



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Amanda Härle

Domaren känner rätten – på parternas bekostnad?

En undersökning av förhållandet mellan jura novit curia och
kontradiktionsprincipen efter NJA 2016 s. 107

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Joel Eriksson

Termin: VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod och perspektiv	8
1.5 Material och forskningsläge	8
1.6 Disposition	9
2 RÄTTSLIG BAKGRUND	11
2.1 Roller i den dispositiva civilprocessen	11
2.2 Jura novit curia	11
2.2.1 Principens huvuddrag	11
2.2.2 Undantag genom särskilda partsdispositioner	13
2.3 Kontradiktionsprincipen	14
2.3.1 Principen i EKMR	14
2.3.2 Principen i svensk rättspraxis	14
3 RÄTTSUTVECKLINGEN I HÖGSTA DOMSTOLEN	15
3.1 Allmänt	15
3.2 Emissionsgarantimålet	15
3.2.1 Bakgrund	15
3.2.2 Högsta domstolens bedömning	16
3.2.3 Överprövningar av målet	16
3.3 Kommentarer i doktrin	18
4 JURA NOVIT CURIA I FÖRHÅLLANDE TILL KONTRADIKTIONSPRINCIPEN	20

4.1	Europadomstolens praxis	20
4.1.1	I tvistemål	20
4.1.2	I brottmål	20
4.2	Uppfattningen i intern svensk rätt	21
4.2.1	Kontradiktionsprincipen	21
4.2.2	Materiell processledning	22
4.3	Uppfattningen i intern norsk rätt	23
5	ANALYS	25
5.1	Utvecklingen av jura novit curia	25
5.2	Kontradiktionsprincipen	26
5.2.1	Allmänt	26
5.2.2	Rättsutvecklingens betydelse för principernas förenlighet	28
5.2.3	Materiell processledning	29
5.2.3.1	Allmänt	29
5.2.3.2	Kan rätten att inte dömas ohörd anses tillgodosedd på grund av materiell processledning?	29
5.3	Slutsats	31
6	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32
6.1	Källor	32
6.1.1	Tryckta källor	32
6.1.1.1	Svenska offentliga tryck	32
6.1.1.2	Utländska offentliga tryck	32
6.1.2	Elektroniska källor	32
6.2	Litteratur	32
7	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34
7.1	Högsta domstolen	34
7.2	Europadomstolen	34

Summary

Iura novit curia is one of the fundamental principles in Swedish procedural code. The principle means that the judge is responsible for the application of law and that the possibility for the parties to influence the process is very limited. Only through a few procedural acts can parties influence which legal rules the court applies in a specific case. The principle of an adversarial procedure in article 6.1 ECHR states that the parties have the right not to be judged unheard. How these two principles relate to one another is not in itself a matter of debate. On the other hand, it is discussed whether the principle of an adversarial procedure creates a duty for the court to notify the parties if the court's decision is based on rules other than those the parties raised during the process. The Supreme Court has stated that it is appropriate that the court offers the parties to comment in such cases, but that there is no such requirement. The European Court of Human Rights has not yet expressed an opinion, therefore the question remains unanswered.

Since the Supreme Court has extended the application of *iura novit curia* by a number of cases, there is reason to discuss what this means for the conflict between the principles. The most important of these cases – NJA 2016 s. 107 – constitutes the extension of *iura novit curia*. Some of the procedural acts, which previously created an exception to the principle, are no longer an exception to *iura novit curia*. This means that the parties' influence in the process will decrease. The purpose of this thesis is to analyse *iura novit curia* in relation to the principle of an adversarial procedure after the extension of the principle.

When the losing party in NJA 2016 s. 107 petitioned for a new trial the question of compatibility between the decision and ECHR was raised. The court stated that the development of *iura novit curia* actually is incompatible with the principle of an adversarial procedure. However, due to the room for suitability consideration possessed by the contracting states, the Court

considers that a collision of principles nevertheless does not exist. The extent of the room for suitability consideration is uncertain. This question cannot be answered until the European Court of Human Rights has taken a stand on the issue. Until then, the premise should be that the extension of *iura novit curia* is incompatible with the principle of an adversarial procedure. A requirement for material direction of proceedings in issues of law could accomplish the same result as the judge's duty to communicate the parties in cases of surprising application of the law because of the principle of an adversarial procedure. If Swedish law would have such a requirement, it would have been possible to provide the right to a fair hearing, even in cases where the principle of an adversarial procedure in itself was not fulfilled. The problem is, however, that the court is not required to communicate the parties, neither in relation to the principle of an adversarial procedure or in the material direction of proceedings. This conclusion is supported by the judicial sources of law that I have studied. Efforts have been made for the thesis to be permeated with both a legal development perspective and an international perspective.

Sammanfattning

Jura novit curia utgör en av grundbultarna inom den svenska processrätten. Principen innebär att domaren ansvarar för rättstillämpningen och att utrymmet för parterna att påverka denna är mycket begränsat. Endast genom några få partsdispositioner kan parterna utöva inflytande över vilka rättsregler som domstolen applicerar i ett specifikt fall.

Kontradiktionsprincipen i artikel 6.1 EKMR stadgar att ingen part får dömas ohörd. Hur dessa två principer förhåller sig till varandra är inte i sig en omdebatterad fråga. Det är däremot omdiskuterat huruvida kontradiktionsprincipen skapar en plikt för domstolen att underrätta parterna, om domslutet grundas på andra rättsregler än de som parterna berört under processen. Högsta domstolen har uttalat att det är lämpligt att domstolen bereder parterna möjlighet att yttra sig, men att det inte finns något sådant krav. Frågan har inte prövats av Europadomstolen vad gäller tvistemål, vilket gör att rättsläget är oklart.

Sedan Högsta domstolen genom en rad rättsfall utvidgat tillämpningen av jura novit curia finns anledning att diskutera vad detta innebär för principens förhållande till kontradiktionsprincipen. Det viktigaste av dessa rättsfall – NJA 2016 s. 107 – gestaltar utvidgningen av jura novit curia. Vissa av de partsdispositioner, som tidigare utgjorde undantag till principen, är inte längre undantag till jura novit curia. Detta innebär i sin tur att parternas inflytande i processen minskar. Syftet med innevarande uppsats är att utreda vad denna utveckling haft för betydelse för förhållandet mellan jura novit curia och kontradiktionsprincipen.

När svaranden i NJA 2016 s. 107 ansökte om resning togs frågan om avgörandets förenlighet med EKMR upp. Domstolen konstaterade då att förfarandet i och för sig stred mot kontradiktionsprincipen. På grund av det lämplighetsöverbärandeutrymme som tillkommer de konventionslutande staterna menade domstolen dock att en principkollision inte föreligger. Vad

som ryms inom detta lämplighetsutrymme är dock tveksamt och inget som går att besvara förrän Europadomstolen tagit ställning i frågan. Fram till dess borde enligt min mening utgångspunkten vara att utvidgningen av *jura novit curia* är oförenlig med kontradiktionsprincipen. Ett krav på materiell processledning vid rättsfrågor skulle kunna fylla samma funktion som domarens upplysningsplikt till följd av kontradiktionsprincipen. Om ett sådant krav funnits i svensk rätt hade det varit möjligt att tillgodose rätten till kontradiktion ”bakvägen”. På liknande sätt har man diskuterat i norsk rätt. Det som emellertid ställer till problem är att det varken i förhållande till kontradiktionsprincipen eller till materiell processledning finns något *krav* på att kommunicera parterna vid ändrad rättsanvändning. Till stöd för slutsatsen ligger de juridiska rättskällorna. Ansträngningar har gjorts för att uppsatsen ska genomsyras av både ett rättsutvecklingsperspektiv och ett internationellt perspektiv.

Förkortningar

EKMR / Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En part i ett dispositivt tvistemål spenderar ändlösa resurser för att kunna presentera ett juridiskt material som får domstolen att bifalla talan. När domen sedan kommer kan denna vara baserad på helt andra rättsregler än de som parten har baserat sin framställning på. Anledningen till att situationen uppstår är den allmänna rättsgrundsatsen *jura novit curia*.¹ Principen ger uttryck för den rollfördelning som återfinns framförallt inom den dispositiva civilprocessrätten och som får till följd att parterna får ett begränsat inflytande över rättstillämpningen.² En part i ett dispositivt tvistemål riskerar då att överraskas av den avvikande rättstillämpningen. Om vetenskap funnits angående en sådan rättsanvändning, hade parten kanske valt att föra sin talan annorlunda. Genom kontradiktionsprincipen – som utgör en del av rätten till en rättvis rättegång i artikel 6.1 EKMR – tillförsäkras parten en rätt att inte dömas ohörd.³ Frågan som aktualiseras är då om parten på grund av denna rättighet kan hävda en rätt att bli upplyst om den avvikande rättstillämpningen. Denna fråga utgör innevarande uppsats viktigaste problem.

Vissa författare menar att Högsta domstolen i sin rättspraxis utvidgat tillämpningen av *jura novit curia*.⁴ Redogörelsen i denna uppsats fokuserar på utvecklingen av principen utifrån det viktigaste av dessa prejudikat – NJA 2016 s. 107 ("emissionsgarantimålet").⁵ Denna utveckling betraktas i förhållande till kontradiktionsprincipen. En sådan jämförelse är särskilt intressant eftersom det redan innan den påstådda utvecklingen var tveksamt

¹ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 64.

² Se Lindell (1988) s. 33; Westberg, JT 2011/12 s. 168; Westberg (2013) s. 153 ff.

³ Se Beer mot Österrike; Maunsbach (2015) s. 259 not 992.

⁴ Se Madsen (2016), Dagens juridik.

⁵ Fallet refereras till under 3.2.1.

om inte bristande kommunikering vid överraskande rättstillämpning var oförenlig med kontradiktionsprincipen.⁶

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att utreda vad Högsta domstolens rättspraxis – med utgångspunkt i emissionsgarantimålet – inneburit för utvecklingen av principen *jura novit curia* samt vilka effekter rättsfallet fått i förhållande till kontradiktionsprincipen och rätten till en rättvis rättegång i EKMR.

För att kunna uppfylla syftet ska följande frågeställningar besvaras.

- Innebär emissionsgarantimålet en utveckling av *jura novit curia*?
- Hur förhåller sig utvecklingen av *jura novit curia* till kontradiktionsprincipen och vad innebär den för rätten till en rättvis rättegång?

1.3 Avgränsning

Framställningen behandlar endast dispositiv civilprocessrätt. *Jura novit curia* och kontradiktionsprincipen behandlas inte ingående utan framställningen fokuserar på de delar av principerna som är relevanta för att förstå övriga anföranden. Dispositionsprincipen berörs inte annat än i dem delar där det är relevant för en förståelse av *jura novit curias* omfattning. Uppsatsen diskuterar inte heller huruvida Högsta domstolens bedömning i emissionsgarantimålet strider mot dispositionsprincipen.

⁶ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 76; Lindell (1988) s. 42.

1.4 Metod och perspektiv

Den metod jag har använt mig av får beskrivas som klassiskt rättsdogmatisk. Metoden går ut på att analysera delarna i rättskälleläran så att resultatet återspeglar gällande rätt. Det kan ses som en rekonstruktion av rättssystemet.⁷ Ambitionen i innevarande uppsats är att utföra en sådan rekonstruktion genom en tolkning av rättskällor, såsom lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. Emissionsgarantimålet har utgjort utgångspunkten för denna tolkning. Målet tolkas utifrån andra rättskällor dels för att undersöka om en rättsutveckling föreligger, dels för att avgöra hur utvecklingen förhåller sig till kontradiktionsprincipen i EKMR. Uppsatsen har därför både ett rättsutvecklingsperspektiv och ett internationellt perspektiv.

Uppsatsen har komparativa inslag även om avsikten inte är att göra en utförlig komparativ jämförelse. Därför behandlas avsnittet om norsk rätt mycket kort. Endast en liten del av det norska rättssystemet redogörs för, i syfte att fördjupa analysen samt att lyfta fram hur man ser på problemet där.

1.5 Material och forskningsläge

Eftersom rättsfallet som studerats i uppsatsen är relativt nytt har materialet till stor del sökts i juridiska artiklar. Innehållet i artiklar skiljer sig generellt från innehållet i juridiska böcker. Detta för att artiklar i högre grad är färgade av författarens egna åsikter och att de juridiska analyserna inte är lika genomarbetade. Ansträngningar har gjorts för att låta detta förhållningssätt till artiklar genomsyra arbetet med uppsatsen. De artiklar som används är publicerade på någon av de välansedda juridiska tidskrifterna, såsom Svensk Juristtidning eller Juridisk Tidskrift. För att skapa mig en allmän uppfattning om grunden i ämnet och rättsläget före emissionsgarantimålet har jag sökt information i juridiska böcker. Jag har då

⁷ Se Korling och Zamboni (2013) s. 26.

valt erkända processrättsförfattare, såsom Ekelöf och Westberg. Eftersom stort fokus i uppsatsen ligger på att konstatera en utveckling av *jura novit curia* har jag gjort en del rättsfallsstudier. Av störst intresse har emissionsgarantimålet varit. För att göra en grundlig analys av rättsfallet begränsas framställningen till utvecklingen i ett enda fall. Det sagda innebär att det inte går att visa på ett handlingsmönster hos Högsta domstolen, vilket man kunnat göra genom att redogöra för flera fall.

Jura novit curia behandlas i en stor mängd juridisk litteratur. Här nämns några exempel. Peter Westberg – professor i processrätt vid Lunds universitet – har skrivit avhandlingen *Domstols officialprövning* och boken *Civilrättskipning*. Per Olof Ekelöf – f.d. professor i processrätt vid Uppsala universitet – med fler har författat den klassiska bokserien *Rättegång*. Bengt Lindell – professor i processrätt vid Uppsala Universitet – har skrivit avhandlingen *Partsautonomins gränser* och boken *Civilprocessen*. Kontradiktionsprincipen och dess förhållande till andra principer har också behandlats av Lindell i *Notorietet och kontradiktion*. Ämnet har även behandlats av Hans Danelius – f.d. justitieråd i Högsta domstolen och ordförande i Lagrådet – i boken *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Slutligen har ämnet berörts av Lotta Maunsbach – universitetslektor vid Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet – i avhandlingen *Avtal om rätten till domstolsprövning*.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med att i avsnitt två redogöra för gällande rätt. För att undersöka om en utveckling av principen skett följer en redogörelse för emissionsgarantimålet i avsnitt tre. Efter redogörelsen noteras ett par författares synpunkter på utvecklingen i fallet. I avsnitt fyra behandlas *jura novit curia* i förhållande till kontradiktionsprincipen, både enligt Europakonventionen och enligt intern svensk rätt. I intern svensk rätt ligger fokus mest på att jämföra kontradiktionsprincipens förhållande till

domstolens materiella processledning. Detta för att analysera om materiell processledning är tillräckligt för att rätten att inte dömas ohörd ska vara uppfylld i kontradiktionsprincipens ställe. Under detta avsnitt behandlas också materiell processledning och kontradiktionsprincipen i norsk rätt för att fördjupa analysen. Slutligen behandlas i avsnitt fem både utvecklingen av *jura novit curia* och förhållandet mellan principerna i en analys. Först analyseras förhållandet mellan *jura novit curia* och kontradiktionsprincipen, sedan diskuteras huruvida en normkonflikt kan undvikas genom domarens materiella processledning.

2 Rättslig bakgrund

2.1 Roller i den dispositiva civilprocessen

Inom ramen för det kontradiktoriska förfarandet möter förhandlingsprincipen officialprincipen.⁸ Mötet yttrar sig i en rollfördelning mellan å ena sidan processens huvudaktörer, parterna, och å andra sidan domaren. Domarens uppgift är att tolka och tillämpa lagen på den aktuella situationen.⁹ I dispositiva tvistemål¹⁰ får förhandlingsprincipen, i form av dispositionsprincipen, stort utrymme. Enligt dispositionsprincipen är domstolen till exempel helt bunden av de yrkanden och grunder som en part anför.¹¹ Dispositionsprincipen gäller dock inte generellt utan får ge vika för den del av officialprincipen som innebär att domaren ensam svarar för rättstillämpningen, *jura novit curia*.¹² Det sagda innebär att de yttre gränserna för när *jura novit curia* är tillämplig sätts av dispositionsprincipen. Uppfattningen om hur stort utrymme respektive princip bör ha varierar.¹³

2.2 Jura novit curia

2.2.1 Principens huvuddrag

Jura novit curia innebär något förenklat att parterna inte behöver bevisa innehållet i gällande rätt.¹⁴ Domaren har en skyldighet att döma enligt den

⁸ Se Westberg (2013) s. 136.

⁹ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 74; Westberg (2013) s. 146.

¹⁰ Om dispositiva tvistemål se Ekelöf m.fl. (2016) s. 62 ff.; Westberg (1988) s. 81.

¹¹ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 74; Westberg (2013) s. 146 f.

¹² Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 64.

¹³ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 74 ff.; Jfr Westberg, JT 2011/12 s. 168.

¹⁴ Se 35 kap. 2 § andra stycket första meningen rättegångsbalken (RB); Lindell (1988) s. 33; Lindell (2003) s. 60.

rättsregel som är tillämplig i fallet.¹⁵ Därtill har domstolen monopol på rättstillämpningen och parterna kan inte genom processavtal eller enskilda hänvisningar till en viss regel binda domstolen vid en särskild rättstillämpning.¹⁶ Processavtal saknar, precis som många andra avtalstyper, formkrav.¹⁷

I den mån en part använt sig av en rättslig etikett för att benämna ett visst saksammanhang - till exempel ”skadeståndsskyldighet” - är domaren inte heller bunden av denna beteckning. Vissa problem kan dock uppstå eftersom en sådan beteckning inte bara är ett juridiskt begrepp, utan också ett begrepp som används för att beskriva en *faktisk omständighet*. Beroende på hur begreppet uppfattas får domaren olika stort spelrum gällande vilka rättsregler denne kan tillämpa. Domaren är fri att ändra en rättslig beteckning inom ramen för *jura novit curia*. En omständighet som tillförts målet är domaren däremot bunden av.¹⁸ Ett begrepp med en sådan dubbel mening utgör ibland också ett prejudiciellt rättsförhållande, ”skadeståndsskyldighet” är ett exempel. Ett prejudiciellt rättsförhållande är en särskild rättsfråga över vilken mellandom kan ges och vars existens själva saken i målet beror av. Existensen av rättsfrågan ”skadeståndsskyldighet” är till exempel avgörande för saken i ett fall där en sådan skyldighet är en *förutsättning* för att man ska tilldömas skadestånd.¹⁹ Principen om *jura novit curia* är mycket omfattande och kan inte i sin helhet beskrivas här.²⁰

¹⁵ Se Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 303 f.

¹⁶ Se Westberg, JT 2011-12, s. 173; Westberg (2013) s. 341; Ekelöf m.fl. (2016) s. 64.

¹⁷ Se Westberg, JT 2011/12 s. 173.

¹⁸ Se Westberg (2013) s. 345 f.; Lindell (2003) s. 63 f.

¹⁹ Se Ekelöf m.fl. (2016) s. 47 f; Jfr Westberg (2013) s. 399 f.

²⁰ För vidareläsning om principen se Westberg (2013) s. 341-354; Lindell (2003) s. 60-65; Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 302 ff.; Westberg (1988) s. 326 ff.

2.2.2 Undantag genom särskilda partsdispositioner

Parterna har rätt till ett visst inflytande i processen. Vissa ensidiga partsdispositioner har genom praxis förklarats utgöra *undantag* till *jura novit curia*, ett erkännande är ett sådant exempel. Ett erkännande av en viss omständighet är därför bindande för domstolen.²¹ Detsamma gäller en omständighets rättsliga betydelse om också denna erkänns. Det innebär att inte bara den erkända omständigheten utan också den rättsliga kvalificeringen av denna, inte ska prövas av domstolen.²² Det är domarens uppgift att i fall av tveksamhet utreda vad som har erkänts i fallet.²³ I NJA 2010 s. 643 fastslogs att ett erkännande av ett prejudiciellt förhållande med hela dess rättsliga innebörd också är bindande för domstolen. Erkänner en part det prejudiciella förhållandet ”skadeståndsskyldighet” skulle det således vara bindande på så sätt att skadeståndsskyldighet inte kan uppkomma i fallet.²⁴ En sådan uppfattning fanns i doktrin redan innan avgörandet.²⁵

Enligt vissa författare finns också undantagssituationer då partsavtal om rättstillämpningen ska respekteras av rätten. Gemensamma partsdispositioner kan alltså i vissa fall vara bindande. När sådana undantag kan tillämpas är dock inte klarlagt. Lars Heuman – professor i processrätt vid Stockholms universitet – menar att processavtal kan vara bindande när olika skäl talar för och inga skäl av vikt kan anföras emot. Det gäller exempelvis situationer då parterna genom sitt processavtal kan uppnå samma domslut som de kan nå med hjälp av processhandlingar. Ett argument som väger mot och hindrar rättstillämpningsavtal är att processen kompliceras eller fördyras.²⁶

²¹ Se 35 kap. 3 § första stycket RB; SOU 1926:33 s. 4; Westberg (2013) s. 352 f.; Ekelöf m.fl. (2016) s. 62 f.; Westberg (1988) s. 330 ff.

²² Se Ekelöf, Edelstam och Heuman (2009) s. 70 f.; Westberg (1988) s. 330 ff.

²³ Se Westberg, JT 2011/12 s. 180 f.

²⁴ Se också Heuman, JT 2011/12 s. 340.

²⁵ Se t.ex. Westberg (1988) s. 330 f.; Håstad, JT 2016/17 s. 615.

²⁶ Se Heuman, JT 2011/12 s. 341 f.

2.3 Kontradiktionsprincipen

2.3.1 Principen i EKMR

I artikel 6.1 EKMR²⁷ regleras rätten till en rättvis rättegång. Artikeln ställer vissa krav på domstolsförfarandet. Ett av dessa krav är att förfarandet ska vara korrekt och rättvist mot den enskilde.²⁸ Inom rätten till en rättvis rättegång ryms kontradiktionsprincipen. Principen innebär att en part har rätt att inte dömas ohörd. Parterna ska till exempel ges möjlighet att argumentera för sina ståndpunkter. Det innefattar en rätt att bemöta allt material som tillförs processen av den andra parten, men också att domaren inte får grunda domen på annat material än det båda parterna haft möjlighet att bemöta. En part som inte getts tillfälle att argumentera för sin sak har berövats rätten till en rättvis rättegång.²⁹ Det finns i dagsläget ingen dom från Europadomstolen om förhållandet mellan kontradiktionsprincipen och *jura novit curia* i tvistemål.³⁰ Frågan om domstolen har en plikt att vid överraskande rättstillämpning bereda parterna att yttra sig kan därmed inte anses avgjord.

2.3.2 Principen i svensk rättspraxis

Högsta domstolen har i rättspraxis uttalat att det vid överraskande rättstillämpning är *lämpligt* att kommunicera parterna i målet. Att domstolen underlåter att underrätta parterna utgör således inte per automatik ett rättegångsfel.³¹

²⁷ Europakonventionen har en särskild ställning i svensk rätt enligt 2:19 RF, om något i nationell lag strider mot konventionen finns det således möjlighet att åsidosätta den stridiga lagen genom 11:14 RF. För vidareläsning om konventionen och dess roll i svensk rätt se Danelius (2015) s. 42 ff.; Jermsten, Regeringsform (1974:152) 19 §, Lexino 2016-11-14; Cameron (2014) s. 195 ff.

²⁸ Se Danelius (2015) s. 158 samt s. 259.

²⁹ Se Danelius (2015) s. 259 f. samt s. 271.

³⁰ Se Lindell (2007) s. 197.

³¹ Se NJA 1999 s. 629.

3 Rättsutvecklingen i Högsta domstolen

3.1 Allmänt

I NJA 1993 s. 13 kvalificerade Högsta domstolen om en omständighet och beslutade på grund av den avvikande rättstillämpningen att låta parterna yttra sig. Fallet liknar i många avseenden det fall som redogörs för nedan, förutom i den del där parterna fick lov att bemöta den avvikande rättstillämpningen. Efter Högsta domstolens senaste avgörande finns anledning att fundera över hur långt principen om *jura novit curia* sträcker sig. Domstolen har i ett antal avgöranden utvidgat tillämpningen av principen och dessutom inte kommunicerat parterna.³² Vissa författare menar att tvistemålsprocessen under en längre tid gick emot ett partsdominerande håll.³³ Efter utvecklingen av *jura novit curia* finns skäl att ifrågasätta denna uppfattning, eftersom att Högsta domstolen i det avseendet verkar ha bytt riktning.³⁴

3.2 Emissionsgarantimålet

3.2.1 Bakgrund

I emissionsgarantimålet (NJA 2016 s. 107) hade käranden yrkat att svaranden, mot erhållande av aktier i ett bolag, skulle föreläggas utge betalning till käranden. Det var i fallet fråga om en nyemission där svaranden (garanterna) genom en emissionsgaranti åtagit sig att teckna aktier i ett bolag (bolag 1) om aktierna som gavs ut vid nyemissionen inte

³² Se Madsen (2016), Dagens juridik; NJA 2014 s. 960; NJA 2014 s. 760.

³³ Se exempelvis Westberg (2013) s. 353 f.

³⁴ Se Madsen (2016), Dagens juridik.

blev fulltecknade av befintliga aktieägare. När garanterna inte uppfyllde löftet hittade bolag 1 ett annat bolag (bolag 2) som var villiga att teckna resterande aktier. Bolag 2 tecknade de resterande aktierna mot att de juridiska anspråken mot garanterna fick övertas av bolag 1. Bolag 2 var således kändaren i målet. Kändaren menade att grunden för talan var att garanterna enligt emissionsgarantin var skyldiga att teckna aktier i bolag 1. Tingsrätten och hovrätten ogillade käromålet med motiveringen att garantiavtalet upphört att gälla till följd av att de kvarvarande aktierna fulltecknades av bolag 2. Garanterna hade således ingen skyldighet att infria sitt löfte eftersom alla aktier i bolag 1 blivit fulltecknade. Kändaren uttryckte på förfrågan från svaranden i tingsrätten att det inte var fråga om någon skadeståndstalan utan att deras anspråk avsåg fullgörelse för garanterna. Att det var fråga om en fullföljd av garantiavtalen hade kändaren också preciserat i grunden.

3.2.2 Högsta domstolens bedömning

Högsta domstolen uttalade att kändarens talan inte kunde tolkas på något annat sätt än att de ville att garanterna skulle lösa bolag 2 från vad fyllnadsteckningen resulterat i. Domstolen menade att det således inte var fråga om huruvida kändaren kunde kräva fullgörelse av garanterna. Den menade istället att huvudfrågan i målet var huruvida kändaren var berättigad till skadestånd på grund av det avtalsbrott som garanterna gjort sig skyldiga till. Högsta domstolen tilldömde visserligen kändaren vad som var yrkat, men på skadeståndsrättslig grund.³⁵

3.2.3 Överprövningar av målet

Efter Högsta domstolens dom i emissionsgarantimålet klagade svaranden på domvilla. I första hand ansåg de att domstolen i flera avseenden överträtt

³⁵ Se NJA 2016 s. 107 p. 12-13, 71-72 samt Högsta domstolens domslut i samma mål. Fallet har sammanfattats mycket grundligt av Unnersjö, JT 2016/17 s. 410 ff.; Håstad, JT 2016/17 s. 606 ff.; Madsen (2016), Dagens juridik.

dispositionsprincipen på ett sätt som gjort att garanterna inte fått möjlighet att bemöta skadeståndsanspråket. De menade att domstolen inte med stöd av *jura novit curia* kunde företa en sådan rättstillämpning *ex officio*. I andra hand anförde svaranden att om domstolen handlat inom ramarna för *jura novit curia* hade de likväl begått rättegångsfel. Detta på grund av att de inte låtit parterna i målet yttra sig om den överraskande rättstillämpningen.³⁶ När målet prövades fastslogs dock att det inte förelåg någon överträdelse av dispositionsprincipen i 17 kap. 3 § rättegångsbalken (RB), eftersom skillnaden mellan domen och grunderna bestod i tillämpning av andra rättsregler. Domstolens handlande var därmed inte felaktigt, eftersom de bara utnyttjat sitt handlingsutrymme inom *jura novit curia*. Domen hade inte grundats på andra omständigheter än de som anförts i grunden för karendens talan. Inte heller underlåtenheten att kommunicera parterna utgjorde rättegångsfel som inverkat menligt på målets utgång. Utebliven kommunikering utgör bara rättegångsfel under särskilda omständigheter enligt NJA 1999 s. 629.³⁷ Högsta domstolen bekräftar således i målet att avgörandet fortsatt ska gälla.

Efter domen om domvilla begärde svaranden resning i Högsta domstolen. Svaranden menade att emissionsgarantimålet skiljde sig från situationen i NJA 1999 s. 629 och att fallet därför inte kunde appliceras på situationen. Svaranden hävdade därför att Högsta domstolens handlande i emissionsgarantimålet stred mot kontradiktionsprincipen.³⁸ I resningsmålet medgav Högsta domstolen att kommunikering i och för sig borde ha skett i emissionsgarantimålet. Domstolen menade att parterna då kunnat yttra sig över faktiska förhållanden, fästa rättens uppmärksamhet på att rättstillämpningen inte var tillämplig och argumentera för sin sak. De fortsatte dock med att anförda att kontradiktionsprincipen ger ett visst

³⁶ Se Ö 1810/16 p. 1.

³⁷ Se Ö 1810/16 p. 2-3; Målet har sammanfattats av Håstad i JT 2016/17 s. 605 ff.

³⁸ Se Ö 5886/16 p. 8.

utrymme för lämplighetsöverväganden i det enskilda fallet. Av den anledningen ansågs inte tillräcklig grund för resning föreligga.³⁹

3.3 Kommentarer i doktrin

Alexander Unnersjö – doktorand i civilrätt på Stockholms universitet – menar att emissionsgarantimålet visar att det undantagsutrymme då rättstillämpningsavtal är bindande är ytterst begränsat. Han syftar på det undantag som anförts av Heuman och som gör att processavtal i vissa fall är bindande för domstolen. Det vill säga, det undantag som gör att situationen inte omfattas av huvudregeln som stadgar att parterna inte kan ingå bindande avtal om den civilrättsliga rättstillämpningen.⁴⁰

Torgny Håstad – f.d. justitieråd i Högsta domstolen – menar att Högsta domstolens bedömning i målet är oförenlig med en tidigare uppfattning i doktrin och praxis. Uppfattningen innebär att ett prejudiciellt rättsförhållande i ett dispositivt tvistemål inte får ligga till grund för en dom, om den part som gynnas av förhållandet förklarar att denne inte åberopar omständigheten.⁴¹ Westberg uttalade i samband med avgörandet i NJA 2010 s. 643 att när det finns klart stöd för att ett erkännande omfattar omständighetens rättsliga konsekvenser har jura novit curia fått stå tillbaka till förmån för dispositionsprincipen.⁴² Håstad menar att ett erkännande av omständigheten ”skadeståndsskyldighet” inte kan tolkas på något annat sätt än att också de rättsliga konsekvenserna omfattas av erkännandet. Detta till skillnad från andra prejudiciella förhållanden så som ”vårdslöshet” där det kan vara oklart om parten vid erkännandet också avsett att erkänna den rättsliga beteckningen.⁴³

³⁹ Se Ö 5886/16 p. 15-18.

⁴⁰ Se Unnersjö, JT 2016/17 s. 413; Jfr Heuman, JT 2011/12 s. 341 f.

⁴¹ Se NJA 2010 s. 643; Håstad, JT 2016/17 s. 615.

⁴² Se Westberg, JT 2011/12 s. 181.

⁴³ Se Håstad, JT 2016/17 s. 615.

Göran Lambertz – f.d. justitieråd i Högsta domstolen som dessutom deltog i avgörandet i emissionsgarantimålet – menar att ”skadeståndsskyldighet” i grunden är en rättslig etikett som domstolen är fri att använda som den vill.⁴⁴ Vidare bemöter han frågan i målet som vållat mest diskussion, nämligen huruvida Högsta domstolen gjort sig skyldig till grovt rättegångsfel genom att bryta mot dispositionsprincipen.⁴⁵ Lambertz nämner dock inget om NJA 2010 s. 643 eller det faktum att käranden uttryckligen sagt att det inte är tal om skadeståndsskyldighet.

⁴⁴ Se Lambertz, SvJT 2017 s. 336.

⁴⁵ Se Lambertz, SVJT 2017 s. 334.

4 Jura novit curia i förhållande till kontradiktionsprincipen

4.1 Europadomstolens praxis

4.1.1 I tvistemål

För tvistemål finns ännu inga avgöranden som rör kontradiktionsprincipens förhållande till jura novit curia.⁴⁶ När Europadomstolen prövat mål gällande artikel 6.1 i tvistemål har kontradiktionsprincipen bara aktualiserats på grund av bristande delgivning eller för att en part inte fått bemöta nytt material som tillförts rättegången.⁴⁷

4.1.2 I brottmål

Europadomstolen har avseende brottmål stadgat att inte bara nytt material utan också ändring av *rättsliga kvalifikationer* måste kommuniceras. Rättsläget skiljer sig alltså från förhållandet i tvistemål. Undantag från denna kommuniceringsplikt görs emellertid i situationer då den åtalade haft anledning att räkna med den avvikande rättstillämpningen.⁴⁸ Det bör nog understrykas att det inte är jura novit curia i sig som strider mot kontradiktionsprincipen, utan det faktum att den åtalade döms ohörd.⁴⁹

Europadomstolen har uttalat att kontradiktionsprincipen så som den är utformad i artikel 6.1 EKMR inte ska betraktas olika i tvistemål och brottmål.⁵⁰ Lindell menar därför att man borde kunna tillämpa brottmålspraxisen på tvistemål.⁵¹ Huruvida Europadomstolens

⁴⁶ Se Lindell (2007) s. 197.

⁴⁷ Se Danelius (2015) s. 271-277.

⁴⁸ Se Danelius (2015) s. 339.

⁴⁹ Se Westberg (2013) s. 351.

⁵⁰ Se Nideröst-Huber mot Schweiz, dom den 18 februari 1997.

⁵¹ Se Lindell (2007) s. 197.

brottmålspraxis överhuvudtaget kan appliceras på tvistemål får dock anses långt ifrån fastställt.⁵² Europadomstolens domar som stadgar ovannämnda har dessutom främst varit grundade på artikel 6.3 EKMR, som bara är tillämplig i brottmål. I vissa fall har artikel 6.1 använts tillsammans med artikel 6.3.⁵³

4.2 Uppfattningen i intern svensk rätt

4.2.1 Kontradiktionsprincipen

Lindell menar att problemet med upplysningsplikten ligger i att man inte ser en rättslig omkvalificering som ett tillförande av nya omständigheter. Trots att ett tillförande av en ny rättsregel kan innebära att parten vill bemöta det tillförda på samma sätt som vid tillförande av nytt material.⁵⁴ Enligt honom strider därför en icke-kommunicering vid överraskande rättstillämpning mot artikel 6.1 EKMR, eftersom den nya kvalificeringen bör ses som tillförande av nytt processmaterial.⁵⁵

Håstad anför att det är en avsevärd skillnad i att domstolen tillämpar regler som inte diskuterats och att de tillämpar regler som diskuterats i fallet och som parterna uttryckligen undantagit från sin talan.⁵⁶ Högsta domstolen uttalade i resningsmålet att parterna i emissionsgarantimålet i och för sig borde ha kommunicerats på grund av att rättstillämpningen var överraskande. Det sagda gjorde att parterna i målet inte fått möjlighet att yttra sig i målet och därmed dömts ohörda. Domstolen menade dock att kontradiktionsprincipen innehåller ett lämplighetsövervägandetrymme som gjorde att handlings sättet inte var ”klart och oemotsägligt oriktigt”. Därför

⁵² Se Westberg (2013) s. 351.

⁵³ Se Danelius (2015) s. 339-343.

⁵⁴ Se Lindell (2003) s. 64.

⁵⁵ Se Lindell (2003) s. 268.

⁵⁶ Se Håstad, JT 2016/17 s. 620.

utgjorde det inte grund för resning.⁵⁷ Lambertz uttalar, precis som Högsta domstolen i resningsmålet, att lämplighetsövertvägandeutrymmet som finns i kontradiktionsprincipen innebär att rättegångsfel inte föreligger. Trots att rättegångsfel i och för sig föreligger på grund av att parterna i målet inte fått yttra sig. Avslutningsvis tillkännager Lambertz att han inte anser att parterna i emissionsgarantimålet hade behövt kommuniceras. Detta eftersom att inga nya faktiska omständigheter tillkommit och att man kunnat bifalla talan även om man inte tagit in skadestandsgrunden.⁵⁸

4.2.2 Materiell processledning

Inom svensk intern rätt har frågan om överraskande rättstillämpning främst rört vilka materiella processledningskrav avseende rättsfrågor som kan ställas på domstolen.⁵⁹ Materiell processledning och kontradiktionsprincipen är emellertid inte samma sak.⁶⁰ Domstolen har en skyldighet att se till att avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar under förberedelsen samt i de uttalanden som görs under huvudförhandlingen.⁶¹ Också efter huvudförhandlingen får rätten komplettera utredningen i målet genom materiell processledning.⁶² På grund av att det i svensk rätt funnits en rädsla för att domaren ska framstå som en partisk rådgivare har man varit mycket tveksam till materiell processledning överlag.⁶³ Den materiella processledningsplikten omfattar traditionellt sett enbart sakförhållanden. Det finns inget i förarbetena som tyder på att rätten skulle ha samma utredningsskyldighet också gällande rättsfrågor. Det finns å andra sidan inte heller något som talar emot det.⁶⁴ I rättspraxis har konstaterats att det inte föreligger någon *skyldighet* för domstolen att processleda vid överraskande

⁵⁷ Se Ö 5886/16 p. 15-18.

⁵⁸ Se Lambertz, SvJT 2017 s. 337 f.

⁵⁹ Se NJA 1993 s. 13; Justitierådet Linds tillägg till NJA 1989 s. 614; Jfr NJA 1999 s. 629.

⁶⁰ Jämför NJA 1999 s. 629 med NJA 1993 s. 13.

⁶¹ Se 42 kap. 8 § andra stycket RB respektive 43 kap. 4 § andra stycket RB.

⁶² Se 43 kap. 14 § RB.

⁶³ Se Lindell (1988) s. 13 f.; Westberg (2013) s. 335.

⁶⁴ Se Prop. 1986/87:89 s. 103-108. samt s. 196; Westberg (1988) s. 340 f.

rättstillämpning.⁶⁵ Utredningsplikten ställer i vart fall krav på domstolen att utreda huruvida en part erkänt något och vad erkännandet i sådana fall omfattar.⁶⁶

För att en part ska ges en chans att formulera sin talan så som föreskrivs enligt kontradiktionsprincipen måste domstolen tillhandahålla parterna i målet allt material som tillförts rättegången. Detta eftersom att parterna inte har någon plikt att tillhandahålla varandra materialet. Maunsbach menar att denna partsinsyn utgör en viktig del av kontradiktionsprincipen. Den materiella processledningen kan således sägas vara en förutsättning för att kontradiktionsprincipen ska få genomslag i nationell rätt.⁶⁷

4.3 Uppfattningen i intern norsk rätt

Enligt den norska tvistemålslagen ska rätten processleda materiellt så att tvistemålsfrågor blir ordentligt utredda och så att parternas påståenden och ståndpunkter till faktiska och rättsliga frågor klagörs. Norsk rätt innehåller således en lagstadgad materiell processledning också avseende rättsfrågor.⁶⁸ I tvistemål utgör domstolens skyldighet att materiellt processleda som huvudregel ingen absolut *plikt* att underrätta parterna. Det bör till och med undvikas om den får domaren att verka partisk.⁶⁹ I Norge finns, liksom i Sverige, således en rädsla för att domaren i den materiella processledningen ska förlora sin roll som objektiv.

När den norska tvistemålslagen infördes diskuterades huruvida man skulle lagstifta om att upplysningsplikten på grund av kontradiktionsprincipen skulle gälla även rättsanvändningen. Så blev emellertid inte fallet, delvis på grund av att man ansåg *jura novit curia* ha en så stark ställning i den

⁶⁵ Se NJA 1993 s. 13; Justitierådet Linds tillägg till NJA 1989 s. 614; Jfr NJA 1999 s. 629.

⁶⁶ Se Westberg, JT 2011/12 s. 178.

⁶⁷ Se Maunsbach (2015) s. 257 f.

⁶⁸ Se § 11-5 p.3 LOV-2005-06-17-90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister.

⁶⁹ Se Skoghoy (2017) s. 581 samt s. 584.

nationella rätten. En annan anledning var att man ansåg att alla förutsättningar för att låta parterna bemöta relevanta rättsregler redan under processen förelåg. Detta eftersom domstolens materiella processledning omfattar rättsfrågor.⁷⁰ I likhet med svensk rätt aktualiseras därför upplysningsplikten som följer av kontradiktionsprincipen bara i sakfrågor.⁷¹

⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 167 ff.

⁷¹ Se Skoghoy (2017) s. 549.

5 Analys

5.1 Utvecklingen av jura novit curia

Enligt min mening kan situationen i emissionsgarantimålet uppfattas på två sätt. Oavsett hur man väljer att se på situationen, kan man konstatera en utvidgning av principen jura novit curia. Något som talar starkt för denna uppfattning är att Högsta domstolen själv i mål om domvilla har konstaterat att den handlat inom ramarna för jura novit curia när den dömde på skadeståndsrättslig grund. För att redogöra för de två situationerna måste man skilja mellan ensidiga och gemensamma partsdispositioner. Antingen kan man se kändens undanbedjande av ”skadeståndsskyldighet” på svarandens förfrågan som ett försök av parterna att gemensamt binda domstolen vid en viss rättstillämpning genom ett *processavtal*. Det går också att se situationen som att kändens framställt ett erkännande av ett prejudiciellt förhållande när denne undanbett ”skadeståndsskyldighet”. Det skulle då vara fråga om en *ensidig processhandling* från kändens sida.

Är det fråga om ett processavtal kan man applicera det Unnersjö uttalat, att utrymmet för att rättstillämpningsavtal i undantagsfall är bindande fastställs till att vara mycket litet i och med rättstillämpningen i målet.

Emissionsgarantimålet innebär i så fall att domstolen bortsett från att parterna velat att domstolen skulle använda sig av en särskild rättstillämpning. Enligt vad Unnersjö sagt innebär avgörandet då att undantagsutrymmet fastslagits som mycket begränsat. Ett sådant konstaterande skulle innebära en utvidgning av domarens inflytande över rättstillämpningen och därmed en utvidgning av jura novit curia.

Är det fråga om en ensidig partsdisposition blir de kommentarer som Håstad gjort relevanta. Domen i emissionsgarantimålet innebär i så fall att domstolen har frångått det tidigare avgörandet i NJA 2010 s. 643 om att ett erkännande av ett prejudiciellt förhållande är bindande. Håstad har i

anslutning till fallet uttalat att det i fråga om en omständighet som skadeståndsskyldighet inte kan föreligga några tvivel om att också de rättsliga konsekvenserna omfattas av erkännandet. Det är en bedömning jag delar. Omständigheten ”skadeståndsskyldighet” är i princip obefintlig utan de rättsliga konsekvenser som är knutna till begreppet. Domstolen i emissionsgarantimålet måste enligt denna mening insett att käreandens erkännande omfattade den rättsliga kvalificeringen. Det skulle i så fall innebära att ett erkännande av ett prejudiciellt förhållande inte längre än bindande för domstolen. Utvidgningen av principen består då i att en sådan ensidig partsdisposition inte längre utgör undantag till principen *jura novit curia*.

Min uppfattning är att det rimligtvis inte är fråga om ett processavtal. Visserligen finns det inga formkrav som ett sådant avtal måste uppfylla, utan vanlig avtalsbundenhet genom anbud-accept tillämpas. Svarandens fråga till käreanden, om talan avser skadeståndsskyldighet, utgör förmodligen inget anbud. Frågan bör istället betraktas som en fråga ställd för att få klarhet i hur käreanden utformat sin talan. Det är alltså en fråga som ställs i syfte att få klart för sig vad som ska bemötas, och inte ett försök till en gemensam partsdisposition. Det tyder i så fall på att det rör sig om en ensidig processhandling från käreandens sida. Käreanden har förmodligen också vid erkännandet avsett att erkänna ett avstående från de rättsliga effekterna av omständigheten ”skadeståndsskyldighet”. På samma sätt har svaranden uppfattat situationen och därför inte bemödat sig med att bemöta omständigheten.

5.2 Kontradiktionsprincipen

5.2.1 Allmänt

Enligt Europadomstolens praxis måste nytt material tillföras för att kontradiktionsprincipen ska aktualiseras i tvistemål. Vid avvikande rättstillämpning kan man normalt inte tala om att nytt material tillförts, även

om Lindell hävdar att en sådan tolkning är möjlig. Hans första argument för sin ståndpunkt är att en sådan praxis redan tillämpas av Europadomstolen i brottsmål. Möjligen kan man söka någon ledning ur brottmålspraxis, men den går knappats att tillämpa direkt. Det föreligger alltför stora principiella skillnader emellan civil- och straffprocessrätten. Att Europadomstolen nämnt att ingen skillnad ska göras i artikel 6.1 EKMR mellan brott- och tvistemål innebär inte att den har syftat på att brottmålspraxis ska tillämpas även på tvistemål. Därtill ska tilläggas att Europadomstolen aldrig ställt krav på kommunikering av rättslig kvalificering i brottmål enbart grundat på artikel 6.1 EKMR. Enligt mig är det därför inget alternativ att tillämpa brottmålspraxis analogt på tvistemål.

Lindells andra argument för sin ståndpunkt är att en rättslig omkvalificering, på samma sätt som tillförande av nytt material, kan vara av stor betydelse för utgången i målet och därför väsentlig att bemöta. Det har visats prov på i en mängd svenska rättsfall. I emissionsgarantimålet, för att nämna ett exempel, ledde Högsta domstolens tillämpning av grunden ”skadeståndsskyldighet” till att målet kunde bifallas. Svaranden menade att de haft invändningar att framföra om de givits möjlighet att bemöta frågan om skadeståndsskyldighet. Det finns således belägg för att ett tillförande av en rättsregel i praktiken får samma konsekvenser som tillförande av nytt material. Det bör emellertid beaktas att begrepp i EKMR generellt ska tolkas autonomt. Att spekulera i hur begreppet material kan tolkas med utgångspunkt i svensk intern rätt torde därför vara ganska meningslöst.

Under en längre tid gick utvecklingen i civilprocessrätten emot ett ökat inflytande för parterna. Anledningen till det är i första hand processekonomisk men beror därtill, enligt min mening, på vårt införande av EKMR som svensk lag. Majoriteten av de svenska processrättsförfattarna har uttryckt att den tillämpning av jura novit curia som utgjort gällande rätt fram till emissionsgarantimålet varit precis på gränsen för vad kontradiktionsprincipen tillåter. Det har dock inte gått att sluta sig till någon bestämd uppfattning i frågan, vilket delvis beror på avsaknaden av

Europadomstolspraxis i tvistemål. Så verkar också Högsta domstolen ha resonerat eftersom de inte uppställt något krav på kommunikering vid avvikande rättstillämpning. Utifrån rättsläget innan utvidgningen av *jura novit curia* kan man enligt min mening inte säga att det skulle finnas en absolut skyldighet för domstolen att underrätta parterna vid avvikande rättstillämpning. Att det kanske *borde* finnas ett sådant krav är en helt annan sak, men något som Europadomstolen i första hand måste ta ställning till.

5.2.2 Rättsutvecklingens betydelse för principernas förenlighet

Efter domen i emissionsgarantimålet kan en utvidgning av *jura novit curia* konstaterats. Enligt min mening består denna utveckling i att erkännande av ett prejudiciellt rättsförhållande inte längre anses bindande för domstolen. I vart fall inte när det rör sig om ett erkännande av ett prejudiciellt förhållande. Det innebär i förhållande till kontradiktionsprincipen att parternas inflytande över vilka rättsregler som tas in i processen generellt minskar. I takt med det borde också kommunikeringen av part vid överraskande rättstillämpning öka. När parterna själva tillför rättsregler till processen så är riskerna för överraskande rättstillämpning nämligen mycket små. Parten har dessutom fått möjligheten att argumentera för sin sak avseende just den rättsanvändningen. Om parterna ges minskade möjligheter att disponera över processen är däremot risken för överraskande rättstillämpning överhängande. Risken för att parterna inte fått bemöta rättstillämpningen alls är också större. Det innebär att högre krav måste ställas på att domstolen kommunicerar parterna för att kontradiktionsprincipen ska tillgodoses.

I resningsmålet, där frågan om fallets förenlighet med EKMR behandlades, ansåg Högsta domstolen att rättegångsfel i och för sig förelåg på grund av att parterna i målet inte kommunicerats. Det sagda innebär att domstolen själv erkänt att rättstillämpningen i fallet var oförenlig med kontradiktionsprincipen. Den lämplighetsmarginal som Högsta domstolen

talar om i resningsmålet torde vara den ”margin of appreciation” som finns vid tillämpningen av Europakonventionen. Högsta domstolen menar att lämplighetsmarginalen gör att förfarandet likväl är förenligt med EKMR. Denna marginal är dock till för att den nationella domstolen i ett *enskilt fall* ska ges utrymme för olika bedömningar. Att hävda att ett förfarande inte är rättsstridigt eftersom det befinner sig inom margin of appreciation är bara en uppfattning man kan sluta sig till i ett enskilt fall. Det är därför inte ett argument som bör användas för att försvara utebliven kommunikering generellt. Fram till att Europadomstolen tar ställning till frågan borde därför utgångspunkten vara att utebliven kommunikering vid avvikande rättstillämpning strider mot kontradiktionsprincipen.

5.2.3 Materiell processledning

5.2.3.1 Allmänt

Som konstaterats ovan finns inget i svensk rätt som kopplar samman kontradiktionsprincipen med domstolens materiella processledning. Likväl kan det vara svårt att skilja de två principerna åt i praktiken. Enligt vad Maunsbach anfört torde materiell processledning också kunna vara ett verktyg för att kontradiktionsprincipen ska uppfyllas. Detta kan jämföras med hur man resonerat i Norge, där man ansett att den materiella processledningen till stora delar förhindrar utebliven kommunikering av parterna. Detta avslutande avsnitt ska därför behandla huruvida det är möjligt att med hjälp av materiell processledning tillgodose kravet på kontradiktion.

5.2.3.2 Kan rätten att inte dömas ohörd anses tillgodosedd på grund av materiell processledning?

I emissionsgarantimålet uppstår den överraskande rättstillämpningen av att domstolen och parterna missförstår varandra. Parterna uppfattar situationen som att de genom en ensidig processhandling bundit domstolen vid att inte företa en särskild rättstillämpning. Domstolen betraktar emellertid inte sig själv som bunden av resonemanget. Här kan materiell processledning få en

viktig roll genom att domstolen utreder vad parten egentligen menat. Den överraskande rättstillämpningen hade nämligen kunnat undvikas om domstolen genom materiell processledning ställt frågor till parterna om vad deras uttalande innebar.

Materiell processledning kan i många fall hindra att parterna blir överraskade vid avvikande rättstillämpning. Detta eftersom att domstolen då underrättar parterna om att andra rättsregler kan bli tillämpliga och i samband med det ger dem möjlighet att yttra sig. Det förutsätter att den materiella processledningen omfattar att rätten inte bara utreder sakfrågor, utan också rättsfrågor. Det finns i svensk rätt ingen absolut skyldighet för domstolen att vid tillförande av nya rättsregler tillämpa materiell processledning. I praxis har bara konstaterats, i likhet med kontradiktionsprincipen, att domstolen *bör* processleda materiellt i de fall rättstillämpningen är avvikande. Visserligen kan ovanstående tolkas motsatsvis – som att ett sådant krav inte finns i svensk rätt. Förarbetena ger dock varken stöd för eller emot att det skulle vara en plikt för domstolen att processleda materiellt vid avvikande rättstillämpning.

Som redogjorts för ovan har Norge ett lagstiftat processledningskrav också avseende rättsfrågor. Av denna anledning ansåg man i förarbetena till tvistemålslagen att man inte behövde införa en upplysningsplikt i rättsfrågor. Frågan som uppstår är om man kan uppfylla kravet på kontradiktion genom materiell processledning även i Sverige. Den materiella processledningen sträcker sig från förberedelsen, genom huvudförhandlingen och lämnar till och med utrymme för att processleda materiellt efter huvudförhandlingen. Det innebär att det finns en möjlighet att processleda materiellt genom hela processen. Dessutom har i praxis konstaterats att domstolen bör processleda materiellt avseende rättsfrågor. Av denna anledning är det möjligt att tillse att rättstillämpningen i målet inte blir överraskande för parterna. Som uttalats i förarbetena till den norska tvistemålslagen torde det innebära att Sverige har alla förutsättningar att

uppfylla kontradiktionsprincipen, trots att kontradiktionsprincipen inte omfattar rättsanvändningen.

Eftersom att materiell processledning och skyldigheten för domaren enligt kontradiktionsprincipen att underrätta parterna i praktiken ser likadana ut kan de också fylla samma funktion i rättssystemet. Det vill säga, kravet på kontradiktion *skulle* kunna uppfyllas genom ett krav på materiell processledning vid överraskande rättstillämpning. Problemet är att det varken i Norge eller i Sverige är en plikt för domstolen att materiellt processleda parterna, och att de svenska domstolarna ofta verkar utnyttja detta faktum. I många fall där processledning hade kunnat innebära att kravet i artikel 6.1. EKMR uppfylldes och parten inte dömdes ohörd har domstolen underlåtit att processleda. Den materiella processledningen tillför därför inte något som inte kontradiktionsprincipen kan tillföra så länge det inte ställs krav på att domaren materiellt processleder i rättsfrågor. Det stora problemet ligger således i att det överhuvudtaget inte finns något krav, varken på materiell processledning i rättsfrågor eller på att parten ska få yttra sig på grund av kontradiktionsprincipen.

5.3 Slutsats

En utvidgning av principen *jura novit curia* gör att rätten att inte dömas ohörd i artikel 6.1 EKMR inte är uppfyllt, om man vid avvikande rättstillämpning underlåter att kommunicera parterna i målet. Det är också här problemet ligger. Det *går* att underlåta att kommunicera parterna, eftersom kontradiktionsprincipen i svensk intern rätt inte är tvingande i förhållande till rättsfrågor. Samma sak gäller domstolens skyldighet att materiellt processleda i rättsfrågor. Därför kan inte heller processledning i praktiken fungera som ett substitut för kontradiktion för att kravet i artikel 6.1 EKMR ska anses uppfyllt. Problemet är således att något krav på att parterna ska underrättas vid avvikande rättstillämpning inte finns. Den utformning som gällande rätt har idag, efter emissionsgarantimålet, innebär därför att domaren känner lagen på parternas bekostnad.

6 Käll- och litteraturförteckning

6.1 Källor

6.1.1 Tryckta källor

6.1.1.1 Svenska offentliga tryck

SOU 1926:33 Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning.

Prop. 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.

6.1.1.2 Utländska offentliga tryck

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

6.1.2 Elektroniska källor

Finn Madsen, ”HD vidgar tillämpningen av jura novit curia – detta påverkar i grunden hur talan ska föras i domstol”, Dagens juridik,

<<http://www.dagensjuridik.se/2016/06/analys-debatt-finn-madsen-I>> ,

besökt 2017-05-19.

6.2 Litteratur

Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention of Human Rights*, uppl. 7, Iustus, Uppsala 2014.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, uppl. 5, Norstedts juridik, Stockholm 2015.

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik och Heuman, Lars och Pauli, Mikael, *Rättegång. Första häftet*, uppl. 9, Wolters Kluwer, Stockholm 2016.

- Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, *Rättegång. Fjärde häftet*, uppl. 7, Norstedt, Stockholm 2009.
- Heuman, Lars, 'Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?', *JT* 2011/12 s. 336-354.
- Håstad, Torgny, 'Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden', *JT* 2016/17 s. 605-624.
- Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013.
- Lambertz, Göran, 'Processrätten i emissionsgarantimålet', *SvJT* 2017 s. 334-338.
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*, Iustus, Uppsala 1988.
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, uppl. 2, Iustus, Uppsala 2003.
- Lindell, Bengt, *Notorietet och kontradiktion*, Iustus, Uppsala 2007.
- Maunsbach, Lotta, *Avtal om rätten till domstolsprövning: processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*, Norstedts juridik, Stockholm 2015.
- Skoghoy, Jens Edvin A., *Tvistelosning*, uppl. 3, Universitetsforlaget, Oslo 2017.
- Unnersjö, Alexander, 'Emissionsgarantiers bindande verkan och interventionsbetalarens ställning', *JT* 2016/17 s. 409-439.
- Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: en civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Juristförlaget i Lund, Lund 1988.
- Westberg, Peter, 'Parts förfoganderätt och domarens rättsanvändning', *JT* 2011/12 s.168-183.
- Westberg, Peter, *Civilrättsskipning*, uppl. 2, Norstedts juridik, Stockholm 2013.

7 Rättsfallsförteckning

7.1 Högsta domstolen

NJA 1989 s. 614.

NJA 1993 s. 13.

NJA 1999 s. 629.

NJA 2010 s. 643.

NJA 2016 s. 107.

Ö 1810/16.

Ö 5886/16.

7.2 Europadomstolen

Nideröst-Huber mot Schweiz, 18 februari 1997, no. 18990/91.

Beer mot Österrike, 6 februari 2001, no. 30428/96.