



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Jenny Robertsson

# Prejudikat – samband mellan rättsregel och rättsfakta

- En komparativ studie av rättsfall från Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen och Europadomstolen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Martin Sunnqvist

Termin för examen: HT 2013

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod	6
1.4 Material och forskningsläge	8
1.5 Avgränsning	9
1.6 Disposition	10
<b>2 PREJUDIKATBILDANDE INSTANSER</b>	<b>11</b>
2.1 Uppdraget att utveckla rättspraxis	11
2.2 Prejudikatinstansernas utveckling - översiktligt	11
2.2.1 Högsta domstolen	11
2.2.2 Europadomstolen	13
<b>3 PREJUDIKAT</b>	<b>15</b>
3.1 Funktion	15
3.2 En svensk prejudikatlära	17
3.2.1 Ratio decidendi och obiter dicta	19
3.2.2 Användningen av ratio i HD och Europadomstolen	19
3.3 En prejudikatlära i Europadomstolen	19
3.4 Prejudikatets bindande verkan	20
3.4.1 HD:s rättspraxis – bör eller ska följas	20
3.4.2 Europadomstolens rättspraxis – bör eller ska följas	22
<b>4 SAMBAND MELLAN RÄTTSPRINCIP OCH RÄTTSAKTA</b>	<b>25</b>
4.1 RÅ 2009 ref. 8.	25
4.1.1 Sammanfattning av rättsfallet	25

4.1.2	Genomgång av domskäl och urskiljande av rättsfakta och rättsregel	25
4.1.2.1	Domskäl	25
4.1.2.2	Rättsregel	30
4.1.2.3	Rättsfakta	31
4.1.2.4	Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?	32
<b>4.2</b>	<b>NJA 2010 s. 274</b>	<b>32</b>
4.2.1	Sammanfattning av rättsfallet	32
4.2.2	Genomgång av domskäl och urskiljande av rättsfakta och rättsregel	34
4.2.2.1	Domskäl	34
4.2.2.2	Rättsregel	40
4.2.2.3	Rättsfakta	41
4.2.2.4	Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?	42
<b>4.3</b>	<b>Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005</b>	<b>43</b>
4.3.1	Sammanfattning av rättsfallet	43
4.3.2	Genomgång av domskälen och urskiljande av rättsregel och rättsfakta	44
4.3.2.1	Domskäl	44
4.3.2.2	Rättsregel	49
4.3.2.3	Rättsfakta	51
4.3.2.4	Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?	52
<b>4.4</b>	<b>Kleyn and others v. The Netherlands, no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 06/05/2003</b>	<b>53</b>
4.4.1	Sammanfattning av rättsfallet	53
4.4.2	Genomgång av domskälen – endast avsnitt med relevans för analysen och urskiljande av rättsregel och rättsfakta	55
4.4.2.1	Domskälen	55
4.4.2.2	Rättsregel	58
4.4.2.3	Rättsfakta	59
4.4.2.4	Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?	60
<b>5</b>	<b>SLUTSATS</b>	<b>62</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>64</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>67</b>

# Summary

The Supreme Court's role as a precedent making body was strengthened by the reform in 1971. Following the reform, the Supreme Court's ability to grant leave to appeal was limited for that very reason, such that the objectives the Supreme Court decided would serve as a complement to legislation and contribute to a coherent law. Thanks to the multipolar environment in which both the Supreme Court as well as the European Court of Human Rights may be considered to exist, the rulings of the European Court of Human Rights has come to play an important role in Swedish law as precedents. National courts are now forced to interact with the European Court of Human Rights more clearly than before, which most likely will affect the current legal sources regime and give precedents an increased status.

A precedent can be said to be an event, often in the form of a decision, which we use for indicative purposes in judicial practice by drawing a parallel between one event and another. It can also be defined by a discernment of a general legal rule. The method a legal practitioner should use to distinguish the legal principle in a case is not yet settled in law, neither in the Swedish legal system nor in the European Court and among its States Parties. No general consensus exists among practitioners regarding the binding force of a precedent. The European Court of Human Rights, as well as the Supreme Court and other law practitioners, are considered to be only informally bound to precedents. If the precedent is given a formal binding force, it represents a strong court and expresses that the court's function is to create law, rather than interpreting law. Which role that the Supreme Court and the European Court of Human Rights can be said to play, remains unanswered.

The objective of the interpreter is without any doubt attempting to understand what in the ruling is to be considered a precedent. Is it the legal facts in combination with a legal principle, or a legal rule, or could it be that the legal facts alone represent the precedent? Must the legal rule and the legal facts be interdependent to create a precedent?

In this analysis I have discerned legal facts and what can be considered as a rule of law in four select cases concerning impartiality, trying to see if these two concepts are interdependent. In this paper, no overall conclusions can be reached when it comes to finding a link between a legal rule and legal facts. The analysis reveals that in the rulings of the Supreme Court, it is difficult to understand if the court even expresses a legal rule, and it is also difficult to understand which among certain legal facts is crucial for the judgment per se. On the other hand, the rulings from the European Court of Human Rights show that the court in these cases first, strategically, expresses a legal rule, and then evaluates the legal facts step-by-step in a comparison with the legal rule.

# Sammanfattning

Högsta domstolens roll som prejudikatbildande instans i Sverige förstärktes genom fullföljdsreformen 1971. Lagstiftaren ansåg att Högsta domstolens avgörande skulle fungera som ett komplement till lagstiftningen. Genom att begränsa Högsta domstolens möjlighet att bevilja prövningstillstånd skulle prejudikaten komma att bidra till en konsekvent rättstillämpning. I allt större utsträckning har Europadomstolens avgöranden kommit att spela en betydande roll i svensk rättspraxis. Det beror på den multipolära miljö som både Högsta domstolen och Europadomstolen befinner sig i. Nationella under- och överinstanser tvingas nu samspele med Europadomstolen och andra internationella domstolsinstanser. Det kan resultera i att den nuvarande rättskälleordningen påverkas och att rättspraxis i svensk rättskälleordning får högre status än innan.

Ett prejudikat kan sägas vara en händelse, ofta i form av ett avgörande, som vi använder i vägledande syfte i rättstillämpningen genom att göra en parallell mellan en händelse och en annan. Det kan även definieras genom ett urskiljande av en generell rättsregel. Vilken metod som rättstillämpare ska använda för att urskilja rättsregeln i ett avgörande är inte uttryckligen bestämt. Det gäller såväl i svensk rättsordning som vid Europadomstolen och dess konventionsstater.

Det råder ingen allmän konsensus varken bland domstolar eller bland andra rättstillämpare när det gäller prejudikatets bindande verkan. Prejudikatet har ingen formellt bindande verkan men efterföljs likväl informellt. Det förhållandet gäller i Högsta domstolen såväl som i Europadomstolen. När frågan om prejudikatets bindande verkan behandlas i rättsvetenskapen ger en formell bundenhet till prejudikatet uttryck för en maktstark domstol. Anser domstolen sig vara informellt bunden till prejudikat tyder det på domstolens roll som lagtolkare snarare än lagstiftare.

I framställningen har jag försökt urskilja rättsregel och rättsfakta i fyra utvalda rättsfall avseende jävsfrågor. Jag vill undersöka om dessa två begrepp är beroende av varandra för att utgöra ett prejudikat. När det gäller sambandet mellan rättsregel och specifika rättsfakta i ett rättsfall kan det utifrån uppsatsen inte dras generella slutsatser. Analysen visar att det i avgörandena från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen är svårt att se om rätten ens formulerar en rättsregel. Det är även svårt att tyda om de specifika rättsfakta per se är av betydelse för prejudikatet. Avgörandena från Europadomstolen visar däremot att rätten strategiskt redogör för en rättsregel i första hand och sen steg-för-steg i andra hand, försöker hitta ett samband mellan rättsregeln och de specifika rättsfakta i avgörandet.

# Förord

Tack till min handledare Martin Sunnqvist för många goda råd och vägledande samtal.

Tack till min familj som stöttat mig och stått ut med mig.

Malmö i januari 2014

*Jenny Robertsson*

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Hov R	Hovrätt
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Prop.	Proposition
RegR.	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Redan under termin 1 på juristprogrammet vid Lunds universitet vill jag erinra om att jag som student fick lära mig om den s.k. ”prioriteringsordning” som ansågs gälla mellan de svenska rättskällorna. Upprepade gånger påmindes jag om hur rättskällorna skulle användas av mig som framtida rättstillämpare och då särskilt vikten av att beakta praxis i olika rättsliga sammanhang. Mitt dåvarande förhållande till rättspraxis kan nog sägas ha varit relativt okomplicerat och förbehållslöst och jag hade inga betänkligheter varken om *att* praxis skulle tillämpas som rättskälla eller ännu mindre om *vad* i ett rättsfall som faktiskt får anses vara prejudicerande.

Jag har nu insett att det förhållningssättet varit mot bättre vetande, eftersom jag upprepade gånger under utbildningen ofta haft svårigheter att dels förstå vad HD egentligen menat i ett visst avgörande, dels vad i rättsfallet som egentligen kan anses utgöra själva prejudikatet. Den typen av frågor är jag långt ifrån ensam i att ha funderat över och i svensk doktrin har det vid flera tillfällen gjorts försök att konstruera en metod för att tolka och tillämpa rättsfall som rättskälla.<sup>1</sup> Eftersom ingen av dessa idéer har slagit rot i det svenska rättssamhället så är mina funderingar kring HD:s prejudikatbildande verksamhet och prejudikatet i sig, fortfarande obesvarade.<sup>2</sup>

Det blir inte mindre okomplicerat att utläsa rättsfall från HD när domstolen dessutom kan sägas befinna sig i vad Presidenten i finska Högsta domstolen, Pauliine Koskelo, beskriver som ”en multipolär miljö”.<sup>3</sup> Hon anser att rättstillämpningen och rättsbildningen allt oftare sker i en omgivning där nationella såväl som internationella aktörer tvingas samspela med varandra. Detta har enligt henne resulterat i en ny rättskällehierarki där överstatliga normer och rättspraxis fått en avgörande roll.<sup>4</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att analysera vilka delar av rättsfall från HD, HFD och Europadomstolen som kan sägas utgöra själva prejudikatet. Mot bakgrund

---

<sup>1</sup> Se t.ex. Westberg, Peter, ”Prejudikattolkningens ABC” I Festskrift till Anna Christensen, Lund, 2000, s. 583-617; Hjerner, Lars A.E. *Om Rättsfallstolkning*, Stockholm, 2:a upplagan, 1973; Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Uppsala, 6:e upplagan, 2010, s. 143-164.

<sup>2</sup> Victor, Dag, ”Högsta Domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område” I Festskrift till Nils Jareborg, Uppsala, 2002, s. 720-721.

<sup>3</sup> Koskelo, Pauliine, ”Rättsvård i ett multipolart system – samspel, spänningar och utmaningar”, s. 312, i JFT 4/2012 s. 298-314.

<sup>4</sup> Koskelo, Pauliine, a.a. s. 298-314.



av det som jag nämnt i avsnitt 1.1 om den roll som HD numera kan sägas ha i ett multipolärt system gör det intressant för analysen att jämföra med rättsfall från andra rättssystem för att se om uppbyggnad och tillämpning av prejudikat har några gemensamma nämnare.

Uppsatsens övergripande frågeställning är:

- *Vad är prejudicerande i ett avgörande från en högsta instans – kan det vara en allmän princip som instansen formulerar eller måste en sådan rättsats vara kopplad till fakta i målet?*

För att besvara huvudfrågan utgår jag från följande delfrågor.

- *Hur ska prejudikatinstanser, underinstanser, jurister, advokater och övriga rättstillämpare förhålla sig till prejudikat?*
- *I vilken utsträckning kan det sägas att HD och HFD i jämförelse med Europadomstolen, formulerar rättsreglerna utifrån rättsfakta?*
- *Kan rättsfakta tillsammans med själva avgörandet utgöra ett prejudikat utan att det kan kopplas till en generell rättsprincip?*

## 1.3 Metod

För att utreda uppsatsens övergripande frågeställning kommer jag att analysera ett mindre antal rättsfall från HD, HFD och Europadomstolen. I analysen kommer jag att urskilja de rättsfakta och den eller de rättsregler som domstolen formulerat. Rättsfakta kan beskrivas som konkreta omständigheter som ligger till grund för en rättsföljd.

Robert Nordh, docent i processrätt vid Uppsala universitet, skiljer mellan enkla rättsfakta och komplexa rättsfakta. Med enkla rättsfakta menas enligt Nordh omständigheter som ensamma kan leda till en viss rättsföljd. Det är inte alltid så att ett enkelt rättsfaktum kan leda till en rättsföljd utan enligt de flesta rättsregler krävs att flera rättsfakta föreligger.<sup>5</sup> Ett komplext rättsfaktum består av flera rättsfakta som utgör flera omständigheter vilka tillsammans leder till en viss rättsföljd men inte var för sig.<sup>6</sup> Det kan vara svårt att hålla isär vilka omständigheter som har varit nödvändiga och relevanta för utgången i målet från de omständigheter som saknar betydelse.<sup>7</sup>

Jag kommer inte att skilja mellan dessa olika typer av rättsfakta i analysen, eftersom uppsatsens omfång är begränsat. Jag vill trots det uppmärksamma

---

<sup>5</sup> Nordh, Robert, *Praktisk Process I – Processens ram i tvistemål, om yrkande och grunder*, ändring av talan m.m. Uppsala, 2006, s. 39 - 40.

<sup>6</sup> Nordh, Robert, "35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad?" i *Svensk Juristtidning* 1994 s. 81 ff.; Se även Nordh, *Praktisk Process I* s. 40.

<sup>7</sup> Lehrberg, Bengt s. 144; Hjerner, Lars A.E. s. 60, särskilt hans beskrivning av fakta.

läsaren på att det finns vissa svårigheter att på ett konkret sätt urskilja vad som är ett rättsfaktum. Syftet med analysen är inte att knyta rättsfakta till specifik rättsföljd. Jag utgår från att läsaren besitter kunskapen att göra den kopplingen på egen hand.

När det gäller rättsregel beskriver Per Olof Ekelöf, professor i processrätt vid Uppsala universitet och Henrik Edelstam, professor i processrätt vid Stockholms universitet, sambandet mellan rättsfaktum och rättsfråga enligt följande. ”Part åberopar det rättsfaktum, som anges i den tillämpliga rättsregeln, och innehållet i partens yrkande motsvarar rättsföljden i denna regel”.<sup>8</sup> För att förstå vad Ekelöf och Edelstam menar med rättsregel redogör Aleksander Peczenik, professor i allmän rättslära vid Lunds universitet, för skillnaderna mellan rättsprincip och rättsregel. En rättsprincip ger uttryck för ett bestämt värde. En rättsregel består snarare av flera värden som är sammanvägda.<sup>9</sup> Peczenik behandlar den amerikanska rättsfilosofen Ronald Dworkins teori om skillnaderna mellan en rättsprincip och rättsregel. En rättsregel enligt Dworkins teori är giltig pga. att den är stiftad av riksdagen. För att en rättsprincip ska anses uppfylld måste däremot två kriterier vara uppfyllda:

- rättsprincipen överensstämmer väl med lagar, prejudikat och andra rättskällor, och
- rättsprincipen ger uttryck för rättstillämpares allmänna föreställningar om riktighet och rättvisa.<sup>10</sup>

I uppsatsens analytiska del avser jag att urskilja den rättsregel som respektive prejudikatinstans ger uttryck för. Det innebär däremot inte nödvändigtvis att rätten ger uttryck för en tydligt formulerad rättsregel. Rätten kan även tänkas lite vagt ge uttryck endast för en rättsprincip. Jag har därför valt att formulera en rättsregel utifrån varje rättsfall. Rättsregeln formulerar jag utifrån uttalande gjorda av rätten vilka, enligt mig får tolkas som rättsprinciper eller underförstådda rättsregler.

För att läsaren ska förstå sammanhanget i varje rättsfall ges en kortare beskrivning av händelseförlopp och bakgrund. Därefter följer en redogörelse för utvalda delar av rättsfallet som jag ansett är av betydelse för analysen. De avsnitt av texten som är relevant i form av rättsfakta eller rättsregel kommer att markeras och slutligen redogöras för i punktform. För att avgöra om rättsregeln är beroende av rättsfakta i målet kommer dessa avsnitt att jämföras med varandra. I rättsfallsanalyserna avser jag med ordet rättsfakta även delar av komplexa rättsfakta.

---

<sup>8</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång – första häftet*, Stockholm, 2002, 8:e upplagan, s. 49.

<sup>9</sup> Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod – en introduktion till allmän rättslära*, Stockholm, 1995, 1:a upplagan, s. 82.

<sup>10</sup> Peczenik, Aleksander, s. 93. För mer fördjupande kunskaper om skillnaderna mellan rättsregel och rättsprinciper (rättsnormer) se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridiks argumentation*, Stockholm, 1995, 1:a upplagan.

Uppsatsens analytiska avsnitt kommer att föregås av ett teoretiskt avsnitt. I den del som är av deskriptiv karaktär vill jag redogöra för de rättsområden som är av betydelse för läsaren för att denne dels ska förstå bakgrunden till analysen, dels det rättsliga läget för själva frågeställningen. Jag har utgått från lagstiftning, förarbeten och praxis samt doktrin, men inte nödvändigtvis i den ordningen. Det har inte alltid funnits tillräcklig information rörande prejudikat och prejudikatbildning i lag eller förarbeten för att kunna utreda frågeställningen i tillräcklig utsträckning.

När det gäller avgörandena från Europadomstolen kommer jag endast översätta de delar av rättsfallen som jag anser utgör rättsregeln och rättsfakta. Jag behåller myndighetsnamn på myndigheter vars juridiska funktion inte överensstämmer med motsvarande myndigheter i Sverige. I avgörandet *Kleyn and others v. the Netherlands*, no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 06/05/2003 talas om *Raad van State* [min kurisvering]. Myndigheten tycks vara av förvaltningsrättslig karaktär, uppdelad i ett dömande organ och ett rådgivande organ. Genom att behålla det ursprungliga myndighetsnamnet hoppas jag undvika förvirring hos läsaren.

## 1.4 Material och forskningsläge

Det material som använts i uppsatsen har berörts i en begränsad omfattning i lagförarbeten till RB. Dock ur ett annat perspektiv än vad som varit relevant för min framställning. Det finns inte några lagförarbeten i det avseendet till EKMR. Information angående prejudikat i Europadomstolen har hämtats från konventionen och doktrin.

Rättsfallen som behandlas i analysen avser jävsfrågor. Rättsfallet från HFD är RÅ 2009 ref. 8 gäller huruvida en adjungerad ledamot i domstolen gjort sig skyldig till jäv då hon endast är tjänstledig från Skatteverket som är part i det aktuella målet. Rättsfallet från HD är NJA 2010 s. 274. Det är kopplat till ett brottmål om medhjälp till brott mot upphovsrättslagen. I samband med en huvudförhandling vilken var planerad att hållas i brottmålet gjorde två av de tilltalade en invändning om jäv. Avgörandena från Europadomstolen, *Kyprianou v. Cyprus*, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005 och *Kleyn and others v. the Netherlands*, no. 39343/98, 39651/98 and 46664/99 gäller båda prövning om en kränkning mot art. 6.1 EKMR har skett. *Kyprianou v. Cyprus*, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005 är ett brottmål medan *Kleyn and others v. the Netherlands*, no. 39343/98, 39651/98 and 46664/99 är av förvaltningsrättslig karaktär.

Prejudikatlära och prejudikatbildning har vid upprepade tillfällen behandlats av rättsvetenskapsmän i nationell och internationell litteratur. De tidigaste verken som används i denna uppsats är från 1970-talet och de senaste är från 2013 vilket även avslöjar att ämnet alltså är aktuellt. Materialet angående prejudikat i Sverige får sägas ha varit mer lättillgängligt än motsvarande material om prejudikat från Europadomstolen. Europadomstolens roll beskrivs ofta i förhållande till konventionen och hur den ska tillämpas av

konventionsstaterna, varför de flesta artiklar eller skrifter oftare handlar om konventionstolkning snarare än om prejudikattolkning.

I samband med de förändringar som RB genomgick under 1970-talet och efterkommande decennier resulterade i att det skrevs relativt många artiklar angående just prejudikatlära och prejudikatets funktion. Efterhand som HD:s prejudikatbildande roll har utvecklats så har det vid ett flertal tillfällen debatterats i doktrinen om prejudikat och relaterade frågor till ämnet för denna uppsats.

Uppsatsens frågeställning och analys har beröringspunkter med många av de metoder för prejudikattolkning som presenterats tidigare i doktrinen. Framställningen har beröringspunkter med den tolkningsmetod som Peter Westberg, professor i civilrätt vid Lunds universitet, skrev om i en festskrift till Anna Christensen, 2000. Han föreslår där en tolkningsmodell för rättsfall som utförs steg-för-steg av rättsfallstolkaren varav ett viktigt skede är att hitta rättsprincipen och konstatera vilken rättsregel som den ger uttryck för. I uppsatsen gör jag en liknande utredning med en komparativ utblick.

## 1.5 Avgränsning

Eftersom uppsatsens omfattning är begränsad har det varit nödvändigt att avgränsa ämnets omfång. För att kunna presentera en mer djupgående och kvalitativ analys har jag därför valt färre avgöranden att arbeta utifrån. Rättsfallen avser samma rättsregel om jäv i RB (4 kap.13 § p. 10 RB) eller motsvarande bestämmelse i EKMR (art. 6.1). De rättsfall som legat till grund för uppsatsens analytiska avsnitt är följande.

- RÅ 2009 ref. 8.
- NJA 2010 s. 274.
- *Kyprianou v. Cyprus*, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005.
- *Kleyn and others v. the Netherlands*, no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 06/05/2003.

Jag har valt att avgränsa uppsatsens analys till att avse rättsfall som rör jäv, opartiskhet och oberoende. Det beror på att den lagstiftning som finns i RB om jäv även kommer till uttryck i art. 6.1 EKMR om kravet på en opartisk och oberoende domstol. Vidare är bestämmelsen om jäv i RB vagt formulerad vilket lämnar ett tolkningsutrymme för domstolen vid tillämpning av lagregeln. Motsvarande är art. 6.1 EKMR i enlighet med övriga konventionsbestämmelser också formulerad på ett sätt att den tillåter ett tolkningsutrymme för Europadomstolen när den tillämpar konventionen.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup>Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Stockholm, 2012, 4:e upplagan, s. 50. För kommentar om jävsregelns utformning i RB se Fitger, Peter m.fl. ”Rättegångsbalken”, nätversion som nås via <http://zeteo.nj.se>.

Jag har inte ansett det vara nödvändigt att fördjupa mig i förfarandet inför HD, HFD eller Europadomstolen, eftersom det inte är relevant för uppsatsens frågeställning. I samband med att jag redogör för HD:s uppgift som prejudikatinstans gäller det även för HFD varför jag inte beskriver utvecklingen av HFD mer ingående. När det gäller Europadomstolen och EKMR förekommer det ofta i doktrinen beskrivningar av Europadomstolens metoder för att tillämpa konventionen. Konventionstolkning ska inte förväxlas med prejudikatolkning, men önskar läsaren att fördjupa sig mer i EKMR rekommenderas bl.a. Van Dijk, Pieter, "Theory and practice of the European Convention on Human Rights" eller Danelius, Hans, "Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna".

Jag har valt att kort beskriva Europadomstolens olika organ eftersom Europadomstolens sammansättning skiljer sig något från HD och HFD vilket kan tänkas påverka betydelsen och utformningen av ett avgörande från Europadomstolen. I avsnitt 2.2.2 redogör jag kortfattat för kompetensfördelningen i Europadomstolen. P.g.a. begränsat utrymme ämnar jag inte att utreda hur kompetensfördelningen påverkar avgörandenas prejudikatvärde. Jag kan endast påpeka att en sådan fördelning kan tänkas skapa svårigheter för underinstanser att veta vilket avgörande som får anses vara av högre prejudikatvärde. Förutsatt att en sådan rangordningen ens bör göras.

Det ska sägas att jag inte avser att kartlägga hur HD, HFD och Europadomstolen behandlar rättskällorna. När det gäller Europadomstolen har material avseende prejudikatlära varit magert. Jag hittade en artikel "Precedent law of the European Court of Human Rights" av Seyranov Khamis<sup>12</sup>, men den gick inte att få tillgång till via Juridicums universitetsbibliotek i Lund eller genom kontakt med förlag. Av den anledningen är det avsnittet kortfattat.

## 1.6 Disposition

I avsnitt 2 presenteras en tillbakablick på HD och Europadomstolen som prejudikatbildande instanser. I avsnittet beskrivs även de olika organen inom Europadomstolen. I avsnitt 3 redogör jag för prejudikatets funktion och prejudikatlära i Sverige och för Europadomstolen. I avsnitt 3 tar jag upp prejudikatets bindande verkan för HD och Europadomstolens rättstillämpare i allmänhet. I avsnitt fyra redogör jag för de rättsfall som utgör materialet för min analys. Varje rättsfall sammanfattas med en mindre diskussion. Uppsatsen avslutas med en redogörelse för min slutsats och mina reflektioner i avsnitt 5.

---

<sup>12</sup>Artikeln är publicerad i International Journal of Academic Research, Jan. 2012, vol. 4, issue 1 p. 43-47.

## 2 Prejudikatbildande instanser

### 2.1 Uppdraget att utveckla rättspraxis

Förutsättningen för att ett mål ska prövas i HD är att det beviljas prövningstillstånd i enlighet med bestämmelsen i 54 kap. 10 § RB. Det är denna bestämmelse som anger HD:s prejudikatbildande funktion. Beträffande förvaltningsrättsliga tvister som prövas av HFD (tidigare RegR) så återfinns motsvarande bestämmelse i 36 § FPL. Reglerna om prövningstillstånd gäller för HD och HFD men inte för AD.<sup>13</sup>

Avseende EKMR och Europadomstolen, har presidenten i finska högsta domstolen Pauliine Koskelo beskrivit konventionen som en del av den rättsliga integration som initierades i efterkrigstidens Europa. EKMR och det ekonomiska samarbete som de europeiska länderna ingick gjordes enligt Koskelo i strävan att nå ”försoning” och ”förnyelse”.<sup>14</sup>

Europadomstolens jurisdiktion framgår av art. 32 i EKMR och omfattar alla frågor rörande tolkningen eller tillämpningen av konventionen. Europadomstolens uppgift är att fastställa vad som är lag och tillämpa den på enskilda fall och dess kompetens sträcker sig inte längre än att den omfattar sak som rör EKMR.<sup>15</sup> I likhet med HD och HFD har Europadomstolen en prejudicerande roll, men Europadomstolen ska i relation till konventionsstaterna och de nationella domstolsinstanserna inte användas som en fjärde överprövningsinstans. Alla inhemska rättsmedel ska vara uttömda innan en parts talan kan tas upp till prövning i Europadomstolen.<sup>16</sup>

### 2.2 Prejudikatinstansernas utveckling - översiktligt

#### 2.2.1 Högsta domstolen

För att stärka HD:s roll som prejudikatbildande instans begränsades domstolens möjlighet att bevilja prövningstillstånd genom 1971-års fullföljdsreform och de två dispensformer som finns kvar är prejudikatdispens och extraordinär dispens. Det innebär att

---

<sup>13</sup>Bernitz, Ulf, m.fl. *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm, 12:e upplagan, 2012, s. 137.

<sup>14</sup>Koskelo, s. 300.

<sup>15</sup>Helland, Ingvill, *Rulings of the European Court of Human Rights as a legal Argument – a comparison between German and Norwegian law*, Bergen, Norway 2012, s. 37-40; Art. 32 (1), art. 34 och art. 35(1) EKMR.

<sup>16</sup>Elgesem, Frode, ”Talking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode” i *Lov og Rett*, 2003, nr. 04-05. s. 228.

prövningstillstånd endast meddelas om det är av vikt för rättstillämpningen eller om det anses föreligga synnerliga skäl som påkallar att dispens meddelas.<sup>17</sup> Tidigare kunde ett avgörande från någon av de lägre instanserna ges prövningstillstånd utifrån följande dispensregler.<sup>18</sup>

- Prejudikatdispens
- Intressedispens
- Ändringsdispens
- Allmän dispens.

Den förstnämnda dispensen innebar att en överprövning skulle ske när den var ”*påkallad av hänsyn till prejudikatintresse*”. En intressedispens medgavs om en prövning av ett avgörande skulle ha ”*synnerlig betydelse utanför målet*”. En grund för att ändringsdispens skulle medges ansågs föreligga om det fanns någon anledning för att en ändring av Hov R:s domslut. Genom den sistnämnda allmänna dispensen fick överprövning ske om det i övrigt med hänsyn till omständigheterna i målet ansågs föreligga skäl för att talan prövades.<sup>19</sup>

I syfte att förtydliga HD:s nya roll som prejudikatinstans som den getts genom 1971 års fullföljdsreform genomgick domstolen ytterligare förändringar genom prop. 1988/89. Då lyfte lagstiftaren särskilt fram vikten av prejudikat som ett komplement till lagstiftningen. Prejudikaten ansågs vara det som ofta gav lagstiftningen dess fulla genomslagskraft och HD:s avgöranden hade stor betydelse för rättslivet i största allmänhet.<sup>20</sup>

HD:s primära uppgift efter 1971 års reform har varit att ge vägledning för rättstillämpningen. Genom att fungera som en renodlad prejudikatinstans ska HD åstadkomma en enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen.<sup>21</sup>

HD har under 2000-talet fortsatt att genomgå en rad lagförändringar<sup>22</sup> men inga som är omvälvande för domstolens funktion som prejudikatinstans. Den nuvarande utformningen av bestämmelsen i 54 kap. 10 p. 1 RB som avser prejudikatdispens, överensstämmer i stora drag med bestämmelsen som den var formulerad 1971.<sup>23</sup> En annan förändring som HD dock håller på att genomgå är uppgiften att anpassa sig till sin roll i ett multipolärt rättssystem. Koskelo anser att rättstillämpningen och rättsbildningen allt oftare sker i en omgivning där nationella såväl som internationella aktörer tvingas samspela med varandra. Detta har enligt henne resulterat i en ny

---

<sup>17</sup> Prop. 1971:45 s.82 f. Se även Gregow, Torkel, ”Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan” I Festskrift till Gösta Wallin, 2002, s. 105 f.

<sup>18</sup> Prop. 1971:45 s. 82 f.

<sup>19</sup> Prop. 1971:45 s. 82; Gregow, T. I Festskrift till Wallin, G. 2002, s. 105 f.

<sup>20</sup> Prop. 1988/89:78, s. 19 f.

<sup>21</sup> Prop. 1971:45 s.83.

<sup>22</sup> Se bl.a. prop. 2003/04:23; prop. 2003/04:78; prop. 2004/05:131; prop. 2008/09:117, för reformer som HD genomgått.

<sup>23</sup> Welamson, Lars och Munck, Johan, *Processen i Hovrätt och Högsta domstol – Rättegång IV*, Stockholm, 2011, 4:e upplagan., s. 147.

rättskällehierarki där överstatliga normer och rättspraxis fått en avgörande roll.<sup>24</sup>

Det finns nu fler aktörer med olika nationella referensramar som ställer krav på HD:s dömande verksamhet genom samverkan med EKMR och Europadomstolen. Det kan tänkas att den nya roll som HD befinner sig så småningom tvingar HD att utveckla sitt sätt att skapa rättspraxis.

## 2.2.2 Europadomstolen

År 1950 undertecknades EKMR av 14 medlemsstater samtidigt som konventionsstaterna upprättade ett dömande organ. Detta gavs jurisdiktion över de medlemsstater som inte uppfyllde de förpliktelser som de åtagit sig genom undertecknande av konventionen. Det internationella maskineriet som medlemsländerna gemensamt skapat ska skydda och stötta en demokratisk och rättsstatlig ordning i medlemsstaterna vilket under en längre tid utfördes av två organ, Kommissionen och Europadomstolen.<sup>25</sup> Men i takt med att arbetsbelastningen ökade beslutades genom det 11 tilläggsprotokollet, år 1998, att den dåvarande halvtidsdrivna Europadomstolen och den existerande Kommissionen istället skulle slås samman till en heltidsverksam Europadomstol.<sup>26</sup> I dag är det totalt 47 medlemsstater som undertecknat konventionen och därmed även 47 domare som arbetar i Europadomstolen.<sup>27</sup>

Det övergripande syftet med konventionen är att uppnå det gemensamma målet att garantera ett skydd för de mänskliga rättigheterna och den generella förpliktelse som konventionsstaterna åtagit sig beskrivs i art.1.<sup>28</sup> Enligt art. 1 åläggs staterna en skyldighet att garantera var och en som befinner sig under deras jurisdiktion de fri- och rättigheter som anges i konventionen.<sup>29</sup> Föregångaren till EKMR var FN:s konvention ”Universal Declaration of Human Rights” som antogs 1948 av FN:s generalförsamling.<sup>30</sup> Trots att ”Universal Declaration of Human Rights” fungerade som en inspirationskälla till EKMR, skiljer sig traktaten åt på flera punkter. Bl.a. är EKMR, till skillnad från sin föregångare, rättsligt förpliktande för konventionsstaterna, eftersom den innehåller ett sanktionssystem som tillämpas när en medlemsstat kränker de rättigheter som omfattas av konventionen.<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> Koskelo, s. 312.

<sup>25</sup> Danelius, Hans, s. 22.

<sup>26</sup> Helland, s. 37; Danelius, s. 22.

<sup>27</sup> Art. 30, EKMR, Helland, s. 31; Jacobs, White, & Ovey, *The European Convention on Human Rights*/ Robin C.A. White & Clare Ovey, 5 ed. Oxford University Press, cop. 2010. s. 21.

<sup>28</sup> Senden, Hanneke, *Interpretation of Fundamental Rights in a multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, 2011, s. 16; Elgesem s. 209.

<sup>29</sup> Danelius, Hans, s. 41.

<sup>30</sup> Danelius, Hans, s. 17.

<sup>31</sup> Helland, s. 32



Ramarna för Europadomstolens verksamhet sätts av konventionen, vilket får förstås som att domstolen inte får utveckla konventionens innehåll i form av skapandet av nya artiklar. Europadomstolen ska utgå från den rättighetskatalog som EKMR innehåller även om det, som Frode Elgesem, norsk advokat, skriver i en artikel i samband med Juristernes utdanningssenters 10-års jubileum i Oslo 2002, hade varit önskvärt att den innehöll fler rättigheter.<sup>32</sup>

I enlighet med det elfte tilläggsprotokollet är Europadomstolen verksam genom fyra olika sammansättningar: ensamdomare, i en tremanskommitté i kammare med 7 ledamöter och slutligen även i en sammansättning av storkammare med 17 ledamöter.<sup>33</sup> Efter genomförandet av det fjortonde tilläggsprotokollet 2010 kan en ensamdomare precis som en tremanskommitté avvisa eller avskryva mål så länge det sker mot bakgrund av rättspraxis och att ensamdomaren inte fattar beslut i mål där talan väckts mot den stat som utsett domaren. Generellt arbetar de olika organen med samma fråga, nämligen hur konventionen ska tillämpas.<sup>34</sup>

En sådan kompetensfördelning skulle kunna resultera i en inkonsekvens i Europadomstolens tolkning och tillämpning av konventionen men enligt David Harris, professor vid University of Nottingham och Michael O'Boyle, Deputy Registrar vid Europadomstolen, m.fl. finns en medvetenhet hos Europadomstolen rörande de tänkbara problem som en sådan uppdelning av rättslig kompetens kan resultera i. De menar att Europadomstolen strävar efter att det inte ska resultera i en snedvriden tillämpning av rättspraxis. Hans Danelius, f.d. justitieråd, menar dock att de avgöranden som fattas i storkammare har ett högre prejudikatvärde än avgörandena i t.ex. tremanskommitte.<sup>35</sup> Ingvill Helland, postdoktor vid universitetet i Bergen, delar Danelius åsikt och hon menar att kompetensfördelningen påverkar statusen av Europadomstolens avgöranden i den nationella såväl som den internationella rättsliga argumentationen.<sup>36</sup>

För att förstå Europadomstolens relation till de inhemska myndigheterna i varje konventionsstat bör det noteras att Europadomstolen är subsidiär i förhållande till de nationella myndigheterna. Europadomstolen ska med andra ord agera först när de nationella myndigheterna är oförmögna att göra så.

---

<sup>32</sup> Elgesem, s. 210.

<sup>33</sup> Danelius, s. 22-23; Jacobs, White & Ovey, s. 22. För fördjupning i EKMR se bl.a. Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009; Van Djiel, Pieter m.fl. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, 2006.

<sup>34</sup> Danelius, s. 22-23; Helland, s. 49.

<sup>35</sup> Danelius, s. 22-23.

<sup>36</sup> Helland, s. 48-52.

# 3 Prejudikat

## 3.1 Funktion

Neil Duxbury, professor i juridik vid London School of Economics har beskrivit prejudikatet som en redan inträffad händelse. En händelse, ofta i form av ett avgörande, som vi använder i vägledande syfte i rättstillämpningen genom att göra en parallell mellan en händelse och en annan.<sup>37</sup> Vi använder prejudikatet som ett komplement till lagstiftningen, och genom att upprepa flera avgöranden på rättsområden som tidigare varit oklara och svårbedömda, kan prejudikatet bidra till att skapa en *enhetlig* och *konsekvent* rättstillämpning.<sup>38</sup>

Neil McCormick, professor i juridik vid University of Edinburgh beskriver prejudikatet bl.a. ur ett mer samhälleligt perspektiv som en väg att uppnå en slags rättvisa. Han menade att en anledning till varför många jurister bygger sin argumentation på tidigare rättsfall och varför domare använder prejudikat för att ”rättfärdiga” sina beslut kan bero på vår uppfattning om rättvisa.<sup>39</sup> McCormick menar att genom att avgöra ett mål på samma sätt som ett tidigare eller tillämpa analogi så borde det tillvägagångssättet garantera att lika fall behandlas lika och olika fall behandlas olika.<sup>40</sup> En sådan rättviseuppfattning överensstämmer enligt honom med tanken om att vi lever i ett opartiskt rättssystem där rättvisan skipas lika för alla, oavsett vem parterna är och vem som är rättskiparen. Har vi ett strukturerat system där vi tillämpar prejudikat kommer regler att tillämpas lika i våra domstolar oavsett vem domaren är.<sup>41</sup>

Vilken syn eller uppfattning som rättstillämparen än tillerkänner prejudikatet kan det enligt Robert S. Summers, professor vid Cornell Law School, NY, generellt formulerat sägas att användningen av prejudikat som rättskälla motiveras antingen med att det har en lagstiftande funktion eller att prejudikatets syfte är att tolka existerande lag.<sup>42</sup>

McCormick & Summers anser att det finns en tendens i de nordiska länderna (däribland Sverige) att förhålla sig till prejudikatet som en tolkning av existerande rätt och för de rättsområden där det saknas konkreta bestämmelser accepteras prejudikaten i likhet med lag.<sup>43</sup> De framhäver dock

---

<sup>37</sup> Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge UK, 2008, s. 1 f.

<sup>38</sup> Prop. 1988/89:78 s. 19-20; Heuman, Lars, ”Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet” I Festskrift till Per Olof Bolding, 1992, s. 201; Bernitz m.fl. s. 133.

<sup>39</sup> McCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law – a theory of legal reasoning*, Oxford 2005 s. 143.

<sup>40</sup> McCormick, 2005, s. 143; Westberg, Peter, 2000, s. 583-584.

<sup>41</sup> McCormick, 2005, s. 143

<sup>42</sup> Bergholtz, Gunnar & Peczenick, Aleksander, *Precedent interpretation in Sweden I Interpreting Precedents – A comparative study*, edited by Neil McCormick, Robert S Summers, Arthur L Goodhart, Dartmouth, 1997, s. 481 ff.

<sup>43</sup> Bergholtz, Gunnar & Peczenick, Aleksander, s. 488-489.

att det tycks finnas vissa skillnader i hur denna ”tillämpningsmetod” används. MacCormick & Summers anser att rättstillämpare i Norden vid hänvisning till ett prejudikat, tycks fokusera på *fakta* i målet och det *komplexa sammanhang* de finns i.<sup>44</sup> När domstolen använder sig av en sådan metod, är det enligt MacCormick & Summers en analogisk tillämpning av prejudikatet, som tillåter att principer växer fram över en längre tid utan att de skapar metoder att tillämpa lagen som är olämpliga.<sup>45</sup>

MacCormick & Summers anser att en fördel med prejudikat som fokuserar på fakta i målet är att det blir lättare för rättstillämparen att urskilja det övergripande syftet med prejudikatet, alltså rättsprincipen. Prejudikat som är skrivna i en mer svepande stil skapar grova generaliseringar som domstolen enligt MacCormick & Summers helst ska undvika att binda sig vid.<sup>46</sup> Den inställning beror förmodligen på att det borde vara svårare för rättstillämparen att använda sig av ett ”fluffigt” formulerat prejudikat när det varken har en koppling till fakta i målet eller ens till den rättsregel som avgörandet hänförs till.

Avseende Europadomstolens rättspraxis och huruvida det går att skilja på om den ska anses vara lagstiftande eller endast lagtolkande, anser MacCormick & Summers att en sådan distinkt uppdelning nästintill är omöjlig att genomföra. Svårigheten i det beror enligt MacCormick & Summers på att Europadomstolen i sin dömande verksamhet först konstaterar vissa underliggande principer som de sedan ger en konkret effekt genom ett antal upprepade s.k. ”landmark decisions”. De anser att den metod som Europadomstolen använder vid tolkningen av prejudikat är styrd av vad de kallar för ”flimsy fragments of written law”.<sup>47</sup> Det gör att det inte går att säga om syftet med prejudikatet är att det ska tolka existerande lag eller om det är tänkt att ha en lagstiftande funktion.<sup>48</sup>

Den uppdelning av prejudikatets roll som MacCormick & Summers talar om återspeglas enligt mig i den debatt som senare kommer att handla om prejudikatets bindande verkan och därmed om domstolarnas skyldighet att följa prejudikat. Dag Victor, docent i straffrätt och tidigare justitieråd, anser bl.a. att prejudikatets ställning i ett rättssystem återspeglar maktfördelningen mellan lagstiftare och domstol.<sup>49</sup> När det gäller prejudikatets bindande verkan kommer jag att behandla ämnet i avsnitt 3.4.

Vad gäller rättspraxis i Europadomstolen menar Fridrik Kjølbro, att prejudikatets funktion är att det på ett detaljerat sätt kan precisera en konventionsartikels egentliga innebörd och dess räckvidd. Det innebär att

---

<sup>44</sup> Bergholtz, & Peczenick, s. 488-489.

<sup>45</sup> Bergholtz & Peczenick, s. 488-489.

<sup>46</sup> Bergholtz & Peczenick, s. 488-489.

<sup>47</sup> Bergholtz & Peczenick, s. 488-489.

<sup>48</sup> Bergholtz & Peczenick, s. 488-489.

<sup>49</sup> Victor, D. s. 723.

det enligt Kjølbros att Europadomstolen får det lättare att bedöma vilka förpliktelser som konventionsstaterna ålagts.<sup>50</sup>

Europadomstolens sätt att använda rättspraxis som Kjølbros beskriver ovan tyder enligt Helland på att Europadomstolen har en önskan om att vara konsekvent i sin prövning. Det tillvägagångssättet bidrar även enligt Helland till att Europadomstolen har en slags normativ auktoritet.<sup>51</sup> Det som Helland säger om Europadomstolens sätt att använda rättspraxis kan enligt mig kopplas till frågor som rör prejudikatets bindande verkan och huruvida det kan sägas att det finns en skyldighet för Europadomstolen att följa sin egen praxis.

## 3.2 En svensk prejudikatlära

Lars A.E. Hjerners, professor i allmän rättslära vid Uppsala universitet, presenterade i början av 1960-talet en idé om rättsfallstolkning.<sup>52</sup> Han uppmärksammade redan då de problem som jurister fortfarande ställs inför i sitt dagliga arbete. Nämligen att tolka rättsfall. Han uttrycker att det ligger en svårighet i att konkretisera en svensk prejudikatlära, eftersom läget för en sådan metodlära är något ”flytande”.<sup>53</sup> Hjerners beskriver att utgångspunkten för rättsfallstolkning är följande.

”Utgångspunkten är en beskriven, konkret situation likaså rättsföljden. Genom att abstrahera vissa omständigheter i det konkreta fallet söker man förbinda detta med en rättssats av åtminstone något större abstraktion än den beskrivna konkreta situationen. Utmärkande för all rättsfallstolkning är sålunda tendensen att generalisera avgörandet i målet, att söka se det såsom sprunget ur en abstrakt regel.”<sup>54</sup> Han förklarar även att om en dom är som den ska vara är domslutet direkt kopplat till de rättssatser som formuleras i domskälen. Men domskälen kan sedan vara antingen sanna eller falska och domskälens riktighet blir bestämd först efter att det konstaterats i vilken utsträckning som de är nödvändiga för utgången i målet.<sup>55</sup>

Den prejudikatlära som Hjerners presenterade tillkom innan 1971 års fullföljdsreform och som Stig Strömholm, professor emeritus i civilrätt vid Uppsala universitet, säger kan det vara tänkbart att det skett en del förändringar i rättspraxis som var ändamålet för hans studier.<sup>56</sup> Strömholm anser att syftet med en prejudikatlära är att ”utleta regeln eller reglerna ur

---

<sup>50</sup> Kjølbros, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonventionen – for praktikere*, 2:a upplagan, København: Jurist og Økonomforbundet, 2007, s. 17; Helland, s. 56.

<sup>51</sup> Helland, s. 58.

<sup>52</sup> Hjerners, Lars A.E., a.a.

<sup>53</sup> Hjerners, s. 5, s. 23.

<sup>54</sup> Hjerners, s. 12.

<sup>55</sup> Hjerners, s. 44.

<sup>56</sup> Strömholm, Stig, ”Behövs en prejudikatlära?– Vittnesbörd från common law” I Festskrift till Jan Hellner, 1984, s. 646.

prejudikatet.”<sup>57</sup> Den synen på den grundläggande idén med en prejudikatlära som Strömholm har skiljer sig inte nämnvärt från Hjerner, men de uttrycker det på olika sätt.

Med tanke på eventuella svårigheter som kan uppkomma vid rättsfallstolkning nämner Hjerner bl.a. de problem som tolkningen av rättsfakta kan innebära. Det kan enligt Hjerner vara svårt att veta hur man som rättsfallstolkare ska värdera rättsfakta, var skiljelinjen mellan en tolkning av rättssatser och rättsfakta ska dras eller hur rättsfallstolkaren ska förhålla sig till rättsfakta som domstolen lämnat utan hänseende.<sup>58</sup>

Även om det förflutit en avsevärd tid sedan Hjerner och Strömholms framställningar om en svensk metodlära för att tolka rättsfall tycks det ursprungliga syftet med en prejudikatlära inte ha förändrats nämnvärt. Peter Westberg, professor i civilrätt vid Lunds universitet, skriver också han att en del av syftet med en metod för prejudikattolkning, är att identifiera en rättsregel.<sup>59</sup>

Westberg presenterar en tolkningsmetod som består av fyra steg.<sup>60</sup>

1. Identifiera rättsregeln.
2. Fastslå vilken rättsprincip som rättsregeln ger uttryck för.
3. Bestäm prejudikatets räckvidd.
4. Bedöm prejudikatvärde.

Den två första stegen i Westbergs tolkningsmodell påminner till viss del om Hjerner och Strömholms idéer men Westbergs modell är som han själv ger uttryck för, till skillnad från sina föregångare, lämpad för modern HD-praxis.<sup>61</sup> Westberg beskriver att det en rättsfallstolkare företar sig när denne ska utläsa ett prejudikat är att denne ska ”läsa ut en positivrättslig regel som bildar mönster för framtida rättstillämpning”.<sup>62</sup> Den beskrivningen överensstämmer ganska väl med den uppgift som HD har fått som prejudikatinstans, nämligen att bidra till en enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen (se avsnitt 2.2.1).

När rättsfallstolkaren enligt Westbergs tolkningsmodell ska fastslå prejudikatets rättsprincip handlar det om att urskilja prejudikatets ratio, dess ”bärande motiv”.<sup>63</sup> Tolkaren ska ”försöka slå fast vilka skäl som bestämt just den i prejudikatet uttryckta normen”.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> Strömholm, Stig, ”En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter” s. 931 i Svensk Juristtidning, 1984 s. 923-946.

<sup>58</sup> Hjerner, s. 60-61.

<sup>59</sup> Westberg, s. 585.

<sup>60</sup> Westberg, s. 585; För andra liknande tolkningsmodeller jfr. Lehrberg, *Praktisk juridisk metod* s. 144 f. och Bernitz m.fl. *Finna rätt*, s. 144 ff.

<sup>61</sup> Westberg, s. 596.

<sup>62</sup> Westberg, s. 595.

<sup>63</sup> Westberg, s. 609.

<sup>64</sup> Westberg, s. 609.

### 3.2.1 Ratio decidendi och obiter dicta

Ratio decidendi beskrivs som den rättsprincip vilken utgörs av ett prejudikats auktoritära källa. Det kan uttryckas som de egenskaper i domskälet som är avgörande för målets utgång vilket utan dessa omständigheter sannolikt skulle se annorlunda ut. Diametralt till ratio decidendi är obiter dicta. Rättsfallets obiter dicta utgörs av åsikter om lagen och principer i det enskilda fallet som går utöver de omständigheter som krävs för att nå ett avgörande i det enskilda fallet.<sup>65</sup>

### 3.2.2 Användningen av ratio i HD och Europadomstolen

Peczenik, ansåg att HD mer eller mindre utgick från metoden att urskilja rättsfallets ratio trots att det inte var en uttalad teknik. Han ansåg att HD mer eller mindre utifrån eget skön bestämde vilka omständigheter som är avgörande och nödvändiga och vilka omständigheter som är av mindre betydelse.<sup>66</sup> Enligt Peczenik så tillämpar HD sin tolkning av rättsfall på en lära om analogi. Varje avgörande ses som ett illustrativt exempel på lösningar av ett rättsligt problem som sedan kan fungera som ledning i andra liknande situationer trots att varje fall bygger på specifika omständigheter.<sup>67</sup>

Beträffande Europadomstolens metod att tillämpa rättsfall menar Harris & O'Boyle att domstolen egentligen inte skiljer på ratio decidendi och obiter dicta. De menar att alla uttalanden som Europadomstolen gör är betydande. Hur betydelsefullt ett uttalande anses vara beror på hur pass allmängiltig principen som Europadomstolen ger uttryck för är och hur stor roll de specifika omständigheterna i ett enskilt fall spelar för själva domen.<sup>68</sup>

## 3.3 En prejudikatlära i Europadomstolen

Vad gäller en prejudikatlära i Europadomstolen tycks det inte finnas några förslag på hur en sådan ska se ut. Trots att EKMR har varit verksam i över femtio år anses Europadomstolen inte ha formats efter ett specifikt nationellt rättssystem. Europadomstolen har istället inspirerats av olika rättstraditioner från flera rättssystem.<sup>69</sup> Hanneke Senden, holländsk advokat i arbetsrätt, beskriver Europadomstolen som känd för sina utförliga domar samtidigt som hon påpekar att i Europadomstolen i mål vilka endast avser mindre sakfrågor, är relativt kortfattad i formuleringen av avgörandena. Den

---

<sup>65</sup> MacCormick (2005) s. 145-146; Peczenik (1995) s. 37.

<sup>66</sup> Peczenik, Aleksander, *Rationales for precedent I Interpreting Precedents – A comparative study*, edited by Neil MacCormick, Robert S Summers, Arthur L Goodhart, Dartmouth, 1997, s. 304 f.

<sup>67</sup> Peczenik, a.a. s. 304 f.

<sup>68</sup> Harris, O'Boyle, & Warbrick, s. 17.

<sup>69</sup> Senden, s. 20.

domsstilen beror enligt henne på Europadomstolens önskan att vilja ”engagera” och ”övertyga” nationella domstolar och myndigheter i konventionen och på så vis bidra till att den implementeras.<sup>70</sup>

## 3.4 Prejudikatets bindande verkan

### 3.4.1 HD:s rättspraxis – bör eller ska följas

Ett uttalande om prejudikatets bindande verkan i svensk rättsordning som gett upphov till debatt och möjligen viss förvirring, är det uttalande som riksdagens första lagutskott gjorde 1947 (LU 1947:1). Riksdagen menade då att det endast är ”tyngden av de skäl som av HD åberopades till motivering för domsluten som borde vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna”.<sup>71</sup> I senare lagförarbeten har departementschefen uttalat att prejudikatet har en betydande roll för rättslivet i allmänhet men att det likväl inte har en bindande verkan för ”annat än det mål som har prövats”.<sup>72</sup> Trots att lagstiftaren sedan dess inte har gjort någon ny ansats i sin inställning till huruvida prejudikat har en bindande verkan eller inte, anses det inom doktrinen trots allt råda en slags informell prejudikatbundenhet.<sup>73</sup>

Det framgår bl.a. av det som Lars Heuman, professor i processrätt vid Stockholms universitet, sagt. Han anser att även fast det inte uttryckligen råder någon formell bundenhet till prejudikat i svensk rättsordning, skulle en rättstillämpare med största sannolikhet tveka inför att avvika från rättspraxis. Det beror enligt honom på att de flesta advokater, jurister eller domare troligen vet att en sådan avvikelse inte skulle leda någon vart, eftersom det skulle efterföljas av ett överklagande från motparten.<sup>74</sup> Heuman räknar upp ett antal fördelar med att följa prejudikaten från HD. Han menar att det bl.a. resulterar i att enskilda medborgare och företagare kan rätta sig efter de rättsprinciper som HD ställer upp. Det resulterar också i en enhetlighet i lagstiftningen och ger även arbetsekonomiska fördelar eftersom parterna generellt inte behöver ödsla tid på att lösa komplicerade rättsfrågor där HD istället kan fastslå den rättsprincip som bör gälla för ett visst rättsläge.<sup>75</sup>

Den inställningen att det inte råder någon formellt bindande verkan av prejudikat i Sverige stöds även av praxis. Enligt *NJA 1994 s. 194*

---

<sup>70</sup> Senden, s. 21; Elgesem s. 212.

<sup>71</sup> SOU 1986:1 s. 47.

<sup>72</sup> Prop. 1988/89:78 s. 19-20; SOU 1986:1 s. 48 och 65, jfr även Samuelsson, Joel och Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2:a upplagan, Uppsala 2003, s 39.

<sup>73</sup> Gregow, Torkel i Fs till Wallin, 2002, s. 124; Bernitz m.fl. s. 135; Strömholm i *Svensk Juristtidning*, 1984 s. 935, Strömholm förespråkar där en formell bundenhet till prejudikatet.

<sup>74</sup> Bernitz m.fl. s. 135; Lind, Johan, ”Rättsfallsanalyser- recension eller analys?” i *Juridisk Tidskrift* nr. 1995/96 s. 232 f. som är av samma åsikt som Heuman.

<sup>75</sup> Bernitz m.fl. s. 135.

konstaterar HD att staten inte är skadeståndsskyldig för det fall som en underinstans, i det fallet en HovR, väljer att frångå ett prejudikat från HD.<sup>76</sup> Rättsfallet har kommenterats av Torkel Gregow, justitieråd, som menar att ett uttalande, att underinstanser inte är bundna av HD:s prejudikat, med största sannolikhet handlar om att HD inte anses ha samma auktoritet som lagstiftaren att bestämma innebörden av en lagregel.<sup>77</sup> Den uppfattningen kan enligt mig sägas återspegla den reflektion som Victor har gjort avseende prejudikatets bindande verkan. Han anser att en stark bundenhet till prejudikat talar för att domstolen har getts mer makt i förhållande till lagstiftaren.<sup>78</sup>

Diskussionen om prejudikatets bindande verkan och huruvida det är lönlöst att frångå rättspraxis så som Heuman skriver, är fortfarande aktuell. Torgny Håstad, justitieråd, har nyligen skrivit att han hoppas att en artikel, i vilken han kritiserar utgången i NJA 2010 s. 227, ska resultera i att domen inte blir prejudicerande.<sup>79</sup>

Håstads inlägg i debatten kan enligt mig tolkas som att han inte håller med Heuman om att det skulle vara lönlöst att avvika från rättspraxis. Uttalandet kan förstås som att Håstad menar att avgöranden från HD inte väger tyngre än avgöranden från andra domstolar i svensk domstolsordning. I förhållande till vad Victor säger, om att en stark bundenhet tyder på en stark HD, ger Håstads uttalande sken av att HD inte ska tillerkännas makt i likhet med lagstiftarens och att HD:s verksamhet inte ska vara skyddad från kritik.<sup>80</sup>

Vad gäller HD:s egen bundenhet till sina avgöranden ska reglerna om plenum i 3 kap. 6 § RB kort beskrivas. Ett hänskjutande till avgörande i plenum kan ske under förutsättning att ett av följande två scenarier föreligger:

1. HD upptäcker att den rådande meningen som finns på avdelningen vid överläggning till dom eller beslut, avviker från en *rättsprincip* eller lagtolkning som tidigare varit fastslagen av HD.
2. Ett hänskjutande till plenum är nödvändigt om det anses vara av särskild betydelse för rättstillämpningen.<sup>81</sup>

Det finns en principiell skyldighet för den avdelning som inser att den rådande meningen avviker från tidigare prejudikat att hänskjuta till

---

<sup>76</sup> NJA 1994 s. 194; Bernitz m.fl. s. 135.

<sup>77</sup> Gregow, T, a.a. s.114.

<sup>78</sup> Victor, D, a.a. s. 723.

<sup>79</sup> Håstad, Torgny, ”Bis in idem” i Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, 2013/14, häfte 2 s. 451, not 5.

<sup>80</sup> Jfr Wennberg, Suzanne, ”Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser” i Juridisk Tidskrift 1995/96 s. 983 f. där hon ifrågasätter varför rättsvetenskapen ska undvika att kritisera avgöranden från HD som ett gensvar på Johan Linds artikel ”Rättsfallanalyser – recension eller analys” i Juridisk Tidskrift 1995/96 s. 232 f.

<sup>81</sup> Fitger, Peter m.fl. Rättegångsbalken,( oktober 2013) Kommentar till kap. 3:6 §, [www.nj.se/zeteo](http://www.nj.se/zeteo).



avgörande i plenum. Det gör att regeln trots sin egentliga fakultativa karaktär, är obligatorisk.<sup>82</sup> I avgörandet *NJA 2001 s. 177* som avsåg bevisbördan för att ett bestämt pris inte avtalats i en affärsrelation, använde sig HD av reglerna om plenum. HD ändrade sitt tidigare beslut i avgörandet *NJA 1951 s. 1* eftersom domstolen ansåg att det hade gått ur tiden i och med tillkomst av ny lagstiftning. Avgörandet efterföljdes sedermera av ett nytt pleniavgörande, *NJA 2005 s. 205* i vilket domstolen fastslog vilken rättsprincip som skulle anses vara gällande i förevarande fall. När ett mål ska avgöras av domstolen i plenum innebär det att samtliga justitieråd deltar i rätten vilket är en komplicerad historia. Det resulterar i att det är ganska få avgöranden som avgörs i plenum.<sup>83</sup> Om det är mot den bakgrunden som HD följer sina avgöranden vet jag inte, men Heuman menar att det i huvudregel är så att HD sällan frångår sina tidigare prejudikat. Enligt honom kan HD däremot tänkas inskränka räckvidden av ett prejudikat, d.v.s. ändra den redan existerande rättsprincipen eller inskränka den genom att hänvisa till att omständigheterna i det nyare målet skiljer sig från de som existerade i det äldre avgörandet.<sup>84</sup>

Det framgår inte formellt av reglerna om plenum att HD är bunden till sina tidigare avgöranden. Mot bakgrund av vad Heuman skriver, tolkar jag det dock som att motviljan att frångå tidigare prejudikat inom HD, beror på den omständiga processen att döma i plenum mer än något annat.

### 3.4.2 Europadomstolens rättspraxis – bör eller ska följas

I *Chapman v. The United Kingdom, no. 27238/95* har Europadomstolen konstaterat att det är av vikt för rättssäkerheten och för en enhetlig utveckling av rättspraxis att domstolen följer tidigare avgöranden.<sup>85</sup> Även om det inte finns någon bestämmelse i EKMR som uttryckligen formellt binder Europadomstolen vid sina tidigare avgöranden, har det i rättspraxis enligt bl.a. Kjølbros utveckling en informell bundenhet för domstolen att döma i överensstämmelse med tidigare praxis.<sup>86</sup>

Även om Europadomstolen informellt anser sig vara bunden till rättspraxis, betyder det enligt Kjølbros däremot inte att Europadomstolen är främmande för att frångå tidigare praxis, förutsatt att det finns välgrundade skäl som talar för en sådan avvikelser.<sup>87</sup> Han menar att en avvikelse från tidigare avgöranden kan göras om tolkningen av konventionens fri- och rättigheter inte längre överensstämmer med sociala förändringar som skett och därmed

---

<sup>82</sup> Fitger, Peter m.fl. Rättegångsbalken, kommentar till kap. 3:6 § RB.

<sup>83</sup> Prop. 1988/89:78 s. 53-54; Bernitz m.fl. s. 135.

<sup>84</sup> Heuman, Lars, ”Tolkning av prejudikat som bygger på felaktig rättstillämpning” I Festskrift till Rune Lavin, Lund, 2005 s. 94-95; Heuman, Lars, 1992, s. 201 ff.

<sup>85</sup> *Chapman v. the United Kingdom, no. 27238/95* p. 90-104; Kjølbros, s. 17; Elgesem, s. 210.

<sup>86</sup> Kjølbros, s. 17; Helland, s. 56-57; Elgesem, s. 212.

<sup>87</sup> Kjølbros, s. 18.

inte är koherent med rådande samhällsförhållanden.<sup>88</sup> I *Pellegrin v. France*, no. 28541/95 anser Europadomstolen att den även kan avvika från praxis om det råder en oklarhet över hur en viss artikel ska tolkas eller i fall då tidigare praxis är generellt vag.<sup>89</sup>

En anledning till varför det inte föreligger någon formell bundenhet till rättspraxis i Europadomstolen kan enligt Helland bero på Europadomstolens sammansättning av flera organ med samma inbördes auktoritära ställning. Ingen av de olika domstolssammansättningarna kan sägas vara underställda varandra och det finns, till skillnad från svensk domstolsordning, flera olika sammansättningar av storkammare.<sup>90</sup> Det framgår av art. 30 EKMR att en kammare kan hänskjuta ett mål till storkammare om avgörandet i kammaren strider mot tidigare konventionstolkningar vilket, enligt Helland tyder på att det inte finns någon formell bundenhet till praxis. Hon kopplar detta resonemang till Europadomstolens lagstiftande roll och dess roll som konventionstolkare (avsnitt 2.2.2 och 4.1) och hon menar på att avsaknaden av en formell bundenhet till prejudikat betyder att Europadomstolens rättspraxis inte ger uttryck för lagstiftning.<sup>91</sup>

Kjølbros anser att den metod som Europadomstolen använder sig av när den tillämpar tidigare avgöranden, kan beskrivas som att domstolen gör en jämförelse mellan det förhållande som grundar den aktuella talan och de omständigheter som har förelegat i ett tidigare avgörande.<sup>92</sup> Den metoden kan tillämpas av domstolen på eget initiativ, men kan också ske genom att part återoppar tidigare avgöranden. Det framgår bl.a. av *Coyne v. The United Kingdom*, no. 124/1996/743/942 att om omständigheterna i ett mål i stort överensstämmer med förhållandena i ett tidigare avgörande ska Europadomstolen rätta sig efter det avgörandet.<sup>93</sup>

Av avgörandet *Cable and others v. the United Kingdom*, no. 24436/94, 24582/94, 24583/94, 24584/94 framgår det att Europadomstolen står fast vid ett avgörande om rättsförhållandena i de jämförda avgörandena överensstämmer med varandra.<sup>94</sup> Kjølbros förklarar att det måste finnas en överbevisande grund framförd av parterna, för att Europadomstolen ska avvika från tidigare beslut där rättsförhållandena är de samma.<sup>95</sup>

I *Wynne v. The United Kingdom*, no. 15484/89 framgår det dessutom att Europadomstolen sällan avviker från den konklusion som domstolen gett uttryck för i det tidigare rättsfallet om rättsförhållandena mellan avgörandena överensstämmer med varandra.<sup>96</sup>

---

<sup>88</sup> Kjølbros, s. 18.

<sup>89</sup> *Pellegrin v. France*, no. 28541/95 p. 60-63; Kjølbros, s. 19-20.

<sup>90</sup> Helland, s. 56-57.

<sup>91</sup> Helland, s. 56-57.

<sup>92</sup> Kjølbros, s. 18.

<sup>93</sup> *Coyne v. The United Kingdom*, no. 124/1996/743/942 p. 54-58; Kjølbros, s. 18.

<sup>94</sup> *Cable and others v. The United Kingdom*, no. 24436/94, 24582/94, 24583/94, 24584/94 p. 17-22.

<sup>95</sup> Kjølbros, s. 18.

<sup>96</sup> *Wynne v. The United Kingdom*, no. 15484/89 p. 36; Kjølbros, s. 19.

Europadomstolens vilja att följa sina tidigare avgöranden tycks enligt mig bero på viljan att vara konsekvent. Det borde bidra till att det blir enklare för nationella domstolar eller andra praktiker att tillämpa och tolka konventionen.

## 4 Samband mellan rättsprincip och rättsfakta

### 4.1 RÅ 2009 ref. 8.

#### 4.1.1 Sammanfattning av rättsfallet

I april 2008 beslutade kammarrätten i Stockholm att avslå Hagenfeldt Advokatbyrå AB:s (Bolaget) yrkande om muntlig förhandling i ett pågående mål om särskilda tvångsåtgärder i beskattningsförfarande mellan bolaget och Skatteverket.

Bolaget inkom sedermera till kammarrätten med en skrivelse i vilken bolaget invände att den adjungerade ledamoten M.K, inte borde deltagit vid handläggningen av ärendet, eftersom hon endast var tjänstledig från skatteverket som var motpart i målet. Bolaget ansåg att kammarrätten initialt borde ha uppmärksammat situationen och hindrat M.K. att delta vid beslutet som fattades den 18 april 2008. Kammarrätten behandlade skrivelsen som en invändning om jäv.

Jävsinvändningen avslogs av kammarrätten som ansåg att endast förhållandet att Skatteverket var motpart i målet, inte medförde att M.K. var jävig. Vidare ansåg kammarrätten inte heller att det framkommit några övriga omständigheter som styrkte att det skulle föreligga någon jävssituation.

Bolaget överklagade kammarrättens beslut och fullföljde talan i RegR (nuvarande HFD) som sedan avslog överklagandet.

#### 4.1.2 Genomgång av domskäl och urskiljande av rättsfakta och rättsregel

##### 4.1.2.1 Domskäl

RegR anförde:

*”Av handlingarna i målet framgår att M.K. är tjänstledig från sin tjänst hos Skatteverket under sin adjunktion vid Kammarrätten i Stockholm. Vidare framgår att M.K. deltagit i ett beslut vid Kammarrätten i Stockholm att avslå bolagets begäran om muntlig förhandling i mål nr 2538-08 som handlar om särskilda tvångsåtgärder i beskattningsförfarandet. Skatteverket är bolagets motpart i detta mål. [min kursivering]*

Bolaget hävdar att M.K., på grund av sin anställning hos Skatteverket, var jävig då hon deltog i kammarrättens beslut och åberopar till stöd för sin jävsinvändning den rätt till opartisk rättegång som följer av artikel 6.1 i Europakonventionen. Bolaget åberopar inte uttryckligen jävsbestämmelserna i 4 kap. 13 § rättegångsbalken. Med hänsyn till vad bolaget anför bör punkten 10 i paragrafen dock beaktas i målet. Av denna punkt framgår att en domare är jävig att handlägga mål om "eljest särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet". Att jävsbestämmelserna i rättegångsbalken ska tillämpas i förevarande fall följer av 41 § förvaltningsprocesslagen (1971:291).

*Syftet med bestämmelserna om jäv i rättegångsbalken är att säkerställa allmänhetens förtroende för domstolarna genom att utesluta domare från handläggningen av mål i vilket hans eller hennes förhållande till parten eller saken är sådant att det kan innebära fara för partiskhet. Att en omständighet är sådan att den är "ägnad" att rubba förtroendet för domarens opartiskhet innebär att frågan ska bedömas utifrån en objektiv måttstock och att frågan om domaren "känner sig" jävig i princip inte har någon betydelse (Fitger, Rättegångsbalken, en kommentar på Internet). Högsta domstolen har i NJA 1981 s. 1205 uttalat att jävsreglerna syftar till att skydda rättsskipningens objektiva handhavande och att det är angeläget att reglerna tillämpas på ett sådant sätt att en domare som omfattas av en sådan regel inte får delta i en rättegång även om det i det särskilda fallet saknas anledning att anta att han eller hon vid handläggningen eller avgörandet av målet skulle låta sig påverkas av sitt förhållande till den ena parten (jfr NJA 2007 s. 841)."<sup>97</sup> [min kursivering]*

I stycket ovan redogör RegR för hur jävsbestämmelserna bör förstås och vilket syfte som rättsregeln har. Det som RegR säger här kan avslöja hur domstolen formulerar sin rättsprincip och även hur domstolen tillämpar principen.

RegR fortsätter.

*”Bestämmelserna om jäv i rättegångsbalken ska tolkas och tillämpas i ljuset av Europakonventionen och dess krav i artikel 6.1 på att var och en har rätt att få sin sak prövad i en opartisk domstol. Europadomstolen skiljer i sin praxis mellan subjektiv och objektiv opartiskhet hos domstolen. Med subjektiv opartiskhet menas att en domare rent faktiskt inte har en förutfattad mening eller en önskan att främja den ena partens intressen medan man med objektiv opartiskhet menar att det finns garantier för att varje legitimt tvivel i detta*

---

<sup>97</sup> RÅ 2009 ref. 8.

*hänseende kan uteslutas. För att avgöra om den objektiva opartiskheten föreligger måste man ta ställning till om det finns en rimlig grund för en objektiv iakttagare att frukta en partisk hållning hos domaren. [min kursivering] (Danelius, SvJT 1991 s. 301).*

Av motiven till nyligen vidtagna ändringar av rättegångsbalken i syfte att öka möjligheterna för advokater att arbeta i domstol framgår bl.a. följande. *Möjligheten att adjungera i domstol ses som ett sätt att skapa ett bredare rekryteringsunderlag för domaranställningar. Möjligheten för domstolarna att anlita jurister som är verksamma utanför domstolsväsendet har traditionellt syftat till att tillföra domstolarna specialistkompetens i ett visst mål. Arbetet med att erbjuda etablerade jurister att adjungera som ledamot i framför allt överrätt har emellertid utvecklats till att avse en tids anställning i domstolen utan koppling till ett särskilt mål. Särskilda medel har skjutits till för att överrätterna ska kunna anställa adjungerade ledamöter och sådana ledamöter har också blivit mer vanligt förekommande under senare år.[min kursivering] I huvudsak har åklagare och advokater anställts men även jurister verksamma vid universitet samt andra myndigheter och organisationer har anställts som adjungerade ledamöter. Det anses att denna möjlighet att arbeta i domstol är värdefull ur flera aspekter. Domstolarna tillförs specialistkunskap och erfarenhet som berikar verksamheten och kan öka kvaliteten i dömandet. De jurister som adjungerar får tillfälle att bedöma sitt intresse för domaryrket och de själva och andra kan också få underlag för att bedöma deras lämplighet för detta yrke (prop. 2007/08:113 s. 16).”<sup>98</sup>[min kursivering]*

I styckena ovan redogör RegR bl.a. för hur domstolen tolkar art. 6.1 EKMR och vilka ”övriga omständigheter” eller yttre faktorer som domstolen enligt mig överväger vid sin bedömning av sakfrågan. Dessa omständigheter är bl.a. följande.

- ”Med subjektiv opartiskhet menas att en domare rent faktiskt inte har en förutfattad mening eller en önskan att främja den ena partens intressen medan man med objektiv opartiskhet menar att det finns garantier för att varje legitimt tvivel i detta hänseende kan uteslutas. För att avgöra om den objektiva opartiskheten föreligger måste man ta ställning till om det finns en rimlig grund för en objektiv iakttagare att frukta en partisk hållning hos domaren
- Syftet med anställningen är ”att skapa ett bredare rekryteringsunderlag” för domartjänster.

---

<sup>98</sup> RÅ 2009 ref. 8.

- Arbetet med att erbjuda etablerade jurister att adjungera som ledamot i framför allt överrätt har emellertid utvecklats till att avse en tids anställning i domstolen utan koppling till ett särskilt mål.
- Domstolarna har fått avsatt extra medel för att överrätterna ska kunna anställa adjungerande ledamöter och den typen av anställningar är vanligt förekommande.
- De adjungerade ledamöterna berikar verksamheten och kan öka kvaliteten i dömandet.”<sup>99</sup>

RegR fortsätter.

”Regeringsrätten gör följande bedömning.

*M.K. är tjänstledig från en anställning hos Skatteverket. Frågan i målet är om detta utgör en sådan särskild omständighet som kan rubba förtroendet för hennes opartiskhet i mål där Skatteverket är part. Denna fråga är att bedöma från såväl subjektiv som objektiv synpunkt. Såvitt gäller den subjektiva sidan har ingenting framkommit som ger anledning att ifrågasätta M.K:s opartiskhet.”<sup>100</sup> [min kursivering]*

RegR förtydligar ovan vilket rättsförhållande som rätten ska utreda och utifrån vilka ramar som bedömningen ska göras. Det framgår direkt att den subjektiva synpunkten inte är aktuell. Det framgår att domstolen inte anser att det inte framkommit något i ärendet som föranleder att ifrågasätta M.K. subjektiva opartiskhet.

RegR fortsätter.

”Vad gäller den objektiva bedömningen noterar Regeringsrätten inledningsvis följande. *Det är visserligen möjligt att en enskild part i ett mål där Skatteverket är den enskildes motpart kan känna misstro mot en domstol där det ingår en ledamot som är anställd vid Skatteverket, även om denne är tjänstledig från anställningen. Frågan är emellertid om en sådan misstro i alla lägen är objektivt berättigad.* [min kursivering]

*I förevarande fall bör vid denna bedömning beaktas att Skatteverket relativt nyligen omorganiserats från att tidigare ha bestått av en central myndighet och ett antal regionala skattemyndigheter på olika platser i landet till att bli en enda*

---

<sup>99</sup> RÅ 2009 ref. 8.

<sup>100</sup> RÅ 2009 ref. 8.

*rikstäckande myndighet med ett mycket stort antal olika enheter med sinsemellan vitt skilda uppgifter och funktioner. Det kan mot den bakgrunden ifrågasättas om den ändrade myndighetsstrukturen bör vara styrande för bedömningen av jävsfrågan. [min kursivering] Det är t.ex. knappast givet att den som är tjänstledig från ett arbete med folkbokföringsfrågor ska anses jävig i mål om mervärdesskatt. Det kan sålunda hävdas att om man tidigare kunde ha godtagit t.ex. att någon som var anställd vid en viss skattemyndighet deltog som adjungerad ledamot vid handläggning av mål där en annan skattemyndighet var part så borde detsamma kunna gälla även sedan Skatteverket formellt blivit en enda myndighet. [min kursivering]*

*Vidare bör beaktas att antalet mål i förvaltningsdomstol där Skatteverket är part är mycket stort. I de flesta mål torde det stå helt klart att det inte finns någon som helst koppling till en adjungerad ledamots tidigare tjänstgöring eller till den verksamhet han eller hon avser att återvända till efter avslutad adjunktion. När så är fallet bör det finnas ett utrymme för att bedöma frågan om förtroendet för ledamotens och därmed domstolens opartiskhet med hänsyn tagen till målets individuella karaktär. Det bör även beaktas att Skatteverkets partsställning ofta är en ren följd av att den enskilde överklagat ett visst beslut.”<sup>101</sup> [min kursivering]*

RegR anser alltså att det i de flesta mål inte finns någon koppling till den adjungerade ledamotens tidigare anställning eller den anställning som denne avser att återvända till efter avslutad tjänstgöring vid domstolen. Om det framgår av omständigheterna att så är fallet kan rätten vid sin bedömning av frågan om förtroendet för ledamotens och därmed rättens opartiskhet, ta hänsyn till målets individuella karaktär.

RegR fortsätter.

*”Enligt Regeringsrättens mening bör frågan om jäv objektivt sett föreligger således bedömas med hänsyn tagen till det aktuella målets individuella karaktär. Vid en sådan bedömning kan det vidare finnas skäl att beakta domstolens sammansättning och även vilken typ av beslut som är i fråga. Det är exempelvis inte givet att kravet på den objektiva opartiskheten alltid bör vara detsamma för en ensamdomare som för en av flera ledamöter i en kollegial domstol. På samma sätt bör bedömningen kunna variera beroende på om det är fråga om deltagande vid det slutliga avgörandet av ett mål eller vid olika beslut som fattas under den föregående handläggningen. [min kursivering]*

---

<sup>101</sup> RÅ 2009 ref. 8.



Såvitt avser det nu aktuella målet framgår av utredningen att *M.K:s tidigare tjänstgöring hos Skatteverket avsett annan verksamhet än sådan som var aktuell i målet hos kammarrätten och även att hon arbetat på annat håll i landet än den enhet hos Skatteverket som förde talan i målet. Hon deltog vidare endast som en av tre ledamöter vid beslut om avslag på begäran om muntlig förhandling.*[min kursivering]

*Målet har senare avgjorts genom dom, varvid hon inte deltagit. Mot denna bakgrund anser Regeringsrätten inte att det framkommit något som är ägnat att rubba tilltron till domstolen och till att målet handlagts på ett opartiskt sätt. Bolaget har således inte haft fog för sin jävsinvändning mot M.K.*"<sup>102</sup>[min kursivering]

#### 4.1.2.2 Rättsregel

Nedan följer min tolkning av de rättsprinciper/rättsregler som rätten ger uttryck för. Jag sammanfattar dem kort till en möjlig rättsregel.

- ”Syftet med bestämmelserna om jäv i rättegångsbalken är att säkerställa allmänhetens förtroende för domstolarna genom att utesluta domare från handläggningen av mål *i vilket hans eller hennes förhållande till parten eller saken är sådant att det kan innebära fara för partiskhet. Att en omständighet är sådan att den är "ägnad" att rubba förtroendet för domarens opartiskhet innebär att frågan ska bedömas utifrån en objektiv måttstock och att frågan om domaren "känner sig" jävig i princip inte har någon betydelse.*<sup>103</sup>  
[min kursivering]
- Det är visserligen möjligt att en enskild part i ett mål där Skatteverket är den enskildes motpart kan känna misstro mot en domstol där det ingår en ledamot som är anställd vid Skatteverket, även om denne är tjänstledig från anställningen. *Frågan är emellertid om en sådan misstro i alla lägen är objektivt berättigad.*<sup>104</sup>[min kursivering]
- Enligt RegR bör frågan om jäv objektivt sett föreligger således *bedömas med hänsyn tagen till det aktuella målets individuella karaktär. Vid en sådan bedömning kan det vidare finnas skäl att beakta domstolens sammansättning och även vilken typ av beslut som är i fråga. Det är exempelvis inte givet att kravet på den objektiva opartiskheten alltid bör vara detsamma för en*

---

<sup>102</sup> RÅ 2009 ref. 8.

<sup>103</sup> RÅ 2009 ref 8, s. 3.

<sup>104</sup> RÅ 2009 ref 8, s. 4.

*ensamdomare som för en av flera ledamöter i en kollegial domstol. På samma sätt bör bedömningen kunna variera beroende på om det är fråga om deltagande vid det slutliga avgörandet av ett mål eller vid olika beslut som fattas under den föregående handläggningen.”<sup>105</sup> [min kursivering]*

### **Rättsregel:**

Endast det förhållandet att en adjungerad ledamot är anställd men tjänstledig från en myndighet som är part i målet, gör inte att denna ledamot objektivt sett är jävig.

### **4.1.2.3 Rättsfakta**

- M.K. är tjänstledig från sin tjänst hos skatteverket under tiden för sin adjunktion vid kammarrätten.
- M.K. har deltagit i ett beslut vid Kammarrätten i Stockholm att avslå bolagets begäran om muntlig förhandling i mål nr 2538-08 som handlar om särskilda tvångsåtgärder i beskattningsförfarandet.
- Skatteverket är bolagets motpart i detta mål.
- Skatteverket relativt nyligen omorganiserats från att tidigare ha bestått av en central myndighet och ett antal regionala skattemyndigheter på olika platser i landet till att bli en enda rikstäckande myndighet med ett mycket stort antal olika enheter med sinsemellan vitt skilda uppgifter och funktioner.
- Antalet mål i förvaltningsdomstol där Skatteverket är part är mycket stort.
- Skatteverkets partsställning ofta är en ren följd av att den enskilde överklagat ett visst beslut.
- M.K:s tidigare tjänstgöring hos Skatteverket har avsett annan verksamhet än sådan som var aktuell i målet hos kammarrätten och även att hon arbetat på annat håll i landet än den enhet hos Skatteverket som förde talan i målet.
- Hon deltog vidare endast som en av tre ledamöter vid beslut om avslag på begäran om muntlig förhandling.
- Målet har senare avgjorts genom dom, varvid hon inte deltagit.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> RÅ 2009 ref. 8 s. 4.

<sup>106</sup> RÅ 2009 ref. 8.

#### **4.1.2.4 Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?**

Utifrån rättsregeln och de rättsfakta som jag har analyserat i föregående avsnitt ställer jag mig undrade till hur underinstanserna ska förhålla sig till prejudikatet? Ska de utgå från den rättsregel vilken RegR uttrycker eller är de specifika omständigheterna tillsammans med själva domen som är prejudicerande?

Varken den omständigheten att Skatteverket är motpart i ärendet eller att RegR konstaterar att antalet mål där Skatteverket är part är mycket stort, tycks ha någon betydelse för avgörandets utgång och kan inte kopplas till någon av de rättsprinciper som jag konstaterat. Jag kan inte heller se att den omständigheten, att M.K. under sin anställning vid Skatteverket, varit placerad inom Skatteverket på en annan avdelning och en annan ort än den avdelningen inom Skatteverket som varit part i det aktuella målet, skulle ha någon betydelse för rättsprincipens innehåll.

De omständigheter, som enligt mig har ett samband med den allmänna rättsprincipen i målet, är de att M.K. inte varit ensamdomare vid beslutsfattandet och att hon heller inte deltagit när målet avgjorts genom dom.

I analysen har jag noterat omständigheter vilka jag kategoriserat som ”övriga omständigheter”. En sådan omständighet är bl.a. att M.K:s anställning som ledamot är en del av den satsning som regeringen gjort för att skapa ett bredare rekryteringsunderlag för domstolen. Vilken betydelse har sådana ”övriga omständigheter” för underinstanserna när de ska tillämpa prejudikatet? Ska de ta hänsyn till dem eller bortse från dem?

RegR nämner i sina domskäl att en ”individuell bedömning” ska göras i ärendet. Vad betyder det? Innebär det att fakta är irrelevant för domen och att underinstanserna endast ska beakta den rättsregel som RegR ger uttryck för när de följer prejudikatet?

## **4.2 NJA 2010 s. 274**

### **4.2.1 Sammanfattning av rättsfallet**

I det uppmärksammade Pirate Bay-målet åtalades fyra personer för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen genom att ha varit delaktiga i fildelningstjänsten The Pirate Bay. Den 17 april 2009 dömdes samtliga till ett års fängelse vardera vid Stockholms TR. I samband med att domen överklagades till Svea HovR utlystes det tid för huvudförhandling varpå hovrätten genom en skrivelse informerade parterna om vilka ledamöter som

tilldelats målet. I skrivelsen informerade HovR även om ledamöternas respektive engagemang i frågor med någon anknytning till målet.

Två av de tilltalade, C.L. och P.S.K. gjorde i samband med det en invändning om jäv avseende två av ledamöterna - hovrättslagmannen K.B. och hovrättsrådet U.I. I sin invändning ansåg de två tilltalade att jäv förelåg mot bakgrund av att K.B. var medlem i Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd (SFIR) och att U.I. tidigare varit medlem i Svenska Föreningen för Upphovsrätt (SFU). Utöver det anförde C.L. att U.I. även hade andra immaterialrättsliga uppdrag. Hovrätten gjorde bedömningen att C.L. då åsyftat U.I:s engagemang som f.d. sekreterare i Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd och hennes tidigare tjänstgöring vid justitiedepartementets enhet för immaterialrätt och transporträtt.<sup>107</sup>

Syftet med SFU, såsom det beskrivs av HovR:n, är att bidra till upphovsrättens fortsatta utveckling genom att främja kunskapen om rättsområdet. SFU uttrycker på sin hemsida att den inte tar ställning i rättspolitiska frågor och därför inte avger några remissvar. Genom föredrag, diskussioner och publikationsverksamhet hoppas SFU uppnå sitt syfte. SFU har ett internationellt nätverk och några stödjande organisationer var verksamhet överensstämmer med SFU:s. Medlemsantalet var 2007/2008 389 och det har i framkommit någon omständighet i målet till styrkande av att SFU tagit ställning till någon av de frågor som är föremål för prövningen i målet.<sup>108</sup>

Enligt HovR:n är syftet med SFIR att öka förståelsen för vikten av ett industriellt rättsskydd omfattande i stort alla immateriella rättigheter såsom mönster, design, uppfinningar, firma, varumärke m.fl. Föreningen önskar dessutom främja ett effektivt rättsskydd mot otillbörlig konkurrens. SFIR sprider även information om gällande lagstiftning och verkar för en utveckling av det industriella rättsskyddet, nationellt och internationellt.<sup>109</sup>

SFIR bedriver ”informations-, utbildnings- och policyverksamhet i form av bl.a. föredrag, föreläsningar, diskussioner vid sammankomster med föreningens medlemmar samt kurser, seminarier och andra former av kommunikation för i första hand medlemmarna men är även öppna för andra intresserade”.

SFIR har avgett remissvar 2001 i samband med ”Ds 2001:13 E-handelsdirektivet – genomförande av direktivet 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster”.

Målet togs upp för prövning i HD som avgjorde målet efter föredragning och anförde vissa nya beslutsskäl, men åberopade i övrigt samma skäl som

---

<sup>107</sup> NJA 2010 s. 275.

<sup>108</sup> NJA 2010 s. 276.

<sup>109</sup> NJA 2010 s. 276.

HovR:n framställt. I ett sådant fall så får HovR:ns och HD:s domskäl sammanställas.<sup>110</sup>

Överklagandet om jäv enligt kap. 4 13 § 10 p. RB avslogs av HD.

## 4.2.2 Genomgång av domskäl och urskiljande av rättsfakta och rättsregel

### 4.2.2.1 Domskäl

HovR anförde:

”Bestämmelser om domarjäv finns i 4 kap. 13 § RB. Paragrafen innehåller dels en uppräknning av särskilt angivna förhållanden - t.ex. släktskap till part eller domarens eventuella privata ekonomiska intresse i ett mål - som medför att en domare är jävig att handlägga ett mål (punkterna 1-9), dels en allmänt hållen bestämmelse - en generalklausul - om att en domare är jävig om det annars föreligger någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till hans eller hennes opartiskhet i målet (punkten 10). Det är den sistnämnda bestämmelsen som är aktuell vid prövningen av förevarande fråga.

Av betydelse för tolkningen av generalklausulen är artikel 6.1 i den Europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (se t.ex. NJA 1998 s. 228). Europadomstolen har i sin rättspraxis urskiljt två element - krav på subjektiv opartiskhet, nämligen att varje domare faktiskt ska döma opartiskt, samt krav på objektiv opartiskhet, som innebär att det för en objektiv iakttagare inte får föreligga några legitima tvivel om domstolens opartiskhet. Domstolen ska med andra ord också uppfattas som opartisk.

Ramen för hovrättens prövning utgörs av de omständigheter som har förts fram av de tilltalade.

U.I. och SFU m.m.

*Enligt stadgarna för SFU har föreningen till ändamål att genom föredrag, diskussioner, publikationsverksamhet m.m. främja kunskapen om upphovsrätten och bidra till detta rättsområdes fortsatta utveckling. Enligt i målet åberopad information från SFU:s hemsida tar föreningen inte själv*

---

<sup>110</sup> Bernitz m.fl. s. 157.

*ställning i rättspolitiska frågor och svarar därför inte heller på remisser. Föreningen har enligt stadgarna till uppgift att söka kontakt med motsvarande internationella organisationer och uttrycker på sin hemsida att detta sker "för att främja svensk upphovsrätt genom anknytning till ett internationellt nätverk." [min kursivering] SFU har ett antal stödjande medlemmar, bl.a. International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), och är anslutet till den internationella föreningen Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI). Advokaten P.D., vilken är ombud i målet, sitter i SFU:s styrelse och det har även gjorts gällande att fler av ombuden i målet är medlemmar. Enligt föreningens verksamhetsberättelse för 2007 hade SFU 389 medlemmar vid årsskiftet 2007/ 08. Det har inte framkommit någonting som tyder på att SFU tagit ställning till de frågor som är föremål för prövning i målet. [min kursivering]*

Att U.I. tidigare har varit medlem i en förening vars uttalade syfte är att med olika medel främja kunskapen om upphovsrätt och bidra till rättsområdets utveckling utgör inte en omständighet som ensam kan vara ägnad att rubba förtroendet till hennes opartiskhet. Inte heller den omständigheten att vissa av ombuden i målet är medlemmar i SFU kan anses ha någon egentlig påverkan vid bedömningen av U.I:s opartiskhet. För att en anknytning till en aktör som inte är part i målet ska kunna medföra att en domare blir jävig måste enligt hovrättens bedömning krävas en betydligt närmare, och mycket mer personlig relation (jfr Tiby, Domarjäv s. 215 och även Fitger, Kommentar till rättegångsbalken s. 4:33). Det har i övrigt inte framkommit någonting avseende U.I. eller hennes engagemang i SFU som ger anledning att betvivla hennes faktiska eller upplevda opartiskhet i målet. U.I:s tidigare engagemang i Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd, som uttalar sig i frågor angående upphovsrättsligt skydd för brukskonst, är i detta mål helt perifert. Inte heller hennes tidigare anställning vid Justitiedepartementet grundar jäv. Vid en samlad bedömning ska invändningen om jäv mot henne därför avslås.

#### K.B. och SFIR

SFIR har enligt sina stadgar till ändamål att främja förståelse för vikten av ett väl utvecklat industriellt rättsskydd i vidaste bemärkelse, internationellt och nationellt, inbegripet skydd för uppfinningar, mönster och design, varumärke, firma, ursprungsangivelse och ursprungskännetecken samt andra närstående immateriella rättigheter liksom ett effektivt rättsskydd mot otillbörlig konkurrens, att sprida kännedom om gällande lagstiftning och rättspraxis på området samt att verka

för en vidareutveckling av det industriella rättsskyddet, nationellt och internationellt, och en anpassning av detta till den industriella och kommersiella utvecklingens krav. *Föreningen fullföljer, enligt stadgarna, sitt ändamål genom att "bedriva informations-, utbildnings- och policyverksamhet i form av bl.a. föredrag, föreläsningar och diskussioner vid sammankomster med föreningens medlemmar samt kurser, seminarier och andra former av kommunikation för i första hand medlemmarna men även öppna för andra intresserade". SFIR avger remissvar i immaterialrättsliga frågor och vill, enligt information tillgänglig på föreningens hemsida, genom sin verksamhet bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på området, såväl i Sverige som internationellt.* [min kursivering] C.L. har i målet särskilt pekat på det remissvar som SFIR avgav 2001 med anledning av "Ds 2001:13 E-handelsdirektivet - genomförande av direktivet 2000/31/EG om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster". Han har härvid bl.a. gjort gällande att SFIR i sitt remissvar intagit samma ståndpunkt som åklagaren och målsäganden gör gällande i målet angående den straffrättsliga tillämpningen. Det har vidare gjorts gällande att flera av ombuden i målet ingår/har ingått bland SFIR:s ca 700 medlemmar.

Vad som framkommit om SFIR visar enligt hovrättens mening att föreningen är en aktiv debattör och aktör i upphovsrättsliga frågor. De mer allmänna ståndpunkter som föreningen ger uttryck för inbegriper bl.a. ett väl utvecklat upphovsrättsligt skydd, en vidareutveckling av detta skydd samt en enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på området. Att en domare är medlem i en förening som på ett visst rättsområde allmänt tar ställning på detta vis kan inte i sig anses medföra att domaren ska anses jävig att handlägga mål inom samma rättsområde.

En utgångspunkt i svensk rätt är att politiska eller ideologiska motsättningar mellan en domare och en part i allmänhet inte utgör tillräckligt konkreta förhållanden för att de ska anses grunda jäv (se t.ex. Ekelöf och Edelstam, Rättegång, Första häftet, 8 uppl. 2002, s. 148). Jäv kan emellertid föreligga om domaren representerar en förening eller sammanslutning som har ett direkt intresse av utgången i målet, med vilket menas framför allt ett ekonomiskt intresse men även t.ex. en organisations intresse av att bibehålla en viss ställning i samhället (se NJA 1978 s. 464). Jäv kan också föreligga om domaren eller föreningen särskilt har engagerat sig i den sak som målet gäller (Tiby, Domarjäv, s. 215).

I det aktuella fallet har framkommit att SFIR i ett remissvar 2001 givit uttryck för mer direkta åsikter i frågor med nära anknytning till målet. SFIR tog bl.a. ställning för utvidgade ansvarsregler för s.k. tjänsteleverantörer. Remissvaret ingick i den förberedelse som ledde fram till lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. I målet torde ingå att ta ställning till nämnda lags bestämmelser avseende bl.a. ansvarsfrihet för tjänsteleverantörer. Enligt reglerna om jäv gäller att en domare som tidigare givit uttryck för en uppfattning om hur ett visst juridiskt problem, en rättsfråga, bör bedömas, inte är jävig att döma i ett mål där samma rättsfråga återigen aktualiseras. (Se Fitger, Kommentarer till rättegångsbalken, s. 4:34 a. Jämför även RÅ 2005 ref. 1.) Motsatsen skulle innebära att en domare annars skulle vara förhindrad att döma i ett mål där en rättsfråga ska prövas som domaren tidigare bedömt i ett annat mål. I speciella fall, där en domare aktivt har tagit befattning med saken i en annan egenskap än som domare, kan tänkas att jävsproblematiken blir svårare. Europadomstolen har exempelvis i fallet Procola mot Luxemburg (avgjort 1995-09-28; se SvJT 1995 s. 773) ansett att kravet på en opartisk domstol inte har varit uppfyllt när fyra av fem ledamöter tidigare aktivt yttrat sig över regler de senare haft att pröva. Det har i målet inte ens gjorts gällande att K.B. på något sätt deltagit vid utarbetandet av remissvaret eller har någon närmare anknytning till det utöver att hon är medlem i SFIR. Med hänsyn till det nu sagda kan remissvaret som sådant inte anses vara ägnat att rubba förtroendet till K.B:s opartiskhet i målet.

Även om SFIR får uppfattas som en förening som i första hand ser till rättighetshavares intressen och rättigheter, har det inte framkommit några konkreta omständigheter som tyder på att SFIR har ett särskilt intresse av utgången i just detta mål eller att SFIR engagerat sig i de konkreta frågor som ska prövas i målet. Det allmänna intresse som SFIR kan tänkas ha av att motverka intrång i immateriella rättigheter ligger väl i linje med vad som följer av grundlag (s kap. 19 § RF) och i övrigt av svensk lag på området. Att K.B. som medlem i föreningen får anses dela detta intresse medför enligt hovrättens bedömning inte att det finns skäl för en objektiv bedömning att betvivla hennes opartiskhet vid prövningen av de bevis- och rättsfrågor hon ställs för som domare i målet.

K.B:s medlemskap i SFIR medför inte heller, enligt samma resonemang som för U.I. ovan, att hon har någon sådan närmare anknytning till en annan aktör i målet att hon av den anledningen kan anses jävig.



Det har i övrigt inte framkommit någonting avseende K.B. eller hennes engagemang i SFIR som ger anledning att betvivla hennes faktiska eller upplevda opartiskhet i målet. Vid en samlad bedömning ska invändningen om jäv mot henne därför avslås.”<sup>111</sup>

HD anförde:

”1. Stockholms tingsrätt har i ett mål om fildelning (Pirate Bay) dömt ett antal personer för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen. Inför handläggningen av överklaganden i sak till hovrätten har fråga uppkommit om vissa hovrättsdomare är jäviga. Det har påståtts att jäv föreligger beträffande hovrättslagmannen K.B. därför att hon är medlem i Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd och beträffande hovrättsrådet U.I. därför att hon varit medlem i Svenska Föreningen för Upphovsrätt och haft andra immaterialrättsliga engagemang. Med det sistnämnda torde avses att U.I. varit sekreterare i Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd och tjänstgjort vid Justitiedepartementets enhet för immaterialrätt och transporträtt. Hovrätten har ogillat jävsinvändningarna, varefter besluten har överklagats till HD.

2. Bestämmelser om jäv finns i 4 kap. 13 § RB. I punkterna 1-9 nämns vissa konkreta omständigheter som medför jäv. I punkt 10 anges att en domare är jävig, om eljest särskild omständighet föreligger som är ägnad att rubba förtroendet till domarens opartiskhet i målet.

*3. Med partiskhet förstås att domaren låter partsställningen påverka utgången av målet. Skulle domaren vara beredd att döma på samma sätt även om partsställningen varit den omvända, är domaren inte partisk.[min kursivering]*

4. Fastän punkten 10 i 4 kap. 13 § RB handlar om partiskhet, måste punkten tolkas så att den även omfattar annan särskild omständighet som inverkar på domarens oberoende i målet. Denna tolkning stöds av artikel 6 Europakonventionen, som gäller som lag i Sverige. Enligt nämnd artikel ska var och en vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott vara berättigad till en förhandling inför en oavhängig och opartisk domstol. Med oberoende eller oavhängighet förstås att domaren inte får ha sådana bindningar, eller sådan nytta eller sådant obehag av en viss utgång i målet, att det påverkar domarens ställningstagande.

---

<sup>111</sup> NJA 2010 s. 274, s. 1-3.

5. *I sammanhanget kan noteras att i 8 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande endast talas om att en skiljeman ska vara opartisk. I linje med hur jävsbestämmelser brukar formuleras i olika skiljedomsreglementen anses bestämmelsen ändå innebära ett krav inte bara på opartiskhet utan också på oberoende (jfr Lindskog, Skiljeförfarande En kommentar, 2005, s. 440 f.).*[min kursivering]

6. Som framgår av 4 kap. 13 § 10 RB räcker det inte att domaren faktiskt är opartisk och oberoende. Det får inte heller föreligga någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet för hans opartiskhet och oberoende. Detsamma gäller enligt Europadomstolens praxis, enligt vilken det krävs såväl att varje domare faktiskt ska döma opartiskt och vara oavhängig som att det för en objektiv iakttagare inte får finnas några legitima tvivel om domstolens opartiskhet och oberoende (jfr Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 2007, s. 182). Av det anförda följer att *det inte är tillräckligt att en part saknar förtroende för domaren; det måste finnas en rimlig grund för partens åsikt.*[min kursivering]

7. *En domare har inför rättegången självfallet ofta en åsikt om en rättsfråga som aktualiseras i målet. Detta medför inte att han är partisk, om han är beredd att följa sin övertygelse oberoende av vem som gynnas av tillämpningen. För att domaren dessutom ska vara oberoende måste han vara beredd att utan sidoblickar ompröva sin åsikt, ifall målet föranleder detta.*[min kursivering]

8. I svensk praxis har det ansetts inte utgöra jäv att en domare i ett lagstiftningsärende eller i en dom i ett annat mål eller i ett rättsvetenskapligt sammanhang uttryckt en åsikt i en rättsfråga som aktualiseras i målet.

9. Europadomstolens dom i målet McGonnell mot Förenade Konungariket (nr 28488/95, den 8 februari 2000, ECHR 2000-II) rörde ett fall där styresmannen på Guernsey, the Bailiff, först hade medverkat vid utarbetandet av en plan (DDP6) och därefter dömt i ett mål om avvikelse från planen. Europadomstolen ansåg här jäv föreligga och anförde: " - - - the Court considers that any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue. - - - The applicant therefore had legitimate ground for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself,

however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal court - - -.

10. *En domares tidigare deltagande i ett lagstiftningsärende som rättssakkunnig i Regeringskansliet kan inte anses i sig utgöra en sådan direkt medverkan (direct involvement) att den är ägnad att rubba förtroendet för domarens oberoende i ett mål där lagstiftningen aktualiseras.*[min kursivering]

11. Med hänsyn till det ovanstående och i övrigt på de av hovrätten anförda skälen är ingen av de i överklagandet åberopade omständigheterna ägnad att rubba förtroendet för K.B:s eller U.I:s opartiskhet och oberoende i målet.

12. Överklagandet ska därför avslås.”<sup>112</sup>

#### 4.2.2.2 Rättsregel

Nedan följer min tolkning av de rättsprinciper/rättsregler som rätten ger uttryck för. Jag sammanfattar dem kort till en möjlig rättsregel.

- Det går inte att komma ifrån att en domare i regel har en åsikt om en rättsfråga som är aktuell i ett mål som domaren är delaktig i. En sådan åsikt medför automatiskt däremot inte att domaren är partisk, så länge denne är villig att stå fast vid sin övertygelse oavsett vem av parterna som gynnas av tillämpningen.<sup>113</sup>
- HD anser att det med partiskhet förstås som att domaren låter partsställningen påverka utgången av målet. Domaren är opartisk om denne är beredd att döma på samma sätt om partsställningen varit omvänd.<sup>114</sup>
- Om en part saknar förtroende för en domare måste det finnas en rimlig grund för denna förtroendebrist för att det ska vara tillräckligt.<sup>115</sup>
- Det är inte tillräckligt att domaren faktiskt inte är opartisk och oberoende, det får heller inte föreligga någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet för domarens opartiskhet och oberoende.<sup>116</sup>
- HD anser att om en domare tidigare varit delaktig i ett lagstiftningsärende som rättssakkunnig i Regeringskansliet, kan det

---

<sup>112</sup> NJA 2010 s. 274, s. 4-5.

<sup>113</sup> NJA 2010 s. 274, s. 4.

<sup>114</sup> NJA 2010 s. 274, s. 4.

<sup>115</sup> NJA 2010 s. 274, s. 4.

<sup>116</sup> NJA 2010 s. 274, s. 4.

inte sägas utgöra en sådan "direkt medverkan" att den är ägnad att rubba förtroendet för domarens oberoende i ett mål där lagstiftningen aktualiseras.<sup>117</sup>

### **Rättsregel:**

En domare som har en åsikt om en rättsfråga vilken denne senare ska komma att avgöra, kan inte endast mot den bakgrunden anses vara jävig. Att en domare dessutom varit delaktig i ett lagstiftningsärende som avser samma rättsfråga vilken denne senare ska döma i, medför i sig inte att jäv anses föreligga.

### **4.2.2.3 Rättsfakta**

- U.I. har tidigare varit medlem i SFU. SFU:s syfte är att med olika medel främja kunskapen om upphovsrätt och bidra till rättsområdets utveckling.
- Vissa ombud i målet är också medlemmar i SFU.
- "Enligt stadgarna för SFU har föreningen till ändamål att genom föredrag, diskussioner, publikationsverksamhet m.m. främja kunskapen om upphovsrätten och bidra till detta rättsområdes fortsatta utveckling. Enligt i målet åberopad information från SFU:s hemsida tar föreningen inte själv ställning i rättspolitiska frågor och svarar därför inte heller på remisser. Föreningen har enligt stadgarna till uppgift att söka kontakt med motsvarande internationella organisationer och uttrycker på sin hemsida att detta sker "för att främja svensk upphovsrätt genom anknytning till ett internationellt nätverk."<sup>118</sup>
- "Det har inte framkommit någonting som tyder på att SFU tagit ställning till de frågor som är föremål för prövning i målet."<sup>119</sup>
- U.I:s medlemskap i Föreningen Svensk Forms Opinionsnämnd
- U.I:s tidigare anställning vid Justitiedepartementet.
- K.B. har medlemskap i en förening (SFIR) som allmänt tar ställning till frågor inom samma rättsområde som målet avser.
- Föreningen (SFIR) fullföljer, enligt stadgarna, sitt ändamål genom att "bedriva informations-, utbildnings- och policyverksamhet i form av bl.a. föredrag, föreläsningar och diskussioner vid sammankomster

---

<sup>117</sup> NJA 2010 s. 274, s. 5.

<sup>118</sup> NJA 2010 s. 274, s. 2.

<sup>119</sup> NJA 2010 s. 274, s. 2.

med föreningens medlemmar samt kurser, seminarier och andra former av kommunikation för i första hand medlemmarna men även öppna för andra intresserade".<sup>120</sup> SFIR avger remissvar i immaterialrättsliga frågor och vill, enligt information tillgänglig på föreningens hemsida, genom sin verksamhet bidra till en ändamålsenlig och enhetlig utveckling av lagstiftning och rättstillämpning på området, såväl i Sverige som internationellt.

- SFIR gav ett remissvar som ingick i förberedelsen till lagen (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster.
- Remissvaret överensstämde med åklagarens och målsägandens inställning i målet angående den straffrättsliga tillämpningen.
- SFIR:s remissvar innehöll direkta åsikter i frågor med nära anknytning till målet.<sup>121</sup>

#### **4.2.2.4 Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?**

I jämförelse med RÅ 2009 ref 8 framgår det enligt mig något tydligare i NJA 2010 s.274 att det finns ett samband mellan rättsprincip och rättsfakta. Jag anser att det rättsfaktumet att en ledamot som deltagit som rättsakkunnig i ett lagstiftningsärende, vilket senare är aktuellt i målet, har ett samband med rättsprincipen. Dessutom är rättsprincipen av betydelse för målets avgörande. HD bedömer att en sådan medverkan inte kan jämföras med vad som anses utgöra en s.k. direkt medverkan som är ägnad att rubba domarens oberoende. Jag ställer mig dock undrande över hur underinstanserna ska förhålla sig till själva rättsfaktumet och dess samband med utgången i målet? Vilka andra rättsfakta kan i framtida mål likställas med att vara sakkunnig i ett lagstiftningsärende?

De rättsfakta som jag inte anser har något samband med varken rättsprincipen eller utgången i målet är U.I:s och K.B:s respektive medlemskap i diverse föreningar som är engagerade i frågan att stärka det immaterialrättsliga skyddet generellt. Beror det på att parterna i målet inte åberopat tillräckligt starka omständigheter till grund för sin talan och att HD är förhindrad av dispositionsprincipen i 17:3 § RB att beakta andra omständigheter? Eller är en domares privata medlemskap i en förening, oavsett dess ändamål, ointressant för beslutets utgång?

---

<sup>120</sup> NJA 2010 s. 274, s. 2-3.

<sup>121</sup> NJA 2010 s. 274.

## 4.3 Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005

### 4.3.1 Sammanfattning av rättsfallet

Sökanden, Kyprianou, K.(K.K.) var advokat och bosatt i Nicosia, Cypern. Under en pågående mordrättegång i brottmålsdomstolen i Limassol där K.K. agerade försvarsadvokat, dömdes han för domstolstrots till fem dagars fängelse av samma domstol.

Under ett vittnesförhör av åklagarens vittne protesterade K.K. mot att han blivit avbruten av vittnet och att rättsens ledamöter dessutom satt och samtalade med varandra under det pågående förhöret. K.K. anklagade domarna för att ha skickat lappar till varandra, s.k. ”ravasakia” som ungefärligt betyder kärleksbrev.<sup>122</sup>

Denna anklagelse föranledde att rättsens ledamöter ansåg att de personligen blivit djupt förolämpade och menade att den sortens anklagelse var det absolut grövsta domstolstrots de kunde föreställa sig. Vidare hävdade rätten att ett sådant domstolstrots måste korrigeras omedelbart med risk för att rättssystemet annars skulle komma att lida allvarlig skada. Straffet om fem dagars fängelse avtjänades omedelbart och K.K: s överklagande avslogs.

K.K. ansåg att domstolen bl.a. kränkt hans rättigheter till en oberoende och opartisk rättegång i enlighet med art. 6.1 EKMR och klagade till Europadomstolen som prövades i kammare den 27 januari 2004.

Europadomstolen tog sedermera upp målet för prövning i storkammare den 15 december 2005. Domstolens uppgift var att avgöra huruvida den summariska process som använts i K.K: s fall föranledde en kränkning mot art. 6.1 EKMR. Det var samma domare som beslutade att åtala, pröva och slutligen avgöra om K.K. gjort sig skyldig till domstolstrots som hade varit de direkta objekten för K.K: s klander.

Målet i Europadomstolen kom alltså att handla om ett öppet domstolstrots som riktades direkt mot domarna och ansåg att ett sådant förfarande som ägt rum i brottmålsdomstolen i Limassol för en objektiv betraktare kunde väcka vissa berättigade farhågor om den vedertagna principen att ingen ska döma i eget mål och även kring domstolens opartiskhet.

K.K. åberopade även att domarna varit jäviga mot den bakgrunden att de ansett sig blivit personligen kränkta och förolämpade. Domstolen hade dessutom enligt Europadomstolen använt sig av ett språk i sitt avgörande som avvek från den objektivitet som domare förväntas närma sig ett problem med. Europadomstolen ansåg att det framgick av avgörandet att domarna i ett tidigt skede av processen avslöjat sin inställning till K.K: s

---

<sup>122</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 16-17.

agerande och på förhand ”dömt” honom för domstolstrots vilket senare även utdömdes genom fängelsestraff som verkställdes med omedelbar verkan.

I Europadomstolens dom framgår det att domstolen i Limassol gett K.K. valmöjligheten att ångra det han anklagat ledamöterna för och redogöra varför han skulle slippa fängelsestraff eller stå fast vid det han sagt.

Slutligen ansåg Europadomstolen att domarna inte förmått att skilja sig från händelsen i så stor grad att deras agerande inte skulle utgöra en kränkning av art. 6.1 EKMR trots att domarnas intentioner om att skydda sin integritet och rättssystemet varit deras egentliga avsikt.

Europadomstolen avgjorde målet enhälligt och ansåg att domstolen i Limassol genom sitt handlande kränkt art. 6.1 EKMR. Domstolens agerande, särskilt med tanke på domarnas personliga ageranden, föranledde att den inte kunde anses varit opartisk varken ur ett objektiva eller subjektiva hänseende och att K.K:s klagan varit berättigad.

## **4.3.2 Genomgång av domskälen och urskiljande av rättsregel och rättsfakta**

### **4.3.2.1 Domskäl**

Europadomstolens, härefter domstolen, bedömning avseende en eventuell kränkning av art. 6.1 EKMR framgår av p. 118-135. Inledningsvis redogör domstolen för de utgångspunkter som ligger till grund för domstolens bedömning av huruvida en kränkning av art. 6.1 EKMR och rätten till att prövas inför en opartisk domstol ägt rum eller inte. Principer som utvecklats genom praxis presenteras i p. 118-121.

”118. The Court reiterates at the outset that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused (see *Padovani v. Italy*, judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-B, p. 20, § 27). To that end Article 6 requires a tribunal falling within its scope to be impartial. *Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. The Court has thus distinguished between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case, and an objective approach, that is determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect.* [min kursivering] (see *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, pp. 14-15, § 30, and

*Grievés v. the United Kingdom* [GC], no. 57067/00, § 69, 16 December 2003).

*As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of some importance.* [min kursivering] (see *Castillo Algar v. Spain*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3116, § 45, and *Morel v. France*, no. 34130/96, § 42, ECHR 2000-VI). *When it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it is not impartial is important but not decisive. What is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified* [min kursivering] (see *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, pp. 951-52, § 58, and *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII).

119. *In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary.* [min kursivering] (see *Hauschildt v. Denmark*, judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, § 47). *As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal reasons* (see *De Cubber*, cited above, p. 14, § 25). *The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long-established in the case-law of the Court* [min kursivering] (see, for example, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 25, § 58). *It reflects an important element of the rule of law, namely that the verdicts of a tribunal should be final and binding unless set aside by a superior court on the basis of irregularity or unfairness. This principle must apply equally to all forms of tribunal including juries* [min kursivering] (see *Holm v. Sweden*, judgment of 25 November 1993, Series A no. 279-A, p. 14, § 30). Although in some cases it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption, it must be remembered that the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee (see *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports* 1996-III, p. 793, § 32). In other words, the Court has recognised the difficulty of establishing a breach of Article 6 on account of subjective partiality and for this reason has in the vast majority of cases raising impartiality issues focused



on the objective test. However, there is no watertight division between the two notions since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (subjective test).

120. The Court has held for instance that *the judicial authorities are required to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they deal in order to preserve their image as impartial judges. That discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked. It is the higher demands of justice and the elevated nature of judicial office which impose that duty* [min kursivering] (see *Buscemi v. Italy*, no. 29569/95, § 67, ECHR 1999-VI). Thus, where a court president publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case before presiding over the court that had to decide it, his statements were such as to justify objectively the accused's fears as to his impartiality (*ibid.*, § 68). On the other hand, in another case, where a judge engaged in public criticism of the defence and publicly expressed surprise that the accused had pleaded not guilty, the Court approached the matter on the basis of the subjective test (see *Lavents v. Latvia*, no. 58442/00, §§ 118-19, 28 November 2002).

121. *An analysis of the Court's case-law discloses two possible situations in which the question of a lack of judicial impartiality arises. The first is functional in nature: where the judge's personal conduct is not at all impugned, but where, for instance, the exercise of different functions within the judicial process by the same person (see Piersack, cited above), or hierarchical or other links with another actor in the proceedings (see court martial cases, for example, Grieves, cited above, and Miller and Others v. the United Kingdom, nos. 45825/99, 45826/99 and 45827/99, 26 October 2004), objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test (see paragraph 118 above). The second is of a personal character and derives from the conduct of the judges in a given case. In terms of the objective test, such conduct may be sufficient to ground legitimate and objectively justified apprehensions as in Buscemi, cited above, but it may also be of such a nature as to raise an issue under the subjective test (see, for example, Lavents, cited above) and even disclose personal bias. In this context, therefore, whether a case falls to be dealt with under one test or the other, or*

*both, will depend on the particular facts of the contested conduct.*"<sup>123</sup> [min kursivering]

I p. 123-133 prövar domstolen omständigheterna i aktuellt mål mot de förutsättningar, rekvisit som domstolen redogjort för i de ovan redovisade punkterna. I första hand prövas omständigheterna mot det "objective test", p. 123-128 och i andra hand prövas omständigheterna i det enskilda fallet mot "the subjective test", p. 129-133.

*"(i) Objective test*

123. The applicant claimed that, in the particular circumstances of his case, the fact that the same judges of the court in respect of which he had allegedly committed contempt tried, convicted and sentenced him, raised objectively justified doubts as to the impartiality of that court.

[...]

*127. The present case relates to contempt in the face of the court, aimed at the judges personally. They had been the direct object of the applicant's criticisms as to the manner in which they had been conducting the proceedings. The same judges then took the decision to prosecute, tried the issues arising from the applicant's conduct, determined his guilt and imposed the sanction, in this case a term of imprisonment. In such a situation the confusion of roles between complainant, witness, prosecutor and judge could self-evidently prompt objectively justified fears as to the conformity of the proceedings with the time-honoured principle that no one should be a judge in his or her own cause and, consequently, as to the impartiality of the bench (see Demicoli v. Malta, judgment of 27 August 1991, Series A no. 210, pp. 18-19, §§ 41-42). [min kursivering]*

128. The Court therefore finds that, on the facts of the case and considering the functional defect which it has identified, the impartiality of the Assize Court was capable of appearing open to doubt. The applicant's fears in this respect can thus be considered to have been objectively justified and the Assize Court accordingly failed to meet the required Convention standard under the objective test.

*(ii) Subjective test*

129. The applicant further alleged that the judges concerned had acted with personal bias.

---

<sup>123</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005 p. 118-121.

130. This limb of the applicant's complaint was therefore directed at the judges' personal conduct. The Court will accordingly examine a number of aspects of the judges' conduct capable of raising an issue under the subjective test.

Firstly, the judges, *in their decision sentencing the applicant, acknowledged that they had been “deeply insulted” “as persons” by the applicant. Even though the judges proceeded to say that this had been the least of their concerns, in the Court's view this statement in itself shows that the judges had been personally offended by the applicant's words and conduct and indicates personal involvement on their part* [min kursivering] (see paragraph 18 above).

Secondly, *the emphatic language used by the judges throughout their decision conveyed a sense of indignation and shock, which runs counter to the detached approach expected of judicial pronouncements. In particular, the judges stated that they could not “conceive of another occasion of such a manifest and unacceptable contempt of court by any person, let alone an advocate” and that “if the court's reaction is not immediate and drastic, we feel that justice will have suffered a disastrous blow”* [min kursivering] (see paragraph 18 above).

Thirdly, *they then proceeded to impose a sentence of five days' imprisonment, enforced immediately, which they deemed to be the “only adequate response”* [min kursivering]. In the judges' opinion, “an inadequate reaction on the part of the lawful and civilised order, as expressed by the courts would mean accepting that the authority of the courts be demeaned” (see paragraph 18 above).

Fourthly, *the judges expressed the opinion early on in their discussion with the applicant that they considered him guilty of the criminal offence of contempt of court. After deciding that the applicant had committed the above offence they gave the applicant the choice either to maintain what he had said and to give reasons why a sentence should not be imposed on him, or to retract. He was, therefore, in fact asked to mitigate “the damage he had caused by his behaviour” rather than defend himself* [min kursivering] (see paragraphs 17 and 18 above).

131. Although the Court does not doubt that the judges were concerned with the protection of the administration of justice and the integrity of the judiciary and that for this purpose they felt it appropriate to initiate the *instanter* summary procedure, it finds, in view of the above considerations, that they did not

succeed in detaching themselves sufficiently from the situation.

132. *This conclusion is reinforced by the speed with which the proceedings were carried out and the brevity of the exchanges between the judges and Mr Kyprianou* [min kursivering].

133. Against this background and having regard in particular to the different elements of the judges' personal conduct taken together, the Court finds that the misgivings of Mr Kyprianou about the impartiality of the Limassol Assize Court were also justified under the subjective test.

*(iii) The review by the Supreme Court*

134. Finally, the Court shares the Chamber's view that the Supreme Court did not remedy the defect in question. The possibility certainly exists that a higher or the highest court might, in some circumstances, make reparation for defects that took place in the first-instance proceedings (see *De Cubber*, cited above, p. 19, § 33). In the present case, although the parties disagree as to the precise scope of the powers of the Supreme Court, it is clear that it had the power to quash the decision on the ground that the Limassol Assize Court had not been impartial. However, it declined to do so and upheld the conviction and sentence. As a consequence, it did not cure the failing in question (see *Findlay*, cited above, p. 282, §§ 78-79, *De Haan v. the Netherlands*, judgment of 26 August 1997, *Reports* 1997-IV, p. 1393, §§ 52-55).

135. In the light of the foregoing and having examined the facts of the case under both the objective and subjective tests enshrined in its case-law, the Court finds that the Limassol Assize Court was not impartial within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.<sup>124</sup>

#### 4.3.2.2 Rättsregel

Nedan följer min tolkning av de rättsprinciper/rättsregler som rätten ger uttryck för. Jag sammanfattar dem kort till en möjlig rättsregel.

- Opartiskhet utmärker sig genom en avsaknad av fördomar eller förutfattade meningar. Huruvida det föreligger en sådan opartiskhet kan testas på olika sätt. Europadomstolen skiljer mellan en subjektiv och en objektiv bedömning. Syftet med den subjektiva bedömningen är att fastställa en domares

---

<sup>124</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 123-135.

personliga övertygelse eller intresse i ett särskilt fall. Den objektiva ska avgöra om domaren uppvisar tillräckliga garantier för att alla legitima tvivel i detta avseende kan uteslutas.<sup>125</sup>

- När det objektiva testet ska tillämpas innebär det ett fastställande av huruvida det finns konstaterbara fakta vilka kan väcka tvivel över domstolens opartiskhet. En enskild ledamots personliga uppförande är inte relevant vid den bedömningen. Även en domstols uppträdande kan vara avgörande för opartiskheten. Vid bedömningen av om det föreligger legitima skäl att frukta att en särskild ledamot saknar opartiskhet, är den parts påstående om ledamotens opartiskhet viktigt, men inte avgörande. Det som är avgörande är om fruktan anses vara objektivt rättfärdigad.<sup>126</sup>
- Vid tillämpning av det subjektiva testet har Europadomstolen konsekvent ansett att det föreligger en presumtion om att en domare är opartisk tills motsatsen är bevisad. För att bevisa om en opartiskhet föreligger hos en domare har Europadomstolen försökt fastställa om en domare har uppträtt fientligt, med illvilja eller om denne har arrangerat att ett specifikt mål tilldelas denne p.g.a. personliga skäl. Principen att rätten förutsätts vara fri från personliga fördomar och partiskhet, har fastställts genom Europadomstolens rättspraxis. Den principen utgör en viktig del av rättsstatsprincipen genom att den ger uttryck för att rättens domar ska vara slutgiltiga och bindande så länge de inte åtsidosätts av en högre domstolsinstans p.g.a. att de är inkonsekventa eller orättvisa. Det gäller alla former av domstolssammansättningar, även en jury. Även om det i vissa fall kan vara svårt att motbevisa presumtionen om att opartiskhet råder, är det viktigt att komma ihåg, att kravet på en objektiv opartiskhet tillför ytterligare en viktig garanti. Mot bakgrund av det kan det sägas att Europadomstolen har uppmärksammat svårigheterna med att bevisa att det förekommit en kränkning av art. 6.1 EKMR med stöd av det subjektiva testet och av den anledningen avgör Europadomstolen, i de flesta fallen, opartiskhet med stöd av det objektiva testet. Oaktat det, kan man inte med precision, skilja mellan de två föreställningarna, eftersom en domares uppträdande inte enbart kan uppfattas som partiskt för en utomstående betraktare (objektivt) utan även kan ha anknytning till domarens personliga övertygelse (subjektivt).<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 118.

<sup>126</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 118.

<sup>127</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 119.

- Europadomstolen kräver att alla domstolsorgan tillämpar en maximal diskretion avseende ett mål för att upprätthålla statusen som opartiska domare. Den plikten att ett domstolsorgan ska upprätthålla en sådan diskretion, kan sägas härstamma från ett högre krav på rättvisa.<sup>128</sup>
- Utifrån Europadomstolens rättspraxis kan det sägas att det finns två situationer då frågan om det finns en avsaknad på en rättslig opartiskhet uppkommer. Den första är av en mer funktionell karaktär och avser inte situationer då en domares personliga uppförande är ifrågasatt. Den avser snarare de situationer då samma person utövar två olika roller inom samma rättsliga process, eller genom en hierarki eller via kontakter, kan sammankopplas med en annan aktör i en rättsprocess, vilket för en utomstående kan uppfattas som ett tecken på opartiskhet. Domstolen misslyckas då med att uppfylla kraven på opartiskhet som ställs genom objektivitetstestet. Den andra situationen är av en personlig karaktär och avser domarnas uppförande i ett enskilt fall. Ett sådant uppträdande kan antingen bedömas utifrån objektivitetstestet och då vara grund nog för att bestämma att opartiskhet föreligger. Det kan också anses vara av en sådan karaktär att uppträdandet väcker frågor om opartiskheten utifrån det subjektiva testet. Huruvida ett ärende ska avgöras genom det subjektiva eller objektiva testet beror på särskilda fakta i det ifrågasatta uppförandet hos domstolen.<sup>129</sup>

### **Rättsregel:**

Opartiskhet ska avgöras mot bakgrund av det subjektiva och det objektiva testet. Domstolen misslyckas att uppfylla kraven om opartiskhet genom det objektiva testet, om en och samma person utövar fler roller inom det rättsliga förfarandet, och att det agerandet för en utomstående uppfattas som opartiskt. Opartiskhet kan avgöras genom det subjektiva testet såväl som genom det objektiva testet.

### **4.3.2.3 Rättsfakta**

- Rättens ledamöter var direkta objekt för sökandens kritik avseende hur de hade utfört rättsprocessen. Samma domare tog sedan beslutet att åtala, pröva de rättsfrågor som uppstod i samband med sökandens uppträdande inför domstolen, fastställde hans skyldighet och utdömde ett straff i form av fängelse.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 120.

<sup>129</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 121.

<sup>130</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 127.

- Genom domstolens beslut att döma sökanden bekräftade rättens ledamöter att de hade blivit personligen förorättade av sökanden.<sup>131</sup>
- Det kraftfulla språket som domarna genomgående använde i sitt beslut avslöjar en viss indignation och chock, som inte är i linje med vad som normalt anses brukligt i sådana sammanhang. Särskilt utmärkande är domarnas sätt att skriva, att de inte kunde föreställa sig att ett värre domstolstrots utförts av någon annan och än mindre av en advokat, och att de anser att om domstolen inte agerat direkt och drastiskt, skulle rättvisan fått sig en törn.<sup>132</sup>
- Domstolen utdömde ett direkt verkställbart fängelsestraff om fem dagar. De ansåg att det var den enda rimliga sanktionen. Ledamöterna ansåg att en annan sanktion skulle innebära att domstolen accepterade att domstolen förnedrades.<sup>133</sup>
- Domarna uttryckte redan innan sökanden dömts att de ansåg att han gjort sig skyldig till domstolstrots. Efter det gav de sökanden en möjlighet att, antingen stå fast vid det han sagt och ange varför han inte skulle dömas, eller att han skulle ta tillbaka vad han sagt. Han uppmanades att lindra den skada som uppstått till följd av hans uppförande snarare än att försvara sig själv.<sup>134</sup>
- En avgörande omständighet är också att processen genomfördes skyndsamt och det skedde en ordväxling mellan sökanden och domstolen som var korthuggen.<sup>135</sup>

#### 4.3.2.4 Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?

Europadomstolen redogör enligt mig inledningsvis för rättsreglerna i rättsfallet. Det är långa och ganska invecklade formuleringar men de ger en utförlig beskrivning av vilka rättsnormer som är bärande i avgörandet. Det rättsfaktumet att ledamöterna blev ansåg sig blivit kränkta i egenskap av privatpersoner kan enligt mig kopplas till det som Europadomstolen kallar för det subjektiva testet. Det är en omständighet som tyder på att de enskilda domarna inte med säkerhet kan sägas ha agerat opartiska och fördomsfria. Ytterligare en omständighet som kan knytas till den rättsnorm som ger uttryck för det subjektiva testet är att domstolen använt sig av ett vassare

<sup>131</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 130.

<sup>132</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 130.

<sup>133</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 130.

<sup>134</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 130.

<sup>135</sup> Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005, p. 132.

språk en vad som är brukligt vid skrivandet av domskäl. Det är också ett tecken på att domarna blivit upprörda och inte lyckats skilja på sina egna värderingar från sin roll som domare.

Rättsfaktumet att domstolen bl.a. använt sig av en summarisk process och utdömt ett direkt verkställbart fängelsestraff och det faktumet att de skyndat på processen, kan för en utomstående betraktare, uppfattas som omständigheter vilka tyder på en opartisk domstol. Även den omständigheten att rättens ledamöter agerade både klagande, åklagare, vittne och domare faller också in under den rättsnorm som ger uttryck för objektivitetstestet.

## **4.4 Kleyn and others v. The Netherlands, no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, ECHR 06/05/2003**

### **4.4.1 Sammanfattning av rättsfallet**

Målet bygger på fyra ansökningar som inkommit till Europadomstolen mellan åren 1997 och 1998. Sökandena, härefter K., är 23 nederländska medborgare däribland Mr. A.A. Kleyn och 12 bolag med varierande verksamheter. Gemensamt för K. är att de är bosatta eller bedriver verksamhet i närheten av eller i direkt anslutning till en planerad järnväg från Rotterdam till den tyska gränsen.

Järnvägen skulle byggas i hopp om att bl.a. stärka Rotterdams roll i Europa som en av områdets största nav för transport för resenärer och gods.<sup>136</sup> I samband med planeringen och genomförandet av den avsedda järnvägssträckan gavs allmänheten möjlighet att inkomma med synpunkter på förslaget.

Lagstiftningen som angav de rättsliga ramarna för genomförandet av sådana infrastrukturella ändringar vilket byggandet av en järnväg innebar, var den s.k. ”Tracéwet”.<sup>137</sup> I samband med genomförandet av denna ramlag gavs den holländska regeringen s.k. ”advisory opinions” från ”Raad van State” vars inställning till planen generellt var positiv.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003 s.16-19.

<sup>137</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 20-31.

<sup>138</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 22.



Lagen i sig gav inga direkta anvisningar för byggandet av järnvägen i det aktuella målet, men gav allmänna riktlinjer för hur förfarandet vid projekt av nationell karaktär generellt sett skulle utföras.<sup>139</sup>

Raad van State har två funktioner, dels en rådgivande, dels en dömande. Betydelsen av dess rådgivande roll förverkligas i samband med att regeringen eller underhuset lägger fram ett lagförslag till parlamentet. De är då enligt lag tvingande att söka ett rådgivande yttrande från Raad van State.<sup>140</sup> I sin dömande roll ska den ”Administrative Jurisdiction Division” avgöra tvister av förvaltningsrättslig karaktär som i aktuellt mål.<sup>141</sup>

Genomförandet av själva beslutsfattandet och projektet för uppförandet av järnvägen utfördes genom ett steg-för-steg förfarande där olika förslag presenterades dels för regeringen, dels för allmänheten som gavs möjlighet att komma med invändningar.

I det aktuella målet är det lagförslaget som i domen refereras till som ”The Outline Planning Decision – Part 3A” eller ”the routing decision” som var föremål för K:s invändningar till Raad van State.<sup>142</sup> De flesta av invändningarna och efterföljande överklaganden avslogs genom beslut fattat av ”Administrative Jurisdiction Division”.

K. väckte sedermera talan vid Europadomstolen med anledning av att den tvådelade funktion som Raad van State hade stred mot vad som ansågs utgöra en oberoende och opartisk domstol i enlighet med art. 6.1 EKMR. K anförde att den roll som Raad van State hade överensstämde med den som ”Conseil d'Etat” haft i avgörandet *Procola v. Luxemburg* så tillvida att distinktionen mellan organets rådgivande funktion och dömande uppgift skulle utifrån en sökandens perspektiv, uppfattas som konstlad.<sup>143</sup> K menade att det var sökandens uppfattning som var avgörande när det kom till en bedömning av en domstols opartiskhet och att det var av yttersta vikt att alla sådana farhågor som baserades på giltiga grunder kunde skingras.<sup>144</sup>

Europadomstolen ansåg däremot att ärendet skiljde sig från tidigare rättspraxis så tillvida att de inte ansåg att de sakkunnigutlåtanden som Raad van State gjort avseende lagförslaget till ”Tracéwet” och den process som

---

<sup>139</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 31.

<sup>140</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 131 f.

<sup>141</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 136.

<sup>142</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 37 och även p. 60 f.

<sup>143</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 166.

<sup>144</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 165.

avsåg K:s klagomål mot själva det ”routing decision” där Raad van State avslagit K:s talan, inte avsåg samma sak eller samma beslut.<sup>145</sup>

## 4.4.2 Genomgång av domskälen – endast avsnitt med relevans för analysen och urskiljande av rättsregel och rättsfakta

### 4.4.2.1 Domskälen

Domstolens bedömning av målet framgår av p. 190- 202. I de inledande paragraferna redogör domstolen för vilka kriterier som ska uppfyllas enligt art. 6.1 EKMR för att en domstol ska anses vara opartisk.

#### *”2. The Court’s assessment*

190. As is well established in the Court’s case-law, *in order to establish whether a tribunal can be considered “independent” for the purposes of Article 6 § 1, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence.* [min kursivering]

191. As to the question of “impartiality” for the purposes of Article 6 § 1, there are two aspects to this requirement. *First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect. Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judges’ personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to their impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all in the parties to proceedings* [min kursivering] (see *Morris v. the United Kingdom*, no. 38784/97, § 58, ECHR 2002-I).

192. *The concepts of independence and objective impartiality are closely linked and the Court will accordingly consider both issues together as they relate to the present case* [min kursivering] (see *Findlay v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 281, § 73).

---

<sup>145</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 200.

193. *Although the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law (see Stafford v. the United Kingdom [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction [min kursivering]. The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position of the Netherlands Council of State. The Court is faced solely with the question whether, in the circumstances of the case, the Administrative Jurisdiction Division had the requisite "appearance" of independence, or the requisite "objective" impartiality [min kursivering] (see McGonnell, cited above, § 51).*

194. *In deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that these requirements are not met, the standpoint of a party is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified [min kursivering] (see, mutatis mutandis, Hauschildt v. Denmark, judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, § 48).*

195. *Having regard to the manner and conditions of appointment of the Netherlands Council of State's members and their terms of office, and in the absence of any indication of a lack of sufficient and adequate safeguards against possible extraneous pressure [min kursivering], the Court has found nothing in the applicant's submissions that could substantiate their concerns as to the independence of the Council of State and its members, the more so as this particular issue was not addressed in the challenge proceedings brought by Mr and Mrs Raymakers.*

*Neither is there any indication in the present case that any member of the bench of the Administrative Jurisdiction Division was subjectively prejudiced or biased when hearing the applicants' appeals against the routing decision. In particular, it has not been alleged by the applicants that the participation of the President of the bench in the advisory opinion on the Transport Infrastructure Planning Bill gave rise to actual bias on his part. [min kursivering]*

196. *Nevertheless, as illustrated in Procola(cited above), the consecutive exercise of advisory and judicial functions within*

*one body may, in certain circumstances, raise an issue under Article 6 § 1 of the Convention as regards the impartiality of the body seen from the objective viewpoint. [min kursivering]* In this context the Court reiterates that it is crucial for tribunals to inspire trust and confidence (see paragraph 191 above).

197. *The Government have brought to the Court's attention the internal measures taken by the Council of State with a view to giving effect to Procola in the Netherlands (see paragraphs 142-45 above). According to the description of these measures which is to be found in the Annual Report 2000 of the Council of State, the composition of the bench will only be scrutinised if doubts are expressed by a party; the criterion then applied is that if the appeal goes to a matter explicitly addressed in a previous advisory opinion, the composition will be changed so as to exclude any judges who participated in that opinion. [min kursivering]*

198. The Court is not as confident as the government was in its statement during the parliamentary budget discussions in 2000 that these arrangements are such as to ensure that in all appeals coming before it the Administrative Jurisdiction Division constitutes an "impartial tribunal" for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. It is not, however, the task of the Court to rule in the abstract on the compatibility of the Netherlands system in this respect with the Convention. *The issue before the Court is whether, as regards the appeals brought by the present applicants, it was compatible with the requirement of the "objective" impartiality of a tribunal under Article 6 § 1 that the Council of State's institutional structure had allowed certain of its ordinary councillors to exercise both advisory and judicial functions. [min kursivering]*

199. In the present case *the Plenary Council of State advised on the Transport Infrastructure Planning Bill, which laid down draft procedural rules for the decision-making process for the supra-regional planning of new major transport infrastructure. The applicants' appeals, however, were directed against the routing decision, which is a decision taken on the basis of the procedure provided for in the Transport Infrastructure Planning Act. Earlier appeals against the outline planning decision are not at issue as they were based on a different legal framework. [min kursivering]*

200. The Court is of the opinion that, unlike the situation examined by it in *Procola* and *McGonnell*, both cited above, *the advisory opinions given on the Transport Infrastructure Planning Bill and the subsequent proceedings on the appeals brought against the routing decision cannot be regarded as*

*involving “the same case” or “the same decision.”*[min kursivering]

201. *Although the planning of the Betuweroute railway was referred to in the advice given by the Council of State to the government on the Transport Infrastructure Planning Bill, these references cannot reasonably be interpreted as expressing any views on, or amounting to a preliminary determination of, any issues subsequently decided by the responsible ministers in the routing decision at issue. The passages containing the references to the Betuweroute railway in the Council of State’s advice were concerned with removing perceived ambiguities in sections 24b and 24g of the Transport Infrastructure Planning Bill. These provisions were intended to apply to two major construction projects already under consideration at the relevant time, of which the Betuweroute railway was one. The Court cannot agree with the applicants that, by suggesting to the government to indicate in the bill the names of the places where the Betuweroute railway was to start and end, the Council of State determined, expressed any views on or in any way prejudged the exact routing of that railway.* [min kursivering]

202. *In these circumstances, the Court is of the opinion that the applicants’ fears as to a lack of independence and impartiality of the Administrative Jurisdiction Division, due to the composition of the bench that heard their appeals, cannot be regarded as being objectively justified. Consequently, there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention. on or in any way prejudged the exact routing of that railway.”*<sup>146</sup>  
[min kursivering]

#### 4.4.2.2 Rättsregel

Nedan följer min tolkning av de rättsprinciper/rättsregler som rätten ger uttryck för. Jag sammanfattar dem kort till en möjlig rättsregel.

- För det första måste domstolen vara fri från fördomar och förutfattade meningar. För det andra måste domstolen vara opartisk ur en objektiv synvinkel, vilket innebär att domstolen måste erbjuda tillräckliga garantier för opartiskhet, för att legitima misstankar ska kunna uteslutas. Under objektivitetstestet måste det fastställas huruvida det finns vissa konstaterbara fakta som kan väcka tvivel om opartiskhet. I detta avseende kan även domarnas beteende utåt

---

<sup>146</sup> Kleyv and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 190-202.

vara avgörande. Det avgörande är att domstolen åtnjuter medborgarnas och parternas förtroende i ett demokratiskt samhälle.<sup>147</sup>

- För att avgöra om det föreligger ett legitimt skäl att frukta att det råder opartiskhet i ett fall, spelar en parts inställning roll men den är inte avgörande. Det avgörande är istället om sådana farhågor anses vara objektivt berättigade.<sup>148</sup>
- Ett fortlöpande användande av rådgivande och dömande funktioner inom ett och samma organ kan under vissa omständigheter, väcka frågan om det föreligger en opartiskhet utifrån det objektiva perspektivet.<sup>149</sup>

### **Rättsregel:**

Objektivt berättigade farhågor om opartiskhet hos en oberoende part i ett mål är avgörande för fastställandet om opartiskhet föreligger. Endast den omständigheten att en ledamot utövar dömande och rådgivande uppgifter inom samma myndighet, innebär i sig inte att opartiskhet föreligger.

### **4.4.2.3 Rättsfakta**

- Sammansättningen av Raad van State och ledamöternas befattningar och en ledamots mandattid.<sup>150</sup>
- Det finns inga omständigheter som pekar på att rådet saknar förmågan att värja sig från yttre påtryckningar.<sup>151</sup>
- Sammansättningen av Raad van State granskas om en part uttrycker ett missnöje. Om en klagan avser en sak som explicit har kopplingar till ett rättsutlåtande (advisory opinion) ändras sammansättningen av rätten så att de domare med kopplingar till det tidigare utlåtandet, inte deltar i rättens dömande verksamhet.<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 190.

<sup>148</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 194.

<sup>149</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 196.

<sup>150</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 196.

<sup>151</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 195.

<sup>152</sup> Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 197.

- Sökandens klagan avser det s.k. "routing decision" som fattats utifrån det s.k. "Transport Infrastructure Planning Act." Det beslut där Raad van State agerat rådgivare avser inte samma lagstiftningsärende utan avsåg "the Transport Infrastructure Planning Bill."<sup>153</sup>
- Planeringen av "the Betuweroute railway" nämndes i det utlåtandet avseende "the Transport Infrastructure Planning Bill" som Raad van State gav den holländska regeringen.
- Det utlåtandet som Raad van State gav till den holländska regeringen avsåg inte endast byggnationen av "the Betuweroute railway" utan var tänkt att vara en ramlag även för andra infrastrukturella byggnationer under samma tid.
- Raad van State föreslog i sitt rättsutlåtande vilka två orter som skulle kunna fungera som utgångspunkt för "the Betuweroute railway."<sup>154</sup>

#### 4.4.2.4 Diskussion – hur förhåller sig rättsregeln till rättsfakta?

Hur ska konventionsstaterna egentligen tolka och tillämpa Europadomstolens avgörande i *Kleyn and others v. the Netherlands*? Är det enbart rättsregeln som är prejudicerande eller är de specifika omständigheterna avgörande för utgången i målet?

Enligt de rättsnormer som jag anser att Europadomstolen ger uttryck för i målet antyder att det är viktigt att säkerställa att domstolen varit opartisk ur ett subjektivt perspektiv såväl som ur ett objektivt perspektiv. I min analys av rättsfakta har Europadomstolen lagt vikt vid Raad van State sammansättning och hur rätten hanterar påtryckningar utifrån. Enligt mig hör de rättsfakta till det objektiva testet och att det inte finns omständigheter som för en utomstående kan antyda att en opartiskhet hos domstolen föreligger.

Europadomstolen har enligt mig även uttryckt att det finns en risk för att ett juridiskt organ som delvis har en rådgivande funktion och delvis en dömande, för en utomstående kan väcka farhågor om att det finns risk för att en opartiskhet skulle föreligga. Utifrån den rättsnormen belyser Europadomstolen den omständigheten att sammansättningen av Raad van State ändras så, att en ledamot som deltagit vid ett rättsutlåtande inte deltar

---

<sup>153</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 199.

<sup>154</sup> *Kleyn and others v. The Netherlands* no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003, p. 201.

när Raad van State tar upp mål för prövning, som har kopplingar till rättsutlåtandet med tillhörande lagstiftningsärende.

I avgörandet behandlar, enligt mig, Europadomstolen fler rättsfakta som inte kan kopplas till rättsregeln. Hur ska konventionsstaterna förhålla sig till det? Är dessa rättsfakta oviktiga för framtida avgöranden?

Om det dessutom är fråga om att institutioner som är speciella för ett visst land (t.ex. Raad van State) ska bedömas är det särskilt viktigt med formuleringen av rättsregeln. Annars finns det en risk att rättsregeln tillämpas på en institution vars funktion inte överensstämmer med den som varit föremål för prejudikatinstansens bedömning första gången.



## 5 Slutsats

Hur ska då prejudikatinstanser, underinstanser, jurister, advokater och övriga rättstillämpare förhålla sig till prejudikat? Kan det sägas att det finns något samband mellan rättsregel och rättsfakta i ett prejudikat? I vilken utsträckning kan det sägas att HD och HFD i jämförelse med Europadomstolen, formulerar rättsreglerna utifrån rättsfakta? Kan rättsfakta tillsammans med själva avgörandet utgöra ett prejudikat utan att det kan kopplas till en generell rättsregel?

Som det framgår av analysen ovan förekommer det enligt mig skillnader mellan HD, HFD och Europadomstolen för instansernas metod att dels formulera fristående rättsregler, dels binda rättsregler till rättsfakta i det enskilda fallet.

I RÅ 2009 ref. 8 anser jag att de rättregler som HFD formulerat, så som jag tolkar dem, är fristående och inte har något avgörande samband med rättsfakta i målet. I NJA 2010 s. 274 är det till skillnad från RÅ 2009 ref. 8 något tydligare att HD utgått från rättsfakta i målet när domstolen formulerat de rättsregler som jag anser att domstolen ger uttryck för. I jämförelse med RÅ 2009 ref. 8 spelar, enligt mig, även någon av rättsreglerna i målet roll för avgörandet. HD är emellanåt lite svepande i sina formuleringar när domstolen uttrycker att domaren ska vara villig att ompröva sin ståndpunkt i en viss fråga och att denne sedan ska vara beredd att följa sin ståndpunkt vilken part den än gynnar. Dessutom ska grunden till en parts förtroendebrist för en ledamot vara rimlig. Vad menar egentligen HD här? Det framgår inte av domskälen att omständigheterna i målet utgör sådana grunder och det framgår heller inte hur en framtida bedömning av sådana grunder ska företas.

I förhållande till både RÅ 2009 ref. 8 och NJA 2010 s. 274 är bägge avgörandena som jag analyserar från Europadomstolen tydligare i sin metod att formulera rättregler. Jag menar att Europadomstolen i *Kyprianou v. Cyprus*, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005 såväl som i *Kleyn and others v. The Netherlands*, no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, 06/05/2003 generellt knyter rättsfakta till de rättsregler som förekommer i varje rättsfall. Jämfört med rättsfallen från HD och HFD är både rättsregel och rättsfakta avgörande för målets utgång i Europadomstolen. En rättsprincip hade förmodligen, utifrån vad Harris & O'Boyle säger, kunnat vara fristående och ändå varit prejudicerande. Enligt dem är alla uttalanden från Europadomstolen är viktiga.

De uttrycker däremot att det som kan vara av betydelse, för om ett avgörande ska anses vara bärande, är hur pass allmängiltig principen är. När det gäller betydelsen av rättsfakta för formuleringen av rättsregel säger Harris & O'Boyle att det beror på hur pass viktiga de specifika omständigheterna i ett enskilt fall är för avgörandets utgång

Jag har reflekterat över den informella bundenhet till rättspraxis som föreligger för både HD, HFD och Europadomstolen. Om prejudikatinstanserna inte är konsekventa i sin metod att antingen formulera fristående rättsregler eller rättsregler för vilka rättsfakta tycks vara avgörande, hur vet rättstillämparen vad i prejudikatet som denne faktiskt är bunden till? Kräver det att det finns en prejudikatlära?

Med tanke på att det är allt fler rättsliga aktörer med ursprung från olika rättssystem som ska interagera med varandra funderar jag över om det inte kan bli svårt att skapa en prejudikatlära som kommer att fungera i förhållande till modern rättspraxis.

Dessutom kan en bindande verkan tänkas vara besvärlig inte bara för underinstanserna, men även för prejudikatinstanserna själva med tanke på den multipolära miljö som de kan sägas befinna sig i. Den nya omgivning som de nu ska samverka i kommer troligen resultera i att det finns fler prejudikat från olika prejudikatinstanser som underinstanserna antingen bör eller ska beakta i framtida rättstillämpning. Vilket av prejudikaten ska då ges företräde om instanserna inte bedömer rättsläget på samma sätt?

Läsaren ska uppmärksammas på att eftersom denna framställning är av mindre omfattning, avspeglar uppsatsen snarare förhållandena i utvalda rättsfall och kan sägas exemplifiera, snarare än identifiera, sambandet mellan rättsregel och rättsfakta. De reflektioner som jag gör är däremot följande. I avgörande från de svenska prejudikatinstanserna föreligger det inget tydligt samband mellan rättsregel och rättsfakta. Det blir då rättsfakta och domen som blir prejudicerande i framtiden. Avgörandena från Europadomstolen skiljer sig från de svenska eftersom det i dessa finns ett tydligare samband mellan rättsregel och rättsfakta. Det kan då sägas att det blir den fristående rättsregeln, eller rättsregeln tillsammans med rättsfakta, som blir prejudicerande.

I avgörandena från HD och RegR är det enligt mig stundtals omöjligt för en rättsfallstolkare att förstå vad domstolen menar i sina domskäl. Rätten ger egentligen inte uttryck för någon rättsregel. De beskriver flummigt och svävande hur vissa särskilda omständigheter kan förstås i förhållande till gällande rätt, men misslyckas med att applicera dessa omständigheter på en rättsregel. De faktiska omständigheterna tycks mer eller mindre vara irrelevanta för själva avgörandet av rättsfrågan. HD och HFD hade gjort sig själva, och underinstanser såväl som jurister och advokater och den enskilda individen en tjänst, om det var något enklare att förhålla sig till prejudikatet. Svårtolkade uttalanden som varken ger uttryck för någon allmängiltigt etisk uppfattning eller kan sägas överensstämma med praxis eller lag, kanske snarare leder till förvirring än det motsatta. I jämförelse med Europadomstolens strukturerade tillvägagångssätt att redogöra för rättsregel och rättsfakta tycks de svenska prejudikatinstanserna sakna en enhetlig metod att skapa och tolka prejudikat.

# Käll- och litteraturförteckning

## Källor:

Prop. 1971:45 ”Till riksdagen med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m. given Stockholms slott den 5 mars 1971”.

SOU 1986:1 ”Översyn av Rättegångsbalken 2, Högsta domstolen och rättsbildningen”, delbetänkande av rättegångsutredningen SOU 1986:1.

Prop. 1988/89:78 ”Om högsta domstolen och rättsbildningen”.

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

## Litteratur:

Bernitz, Ulf, m.fl.: *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 12:e upplagan, Stockholm, 2012.

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4:e upplagan, Stockholm, 2012.

Duxbury, Neil: *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge UK, 1 ed. 2008.

Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång – första häftet*, 8:e upplagan, Stockholm, 2002.

Elgesem, Frode: ”Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode” i *Lov og Rett*, 2003, nr. 04-05. s. 228.

Harris David, O’Boyle Michael & Warbrick Colin: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York 2009

Helland, Ingvill: *Rulings of the European Court of Human Rights as a legal Argument – a comparison between German and Norwegian law*, Bergen, Norway 2012.

Hjerner, Lars A.E: *Om Rättsfallstolkning*, Stockholm, 2:a upplagan, 1973

Heuman, Lars, ”Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet” I *Festskrift tillägnad Per Olof Bolding*, 1992.

Heuman, Lars, ”Tolkning av prejudikat som bygger på felaktig rättstillämpning” I *Festskrift tillägnad Rune Lavin*, Lund, 2005.

Håstad, Torgny: "Bis in idem" i Juridisk Tidskrift 2013/14, häfte 2 s. 451.

Jacobs, White Robin C.A, & Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*/ Robin C.A. White & Clare Ovey, 5 ed. Oxford University Press, cop. 2010.

Kjølbrot, Jon Fridrik: *Den Europæiske Menneskerettighedskonventionen – for praktikere*, 2:a upplagan, København: Jurist og Økonomforbundet, 2007.

Koskelo, Pauliine, "Rättsvård i ett multipolart system – samspel, spänningar och utmaningar", s. 312, i JFT 4/2012 s. 298-314.

Lehrberg, Bert: *Praktisk juridisk metod*, Uppsala, 6:e upplagan, 2010.

Lind, Johan, "Rättsfallsanalyser- recension eller analys?" i Juridisk Tidskrift 1995/96 s. 232.

McCormick, Neil: *Rhetoric and the Rule of Law – a theory of legal reasoning*, Oxford 2005.

Nordh, Robert, "35:5 rättegångsbalken. En rättsfråga om vad?" i Svensk Juristidning, 1994 s. 81.

Nordh, Robert: *Praktisk Process I – Processens ram i tvistemål, om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, 2:a upplagan, Uppsala, 2006.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod – En introduktion till allmän rättslära*, 1:a upplagan, Stockholm, 1995.

Samuelsson, Joel och Melander, Jan: *Tolkning och tillämpning*, 2:a upplagan, Uppsala 2003.

Senden, Hanneke: *Interpretation of Fundamental Rights in a multilevel Legal System – An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, 2011.

Summers, Roberts S. and Neil MacCormick: *Interpreting Precedents – A comparative study*, Dartmouth, 1997.

Strömholm, Stig: "Behövs en prejudikatlära?- Vittnesbörd från common law" I Festskrift tillägnad Jan Hellner, 1984.

Strömholm, Stig: "En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter" I Svensk Juristidning 1984 s. 923-946.

Victor, Dag: "Högsta Domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område" I Festskrift tillägnad Nils Jareborg, Uppsala, 2002.

Welamson Lars, Munck Johan: *Processen i Hovrätt och Högsta domstol – Rättegång IV*, 4:e upplagan, Stockholm, 2011.

Westberg, Peter: ”Prejudikattolkningens ABC”. I Festskrift tillägnad Anna Christensen, Lund, 2000, s. 583-617.

### Elektroniska källor:

Fitger, Peter m.fl. (Rättegångsbalken, oktober 2013), kommentaren till kap. 3:6 § och kap. 4:13 §, [www.nj.se/zeteo](http://www.nj.se/zeteo).

# Rättsfallsförteckning

RÅ 2009 ref. 8.

NJA 1994 s. 194.

NJA 2001 s. 177.

NJA 2010 s. 274.

Kyprianou v. Cyprus, no. 73797/01, ECHR 15/12/2005.

Kleyn and others v. The Netherlands no. 39343/98, 43147/98, 46664/99, ECHR 06/05/2003.

Chapman v. The United Kingdom, no. 27238/95, ECHR 18/01/2001.

Pellegrin v. France, no. 28541/95, ECHR, 08/12/1999.

Coyne v. The United Kingdom, no. 124/1996/743/942, ECHR 24/09/1997.

Cable and others v. The United Kingdom, no. 24436/94, 24582/94, 24583/94, 24584/94 m.fl. ECHR 18/02/1999.

Wynne v. The United Kingdom, no. 15484/89, ECHR 18/07/1994.