23]

Skenbara överlappningar kunde också upplösas med hjälp av systematiska argument.[24] Normhierarkier kunde exempelvis visa sig användbara. Om det visade sig att en av de två till synes konkurrerande reglerna styrde kvalificeringen av rättsfakta enligt den andra regeln, skulle de inte längre konkurrera. Domaren kunde inte anklagas för att godtyckligt hänföra omständigheterna i fallet till två olika regler när den ena regeln så att säga ”följde med på köpet” vid tillämpningen av den andra. Den tolkning där rättsreglerna hittills hade befunnit sig på *samma* normhierarkiska nivå (horisontell systematisk tolkning) kunde således i vissa fall upplösas om den tolkningen förkastades till förmån för en tolkning där reglerna i stället befann sig på *olika* nivåer (vertikal systematisk tolkning). Där normhierarkiska argument däremot inte kunde användas för att särskilja konkurrerande regler, blev i stället juristens kunskap om begreppsbildningen på olika rättsområden avgörande för särskiljandet (horisontell systematisk tolkning).

Som Stahl hade påpekat var den rättsdogmatiska metoden i de fall domaren gav sig på att omtolka rättssystemet, inte ”blos logisch”, utan i själva verket ”lebendig”.[25] Domaren kunde således genom tolkningen sägas tillföra den gällande rätten nya kvaliteter för övriga jurister

[23] Se härom Savigny, System bd. 1, s. 213 f. och 264 ff. Se också Croon, Jura novit curia, s. 92.
[24] Se Savigny, System bd. 1, s. 215 och Samuelsson, Joel, Tolkningslärans gåta, Uppsala, 2011, s. 84. Se också Croon, Jura novit curia, s. 93.
[25] Stahl, Die Philosophie des Rechts, bd. 2:1, s. 165. Se också Croon, Jura novit curia, s. 89.

genom att reglernas relation i förhållande till vissa omständigheter förtydligades.[26]

Frågan hade alltså varit om tolkningen, enligt den historiska skolans uppfattning, skulle sägas innebära att domaren utmanade lagstiftarens konstitutionella mandat att bilda rätt. Som framgått tycks detta inte vara fallet. Detta antagande bekräftas av Savignys uttalande att

> [i]ndem nun bey diesem Verfahren der Ausleger nicht den bloßen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern unternimmt, stellt er sich über den Gesetzgeber, und verkennt also die Gränzen des eigenen Berufs; es ist nicht mehr auslegung die er übt, sondern wirkliche Fortbildung des Rechts […].[27]

Enligt Savigny upprätthölls alltså den konstitutionella ordningen därför att den rättsdogmatiska tolkningsoperationen, till skillnad från den politiska process som givit lagstiftningen sitt ursprungliga innehåll, inte tillförde rätten något nytt materiellt innehåll. Tolkningen utgjorde lösningen på ett kunskapsproblem som bestod i att juristen inte förstod rättsregelns fulla potential och därför inte tyckte sig kunna tillämpa den på de aktuella omständigheterna.[28] När domaren genom tolkningen fick klart för sig att rättsregeln faktiskt innehöll en lösning, var kunskapsproblemet övervunnet utan att regelns innehåll egentligen hade ändrats. Alltså respekterades lagstiftarens rättsbildande mandat fullt ut. I fallet med luckor i rättsreglerna skulle domaren, i stället för att se det som att samhällsutvecklingen skapade luckor i rätten, betrakta situationen som att samhällsutvecklingen kommit ikapp beskrivningen av den i rättsregeln. Vad domaren hade framför sig var således inte något nytt, utan ett konkret exempel på en företeelse som redan fanns beskriven i mer abstrakta termer och som lagstiftaren således redan hade förutsett.

Om domarens tolkning tillförde rätten något nytt så var det fråga om en pedagogisk konkretisering av rätten, men inte en materiell utvidgning. De pedagogiska eller formella kvaliteterna i rätten, som tillkom genom tolkningen och som återfanns i domstolarnas rättspraxis, skulle därmed aldrig konkurrera med de materiellrättsliga kvaliteter som politiken tillhandahöll. Det var också vad Savigny avsett när han talade om hur uttolkaren, genom att tolka rekvisitets ordalydelse (”Buchsstab”) förbättrade lagens återsken (”den Schein des Gesetzes”). Den rättsdogmatiska tolkningens pedagogiska kvaliteter stärkte snarare den konstitutionella arbetsfördelningen mellan lagstiftare och rättstillämpare.

Om skillnaden mellan rättens materiella och formella eller pedagogiska kvaliteter inte upprätthölls i relationen mellan lagstiftaren och

[26] Croon, Jura novit curia, s. 91.
[27] Savigny, System, bd. 1, s. 322.
[28] Se Savigny, System, bd. 1, s. 213 f. Se också Samuelsson, Joel, Tolkningslärans gåta, Uppsala, 2011, s. 83 f., Meder, Frans Stephan, Mißverstehen und Verstehen, Tübingen, 2009, s. 118 f. samt Croon, Jura novit curia, s. 90.

domarkåren skulle däremot den tänkta funktionsfördelningen i staten snart övergå i konkurrerande maktdelning.[29] Så skedde om juristen tog sig för att på eget bevåg införa ett nytt materiellt innehåll i rätten eller som Savigny hade uttryckt det ”nicht den bloßen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern”. Rent konkret bestod ett sådant överskridande i att domaren tillät nya omständigheter som inte hade täckning i existerande rättsreglers rekvisit att omfattas av dem. I sådana fall av vantolkning av enskilda rättsregler eller av rättssystemet och dess möjligheter, hade juristen ifrågasatt lagstiftarens och andra uttolkares intentioner och därmed gjort sig själv till en egen rättspolitisk kraft.

Rättsregelns språkliga integritet, såsom den kunde förstås med hjälp av rättskällorna och rättsdogmatikens tolkningsverktyg, bildade därmed också gränsen för den juridiskt möjliga eller tillåtna användningen av regeln. Annorlunda uttryckt: när juristen överskred tolkningens gränser ändrade han eller hon regeln på ett otillåtet sätt och det var då inte hellre längre fråga om att tillämpa den rättsregel som lagstiftaren hade skapat, även om juristen önskade ge sken av det, utan om en ny rättsregel.

2.4 Behovet av analogin som ett resultat av tolkningens begränsningar

I fall där en eller flera omständigheter inte på ett självklart sätt med stöd av rättskällorna kunde inordnas under en rättsregel, måste juristen försöka möjliggöra detta genom att tolka rättsregelns betydelseområde. Målet med tolkningen var att synliggöra att fallets omständigheter trots allt omfattades av regeln. Emellertid nåddes i vissa fall en gräns när detta inte längre var möjligt att åstadkomma, utan att domaren samtidigt gjorde våld på språket eller tolkningsprinciperna. Juristen måste då acceptera tolkningslärans begränsningar och böja sig för dess resultat, dvs. att rättsregeln inte gick att tillämpa i det aktuella fallet. Vad som sett ut som en oegentlig eller falsk lucka i rätten var verkligen en reell lucka.

I det praktiska rättslivet var det samtidigt tydligt att domaren måste uppfylla sitt uppdrag att döma i alla situationer och frågan måste därför ställas om tolkningens gränser också utgjorde den juridiska metodens gräns i så måtto att domaren, bortanför tolkningen, måste förlita sig på sitt eget omdöme. Denna tanke skulle dock göra domaren till en verkligt självständig rättspolitisk kraft i staten och en potentiell konkurrent till lagstiftaren. Analogin blev för Savigny ett sätt att åstadkomma en kompromiss: lagstiftaren måste å ena sidan överge idén om att domaren bara fick precisera rättens materiella innehåll och aldrig skapa något nytt, men å andra sidan skulle det nya materiella innehållet i rätten som domaren skapade genom analogin inte helt sakna förankring eller förebild i den (hittills) gällande rätten.

[29] Se härom Croon, Jura novit curia, s. 78.

Det fanns också andra fördelar med analogiförfarandet. Eftersom domaren faktiskt skapade ett nytt innehåll i rätten genom analogin, kunde lagstiftaren lita på att hans egna rättsregler lämnades intakta och att deras avsedda tillämpningsområde respekterades, utan att överskridas, sedan tolkningen uttömts. Domaren skulle aldrig, om han eller hon förmådde att skilja tolkningen från analogin, göra våld på lagstiftarens egna rättsregler genom att intolka något under dess rekvisit som inte rymdes där. I den egna rättsbildningen skulle domaren dessutom, genom att hämta ledning och inspiration ur den redan existerande rätten, eftersträva att hålla sig så nära de existerande reglerna som möjligt och i den meningen respektera lagstiftaren. På det sättet skulle det konstitutionella kravet på att domaren inte fick ändra en lagregel kunna upprätthållas i varje enskilt fall, trots att priset för detta blev att luckor i vissa fall skulle komma att uppstå i rätten. Lagstiftaren blev inte den ende rättsbildaren i systemet, men i gengäld försäkrade modellen att den juridiska rättsbildningen hela tiden skedde inom rättsdogmatikens gränser och att de nya materiella inslag som juristen förde in i rätten blev så få och så små som möjligt.

3 Den formella lagkraftens princip i samtida svensk rätt

I denna del av artikeln prövas de rättshistoriska ställningstagandena med utgångspunkt i samtida svenska konstitutionella och metodologiska förhållanden. Inledningsvis undersöks den historiska skolans syn på funktionsdelningen och skillnaden mellan juridik och politik utifrån 1974 års regeringsform (RF).

Det svenska statsskicket vilar, enligt 1 kap. 1 § RF, på folksuveränitetsprincipen, som genomförs genom en representativ demokrati, baserad på allmän och lika rösträtt. I likhet med den historiska skolans konstitutionella modell tycks det svenska statsskicket också bygga på en funktionsbaserad arbetsfördelning mellan statens olika organ, där den lagstiftande makten utformar rättsregler som de dömande och verkställande organen sedan tillämpar inom ramen för sin respektive funktion (jfr legalitetsprincipen som den kommer till uttryck i 1 kap. 1 § tredje stycket RF).[30] Det torde i varje fall inte i Sverige vara fråga om en renodlad maktdelning i den meningen att politisk rättsbildning kan härröra både från parlament och domstolar. Om detta skvallrar inte minst den formella lagkraftens princip som uttrycks i 8 kap. 18 § RF. Av lagrummet framgår att lagstiftning inte får ändras eller upphävas på annat sätt än genom lag. Principen har också tolkats som att ”[l]agstiftaren [endast] kan […] ändra, eller upphäva, en lag […] om det sker på minst samma hierarkiska nivå.”[31] Som framgått av föregående avsnitt tycks formuleringen i 8 kap. 18 § RF dock fordra att ordet ”ändra” underkastas en närmare analys i ett rättstillämpningsperspektiv. I likhet med den

[30] Se 1 kap. 4 och 8 §§ RF, 8 kap. 1 § RF och 11 kap. 4 § RF.

[31] Holmbom, Johanna, Olsson, Lars, Obsolescens — en främmande kropp i systemet? Filosofie kandidatuppsats i Rättsvetenskap Luleå tekniska universitet Institutionen för ekonomi, teknik och samhälle, Luleå, 2012, s. 16.

historiska skolans synsätt tycks nämligen ordet ”ändra” i RF:s mening kunna betyda olika saker, beroende på vilken statsfunktion som rättsregeln tar sikte på. När det gäller tolkningen av 8 kap. 18 § RF i relation till rättskipningen finns det anledning att, i likhet med Savigny, för det första skilja de fall där domstolarna preciserar lagens ordalydelse genom tolkning från fall där domstolarna går utanför tolkningens gränser och därmed ändrar lagens ordalydelse på ett sådant sätt att de tillför lagen ett nytt materiellt innehåll. Först därefter blir det möjligt att fundera över analogins plats i relation till 8 kap. 18 § RF.

Ordet ”ändra” i 8 kap. 18 § RF kan sägas omfatta två mandat för lagstiftaren. Det första mandatet är temporalt. Endast lagstiftaren kan ändra lagen i framåtblickande hänseende, dvs. ge den en ny lydelse som ska gälla för framtiden, till dess en ny ändring sker eller lagregeln upphävs helt. Lagstiftaren har alltid rätt att göra sådana ändringar, så länge inte ändringsförfarandet strider mot grundlagen.[32] Den andra sidan av principen är materiell. Endast lagstiftaren får förändra vilka faktiska omständigheter som ska omfattas av lagen genom att ändra dess rekvisit. Även om ändringsinstitutet i 8 kap. 18 § RF kan beskrivas på detta sätt är mandaten i praktiken förenade. Materiella förändringar behöver inte avse ett rekvisit, utan kan avse vilka som omfattas av lagen eller vilka beviskrav som ska uppställas. Likväl är det fråga om en materiell förändring i denna artikels mening. En lagändring är i en mening alltid framåtblickande i förhållande till vad som hittills varit gällande. Beroende på inom vilket rättsområde den materiella ändringen sker får den olika temporala effekter. På privaträttens område gäller lagändringar i regel enbart framåt i tiden (eftersom man utgår från reglerna för rättsförhållandet när det uppstod). Detsamma gäller på straffrättens område, medan det finns lagstiftning inom offentlig rätt som också kan användas på äldre rättsförhållanden som uppkommit före lagändringen. När det gäller ändringskriteriet och att förstå dess närmare innebörd bör man alltså beakta samspelet mellan legalitetsprincipen och principen om förbud mot retroaktivt verkande lagstiftning.

Den yttersta ”ändringen” i både temporal och materiellrättslig mening består naturligtvis i att lagen upphävs så att den rättsliga motsvarigheten till vissa delar av verkligheten helt bortfaller. Ändringen av lagen sker vid en bestämd tidpunkt och följer en konstitutionellt reglerad modell med regeringens utfärdande (promulgation) och kungörande (publicering) av lagen i Svensk författningssamling efter det att riksdagen beslutat om lagändringen.

I förhållande till lagstiftarens mandat att ändra lagen är rättstillämparens mandat mer begränsat. I tidslig mening får domaren bara precisera eller ”ändra” lagen när det enskilda fallet kräver det. Denna begränsning i mandatet innebär att även tidpunkten för domarens agerande måste kunna motiveras med rättsdogmatiska argument.

[32] Se Jermsten, Henrik, Regeringsformen (1974:152) 8 kap. 18 §, Lexino 2025-01-01 (JUNO).

Domaren måste kunna visa att det enskilda fallet krävde ett agerande, i den meningen att fallet, på grund av en lucka, en överlappning eller en motsägelse i systemet, förutsatte en preciserande omtolkning av den (hittills) gällande rätten. I andra fall saknas en juridisk grund för domarens agerande. En omtolkning av rätten där rättsdogmatiska skäl saknas måste då betraktas som ett rent rättspolitiskt agerande, snarare än ett juridiskt.

Det är värt att påminna om slutsatsen ovan, att den metodbundna preciseringen av rätten som sker genom domarens tolkning inte utgör en sådan materiellrättslig ändring av lagens innehåll som avses i 8 kap. 18 § RF. Domaren bör trots den skillnaden respektera det aktuella lagrummet även när det kommer till rättsdogmatiska ageranden, för att slå vakt om den formella rättssäkerheten (jfr kontinuitetsargumentet). Slutsatsen att lagregeln inte ändras i materiell mening genom tolkningen innebär dock att 8 kap. 18 § RF kan upprätthållas när domstolarna tolkar lag eller andra rättskällor som kompletterar förståelsen av lagen.

I de fall det i rättskipningen blir fråga om analogier överskrids däremot gränsen mellan formella och materiella ändringar av rätten. Rätten tillförs faktiskt ett nytt materiellt innehåll genom domarens försorg, vilket kunde tyckas problematiskt i ljuset av 8 kap. 18 § RF. Vad den formella lagkraftens princip förbjuder är dock endast att lag ändras på annat sätt än genom lag, t.ex. genom domstolspraxis. RF förbjuder dock inte i sig rättsbildning på annat sätt än genom lag, dvs. vid sidan om lagstiftarens rättsbildning, vilket gör analogier förenliga med RF. Återigen blir det tydligt varför det är så viktigt att skilja tolkningar från analogier, i detta fall lagtolkning från laganalogier: Om lagtolkningen betraktades som en verksamhet, genom vilken lagens tillämpningsområde i praktiken materiellt utsträcktes, skulle detta innebära en ändring av lagen, i strid med 8 kap. 18 § RF. Om man i stället uppfattar tolkningen som lösningen på ett juridiskt kunskapsproblem, genom vilken lagens innehåll tydliggörs och preciseras för juristen, utan att innehållet egentligen ändras i relation till innehållet vid lagens utfärdande, kan 8 kap. 18 § RF upprätthållas. Om laganalogin skulle uppfattas som en materiellrättslig utsträckning av lagregelns ursprungliga tillämpningsområde, bortanför tolkningens gräns, skulle det innebära att domaren gavs en möjlighet att inte bara precisera lagens tillämpningsområde utan också att utsträcka detsamma. Det är svårt att se hur ett sådant mandat skulle kunna vara förenligt med 8 kap. 18 § RF. Om analogin i stället betraktas som en självständig lösning vid sidan om lagtolkningen, där lagregelns konstruktion och innehåll utgör utgångspunkten för bildandet av en ny rättsregel, förblir den ursprungliga lagregeln oförändrad, i linje med kraven i 8 kap. 18 § RF. Rätten tillåts förändras genom domarens rättsbildning, men utan att den enskilda lagregeln påverkas av domarens agerande.

4 Slutsatser

Behovet av analogier uppstår därför att lagens rekvisit rent språkligt har sina begränsningar i förhållande till de faktiska omständigheter som ett rättsfall rör. Språkets gränser påverkar således rekvisitets gränser och därmed lagens tillämpningsområde. Juristen måste i varierande grad ta ansvar för att förstå lagregelns och enskilda rekvisits gränser för att kunna tillämpa regeln korrekt, förutsägbart och därmed rättssäkert. I denna process måste juristen tolka regeln eller rekvisitet. Redan den historiska skolans företrädare var dock medvetna om att juristens tolkning av lagtext eller andra rättsregler inte fick göras utifrån vilka kriterier som helst. I stället måste juristens förståelse av lagtextens språkliga innebörd och tillämpningsområde styras av tolkningsprinciper som gjorde det möjligt att avgöra huruvida juristen respekterade lagstiftarens intentioner och tidigare kollegors bedömningar av lagens ordalydelse och inte ägnade sig åt rättspolitisk argumentation. Denna insikt resulterade i Savignys berömda rättstolkningslära, med dess fyra *canones*. Användningen av lagtolkningsprinciperna innebar dock inte, enligt den historiska skolans uppfattning, att juristen bildade rätt i materiellt hänseende i förhållande till lagstiftaren. I stället bidrog tolkningen till en precisering av lagens innehåll och därmed till ett klargörande av lagstiftarens intentioner. I den mån juristen tillförde något nytt rörde det sig om att ge rätten en bättre pedagogisk inramning genom tolkningen, så att juristens kunskap om rätten blev tydligare efter det att tolkningsoperationen genomförts. Denna kunskapsöverföring kunde ske genom rättspraxis, när juristerna tillämpade rätten och tolkade den. Kunskapsutvecklingen utgjorde dock inte den sortens rättsbildning som konkurrerade med lagstiftarens exklusiva politiska och materiella rättsbildningsmandat. I de fall där tolkningsmöjligheten uttömts konstaterade Savigny dock att juristen måste ges möjlighet att döma i fallet och lösa det juridiska problemet. Eftersom omständigheterna i målet inte motsvarades av några tidigare rekvisit som redan existerade i någon lag- eller rättsregel, måste juristen ges möjlighet att skapa en sådan regel där omständigheterna bildade rättsfakta i förhållande till den nya regelns rekvisit. Denna möjlighet fick juristen genom analogin. Savigny visade dock att analogilösningen innebar att juristen inte bara preciserade eller konkretiserade den existerande rätten i förhållande till vissa faktiska omständigheter, utan skapade ny rätt med hjälp av dem. Av denna anledning måste förfarandena hållas isär.

Genom sitt konstaterande att analogin skiljde sig från tolkningen på detta sätt blev den historiska skolans företrädare tvungna att erkänna att domaren också skapade ny materiell rätt inom ramen för rättsdogmatiken. Rättsbildningen var således inte ens i materiellrättslig mening exklusivt knuten till lagstiftaren. I gengäld kunde den historiska skolan visa att analogilösningen inte konkurrerade med lagstiftarens rättsbildningsmandat, dels därför att analogins rättsliga underlag hämtades ur den redan existerande rätten, dels därför att

juristen, så länge han eller hon valde analogin först när tolkningens gränser nåtts, aldrig skulle göra våld på den existerande lagstiftningens betydelse- och tillämpningsområde. Därmed skulle lagstiftarens konstitutionella mandat och rättspolitiska avsikter respekteras av juristerna, även om analogin blev ett pris att betala för de luckor i rätten som upptäcktes i rättskipningen i fall som lagstiftaren inte hade kunnat förutse.

Den historiska skolans syn på arbetsfördelningen mellan politiker och rättstillämpare passar väl in på den konstitutionella ordning som kommer till uttryck i den svenska regeringsformen. Legalitetskravet innebär att juristen, så långt som möjligt, måste ha stöd i den (hittills) gällande rätten när ett rättsligt problem ska lösas. Hur långt detta stöd sträcker sig i det enskilda fallet måste fastställas genom tolkning av rättsregelns rekvisit så att dess betydelse- och tillämpningsområden kan bestämmas. Enligt 8 kap. 18 § RF får emellertid ingen ändring göras i lagen på annat sätt en genom lag (den formella lagkraftens princip). Detta grundlagskrav tycks kunna upprätthållas så länge tolkningen av lagen inte uppfattas som en ändring, utan en precisering av dess redan bestämda innebörd och tillämpningsområde. Eftersom analogin innebär en materiellrättslig utvidgning av rätten, alltså en ändring, måste förfarandet skiljas från tolkningen. Annars skulle principen i 8 kap. 18 § RF komprometteras. Precis som den historiska skolans teori föreskrev, tycks inte heller rättsbildning på rättsdogmatisk grund i form av analogier stå i strid med regeringsformen. Den formella lagkraftens princip innebär att *lag* inte får ändras på annat sätt än genom lag, men inte att *rätten* bara kan ändras genom lag. Det konstaterandet öppnar upp för analogier, så länge dessa operationer tydligt särskiljs från lagtolkningsoperationer och aldrig tillgrips förrän lagtolkningsalternativet är uttömt.