

Om fakultativa regler

En studie av svensk och unionsrättslig reglering av
skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor

Om fakultativa regler

En studie av svensk och unionsrättslig reglering av
skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor

Anna Wallerman

Abstract

On discretionary rules in civil procedure – A study of Swedish and EU regulation of the exercise of discretion in procedural matters

Keywords: Judicial Procedure Act, civil procedure, flexibility, effectivisation, discretion, discretionary rules, classic discretion, interpretive discretion, national procedural autonomy, principle of loyalty, judicial review, judicialization, decentralization, fragmentation, Europeanization.

Increased flexibility has been one of the most consistently pursued goals of civil procedure reforms in Sweden during recent decades, resulting in a near doubling of the number of rules intended to confer discretion upon the courts. Meanwhile, the Court of Justice of the EU (CJEU) has in its case law increasingly ventured into core areas of procedural law, suggesting *inter alia* that the legislative choice to confer discretion on the courts affects the effective enforcement of EU law.

The thesis examines recent development in civil procedure in Sweden. It argues that EU law influence is liable to hamper the Swedish reforms in fulfilling their purpose and that the effect of the reforms may instead be to further the impact of substantive EU law before Swedish courts. It also argues that the flexibility-driven reforms have structural effects on the allocation of normative powers between the Union and the Member State, as well as between the legislative branch and the judiciary.

The CJEU has repeatedly if not consistently used the existence of discretionary powers of the national courts to further the impact of EU law. In doing so the Court has gone beyond what is required by the minimum principles of effectiveness, equivalence and effective judicial protection, and beyond what would have been required by the Member States, had the national rules governing the matter been of mandatory rather than discretionary character. Increased judicial discretion in national procedural regulation thereby strengthens the effectiveness of EU law. The thesis therefore suggests that an EU law perspective should be adopted in further reforms of civil procedure. It also outlines a strategy for the application of discretionary rules in Swedish courts, which is intended to safeguard the fundamental principles of national civil procedure while ensuring conformity with EU law requirements.

The exercise of judicial discretion in lower courts is at least in theory subject to full judicial review in appeal courts. In practice, however, the thesis shows that the willingness of appeal courts to review discretionary decision-making depends on the construction of the rule. In this respect the thesis distinguishes between classical and interpretive discretion, arguing that the latter appears to give rise to a more thorough review while the former presents courts of first instance with a larger degree of autonomy. This finding presents the legislator with a tool for the future construction of discretionary rules.

Lastly, the thesis points out that the development towards increased judicial discretion entails that legal control of the procedure is transferred from political to judicial actors. This judicialization in turn leads to decentralization as the power is distributed to all national courts as a matter of case management. However, it also leads to Europeanization as the CJEU delivers judgments that constrain the national courts' exercise of discretion. As a consequence, the holistic perspective on civil procedure is lost, as neither the lower instance courts nor the CJEU has the necessary overview of the systemic impacts of their decisions.

Anna Wallerman

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2015

Upplaga 1:1

ISBN 978-91-7678-934-6

Produktion: eddy.se ab, Visby 2015

Omslag: John Persson

Omslagets illustration: Heart of courage, © Sofia Carlenberg

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Holmbergs i Malmö, 2015

Förord

With them the seed of Wisdom did I sow,
And with my own Hand labour'd it to grow:
And this was all the Harvest that I reap'd –
'I came like Water, and like Wind I go.'

Omar Khayyam/Edward FitzGerald

Edward FitzGeralds tolkning av Omar Khayyams dikter, som ursprungligen skrevs på persiska för nästan ett millennium sedan, är inte endast en översättning, utan snarare, som en samtida recensent uttryckte det, ”the work of a poet inspired by the work of a poet; not a copy, but a reproduction, not a translation, but the redelivery of a poetic inspiration.”*

Samme anmeldare förklarade vidare att FitzGeralds verk hade ”all the merit of a remarkable original production”, och genom sin höga kvalitet tjänade som det starkaste möjliga beviset för Khayyams ”essential impressiveness and worth.” Kanske är det så, att ett förtjänstfullt verk även inom vetenskapen ytterst vittnar om en god grogrund, ett välmående vetenskapligt fält, och högkvalitativ tidigare forskning. I den mån min avhandling för ämnet till nya insikter, så är den därigenom också en hyllning till de föregångare, på vars prestationer jag har baserat mitt arbete.

Varje tanke som jag kan kalla min egen har uppstått i mötet, symbiosen eller kollisionen mellan två eller flera tankar som tänkts av andra före mig. Mycket av den energi, vilja och initiativkraft som jag kunnat uppbåda, har jag hämtat ur samvaron med de personer jag har samtalat med, lyssnat till, och delat erfarenheter med. För alla dessa tankar som jag har inspirerats av och för allt stöd som jag har erbjudits under arbetet med denna avhandling vill jag nu framföra min djupaste tacksamhet. Ni har varit för mig vad Khayyam var för FitzGerald.

* Av Charles Eliot Norton i *North American Review* år 1869, återgiven i Oxford University Press nyutgåva av FitzGeralds *Rubáiyát of Omar Khayyam* (2009).

Det har varit ett privilegium att ha professor Per Cramér som handledare. Han har varit en fast punkt i min doktorandtillvaro och har bistått mig med både träffsäkra kommentarer och uppmuntrande tillrop. Tack, Per!

Biträdande handledare har, under olika perioder, varit docent Eric Bylander (som var huvudhandledare till och med år 2012), jur. dr Andreas Moberg och hovrättsrådet Ola Zetterquist. Eric, tack för det förtroende du visat mig under hela projektets gång och redan innan jag ens påbörjade forskarutbildningen. Ola, tack för stimulerande samtal om högt och lågt (och bråddjupt!) i den rättsliga föreställningsvärlden. Och Andreas, tack för att din dörr alltid stått öppen för mig när jag haft frågor eller behövt råd.

Deltagarna i det processrättsliga mikroseminariet vid den juridiska fakulteten i Uppsala har välkomnat mig i sin krets som en av sina egna. Jag är glad och stolt över att vara en del i vår gemenskap, och tacksam för alla kommentarer, alla ifrågasättanden, och all uppmuntran jag fått genom årens lopp. Tack till er allihopa! Särskilt tack till professor Torbjörn Andersson för att du sådde det första fröet och väckte mitt intresse för frågor om EU-rätt och processrätt, till professor Per Henrik Lindblom för att du med stor välvilja intresserat dig för mitt projekt, samt till jur. dr Mattias Hjertstedt och doktoranderna Magnus Gulliksson, Anna Waldenström och Henrik Bellander för våra många processrättsliga, rättsvetenskapliga och alldeles rättslösa samtal, allt från korta dagar i snötäckta Umeå till ljumma kvällar vid Adriatiska havets kust.

Kollegorna på juridiska institutionen har tillsammans skapat en varm, inspirerande arbetsmiljö och gjort det till en glädje att gå till jobbet på morgonen. Många – ja, de flesta – har i något avseende bidragit till avhandlingen eller till min utveckling som forskare; alla har min tacksamhet, men bara några kan nämnas här. Universitetsadjunkten Christer Ranch har med stort tålamod och, faktiskt, ännu större entusiasm följt med på mina irrfärder genom rättegångsbalkens mest bortglömda vrår och med säker kompass hjälpt mig att hitta ut igen. Tack, Christer! Docent Mikael Baaz har generöst delat med sig av sina erfarenheter och goda råd, och ställde under en av mina tyngsta perioder dagligen frågan: ”Har du skrivit något idag?”. Min tacksamhet för detta var möjligen inte så tydlig då, som jag vill göra den nu; tack, Mikael! Visiting professor Frans Pennings (Utrecht University) has patiently explained the intricacies of Dutch administrative procedure and helped me interpret the case

law of the CJEU on that topic. Thank you, Frans! Doktoranden Sebastian Wejedal har varit min vapenbroder sedan studietiden och doktoranden Anna Warberg har delat mina med- och motgångar i arbetet med avhandlingen; jag har haft stor behållning av att utbyta idéer med båda. Tack, Anna och Sebastian! Tack också till professor Håkan Gustafsson (numera vid Karlstads universitet), jur. dr Joachim Åhman, doktoranden Erik Björling och docent Claes Martinson, som alla givit kommentarer på delar av manuset.

The Institute for European and Comparative Law at the University of Oxford has repeatedly welcomed me as an academic visitor. Those stays in Oxford have been as productive as they have been inspiring; some of the central ideas of this thesis have been born and formed among the Oxford spires. I am grateful to the Institute, its director professor Stefan Vogenauer and its administrator Ms Jenny Dix for their hospitality, to all its researchers for stimulating conversations, and to the staff of the Bodleian Law Library for their kind assistance. Jag är också mycket tacksam till professor Ulf Bernitz, som varit som en mentor för mig under perioderna i Oxford.

Flera personer förtjänar ett särskilt omnämmande för värdefulla punktinsatser. Professor Torbjörn Andersson, docent Roberth Nordh och docent Filippo Valguarnera, tack för grundlig läsning och konstruktiv kritik i samband med mitt text- (i Torbjörns fall) respektive slutseminarium (i Roberths och Filippos). Professor Bengt Lindell, tack för din kritiska läsning och dina stimulerande och utmanande kommentarer; de har i hög grad hjälpt mig att föra avhandlingens resonemang ut ur min bekvämlighetszon. Professor Michael Dougan, thank you for inviting me to Liverpool and finally making me realise that there is, indeed, no spoon. Professors Tanja Domej, Aleš Galič and Paul Oberhammer, thank you for the constructive comments and comparative insights you offered me during several Piran colloquia. Dr Christian Koller, thank you for providing me with materials on civil procedure in the German-speaking countries and for answering my ensuing questions.

Klarspråksspecialisten Stig Wallerman har stått för tålmodig och genomtänkt språkrådgivning under arbetets gång och dessutom korrekturläst hela avhandlingen två gånger. Tack, pappa! Jur. stud. Jacob Wallroth och doktoranden Hannes Lenk har välvilligt hjälpt mig med översättning från tyska. Vielen Dank! Doktoranden Allison Östlund har

korrekturläst den engelska sammanfattningen och fotokonstnären Sofia Carlenberg har skapat den sagolika omslagsbilden. Tack!

Juridiska institutionen vid Handelshögskolan vid Göteborgs universitet har finansierat min doktorandtjänst och hållit mig med material och arbetsplats. Bidrag till utlandsvistelser och konferensdeltagande har generöst beviljats av Sixten Gemzéus stiftelse, Paul och Marie Berghaus stiftelse, Vilhelm och Martina Lundgrens stiftelse, Knut och Alice Wallenbergs stiftelse för utdelande av resebidrag till främst yngre forskares resor, samt Adlerbertska stipendiestiftelsen. Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har lämnat bidrag till tryckningen av avhandlingen. För detta är jag mycket tacksam.

Slutligen, till min familj och mina vänner: Det har funnits stunder i mitt liv, när jag har raglat på kanten till en avgrund. Då var det ni som hjälpte mig att hålla balansen. Nu står jag tryggt som på en bergstopp i tillvaron, och det är ert sällskap på vägen som har gjort vandringen hit lätt och lustfylld. Utan er hade den knappt ens varit möjlig. Mamma och pappa; Karin, Frida och Emelie; alla ni vars vänskap överväldigat mig gång efter annan: Tack!

Farzan, *azize delam*, mitt hjärtas käraste. Tack för att du påminner mig om att allting är lättare om det görs med ett leende. Tack för att du ler mot mig och i mitt ställe, när jag själv inte förmår. Tack för att du är min anledning att le.

*Come, fill the Cup, and in the Fire of Spring
The Winter Garment of Repentance fling:
The Bird of Time has but a little way
To fly – and Lo! the Bird is on the Wing.*

Göteborg, mars 2015

Anna Wallerman

Innehåll

Förord 5

Lista över förkortningar 13

1 Inledning 15

- 1.1 Avhandlingens tema 15
 - 1.1.1 Introduktion till ämnet 15
 - 1.1.2 Syfte och forskningsfrågor 17
 - 1.1.3 Avgränsningar 20
 - 1.1.4 Terminologiska anmärkningar 22
- 1.2 Metodologiska överväganden 23
 - 1.2.1 Utgångspunkter 23
 - 1.2.2 Material och tillvägagångssätt 26
 - 1.2.3 Särskilt om EU:s rättskällor 31
- 1.3 Avhandlingens disposition 34

2 Om fakultativitet i allmänhet 37

- 2.1 Fakultativitetsbegreppet 37
 - 2.1.1 Definition av fakultativitet 37
 - 2.1.2 Gradering av fakultativitet 44
- 2.2 Tre regelkategorier 48
 - 2.2.1 Inledande kommentar 48
 - 2.2.2 Äkta fakultativa regler 51
 - 2.2.3 Falskt fakultativa regler 55
 - 2.2.4 Tolkningsfakultativa regler 58
 - 2.2.5 Regler med fler än en fakultativitetsmarkör 65
- 2.3 Sammanfattande kommentar 67

3 En flexiblarare rättegång 70

- 3.1 Vägen mot ökad flexibilitet 70
 - 3.1.1 Legalitets- och delegationsprinciperna 70
 - 3.1.2 Kronologisk översikt 73
- 3.2 Utvecklingens drivkrafter 79
- 3.3 Sammanfattande kommentar 85

4 Den nationella processuella autonomi och dess begränsningar 87

- 4.1 Nationell processuell autonomi 87
- 4.2 EU-rättens minimikrav på nationell processrätt 93
 - 4.2.1 Effektivitet 93
 - 4.2.2 Likvärdighetsprincipen 101
 - 4.2.3 EU-rättsliga minimikrav och fakultativa regler 105
- 4.3 Unionsrättsliga krav på tolkning och tillämpning 107
 - 4.3.1 Lojalitetsprincipen 107
 - 4.3.2 Unionsrättskonform tolkning 110
- 4.4 Sammanfattande kommentar 115

5 Fakultativa regler i EU-domstolens praxis 118

- 5.1 Tillämpningen av fakultativa regler 118
 - 5.1.1 Fakultativitet blir obligatorium 118
 - 5.1.2 Betydelsen av direkt effekt 127
 - 5.1.3 Taking van Schijndel seriously 131
 - 5.1.4 Fall av (delvis) bibehållen fakultativitet 138
 - 5.1.5 van Schijndel/Uniplex-motsättningen 147
 - 5.1.6 Sammanfattande kommentar 149
- 5.2 Förekomsten av fakultativa regler 152
 - 5.2.1 Förbud mot fakultativitet 152
 - 5.2.2 Krav på fakultativitet 157
 - 5.2.3 Betydelsen av motstående intressen 160
- 5.3 Sammanfattande kommentar 163

6	Unionsrättsvänlig tillämpning av fakultativa regler	165
6.1	En modell för unionsrättsvänlig tillämpning av fakultativa regler	165
6.1.1	Processrättslig reception av EU-domstolens praxis	165
6.1.2	Modellen	173
6.1.3	Regler avseende förfarandet och avseende processmaterialet	177
6.2	Rent nationella mål	188
6.3	Sammanfattande kommentar	189
7	Fritt skön	192
7.1	Vad är fritt skön?	192
7.2	Utövande av skön – den teleologiska metoden	194
7.2.1	Ekelöfs ståndpunkt	194
7.2.2	Teleologisk skönsutövning och fakultativitetens funktion	198
7.3	Utövande av skön – ett kontextuellt alternativ	201
7.3.1	Från abstrakt till konkret	201
7.3.2	Skönsutövning som analogi	202
7.3.3	Värdering, beslutsfattande och förnuftig oenighet	204
7.4	Sammanfattande kommentar	206
8	Skön, delegation och kontrollen över förfarandet	210
8.1	Överprövning vid fakultativ reglering	210
8.1.1	Legalitet och skönsutövning i överprövningen	210
8.1.2	Kognitivt inriktad överprövning – en blick på praktiken	215
8.1.3	Överprövning av skönsmässigt beslutsfattande	225
8.2	Fakultativitet och juridifiering	229
8.3	Sammanfattande kommentar	234

9 Sammanfattning och avslutande kommentar 238

- 9.1 Sammanfattning av studiens resultat och svar på forskningsfrågorna 238
 - 9.1.1 Avhandlingens syfte 238
 - 9.1.2 Den första forskningsfrågan 239
 - 9.1.3 Den andra forskningsfrågan 241
 - 9.1.4 Den tredje forskningsfrågan 244
- 9.2 Avslutande kommentar 247
 - 9.2.1 Mot en stelare civilprocessrätt eller en mognare unionsrätt? 247
 - 9.2.2 Den farliga fakultativiteten 252

Summary 259

Käll- och litteraturförteckning 271

Rättsfall 310

Sakregister 314

Lista över förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Art.	Artikel
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
dens.	Densamme
dep.ch.	Departementschefen
dir.	Direktiv (i betydelsen utredningsdirektiv från regeringen)
Ds (Ju)	Promemoria i departementsserien (från Justitiedepartementet)
DV	Domstolsverket
E.C.L. Rev.	European Constitutional Law Review
EFTA	Europeiska frihandelssammanslutningen
EG	Europeiska gemenskapen
EGF	Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EMR	En modernare rättegång
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JustR	Justitieråd
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Ot.prp.	Odelstingsproposition (Norge)
Prop.	proposition
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RBK	Kommentar till rättegångsbalken
rev.sekr.	revisionssekreteraren

RF	Regeringsformen (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RU	Rättegångsutredningen (den år 1977 tillsatta)
SFS	svensk författningssamling
SGR	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvD	Svenska Dagbladet
SvJT	Svensk Juristtidning
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TR	Tingsrätt
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Inledning

Dans les États monarchiques, il y a une loi ; et là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit.

Montesquieu

1.1 Avhandlingens tema

1.1.1 Introduktion till ämnet

Under det förra seklets inledande decennier och fortfarande vid rättegångsbalkens tillkomst betraktades det som uteslutet att i någon större utsträckning anförtro frågor om rättegångens utformning åt domstolarna.¹ Denna ståndpunkt, som hade sin grund både i konstitutionella överväganden och i bristande förtroende för domarkåren, förefaller emellertid ha omvärderats på senare tid, åtminstone från lagstiftarens sida. Fakultativa regler, det vill säga regler som inte binder domstolen vid ett visst agerande utan lämnar den flera handlingsalternativ som alla är lagliga,² blir allt vanligare och utgör en allt större del av den processuella regleringen.³

När de fakultativa reglerna blir vanligare ökar också såväl förekomsten som betydelsen av skönsbetonad rättstillämpning i domstolarna. Varje rättegång innefattar med nödvändighet beslutsfattande från rättens sida i en rad frågor som regleras fakultativt.⁴ Processens utformning beror där-

¹ Detta utvecklas vidare i kap. 3 nedan, särskilt avsnitt 3.1.1.

² Se Ekelöf (1956) s. 143. Jfr även Barak (1989) s. 7 f. Definitionen diskuteras vidare i avsnitt 2.1.

³ Utvecklingen behandlas vidare i kap. 3.

⁴ Jfr Davis (1969) s. 9: "Discretionary decisions number in the billions annually, even though the yearly number of all civil and criminal cases commenced in all federal courts is under one hundred thousand and the number going to trial is under twelve thousand. The amount of thought that goes into a discretionary decision varies from a fraction of a second to many man-years. The interests affected vary from trifles to lives or liberties

för i avsevärt högre utsträckning nu än tidigare på den enskilde domarens skönsmässiga beslutsfattande, och kan således variera från mål till mål. Sådan ökad *flexibilitet* är en av de starkaste utvecklingstrenderna i den nutida svenska civilprocessen.⁵

Samtidigt, och i en slående tidsmässig parallellitet,⁶ har EU-rätten genomgått en utveckling som ökat dess processuella relevans. Den unionsrättsliga utgångspunkten utgörs av principen om nationell processuell autonomi, enligt vilken medlemsstaterna förblir fria att utforma sin processlagstiftning oberoende av såväl unionen som övriga medlemsstater. Denna frihet omfattar inte endast processrättens materiella innehåll, utan även valet av regleringsteknik. En i hög grad fakultativ reglering skulle således – liksom en strikt obligatorisk – i princip vara fullt förenlig med unionsrätten. Troligen har denna klassiska beskrivning av unionsrättens betydelse, eller snarare avsaknad av sådan, för nationell processrätt bidragit till att flexibilitetstrendens förenlighet med EU-rätten i stort sett inte har ifrågasatts.

Den unionsrättsliga trenden har dock varit att unionsrättsliga hänsyn i allt högre grad gör sig gällande på processrättens område genom tillämpningen av allmänna unionsrättsliga principer.⁷ EU-domstolens praxis visar att unionsrätten, särskilt med stöd av lojalitetsprincipen, ställer vissa krav på medlemsstaternas domstolar, som deras lagstiftare inte omfattas

or millions of dollars.” Det bör noteras att begreppet ”judicial discretion” skiljer sig från ”fakultativitet” bl.a. genom att det senare begreppet som framkommit denoteras *regler* med vissa karaktäristika, medan det förra tar sikte på själva skönsutövningen (jfr Bone (2006/07) s. 1965). ”Discretion” är vidare varken begränsat till *domstols* rättstillämpning eller till *processuella* frågor, och är således ett bredare och mer funktionellt betonat koncept än ”fakultativitet”. Dessutom är i den anglosaxiska traditionen ”discretion” nära kopplat till frågor om överprövning, vilket innebär att dess funktion skiljer sig från såväl sköns- som fakultativitetsbegreppens (se vidare avsnitt 8.1.3 nedan). I Davis ”discretionary decisions” rymts följaktligen ett stort antal beslut som i denna studie inte definieras som processuella eller fakultativa. Hans övergripande poäng betraktar jag dock som överförbar till svenska förhållanden.

⁵ Detta påpekades redan för 15 år sedan av Lindblom (2000) s. 148. Se även Lindell (2012) s. 36. Att tendensen tycks vara nära nog världsomspännande framgår av Hess (2003) s. 45 vid not 3 samt Trocker och Varano (2005) s. 247 ff.

⁶ Båda trenderna grundlades år 1976 genom två domar i EU-domstolen (33/76 *Rewe* och 45/76 *Comet*) resp. publicerandet av en departementspromemoria (Ds Ju 1976:8), för att efter en kort trädoperiod ta fart under 1980-talet, som både brukar beskrivas som en i processuellt hänseende aktivistisk period i EU-domstolens historia och utgjorde startskottet för de flexibilitetsorienterade RB-reformerna.

⁷ Detta utvecklas vidare i kap. 4 och 5.

av.⁸ Detta skulle innebära att medlemsstaterna åtnjuter större autonomi vid legislativa val än vid judiciella. Valet av processuell regleringsteknik får därigenom betydelse för unionsrättens genomslag och för medlemsstaternas möjlighet att styra sina processlagars innebörd.

Flexibilitetstrenden innebär, som den huvudsakligen beskrivits i svenska förarbeten, att nationella domstolar ska anpassa handläggningen efter de behov som uppstår i det enskilda målet,⁹ samtidigt som harmoniseringstrenden, åtminstone som den traditionellt uppfattas, förutsätter likriktning mellan medlemsstaterna dirigerad från EU-nivån.¹⁰ I samband med Sveriges inträde i EU år 1995 inordnades dessa båda trender i samma rättsordning. Därmed uppstod ett spänningsförhållande mellan dem. Om svenska domstolar i enlighet med lagstiftarens intentioner utformar processen utifrån eget skön och omständigheterna i det enskilda fallet motverkas harmoniseringsmöjligheterna. Om EU-domstolen å andra sidan utvecklar principer där unionsrättens genomslag förstärks genom och på bekostnad av domstolarnas handlingsutrymme förfelas de svenska RB-reformernas syfte.

Under de tjugo år som förflutit sedan unionsinträdet har båda trenderna fortsatt i sina respektive utstakade riktningar, till synes opåverkade av varandra och utan att relationen mellan dem uppmärksammats i den politiska eller akademiska debatten.¹¹ Kollisionshotet har därigenom blivit alltmer överhängande – ja, som kommer att framgå i avhandlingen har det på sätt och vis redan realiserats.

1.1.2 Syfte och forskningsfrågor

Studiens syfte är att undersöka spänningsförhållandet mellan dessa båda trender och om möjligt konstruera sätt att hantera detsamma. Utöver tolkning av rättsläget kommer således även mer framåtsyftande, problemlösande ställningstaganden att göras. Dessa inkluderar såväl utvecklandet av begrepp och kategoriseringar för en vidare diskussion i de frågor som avhandlingen berör, som mer eller mindre konkreta rekommendationer till domstolar och lagstiftare.

⁸ Denna praxis diskuteras vidare i avsnitt 5.1.

⁹ Se prop. 1986/87:89 s. 1 och prop. 2004/05:131 s. 1 samt vidare avsnitt 3.2.

¹⁰ Se Dougan (2004), särskilt s. 94 ff.

¹¹ Jfr Nylund (2014 a) s. 31, som menar att "[t]he lack of discussion on Europeanization of Nordic civil procedure has been striking."

De spörsmål som avhandlingen behandlar ställs på sin spets i en situation där nationell rätt tillåter flera alternativa ageranden från domstolens sida, och lagstiftningen i sin helhet är förenlig med unionsrätten men EU-domstolen ändå ställer krav på de nationella domstolarnas rättstillämpning. Till skillnad från många andra situationer där nationell rätt och unionsrätt kommer i konflikt med varandra är det i detta fall inte fråga om *regler* med oförenligt innehåll.¹² Spänningen uppstår istället mellan de olika prioriteringar och intresseavvägningar som inom unionsrätten respektive den svenska civilprocessen accepteras som god rättslig argumentation; annorlunda uttryckt, mellan de lojaliteter, gentemot unionsrätten och gentemot den svenska lagtexten och lagstiftaren, som gör sig gällande i domstolens skönsmässiga val mellan flera tillåtna rättsföljder. Avhandlingen kommer därför uppfylla syftet genom att analysera det handlingsutrymme som svenska domstolar enligt nationell rätt har vid tillämpningen av fakultativa regler, hur det påverkas av unionsrätten och vilka effekter det får för processens utformning. Denna analys har brutits ned i tre forskningsfrågor, som presenteras och utvecklas i det följande.

För det första, *hur konstrueras fakultativa regler i svensk civilprocess, och vad är syftet med fakultativ regleringsteknik?*

Att processuella regler kan delas in i fakultativa och obligatoriska, dispositiva och tvingande har tillhört processrättens grundläggande systematik under det senaste halvsekle.¹³ Hur och på vilka grunder gränserna mellan dessa kategorier ska dras har emellertid inte diskuterats närmare. En första uppgift för en studie av fakultativa regler är således att definiera de karaktäristika som utmärker dessa regler och särskiljer dem från de övriga kategorierna. Häri ligger också att undersöka om det kan finnas flera olika sätt att konstruera en fakultativ regel och om valet mellan dessa i så fall kan få betydelse för hur reglerna uppfattas och tillämpas. Detta är i sig ett bidrag till den svenska processrättsdoktrinen, eftersom det hittills har saknats en mer grundlig utredning om fakultativitetens utmärkande drag och dess *sine qua non*.¹⁴

Att välja fakultativ reglering framför obligatorisk är som konstaterats inledningsvis en av de tydligaste trenderna i de senaste decenniernas lag-

¹² Jfr schematiken hos Gräns (2009) s. 64 ff.

¹³ Se Ekelöf (1957) s. 30 f.

¹⁴ Jfr Lindblom (2001) s. 55, som i not 84 efterlyser en närmare analys av skillnaden mellan fakultativitet och obligatorium.

stiftningsarbete på processrättens område. Fakultativa regler favoriseras som redan framkommit eftersom sådana bidrar till att skapa flexibilitet i regleringen; frågan är dock vilka konkreta vinster en mer flexibel reglering förväntas innebära. Dessa från lagstiftningshåll åsyftade effekter påverkar hur domstolarna bör förhålla sig till de fakultativa reglerna och den skönsutövning som deras tillämpning innebär. Härigenom är studiet av utvecklingens bakgrund och syften kopplat till frågan om vilka förväntningar som ställs på domstolarna vid tillämpningen av fakultativa regler. Sammantaget kan den första forskningsfrågans berättigande sägas vara att bidra till en djupare förståelse både av de senaste decenniernas flexibilitetsinriktade reformer och av fakultativ reglering som rättslig företeelse.

För det andra, *hur påverkas domstolarnas handlingsutrymme vid tillämpningen av fakultativa regler, och lagstiftarens utrymme att införa sådana, av EU-rätten?*

Studiens andra fråga syftar till att skapa en förståelse för hur och varför bruket av fakultativ reglering på medlemsstatsnivå skapar spänningar gentemot unionsrätten. Inom ramen för denna fråga kommer EU-domstolens praxis vad gäller fakultativ reglering att analyseras. Analysens syfte är inte endast att tolka och dra konsekvenserna av enskilda avgöranden, utan även att undersöka hur EU-domstolen förhåller sig till nationell fakultativitet på ett principiellt plan. Detta inkluderar såväl frågor om hur unionsrätten influerar tillämpningen av fakultativa regler i nationell domstol som unionsrättsligt motiverade krav på lagstiftaren vad gäller förekomsten av fakultativa regler.

Mot bakgrund av en sådan tolkning av unionsrätten kommer studien vidare att behandla den svenska processregleringens samexistens med unionsrätten. I ett första led kommer att undersökas om och hur unionsrätten påverkar domstolarnas och lagstiftarens handlingsutrymme vad gäller tillämpningen av fakultativa regler respektive valet att använda sådan lagstiftningsteknik. Härigenom möjliggörs även en analys av hur unionsrätten påverkar de fakultativa reglernas möjlighet att fylla det syfte för vilket de tillkommit. Ambitionen är att studien i denna del ska utmytna i en utvärdering av det svenska rättslägets förenlighet med unionsrätten och, om så behövs, konkreta förslag på hur eventuella konflikter ska kunna lösas.

För det tredje, *hur påverkar ökade inslag av fakultativ reglering det rättsliga utövandet av kontroll över den svenska processregleringen?*

Ett underliggande tema i de båda första frågorna är det om i vilket forum processens utformning slutligen bestäms. Valet mellan fakultativ och obligatorisk reglering är i någon mån en fråga om maktutövning.¹⁵ En övergång från en i stora delar obligatorisk till en i stora delar fakultativ processordning torde därför få konsekvenser för såväl domstolarnas som lagstiftarens kontroll över hur rättegången gestaltar sig. Även unionsrätterns insteg på processrättens område har följder i form av maktförskjutningar.¹⁶ Olika aktörer – riksdagen, domstolarna, EU-domstolen – har olika långtgående behörighet och representerar därtill skilda rättsliga intressesfärer med olika interna rationaliteter. Skiftningar i den institutionella balansen mellan dem kan därför även utan uttrycklig policyändring medföra förändringar i processuella prioriteringar och i dessa prioriteringars genomslag. Detta aktualiserar frågor om domstolarnas roll i samhället, och svaren på dessa frågor kan eller bör i sig påverka hur domarkåren förhåller sig till sin skönsutövning vid tillämpningen av fakultativa regler.

Dessa dimensioner i valet av regleringsteknik har hittills endast antytt i den processrättsliga litteraturen, och förbigås med tystnad i förarbetena. Inom ramen för denna tredje forskningsfråga belyses därför vilka aktörer som är inblandade i beslutsfattande och normgivning på processrättens område och hur deras positioner påverkas av ett skifte i den dominerande regleringstekniken från obligatorium till fakultativitet. Avhandlingen bidrar därigenom också med ny kunskap om hur valet av fakultativ reglering istället för obligatorisk kan påverka både processrättens materiella innehåll och de hänsyn som styr detsamma.

1.1.3 Avgränsningar

Avhandlingen behandlar *svensk dispositiv civilprocess*. Frågeställningarna är visserligen relevanta även för andra processformer. Mina undersökningar har dock, främst för att göra undersökningsobjektet hanterligt,

¹⁵ Jfr Andrews (Judicial discretion 2003) s. 121 (fotnot utelämnad): ”Discretion’ implies choice. Choice means freedom to select. When this freedom concerns people’s rights and duties, discretion in fact means power.”

¹⁶ Som framhölls av EU-domstolen redan i 26/62 *van Gend en Loos*: ”[G]emenskapen utgör en ny rättsordning inom folkkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har *inskränkt sina suveräna rättigheter*” (kursiverat här).

inskränkt sig till den dispositiva civilprocessen. I mina studier av lagtext har jag därtill helt inriktat mig på RB. Även om resonemangen i princip är sådana att de skulle kunna överföras på processer även av annan karaktär, särskilt den indispositiva civilprocessen och straffprocessen som i många avseenden delar reglering med den dispositiva civilprocessen, kan det inte uteslutas att dessa processformer aktualiserar andra hänsyn som skulle leda till att slutsatserna behövde kvalificeras. Studien gör således endast anspråk på att uttala sig om förhållandena i den dispositiva civilprocessen.

När det gäller EU-rättsliga källor är denna avgränsning emellertid inte utan vissa svårigheter. EU-domstolen arbetar utifrån en autonom förståelse av vad som utgör processrätt, vilken inte nödvändigtvis korrelerar med hur samma rättsområde definieras i medlemsstaterna.¹⁷ Den upprätthåller ingen principiell skillnad mellan civil-, straff- och förvaltningsprocess,¹⁸ och skiljer inte heller på något tydligt sätt mellan ”remedies” och ”procedure”.¹⁹ Medan ”procedure” grovt sett kan anses omfatta förfaranderegler av mer teknisk natur och i princip kan inrymmas i det svenska processrättsbegreppet, faller begreppet ”remedies”²⁰ åtmins-

¹⁷ Jfr Haapaniemi (2009) s. 94: ”[W]hen the ECJ in the context of the *Rewe/Comet* jurisprudence refers to procedural rules, it does not intend procedural law as it is defined in the laws of the Member States [...] By contrast, the meaning of procedural rules should here be read autonomously. The ECJ has construed the expression in a very broad sense. [...] What is meant here with the concept of procedural rules is all substantive and organizational rules and principles applicable to actions brought to obtain judicial protection.” Se även Andersson (2003) s. 29.

¹⁸ Se Andersson (2003) s. 25 f. och Rosas (2007) s. 1. Detta är tydligt i EU-domstolens praxis; se t.ex. hänvisningen till civilrättsliga C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* i förvaltningsrättsliga C-72/95 *Kraaijeveld* p. 58, till förvaltningsrättsliga C-312/93 *Peterbroeck* i civilrättsliga C-473/00 *Cofidis* p. 37, till civilrättsliga C-106/89 *Marleasing* och förvaltningsrättsliga C-334/92 *Wagner Miret* i straffrättsliga C-168/95 *Arcaro* p. 41 samt till förvaltningsrättsliga 33/76 *Rewe* i civilrättsliga C-443/03 *Leffler* p. 49–50, för att bara nämna några exempel. EU-domstolen kommenterar inte vid något av dessa tillfällen överföringen av en slutsats från en processtyp till en annan. Detta innebär dock inte att målets civil-, straff- eller förvaltningsrättsliga karaktär inte stundtals påverkar EU-domstolens resonemang och avgörandets utfall.

¹⁹ Se van Gerven (2000) s. 524 i not 114, som dock de sentencia ferenda förespråkar en tydligare gränsdragning mellan ”procedural rules *sensu stricto*” och ”remedial rules”. Jfr även Craig och de Búrca (2011) s. 218 ff., som behandlar frågor om nationell processuell autonomi under rubriken ”Remedies in national law”. Jfr dock Engström (2009) s. 85 f., som menar att EU-domstolen i sin praxis upprätthåller en klar åtskillnad mellan ”remedies” och ”procedures”.

²⁰ Begreppet ”remedy” översätts ofta till ”rättsmedel”, men bör inte förväxlas med det processrättsliga rättsmedelsbegreppet (jfr Bernitz (2008) s. 82). Med ”rättsmedel” i EU-

tone delvis utanför detsamma och omfattar frågor som enligt svensk systematik skulle klassificeras bland annat som materiell ersättningsrätt eller exekutionsrätt. Därtill kommer att processuella regler stundom återfinns, eller anses underförstådda, i i övrigt materiella rättsakter; EU-domstolen har rentav framhållit att regler avseende det processrättsliga skyddet för en materiell rättighet inte kan särskiljas från själva rättigheten.²¹

Detta innebär att avhandlingen behöver behandla unionspraxis från ett bredare område än vad som enligt svensk systematik skulle betraktas som dispositiv civilprocess. Det förändrar dock inte studiens inriktning. I analysen av uttalanden som gjorts i en annan än civilprocessuell kontext kommer denna kontexts betydelse i största möjliga utsträckning att uppmärksammas och diskuteras. Den svenska förståelsen av vad som innefattas i den dispositiva civilprocessen kommer därigenom att fungera som en avgränsande faktor för studieobjektet.

Europakonventionen och Europadomstolens praxis kommer i princip inte att behandlas. Detta beror huvudsakligen på att konventionen, på grund av sin karaktär av minimilagstiftning, inte i särskilt stor utsträckning påverkar fakultativa regler just på grund av deras fakultativa karaktär. Visserligen kan det tänkas att en fakultativ regel möjliggör ett processuellt handlingsalternativ som inte är konventionsenligt. I så fall torde regeln i denna del vara underordnad konventionen (se RF 2:19), varvid handlingsalternativet ifråga inte är att betrakta som lagligt.²² Detta har emellertid inte med regelns fakultativa form att göra, utan med dess materiella innehåll.²³

1.1.4 Terminologiska anmärkningar

Jag har ovan talat om ”tillämpningen” av fakultativa regler. Det är emellertid ibland oklart vad som utgör ”tillämpning” av en regel; det kan inkludera rättstillämparens resonemang för att utröna om en regel är tillämplig, eller begränsas till att omfatta hans verksamhet sedan så befund-

rättslig kontext avses samtliga sätt för att på rättslig väg genomdriva ett materiellt anspråk och begreppet omfattar därför, vid sidan av vad som i svensk processrättsterminologi normalt omfattas av det, både tillgång till domstolsprövning redan i första instans och exekutions- och sanktionsregler (jfr Ekelöf och Edelstam (2008) s. 11).

²¹ C-136/03 *Dörr* p. 67, se även förslaget till avgörande i samma mål p. 59.

²² För exempel se nedan vid not 342 och not 956.

²³ Jfr vidare avsnitt 4.2.3, som diskuterar den analoga frågan om processuella minimikrav i unionsrätten.

nits vara fallet. I denna avhandling kommer begreppet huvudsakligen användas i den bredare bemärkelsen.²⁴ Problemet accentueras om regeln är fakultativ, eftersom den då kan befinnas tillämplig men rättstillämparen *ändå* kan välja att inte utföra det föreskrivna handlandet. I dessa situationer kommer jag anse att regeln tillämpas oavsett vilket (icke-) handlingsalternativ som rättstillämparen väljer, och istället tala om rättsföljdens inträdande då just det aktiva handlingsalternativet avses.

Vidare bör noteras att jag använder begreppen ”regel” och ”norm” synonymt, och då i princip avser såväl skrivna som oskrivna regler. Den överväldigande majoriteten av de fakultativa regler som diskuteras i avhandlingen är dock kodifierade i lag.

Slutligen innebar Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 att begreppet ”gemenskapsrätt” utmönstrades till förmån för ”unionsrätt”, att Europeiska Gemenskapen (EG) helt uppgick i Europeiska Unionen (EU) och att unionens domstolar och grundläggande fördrag bytte såväl namn som akronymer. Samtidigt numererades artiklarna i fördragen om (för andra gången). Jag kommer i avhandlingen konsekvent att använda de nya beteckningarna och artiklarnas nuvarande nummer även då jag avser tiden före 2009, men stundtals låta de äldre termerna och artikelhänvisningarna kvarstå i citat.

1.2 Metodologiska överväganden

1.2.1 Utgångspunkter

Fakultativa regler är som redan konstaterats regler som ger domstolen handlingsfrihet och möjlighet att utöva fritt skön. Frände har, apropå en annan avhandling,²⁵ frågat sig om man kan skriva en avhandling om frihet: ”Man kan ju inte göra som vid utredning av gällande rätt. Det finns ju inga direkta regler att ta till”, konstaterar han.²⁶ Rättslig frihet är

²⁴ Detta språkbruk förefaller vara i överensstämmelse med övrig processrättslig litteratur, se Lindblom (1987) s. 464, som menar att det ”förefaller föråldrat att hävda att en regel är tillämplig blott då den däri anvisade rättsföljden inträder.” Lindell (1987) s. 31 tycks mena detsamma med det på grund av sin cirkularitet lätt kryptiska uttalandet att man ”med begreppet rättstillämpning bör förstå en sådan verksamhet hos domstolen som går ut på att avgöra om en regel ska tillämpas eller inte.”

²⁵ Nämligen Katrin Lainpeltos *Stödbevisning i brottmål*, Jure 2012.

²⁶ Frände (2012/13) s. 471.

emellertid alltid kringskuren; absolut frihet existerar inte inom rätten.²⁷ I denna avhandling studeras både de begränsningar som finns inbyggda i de fakultativa reglerna och de unionsrättsliga regler som kan tillföra nya begränsningar eller ändra de befintliga.

Avhandlingens studieobjekt är rättsliga regler. Kunskapsintresset ligger i reglernas abstrakta eller principiella form, snarare än konkreta innehåll. Tolkningen av enskilda regler och deras förenlighet med unionsrätten kommer därför endast undantagsvis, och då främst i exemplifierande syfte, att diskuteras. Tyngdpunkten läggs på rättslig argumentation; alltså på vad som med engelsk terminologi brukar kallas för ”context of justification” framför dess motpol ”context of discovery”.²⁸ Med ett begrepp som ”rättsligt beslutsfattande” avses det beslutsfattande som domstolen väljer att visa upp för omvärlden – beslutens rättfärdigande eller motivering snarare än den ”egentliga” beslutsprocessen. Detta ska inte förstås som ett förnekande av att (även) andra faktorer kan ha betydelse för utgången,²⁹ utan endast som att sådana andra faktorer lämnas utanför denna undersökning.³⁰ Anledningen är att avhandlingen, som framhållits ovan, inte främst syftar till att *beskriva* och *förklara*, utan till att *systematisera* och *konstruera*.

Ansatsen är således konstruktiv.³¹ Rättskällorna betraktas som instrument för att skapa en lösning på problemet, eller som uttryck för och

²⁷ Se Barak (1989) s. 19 f., Lindblom (1997) s. 619 samt Ekelöf och Edelstam (2002) s. 53.

²⁸ Se t.ex. Bengoetxea (1993) s. 112 ff. På svenska skulle man kunna tala om ”rättfärdigandeprocess” resp. ”egentlig beslutsprocess” (se Pålsson (2011) s. 120 i not 16).

²⁹ Bengoetxea (1993) s. 115 identifierar fyra kategorier av sådana utomrättsliga omständigheter som rent faktiskt kan inverka på rättens beslutsfattande: psykologiska, sociala, idiosynkratiska och institutionella faktorer. Se även Gräns (2005) s. 99 ff.

³⁰ Pålsson (2011) s. 120 i not 16 menar att analyser av den egentliga beslutsprocessen är ”en uppgift för psykologin eller neurologin”. Se även van Gestel och Micklitz (2011) s. 64: ”[O]ne has to realise that normative questions concerning how the law should be read can never be fully answered through empirical or socio-legal research. One will always need interpretation and argumentation to bridge the gap between facts and norm”, samt jfr Samuelsson (2008) s. 185: ”Att diskutera juridik är att diskutera texterna”.

³¹ Alltså rättsskapande i Derridas mening, enligt vilken det ”ligger i det grundande våldets struktur att åkalla den egna upprepningen” och ”[b]evarandet i sin tur [också är] åter-grundande för att kunna bevara det som det gör anspråk på att grunda” (Derrida (2005) s. 61 ff.; jfr även Gustafsson (2011) s. 62 f. i not 66), men däremot inte i klassisk de lege ferenda-bemärkelse. Det är således inte min avsikt att uttala mig om hur lagen *borde utformas* (jfr Smits (2009) s. 48 f. och Ekelöf och Edelstam (2002) s 52 f., som anser att utarbetandet av rekommendationer till rättstillämpningen är eller borde vara

exempel på sådana rättsliga argument som kan anföras till stöd för ett visst normativt uttalande, det vill säga för en viss tolkning.³² Ambitionen är att förstå och framställa rätten på ett sätt som gör det möjligt att placera in enskilda regler och beslut i en större helhet.³³ Detta innebär att den tolkning som framstår som mest fördelaktig ur, exempelvis, ett process-ekonomiskt perspektiv eller ett rättssäkerhetsperspektiv stundtals får stå tillbaka för den tolkning som tillåter en sådan systemorienterad förståelse av rätten.³⁴ Detsamma gäller de lösningar som förespråkas för integrationen av unionsrättsliga krav i civilprocessen, där avsikten är att visa hur de två rättssystemen kan sammanfogas på ett sätt som i så liten utsträckning som möjligt gör våld på deras respektive interna rationalitet.³⁵ De rättsliga konstruktioner som avhandlingen visar fram är således inte resultatet av överväganden om vad som vore önskvärt, och förespråkas därför inte nödvändigtvis ur ett normativt perspektiv (utöver det som strävandet efter en sammanhängande förståelse av rättsläget utgör).³⁶ Konstruktionernas syfte är istället att visa på följderna av de två konvergerande och kolliderande flexibilitets- och harmoniseringstrenderna och därigenom underlätta rättsliga praktiker som rättstillämpning och lagstiftning.³⁷

Den konstruktiva naturen hos dessa ställningstaganden måste understrykas; det rör sig lika lite om en ontologisk som om en politisk upp-

rättsvetenskapens kärnverksamhet). Jag gör dock, särskilt i kap. 6, vissa uttalanden de *sentencia ferenda*.

³² Jfr Smits (2009) s. 58 som förespråkar att rättskällorna ska förstås "as informing us about the strength of a normative viewpoint."

³³ Ang. sådana ambitioner i allmänhet se särskilt Dworkin (1986) och Peczenik (2001). Båda dessa arbeten har även en stark etisk aspekt (se Peczenik, a.a. s. 94 f. samt tydligare i dens. (1995) s. 378 ff. och Dworkin (1986) bl.a. s. 249), som denna studie inte omfattar. Betydelsen av sådana överväganden i rättstillämpningen diskuteras dock i kap. 7.

³⁴ Se Edelstam och Pauli (2012) s. 764 för ett försvar av processrättslig systematik över mer substantiella hänsyn. Jfr Dworkin (1986) s. 230 f. och 255 om att bland de tolkningar som betraktas som rättsligt acceptabla välja den tolkning som "make that complex structure and record the best they can be" (a.a. s. 255).

³⁵ Jfr van Gestel och Micklitz (2011) s. 43 och Dougan (2004) s. 98 ff., vilka konstaterar och ställer sig kritiska till det underliggande harmoniseringsimperativet i mycket av den EU-rättsliga litteraturen.

³⁶ Se t.ex. avsnitt 9.2.1 för ett kritiskt perspektiv på den i avsnitt 6.1.2 presenterade rättstillämpningsmodellen. Jfr Peczenik (2001) s. 92.

³⁷ Se Peczenik (1987) s. 55 ff. om betydelsen av en systematiserande teoribildning, även på bekostnad av andra intressen, som grund för beslutsfattande. Jfr även Kahneman (2011) s. 288.

fattning.³⁸ Rätten uppfattas inte ”som om den *funnes* därute, som vore det ett *objekt*, som ett *svar* vilket med tillräcklig tid till förfogande kunde *upptäckas*”.³⁹ Varje rättskälla förstås som den avsändande aktörens⁴⁰ försök att lösa ett visst problem (vilket inte nödvändigtvis eller oftast, om ens någonsin, är identiskt med det problem som denna avhandling behandlar) och bör därmed förstås som situerad i en viss kontext.⁴¹ Den betraktas däremot *inte*, inte ens inom rättfärdigandekontexten, som en del i ett ”färdigt” och koherent system.⁴²

1.2.2 Material och tillvägagångssätt

I praktiskt hänseende medför de i föregående avsnitt diskuterade utgångspunkterna ett ganska traditionellt tillvägagångssätt; lagtext och rättspraxis kommer, tillsammans med rättsvetenskaplig litteratur, att vara studiens främsta material och tolkningen av detta min primära forskningsaktivitet. Framför allt är det svensk lagtext respektive europeiska domar som kommer att studeras. Denna fördelning motiveras av att de frågor jag intresserar mig för, förmodligen till följd av kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna i förening med att den svenska processrätten i hög grad är reglerad just i lag (jfr RF 11:2), främst behandlas i dessa former. Även förarbeten och svensk rättspraxis kommer att diskuteras, liksom naturligtvis den vetenskapliga litteraturen på de relevanta områdena.

³⁸ Jfr Peczenik (2001) s. 84 om rättsvetenskapens ”ontological obscurity”. Av de två möjliga lösningar på detta problem som Peczenik presenterar (a.a. s. 90) utgår avhandlingen (till skillnad från Peczenik själv) från den andra, enligt vilken den rättsvetenskapliga litteraturen bidrar till snarare än upptäcker ett koherent rättsläge.

³⁹ Gustafsson (2011) s. 59 (kursivering i originalet). Jfr även Bengoetxea (1993) s. 114 f., som föredrar begreppet ”explanation” före ”discovery”: ”judicial decisions are not ‘discovered’.” Däremot kommer jag troligen att använda ett (förment) deskriptivt språkbruk, vilket alltså bör förstås mot bakgrund av denna programbeskrivning. När jag säger att EU-domstolen kräver något, ska detta uttalande alltså förstås som att jag menar att den dom EU-domstolen avkunnat bör ges innebörden av ett sådant krav.

⁴⁰ Typiskt sett en lagstiftare, en domstol eller en rättsvetenskapsman.

⁴¹ Jfr Paunio och Lindroos-Hovinhoimo (2010) s. 408: ”[T]he normative meaning of legal texts is created in a given context and in a given communicative situation.” Domstolens kontext utgörs till exempel av den tvist som avgörs genom domen, rättsvetenskapsmannens av den forskningsfråga hen föresatt sig att besvara.

⁴² Denna fiktion behövs (kanske) i den juridiska praktiken, men knappast i rättsvetenskapen. Jfr van Gestel och Micklitz (2011) s. 70, som menar att ”doctrinal legal research should be freed from the role model and research methods of the judge as its sole point of reference” (kursivering i originalet); liknande ståndpunkt se Lindblom (SvJT 2002 a) s. 6 f.

Ingen av forskningsfrågorna syftar dock primärt till att klarlägga det processuella rättsläget (även om särskilt den andra frågan förutsätter en sådan utredning). Detta påverkar mitt sätt att läsa rättskällorna. Det studium av lagtext respektive förarbeten som presenteras i kapitel 2 och 3 har vad som skulle kunna kallas ett inventerande syfte, vilket innebär att läsningens syfte är att identifiera så många olika konstruktioner respektive argument som möjligt, för att i nästa fas gruppera och kategorisera dem och kunna presentera en generell, överskådlig bild av lagstiftningspraktiken. Detsamma gäller i princip studiet av rättspraxis som redovisas i avsnitt 8.1. De unionsrättsliga rättskällorna som diskuteras i kapitel 4–5 läses främst mot bakgrund av etablerade unionsrättsliga tolkningsmetoder⁴³ i syfte att klarlägga unionsrättens innebörd. Dessa kapitel intresserar sig följaktligen i högre grad än den övriga framställningen, där kunskapsintresset ligger i aggregatet snarare än i enskildheterna, för varje rättskällas innebörd.

Avhandlingens konstruktiva inriktning framträder tydligast i kapitel 6–8, där mer institutionella konsekvenser av de båda utvecklingslinjerna analyseras och modeller för att i någon mån hantera dessa konsekvenser presenteras. Läsningen av rättskällorna i dessa delar syftar till att identifiera sådana prioriteringar och föreställningar som motiverat de ställningstaganden som rättskällans avsändare gjort.⁴⁴ När dessa bakomliggande logiker ställs mot varandra möjliggörs i ett första steg förståelse för de konflikter eller kollisioner som uppstår, och i ett andra steg genomtänkt hantering av dem.

Avseende de tolkningsmetoder som används bör följande framhållas. I min läsning av ”autentiska” rättskällor, det vill i synnerhet säga lagtext och domstolsavgöranden, kommer jag i högre grad än vad som kanske är vanligt, särskilt inom EU-rätten, att lägga vikt vid en språklig tolkningsmetod vid sidan av och i växelverkan med andra, mer holistiskt orienterade metoder.

En språkligt inriktad tolkningsmetod har (liksom de flesta andra tolkningsmetoder) såväl för- som nackdelar. Till de förra hör dock att den är förhållandevis objektiv i bemärkelsen fristående från uttolkaren; grammatiken och språkläran följer striktare regler än rättsliga resonemang

⁴³ För en genomgång av sådana se t.ex. Arnulf (2006) s. 607 ff.

⁴⁴ Mot bakgrund av vad som ovan sagts om studiens inriktning på rättfärdigandeperspektivet förtjänar det att framhållas att jag här avser endast de motiv som mer eller mindre explicit kommer till uttryck i texten.

baserade på exempelvis lagstiftarens avsikt eller regelns ändamål.⁴⁵ Till nackdelarna hör att den också blir fristående från avsändaren, eftersom den som skrivit texten möjligen inte gjort det med samma noggrannhet som uttolkaren sedermera läser den med.⁴⁶ När texten nått sin läsare reduceras avsändarens hypotetiska eller uttryckta intentioner till ett tolkningsdatum bland andra.⁴⁷ Som framhållits tidigare kommer denna studie dock lägga tyngdpunkten på *rättfärdigandet* eller motiveringen (context of justification) av rättsliga beslut. En sådan inriktning medför bland annat textens företrädare framför författaren; liksom en lagakraftvunnen dom prekluderar alla nya yrkanden och föreliggande omständigheter i saken och ersätter det tidigare rättsförhållandet mellan parterna även om den är materiellt oriktig,⁴⁸ anses en expedierad dom och en proklamerad rättsakt prekludera de avsikter som domaren och lagstiftaren kan ha haft, men som inte kommit till uttryck i domen eller lagen.⁴⁹

Det sagda ska dock, som redan framhållits, inte uppfattas som ett avvisande av tolkningsmetoder baserade på principiella, systematiska eller kontextuella hänsyn eller på vad som är praktiskt eller ändamålsenligt; tvärtom kommer sådana att tillmätas stor betydelse i undersökningen. Särskilt tolkning mot bakgrund av systematiska hänsyn kommer, i konsekvens med vad som i föregående avsnitt framhållits om studiens konstruktiva inriktning, ges en framskjuten position i analysen.⁵⁰ Bland

⁴⁵ Se dock Klami (1990) s. 230, som menar att "själva lagtexten [...] på sätt och vis är godtycklig" (kursivering borttagen) och varnar för att tillmäta den "ganska tillfällig[a] omständighet" som lagtextens entydighet utgör avgörande betydelse.

⁴⁶ För ett tydligt exempel härpå se Ekelöf och Edelstam (2002) s. 53 (kursivering i originalet): "Under senare år har man vid ändringar av RB *generellt* använt hjälpverbet 'får' i stället för 'må' eller 'äger', vilka senare ansetts vara alltför arkaiserande. Det tycker jag är en mycket olycklig reform, som förmodligen beror på bristande språkkänsla." Uttalandet diskuteras i sak i not 164 nedan; här ska endast noteras att kritiken bottnar i att textens uttolkare (Ekelöf) fäster större vikt vid ordvalet, det vill säga vid en bokstavstolkning, än vad avsändaren (lagstiftaren) gjort.

⁴⁷ Normalt sett utläses denna intention dessutom just i text; ibland, som vid tillämpning av Ekelöfs teleologiska metod, rentav i själva lagtexten. Jfr Derlén (2011) s. 158 och Pommer (2012) s. 1252.

⁴⁸ Se Ekelöf m.fl. (2006) s. 180 ff. samt Olivecrona (1943) s. 148 och 214.

⁴⁹ Se Eckhoff (1945) s. 62. Eller som Derlén (2011) s. 147 uttrycker saken: "If we are to give up on the basic premise that the Court of Justice means to rely some meaning with the chosen language, we might as well turn out the lights and go home." Detta är för övrigt också en grundläggande premiss i den teleologiska metoden (se Ekelöf (1951) s. 110 f. och 115 f.).

⁵⁰ För en kortfattad beskrivning av systematikens betydelse i rättslig argumentation se Peczenik (1995) s. 335 f. och Strömholm (1996) s. 474 f.

aspekter som kommer att beaktas vid sådan systematiserande tolkning kan särskilt framhållas strävan efter att motverka motstridiga lösningar på besläktade⁵¹ rättsliga problem.⁵²

Urvalet av regler och domar som berörs i studien, och av dem som blir föremål för djupare analys, har framför allt skett kvalitativt, det vill säga att jag har valt ut de källor som jag funnit mest relevanta och intressanta. Jag har dock kompletterat denna urvalsmetod med vissa mer kvantitativt upplagda informationssökningar. Härvid bör särskilt framhållas min studie av RB.⁵³ Jag har gått igenom samtliga i dispositiva tvistemål tillämpliga paragrafer i RB för att få en uppfattning om hur många regler som är fakultativt konstruerade och vilka dessa är. Denna genomgång har alltså varit uttömmande inom sitt område.⁵⁴ Därefter har jag ytterligare en gång gått igenom samtliga regler som jag klassificerat som fakultativa i syfte att undersöka olika formuleringar och konstruktioner som förekommer. Denna genomgång har bidragit till att utveckla och pröva den förståelse av fakultativa regler som skildras i kapitel 2. Den har också legat till grund för urvalet av relevanta rättsfall för den i avsnitt 8.1 redovisade studien, där jag valt ut de i sammanhanget mest relevanta reglerna med stöd av min lista över fakultativa regler och därefter med utgångspunkt i främst Rättegångsbalkskommentaren⁵⁵ och Karnov⁵⁶ identifierat de avgöranden som behandlar den aktuella frågeställningen.

Något bör vidare sägas om den befintliga litteraturens karaktär och omfattning och mitt förhållningssätt till detta. Litteraturen avseende fakultativ reglering i allmänhet och domstolars tillämpning av sådan i synnerhet är, åtminstone i den svenska processrätten, mycket begrän-

⁵¹ Vilket förstås även förutsätter en diskussion om vilka regler/frågor som är besläktade. En för avhandlingen grundläggande sådan diskussion förs i kap. 2 och resonemang av samma slag återkommer därefter löpande i framställningen (se bl.a. avsnitt 6.1.1).

⁵² Strömholm (1996) s. 475 benämner denna typ av resonemang ”systemkonformitet”.

⁵³ Övriga mer kvantitativt inriktade ansatser har gjorts genom sökningar i rättsfallsdatabaser. Dessa sökningar är emellertid inte uttömmande, eftersom man exempelvis inte kan räkna med att en sökning på ordet ”fakultativ” träffar alla avgöranden som berör fakultativa regler; domstolar torde ofta tillämpa fakultativa regler utan att uttryckligen nämna att regeln ifråga är fakultativ. Dessa sökningar har huvudsakligen haft som funktion att komplettera underlaget för ett kvalitativt urval och göra mig uppmärksam på avgöranden som jag annars kunde ha förblivit omedveten om.

⁵⁴ Om man bortser ifrån sådana processuella regler som kan finnas utanför RB; jfr Lindblom (1994) s. 344.

⁵⁵ Fitger m.fl., RBK.

⁵⁶ Karnov lagkommentar, avseende RB.

sad.⁵⁷ Detsamma gäller frågan om EU-rättens mer konkreta processuella implikationer, i synnerhet för svenskt vidkommande,⁵⁸ liksom svenska perspektiv på EU-rättens processuella aspekter i allmänhet.⁵⁹ Om EU-rättens allmänna principer, förhållandet mellan unionen och dess medlemsstater samt om medlemsstaternas processuella autonomi eller, beroende på ståndpunkt, avsaknad därav, finns däremot hyllmeter efter hyllmeter, även om man endast räknar den engelskspråkiga litteraturen. Dess omfattning hindrar mig från att ens ha som ambition att uttömmande tillgodogöra mig denna forskning. Min ambitionsnivå kommer därför att stå i inverterad proportion till verkens generalitet; i allmänna eller generella frågor kommer jag att nöja mig med att eftersträva en god orientering i vad ledande auktoriteter uttryckt, medan jag i mer specifika frågor av relevans för studien har högre ambitioner avseende både bredd och djup.

Även om studien varken är tvärvetenskaplig eller komparativ kommer jag i vissa delar använda mig av litteratur från andra discipliner⁶⁰ och andra nationella juridiktioner.⁶¹ I det senare fallet motiveras detta av att de frågor som här studeras ur ett svenskt perspektiv är av generell natur och således kan uppkomma, och ibland har uppkommit, i andra rättsordningar. Jag kommer då inte tveka att hämta inspiration och uppslag från hur dessa rättsordningar hanterat frågorna. Utländsk juridisk litteratur tjänar ibland också som kontext till EU-domstolens domar. I inget fall eftersträvar jag en övergripande förståelse för ett annat rättssystem än det svenska (inklusive unionsrätten), utan influenser från utländsk rätt begränsas till nedslag där det befinnas intressant. Jag kommer då huvudsakligen stöda mig på litteratur snarare än primära rättskällor som lagtext och rättspraxis, och hoppas därigenom kunna undvika missuppfattningar och feltolkningar. I vissa delar, särskilt kapitel 7 om utövandet av fritt

⁵⁷ Sedan Ekelöf (1956) är Lindell den ende som ägnat frågan någon mer systematiskt orienterad uppmärksamhet. Bland mer sentida författare kan även Lindblom och Larsson, vilka dock behandlat fakultativa regler mer sporadiskt, nämnas. Se Lindell (2012) s. 71 ff. och Larsson (1980) s. 580 ff. samt Lindblom (1993) s. 328 f., (1994) s. 346 och (1997) s. 619.

⁵⁸ Trots att Lindblom redan år 1992 efterlyste en ”kraftfull intensifiering [...] på bred front” av den svenska processrättsforskningen med EU-rättsliga förtecken (Lindblom (1992) s. 136 ff.). Ett undantag utgörs dock av Andersson (1999).

⁵⁹ Se dock Andersson (1997) och (1999) samt Nordback (2005), Bernitz (2008) och Engström (2009).

⁶⁰ Särskilt i kap. 7.

⁶¹ Särskilt i kap. 5.

skön, lånar jag även vissa begrepp och idéer från en bredare samhällsvetenskaplig metoddebatt och från diverse vetenskaper som på olika sätt befattar sig med beslutsfattande. Även om jag inte kan göra anspråk på någon expertis bortom rättsvetenskapens domäner är det min förhoppning att dessa interdisciplinära lån kan tillföra nya argument till en fortsatt rätts- och/eller tvärvetenskaplig diskussion.⁶²

1.2.3 Särskilt om EU:s rättskällor

EU-rättsliga rättskällor har flera särdrag jämfört med sina svenska motsvarigheter. Om diskussionen inskränks till domar, vilka som konstaterats ovan kommer att utgöra det viktigaste EU-rättsliga materialet för denna studie, bör två aspekter särskilt framhållas. För det första är EU-domstolens avgöranden, jämfört med HD:s, förhållandevis detaljfattiga.⁶³ De är ofta, åtminstone delvis, närmast formelbetonade; standardformuleringar återkommer från fall till fall, ibland ordagrant, ibland med små variationer.⁶⁴ Vilken vikt som kan och bör fästas vid sådana variationer kan knappast fastslås med allmän giltighet, utan kommer att diskuteras löpande i analysen av domsluten. Det kan också diskuteras i vilken utsträckning förhandsavgöranden från EU-domstolen är avsedda att ha verkan utöver den enskilda process i vilken de begärts, men det torde numera vara allmänt vedertaget att domstolens avgöranden har prejudicerande verkan.⁶⁵ Detta förändrar dock, förstås, inte det faktum att varje dom avgivits i och influerats av sin särskilda kontext. Härvid skiljer sig EU-domstolens domar emellertid inte från prejudicerande avgöranden i allmänhet.⁶⁶

För det andra översätts EU-domstolens avgöranden till unionens samtliga 24 officiella språk.⁶⁷ Avseende tolkningen av legislativa texter har EU-domstolen hållit fast vid att ingen språkversion får betraktas som

⁶² Jfr Sandgren (2007) s. 405 f.

⁶³ Se Derlén (2014) s. 296 f. med hänvisningar. Det kan i detta sammanhang vara värt att påminna om att EU-domstolen endast behandlar rättsfrågor, vilket troligen bidrar till en mindre kasuistisk utformning av domskälen.

⁶⁴ Som t.ex. tillägget "...eller orimligt svårt" till effektivitetsprincipen (avsnitt 4.2.1 nedan) eller införandet av termen "nationell processuell autonomi" i EU-domstolens vokabulär (härom Bobek (2012) s. 321).

⁶⁵ Se Broberg och Fenger (2014) s. 450 samt vidare t.ex. Craig och de Búrca (2011) s. 448 ff. och Arnulf (2006) s. 622 ff.

⁶⁶ Broberg och Fenger (2014) s. 451.

⁶⁷ Se EU-domstolens rättegångsregler art. 29–31.

överordnad de övriga och att samtliga versioner ska beaktas vid tolkningen av unionsrätten.⁶⁸ EU-domstolens domar skiljer sig emellertid från legislativa texter såtillvida att de är autentiska endast på rättegångsspråket, vilket vid förhandsavgörande vanligtvis är den hänskjutande domstolens språk.⁶⁹ Rättegångsspråket är därmed inte alltid eller ens oftast detsamma som domstolens arbetspråk, som är franska. Detta innebär att avgörandenas upphovsmän inte är herrar över sina egna ord,⁷⁰ eftersom dessa ord författas på franska (vilket för de flesta av domarna är ett främmande språk)⁷¹ för att sedan översättas till rättegångsspråket (vilket inte sällan är ett språk som ingen av domarna i sitsen behärskar) och de övriga officiella språken.⁷²

Flerspråkigheten kan förstås upplevas som ett problem.⁷³ Detta problem förefaller emellertid allvarligast om man förutsätter att det faktiskt finns en korrekt tolkning, som kan utläsas i någon eller några av språkversionerna, varvid avvikande språkversioner skulle vara felaktiga.⁷⁴ Så är väl stundtals också fallet.⁷⁵ I många fall torde emellertid diskrepanser mellan språkversionerna vara följderna av språkliga nyansskillnader snarare än direkta fel i översättningen; som Bengoetxea påpekar finns ingen absolut överensstämmelse mellan samma rättsliga begrepp på olika språk.⁷⁶ Förekomsten av olika språkversioner möjliggör då en mer mångfacetterad tolkning, vilket mot bakgrund av vad som nyss ovan konstaterats

⁶⁸ Se särskilt 283/81 *CILFIT* p. 16–19 samt Bobek (2008) s. 2 ff. och Derlén (2011) s. 150 ff.

⁶⁹ Domstolens rättegångsregler art. 41.

⁷⁰ Mulders (2008) s. 46 går så långt som till att hävda att EU-domstolens beslut i språkligt hänseende delvis skapas av översättarna. Han betonar dock att innehållet ”förstås” bestäms av domstolen. Det kan dock ifrågasättas i vilken utsträckning en sådan distinktion mellan form och innehåll låter sig göras, se Gustafsson (2011) s. 84 f. och Lindblom (1980) s. 75 ff.

⁷¹ Se Sharpston (2009/10) s. 417.

⁷² Angående översättningsproceduren ur ett praktiskt respektive mer teoretiskt perspektiv se Mulders (2008) s. 46 ff. resp. Bengoetxea (2011) s. 101 ff.

⁷³ Se t.ex. Derlén (2011) s. 143 och Horspool (2011) s. 100.

⁷⁴ Se härom Derlén (2007) s. 545 ff. och Bengoetxea (2011) s. 117.

⁷⁵ Vid ett par tillfällen kommer sådana rena felöversättningar att uppmärksammas i det följande. Jfr vidare Bobek (2011) s. 127 ff.

⁷⁶ Bengoetxea (2011) s. 116. Detta torde gälla även om själva begreppet är gemensamt. Det kan t.ex. inte förutsättas att ”res judicata” innebär samma sak i samtliga rättssystem som erkänner principen; grunderna för resning liksom kriterierna för sakidentitet kan t.ex. variera. Jfr Jacobs (2004) s. 301 f.

om domstolens arbetsvillkor är välkommet.⁷⁷ Särskilt när språklig tolkningsmetod används kommer jag att vinnlägga mig om att konsultera flera språkversioner, för att minska risken för att avgörandets innebörd förvrängs till följd av översättningssvårigheter. Jag menar mot denna bakgrund att förekomsten av flera språkversioner snarast utgör en fördel för min undersökning.⁷⁸

Att jämföra samtliga språkversioner låter sig emellertid av praktiska skäl inte göras. Ett metodologiskt val måste således ske i fråga om vilka, och hur många, språkversioner som ska konsulteras. Att utgå ifrån rättegångsspråket skulle möjligen, ur ett formellt perspektiv, ha vissa fördelar, eftersom denna version åtnjuter en unik status. Den versionen kan också tänkas vara den terminologiskt mest lättillgängliga, såtillvida att de rättsliga företeelser som diskuteras faktiskt kan benämnas med sina rätta och därmed mest exakta beteckningar. Det finns emellertid också nackdelar med ett sådant tillvägagångssätt, nämligen att rättegångsspråket de facto endast i undantagsfall är originalspråket och kanske inte ens kunnat läsas och kontrolleras av de medverkande domarna. Därtill kommer den rent praktiska svårigheten att mina egna språkkunskaper är begränsade och ofta inte omfattar rättegångsspråket i de fall som är intressanta för studien.

Jag kommer istället att utgå ifrån tre språkversioner: svenska, engelska och franska.⁷⁹ Denna metod tycks på det hela taget överensstämma med faktisk praxis åtminstone i de nationella domstolarna.⁸⁰ Viktigare är emellertid att dessa språk både tillsammans och var för sig, ur den svenska processrättens perspektiv, kan betraktas som en sorts kärna.⁸¹ I fråga om EU-domstolens domar är franska som framgått ovan de facto originalspråket, även i de fall där det inte utgör rättegångsspråk. Det

⁷⁷ Se Derlén (2011) s. 158 f. och van Calster (1997) s. 375; den senare anför att de olika versionerna "[r]ather than each bearing the authentic content of the text in question, they [i.e. the language versions] form that content together".

⁷⁸ Liknande ståndpunkt se Pommer (2012) s. 1253 f. och Derlén (2014) s. 307. Jfr även Bengoetxea (2011) s. 117 f. som anser att själva översättningsproceduren framtingar en djupare reflektion och därmed representerar ett värde i sig.

⁷⁹ För konsekvensens skull citerar jag genomgående på svenska, om det inte finns särskild anledning att välja ett annat språk eller att citera på flera språk parallellt.

⁸⁰ Se Derlén (2007) s. 403 ff. och Bobek (2011) s. 138.

⁸¹ Jfr Derlén (2011) s. 156 ff., som de lege ferenda föreslår att franska och engelska, vid sidan av den tolkande domstolens nationalspråk, bör upphöjas till *obligatoriska konsultationsspråk* vid tolkning av EU-rättsliga dokument. För en kritisk diskussion se dock Derlén (2014) s. 312.

kan därför antas att denna version är den som i störst utsträckning är fri från översättningsmisstag och närmast upphovsmännens intentioner.⁸² Engelskan har liknande fördelar genom att vara det med klar marginal mest använda språket inom unionen och dessutom det mest utbredda andraspråket bland dess medborgare.⁸³ I EU-domstolen är det visserligen endast undantagsvis originalspråk, men dess starka ställning innebär att det åtminstone kan antas att översättningskvaliteten är god.⁸⁴ Vidare påpekar Derlén att engelskan och franskan kompletterar varandra väl eftersom de representerar två vitt skilda rättsliga traditioner, vilket kan vara till fördel vid tolkningen särskilt av begrepp som är svåra att uttrycka i vissa rättskulturer.⁸⁵ Ur detta perspektiv torde svenskan, och det därmed (åtminstone på processrättens område) följande germanska arvet,⁸⁶ utgöra ett särskilt lämpligt tredje språk. Dessa tre ”grundspråk” för studien kommer vidare, i de fall som är särskilt intressanta eller svårtolkade, att kompletteras med studier av ytterligare språkversioner; i första hand rättegångsspråket i den mån jag kan tillgodogöra mig det.

1.3 Avhandlingens disposition

Avhandlingen är strukturerad i nio kapitel. Samtliga kapitel utom det första och det sista avslutas med en sammanfattande kommentar, som kort återger de huvudsakliga slutsatser som dragits och i vissa fall också sammankopplar dessa med slutsatser från tidigare kapitel eller med kommande resonemang.

I kapitel 2 presenteras en systematik för fakultativa regler bestående av en definition av fakultativitet, en diskussion om hur fakultativa regler

⁸² Jfr Bengoetxea (2011) s. 104, som menar att det visserligen är tillräckligt för en nationell domstol att studera domar från EU-domstolen på sitt eget språk (jfr även a.a. s. 114), men att ”a better understanding could be gained by reading the French.” För en liknande ståndpunkt (åtminstone i det sistnämnda avseendet) se Mulders (2008) s. 58.

⁸³ Horspool (2011) s. 103.

⁸⁴ Sedan utvidgningen 2004 översätts dokument inte alltid direkt från originalspråket till målspråket, utan översättningen kan ske i flera steg. Engelskan utgör då ett av de språk som ligger till grund för vidareöversättningar (Mulders (2008) s. 49). Bernitz (1992/93) s. 46 noterar, med viss kritik, att de officiella svenska översättningarna i samband med EU-inträdet utfördes med engelskan som källspråk.

⁸⁵ Derlén (2011) s. 162. Liknande synpunkt Bernitz (1992/93) s. 46 f.

⁸⁶ Se Nylund (2014 a) s. 34 samt Lindblom (1974) särskilt s. 40 och 81 f. och dens. (SvJT 2002 b) s. 533 f.

förhåller sig till andra möjliga sätt att kategorisera processuella regler, och en uppdelning av de fakultativa reglerna i underkategorier baserat på reglernas utformning. I kapitlet introduceras också vissa begrepp som kommer att användas i den fortsatta analysen. I kapitel 3 görs en genomgång av utvecklingen mot allt fler fakultativa regler under tiden sedan nya RB:s tillkomst. Kapitlet beskriver kortfattat ändringarna i RB och visar hur antalet fakultativa regler har ökat. Tyngdpunkten ligger emellertid på en analys av förarbetsuttalandena i syfte att utvärdera vilka ändamål som det ökade införandet av fakultativ reglering har tjänat. Tillsammans besvarar dessa kapitel huvudsakligen studiens första forskningsfråga.

Därefter skiftas fokus till EU-rätten och till den andra forskningsfrågan. Kapitel 4 innehåller en introduktion till de unionsrättsliga principer som är av störst betydelse på processrättens område: effektivitetsprincipen, likvärdighetsprincipen, principen om effektivt rättsskydd, lojalitetsprincipen och principen om unionsrättskonform tolkning. Utöver att beskriva principernas huvudsakliga innebörd sätter kapitlet dem också i en kontext av fakultativ reglering och diskuterar på vilka principiellt olika sätt de har potential att påverka tillämpningen av fakultativa regler i nationella domstolar. Undersökningen fördjupas i kapitel 5, där EU-domstolens praxis avseende fakultativa regler behandlas i detalj. De ledande avgörandena analyseras både var för sig och i relation till varandra. Kapitlet utmynnar i en kartläggning av och ett försök att systematisera de ståndpunkter som EU-domstolen intagit och de intressen som kan antas ha motiverat dem. I kapitel 6 presenteras en modell för unionsrättslig tillämpning av fakultativa regler i svensk domstol. Modellen utgör ett försök att balansera tre åtminstone delvis motstridiga intressen: för det första att tillgodose unionsrättens krav, för det andra att bevara den svenska civilprocessens grundläggande systematik, och för det tredje att vara tillräckligt lättillämpad för att vara praktiskt användbar i domstolarnas dagliga verksamhet.

I kapitel 6 inleds en övergång mot de mer institutionella aspekter som den tredje forskningsfrågan tar sikte på. Denna övergång fullföljs i kapitel 7 och 8, som behandlar tillämpningen av fakultativa regler på olika nivåer i instansordningen och kopplar denna fråga till föreställningar om domstolarnas roll i samhället. Kapitel 7 ägnas åt tillämpningen av fakultativa regler och domstolarnas däri ingående utövande av skön. Kapitlet analyserar hur den svenska processrättslitteraturen hittills har förhållit sig till skön och fakultativitet, anlägger vissa kritiska synpunkter på detta

och utmynnar i ett förslag till en alternativ strategi för skönsutövning. I kapitel 8 diskuteras överprövning i högre rätt av underrätternas beslut i fall där de senare fattats med stöd av fakultativa regler. Mot denna bakgrund ställs frågan om de fakultativa reglernas betydelse för fördelningen av civilprocessuell regleringsmakt på sin spets. Slutligen sammanfattas studiens resultat och svaren på forskningsfrågorna i kapitel 9, som också innehåller några kritiska anmärkningar och förhoppningar om vissa riktningssändringar i harmoniserings- och flexibilitetstrendernas fortsatta utveckling.

Genom hela avhandlingen gör jag relativt extensivt bruk av notapparat, inte endast för att referera till källor utan även för att utveckla och fördjupa eller stundom kvalificera resonemang i brödtexten. Min ambition har varit att på detta vis möjliggöra en ytligare läsning av avhandlingen som inte behöver belastas med de finare detaljerna. Den läsare som önskar en djupare förståelse för ämnet och vill tillgodogöra sig avhandlingens resonemang till fullo hänvisas dock till att studera fotnoterna parallellt med brödtexten.

2 Om fakultativitet i allmänhet

For everything is best understood by its constitutive causes. For as in a watch, or some such small engine, the matter, figure, and motion of the wheels cannot well be known, except it be taken insunder and viewed in parts.

Thomas Hobbes

2.1 Fakultativitetsbegreppet

2.1.1 Definition av fakultativitet

Med fakultativa regler avses enligt en klassisk definition *handlingsregler för domstolen*, där rättsföljden är så konstruerad att domstolen erhåller *ett visst mått av handlingsfrihet* och således har att tillämpa lagen under utövande av *fritt skön*.⁸⁷ Motsatsen till fakultativa regler är *obligatoriska* regler, vilka föreskriver ett specifikt handlande som domstolen är tvingad att rätta sig efter.⁸⁸ I en mer läroboksmässig framställning konstateras även att fakultativa regler typiskt sett konstrueras med verbet ”får”; i äldre lagstiftning förekommer även ”må” eller ”äger”.⁸⁹ Regler som konstrueras med ”ska” eller med en negation (såsom ”får inte”, ”må ej” och så vidare) betraktas däremot i princip som obligatoriska.

Fakultativa regler är således regler som överlåter ett visst *handlingsutrymme* till domstolen. Det skönsmässiga beslutsfattandet sker inom ramen

⁸⁷ Ekelöf (1956) s. 143 och 146. Jfr Barak (1989) s. 7 f. som definierar ”judicial discretion” som ”the power the law gives the judge to choose from several alternatives, each of them being lawful” och Hess (2003) s. 46, som konstaterar att begreppet är odefinierat och flertydigt, men denoterar ”the power to select between different courses of action”.

⁸⁸ Ekelöf (1956) s. 143 samt Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52. Larsson (1975) s. 65 skiljer mellan tillåtelser, påbud och förbud; av dessa tre kategorier utgörs den första av fakultativa regler, och de två senare av obligatoriska.

⁸⁹ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52 f. Se vidare om valet av hjälpverb och dess betydelse i avsnitt 2.2.2 nedan.

för det handlingsutrymme som den fakultativa regeln medger. Reglerna kan således betraktas dels ur ett strukturellt perspektiv som ”ett område där man kan välja mellan tillåtna handlingsalternativ”, dels ur ett kognitivt perspektiv som ”en form av *resonemang* som resulterar i omdömen om vad som bör göras i situationer av obestämdhet (indeterminacy).”⁹⁰ Överfört till juridisk terminologi motsvaras den strukturella aspekten av reglerna och den kognitiva aspekten av rättstillämpningen eller, vid fakultativ reglering, av skönsutövandet.⁹¹ Skönets strukturella begränsningar utgörs av de rättsfakta som bestämmer den fakultativa regelns tillämpningsområde och de handlingsalternativ som regeln identifierar som lagliga. Den fakultativa regeln definierar således *ramarna* för det fria skönet.⁹² *Inom* dessa ramar bedrivs domstolens skönsmässiga resonemang.⁹³ Omvänt är regler som inte överlåter något handlingsutrymme på domstolen att klassificera som obligatoriska, och tillämpning av sådana regler är starkt bunden av själva regeln medan den kognitiva aspekten är svag.⁹⁴

⁹⁰ Molander (2011) s. 321 (fotnot utelämnad, mina kursiveringar). I andra sammanhang använder Molander begreppsparet ”discretionary space” resp. ”discretionary reasoning” (se Grimen och Molander (2008) s. 181 f. och Molander m.fl. (2012) s. 214 f.).

⁹¹ En motsvarande distinktion i annan terminologisk dräkt verkar finnas hos Davis (1969) s. 97 som skiljer mellan ”confining discretion” och ”structuring discretion”, där det förra syftar till att ”keep discretion within designated boundaries”, medan ”[t]he purpose of structuring is to control the *manner* of the exercise of discretion *within* the boundaries” (kursiverat här), och hos Strömholm (1975) s. 153 ff., som gör en åtskillnad mellan analys och prognos som rättsliga beslutsmetoder; den förra hänför sig till den strukturella regelaspekten, medan den senare kan relateras till den kognitiva skönsutövningen. Strömholm betecknar skillnaden som ”principiell”, men varnar samtidigt för ett alltför strikt särskiljande (a.a. s. 164 f.). Avseende distinktionen mellan begränsningar av utrymmet för skön (den fakultativa regelns ramar) resp. för utövandet av detsamma (krav på domstolens resonemang), jfr även Dworkins och Sundbys distinktioner mellan strukturella *regler* å ena sidan och *principer* respektive *retningslinjer* å den andra (Dworkin (1977) s. 22 ff. och Sundby (1974) s. 197 ff.); särskilt Sundby (a.a. s. 198 f.), som konstaterar att ”skillet mellom regler og retningslinjer er av helt grunnleggende betydning for forståelsen av normativ argumentasjon” såtillvida att ”normative premisser som uttrykker regler, vil inngå i en virkelig deduktivt bindende (analytisk, logisk gyldig) argumentasjon. [...] Argumentasjon fra retningslinjepremisser vil derimot aldri være strengt deduktiv” (understrykning i originalet).

⁹² Jfr Barak (1989) s. 12, som talar om fakultativitet som en ”zone of lawful possibilities”.

⁹³ Se Peczenik (1995) s. 128.

⁹⁴ Jfr Molander (2011) s. 325, som konstaterar att rättsregler i ”idealfallet” – och härvid torde han ha obligatoriska regler i åtanke – ska ”ha en styrka som liknar styrkan i logiska slutledningsregler.” Eftersom rättstillämpning alltid involverar ett steg från en deskriptiv premis till en normativ slutsats kan det emellertid inte vara helt lagbundet i logisk bemärkelse (Molander, a.st. Jfr även Sundby (1974) s. 199, Victor (1977) s. 223 och Andersson (2014) s. 218 f.).

Begränsningen till *handlingsregler för rätten* innebär emellertid att inte alla regler kan klassificeras som fakultativa eller obligatoriska.⁹⁵ Begreppet ”handlingsregler” bör förstås som regler som rör *processhandlingar*.⁹⁶ Med ”processhandling” avses enligt Ekelöf ”varje verksamhet, vilken utövas inom ramen för det processuella förfarandet och därigenom ingår i ’handläggningen’ av målet”.⁹⁷ Härvid bör det betraktas som avgörande om regeln föreskriver ett visst handlande – eller viss underlåtenhet⁹⁸ – *i det enskilda fallet* och således måste beaktas i varje rättegång där den aktualiseras, annars är det knappast fråga om *handläggning av målet*. Regler som inte riktar sig till rätten i det enskilda fallet utan till domstolen som helhet och där det föreskrivna handlandet inte ska vidtas som en del i handläggningen av ett visst mål utan som en allmän organisatorisk åtgärd bör således inte betraktas som handlingsregler i här relevant mening.⁹⁹

Vidare bör något sägas om att fakultativa regler ska rikta sig just till *rätten*. Distinktionen mellan fakultativa och dispositiva regler, som bygger just på de båda regeltypernas adressater, är relativt ung. I äldre litteratur förefaller fokus istället ha legat på skillnaden mellan legalitets- och delegationsprinciperna, där tyngdpunkten läggs på frågan *om* och *i vilken utsträckning* detaljerna kring rättskipningen fastslås i lag snarare än *till vem* eventuell lagstiftning riktar sig.¹⁰⁰ Såväl dispositiv som fakultativ reglering hänfördes därför till delegationsprincipen.¹⁰¹ Som en följd är terminologin i främst äldre litteratur varken konsekvent eller överens-

⁹⁵ Se Lindell (2012) s. 79. Jfr även Larsson (1975) s. 67.

⁹⁶ Lindell (2012) s. 79.

⁹⁷ Ekelöf (1956) s. 29 (fotnot utelämnad). Se även Ekelöf och Edelstam (2002) s. 36 f., som menar att ”processsubjektens verksamhet” utgör processhandlingar och till processsubjekten hänför alla ”[d]e rättssubjekt, som är verksamma i en process”.

⁹⁸ Lindell (2012) s. 79. Se även Ekelöf (1956) s. 143 och Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52 f. som inkluderar förbud för rätten i fakultativ/obligatorisk-dikotomin.

⁹⁹ Detta utesluter t.ex. RB 1:1–2 och 4–6, 2:3, 3:1 och 4 samt 4:1–9. Domförhållsreglerna utgör ett intressant grännsfall. De riktar sig visserligen inte till domstolen i sin sammansättning i det enskilda målet, eftersom de definitionsmässigt måste beaktas just vid beslut om rättens sammansättning, men de måste å andra sidan tillämpas vid handläggningen av varje enskilt mål och ibland med hänsyn till det enskilda målets karaktär. Denna senare omständighet talar för att beslutet att ge rätten en viss sammansättning utgör en verksamhet utövad inom ramen för processen och således bör betraktas som en processhandling. Detta innebär i sin tur att domförhållsreglerna bör betraktas som handlingsregler i här relevant avseende, och därmed är möjliga att kategorisera som fakultativa eller obligatoriska.

¹⁰⁰ Se härom vidare avsnitt 3.1.1 nedan.

¹⁰¹ Se Ekelöf (1956) s. 145 och 268 ff.

stämmande med dagens begrepps användning,¹⁰² och åtminstone fram till 1950-talet användes begreppen ”fakultativ” och ”dispositiv” i stor utsträckning synonymt.¹⁰³ En mer genomtänkt åtskillnad mellan begreppen tycks ha uppkommit först med den unge Ekelöf, som menade att distinktionen, trots betydande likheter mellan de båda kategorierna, är av ”fundamental betydelse för den processrättsliga systematiken” och dessutom har ett pedagogiskt värde.¹⁰⁴ Numera torde den ekelöfska ståndpunkten vara förhärskande.¹⁰⁵ Med ”fakultativa regler” avses således endast sådana regler som allokeringar den avgörande beslutsmakten till domstolen (eller en del av den; se t.ex. RB 5:9 st. 1 om rättens ordförandes behörighet att meddela ordningsföreskrifter med mera vid förhandling).

För att en regel ska uppfattas som fakultativ krävs också att rättens inflytande är *avgörande* för hur processen gestaltar sig. Liksom ett stadgande som endast kräver att parts uppfattning ska inhämtas, utan att denna blir bindande för rätten, inte är att betrakta som dispositivt, är ett stadgande enligt vilket rättens beslut inte får bindande verkan inte att betrakta som fakultativt.¹⁰⁶ Detta får effekt för gränsdragningen mellan fakultativitet och dispositivitet. Till skillnad från distinktionen fakultativ/obligatorisk, som i princip är ömsesidigt uteslutande, kan en regel samtidigt vara fakultativ *och* dispositiv.¹⁰⁷ En sådan regel överför avgörande inflytande på *både* rätten och parterna (eller en av dem). Ett exempel utgörs av RB 42:20 st. 2 p. 1: ”Huvudförhandlingen *får* med *parternas samtycke* hållas i förenklad form.” I detta fall är det tydligen rätten som ska fatta det avgörande beslutet, och den är inte tvingad att hålla huvudförhandling i förenklad form även om båda parterna skulle begära detta.

¹⁰² Så använder t.ex. Gärde m.fl. (1949) s. 83 ordet ”fakultativ” om sådana forumregler som ger käranden rätt att välja mellan flera domstolar (jfr Ekelöf (1996) s. 22 f.), medan Kallenberg (1923) s. 73 använder ordet ”dispositiv” även om sådana regler som här benämns fakultativa.

¹⁰³ Ekelöf (1956) s. 156.

¹⁰⁴ Ekelöf (1956) s. 155.

¹⁰⁵ Se Lindblom (1994) s. 346 och dens. (2001) s. 55. I senaste upplagan av *Rättegång I* (Ekelöf och Edelstam (2002) s. 56) hävdas fortfarande att termerna ”dispositivt” och ”fakultativt” används synonymt; detta stycke är dock en kvarleva sedan den första upplagan (jfr Ekelöf (1957) s. 32) och torde numera kunna betraktas som överspelat. Det finns dock undantag även i mer sentida texter; se t.ex. RH 2004:64, där hovrätten beskriver den dispositiva forumregeln i RB 10:4 som fakultativ.

¹⁰⁶ Ekelöf (1956) s. 270.

¹⁰⁷ Se Ekelöf (1956) s. 271.

Däremot är den inte ens behörig att besluta om förenklad huvudförhandling, om inte parterna först har lämnat sitt medgivande därtill.

Den materiella processledningen utgör ett tydligt exempel på hur regler med olika objekt och beslutstemata kan vara tätt sammantvinnade och svåra att särskilja. Rätten har enligt RB 42:8 st. 2 och 43:4 st. 2 en skyldighet att agera för att klargöra tvistefrågorna och parternas inställningar samt för att begränsa eller i vissa fall utvidga processen.¹⁰⁸ Dess påverkan på processmaterialet är emellertid endast indirekt och potentiell; den är begränsad till att influera eller inspirera *parternas* avgörande beslutsfattande.¹⁰⁹ Ekelöf har av denna anledning argumenterat för att bestämmelserna om materiell processledning inte bör betraktas som utslag för delegationsprincipen, och därmed i konsekvens inte som fakultativa regler.¹¹⁰ Utövande av materiell processledning har emellertid också en förfaranderelaterad aspekt.¹¹¹ Rättens beslut *att* ställa en fråga eller göra ett påpekande, eller att inte göra det, inverkar *i sig* på processens utformning (om än inte direkt på processmaterialet).¹¹² I denna fråga är rättens överväganden tvingande för parterna; part kan inte hindra rätten från att ställa en fråga, även om hen genom sitt svar kan styra över processmaterialet. Här har således det avgörande inflytandet överlåtits på domstolen, varför reglerna i detta avseende bör hänföras till official- snarare än dispositionsprincipen.¹¹³ Med hohfeldsk terminologi kan detta uttryckas som att rätten har en frihet (liberty) gentemot parterna i fråga om att komma med frågor och påpekanden, men en inkompetens (disability) att påverka processmaterialets omfattning.¹¹⁴ Reglerna är därför att betrakta som fakultativa i den mån de reglerar förfarandets utformning (fråge- och påpekanderätten).

En annan sak är att parternas synpunkter rimligen ska *beaktas*, men alltså utan att tillmätas avgörande betydelse, vid tillämpningen av snart

¹⁰⁸ Angående processledningens omfattning, som inte ska vidare behandlas här, se SOU 1982:26 s. 101 ff. och Westberg (1988) s. 564 ff.

¹⁰⁹ Westberg (1988) s. 553 f.

¹¹⁰ Ekelöf (1956) s. 270.

¹¹¹ Jfr Ekelöf (1956) s. 270, som öppnar för att regelns objekt även kan anses vara ”hur rättegången skall gestaltas i visst avseende.”

¹¹² Jfr Bruns (1979) s. 129, som, dock på tal om partshandlande, konstaterar att alla processhandlingar definitionsmässigt får betydelse eftersom de bidrar till att utforma processen.

¹¹³ Westberg (1988) s. 553. Jfr även Ekelöf och Edelstam (2002) s. 61.

¹¹⁴ Jfr Hohfeld (1913) s. 30 ff.

sagt alla fakultativa regler.¹¹⁵ Detta förhållande kan göras explicit i lagtext¹¹⁶ eller förarbeten,¹¹⁷ men det kan också betraktas som en inneboende eller underförstådd beståndsdel i en lagstadgad intresseavvägning.¹¹⁸ I samtliga dessa fall kvarstår emellertid det faktum att parternas uppfattningar endast blir rådgivande för rätten, som behåller det avgörande inflytandet. Reglernas fakultativa karaktär påverkas alltså inte.

Vad gäller frågan om en regel bör klassificeras som fakultativ eller obligatorisk bör det slutligen framhållas att jag, i likhet med Ekelöf, fäster avgörande avseende vid ”den grad av bundenhet som stadgandena ge uttryck åt”.¹¹⁹ Detta får till följd att avhandlingens definition av fakultativitet dels inkluderar regler som kommunicerar domstolens valfrihet på annat sätt än genom tillåtande hjälpverb,¹²⁰ dels vid sidan av lagtextens lydelse fäster vikt även vid andra tolkningsdata, främst hämtade ur vedertagna rättskällor som förarbeten och rättspraxis.¹²¹ Det förstnämnda innebär bland annat att även regler som konstrueras med påbjudande verb i kombination med rekvisit som förutsätter en skönsmässig bedömning från rättens sida betraktas som fakultativa.¹²² Det senare innebär att en regel som att döma av sin ordalydelse förefaller vara fakultativ i praxis kan komma att uppfattas och tillämpas som en obligatorisk regel eller vice versa, och att detta då innebär att regeln *övergår* från att vara fakul-

¹¹⁵ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 69 menar att parterna bör konsulteras inför varje ”viktigare beslut” i förfarandefrågor. Se även Nylund (2006) s. 299. Jfr dock RH 1993:89, där tingsrätts underlåtenhet att höra svaranden innan den fattade beslut att meddela deldom enligt RB 17:4 p. 1 inte ansågs utgöra rättegångsfel.

¹¹⁶ Se t.ex. RB 43:14 p. 2.

¹¹⁷ Se t.ex. prop. 1988/89:95 s. 80 f. ang. RB 50:28 samt prop. 2004/05:131 s. 95 och 225 ang. RB 5:10 st. 2.

¹¹⁸ Se SOU 2007:26 s. 170. Jfr även Lindell (2012) s. 74 f.

¹¹⁹ Ekelöf (1956) s. 149 f. Se även Larsson (1975) s. 66 f. som konstaterar att kategoriseringen fakultativt/obligatorisk kan baseras på reglernas ”yttre gestaltning”, alltså deras språkliga utformning, eller på deras innehåll. Jag använder alltså den senare indelningsmetoden; Larsson själv förefaller däremot förespråka den förra (a.a. s. 67 i not 5).

¹²⁰ Jfr Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52, återgivet vid not 89 ovan.

¹²¹ Jfr föredraganden i NJA 2008 s. 100, som noterar att den tillämpliga regeln ”till sin språkliga utformning är en fakultativ bestämmelse”, men ändå först efter genomgång av lagens förarbeten konkluderar att någon skyldighet för staten inte förelegat (ref. s. 102 f.).

¹²² Liknande ståndpunkt framförs av Ekelöf (1956) s. 149 f. samt av Bone (2006/07) s. 1970 och Craig (2012) s. 410 ff. A.m. Lindell (2012) s. 70. Se vidare avsnitt 2.2.4 nedan.

tativ till att vara obligatorisk (återigen, eller vice versa).¹²³ Det kan också innebära att förarbetsuttalanden eller utlåtanden i litteraturen befinns böra tillmätas sådan vikt att vissa enligt lagtexten möjliga handlingsalternativ betraktas som i praktiken uteslutna, vilket kan påverka regelns fakultativa karaktär.¹²⁴

Effekten av en sådan förståelse av fakultativitet är att definitionen blir vidare och inkluderar fler typer av regler än vad som hittills varit vanligt. Samtliga inkluderade regler har emellertid det gemensamt att de förutsätter skönsmässigt beslutsfattande från domstolens sida; med en annan klassifikationsmetod riskerar vissa regler att definieras som obligatoriska trots att de delar denna avgörande egenskap med de fakultativa reglerna. I jämförelse med en indelning baserad på valet av hjälpverb skapas vissa gränsdragningsproblem i övergången mellan obligatorium och fakultativitet,¹²⁵ och detta gäller förstås särskilt i de fall då en regel utvecklas och omdefinieras över tid.¹²⁶ Eftersom jag i alla händelser delar Lindbloms och Lindells uppfattning att uppdelningen i fakultativt och obligatoriskt är en fråga om graderingar snarare än skarp gränsdragning,¹²⁷ är detta emellertid åtminstone i någon utsträckning ofrånkomligt.¹²⁸

En innebördsbaserad snarare än strikt grammatiskt orienterad indelningsgrund har således en pedagogisk funktion i att den bidrar till att tydliggöra fakultativitetens relativa karaktär. Därigenom motverkas också

¹²³ För ett exempel se MÖD 2000 DM 36, där VA-nämnden konstaterar att ett fakultativt utformat undantag ”inte *längre* [är] fakultativt”, eftersom det ”[i] praxis har slagits fast att nyttoprincipen *inte bara kan utan skall* frångås...” (kursiverat här). RB 35:5 tycks genomgå samma omvandling från fakultativ (och tvingande) till obligatorisk och dispositiv i NJA 2011 s. 576 (se Heuman (2011/12) s. 346 ff.). Som Stone Sweet och McCown (2003) s. 106 påpekar torde övergång från fakultativitet till obligatorium vara vanligare än motsatsen. Jfr Lindell (2012) s. 73, som noterar att även internationell påverkan kan få sådana konsekvenser (se nedan vid not 342 för ett sådant exempel i svensk processrätt). EU-rättsligt inflytande över fakultativa regler kommer att behandlas utförligt i kap. 4–6 nedan.

¹²⁴ Jfr Craig (2012) s. 404 f. som påpekar att även regler med språkligt sett obligatorisk utformning i praktiken kan lämna utrymme för viss skönsmässighet.

¹²⁵ Jfr Ekelöf (1956) s. 150.

¹²⁶ Jfr Larsson (1975) i not 5 på s. 68, som påpekar att man ”om indelningen ska bli adekvat för system av detta slag [...] tvingas ta hänsyn till sådant som ej är enkelt och lätt konstaterbart.”

¹²⁷ Se Lindblom (1997) s. 619 i not 98 med hänvisning och Lindell (2012) s. 76 ff. Även Ekelöf och Edelstam (2002) s. 53 poängterar att det inte finns någon skarp gräns mellan det fakultativa och det obligatoriska.

¹²⁸ Jfr Larsson (1980) s. 587, som anför att olägenheterna av dylika gränsdragningsproblem inte ska överdrivas.

den fara som är förknippad med att lyfta fram skillnaderna mellan obligatoriskt och fakultativt och som består i att framhävandet av handlingsutrymmet, och det därpå följande kravet på aktivt beslutsfattande från domstolens sida, vid fakultativ reglering indirekt får till effekt att dölja den aktiva inverkan som domstolarna har på rättens innebörd även vid tillämpningen av obligatorisk reglering.¹²⁹ Vidare framstår ett sådant fakultativtetsbegrepp som mer adekvat för denna studie, eftersom de särskilda spörsmål som förekomsten av fakultativ reglering ger upphov till torde göra sig gällande med samma styrka oavsett hur (eller ens om) domstolens handlingsutrymme kommit till uttryck i lagtexten.¹³⁰

Sammanfattningsvis är det, med Ekelöfs ovan återgivna definition som utgångspunkt, fyra kriterier som är avgörande för att en regel ska anses ha fakultativ karaktär: för det första att det rör sig om en *handlingsregel*, för det andra att den *vänder sig till domstolen*, för det tredje att den *överbåtar ett visst handlingsutrymme* åt sin adressat, och för det fjärde att detta handlingsutrymme är av *avgörande* betydelse för rättsföljdens inträdande. De regler som uppfyller dessa krav definieras i denna avhandling som fakultativa, oavsett om handlingsutrymmet utläses explicit i lagtexten eller efter en tolkning av flera rättskällor.

2.1.2 Gradering av fakultativitet

Som nyss ovan framhölls är det en vanlig uppfattning i litteraturen att skillnaden mellan obligatoriska och fakultativa regler är en fråga om grad snarare än art. Obligatoriskt och fakultativt bör förstås som ytterligheter på en skala över rättens handlingsutrymme snarare än som skarpt avgränsade kategorier.¹³¹ Liknelsen vid en skala eller ett kontinuum illustrerar att frågan inte endast är var en viss regel ska placeras in utan även i vilken punkt fakultativitet ska anses övergå i obligatorium. Detta innebär dels att distinktionen mellan fakultativt och obligatoriskt är en grad- snarare

¹²⁹ En sådan tankegång utvecklas av Chase (2003) s. 329 ff., som menar att utvecklingen mot ökade inslag av "judicial discretion" fyller den kommunikativa funktionen av ett accepterat och avgränsat *undantag* från "vanlig" rättstillämpning, därmed "bevisande" att sådan "vanlig" rättstillämpning är möjlig och rentav huvudregel (se särskilt a.a. s. 334).

¹³⁰ Jfr Larsson (1975) s. 67 i not 5, som medger att den av honom själv förespråkade rent språkliga indelningsmetoden medför att man "ej [bör] förvänta sig att indelningen ger några mer intressanta upplysningar om viss processlags innehållsliga karaktär" och att en indelning av den typ som här förespråkas är en "i och för sig tilltalande tanke".

¹³¹ Tanken om gradering bygger på Lindell (2012) s. 76 ff.

än artskillnad,¹³² dels att regelns fakultativa eller obligatoriska karaktär kan variera i styrka.¹³³ Stark fakultativitet respektive starkt obligatorium befinner sig på den tänkta skalans extremer.

Såväl omfattningen av det fakultativa utrymmet (den strukturella regelaspekten) som möjligheten att nå olika beslut inom den fakultativa regelns ramar (den kognitiva skönsaspekten) varierar mellan olika regler. Graden av strukturellt handlingsutrymme beror främst av två aspekter: antalet möjliga handlingsalternativ och antalet situationer som omfattas av regeln.¹³⁴ Det förra antalet kan oftast¹³⁵ avgöras enkelt genom undersökning av själva regeln; många gånger består valmöjligheten i valet mellan att genomföra eller underlåta en viss handling.¹³⁶ Det senare däremot låter sig knappast kvantifieras.¹³⁷ Det bör dock framhållas att en regel inte är *mindre bindande* för att den medger ett större handlingsutrymme.¹³⁸

Inte heller det faktum att en regel har ett snävt tillämpningsområde innebär i sig att fakultativiteten, när den väl aktualiseras, nödvändigtvis är svagare. Uttalanden om att fakultativiteten är stark, eller svag, avser istället domstolens frihet *inom* den fakultativa regelns ramar.¹³⁹ Detta är således ett mått på styrkan i de riktlinjer som styr domstolens kognitiva, skönmässiga resonemang. Antalet möjliga handlingsalternativ enligt en fakultativ regel påverkar således inte (så länge det är större än ett) i sig regelns fakultativa karaktär eller styrkan av densamma. Att fakultativite-

¹³² Lindblom (1997) s. 619 i not 98. Se även Davis (1969) s. 15.

¹³³ Barak (1989) s. 18 ff. Se även Stone Sweet och McCown (2003) s. 106.

¹³⁴ D.v.s. antalet situationer i vilka förutsättningar för rättsföljdens inträdande föreligger (jfr Lindell (1987) s. 29 ff. ang. tillämplighetsbegreppets innebörd).

¹³⁵ Men inte alltid; se t.ex. RB 5:9 st. 1 p. 1 om ordförandens befogenheter för att upprätthålla ordningen, vilka troligen kan inbegripa en rad olika typer av åtgärder, samt 42:8 st. 2 och 43:4 st. 2 om materiell processledning. Jfr även 17:7 st. 2 om redogörelse av lägre rätts dom och 17:13 st. 1 om motivering av icke slutligt beslut, vilka visserligen är binära men dock möjliggör olika grader av utförande.

¹³⁶ Det är tydligtvis regler av denna typ som Ekelöf (1956) s. 146 f. har i åtanke.

¹³⁷ Att vissa regler har, relativt sett, snävare tillämpningsområden, är däremot klart; se t.ex. RB 2:4 a, 3:6 st. 1 och 9:7 st. 2 p. 1. Därtill får väl de flesta regler i RB:s 6 avd. anses ha ett begränsat tillämpningsområde.

¹³⁸ Kallenberg (1923) s. 71 f. Jfr dock Ekelöf (1956) s. 147, som talar om en möjlighet för rätten att gå *utöver* lagens ordalydelse. Detta uttalande kan nog emellertid avskivas som en mindre lyckad formulering; vad Ekelöf torde mena är att lagens tillämpningsområde givits en öppen avgränsning (se vidare avsnitt 2.2.4 nedan).

¹³⁹ Denna användning av termerna förefaller överensstämma med Lindell (2012) s. 78, som beskriver stark fakultativitet som förekomsten av ett ”stort *bedömningspelrum*” (kursiverat här) för domstolen. Jfr även Ekelöf (1956) s. 148.

ten är stark innebär istället att det finns goda förutsättningar att kunna prestera flera olika resonemang med olika slutsatser, som alla uppfyller de krav som kan ställas på domstolens skönsutövning.¹⁴⁰ Att fakultativiteten är svag innebär det finns en sorts presumtion för ett visst handlingsalternativ, som då endast svårigen eller undantagsvis kan frångås.

Graden av fakultativitet indikeras ofta genom regelns utformning,¹⁴¹ men den kan också kommuniceras genom förarbetsuttalanden, i försvagande riktning genom tillämpningsanvisningar eller stärkande genom att lagstiftaren poängterar att ingen presumtion föreligger eller att domstolen har särskilt stark valfrihet.¹⁴² Vissa uttalanden i litteraturen torde kunna få samma effekt.¹⁴³ Även i praxis kan graden av fakultativitet indikeras eller förändras;¹⁴⁴ denna typ av uttalanden kan dock påverka såväl skönets strukturella begränsningar som graden av fakultativitet.¹⁴⁵

Omkring skalans ”mittpunkt” får dessa gradskillnader betydelse för om en regel alls ska kategoriseras som fakultativ. Det torde vara allmänt vedertaget att domstolen åtnjuter ett visst handlingsutrymme vid all rättstillämpning, oavsett om den tillämpliga regeln är fakultativ eller inte.¹⁴⁶ Som konstaterats ovan föreligger emellertid vissa begränsningar även vid domstolens utövande av fritt skön, varför alla regler omfattar element av såväl bundenhet som handlingsfrihet.¹⁴⁷ Vid starkt fakultativ reglering är

¹⁴⁰ Valet mellan dessa olika möjliga resonemang och slutsatser diskuteras i kap. 7 nedan.

¹⁴¹ Jfr Larsson (1975) s. 67. Exempel härpå diskuteras nedan i avsnitt 2.2.

¹⁴² I preciserande riktning se bl.a. den utförliga diskussionen om materiell processledning i SOU 1982:26 s. 110 ff., som kommenteras av dep.ch. i prop. 1986/87:89 s. 105 (ff.). I motsatt riktning se prop. 2004/05:131 s. 110, där lagstiftaren avseende RB 5:11 ansåg sig böra avstå från särskilda anvisningar, eftersom bedömningen borde göras av domstolen i det enskilda fallet.

¹⁴³ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 53 menar att tillämpningsanvisningar avseende fakultativa regler utgör en av rättsvetenskapens viktigaste uppgifter.

¹⁴⁴ Se Heuman (2006/07) s. 839 f. För exempel på praxis med försvagande verkan se HD i NJA 1986 s. 268 (med hänvisning till motivuttalanden) angående RB 18:3 st. 2. I motsatt riktning kan AD:s uttalande i AD 2002 nr 15 om att tingsrättens bruk av RB 17:5 varit ”mindre lämpligt,” men inte ”så olämpligt att det utgör [...] rättegångsfel” möjligen tas till intäkt för att regeln är relativt starkt fakultativ.

¹⁴⁵ Jfr Lindell (1987) s. 120 f.

¹⁴⁶ Hess (2003) s. 50: ”Modern legal theory affirms that almost every application of the law gives some choice to the judge.” Se även Barak (1989) s. 109 f. med hänvisningar, Cappelletti (1989) s. 5 ff. enligt vars uppfattning domaren är ”forced to be free” i all rättstillämpning, Waddams (2003) s. 547 och Molander (2011) s. 325.

¹⁴⁷ Om skalan från fullständig bundenhet till total handlingsfrihet uppfattas som en skala från svart till vitt kan reglernas karaktär och fakultativitetens styrka således beskrivas

inlagen av bundenhet små och utrymmet för att nå olika slutsatser stort; ju mindre handlingsutrymme blir utefter detta tänkta kontinuum desto svagare blir fakultativiteten; och vid obligatorisk reglering är elementet av handlingsfrihet försumbart.¹⁴⁸ Övergången från obligatoriskt till fakultativt sker alltså där graden av handlingsutrymme passerar en kritisk gräns; denna gräns är emellertid både suddig och svårdragen,¹⁴⁹ särskilt givet att det är det *faktiska* handlingsutrymme som domstolen har vid tillämpningen av en regel snarare än regelns språkliga uppbyggnad som läggs till grund för indelningen.¹⁵⁰

Inte alla skönmässiga resonemang som en domstol ägnar sig åt är emellertid att betrakta som utövande av fakultativitet.¹⁵¹ Regler som RB 17:11 st. 1 och 35:1 st. 1 inkluderar betydande osäkerhetsmoment, men torde normalt inte betraktas som fakultativa.¹⁵² Detta kan förklaras med att osäkerheten i de fallen rör lagtolkningen eller fastställandet av det abstrakta rättsfaktumets innebörd respektive bevisvärderingen eller fastställandet av sakförhållandet.¹⁵³ En fakultativ regel kännetecknas däremot av att rätten har utrymme för skön även *sedan* såväl abstrakta

i nyanser av grått (jfr Lindblom (1984) s. 793, som ang. dispositionsprincipens genomslag delar in tvistemål i ”grå” och ”schackrutiga”).

¹⁴⁸ Jfr Lindell (2012) s. 78.

¹⁴⁹ Davis (1969) s. 106 uttrycker träffande att obligatorium och fakultativitet ”are not separated by a sharp line but by a zone, much as night and day are separated by dawn.” Det faktum att man kring den tänkta skalans ”mittpunkt” kan ha olika uppfattningar om var gränsen bör dras ändrar dock inte det förhållandet att en regel är *antingen* (svagt) fakultativ *eller* (svagt) obligatorisk; några schackrutiga, för att tala med Lindblom, regler finns inte (jfr dock Bylund (2010) s. 97, som talar om obligatoriska moment i fakultativa regler och vice versa; förekomsten av ett ”fakultativt moment” menar jag emellertid medför att regeln i sin helhet bör betraktas som fakultativ, och Bylunds ”obligatoriska moment” tycks utgöra en del av vad jag har betecknat som den fakultativa regelns ramar i strukturell mening).

¹⁵⁰ Jfr avsnitt 2.1.1 ovan.

¹⁵¹ Jfr Strömholm (1996) s. 245 ff., som särskilt behandlar skön i avtalsrättsliga frågor, och Lindell (1987) s. 97 ff. avseende domstolens skön i bevisvärderingen.

¹⁵² Jfr Ekelöf och Edelstam (2002) s. 91 f., där Ekelöf skiljer mellan ”generalklausuler” som liknar fakultativa regler (och som i denna avhandling också definieras som sådana; se not 208 nedan och jfr Ekelöf (1956) s. 147) och generalklausuler som har en mer självständig betydelse, samt hänför RB 17:11 st. 1 till den senare kategorin.

¹⁵³ Denna distinktion vilar på skakig grund (se särskilt Samuelsson (2008) s. 549 ff.), men ligger icke desto mindre till grund för en rad överväganden inom processrätten (se Lindell (1987) s. 49 ff. och Lindblom (2003) s. 183 ff.). Jfr även, avseende distinktionen mellan fakultativa regler och regler som RB 17:11 st. 1, Hess (2003) s. 51 som betonar skillnaden mellan lagtolkning (”adapting the law to the changing needs of a society”) och fakultativitet.

som konkreta rättsfakta fastställts; fakultativiteten utövas så att säga i den tänkta syllogismens¹⁵⁴ ("Om x så y. Här y ...") slutsats.¹⁵⁵

Andersson har liknat skönet vid en dal mellan börats och varats bergskedjor.¹⁵⁶ Om dalen istället betraktas som en fjord sker lagtolkningen på den ena sidan, bevisvärderingen på den andra, och domstolens utövande av skön motsvarar simturen över fjorden. I ena änden, närmast mynningen, befinner sig de starkt fakultativa reglerna; där är denna simtur lång. Ju längre in längs fjorden man rör sig, desto smalare blir fjorden, desto svagare fakultativiteten, och desto kortare simturen. Till slut, längst inne i fjorden, möts bergskedjorna; vid denna punkt eller kanske snarare strax dessförinnan, där fjorden blir grund nog att vada eller smal nog att hoppa över och där varat och börat befinner sig så nära varandra att skönet är så begränsat det i rättsliga sammanhang kan bli, passeras gränsen mot det obligatoriska.

2.2 Tre regelkategorier

2.2.1 Inledande kommentar

I detta avsnitt kommer två huvudkategorier av fakultativ reglering, som jag kommer att beteckna *äkta fakultativa* respektive *tolkningsfakultativa* regler, att diskuteras. Jag kommer även att kort behandla en tredje regelkategori, som jag kommer att kalla *falskt fakultativa* regler. Reglerna i denna tredje kategori kännetecknas av att de språkligt sett fått fakultativ utformning, men inte uppfyller de ovan beskrivna rekvisiten för fakultativitet och därför istället är att betrakta som obligatoriska regler.

¹⁵⁴ Jfr Lindell (1987) s. 364 f. Till all annan kritik som kan framföras mot denna deduktionsbaserade syn på rättsstillämpning (se bl.a. Lindell, a.a. s. 367 ff och Wilhelmsson (2001) s. 120 ff.) kan här fogas att den helt enkelt inte fungerar, inte ens givet sin egen inneboende rationalitet, för fakultativa regler, eftersom den inte på ett giltigt sätt kan fastställa om rättsföljden ska inträda eller inte (i vart fall inte utan omfattande dekonstruktion av abstrakta rättsfakta; jfr Lindblom (2003) s. 214 ff.).

¹⁵⁵ Jfr Peczenik (1995) s. 293 f. om värdeöppenhet. Den av Peczenik noterade möjligheten att göra åtskillnad mellan värdeöppenhet och vaghet torde korrespondera med skillnaden mellan fakultativitetsgrundande och annan skönsmässighet (a.a. s. 294): "Vaghet och mångtydighet kan [...] elimineras genom att språket förbättras, görs mer exakt. Värdeöppenhet kan däremot aldrig elimineras genom rent språkliga medel."

¹⁵⁶ Andersson (2014), särskilt s. 221. Jfr Molander (2011) s. 325: "Om strikt subsumtion är oppnåelig, måste skön fylla gapet."

Sundby har avseende rättsreglers uppbyggnad i allmänhet framhållit följande:¹⁵⁷

En generell rettsregel har logisk form av en kondisjonal, skjematisk kan den alltid formuleres ved hjelp av en Hvis-så setning. Hvis-leddet (antece-denten) knytter an til et sett av såkalte rettsfakta, så-leddet (konsekventen) anviser såkalte rettsfølger. Karakteristisk for rettsregler er da dette: Dersom norminnholdet i begge ledd er på det rene (eventuelt etter en kontroversiell tolking), så determineres avgjørelsen av de normative spørsmål som regelen angår i én bestemt retning.

Rättsregler kan alltså karaktäriseras enligt mönstret ”om x, så y”, där x motsvarar ett eller flera rettsfakta och y motsvarar den föreskrivna rättsföljden.¹⁵⁸ Här ligger också att y betraktas som en nödvändig konsekvens av att det etableras att x föreligger: ”Om x föreligger, så *ska* y inträda”. Fakultativa regler skiljer sig från detta mönster genom att rättsföljden y inte behöver inträda *trots* att x föreligger;¹⁵⁹ den typiska, liksom med denna avhandlingens terminologi både den äkta och den falskt fakultativa regeln, har alltså formen ”om x föreligger, så *får* y inträda”. Rättsfaktumsdelen av regeln (”om-ledet” med Sundbys terminologi) tillämpas alltså på samma sätt vid obligatorisk som vid äkta fakultativ reglering, och skillnaden framträder först sedan rättsfaktas existens har fastställts. Rättens handlingsutrymme – själva *fakultativiteten* – ligger i beslutet huruvida rättsföljden, y, ska inträda eller inte, och detta beslut kan vid fakultativ reglering *lagligen få flera innehåll även sedan rättsfakta etablerats*.

Vid tolkningsfakultativitet följer rättsföljden liksom vid obligatorium direkt av förekomsten av rättsfakta: ”om x, så y”. Det handlingsutrymme som är en nödvändig förutsättning för att en regel ska klassificeras som fakultativ återfinns i dessa fall istället i *rättsfaktumledet*,¹⁶⁰ och består i

¹⁵⁷ Sundby (1974) s. 197. Liknande se Lindell (1987) s. 26.

¹⁵⁸ Begreppet ”rättsföljd” är ovanligt och kanske något oegentligt i processrättsliga sammanhang, men används här för att beteckna den handling som (inte) ska/får utföras om samtliga rekvisit är uppfyllda.

¹⁵⁹ Se HD i NJA 2014 s. 29 p. 12, som anger att fakultativitet innebär att rätten *får* men inte behöver tillämpa regeln ifråga. Jfr även Hjertstedt (2011) s. 67, som (i ett straffprocessuellt sammanhang) definierar fakultativ reglering som ”en möjlighet men inte en skyldighet för den aktuella beslutsfattaren att tillämpa en regel.” Med att ”tillämpa” regeln torde då avses att besluta om den fakultativt föreskrivna rättsföljden.

¹⁶⁰ Se Strömholm (1996) s. 245, som påpekar att utrymme för skön kan finnas ”antingen i bedömningen av det eller de faktiska förhållanden som utlöser regelns tillämpning (*rättsfaktum*) eller i valet av rättslig reaktion (*rättsföljd*)” (kursivering i originalet). Jfr Barak (1989) s. 46 och Molander (2011) s. 325 f.

att de rättsliga förutsättningarna för rättsföljdens inträdande har givits en sådan utformning att själva etablerandet av huruvida rättsfakta är för handen förutsätter en skönmässig bedömning från rättens sida.¹⁶¹ Sedan detta avgjorts tillämpas rättsföljdsledet som vid obligatorisk reglering.

Syftena med denna indelning i underkategorier är för det första att konkretisera den ovan presenterade förståelsen av fakultativitet och avgränsa den fortsatta framställningens inriktning, för det andra att visa på de olika sätt som lagstiftaren begagnar sig av för att kommunicera att domstolarna har ett visst handlingsutrymme i den enskilda rättstillämpningssituationen, och för det tredje att lägga grunden för en fortsatt diskussion om effekterna av olika sätt att konstruera processuella regler.

Det första syftet är instrumentellt för den fortsatta framställningen, medan det andra delvis utgör svaret på studiens första forskningsfråga. Dessa båda syften uppfylls genom kapitlets inventering av olika i RB förekommande regelkonstruktioner, varvid vissa (de äkta och tolkningsfakultativa) definieras in i avhandlingens studieobjekt, medan andra (de falskt fakultativa) definieras ut.

Det tredje syftet med underkategoriseringen är av mer övergripande intresse för den processrättsliga diskussionen. Som vidare ska behandlas i avsnitt 2.2.4 nedan kan gränsdragningen mellan tolkningsfakultativa och obligatoriska regler diskuteras, och det finns flera författare som hellre skulle hänföra de tolkningsfakultativa reglerna till kategorin obligatoriska regler. Huruvida reglerna i denna kategori *betecknas* som fakultativa eller obligatoriska kan också vara egalt, även om jag för egen del, av de skäl som angivits i avsnitt 2.1.1 ovan, anser att beteckningen fakultativ är att föredra. Vad som däremot är av vikt både för receptionen av EU-domstolens processuellt relevanta rättspraxis och för en fortsatt diskussion om den pågående flexibilitetstrenden i svensk processrätt är att reglerna i denna kategori åtskiljs, om än endast i grad, från obligatoriska regler med mer precisa rekvisit. Såväl EU-domstolen som den svenska lagstiftaren förefaller nämligen fästa större vikt vid regelns innebörd i dessa delar, än vid dess grammatiska konstruktion.

De ord eller abstrakta rättsfakta som ger uttryck för förekomsten av ett handlingsutrymme kommer i den fortsatta framställningen att betecknas

¹⁶¹ För ett liknande resonemang se Craig (2012) s. 404. Jfr även Lindell (1987) s. 376, som konstaterar att vissa rekvisit är ”obestämda” och ”därför inte kan inordnas i den syllogistiska figuren så att rättsföljden automatiskt utfaller.”

som *fakultativitetsmarkörer*,¹⁶² vid behov med förledet ”äka” eller ”tolknings-” för att markera vilken typ av fakultativitet de konstituerar. En regel kan emellertid definieras som fakultativ även utan att innehålla en fakultativitetsmarkör (jfr definitionen i avsnitt 2.1.1 ovan). Dess fakultativa karaktär får då utläsas ur andra rättskällor.¹⁶³

2.2.2 Äkta fakultativa regler

Som konstaterades inledningsvis i detta kapitel brukar det sägas att fakultativa regler är regler, där rättsföljden styrs av tillåtande modala hjälpverb som ”får” eller de äldre och successivt utmönstrade ”må” och ”äger”. Dessa tre verb förefaller betraktas som utbytbara med varandra av lagstiftaren.¹⁶⁴ Regler med denna typ av konstruktion betecknar jag som *äkta fakultativa regler*.

Utmärkande för de äkta fakultativa reglerna är att dessa regler uttryckligen lämnar ett skönsmässigt beslutsutrymme åt domstolen, och att detta utrymme består i att lagen inte (eller inte uttömmande) stadgar under vilka förutsättningar en viss rättsföljd ska inträda. Vid reglering av ovannämnt slag, konstruerad med fakultativitetsmarkörer som hjälpverben ”få”, ”må” och ”äga”, åstadkoms detta genom att regeln uttryckligen stadgar att det föreskrivna handlandet får underlåtas skönsmässigt.

Till samma kategori bör enligt min uppfattning regler som konstrueras med hjälp verbet ”bör” hänföras. ”Bör” är visserligen ett normativt och därmed styrande verb på ett annat sätt än det mer neutralt tillåtande ”får”, men kan fortfarande inte uppfattas som absolut bindande för domstolen och får därför anses överlåta åtminstone ett visst mått av hand-

¹⁶² Avseende terminologin jfr Sundby (1974) s. 201 vid och i not 21.

¹⁶³ Ett intressant exempel utgörs av RB 43:8 st. 1, enligt vilket bevisningen ska läggas fram sedan parterna hållit sakframställan. Regeln har en tydlig obligatorisk (och tvingande) konstruktion, men har fått fakultativ karaktär genom uttrycklig reglering i RB 43:4 st. 1 p. 2 som bemyndigar rätten att avvika från bl.a. den i 8 § 1 st. stadgade ordningen.

¹⁶⁴ Se beträffande övergång från ”äga” till ”få” t.ex. prop. 1986/87:89 s. 155 f. avseende RB 10:20 st. 1 och 2 och prop. 1989/90:71 s. 81 avseende RB 17:5 st. 3 samt beträffande övergång från ”må” till ”få” bl.a. prop. 1989/90:71 s. 81 avseende RB 17:5 st. 1–2 och prop. 1999/2000:26 s. 136 avseende RB 12:9 st. 3. Jfr även (dock avseende RF) Benson (1974) s. 220 och 223. Ekelöf beklagar övergången från ”må” till ”får”, eftersom ordet ”må” enligt hans uppfattning ”i allmänt språkbruk ligger någonstans mellan »skall» och »får», vilket bättre skulle spegla den handlingsfrihet som de fakultativa reglerna ger domstolen (Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52). Mot detta kan väl invändas att ”må” numera är så sällsynt i allmänt språkbruk att ordets finare nyanser nog har gått förlorade (jfr Fitger m.fl., RKB s. 58:6).

lingsfrihet på domstolen.¹⁶⁵ Valet av fakultativitetsmarkör kommunicerar dock graden av fakultativitet; ”får” innebär i de flesta fall starkare fakultativitet än ”bör”.

Regler som konstrueras med verb böjda i konjunktiv presenterar ett särskilt problem (även om problemet är av övergående natur eftersom konjunktiven, liksom ”må” och ”äga”, håller på att moderniseras ut ur såväl lag- som vardagsspråket). Ofta torde konjunktiven ha betraktats som bindande för rätten och regler med sådana verbformer alltså som obligatoriska.¹⁶⁶ Det finns emellertid exempel där konjunktivformer i RB har bytts ut mot tillåtande modala hjälpverb utan att någon saklig förändring av regelns innebörd varit avsedd,¹⁶⁷ vilket skulle antyda motsatsen. I svensk litteratur har frågan debatterats av Fitger och Heuman i relation till RB 36:21, enligt vilket lagrum rätten ”förelägg” tredskande vittnen att vid vite eller äventyr av häkte fullgöra vittnesplikten. Heuman har härvid hävdats att just valet av verbform stöder uppfattningen att regeln är obligatorisk, medan Fitger har förnekat att regelns grammatiska struktur ger stöd för en sådan slutsats.¹⁶⁸

Ur ett språkligt perspektiv kan konstateras att konjunktivformen inte ger bestämt besked om huruvida satsen ska uppfattas som en befall-

¹⁶⁵ Liknande uppfattning uttrycks av Ekelöf (1956) s. 151. Jfr dock prop. 1986/87:89 s. 218, där lagstiftaren genom att i RB 43:8 st. 2 ändra formuleringen ”bör [...] om ej särskilda skäl föranleda annat” till endast ”bör” ansåg sig *ta bort* möjligheten att göra undantag från den föreskrivna ordningen. Man kan då fråga sig hur lagstiftaren tänker sig att ordet ”bör” ska förstås.

¹⁶⁶ Se Ekelöf (1956) s. 144 samt Heuman (1983) s. 695 och dens. (1994/95) s. 154, vilka felaktigt (jfr Svenska Akademiens grammatik, band 2 s. 549 f. ang. hur imperativ och konjunktiv konstrueras – typiskt sett med suffixet -e vid konjunktiv och utan ändelse vid imperativ) omtalar de konjunktiviska verbformerna som imperativ. Jfr dock Mattsson (1933) s. 20, som noterar att konjunktivformen historiskt har använts istället för, och i samma funktion som, imperativ i regler där subjektet står i tredje person och imperativform således saknas.

¹⁶⁷ Se prop. 1992/93:64 s. 6 f. (avseende RB 33:8) och prop. 1986/87:89 s. 242 f. (avseende nuvarande RB 52:11 st. 1).

¹⁶⁸ Heuman (1983) s. 695, Fitger m.fl., RBK s. 36:48 och Heuman (1994/95) s. 154 f. Heuman har, förutom på verbformen, i huvudsak stött sin argumentation på att regeln utgör en sanktion av vittnesplikten och i konsekvens inte bör kunna efterges i högre utsträckning än vittnesplikten kan inskränkas, medan Fitger anfört att äldre förarbeten och ”ändamålshänsyn” talar för att en fakultativ konstruktion varit avsedd. Tolkningen av RB 36:21 ska inte diskuteras vidare här; det kan dock konstateras att Fitgers ståndpunkt tycks ha vunnit stöd i RH 1995:32 (som kritiseras av Heuman (1994/95) s. 156 ff.) och i framställningen i Ekelöf m.fl. (2009) s. 219 f. (trots att denna bearbetats av Heuman).

ning, ett önskemål eller en tillåtelse.¹⁶⁹ Tolkningen i detta avseende får alltså ske mot bakgrund av regelns kontext och med hänsyn till övriga rättskällor. Ofta är det tydligt att konjunktivformerna bör förstås som obligatorier,¹⁷⁰ vilket i arbetet med att modernisera lagspråket kommer till uttryck genom att konjunktiven ersätts med presens indikativ¹⁷¹ eller påbjudande hjälpverb och infinitiv.¹⁷² Som framgått i det föregående bör det emellertid inte – även om det förefaller vara mindre vanligt – uteslutas att regler konstruerade med konjunktiv ibland kan böra räknas till de fakultativa reglerna.

Äkta fakultativitet kan även åstadkommas genom att en fråga lämnas oreglerad, antingen i sådan utsträckning att saken inte alls omnämns i lagen,¹⁷³ eller genom att lagen drar upp vissa gränsvärden inom eller alternativ mellan vilka domstolen kan välja fritt.¹⁷⁴ Till denna senare grupp hör bland annat domförhetsreglerna, i de fall dessa anger minimi- och maximiantalet domare i sitsen men överlämnar åt rätten att inom dessa ramar avgöra exakt hur många domare som faktiskt ska delta i prövningen av det enskilda målet (se t.ex. RB 2:4 st. 1),¹⁷⁵ och regler enligt vilka det ankommer på rätten att avgöra om en fråga får överklagas särskilt eller i samband med dom (se RB 49:1 st. 2 och 4 p. 4). Dit hör också regler konstruerade med presens indikativ som RB 36:4, enligt vilken rätten *prövar*, varmed får förstås *ska pröva*, om en underårig eller psykiskt störd person får höras som vittne, men där utfallet av prövningen regleras endast av en hänvisning till ”omständigheterna”.

Som ett exempel på regler som stadgar flera olika alternativ kan nämnas RB 33:5 st. 2, enligt vilket rätten vid misslyckade försök att delge stämning ska pröva om försöken ska fortsätta eller om käranden istället ska

¹⁶⁹ Se Svenska Akademiens grammatik, band 2 s. 550 och band 4 s. 776 ff. samt Mattsson (1933) s. 26, som konstaterar att konstruktion med hjälpverb medger ”betydligt ökade möjligheter för en skarpare nyansering av betydelsen” jämfört med konjunktivformen.

¹⁷⁰ Såsom vid hänvisningar till annan författning av den typ som förekommer i bl.a. RB 10:21. Se även RH 2012:67 och SOU 1938:44 s. 282 ang. RB 22:6 p. 1. Även då äldre straffrättsliga stadganden konstrueras med konjunktiv är det, som Ekelöf (1956) s. 144 konstaterar, tydligt att reglerna är avsedda att vara obligatoriska.

¹⁷¹ Se t.ex. prop. 1990/91:194 s. 54 avseende RB 36:4 och prop. 1990/91:68 s. 126 ff. avseende RB 9:1–3 och 5–6.

¹⁷² T.ex. RB 50:26 st. 3, ändrat efter prop. 1988/89:95 (ändringen kommenterades inte).

¹⁷³ Se Sundby (1974) s. 198 och Fitger (1987) s. 156.

¹⁷⁴ Jfr Baraks ”zone of lawful possibilities” (not 92 ovan).

¹⁷⁵ Se Lindell (2012) s. 163.

erbjudas möjlighet att själv ombesörja delgivningen.¹⁷⁶ Ordet ”ska” bör här inte betraktas som avgörande; att rätten ska göra ett val säger ju i sig ingenting om *vilket* val som ska göras. På samma sätt fungerar vissa regler som Lindell kallar för beskrivande,¹⁷⁷ i den mån beskrivningen består i att lagstiftaren beskriver en rad olika handlingsalternativ och rätten är nödgad att agera i enlighet med ett av dem; i så fall måste ju valet mellan dem träffas av, och anses överlåtet på, rätten.¹⁷⁸ Detta gäller även om regeln beskriver samtliga sätt att hantera situationen; en fakultativ regel kan inte anses upphöra att vara fakultativ endast därför att lagstiftaren räknar upp alla de möjliga beslut som domstolen kan komma att fatta.¹⁷⁹

Min definition av äkta fakultativa regler inkluderar vidare vissa regler som enligt Lindell är tillåtande men inte kan ”betecknas som fakultativ[a] i gängse mening”.¹⁸⁰ En tillåtelse eller en behörighet bör, som Lindell själv i ett liknande sammanhang påpekar,¹⁸¹ åtföljas av närmare bestämmelser om hur behörigheten får utövas. I absaknad av sådana regler får domstolens agerande enligt tillåtelsen emellertid betraktas som oreglerat, varvid en behörighet – men rimligen inte en skyldighet – att handla på visst sätt bör anses följa av själva tillåtelsen.¹⁸² Följaktligen innebär dessa tillåtande regler att rätten har lagstiftarens tillåtelse att handla på visst sätt, och att den i det enskilda fallet måste besluta om denna tillåtelse ska

¹⁷⁶ Se Fitger m.fl., RBK s. 33:18.

¹⁷⁷ Lindell (2012) s. 81.

¹⁷⁸ Exempel på sådana regler är RB 17:9 st. 2 p. 3 och 42:9 st. 1.

¹⁷⁹ Jfr Lindell (2012) s. 81.

¹⁸⁰ Lindell (2012) s. 71 f. Lindell menar att sådana regler utmärks av att resultatet ”blir märkligt” om ordet ”får” ersätts med ett påbjudande ”ska” eller ett förbjudande ”får inte”. Jag har dock svårt att se vari denna ”märklighet” skulle bestå, annat än i en avvikelse från en normativ uppfattning om hur processrättsliga spörsmål lämpligen bör regleras. Det finns ju inget inneboende i processens karaktär som säger att det vore omöjligt att, för att använda Lindells eget exempel, stadga att förberedelsen alltid ska, eller aldrig får, delas upp i mindre beståndsdelar – även om det förstås kunde uppfattas som svårmotiverat eller mindre önskvärt.

¹⁸¹ Lindell (2012) s. 72.

¹⁸² Jfr Lagrådet i prop. 1988/89:78 s. 106, som på tal om den tillåtande regeln i RB 55:12 (dåvarande 55:12 a) st. 2 uttalar följande: ”HD ges frihet att benämna sitt avgörande i prejudikatfråga såsom dom. *Underförstått ligger i detta som alternativ* att HD kan kalla avgörandet för beslut” (kursiverat här). I praktiken, menar alltså Lagrådet, blir regelns effekt att överlåta beslutet om avgörandets form till domstolen, vilket som konstaterats är utmärkande för just fakultativa regler. A.m. avseende tolkningen av regeln anfördes av dep.ch., a.prop. s. 114. Jfr även Ekelöf (1956) s. 147 f., som talar om hur fakultativa regler skapar en behörighet men inte en förpliktelse att utföra det föreskrivna handlandet.

utnyttjas.¹⁸³ Det bör dock betonas att jag härmed inte menar att reglerna inte också kan eller bör betraktas som tillåtande eller beskrivande (eller något annat). Att jag definierar reglerna som fakultativa är alltså en *kompletterande* klassificering, som inte utesluter andra sådana.¹⁸⁴

Gemensamt för de äkta fakultativa reglerna är sammanfattningsvis att osäkerheten i fråga om utfallet, det vill säga rättens handlingsutrymme vid tillämpningen, är direkt knuten till regelns *rättsföljdssida*. Detta markeras genom att regeln föreskriver (direkt eller efter tolkning med stöd av samtliga relevanta rättskällor) en möjlighet för rätten att avstå från det föreskrivna agerandet, alternativt stadgar flera handlingsalternativ. I sitt rättsfaktumled skiljer sig de äkta fakultativa reglerna däremot i princip inte från obligatoriska regler.

2.2.3 Falskt fakultativa regler

Gemensamt för de falskt fakultativa reglerna är att de har en språklig utformning som tyder på att de är fakultativa, men att de efter en djupare analys visar sig brista i förutsättningen att överföra handlingsutrymme till domstolen.¹⁸⁵ Här kommer två typer av sådana regler att beröras: regler som ursprungligen varit fakultativa men ändrat innebörd över tid och vars reella, obligatoriska karaktär således framgår i andra rättskällor än

¹⁸³ Larsson (1980) s. 581 f. försvarar en distinktion mellan dispositiva och tillåtande regler, enligt vilken partsagerande enligt regler av det förra men inte det senare slaget skulle binda domstolen. Denna kan emellertid svårigen överföras till relationen mellan fakultativitet och tillåtlighet eftersom det är svårt att tänka sig domstolshandlande som inte blir bindande för parterna. Sundby (1974) s. 205 menar rentav att aktörens frihet skulle vara *större* vid tillåtelser än vid andra fakultativa regler, eftersom aktören är "fullständig fritt uten at det er noen forutsetning om at valget må bero på en avveining innenfor visse rammer." Mot detta kan i här aktuellt sammanhang invändas att då det är domstolen som är aktör måste valet alltid träffas på saklig grund (jfr Lindblom (1997) s. 619 och Barak (1989) s. 19 f.).

¹⁸⁴ Se, dock avseende dispositiva regler, Larsson (1980) s. 586. Jfr Lindell (2012) s. 79 ff., som pekar på möjligheten av andra, och i andra sammanhang kanske mer relevanta, beteckningar. Det kan här påminnas om att endast *handlingsregler*, så som detta begrepp utvecklats i avsnitt 2.1.1, kan definieras som fakultativa; en behörighet som inte är avsedd att utnyttjas i enskilda fall bör inte anses utgöra ett exempel på fakultativitet (jfr Sundby (1974) s. 313 f.).

¹⁸⁵ Jfr avsnitt 2.1.1 ovan. Omvänt kan det tänkas att det finns regler som med hänsyn endast till lagtextens utformning förefaller vara obligatoriska, men där utvecklingen i praxis eller andra tolkningsdata i realiteten möjliggör flera handlingsalternativ för domstolen. Sådana regler borde då, i enlighet med vad som hittills anförts, betraktas som fakultativa, och kunde betecknas som "falskt obligatoriska regler".

lagtexten, och regler som förefaller ha försetts med en missvisande (falsk) fakultativitetsmarkör redan vid sin tillkomst.

Som konstaterats ovan kan en fakultativ regel genom ändrad rätts-tillämpning komma att ändra karaktär. En regel som fått en, formellt sett, fakultativ utformning kan över tid komma att uppfattas som obligatorisk i praxis, och då en sådan uppfattning etablerats kan det ifrågasättas om åtminstone en underrätt upplever sig ha något större utrymme att frågå den.¹⁸⁶ Samma effekt kan uppkomma genom att lagstiftaren i förarbeten preciserar hur en regel ska tillämpas i sådan utsträckning att den i praktiken, trots en ”formellt fakultativ” ordalydelse, inte kan anses överföra något nämnvärt handlingsutrymme på domstolen.¹⁸⁷ Det är tveksamt om dessa regler rätteligen bör betecknas som fakultativa.¹⁸⁸

Även utan att tolkningen förändrats kan det emellertid stundom ifrågasättas om en, ur språklig synvinkel, fakultativt utformad regel verkligen överför något handlingsutrymme att tala om på rätten. Den tidigare regleringen av prövningstillstånd i hovrätt, enligt vilken sådant tillstånd *fick* meddelas om dispensgrund förelåg, utgör ett illustrativt exempel. Regeln utformades med motsvarande regel om prövningstillstånd till HD som modell, och torde ha hämtat sin fakultativa språkdräkt därifrån.¹⁸⁹ Formuleringen kvarstod fram till 2005 års RB-reform, då verbet ”får” utgick till förmån för ”skall”.¹⁹⁰ I förarbetena till denna lagändring menade lagstiftaren emellertid att bestämmelsen även de lege lata, trots sin ordalydelse, faktiskt *var* obligatorisk även om den hade fått ”en konstruktion som *g[av] intryck av* att regleringen [var] fakultativ”.¹⁹¹ Ändringen från ”får” till ”ska” ansågs således vara endast förtydligande.

Regeln om prövningstillstånd utmärktes av att den konstruerats med ett till rätten riktat, tillåtande verb samtidigt som rättsföljden (meddelan-

¹⁸⁶ Se Heuman (2006/07) s. 853. Jfr Hovrätten för Västra Sverige (dom i mål B 3707-10), som om BrB 33:6 st. 3 anför följande: ”Regeln är visserligen fakultativ men av NJA 2007 s. 636 synes framgå att en avräkning mot frihetsberövandet *ska* göras när påföljden bestäms till ungdomstjänst.” Kursiverat här. Med att regeln ”är fakultativ” torde hovrätten avse regelns språkliga utformning.

¹⁸⁷ Se rev.sekr. i NJA 2008 s. 259 angående RB 31:2.

¹⁸⁸ Jfr Andrews (Judicial discretion 2003) s. 127 som talar om ”extinct discretion”.

¹⁸⁹ Se prop. 1986/87:89 s. 240 f. och prop. 1973:87 s. 196.

¹⁹⁰ RB 49:14 i sin lydelse enl. SFS 1994:1034: ”Prövningstillstånd får meddelas endast om [...]”.

¹⁹¹ Prop. 2004/05:131 s. 184. Kursiverat här. Se även (den tillbakadragna) prop. 1996/97:131 s. 100.

de av prövningstillstånd) var villkorad av flera förhållandevis preciserade rekvisit. Det var följaktligen endast under vissa specifika omständigheter som det alls kunde bli aktuellt för rätten att utöva sitt skön avseende rättsföljdens inträdande. Regler av liknande karaktär, där det kan ifrågasättas om det annat än i ”mycket sällsynt förekommande undantagsfall”¹⁹² kan bli aktuellt för rätten att agera på mer än ett sätt, återfinns i bland annat RB 10:20 st. 1 och 2 om hänvisning till behörig domstol, 13:1 om fullgörelsetalan, 38:6 och 39:2 om bevisupptagning utom huvudförhandling samt 58:1 st. 1 om resning.¹⁹³ Lindell omtalar dessa som ”fakultativa regler [...] där regleringen förefaller utförlig”, vilka han skiljer från ”mer typiska fakultativa regler”,¹⁹⁴ och Ekelöf drar av förekomsten av denna typ av regler slutsatsen att ”orden »må» och »äge» icke alltid innebära att rätten är behörig att förhålla sig passiv eller avslå parts begäran”.¹⁹⁵

Ekelöf och Lindell är alltså ense om att dessa regler inte är fakultativa i vanlig mening, eftersom de inte, eller åtminstone inte i tillräcklig utsträckning, uppfyller kriteriet att överföra handlingsutrymme till rätten. De har dock olika förslag på hur denna typ av regler bör förstås. Ekelöf menar att fakultativitetsmarkören syftar till att undvika regelkollisioner, och att regeln bör anses vara obligatorisk när inget annat stadgande hindrar rättsföljdens inträdande.¹⁹⁶ Lindell å sin sida menar att lagstiftaren velat undvika de märkliga följder som kan inträffa om ett påbudande verb förenas med svårtillämpade rekvisit.¹⁹⁷ För egen del finner jag ingen av förklaringarna helt övertygande; det problem Ekelöf pekar på kan enkelt undvikas genom en obligatorisk konstruktion i förening med reservationen ”om annat ej stadgas” eller liknande, som förekommer till exempel i RB 10:21 avseende forumregleringens lex generalis-karaktär, och den motsägelsefullhet som Lindell pekar på har inte avskräckt lagstiftaren från regler som RB 17:11 st. 1 om doms rättskraft eller 42:17 st. 1 om domstols förlikningsverksamhet.

¹⁹² Jfr Ekelöf (1956) s. 148.

¹⁹³ Se avseende RB 10:20 Gärde m.fl. (1949) s. 100, Fitger m.fl., RBK s. 10:49 och Welamson (1969) s. 922, avseende 13:1 Ekelöf (1956) s. 144, samt avseende 58:1 st. 1 Gärde m.fl. (1949) s. 851, Ekelöf (1956) s. 148 samt Ekelöf och Edelstam (2008) s. 178.

¹⁹⁴ Lindell (2012) s. 73 f.

¹⁹⁵ Ekelöf (1956) s. 144.

¹⁹⁶ Ekelöf (1956) s. 144. Liknande ståndpunkt uttrycks av dep.ch. i prop. 1988/89:78 s. 114, avseende dåvarande RB 55:12 a. A.m. dock Lagrådet, a. prop. s. 106 (se fotnot 182 ovan).

¹⁹⁷ Lindell (2012) s. 73.

Oavsett syftet bakom dessa reglers utformning delar jag emellertid Ekelöfs och Lindells uppfattning att rättens skönsrättsliga beslutsutrymme vid tillämpningen måste anses vara obefintligt eller mycket begränsat.¹⁹⁸ Det kan också ifrågasättas om det annat än i ett fåtal undantagsfall hade blivit aktuellt att göra reduktionslut från dem, om de hade konstruerats med påbudande verb. Dessa regler är alltså endast till sin språkdräkt fakultativa, men i praktiken väsentligen obligatoriska.¹⁹⁹

2.2.4 Tolkningsfakultativa regler

Med tolkningsfakultativa²⁰⁰ regler avses regler där rättsföljdens inträdande beskrivs med ett påbudande verb men är villkorat av etablerandet av ett vagt rättsfaktum, alltså regler som schematiskt kan beskrivas som ”om (vagt x) föreligger, så ska y inträda”.²⁰¹ Typexempel på sådana rätts-

¹⁹⁸ Se NJA 1993 s. 119 avseende RB 10:20 st. 1, där HD uttalade att hovrätten *borde ha hänvisat* målet till behörig tingsrätt enligt det fakultativa stadgandet, utan att anföra andra skäl för detta än att målet väckts vid fel domstol och att en annan, angiven domstol var behörig, samt, avseende samma lagrum, NJA 1966 s. 205. Jfr även NJA 2002 s. 342, där en åklagares underlåtelse att handla i enlighet med en, till sin ordalydelse, fakultativ regel föranledde straffansvar för tjänstefel. Hovrätten och rev.sekr. i HD uttalade särskilt att regeln ifråga, även om den var fakultativt formulerad, måste anses stadga en *skyldighet*. Givetvis finns även gränsfall, där det inte är klart om en regel bör betraktas som mycket svagt eller falskt fakultativ. Jfr t.ex. RB 40:6 st. 1, enligt vilket rätten får se till att parterna ges möjlighet att närvara vid sakkunnigbesiktning, men där det efter Europadomstolens dom i *Mantovanelli v. France* kan ifrågasättas om rätten konventionsenligen kan underlåta att kalla parterna (jfr Verkerk (2009) s. 176 ff., se även Edelstam (1991) s. 311).

¹⁹⁹ Det kan noteras att de falskt fakultativa reglerna inte nödvändigtvis befinner sig nära ”mittpunkten” på skalan mellan fakultativitet och obligatorium. Sedan fakultativitetsmarkören omtolkats kan regelns tillämpning vara så klar att tillämpningen blir en enkel subsumtionsövning, och regeln alltså blir att uppfatta som relativt starkt obligatorisk. Så torde till exempel vara fallet med RB 10:20. En regel som RB 58:1 st. 1, särskilt mom. 2–4, torde däremot på grund av sina vaga rekvisit – men alltså inte på grund av sin falska fakultativitet i sig – även sedan fakultativitetsmarkören omtolkats endast böra betraktas som svagt obligatorisk.

²⁰⁰ Ang. termen ”tolkningsfakultativ” jfr Bone (2006/07) s. 1970, som talar om ”interpretive discretion”.

²⁰¹ Jfr Strömholm (1996) s. 245 f. Begreppet ”vag” används här för att beteckna en sorts kvalificerad obestämdhet eller, med Hult (1952) s. 582, ”betydelsefattighet”; det vill säga i samma allmänspråkliga betydelse som t.ex. Lindblom (1997) s. 617, Bylander (2006) s. 419 och Lindell (2012) s. 70 brukar det, men alltså inte i den mer fackliga, semantiska bemärkelse som Ekelöf använder begreppet (Ekelöf (1958) s. 81 f., se även Lindell (1987) s. 176 f. och Peczenik (1995) s. 293 – jfr dock Ekelöf (1988) s. 38, där han förefaller använda begreppet i en snävare betydelse som mer liknar den jag här tillskriver det). Att använda begreppet ”vag” i Ekelöfs bemärkelse skulle, som Hult påpekat, få till effekt att

fakta, som alltså fungerar som fakultativitetsmarkörer och som, när det finns anledning att skilja dem från andra sådana, kommer att omtalas som *avvägningsrekvisit*,²⁰² är ”lämplighet”, ”skälighet” och förekomsten av ”särskilda skäl”.²⁰³ Liksom vid äkta fakultativa regler är det möjligt att genom valet av fakultativitetsmarkör avgöra regelns grad av fakultativitet; ett krav på ”synnerliga skäl” medför svagare fakultativitet än ”särskilda skäl”, som i sin tur innebär svagare fakultativitet än intetsägande rekvisit som ”om det är till fördel för handläggningen” eller ”om rätten finner det lämpligt”.

I litteraturen uppfattas tolkningsfakultativa regler inte sällan som obligatoriska, efter vad det förefaller framför allt beroende på bruket av påbjudande verb. Lindell menar att regler som konstruerats med ”ska” (eller, rimligen, motsvarande hjälpverb eller verbform) bör betraktas som obligatoriska även då rättsfakta klart förutsätter en skönsmässig bedömning från rättens sida, trots att han medger att en sådan regels innebörd i princip vore densamma vid en klassisk fakultativ utformning.²⁰⁴ Denna ståndpunkt motiverar han med att valet av påbjudande verb signalerar att dessa stadganden ger uttryck för ”viktiga målsättningar”.²⁰⁵ Larsson tar utgångspunkt i syftet med att skilja fakultativa regler från obligatoriska, vilket han menar ”givetvis” vara att ”utifrån några relativt lätt konstaterbara kännemärken karaktärisera några viktiga kategorier av pro-

alla regler vore att betrakta som tolkningsfakultativa (Hult, a.a. s. 598, se även Lindell (1987) s. 181 f.). Att jag i princip delar den slutsats som Ekelöfs semantiska studier föranledde har framgått ovan (bl.a. vid not 146); att jag använder termen i en snävare betydelse beror på att den här fyller ett annat syfte, nämligen att skilja ut *kvalificerat* vaga rättsfakta från mer (om än inte helt) precisa sådana.

²⁰² Angående termen (som är synonym med det klumpigare begreppet tolkningsfakultativitetsmarkör), se Heuman (2006/07) s. 837 ff., som inte ger någon tydlig definition men som menar att avvägningsrekvisit förekommer då ”det inte är möjligt för lagstiftaren att ställa upp preciserade rekvisit” och ”en lämplig lösning inte kan uppnås i de enskilda fallen om inte domstolen ges en mer eller mindre långtgående rätt att ta hänsyn till ett flertal faktorer som kan variera i de enskilda fallen” (a.a. s. 837). Jfr Hjertstedt (2011) s. 67, som använder samma begrepp i betydelsen ”faktorer som skall tillmätas betydelse vid en sådan avvägning.” Begreppet förefaller i den betydelse som jag använder det väsentligen korrespondera mot Sundbys *bundna och kvasibundna avvägningsmarkörer* (Sundby (1974) s. 201 f. och 211 ff.), medan Hjertstedts tolkning tycks motsvara Sundbys ”retningslinjer” (Sundby, a.a. s. 198 och vidare 224 ff.).

²⁰³ Se för ytterligare exempel Sundby (1974) s. 211 ff. och 222 om kvalitativa respektive extraordinära avvägningsmarkörer samt Ekelöf (1956) s. 149 vid not 63.

²⁰⁴ Lindell (2012) s. 70 f.

²⁰⁵ Lindell (2012) s. 74. Kursivering i originalet.

cessrättsliga regler och därigenom erhålla viss överblick över (en del av) regelsystemet”, och förespråkar därför att de regler som här betecknas tolkningsfakultativa istället bör hänföras till de obligatoriska.²⁰⁶

Även Ekelöf konstaterar att ”den frihet i bedömningen, som rätten erhåller genom ett fakultativt stadgande, icke upphör genom att detta göres *obligatoriskt*, såvida däri samtidigt inskjutes en klausul, som appellerar till rättens fria skön”,²⁰⁷ vilket tyder på att ett byte av verb innebär att en regel blir obligatorisk och att denna klassificering, till skillnad från regelns innebörd, inte förändras av införandet av ett vagt rekvisit. Detta uttalande förefaller dock vara ett uttryck för en då förhärskande uppfattning eller terminologi, snarare än för Ekelöfs egen mening.²⁰⁸ I det efterföljande resonemanget fäster Ekelöf istället vikt vid att valet mellan påbjudande och tillåtande verb i dessa sammanhang saknar betydelse för regelns innebörd och stannar för att regler av denna typ bör betecknas som fakultativa.²⁰⁹

Utslagsgivande för kategoriseringen av denna typ av regler blir alltså om fakultativitet bör förstås som regler konstruerade med tillåtande modala hjälpverb, eller som regler som överför handlingsutrymme på domstolen. Som konstaterats i avsnitt 2.1.1 ovan anser jag att regelns faktiska innebörd, oavsett hur den kommuniceras, bör vara utslagsgivande, och att även dessa regler alltså bör betraktas som fakultativa. Det är helt enkelt, enligt min uppfattning, inte meningsfullt att tala om en *skyldighet*, som inträder först *när den förpliktigade själv anser att det är lämpligt*.²¹⁰ Detta hindrar förstås inte att dessa regler, med Lindell, kan tolkas som målsättningar och presumtioner för visst handlande från rättsens sida.²¹¹ En sådan anvisning om hur regeln bör tillämpas medför att

²⁰⁶ Larsson (1975) s. 67 i not 5.

²⁰⁷ Ekelöf (1956) s. 148. Kursiverat här. Spärning i originalet.

²⁰⁸ Jfr Ekelöf (1956) s. 147, där Ekelöf talar om en ”jämförelse mellan en fakultativ regel och en [...] generalklausul” (spärning i originalet). Ekelöfs generalklausuler motsvaras ungefär av vad som här kallas för tolkningsfakultativa regler, och talet om en jämförelse mellan dessa och ”fakultativa regler” kan förstås ge intrycket av att Ekelöf betraktar generalklausulerna som något annat än fakultativa. Uttalandet bör dock förstås mot bakgrund av det följande resonemanget och slutsatsen på s. 149 f., som visar på motsatsen.

²⁰⁹ Ekelöf (1956) s. 148 ff. och Ekelöf och Edelstam (2002) s. 92 (avseende RB 17:13).

²¹⁰ Jfr Larssons ovan i not 130 citerade uttalande.

²¹¹ Utvecklingen av RB 42:17 är belysande. Genom 1987 års reform ersattes ”bör” med ”skall” och avsikten förefaller ha varit att stärka rättens skyldighet att verka för förlikning, se prop. 1986/87:89 s. 111 ff. Sin nuvarande lydelse fick regeln år 2011, då lämplighetsrekvisitet fick negativ utformning. Numera ”ska” alltså rätten verka för förlikning, om

fakultativiteten försvagas, men ändrar dock inte det faktum att rätten har utrymme för flera legala handlingsalternativ och att regeln därför är att betrakta som fakultativ (under förutsättning att anvisningarna inte är så starka att rätten i praktiken saknar varje beaktansvärd möjlighet att frångå presumtionen).

Även i viss engelskspråkig litteratur uppfattas distinktionen mellan handlingsutrymme i rättsföljdsledet och bruket av vaga rättsfakta som en indelning *inom* ramen för ”judicial discretion”.²¹² Bone menar att det finns två huvudmöjligheter att skapa rättsligt utrymme för domstolsskön, vilka huvudsakligen motsvarar den här förespråkade distinktionen mellan äkta fakultativitet och tolkningsfakultativitet; en regel ”might delegate discretion explicitly, or it might facilitate discretion indirectly by using intentionally vague language that invites flexible interpretation.”²¹³ Craig skiljer mellan ”classical discretion”, som utmärks av regler av ”fårkaraktär” (det vill säga äkta fakultativ reglering), och ”jurisdictional discretion”, som föreligger ”where there are broadly-framed conditions that have to be established before the power or duty can be exercised at all” och alltså motsvarar tolkningsfakultativitet.²¹⁴

Förståelsen av fakultativitet som omfattande fler regelkonstruktioner än den äkta fakultativa återfinns också i vissa underrättsavgöranden²¹⁵ och förarbetsuttalanden. Särskilt tydligt framkommer detta i Lagrådets uttalande i samband med införandet av RB 10:20 a. Lagrådet konstaterade då att regelns föreslagna obligatoriska utformning i vissa fall kunde komma att bli problematisk, och förordade därför att det som en förut-

det ”inte är olämpligt”, vilket enligt lagstiftaren utgjorde en ytterligare skärpning av regleringen efter vilken förlikningsverksamhet kan underlåtas endast om det finns ”konkreta omständigheter” som talar mot (prop. 2010/11:128 s. 25 f. och 89). Fakultativiteten får därmed betraktas som svag. (Lagstiftaren framhöll härvid särskilt att regeln genom reformen år 1987 fick obligatorisk utformning (a.prop. s. 207); som framgått ovan delar jag inte denna uppfattning. Detta innebär dock inte att uttalandet bör fränkännas betydelse som en angivelse av att lagstiftaren betraktar aktiv förlikningsverksamhet som en stark huvudregel. Jfr härom Lindell (2012) s. 74).

²¹² Avseende begreppet ”discretion” se not 4 i kap. 1.

²¹³ Bone (2006/07) s. 1967 f. Liknande se Barak (1989) s. 46.

²¹⁴ Craig (2012) s. 404 och vidare s. 409 ff. Jfr dock Hess (2003) s. 50 f., som menar att ”applying open-textured rules should be distinguished from the exercise of ’judicial discretion’”.

²¹⁵ Se Stockholms tingsrätts dom i mål B 3477-10: ”Bestämmelsen [i BrB 36:1] är fakultativ såtillvida att förverkande *ska* ske, om *åtgärden inte framstår som uppenbart oskälig*.” Kursiverat här. I allt väsentligt likalydande formulering se Umeå tingsrätts dom i mål B 1925-05.

sättning för rättsföljden (att överlämna ett mål från en obehörig tingsrätt till en behörig) infördes krav på att det *inte finns annat* (än kändens invändning) *skäl emot överlämnande*.²¹⁶ Innebörden av detta tycks vara att Lagrådet ansåg att införandet av ett vagt rekvisit i en regel konstruerad med påbjudande verb ("skall") innebar att regeln gick från att vara obligatorisk till att bli fakultativ.²¹⁷

De tolkningsfakultativa reglernas konstruktionsmässiga likheter med obligatoriska regler innebär att denna kategori erbjuder särskilda svårigheter avseende avgränsningen mot de obligatoriska reglerna. Eftersom vid äkta fakultativitet det fria skönet är knutet direkt till rättsföljden är dessa regler åtminstone typiskt sett relativt enkla att särskilja.²¹⁸ Tolkningsfakultativa regler är däremot fakultativa på grund av tolkningsbehovet hos vissa rekvisit, och tolkning av rekvisit är en nödvändig del i tillämpningen av även obligatoriska regler. Frågan är alltså vilka vagt utformade rekvisit som bör betraktas som fakultativitetsmarkörer.²¹⁹

Att rekvisit som lämplighet, skälighet eller krav på synnerliga eller särskilda skäl hör till denna kategori kan knappast ifrågasättas.²²⁰ Rekvisit som tar sikte på vad som är behövt, erforderligt eller nödvändigt ger däremot upphov till gränsdragningsproblem i detta avseende. Låt oss föreställa oss en fiktiv regel: "Tolk ska anlitas om det behövs."²²¹ Tolk behövs rimligen om den som ska delta i förhandlingen inte behärskar svenska, vilket förefaller vara en ren sakfråga. Var och en som försökt lära sig ett främmande språk vet emellertid att ett sådant kan behärskas i olika grader, och fråga uppstår då om i vilken grad förhörspersonen behöver behärska svenska för att tolk ska anses obehövt. Den enskilde kanske

²¹⁶ Prop. 1995/96:115 s. 328 med hänvisning till s. 324.

²¹⁷ Dep.ch. omtalade dock inte den av Lagrådet initierade justeringen i termer av fakultativitet och obligatorium utan som en "mera flexibel utformning" (prop. 1995/96:115 s. 132). Det finns även exempel i förarbetena på att regler av denna typ explicit omtalas som obligatoriska, se t.ex. prop. 1986/87:89 s. 207 avseende RB 42:17 p. 1 (i sin äldre lydelse).

²¹⁸ Undantag finns dock, särskilt vid reglering med andra fakultativitetsmarkörer än de traditionella tillåtande hjälpverben.

²¹⁹ Denna fråga har delvis berörts ovan i avsnitt 2.1.2 vid noterna 151–155. Jfr Peczeniks fem attribut hos värdeöppna ord, vilka möjligen kan tjäna som kännetecken för tolkningsfakultativitetsmarkörer (Peczenik (1995) s. 294).

²²⁰ Sundby (1974) s. 205 ff.

²²¹ Jfr <http://www.domstol.se/Brott--straff/Rattegang-i-tingsratten/Tolk/>, där det förefaller som om Domstolsverket tolkar RB 5:6 som en *rätt* för aktören, under förutsättning att domstolen finner att det föreligger ett *behov* av tolk.

anser sig behöva tolk eftersom hen är mer bekväm på sitt modersmål, medan domstolen mot bakgrund av tillgänglighet, tidsåtgång och andra effektivitetshänsyn anser att tolk inte behövs, eftersom den enskilde ändå kan göra sig förstådd på svenska. Bedömningen av om något är ”behövligt” eller ”nödvändigt” beror således av en skönsmässig intresseavvägning.²²²

Denna ståndpunkt kan vidare illustreras med RB 50:7 a st. 1, där det anges att beslut om prövningstillstånd ska föregås av skriftväxling, om det behövs. I förarbetena anges bland annat att skriftväxling bör ske ”om det är sannolikt att prövningstillstånd kommer att meddelas och målet kan avgöras i sak i anslutning till tillståndsprövningen.”²²³ Detta innebär dock knappast att skriftväxling *behövs* i strikt mening, utan snarare att det vore till fördel för handläggningen att företa sådan. Det förefaller således inte som om lagstiftaren, i vart fall inte systematiskt, lägger någon specifik betydelse i behovsrekvisiten som skiljer dem från andra typer av avvägningsskäl. Sammanfattningsvis tycks övervägande skäl tala för att denna typ av rekvisit bör betraktas som fakultativitetsmarkörer.²²⁴

Distinktionen mellan fakultativitetsgrundande och annan vaghet kan aktualiseras även vid en analys av uttrycket ”väsentligen samma grund”, som återfinns i bland annat RB 13:3 st. 1 mom. 3 och 14:1–2. Dessa regler brukar, trots uttryckets vaghet, inte betraktas som fakultativa.²²⁵ Denna ståndpunkt förefaller invändningsfri, om man antar att rekvisitet tar sikte på överensstämmelsen mellan två faktiska konglomerat av (påstådda) verkliga förhållanden,²²⁶ ”väsentligen samma grund” kunde i så fall kanske förstås som, exempelvis, 85 procents överensstämmelse mellan de jämförda grunderna, även om en sådan kvantifiering förstås vore av begränsat praktiskt värde.²²⁷ Om man däremot väljer en tolkning som utgår ifrån vilka processekonomiska vinster som kumulation

²²² Sundby (1974) s. 220 menar att dessa rekvisit framstår som objektiva, men att det ”i virkeligheten dreier seg om valg og verdiprioritering.”

²²³ Prop. 2004/05:131 s. 263.

²²⁴ Jfr Ekelöf (1956) s. 149, som hänför ”i den mån det kan erfordras” till samma sorts rekvisit som bl.a. ”om det finnes lämpligt” och ”med hänsyn till omständigheterna”.

²²⁵ Kumulation enligt RB 14:1–2 omtalas vanemässigt som *obligatorisk* kumulation, se Ekelöf (1996) s. 162 f., Lindell (2012) s. 245 f. och Fitger m.fl., RBK s. 14:8 f.

²²⁶ En sådan tolkning förespråkas av Lindell (2012) s. 246.

²²⁷ Jfr Bing (1986) s. 137, som menar att begreppet ”påverkad av alkohol” är vagt, men ändå kan betraktas som ett ”fast kriterium”, alltså ett precist rättsfaktum, på grund av sin kvantifierbara karaktär som låter sig bestämmas (och också har bestämts) exakt.

kan tänkas innebära, förefaller det som om tolkningen av rekvisitet blir beroende av en mer normativ skönsmässig bedömning från domstolens sida snarare än en jämförelse av påstådda sakförhållanden.²²⁸ Vid denna sistnämnda, konsekvensorienterade tolkning blir kumulationen en fråga om lämplighet och det kan ifrågasättas om inte rekvisitet bör betraktas som en fakultativitetsmarkör; käranden kan ju då inte med säkerhet påräkna att kumulation kommer till stånd, även om grunden skulle vara nära nog identisk i de båda målen. Detta torde innebära att *samma begrepp* kan betraktas som en fakultativitetsmarkör i en regel, men som avseende sakförhållanden i en annan, om begreppet inte har givits en enhetlig tolkning.²²⁹

Det finns i RB slutligen enstaka exempel på regler som föreskriver att en processhandling ska (eller får, eller inte får) vidtas av ett annat processsubjekt än rätten, men där denna handling gjorts beroende av uppfyllandet av ett avvägningsrekvisit, som ska bedömas av rätten med utövande av fritt skön.²³⁰ Sådana regler uppfyller alltså inte de ovan utkristalliserade rekvisiten för fakultativitet eftersom de inte riktar sig direkt till rätten, men de förutsätter ändå en bedömning från rättens sida. Ur ett funktionellt perspektiv förefaller mig dessa regler dela sina mest väsentliga egenskaper med de fakultativa reglerna. Eftersom det är rätten som beslutar om avvägningsrekvisitet är det rättens skönsutövande snarare än parternas gottfinnande som ska ligga till grund för beslutet, och eftersom effekterna av denna typ av regler i realiteten inte är att överföra det avgörande beslutet till parternas maktsfär,²³¹ tycks dessa regler besitta de grundläggande karaktäristika som enligt Ekelöf är avgörande för att fakultativa

²²⁸ En sådan tolkning förespråkas av Ekelöf (1996) s. 167.

²²⁹ Resultatet av Ekelöfs och Bomans tolkning av just "väsentligen samma grund" i förening med den här förslagna gränsdragningen mellan fakultativt och obligatoriskt tycks exempelvis bli att RB 13:3 st. 1 mom. 3 är obligatoriskt, medan RB 14:1–2 är fakultativa (Ekelöf (1996) s. 167 resp. 138). Jfr dock Fitger m.fl., RBK s. 14:8, som påpekar att "ingenting i motiven ger stöd för tanken att rekvisitet 'väsentligen samma grund' skulle tolkas olika vid kumulation och vid utvidgning av talan."

²³⁰ Exempel på en sådan regel finns i RB 11:5, som stadgar att part och parts ställföreträdare är skyldig att infinna sig personligen om rätten anser att närvaron, beroende på typen av sammanträde, inte kan antas sakna betydelse, är nödvändig eller kan antas främja sammanträdet syfte. Se även t.ex. 35:14 st. 2, 38:1 st. 1 och 42:13.

²³¹ Jfr Ekelöf (1956) s. 152 f. samt vidare a.a. s. 275 ff. om de skilda effekterna av dispositiv resp. fakultativ reglering.

regler ska särskiljas från dispositiva.²³² Det torde inte heller skapa någon nämnvärd förvirring att hänföra dessa regler till de fakultativa, eftersom det kritiska beslutsfattandet även här åligger rätten.²³³ För att i någon grad fortfarande särskilja regeltypen från andra fakultativa regler kommer jag att omtala regler av detta slag som *indirekt fakultativa regler*.

2.2.5 Regler med fler än en fakultativitetsmarkör

Slutligen några ord om klassificeringen av regler som innehåller fler än en fakultativitetsmarkör. Så länge det rör sig om flera *avvägningsrekvisit*, som alltså signalerar tolkningsfakultativitet, bjuder detta inga svårigheter, särskilt som dessa rekvisit då ofta är alternativa och således inte tillämpas samtidigt.²³⁴ Frågan är dock hur regler som innehåller både en äkta fakultativitetsmarkör och ett avvägningsrekvisit – alltså regler av typen ”om (*vagt x*) föreligger, så *får y* inträda” – bör uppfattas.²³⁵

Ur ett logiskt perspektiv kan det konstateras att avvägningsrekvisitet kommer *före* den äkta fakultativitetsmarkören, eftersom rättsfakta kommer före rättsföljden i ett deduktivt tankesätt. Domstolen måste *först* avgöra om det är lämpligt att utföra det fakultativt föreskrivna agerandet, innan den ens är *behörig* att genomföra det.²³⁶ Så betraktat tycks det slutliga, avgörande skönsmässiga beslutsfattandet ligga i den äkta fakultativiteten, medan avvägningsrekvisitet istället fungerar som en begränsande faktor. Med ett sådant synsätt verkar det rimligt att betrakta dessa regler som äkta fakultativa. Som noterats i avsnitt 2.1.1 ovan är det just skönsmässigt beslutsutrymme med *avgörande verkan* för rättsföljdens inträdande som är avgörande för regelns fakultativitet.

²³² Reglerna kunde också genom en smärre omformulering ges mer traditionellt fakultativ utformning. Jfr Larsson (1980) s. 582 och 583 i not 30.

²³³ A.m. se Larsson (1975) s. 68 f., som i sak tycks dela min uppfattning, men som varnar för begreppsmässig förvirring. Häremot kan anföras att risken för förvirring torde vara avhängig framställningens räckvidd och syfte; Larssons alster omfattar såväl tvingande och dispositiva som obligatoriska och fakultativa regler, medan mitt helt inriktar sig på den sistnämnda kategorin.

²³⁴ Se t.ex. RB 40:8 p. 1 och 42:6 st. 4 p. 1. Några regler med dubbla, äkta fakultativitetsmarkörer känner jag inte till; en sådan konstruktion är också svår att föreställa sig.

²³⁵ Craig (2012) s. 412 f. behandlar dessa regler under en egen rubrik och beskriver dem pragmatiskt som ”Jurisdictional Discretion Plus Classical Discretion”.

²³⁶ Jfr Craig (2012) s. 412, som noterar att regler av denna typ ”set out broadly framed conditions that had to be established before the power could be exercised, but then provided that [the subject, i.e. the court] *might* authorize certain action but did not make this mandatory.” Kursivering i originalet.

Mot detta resonemang kan dock anföras att även avvägningsrekvisitet har avgörande betydelse i förhållande till den föreskrivna rättsföljdens inträdande. Avvägningsrekvisitet, det vill säga tolkningsfakultativitetsmarkören, och den äkta fakultativitetsmarkören är således likställda i detta avseende. Därtill kommer att prövningen av avvägningsrekvisitet åtminstone ibland torde bli de facto avgörande även för frågan om huruvida domstolen faktiskt ska utöva sin befogenhet eller inte.²³⁷ Om domstolen exempelvis har konstaterat att det på grund av målets beskaffenhet erfordras rådrum för beslutande av dom, torde den vara mer eller mindre förpliktad att besluta om sådant även om regeln i RB 17:9 st. 2 p. 2 är konstruerad med hjälpverbet ”må” – i annat fall tycks regeln innebära en tillåtelse att meddela domar som inte är så välövägda som målet kräver.²³⁸ Och om en hovrätt har konstaterat att det är ”lämpligt” att lägga fram en utevarande parts bevisning genom hänvisningar till handlingarna kan man fråga sig under vilka omständigheter den sedan skulle avstå från detta förfaringsätt (jfr RB 50:19 st. 1 p. 3); vore det inte rentav ”olämpligt”?²³⁹ Detta gäller dock framför allt vid de positivt konstruerade avvägningsrekvisiten och vid sådana avvägningsrekvisit som förutsätter en helhetsbedömning. Om domstolen exempelvis funnit att det enligt RB 17:14 st. 1 p. 1 finns ”skäl” för att tillåta att domen verkställs innan den vunnit laga kraft följer väl härav inte med nödvändighet att det inte finns andra, eventuellt starkare skäl mot att tillåta det.

I de fall då prövningen av avvägningsrekvisitet helt sammanfaller med de överväganden som domstolen måste göra vid en äkta fakultativ regel förefaller konstruktionen med dubbla fakultativitetsmarkörer helt enkelt vara en tautologi.²⁴⁰ Möjligen kan förekomsten av ett avvägningsrekvisit tas till intäkt för att fakultativiteten ska utövas med viss försiktighet.²⁴¹

²³⁷ Se härom vidare avsnitt 8.1.2.

²³⁸ Som Lindblom (2001) s. 55 i not 84 konstaterar kan domaren inte ens vid fakultativ reglering motivera sitt beslut med t.ex. en pressad arbetssituation. S.k. ”processekonomiska aspekter”, vilka är åtminstone besläktade med frågan om domstolens arbetsbörda, anses dock utgöra relevanta juridiska argument (jfr AD i AD 1997 nr 69).

²³⁹ Jfr Strömholm (1996) s. 250.

²⁴⁰ Se HD i NJA 2013 s. 209 p. 7: ”Bestämmelsen i 13 kap. 2 § rättegångsbalken är fakultativ. *I det ligger* ett krav på att en fastställesetalan med hänsyn till omständigheterna framstår som lämplig” (kursiverat här). Jfr även Ekelöf (1956) s. 150 och Fitger (2004) s. 155. Se dock avsnitt 8.1.3 nedan, särskilt vid noterna 1012 och 1013.

²⁴¹ Ekelöf (1956) s. 150 f. Jfr RB 42:17 p. 1, som i sin ursprungliga utformning (SFS 1942:740) var konstruerad enligt mönstret ”bör ... om det är lämpligt”. Gärde m.fl. (1949) s. 599 f. menade dock att förberedelsen ”i sig är ägnad att underlätta uppställning

Det innebär dock i så fall att avvägningsrekvisitet får betydelse för graden av fakultativitet, inte för regelns fakultativa karaktär som sådan.

I de fall där ett reellt utrymme för skönsmässig bedömning återstår även sedan avvägningsrekvisitetet prövats är ett positivt utfall enligt avvägningsrekvisitetet en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning för att rättsföljden ska inträffa. Detsamma gäller förvisso den äkta fakultativitetsmarkören, men här förefaller det vara av relevans att, som konstaterats ovan, denna prövning logiskt följer *efter* tillämpningen av avvägningsrekvisitetet. Om avvägningsrekvisitetet endast ställer upp en låg tröskel, över vilken domstolen enligt den äkta fakultativitetsmarkören måste träffa ett skönsmässigt avgörande, framstår det som oproblematiskt att påstå att det är inom den äkta fakultativitetens (istället för inom det tolkningsfakultativitetsgrundande avvägningsrekvisitetets) ramar som det avgörande beslutet fattas. Principiellt sett gäller detsamma dock om avvägningsrekvisitetet sätter en *högre* ribba än vad som kan anses följa av den äkta fakultativiteten. Avvägningsrekvisitetets funktion blir då, som Ekelöf påpekar,²⁴² att *kvalificera* domstolens utövande av äkta fakultativitet eller, annorlunda uttryckt, att begränsa det strukturella utrymmet för fritt skön.²⁴³ I de fall där regelns ”dubbelfakultativa”²⁴⁴ karaktär är av relevans kommer jag dock i den fortsatta framställningen att uttryckligen påtala densamma.

2.3 Sammanfattande kommentar

Den fakultativa regeln definierar, genom att specificera vissa förutsättningar (abstrakta rättsfakta) och genom att ange vilka rättsföljder som är tillåtna, ramarna för de beslut som domstolen lagligen kan fatta. Inom dessa ramar beslutar domstolen om sitt agerande i det enskilda fallet med utövande av fritt skön. I det ovanstående har jag anlagt ett funktionellt perspektiv på frågan om hur begreppet *fakultativ* bör förstås och följaktligen under vilka omständigheter en given regel bör betraktas som fakultativ eller obligatorisk. Detta innebär att det är en regels faktiska innebörd, snarare än dess formella konstruktion, som har tillmätts avgörande bety-

mellan parterna” och att domaren därför ”bör ålägga sig särskild varsamhet” och ”beakta, att parterna själva i förväg kunna ha prövat alla möjligheter till förlikning” (jfr även prop. 1942:5 s. 365).

²⁴² Ekelöf (1956) s. 151.

²⁴³ Jfr ovan i avsnitt 2.1.2.

²⁴⁴ Ordet lånat av Lindell (2012) s. 72.

delse. Fakultativa regler förstås således som sådana regler som inte definitivt knyter en rättsföljd till förekomsten av vissa faktiska omständigheter, utan som förutsätter en skönmässig bedömning från domstolens sida i något stadium av tillämpningen. Denna skönmässiga bedömning ska vidare ha avgörande betydelse för rättsföljdens inträdande, vilket innebär att domstolens slutsats inte får ha en endast rådgivande funktion i en annan aktörs beslutsfattande utan antingen ska ta sikte direkt på rättsföljden eller utgöra ett rättsfaktum. Endast regler som riktar sig till domstolen och avser företagandet (eller underlåtandet) av en processhandling kan vara fakultativa.

Fakultativt och obligatoriskt är ömsesidigt uteslutande begrepp. Det bör dock framhållas att gränsen mellan det fakultativa och det obligatoriska, liksom mellan olika typer av fakultativitet, stundom kan vara både suddig och svårdragen, samt att regler kan besitta olika grader av fakultativitet beroende på hur stort domstolens utrymme för självständigt skönmässigt beslutsfattande är vid tillämpningen. En regel kan således vara, relativt sett, mer (starkt) eller mindre (svagt) fakultativ. Beteckningarna (starkt) "fakultativ" respektive "obligatorisk" bör förstås som ytterligheter på en skala, på vilken det (svagt) fakultativa och obligatoriska möts vid vad som mer adekvat kan beskrivas som en gränstrakt än som en skarp gräns.

De fakultativa reglerna kan delas in i två huvudsakliga kategorier, beroende på i vilket led av rättstillämpningen domstolens skön ska utövas. Regler där själva rättsföljdens inträdande gjorts beroende av domstolens skönmässiga beslutsfattande har klassificerats som *äkta fakultativa*, medan regler där domstolens skön utövas genom prövningen av om ett vagt formulerat rättsfaktum är för handen har betecknats som *tolkningsfakultativa*. De äkta fakultativa reglerna är regler som konstrueras med tillåtande hjälpverb som "får" eller svagt styrande men icke-bindande hjälpverb som "bör", eller som på annat sätt markerar att domstolen har flera alternativ att välja mellan. Tolkningsfakultativa regler utmärks av att rättsföljden gjorts beroende av avvägningsrekvisit, där domstolen måste göra en normativ bedömning av fördelarna med eller lämpligheten av en viss rättsföljd. De båda kategorierna kan illustreras med följande fiktiva (jfr dock RB 42:18 st. 1 p. 2 mom. 5) regler, där A är tolkningsfakultativ och B äkta fakultativ:

- A. Rätten ska avgöra målet utan huvudförhandling om det är lämpligt.
- B. Rätten får avgöra målet utan huvudförhandling.

Slutligen har jag också identifierat kategorin *falskt fakultativa regler*, som sett till sin språkliga utformning tillhör de äkta fakultativa men som skiljer sig från dessa genom att i realiteten på grund av detaljerade anvisningar om hur och under vilka förutsättningar domstolens skön ska utövas, antingen genom utförlig reglering i lagen eller genom praxis- eller förarbetsuttalanden, inte kan anses lämna något beaktansvärt utrymme för fritt skön åt domstolen. Dessa regler är, trots sin ”fakultativa konstruktion”, att betrakta som mycket svagt fakultativa eller rentav obligatoriska. Den fortsatta framställningen kommer därför huvudsakligen att inrikta sig på äkta och tolkningsfakultativa regler.

3 En flexiblare rättegång

Tiderna förändras och vi med dem, men RB:s grundsatser är i huvudsak oförändrade.

1999 års rättegångsutredning

Flex, flex och åter flex – finns det inte risk att publiken tröttnar om man kör Flexnes fataliteter i alltför många repriser?

Per Henrik Lindblom

3.1 Vägen mot ökad flexibilitet

3.1.1 Legalitets- och delegationsprinciperna

Antalet fakultativa regler i rättegångsbalken har nästan fördubblats sedan början av 1980-talet.²⁴⁵ Utvecklingen kan ses som ett uttryck för trenden under samma period, att ”mjuka upp” processregleringen genom införandet av ”flexibla” lösningar som möjliggör anpassning av förfarandet till det enskilda fallet.²⁴⁶ Dessa lösningar har ofta tagit sig uttryck genom

²⁴⁵ Min genomgång av RB (se avsnitt 1.2.2 ovan). Av dagens ca 300 i dispositiva tvistemål tillämpliga, fakultativa regler har drygt 160 funnits sedan balkens införande och endast tio regler tillkom före 1980 (se dock nedan angående småmålslagen). Denna undersökning utgår från nu gällande regler, och utesluter därför inte att fakultativa regler också kan ha upphävts eller givits obligatorisk utformning under perioden. Antalet fakultativa regler i 1942 års RB kan således ha varit större än de ca 160 regler som fortfarande är i kraft. Mot bakgrund av vad som kommer att diskuteras i detta kapitel om RB:s utveckling finner jag det emellertid osannolikt att så skulle vara fallet, åtminstone i någon beaktansvärd utsträckning. Angående särskilt *antalet* regler bör noteras att jag med ”regel” här närmast avser ”enskilda påbud”, vilket innebär att en paragraf ofta ansetts omfatta mer än en regel och en regel undantagsvis kan komma till uttryck genom att flera paragrafer läses tillsammans. Detta innebär också att antalet regler i RB inte så lätt kan fastställas, eftersom det ofta kan diskuteras om ett visst stadgande ger uttryck för en eller flera regler. Därför har jag valt att vara restriktiv med denna typ av kvantitativa upplysningar, och där de förekommer bör de uppfattas mot bakgrund av ovanstående förbehåll.

²⁴⁶ Hänvisningar till ”omständigheterna i det enskilda målet” som styrande för valet av handläggningsform är återkommande, se t.ex. prop. 1973:87 s. 53, 135, 144 och

fakultativa och dispositiva regler. Förevarande kapitel syftar dels till att kortfattat visa hur denna utveckling gått till, dels och framför allt till att diskutera motiven bakom strävandet efter en allt mer flexibel²⁴⁷ – eller principlös?²⁴⁸ – rättegångsbalk.

Frågan om i vilken utsträckning en processordning är detaljreglerad på lagstiftningsplanet alternativt överlämnar ett betydande utrymme åt parterna och/eller domstolen att ge processen sin utformning in casu, brukar omtalas i termer av ”legalitet” respektive ”delegation”.²⁴⁹ En processordning som präglas av legalitetsprincipen är således i hög grad reglerad, och reglerna är i hög grad obligatoriska och tvingande.²⁵⁰ Detta leder i sin tur till förutsebarhet och goda förutsättningar för likabehandling, men riskerar att göra förfarandet stelbent och formalistiskt. En processlag som präglas av delegationsprincipen å andra sidan kan innehålla färre regler och därigenom lämna flera frågor oregrerade. Den kan också använda fakultativa och dispositiva regler för att på så vis överlåta bestämmande inflytande åt domare eller parter.²⁵¹ En sådan ordning har på omvänt vis fördelen att vara anpassningsbar och möjliggöra en effektiv resursallokering i förhållande till det enskilda målets betydelse och svårighetsgrad. Den har dock också nackdelar, dels i form av bristande förutsebarhet, dels genom att den ställer höga krav på rättegångens aktörer; om de fattar dåliga beslut får det större effekter för hela förfarandet än vad som är fallet i en legalitetsorienterad ordning.²⁵²

En viss grundläggande preferens för legalitetsprincipen finns i RF 11:2, som fastslår att föreskrifter om domstolsorganisationen, domstolarnas rättskipning och rättegången ska meddelas i lagform. Härav följer

146, prop. 1986/87:89 s. 1, 64 ff., 77 ff., 104 ff., 133, 181, 194 ff. och 223 f., prop. 1988/89:95 s. 40 och 78, prop. 1998/99:37 s. 19 och 43 f., prop. 2004/05:131 s. 1, 78, 89 ff., 101, 110, 123, 147, 220, 229 ff., 245 och 260 f. samt prop. 2010/11:128 s. 28. Uttalandet i prop. 1986/87:89 s. 105 kan särskilt uppmärksammas mot bakgrund av Rättegångsutredningens ståndpunkt i samma fråga, SOU 1982:26 s. 122, jfr härtill Lindell (1988) s. 14 i not 2.

²⁴⁷ ”Flexibilitet” har varit det ledord under vilket utvecklingen drivits framåt. Se bl.a. DS Ju 1976:8 s. 71 ff., prop. 1986/87:89 s. 1 och 64 ff. och prop. 2004/05:131 s. 1 och 78.

²⁴⁸ Se Lindblom (2000) s. 147 ff.

²⁴⁹ Se härom Ekelöf (1956) s. 268 ff. och Fitger (1987) s. 154 ff.

²⁵⁰ Legalitetsprincipen används alltså här *inte* i den straffrättsliga bemärkelsen ”nulla poena sine lege [...]”.

²⁵¹ Att delegationsprincipen har ett nära samband med fakultativitet framhålls av Ekelöf (1956) s. 270.

²⁵² Jfr Ekelöf (1956) s. 278 f. Se även Biavati (2001) s. 100 f.

rimligen inte endast att dessa frågor inte får delegeras till regering och myndigheter, utan även att de inte får lämnas helt oreglerade.²⁵³ Kravet på lagform kan visserligen inte tolkas så strikt att fakultativ reglering utesluts; det kan dock knappast förnekas att viss motsättning råder mellan ett grundlagstadgat legalitetskrav och en i stora delar fakultativ processlag.²⁵⁴

Under 1900-talets början och under de decennier som formade rättegångsbalken förefaller legalitetsprincipen ha haft stor betydelse. Kallenberg ansåg till exempel år 1927 att "[d]et offentliga intresset i rättskipningen utesluter att [helt och hållet] eller till någon öfvervägande del lämna förfarandets gestaltande till domaren och ännu mer att i någon större utsträckning öfverlåta en sådan bestämmanderätt åt parterna."²⁵⁵ Detta synsätt kom att präglä RB. Balken omfattade förvisso redan år 1942 ett inte oansenligt antal fakultativa regler,²⁵⁶ men som helhet fick den en mer legalitets- än delegationsbetonad utformning.²⁵⁷ Ekelöf konstaterade i en kommentar knappt 10 år efter ikraftträdandet att nya RB uppvisade en starkare tendens mot legalitetsprincipen än både sin äldre motsvarighet och samtida utländska civilprocesslagar, till den grad att man "ej [kunde] frigöra sig från det intrycket att lagens upphovsmän [med "goda skäl"!] tilltrott varken parterna eller rätten tillräckligt sinne för vikten av handläggningens koncentration".²⁵⁸ Som konstaterats i kapitelinledningen har trenden emellertid svängt på senare år.²⁵⁹

²⁵³ Se prop. 1986/87:89 s. 78: "Det är inte heller något självändamål att ha ett rättegångsförfarande som i väsentliga hänseenden är oreglerat i lag. Ett sådant system skulle stå i viss motsättning till regeringsformens föreskrift att reglerna om rättegången skall ges i lag."

²⁵⁴ Jfr Fitger (1987) s. 156.

²⁵⁵ Kallenberg (1927) s. 38.

²⁵⁶ Omkring 160 stycken, se not 245 ovan. Av dessa är knappt 50 tolkningsfakultativa.

²⁵⁷ Gullnäs (1999) s. 434 menar att 1942 års RB "dominerades av [...] legalitetsprincipen". Se även Ds Ju 1976:8 s. 68 och SOU 1982:26 s. 38.

²⁵⁸ Ekelöf (1956) s. 278 f. Det kan vara värt att notera att uttalandet gäller de regler som avser själva förfarandet. Avseende utredningsansvaret kan det således tänkas att Processkommissionens ambition att delegera större ansvar till parterna (se SOU 1926:33 s. 12 f.) lyckades bättre.

²⁵⁹ Se Ervo (2013) s. 51 ff. som lyfter fram ökad delegation som typisk för ett nytt civilprocessuellt paradigm.

3.1.2 Kronologisk översikt

Legalitetsprincipens hegemoni kvarstod i stort sett oförminskad under rättegångsbalkens första decennier. Av de fakultativa regler som finns i balken idag och inte instiftades redan vid dess tillkomst infördes den första först år 1969,²⁶⁰ ytterligare ett tiotal under 1970-talet,²⁶¹ och resten från 1980 och framåt. Det är alltså framför allt utvecklingen från denna tidpunkt som är relevant att studera. De stora milstolparna har varit 1987 och 2005 års rättegångsbalksreformer,²⁶² som framför allt byggde på 1977 respektive 1999 års rättegångsutredningars arbete.²⁶³ Dessa reformer, liksom ett antal mindre reformer som ägde rum under samma period, vilar i stort sett på en gemensam problembild, där 1942 års rättegångsbalk beskrivs som omotiverat formell, sträng i sitt genomförande av de grundläggande principerna och till följd av detta svår att anpassa till de behov som uppstår i enskilda mål.²⁶⁴

Utvecklingen började emellertid tidigare, och utanför rättegångsbalkens ramverk, med den år 1974 införda och i samband med 1987 års RB-reform upphävda småmålslagen.²⁶⁵ I förarbetena till småmålslagen återfinns en kritik mot RB i 1942 års utformning vars släktskap till de senare utredningarna och deras problemformuleringar lätt kan spåras. Förfarandet i RB beskrivs som ”noggrant reglerat” och ”relativt strängt formaliserat”.²⁶⁶ De problem som då upplevdes som störst, åtminstone för de små aktörer som lagen främst riktade sig mot, var dock att RB var för komplicerad och den vanliga dispositiva civilprocessen för kostsam.²⁶⁷ Det föreskrivna botemedlet var följaktligen att åstadkomma kostnads-

²⁶⁰ RB 42:20 st. 2 p. 2.

²⁶¹ RB 3:5, 3:5 b och 3:6 a (som tillsammans bör betraktas som en regel), 17:5 st. 2, 33:3 st. 3, 33:9 st. 1, 36:8 st. 2, 42:8 st. 2, 54:10 st. 2, 54:11 st. 1 och 54:11 st. 2.

²⁶² SFS 1987:747 och 2005:683.

²⁶³ Se huvudsakligen SOU 1982:25-26 resp. 2001:103.

²⁶⁴ Denna kritik återkommer i snart sagt alla förarbeten till RB-reformer från den aktuella tidsperioden. För ett axplock se Ds Ju 1976:8 s. 59 och 67 f., dir. 1977:10 s. 26 f., SOU 1982:26 s. 33, prop. 1986/87:89 s. 63 och prop. 2004/05:131 s. 81.

²⁶⁵ SFS 1974:8.

²⁶⁶ Prop. 1973:87 s. 12 och 41.

²⁶⁷ Prop. 1973:87 s. 43 f. och 128 ff. Regleringens komplexitet är eller åtminstone var enligt Fitger ett problem även för andra än småmålsaktörerna och Luterkort ansåg fortfarande år 1999 att det är ”fruktansvärt dyrt” att processa enligt RB (Fitger (1987) s. 162 ff. och Luterkort (1999) s. 439).

minskningar genom förenklingar av förfarandet, särskilt i syfte att eliminera ombudsbehovet.²⁶⁸

Vad gäller åtgärderna kan skönjas en viss, i praktiken kanske försumbar men här intressant diskrepans mellan den promemoria som låg till grund för propositionen och departementschefens uppfattning. Medan promemorian lyfte fram en flexiblere reglering som sitt främsta åtgärdsförslag pekade departementschefen i första hand på en rad konkreta åtgärder (som ökad serviceskyldighet, ökad endomarbehörighet, ökade skriftliga inslag och färre ersättningsgilla kostnader).²⁶⁹ I backspegeln framstår denna diskrepans som en brytpunkt mellan äldre tiders tilltro till legalitetsprincipen och den orientering mot delegation som skulle komma att bli framtidens melodi; promemorian framstår i detta perspektiv som progressiv, medan departementschefens position är mer konservativ.²⁷⁰ Även departementschefen ställde sig dock bakom förslaget på ökade anpassningsmöjligheter i enskilda mål.²⁷¹

Värt att notera är även att propositionen inte entydigt beskriver den nya regleringen som kvalitativt bättre än den existerande allmänna processen. Istället konstateras att förfarandet enligt RB, i jämförelse med småmålslagen, utgör en mer ”kvalificerad form” av rättskipning och ger starkare garantier för ett materiellt korrekt avgörande.²⁷² Fördelen med småmålslagen var enligt motiven inte främst att den var bättre i betydelsen säkrare, utan att den var tillgängligare.²⁷³

Småmålslagen blev ett startskott och en sorts försöksverksamhet inför de större omarbetningar av RB som initierades i slutet av 1970-talet.²⁷⁴ De problem som småmålslagen syftade till att lösa befanns vara beaktansvärda även för andra mål, och erfarenheterna från småmålslagen ansågs

²⁶⁸ Prop. 1973:87 s. 1, 79 ff., 147 f. och 154 ff.

²⁶⁹ Prop. 1973:87 s. 53 (promemorians förslag) resp. 133 (departementschefens synpunkter). Det finns även exempel på att en mer flexibel lösning fick ge vika för den stabilitet som en strängare regel erbjuder, se t.ex. a.prop. s. 140.

²⁷⁰ Dep.ch:s inställning är i detta avseende jämförbar med hans föregångares i prop. 1954:200 s. 22, där mer legalitetsprincipbaserade lösningar på domstolarnas problem med effektivt resursutnyttjande anvisades.

²⁷¹ Prop. 1973:87 s. 135 och 144 ff.

²⁷² Se prop. 1973:87 s. 53 f.

²⁷³ Prop. 1973:87 s. 53, 135 f. och 145.

²⁷⁴ Detta var också en förutsedd, och kanske eftersträvad, konsekvens, se prop. 1973:87 s. 135.

således böra tillvaratas vid en mer allmän översyn av RB.²⁷⁵ I direktiven till 1977 års rättegångsutredning (Rättegångsutredningen eller RU) framgår också att utredningens uppdrag inkluderade att studera småmåslagens tillämpning och överväga om dess lösningar kunde läggas till grund för en omarbetning av rättegångsbalken.²⁷⁶

Arbetet med en översyn av RB inleddes genom promemorian *Översyn av rättegångsförfarandet i allmän domstol*,²⁷⁷ som publicerades av Justitiedepartementet år 1976. Det konstaterades då att en allmän översyn av hela regelverket skulle ta ”mycket lång tid att slutföra”, varför en mer begränsad utredning förespråkades.²⁷⁸ Det problem som lyftes fram var RB:s ”alltför rigorös[a] fasthållande vid principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration” – vilka som bekant var grundstenarna för 1942 års RB²⁷⁹ – vilket enligt promemorian lett till ”inte önskvärd omständlighet i och fördyring av processen utan motsvarande fördelar från rättssäkerhetssynpunkt.”²⁸⁰ Det är värt att särskilt uppmärksamma promemorians uppfattning att behovet av enkelhet och billighet behöver *avvägas* mot rättssäkerheten; som kommer att framgå i det följande innebär flexibilitetstrenden att detta synsätt kom att överges.

Uppmjukning och avsteg från grundläggande principer behöver emellertid inte betyda ökad flexibilitet och delegation; uppmjukning kan också åstadkommas med tillämpning av legalitetsprincipen genom införande av (specifika) undantag från huvudreglerna.²⁸¹ Både Processkommissionen och Processlagberedningen resonerade inför balkens tillkomst kring det lämpliga i att genomföra grundprinciperna i sin mest utpräglade form.²⁸² Dessa resonemang tycks dock bygga på förutsättningen att sådana inskränkningar skulle ske i enlighet med legalitetsprincipen, alltså genom klart utstakade undantag till huvudprinciperna. 1976 års promemoria däremot diskuterar uttryckligen frågan om ökad delegation, och menar att en ambition för den kommande utredningen ”bör vara att öka

²⁷⁵ Ds Ju 1976:8 s. 71.

²⁷⁶ Dir. 1977:10 s. 30. Se även SOU 1982:26 s. 41 ff.

²⁷⁷ Ds Ju 1976:8.

²⁷⁸ Ds Ju 1976:8 s. 2.

²⁷⁹ Se t.ex. prop. 1931:80 s. 96 ff. och SOU 1938:44 s. 22 f.

²⁸⁰ Ds Ju 1976:8 s. 67. Intressant att notera är att det framför allt tycks ha varit muntlighetens effekter på säkerheten, men alltså inte på snabbheten eller kostnaderna, som oroadde 1931 års departementschef, se prop. 1931:80 s. 90.

²⁸¹ Jfr ovan vid not 269.

²⁸² Se SOU 1926:31 s. 28 f. och SOU 1938:44 s. 24 ff.

domstolens och parternas inflytande över hur rättegången skall gestalta sig.²⁸³

Idéer om flexibilitet och delegation var förvisso inte nya. Ekelöf nämner redan år 1956 ”allt tal om vikten av att rätten och parterna kunna under förtroendefullt samarbete anpassa processen efter omständigheterna i det enskilda fallet”.²⁸⁴ Ett exempel på sådant tal återfinns i Processkommissionens betänkande, där man konstaterar att den äldre svenska processlagstiftningen, ur ett internationellt perspektiv, präglades av långtgående legalitet och ser det som sin uppgift att undersöka möjligheterna av ytterligare delegation, dock särskilt till parterna.²⁸⁵ Till skillnad från dessa äldre ambitioner fick emellertid 1976 års departementspromemorias plädering för ökad delegation rejält genomslag. Det förslag som Rättegångsutredningen presenterade 1982 har av utredningens ordförande sammanfattats som att man ”generellt [kan] påstå att reglerna om förfarandet föreslogs bli mer flexibla”.²⁸⁶ Strävandet mot ett förfarande som bättre kunde anpassas till omständigheterna i varje unikt fall angavs ha varit en ”ledstjärna” för utredningens arbete.²⁸⁷ Detta resultat var mer eller mindre föreskrivet i direktiven redan när utredningen tillsattes.²⁸⁸ Ungefär en femtedel av dagens fakultativa regler i RB tillkom eller blev väsentligt stärkta i sin fakultativa karaktär mellan 1984 och 1989.²⁸⁹

Under 1990-talet genomgick RB flera partiella reformer, som inte direkt anknöt till flexibilitetstrenden från 1970- och 80-talen. I ett anförande i anledning av balkens 50-årsjubileum år 1998 öppnade emellertid dåvarande justitieministern Freivalds för att det kanske fanns ”vissa mål som hade varit betjänta av att det hade funnits möjlighet att göra vissa avsteg från de grundläggande principerna, att det hade funnits mer flexibilitet”.²⁹⁰ Mindre än ett år senare tillsattes 1999 års rättegångsutredning, med uppdrag att bland annat ”se närmare på möjligheterna att gå vidare från 1987 års reform så att muntlighet och skriftlighet i tvistemål

²⁸³ Ds Ju 1976:8 s. 68.

²⁸⁴ Ekelöf (1956) s. 278 f. Se även Modéer (1999) s. 404, på tal om en allmän trend vid 1900-talets början men främst i anslutning till Olivecrona.

²⁸⁵ SOU 1926:33 s. 5.

²⁸⁶ Gullnäs (1999) s. 433. Jfr även SOU 1982:26 s. 63.

²⁸⁷ SOU 1982:26 s. 14.

²⁸⁸ Dir. 1977:10 s. 29 ff., särskilt s. 30. Se även prop. 1983/84:78 s. 20.

²⁸⁹ Totalt ca 65 regler, varav ett knappt tjugotal fått tolkningsfakultativ och övriga äkta fakultativ utformning.

²⁹⁰ Freivalds (1999) s. 399.

och brottmål i större utsträckning kan blandas efter vad förhållandena i det enskilda målet ger anledning till.”²⁹¹

Att ”göra verksamheten [inom domstolsväsendet] mer flexibel” beskrevs som en av hörnstenarna i 2005 års processreform *En modernare rättegång*, vars utgångspunkt angavs vara att ”handläggningen i domstolarna skall kunna anpassas till behoven i de enskilda fallen.”²⁹² Enligt lagstiftarens egen uppfattning har flertalet av de regler som infördes år 2005 givits fakultativ utformning.²⁹³ Trenden ser ut att fortsätta i den senaste utvecklingen på området.²⁹⁴ EMR-utredningen konstaterade år 2012 att 2005 års reform utfallit väl,²⁹⁵ och Straffprocessutredningen föreslog, i enlighet med sina direktiv,²⁹⁶ i början av år 2013 ytterligare flexibiliseringsåtgärder i straffprocessen.²⁹⁷ Det kan dock noteras att EMR-utredningen i stor utsträckning uppehåller sig vid reglerna om upprättande av tidsplan (RB 42:6 st. 3) och sammanställning (RB 42:16 och 50:12 a), där EMR-reformen år 2005 närmast innebar att fakultativiteten försvagades, och dessutom förordar viss ytterligare skärpning av regleringen i dessa delar.²⁹⁸

Gemensamt för 1987 och 2005 års reformer, med sina respektive föregångare och uppföljare, är att båda i stor utsträckning vilar på en preferens för delegationsprincipen. En i detta sammanhang central skillnad är emellertid till vem delegationen sker. 1976 års departementspromemoria pekade på att en delegation till parterna ökar möjligheterna till illojal processföring och förordade därför att ansvaret för processdriften och anpassningen till det enskilda fallet i första hand borde åläggas domstolen.²⁹⁹ Detta synsätt kom att präglade Rättegångsutredningens arbete. 1980-talets reformer innebar således att domstolarna fick ökade befo-

²⁹¹ Dir. 1999:62, återgivet som bilaga 1 till SOU 2001:103, cit. från s. 373.

²⁹² Prop. 2004/05:131 s. 78.

²⁹³ Dir. 2011:79, återgivet som bilaga 1 till SOU 2012:93, s. 315. Av de nu gällande fakultativa reglerna i RB infördes eller väsentligen förstärktes 26 regler genom EMR-reformen år 2005 (av dessa 26 är ungefär en tredjedel tolkningsfakultativa). Reformen införde eller ändrade totalt 81 paragrafer.

²⁹⁴ Se Westberg (2013) s. 118 f.

²⁹⁵ SOU 2012:93 s. 98 ff. och sammanfattningen på s. 261 och 264 ff.

²⁹⁶ Dir. 2010:78, återgivet som bilaga 1 till SOU 2013:17, särskilt s. 981 ff.

²⁹⁷ SOU 2013:17, särskilt s. 182 ff.

²⁹⁸ SOU 2012:93 s. 98 ff.

²⁹⁹ Ds Ju 1976:8 s. 68. Liknande farhågor hade tidigare diskuterats av Ekelöf (1956) s. 276.

genheter att utöva inflytande över processens gestaltande.³⁰⁰ Visst ökat ansvar ålades också parterna, men då ofta inte i form av delegation av bestämmande inflytande utan genom införandet av strängare sanktioner för bristfällig processföring.³⁰¹ Samtidigt ökades förväntningarna på domarna i fråga om materiell processledning.³⁰² De reformer som byggde på Rättegångsutredningens arbete under 1970- och 80-talen innebar således sammanfattningsvis att domstolarna fick ett utökat ansvar för såväl formell som materiell processledning.

I det fortsatta reformarbete som initierades 1999 och bereddes av 1999 års rättegångsutredning hade fokus, särskilt avseende processmaterialet, flyttats till partsautonomi och det framhölls att ”regler som inskränker parternas möjligheter att i dispositiva tvistemål förfoga över processen i möjligaste mån [borde] undvikas” för att ”i dessa mål överlåta ett större ansvar [...] på parterna”.³⁰³ Detta borde innebära att den tidigare utvecklingen från obligatoriska och tvingande till främst fakultativa regler förskjuts mot ökade dispositiva inslag. Som konstaterats tidigare var dock även de regler som infördes år 2005 i hög grad fakultativa,³⁰⁴ vilket tyder på att omsvängningen mellan dessa olika delegationsformer inte (ännu) är lika stark som det pågående skiftet från 1942 års legalitetsprincip till den delegation som utmärker den moderna processrätten.

³⁰⁰ Se t.ex. prop. 1983/84:78 s. 41 ff. och 47 ff. om avgörande utan huvudförhandling, prop. 1986/87:89 s. 76 ff. om bl.a. skriftlighet under förberedelsen, avgörande utan huvudförhandling och uppskovsmöjligheter och a.prop. s. 130 ff. om huvudförhandlingens genomförande, prop. 1988/89:78 s. 64 ff. om hänskjutande av prejudikatfrågor och prop. 1988/89:95 s. 58 ff. om domförhållningens reglering.

³⁰¹ Se t.ex. prop. 1983/84:78 s. 33 ff. och 37 ff. om preklusionsförelägganden respektive avvisande och prop. 1986/87:89 s. 79 f. om ökade möjligheter att meddela tredsdom. Särskilt i prop. 1983/84:78 finns dock även exempel på delegation till parterna och domstolen gemensamt, se t.ex. s. 22 ff., särskilt s. 24, om endomarsammansättning och s. 47 ff. om avgörande på handlingarna i högre rätt.

³⁰² Prop. 1986/87:89 s. 102 ff., särskilt s. 106 f. Se även prop. 1988/89:95 s. 47 ff.

³⁰³ Cit. ur prop. 2004/05:131 s. 154 f. Se även a.prop. s. 1 där ”parternas ansvar för att målet drivs framåt” betonas, samt SOU 2001:103 s. 80 f. Tendensen är ännu tydligare (och, eftersom det rör sig om straffprocess, mer anmärkningsvärd) i SOU 2013:17, se särskilt s. 182 ff. och 313 ff.

³⁰⁴ Se not 293 ovan.

3.2 Utvecklingens drivkrafter

Vad har då syftet med detta strävande efter flexibilitet varit? Denna fråga diskuteras förvånansvärt lite i motiven. Det påstås i de äldre förarbetena att ”man” på senare år har kritiserat RB för ”dess bristande flexibilitet”.³⁰⁵ *Vem* som framfört kritiken och *varför* bristande flexibilitet utgör ett problem anges däremot inte.³⁰⁶ Kanske är det talande att möjligheten att anpassa förfarandet till förutsättningarna i det enskilda målet i propositionen till 1987 års stora RB-reform beskrivs som förslaget ”huvudsyfte”.³⁰⁷ Det förefaller som om strävandet efter flexibilitet vid denna tidpunkt blivit så vedertaget att det nästan betraktades som ett mål i sig självt.³⁰⁸

Vissa andra och mindre instrumentella mål kan dock urskiljas. Dessa kan i huvudsak hänföras till två kategorier, som dock båda utmärks av en viss svepande trubbighet i argumentationen. För det första omtalas en rad olika *effektivitetshänsyn*. Bland dessa märks ambitioner att göra förfarandet snabbare och mindre kostsamt samt att utnyttja domstolsväsendets resurser på ett effektivt sätt. För det andra används flexibilitet som en metod för vad som kanske kan kallas för *komplexitetsreducering*. Här identifieras två olika komplexiteter som lagstiftaren försöker hantera: dels ett detaljerat och diversifierat normsystem av parallella processlagar som riskerar att bli svåröverskådligt, inte minst för den enskilde rättsökanden, dels en alltmer mångfacetterad omvärld där lagstiftaren får allt svårare att följa med utvecklingen.

De effektivitetsrelaterade argumenten är de som introducerades tidigast, och som i viss mån kan antas ha utlöst trenden mot ökad flexibilitet i processlagstiftningen. De kan sammanfattningsvis sägas bygga på en idé om att ett mer flexibelt förfarande är billigare, snabbare och mer ändamålsenligt.³⁰⁹

Det är oklart om det är ett orsakssamband som förmodas, eller om sambandet mellan å ena sidan flexibilitet och å andra sidan tids- och kostnadsbesparingar skulle vara av en annan, lösare art. I RU:s direktiv anges till exempel att utredningens syfte är att ”göra förfarandet mera flexibelt

³⁰⁵ Ds Ju 1976:8 s. 3, 64 och 71. Jfr även SOU 1982:26 s. 62.

³⁰⁶ Med något enstaka undantag. Se t.ex. hänvisningen till Ekström (TSA 1975 s. 433) i Ds Ju 1976:8 s. 72.

³⁰⁷ Prop. 1986/87:89 s. 1. Jfr även prop. 2004/05:131 s. 1, där reformen anges omfatta åtgärder vars syfte är att åstadkomma ökad flexibilitet.

³⁰⁸ Jfr Nylund (2006) s. 130.

³⁰⁹ Se bl.a. prop. 1973:87 s. 145, SOU 1982:26 s. 81 och SOU 2012:93 s. 140 ff.

samt såvitt möjligt snabbare och billigare”,³¹⁰ vilket antyder att flexibiliteten är sidoställd snabbheten och billigheten och dessutom ett med dessa ledstjärnor jämställt eller rentav högre prioriterat mål. Rättegångsutredningen själv menar sig däremot verka för ”att göra reglerna flexibla i syfte att tillgodose kraven på snabbhet och låga kostnader i det enskilda målet” och tycks således betrakta den ökade flexibiliteten som ett medel för att uppnå (de överordnade) målen snabbhet och kostnadsminskning.³¹¹

Det anförs i princip inte heller några belägg i förarbetena för det påstådda sambandet mellan snabbhet och billighet å ena sidan och flexibilitet å den andra.³¹² När 1976 års departementspromemoria undersöker förfarandets tidsåtgång och kostnader empiriskt konstateras att det saknas ”klart belägg för att rättegångsförfarandet i normalfallen är särskilt långdraget” och att det på grundval av det tillgängliga materialet inte är möjligt att göra annat än antaganden avseende kostnadsbilden.³¹³ Däremot har det i efterhand konstaterats att åtminstone EMR-reformen år 2005 lett till vissa resursbesparingar i domstolarna,³¹⁴ samt i allmänhet har inneburit ”klart förbättrade möjligheter till en effektiv och smidig handläggning som främjar snabba och rättssäkra avgöranden.”³¹⁵

³¹⁰ Dir. 1977:10 s. 29. Min kursivering. Se även prop. 1986/87:89 s. 65, där det anges att den föreslagna reformen *både* tillgodoser önskemål om ett mer anpassningsbart förfarande och antas leda till kostnadsminskningar.

³¹¹ SOU 1982:26 s. 81. Min kursivering. Se även sammanfattningen i SOU 1982:25 s. 93.

³¹² Jfr Westberg (2013) s. 119, Svea hovrätts ifrågasättande av sambandet mellan snabb handläggning och avgörande utan huvudförhandling i prop. 2004/05:131 s. 138 samt Bylander (2007) s. 525. I SOU 2007:26 s. 169 f. omtalas rentav den motsatta risken: att avsaknaden av tydliga riktlinjer gör förfarandet långsammare.

³¹³ Ds Ju 1976:8 s. 64 ff. Ytterligare en empirisk undersökning, dock utan värderande kommentarer, återfinns i SOU 1982:26, bilaga 3, s. 653 ff.

³¹⁴ DV 2010:3 s. 65 ff. Resursbehovet i tingsrätterna anges ha ”minskat något”, medan effekten varit tydligare i hovrätterna. Utredningen reserverar sig vidare för att utvärderingen skett för tidigt för att ge säkra resultat, att underlaget varit bristfälligt och att effekterna av just EMR-reformen är svåra att isolera. Till detta kommer att utredningen avser EMR-reformen i sin helhet, och alltså inte endast de delar av den som avsåg att öka flexibiliteten. I dessa delar tycks erfarenheterna variera, men de konkreta förbättringarna anges vara marginella (utom avseende avgörande på handlingarna i första instans i brottmål), se rapporten s. 49 ff. Domstolsverket noterar dock här att reformerna i ett par avseenden har potential att bli resursbesparande, även om denna potential hittills inte har realiserats.

³¹⁵ SOU 2012:93 s. 261. Utredningen tycks dock bygga på olika aktörers upplevelser av processen, snarare än konstaterbara fakta. Det konstateras emellertid att handläggningstiderna minskat sedan 2005 års reform trädde i kraft (ibid. s. 264 f.).

Ofta ges effektivitetsargumenten en utformning som är allmän på gränsen till intetsägande.³¹⁶ Vissa av de äldre förarbetsuttalandena är dock mer konkreta. I 1970-talets förarbeten konstateras att RB i stort sett uppnått sitt mål vad gäller kvalitet, i betydelsen materiell rättssäkerhet, i domarna.³¹⁷ Däremot anges att förfarandet är långsamt, dyrt och komplicerat för den enskilde.³¹⁸ Det sistnämnda problemet tycks i sig närmast uppfattas som ett kostnadsproblem, eftersom det antas föranleda kostnader för juridiskt biträde, snarare än rättsförluster vid avsaknad av sådant.³¹⁹ Som konstaterats tidigare var ett explicit syfte när småmålslagen infördes att minska parternas kostnader och därigenom öka tillgängligheten till domstolarna.³²⁰ Tyngdpunkten låg således på att minska parternas kostnader, närmast i syfte att *öka* antalet processer.³²¹

Klart är emellertid att även statsfinansiella överväganden spelade in i den tidiga utvecklingen.³²² Den då gällande rättshjälpslagen innebar dessutom att parternas processkostnader och statens kostnader för rättsväsendet var starkare relaterade till varandra genom att höga processkostnader för parterna i större utsträckning än dessförinnan – och än idag³²³ – kunde övervältras på staten.³²⁴ Sedan 1970-talet tycks dock tanken om en *avvägning* mellan effektivitet och materiell kvalitet³²⁵ ha gått förlorad. I propositionerna till både 1987 och 2005 års reformer betonas vikten av att både ha kakan och äta den: ”Utgångspunkten bör [...] vara

³¹⁶ Se t.ex. dir. 1977:10 s. 29: ”Kommittén bör sträva efter en ordning som innebär att rättsväsendets resurser utnyttjas på bästa sätt.” Jfr Lindblom (1999) s. 503, som retoriskt frågar sig vem som ”vill stå upp för ett stelare förfarande och ett mindre effektivt domstolsväsende?”

³¹⁷ Se Ds Ju 1976:8 s. 59 och därefter SOU 1982:26 s. 33.

³¹⁸ Prop. 1973:87 s. 128 ff. och Ds Ju 1976:8 s. 64. Samma uppfattning kommer i mer abstrakt form till uttryck i SOU 2012:93 s. 112 f. Jfr även SOU 1982:26 s. 37, som anger att den föreslagna reformens främsta mål var att göra förfarandet snabbare och billigare.

³¹⁹ Prop. 1973:87 s. 128 f. och 134.

³²⁰ Prop. 1973:87 s. 53 f. Jfr även SOU 1982:26 s. 52 f.

³²¹ Se (dock) dep.ch. i prop. 1973:87 s. 129.

³²² Ds Ju 1976:8 s. 36. Detta kommer tydligt till uttryck i reformeringen av t.ex. domförhållsreglerna (se prop. 1983/84:78 s. 26 f.) och förutsättningarna för rättshjälp (prop. 1973:87 s. 119). För liknande perspektiv avseende mer sentida utveckling se Domstolsverket i rapporten DV 2010:3 samt Ervo (2013) s. 61 ff.

³²³ Se Lindblom (1999) s. 507 f.

³²⁴ Ds Ju 1976:8 s. 36.

³²⁵ Se t.ex. prop. 1973:87 s. 133 f. och 145 samt ovan vid not 280. I ännu äldre förarbeten är avvägningstanken än mer uttalad; se t.ex. SOU 1926:31 s. 17 och prop. 1931:80 s. 119.

att handläggningen i domstolarna skall kunna anpassas till behoven i de enskilda fallen. Samtidigt får kraven på förutsebarhet och rättssäkerhet inte sättas åt sidan.³²⁶

Den andra kategorin flexibilitetsargument, de som tar sikte på komplexitetsreducering, är om möjligt ännu mer svårgripbara.³²⁷ Småmålslagens flexibilitet syftade till att minska graden av detaljstyrning i själva lagen, för att göra reglerna mer lättbegripliga för den enskilde och minska ombudsbehovet (vilket som ovan konstaterats i sin tur skulle minska kostnaderna).³²⁸ Att detta innebar en ökad delegering till domstolarna framstår närmast som en bieffekt. Även i RU:s arbete var det i första hand komplexiteten i *lagstiftningen* som föranledde en utveckling mot flexibla reglering. I propositionen konstateras att utvecklingen av processlagstiftning utanför RB, såsom exempelvis småmålslagen, hade lett till samordnings- och gränsdragningsproblem och dessutom ställt stora krav på parterna i fråga om val av processform.³²⁹ Den ökade flexibilitet i regleringen som föreslogs syftade således i första hand till att skapa en mer överskådlig och lättillgänglig regelmassa.³³⁰ Färre och mindre detaljerade bestämmelser ansågs vara mer lättbegripliga för parterna.³³¹ I någon mån innebär detta en prioritering av begriplighet eller ”användarvänlighet” framför förutsebarhet.³³²

Som framhölls av 1987 års lagstiftare var dock denna ökade komplexitet i lagregleringen en reaktion på samhällsförändringar som hade

³²⁶ Prop. 2004/05:131 s. 78. Väsentligen likalydande formulering återfinns i prop. 1986/87:89 s. 64. Parentetiskt kan noteras att hänvisningen till flexibilitet år 2005 har avancerat till passagens inledning, medan den år 1987 återfanns i dess avslutning. Jfr Bylander (2006) s. 369, som påpekar att dylik sammanblandning av åtminstone delvis motstridiga mål får till effekt att fördunkla snarare än att klargöra reformens inriktning.

³²⁷ Att en av reformerna (prop. 1999/2000:26 s. 49) syftade till att åstadkomma ”en enklare reglering avpassad efter nutida förhållanden” är talande.

³²⁸ Prop. 1973:87 s. 129 och 134. För en diskussion om regel mängdens inverkan på regleringens komplexitet se Fitger (1987) s. 160 ff.

³²⁹ SOU 1982:25 s. 96 f. och prop. 1986/87:89 s. 63 f. Dessa argument utvecklades vidare av Lindblom (1983) s. 747 ff.

³³⁰ Se SOU 1982:26 s. 63 och prop. 1986/87:89 s. 64. Jfr även Ekelöf (1990) s. 82, som noterar klagomål på att ”vi fått så många nya och detaljerade lagar att det inte går att hålla reda på dem”.

³³¹ Fitger (1987) s. 162. Se även SOU 1982:26 s. 68.

³³² Se SOU 1982:26 s. 81, där RU påtalar förutsebarhetsproblem som en konsekvens av alltför långtgående flexibilitet. Jfr dock vad som ovan i och vid not 326 anmärkts om lagstiftarens ovilja att, åtminstone uttryckligen, göra just sådana prioriteringar.

genererat nya rättsliga problem.³³³ Detta ger uttryck för en annan, men besläktad,³³⁴ ambition som också anges till grund för den ökade flexibiliteten, särskilt på senare år. Uppfattningen tycks, lite tillspetsat, vara att 1942 års RB tillkom i en enklare värld, där det var lättare att hitta enhetslösningar som passade alla, medan dagens samhälle är heterogent och svårhanterligt och kräver mer differentierade rättsliga lösningar.³³⁵ Exempel på sådan argumentation återfinns hos 2005 års lagstiftare, som konstaterar att målen som anhängiggörs vid allmän domstol ”generellt sett ökat i komplexitet och omfattning”.³³⁶ Att möta denna utveckling med mer omfattande detaljreglering i enlighet med legalitetsprincipen var, som konstaterats nyss ovan, i princip vad som redan hade prövats, och befunnits otillfredsställande. Alltså: ökad delegation.

Tydligast har denna strategi kanske belysts av 1993 års domarutredning, som påtalar att ”samhällsutvecklingens och samhällets tilltagande komplexitet [tvingar] fram en lagstiftningsteknik med rikligt användande av ramlagar, målsättningsparagrafer och generalklausuler.”³³⁷ Särskilt för processrättens vidkommande framhöll 2005 års lagstiftare att RB:s grundprinciper inte längre lämpar sig för alla mål, utan behöver ”mjukas upp”.³³⁸ Ett annat exempel, dock utanför civilprocessens område, finns hos Straffprocessutredningen, där behovet av en mer flexibel process motiveras med hänvisning till ett ökande antal alltmer komplexa mål

³³³ Prop. 1986/87:89 s. 63. Jfr även Ekelöf (1990) s. 82.

³³⁴ Jfr Biavati (2001) s. 102, som menar att behovet av en enklare processreglering ”walks at the same level with the wide diffusion of litigation, as a consequence of the complexity of society.”

³³⁵ Jfr SOU 2001:103 s. 80: ”Det går emellertid inte att bortse från att RB utarbetades och förbereddes vid en tid som i väsentliga hänseenden skiljer sig från dagens. Även om man inte skall överdriva kan man säga att RB hade sina rötter i ett Sverige, som nu 50 år senare kan te sig avlägset och idylliskt.” Se även prop. 2004/05:131 s. 81. Liknande resonemang förekommer dock redan i dir. 1977:10 s. 27.

³³⁶ Prop. 2004/05:131 s. 81. Se även prop. 1999/2000:26 s. 50 ff.

³³⁷ SOU 1994:99 A s. 45.

³³⁸ Prop. 2004/05:131 s. 81 f. Liknande resonemang gäller inte endast den nuvarande komplexiteten i samhället utan även den förmodade utvecklingstakten; en parallell kan dras till resonemanget kring regleringen om teknikanvändning i bl.a. RB 5:10–12, 6:6–6 a, 35:13–14 och 50:23, där lagstiftaren valde den vagare termen ”ljud- och bildupptagning/-överföring” istället för tidigare ”fotografi”, ”fonetisk upptagning”, ”telefon” och ”videokonferens”, i syfte just att göra lagstiftningen ”flexiblare” och mer anpassad till en förutspådd, snabb samhällsutveckling (prop. 2004/05:131 s. 88 och 224).

som medför att det ”inte [är] möjligt att behandla alla mål på samma sätt.”³³⁹

1999 års rättegångsutredning konstaterar också att ”[i]nternationella förpliktelser har [...] ett växande inflytande på processlagstiftningen genom att sätta en yttre gräns för den svenska lagstiftarens frihet”, men drar inga vidare konsekvenser av uttalandet utöver en allmän ambition att ”söka uppslag till processuella förbättringar utomlands”.³⁴⁰ EKMR och dess betydelse för processrätten diskuteras däremot relativt flitigt i förarbetena, men sällan i relation till just flexibilitetspolitiken och tillämpningen av fakultativa regler.³⁴¹ Vid EMR-reformen noterades dock att den fakultativa regeln om muntlig förhandling i samband med prövningstillståndsprövning i hovrätt (RB 50:7 a st. 2) måste ”tillämpas” (i betydelsen att den fakultativa möjligheten att hålla sådant sammanträde måste utnyttjas) i de fall konventionen stadgar en rätt till muntlig förhandling, om part begärt sådan och hovrätten har för avsikt att inte meddela prövningstillstånd.³⁴²

Något som däremot i princip *inte* diskuteras i förarbetena är potentiella processuella följder av EU-medlemskapet. Enstaka undantag finns, såsom vid permanentandet av möjligheten till närvaro genom ljud- och bildöverföring vid domstolssammanträden, då den ökade internationaliseringen, exemplifierad bland annat med EU:s bevisupptagningsförordning, angavs som ett argument för den nya regleringen.³⁴³ Detta uttalande var dock inte kopplat till regelns fakultativa karaktär. Inte heller diskuterade regeringen processrättsliga frågor i samband med Sveriges inträde i EU, annat än genom allmänna uttalanden om att kränkningar av unionsrätten ska ”sanktioneras i enlighet med liknande materiella och processuella bestämmelser som gäller för överträdelse av nationell

³³⁹ SOU 2013:17 s. 182.

³⁴⁰ SOU 2001:103 s. 81. Jfr även prop. 2004/05:131 s. 81, där det konstateras att internationaliseringen ställer ”nya krav på domstolarna”. I sina komparativa ansatser kan 1999 års rättegångsutredare knappast kallas pionjärer; redan Processkommissionen företog omfattade studier av andra europeiska processordningar (se SOU 1926:31 s. 33 ff. och Modéer (1999) s. 406 f.).

³⁴¹ Eftersom EKMR gäller som lag i Sverige (SFS 1994:1219) kan dock diskuteras om denna typ av resonemang verkligen bör betraktas som ett utslag av ”internationalisering” (även om konventionen som sådan förstås är ett resultat av internationellt samarbete).

³⁴² Prop. 2004/05:131 s. 264.

³⁴³ Prop. 2004/05:131 s. 86 f. Jfr även prop. 1998/99:65 s. 9.

rätt av samma slag³⁴⁴ och ställningstagandet att förhandsavgörandeinstituten inte behöver regleras direkt i RB.³⁴⁵ Inte heller i samband med ratificeringen av EES-avtalet berördes processuella frågor annat än helt ytligt.³⁴⁶ Som kommer att visas nedan³⁴⁷ hade frågan förtjänat mer uppmärksamhet.

3.3 Sammanfattande kommentar

Sammanfattningsvis finns en tydlig trend inom processrätten mot ökad flexibilitet, vilket bland annat tar sig uttryck i en ökning av både antalet fakultativa regler och de delar av processrätten som omfattas av fakultativ reglering. Någon generell minskning av antalet paragrafer i RB kan däremot inte urskiljas, vilket tyder på att delegationen sker explicit snarare än genom avreglering.³⁴⁸ Utvecklingen motiveras, i den utsträckning den alls motiveras, huvudsakligen med två argument: effektivisering av förfarandet, framför allt i betydelsen kostnadsreducering, och förenkling av regleringen i synnerhet genom minimering av detaljstadganden. I viss mån är dessa mål sammankopplade: genom en enklare reglering minskar den enskildes ombudsbehov, vilket leder till minskade processkostnader främst för parterna. Det finns dock även en uttalad ambition om att minska domstolsväsendets kostnader genom bland annat ökad användning av ensamdomare och mindre sitsar, uppmjukat krav på huvudförhandling och ökade möjligheter att hänvisa till handlingarna, och en uppfattning om att valet mellan dessa olika handläggningsformer bör träffas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda målet. Denna typ av reglering anses också bidra till att hålla lagstiftningen à jour med samhällsutvecklingen, som lagstiftaren tycks uppfatta som allt snabbare och därmed allt svårare att följa och reglera.

³⁴⁴ Prop. 1994/95:19 s. 525.

³⁴⁵ Prop. 1994/95:19 s. 528. Det kan noteras att den norska lagstiftaren i samband med EFTA-inträdet intog motsatt ståndpunkt (Ot.prp. nr. 77 (1992-93) s. 37 f.). Se även Lindblom (1992) s. 133.

³⁴⁶ Se prop. 1991/92:170, bilaga 2 s. 8.

³⁴⁷ Kap. 4 och framåt.

³⁴⁸ 1987 och 2005 års reformer innebar t.ex. att 13 respektive nio paragrafer infördes i RB, medan endast sju respektive sex upphävdes (prop. 1986/87:89 s. 2 resp. 2004/05:131 s. 8). Jfr även Fitger (1987) s. 172, som menar att en ambition att minska antalet paragrafer i RB inte är realistisk.

Allmänt kan slutligen noteras att utvecklingen i här diskuterat avseende i hög utsträckning förefaller vara relativt oreflekterad. Eftersom ökad anpassningsbarhet var anbefallen redan i den departementspromemoria som låg till grund för Rättegångsutredningens direktiv förefaller det som om en mer flexibel ordning med tiden (och ganska snabbt) kommit att betraktas som ett mål i sig, varför syftet med utvecklingen inte blivit föremål för någon särskilt omfattande diskussion.³⁴⁹ Detta förefaller betänkligt. Valet mellan legalitets- och delegationsprinciperna är en fråga om regleringsteknik, som rimligen är relevant endast i förhållande till sina effekter. För att spetsa till exemplet: att ersätta ett ”ska” med ett ”får” är *i sig* knappast positivt eller negativt, men kan däremot få följder som är det ena eller det andra. Att, i likhet med Rättegångsutredningen men till skillnad från de flesta andra förarbetens slagordsmässiga likställande av flexibilitet med etablerade ledstjärnor som snabbhet, säkerhet och billighet, betrakta flexibiliseringen som en metod för att uppnå något annat hade framstått som mer välbetänkt.³⁵⁰ Delar av detta ”något annat” – vad som uppnås genom en i allt högre grad fakultativ processlagstiftning – kommer att diskuteras i den fortsatta studien.

³⁴⁹ Jfr Lindblom (2000) s. 149, som menar att flexibiliteten ”driven till sin spets riskerar [...] att på ett paradoxalt sätt transsubstantieras i en egen metaprinzip”.

³⁵⁰ Se SOU 1982:26 s. 37 (med min kursivering): ”Syftet med översynen skall främst vara att – med tillgodoseende av befogade rättssäkerhetskrav – göra förfarandet billigare och snabbare. *Som ett medel att uppnå syftet* anvisas i direktiven en ökad flexibilitet.” Se även a. SOU s. 55 samt SOU 1982:25 s. 93.

4 Den nationella processuella autonomin och dess begränsningar

No longer is European law an incoming tide flowing up the estuaries of England. It is now like a tidal wave bringing down our sea walls and flowing inland over our fields and houses – to the dismay of all.

Lord Denning

Men låt rätten välla fram som vatten
och rättfärdigheten som en ousinlig ström!

Amos 5:24

4.1 Nationell processuell autonomi

Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande åläggs medlemsstaterna övergripande processuella förpliktelser dels i artikel 19(1) st. 2 FEU, som fastslår medlemsstaternas ansvar för att tillhandahålla ett effektivt rättsskydd,³⁵¹ dels i artikel 47 SGR som fastställer enskildas rätt till effektivt rättsmedel inför domstol.³⁵² Därutöver finns civilprocessrättslig normgivningskompetens för unionen i artikel 81 FEUF, som dock begränsas till harmoniserande åtgärder i frågor med gränsöverskridande element. Någon

³⁵¹ Som både Bernitz (2008) s. 82 och Bergström m.fl. (2008) s. 65 har uppmärksammat är ordet "överklagande" i den svenska versionen av art. 19 FEU missvisande. Vad som avses är istället "rättsmedel" i europarättslig bemärkelse (jfr not 20 ovan).

³⁵² Stadgan riktar sig visserligen till både unionen och medlemsstaterna, men i EU-domstolens praxis har det flera gånger klargjorts att huvudansvaret för att tillförsäkra enskilda tillgång till domstolsprövning åvilar medlemsstaterna. Redan i 166/73 *Rheinmühlen* p. 2 från år 1974 talar EU-domstolen om "kravet på att gemenskapsrätten skall ges full verkan inom ramen för medlemsstaternas instansordningar" (på engelska och franska används det vidare begreppet "rättsordningar": "judicial systems" resp. "systèmes juridictionnels"). Se även 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 12, C-50/00 P *UPA* p. 40–41 samt EU-domstolens yttrande 1/09 p. 80–84. Jfr Galetta (2010) s. 9 ff.

mer heltäckande processlagstiftning på unionsnivå har inte kommit till stånd.³⁵³ Det har visserligen argumenterats för att artikel 81 FEUF skulle kunna utgöra rättslig grund för harmonisering av medlemsstaternas processordningar i allmänhet,³⁵⁴ hittills har emellertid den lagstiftning som antagits på grundval av artikeln varit begränsad till den internationella privaträttens område.³⁵⁵ Däremot har EU-domstolen ansett att processrättslig kompetens följer av unionens materiella kompetens på vissa områden, vilket lett till harmonisering av vissa former av specialprocess, bland annat inom konsument- och konkurrensrätten.³⁵⁶

I avsaknad av harmoniserad processrätt är det, med EU-domstolens ord, upp till ”varje medlemsstat att i sin interna rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har till följd av den direkta effekten av [union]srätten.”³⁵⁷ Tvister i unionsrättsliga frågor slits således inom respektive medlemsstats domstolssystem och i enlighet med den aktuella medlemsstatens nationella processreglering. Här ligger både en behörighet bestående i att unionsrätten inte hindrar medlemsstaterna från att själva reglera på processrättens område eller att tillämpa dessa regler även i fall där materiell unionsrätt är tillämplig i sakfrågan,³⁵⁸ och en skyldighet att göra just detta i syfte att garantera unionsrättens genomslag.³⁵⁹

³⁵³ Andersson (1997/98) s. 810 och Adinolfi (2012) s. 282 förklarar avsaknaden av harmoniseringsåtgärder med bristande politisk vilja och Horspool och Humphreys (2014) s. 181 med att harmonisering vore praktiskt taget omöjligt med hänsyn till ”the variety of approaches in different jurisdictions, and because procedural rules and remedies are part of a coherent whole legal system with different philosophies, histories and court systems.” Se för vidare diskussion Storskrubb (2011) s. 301 f. med hänvisningar.

³⁵⁴ Se Dougan (2004) s. 102 ff., Reichel (2006) s. 123 och van Rhee (2012) s. 54. A.m. se Galetta (2010) s. 10. Jfr även domarna i 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 14, där EU-domstolen påpekar att processrättslig harmonisering skulle vara möjlig enligt nuvarande art. 114–118 och 352 FEUF. EU-domstolen har dock inte upprepat detta påpekande, som inte heller förefaller ha vunnit genomslag i praktiken (jfr Craig och de Búrca (2011) s. 219 f., där denna passage har utslutits i återgivningen av avgörandet i *Rewe*).

³⁵⁵ Dessa instrument behandlas utförligt av Storskrubb (2008).

³⁵⁶ Se vidare i detta avseende Tulibacka (2009) s. 1546 ff. och Arnall (2011) s. 63 ff.

³⁵⁷ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 17. Liknande formuleringar återfinns i åtskilliga av EU-domstolens avgöranden.

³⁵⁸ Jfr EU-domstolens dom i 34/67 *Lück*, som trots att den meddelades redan år 1968 sällan citeras som den nationella processautonomins ursprung.

³⁵⁹ Se Lenaerts m.fl. (2014) s. 107.

Det decentraliserade genomförandet av unionsrätten brukar inom litteraturen, och numera även av EU-domstolen själv, beskrivas som principen om medlemsstaternas processuella autonomi.³⁶⁰ Det finns emellertid flera viktiga begränsningar i medlemsstaternas självstyre i processuella frågor; så viktiga att termen *autonomi* framstår som missvisande.³⁶¹ För det första bör framhållas att principen inte innebär att unionen är förhindrad att utfärda regler i processuella frågor.³⁶² Som konstaterats ovan delegerar fördragen normgivningskompetens till unionen även på processrättens område, varför medlemsstaternas autonomi inte kan förstås som en *immunitet* mot unionsrättslig inblandning.³⁶³ I den mån det finns processuell reglering på unionsnivån omfattas denna av företrädesprincipen och övertrumfar därför nationell reglering i händelse av normkonflikt.³⁶⁴

³⁶⁰ EU-domstolen använde begreppet "processuell autonomi" i sitt eget resonemang för första gången i avgörandet C-201/02 *Wells*, p. 65 och 67, år 2004. Dessförinnan hade uttrycket vid ett fåtal tillfällen figurerat i dess domar i referat av parters och intervenienters inlagor (se C-125/01 *Pflücke* p. 24, C-473/00 *Cofidis* p. 28, C-453/99 *Courage mot Crehan* p. 15 och C-224/97 *Ciola* p. 24). Generaladvokaterna har dock använt uttrycket sedan år 1988, se förslag till avgörande i 94/87 *Kommissionen mot Tyskland* p. 1 och 6. Man kan spekulera i varför EU-domstolen slutligen valde att börja använda det redan vid det laget vedertagna begreppet, och varför den inte gjorde det tidigare (jfr Bobek (2012) s. 321).

³⁶¹ Se t.ex. Kakouris (1997), s. 1411 och Bobek (2012) s. 320, som båda konkluderar att någon processuell autonomi inte existerar, samt van Gerven (2000) s. 502 som föreslår att vi ska "abandon the term procedural *autonomy* and [...] speak of procedural *competence* of Member States" (kursivering i originalet). Se även Flynn (2008) s. 246, som menar att begränsningarna på senare tid "have come to overshadow th[e] core of national procedural and remedial freedom", samt Craig och de Búrca (2011) s. 220, Ward (2007) s. 193 och Reichel (2006) s. 118.

³⁶² Bobek (2012) s. 320 f. påpekar att "the term 'procedural autonomy' creates a false impression, namely that in procedural matters, Member States are 'autonomous' and that any judicial activity of the Court of Justice in this field is actually a 'trespass' onto the autonomy of the Member States." Haapaniemi (2009) s. 117 kritiserar på liknande grunder begreppet eftersom det "connotes to Member States' exclusive competence, although it in reality is shared." Se även Biondi (Reforms 2005) s. 234 ff.

³⁶³ Jfr Delicostopoulos (2003) s. 613, som beskriver principen som "a combination of national procedural competence and European procedural primacy." Liknande ståndpunkt intas av Galetta (2010) s. 12 f.

³⁶⁴ 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 13 (kursiverat här): "I avsaknad av [unions] rättsliga bestämmelser på detta område tillkommer det därför varje medlemsstat att [...] utse de behöriga domstolarna och fastställa rättegångsreglerna ..." Se även Prechal (1998) s. 685, särskilt not 16, och de Witte (2011) s. 340. Delicostopoulos (2003) skiljer på "primacy" och "supremacy" och menar att det inte föreligger "a notion of European procedural

Vidare begränsas medlemsstaternas handlingsfrihet i processrättsligt hänseende av enskildas rätt till ett ”effektivt domstolsskydd” på unionsrättens tillämpningsområden (jfr ovannämnda artikel 19 FEU). Den yttersta behörigheten att tolka vad som utgör *effektivitet* i detta avseende tillkommer EU-domstolen, som har utnyttjat denna behörighet relativt flitigt i praxis.³⁶⁵ Ytterligare två centrala begränsningar utgörs av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna, som etablerades i de välbekanta avgörandena *Rewe* och *Comet* år 1976,³⁶⁶ och som enligt domstolen ger ”uttryck för medlemsstaternas allmänna skyldighet att säkerställa ett domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten”.³⁶⁷ Slutligen är medlemsstaterna skyldiga att leva upp till de minimikrav som följer av rätten till domstolsprövning, som både erkänts som en allmän rättsprincip i EU-domstolens praxis³⁶⁸ och kodifierats i artiklarna 6 EKMR (som dock endast indirekt är bindande inom unionsrätten)³⁶⁹ och 47 SGR.

Samtliga dessa principer uttolkas av EU-domstolen, vars praxis i dagsläget omfattar flera frågor av klassiskt processrättslig karaktär såsom prorogationsavtal,³⁷⁰ res judicata,³⁷¹ parternas dispositionsrätt och jura novit curia,³⁷² domstols sakliga behörighet,³⁷³ ogiltigförklarande av skiljedom,³⁷⁴ reformatio in pejus i högre rätt,³⁷⁵ rättshjälp,³⁷⁶ bevisbörda och fri

supremacy in its own right. There is, however, a *praxis* of procedural primacy” (s. 606, kursivering i originalet).

³⁶⁵ Art. 19(1) st. 2 FEU infördes genom Lissabonfördraget och saknar motsvarighet i tidigare versioner av fördragen. Artikeln ger dock uttryck för en rättsprincip som långt tidigare etablerats i EU-domstolens praxis, se bl.a. Adinolfi (2012) s. 282 f. samt vidare avsnitt 4.2.1 nedan.

³⁶⁶ 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 13 och 16.

³⁶⁷ C-268/06 *Impact* p. 47.

³⁶⁸ Se 222/84 *Johnston* p. 17–19 och 222/86 *Heylens* p. 14–15.

³⁶⁹ Se art. 6(3) FEU och EU-domstolens yttrande 2/13 p. 179.

³⁷⁰ C-240/98 till C-244/98 *Océano* och C-243/08 *Pannon*.

³⁷¹ C-453/00 *Kühne & Heitz*, C-234/04 *Kapferer*, C-119/05 *Lucchini* och C-2/08 *Falimento Olimpclub*.

³⁷² C-87/90 till C-89/90 *Verholen*, C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, C-312/93 *Peterbroeck* och C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd*. Se även C-137/08 *Pénzügyi Lízing* angående domstols inhämtande av bevisning ex officio.

³⁷³ C-268/06 *Impact*.

³⁷⁴ C-168/05 *Mostaza Claro*, C-126/97 *Eco Swiss* och C-40/08 *Asturcom*.

³⁷⁵ C-455/06 *Heemskerk*.

³⁷⁶ C-279/09 *DEB*.

bevisföring³⁷⁷ samt talerätt.³⁷⁸ När begreppet ”nationell processuell autonomi” används i denna avhandling bör det förstås mot bakgrund av dessa begränsande faktorer, och inte som ett uttryck för någon medlemsstats-suveränitet på processrättens område.³⁷⁹ Den fortsatta framställningen i detta kapitel kommer i huvudsak syfta till att fördjupa diskussionen om hur de ovannämnda inskränkningarna i medlemsstaternas processautonomi har utvecklats i EU-domstolens praxis och hur de påverkar fakultativa regler på medlemsstatsnivå.

Gemensamt för de principer som ska diskuteras i detta kapitel³⁸⁰ är att de syftar till att genomföra eller förstärka andra, materiella unionsrättsliga bestämmelser, men däremot saknar självständig verkan; om det inte finns någon unionsrättighet att genomföra kan det heller inte finnas någon plikt att genomföra den lojalt och effektivt, et cetera.³⁸¹ Principerna blir därför endast tillämpliga om en annan, materiell unionsrättslig regel är eller påstås vara tillämplig i sak.³⁸² Kravet på att materiell EU-rätt ska vara ”tillämplig” kan dock inte förstås som en begränsning till mål där primär eller sekundär unionsrätt tillämpas direkt, utan omfattar alla fall där ”national legislation affects interests protected by [Union] law or pertains to an area where there is [Union] legislation.”³⁸³

Till detta område hör tveklöst åtminstone två ytterligare situationer:³⁸⁴ dels mål som regleras av nationell, implementerande lagstiftning,³⁸⁵ och detta oavsett om den nationella lagstiftningen ifråga vid sitt ikraftträdande var avsedd att implementera unionsrätten eller inte,³⁸⁶ dels mål där medlemsstaternas nationella lagstiftning legitimt, med tillämpning

³⁷⁷ 199/82 *San Giorgio*, C-276/01 *Steffensen* och C-526/04 *Laboratoires Boiron*.

³⁷⁸ C-432/05 *Unibet* och, åtminstone i vid mening, C-97/91 *Oleificio Borelli*.

³⁷⁹ Se Prechal (1998) s. 682 i not 3. Jfr även Arnulf (2011) s. 52 vid not 8.

³⁸⁰ Effektivitets- och likvärdighetsprinciperna, principen om effektivt rättsskydd, lojalitetsprincipen och principen om unionsrättskonform tolkning.

³⁸¹ Jfr, avseende lojalitetsprincipen, Constantinesco (1987) s. 110, Accetto och Zleptnig (2005) s. 386 och Temple Lang (2001) s. 91.

³⁸² Tridimas (2006) s. 36 ff., Dougan (2013) s. 74 f., Lenaerts och Gutiérrez-Fons (2010) s. 1642 och C.M.L. Rev. Editorial (2010) s. 1589 samt C-427/06 *Bartsch* p. 23–25.

³⁸³ Tridimas (2006) s. 41. Se även Reichel (2006) s. 195, Schermers och Waelbroeck (2001) s. 35 f. samt generaladvokaten (Sharpston) i C-427/06 *Bartsch*, förslag till avgörande p. 69.

³⁸⁴ Tridimas (2006) s. 36 ff., Reichel (2006) s. 192 f. och Dougan (A Constitutional Order of States? 2011) s. 228 f.

³⁸⁵ Se t.ex. 5/88 *Wachauf* p. 19, C-2/92 *Bostock* p. 16 och C-292/97 *Karlsson* p. 37.

³⁸⁶ Se C-81/05 *Cordero Alonso* p. 29 och 35–37. Jfr även C-144/04 *Mangold* p. 51.

av undantagsbestämmelser i fördragen, avviker från harmoniserande reglering på unionsnivå.³⁸⁷ På ledarplats i *Common Market Law Review* har därtill föreslagits att även situationer reglerade av nationell lagstiftning, som inte implementerar unionsrätten men som har *samma tillämpningsområde* som en materiell unionsrättsakt, kan anses tillhöra fördragets tillämpningsområde i här aktuell bemärkelse.³⁸⁸

Hur stark kopplingen mellan en given sekundärrättsakt eller fördragsbestämmelse och den tillämpliga nationella lagstiftningen i ett visst fall behöver vara för att målet ska anses falla under fördragets tillämpningsområde och de allmänna rättsprinciperna ska bli tillämpliga förblir för närvarande oklart. Vad gäller exempelvis på ett rättsområde som är föremål för minimiharmonisering, men där ett visst rättsfall uteslutande aktualiserar tillämpning av mer långtgående nationell lagstiftning?³⁸⁹ Klart är dock att någon form av substantiell unionsrättslig reglering krävs för att de allmänna principerna ska bli tillämpliga; endast förekomsten av en *normgivningskompetens* i EU:s primärrätt kan således inte innebära att rättsområdet i sin helhet anses tillhöra unionsrätten i här relevant mening.³⁹⁰ Artikel 81 FEUF om rättsligt samarbete i civilrättsliga frågor kan därför inte i sig innebära att hela civilprocessrätten tillhör fördragets tillämpningsområde.

³⁸⁷ Se t.ex. C-260/89 *ERT* p. 43, C-438/05 *Viking* p. 75–90 och C-341/05 *Laval* p. 93–95 och 101–111. Även illegitima avvikelser från unionsrätten – fördragsbrott – omfattas naturligtvis av fördragets tillämpningsområde; i sådana fall lär det dock mer sällan bli aktuellt att tillämpa allmänna rättsprinciper, eftersom den nationella lagstiftningen som huvudregel ska åsidosättas.

³⁸⁸ C.M.L. Rev. Editorial (2010) s. 1590 och 1593 med hänvisning till C-555/07 *Kücükdeveci* p. 23–27. Dougan ställer sig tveksam till att tillskriva EU-rätten ett så vidsträckt tillämpningsområde (Dougan (A Constitutional Order of States? 2011) s. 236 ff. och dens. (2013) s. 80, se även de invändningar som diskuteras redan i C.M.L. Rev. Editorial (2010) s. 1594 f).

³⁸⁹ Tridimas (2006) s. 41 menar med stöd av C-20/00 och C-64/00 *Booker Aquaculture* att nationell lagstiftning som går utöver vad som krävs enligt sekundärrättslig minimiharmonisering omfattas av fördragets tillämpningsområde åtminstone om den utgör en del av den implementerande rättsakten och dessutom eftersträvar samma mål som unionsrätten. Det kan dock, med hänvisning till att medlemsstaternas möjligheter att införa mer långtgående regler i det fallet var kraftigt begränsade (se *Booker Aquaculture* p. 89), ifrågasättas om *Booker Aquaculture* är tillräckligt stöd för en sådan slutsats; Tridimas påpekar också att avgörandets räckvidd är osäker. Det skulle leda för långt att utreda denna fråga vidare här.

³⁹⁰ Tridimas (2006) s. 40 samt Schermers och Waelbroeck (2001) s. 37.

4.2 EU-rättens minimikrav på nationell processrätt

4.2.1 Effektivitet

Effektivitet är ett mångfacetterat begrepp inom unionsrätten och att tala om ”effektivitetsprincipen” i singular är därför inte oproblemiskt. Effektivitetskrav uppträder i EU-domstolens processuella praxis i flera olika skepnader, varav minst tre mer eller mindre fristående principer kan urskiljas.³⁹¹ Dessa är för det första principen om unionsrättens fulla verkan eller genomslag (ofta omnämnd med det franska uttrycket ”effet utile” eller på engelska som EU-rättens ”full effectiveness”) som låg till grund för exempelvis avgörandet i *Simmenthal*, för det andra den ovan nämnda effektivitetsprincip som etablerades i *Rewe* och *Comet*, och för det tredje principen om effektivt rättsskydd, som etablerades i *Johnston* och numera kodifierats i artikel 19 FEU och 47 SGR.³⁹² Här saknas både utrymme och anledning att försöka etablera en mer djupgående förståelse för EU-domstolens praxis kring effektivitetskonceptet. I det följande kommer jag ge en kort introduktion till samtliga tre, med tyngdpunkt på effektivitetskraven från *Rewe/Comet* och *Johnston*.³⁹³

³⁹¹ Lenaerts m.fl. (2014) s. 110.

³⁹² 106/77 *Simmenthal* p. 20, 22 och 24 resp. 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 16 resp. 222/84 *Johnston* p. 17–19 och 222/86 *Heylens* p. 14–15. Jfr van Gerven (2000) s. 504, dock utan hänvisningar. Angående skiljelinjen mellan de två förstnämnda effektivitetsbegreppen se Nordback (2005) s. 66 f., Prechal (1998) s. 684 och 687 ff., Haapaniemi (2009) s. 99 ff. och Engström (2009) s. 80 ff., samt Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 427 som omtalar *Simmenthal*-praxisen som ”some broader concept of effectiveness”, som han menar vara ”not only quantitatively but qualitatively different from the principle of effectiveness in its narrow *Rewe/Comet* sense.” Tydligast framgår uppdelningen i två (delvis) skilda principer kanske i rättsfall som C-453/99 *Courage mot Crehan* (se Nordback (a.st.) och Engström (a.st.) för fler exempel), där domstolen i separata uttalanden refererar både till unionsrättens ”fulla verkan” (eng. ”the full effectiveness”, fr. ”la pleine efficacité”) och till ”effektivitetsprincipen” (eng. ”principle of effectiveness”, fr. ”principe d’efficacité”), se p. 26 resp. 29. I *Johnston* och *Heylens* slutligen hänvisar EU-domstolen varken till *Simmenthal* eller (uttryckligen) till unionsrättens effektivitet, utan istället till EKMR art. 6 och 13 och till ”författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.” Se vidare Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 431 ff., Reichel (2006) s. 129 f. och Prechal (2005) s. 143 f. Jfr dock Drake (2000) och Andersson (1997), som förefaller använda ”effective judicial protection” resp. ”rättsskyddsprincipen” i en mer allmän betydelse, omfattande flera typer av unionsrättsliga effektivitetskrav. Relationen mellan *Rewe*- och *Johnston*-doktrinerna kommer att behandlas mer utförligt nedan.

³⁹³ Jag kommer fortsättningsvis – huvudsakligen i överensstämmelse med EU-domstolens terminologi – att omtala dessa praxissviter som effektivitetsprincipen resp. (principen om) effektivt rättsskydd. Effektivitetskravet från 106/77 *Simmenthal* kommer att benämnas principen om unionsrättens fulla genomslag eller dess effet utile.

Effektivitetsprincipen innebär enligt den kända formuleringen från *Rewe* och *Comet* att nationella processregler inte får innebära att utövandet av ur unionsrätten härledda materiella rättigheter blir *i praktiken omöjligt*.³⁹⁴ Inledningsvis tillämpades principen tämligen restriktivt och EU-domstolen föreföll ovillig att underkänna nationella processregler.³⁹⁵ Med åren har domstolens interventionsbenägenhet emellertid ökat betydligt. Avgörandet i *San Giorgio* från år 1983 markerar ett av de första tillfällena då EU-domstolen underkände en nationell processregel. *San Giorgio* är också värt att uppmärksamma eftersom EU-domstolen där tycks modifiera effektivitetsprincipen (begreppet ”effektivitetsprincipen” hade emellertid vid den tidpunkten ännu inte etablerats i domstolens terminologi) genom att fastslå att nationella processregler inte får medföra att genomdrivandet blir ”praktiskt taget omöjligt eller orimligt svårt”.³⁹⁶

Ur en språklig synvinkel kan det knappast förnekas att ”orimligt svårt” framstår som ett strängare test för medlemsstaternas processregler än ”i praktiken omöjligt”.³⁹⁷ Själva omformuleringen utgjorde dock knappast någon medveten praxisändring – den ursprungliga formuleringen återfinns i flera senare avgöranden,³⁹⁸ bland dem *Emmott* som ofta betraktas som ett av EU-domstolens mest ingripande avgöranden i processrättsligt hänseende³⁹⁹ – men kan betraktas som ett uttryck för en successiv attitydförändring. I senare tids avgöranden är det ovanligt att tillägget ”eller orimligt svårt” saknas i avgöranden som aktualiserar effektivitetsprincipen.⁴⁰⁰ Denna utveckling sammanfaller med att EU-domstolen under

³⁹⁴ 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 16.

³⁹⁵ 68/79 *Just* p. 18–27, 119/79 och 126/79 *Lippische Hauptgenossenschaft* p. 7–11, 205/82 till 215/82 *Deutsche Milchkontor* p. 15–39 (särskilt 15–26), 61/79 *Denkavit italiana* p. 23–28, 826/79 *Mireco* p. 10–16 och 811/79 *Ariete* p. 9–17. Se även Arnall (2011) s. 52, Prechal och Widdershoven (2011) s. 39, Tridimas (2006) s. 420 f. och Dougan (2004) s. 29.

³⁹⁶ 199/82 *San Giorgio* p. 14 (kursiverat här).

³⁹⁷ Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 413 betraktar ’orimligt svårt’ som en ”appreciably lower threshold of scrutiny” än ’i praktiken omöjligt’ och Flynn (2008) s. 249 uttalar om det förändrade kriteriet: ”Clearly, this change extends the scope of the Court’s ability to determine whether EC law permits national procedural rules of a given kind.” Se även Prechal (2005) s. 137 f. Jfr dock Hoskins (1996) s. 366, som verkar betrakta uttrycken som synonyma.

³⁹⁸ Se t.ex. 309/85 *Barra* p. 18 och 240/87 *Deville* p. 12, båda avgjorda år 1988.

³⁹⁹ C-208/90 *Emmott* p. 16. Se Craig och de Búrca (2011) s. 224 och Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 413 ff.

⁴⁰⁰ Se t.ex. C-499/13 *CA Consumer Finance* p. 23, C-249/13 *Boudjlida* p. 41, C-22/13, C-61/13 till C-63/13 och C-418/13 *Mascolo m.fl.* p. 78, C-166/13 *Mukarubega* p. 51

1980-talet och framåt blivit mer benägen att både legalitetspröva och underkänna processuella regler på medlemsstatsnivå.⁴⁰¹

Tolkningen av begreppen ”praktiskt taget omöjligt” och ”orimligt svårt” åligger i princip, på det abstrakta planet, EU-domstolen, medan det är de nationella domstolarna som är behöriga att avgöra om en viss nationell regel har sådana effekter att den faller inom begreppens referensramar.⁴⁰² I praktiken är det dock inte ovanligt att EU-domstolens vägledning är av sådan omfattning att utrymmet för en självständig bedömning i den nationella domstolen måste bli mycket begränsat.⁴⁰³

Frågan om en viss nationell bestämmelse står i strid med effektivitetsprincipen ska, som fastställdes av EU-domstolen i *van Schijn del* och *Peterbroeck*, ”analyseras med beaktande av bestämmelsens ställning i förhållande till hela förfarandet, dess förlopp och särdrag, inför de olika nationella instanserna” och av ”de principer [...] som ligger till grund för det nationella rättssystemet”.⁴⁰⁴ Detta tillvägagångssätt har sedermera bekräftats i flera avgöranden.⁴⁰⁵ Det bör dock noteras att uttalandet från *van Schijn del* och *Peterbroeck*, trots att det rönt stor uppmärksamhet i litteraturen, ingalunda upprepats varje gång effektivitetsprincipen aktualiserats i senare rättspraxis;⁴⁰⁶ tvärtom förefaller de avgöranden som innehåller en explicit hänvisning till helhetsbedömningen från *van Schijn-*

och C-437/13 *Unitrading* p. 27 (de fem domar under sista kvartalet år 2014 där effektivitetsprincipen nämns).

⁴⁰¹ Se t.ex. Arnulf (2011) s. 52 f., Craig och de Búrca (2011) s. 223 ff. och Dougan (2004) s. 29 ff. Tridimas (2006) s. 424 sammankopplar uttryckligen den ändrade formuleringen med domstolens strängare praxis.

⁴⁰² Detta följer av art. 267 FEUF. Se t.ex. C-276/01 *Steffensen* p. 68, C-432/05 *Unibet* p. 59, C-40/08 *Asturcom* p. 56 och C-526/04 *Laboratoires Boiron* p. 55 samt för en mer utförlig diskussion förslag till avgörande i C-30/02 *Recheio* p. 28–34.

⁴⁰³ Se t.ex. C-317/08 till C-320/08 *Alassini* p. 52–60, C-526/04 *Laboratoires Boiron* p. 55–56 och C-343/96 *Dilexport* p. 60. Se även Ward (2007) s. 111 f., Bernitz (2010) s. 51 f., Nordback (2005) s. 74 och 79 samt Lenaerts m.fl. (2014) s. 109 i not 9.

⁴⁰⁴ C-430/93 och C-431/93 *van Schijn del* p. 19. Se även C-312/93 *Peterbroeck* p. 14, som är i allt väsentligt likalydande.

⁴⁰⁵ Se t.ex. C-276/01 *Steffensen* p. 66, C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd* p. 33, C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* p. 27 och C-40/08 *Asturcom* p. 39. Intresseavvägningen från *van Schijn del* tycks i vissa fall även ha tillämpats trots att EU-domstolen inte återupprepat det principiella uttalandet från det fallet, se t.ex. C-326/96 *Levez* p. 33, C-125/01 *Pflücke* p. 39, C-268/06 *Impact* p. 51 och C-227/08 *Martín Martín* p. 20.

⁴⁰⁶ Se t.ex. C-212/94 *EMC*, C-78/98 *Preston*, C-453/99 *Courage mot Crehan* och C-19/08 *Petrosian* samt de i föregående not nämnda C-326/96 *Levez*, C-125/01 *Pflücke*, C-268/06 *Impact* och C-227/08 *Martín Martín*. Jfr Prechal (1998) s. 692 och Haapaniemi (2009) s. 98.

dell/Peterbroeck vara i klar minoritet.⁴⁰⁷ Dessutom tycks EU-domstolen ha tillämpat effektivitetsprincipen med viss hänsyn till grundläggande processprinciper redan före år 1995, varför det finns andra varianter av liknande intresseavvägningar i domstolens praxis kring effektivitetsprincipen.⁴⁰⁸

Vad som däremot förefaller vara nytt i *van Schijndel* är EU-domstolens uttalande centrering vid omständigheterna i det enskilda fallet och den ifrågasatta processregelns effekt på dessa.⁴⁰⁹ I *Cofidis* menade EU-domstolen att det följer av det i *van Schijndel* anbefallna helhetsperspektivet att dess avgöranden inte är något annat än ”enskilda bedömningar vari hänsyn tagits till hela det faktiska och juridiska sammanhanget i varje enskilt fall”, vilka ”inte [kan] överföras automatiskt till andra områden än dem som avgörandena avsåg.”⁴¹⁰ Denna tendens har kritiserats för att försvåra de nationella domstolarnas uppgift, öka behovet av förhandsavgöranden och minska förutsebarheten i processen.⁴¹¹ Samtidigt som effektivitetsprincipen blivit ”starkare” eller mer ingripande, har den alltså även blivit mer kasuistisk och dess effekter därmed mer svårförutsebara. Därtill kommer att effektivitetsprincipens förhållande till och gränser mot andra och starkare effektivitetsprinciper, som påpekats ovan, är oklara.

En sådan konkurrerande princip är den om effektivt rättsskydd, som successivt, särskilt sedan artikel 47 SGR blivit bindande i samband med

⁴⁰⁷ Per den 31 december 2014 hade sådana hänvisningar förekommit i totalt 14 mål: C-326/96 *Levez*, C-63/01 *Evans*, C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd*, C-210/09 *Scott och Kimberley Clark*, C-473/00 *Cofidis*, C-327/00 *Santex*, C-276/01 *Steffensen*, C-432/05 *Unibet*, C-426/05 *Tele2 Telecommunication*, C-21/08 *Fallimento Olimpclub*, C-40/08 *Asturcom*, C-246/09 *Bulicke*, C-249/11 *Byankov* och C-93/12 *Agrokonsulting-04*. Detta inkluderar dock inte indirekta hänvisningar (hänvisningar till ett mål som hänvisar till *van Schijndel* eller *Peterbroeck*). Under samma period har EU-domstolen hänvisat till effektivitetsprincipen i omkring 170 mål.

⁴⁰⁸ En hänvisning till ”den grundläggande principen om rättssäkerhet” förekommer redan i 33/76 *Rewe* p. 5 in fine och 45/76 *Comet* p. 18. Det förekommer också, särskilt i mål avseende tidsfrister, att EU-domstolen hänvisar till rättssäkerhetsuttalandet i *Rewe* stället för principavvägningen i *van Schijndel*, se bl.a. C-261/95 *Palmisani* p. 28, C-78/98 *Preston* p. 33 och C-88/99 *Roquette Frères* p. 22. Se även Engström (2009) s. 75 vid not 151.

⁴⁰⁹ Se de tidiga kommentarerna Heukels (1996) s. 349 och de Búrca (1997) s. 41.

⁴¹⁰ C-473/00 *Cofidis* p. 37. De franska och engelska språkversionerna visar tydligare att EU-domstolen menar att en följd av att nationella regler analyseras ur ett helhetsperspektiv är att slutsatserna blir kasuistiska.

⁴¹¹ de Búrca (1997) s. 45, Hoskins (1996) s. 375 f. och Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 420. Jfr dock, ang. behovet av förhandsavgöranden, Nordback (2005) s. 72.

Lissabonfördragets ikraftträdande, fått en tydligare position i EU-domstolens praxis. Arnulf menar att principen om effektivt rättsskydd bör uppfattas som en bredare princip vari effektivitets- och likvärdighetsprinciperna utgör delmoment.⁴¹² Prechal och Widdershoven argumenterar istället för att principen om effektivt rättsskydd bör uppfattas som en från effektivitetsprincipen fristående, men parallellt tillämplig, princip, där den förra tar sikte på medlemsstaternas skyldighet att garantera den enskildes rätt till domstolsprövning medan den senare främst syftar till att säkerställa gemenskapsrättens effektiva genomslag.⁴¹³ Engström pekar på möjligheten att det i själva verket rör sig om två namn på exakt samma princip, dock utan att nå en tydlig slutsats.⁴¹⁴ EU-domstolen är själv inte alldeles konsekvent i sitt förhållningssätt. I vissa rättsfall menar den att effektivitets- och likvärdighetsprinciperna ”ger uttryck för medlemsstaternas allmänna skyldighet att säkerställa ett domstolsskydd för enskildas rättigheter”,⁴¹⁵ medan den i andra fall verkar betrakta principerna som åtskilda och kumulativa.⁴¹⁶ Oftast förefaller EU-domstolen dock behandla de båda principerna var för sig.⁴¹⁷

⁴¹² Arnulf (2011) s. 55. Se även Ross (2006) s. 479 som betecknar effektivt rättsskydd som en ”umbrella label”. Omvänt har generaladvokat Kokott uttalat att principen om effektivt rättsskydd är ett utflöde av effektivitetsprincipen (C-75/08 *Mellor*, förslag till avgörande p. 28). Uttalandet har kritiserats av Arnulf, a.st. i not 30, och förefaller inte heller vinna stöd i EU-domstolens praxis i övrigt.

⁴¹³ Prechal och Widdershoven (2011) s. 46.

⁴¹⁴ Engström (2011) s. 60 ff. Se även generaladvokat Jääskinens förslag till avgörande i C-536/11 *Donau Chemie* p. 3 (jfr dock ibid. p. 47, se not 432 nedan).

⁴¹⁵ C-268/06 *Impact* p. 47. Se även C-63/08 *Pontin* p. 44 och C-317/08 till C-320/08 *Alassini* p. 49.

⁴¹⁶ Se t.ex. C-87/90 till C-89/90 *Verholen* p. 24, C-13/01 *Safalero* p. 49–50 och C-12/08 *Mono Car Styling* p. 49.

⁴¹⁷ Se t.ex. C-317/08 till C-320/08 *Alassini* p. 62–60 om effektivitetsprincipen och 61–66 om effektivt rättsskydd och C-93/12 *Agrokonstulning-04* p. 48–58 om effektivitetsprincipen och p. 59–60 om effektivt rättsskydd. I C-472/11 *Banif Plus Bank* p. 26 och 29 förefaller principerna rentav ställas emot varandra. Se även *DEB* p. 33, där EU-domstolen fann det nödvändigt att omformulera frågan från att avse effektivitetsprincipen till att avse effektivt rättsskydd, vilket tyder på att den uppfattar principerna som åtskilda och åtskillnaden som betydelsefull (se Engström (2011) s. 60 f.). Jfr dock C-432/05 *Unibet*, där domstolen först refererar till både *Simmenthal*, *Rewel/Comet* och *Johnston* (p. 37–43) och därefter verkar obekymrad över att resonera kring unionsrättens fulla effekt i svaret på den andra frågan (p. 67 och 76) och kring effektivitetsprincipen i svaret på den tredje frågan (p. 82) trots att båda frågorna, så som de hade framställts, rörde principen om effektivt rättsskydd (p. 66 och 78).

Det bör vidare noteras att de båda principerna har skilda rättsliga grunder. I *Rewe* och *Comet* stödde sig EU-domstolen på lojalitetsprincipen i artikel 4(3) FEU, som reglerar relationen mellan unionen och medlemsstaterna.⁴¹⁸ Principen om effektivt rättsskydd grundades däremot redan i de tidigaste rättsfallen på idén om enskildas grundläggande rättigheter, med hänvisningar till såväl EKMR som till rättighetskataloger på medlemsstatsnivå.⁴¹⁹ Numera hänvisar EU-domstolen regelmässigt till artikel 47 SGR, som i sin tur härletts ur artikel 6 EKMR.⁴²⁰ Medan effektivitetsprincipen (och likvärdighetsprincipen, till vilken jag återkommer nedan) bottenar i medlemsstaternas förpliktelse att lojalt genomföra unionsrätten förefaller principen om effektivt rättsskydd alltså vara en rättighet som tillkommer den enskilde.⁴²¹ Hittills har den enskildes rätt till rättsskydd dock ofta sammanfallit med medlemsstaternas skyldighet att tillhandahålla rättsliga mekanismer för att genomföra unionsrätten, vilket gör distinktionen svårare att upprätthålla.⁴²²

Vad gäller medlemsstaternas skyldigheter enligt principen om effektivt rättsskydd har hävdats att denna skapar *positiva* förpliktelser, till skillnad från effektivitetsprincipen som endast skapar negativa sådana.⁴²³ I förhållande till effektivitetsprincipen från *Rewe* skulle principen om effektivt

⁴¹⁸ 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 12. Lojalitetsprincipen behandlas vidare i avsnitt 4.3.1 nedan.

⁴¹⁹ 222/84 *Johnston* p. 18 (jfr p. 17, där ett mer *Rewe*-liknande argument anförs men, tydligen, anses otillräckligt) och 222/86 *Heylens* p. 14.

⁴²⁰ Se t.ex. C-93/12 *Agrokonsulting-04* p. 59, C-386/10 P *Chalkor* p. 52 och C-69/10 *Samba Diouf* p. 48–49. Ovanligt utförliga hänvisningar till EKMR och Europadomstolens praxis återfinns i C-279/09 *DEB* p. 45–52.

⁴²¹ Prechal och Widdershoven (2011) s. 42. Se även Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 419.

⁴²² Se Nebbia (2008) s. 288. Möjligheten av motstående intressen på EU-rättslig grund ökar dock när EU-rättens tillämpningsområde breddas, jfr Prechal och Widdershoven (2011) s. 43 i not 65. Se t.ex. fall som C-617/10 *Åkerberg Fransson*, där medlemsstatens EU-rättsliga skyldighet att genomföra och sanktionera det sjätte momsdirektivet ställdes mot den enskildes rätt att inte straffas eller lagföras två gånger enligt art. 51 SGR, och C-472/11 *Banif Plus Bank*, där (processuella följer av) materiella konsumentskyddshänsyn enligt direktivet om oskäligen konsumentavtalsvillkor ställdes mot den processuella principen *audiatur et altera pars*, som enligt EU-domstolen ingår i principen om effektivt rättsskydd (art. 47 SGR). I den akademiska diskussionen har olika ståndpunkter gjort sig gällande. Jfr å ena sidan Galetta (2010) s. 19 ff., som menar att den enskildes rättsskydd i EU-domstolens praxis alltid är underordnat intresset av unionsrättens effektiva genomslag, och å andra sidan Zetterquist (2008) s. 123 ff. som tvärtom menar att individuell rättsskydd är en av unionens grundbultar. Frågan berörs vidare i avsnitt 9.2.1 nedan.

⁴²³ van Cleynenbreugel (2012) s. 88 ff. samt Prechal och Widdershoven (2011) s. 40 f.

rättsskydd utgöra ett fundament,⁴²⁴ på vilket medlemsstaterna kan utöva sin processuella autonomi hindrade ”endast” av effektivitetsprincipen (och likvärdighetsprincipen, och de övriga begränsningar som kan följa av unionsrättslig lagstiftning och dess effekt utile).⁴²⁵ En sådan förståelse av principen om effektivt rättsskydd stämmer vidare väl överens med den bakomliggande idén om mänskliga rättigheter och släktskapet till EKMR.⁴²⁶ Av detta skulle också följa att principen om effektivt rättsskydd har ett snävare tillämpningsområde än effektivitetsprincipen, som i princip omfattar alla process- och sanktionsregler.⁴²⁷ Vissa regler – de som faller inom tillämpningsområdet för effektivt rättsskydd – skulle i så fall behöva prövas enligt båda testen.⁴²⁸

Prövningen enligt principen om effektivt rättsskydd kan beskrivas som en intresseavvägning, där den enskilde rättssökandens rättighet enligt artikel 47 SGR kan begränsas till förmån för berättigade motstående intressen, under förutsättning att ingreppet är proportionerligt och ändamålsenligt.⁴²⁹ Denna prövning, även om den är annorlunda formulerad, förefaller i hög grad påminna om helhetsbedömningen som enligt *van*

⁴²⁴ Jfr van Cleynebreugel (2012) s. 89 f.

⁴²⁵ Se C-128/09 till C-131/09 samt C-134/09 och C-135/09 *Boxus* p. 52–53, där enligt van Cleynebreugel (2012) s. 86 ”the Court made clear that Member States’ discretion [under national procedural autonomy] only exists *in so far as* [the principle of effective judicial protection] *is complied with*” (kursivering i originalet). Jfr Arnulf (2011) s. 68, som noterar att principen om effektivt rättsskydd är hierarkiskt överordnad effektivitetsprincipen.

⁴²⁶ Se van Gerven (2000) s. 521 (som använder begreppet ”principle of legal protection”), van Cleynebreugel (2012) s. 91 och Prechal och Widdershoven (2011) s. 47.

⁴²⁷ Se härom Prechal och Widdershoven (2011) s. 47 ff., som intar en liknande ståndpunkt och fortsätter till att utveckla vilka frågor som skulle täckas av principen om effektivt rättsskydd. De pekar bl.a. på domstolens opartiskhet och oberoende, rätten till avgörande inom skäligen tid, offentlighet, rätt att överklaga, talerätt, rättshjälp och rätten till försvar. Liknande resonemang se van Gerven (2000) s. 525. Jfr dock Mak (2014) s. 251, som menar att art. 47 SGR har potential att utgöra grunden för en framtida harmonisering av sanktionsrätten (”judge-made European law on remedies”), och Engström (2011) s. 65, som menar att alla nationella processregler kan omfattas av principen om effektivt rättsskydd. Det bör dock noteras att Engström inte gör klar åtskillnad mellan denna princip och effektivitetsprincipen från *Rewe*.

⁴²⁸ A.m. se Engström (2011) s. 63. Detta hindrar förstås inte att EU-domstolen underlåter att (explicit) utföra något av testen om det framstår som tydligt att endast den ena principen kan ha åsidosatts i det enskilda fallet eller om en kränkning av den ena principen redan fastställts (jfr Prechal och Widdershoven (2011) s. 46 i not 79).

⁴²⁹ C-317/08 till C-320/08 *Alasini* p. 63–65 och C-279/09 *DEB* p. 60. Se Mak (2014) s. 245 f. och 253 samt Prechal och Widdershoven (2011) s. 42 f. Jfr även Engström (2011) s. 63.

Schijnadel ingår i en prövning mot effektivitetsprincipen.⁴³⁰ Det är emellertid tänkbart eller kanske rentav troligt att principen om effektivt rättsskydd sätter en strängare standard där ”avsteg”⁴³¹ är svårare för medlemsstaterna att legitimera.⁴³²

Effektivitetskravet från *Simmenthal*, slutligen, uttrycks med hänvisning till unionsrättens fulla effektivitet och har därigenom starka kopplingar till principerna om företräde och direkt effekt.⁴³³ Principen om effekt utile är mer ingripande gentemot de nationella rättsordningarna och har karaktäriserats som en ”konfliktorienterad modell”, i kontrast till ”samarbetsmodellen” från *Rewel/Comet*.⁴³⁴ Principen har använts bland annat

⁴³⁰ Jfr Engström (2011) s. 65, som ”fail[s] to see the difference between the two tests”. Prechal och Widdershoven (2011) s. 42 f. menar att en skillnad består i att intresseavvägningen vid *van Schijnadel*-testet innebär att ett motstående intresse ”may sometimes outweigh the effectiveness principle”, medan den vid principen om effektivt rättsskydd ”should take place in the context of testing for compliance with the fundamental right itself” (mina kursiveringar). Som jag förstår dem menar de att det förra testet består i två steg, först ett test om den nationella regeln överensstämmer med effektivitetsprincipen och sedan, om så inte är fallet, frågan om den kan rättfärdigas ändå, medan i det senare testet dessa två frågor är sammanbakade. En sådan tolkning av *van Schijnadel* förefaller mig emellertid märklig. I uttrycket ”orimligt svårt” (”excessively difficult”) ingår redan en intresseavvägning, eftersom rimligheten måste bestämmas i relation till det eftersträvade målet och motstående intressen. Varför då en ytterligare intresseavvägning? Skulle inte denna leda till att det ”orimligt svåra” ändå kan upprätthållas, och vore inte detta i så fall orimligt? Mer stringent förefaller mig Prechals tidigare position, enligt vilken frågan om en nationell regel gör genomdrivandet av unionsrättigheter i praktiken omöjligt eller orimligt svårt *beror av* intresseavvägningen (Prechal (1998) s. 698). Se även Gerven (2000) s. 533 f., som menar att intresseavvägningen från *van Schijnadel*, om den betraktas som ett tvåstegstest, hellre borde relateras till ett starkare effektivitetskrav än minimikravet från *Rewe*; jfr härom 120/78 *Cassis de Dijon*, med vilket fall *van Schijnadel* och *Peterbroeck* har jämförts (se Prechal (1998) s. 960 ff. och Engström (2009) s. 73 ff.), där de tvingande hänsynen vägs mot handelshinder i allmänhet och inte endast, som vid effektivitetsprincipen, kvalificerade hinder.

⁴³¹ Terminologin är något oegentlig eftersom intresseavvägningen är en del av testet och det således inte föreligger något avsteg om den lägre standarden kan motiveras.

⁴³² Se Prechal och Widdershoven (2011) s. 44 och Engström (2011) s. 63. Jfr även generaladvokat Jääskinen, som menar att principen om effektivt rättsskydd sätter en högre standard för medlemsstaterna än effektivitetsprincipen från *Rewe* (C-536/11 *Donau Chemie*, förslag till avgörande p. 47), och Arnulf (2011) s. 68 f. som menar att principen om effektivt rättsskydd kan föranleda eller förklara kraftigare ingrepp i nationell processrätt från EU-domstolens sida. Det kan också noteras att Prechal (1998) s. 688 i not 26 hänför 222/86 *Heylens* och C-97/91 *Oleificio Borelli*, som båda hänvisar till principen om effektivt rättsskydd (p. 14 resp. 14), till det starkare effektivitetskravet från *Simmenthal* snarare än till *Rewe*-praxisen. Se även C-409/06 *Winner Wetten* p. 53–58.

⁴³³ Prechal (1998) s. 685.

⁴³⁴ Haapaniemi (2009) s. 106. Se även Prechal (1998) s. 688 f.

för att skapa nya sanktioner⁴³⁵ och genomförandemekanismer⁴³⁶ men däremot sällan för att modifiera eller åsidosätta mer tekniska nationella processregler.⁴³⁷ Den förefaller därför, om än med en grov förenkling, ha sin största relevans i tolkningen av materiell unionsrätt och de sanktioner som knyts till denna snarare än vid utvärderingen av nationella *processrättsliga* regler, åtminstone så som detta rättsområde brukar avgränsas i svensk rätt.⁴³⁸ Därtill kommer att principen om unionsrättens effektiva genomslag liksom principen om effektivt rättsskydd skapar positiva förpliktelse för medlemsstaterna, men till skillnad från den sistnämnda inte utgör en minimistandard, utan en totalharmonisering.⁴³⁹ När effekten utlämpas finns således inget utrymme för fakultativitet kvar på nationell nivå. Principen om unionsrättens fulla genomslag är därför av mindre direkt betydelse för denna avhandling.

4.2.2 Likvärdighetsprincipen

Likvärdighetsprincipen, som liksom effektivitetsprincipen etablerades i *Rewe* och *Comet* som ett förbehåll till medlemsstaternas processuella autonomi, framstod länge i EU-domstolens praxis som en lillebrorsprincip och har också fått en mer undanskymd plats i litteraturen.⁴⁴⁰ Principen har därför inte genomgått samma utvecklingsstadier som effektivitetsprincipen, utan kunde redan i ett av de första i detta avseende mer intressanta avgörandena, *Palmisani* från år 1997, placeras in i en skola motsvarande den som för effektivitetsprincipens del etablerades i *van*

⁴³⁵ Se t.ex. C-213/89 *Factortame I* p. 21 och C-6/90 och C-9/90 *Francovich* p. 32–35.

⁴³⁶ Se t.ex. C-453/99 *Courage mot Crehan* p. 26, jfr även C-432/05 *Unibet* p. 64–65 (motsatsvis).

⁴³⁷ Se Ross (2006) s. 481 i not 33. Jfr C-432/05 *Unibet*, där frågan om *tillgång* till interimistiskt rättsskydd (p. 66–77) avgörs med stöd av principen om unionsrättens fulla effektivitet (se särskilt p. 67), medan frågan om hur detta rättsskydd ska utövas lämnas till den nationella rätten med reservation för *Rewe*-kraven (p. 78–83, särskilt p. 82). Se även Engström (2009) s. 85 ff.

⁴³⁸ Se van Gerven (2000) s. 526 f., Bengoetxea (A True European 2003) s. 364 f., Prechal (1998) s. 685, Engström (2009) s. 85 och Nebbia (2008) s. 291 ff. Jfr även Ward (2007) s. 754.

⁴³⁹ van Gerven (2000) s. 526 f.

⁴⁴⁰ Prechal (1998) s. 687 konstaterade då att likvärdighetsprincipen ”has not generated many spectacular results.” Samma uppfattning uttrycks av Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 422 f., som framhåller att ”the great majority of significant rulings [concerning the principle of equivalence] only date from around 1997 onwards.”

Schijnzel och *Peterbroeck*.⁴⁴¹ Liksom effektivitetsprincipen är likvärdighetsprincipen inte alldeles lätt att skilja från andra eller mer allmänna principer om likabehandling och icke-diskriminering,⁴⁴² här avses med begreppet den princip som först kom till uttryck i *Rewe*.

Likvärdighetsprincipen innebär att de processuella regler som gäller för ett rättsligt anspråk grundat på unionsrätten *inte får vara mindre förmånliga* (för den part som gör gällande anspråket – normalt sett käranden⁴⁴³) än de regler som gäller för ett jämförbart anspråk grundat på inhemsk materiell rätt. Prövningen görs i två steg.⁴⁴⁴ Först undersöks om det aktuella unionsrättsliga anspråket i relevanta delar och i tillräcklig grad liknar en befintlig, inhemsk taleform. Denna jämförelse sker med utgångspunkt i syftet med och grunden för talan samt de huvudsakliga karaktärsdragen hos respektive taleform.⁴⁴⁵ Om domstolen härvid konstaterar att det inte finns någon nationell taleform som kan anses likna det unionsrättsligt grundade anspråket, kan den nationella processrätten definitionsmässigt inte stå i strid med likvärdighetsprincipen.⁴⁴⁶

I steg två, och under förutsättning att en liknande nationell taleform har kunnat identifieras, görs en jämförelse mellan de regler som gäller i det förevarande EU-rättsliga målet och det hypotetiska nationella fallet. Domstolen ska därvid ta hänsyn till "[den ifrågasatta] bestämmelsens funktion i förfarandet som helhet beaktat samt hur förfarandet är utformat och vilka särregler som gäller för förfarandet i olika nationella instanser."⁴⁴⁷ Även reglernas effekt, såsom kostnadsökning eller tidsut-

⁴⁴¹ Se C-261/95 *Palmisani* p. 34–38 och C-326/96 *Levez* p. 44. Jfr även Craig och de Búrca (2011) s. 239.

⁴⁴² Se C-34/02 *Pasquini* p. 57. Jfr även C-309/06 *Marks & Spencer* p. 59–62.

⁴⁴³ Det förekommer dock att unionsrätten åberopas invändningsvis av svaranden, s.k. eurodefense. Se vidare härom Andersson (2001) s. 13 ff.

⁴⁴⁴ Se Dashwood m.fl. (2011) s. 292 f., Nordback (2005) s. 78 f. och Flynn (2008) s. 247 ff.

⁴⁴⁵ Se C-261/95 *Palmisani* p. 34, 36 och 38, C-326/96 *Levez* p. 42 och 43, C-78/98 *Preston* p. 55–57 och C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 35–37. På engelska talar EU-domstolen om "purpose", "cause of action" och "essential characteristics". I *Levez* och *Preston* har detta översatts till "taleföremål", "bakgrund till talan" och "väsentliga beståndsdelar". Detta förefaller mig, åtminstone i de två första avseendena, inte alldeles adekvat ur en processrättslig synvinkel.

⁴⁴⁶ C-261/95 *Palmisani* p. 39. Se även C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd* p. 31 och Dashwood m.fl. (2011) s. 293.

⁴⁴⁷ C-78/98 *Preston* p. 61. Se även C-326/96 *Levez* p. 44.

dräkt, ska beaktas.⁴⁴⁸ I detta fall ska jämförelsen, till skillnad från bedömningen i fråga om effektivitetsprincipen, inte utföras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet, utan utgöra ”en objektiv och abstrakt jämförelse av de processuella reglerna i fråga.”⁴⁴⁹ Liksom vid intresseavvägningen i samband med effektivitetsprincipen är det den nationella domstolen som slutgiltigt gör dessa bedömningar, medan EU-domstolens roll inskränker sig till att peka ut de relevanta kriterierna.⁴⁵⁰

Det är, för att uppfylla likvärdighetsprincipens krav, tillräckligt att det unionsrättsligt grundade anspråket behandlas lika förmånligt, eller förmånligare, än sådana nationella anspråk som anses vara liknande (bedömningens ovan beskrivna första steg).⁴⁵¹ Även om det inom den nationella processrätten finns andra regler, som är mer förmånliga, behöver dessa alltså inte med nödvändighet utsträckas till att omfatta alla unionsrättsliga anspråk, om det finns en objektiv grund för olikbehandlingen.⁴⁵² Som framgår av EU-domstolens formulering verkar likvärdighetsprincipen också endast i en riktning; unionsrättsligt grundade anspråk måste behandlas *minst lika förmånligt* som andra anspråk. Inget hindrar däremot att unionsrättsliga anspråk behandlas *bättre* än sådana som grundats på nationell lagstiftning (omvänd diskriminering).⁴⁵³ Något krav på *likabehandling* kan således inte utläsas ur likvärdighetsprincipen så som den traditionellt formuleras och tolkas, så länge det är det unionsrättsliga anspråket som får den mest förmånliga behandlingen.⁴⁵⁴

Trots dessa begränsningar menar Dougan att likvärdighetsprincipen ”carries significant integrative potential”.⁴⁵⁵ Möjligen kan också tecken skönjas i EU-domstolens praxis på att likvärdighetsprincipens ”out-

⁴⁴⁸ C-326/96 *Levez* p. 51.

⁴⁴⁹ C-78/98 *Preston* p. 62.

⁴⁵⁰ Art. 267 FEUF. Se t.ex. C-261/95 *Palmisani* p. 33, C-78/98 *Preston* p. 39, C-276/01 *Steffensen* p. 65 och C-343/96 *Dilexport* p. 32. Se även Tridimas (2006) s. 425.

⁴⁵¹ C-231/96 *Edis* p. 36, C-326/96 *Levez* p. 42 och C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 34.

⁴⁵² Se bl.a. C-591/10 *Littlewoods Retail Ltd* p. 31, C-88/99 *Roquette Frères* p. 29–32 och C-343/96 *Dilexport* p. 28–29. Se vidare Tridimas (2006) s. 426 f. och Woods och Watson (2014) s. 197.

⁴⁵³ Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 242 och Craig och de Búrca (2011) s. 240.

⁴⁵⁴ Däremot kan ett sådant krav kanske följa av nationella likabehandlingsprinciper. Jfr härom van Gerven (2000) s. 354 och Adinolfi (2012) s. 287 f.

⁴⁵⁵ Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 423. Jfr även generaladvokat Jääskinen, som menar att ”frågan om likvärdighet logiskt sett föregår frågan om effektivitet” (förslag till avgörande i C-536/11 *Donau Chemie* p. 30).

nyttjade potential”⁴⁵⁶ håller på att tas i anspråk.⁴⁵⁷ I *Marks & Spencer* upprepade EU-domstolen principen om medlemsstaternas processuella autonomi, men nämnde varken effektivitets- eller likvärdighetsprincipen utan avgjorde målet med stöd i ”likabehandlingsprincipen”.⁴⁵⁸ Denna beskrevs som ett krav på att ”jämförbara situationer inte ska behandlas olika, om det inte finns objektiva skäl för en sådan åtskillnad” och förefaller således inte handikappas av likvärdighetsprincipens omvända diskriminering.⁴⁵⁹ EU-domstolen har även i flera fall formulerat om likvärdighetsprincipen från det traditionella *Rewe*-kriteriet ”minst lika förmånlig behandling” till ett krav på att reglerna ska ”apply without distinction” i EU-rättsliga respektive rent nationella mål.⁴⁶⁰ En sådan omformulering skulle, om den får genomslag i EU-domstolens praxis, öka möjligheterna för effektivitets- och likvärdighetsprinciperna att *gemensamt* höja kraven på medlemsstaterna.⁴⁶¹ Det finns dock ännu lite som tyder på att likvärdighetsprincipen skulle vara på väg att utvecklas mot en genuin likabehandlingsprincip.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Tridimas (2001) s. 321 (min övers.).

⁴⁵⁷ Se Ward (2007) s. 192 f., som konstaterar att enskilda börjar åtnjuta ”a measure of success [...] by invoking the principle of equivalence” och att detta lett till ”[s]ignificant incursion [...] into Member State autonomy”.

⁴⁵⁸ C-309/06 *Marks & Spencer* p. 59–62.

⁴⁵⁹ C-309/06 *Marks & Spencer* p. 51.

⁴⁶⁰ C-231/96 *Edis* p. 36, C-326/96 *Levez* p. 41, C-78/98 *Preston* p. 55, C-88/99 *Roquette Frères* p. 29, C-392/04 och C-422/04 *i-21 Germany* p. 62, C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 33, C-591/10 *Littlewoods Retail Ltd* p. 31 och C-662/13 *Surgicare* p. 30 (sv. ”tillämpas på samma sätt”, fr. ”s’applique indifféremment”).

⁴⁶¹ Tridimas (2001) s. 321: ”Effectiveness and equivalence together force the national courts to revisit national rules, unveil the inter-relationship of national remedies, and unearth inconsistencies hidden in the evolution of national legal systems.” De potentiella vidare implikationerna av EU-domstolens omformulering har jag diskuterat i ett annat sammanhang (Wallerman (2011) s. 105 ff.).

⁴⁶² Det är hittills endast i C-118/08 *Transportes Urbanos* som omformuleringen verkar ha fått genomslag också i EU-domstolens *tillämpning* av principen. Jfr generaladvokat Poiares Maduro i *Transportes Urbanos*, förslag till avgörande p. 29 i not 26, som menar att EU-domstolen använder uttrycken ”tillämpas på samma sätt” och ”inte mindre förmånligt” synonymt, ”trots att de kanske inte är helt likvärdiga”. Det kan även noteras att liknande formuleringar förekommit länge i EU-domstolens praxis utan att någon förändring i principens innebörd tycks ha varit åsyftad. Se t.ex. de tidiga avgörandena 205/82 till 215/82 *Deutsche Milchkontor* p. 19 och 23, där EU-domstolen framhåller att den nationella rätten inte får tillämpas på ett ”i förhållande till liknande, rent nationella tvister diskriminerande sätt” och 119/79 och 126/79 *Lippische Hauptgenossenschaft* p. 10, där EU-domstolen betonar att de nationella myndigheterna ”naturligtvis inte kan göra

4.2.3 EU-rättsliga minimikrav och fakultativa regler

Syftet med effektivitets- och likvärdighetsprinciperna samt principen om effektivt rättsskydd är att pröva *reglers* förenlighet med unionsrätten. I de fall där EU-domstolen finner att en nationell regel står i strid med någon av dessa principer brukar den konkludera att unionsrätten *utgör hinder för att tillämpa* regeln ifråga.⁴⁶³ EU-domstolen har även mer generell uttalat att effektivitetsprincipen (och rimligen även, *mutatis mutandis*, likvärdighetsprincipen och principen om effektivt rättsskydd, för vilka det saknas anledning att förutsätta att andra förutsättningar skulle gälla) innebär ”att den nationella domstolen skall tillämpa de processuella förfaranden som föreskrivs i den nationella rättsordningen *endast i den mån* dessa förfaranden inte innebär att [unionsrättens] syfte och ändamål ifrågasätts.”⁴⁶⁴ Följden av att en nationell processregel befinns vara oförenlig med unionsrätten är alltså en plikt för de nationella domstolarna att åsidosätta den.⁴⁶⁵

Givetvis kan principerna fungera som måttstockar för normprövning av såväl fakultativa som obligatoriska regler. I förhållande till fakultativa regler bör dock noteras att principerna endast får betydelse för att definiera regelns strukturella aspekter, det vill säga förutsättningarna för att en viss rättsföljd ska vara tillåten och ramarna för domstolens skön avseende rättsföljdens inträdande.⁴⁶⁶ Däremot reglerar minimikrav som effektivitets- och likvärdighetsprinciperna eller principen om effektivt rättsskydd

någon åtskillnad mellan de situationer som regleras av gemenskapsrätten och jämförbara situationer som endast omfattas av nationell rätt.”

⁴⁶³ Se, bland många andra, C-262/09 *Meilicke II* p. 59, C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 48, C-2/08 *Fallimento Olimpiclub* p. 32, C-473/00 *Cofidis* p. 38, C-326/96 *Levez* p. 53 och C-312/93 *Peterbroeck* p. 21. Se även C-309/06 *Marks & Spencer*, där EU-domstolen visserligen konkluderade att ”det ankommer på den nationella domstolen att [...] själv avgöra vilka retroaktiva följder som ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen [...] eventuellt bör leda till” (p. 64), men dessförinnan hade fastslagit att en nationella domstol är skyldig att ”underlåta att tillämpa varje diskriminerande bestämmelse i nationell rätt, utan att behöva begära eller avvakta att den nationella lagstiftaren upphäver den” (p. 63).

⁴⁶⁴ C-443/03 *Leffler* p. 50 (kursiverat här). Se även C-125/01 *Pflücke* p. 48.

⁴⁶⁵ Det har dock förekommit både att EU-domstolen har nöjt sig med att konstatera att en viss regel står i strid med unionsrätten utan att precisera vad detta får för följder (C-268/06 *Impact* p. 55 och 199/82 *San Giorgio* p. 18) och att den uttryckligen ålagt den nationella domstolen att utreda vilka åtgärder nationell rätt tillåter den att vidta för att undvika att bryta mot unionsrätten (C-40/08 *Asturcom* p. 59 och C-201/02 *Wells* p. 70). Dessa fall är dock i klar minoritet.

⁴⁶⁶ Jfr Prechal och Widdershoven (2011) s. 46: ”The Rewe principles function as *the outer limits* of the room the Member States have to manoeuvre.” (Kursiverat här).

inte domstolens kognitiva skönsutövning inom ramen för en nationell fakultativ regel som är förenlig med principerna.

Effektivitetsprincipen kan begränsa det fakultativa utrymmet hos äkta fakultativa regler genom att utesluta något eller några av domstolens handlingsalternativ. Om en nationell processregel R exempelvis stadgar att domstolen får välja mellan rättsföljderna y_1 , y_2 , y_3 och y_4 , så kan en prövning av regelns förenlighet med effektivitetsprincipen visa att domstolens agerande y_1 och y_2 skulle medföra att någon av parternas utövande av sin på unionsrätten grundade rättighet blir orimligt svårt. I så fall förhindrar unionsrätten att den nationella domstolen tillämpar regeln R försåvitt den leder till rättsföljderna y_1 eller y_2 . Det fakultativa utrymmet begränsas då till valet mellan y_3 och y_4 .⁴⁶⁷ Om även y_3 befinns vara oförenlig med effektivitetsprincipen omvandlas R till en obligatorisk regel, eftersom då endast ett handlingsalternativ kvarstår.⁴⁶⁸ Detta innebär dock inte att effektivitetsprincipen reglerar den nationella domstolens utövande av skön i kognitivt hänseende, eftersom regeln i de delar den är unionsrättsstridig måste åsidosättas. Om följaktligen rättsföljderna y_3 och y_4 är förenliga med effektivitetsprincipen medan y_1 och y_2 inte är det, innebär detta att *det fakultativa utrymmet krymper*, men att den återstående fakultativiteten, bestående i valet mellan y_3 och y_4 , förblir oreglerad. Motsvarande torde gälla för principen om effektivt rättsskydd, och troligen även för de processuella krav som följer av Europakonventionen.⁴⁶⁹

Vad gäller likvärdighetsprincipen omfattar förbudet mot mindre förmånlig behandling inte endast lagfästa regler utan även ”de facto-regler” som uppkommit genom systematisk rättstillämpning.⁴⁷⁰ Detta innebär

⁴⁶⁷ Jfr Baraks (ovan not 92) beskrivning av fakultativitet som en ”zone of lawful possibilities”. Effekten av att vissa av de tillåtna möjligheterna befinns vara unionsrättsstridiga är att dessa flyttas ut ur zonen, och därmed blir otillåtna: ”The exercise of judicial discretion is possible only within the boundaries of the zone” (a.st.).

⁴⁶⁸ Jfr C-168/05 *Mostaza Claro* p. 39 och C-276/01 *Steffensen* p. 79, där EU-domstolen istället föreskriver vilket resultat som ska uppnås (i mitt exempel rättsföljden y_4), och lämnar till den nationella domstolen att avgöra hur denna rättsföljd tekniskt ska härledas ur rättskällorna. Även EKMR, som också har karaktär av minimikrav, kan få denna typ av effekter, se ovan vid not 342.

⁴⁶⁹ Jfr dock Hess (2003) s. 65, som föreslår att EKMR också bör tolkas som innebärande ett krav på visst skönsmässigt handlingsutrymme för domstolarna.

⁴⁷⁰ Detta tycks följa redan av att EU-domstolen är hänvisad till de nationella domstolarnas bedömning vad gäller tolkningen av nationell rätt. Se även C-432/05 *Unibet* p. 3, där EU-domstolen godtog HD:s beskrivning av hur RF 11:14 (i sin dåvarande lydelse) tillämpades i Sverige.

att principen förhindrar att nationella domstolar, inom ramen för en fakultativ regel, i EU-rättsliga mål regelmässigt väljer en för käranden⁴⁷¹ mindre förmånlig rättsföljd än i rent inhemska mål. Vid svag fakultativitet torde domstolens valfrihet i unionsrättsliga mål således i princip vara begränsad till det vanligaste alternativet och de alternativ som är att betrakta som mer förmånliga; om den svaga fakultativiteten gäller till förmån för det mest förmånliga alternativet torde domstolens möjligheter att frångå denna praxis i ett EU-rättsligt mål således vara mycket begränsade.

4.3 Unionsrättsliga krav på tolkning och tillämpning

4.3.1 Lojalitetsprincipen

Lojalitetsprincipen är, i sin vidare innebörd, en av unionsrättens mest centrala principer och har legat till grund för en rad grundsatser inom EU:s konstitutionella ramverk, som bland annat de ovan diskuterade effektivitets- och likvärdighetsprinciperna.⁴⁷² Lojalitetsprincipen kan emellertid också tillämpas direkt och resultera i konkreta förpliktelser eller kompetenser för en enskild domstol i avgörandet av ett enskilt mål.⁴⁷³ Här är det främst i denna sistnämnda, snävare innebörd, i sin funktion som en positiv förpliktelse för medlemsstaternas domstolar att så långt som möjligt underlätta EU-rättens genomslag och en motsvarande negativ förpliktelse att avstå från åtgärder som kan äventyra den,⁴⁷⁴ som principen kommer att behandlas.

Principen kommer till uttryck i artikel 4(3) FEU⁴⁷⁵ och innebär att medlemsstaterna och unionen har en ömsesidig skyldighet att ”respek-

⁴⁷¹ Jfr ovan vid not 443.

⁴⁷² 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 12–16. Temple Lang har beskrivit lojalitetsprincipen som den enskilt viktigaste och mest dynamiska artikeln i fördraget (Fédération Internationale de Droit Européen (FIDE), XIX Congress (2000), General Report, s. 373). För en utförlig redogörelse för de principer som grundats på lojalitetsprincipen se Temple Lang (1997) och dens. (2001) samt Gormley (2000).

⁴⁷³ Se Temple Lang (2008) s. 94 f. och 85 f. samt, i mer allmänna drag, Klamert (2014) s. 234 ff.

⁴⁷⁴ Accetto och Zleptnig (2005) s. 386.

⁴⁷⁵ Motsvarande stadgande återfanns fram till Amsterdamfördragets ikraftträdande i art. 5 EGF och därefter, fram till Lissabonfördragets ikraftträdande, i art. 10 EGF.

tera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördraget”. För medlemsstaternas del innebär detta en förpliktelse att ”avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål” och, viktigare i detta sammanhang, att ”vidta *alla lämpliga åtgärder*, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter” (kursiverat här). Lojalitetsprincipen riktar sig till medlemsstaterna i vid mening, inklusive deras domstolar (och till unionen och dess institutioner).⁴⁷⁶

För de nationella domstolarnas del har EU-domstolen tolkat principen som en skyldighet att ”säkerställa att unionsrätten tillämpas till fullo i samtliga medlemsstater och att säkerställa domstolsskyddet för enskildas rättigheter enligt denna rättsordning.”⁴⁷⁷ För att uppnå detta mål kräver principen att alla *lämpliga* åtgärder vidtas. Vad som är lämpligt bör dock variera beroende på den nationella aktörens identitet. Så kan man till exempel tänka sig att den nationella lagstiftaren skulle bryta mot lojalitetsplikten genom att underlåta att kriminalisera eller på annat sätt sanktionera ett förbud meddelat av unionens institutioner, men det förefaller därför inte rimligt att anse medlemsstaternas domstolar skyldiga att åtgärda en sådan brist genom att ålägga enskilda straffansvar utan uttryckligt lagstöd.⁴⁷⁸ EU-domstolen har uttryckt detta som att medlemsstaternas myndigheter och domstolar är skyldiga att ”*inom ramen för sin behörighet* säkerställa att unionsrätten efterlevs”.⁴⁷⁹

Detta innebär för de nationella domstolarnas del att lojalitetsprincipen endast i undantagsfall får till effekt att en nationell regel måste åsidosättas.⁴⁸⁰ Härigenom skiljer den sig från principerna om effektivitet, likvär-

⁴⁷⁶ 14/83 *von Colson* p. 26 och C-106/89 *Marleasing* p. 8. Se även Temple Lang (2008) s. 77 och Craig och de Búrca (2011) s. 201.

⁴⁷⁷ EU-domstolens yttrande 1/09 p. 68. Se även yttrande 2/13 p. 175.

⁴⁷⁸ Se Dougan (2012) s. 113 ff. om gränserna för de nationella domstolarnas befogenhet i detta avseende. En enskild som lider skada av medlemsstatens underlåtenhet att sanktionera det EU-rättsliga förbudet får istället kompenseras genom att skadestånd (jfr C-91/92 *Faccini Dori* p. 26–29). Jfr dock Temple Lang (2003) s. 1920 f. och dens. (2006) s. 496 f., som anmärkningsvärt nog tycks anse att en nationell domstol i en sådan situation bör utdöma straff utan lagstöd.

⁴⁷⁹ C-91/08 *Wall* p. 69 och C-249/11 *Byankov* p. 64. Kursiverat här.

⁴⁸⁰ Se Galetta (2010) s. 31, som beskriver principen som en skyldighet för nationella domstolar att ”use the means *made available by their domestic law* to sanction the observance of the EU law” (kursiverat här). Kravet på interimistiskt rättsskydd från C-213/89 *Factortame I*, som delvis stöddes på lojalitetsprincipen (p. 19), kan tyckas tala för annat (jfr Nordback (2005) s. 19 ff.). Det bör dock noteras att lojalitetsprincipen inte var den enda grunden EU-domstolen stödde sig på i det fallet. Det torde snarare ha rört sig

dighet och effektivt rättsskydd, vilka som konstaterats ovan utgör överordnade normer som nationell rätt måste överensstämja med. Medan dessa principer, som konstaterats ovan, kan innebära att frågan om vad som är *lagligt* förändras i förhållande till vad nationell rätt stadgar, utgör lojalitetsprincipen istället en standard för hur domstolen bör agera *inom ramen för det lagliga*.⁴⁸¹ Lojalitetsprincipen reglerar därmed direkt domstolens utövande av skön i kognitiv bemärkelse.

Några exempel ur EU-domstolens praxis kan illustrera denna funktion.⁴⁸² I *van Schijndel* och *Kraaijeveld* menade EU-domstolen att det faktum att den nationella domstolen hade möjlighet att på eget initiativ beakta rättsliga argument som parterna inte diskuterat eller åberopat, medförde att den var skyldig att uppmärksamma och tillämpa relevanta unionsrättsliga bestämmelser ex officio.⁴⁸³ I *Kühne & Heitz* gjordes nationell myndighets skyldighet att ompröva ett förvaltningsbeslut beroende av att nationell rätt öppnade för en sådan *möjlighet*.⁴⁸⁴ I båda fallen tycks detta ha följt av lojalitetsprincipen, alltså av att det föreskrivna agerandet var en lämplig åtgärd som domstolarna inom ramen för sin behörighet kunde vidta för att säkerställa unionsrättens genomslag i målet. Temple Lang argumenterar utifrån en liknande ståndpunkt för att lojalitetsprincipen under vissa omständigheter, särskilt vid motstridiga överrättsavgöranden, borde omvandla de nationella underrätternas möjlighet att begära förhandsavgörande enligt den fakultativa regeln i art. 267(2) FEUF till en skyldighet att göra det.⁴⁸⁵ I samtliga dessa fall utgör det *enligt (nationell) rätt tillåtna* en ram, utom vilken lojalitetsprincipen inte tycks uppställa några krav men inom vilken domstolen är skyldig att välja

om en normkollision mellan den nationella regeln som förhindrade meddelandet av ett interimistiskt beslut och en unionsrättslig regel som krävde det, varvid den nationella domstolen var förpliktad att ge företräde åt den senare (*Factortame I* p. 13 och 21).

⁴⁸¹ Jfr C-249/11 *Byankov* p. 81–82, där EU-domstolen fann att viss nationell lagstiftning stred mot bl.a. lojalitetsprincipen, men inte uttalade att detta hindrade den nationella domstolen att tillämpa regeln ifråga, och C-268/06 *Impact* p. 92, där domstolen stannade vid konstaterandet att en nationell myndighet hade brutit mot lojalitetsprincipen utan att kräva att den nationella domstolen skulle åsidosätta de illojalt ingångna avtalen (detta kan emellertid också delvis ha att göra med hur frågan var formulerad, jfr ibid. p. 81).

⁴⁸² Samtliga exempel kommer att diskuteras mer utförligt i kap. 5 och därför endast beröras översiktligt här.

⁴⁸³ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14 resp. C-72/95 *Kraaijeveld* p. 58 och 60.

⁴⁸⁴ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 28.

⁴⁸⁵ Temple Lang (1997) s. 15 och dens. (2003) s. 1923. Denna tolkning förefaller dock motsägas av EU-domstolens uttalande i C-173/09 *Elchinov* p. 48.

den, ur unionens synvinkel, mest effektivitetsfrämjande rättstillämpningen.⁴⁸⁶ Lojalitetsprincipens räckvidd är således lika stor som det fakultativa utrymmet enligt den regel som styr en given situation.⁴⁸⁷

4.3.2 Unionsrättskonform tolkning

Principen om unionsrättskonform tolkning eller indirekt effekt⁴⁸⁸ är en tolkningsprincip vars främsta syfte är att lösa (potentiella) konflikter mellan unionsrätt och nationell rätt utan att behöva åsidosätta den senare.⁴⁸⁹ Liksom lojalitetsprincipen, på vilken principen grundas, utgör denna princip således ingen överordnad norm som nationella regler kan vara förenliga eller oförenliga med. Indirekt effekt etablerades år 1984 i *von Colson*, där EU-domstolen fann att en nationell skadestandsregel brast i syftet att effektivt implementera ett direktiv, men att ingen mer ändamålsenlig sanktion kunde härledas direkt ur unionsrätten. Domstolen hänvisade då till medlemsstaternas skyldighet enligt lojalitetsprincipen att vidta alla lämpliga åtgärder för att se till att direktivets mål kunde uppnås, och menade att det därav ”följer att den nationella domstolen, vid tillämpningen av nationell rätt och i synnerhet de bestämmelser i en nationell lag som har införts särskilt för genomförandet av ett direktiv, är skyldig att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i [nuvarande art. 288(3) FEUF] uppnås.”⁴⁹⁰

Unionsrättskonform tolkning innebär således att en nationell domstol som uppmärksammat en (potentiell) regelkollision mellan unionsrätten och den tillämpliga nationella rätten ska utnyttja alla tillåtna tolkningsmetoder för att försöka tolka den nationella regeln på ett sätt som är förenligt med unionsrätten. Den överordnade unionsrättsliga normen

⁴⁸⁶ Se Jans och Prinssen (2002) s. 121, särskilt House of Lords där återgivna resonemang. Jfr även Andersson (1997) s. 234.

⁴⁸⁷ Jfr Barak (1989) s. 12: ”Any option that is outside the zone is, by definition, unlawful, and the judge has no discretion about whether or not to choose it. He is required not to select this possibility.”

⁴⁸⁸ Termen ”indirekt effekt” har kritiserats av Dougan (2007) s. 946 för att ge vilseledande associationer till direkt effekt. Även om Dougans påpekande i sig är befogat kommer begreppen ”indirekt effekt” och ”unionsrättskonform tolkning” här, i enlighet med vedertagen terminologi, att användas synonymt.

⁴⁸⁹ Ang. principens funktion se Woods och Watson (2014) s. 129, jfr även Dashwood m.fl. (2011) s. 241. För ett bredare perspektiv se Bobek (EU Law 2014) s. 154 f.

⁴⁹⁰ 14/83 *von Colson* p. 26. Se även 79/83 *Harz* p. 26.

får indirekt effekt som ett hjälpmedel vid tolkningen av den potentiellt unionsrättsstridiga nationella regeln; det är den senare som tillämpas av den nationella domstolen, men den förra som dikterar hur den nationella regeln ska förstås.⁴⁹¹ Den unionsrättsliga regel som fungerar som tolkningsdatum behöver inte uppfylla kraven för direkt effekt.⁴⁹² Direkt och indirekt effekt kan heller inte aktualiseras samtidigt, eftersom direkt effekt innebär att den nationella domstolen faktiskt tillämpar den unionsrättsliga normen direkt, i vilket fall den nationella rätten inte tillämpas och således inte heller behöver tolkas.⁴⁹³

Förpliktelsen att tolka nationell rätt mot bakgrund av och såvitt möjligt i överensstämmelse med unionsrätten gäller inte endast för rättsakter som antagits i syfte att implementera unionsrätten, utan för all nationell rätt oavsett syfte och tidpunkt för ikraftträdande.⁴⁹⁴ EU-domstolen har även uttalat att etablerad nationell rättspraxis i medlemsstaterna omfattas av tolkningsskyldigheten och alltså vid behov ska tolkas unionsrättskonformt.⁴⁹⁵ Det kan vidare konstateras att alla typer av unionslagstiftning

⁴⁹¹ Betlem (2002) s. 397.

⁴⁹² Craig och de Búrca (2011) s. 200 f. Jfr även Dashwood m.fl. (2011) s. 241, som omvänt påpekar att ”the duty of consistent interpretation will apply even where the relevant provisions of Union law might in theory be fully capable of having direct effect”. A.m. anförs möjligen av Hartley (2014) s. 235 som i not 123 skriver att indirekt effekt kan tillerkännas ”any Union instrument *that is not directly effective*” (kursiverat här).

⁴⁹³ Se generaladvokat van Gervens förslag till avgörande i C-106/89 *Marleasing* p. 7. Se även Dashwood m.fl. (2011) s. 241, som introducerar en hierarki mellan principerna om direkt och indirekt effekt: ”[I]f an apparent inconsistency between Union and national law can be resolved by purely interpretative means [i.e. indirect effect], then that path should be followed as the solution of first resort, without ever needing to have recourse to the principles of direct effect and supremacy at all.”

⁴⁹⁴ C-106/89 *Marleasing* p. 8, C-240/98 till C-244/98 *Océano* p. 30 och C-397/01 till C-403/01 *Pfeiffer* p. 115. Även Craig och de Búrca (2011) s. 202 samt Hartley (2014) s. 235 f. och Bobek (EU Law 2014) s. 154. Slutsatsen har dock inte varit okontroversiell, se t.ex. lord Slynn of Hadleys välkända invändning (cit. i Weatherill (2014) s. 137): ”I find it difficult to say that a statute of 1870 must be interpreted in the light of a 1991 directive.”

⁴⁹⁵ C-456/98 *Centrosteel* p. 17. Referensen till etablerad praxis har inte letat sig in i EU-domstolens standardformulering om indirekt effekt, men det är svårt att se någon anledning till att domstolarnas lojalitet gentemot unionsrätten skulle tillåtas vara mindre vid tillämpning av nationella prejudikat än av nationell lagstiftning. Prechal (2005) s. 186 vid not 139 betraktar det som en ”resolved issue” (se avsnittsrubriken) att plikten att tolka nationell rätt unionsrättskonformt också omfattar oskrivna rättsprinciper och ”judge-made law”. Se även Drake (2005) s. 345 f. samt C-309/06 *Marks & Spencer* p. 28 (i den svenska översättningen har en negation fallit bort, varför punkten här citeras på engelska): ”[I]t would be inconsistent with the Community legal order for individuals to be able to

är kapabla att utgöra referenspunkt vid unionsrättskonform tolkning (annorlunda uttryckt: att få indirekt effekt).⁴⁹⁶

Unionsrättskonform tolkning är möjlig (och vid behov påbjuden) även i horisontella tvister,⁴⁹⁷ alltså i civilrättsliga mål, och kan därvid ge upphov till betungande resultat för någon av parterna.⁴⁹⁸ EU-domstolen har visserligen uttalat att principen om indirekt effekt ”finner sin begränsning när en [unionsrättskonform] tolkning leder till att en enskild åläggs en skyldighet som föreskrivs i ett icke införlivat direktiv”.⁴⁹⁹ En sådan begränsning vinner dock inte stöd i vare sig tidigare eller efterföljande praxis,⁵⁰⁰ och det förefaller rimligast att förstå uttalandet som begränsat till den straffrättsliga kontext där det gjordes, även om en sådan begränsning av räckvidden inte tydligt kan utläsas av texten.⁵⁰¹ En annan möjlighet vore att läsa in en åtskillnad mellan åläggandet av *skyldigheter*, som skulle vara förbjudet mot enskilda även i civilrättslig kontext, och uppkomsten av vad som kanske skulle kunna kallas för *oförmånliga följder*, som skulle vara tillåtet.⁵⁰² Denna förklaringsmodell är särskilt intressant

rely on a directive where it has been implemented incorrectly but not to be able to do so where the national authorities apply the national measures implementing the directive in a manner incompatible with it.” Jfr dock Weatherill (2014) s. 134, som beskriver uttalandet i *Centrosteeel* som ”striking” och påpekar att hänvisningen till etablerad rättspraxis saknas i den formella delen (”operative part”) av domen.

⁴⁹⁶ Se Lenaerts och Corthaut (2006) s. 292 och Hartley (2014) s. 235 i not 123.

⁴⁹⁷ 79/83 *Harz* p. 26, C-106/89 *Marleasing* p. 28 och C-91/92 *Faccini Dori* p. 26. Se även Craig och de Búrca (2011) s. 201 samt Dashwood m.fl. (2011) s. 240 f.

⁴⁹⁸ Se t.ex. C-456/98 *Centrosteeel*, särskilt p. 2–4 och 17 avseende förpliktelse att utbetala provision, C-240/98 till C-244/98 *Océano*, särskilt p. 15–17 och 30–31 avseende prorogationsklausuls ogiltighet och därpå följande avvisande av talan samt C-12/08 *Mono Car Styling* p. 63–64 avseende arbetsgivares förpliktelser vid uppsägning. Däremot har EU-domstolen fastslagit att indirekt effekt i brottmål inte får medföra ”att det straffrättsliga ansvaret för dem som bryter mot bestämmelserna i [unionsrätten] fastställs eller skärps” (cit. från C-105/03 *Pupino* p. 45, se även bl.a. 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* p. 13 och C-387/02, C-391/02 och C-403/02 *Berlusconi* p. 74).

⁴⁹⁹ C-168/95 *Arcaro* p. 42.

⁵⁰⁰ Se Lenaerts och Corthaut (2006) s. 295 f.

⁵⁰¹ Denna lösning förespråkas av Woods and Watson (2014) s. 133 f., Drake (2005) s. 337 f. och 348 samt generaladvokaten Jacobs i C-456/98 *Centrosteeel*, förslag till avgörande p. 34.

⁵⁰² Se Craig och de Búrca (2011) s. 205, som dock är kritiska till en sådan distinktion. En sådan tolkning skulle vara parallell med EU-domstolens hållning avseende direkt effekt för direktiv (se bl.a. C-201/02 *Wells* p. 56–57). Jfr dock Woods and Watson (2014) s. 134, som på goda grunder anser att det vore ”nonsensical to distinguish between cases which involve the imposition of obligations and those which concern restrictions on rights.”

i detta sammanhang, eftersom den med all sannolikhet skulle innebära att processuella regler i princip inte omfattas av den begränsning i tolkningskyldigheten som ett förbud mot att ålägga enskilda skyldigheter skulle innebära. Processregler anses nämligen normalt sett inte i sig ålägga skyldigheter (såvida det inte är en processuell skyldighet som är själva saken).⁵⁰³ Oavsett tolkning kan konstateras att uttalandet i *Arcaro* knappast begränsar den nationella domstolens plikt att tolka nationell *civilprocessrätt* unionsrättskonformt.

Skyldigheten att utföra unionsrättskonform tolkning uppstår så snart det finns tolkningsutrymme som medger sådan,⁵⁰⁴ men finner liksom lojalitetsprincipen sina gränser i vad som möjliggörs av nationell rätt. EU-domstolen har konsekvent framhållit att den nationella domstolen är ”skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av [unionsrätten]”,⁵⁰⁵ men däremot inte att tolka lagen mot sin klara innebörd (contra legem).⁵⁰⁶ Det är i princip⁵⁰⁷ upp till den nationella domstolen att avgöra i vilken utsträckning en tolkning i överensstämmelse med unionsrätten är möjlig.⁵⁰⁸ I denna bedömning är domstolen skyldig att beakta ”samtliga bestämmelser i nationell rätt” samt att överväga alla tolkningsmetoder som den nationella rättsordningen erkänner och välja den tolkning som bäst överensstämmer med unionsrätten.⁵⁰⁹

Denna förpliktelse har uppfattats som mycket långtgående; av vissa författare rentav som så långtgående att det har ifrågasatts om nationella tolkningsmetoder alls innebär någon begränsning för de tillämpande

⁵⁰³ Se Dougan (2012) s. 121 f. Jfr C-105/03 *Pupino* p. 46 och 60, där EU-domstolen krävde att de *processuella* reglerna skulle tolkas direktivkonformt trots att detta medförde en förändring av förfarandet som får antas ha varit till nackdel för den tilltalade i brottmål (se härom Lenaerts och Corthaut (2006) s. 296).

⁵⁰⁴ Se C-105/03 *Pupino* p. 47.

⁵⁰⁵ Cit. från C-106/89 *Marleasing* p. 8 (kursiverat här). Motsvarande formuleringar återfinns bl.a. i 14/83 *von Colson* p. 28, C-91/92 *Faccini Dori* p. 26, C-168/95 *Arcaro* p. 41, C-456/98 *Centrosteeel* p. 16, C-397/01 till C-403/01 *Pfeiffer* p. 113 och C-105/03 *Pupino* p. 43.

⁵⁰⁶ Detta framhölls uttryckligen av EU-domstolen i C-105/03 *Pupino* p. 47 och i C-268/06 *Impact* p. 100. Se även Prechal (2005) s. 207, Craig och de Búrca (2011) s. 203 ff., Weatherill (2014) s. 136 f. samt Lenaerts och Corthaut (2006) s. 295.

⁵⁰⁷ Se dock Prechal (2005) s. 198 vid not 87 med hänvisningar.

⁵⁰⁸ Prechal (2005) s. 194. Se även Drake (2005) s. 342 och Gräns (2009) s. 58 f. med hänvisningar.

⁵⁰⁹ C-397/01 till C-403/01 *Pfeiffer* p. 118 och 116.

domstolarna.⁵¹⁰ En domstol som finner att en viss lagregel omöjligtvis kan tolkas i förenlighet med unionsrätten behöver dock inte åsidosätta regeln (om ingen annan princip kräver det, förstås).⁵¹¹ Detta bör dock inte uppfattas som att den nationella regelns ordalydelse är avgörande; reduktionsslut och andra tolkningsmetoder som innebär okodifierade undantag även från tydligt utformade regler anses åtminstone under vissa förutsättningar vara accepterade i de flesta medlemsstater – däribland Sverige.⁵¹² Detta innebär bland annat att både obligatoriska och fakultativa regler vid behov ska tolkas unionsrättskonformt.

I förhållande specifikt till fakultativa regler kan konstateras att principen om unionsrättskonform tolkning främst tar sikte på regelns rättsfaktumled (till skillnad från lojalitetsprincipen, som behandlar valet mellan olika utfall eller rättsföljder) och således kan antas få störst betydelse för tolkningsfakultativering. Man kan dock även tänka sig att principen blir aktuell vid falskt fakultativering. Om en nationell regel konstruerats med tillåtande hjälpverb vore det, även om regeln systematiskt tillämpas som om verbet vore påbjudande, rimligen svårt att hävda att det helt saknas möjlighet att tolka den som en verkligt fakultativering.

I teorin kan unionsrättskonform tolkning leda till både restriktiv och extensiv tolkning. I praktiken är extensiv tolkning vanligast; syftet är att möjliggöra en rättsföljd som enligt konventionell tolkning är otillåten, eller vars tillåtlighet i vart fall är tveksam, i nationell rätt.⁵¹³ Unionsrättskonform tolkning tycks således i första hand öka det fakultativa utrymmet i en nationell regel, eller rentav göra en obligatorisk regel fakultativering.⁵¹⁴ Syftet med denna utvidgning är dock som framgått inte att ge domstolen fler valmöjligheter, utan att möjliggöra en specifik lösning

⁵¹⁰ Se Prechal (2005) s. 195 f. med hänvisningar samt Ross (2006) s. 491 som mot bakgrund av avgörandet i *Pfeiffer* undrar "what, if anything, falls outside the art of the possible".

⁵¹¹ Woods och Watson (2014) s. 133 med hänvisningar: "[A]n interpretation which conflicts with the clear words and intentions of domestic law is unlikely to be acceptable to national courts. This has repeatedly been acknowledged by the Court". Uppfattningen delas av Prechal (2005) s. 202 f.

⁵¹² Se Prechal (2005) s. 207 och Gräns (2009) s. 59 f. Avseende Sverige, se t.ex. Ekelöf och Edelstam (2002) s. 85 ff. på processrättens område.

⁵¹³ Jfr Lenaerts och Cort Haut (2006) s. 297: "[T]he whole point of interpreting national law in conformity with EU law in this case is to create procedural tools that would otherwise not exist and may affect the outcome of the proceedings without therefore making them unfair." Liknande ståndpunkt se Craig (1997) s. 527.

⁵¹⁴ Jfr för en liknande observation Lindell (2012) s. 73.

som bedömts vara förenlig med unionsrätten. Om en sådan lösning är tillåten torde domstolen vara skyldig, antingen mot bakgrund av överordnad unionsrätt eller annars med stöd av lojalitetsprincipen, att välja denna. Unionsrättskonform tolkning kan således i sig få till effekt att utvidga den fakultativa regelns ramar eller att omvandla falskt fakultativa regler till äkta fakultativa, men vid ett därpå följande beaktande av lojalitetsprincipen i samband med tillämpningen av den fakultativa regeln torde den sammantagna effekten typiskt sett bli begränsande för domstolen. Normalt sett synliggörs dock inte detta samspel mellan principerna, utan den begränsande effekten tillskrivs endast unionsrättens indirekta effekt.⁵¹⁵

4.4 Sammanfattande kommentar

Unionsrätten ställer krav på medlemsstaternas processrätt. På grund av avsaknaden av harmoniserande bestämmelser från unionens lagstiftare och rentav av en entydig rättslig grund för att anta sådana sker påverkan huvudsakligen genom allmänna rättsprinciper som uttolkas och konkretiseras i EU-domstolens praxis. De principer som är av störst betydelse för tillämpningen av befintliga processuella regler i nationell domstol är effektivitets- och likvärdighetsprinciperna från *Rewe* och *Comet*, principen om effektivt rättsskydd från *Johnston* (numera kodifierad i art. 47 SGR), lojalitetsprincipen i art. 4(3) FEU samt kravet på unionsrättskonform tolkning från *von Colson*.

Av dessa fem är effektivitets- och likvärdighetsprinciperna samt principen om effektivt rättsskydd minimiprinciper, som stadgar en lägsta processuell skyddsnivå som medlemsstaterna måste uppnå i sina processordningar. De båda effektivitetsprinciperna definierar denna skyddsnivå i förhållande till unionsrättens materiella genomslag in casu, medan likvärdighetsprincipen är relativ till skyddet för nationella rättigheter och verkar in abstracto. Dessa minimiprinciper får betydelse vid tillämpningen

⁵¹⁵ Tydligast har detta kommit till uttryck genom domen i C-106/89 *Marleasing* p. 9 och 13 samt den därpå följande debatten, se bl.a. Stuyck och Wytink (1991) s. 210 ff. och Prechal (2005) s. 198 f. Se även Gräns (2009) s. 69 f. ang. den finska överrättsdomen KKO 2004:97, där Finlands högsta domstol använde sig av unionsrättskonform tolkning för att först finna en möjlighet att göra avsteg från en obligatorisk regel och sedan omvandla den sålunda uppkomna fakultativa regeln till obligatorisk regel (med annan innebörd än den ursprungliga obligatoriska regeln).

av fakultativa regler såtillvida att de *utesluter* sådana handlingsalternativ som skulle medföra att graden av processuellt skydd hamnar under minimivån. Påverkan sker således i första hand på de fakultativa reglernas strukturella sida. Sedan och såvitt den fakultativa regelns strukturella ramar bringats i förenlighet med unionsrätten saknar dessa principer däremot i princip betydelse för den nationella domstolens utövande av skön i kognitiv bemärkelse.

Lojalitetsprincipen och principen om unionsrättskonform tolkning skiljer sig från minimiprinciperna såtillvida att de tar sin utgångspunkt i den nationella rättens utformning, och alltså inte kan läggas till grund för åsidosättande av nationella regler. Unionsrättskonform tolkning ska enligt EU-domstolen tillgripas om det föreligger en potentiell konflikt mellan unionsrätten och en nationell regel så som den förra uttolkas av EU-domstolen och den senare normalt uppfattas i nationell rätt, men där det finns utrymme att ge den ifrågasatta nationella regeln en annan tolkning, som är förenlig med unionsrätten. Utrymmet för sådan tolkning torde vara störst för de tolkningsfakultativa reglerna, men unionsrättskonform tolkning kan också bli aktuell vid andra typer av fakultativitet.

Unionsrättskonform tolkning får, liksom de ovannämnda minimiprinciperna, främst betydelse för de fakultativa reglernas strukturella sida, men verkar till skillnad från dem huvudsakligen utvidgande genom att möjliggöra andra eller fler rättsföljder än de som vanligtvis anses rymmas inom regelns ramar. Denna strukturella vidgning av handlingsutrymmet är dock illusorisk, eftersom tolkningsoperationen syftar till att undvika en överhängande konflikt med unionsrätten och domstolens handlingsutrymme således *måste* användas för det handlingsalternativ som är förenligt med unionsrätten (vilket vill säga det handlingsalternativ som den unionsrättskonforma tolkningen möjliggjort).

Lojalitetsprincipen slutligen innebär att den nationella domstolen inom ramen för sin behörighet, det vill säga *inom den fakultativa regelns strukturella ramar*, är skyldig att agera lojalt gentemot unionen. Därigenom är lojalitetsprincipen den enda av principerna som tydligt tar sikte på den nationella domstolens kognitiva skönsutövning, medan den i princip underordnar sig den nationella lagstiftarens val vad gäller regelns utformning (det kan dock noteras att plikten att tolka nationell rätt unionsrättskonformt liksom effektivitets- och likvärdighetsprinciperna ursprungligen härletts ur lojalitetsprincipen).

Sammanfattningsvis kan konstateras att samtliga principer får effekt för tillämpningen av fakultativa regler på medlemsstatsnivå, men att deras effekter varierar. Vilken princip som tillämpas får således betydelse för den fakultativa regelns innebörd. Genom principerna kan unionsrätten påverka tillämpningen av fakultativa regler i såväl kognitivt som strukturellt hänseende, och i det senare fallet kan inflytandet utövas genom både omtolkning och åsidosättande av regeln. Gemensamt för de fem principernas inverkan på nationella fakultativa regler är att dock att de i samtliga fall leder till att fakultativiteten försvagas eller rentav övergår i obligatorium.

5 Fakultativa regler i EU-domstolens praxis

Do not try to bend the spoon. That's impossible. Instead, only try to realize the truth: There is no spoon. Then you'll see, that it is not the spoon that bends, it is only yourself.

Ur The Matrix

5.1 Tillämpningen av fakultativa regler

5.1.1 Fakultativitet blir obligatorium

EU-domstolens första uttalande om fakultativa regler i nationell processrätt gjordes i domen i *van Schijndel* från år 1995 och följdes upp av ett i allt väsentligt likalydande uttalande i *Kraaijeveld* ett drygt år senare. De två relevanta punkterna ur domskälen är centrala för den fortsatta analysen och därför värda att citera i sin helhet:⁵¹⁶

Det skall även påpekas att då domstolarna enligt nationell rätt ex officio skall beakta rättsliga grunder som följer av en intern bestämmelse av tvingande beskaffenhet, även om de inte har åberopats av parterna, föreligger en sådan skyldighet även då det är fråga om tvingande gemenskapsbestämmelser (se i synnerhet domstolens dom av den 14 december 1995, *Van Schijndel* och *Van Veen*, C-430/93 och C-431/93, Rec. s. I-4705, punkt 13 [där domstolen i sin tur hänvisade till *Rewe* p. 5]).

Så förhåller det sig även då nationell rätt ger domstolen en möjlighet att ex officio tillämpa den tvingande bestämmelsen. Det ankommer på den nationella domstolen att med tillämpning av samarbetsprincipen i artikel 5 i fördraget säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna har direkt effekt (se i synnerhet domstolens domar av den 19 juni 1990, *Factortame* m.fl., C-213/89, Rec.

⁵¹⁶ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 13–14 och C-72/95 *Kraaijeveld* p. 57–58 (cit. från *Kraaijeveld*).

s. I-2433, punkt 19, och ovannämnda Van Schijndel och Van Veen, punkt 14).

I båda fallen var bakgrunden till uttalandet nederländsk reglering avseende dispositionsprincipen och *jura novit curia*, och frågan om den nationella domstolen var skyldig att beakta unionsrättsliga regler *ex officio* då den part i vars intresse det låg att reglerna ifråga tillämpades hade underlåtit att åberopa dem.⁵¹⁷ De båda punkterna berör två olika typer av nationell reglering; påbjudande obligatorisk regel i det första stycket (*van Schijndel* p. 13 respektive *Kraaijeveld* p. 57), och fakultativ regel i det andra (p. 14 respektive 58 i samma mål).⁵¹⁸ Vad gäller påbjudande reglering konstaterar EU-domstolen att en nationell domstol, som enligt nationell rätt är förpliktigad att beakta icke åberopade rättsregler *ex officio*, också är förpliktigad att i motsvarande fall på eget initiativ beakta unionsrättsliga bestämmelser. Detta förefaller vara en direkt följd av likvärdighetsprincipen,⁵¹⁹ även om explicit hänvisning till likvärdighets- och effektivitetsprinciperna saknas i denna del.⁵²⁰ Därefter, och här viktigare, fastslår den att en *motsvarande skyldighet*, alltså en skyldighet att beakta tvingande unionsrättsliga regler *ex officio*,⁵²¹ föreligger också om

⁵¹⁷ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 12 (första frågan) och C-72/95 *Kraaijeveld* p. 20 (andra delen av fjärde frågan).

⁵¹⁸ Jfr Komninos (2000) s. 462 vid not 11. Det återstående alternativet – förbjudande obligatorisk reglering – diskuterades av EU-domstolen i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 16–22.

⁵¹⁹ Se Andersson (1997) s. 121 och dens. (1999) s. 198 (observera att ”likbehandlingskravet-principen” i Anderssons terminologi motsvarar vad som här benämns likvärdighetsprincipen, se Andersson (1997) s. 72) samt Prechal (1998) s. 697 och Werlauff (2000) s. 52.

⁵²⁰ I C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 13 hänvisades dock till 33/76 *Rewe*, vilket nog får ses som en indirekt hänvisning till likvärdighetsprincipen. Detta bekräftas i C-40/08 *Asturcom* p. 49, där EU-domstolen åberopar just *van Schijndel* p. 13 som stöd för likvärdighetsprincipen. Hänvisning till likvärdighetsprincipen finns i *van Schijndel* istället i p. 17 avseende den andra tolkningsfrågan i målet. Det är dock anmärkningsvärt att domstolen inte explicit hänvisade till effektivitets- och likvärdighetsprinciperna redan under behandlingen av den första frågan (jfr nedan vid not 625).

⁵²¹ A.m. Drake (2000) s. 77, som tycks mena att EU-domstolen fastställer att fakultativa regler ska tillämpas på samma sätt i EU-rättsliga mål som i rent nationella, alltså som en *möjlighet* snarare än en skyldighet. Domskalens något olyckliga syftning utesluter inte helt en sådan tolkning (se nedan vid not 540). Drake är emellertid såvitt jag vet ensam om den och hennes tolkning tillbakavisas av den sammanfattande kommentaren i C-72/95 *Kraaijeveld* p. 60 samt av de senare avgörandena C-40/08 *Asturcom* p. 54 och C-488/11 *Asbeek Brusse* p. 46, där EU-domstolen i motsvarande uttalanden använder uttryckssättet: ”En sådan *skyldighet* ...” (kursiverat här).

den nationella rätten endast *möjliggör* ett sådant agerande från domstolens sida, det vill säga vid fakultativ reglering. Den nationella fakultativiteten omvandlas således till ett obligatorium.⁵²²

van Schijndel var en civilrättslig⁵²³ tvist mellan två arbetstagare (van Schijndel och van Veen) å ena sidan och en pensionsfond å den andra. Pensionsfonden, som var ett enskilt rättssubjekt, hade upprättats av en nationell arbetstagarorganisation och medlemskap i fonden var i princip obligatoriskt enligt nederländsk lag. *van Schijndel* och *van Veen*, som anslutits till fonden mot sin vilja, ansökte om att undantas från det obligatoriska medlemskapet. Ansökan avslogs av fonden och saken hamnade efter överklagande i flera instanser hos den nederländska högsta instansen Hoge Raad, och först där gjordes gällande att den nationella lagen skulle vara oförenlig med EU:s konkurrensrätt. Hoge Raad konstaterade att den själv på grund av nationella preklusionsregler var förhindrad att pröva frågan om pensionssystemets fördragsenlighet.⁵²⁴ Arbetstagarna (som också var klagande) hävdade emellertid att underinstanserna (Rechtbank) hade varit skyldiga att ex officio pröva om den nationella regleringen var förenlig med unionsrätten och yrkade, eftersom ingen sådan prövning hade genomförts, att underinstansernas domar skulle undanröjas.⁵²⁵

I EU-domstolens dom, i ett flertal språkversioner och i de versioner som förefaller ha varit bestämmande för resonemanget och utfallet, anges att de nederländska domstolarna enligt inhemsk processrätt inte endast var skyldiga att ex officio beakta rättsliga argument (*jura novit curia*),⁵²⁶ utan därtill var *berättigade*, men *inte förpliktigade*, att åsidosätta dispositionsprincipen vad gäller parternas yrkanden och grunder.⁵²⁷ Detta före-

⁵²² Se Andersson (1997) s. 121 och dens. (1999) s. 198 och 212, Heukels (1996) s. 341, Prechal (1998) s. 697 f., Werlauff (2000) s. 53, Delicostopoulos (2003) s. 607, Nordback (2005) s. 63, Eliantonio (2009) s. 141 och da Cruz Vilaça (2013) s. 297.

⁵²³ Tvistens karaktär såsom rörande "civilrättsliga rättigheter och skyldigheter över vilka parterna förfogar fritt" betonades av såväl den nationella domstolen (C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 12) som EU-domstolen (ibid. p. 15).

⁵²⁴ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 11.

⁵²⁵ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 10.

⁵²⁶ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 11: "[A]rtikel 48 i de nederländska rättegångsreglerna *förplikt*ar domstolen att vid behov ex officio komplettera de rättsliga grunderna [...]" (kursiverat här). På engelska och franska används orden "requires" resp. "oblige", jfr även den nederländska lagtextens "moeten".

⁵²⁷ Lokutionen att principen om *jura novit curia* "inte tvingar" den nationella domstolen att gå utöver parternas yrkanden och åberopanden återfinns i åtminstone den engelska, franska, spanska, svenska och danska versionen av C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*

faller emellertid vara en delvis felaktig beskrivning av gällande rätt. Det nederländska rättsläget påminde istället av allt att döma om det svenska; det vill säga, domstolarna var *bundna* av parternas yrkanden och de faktiska omständigheter som anförts till stöd för dessa, men däremot *skyldiga* att komplettera processmaterialet med för tvisten relevanta rättsakter, även utan återopande.⁵²⁸ Detta framgår av den autentiska, nederländska versionen av domen och i förslaget till avgörande, som förmedlar bilden av att regeln om dispositionsprincipen och *jura novit curia* var obligatorisk i sin helhet.⁵²⁹

Generaladvokaten (Jacobs), som till följd av sin förståelse av den nederländska rätten inte explicit berör tillämpningen av fakultativa regler, uttalar att ”en nationell domstol *skall* tillämpa en bestämmelse i gemenskapsrätten *ex officio endast* då den *ex officio skall* tillämpa en motsvarande bestämmelse i nationell lagstiftning.”⁵³⁰ Konsekvensen av det resonemanget tycks vara att den skönmässiga beslutandemakt som fakultativa regler överför på domstolarna kan utnyttjas även i EU-rättsliga mål.⁵³¹ Generaladvokatens förslag kan således i förhållande till domen

p. 11. Motsatsvis tycks EU-domstolen därav ha slutit sig till att den nationella rätten inte heller förbjöd sådant officialagerande.

⁵²⁸ Se Stein (1993) s. 198: “[T]he court has an *ex officio* duty to apply the law *to the set of facts presented by the parties*” (första kursiveringen i originalet, andra här). Samma uppfattning framförs av Andersson (1997) s. 133, Prechal (1998) s. 702, Eliantonio (2009) s. 131, Westerouen van Meeteren och Reinhold (1966) s. 77 i not 40 samt, dock avseende nyare nederländsk rätt, van Rhee (2008) s. 56.

⁵²⁹ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, förslag till avgörande p. 11: ”Enligt Hoge Raad innebär principen om domstolens passivitet i dispositiva tvistemål att när domstolen kompletterar de rättsliga grunderna *kan denna varken* gå utanför ramarna för tvisten *eller* stödja sig på andra fakta och omständigheter än de som återopats av den part vars grunder måste kompletteras” (kursiverat här). Motsvarande uttryckssätt återfinns i den engelska, franska och nederländska versionen. I den nederländska, autentiska versionen av själva domen (p. 11) anges att domstolen *inte får* gå utöver tvistens ramar (”de rechter *niet mag* treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen *en zich evenmin mag* baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke aan de vordering ten grondslag liggen”, kursiverat här). Det är värt att notera att dessa båda punkter i förslaget respektive domen i de nederländska versionerna nästan ordagrant överensstämmer med varandra, vilket inte är fallet i de övriga språkversionerna.

⁵³⁰ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, förslag till avgörande p. 38. Kursiverat här.

⁵³¹ Jfr även C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, förslag till avgörande p. 49, där det framhålls att tillgodoseende av ”icke-diskrimineringsprincipen” torde vara tillräckligt för att säkerställa överensstämmelse mellan nationell rätt och unionsrätt i detta avseende. Som jag ska återkomma till strax nedan kan en princip om likabehandling svårigen tas till intäkt för den slutsats som EU-domstolen nådde avseende tillämpningen av fakultativa regler.

sågas visa större respekt för medlemsstaternas processuella autonomi eller, annorlunda uttryckt, prioritera processuella principer över unionsrättens materiella genomslag.⁵³²

Trots att EU-domstolens uttalande om fakultativ reglering i *van Schijn- del* förefaller ha varit produkten av en missuppfattning av det nationella rättsläget, befästes ståndpunkten som redan konstaterats en kort tid senare i *Kraaijeveld*. *Kraaijeveld* var en förvaltningsrättslig tvist mellan bolaget Kraaijeveld och provinsen Zuid-Holland avseende en ändring i detaljplanen för det område där bolaget bedrev sin verksamhet. Kraaijeveld hade fört talan mot detaljplanen, dock utan att göra gällande att beslutet om ändring borde ha föregåtts av upprättandet av en miljökonsekvensbeskrivning (MKB).⁵³³

Tvistens förvaltningsrättsliga karaktär innebar att det nationella rättsläget skilde sig från det i *van Schijn- del* såtillvida att den nationella domstolen var behörig, men inte skyldig, att gå utöver parternas åberopanden.⁵³⁴ Uttalandet om fakultativa regler i *Kraaijeveld* hade således, till skillnad från samma passage i *van Schijn- del*, direkt relevans för handläggningen av tvisten vid den nationella domstolen. Samma ståndpunkt har sedermera, utan betydelsebärande ändringar, återupprepats i *Kem- pter*, *Asturcom*, *Asbeek Brusse* och *Jörös*.⁵³⁵ I samtliga dessa mål, varav alla utom *Kem- pter* var tvistemål, avsåg uttalandet om fakultativ reglering en nationell domstols möjlighet/skyldighet att beakta rättsfrågor ex officio. Att en domstol är behörig att ex officio införa rättsliga argument i en tvist får en skyldighet att göra så i EU-rättsliga mål får således betraktas som etablerat.⁵³⁶

Större tveksamhet råder kring den precisa rättsliga grunden för denna slutsats; här förefaller EU-domstolen också ha vacklat över tid. Såväl lojalitets- som effektivitets- och likvärdighetsprinciperna har figurerat i den

⁵³² Se C-430/93 och C-431/93 *van Schijn- del*, förslag till avgörande p. 27 och 31–45 (särskilt p. 37 och 43).

⁵³³ C-72/95 *Kraaijeveld* p. 54. Frågan om MKB borde ha upprättats diskuterats av EU-domstolen i p. 21–53 i samma dom.

⁵³⁴ Se C-72/95 *Kraaijeveld*, förslag till avgörande p. 78 och Algemene wet Bestuursrecht (Nederländernas allmänna förvaltningslag) art. 8:69. Se även van Hooijdonk och Eijssvoogel (2012) s. 178 ff.; jfr dock Jans m.fl. (2007) s. 313, som anför att även förvaltningsdomstolar i Nederländerna är bundna av parternas åberopanden såvida det inte rör sig om frågor som tillhör ”public policy”.

⁵³⁵ C-2/06 *Kem- pter* p. 45, C-40/08 *Asturcom* p. 54, C-488/11 *Asbeek Brusse* p. 45–46 och C-397/11 *Jörös* p. 30.

⁵³⁶ Se Jans m.fl. (2007) s. 309 och Engström (2008) s. 75 f.

akademiska diskussionen om avgörandena. Eftersom dessa tre principer har ett starkt inbördes samband är det förvisso troligt att överväganden hänförliga till alla tre principerna spelade in i resonemanget.⁵³⁷ Eftersom principerna, som visats i kapitel 4 ovan, får delvis olika effekter på fakultatativa regler i medlemsstaterna är det emellertid av intresse att försöka utreda frågan om hur slutsatsen från *van Schijndel/Kraaijeveld* förhåller sig till dem.

Den andra meningen i *van Schijndel* p. 14 och *Kraaijeveld* p. 58 hänvisar till lojalitetsprincipen, som kräver att medlemsstaternas domstolar ska ”säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av unionsrätten”.⁵³⁸ I tidiga kommentarer är det tydligt att avgörandet har uppfattats såsom baserat på lojalitetsprincipen.⁵³⁹ En sådan tolkning framstår som rimlig, och får även EU-domstolens resonemang att göra det. Om en nationell domstol har behörighet att beakta unionsrättsliga regler även om parterna inte har relaterat sin argumentation till dem, så förefaller det inte orimligt att som utgångspunkt anta att sådan aktivitet är en ”lämplig åtgärd” ägnad att ”säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter” (art. 4(3) FEU).

EU-domstolen formulerade dock sitt ställningstagande med en implicit hänvisning till det föregående stycket om likvärdighetsprincipens inverkan på tillämpningen av obligatoriska regler (”*Detsamma* gäller ...”).⁵⁴⁰ Möjligen skulle detta kunna förstås som att även slutsatsen avseende fakultat

⁵³⁷ Detta kan illustreras av EU-domstolens hänvisning till C-213/89 *Factortame I* p. 19 för tolkningen av lojalitetsprincipen i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14 och C-72/95 *Kraaijeveld* p. 58. I den relevanta punkten i *Factortame I* hänvisas till 811/79 *Ariete* p. 12 och 826/79 *Mireco* p. 13, vilka i sin tur härleder tolkningen till domarna 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 12, 13 och 16, där det var just tolkningen av lojalitetsprincipen – i princip ordagrant på samma sätt som i *van Schijndel* – som låg till grund för formulerandet av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna. Jfr Dougan (2007) s. 946, som pekar på ett ”true kinship” mellan principen om unionsrättskonform tolkning å ena sidan och effektivitets- och likvärdighetsprinciperna å den andra, med hänvisning till lojalitetsprincipen som deras gemensamma moderprincip.

⁵³⁸ Dock, enligt vad som framhålls i domarna, endast i den mån detta rättsskydd följer av unionsrättens direkta effekt. Till betydelsen av denna begränsning återkommer jag i avsnitt 5.1.2 nedan.

⁵³⁹ Heukels (1996) s. 341 f., Andersson (1999) s. 198 och generaladvokat Saggio, förslag till avgörande i C-126/97 *Eco Swiss* p. 25. För samma tolkning även på senare tid se da Cruz Vilaça (2013) s. 297.

⁵⁴⁰ Cit. från C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14 (kursiverat här). Se även C-72/95 *Kraaijeveld* p. 58.

reglering stöddes på likvärdighetsprincipen.⁵⁴¹ Uttalandet om lojalitetsprincipen skulle då kunna betraktas som en förstärkning av det redan förda resonemanget snarare än som den egentliga grunden. En sådan tolkning framstår visserligen som långsökt mot bakgrund av argumentationen i *van Schijndel* och *Kraaijeveld*, särskilt som dessa avgöranden inte ens uttryckligen nämner likvärdighetsprincipen,⁵⁴² men vinner stöd i senare avgöranden, där kravet på de nationella domstolarnas tillämpning av fakultativa regler återkommer i resonemang avseende just likvärdighetsprincipen.⁵⁴³ Utgångspunkten för EU-domstolens ståndpunkt om fakultativ reglering tycks således, åtminstone numera, vara likvärdighetsprincipens krav vid obligatorisk reglering, som domstolen förefaller anse vara direkt överförbara mellan de båda regeltyperna.⁵⁴⁴

För egen del finner jag denna logik olycklig. Det är svårt att se hur likvärdighetsprincipen, oavsett om den förstås som ett negativt krav på ”minst lika förmånlig” behandling eller ett positivt krav på faktisk lika-behandling genom tillämpning ”på samma sätt”, kan leda till slutsatsen att en fakultativ regel i unionsrättsliga mål ska tillämpas som om den vore obligatorisk; detta förefaller snarare vara ett krav på mer förmånlig behandling av unionsrättsliga frågor.⁵⁴⁵ Lojalitetsprincipen framstår därför som en mer tillfredsställande grund för EU-domstolens slutsats.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ Se Andersson (1997) s. 121 och 133 vid noterna 504–505 och Jans m.fl. (2007) s. 309.

⁵⁴² Se not 520 ovan.

⁵⁴³ Se C-40/08 *Asturcom* p. 49 et seq., C-488/11 *Asbeek Brusse* p. 43 et seq. och C-397/11 *Jörös* p. 30.

⁵⁴⁴ Det kan även noteras att ledet om obligatorisk reglering har utgått i det senare fallet C-488/11 *Asbeek Brusse* p. 45 och 46, där EU-domstolen istället gör en skillnad mellan situationer där, enligt nationell rätt, domstolarna har ”behörighet” (eng. ”power”, fr. ”compétence”, nl. ”bevoegd”) och situationer där domstolarna ”inte har en skyldighet utan endast en möjlighet” (eng. ”merely a discretion”, fr. ”simple faculté”, nl. ”mogelijkheid”). Möjligen avses härmed en skillnad mellan å ena sidan förekomsten av en fakultativ regel som ger uttrycklig möjlighet att agera, och å andra sidan endast frånvaron av ett förbud att agera (jfr Peczenik (1987) s. 16 om skillnaden mellan starka och svaga tillåtelse). I så fall kan detta uppfattas som en utvidgning av *van Schijndel*-doktrinen, från att skyldighet uppstår vid fakultativ möjlighet, till att skyldighet uppstår vid avsaknad av förbud. En sådan hållning är inte orimlig mot bakgrund av det i avsnitt 2.2.2 (särskilt vid not 173) noterade sambandet mellan avreglering och fakultativ reglering; det är dock ännu för tidigt att dra några mer långtgående slutsatser av uttalandet.

⁵⁴⁵ Se Andersson (1997) s. 121 och Engström (2008) s. 75.

⁵⁴⁶ Se Eliantonio (2009) s. 141. Den förefaller också ha föredragits av brittiska House of Lords i fallet *Berkeley*, som behandlas utförligt i avsnitt 5.1.3 nedan.

Det kan även diskuteras vilken roll effektivitetsprincipen spelade för resonemanget.⁵⁴⁷ Prechal verkar i *van Schijndel* läsa in två kumulativa kriterier som ska vara uppfyllda för att domstolens skyldighet att agera ska uppstå: dels att det ska finnas en fakultativ behörighet för domstolen i den nationella rätten, dels att ett ingripande ex officio ska vara nödvändigt för att skydda den enskildes rättsliga intresse.⁵⁴⁸ Med andra ord, konstaterar hon, föreligger skyldigheten att på eget initiativ tillämpa unionsrättsliga regler ”where the principle of effectiveness or effective judicial protection requires so.”⁵⁴⁹ Denna analys stämmer väl överens med idén om nationell processuell autonomi begränsad endast av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna; om aktivitet från domstolens sida är nödvändig för att garantera det EU-rättsligt skyddade intresset kräver effektivitetsprincipen rimligen att domstolen ingriper.

EU-domstolen förefaller emellertid gå längre än så. Den enda uttryckligen nämnda förutsättningen för att skyldigheten ska inträda är att den nationella rätten möjliggör det aktuella agerandet. Något ytterligare test av processens effektivitet varken föreskrivs eller genomförs av EU-domstolen; tvärtom konstateras senare i *van Schijndel* att officialagerande från domstolens sida *inte* är nödvändigt för att uppfylla effektivitetsprincipens krav.⁵⁵⁰ Detta antyder att det krav som *van Schijndel* och *Kraaijeveld* ställer på de nationella domstolarna är starkare än vad effektivitetsprincipen normalt anses vara.⁵⁵¹ Vidare är den avgörande vikt som EU-domstolen fäster vid den nationella rättens utformning svärförenlig med effektivitetsprincipen. För det fall ett officialingripande från domstolens sida är nödvändigt för att upprätthålla effektivitetsprincipen, så borde den nationella rättens utformning inte vara avgörande, eftersom en nationell domstol som är oförmögen att tolka landets processrätt i konformitet

⁵⁴⁷ Se Werlauff (2000) s. 53 och Engström (2008) s. 75 f.

⁵⁴⁸ Prechal (1998) s. 697 f.

⁵⁴⁹ Prechal (1998) s. 698.

⁵⁵⁰ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 22, se även Andersson (1997) s. 121. Jfr dock C-397/11 *Jörros* p. 36–37, där det framstår som om den omtvistade regeln uppfyllde effektivitetsprincipens krav *just eftersom* den skulle tillämpas som om den föreskrev en skyldighet för domstolen i enlighet med *van Schijndel* p. 14.

⁵⁵¹ Jfr C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, förslag till avgörande p. 22–23, där generaladvokat Jacobs framhåller skillnaderna mellan *van Schijndel* och *Peterbroeck* å ena sidan och *Simmenthal* och *Factortame I* å den andra, och påpekar att nödvändigheten av att säkerställa gemenskapsrättens genomslag var avgörande *i de senare*. Prechal noterar också att EU-domstolen i *van Schijndel* går längre än vad de traditionella *Rewel/Comet*-principerna kräver (Prechal (1998) s. 706).

med effektivitetsprincipen normalt anses vara skyldig att åsidosätta regeln ifråga.⁵⁵² Vid tillämpning av likvärdighets- eller lojalitetsprincipen däremot är sådana hänsyn mer naturliga, eftersom den förra uttryckligen refererar till ett nationellt rättsläge och den senare inte anses kunna framtvunga åsidosättande av tydligt formulerad nationell rätt.

Oavsett vilken av principerna som legat till grund för uttalandet i *van Schijndel* och dess uppföljare kan dock konstateras att principernas tillämpningsområde spänner över hela det område som omfattas av EU-rätten. I ett tidigt försök att i detta hänseende dra konsekvenserna av *van Schijndel* och *Kraaijeveld* menar Andersson att avgörandena ”borde innebära att t.ex. inhemska regler som är fakultativa ska ses som obligatoriska” i mål där materiell EU-rätt är tillämplig.⁵⁵³ Andersson antar därmed att EU-domstolens resonemang har relevans för nationella fakultativa regler i allmänhet och får samma verkan i samtliga fall, nämligen att omvandla de nationella fakultativa reglerna till obligatoriska, åtminstone i EU-rättsliga mål.⁵⁵⁴

Detta framstår, om man utgår ifrån domarnas utformning, som en rimlig hypotes. Artikel 4(3) FEU förpliktigar generellt medlemsstaterna att lojalt samarbeta med unionen och uppfylla sina förpliktelser enligt fördraget, och effektivitets- och likvärdighetsprinciperna måste uppfyllas av all nationell processrätt som används för genomdrivandet av unionsrättigheter. Vad detta konkret innebär kan visserligen variera beroende på rättsområde och på den nationella kontexten, men inget tyder på att någon av principerna skulle ha starkare inverkan eller i övrigt ett särskilt förhållande till dispositionsprincipen eller *jura novit curia*. EU-domstolens resonemang från *van Schijndel* borde således vara relevant även i relation till andra aspekter av medlemsstaternas processreglering.

Tillämpningen av fakultativa regler i nationella domstolar skulle i så fall ske enligt en trestegsmodell, där domstolens första uppgift vore att

⁵⁵² Se bl.a. avgörandena i 309/85 *Barra* p. 21, C-208/90 *Emmott* p. 24, C-312/93 *Peterbroeck* p. 21, C-473/00 *Cofidis* p. 38 och C-262/09 *Meilicke II* p. 59 samt avsnitt 4.2.3 ovan.

⁵⁵³ Andersson (1997) s. 121. Se även dens. (1999) s. 198, 212 och 410. Med denna avhandlings terminologi torde det vara mer adekvat att tala om en omvandling från äkta till falsk fakultativitet (se avsnitt 2.2.3 ovan); detta är emellertid av mindre praktisk betydelse eftersom falskt fakultativa regler närmast är att betrakta som en underkategori av obligatoriska regler.

⁵⁵⁴ Avseende begreppet ”EU-rättsliga mål” se Nordback (2005) s. 4 samt vidare avsnitt 4.1 ovan.

analysera den aktuella regeln för att utröna vilka alternativa åtgärder som ryms inom regelns ramar. Mot bakgrund av plikten att tolka även äkta fakultativa regler unionsrättskonformt kan det vidare tänkas att domstolen härvid bör vara öppen för okonventionella tolkningar, som kan vidga dess handlingsutrymme. Sedan dessa alternativ kartlagts skulle domstolens uppgift för det andra vara att analysera varje alternativs konsekvenser, för att utröna vilket av de tänkbara besluten som bäst bidrar till unionsrättens effektiva genomslag. Det bör noteras att det här är beslutets konsekvenser *för utgången i sak* som är relevanta. Därefter skulle regeln alltså för det tredje tillämpas som om den vore obligatorisk till förmån för det alternativ som innebär det mest effektiva genomslaget för unionsrätten.⁵⁵⁵

5.1.2 Betydelsen av direkt effekt

I *van Schijndel* framhöll EU-domstolen att lojalitetsprincipen förpliktar de nationella domstolarna att ”säkerställa de enskildas rättsskydd som följer av den direkta effekten som bestämmelserna i [unions]rätten har”.⁵⁵⁶ Motsatsvis förefaller EU-domstolen antyda att situationen skulle vara annorlunda i fall där den materiella unionsrättsliga regel som ger målet sin EU-rättsliga karaktär inte uppfyller kraven för direkt effekt; att möjligheten i sådana fall inte skulle ge upphov till någon skyldighet. Det kan dock betvivlas om en sådan tolkning är rimlig.

Formuleringen i *van Schijndel* kan härledas tillbaka till *Rewe*, där EU-domstolen etablerade effektivitets- och likvärdighetsprinciperna med stöd av lojalitetsprincipen.⁵⁵⁷ Lojalitetsprincipen konstaterades då, liksom senare i *van Schijndel*, ålägga de nationella domstolarna att upprätthålla enskildas på direkt effektiv unionsrätt grundade rättigheter.⁵⁵⁸ Begränsningen – om det nu är så uttalandet ska förstås – har alltså följt effektivitets- och likvärdighetsprinciperna sedan deras uppkomst. Drake har därav dragit slutsatsen att dessa principer inte är tillämpliga om den

⁵⁵⁵ Jfr dock Gräns (2009) s. 59 f., som menar att detta är en orealistisk bild av hur rättstillämpning går till (för en djupare analys se även Gräns (2005) s. 109 ff.). Det är tänkbart, men ur ett rättfärdigandeperspektiv (se ovan avsnitt 1.2.1) inte avgörande.

⁵⁵⁶ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14. Kursiverat här. Liknande formulering förekommer i C-72/95 *Kraaijeveld* p. 58.

⁵⁵⁷ Jfr kedjan av hänvisningar från *van Schijndel* till *Rewe* som beskrivs i not 537 ovan.

⁵⁵⁸ 33/76 *Rewe* p. 5 och 45/76 *Comet* p. 12.

relevanta unionsrättigheten saknar direkt effekt.⁵⁵⁹ Detsamma borde då rimligen, åtminstone i dylika processuella sammanhang, gälla lojalitetsprincipen, eftersom det är lojalitetsprincipens begränsade räckvidd som antas begränsa effektivitets- och likvärdighetsprincipernas tillämplighet.

Det finns emellertid flera problem med att koppla de allmänna principernas inflytande till förekomsten av direkt effekt. För det första framstår det som tveksamt om EU-domstolens uttalande bör läsas motsatsvis.⁵⁶⁰ Bland svenska domstolars uppgifter ingår inte endast att upprätthålla de välgrundade rättigheter som en part gör gällande med stöd av direkt tillämplig unionsrätt, utan även och i lika grad att bifalla sådana välgrundade yrkanden som parterna framställer med stöd av rent inhemsk lagstiftning eller lagstiftning som tillkommit till följd av ett EU-rättsligt direktiv eller annan internationell rättsakt. Det kan därför knappast antas att uttalandet är avsett att *uttömmande* spegla de nationella domstolarnas plikter eller lojalitetsprincipens tillämpningsområde.

Vidare bör noteras att den principiella ståndpunkten i den europeiska litteraturen tycks vara att unionens allmänna rättsprinciper blir tillämpliga så snart den aktuella situationen faller inom fördragets tillämpningsområde, oavsett om den i målet relevanta rättsakten uppfyller kraven för direkt effekt eller inte.⁵⁶¹ Den uppfattningen förefaller också vinna stöd i EU-domstolens praxis.⁵⁶² Allmänna rättsprinciper, särskilt rättssäkerhetsprincipen, har rentav åberopats som skäl för att *inte* tillerkänna vissa rättsakter direkt effekt;⁵⁶³ om allmänna rättsprinciper därmed inte skulle vara tillämpliga uppstår tydligen ett cirkelresonemang. Som framhållits av Dougan minskar de konstitutionella argumenten för att kräva att medlemsstaterna lever upp till unionens allmänna rättsprinciper knap-

⁵⁵⁹ Drake (2000) s. 147 f. och 167 f.

⁵⁶⁰ Jfr Heuman (1992/93) s. 921: ”Det betonas ofta att man inte får dra e contrario-slut av rättsfall.”

⁵⁶¹ Se Dougan (A Constitutional Order of States? 2011) s. 231 f. samt Lenaerts och Gutiérrez-Fons (2010) s. 1639 ff. Jfr även Temple Lang (2001) s. 92, som framhåller att art. 4(3) FEU kan få direkt effekt även om den i målet tillämpliga materiella rättsakten inte har det.

⁵⁶² Se 14/83 *von Colson* p. 26–28, C-442/00 *Caballero* p. 27–30 och 42–43, C-81/05 *Cordero Alonso* p. 45–46, C-309/06 *Marks & Spencer* p. 28 och 33–36, C-105/03 *Pupino* p. 45 och 57–59 samt, i horisontella rättsförhållanden, C-144/04 *Mangold* p. 74–77 och C-555/07 *Küçükdeveci* p. 21–27.

⁵⁶³ C-201/02 *Wells* p. 56. Se även generaladvokatens (Slynn) förslag till avgörande i 152/84 *Marshall I* och jfr C-105/03 *Pupino* p. 44–45.

past i styrka endast därför att den relevanta unionsrättsakten tillämpas osjälvständigt eller indirekt.⁵⁶⁴

Vad gäller lojalitetsprincipen bör vidare framhållas att denna ligger till grund även för principen om unionsrättskonform tolkning, vilken som framgått ovan har till syfte att genomdriva just unionsrätt utan direkt effekt.⁵⁶⁵ Det är också svårt att se någon bärande anledning till att just effektivitets- och likvärdighetsprinciperna skulle skilja sig från unionsrättsens övriga allmänna principer i detta avseende.⁵⁶⁶ Att försöka upprätthålla en särskilnad mellan processuellt inriktade och övriga rättsprinciper skulle dessutom, med hänsyn till de processuella principernas nära släktskap med andra allmänna principer – som principen om unionsrättsens fulla genomslag, principen om effektivt rättsskydd och icke-diskrimineringsprincipen – medföra både gränsdragningsproblematik och risk för omotiverad olikbehandling av snarlika fall.⁵⁶⁷

Att begränsa slutsatsen från *van Schijndel* och *Kraaijeveld* – att nationella domstolar ska tillämpa fakultativa regler som om de vore obligatoriska – till fall där den tillämpliga regeln har direkt effekt skulle därtill få märkliga konsekvenser. Låt oss anta att den relevanta rättsakten är ett direktiv. Det är, som bekant, medlemsstaterna som styr över hur – och i praktiken om, eller i varje fall när⁵⁶⁸ – ett direktiv implementeras; detta ligger i direktivets definierande drag.⁵⁶⁹ Om direktivet implementeras

⁵⁶⁴ Dougan (A Constitutional Order of States? 2011) s. 231.

⁵⁶⁵ Se kap. 4.3.2 ovan samt 14/83 *von Colson* p. 26 och 79/83 *Harz* p. 26.

⁵⁶⁶ Se Tridimas (2006) s. 423 ff. och Hesselink (2013) s. 161, som båda behandlar och karakteriserar effektivitets- och likvärdighetsprinciperna som allmänna rättsprinciper.

⁵⁶⁷ Jfr t.ex. C-168/05 *Mostaza Claro* och C-40/08 *Asturcom*, där EU-domstolen resonerade utifrån effektivitetsprincipen, med C-240/98 till C-244/98 *Océano* och C-243/08 *Pannon*, där istället allmänna överväganden om unionsrättsens effektiva genomslag tycks ha varit avgörande. Jfr även i allmänhet den omdebatterade gränsdragningsproblematiken mellan effektivitetsprincipen från 33/76 *Rewe* och kravet på full effektivitet från 106/77 *Simmmenthal* (se kap 4.2.1 ovan) samt, avseende likvärdighetsprincipen, C-180/95 *Draehmpaehl* p. 29 och 42, där EU-domstolen utan att explicit hänvisa till likvärdighetsprincipen framhöll att medlemsstaterna var skyldiga att ”ombesörja att det ingrips mot överträdelse av gemenskapsrätten enligt samma faktiska villkor och förfarande som de som tillämpas på de överträdelse av nationell rätt av liknande art och vikt” resp. att ”formerna och villkoren för en rätt till skadestånd som grundas på gemenskapsrätten inte [får] vara mindre förmånliga än de som föreskrivs inom ramen för liknande nationella regler.” Avgörandet i *Draehmpaehl* behandlas av Drake (2000) s. 167 f.

⁵⁶⁸ Prechal (2005) s. 28 konstaterar att EU-domstolen ”vigorously upholds the observation of the time limits for implementation”, men att det trots detta ”is, however, no secret that the deadlines are frequently not respected.”

⁵⁶⁹ Se art. 288 FEUF. Jfr Prechal (2005) s. 31 ff. och 73 ff.

korrekt får dess bestämmelser inte direkt effekt, eftersom den unionsrättsenliga nationella rätten blir tillämplig. Detta skulle få den paradoxala konsekvensen att det starkare processuella skydd som enligt *van Schijndel* ska tillhandahållas vid fakultativ reglering endast blir tillämpligt i situationer där medlemsstaten ifråga åsidosatt sina skyldigheter. En enskild som vill göra gällande sina unionsrättigheter skulle därmed riskera att finna sig i den märkliga situationen att hen hade åtnjutit en i processuellt hänseende (men inte i sak) starkare ställning om direktivet inte hade implementerats korrekt, eftersom domstolen i dessa fall men inte vid korrekt implementering hade varit skyldig att tillämpa fakultativa processregler på det sätt som bäst främjar unionsrättens genomslag.⁵⁷⁰ En sådan ordning kan knappast ha varit åsyftad.

Dessutom kan direktivets direkta effekt i sig vara beroende av hur den implementerande lagstiftningen utformats.⁵⁷¹ En viss grad av divergens mellan medlemsstaterna torde vara oundviklig med hänsyn till unionens nuvarande lagstiftningsteknik;⁵⁷² att göra den minimiharmonisering av medlemsstaternas processordningar som effektivitets- och likvärdighetsprinciperna innebär beroende av direkt effekt hos den materiella rättsakten in casu förefaller emellertid omotiverat öka divergensen.

Det kan förvisso argumenteras för att denna inkonsekvens inte vore mer besvärande än den inkonsekvens som uppstår redan genom att EU-domstolens avgöranden och unionens allmänna principer endast kan tillämpas i mål som faller inom fördragets tillämpningsområde. Ett krav på direkt effekt skulle således inte *skapa* en svärmotiverad olikbehandling, utan endast *flytta* den avgörande skiljelinjen från distinktionen mellan unionsrätt och nationell rätt till den mellan unionsrätt med respektive

⁵⁷⁰ Jfr Robberstad (2002) s. 198 f., som berör det besläktade förhållandet att ”den domstolsskapte EØS-retten gjelder uten videre, mens forordninger og direktiver må gjennomføres for å bli bindende i Norge.” Som Dashwood m.fl. (2011) s. 241 påpekar så kan en part inte kringgå nationell implementerande lagstiftning genom att istället välja att stödja sig på direktivets direkta effekt.

⁵⁷¹ I C-6/90 och C-9/90 *Francoovich* p. 26 och C-334/92 *Wagner Miret* p. 18–19 fastslog EU-domstolen att art. 3(1) och 5 i direktiv 80/987/EEG inte var precisa nog att ha direkt effekt, eftersom de överläter betydande beslutsmakt på medlemsstaterna. Detta hindrade dock inte att samma bestämmelser tillerkändes direkt effekt i C-441/99 *Gharehveran* p. 44, eftersom medlemsstaten i det fallet redan hade utövat betydande delar av sitt skön i samband med implementeringen. Se även C-271/91 *Marshall II* p. 36 jämförd med 14/83 *von Colson* p. 27 samt vidare Craig och de Búrca (2011) s. 193 med hänvisningar.

⁵⁷² Se 205/82 till 215/82 *Deutsche Milchkontor* p. 21 och förslag till avgörande i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 45 samt Andersson (1997) s. 120.

utan direkt effekt. Det bör dock framhållas att olikbehandling av rent nationella mål, jämfört med unionsrättsliga, kan uppstå som en konsekvens av kompetensfördelningen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, eftersom den förra inte har kompetens att utsträcka sin praxis till att omfatta rent nationella mål medan de senare är skyldiga att ge unionsrätten företräde framför den egna medlemsstatens rent inhemska rätt. Även om också en sådan särbehandling kan uppfattas som problematisk, kan den alltså förklaras med hänvisning till den *vertikala* maktfördelningen inom unionen. Distinktionen mellan unionsrättsakter med och utan direkt effekt motiveras istället av den *horisontella* maktfördelningen mellan den verkställande och den rättstillämpande makten, där uttrycket att en rättsakt "har direkt effekt" endast är ett annat sätt att påstå att rättsakten ifråga är av sådan karaktär att den lämpar sig för att hanteras inom den rättstillämpande sfären.⁵⁷³ Detta framstår som en fråga som ska vara föremål för prövning vid en rättslig process, snarare än styra dess utformning.⁵⁷⁴ Sammanfattningsvis talar övervägande argument mot att fästa avgörande betydelse vid EU-domstolens hänvisning till direkt effekt vid tolkningen av *van Schijndel* och *Kraaijeveld*.

5.1.3 Taking van Schijndel seriously

Målet *Berkeley* som avgjordes av brittiska House of Lords år 2000 utgör en illustration av hur slutsatsen från *van Schijndel* kan få effekt i nationell process. *Berkeley* rörde ett byggnadstillstånd, som hade beviljats efter omfattande utredning och offentlig tillståndprocess men utan att någon miljökonsekvensbeskrivning (MKB) hade upprättats, vilket innebar att förfarandet inte uppfyllt den relevanta unionsregleringens processuella krav. Detta innebar i sin tur att beslutet kunde undanröjas. Den aktuella regeln (section 288(5)(b) av the Town and Country Planning Act 1990) lydde enligt följande (min kursivering): "[T]he High Court, if satisfied that the order or action in question is not within the powers of this Act, or that the interests of the applicant have been substantially prejudiced by a failure to comply with any of the relevant requirements in relation to it, *may* quash that order or action." Denna utformning av regler avse-

⁵⁷³ Se Winter (1972) s. 425 ff., särskilt s. 435 ff. och Edward (2002) s. 6.

⁵⁷⁴ Jfr 41/74 *van Duyn* p. 12: "Det måste därför i varje enskilt fall undersökas om den aktuella bestämmelsen med hänsyn till sin rättsliga natur, systematik och ordalydelse är *ägnad att ha direkt effekt* i förhållandet mellan medlemsstaterna och de enskilda." Kursiverat här.

ende rättsföljderna vid laglighetsprövning av förvaltningsbeslut är vanlig i brittisk rätt, och det förefaller som om lydelsen speglar både en legislativ avsikt och en rättslig praxis av att ge domstolen rätt att underlåta att döma ut rättsföljden, trots att samtliga rekvisit är uppfyllda.⁵⁷⁵ Bestämelsen får således uppfattas som en äkta fakultativ regel.

Byggnadstillståndsbeslutet överklagades av lady Berkeley, en enskild boende i det berörda området som ”had taken a course on ecology and was concerned about the effect of the development on the diversity of species in the Thames.”⁵⁷⁶ Hennes talan ogillades dock ”as a matter of discretion” i både första (High Court) och andra (Court of Appeals) instans, med hänvisning till att utredningen – även om procedurreglerna inte hade följts – hade varit grundlig och det inte kunde antas att upprättandet av en MKB skulle ha påverkat förvaltningsbeslutets innehåll i sak.⁵⁷⁷ Det framgår alltså uttryckligen av domen att underinstanserna ansåg att rekvisiten för att undanröja tillståndsbeslutet var uppfyllda, och att det var med utnyttjande av sin *fakultativa behörighet* som de ändå upprätthöll det.

House of Lords⁵⁷⁸ fann att underinstansernas beslut utgjorde felaktig skönsutövning. Lord Hoffmann konstaterade att den nationella regeln tveklöst var att betrakta som fakultativ, men att han ändå ”doubt[ed] whether, consistently with its obligations under European law, *the court may exercise that discretion* to uphold a planning permission which has been granted contrary to the provisions on the Directive. To do so would seem to conflict with the duty of the court under [art. 4(3) TFEU]”. Lord Hoffmann slöt sig därför till att ”nothing less than substantial comp-

⁵⁷⁵ Lewis (2009) s. 656 samt vidare nedan.

⁵⁷⁶ Berkeley ref. s. 612.

⁵⁷⁷ Berkeley ref. s. 613. Kursiverat här.

⁵⁷⁸ I House of Lords var parterna eniga om både att en MKB borde ha upprättats och att underinstansernas motivering till att enligt den fakultativa regeln underlåta att undanröja beslutet var otillräcklig, och dessa frågor var således enligt brittisk rätt – enligt vilken även rättsfrågor omfattas av parternas rätt att disponera över tvisten (Jacob (1987) s. 12 och Andrews (English civil procedure 2003) s. 34) – undandragna domstolens prövning. Lord Hoffmann, som avgav domstolens huvudsakliga votum, uttalade därför explicit att hans yttrande i här relevanta delar var obiter dictum. Uttalandet är emellertid trots detta utförligt och tydligt resonerat (och motiverades också i Berkeley ref. s. 613 f. med att frågan var av stor betydelse). Lorderna Bingham och Hoffmanns uttalanden återfinns i här aktuella delar i Berkeley ref. s. 608 resp. s. 616. Om inget annat anges är det i det följande dessa sidor, i förekommande fall med mina kursiveringar, som avses.

liance with the Directive”⁵⁷⁹ kunde rättfärdiga ett upprätthållande av beslutet enligt den fakultativa regleringen. Lord Bingham menade att fakultativiteten redan på nationell grund var att betrakta som svag, och framhöll därefter att i unionsrättsliga sammanhang, ”unless a violation is so negligible as to be truly de minimis and the prescribed procedure has in all essentials been followed, *the discretion (if any exists) is narrower still*”. Han hänvisade därefter till lojalitetsprincipen, till ”the obligation of national courts to ensure that Community rights are fully and effectively enforced” och till det relevanta direktivets utformning, som enligt hans uppfattning ”all point towards an order to quash as *the proper response* to a contravention such as admittedly occurred in this case.”

Lordernas resonemang förefaller vara en direkt, om än implicit,⁵⁸⁰ tillämpning av avgörandena i *van Schijndel* och *Kraaijeveld* eller åtminstone bygga på samma förståelse av lojalitetsprincipen som låg till grund för EU-domstolens slutsats i de målen. Detta gäller för det första slutsatsen; i flera kommentarer uppfattas målet som en omvandling av regeln från starkt – eller åtminstone starkare⁵⁸¹ – till svagt⁵⁸² eller falskt⁵⁸³ fakultativ.⁵⁸⁴ Det gäller emellertid även, för det andra, den kombination av lojalitetsprincipen och hänsynen till enskildas rättsskydd som både EU-

⁵⁷⁹ Det är oklart för mig varför lord Hoffmann stöder sitt argument på direktivets direkta effekt istället för den implementerande nationella lagstiftningen (jfr *Berkeley*, ref. s. 604 och 610); möjligen rör det sig om en sorts implicit unionsrättskonform tolkning (jfr *ibid.* s. 614 f.). Detta är emellertid utan betydelse för de aspekter av målet som är av intresse här.

⁵⁸⁰ Hänvisningar till EU-domstolens praxis saknas helt i de här aktuella delarna av domen. Lord Hoffmann hänvisade dock till generaladvokatens yttrande i *Kraaijeveld* avseende MKB-direktivets syfte (ref. s. 615). Även klaganden stödde sig på *Kraaijeveld* och motparten åberopade generaladvokatens yttrande i *van Schijndel* (ref. s. 605 ff.). Trots avsaknaden av explicit hänvisning kan det således förutsättas att House of Lords var bekant med EU-domstolens avgöranden i dessa mål.

⁵⁸¹ Både lord Hoffmann och lord Bingham påpekade att domstolarnas handlingsutrymme redan på grundval av rent nationell rätt hade varit snävt kringskuret.

⁵⁸² Robinson och Elvin (2000) s. 886 f. och Maurici (2001) s. 23. Även dessa artiklar bör framhållas att både Maurici och Elvin biträdde svaren i *Berkeley*. Se även Woolley m.fl. (2009) s. 741 f.

⁵⁸³ McCracken (2010) s. 1523, som tycks anse att *Berkeley* skapade en obligatorisk regel, men dock medger att skyldigheten att undanröja beslutet inte omfattar fall av helt försumbara formfel. McCracken var ombud för klaganden i *Berkeley*.

⁵⁸⁴ Jfr dock Jans och Prinssen (2002) s. 121, som tycks anse att *Berkeley* utgör ett exempel på att fakultativ reglering kan respekteras även i EU-rättsliga mål.

domstolen i *van Schijndel* och lord Hoffmann i *Berkeley* stödde sig på.⁵⁸⁵ *Berkeley* kan således uppfattas som ett erkännande från House of Lords sida av en mer vidsträckt tolkning av *van Schijndel/Kraaijeveld* i enlighet med Anderssons analys och lojalitetsprincipens bredare tillämpningsområde, som beskrivits ovan.⁵⁸⁶

Avgörandena i *van Schijndel*, *Kraaijeveld* och *Berkeley* har ett antal specifika karaktärsdrag. För det första är domstolens valmöjligheter enligt den tillämpliga nationella rätten rent binära – att införa eller inte införa ny rättslig argumentation (*van Schijndel/Kraaijeveld*) respektive att upprätthålla eller undanröja det omstridda förvaltningsbeslutet (*Berkeley*) – och kan beskrivas som ett val mellan aktivitet och passivitet. För det andra finns ett relativt tydligt status quo, vars konsekvenser (det vill säga målets utgång i *van Schijndel/Kraaijeveld* och beslutets genomförande i *Berkeley*) kan bedömas med en viss grad av säkerhet. Dessa konsekvenser skulle vidare, för det tredje, *inte vara uteslutna* heller vid ett aktivt ingripande från domstolens sida; att domstolen tar en viss rättslig regel i beaktande innebär inte att regeln ifråga måste befinnas tillämplig i målet, och att ett beslut undanröjs på processuell grund hindrar inte att samma materiella slutsats nås efter ett förnyat och korrekt förfarande. För det fjärde är det förhållandevis lätt för domstolen att avgöra vilket av de två alternativen som bäst kunde bidra till unionsrättens genomslag. I status quo får unionsrätten inget eller begränsat genomslag, medan ett aktivt agerande skulle innebära åtminstone en förnyad möjlighet att överväga unionsrättens relevans för tvistefrågan.

Det finns andra regler och situationer som delar dessa karaktärsdrag. För svenskt vidkommande förefaller det till exempel rimligt att slutsatsen från *van Schijndel* vad gäller *jura novit curia* skulle kunna överföras även till situationer avseende icke åberopade rättsfakta och materiell processledning.⁵⁸⁷ Ett exempel kan illustrera poängen.⁵⁸⁸ Anta att två parter S och K har slutit ett avtal om överlåtelse av ett kundavtal. I avtalet har bland annat intagits en konkurrensklausul, där säljaren S förbundit sig

⁵⁸⁵ Vid tiden för avgörandet i *Berkeley* hade de senare domar från EU-domstolen som associerar slutsatsen från *van Schijndel* med likvärdighetsprincipen ännu inte meddelats.

⁵⁸⁶ Se avsnitt 5.1.1 in fine.

⁵⁸⁷ Denna fråga behandlas utförligt i förhållande till norsk rätt av Robberstad (2002). Avseende svensk rätt se Bernitz och Kjellgren (2014) s. 102 vid not 13. Ang. kopplingen mellan *jura novit curia*, åberopsbördan och materiell processledning, se Ekelöf (1996) s. 132.

⁵⁸⁸ Exemplet bygger i lätt förenklad form på NJA 2013 s. 1017.

att under tre års tid avstå från all verksamhet som konkurrerar med den verksamhet som efter överlåtelsen istället ska bedrivas av köparen K. En tid senare väcker K talan mot S med påstående om att S brutit mot konkurrensklausulen, och yrkar ersättning med ett större belopp. S bestrider yrkandet och hävdar att avtalet ännu inte trätt i kraft, att klausulen inte ska tolkas så som käranden gjort gällande, och att hen i vart fall inte agerat i strid med klausulen.⁵⁸⁹

Att domstolen härvid kan tillämpa olika, även icke åberopade, rättsliga instrument vid prövningen av dessa invändningar förefaller klart.⁵⁹⁰ Om S däremot inte åberopar att avtalet skulle vara ogiltigt torde domstolen på grund av RB 17:3 p. 2 vara förhindrad att ogilla käromålet på den grunden. Avtalets eventuella konkurrensrättsstridighet skulle således vid dessa partsdispositioner inte kunna underkastas domstolens prövning.⁵⁹¹ Vid en tillämpning av *van Schijndel* framstår det därmed som om det svenska rättsläget i denna del bör subsumeras under den andra frågan i det avgörandet, som behandlar *förbjudande obligatoriska regler*.⁵⁹² Eftersom den svenska regleringen torde bygga på principer liknande dem som ansågs tillräckliga för att motivera den nederländska regeln i *van Schijndel* (och ingen av de särskilda omständigheter som föranledde motsatt utgång i *Peterbroeck* tycks vara för handen⁵⁹³),⁵⁹⁴ framstår det som osannolikt att det nationella rättsläget, såvitt gäller åberopsbördan, skulle vara oförenligt med unionsrätten.⁵⁹⁵ I samma situation aktualiseras emellertid även

⁵⁸⁹ Se Kalmar tingsrätts dom i mål T 1008-09 (sedermera refererad i NJA 2013 s. 1017).

⁵⁹⁰ Se bl.a. Andersson (1999) s. 179 ff., Ekelöf (1996) s. 128, Ekelöf m.fl. (2009) s. 302 ff., Heuman (2004) s. 266 och Fitger m.fl., RBK s. 17:11 ff. samt SOU 1982:26 s. 126. Jfr dock Lindell (1988) s. 64 ff. som menar att bilden är mer komplex och för egen del i Lindell (2012) s. 52 tycks anse att domstolen åtminstone ibland är bunden av parternas åberopanden även i rättsfrågan.

⁵⁹¹ Jfr NJA 2013 s. 1017 p. 16, där HD fastslår att ogiltighetsfrågans indispositiva natur inte hindrar parterna att göra andra dispositioner avseende verkningarna av konkurrensrättsligt ogiltiga avtal, varför en tvist om annat än just giltigheten ”alltså [är] dispositiv även om den konkurrensklausul som har överträtts är oförenlig med tvingande rätt”.

⁵⁹² C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 16–22, särskilt p. 20. Se även C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd*, särskilt p. 34–38.

⁵⁹³ Se C-312/93 *Peterbroeck* p. 15–21; notera att en negation fallit bort i den svenska översättningen av p. 20.

⁵⁹⁴ Se SOU 1926:33 s. 5 ff., prop. 1931:80 s. 103 och prop. 1942:5 s. 445 f. Jfr även C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel*, förslag till avgörande p. 33.

⁵⁹⁵ En annan sak är att konkurrensreglerna enligt C-126/97 *Eco Swiss* p. 36–37 är att betrakta som tillhörande ordre public, vilket troligen skulle motivera en annan slutsats. Denna skulle emellertid följa redan av det svenska rättsläget avseende pactum turpe (se

frågan om rättens materiella processledning (RB 42:8 st. 2). Eftersom RB 42:8 st. 2 är fakultativ faller den, till skillnad från 17:3 p. 2, under *van Schijndel* p. 14, vilket skulle innebära att domstolens *möjlighet* att genom materiell processledning fästa parternas, särskilt S:s, uppmärksamhet vid ogiltighetsfrågan omvandlas till en *skyldighet* att komma med ett sådant påpekande.⁵⁹⁶ Det har visserligen ifrågasatts om rätten alls bör bedriva materiell processledning, om detta, som här, kan komma att medföra att en part åberopar nya grunder.⁵⁹⁷ Detta framstår dock som en omotiverat restriktiv hållning, särskilt mot bakgrund av principen om unionsrättskonform tolkning i mål där unionsrättens genomslag står på spel;⁵⁹⁸ i vissa fall kan EU-rättsliga hänsyn rentav utgöra skäl för att domstolen genom materiell processledning *föranleder* taleändring från parts sida.⁵⁹⁹

Inte alla processuella regler erbjuder emellertid ett så renodlat utgångsläge som *van Schijndel* och *Berkeley*. Ofta finns ingen huvudregel i förhållande till vilken andra beslut kan betraktas som avvikelser,⁶⁰⁰ vissa

härom Andersson (1999) s. 207 ff.) i förening med likvärdighetsprincipen. Andersson menar visserligen att det ”inte är säkert” att avtal i strid med unionens konkurrensrätt är att likställa med pactum turpe (a.a. s. 117); detta uttalande gjordes dock före domen i *Eco Swis*.

⁵⁹⁶ Robberstad (2002) s. 204 f. och 219 f. kommer, om än med viss försiktighet, till samma slutsats. Jfr även Werlauff (2000) s. 54, som menar att *van Schijndel* bör antas omfatta även frågor om materiell processledning.

⁵⁹⁷ Heuman (1992/93) s. 919 f. Jfr SOU 1982:26 s. 125.

⁵⁹⁸ Jfr Ekelöf m.fl. (2011) s. 46 ff., där processledningen anges kunna utgöra ”incitament” för parterna att ändra yrkanden och grunder, och Andersson (1999) s. 212, som påtalar möjligheten att *van Schijndel* och *Kraaijeveld* ställer krav på tolkningen av nationell processlagstiftning som kan verka hindrande gentemot unionsrättens genomslag.

⁵⁹⁹ Jfr avgörandet C-32/12 *Duarte Hueros*, där en konsument väckt talan om hävning (för vilket det inte förelåg materiella förutsättningar) och enligt nationell rätt saknade möjlighet att ändra sitt yrkande till prisavdrag (vilket enligt materiell rätt hade kunnat bifallas). Detta var enligt EU-domstolen oförenligt med effektivitetsprincipen. Man kan, särskilt mot bakgrund av att EU-domstolen främst anförde hänsyn till konsumentens okunskap om sina rättigheter och om processtaktik till stöd för sin slutsats (*Duartes Hueros* p. 38–40), tänka sig att detta problem i en svensk rättegång kan avväjas genom en vaken domares materiella processledning, varigenom konsumenten in casu uppmärksammas på bristen i talans utformning och därmed kan göra den aktuella taleändringen (eller medvetet avstå från densamma, jfr C-243/08 *Pannon* p. 33).

⁶⁰⁰ Se t.ex. RB 13:2 om fastställsetalan, reglerna om säkerhetsåtgärder i kap. 15, 17:4–5 om del- och mellandom, 38:4 om edition, 45:15–15 a om preklusionsföreläggande och 49:4 om särskilt överklagande av beslut. Jfr även prop. 1986/87:89 s. 80, där dep.ch. visserligen uttalar att det bör finnas en presumtion för muntligt sammanträde under förberedelsen, samtidigt som ”rätten dock i varje enskilt fall [bör] överväga behovet av muntlighet” och, om inget ”direkt behov” av muntlighet föreligger, bör besluta om skriftlig

regler möjliggör fler än två handlingsalternativ⁶⁰¹ och beslutets effekt för unionsrättens genomslag är inte alltid lätt att förutse.⁶⁰² Särskilt det sistnämnda är problematiskt för en tillämpning baserad på lojalitetsprincipen, eftersom sådan förutsätter att domstolen kan identifiera vilket alternativ som vore det mest unionsrättslojala.⁶⁰³

Det kan också noteras att brittiska domstolar förefaller ha funnit det svårt att i senare praxis upprätthålla House of Lords avgörande i *Berkeley*.⁶⁰⁴ Brittiska Supreme Court fick anledning att återvända till frågan år 2012 i *Walton v. Scottish Ministers*. Det är intressant att notera att svaret i det målet hade medgivit att rättsläget speglade vad som uttryckts i *van Schijndel* och *Berkeley*, nämligen att fakultativiteten avseende undanröjande av beslutet ifråga kunde utnyttjas om beslutet var behäftat med ett formfel enligt nationell rätt, men att domstolen skulle vara tvingad att undanröja beslutet om formfelet istället förelåg enligt unionsrätt.⁶⁰⁵ Denna position accepterades dock inte av domstolen, som istället framhöll att "[i]t would be extraordinary if, in relation to a provision which is in terms discretionary, the court were precluded by principles of domestic or European law from weighing that prejudice in the balance."⁶⁰⁶ Supreme Court fastslog därför, med åsidosättande av *Berkeley*, att regeln behåller sin fakultativa karaktär även i unionsrättsliga sammanhang.⁶⁰⁷

Sammantaget visar sig en tolkning av lojalitetsprincipen, när det gäller tillämpningen av fakultativa regler, i linje med vad EU-domstolen uttalar i *van Schijndel* och *Kraaijeveld* vara problematisk om den ska imple-

handläggning. Vilket alternativ som mot denna bakgrund är att betrakta som huvudregel i tillämpningen av RB 42:9 är svårt att avgöra.

⁶⁰¹ Se t.ex. RB 5:9 st. 1 om upprätthållande av ordningen vid förhandling, 12:5 om åtgärder mot olämpliga ombud, 15:3 om förordnande om "lämplig [säkerhets]åtgärd", 18:4 om fördelning av rättegångskostnader och 42:9 om förberedelsens form.

⁶⁰² Detta torde särskilt gälla regler avseende förfarandet såsom rättens sammansättning (RB 1:3 a, 2:4, 3:5–6), valet av handlägningsform (RB 5:10, 42:9, 42:18, 50:13 m.fl.), formerna för bevisupptagning i 3 avd., och målets mer detaljerade handläggning (RB 42:9, 11, 14 och 16 samt 43:7–8 m.fl.).

⁶⁰³ Se vidare avsnitt 6.1.1.

⁶⁰⁴ Se *R. (Horner)* ref. s. 105 med hänvisningar, *R. (Edwards)* ref. s. 722. samt vidare Tromans och Fuller (2003) s. 218 och Lewis (2009) s. 656; den sistnämnde menar att domen i *Berkeley* "should not be read as prohibiting any exercise of discretion".

⁶⁰⁵ *Walton v. Scottish Ministers* p. 104–105.

⁶⁰⁶ *Walton v. Scottish Ministers* p. 131 (lord Carnwath).

⁶⁰⁷ *Walton v. Scottish Ministers* p. 133 (lord Carnwath) och p. 155–156 (lord Hope). Jfr även lord Kerrs försiktigare ställningstagande i p. 77.

menteras generellt vid nationella domstolar. Det finns emellertid även praxis från EU-domstolen som kan anföras till stöd för ett mer balanserat synsätt. Denna ska diskuteras nedan.

5.1.4 Fall av (delvis) bibehållen fakultativitet

I två senare fall avseende tillämpningen av nationella fakultativa regler – *Kühne & Heitz* och *Uniplex* – har EU-domstolen, istället för att stödja sig på lojalitetsprincipen som i *van Schijndel*, valt andra förhållningssätt till de nationella domstolarnas handlingsutrymme. Detta väcker frågor om lojalitetsprincipens innebörd och räckvidd i relation till fakultativa processregler.

Kühne & Heitz avsåg en ansökan om omprövning⁶⁰⁸ av ett lagakraftvunnet förvaltningsbeslut. Ansökan var inskickad av exportföretaget Kühne & Heitz NV, som enligt beslutet ifråga (som överklagats till och fastställts av förvaltningsdomstol utan att förhandsavgörande inhämtats) var oberättigat till, och därför återbetalningsskyldigt för, tidigare utbetalat exportbidrag. En tid efter att beslutet vunnit laga kraft hade EU-domstolen emellertid i ett annat mål meddelat förhandsavgörande om tolkningen av vissa tullbestämmelser, genom vilket det framkom att beslutet

⁶⁰⁸ I domen kan man få intryck av att det föreligger en skillnad mellan att "ändra" och att "ompröva" ett beslut (se C-453/00 *Kühne & Heitz*, särskilt p. 14, 27 och 28 i den svenska, franska och engelska versionen). Det förefaller dock som om endast "ändring" ("reopen"/"revenir") svarar mot ett formellt juridiskt begrepp i den nederländska rätten ("terug te komen op"), medan "ompröva" ("review"/"réexaminer") i domen tycks användas i den mer allmänspråkliga meningen "göra en ny granskning". Det kan noteras att den nederländska versionen är mindre konsekvent i sin begreppsanvändning, särskilt avseende det som på svenska benämns "omprövning". Även generaladvokaten använder en annan terminologi; se t.ex. förslag till avgörande p. 25 och jfr domen p. 14. Det framgår inte heller i domen vari skillnaden mellan "ändring" och "omprövning" skulle bestå, och upprätthållandet av en sådan skillnad får rentav frågan att framstå som felställd; den hänskjutande domstolen konstaterar först att det är avgörande om förvaltningsmyndigheten "inte bara har rätt att ändra sitt tidigare beslut utan även är skyldig att ompröva" det (p. 14), men formulerar sedan tolkningsfrågan för att få klarhet i om myndigheten "är skyldig att ändra" beslutet (p. 19). Detta framstår som meningsfullt endast om det i p. 14 var distinktionen mellan rätt och skyldighet, snarare än den mellan ändring och omprövning, som var central. Det som i domen benämns "omprövning" bör således inte betraktas som ett formellt rättsmedel utan som den verksamhet som bedrivs för att utröna huruvida det finns anledning att ta upp frågan till förnyad prövning ("reopening"). Den svenska versionens "ändring" förefaller mot bakgrund av det ovanstående mindre välvärd; där det står "ändring" borde det hellre ha stått "omprövning" och där det står omprövning kunde med fördel ett ord utan tydlig juridisk innebörd (exempelvis "granskning") ha valts.

om återbetalning inte var förenligt med unionsrätten. Detta senare tolkningsbesked från EU-domstolen utgjorde grunden för omprövningsansökan i *Kühne & Heitz*.

Ansökan avslogs av förvaltningsmyndigheten och hamnade efter överklagande i förvaltningsdomstol (College van Beroep voor het bedrijfsleven), som begärde förhandsavgörande. Enligt den hänskjutande domstolen hade en förvaltningsmyndighet i Nederländerna enligt nationell rätt som huvudregel alltid behörighet att ompröva ett ”definitivt beslut”,⁶⁰⁹ men var skyldig att göra en sådan prövning endast om klaganden i sin ansökan stödde sig på fakta som inte tidigare framkommit eller på förändrade omständigheter; i annat fall kunde ansökan avvisas med hänvisning till det tidigare beslutet.⁶¹⁰ Eftersom Kühne & Heitz endast anfört ny rättslig argumentation i sin ansökan är det tydligt att saken föll inom regelns fakultativa område. Vad den hänskjutande domstolen ville veta var dock om förvaltningsmyndigheten även hade varit *skyldig*, enligt lojalitetsprincipen i art. 4(3) FEU, att ta upp ärendet till förnyad prövning trots att sökanden inte åberopat några nya omständigheter till stöd för ansökan.⁶¹¹ En tillämpning av slutsatsen från *van Schijndel* leder tydligtvis till ett jakande svar; eftersom den nationella domstolen har en möjlighet att ompröva, och denna möjlighet är ägnad att främja unionsrättens genomslag, skulle den vara skyldig att utnyttja möjligheten.

EU-domstolen nådde förvisso ett jakande svar på frågan, men på delvis andra grunder. Den framhöll inledningsvis att principen om res judicata bidrar till rättssäkerheten och ingår i unionens allmänna rättsprinciper.⁶¹² Därefter lämnade domstolen dock det principiella resonemanget och valde istället att besvara den hänskjutna frågan utifrån omständigheterna i det föreliggande målet.⁶¹³ Den identifierade därvid fyra särskiljande karaktärsdrag för den tvisten, varav det första var att förvaltningsmyndigheten hade en *möjlighet* att göra en förnyad prövning av beslutet ifråga.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 12.

⁶¹⁰ Art. 4:6 st. 2 i Nederländernas allmänna förvaltningslag (Algemene wet bestuursrecht).

⁶¹¹ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 19.

⁶¹² C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 24.

⁶¹³ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 24–25.

⁶¹⁴ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 26. De tre övriga var att den första talan överklagats ända till sista instans, att denna domstol dömt fel i sak utan att begära förhandsavgörande och att klaganden begärt förnyad prövning så snart vederbörande fått kännedom om EU-domstolens dom.

Under dessa omständigheter, konkluderade EU-domstolen, var förvaltningsmyndigheten med stöd av lojalitetsprincipen skyldig att ompröva beslutet.⁶¹⁵ Detta kan uttryckas som att den nationella fakultativa regeln, sedan tre specifika förutsättningar uppfyllts, övergår från att vara fakultativ till att bli obligatorisk.⁶¹⁶ *Kühne & Heitz* framstår som ett i hög grad kasuistiskt avgörande, varför det kan vara vanskligt att dra några mer långtgående slutsatser baserat på det.⁶¹⁷ EU-domstolens slutsats har emellertid bekräftats i flera senare domar.⁶¹⁸

EU-domstolen hänvisar i *Kühne & Heitz* upprepade gånger till lojalitetsplikten och (nuvarande) art. 4(3) FEU.⁶¹⁹ Groussot och Minssen påpekar att målet åskådliggör en motsättning mellan rättssäkerhetsprincipen, uttryckt genom principen om *res judicata*, och EU-rättens fulla genomslag, till vilket medlemsstaterna enligt lojalitetsprincipen är skyldiga att medverka.⁶²⁰ EU-domstolens resonemang betecknar de som en "hybridanalys" som kombinerar långtgående hänsyn till den nationella rättens utformning å ena sidan,⁶²¹ med lojalitetsprincipen, vilken enligt deras uppfattning är associerad med unionsrättens effekt *utile* och

⁶¹⁵ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 27 och 28.

⁶¹⁶ Jfr Caranta (2005) s. 183. Generaladvokat Bot tolkar i ett senare mål *Kühne & Heitz* som innebärande att förekomsten av en skyldighet "först och främst [är] beroende av att det finns en processrättslig bestämmelse enligt vilken det behöriga förvaltningsorganet har en sådan möjlighet" (förslag till avgörande i C-2/06 *Kempter* p. 80).

⁶¹⁷ Se Prechal (2005) s. 153 och generaladvokatens förslag till avgörande i C-2/06 *Kempter* p. 59–61. Jfr även Groussot och Minssen (2007) s. 400, som kritiserar domen för att vara bristfälligt motiverad och svårtolkad. Kanske ska avgörandet främst ses som ett resultat av EU-domstolens önskan att, å ena sidan, tillerkänna *Kühne & Heitz NV* de rättigheter som bolaget förlorat genom felaktig rättstillämpning hos de nederländska myndigheterna samtidigt som den, å andra sidan, ville undvika att göra allmänna uttalanden som skulle riskera att helt underminera principen om *res judicata*.

⁶¹⁸ Se bl.a. C-392/04 och C-422/04 *i-21 Germany* p. 52, C-2/06 *Kempter* p. 38–39 och C-249/11 *Byankov* p. 77.

⁶¹⁹ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 27 och 28 samt domslutet. Se även frågan i p. 19.

⁶²⁰ Se, liksom till det närmast följande, Groussot och Minssen (2007) s. 400. Jfr även Nebbia (2008) s. 301, som framhåller lojalitetsprincipens betydelse för avgörandet.

⁶²¹ EU-domstolen avvek härigenom från sin generaladvokats förslag, i vilket situationen jämfördes med dem som förelagat i *Simmmenthal* och *Factortame I* och EU-domstolen föreslogs besluta att det omtvistade förvaltningsbeslutet och därmed också principen om förvaltningsbesluts definitiva karaktär borde åsidosättas såsom oförenliga med principerna om unionsrättens företräde och fulla genomslag (C-453/00 *Kühne & Heitz*, förslag till avgörande p. 45–58. Se även Caranta (2005) s. 180 ff. och 183 f.).

avgöranden som *Simmenthal*, å den andra.⁶²² Så förstått påminner resonemanget i *Kühne & Heitz* om uttalandet om fakultativa regler i *van Schijndel*. Även den sistnämnda argumentationen bygger på en balans mellan å ena sidan respekt för den nationella rättens utformning genom att rättsföljdens inträdande villkoras med en laglig möjlighet att uppnå detta resultat i den nationella rätten, och å andra sidan unionsrättens genomslag genom att uppgradera denna möjlighet till en skyldighet att agera på det, ur EU-rättslig synvinkel, mest effektivitetsfrämjande sättet.

Till villkoret om en behörighet (det vill säga, förekomsten av fakultativ reglering) fogar EU-domstolen emellertid i *Kühne & Heitz* tre ytterligare kriterier.⁶²³ Betydelsen av dessa kumulativa kriterier har dessutom bekräftats i senare avgöranden.⁶²⁴ Om domen i *Kühne & Heitz* betraktas mot bakgrund av *van Schijndel* framstår dessa som överflödiga. Samma slutsats – att den nationella domstolen var skyldig att ompröva det tidigare beslutet – hade i så fall kunnat uppnås endast genom att konstatera att den nationella regeln var fakultativt utformad och hänvisa till *van Schijndel* p. 14 och/eller *Kraaijeveld* p. 58. Så skedde inte; faktum är att EU-domstolen i *Kühne & Heitz* inte ens nämner dessa tidigare avgöranden.

I likhet med här aktuella delar av *van Schijndel* nämns inte heller effektivitets- och likvärdighetsprinciperna i domen; i *Kühne & Heitz* återfinns, till skillnad från det förra fallet, inte ens någon hänvisning till *Rewe*.⁶²⁵ Detta har emellertid, även det i parallell till *van Schijndel*, inte hindrat flera författare från att betrakta domslutet som en indirekt tillämpning av *Rewe*-kriterierna. Caranta analyserar målet helt utifrån effektivitets- och likvärdighetsprinciperna och förefaller uppfatta utgången som ett resultat av en ad hoc-baserad tillämpning av effektivitetsprincipen i enlighet med intresseavvägningsmodellen från *van Schijndel* (andra frågan) och

⁶²² Även *Nebbia* (2008) s. 300 gör en liknande koppling när hon menar att utgången i *Kühne & Heitz* motiverades av den nationella domstolens underlåtenhet att begära förhandsavgörande i den första processen och således ska förstås som ett försvar av kompetensfördelningen i art. 267 FEUF. Som noterats tidigare (se bl.a. vid not 537) kan lojalitetsprincipen emellertid också associeras till effektivitetsprincipen och avgöranden som *Rewe* och *Comet*.

⁶²³ Se ovan i och vid not 614.

⁶²⁴ EU-domstolen har flera gånger avfärdat försök att åberopa av *Kühne & Heitz* med hänvisning till att något av de fyra kriterierna inte varit uppfyllda. Se C-234/04 *Kapferer* p. 23 avseende fakultativitetskriteriet och C-392/04 och C-422/04 *i-21 Germany* p. 53–54 avseende det andra kriteriet om uttömmande av nationella rättsmedel.

⁶²⁵ Jfr Groussot och Minssen (2007) s. 401, som betecknar den frånvarande hänvisningen till *Rewe/Comet* som en ”curiosity worth remarking”.

Peterbroeck.⁶²⁶ Ward å sin sida menar att avgörandet i *Kühne & Heitz* dikterades ”nästan helt” av likvärdighetsprincipen.⁶²⁷

Som konstaterats har domen i *Kühne & Heitz* lånat åtminstone delar av sin logik från *Rewe* och *Comet*, såtillvida att resonemanget utgår ifrån den nationella processregleringen snarare än den materiella unionsregleringen. Någon explicit prövning av effektivitets- och likvärdighetskriterierna genomförs emellertid inte, och man kan ifrågasätta om inte res judicata, liksom dispositionsprincipen i *van Schijndel*, borde kunna motivera en begränsning av domstolens möjligheter att genomföra unionsrätten.⁶²⁸ Vad gäller likvärdighetsprincipen är det, liksom avseende *van Schijndel*-praxisen, tveksamt om den principen på ett tillfredsställande sätt kan förklara en så långtgående slutsats som den som EU-domstolen nådde; *Kühne & Heitz* skapade en skyldighet för den nationella myndigheten som den inte hade haft i ett rent nationellt mål, där endast en *möjlighet* att återuppta prövningen hade förelagat.⁶²⁹ Det framgår dessutom av domen att det är osannolikt att myndigheten i ett rent inhemskt mål faktiskt skulle ha omprövat sitt beslut, eftersom senare rättspraxis som huvudregel inte ansågs vara ett tillräckligt skäl för att vidta en förnyad prövning av ett definitivt beslut.⁶³⁰

Det är inte alldeles klart i vilken mån slutsatsen från *Kühne & Heitz* kan överföras till civilrättsliga mål. Generaladvokat Tizzano betonade i

⁶²⁶ Caranta (2005) s. 184 ff.

⁶²⁷ Ward (2008) s. 751.

⁶²⁸ Se C-126/97 *Eco Swiss* p. 46 och jfr C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 21. Res judicata torde snarast ha högre unionsrättslig status än dispositionsprincipen, eftersom den förra men inte den senare har erkänts som en unionsrättslig princip (C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 24 och C-224/01 *Köbler* p. 38).

⁶²⁹ Jfr ovan vid noterna 543–546.

⁶³⁰ C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 15–16. Jfr även C-316/05 *Wårdell* p. 59–61, där EU-domstolen tillbakavisar möjligheten att i ett EU-rättsligt mål inte utnyttja en fakultativt föreskriven sanktionsmöjlighet, som enligt den hänskjutande domstolen inte skulle ha utnyttjats i ett motsvarande nationellt mål. Den nationella domstolen i *Kühne & Heitz* påpekade visserligen att Hoge Raad hade ansett att senare praxis från Europadomstolen, enligt vilken en kränkning av rätten till rättvis rättegång hade förekommit, utgjorde ”ett tungt vägande skäl som kan utgöra hinder för verkställighet av en brottmålsdom.” Det kan dock härvid vara värt att påpeka dels att inställd verkställighet (i brottmål) processrättsligt sett inte innebär ett avsteg från principen om res judicata, varför situationen inte tycks vara riktigt parallell, dels att Europadomstolens avgöranden om kränkning av rätten till en rättvis rättegång möjligen kan och bör tillskrivas en annan tyngd än EU-domstolens förhandsavgöranden i mål avseende tullklassificering av kycklingdelar (jfr Wattel (2004) s. 188 f.).

Kapferer att frågan om upphävande av lagakraftvunna förvaltningsbeslut är ”av annat slag och med en annan räckvidd” än frågan om domstolsavgörandens rättskraft.⁶³¹ EU-domstolen nöjde sig i samma mål med att hypotetiskt konstatera att det, ”[ä]ven om de principer som slogs fast i [*Kühne & Heitz*] skulle kunna överföras på en situation som [...] rör ett lagakraftvunnet domstolsavgörande”, saknades förutsättningar för att tillämpa dessa principer (bland annat eftersom den nationella regeln inte var fakultativ).⁶³² Kanske ska detta uttalande tas till intäkt för att försiktighet är påkallad vad gäller *Kühne & Heitz* räckvidd utanför det förvaltningsprocessuella området.⁶³³ Detta förklarar dock inte i sig skillnaden mellan *van Schijndel* och *Kühne & Heitz* vad gäller lojalitetsprincipens betydelse, eftersom det framgår av *Kraaijeveld*, och senare av *Kempter*, att slutsatsen från *van Schijndel* gäller i såväl civil- som förvaltningsprocessen.⁶³⁴

Ett tredje förhållningssätt till tillämpningen av fakultativa regler åskådliggörs av avgörandet i *Uniplex*.⁶³⁵ Tvisten uppkom i samband med en offentlig upphandling⁶³⁶ genomförd av brittiska National Health Service

⁶³¹ C-234/04 *Kapferer*, förslag till avgörande p. 25.

⁶³² C-234/04 *Kapferer* p. 23. Kursiverat här.

⁶³³ Se generaladvokat Bot i C-2/06 *Kempter*, förslag till avgörande p. 60. Detta intryck förstärks av att EU-domstolen hänvisar till *Kühne & Heitz* (men inte till *Kapferer*) i det senare avgörandet *Kempter*, som var ett förvaltningsrättsligt mål, och till *Kapferer* (men inte till *Kühne & Heitz*) i tvistemålet C-40/08 *Asturcom*. Det bör dock noteras att domstolen i *Kapferer* visserligen inte förklarade att *Kühne & Heitz kan* eller *ska* tillämpas i civilrättsliga mål, men också förefaller ha varit ovillig att, som generaladvokaten rekommenderade, fastslå att så *inte* ska ske.

⁶³⁴ Man kan av denna anledning fråga sig varför tvistens civilrättsliga karaktär betonades i *van Schijndel* (se not 523 ovan). Tvisten rörde ett pensionssystem, som beroende på hur statens socialförsäkringssystem varit uppbyggt mycket lätt hade kunnat hänföras till den offentligrättsliga sfären (jfr EU-domstolens praxis om ”offentliga organ” vad gäller direktivs direkta effekt, särskilt C-282/10 *Dominguez* p. 36 och 39); generaladvokat Jacobs framförde i sitt förslag till avgörande (p. 64) ståndpunkten att ”fonden snarare liknar en institution för social trygghet än en privat försäkringsgivare, och att systemet är mer besläktat med ett system för social trygghet än med privata pensionsavtal”. Det framstår närmast som ironiskt att framhålla att målet avsåg rättsförhållanden som parterna var fria att förfoga över, med hänsyn till att *van Schijndel* och *van Veen* inlett processerna just i syfte att tillerkännas en rätt att utträda ur den obligatoriska pensionsfonden för att istället fritt förfoga över sitt pensionssparande (jfr C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 6).

⁶³⁵ C-406/08 *Uniplex*. Liknande frågor uppkom även i det samtidigt, och väsentligen på samma sätt, avgjorda målet C-456/08 *Kommissionen mot Irland*.

⁶³⁶ Att de frågor som målet aktualiserade är relevanta även i en bredare kontext har framhållits av Lewis (2010) s. 147 och Eliantonio (2010) s. 98. Jfr dock generaladvokat Kokott, förslag till avgörande i C-406/08 *Uniplex* p. 1, som menade att målet gav EU-

(NHS) och rörde en tidsfrist för att väcka talan. Den tillämpliga nationella regeln stadgade: ”Proceedings under this regulation must not be brought unless [...] those proceedings are brought promptly and in any event within three months from the date when grounds for the bringing of the proceedings first arose *unless the Court considers that there is good reason for extending the period* within which proceedings may be brought.”⁶³⁷ Denna regel har två fakultativa och ett obligatoriskt moment.⁶³⁸ Avvisning kan för det första ske enligt regelns obligatoriska del om talan väckts senare än tre månader efter den relevanta tidpunkten. Det kan också för det andra ske även om talan har väckts inom tre månader, om den inte anses ha väckts skyndsamt.⁶³⁹ Slutligen, och för närvarande mest centralt, har regeln ett fakultativt moment bestående i att domstolen har möjlighet att förlänga perioden utöver de stadgade tre månaderna, om den anser att det föreligger goda skäl för detta.

Uniplex, som var en av de leverantörer som lämnat in anbud i upphandlingen, meddelades den 22 november 2007 att dess anbud rankats lägst och att bolaget därför inte skulle erbjudas att ingå avtal, samt mottog den 13 december, efter begäran, mer utförlig information om hur valet av leverantör hade gått till.⁶⁴⁰ Efter viss ytterligare skriftväxling väckte Uniplex talan mot NHS den 5 mars 2008, varvid NHS invände att talan väckts för sent, eftersom det hade förflutit mer än tre månader sedan både den tidpunkt då det påstått lagstridiga beslutet faktiskt hade fattats och det datum då bolaget underrättats om upphandlingens utfall. EU-domstolen fastslog dock att tidsfristen enligt det tillämpliga direktivet (89/665/EEG) ska räknas från den tidpunkt då klaganden fått tillgång till informationen om hur upphandlingen gått till och alltså fått möjlighet att bedöma förfarandets lagenlighet, vilket i sammanhanget innebar att Uniplex talan var väckt inom tre månader från den EU-rättsligt relevanta tidpunkten. Huruvida den nationella bestämmelsen kunde tolkas på det viset överläts på den nationella domstolen att avgöra.⁶⁴¹

domstolen ”möjlighet att precisera sin rättspraxis avseende rättsmedel för anbudsgivare vars anbud har förkastats vid en offentlig upphandling.”

⁶³⁷ C-406/08 *Uniplex* p. 6. Min kursivering.

⁶³⁸ Det kan också noteras att regeln är indirekt fakultativ, eftersom den inte direkt riktar sig till domstolen genom att ange när avvisning kan ske, utan till parterna genom att ange inom vilka frister talan måste väckas. Se vidare avsnitt 2.2.4 in fine.

⁶³⁹ Denna del av regeln behandlas vidare i avsnitt 5.2.1 nedan.

⁶⁴⁰ C-406/08 *Uniplex* p. 13–18.

⁶⁴¹ C-406/08 *Uniplex* p. 47.

Avseende möjligheten att förlänga tidsfristen fann EU-domstolen att denna möjlighet skulle omvandlas till en skyldighet endast om och i den utsträckning det var nödvändigt för att tidsfristen totalt sett skulle uppgå till de föreskrivna tre månaderna räknat från det relevanta datumet.⁶⁴² Redan här föreligger en avgörande skillnad gentemot avgörandena i *van Schijndel* och i viss mån även *Kühne & Heitz*, eftersom skyldigheten där uppkom trots att den nationella processrätten i sig var förenlig med unionsrättens minikrav.⁶⁴³ Istället jämför EU-domstolen i *Uniplex* den fakultativa möjligheten att förlänga tidsfristen med principen om unionsrättskonform tolkning, vilken som framgick i avsnitt 4.3.2 ovan främst syftar till att undvika potentiella konflikter mellan unionsrätt och nationell rätt.⁶⁴⁴ Detta torde innebära att fakultativiteten kvarstår oförminskad för det fall kränkning av unionsrätten kan undvikas redan genom indirekt effekt.

En sådan slutsats vinner stöd i generaladvokat Kokotts förslag till avgörande, där det konstateras att den nationella domstolen är ”skyldig att *subsidiärt* [till unionsrättskonform tolkning] söka en direktivkonform lösning i samband med sin skönsrättsliga bedömning av huruvida fristen ska utsträckas.”⁶⁴⁵ ”Domstolen skulle följaktligen”, fortsätter generaladvokaten, ”ha en *skyldighet* att bevilja en klaganden [sic] som Uniplex en utsträckning av fristen. Utsträckningen av fristen skulle beräknas så, att klaganden från den tidpunkt då denne fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen av upphandlingsrätten åtminstone hade de tre månader som föreskrivs i [den nationella regeln] till sitt förfogande för att förbereda och väcka talan. För övrigt står det emellertid den nationella domstolen fritt att bevilja en längre utsträckning av fristen i samband med den skönsrättsliga bedömningen [...]”⁶⁴⁶

⁶⁴² C-406/08 *Uniplex* p. 48, jfr även förslag till avgörande p. 62. Direktivets reglering av den kritiska tidpunkten fungerar här alltså som ett minimikrav, jfr avsnitt 4.2.3 ovan.

⁶⁴³ Detta framgår i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* av svaret på den andra frågan i det målet (p. 19–22) och vad gäller *Kühne & Heitz* i C-234/04 *Kapferer* p. 22–23, där EU-domstolen konstaterar att den nationella rättens förenlighet med de unionsrättsliga minimikraven inte har ifrågasatts och därefter diskuterar möjligheten att ändå uppställa krav baserade på *Kühne & Heitz*.

⁶⁴⁴ C-406/08 *Uniplex* p. 47–48, se även förslag till avgörande i samma mål, p. 61–62.

⁶⁴⁵ C-406/08 *Uniplex*, förslag till avgörande p. 62, kursivering i originalet.

⁶⁴⁶ C-406/08 *Uniplex*, förslag till avgörande p. 62–63. Första kursiveringen i originalet, andra här.

Till skillnad från vad som var fallet i både *van Schijndel* och *Kühne & Heitz*, tillskrivs själva fakultativiteten i *Uniplex* inte någon egen rättslig verkan eller på annat sätt avgörande betydelse för unionsrättens effekt. Fakultativiteten används således i *Uniplex* som ett verktyg för att undvika kränkning av unionsrätten, men domstolens skyldigheter i samband med skönsutövningen sträcker sig inte bortom skyldigheten att undvika unionsrättsstridigheter.⁶⁴⁷ Detta innebär, om man följer *Uniplex*, att valet av regleringsteknik i princip saknar betydelse, så länge regelns innehåll är förenligt med unionsrätten. Resonemanget bär tydliga släktdrag med minimikraven från *Rewe* och *Comet*. Idén om att fakultativitet automatiskt (som i *van Schijndel*) eller ens under vissa andra förutsättningar (som i *Kühne & Heitz*) skulle omvandlas till en skyldighet lyser, liksom diskussion om lojalitetsprincipens verkningar,⁶⁴⁸ med sin frånvaro. Om hållningen från *van Schijndel* hade överförts till *Uniplex* borde den nationella domstolen ha förpliktigats att besluta om förlängning av tidsfristen om detta främjade unionsrättens genomslag, eftersom och såvitt (kravet på goda skäl skulle härvid kunna fungera som en gräns) den hade behörighet att fatta sådana beslut på grundval av nationell rätt.

Man kan spekulera i varför lojalitetsprincipen inte ansågs ställa upp några sådana krav i *Uniplex*. Att detta i praktiken hade varit detsamma som att avskaffa tidsfristen för att väcka talan kan möjligen ha inverkat,⁶⁴⁹ men framstår inte som något övertygande argument i principiellt hänseende; dels hade som konstaterats ovan detta inte nödvändigtvis varit fallet eftersom den nationella rättens krav på goda skäl kunde ha fungerat som en barriär mot orimliga förlängningar, dels hade det kunnat argumenteras för att den nationella lagstiftaren själv öppnat upp för denna konsekvens genom att möjliggöra skönsmässiga förlängningar av tidsfristen, och enkelt kunde åtgärda problemet genom att avskaffa (eller kringskära) förlängningsmöjligheten till förmån för en klart definierad frist (förutsatt att denna gjordes lång nog att tillfredsställa principerna om effektivitet, likvärdighet och effektivt rättsskydd). Däremot kan noteras att frågan om

⁶⁴⁷ Se för en liknande diskussion ang. fakultativitet i allmänhet Hess (2003) s. 65.

⁶⁴⁸ Såväl domstolen som generaladvokaten bygger visserligen sin argumentation på principen om unionsrättskonform tolkning, som är ett direkt utflöde av lojalitetsprincipen (se avsnitt 4.3.1 ovan). Som Bernitz och Kjellgren (2014) s. 123 f. påpekar torde doktrinen om indirekt effekt dock numera betraktas som huvudsakligen fristående från lojalitetsprincipen.

⁶⁴⁹ Jfr C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 73 om att införandet av tidsgränser i sig är legitimt (se även C-406/08 *Uniplex* p. 38).

förlängning inte ställdes på sin spets i *Uniplex*, eftersom talan hade väckts inom tremånadersfristen så som denna enligt EU-domstolen måste uppfattas. Om förlängningsmöjligheten varit direkt avgörande för tillåtligheten av *Uniplex* talan kan man tänka sig att större vikt fästs vid den fakultativa möjligheten att förlänga tidsfristen. Viss försiktighet i tolkningen är därför motiverad.

5.1.5 van Schijndel/Uniplex-motsättningen

Avgörandena i *van Schijndel* och *Uniplex* visar på två ytterligheter avseende ett EU-rättsligt förhållningssätt till nationella fakultativa regler: koncist uttryckt att utnyttja fakultativiteten i genomslagsfrämjande syfte respektive att underordna sig den nationella domstolens skönsutövning enligt nationell rätt. Grovt sett kan dessa båda avgöranden, vad gäller fakultativitet, placeras på varsin sida i vad Prechal har benämnt ”*Rewel Simmenthal*-motsättningen”.⁶⁵⁰

I *Uniplex* framstår det som att EU-domstolen har ansträngt sig för att hitta den minst ingripande lösningen, då domen föreskriver i första hand direktivkonform tolkning, i andra hand unionsrättsvänligt utövande av fakultativiteten (innebärande en minskning, men inte en eliminering, av det fakultativa utrymmet), och först i tredje hand åsidosättande (av en annan regel, som tidigare i domen befunnits stå i strid med det tillämpliga direktivet).⁶⁵¹ Två saker är härvid värda att notera: för det första att *Uniplex* inte ställer några krav på den nationella domstolen utöver de som följer av direktivet, och för det andra att EU-domstolen anger en tydlig prioriteringsordning för de olika möjliga lösningarna, där den minst ingripande lösningen prioriteras högst.⁶⁵² Avgörandet följer därmed principen från *Rewe*; upprätthållande av den nationella processrätten framstår som huvudregeln och inskränkningar sker endast i den utsträckning som är nödvändig för att uppnå en viss minimistandard.

Resonemanget om den fakultativa regeln i *van Schijndel* ter sig drastiskt annorlunda. Av svaret på den andra frågan i *van Schijndel* följer

⁶⁵⁰ Se Prechal (1998) s. 687 som skiljer mellan ”the rather non-interventionist approach ushered in with the *Rewel/Comet* judgments on the one hand, and the much more intrusive line of cases launched in *Simmenthal* on the other.” Jfr även Dougan (2012) s. 74 ff. som pekar på förekomsten av liknande dubbla standards på straffrättens område.

⁶⁵¹ C-406/08 *Uniplex* p. 47–49.

⁶⁵² Jfr Dashwood m.fl. (2011) s. 241 avseende prioritering av för medlemsstaterna mindre ingripande rättsliga instrument.

att effektivitetsprincipen inte krävde att den nationella domstolen skulle agera *ex officio*.⁶⁵³ Hela det fakultativa området befann sig således över den tröskel som effektivitets- och likvärdighetsprinciperna utgör. Med den logik som tillämpades i *Rewe* och *Uniplex* hade detta inneburit att domstolens handlingsfrihet skulle ha lämnats intakt. Istället valde domstolen en mer offensiv linje med stöd av lojalitetsprincipen⁶⁵⁴ och med hänvisning till *Factortame I*,⁶⁵⁵ ett mål vars utgång i sin tur grundades på lojalitetsprincipen i kombination med *Simmenthal*⁶⁵⁶ och som tveklöst är att hänföra till en mer interventions- eller effét utile-orienterad del av EU-domstolens praxis.⁶⁵⁷

Att tala om *van Schijndel* som en dom i *Simmenthal*-traditionen kan måhända förvåna; i den akademiska litteraturen uppfattas *van Schijndel* och tvillingavgörandet *Peterbroeck* ofta som en brytning från en aktivistisk till en mer medlemsstatsorienterad fas i domstolens praxis.⁶⁵⁸ Denna uppfattning avser dock den senare delen av avgörandet, som är inriktad på obligatoriska snarare än fakultativa regler.⁶⁵⁹

Möjligen skulle den integrationsorienterade hållningen i *van Schijndel* kunna förklaras av att det målet rörde unionens konkurrensrätt, vilken

⁶⁵³ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 21. Se även C-222/05 till C-225/05 *van der Weerd* p. 34–41.

⁶⁵⁴ Eller, som konstaterats i avsnitt 5.1.1 ovan, likvärdighetsprincipen, dock i så fall i en mer integrationistisk tappning.

⁶⁵⁵ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14.

⁶⁵⁶ C-213/89 *Factortame I* p. 19–21. Se även Nordback (2005) s. 15 f.

⁶⁵⁷ Se bl.a. Craig och de Búrca (2011) s. 226 f., Nordback (2005) s. 54 f. och Arnulf (2006) s. 289. Den sistnämnde menar att *Factortame I* är en stark kandidat till titeln ”the most dramatic inroad into national procedural autonomy perpetrated by the Court during its interventionist phase”. Se vidare Klamert (2014) s. 248 f., som menar att lojalitetsprincipen bör hänföras till samma kategori som principerna om företräde och direkt effekt.

⁶⁵⁸ Se bl.a. Craig och de Búrca (2011) s. 231, Dougan (Evolution of EU Law 2011) s. 419 och Arnulf (2006) s. 304 ff.

⁶⁵⁹ I den delen av *van Schijndel* är det riktigt att EU-domstolen intog en mer försiktig hållning, som dock inte är av central betydelse här – och, skulle man kunna argumentera för, inte heller så central i EU-domstolens fortsatta praxis som generellt har antagits; jfr den vikt som t.ex. Hoskins (1996) s. 372 och Prechal (1998) s. 683 och 698 samt på senare tid Lindholm (2007) s. 142 ff. och Craig och de Búrca (2011) s. 231 fäster vid avgörandet, med det faktum att domstolen endast relativt sällan faktiskt genomför intresseavvägningen från *van Schijndel*/*Peterbroeck* (Prechal (1998) s. 692 och Nordback (2005) s. 74), och när så sker den oftare hänvisar till det restriktiva *Peterbroeck* än till gentemot medlemsstaterna generösare *van Schijndel* (10 respektive 4 hänvisningar per den 31 december 2014).

har karaktär av ordre public och således ställer strängare krav på genomförande i de nationella domstolarna.⁶⁶⁰ En sådan hypotes motsågs dock inte endast av att EU-domstolen tycks ha förbisett konkurrensrättens ordre public-karaktär i *van Schijndel*,⁶⁶¹ utan också av att slutsatsen från det målet, om den hade motiverats av hänsynen till konkurrensrättens speciella karaktär, inte borde ha upprätthållits i mål som *Kraaijeveld* och *Kempter*.⁶⁶²

5.1.6 Sammanfattande kommentar

Avgörandena i *van Schijndel*, *Kühne & Heitz* och, såvitt avser förlängning av tidsfristen, *Uniplex* berör alla nationella domstolars tillämpning av fakultativa regler på den nationella nivån. Som en serie betraktade tecknar de en bild av avtagande EU-rättsligt inflytande på nationella domstolars skönsutövning, där *van Schijndel* kräver att fakultativa regler tillämpas som om de vore obligatoriska, *Kühne & Heitz* begränsar skyldighetens inträdande till situationer där ytterligare tre rekvisit är uppfyllda (och därmed väcker frågan om det i andra situationer finns andra eller ytterligare rekvisit för den nationella domstolen att beakta) och *Uniplex*

⁶⁶⁰ C-126/97 *Eco Swiss* p. 37–38. Se även C-295/04 till C-298/04 *Manfredi* p. 31, som visar att slutsatsen från *Eco Swiss* inte (tvärtemot vad p. 40 i *Eco Swiss* kan ge intryck av) är begränsad till skiljeförfarandekontexten.

⁶⁶¹ Om konkurrensrättens ordre public-karaktär hade beaktats borde en obligatorisk regel som förhindrade att domstolen beaktade dessa regler ex officio, tvärtemot vad EU-domstolen fann i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 22, ha åsidosatts. Detta gäller särskilt som nederländsk rätt medgav undantag från dispositionsgrundsatsen just för materiella regler hänförliga till ordre public (Prechal (1998) s. 702; jfr C-40/08 *Asturcom*, som rörde en annan unionsrättsakt med ordre public-karaktär (se p. 52, särskilt i de franska och engelska versionerna) och där EU-domstolen konstaterade att uppfyllande av effektivitetsprincipen inte var tillräckligt, eftersom den nationella domstolen enligt likvärdighetsprincipen var tvungen att beakta rättsakten i samma utsträckning som den skulle beakta nationella regler av ordre public-karaktär). Att domen i *Eco Swiss* meddelades efter *van Schijndel* saknar, åtminstone teoretiskt sett, betydelse, eftersom EU-domstolens domar får effekt ex tunc. Jfr Prechal, a.a. s. 702 ff., som noterar att det är anmärkningsvärt att varken generaladvokaten eller EU-domstolen i *van Schijndel* behandlar ordre public-aspekten, trots att detta argument framfördes av van Schijndel och hans medpart. Möjligen kan detta förklaras med att det är osannolikt att utgången i sak i målet inför den nationella domstolen hade blivit annorlunda om den andra frågan i *van Schijndel* hade besvarats jakande (se förslag till avgörande i *van Schijndel* p. 57–65, som sedermera bekräftats i bl.a. C-67/96 *Albany* och C-180/98 till C-184/98 *Pavlov*).

⁶⁶² Hänvisningen till *van Schijndel* i *Asturcom*, *Jörös* och *Asbeek Brusse* kunde däremot förklaras med att även unionens konsumenträtt tillhör ordre public (se C-168/05 *Mostaza Claro* p. 35–38 och C-40/08 *Asturcom* p. 50).

slutligen begränsar skyldigheten att utnyttja fakultativiteten på visst sätt till situationer där detta är nödvändigt för att undvika unionsrättsstridig tillämpning. Medan de båda förstnämnda målen tycks resa krav vid fakultativ reglering som går utöver de som följer av minimiprinciperna om effektivitet, likvärdighet och effektivt rättsskydd är innebörden av *Uniplex* att fakultativa regler kan tillämpas på samma sätt i unionsrättsliga som i rent nationella mål, med endast de reservationer som gäller vid utövandet av nationell processuell autonomi i allmänhet.⁶⁶³

När och varför en viss tillämpning bör premieras av en nationell domstol är oklart. Att uppfatta *van Schijndel* som ett allmängiltigt uttalande om fakultativ reglering på medlemsstatsnivå vinner visst stöd i domens utformning. En sådan tolkning har också förekommit i litteraturen och förefaller ha legat till grund för det brittiska överhusets dom i *Berkeley*. I praktiken är det dock svårt att föreställa sig vad det skulle innebära att tillämpa alla nationella fakultativa regler på det sätt som bäst främjar unionsrättens materiella genomslag, särskilt vad gäller processuella regler avseende förfarandets mer praktiska aspekter. *Kühne & Heitz* är, som generellt prejudikat betraktat, förknippat med liknande svårigheter främst med hänsyn till att rekvisiten från det fallet svårligen kan överföras på andra processuella problem (eller ens andra processuella omständigheter).

Härtill kommer att EU-domstolen i sin senare praxis hänvisat till de här aktuella delarna av *van Schijndel* och *Kühne & Heitz* endast avseende de processuella problem som de ursprungligen avsåg, alltså dispositionsprincipen respektive *res judicata*.⁶⁶⁴ Inte heller förekommer korshänvisningar mellan de båda målen eller deras respektive uppföljare, utöver i två avgöranden: *Kempter* och *Asturcom*.⁶⁶⁵ Dessa domar är dock närmast ägnade att förstärka intrycket av att det, ur EU-domstolens perspektiv, rör sig om två skilda praxissviter, eftersom de båda i någon mån handlar om möjligheten att undanröja tidigare avgöranden, där parterna i den första processen inte gjort gällande att unionsrätten skulle vara tillämplig. Målen kombinerar således frågorna om *jura novit curia* och *res judicata*,

⁶⁶³ EU-domstolens ståndpunkt i *Uniplex* påminner alltså om vad som förespråkades av generaladvokaten i *van Schijndel*, se ovan vid not 530.

⁶⁶⁴ Det förefaller också vara så målen har uppfattats och kommenterats i den akademiska litteraturen, se t.ex. Prechal (1998) och Engström (2008) å den ena sidan och Groussot och Minssen (2007) samt Briza (2008) å den andra.

⁶⁶⁵ Se C-2/06 *Kempter* p. 40–44 resp. 45 och C-40/08 *Asturcom* p. 36–37 resp. 54.

och det är tydligt att EU-domstolen även här hänvisar till *van Schijndel* i det förra avseendet och *Kühne & Heitz* (respektive *Kapferer*) i det senare.

Uniplex är visserligen lätt att inlemma i traditionen om medlemsstaternas processuella autonomi från *Rewe* och *Comet*, dock endast om man bortser från – den enligt min mening förvisso märkliga – tolkningen av likvärdighetsprincipen från *Asturcom*, *Jörös* och *Asbeek Brusse*. Därtill kommer att denna autonomiorienterade inställning är svårförenlig med den starka integrationstendensen från *van Schijndel*. Vid en jämförelse av argumentationen i *Uniplex* och *van Schijndel* framstår det förra avgörandet som i hög grad dikterat av det aktuella direktivet och därmed mer begränsat i räckvidd, medan resonemanget i *van Schijndel* är mer principiellt hållet. Om man lyfter blicken kan inkonsekvenserna mellan *van Schijndel* och *Uniplex* emellertid också uppfattas som symptomatiska för en djupare motsättning i EU-domstolens praxis, där de båda avgörandena kan placeras in i varsitt konkurrerande, och delvis överlappande, paradig.⁶⁶⁶

Sammanfattningsvis är det svårt att tolka de här behandlade domarna som delar i en konsekvent EU-processuell doktrin om tillämpningen av fakultativa regler i nationell domstol. Avgörandena tycks lättare kunna grupperas utifrån de materiellt processrättsliga frågor de berör: domstols officialverksamhet, lagakraftvunna avgörandens rättskraft samt tidsfrister vid klander av offentlig upphandling. Detta skulle också förklara den annars anmärkningsvärda frånvaron av hänvisning till *van Schijndel* i *Kühne & Heitz*, och över huvud taget frånvaron av korshänvisningar i den efterföljande praxis som de båda avgörandena har givit upphov till. Att uppfatta *van Schijndel*, som är det av målen som enligt sin motivering har störst potential att tjäna som prejudikat inom ett vidare område, som ett allmängiltigt uttalande om fakultativa regler förefaller således inte endast få oönskade konsekvenser utan kanske också vore att tillskriva domstolen en ståndpunkt som den aldrig haft för avsikt att uttrycka.

⁶⁶⁶ Jfr Prechal (1998) s. 689 f. Jacobs har förslagit att dessa diskrepanser ska förstås som försök att hitta en balans mellan unionsrättens genomslag och processrättens integritet (Jacobs (1997) s. 25 ff., särskilt s. 27 och 35); det må så vara, men frågan är *vilken* balans. Till den frågan återkommer jag i kap. 6.

5.2 Förekomsten av fakultativa regler

5.2.1 Förbud mot fakultativitet

Inte endast tillämpningen av fakultativ reglering utan själva regleringsteknikens adekvans för genomdrivandet av unionsrätten har kommit upp till prövning inför EU-domstolen. Som kan utläsas redan av de ovan diskuterade fallen föreligger varken något förbud mot fakultativ reglering eller något absolut krav på sådan – generellt sett. EU-domstolens uttalande i *Kommissionen mot Irland*, där den konstaterar att en fakultativ regel (om förlängning av tidsfrist) ”i sig och oberoende av sammanhang” är tillåten och rentav kan ”anses ingå i god rättsvård”, är möjligen representativt för domstolens allmänna inställning till de nationella lagstiftarnas val av regleringsteknik.⁶⁶⁷ En sådan uppfattning överensstämmer också väl med medlemsstaternas behörighet att utfärda – och därmed rimligen även *utforma* – processuella regler i enlighet med huvudregeln om nationell processuell autonomi.

Det finns dock fall där EU-domstolen har intagit en annan ståndpunkt. I tidigare diskuterade *Uniplex* och nyssnämnda *Kommissionen mot Irland* omfattade de nationella reglerna, som konstaterades ovan,⁶⁶⁸ två fakultativa moment; dels den tidigare diskuterade förlängningsmöjligheten, dels domstolens möjlighet att avvisa en talan som inte väckts ”skyndsamt”.⁶⁶⁹ I detta sammanhang är det EU-domstolens behandling av skyndsamhetsrekvisitet som är intressant.⁶⁷⁰ I den delen underkändes nämligen den nationella lagstiftningen helt av EU-domstolen;⁶⁷¹ bruket av avvägningssrekvisit ”innebär en osäkerhet” som enligt EU-domstolen i alltför hög utsträckning inkräktar på förutsebarheten för parterna.⁶⁷² En

⁶⁶⁷ C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 80.

⁶⁶⁸ Vid not 638.

⁶⁶⁹ C-406/08 *Uniplex* p. 6 och C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 5. Regelen från *Uniplex* återges i sin helhet ovan vid not 637.

⁶⁷⁰ Avseende tolkningen och tillämpningen av detta rekvisit i engelsk rätt se Eliantonio (2010) s. 91 ff., varav det bland annat framgår att engelska domstolar i praktiken inte sällan utnyttjar möjligheten att avvisa med stöd av skyndsamhetsrekvisitet. Detta framhålls även av generaladvokaten i C-406/08 *Uniplex*, förslag till avgörande p. 65. Jfr EU-domstolens mot denna bakgrund onödigt försiktiga uttalande i *Uniplex* p. 41.

⁶⁷¹ C-406/08 *Uniplex* p. 43 och C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 75.

⁶⁷² C-406/08 *Uniplex* p. 41–42, jfr även C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 74–75.

fakultatativt stipulerad tidsfrist är således inte förenlig med partens rätt till effektivt rättsmedel.⁶⁷³

Resonemanget grundas på flera unionsrättsliga principer. Den direkta grunden för den nationella regelns unionsrättsstridighet är det tillämpliga direktivet,⁶⁷⁴ som uppställer krav på effektiva och snabba rättsmedel.⁶⁷⁵ EU-domstolen konstaterar vidare att medlemsstaterna i sin implementering av direktivet är bundna av rättssäkerhetskrav, vilka sägs innebära att regleringen måste vara ”tillräckligt precis, klar och förutsebar [och göra] det möjligt för enskilda att få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter.”⁶⁷⁶ Vidare hänvisar domstolen i *Uniplex* till effektivitetsprincipen, vilken sägs ”ligg[a] till grund för målet om en effektiv prövning, såsom det uttrycks i [direktivet].”⁶⁷⁷

Det är inte så lätt att med precision utläsa vilken relation och relativ betydelse dessa olika principer har för domstolens slutsats. Som konstaterats i kapitel 4 utgör effektivitetsprincipen en begränsning av medlemsstaternas processuella autonomi. Den processuella autonomin blir emellertid endast aktuell att utöva i *avsaknad av unionsrättslig reglering*. Detta torde innebära att en nationell regel inte samtidigt kan strida mot både ett direktiv och effektivitetsprincipen; vid direktivstridighet blir effektivitetsprincipen helt enkelt inte tillämplig.⁶⁷⁸ En annan sak är att direktivet självt i detta fall hänvisar till effektivitetshänsyn; detta är dock inte detsamma som effektivitetsprincipen i den snävare mening som termen

⁶⁷³ C-406/08 *Uniplex* p. 42 och C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 75.

⁶⁷⁴ Se C-406/08 *Uniplex* p. 43, C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 83 samt domsluten (operative parts) i båda målen. Direktivet ifråga är rådets direktiv 89/665/EEG i sin lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG.

⁶⁷⁵ Direktivet, art. 1.1.

⁶⁷⁶ C-406/08 *Uniplex* p. 39. Jfr även det i princip identiskt formulerade uttalandet i C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 61, som dock avser en annan (men relaterad) delfråga.

⁶⁷⁷ C-406/08 *Uniplex* p. 40.

⁶⁷⁸ Detta resonemang är förstås problematiskt i samma utsträckning som avgränsningen av effektivitetsprincipen är det (se diskussionen i avsnitt 4.2.1 ovan). Det skulle emellertid åtminstone i vissa fall kunna förklara varför EU-domstolen väljer att hänvisa eller inte hänvisa till effektivitets- och likvärdighetsprinciperna (jfr t.ex., på konsumenträttens område, C-240/98 till C-244/98 *Océano* och C-243/08 *Pannon*, där EU-domstolen resonerar helt baserat på sekundärrätt, med C-168/05 *Mostaza Claro* och C-40/08 *Asturcom*, som aktualiserar vissa processuella frågor utöver direktivets ifråga direkta tillämpningsområde, och där EU-domstolen istället stöder sig på effektivitetsprincipen).

brukas i denna avhandling (och ofta annars).⁶⁷⁹ Vad gäller rättssäkerhetsprincipen⁶⁸⁰ tycks denna användas som en överordnad princip som såväl direktivet – som också innehåller ett krav på skyndsamt rättslig prövning – som den nationella implementerande lagstiftningen måste följa. EU-domstolens avgörande kan alltså tolkas antingen som att det nationella skyndsamhetsrekvisitet stod i strid med *både* direktivet och den unionsrättsliga rättssäkerhetsprincipen, eller som att den stod i strid med direktivet tolkat i ljuset av principen. Detta är av mindre betydelse, särskilt som direktivet i här aktuella delar var mycket allmänt hållet och närmast utgjorde en kodifiering av principerna om rättssäkerhet och effektivt rättsskydd. Det tyder vidare på att liknande slutsatser skulle kunna dras även i andra typer av mål, utan direkt stöd i sekundärlagstiftning.⁶⁸¹

Vad som skiljer *Uniplex* (i denna del) från de tidigare diskuterade avgörandena är att det är *själva fakultativiteten* som är unionsrättsstridig; problemet ligger, som EU-domstolen uttrycker det, i lagstiftningens ”själva avfattande”.⁶⁸² I *van Schijndel* och *Kühne & Heitz* förelåg såvitt framgick ingen processrättslig kränkning av unionsrätten, utan endast en skyldighet för den nationella domstolen att utnyttja den behörighet som den tilldelats genom fakultativ reglering på ett särskilt sätt, och i den del av *Uniplex* som avser förlängningsmöjligheten uppfattades den bristande förutsebarhet som är nödvändigt förknippad med fakultativitet inte som ett problem utan tvärtom som en lämplig lagstiftningsåtgärd.⁶⁸³ Man kan således fråga sig varför förutsebarhetsproblem ansågs föreligga

⁶⁷⁹ Se fotnot 393 ovan. Av denna anledning är det olyckligt att EU-domstolen hänvisar till effektivitets- och likvärdighetsprinciperna i C-406/08 *Uniplex* och C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, se p. 40 resp. p. 62. Vad EU-domstolen tycks avse med dessa hänvisningar är referenserna till allmänna effektivitets- och ickediskrimineringskrav i direktivets art. 1, jfr förslagen till avgörande p. 21 (*Uniplex*) resp. p. 41 (*Kommissionen mot Irland*). Även om dessa krav förstås är besläktade med effektivitets- och likvärdighetsprinciperna bör de senare i sin *Reuel/Comet*-betydelse ges en mer avgränsad innebörd.

⁶⁸⁰ EU-domstolen refererar här till ett formellt rättssäkerhetsbegrepp som i princip tycks kunna ersättas med begreppet *förutsebarhet*. Jfr den engelska versionens ”legal certainty” (fr. ”sécurité juridique”).

⁶⁸¹ Se Jones (2010) s. 141, Maurici (2012) s. 87 ff., som också noterar att flera engelska domstolar uppfattat *Uniplex* som bindande i EU-rättsliga mål även utom upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, och Eliantonio (2010) s. 98.

⁶⁸² C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 77.

⁶⁸³ Se ovan vid not 667 samt generaladvokatens förslag till avgörande i C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 74: ”En sådan möjlighet att utsträcka fristen underlättar visserligen för domstolarna att skapa rättvisa i det enskilda fallet.”

i just denna situation – och i vilka andra situationer samma resonemang kan komma att aktualiseras.

Pragmatiskt kan förstås konstateras att problem i förhållande till förutsebarhetskravet (rättssäkerhetsprincipen) inte uppstod i *van Schijndel* eller *Kühne & Heitz* eftersom den nationella domstolen inte ansågs ha något utrymme för skönsmässigt beslutsfattande; unionsrätten omvandlade fakultativitet till obligatorium. Detta är emellertid ingen tillfredsställande förklaring, eftersom samma metod kunde ha använts även avseende skyndsamhetsrekvisitet i *Uniplex*. En liknande åtgärd diskuterades av generaladvokat Kokott, som föreslog att den nationella domstolen genom unionsrättskonform tolkning skulle omtolka skyndsamhetsrekvisitet till en ”påminnelse för sökanden eller klaganden att i eget intresse på bästa sätt tillvarata sina rättigheter genom att så snabbt som möjligt vidta de nödvändiga åtgärderna.”⁶⁸⁴ Skyndsamhetsrekvisitet skulle i Kokotts tolkning uppfattas som riktat enbart till parterna (vilket för övrigt ligger väl i linje med regelns indirekt fakultativa karaktär) och således som fallande utanför fakultativt/obligatoriskt-dikotomin. En sådan lösning hade varit lättare att förena med särskilt *van Schijndel*, såtillvida att den inte hade förutsatt åsidosättande av den nationella regeln men ändå medfört att denna berövats sin fakultativa karaktär. Som framgått nöjde sig emellertid EU-domstolen inte med denna åtminstone gentemot den nationella lagstiftaren mer respektfulla hållning utan krävde att regeln måste åsidosättas,⁶⁸⁵ och detta oavsett hur den tillämpades in casu eller i allmänhet.⁶⁸⁶

Det är inte heller troligt att reglernas skilda fakultativa konstruktioner – skyndsamhetsregeln i *Uniplex* var tolkningsfakultativ, medan de tidigare diskuterade reglerna i *van Schijndel*, *Kühne & Heitz* och *Uniplex* var äkta fakultativa – kan förklara utgången. EU-domstolen har beskrivit principen om unionsrättskonform tolkning enligt följande: ”Om det [...] under vissa omständigheter enligt nationell rätt är *tillåtet*, i enlighet med de tolkningsmetoder som erkänns i denna rätt, att tolka en bestämmelse i den nationella rätten på ett sådant sätt att en konflikt med en annan bestämmelse i den nationella rätten kan undvikas [...] är den

⁶⁸⁴ C-406/08 *Uniplex*, förslag till avgörande p. 71.

⁶⁸⁵ C-406/08 *Uniplex* p. 43.

⁶⁸⁶ C-456/08 *Kommissionen mot Irland* p. 77. Något försök att hitta en tillämpning som överensstämde med unionsrätten gjordes inte av EU-domstolen (se Eliantonio (2010) s. 97).

nationella domstolen *skyldig att använda samma metoder* för att uppnå det resultat som eftersträvas i direktivet.”⁶⁸⁷ Som framhållits av Prechal innebär detta att ”*the mere option* under national law of using a certain interpretative method *becomes an obligation* where it helps to avoid a conflict with Community law provisions.”⁶⁸⁸ Hennes formulering tydliggör att principen om unionsrättskonform tolkning uppställer krav på de nationella domstolarna som påminner om de som EU-domstolen utformade i *van Schijndel*; om nationell rätt uppställer en *möjlighet* att göra en viss tolkning (exempelvis av ett avvägningsrekvisit), ska denna möjlighet utnyttjas som om den vore en *skyldighet* i förhållande till unionsrättslig reglering.⁶⁸⁹ Även om EU-domstolen skulle erkänna en åtskillnad mellan äkta fakultativitet och tolkningsfakultativitet så skulle således slutsatsen bli densamma, nämligen att skönet elimineras till förmån för den mest unionsrättsvänliga lösningen; vid äkta fakultativa regler enligt *van Schijndel*, vid tolkningsfakultativa enligt *Pfeiffer*.⁶⁹⁰

Möjligen kan en förklaring till EU-domstolens förhållandevis stränga hållning gentemot medlemsstaterna däremot finnas i att fakultativiteten i *van Schijndel* och *Kühne & Heitz* samt i den tidigare diskuterade delen av *Uniplex* uppfattades som unionsrättsfrämjande, medan skyndsamhetsrekvisitet uppfattades som unionsrättsshämmande. Annorlunda uttryckt: i de förstnämnda målen tolkades de fakultativa reglerna som att det fanns en legitim *huvudregel* – partsautonomi respektive *res judicata* – som motverkade unionsrättens genomslag, medan regelns fakultativa konstruktion möjliggjorde ett undantag, som kunde underlätta utövandet av unionsrättsgrundade rättigheter. I den här aktuella delen av *Uniplex* var det däremot den upplevda huvudregeln – tremånadersfristen – som var fördelaktig för den part som åberopade en unionsrättighet, medan möjligheten att göra undantag genom tillämpning av skyndsamhetsrekvisitet

⁶⁸⁷ C-397/01 till C-403/01 *Pfeiffer* p. 116, kursiverat här.

⁶⁸⁸ Prechal (2005) s. 199. Kursiverat här. Jfr även Drake (2000) s. 193.

⁶⁸⁹ Prechal (2005) s. 199 noterar själv i not 92B parallelliteten mellan *Pfeiffer* och *van Schijndel*. Se även Andersson (1999) s. 212.

⁶⁹⁰ En principiellt viktig skillnad ligger dock i att unionsrättskonform tolkning endast krävs vid potentiell konflikt mellan unionsrätten och nationell rätt, medan kraven från *van Schijndel* aktualiseras även om samtliga handlingsalternativ skulle finna sig över den nivå som fastslås av de unionsrättsliga minimikraven. Å andra sidan utgör tolkningsfakultativitet, åtminstone med den logik som *Uniplex* och *Kommissionen mot Irland* utgör prov på, *i sig* en kränkning av unionsrätten, vilket i praktiken eliminerar denna skillnad.

således verkade i den motsatta riktningen.⁶⁹¹ En sådan tolkning – att uttalandet från *van Schijndel* endast gäller regler som möjliggör ett mer unionsrättsfrämjande agerande än huvudregeln – överensstämmer också väl med både lojalitetsprincipen, som syftar till att underlätta just unionsrättens genomslag, och likvärdighetsprincipen, som av allt att döma tillåter mindre förmånlig behandling av nationellt grundade anspråk men inte motsatsen.

5.2.2 Krav på fakultativitet

I *Uniplex* menade EU-domstolen som framgått att en fakultativ regel *just på grund av sin fakultativa karaktär* stod i strid med unionsrätten. Under vissa omständigheter förefaller unionsrätten emellertid kräva att nationell processrätt ges en flexibel utformning – och då inte, som vid unionsrättskonform tolkning, för att styra rättstillämpningen i en viss riktning, utan i syfte att de nationella domstolarna faktiskt ska utöva skön i enskilda, EU-rättsliga mål. Denna fråga har aktualiserats i två fall på konkurrensrättens område.⁶⁹²

Omständigheterna har vid båda tillfällena varit likartade. Sedan dom på böter på grund av konkurrensbegränsande samarbete har vunnit laga kraft har en tredje man – en utomstående aktör på den marknad där kartellbildningen har ägt rum – vänt sig till nationella myndigheter med begäran om att få tillgång till handlingarna i ärendet, i syfte att kunna beräkna skadan och föra skadeståndstalan mot de aktörer som deltagit i kartellen. Båda de nationella rättsordningarna – den tyska respektive den österrikiska – innehåller program för så kallad förmånligare behandling (eftergiftsprogram, jfr konkurrenslagen 3:12–15), som innebär att företag som samarbetar med de nationella myndigheterna och därmed medverkar till att en kartell avslöjas kan beviljas påföljdseftergift för sitt deltagande i kartellen. Som EU-domstolen konstaterat minskar incitamenten för att delta i ett sådant program om de dokument som därvid upprättas vid en nationell myndighet sedermera kan komma att läggas till grund för civilrättsliga processer och påföljder.⁶⁹³ Det uppkommer

⁶⁹¹ Anthony (2011) s. 576 menar att EU-domstolen ”by removing that element of flexibility [...] has thus arguably imposed a less nuanced conception of how to balance public and private interests in procurement cases, at least where the balance would involve a *shortening* of the applicable time-limit” (min kursivering).

⁶⁹² C-360/09 *Pfleiderer* och C-536/11 *Donau Chemie*.

⁶⁹³ C-360/09 *Pfleiderer* p. 26–27 och C-536/11 *Donau Chemie* p. 33 in fine samt 42.

således en intressekonflikt mellan offentligt genomdrivande av unionskonkurrensrätten, i de nationella myndigheternas regi och med eftergiftsprogram som ett hjälpmedel, och privat genomdrivande genom skadeståndstalan.⁶⁹⁴

I *Pfleiderer* ställdes frågan om EU-rätten *förbjuder* utlämnande av handlingarna till tredje man, eftersom detta kan påverka eftergiftsprogrammens effektivitet och därmed indirekt den EU-rättsliga konkurrensrättens genomslag.⁶⁹⁵ Den nationella regeln förefaller närmast ha varit tolkningsfakultativ,⁶⁹⁶ och domstolens fråga kan därför uppfattas som en fråga om huruvida denna fakultativitet skulle omvandlas till en skyldighet att avslå begäran om utlämnande av handlingar, till skydd för unionsrättens effektiva genomslag. Frågeställningen är alltså i någon mån parallell till de som aktualiserades i *van Schijndel* och *Uniplex* (förlängningsmöjligheten).

Generaladvokaten ansåg att intresseavvägningen borde äga rum på abstrakt, unionsrättslig nivå, och föreslog att utlämnande av vissa handlingar med intimt samband med eftergiftsprogrammet borde vara oförenligt med unionsrätten, medan utlämnande av övriga handlingar i akten borde vara obligatoriskt i syfte att skydda tredje mans rätt till reparation.⁶⁹⁷ Detta förslag skulle, i linje med ställningstagandet från *van Schijndel* (till vilket generaladvokaten dock inte hänvisade) men som en av nationell rätts utformning oberoende förpliktelse, innebära att den nationella fakultativa regeln omvandlades till två obligatoriska regler.

EU-domstolen valde dock en annan hållning. Den menade att intresseavvägningen mellan det allmänna och det enskilda intresset inte skulle ske på unionsrättsnivå utan genomföras ”av de nationella domstolarna i *varje enskilt fall*.”⁶⁹⁸ Denna linje fullföljdes sedermera i *Donau Chemie*. I *Donau Chemie* var den nationella regeln obligatorisk och dispositiv; tredje man hade således *rätt* att få ut handlingarna, dock endast *om* parterna i målet samtyckte till detta (vilket av naturliga skäl endast undantagsvis torde ske under de här aktuella omständigheterna), och omvänt var domstolen absolut förhindrad att lämna ut dokumenten utan sådant

⁶⁹⁴ Se särskilt C-360/09 *Pfleiderer* p. 25–29.

⁶⁹⁵ C-360/09 *Pfleiderer* p. 17–18.

⁶⁹⁶ Se C-360/09 *Pfleiderer* p. 7.

⁶⁹⁷ Förslag till avgörande i C-360/09 *Pfleiderer* p. 46–47.

⁶⁹⁸ C-360/09 *Pfleiderer* p. 31. Kursiverat här.

samtlycke.⁶⁹⁹ Denna ordning underkändes av EU-domstolen, som anförde att unionsrätten kräver att ”de nationella domstolarna måste göra en avvägning mellan intresset av att överlämna information och intresset av att skydda denna *i varje enskilt fall*, inom ramen för den nationella rätten och med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i målet.”⁷⁰⁰ Domstolen fortsatte sedan med vissa förtydliganden om hur den nationella rätten fördragsenligen skulle kunna utformas och vilka aspekter som de nationella domstolarna ska beakta vid sin intresseavvägning.⁷⁰¹ Själva avvägningen lämnades emellertid åt den handläggande domstolen.

Till skillnad från *van Schijndel*, där EU-domstolen fann såväl en påbudande som en förbjudande obligatorisk regel avseende officialprövning av rättsfrågor vara förenlig med unionsrätten, konstaterade EU-domstolen i *Donau Chemie* att obligatoriska regler oavsett innehåll åtminstone potentiellt kunde hindra unionsrättens effektiva genomslag.⁷⁰² Det förefaller alltså som om det var själva den obligatoriska konstruktionen snarare än lagstiftarens avvägning som EU-domstolen motsatte sig. Vidare är det intressant att notera att den österrikiska regeln försvarades med att den intresseavvägning som EU-domstolen föreskrev redan hade företagits, men på lagstiftarnivå och därmed i generella termer.⁷⁰³ EU-domstolen betonade emellertid upprepade gånger att avvägningen måste ske på rättskipningsnivå och fallbasis.⁷⁰⁴ Annorlunda uttryckt föreligger här ett explicit unionsrättsligt krav på att beslutsmakten ska utövas på konkret istället för abstrakt nivå och följaktligen måste flyttas från lagstiftaren till domstolarna.

I sin slutsats i *Donau Chemie* menar EU-domstolen att den österrikiska regeln främst skulle stå i strid med effektivitetsprincipen.⁷⁰⁵ Detta kan dock ha att göra med att frågan formulerats som främst avseende ett obligatoriskt (och dispositivt) förbud mot att utlämna handlingarna.⁷⁰⁶

⁶⁹⁹ C-536/11 *Donau Chemie* p. 8 och 36–37.

⁷⁰⁰ C-536/11 *Donau Chemie* p. 34. Kursiverat här.

⁷⁰¹ C-536/11 *Donau Chemie* p. 40–43 resp. 44–48.

⁷⁰² C-536/11 *Donau Chemie* p. 31. Jfr C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 13 resp. 22.

⁷⁰³ C-536/11 *Donau Chemie* p. 8.

⁷⁰⁴ C-536/11 *Donau Chemie* p. 30, 31, 34, 35 och 43. Se även förslag till avgörande i samma mål p. 63.

⁷⁰⁵ C-536/11 *Donau Chemie* p. 49 och domslutet (”operative parts”).

⁷⁰⁶ C-536/11 *Donau Chemie* p. 32. Effektivitetsprincipen åberopas här till stöd för den skadelidande tredje partens anspråk på reparation.

Här är emellertid lika intressant att konstatera att även en påbjudande obligatorisk regel om utlämnande av handlingarna skulle ha varit unionsrättstridig, dock på andra grunder som bland annat inkluderar konkurrensrättens *effet utile*.⁷⁰⁷

Som konstaterats ovan är lagstiftarens val av fakultativ regleringsteknik avgörande för utgången både i *van Schijndel*-praxisen och i *Kühne & Heitz* (och valet att *inte* lämna handlingsutrymme för domstolen utgjorde i sig en avgörande faktor i *Kapferer*). I *Donau Chemie* däremot fäster EU-domstolen ingen vikt vid hur den nationella regeln har utformats; tvärtom ger den relativt utförliga instruktioner om hur en nationell regel *ska* utformas, inklusive i frågan om fakultativitet eller obligatorium. Eftersom kravet på fakultativitet tycks emanera från EU-rätten skulle man rentav kunna säga att det rör sig om en överföring av beslutskompetens direkt från unionsnivån till de nationella domstolarna, som endast i formellt avseende medieras genom den nationella lagstiftaren.

5.2.3 Betydelsen av motstående intressen

Donau Chemie ger, i förhållande till *Uniplex* (såvitt avser skyndsamhetskriteriet), prov på en mer balanserad inställning till behovet av att beakta och väga motstående intressen mot varandra. Avgörandet är också mer autonomiorienterat såtillvida att EU-domstolen överlåter intresseavvägningen till aktörer på nationell nivå. I dessa avseenden påminner resonemanget om den holistiska bedömning som EU-domstolen föreskrev för effektivitetsprincipen i *van Schijndel/Peterbroeck*.

Ett sätt att förklara EU-domstolens skilda förhållningssätt i de båda målen är att se till de bakomliggande intressen som aktualiserades. I *Donau Chemie* anförde båda parterna unionsrättsliga argument för respektive emot utlämnande av de aktuella dokumenten: å ena sidan eftergiftsprogrammet,⁷⁰⁸ å andra sidan rätten till skadestånd.⁷⁰⁹ I *Uniplex* däremot var situationen att en enskild försökte göra sina på unionsrätten grundade rättigheter gällande gentemot en medlemsstat, varvid den förres krav på förutsebarhet

⁷⁰⁷ C-536/11 *Donau Chemie* p. 31, jfr även p. 33.

⁷⁰⁸ Eftergiftsprogram på nationell nivå är som EU-domstolen konstaterade i C-360/09 *Pfleiderer* p. 20–23 inget unionsrättsligt krav, men förekommer av sådana accepteras och uppmuntras av unionens institutioner (se t.ex. European Competition Networks modell eftergiftsprogram (<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>) samt *Pfleiderer* p. 25–27).

⁷⁰⁹ C-453/99 *Courage mot Crehan* p. 24 och 26.

hänfördes till det unionsrättsliga genomdrivandekravet, medan det motstående intresse som motiverade skyndsamhetsrequisitet betraktades som rent nationellt och därför underordnat förutsebarhetskravet.⁷¹⁰ De skilda resonemangen skulle utifrån en sådan förståelse av målen kunna förklaras med att det i *Donau Chemie* till skillnad från i *Uniplex* förelåg en konflikt mellan två unionsrättsliga intressen.⁷¹¹

Även den, i förhållande till *van Schijndel* och *Kraaijeveld*, försiktiga hållningen från EU-domstolens sida i *Kühne & Heitz* kan möjligen förklaras som ett utslag av en sådan avvägning mellan konkurrerande värden inom unionsrätten. Visserligen skiljer sig *Kühne & Heitz* från *Donau Chemie* i viktiga avseenden, särskilt genom att den nationella regeln i *Kühne & Heitz* faktiskt omvandlades till ett obligatorium (medan *Donau Chemie* i praktiken ledde till den motsatta transformationen). Detta kan dock förklaras med att intresseavvägningarna var av två olika slag. I *Donau Chemie* rörde det sig om en spänning mellan två materiella regler. Dessutom var de båda reglerna och de intressen som de skyddade – allmänintresset av att beivra konkurrensbegränsande verksamhet respektive individintresset av kompensation för ekonomisk skada – ytterst inget annat än två sidor av det unionsrättsliga intresset av effektiva sanktioner mot konkurrensbegränsande avtal. I någon mån var intressekonflikten i *Donau Chemie* således inte en konflikt mellan två olika intressen, utan mellan två olika medel för att uppnå samma intresse.⁷¹²

I *Kühne & Heitz* däremot förelåg en genuin intressekonflikt, såtillvida att upprätthållande av det ena intresset (*res judicata*) med nödvändighet skulle gå ut över det andra (tullbestämmelsernas materiella genomslag) och vice versa. Detta var därtill en konflikt mellan ett materiellt och ett formellt intresse, vilket kan vara av betydelse eftersom EU-domstolen tycks tillmäta sådana indirekta effekter på utgången i sak som proces-

⁷¹⁰ Se C-406/08 *Uniplex* p. 39–40. Så beskriven förefaller situationen i *Uniplex* vara analog till den som förelåg i *van Schijndel*. Man kan då fråga sig varför den fakultativa regeln i *Uniplex* måste åsidosättas, när samma resultat hade kunnat uppnås genom hänvisning till lojalitetsprincipen i enlighet med *van Schijndel*; annorlunda uttryckt, varför EU-domstolen valde att ifrågasätta den nationella lagstiftarens val av regleringsteknik istället för att begränsa den nationella domstolens skönsutövning. Jfr ovan vid not 684.

⁷¹¹ Betydelsen av skillnaden mellan en motsättning mellan nationell rätt och unionsrätt och en motsättning mellan unionsrättsligt erkända intressen diskuteras av Nordback (2005) s. 107 f. och 330 ff. avseende EU-domstolens divergerande praxis för säkerhetsåtgärder.

⁷¹² Jfr generaladvokat Mazak i förslag till avgörande i C-360/09 *Pfleiderer* p. 41, som menar att intressekonflikten var ”mer skenbar än verklig”.

suella bestämmelser typiskt sett får mindre betydelse än direkta sådana effekter.⁷¹³ Den mer restriktiva inställningen till unionsrättens materiella genomslag i *Kühne & Heitz* jämfört med *van Schjndel* kan alltså förstås som en eftergift till det motstående intresset, även om EU-domstolen i *Kühne & Heitz* till skillnad från i *Donau Chemie* förbehöll den avgörande intresseavvägningen åt sig själv.⁷¹⁴

Sammantaget kan alltså argumenteras för att EU-domstolen intagit en mer nyanserad, om än inte nödvändigtvis gentemot medlemsstaternas lagstiftare mer respektfull, inställning i fall av konflikter mellan av unionsrätten erkända intressen. Underkännandet av skyndsamhetsrekvisitet i *Uniplex* framstår utifrån denna tolkning som förklarligt, eftersom det inte förelåg någon unionsrättslig principkollision i det målet; utfallet, om än inte resonemanget, är således i linje med *van Schjndel*. Diskrepansen mellan *Donau Chemie* och *Kühne & Heitz* svarar mot relationen mellan de båda kolliderande unionsrättsintressena. I det förra målet var dessa sidoordnade⁷¹⁵ varandra som alternativa medel att uppnå samma mål, och de nationella domstolarna inte bara tilläts utan påbjöds att väga de inblandade intressena mot varandra i det enskilda fallet, medan i *Kühne & Heitz* de motstående intressena var svårare att jämföra⁷¹⁶ och resultatet blev att fakultativiteten inte formellt åsidosattes och omvandlades till falsk fakultativitet endast under vissa omständigheter.

⁷¹³ Se ovan avsnitt 4.3.2, särskilt vid not 503.

⁷¹⁴ Det kan noteras att *Kühne & Heitz* har kritiserats för att vara kasuistiskt (se not 617 ovan); denna kritik kan uppfattas som att EU-domstolen liksom i *Donau Chemie* borde ha överlåtit intresseavvägningen in casu på den nationella domstolen.

⁷¹⁵ Däremot möjligen inte likställda i fråga om effektivitet; generaladvokaterna Mazak och Jääskinen uttrycker båda en preferens för offentligrättsligt genomdrivande framför civilrättsligt, se förslag till avgörande i C-360/09 *Pfleiderer* p. 41–42 resp. i C-536/11 *Donau Chemie* p. 48.

⁷¹⁶ Jfr Prechal (1998) s. 685, som tycks mena att materiella och processuella regler är inkommensurabla. Det kan möjligen hävdas att processuella garantier som negativ rättskraft väger lättare när de, som i *Kühne & Heitz*, görs gällande gentemot det allmänna; som illustreras av C-617/10 *Åkerberg Fransson*, där det var åklagarsidan som gynnades av ett starkt genomförandeperspektiv och den tilltalade som stödde sig på processuella rättigheter, är emellertid även den omvända partskonstellationen möjlig.

5.3 Sammanfattande kommentar

I den andra⁷¹⁷ delen av avgörandet i *Uniplex* konkluderade EU-domstolen att en tolkningsfakultativ regel om tidsfrist för att väcka talan är oförenlig med unionsrätten, huvudsakligen på grund av bristande förutsebarhet. I *Donau Chemie* kom den istället fram till att obligatorisk reglering är oförenlig med EU-rätten, eftersom denna kräver att motstående unionsrättsliga intressen kan avvägas mot varandra i det enskilda fallet. Dessa två avgöranden skiljer sig från *van Schijndel*, *Kühne & Heitz* och *Uniplex* (avseende förlängningsmöjligheten) eftersom de tar sikte på lagstiftarens utformning av den nationella regleringen, snarare än på domstolarnas tillämpning av densamma. Därigenom introduceras också en ny dimension i diskussionen; avgörandena kan inte längre inordnas på en endimensionell skala från mest till minst integrationsfrämjande, eftersom en spänning tydligen föreligger inte endast i relationen union/medlemsstat utan även i kompetensfördelningen lagstiftare/domstol.

Såväl i EU-domstolens krav på tillämpningen av fakultativa regler som i dess uttalanden om den unionsrättsliga förekomsten av sådana tycks en genomtänkt och konsekvent strategi saknas. Detta illustreras både av spänningen mellan *van Schijndel* och *Uniplex* (förlängningsmöjligheten) och av de skilda slutsatserna från *Uniplex* (skyndsamhetsrekvisitet) och *Donau Chemie*. Någon förklaring till varför EU-domstolen i vissa fall väljer att rikta sig mot de nationella domstolarna och i andra mot lagstiftaren har inte heller kunnat upptäckas.

Även om betydelsen av dessa avgöranden på en övergripande nivå således är oklar demonstrerar de emellertid sammantagna att inte endast den nationella processregleringens innehåll utan även dess utformning, mer specifikt valet mellan fakultativitet och obligatorium, är av unionsrättslig betydelse. För domstolarnas del innebär detta att en regels fakultativa karaktär inte kan fastställas endast med hänvisning till nationella rättskäl-lor ens om regelns samtliga tillämpningsalternativ är förenliga med unionsrättens minimikrav. För lagstiftarens del innebär det dels att fakultativ reglering i vissa fall är unionsrättsstridig i sig själv, dels att det vid valet av fakultativ eller obligatorisk reglering bör beaktas att fakultativ reglering kan komma att utnyttjas av EU-domstolen som ett verktyg för att främja

⁷¹⁷ Eller, för att anknyta till EU-domstolens disposition av domen, den första delen av den andra frågan (den i avsnitt 5.1.4 ovan diskuterade förlängningsmöjligheten utgjorde den andra delen av samma fråga).

unionsrättens genomslag; som framgått i kapitel 3 har detta inte åsyftats eller ens förutsetts av den svenska lagstiftaren.

Det unionsrättsliga genomslagsperspektivet, som förefaller ha varit styrande för den i detta kapitel behandlade rättspraxisen, illustreras särskilt tydligt av en jämförelse av de två behandlade delarna av *Uniplex*, där den fakultativitet som kunde utnyttjas till skydd för ett gentemot unionsrätten *motstående* intresse – skyndsamhetsrekvisitet – anses oförenlig med EU-rätten, medan den fakultativitet som bidrar till att skapa ökade möjligheter för unionsrättens genomslag – möjligheten att förlänga tidsfristen – i princip godtas.⁷¹⁸ Frågor om balansen mellan domstolens intresse av att främja integrationen inom unionen och av att respektera medlemsstaternas processuella autonomi eller de andra intressen som skyddas av de nationella bestämmelserna, och om relationen mellan domstolväsendet och lagstiftaren, både mellan union och medlemsstat och internt inom medlemsstaterna, består dock obesvarade. De frågorna ska diskuteras i kapitel 6 respektive kapitel 8 nedan.

⁷¹⁸ Jfr Maurici (2012) s. 93, som konstaterar att skyndsamhetskriteriet kritiserats av EU-domstolen för bristande förutsebarhet medan "[n]o one has thus far complained about the lack of legal certainty inherent in [the possibility to extend the time limit]."

6 Unionsrättsvänlig tillämpning av fakultativa regler

One day humanity will play with law just as children play with disused objects, not in order to restore them to their canonical use but to free them from it for good. What is found after the law is not a more proper and original use value that precedes the law, but a new use that is born only after it.

Giorgio Agamben

6.1 En modell för unionsrättsvänlig tillämpning av fakultativa regler

6.1.1 Processrättslig reception av EU-domstolens praxis

Av framställningen så här långt följer att samtliga nationella processregler, obligatoriska liksom fakultativa, måste uppfylla unionens processuella minimikrav. Om så inte är fallet undanröjs konflikten genom att den nationella regeln åsidosätts eller tolkas unionsrättskonformt.⁷¹⁹ Därtill har konstaterats att EU-domstolen i de fall den nationella regeln ger den tillämpande domstolen ett handlingsutrymme, det vill säga då den nationella regeln är fakultativ, ställer *ytterligare* krav på den nationella rättstillämpningen. Det är dessa krav som ska diskuteras här.

Eftersom unionen saknar normgivningskompetens avseende processen i nationell domstol ställer EU-rätten inte några *självständiga* krav på förfarandet.⁷²⁰ De processrättsligt relevanta principernas huvudsyfte är

⁷¹⁹ Vad detta innebär för just fakultativa regler har diskuterats i avsnitt 4.2.3 och 4.3.2 ovan.

⁷²⁰ Denna avsaknad av kompetens kan också möjligen förklara frånvaron av ett processrättsligt perspektiv i många av de här diskuterade avgörandena. Jfr Schwarze (2013) s. 267 f.

istället att underlätta genomdrivandet av den materiella unionsrätten.⁷²¹ Således torde kunna göras gällande, att unionsrättsliga krav är starkare ju närmare kopplingen mellan den processuella regeln och den materiella rättigheten är. En mer ingripande eller integrationsorienterad inställning från EU-domstolens sida, såsom den från *van Schijn- del*, är därför både mer förståelig – eftersom regeln har större inverkan på genomförandet av EU-rätten – och mer försvarlig – eftersom kopplingen till den unionsrättsliga kompetensen är starkare – vid tillämpning av regler som avser saken, det vill säga processmaterialet eller den sökta rättsföljden, än av sådana som endast avser själva förfarandet.⁷²²

En sådan förståelse för gränserna mellan nationell kompetens och unionskompetens överensstämmer också relativt väl med EU-domstolens befintliga praxis. Gemensamt för de nationella processerna i *van Schijn- del* och *Kühne & Heitz* var bland annat att domstolens utövande av skön var direkt avgörande för huruvida den påstådda unionsrättigheten skulle kunna genomdrivas eller inte.⁷²³ Ett beslut att inte ex officio införa unionsrättsliga regler i processmaterialet från domstolarnas sida hade i *van Schijn- del* inneburit att den påstådda unionsrättigheten (eller snarare den unionsrättighet som *inte* hade påståtts; det var ju just i detta icke-åberopande som problemet bestod) inte kunde genomdrivas, och ett beslut om att inte återuppta målet till prövning i *Kühne & Heitz* hade inneburit upprätthållandet av ett unionsrättsligt felaktigt rättsläge.⁷²⁴ I *Uniplex* däremot saknade frågan om förlängning av tremånadersfristen praktisk betydelse för klagandens möjlighet att nå framgång, eftersom talan var väckt inom den ordinarie fristen.⁷²⁵

Ytterligare exempel kan anföras. I *Wärdell*, som avgjordes på begäran av svenska HD⁷²⁶ och avsåg utdömmande av vite i en process om intrång

⁷²¹ Se Tridimas (2000) s. 36 och Ross (2006) s. 480 samt vidare avsnitt 4.1 ovan.

⁷²² Jfr Hess (2003) s. 52 f., som kopplar själva fakultativitetens försvarlighet till regelns betydelse för utgången i målet.

⁷²³ Jfr ovan i avsnitt 5.1.3.

⁷²⁴ Jämförelse kan göras med C-234/04 *Kapferer*, där generaladvokaten avvisade och EU-domstolen förhöll sig tveksam till möjligheten att överföra slutsatsen från *Kühne & Heitz* till civilprocessen; *Kapferer* rörde i denna del forumregler, som inte direkt inverkad på klagandens möjlighet att vinna bifall till sin i sak förda talan.

⁷²⁵ Däremot anvisade EU-domstolen som framgått förlängningsmöjligheten som ett möjligt medel för att säkerställa att fristen in casu fick åtminstone den anvisade längden (C-406/08 *Uniplex* p. 48). Valet av medel lämnades dock åt domstolen, varför detta uttalande inte medförde någon begränsning av den fakultativa befogenheten i sig.

⁷²⁶ Sedermera refererat i NJA 2007 s. 431.

i ett gemenskapsvarumärke, fastslog EU-domstolen att vite *måste* dömas ut sedan sådant intrång konstaterats (såvida inte förnyat intrång vore direkt omöjligt), trots att den tillämpliga förordningen hänvisade till nationell process- och sanktionslagstiftning och den nationella lagstiftningen ifråga var av fakultativ karaktär samt oaktat att det vid ett intrång i ett nationellt varumärke under motsvarande omständigheter inte hade förelegat förutsättningar för att utfärda vitesföreläggande.⁷²⁷ Det bör visserligen framhållas att målet i stora delar byggde på tolkning av sekundärrätt snarare än av allmänna rättsprinciper, vilket kan ha haft betydelse för bedömningen.⁷²⁸ Dessutom var den aktuella nationella regeln inte i strikt mening processrättslig.⁷²⁹ Det kan dock konstateras att målet tydligt följer *van Schijndel* såtillvida att det fakultativa utrymmet i den nationella regeln elimineras i mötet med unionsrätten, till förmån för det alternativ som starkast bidrar till unionsrättens genomslag. Det kan också konstateras att den aktuella regeln utgjorde en sanktionsregel och således var mycket starkt kopplad till själva saken.

Även en jämförelse mellan avgörandena i *Melloni* och *Jeremy F.*, som båda avsåg överklagandemöjligheter i mål där europeisk arresteringsorder utfärdats, ger visst stöd för tesen, även om målen delvis avsåg den nationella lagstiftarens snarare än domstolens handlingsutrymme. *Melloni* rörde den överlämnade personens möjlighet att efter överlämnandet överklaga den aktuella straffrättsliga domen *i sak*,⁷³⁰ medan *Jeremy F.* avsåg möjligheten att överklaga själva beslutet om överlämnande.⁷³¹ Det förra var enligt EU-domstolen otillåtet enligt unionens sekundärrätt, medan avgörande i den senare, formella frågan överläts till medlemsstaternas lagstiftning.⁷³² Därtill kan målet *N.S.* nämnas, där EU-domstolen omvandlade en nationell förvaltningsmyndighets möjlighet att ta upp ett asylärende till sakprövning till en skyldighet.⁷³³ Eftersom avgörandet dels gällde grundläggande mänskliga rättigheter och dels får betraktas

⁷²⁷ C-316/05 *Wärdell* p. 8, 10 och 59–61.

⁷²⁸ Jfr C-316/05 *Wärdell* p. 53 och 62, där EU-domstolen helt stöder sig på en tolkning av sekundärrätten.

⁷²⁹ Angående sambandet mellan sanktion och process se dock Andersson (1997) s. 22 (samt verkets undertitel) samt notera Ekelöf (1942) s. 5 ff. och Ekelöf och Edelstam (2002) s. 13 ff.

⁷³⁰ C-399/11 *Melloni* p. 24 och 35.

⁷³¹ C-168/13 PPU *Jeremy F.* p. 27 och 33.

⁷³² C-399/11 *Melloni* p. 46 och C-168/13 PPU *Jeremy F.* p. 52 och 55.

⁷³³ C-411/10 och C-493/10 *N.S.* p. 106–108.

som uttryck för ett undantag av snäv räckvidd bör det dock inte tillmätas alltför stor betydelse i detta sammanhang.

Att processens utformning får betydelse för det materiella genomslaget är som sagt hela bevekelsegrunden för EU-rättslig intervention på processrättens område, och knappast heller ett påstående ägnat att förvåna.⁷³⁴ Det finns emellertid en uppsjö av tänkbara fall där det är svårt att se vilken rättstillämpning som, även i den konkreta situationen, skulle främja genomdrivandet av det på unionsrätten grundade anspråket. Beakta exempelvis RB 5:10 st. 2, som stadgar att rätten får besluta att deltagare i sammanträde inför rätten ska närvara genom ljud- eller ljud- och bildöverföring. Om domstolens möjlighet enligt RB 5:10 ska omvandlas till en skyldighet i enlighet med *van Schijndel*, vilken skulle denna skyldighet vara? Möjligen skulle det kunna argumenteras för att närvaro genom ljud- och bildöverföring ökar domstolarnas tillgänglighet, vilket i så fall skulle underlätta genomdrivandet av materiella rättigheter i enlighet med rätten till effektivt rättsskydd.⁷³⁵ Det kan emellertid även hävdas att sådan medierad närvaro ger ett ur kvalitativ synvinkel sämre rättsskydd än fysisk inställelse inför rätten, vilket skulle tala i motsatt riktning.⁷³⁶ Vilket beslut som bäst skulle gynna unionsrättens genomslag i det enskilda målet är således inte lätt för domstolen att avgöra. Utöver de nackdelar för såväl beslutsekonomi som förutsebarhet som är förknippade med denna typ av framtidsprognoser, framstår det även som att förlorande parter med unionsrättsligt grundade anspråk skulle få betänkliga

⁷³⁴ Se bl.a. Werlauff (2000) s. 7 ff. och Lindblom (1996) s. 795 f. Jfr även C-6/90 och C-9/90 *Francovich* p. 33 och C-224/01 *Köbler* p. 33.

⁷³⁵ Se prop. 2004/05:131 s. 87 och jfr 222/84 *Johnston* p. 18–19 och 222/86 *Heylens* p. 14. I mål som C-240/98 till C-244/98 *Océano* och C-243/08 *Pannon*, där konsumenter hade instämts av näringsidkare till, i förhållande till konsumenternas hemvist, avlägset belägna domstolar, kan det kanske spekuleras i att en möjlighet att närvara genom ljud- och bildupptagning skulle kunna ha haft betydelse. Om möjlighet till sådan närvaro hade funnits, hade det kunnat argumenteras för att de prorogationsklausuler på vilka näringsidkaren stödde sitt val av forum inte var att betrakta som oskäliga eftersom inställelsen i så fall inte vållat konsumenterna något extra besvär jämfört med en inställelse i domstolen för deras respektive hemvistorter.

⁷³⁶ Se prop. 2004/05:131 s. 90 om ljud- och bildöverföringens tillkortakommanden gentemot fysisk närvaro. Jfr även Bylander (2006) s. 307 f. I en situation som den i i föregående not nämnda *Océano* och *Pannon* innebär detta argument att avvisning följd av ny stämning i konsumenternas hemvistforum skulle kunna betraktas som ett starkare skydd för konsumenten än det tvång att antingen nöja sig med medierad närvaro vid förhandlingen eller inställa sig personligen, eventuellt på egen bekostnad (a.prop. s. 91 f.), vid en avlägsen domstol som skulle bli följderna av en tillämpning av RB 5:10.

möjligheter att illojalt framställa svårutredda klagomål över rättegångsfel, om det i efterhand visar sig att beslutet har gynnat ”fel” part. Detta gäller särskilt som valet av det rätta alternativet är en unionsrättslig *skyldighet*.⁷³⁷

Ytterligare ett problem med att låta unionsrättens genomslag in casu vara avgörande för processuella överväganden är att de processuella reglerna typiskt sett ska tillämpas *innan* det är klart vad utgången kommer att bli eller ens om materiell unionsrätt är tillämplig i målet.⁷³⁸ Domstolen skulle således behöva göra någon sorts preliminär bedömning av målets eventuellt unionsrättsliga karaktär för att kunna ta ställning till hur målet ska handläggas. Om den till exempel, som i den nationella processen i *van Schijndel* eller tidigare nämnda⁷³⁹ NJA 2013 s. 1017, först i högre rätt inser att målet aktualiserar unionsrättsliga aspekter, borde processreglerna rimligen ha tillämpats unionsrättskonformt ända sedan talan anhängiggjordes.⁷⁴⁰

Häremot kan visserligen anföras att unionsrättens krav relaterar till utfallet, och därtill framför allt utfallet i sak, snarare än till själva processen, varför eventuella brister ofta torde kunna kompenseras i efterhand.⁷⁴¹ Så länge *resultatet* av den nationella processen varken är att den materiella unionsrättens genomslag äventyras eller att unionsrättsliga anspråk särbehandlas negativt, torde det således, ur unionsrättslig synvinkel, i princip vara likgiltigt om detta säkerställs genom kontinuerliga åtgärder under hela rättegångens förlopp eller genom en korrigerande åtgärd i dess slutskede.⁷⁴² Denna ordning förefaller vara analog till åter-

⁷³⁷ Detta antyder dessutom att en felbedömning skulle kunna ge upphov till skadeståndsskyldighet för staten, jfr C-224/01 *Köbler* p. 33–34 och C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* p. 31.

⁷³⁸ Jfr Werlauff (2000) s. 55.

⁷³⁹ I avsnitt 5.1.3 vid not 588 et seq.

⁷⁴⁰ Jfr Lindell (2012) s. 92, som – dock utan EU-rättsligt anslag – pekar på svårigheterna att anpassa processen för att åstadkomma materiellt genomslag.

⁷⁴¹ Ett liknande argument baserat på den materiella rättens primat, dock utan unionsrättslig koppling, framförs av justitierådet Lindskog (2012) s. 588 f. (i hans extrajudiciella egenskap, se a.a. s. 587 i not 1), som menar att valet av specifik processrättslig grund är ”av mindre intresse, så länge slutsatsen blir densamma” och att HD:s avgöranden bör utvärderas mot bakgrund av målets materiella sammanhang snarare än från processrättslig, systematisk synvinkel.

⁷⁴² Jfr C-69/10 *Samba Diouf* p. 56, där EU-domstolen fastslår att ”avsaknaden av en möjlighet att överklaga i [ett visst] skede av förfarandet inte [innebär] ett åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel, under förutsättning att det slutliga beslutet [...] kan bli föremål för en ingående prövning av den nationella domstolen inom ramen för ett överklagande mot beslutet att avslå ansökan”.

förvisningsregeln i RB 50:28, enligt vilken undanröjande av tingsrätts dom ska underlätas antingen om rättegångsfelet inte inverkat på målets *utgång* eller, även om så varit fallet, om felet kan *avhjälpas* i hovrätten. Kanske kan en liknande lösning tillgripas även i underrätt, i situationer där tingsrätten först under handläggningens senare skeden upptäcker att målet faller inom fördragets tillämpningsområde; om handläggningen i dessa senare skeden kan anpassas så att effekterna av ”felet” neutraliseras torde det inte vara nödvändigt att föranstalta om ny huvudförhandling eller liknande.

Sådan handläggning förutsätter dock att problemet fortfarande *kan* lösas på detta senare stadium. Om domstolen först under huvudförhandling eller överläggning till dom, eller rentav först i högre instans, inser behovet av exempelvis materiell processledning är åtminstone den mest naturliga tidpunkten för att bedriva sådan förbi;⁷⁴³ i ett sådant sent skede skulle dessutom många ändringar eller justeringar av talan redan vara prekluderade (enligt bl.a. RB 13:3 st. 2 eller 50:25 st. 3). Därtill kommer att ett sålunda pragmatiskt sätt att hantera processuella frågor lätt skulle komma i konflikt med parternas möjlighet att förutse och disponera över processens fortskridande.⁷⁴⁴

Ur ett principiellt perspektiv kan också det önskvärda i processuella överväganden baserade på materiella hänsyn ifrågasättas.⁷⁴⁵ Högsta domstolen har framhållit att det till ”de grundläggande principerna för rättegången hör att domstolen inte skall fatta ståndpunkt i sakfrågan förrän hela materialet förebragts i målet och att ståndpunktstagandet då skall ske genom det slutliga avgörandet i saken.”⁷⁴⁶ Här är det visserligen fråga om att fatta processuella beslut till förmån för viss parts talan, snarare än att föregripa domens innehåll. Även detta är emellertid problematiskt; förfarandereglernas syfte är ju att utgöra spelregler för rättegången, inte att utse spelets vinnare.⁷⁴⁷ Det kan således hävdas att förfaranderegler

⁷⁴³ Se SOU 1982:26 s. 128 och Westberg (1988) s. 649 f.

⁷⁴⁴ Jfr Edelstam och Pauli (2012) s. 764, som i polemik med Lindskog (not 741 ovan) anför att ”processrättslig systematik och en enhetlig begreppsbyggnad *bidrar till* bl.a. just förutsebarhet.” Kursivering i originalet.

⁷⁴⁵ För kritik ur ett mer konstitutionellt perspektiv se Lindholm (2007) s. 318 ff. och 331.

⁷⁴⁶ NJA 1982 s. 175, ref. s. 177 f. Jfr Heuman (2006/07) s. 846 f.

⁷⁴⁷ Jfr Marcus (2003) s. 477 f., som pekar på risken för att materiella hänsyn präglar processuellt beslutsfattande.

som typiskt sett främjar en viss utgång i sak är otillfredsställande,⁷⁴⁸ och i vart fall att den domare som försöker utforma den enskilda rättegången i syfte att befrämja en viss utgång därigenom åsidosätter sin opartiskhet.⁷⁴⁹ Sammantaget framstår därför en ordning som värnar unionsrättens genomslag på *abstrakt* nivå, genom ett system som åtminstone typiskt sett och i de flesta fall främjar det unionsrättsliga genomslaget, vara att föredra framför sådan unionsrättsoptimerande processrättstillämpning in casu som undersökts ovan.

Även om EU-domstolen hittills tycks ha begränsat *van Schijndels* och *Kühne & Heitz* räckvidd till avgöranden respektive rättsliga kontexter finns det anledning att föredra en mer konsekvent strategi för implementering i nationell rätt. Vid en alltför snäv reception av EU-domstolens praxis riskerar Sverige att komma i konflikt med sina unionsrättsliga skyldigheter, eftersom EU-domstolen kan komma att applicera liknande resonemang på andra typer av regler och dessa avgöranden då får effekt *ex tunc*.⁷⁵⁰ Att tillämpa nationell rätt i avvaktan på tydliga besked avseende en viss nationell regels eventuella oförenlighet med unionsrätten är dessutom i sig oförenligt med unionsrätten.⁷⁵¹ Detta kan visserligen

⁷⁴⁸ Se Lindell (2012) s. 96, som ifrågasätter om inte processen borde ”vara en motvikt eller i vart fall förhålla sig neutral till de intressen som ligger bakom den materiella regleringen”. A.m. Lindblom (1980) s. 81, jfr dock dens. (Miljöprocess 2002) s. 438, där han diskuterar möjligheterna av att använda processrätten för att såväl förstärka som spegla eller utgöra motvikt till intressebalansen i den nationella rätten.

⁷⁴⁹ Även de författare som menar att processens syfte *är* att åstadkomma ett visst ur samhällelig synvinkel önskvärt resultat, avstår vanligtvis från att göra rekommendationer baserade på utgången *i ett enskilt fall*. Tvärtom betonar Ekelöf att rättskipningen utgör ”en viktig betingelse i samhällslivets nuvarande struktur, för att folk *i allmänhet* betalar sina skulder på förfallodagen och lämnar sin nästas egendom i fred” (kursivering i originalet) och att ”[b]ifallande domar i kravmål medverkar till att *borgenärer i allmänhet* åtnjuter [...] »tryggade positioner»” (kursivering i originalet), medan han i kontrast påpekar att parterna ”naturligtvis inte” betraktar saken på samma sätt utan att ”[k]äranden [bara är] intresserad av att domstolen bifaller hans talan och svaranden av att denna ogillas” (Ekelöf och Edelstam (2002) s. 19 och 21). Jfr även Lindblom (1980) s. 81, som betonar processregleringens *samhälleliga* konsekvenser och *politiska* mål och Strömholm (1975) s. 152, som menar att ”konsekvensorient[ing] i den mening som domaren i det enskilda fallet beaktar effekterna av sitt avgörande, t.ex. för parts ekonomiska ställning” är ”principiellt främmande för traditionell rättstillämpning”.

⁷⁵⁰ Jfr Arden (2010) s. 4, som varnar för kortsiktigheten i ett ad hoc-förhållningssätt till EU-domstolens praxis.

⁷⁵¹ Se C-617/10 *Åkerberg Fransson* p. 46 och 106/77 *Simmmenthal* p. 21–22.

förhindras genom flitigt utnyttjande av förhandsavgörandeinstitutet.⁷⁵² Begäran om förhandsavgörande är emellertid förknippat med nackdelar ur ett partsperspektiv på grund av tidsåtgången och därigenom kostnaden, vilket i sin tur – särskilt vid frekvent användande – kan bidra till att göra tvistlösning i allmän domstol mindre attraktiv.⁷⁵³ En mer proaktiv inställning till EU-rätten är därför att föredra.

Svårigheterna i att implementera EU-domstolens praxis i nationell processrätt på ett lojalt sätt ligger emellertid inte endast i att avgörandenas räckvidd och innebörd är oklara. De består också i att finna ett sätt att genomföra implementeringen som i tillräckligt stor utsträckning harmonierar med den befintliga nationella processrätten på systematisk nivå för att undvika alltför omfattande fragmentisering.⁷⁵⁴ Syftet i detta kapitel är att konstruera en modell för att förstå avgöranden som *van Schijnadel* och *Uniplex* och därigenom lägga en grund för svenska domstolar att utveckla en egen praxis avseende fakultativ reglering som kan förväntas vara förenlig både med en vidareutvecklad EU-rätt och med svensk processrättslig systematik.⁷⁵⁵ En sådan modell minskar både behovet av förhandsavgöranden, åtminstone i lägre instans, och risken för fördragsbrott, och möjliggör rentav att en genomtänkt nationell hållning

⁷⁵² Se C-617/10 *Åkerberg Fransson* p. 47, som antyder en sådan lösning. Jfr Temple Lang (1997) s. 15 som menar att lojalitetsprincipen innebär att nationella domstolar har "a duty to take all reasonable steps to see that Community law is *clarified*" (kursiverat här), vilket under vissa omständigheter skulle innebära att även underrätter kan ha en skyldighet att begära förhandsavgörande. Jfr dock dens. (2003) s. 1923, där han tycks inta en försiktigare position.

⁷⁵³ Se Andersson (1999) s. 231 f., som menar att dessa nackdelar gör sig gällande med sådan styrka att även sistainstanser, trots skyldigheten i art. 267(3) FEUF, ibland bör avstå från att begära förhandsavgörande. Som Andersson påpekar skulle ökad användning av alternativ tvistlösning även innebära ett bakslag för EU-rättens genomslag, eftersom endast domstolar har möjlighet att begära förhandsavgörande. Jfr även Komarek (2007) s. 486 ff.; a.m. dock Bernitz (2010) s. 51 ff.

⁷⁵⁴ Se Koskelo (2014) s. 625 ang. svårigheterna med harmonisering via domstolarna. Jfr Wersäll (2014) s. 4, som, med referens till Asp (2012) s. 73, varnar för "överentusiastisk" implementering av europarätten. Wiklund (2014) s. 340 f. konstaterar träffande att Wersälls kritik riktar sig mot att HD enligt Wersäll "överskr[udit] sitt legitima tolkningsutrymme med referens till svensk rätt" eller, med andra ord, i alltför hög utsträckning avvikt från det svenska rättssystemets etablerade systematik.

⁷⁵⁵ Jfr Andersson (1999) s. 232 f., som i ett annat men besläktat sammanhang anser att det är "att föredra att man utvecklar principer och ändamålsöverväganden till stöd för i vilka fall man ska tillämpa artikel [267 FEUF] extensivt, restriktivt och reduktivt (och analogt), [fotnot utelämnad] framför att låtsas som att alla domstolar i alla lägen bör eller ska begära förhandsavgörande." Se även Nylund (2006) s. 36 f.

kan influera kommande avgöranden i EU-domstolen. Nationell rätt kan därigenom gå i dialog med unionsrätten snarare än endast fungera som en passiv mottagare av rättsliga implantat.⁷⁵⁶

6.1.2 Modellen

I kombination med den ovan i avsnitt 5.1.5 diskuterade motsättningen mellan *van Schijndel* och *Uniplex* skulle distinktionen mellan regler avseende processmaterialet och regler avseende förfarandet⁷⁵⁷ enligt min mening kunna läggas till grund för en modell för tillämpning av fakultatativa regler i EU-rättsliga mål. Modellen tar fasta på kopplingen mellan graden av unionsrättslig inverkan och den processuella regelns relation till prövningen i sak och utgör en kompromiss mellan två intressen: å ena sidan att säkerställa den svenska processrättens överensstämmelse med unionsrätten, å andra sidan att bevara rimlig likabehandling inom processordningen med hänsyn tagen till de motstående intressen som den nationella regleringen erkänner. Syftet är vidare att hitta en lösning som är relativt lättillämpad, vilket kan åstadkommas genom anknytningen till en befintlig begreppsapparat inom rättsområdet.

Den modell jag föreslår innebär i ett nötskal att fakultatativa regler avseende processmaterialet bör tillämpas som om de vore obligatoriska, medan fakultatativa regler avseende förfarandet behåller sin fakultatativa karaktär.⁷⁵⁸ Detta skulle, annorlunda uttryckt, innebära att svaret på den

⁷⁵⁶ Se Johnston (2013) s. 391 f., Tridimas (2013) s. 378 f. och Bobek (2013) s. 224, som konstaterar att den nationella domstolen har en ”(quite considerable) opportunity to shape the opinion of the Court through its framing of the preliminary ruling question”, samt från ett svenskt perspektiv Heckscher (2011) s. 235 f. samt Bernitz (2010) s. 86 f. Jfr även Koskelo (2014) s. 632, som framhåller bristen på ”effektiv motkraft” till EU-domstolen som ett problem, och Europaparlamentets resolution P6_TA(2008)0352 p. 30–31 om betydelsen av nationella domares delaktighet i förhandsavgörandeförfarandet.

⁷⁵⁷ Se Ekelöf (1956) s. 240 ff., Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38 och Lindell (2012) s. 82. Distinktionen behandlas utförligt i avsnitt 6.1.3 nedan.

⁷⁵⁸ En jämförelse kan göras med praxisen från 120/78 *Cassis de Dijon* och C-267/91 och C-268/91 *Keck* på den fria varurörighetens område, där EU-domstolen fastslagit att medlemsstaterna i princip är förbjudna att införa begränsningar avseende produktörligheten på den fria marknaden (*Cassis de Dijon* p. 8), men att regler med begränsande effekt ändå kan godtas, om de är icke-diskriminerande och endast avser försäljningsformerna (*Keck* p. 16–17). Denna distinktion mellan själva produkten och försäljningsformerna skulle processrättsligt kunna översättas till en distinktion mellan saken, eller processmaterialet, och förfarandet. Jfr Biondi (1999) s. 1284, som ang. *van Schijndel* anför: ”[I]f indeed the approach adopted by the Court ‘looks like a strange transplant of *Cassis de Dijon*, [footnot utelämnad] it may perhaps be necessary to operate also a strange transplant

första frågan från *van Schijndel* ges normerande verkan vid tillämpningen av fakultativa regler avseende processmaterialet, medan tillämpningen av fakultativa regler avseende förfarandet i princip kan fortsätta tillämpas utifrån (den till sakens natur hörande avsaknaden av riktlinjer i) nationell rätt i enlighet med *Uniplex* (såvitt avser förlängningsmöjligheten).

Regler om processmaterialet behandlar frågor om vad som får läggas till grund för rättens avgörande i målet.⁷⁵⁹ Detta innebär att dessa regler typiskt sett, liksom de i *van Schijndel* och *Kraaijeveld* med uppföljare samt *Berkeley*, erbjuder ett binärt val mellan att inkludera eller exkludera visst material i processmaterialet. Det kan vidare på ett allmänt plan antas att det är mer positivt ur ett genomslagsperspektiv att tillåta än att avvisa material,⁷⁶⁰ samtidigt som införandet av nytt processmaterial i sig (förutsatt att materialet är relevant) är en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning för bifall till den i sak förda talan.⁷⁶¹ Att tillämpa EU-domstolens uttalande från *van Schijndel* på fakultativa regler avseende processmaterialet skulle således innebära att domstolen skulle vara förpliktigad att välja det mest generösa handlingsalternativet, det vill säga hellre utöka än kringskära processmaterialet.

of *Keck*.” Detta innebär enligt Biondi (Rule of Reason 2005) s. 136 f. att processuella regler endast i ett fåtal undantagsfall bör underställas EU-domstolens granskning, medan flertalet nationella processregler bör accepteras per se. Även Ward (2008) s. 753 f. efterlyser en ”*Keck* style jurisprudential tie off” av liknande innebörd; jfr också van Gerven (1995) s. 694 som föreslår en distinktion mellan ”constitutive” och ”non-constitutive” processuella regler, där de förra men inte de senare skulle bli föremål för harmonisering. Intressant att notera är att konfederationen Schweiz tidigare (före ikraftträdandet av 2011 års civilprocessordning) begagnade en kompetensfördelning mellan federations- och kantonnivå som påminde om denna modell. Enligt den äldre schweiziska ordningen var processrätt i princip en kantonal kompetens, i analogi med den processuella autonomi inom EU, medan materiell civilrätt reglerades på federal nivå. Detta ledde till att en rad processuella frågor med nära anknytning till saken, såsom interimistiska åtgärder och rättskraftsfrågor, hänfördes till eller rentav definierades som *materiell* rätt i syfte att få till en mer funktionell kompetensfördelning (se Vogel och Spühler (2006) s. 59 f.).

⁷⁵⁹ Se Lindblom (2003) s. 179.

⁷⁶⁰ Visserligen kunde det väl hävdas att det, ur ett *unionsrättsligt* genomslagsperspektiv, är mest gynnsamt att inkludera processmaterial anfört av den unionsrättsligt berättigade parten eller annars till stöd för den partens talan och avvisa annat material; det får väl dock antas att EU-domstolen med unionsrättens genomslag avser unionsrättens *berättigade* genomslag. Jfr ovan vid och i not 661 ang. betydelsen av att det EU-rättsliga anspråket i *van Schijndel* med största sannolikhet var ogrundat i sak.

⁷⁶¹ Jfr de drag som ovan i avsnitt 5.1.3 identifierats som utmärkande för de nationella reglerna från *van Schijndel*, *Kraaijeveld* och *Berkeley*.

Denna tillämpningsmetod skulle förvisso inte alltid utmyнна i sådana beslut som hittills i litteraturen och i lagstiftningsarbetet ansetts vara att föredra; den uppenbara risken är att processmaterialet blir alltför vidlyftigt och att förseningar uppkommer till följd av att motparten måste få tid att bemöta det nya materialet. Sådana konsekvenser är emellertid en följd av avgörandet i *van Schijndel* snarare än av den här föreslagna implementeringsmodellen. Genom att undandra regler rörande förfarandet, vilka torde vara i klar majoritet,⁷⁶² från *van Schijndels* tillämpningsområde uppnås i någon mån en kompromiss där unionsrättens genomslag balanseras mot grundläggande processuella principer. Härigenom förblir exempelvis de centrala principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration fortsatt föremål för intresseavvägningar i det enskilda fallet i enlighet med RB:s reglering. Dessutom slipper domstolarna utföra avancerade prognoser över processuella besluts mer indirekta effekter på sakprövningen; utpräglade förfaranderegler som frågor om muntlig eller skriftlig handläggning (RB 42:9 och 18) eller omedelbar inställelse alternativt närvaro genom telefon eller videolänk (RB 5:10) kan tillämpas utan beaktande av beslutets eventuella effekter för målets utgång och unionsrättens genomslag.

Det senare gäller förstås endast under förutsättning att de fakultativa reglerna uppfyller de krav som följer av effektivitets- och likvärdighetsprinciperna samt principen om effektivt rättsskydd. Även om det inte påtalats explicit av EU-domstolen måste detta anses framgå av dessa principers karaktär av minimikrav.⁷⁶³ Den här diskuterade tillämpningsmodellen innebär alltså inte att regler avseende förfarandet undantas från unionsrättslig granskning i allmänhet; även sådana regler kan givetvis behöva åsidosättas helt eller delvis om de befins understiga den krävda miniminivån. Fakultativa regler måste således prövas i två faser: först för att säkerställa att de är förenliga med principerna om effektivitet, likvärdighet och effektivt rättsskydd, och därefter utifrån lojalitetsprincipen i enlighet med EU-domstolens *van Schijndel*-praxis. Den här föreslagna tillämpningsmodellens fördel ligger i att den förenklar denna andra fas såtillvida att den integrerar den trestegsmetod som följer av *van Schijn-*

⁷⁶² Enligt min genomgång av RB (se avsnitt 1.2.2 ovan) är närmare 90 procent av RB:s fakultativa regler att klassificera som regler om förfarandet. Se även Ekelöfs nedan vid not 773 kommenterade uppfattning.

⁷⁶³ Se ovan avsnitt 4.2.3. Jfr även van Gerven (1995) s. 694.

*del*⁷⁶⁴ med de modifikationer som särskilt *Uniplex* innebär och ersätter den med en enklare metod: Om den aktuella regeln avser processmaterialet bör domstolen välja det alternativ som innebär att processmaterialet utökas, medan unionsrättsliga aspekter kan lämnas därhän vid skönstövningen om den aktuella regeln avser förfarandet.

Avslutningsvis bör framhållas att jag ingalunda gör gällande att EU-domstolens praxis avseende fakultativ reglering bygger på eller erkänner en uppdelning av regler i sådana som avser förfarandet respektive processmaterialet; en sådan skiljelinje kan knappast ens tolkningsvis läsas in i domstolens praxis. Däremot förefaller den befintliga praxisen på området, med den korrelation till effekter för utgången i sak som visats i föregående avsnitt, *inte vara oförenlig* med införandet av en sådan distinktion, eller med ett påbud till svenska domstolar om att en fakultativ regel som avser processmaterialet måste utnyttjas till att främja unionsrättens genomslag, medan det fakultativa utrymmet kan utnyttjas skönsmässigt vid tillämpning av regler som avser förfarandet.⁷⁶⁵ En sådan modell har fördelen att begränsa både antalet situationer då den nationella domaren behöver beakta unionsrättsliga synpunkter och komplexiteten i de avvägningar som då krävs. Den torde också, just eftersom den bidrar till att förenkla och integrera unionsrättsliga resonemang, främja unionsrättens införlivande som en del av det nationella rättssystemet.⁷⁶⁶

Dessa fördelar skulle förstås göra sig starkast gällande om gränsdragningen mellan regler avseende förfarandet respektive processmaterialet vore klar och väletablerad. Trots att själva distinktionen har behandlats som vedertagen i den processrättsliga litteraturen åtminstone sedan 1950-talet är så emellertid inte fallet. Nästa avsnitt utgör därför en diskussion, eller inledningen till en sådan, med syfte att klargöra distinktionens närmare innebörd.

⁷⁶⁴ Se avsnitt 5.1.1 in fine.

⁷⁶⁵ Liknande se Biondi (1999) s. 1284, som åtminstone de *sententia ferenda* menar processrättsliga regler i allmänhet bör anses förenliga med unionsrätten ”insofar as they do not ‘impede’ access to effective judicial protection”, och att endast sådana processuella regler som ”by their nature may hinder the full enjoyment of [Union] rights” bör underställas EU-domstolens granskning. Jfr Storskrubb (2011) s. 321 och de Búrca (2010) s. 41 ff. om vikten av dialog även från EU-domstolens sida.

⁷⁶⁶ Jfr det klassiska uttalandet i 6/64 *Costa mot ENEL* p. 3: ”Till skillnad från vanliga internationella fördrag infördes genom EEG-fördraget en särskild rättsordning som införlivades i medlemsstaternas rättssystem när fördraget trädde i kraft” (kursiverat här).

6.1.3 Regler avseende förfarandet och avseende processmaterialet

I svensk processrätt finns en tradition av att skilja mellan delar av processrätten som är mer intimt kopplade till prövningen i sak, och andra delar som huvudsakligen eller enbart reglerar vad som kan kallas för formella aspekter av förfarandet och som utmärks av svagare inverkan på och påverkan av processföremålet och den tillämpliga materiella rätten. Både indelningen av förfarandet i processförutsättningar och sakprövning och indelningen av processledningen i materiell och formell kan nämnas, liksom distinktionen mellan regler avseende förfarandet och regler avseende processmaterialet.⁷⁶⁷ Denna sistnämnda distinktion, som ska stå i fokus för den följande undersökningen, är helt fristående från den förstnämnda; förfarandefrågor, som exempelvis frågor om muntlig eller skriftlig handläggning, uppkommer ju såväl under förberedelsen som vid själva sakprövningen.⁷⁶⁸ Däremot är den, som jag ska återkomma till strax nedan, nära besläktad med distinktionen mellan materiell och formell processledning.

I *Rättegång I* konstateras:⁷⁶⁹

Rättegångsbalkens regler kan indelas i *regler om processmaterialet* och *regler om förfarandet*. I den första kategorin stadgas om vad som utgör processmaterial *i förhållande till domen* samt om detta materials betydelse i rättegången. Alla andra regler i RB hänför jag till den andra gruppen.”

Även Lindell nämner i sin lärobok *Civilprocessen* kortfattat distinktionen, som han tycks uppfatta som en gradering av reglernas släktskap med den

⁷⁶⁷ Den förstnämnda distinktionen har behandlats utförligt av Lindblom (1974). Avseende den sistnämnda distinktionen se Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38 och Lindell (2012) s. 82. Det kan också för tydlighetens skull noteras att förfaranderegler, då de ställs i kontrast till processmaterialsregler, inte är detsamma som förfaranderegler i den mening som Gärde m.fl. (1949) s. 773 använder begreppet när de konstaterar att ”[r]ättegångsfel föreligger, då någon för förfarandet normerande processföreskrift blivit åsidosatt.” Sådana ”förfaranderegler” ska istället förstås som *processuella*, till skillnad från materiella, regler (se Welamson (1956) s. 79 och jfr skillnaden mellan domvilla och resning). Vissa av de ”förfaranderegler” vars åsidosättande kan utgöra rättslig grund för domvilla, såsom exempelvis RB 17:3, reglerar så att säga *förfarandet med materialet*, och bör därför betraktas som regler om processmaterialet i här aktuell bemärkelse.

⁷⁶⁸ Se Lindblom (1974) s. 89.

⁷⁶⁹ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38. Kursivering i originalet. Textens ”jag” är, som framgår av bokens förord, Ekelöf.

materiella civilrätten.⁷⁷⁰ Distinktionen är således etablerad i svensk processrätt, men sällan närmare utvecklad.⁷⁷¹

I sin moderna form kan distinktionen troligen spåras tillbaka till Ekelöfs tidigare produktion.⁷⁷² De två kategorierna är enligt Ekelöf uttömmande och ömsesidigt uteslutande, och förfarande-kategorin förefaller vara den vidare av de två; alla regler som inte kan betecknas som regler avseende processmaterialet är istället att hänföra till förfarandet.⁷⁷³ Vad gäller själva gränsdragningen definierar Ekelöf regler avseende processmaterialet som regler som stadgar ”vad som utgör processmaterial i *förhållande till domen* samt [...] detta materials betydelse i rättegången.”⁷⁷⁴ Lindell anför liknande att förfaranderegler har ”ingen eller mycket liten anknytning till processmaterialet, det vill säga det som ska läggas till grund för domen.”⁷⁷⁵ Det senare uttalandet belyser distinktionens potential som hjälpmedel för unionsrättsenlig tillämpning av fakultativa regler; eftersom EU-domstolens processuella interventioner syftar till att stärka det materiella genomslaget, och eftersom regler avseende förfarandet har liten anknytning till detta, framstår det som rimligt att anta att dessa kan undantas från unionsrättsligt motiverade överväganden.

Om distinktionen mellan förfarande- och processmaterialsregler ska kunna fylla någon praktisk funktion krävs emellertid att kategorierna är rimligt väldefinierade. Det ovanstående antyder att utgångspunkten för gränsdragningen bör tas i den positivt definierade processmaterialskategorin; förfaranderegler definierar Ekelöf endast negativt som ”alla andra regler i RB.”⁷⁷⁶ I den något mer utförliga diskussionen i *Processuella grundbegrepp* är metoden dock den motsatta. Ekelöf noterar där att vissa regler ”uppenbart” avser förfarandet, och övergår därefter till att kort diskutera ett antal – som det verkar, exempel på – gränsfall.⁷⁷⁷

⁷⁷⁰ Lindell (2012) s. 82. Jfr vad som ovan i not 758 framhållits om erfarenheterna från den schweiziska civilrätts- och civilprocessregleringen.

⁷⁷¹ Jfr Lindell (2012) s. 82.

⁷⁷² Se Ekelöf (1956) s. 240, där han förordar det numera vedertagna begreppsparat förfarande/processmaterial framför alternativet ”processens inre/ytte förlopp”.

⁷⁷³ Se Ekelöf och Edelstam, (2002) s. 38, cit. nyss ovan. Som konstaterats ovan vid not 762 bekräftas denna hypotes av min egen undersökning.

⁷⁷⁴ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38. Kursivering i originalet.

⁷⁷⁵ Lindell (2012) s. 82.

⁷⁷⁶ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38.

⁷⁷⁷ Ekelöf (1956) s. 240 f.

Någon uttömmande diskussion om gränsdragningen förekommer dock inte heller där.⁷⁷⁸

Ledning kan dock sökas längre bak i den processrättsliga näringskedjan. Ekelöf anser sig inte vara distinktionens upphovsman, utan anger att ”man” i äldre litteratur ”mer eller mindre konsekvent” ”brukar” göra en motsvarande åtskillnad.⁷⁷⁹ Härvid verkar han syfta på det särskilt i äldre⁷⁸⁰ svensk processrättslitteratur vanligt förekommande begreppsparret materiell respektive formell processledning.⁷⁸¹

Det är dock tveksamt hur hjälpsam denna äldre processledningslitteratur är i här aktuellt avseende. Frågan om gränsdragningen mellan materiell och formell processledning diskuteras sällan från mer teoretiska utgångspunkter. Närmast en mer principiellt hållen definition av kategorierna kommer Sjöström, som menar att materiell processledning omfattar ”domstolens inverkan beträffande processmaterialets anskaffande inklusive fastställandet av själva processföremålet”, medan formell processledning utgörs av handlingar ”vilkas ändamål är att ordna det processuella förfarandets yttre gång, draga försorg om grupperandet och bestämmandet av ordningsföljden för parternas och andra i processen medverkande personers handlingar samt om ett sådant anordnande av förfarandet, att det motsvarar ändamålsenlighetens krav.”⁷⁸² Denna avgränsning blir dock i förhållande till förfarande/processmaterialsdiotomin närmast cirkulär. Ledning avseende kategoriseringen av enskilda bestämmelser ges dock av de rubriker under vilka olika författare behandlar dem.⁷⁸³

Ur systematisk synvinkel är det heller inte utan svårigheter att direkt överföra resonemang kring materiell och formell processledning till distinktionen mellan förfarande och processmaterial. För det första räknar

⁷⁷⁸ Tvärtom konstaterar Ekelöf att han inte fäster något större avseende vid frågan, se Ekelöf (1956) s. 241.

⁷⁷⁹ Ekelöf (1956) s. 240.

⁷⁸⁰ Se dock även SOU 1982:26, som skiljer mellan ”rättegångens yttre förlopp” (kap. 11) och ”rättens materiella funktion” (kap. 12).

⁷⁸¹ Se hänvisningen till Kallenberg hos Ekelöf (1956) s. 241 i not 117 och jfr Sjöström (1925) s. 30, som använder begreppet ”förfarandets yttre gång” (se ovan vid not 772) för att beskriva den formella processledningen.

⁷⁸² Sjöström (1925) s. 30. Liknande se Matz (1919) s. 4. Sjöström noterar på a. st. i not 2 att det råder oenighet i litteraturen om gränserna för den formella och materiella processledningen.

⁷⁸³ Detta kommer att behandlas vidare strax nedan.

flera av de äldre författarna, vid sidan av formell och materiell processledning, även med en tredje kategori, som benämns *processdriften*.⁷⁸⁴ Kategorierna regler avseende förfarandet respektive processmaterialet är däremot avsedda att vara uttömmande och lämnar därför inte utrymme för ett tredje alternativ.⁷⁸⁵ Detta problem skulle emellertid kunna övervinnas om både den formella processledningen och processdriften hänförs till förfarandekategorin,⁷⁸⁶ och den materiella processledningen till processmaterials-kategorin.⁷⁸⁷

Mer problematiskt är, för det andra, att föremålet för den kategorisering som uppdelningen av processledningen i materiell och formell innebär inte tycks överensstämma med föremålet för Ekelöfs förfarande/processmaterialsdistinktion. Den senare avser *regler*, och som konstaterats ovan tydligt *alla* RB:s regler. Uppdelningen mellan formell och materiell processledning däremot tar i första hand sikte på *processhandlingar*, och då främst domstolens processhandlingar (även om processdriften torde inkludera vissa partshandlingar).⁷⁸⁸ Alla de regler som enligt Ekelöf ska kunna klassificeras som antingen processmaterials- eller förfaranderegler inbegrips alltså inte i processledningen.⁷⁸⁹ Jämförelsen med den formella/materiella processledningen ger således inga tydliga eller uttömmande svar på frågan om definitionen av förfarande- respektive processmaterialsregler.⁷⁹⁰

Ekelöf hänvisar även till en i tyskspråkiga processordningar vanlig distinktion mellan "Bewirkungshandlungen" och "Erwirkungshandlungen" som grund för förfarande/processmaterialsindelningen.⁷⁹¹ Enligt tysk och österrikisk litteratur brukar parternas processhandlingar kategori-

⁷⁸⁴ Se Kallenberg (1927) s. 186 f., Sjöström (1925) s. 31 och Hagerup (1903) s. 46.

⁷⁸⁵ Se Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38, där det framhålls att alla regler som inte rör processmaterialet istället hänförs till förfarandekategorin.

⁷⁸⁶ Jfr Kallenberg (1927) s. 187 ff. och Sjöström (1925) s. 31, som båda noterar att gränsen mellan processdrift och formell processledning är omtvistad och vanskelig att fastställa.

⁷⁸⁷ Jfr Hagerup (1903) s. 45 och Sjöström (1925) s. 30, vilka etablerar ett direkt samband mellan processmaterialet och den materiella processledningen.

⁷⁸⁸ Se Sjöström (1925) s. 30 och Kallenberg (1927) s. 46 f. i och vid not 7 samt, särskilt avseende processdriften, Kallenberg, a.a. s. 189.

⁷⁸⁹ Detta är visserligen ett mindre problem om, som här, endast fakultativa regler är av intresse, eftersom dessa definitionsmässigt avser domstolens handlande (se avsnitt 2.1.1 ovan).

⁷⁹⁰ Ekelöf (1956) s. 240 påpekar också att gränsdragningen " varit föremål för delade meningar".

⁷⁹¹ Se Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38 i not 82.

seras som antingen Bewirkungshandlungen eller Erwirkungshandlungen.⁷⁹² Erwirkungshandlungen kännetecknas av att de utgör viljeförklaringar från parternas sida som syftar till att få till stånd ett visst beslut från rättsens sida, men som däremot inte i sig påverkar processen.⁷⁹³ Bewirkungshandlungen däremot är partsdispositioner som har direkta, självständiga effekter.⁷⁹⁴ Avgörande i denna distinktion är således de *effekter* som ett visst handlande får.⁷⁹⁵ Detta är svårt att förena med distinktionen mellan regler avseende förfarandet respektive processmaterialet; beteckningen mer än antyder att det är reglernas *objekt* som är utgångspunkten för åtskillnaden.⁷⁹⁶

Vilka handlingar som utgör Bewirkungs- respektive Erwirkungshandlungen är dock relativt väldefinierat. Erwirkungshandlungen består av tre typer av partshandlingar: yrkanden (Anträge), åberopanden (Behauptungen) och bevisföring (Beweisführung).⁷⁹⁷ Vid första påseende förefaller det således som om Erwirkungshandlungen helt skulle avse processmaterialet. Denna slutsats framstår emellertid som förhastad, om man noterar exempelvis att med ”yrkanden” inte endast avses yrkanden i betydelsen käromål (Sachanträge), utan även processuella yrkanden om exempelvis avvisning eller återförvisning av målet (Prozessanträge).⁷⁹⁸ Dessutom är föremålet för kategoriseringarna, liksom vid jämförelsen med processledningsdiskussionen ovan, inte detsamma. Bewirkungs- och Erwirkungshandlungen utgörs av *partshandlingar*, medan Ekelöfs processmaterial/förfarandedis-

⁷⁹² Goldschmidt (1925) s. 364, Bruns (1979) s. 129 f. och Rosenberg m.fl. (2010) s. 331. Bruns (a. st.) menar att kategorierna är överlappande såtillvida att alla partsprocesshandlingar utgör Bewirkungshandlungen, och vissa av dem därtill utgör Erwirkungshandlungen. Goldschmidt däremot tycks betrakta kategorierna som ömsesidigt uteslutande: ”Die Parteihandlungen sind *entweder* Erwirkungs- *oder* Bewirkungshandlungen” (a. st., kursiverat här). Liknande se Fasching, Kommentar ZPO Einl II/1.

⁷⁹³ Goldschmidt (1925) s. 364 ff., Rosenberg m.fl. (2010) s. 331 och Fasching, Kommentar ZPO Einl II/1.

⁷⁹⁴ Rosenberg m.fl. (2010) s. 333 och Fasching, Kommentar ZPO Einl II/1. Jfr även Goldschmidt (1925) s. 456 ff.

⁷⁹⁵ Se Fasching, Kommentar ZPO Einl II/1, där distinktionen behandlas under rubriken ”Indelning av processhandlingar utifrån effekt” (”Einteilung der Prozesshandlungen [...] Nach der Wirkung”).

⁷⁹⁶ Och som konstaterades i not 772 ovan var beteckningen särskilt föremål för Ekelöfs eftertanke.

⁷⁹⁷ Goldschmidt (1925) s. 364, Rosenberg m.fl. (2010) s. 331 och Bruns (1979) s. 130.

⁷⁹⁸ Bruns (1979) s. 131, som uttryckligen uttalar att processuella yrkanden angår förfarandet (”Prozessanträge betreffen das Verfahren”). Liknande se Rosenberg m.fl. (2010) s. 331 f.

tinktion som redan konstaterats avser att kategorisera *regler*. Inte heller med dessa kategorier tycks således föreligga någon direkt parallellitet; faktum är att det är svårt att förstå vad som motiverat Ekelöfs hänvisning.⁷⁹⁹

Sammanfattningsvis är det svårt att i litteraturen utläsa någon klarlagd, teoretiskt grundad skiljelinje mellan regler som avser förfarandet och sådana som avser processmaterialet. Om en sådan gräns ska kunna läggas till grund för rättstillämpning i enlighet med vad som föreslagits i föregående avsnitt krävs således en konstruktiv diskussion om hur distinktionen kan eller bör uppfattas. I det följande ska jag lyfta fram tre aspekter som, vid sidan av de indelningskriterier som kan utläsas ur främst litteraturen om materiell respektive formell processledning, kan tjäna som riktlinjer i en sådan diskussion.

För det första ges viss ledning redan i de båda kategoriernas av Ekelöf förespråkade och numera vedertagna beteckningar.⁸⁰⁰ Indelningen skulle bli svårbegriplig och därför svårhanterad om kategorierna inte överensstämmer med vad deras beteckningar ger vid handen.⁸⁰¹ Som tidigare framhållits antyder begreppen ”regler avseende förfarandet” respektive ”processmaterialet” att det är en fråga om indelning av regler baserat på *regleringsobjektet*. En grundläggande förståelse kan därför uppnås genom en analys av den aktuella regeln i syfte att undersöka om regelns tillämpning får betydelse för processmaterialets omfattning eller verkan (eftersom denna kategori enligt Ekelöf är den snävare och positivt definierade).⁸⁰² Regler som varken påverkar processmaterialets omfång, innehåll eller betydelse torde böra sorteras in i förfarandekategorin. Detta ger vid handen att exempelvis regler om avvísning av bevisning, notoriska fakta samt ändring av talan bör betraktas som regler om processmaterialet.

⁷⁹⁹ Som Larsson (1980) s. 581 i not 20 påpekar verkar den germanska distinktionen snarare jämförbar med skillnaden mellan tillåtande och dispositiva regler (se om tillåtande regler för parterna även Ekelöf (1956) s. 136 ff., Ekelöf och Edelstam (2002) s. 54 f. samt Bylund (2010) s. 19 och 98).

⁸⁰⁰ Det kan noteras att Ekelöfs motivering till denna terminologi var just att de äldre begreppen (till skillnad, får man anta, från de nyare) ”inte bidra[r] till klarheten” (Ekelöf (1956) s. 240).

⁸⁰¹ Jfr Sandgren (2004/05) s. 301, som beklagar att det ”inte [är] ovanligt inom juridiken att begreppets innebörd kommit att avlägsna sig från termen (”ordet”) med följd att man inte av termen kan sluta sig till begreppets innebörd.”

⁸⁰² Definitionen av ”processmaterial” diskuteras av Ekelöf (1956) s. 37 f. och Lindblom (2003) s. 179 f. Troligen är det att rekommendabelt att i detta sammanhang anlägga en bred förståelse av processmaterialet som inkluderar såväl den faktiska som den rättsliga grunden (jfr Lindblom, a.a. s. 180).

För det andra bör utvecklingen av kategorierna ta hänsyn till distinktionens funktion, varvid en regel placeras i en viss kategori beroende på vad som är rimligt utifrån de effekter som kategoriseringen får.⁸⁰³ Härvid kan noteras att distinktionen enligt Ekelöf får betydelse vid kumulation av mål där olika rättegångsformer är tillämpliga, såsom exempelvis då enskilt anspråk i anledning av brott prövas tillsammans med åtal för brottet.⁸⁰⁴ Ekelöf menar då att "[s]kilda regler gäller [...] rörande processmaterialet i de olika målen, medan man i fråga om själva förfarandet tillämpar de regler, som gäller för det indispositiva målet."⁸⁰⁵

Detta skulle innebära att exempelvis preklusionsregeln i RB 50:25 st. 3 är att hänföra till reglerna avseende processmaterialet, eftersom HD uttalat att den är tillämplig avseende ett enskilt anspråk framställt i brottmålsrättegång.⁸⁰⁶ Rimligen borde detsamma gälla även övriga preklusionsregler, eftersom det vore märkligt att utan bärande skäl hänföra vissa preklusionsregler till förfarandekategorin och andra till processmaterials-kategorin. Att Nordh anför argument mot att RB 42:15–15 a tillämpas på enskilt anspråk utan föregående avskiljande från brottmålet, liksom HD:s bruk av ett modifierat ursäcksrekvisit vid tillämpningen av RB 50:25 st. 3, talar dock för att metoden inte oreserverat bör accepteras för att fastställa skiljelinjen mellan regler avseende förfarandet respektive processmaterialet.⁸⁰⁷ HD har heller inte angivit att någon logik baserad på förfarande/processmaterialsdistinktionen skulle ligga till grund för dess praxis i detta avseende. Tydligen är en regels karaktär av förfarandealternativt processmaterialsregel inte ensamt avgörande för dess tillämplighet i sådana blandade mål.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Jfr, dock avseende skillnaden mellan "formell" och "materiell" rätt, Lindblom (1974) s. 12 f.

⁸⁰⁴ Ekelöf (1996) s. 163. I övrigt är det anmärkningsvärt svårt att fastställa vilken funktion distinktionen fyller; faktum är att, trots att såväl Lindell som Ekelöf och Edelstam (summariskt) beskriver distinktionen, ingen av dem anger vari dess existensberättigande består.

⁸⁰⁵ Ekelöf (1996) s. 163. Kursiverat här.

⁸⁰⁶ NJA 2004 s. 213 med hänvisning till NJA 1990 s. 361. A.m. dock Ekelöf (1996) s. 188.

⁸⁰⁷ Nordh (2010) s. 66 samt NJA 2004 s. 213, ref. s. 219, och NJA 2004 s. 247, ref. s. 253 f.

⁸⁰⁸ Nordh (2010) s. 66 påpekar exempelvis att RB 42:15:s starka koppling till civilprocessuell förberedelse medför att den inte lämpar sig att tillämpas i en brottmålsprocess. Detta är ett rimligt argument, som inte har med regelns kategorisering i förfarande/processmaterialsdistinktionen att göra. Som framgår av Nordhs a.a. är det också ofta vanskligt

Dessutom ger metoden ibland tve tydiga resultat. Nordh menar till exempel att RB:s straffprocessuella kvarstadsregler (26 kap. RB) ska tillämpas vid målsägandens enskilda anspråk gentemot den tilltalade, men att vid andra partskonstellationer istället civilprocessreglerna i 15 kapitlet ska tillämpas.⁸⁰⁹ Här blir Ekelöfs ovan refererade uttalande tydligt alltför kategoriskt. Och ska det faktum att enskilt anspråk undantas från kravet på prövningstillstånd i hovrätt genom specialreglering i RB 49:13 st. 2 uppfattas som ett pedagogiskt förtydligande av att *förfaranderegeln* om prövningstillstånd ska tillämpas som i brottmål även på det enskilda anspråket, eller tvärtom som ett undantag från huvudregeln att *processmaterialsregeln* om prövningstillstånd omfattar även enskilt anspråk?⁸¹⁰

För det tredje – men närbesläktat – kan den *nya* funktion som här tillskrivits distinktionen också läggas till grund för klassificeringen av vissa regler. Det faktum att EU-domstolen tidigare visat starkt intresse för en viss processuell företeelse talar då för att denna bör hänföras till processmaterialskategorin.⁸¹¹ Detta utgör förvisso en form av cirkelresonemang (en given regel betraktas som en processmaterialsregel eftersom den är av unionsrättsligt intresse, och tillämpas mot bakgrund av unionsrätten eftersom den är en processmaterialsregel), men är funktionellt så tillvida att det bidrar till att säkerställa distinktionens ändamålsenlighet för denna sin nya uppgift. Det bör dock framhållas att ett av den i föregående avsnitt beskrivna modellens syften är att säkerställa en balans mellan nationellt och unionsrättsligt skyddade intressen; för att detta syfte inte ska förfelas bör indelning grundad på EU-rättens praxis användas restriktivt och primärt i fall där övriga riktlinjer ger svaga eller motstridiga besked.

att generellt fastslå att en viss regel ska eller inte ska tillämpas på ett enskilt anspråk; ofta anbefalls olika tillvägagångssätt beroende på målets karaktär.

⁸⁰⁹ Nordh (2010) s. 86.

⁸¹⁰ Fitger m.fl., RBK s. 49:46 påpekar att prövningstillstånd för enskilt anspråk fram till 1994 omfattades av reglerna för tvistemål. Detta kan möjligen tas till intäkt för att reglerna bör betraktas som processmaterialsregler (jfr även Fitger (2004) s. 155, som tycks mena att regelns konstruktion ger vid handen att det skulle röra sig om en undantagsbestämmelse). Mot detta talar att reglerna inte kan sägas påverka processmaterialet som sådant.

⁸¹¹ Detta gäller till exempel reglerna om säkerhetsåtgärder i RB 15 kap (jfr bl.a. C-213/89 *Factortame I* och C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* och se vidare Nordback (2005)) och regler relaterade till rättskraft (se t.ex. C-453/00 *Kühne & Heitz*, C-234/04 *Kapferer*, C-119/05 *Lucchini* och C-2/08 *Fallimento Olimpclub*).

Som exempel på tillfällen när denna EU-rättsliga ”bakväg” kan bli användbar kan reglerna om säkerhetsåtgärder och de materiella⁸¹² kostnadsreglerna, som är nära förknippade med sakfrågan utan att direkt avse *processmaterialet*,⁸¹³ nämnas. Tillämpligheten vid enskilt anspråk ger, som konstaterats ovan,⁸¹⁴ ingen entydig ledning vad gäller säkerhetsåtgärder, medan kostnadsreglerna i princip följer vad som gäller i brottmål.⁸¹⁵ I båda fallen får reglerna emellertid stor betydelse för den materiella rättens genomslag och, med ett från svenskt perspektiv ovan men ur EU-rättslig synvinkel naturligt språkbruk, för den berättigade partens rättsskydd,⁸¹⁶ vilket talar för att de bör hänföras till kategorin regler avseende processmaterialet.

Ingen av dessa tre riktlinjer ger i sig en klar bild över vad som ska läggas i en indelning av regler i sådana som avser förfarandet respektive processmaterialet. Stundom leder de till motstridiga resultat; reglerna avseende del- och mellandom (RB 17:4–5) skulle till exempel, om avgörande vikt fås vid tillämpningen i blandade mål, hänföras till processmaterialsreglerna,⁸¹⁷ medan en analys mot bakgrund av kategoribeteckningarna och Ekelöfs kortfattade kommentarer till dessa talar i motsatt riktning eftersom reglerna inte rör processmaterialets omfång eller betydelse för domen.⁸¹⁸ Sammantaget kan riktlinjerna och de ovan diskuterade distinktionerna, främst den som avser processledningen, dock betraktas som ett underlag för att man i praxis och i en fortsatt akademisk diskussion ska kunna konstruera en gränslinje.

⁸¹² D.v.s. de regler som anger vilka kostnader som ska ersättas och vem som ska ersätta dem, men däremot inte regler avseende handläggningen av kostnadsfrågan. Att de senare hör till förfarandekategorin kan väl knappast ifrågasättas. Ang. skillnaden mellan materiella och formella kostnadsregler, se Jacobsson (1964) s. 47 och 222.

⁸¹³ Däremot tänks kostnadsreglerna indirekt kunna influera parternas processhandlande och därmed också processmaterialets omfattning; se härom Jacobsson (1964), särskilt s. 67 f. och Ekelöf m.fl. (2006) s. 281. Avseende säkerhetsåtgärdernas samband med den materiella rätten se Vogel och Spühler (2006) s. 68 f.

⁸¹⁴ Vid not 809.

⁸¹⁵ Jfr dock RB 31:11 st. 4 med hänvisning bl.a. till RB 18:12.

⁸¹⁶ Se avseende kostnadsreglerna Gärde m.fl. (1949) s. 202 och Lindell (2012) s. 93 samt avseende säkerhetsåtgärder Ekelöf m.fl. (2006) s. 11 ff., Nordback (2005) s. 2 f. och EU-domstolen i bl.a. C-213/89 *Factortame I* p. 21–22.

⁸¹⁷ Se Nordh (2010) s. 116 ff., som dock menar att reglernas tillämplighet i brottmål där talan om enskilt anspråk förs varierar beroende på omständigheterna och det potentiella del-/mellandomstemat.

⁸¹⁸ Det kan även noteras att Sjöström (1925) hänför dessa regler till den formella processledningen.

För egen del vill jag, baserat på en sammanvägning av det ovanstående – dock högst tentativt och utan anspråk på att vara uttömmande – förespråka att följande fakultativa regler räknas till kategorin regler avseende processmaterialet: de fakultativa bestämmelserna i RB 13:2 och 3 st. 2 p. 1 om talans väckande och ändring (samt även 1 § i samma kapitel, om denna betraktas som fakultativ⁸¹⁹),⁸²⁰ RB 15:1–4 och 9 om säkerhetsåtgärder,⁸²¹ RB 17:15 om rättelse och komplettering av dom,⁸²² de materiella kostnadsreglerna i RB 18:3–5 samt 7,⁸²³ bevisreglerna i RB 35:5 samt 7 och 14 st. 2,⁸²⁴ RB 36:4 och 6 st. 3 med vissa inskränkningar i vittnesplikten (samt motsvarande bestämmelser i 39:1 st. 2 och 40:4

⁸¹⁹ Se för en diskussion om detta Ekelöf (1956) s. 144 och Lindell (2012) s. 73. För egen del anser jag – i huvudsaklig överensstämmelse, som jag förstår dem, med Ekelöf och Lindell – att regeln torde böra klassificeras som falskt fakultativ.

⁸²⁰ Se Matz (1919) s. 4, som hänför domstolens verksamhet för ”fastställande av tvistens föremål” till den materiella processledningen, Nordh (2010) s. 63 f. och 65 f. om 13:3:s tillämplighet på enskilt anspråk i brottmålsrättegång samt Vogel och Spühler (2006) s. 68. Jfr dock Kallenberg (1927) s. 25, som med ”det faktiska processmaterialet” avser ”anförandet av fakta och förebringandet av bevis”, vilket torde korrespondera mot regler avseende grunder och bevis men inte yrkandet. Detta förefaller emellertid lite konstlat, eftersom grunderna och bevisningen är direkt beroende, och föranledda, av yrkandet. Ekelöf (1956) s. 241 menar att regler avseende talans väckande är problematiska i detta kvalificeringsavseende; hans uttalande torde dock avse mer formella aspekter, såsom exempelvis regler om ansökan om stämning etc.

⁸²¹ Se ovan. Det kan noteras att den schweiziska federationsdomstolen (Bundesgericht) (jfr not 758 ovan) valde en medelväg bestående i att säkerhetsåtgärder som endast upprätthåller ett befintligt sakförhållande hänfördes till den kantonala processrätten, medan sådana åtgärder som förändrar status quo hänfördes till den federala kompetensen (Vogel och Spühler (2006) s. 69). Som Vogel och Spühler (a.st.) noterar framstår denna ordning som något opraktisk.

⁸²² Detta bygger framför allt på systematiska hänsyn. Särskilt kompletteringsmöjligheten utgör ett undantag från domens slutgiltighet till förmån för dess fullständighet i förhållande till processmaterialet. Jfr Bruns (1979) s. 120, som påtalar att processmaterialet, som helhet betraktat, endast är en vid viss tidpunkt frusen bild av successivt framlagda fakta. Rättelse- och kompletteringsmöjligheten kan betraktas som en möjlighet att i efterhand korrigera denna bild.

⁸²³ Se ovan.

⁸²⁴ RB 35:5 får ju i någon mån effekten att ersätta processmaterial (se Heuman (2011/12) s. 348 f.). Avseende de båda sistnämnda lagrummen kan konstateras att de tydligt inverkar på processmaterialets omfattning och innehåll genom att möjliggöra avvisning av bevisning. Se dock Kallenberg (1927) s. 194 f. och 205 samt Matz (1919) s. 4, som hänför avvisande av irrelevant bevisning till den formella processledningen. Möjligen kan det faktum att regelns tillämpningsområde utvidgats på senare år (se prop. 2004/05:131 s. 156 ff.) påverka uppfattningen.

p. 3),⁸²⁵ RB 39:1 st. 1 om syn,⁸²⁶ reglerna om materiell processledning i RB 42:8 st. 2 och 43:4 st. 2,⁸²⁷ preklusionsreglerna i RB 42:15–15 a, 43:10 och 50:25 st. 3 och motsvarande bestämmelser i sjätte avdelningen,⁸²⁸ samt RB 58:1 om resning.⁸²⁹ Till uppräknigen kan eventuellt även fogas regleringen av rättens förlikningsverksamhet i RB 42:17 st. 1 och 50:11 st. 1,⁸³⁰ och prövningstillståndsregeln i RB 49:14.⁸³¹ Vid tillämpning av dessa regler skulle domstolen alltså vara förpliktigad att välja den lösning som inkluderar fler bevis eller fler rättsfakta i processmaterialet, hellre tillåta en fastställelsetalan än avvisa den, hellre bifalla ett yrkande om säkerhetsåtgärd än avslå det, hellre tillåta ett nytt åberopande än anse

⁸²⁵ Ekelöf (1956) s. 241.

⁸²⁶ Om inskränkningar i vittnesplikten och i andra skyldigheter att förete bevis hör till processmaterialet (se Ekelöf (1956) s. 241), torde rimligen även huvudreglerna tillhöra denna kategori. Av dessa är det endast regeln om syn (och möjligen edition; jfr Hjerstedt (2011) s. 443 ff. avseende obligatoriskt utformade RB 38:2 och fakultativa 38:4) som är fakultativ (ang. sakkunnigutlåtande enligt RB 40:1 se Ekelöf m.fl. (2009) s. 284 f. och 287).

⁸²⁷ Se Ekelöf m.fl. (2011) s. 44, som anger att den materiella processledningen avser processmaterialet och ska ställas i kontrast till den formella processledningen, som avser processens inre förlopp, samt Lindell, not 828 nedan. Fitger m.fl., RBK s. 22:11, noterar avseende processledningen vid enskilt anspråk att den materiella processledningen ”i princip bör [...] vara lika långtgående oavsett i vilken form anspråket prövas”, vilket som konstaterats talar för att regeln bör hänföras till processmaterialet. Det kan även erinras om själva distinktionens koppling till uppdelningen mellan formell och materiell processledning. En annan klassifikation vore dock inte otänkbar; se ovan vid not 112.

⁸²⁸ Se ovan. Notera även Lindell (2012) s. 94, som konstaterar att preklusionsreglerna, liksom reglerna om materiell processledning och bevis- och åberopsbördan, rör *beslutsunderlaget*, vilket torde vara detsamma som processmaterialet (jfr Ekelöf och Edelstam (2002) s. 38). Jfr Galič (2014) s. 230 f. ang. kopplingen mellan preklusion och en materiellt riktig utgång.

⁸²⁹ Särskilt med avseende på mom. 2–3 som explicit hänför sig till processmaterialet; detta skulle även korrespondera väl med gränsdragningen mellan resning och domvilla, där den senare avser handläggningsfel och (därför) bör betraktas som en regel avseende förfarandet. Även 58:6 st. 3 om interimistiskt rättsskydd och 8 § p. 1 om resningskostnader bör betraktas som processmaterialsregler, jfr ovan vid noterna 821 resp. 823.

⁸³⁰ Även om förlikningsverksamheten är fristående från processmaterialet syftar den till att uppnå en materiell lösning på tvisten. RU behandlar rättens förlikningsverksamhet under samma rubrik (”Rättens materiella funktion i målen”) som den materiella processledningen (se SOU 1982:26 s. 101 och 137 ff.). Jfr dock Kallenberg (1927), som menar att förlikningsverksamheten varken tillhör den formella eller den materiella processledningen, och Sjöström (1925) s. 150 ff., som hänför förlikningsverksamheten till den formella processledningen. Att förlikningsprocessen inte saknar unionsrättslig relevans framgår av C-317/08 till C-320/08 *Alasini* p. 52–66.

⁸³¹ Se ovan vid och i not 810. Samma överväganden gör sig troligen gällande avseende prövningstillstånd till HD (RB 54:10).

det prekluderat, hellre bevilja resning än avslå ansökan, och så vidare. Vid tillämpning av andra fakultativa regler i RB skulle unionsrättsliga avvåganden däremot kunna lämnas därhän i skönsutövningen.

6.2 Rent nationella mål

Det kan diskuteras om fakultativa regler avseende processmaterialet bör tillämpas enligt den utmejslade modellen även i rent nationella mål, det vill säga i mål som faller utanför fördragets tillämpningsområde.⁸³² Som framgått tidigare är detta inte ur unionsrättslig synvinkel nödvändigt.⁸³³ Ett alternativ är därför att tills vidare hantera de rent nationella målen som hittills, och låta den EU-rättsliga tillämpningsmodellen ”spilla över” till de nationella målen först när det finns en etablerad praxis att överföra till dem.⁸³⁴ De EU-rättsliga målen skulle då fungera som en sorts testfall i förhoppningen att hitta en mer nyanserad tillämpning att överföra på de nationella målen – eller för att ge lagstiftaren tid att ge de aktuella reglerna obligatorisk utformning med mer utförliga rekvisit än för närvarande.⁸³⁵

Det framstår emellertid som både svårmotiverat och problematiskt ur förutsebarhetssynpunkt att samma regel skulle tillämpas på olika sätt beroende på om den i sak tillämpliga rättsakten, eller rentav den för den enskilde icke bindande rättsakt som denna rättsakt implementerar, antagits på nationell eller europeisk nivå.⁸³⁶ Avgörandet i *Uniplex* avseende skyndsamhetsrekvisitet kan läggas till grund för ett hypotetiskt, men talande, exempel.⁸³⁷ Om en talan om, exempelvis, skadestånd för att motparten agerat i strid med unionsrätten har väckts inom tre månader, men inte *skyndsamt* i den nationella regelns mening, kan den enligt *Uniplex* inte avvisas.⁸³⁸ Om då en motsvarande talan som istället grundar

⁸³² Se diskussionen i avsnitt 4.1 ovan.

⁸³³ Jfr dock avsnitt 4.2.2 ovan om likvärdighetsprincipen som ett krav på ”tillämpning utan åtskillnad”.

⁸³⁴ Jfr Wersäll (2014) s. 4, som förespråkar en sådan lösning på ett likartat problem.

⁸³⁵ Jfr van Rhee (2008) s. 56 f.

⁸³⁶ Jfr NJA 2013 s. 502 p. 58. Liknande se van Gerven (1995) s. 700 ff. och Bernitz (2010/11) s. 845 samt tydligare i den senares rättsutlåtande till HD i mål B 5302-10 (NJA 2011 s. 444), s. 3.

⁸³⁷ Se Johnston (2013) s. 370 ff. Jfr även Jones (2010) s. 141.

⁸³⁸ C-406/08 *Uniplex* p. 41–43.

sig på att motparten brutit mot nationell rätt skulle avvisas under samma omständigheter förefaller detta vara en svärnotiverad olikbehandling. Att inte särskilja unionsrättsliga från rent nationella mål underlättar dessutom för domstolarna såtillvida att de undgår frågan om ett måls unionsrättsliga karaktär – vilken som redan framhållits kan vara svår att avgöra, särskilt på ett tidigt stadium av handläggningen, och samtidigt kan bli bestämmande för förfarandets utformning redan från målets anhängiggörande – genom att behandla alla mål på samma sätt, och då på det sättet som är förenligt med unionsrätten.⁸³⁹

Den ovan föreslagna modellen underlättar sådan unionsrättsenlig tillämpning i interna situationer. Utan den transformation till nationell rätt som kopplingen till distinktionen förfarande/processmaterial bidrar med, består unionsrättsvänlig tillämpning enligt *van Schijndel* endast i att välja det handlingsalternativ som främjar det EU-rättsligt grundade anspråket; ett sådant anspråk saknas ju definitionsmässigt i de rent nationella målen. Möjligen kan man visserligen identifiera vilken lösning som, abstrakt eller hypotetiskt sett, skulle vara bäst ägnad att främja det hypotetiska unionsrättsanspråket, för att sedan tillämpa denna lösning på det rent nationella målet.⁸⁴⁰ Denna väg, om än framkomlig, framstår dock som alltför omständlig för att vara rekommendabel, och blir inte heller nödvändig eftersom den i föregående avsnitt beskrivna modellen innebär att domstolen istället kan förlita sig på det enklare testet huruvida en viss åtgärd ökar (alternativt inte minskar) processmaterialets omfattning.

6.3 Sammanfattande kommentar

Som konstaterats i kapitel 5 innehåller EU-domstolens praxis knappast någon konsekvent hållning till fakultativ reglering av nationell processrätt. Detta innebär att det blir upp till de nationella domstolarna, som

⁸³⁹ Det bör dock noteras att införandet av EU-rättsliga lösningar i rent nationella mål kan få till effekt att öka EU-domstolens inflytande, eftersom den härigenom har ansett sig få kompetens att tolka nationell rätt, vilket den annars saknar. Se bl.a. C-297/88 och C-197/89 *Dzodzi* p. 36 och C-1/99 *Kofisa Italia* p. 21 samt NJA 2011 s. 444 p. 5.

⁸⁴⁰ Jfr Johnston (2013) s. 369: "Thus, the EU law answer to the ostensibly hypothetical EU law question [...] is crucial to a national court's answer to a genuine and practical question falling squarely within national law, because of the comparability of the situation of the present claimant with that of a hypothetical 'EU law claimant.'"

lojalt ska tillämpa denna praxis, att skapa ett sätt att förhålla sig till den. Domstolarna måste således konstruera en förståelse av unionsrätten.

Enligt den uppfattning som har framförts ovan bör en sådan förståelse grundas på en avvägning mellan unionsrättens krav på genomslag och upprätthållandet av de intressen som ligger bakom den svenska processregleringen, där ingendera positionen tillåts att helt överskugga den andra. Receptionen av unionsrätt bör vara lojal mot integrationens grundläggande syften, men däremot inte nödvändigtvis mot varje enskilt uttalande från EU-domstolen. En restriktiv men genomtänkt användning av förhandsavgörandeinstitutet ger under sådana förutsättningar inte endast EU-domstolen tillfälle att konkretisera unionsrättens krav, utan möjliggör också att från nationellt håll framföra konstruktiva förslag till rättsutvecklingen. Genom en sådan praxis kan de nationella domstolarna gå i dialog med EU-domstolen, varigenom reell och balanserad integration mellan dessa båda rättsordningar och de intressen de företräder blir möjlig.⁸⁴¹

För svenskt vidkommande föreslår jag därför en modell för tillämpningen av fakultativa regler baserad på den i svensk processrättslitteratur sedan gammalt erkända distinktionen mellan regler avseende förfarandet och regler avseende processmaterialet. Modellen innebär att fakultativa regler avseende processmaterialet omvandlas till falskt fakultativa regler och tillämpas på så vis att processmaterialet får den större av de möjliga omfattningarna, medan regler avseende förfarandet behåller sin fakultativa karaktär enligt svensk rätt. Dess unionsrättsliga legitimitet ligger i att unionsrätten tillerkänns genomslag i de processuella frågor som har starkast anknytning till sakfrågan; detta är följdriktigt om man betänker att EU:s processuella kompetens härrör ur kravet på effektivt rättsskydd för materiella unionsrättigheter. Samtidigt undantas tillräckligt stor del av processrätten från unionsrättsligt inflytande för att dess inre systematik ska kunna värnas. Modellen utgör således en kompromiss mellan de

⁸⁴¹ Jfr de Búrca (2010) s. 30 ff., som på liknande grunder kritiserar EU-domstolens avgörande i C-402/05 P och C-415/05 P *Kadi* för dess ”robustly pluralist approach to the relationship between the EU and the international order [that ...] share with dualism the emphasis on separate and distinct legal orders” (a.a. s. 31) och menar att domstolen därmed ”not only failed to influence an important international debate on an issue which currently affects every member of the United Nations, but also failed to avail itself of the opportunity to develop a channel for the mutual influence of the EU and the U.N. legal orders” (a.a. s. 42). Ett tydligt exempel på en sådan hållning från svensk sida återfinns i HD:s s.k. klart stöd-doktrin, se NJA 2010 s. 168 p. 32 (i majoritetens votum) med hänvisningar.

värden som prioriteras av unionen och av den nationella processrättslagstiftaren.⁸⁴²

Modellen har fördelen att anknyta till en befintlig begreppsapparat i den svenska processrätten, vilket torde underlätta de unionsrättsliga påbudens integrering i det nationella processrättsliga ekosystemet. Den är dessutom relativt lättillämpad eftersom prognoser om ett visst agerandes unionsrättsliga effekter kan undvikas, och den låter sig av samma anledning också lätt överföras till rent nationella tvister. Däremot försvåras bruket av modellen av att indelningen i regler avseende förfarandet respektive processmaterialet inte är särskilt väldefinierad och tvivel således kan uppkomma om hur en viss regel bör klassificeras. Modellen skulle också innebära en högre prioritering av värdet av att processmaterialet blir så komplett som möjligt, på bekostnad av bland annat dispositions- och koncentrationsprinciperna samt ledstjärnan om snabb handläggning.

⁸⁴² Jfr Dashwood (2004) s. 379, som menar att en styrka i att harmoniseringen inom EU sker på judiciell snarare än legislativ väg är att detta tillåter de nationella domstolarna att "achieve the intended legal consequences of the constitutionalizing concepts and principles which have been developed by the Court of Justice, without necessarily internalizing the Court's own reasoning – which may be difficult or impossible for them – but in ways that chime with the traditional thinking of their respective orders."

7 Fritt skön

How can behaviour be regulated without being the product of obedience to rules?

Pierre Bourdieu

7.1 Vad är fritt skön?

Som redan konstaterats finns det anledning att skilja mellan den fakultativa regelns ramar, det vill säga utrymmet för skön eller regelns strukturella aspekter, och utövandet av skön inom dessa ramar, det vill säga själva det skönmässiga beslutsfattandet.⁸⁴³ De strukturella aspekterna av fakultativa regler har redan behandlats; i kapitel 2 gjordes en inventering och förslag på systematisering baserat på olika sätt att i lagtexten definiera dessa rättsliga ramar, och i kapitel 6 föreslogs vissa strukturella modifierationer för att anpassa rättstillämpningen till EU-domstolens praxis. I det följande övergår diskussionen till att avse de kognitiva aspekterna av tillämpningen av dessa regler, det vill säga valet mellan olika alternativ *inom* ramen för domstolens handlingsutrymme eller det utövande av skön som utgör en central beståndsdel i tillämpningen av fakultativa regler.

Begreppet ”fritt skön” eller endast ”skön” används i litteraturen för att beteckna en sorts tyglad frihet som ofta endast definieras negativt; fritt eller eget skön kontrasteras mot begrepp som ”godtycke”, ”eget gottfinnande” och ”fritt behag”.⁸⁴⁴ Domstolens ”frihet”, inom citationstecken, vid tillämpningen av de fakultativa reglerna anses vara ”av ett annat slag

⁸⁴³ Se avsnitt 2.1.1 ovan.

⁸⁴⁴ Se Kallenberg (1923) s. 74, Ekelöf (1956) s. 146, Lindblom (1997) s. 617 samt Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52 f. Liknande uttalanden tycks förekomma på många håll i världen; se t.ex. Waddams (2003) s. 548, vars uttalande starkt påminner om de här refererade ståndpunkterna från den svenska litteraturen; Cappelletti (1989) s. 7, som framhåller att ”[t]he recognition that a degree of creativity [...] is intrinsic in any act of interpretation should not be exchanged for an affirmation of a *total freedom* of the interpreter”; och von Laun, cit. i Ekelöf (1956) s. 146 i not 54, som skiljer mellan skön (”Ermessen”) och vilja

och mer begränsad” än den frihet som vid dispositiv reglering tillkommer parterna.⁸⁴⁵ Medan parterna kan välja handlingsätt beroende på ekonomiska eller taktiska överväganden och sociala hänsyn eller rentav politisk uppfattning, dagens humör eller vad de åt till frukost på morgonen, är domstolen hänvisad att begränsa sitt ställningstagande till *rättsligt relevanta omständigheter*.⁸⁴⁶

Domstolars beslutsfattande utgör en form av vad som inom beslutsvetenskapen betecknas som ett *praktiskt resonemang*, det vill säga ett resonemang som utmynnar i ett normativt föreskrivet handlande.⁸⁴⁷ Utmärkande för ett sådant resonemang är att beslutsfattaren baserat på en given situation och med stöd av en norm (garant)⁸⁴⁸ sluter sig till ett önskvärt handlingsätt.⁸⁴⁹ Skön uppstår om garanten inte förmår överbrygga hela avståndet mellan den förevarande situationen och det påbjudna handlandet. Obligatoriska regler utgör således starkare garantier än fakultativa regler såtillvida att de starkare determinerar vilken rättsföljd som ska väljas i en given situation. Rättstillämpningen vid fakultativ reglering däremot styrs av garantier som, med Sundbys terminologi, har karaktären av riktlinjer snarare än regler; de ”pekar på faktorer som har vekt vid avveiningen, men uten å determinere avveiningsproblemetets løsning” och ger således endast svag ledning för beslutsfattandet.⁸⁵⁰ Skönsmässigt beslutsfattande kan därför definieras som ett praktiskt (det vill säga normativt) resonemang med svaga garantier.⁸⁵¹

(”Willen”). Jfr dock Fitger (2004) s. 155, som betraktar ”fritt skön” som otillåtet i rättsstillämpningen och således tycks likställa skön med godtycke.

⁸⁴⁵ Ekelöf (1956) s. 146.

⁸⁴⁶ Lindblom (2001) s. 55 not 84 och dens. (1994) s. 347 i not 11. Se även Ekelöf (1956) s. 146 samt Ekelöf och Edelstam (2002) s. 52 f.

⁸⁴⁷ Se Molander (2011) s. 322.

⁸⁴⁸ Med norm avses här en slutledningsregel, som kan men inte måste utgöras av en rättsregel. Till undvikande av missförstånd kommer jag att använda begreppet *garant* för denna typ av normer; för vidare beskrivning av begreppets innebörd se Molander (2011) s. 323.

⁸⁴⁹ Se Grimen och Molander (2008) s. 182 ff. och Molander (2011) s. 322 ff. Jfr även Davis (1969) s. 4: ”An officer who decides what to do or not to do often (1) finds facts, (2) applies law, and (3) decides what is desirable in the circumstances”.

⁸⁵⁰ Sundby (1974) s. 198. Jfr även Molander (2011) s. 324: ”En svag garant nämner bara saker som man bör ta hänsyn till i resonemangsprocessen”, men ”kan vara fullkomligt ospecifikt med hänsyn till hur dessa saker ska tas i beaktande”.

⁸⁵¹ Molander (2011) s. 324.

Om skönsutövning betraktas som ett praktiskt resonemang innebär skönsmässig rättstillämpning att domaren tar sin utgångspunkt i en bedömning av föreliggande omständigheter och fattar ett beslut som motiveras eller försvaras utifrån normativa, värderande ståndpunkter. En sådan beskrivning tydliggör att skönsutövningen omfattar tre, förvisso sam- eller växelverkande,⁸⁵² delar: förståelse, värdering och beslutsfattande.⁸⁵³ Genom att betrakta domstolens beslutsfattande som ett praktiskt resonemang erbjuds också ett sätt att samla och förstå den i processrättslitteraturen närmast intuitivt uppfattade men svårgripbara distinktionen mellan det fria skönet och godtycket; gränsen upprätthålls genom *närvaron av garantier* i det förra, men inte det senare, fallet.⁸⁵⁴ Domstolens beslutsfattande är normstyrt (skön), medan parternas inte är det (frihet eller eget gottfinnande). Härav följer att bestämmingar som *fritt*, eller bundet, skön egentligen är obehövliga; skönet är samtidigt, per definition, både fritt och bundet.

7.2 Utövande av skön – den teleologiska metoden

7.2.1 Ekelöfs ståndpunkt

I den svenska processrättslitteraturen har tendensen huvudsakligen varit att hantera förekomsten av skön genom att utveckla kompletterande garantier i form av rekommendationer om hur de enskilda fakultativa reglerna bör tillämpas.⁸⁵⁵ Detsamma gäller lagstiftaren, som begränsat sina uttalanden om den verksamhet som domstolarna förväntas bedriva vid tillämpningen av fakultativa regler till antingen anvisningar avseende tillämpningen av enskilda lagbud eller allmänt hållna uttalanden om att omständigheterna i det enskilda fallet ska läggas till grund för processu-

⁸⁵² Se Ralli (2010) s. 89 f. och 95 f.

⁸⁵³ De tre fronetiska forskningsfrågor som Flyvbjerg (2001) s. 60 och 145 lyfter fram – ”Where are we going? Is this desirable? What should be done?” – illustrerar, i tur och ordning, skönsutövningens faktiska, normativa och handlingsorienterade aspekter. Se även Simon (1997) s. 85 (kursiverat här): ”The problem of choice is one of *describing* consequences, *evaluating* them, and connecting them with *behavior alternatives*”, och Ralli (2010) s. 88 f.

⁸⁵⁴ Molander (2011) s. 324. Jfr även Hurri (2013) s. 153.

⁸⁵⁵ Jfr Ekelöf och Edelstam (2002) s. 53. För exempel på sådana rekommendationer se t.ex. Boman (1987) s. 79 ff. om RB 17:5, Lindblom (1993) s. 326 ff. om RB 35:5 och Westberg (1988) s. 546 ff. om RB 42:8 st. 2.

ella beslut.⁸⁵⁶ Hur domstolar rent principiellt bör utöva skön diskuteras mer sällan.⁸⁵⁷

Ett undantag utgörs dock av Ekelöf, som anger att hans teleologiska metod är avsedd för tillämpningen av såväl fakultativa som obligatoriska regler och därigenom även styr – eller snarare, som ska visas i det följande, ersätter – skönsutövningen.⁸⁵⁸ Ekelöf menar att skillnaden mellan obligatoriska och fakultativa regler är att de förra kan tillämpas mot sin ordalydelse endast i säregna fall, medan de senare tillåter domstolen att utvidga eller begränsa stadgandets tillämpningsområde även i vanligt förekommande typfall.⁸⁵⁹ Obligatoriska regler får således en starkare garantverkan på slutsatsen, eftersom det föreligger ett starkare samband mellan den obligatoriska regelns ordalydelse och den på det rättsliga resonemanget följande rättsföljden.⁸⁶⁰

Själva utövandet av skön uppfattar Ekelöf, vars perspektiv på senare tid har omfattats och utvecklats särskilt av Lindblom, som en verksamhet där rätten, då de i den fakultativa regeln definierade rättsfakta ”jämte vissa andra i lagen icke redovisade omständigheter föreligga, *skall* företa processhandlingen samt att den i annat fall *ej må* göra det.”⁸⁶¹ Fakultativa regler betraktas som ofullständiga⁸⁶² eller odefinierade komplex⁸⁶³ av obligatoriska regler, där de relevanta rekvisiten ”måste uppletas av domaren s.a.s. bakom lagtexten.”⁸⁶⁴ Domarens uppgift är med detta synsätt inte i första hand att fatta beslut om handläggningen av det enskilda

⁸⁵⁶ Förarbetena har behandlats mer utförligt i kap. 3 ovan.

⁸⁵⁷ Se dock Heuman (2006/07) s. 837 ff. om tillämpningen av avvägningsrekvisit, dock främst i HD (se vidare avsnitt 8.1 nedan). Jfr Trocker och Varano (2005) s. 251 f. som menar att avsaknad av riktlinjer för skönsutövning kan leda till praktiska svårigheter i rättstillämpningen.

⁸⁵⁸ Se Ekelöf (1956) s. 147 ff. och Ekelöf och Edelstam (2002) s. 92 f. Jfr dock Ekelöf (1958) s. 88 och dens. (1986) s. 271, där Ekelöf förefaller mer tveksam avseende den teleologiska metodens användbarhet vid fakultativ reglering.

⁸⁵⁹ Ekelöf (1956) s. 147 f.

⁸⁶⁰ Jfr Molander (2011) s. 323.

⁸⁶¹ Ekelöf (1956) s. 147. Kursivering här motsvarar spärning i originalet. Uppfattningen diskuteras, delvis kritiskt, av Larsson (1975) s. 70 ff.

⁸⁶² Ekelöf (1956) s. 146 citerar med gillande Pollak, som skiljer mellan obligatoriska och fakultativa regler med begreppen ”fullständiga” (”vollständige”) och ”skönsmässiga” regler (”Ermessensnormen”).

⁸⁶³ Jfr Ekelöf och Edelstam (2002) s. 93, där Ekelöf konstaterar att resultatet av en teleologisk tolkning av en vag regel blir ”ett helt nät av regler”.

⁸⁶⁴ Lindblom (1994) s. 347 i not 11 och dens. (2001) s. 55 i not 84.

målet, utan att identifiera de oskrivna rättsfakta som enligt den fakultativa regeln leder till den aktuella rättsföljden. Detta ska enligt Ekelöf ske med hjälp av den teleologiska metoden.⁸⁶⁵

Ekelöf menar härvid att rättstillämparen först bör föreställa sig att den fakultativa regeln ifråga var obligatorisk och därefter tillämpa den teleologiska metoden på denna tänkta obligatoriska regel; alltså först identifiera de klara fallen, därefter med hjälp av de klara fallen identifiera regeln ändamål, och slutligen med hjälp av detta ändamål avgöra hur regeln ska tillämpas på svårare fall.⁸⁶⁶ Skillnaden mellan fakultativ och obligatorisk reglering består i att rättstillämparen vid fakultativ reglering inte kan förutsätta att alla de vanligt förekommande typfall som klart täcks in av regelns – eller snarare, av den tänkta obligatoriska regelns – ordalydelse också är relevanta för att bestämma regelns ändamål.⁸⁶⁷ Domstolens i förhållande till obligatoriska regler större handlingsutrymme förläggs därigenom till metodens andra steg: ändamålsbestämningen. Detta är i sig en svårighet för förespråkare av den teleologiska metoden som skönsutövningsmetod betraktad; fastställandet av ändamålet är en av den teleologiska metodens svagaste länkar och har utsatts för omfattande kritik.⁸⁶⁸ Sådan kritik torde göra sig särskilt starkt gällande vid fakultativ reglering, eftersom grunden för ändamålsbestämningen då utgörs av en regels tänkta snarare än faktiska lydelse.

Skönsutövning innebär alltså, för Ekelöf, detsamma som rättstillämpning enligt den teleologiska metoden med en smärre modifikation. Följden av Ekelöfs resonemang blir att skönet utövas in abstracto eller, annorlunda uttryckt, i typfall,⁸⁶⁹ och tar sig uttryck i *utvecklandet av abstrakta*

⁸⁶⁵ Ekelöf (1956) s. 147. Av utrymmeskäl och för att betona metodens särdrag kommer här endast de mest utmärkande dragen att beskrivas. Resultatet är att den metod som framträder kan uppfattas som (alltför) radikal. Detta ska inte förstås som ett förnekande av mer nyanserade varianter; sådana är inte bara möjliga utan också förekommande i litteraturen.

⁸⁶⁶ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 92.

⁸⁶⁷ Se Ekelöf (1956) s. 147 f.

⁸⁶⁸ Se Thornstedt (1955) s. 346 ff., Eckhoff (1971) s. 115, Lindell (2012) s. 89 ff. och Andersson (2014) s. 221. Jfr även Lindblom (Miljöprocess 2002) s. 436 vid not 147, som menar att ändamålsstyrning kan låta bra i teorin men i praktiken gränsar till det rent slumpmässiga, och Klami (1990) s. 228, som trots att han menar sig försvara den teleologiska metoden endast anför att det ”inte alls [är] klart, om Ekelöfs metod är sämre än fri teleologi”.

⁸⁶⁹ Vilket uttryck alltså ska förstås i kontrast till *enskilda fall*, jfr Lindblom (1993) s. 329 i not 33.

rättsfakta. Sedan rättsfakta sålunda identifierats återstår en enkel subsumtionsövning.⁸⁷⁰ I praktiken innebär metoden att den fakultativa regeln bryts ned i en eller flera obligatoriska regler.⁸⁷¹ Detta kan illustreras med ett exempel i form av den fiktiva fakultativa regeln R från avsnitt 2.3: ”Domstolen får avgöra målet utan huvudförhandling.” Låt oss säga att man under regelns tillämpningsområde – fortfarande med endast anekdotisk verklighetsanknytning – kan identifiera tre typfall: mål där muntlig bevisning har åberopats (t_1), mål där en av eller båda parterna har begärt huvudförhandling (t_2), och mål som faller inom tillämpningsområdet för direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (t_3).⁸⁷² Regeln R kan då omformuleras till den modifierade regeln eller kanske hellre tillämpningsanvisningen (garanten) R_{mod} ,⁸⁷³ som skulle kunna formuleras enligt följande: ”Rätten ska avgöra målet efter huvudförhandling om någon av parterna begärt det eller om muntlig bevisning har åberopats. Detsamma gäller om lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden är tillämplig i målet.” I andra fall skulle rätten vara *förhindrad* att hålla huvudförhandling.⁸⁷⁴ Schematiskt blir tillämpningsanvisningen alltså denna: ”Om t_{1-n} så y . Om $\neg t$ så $\neg y$.”⁸⁷⁵ I det enskilda fallet utövas därmed inget skön; den enskilde domaren resonerar inte, utan subsumerar.

⁸⁷⁰ Jfr SOU 1982:26 s. 122, där det sägs att förekomsten av vissa i den föreslagna regeln oskrivna rättsfakta ska fungera som en *automatisk regulator* för domstolens agerande.

⁸⁷¹ Jfr Lindblom (1997) s. 618, som menar att en generalklausul ”[så att säga] *framförder sina undernormer*, då den preciseras i den rättsliga tillämpningen.” Kursiverat här.

⁸⁷² Dessa typfall skulle kunna motiveras ungefär så här: I typfall t_1 kan muntlig förhandling av naturliga skäl svårigen undvaras (jfr dock RB 36:19 mom. 3), i typfall t_2 kan avgörande på handlingarna utgöra en kränkning av EKMR (se Bylander (2006) s. 69 ff.) och i typfall t_3 kan man åtminstone potentiellt tänka sig att ett krav på muntlig förhandling skulle följa av förpliktelsen att möjliggöra effektivt genomdrivande av direktivets mål (jfr EU-domstolens avgöranden i C-240/98 till C-244/98 *Océano* p. 26–28 och C-168/05 *Mostaza Claro* p. 25–31).

⁸⁷³ Med Westberg (1995/96) s. 74 och 89 skulle man kunna kalla det för domarens marginalanteckningar i lagboken. R_{mod} kan emellertid också vara explicit och påbjuden av högre instans i hierarkisk eller organisatorisk mening.

⁸⁷⁴ Jfr Ekelöfs (ovan vid not 861) påstående om att rätten vid fakultativ reglering under vissa omständigheter ”skall företa processhandlingen samt att den *i annat fall ej må göra det*” (kursiverat här). Ekelöf varnar dock mot att tillämpa den teleologiska metoden in absurdum, Ekelöf och Edelstam (2002) s. 89. Se även Strömholm (1996) s. 415 f.

⁸⁷⁵ Där den fakultativa regeln uppställer alternativen att vidta en viss åtgärd (y) eller underlåta den ($\neg y$); om regeln möjliggör flera alternativa rättsföljder krävs ytterligare differentiering.

7.2.2 Teleologisk skönsutövning och fakultativitetens funktion

Implicit i det ekelöfska förhållningssättet till skön ligger en sorts ovisshetsaversion.⁸⁷⁶ Skönet uppfattas som ett problem, och metodens syfte är inte att möjliggöra goda beslut, utan att undvika dåliga. Genom att förlägga skönsutövningen till den abstrakta rättsfaktumnivån undgår den teleologiska metoden de risker som associeras med skönsutövning, nämligen risken för omotiverad olikbehandling⁸⁷⁷ och för att domaren i sitt resonemang avviker från den svaga garanten och därmed beslutar godtyckligt snarare än skönsmässigt.⁸⁷⁸ ”Visst känner vi alla några kreativa och terapeutiskt begåvade domare med goda tvärvetenskapliga kunskaper parade med säker moraluppfattning och särskilt gott omdöme [...] Men törs man lita på alla de övriga?”, frågar Lindblom retoriskt.⁸⁷⁹

Denna skepsis gentemot domarkåren tar sig uttryck i den teleologiska metodens tämligen formalistiska framställning av den enskilde domarens uppgift, som beskrivits i det föregående.⁸⁸⁰ Effekten av att utöva skön med hjälp av den teleologiska metoden är att distinktionen mellan den fakultativa regelns strukturella och kognitiva aspekt – det vill säga mellan den fakultativa regelns ramar (utrymmet för skön) och domstolens resonemang inom dessa ramar (utövandet av skön) – upplöses, eftersom utövandet av skönet syftar till att skapa en regel (R_{mod}) med snävare struk-

⁸⁷⁶ Jfr New Palgrave Dictionary of Economics (uppslagsord: ambiguity and ambiguity aversion). Flyvbjerg (2001) s. 25 beskriver fenomenet som ”Cartesian anxiety, that is, the fear of ending in relativism and nihilism when one departs from the analytical-rational scientific tradition”. Jfr Mellqvist (2013) s. 495, som menar att ”det mindervärdeskomplex som humaniora (inklusive rättsvetenskapen) i sekler förefaller ha dragits med i förhållande till naturvetenskapen” har medfört att ”juridiken tagit avstånd från den mänskliga faktorn.”

⁸⁷⁷ Se Hjertstedt (2011) s. 73 ff. om det rättsliga koherensbegreppet och dess krav på avsaknad av omotiverade skillnader och likheter.

⁸⁷⁸ Jfr Ekelöf (1956) s. 275 ff.

⁸⁷⁹ Lindblom (2004) s. 258, jfr även Ekelöf (1956) s. 275 ff. och Heuman (JT 1999/2000 b) s. 560 f. Frågan har Lindblom egentligen redan besvarat ett par sidor tidigare (a.a. s. 255, kursiverat här): ”En traditionellt positivistisk metod vid rättstillämpningen tillåter, såvitt jag förstår, inte att moraliska aspekter som driver kring utan förankring i rättskäl-lorna får följa med genom hela processen och även påverka ställningstagandena i domen. *Det är nog bäst så.*” Jfr även Jacobsson (1984) s. 10, som menar att ”[d]et förhållandet att många utövar makt utan maktregulatorer” lett till ”allmän oro”, och som betecknar detta som en ”systemrubbning” för vilken ”botemedel” bör sökas.

⁸⁸⁰ Lindblom (1997) s. 619 menar i ett snarlikt sammanhang att den montesquieuske automatdomaren ”fortfarande i viss mån [är] giltig.” Se även Modéer i SOU 1994:99 del B s. 184 f., som konstaterar att de av Uppsalaskolan fostrade domstolsjuristerna ansågs fungera som ”lagstiftarens förlängda arm” utan att själva utöva någon makt i sin yrkesroll.

turella gränser, som utgör en starkare garant än den kodifierade regeln R och därför kan tillämpas utan, eller med ett minimum av, skönsmässiga bedömningar. Annorlunda uttryckt: genom skönsutövning enligt den teleologiska metoden övergår fakultativitet över tid i obligatorium.

Denna effekt bör sättas i relation till de syften som motiverat valet av fakultativ reglering. Som konstaterats i kapitel 3 kan dessa syften grovt beskrivas som effektivisering och komplexitetsreducering, där det senare syftet i sin tur kan brytas ned till dels att skapa en mer lättfattlig lagtext för allmänheten, dels att minimera kraven på lagstiftaren att hålla lagstiftningen à jour med samhällsutvecklingen.

I det senare fallet, komplexitetsreducering, kan syftet med fakultativ reglering i grova drag beskrivas som att varken lagstiftaren eller presumtiva parter ska behöva befatta sig med detaljreglering, som tycks betraktas som både svårkonstruerad och svårbegriplig. Fakultativiteten framstår huvudsakligen som en fråga om *framställningsteknik*.⁸⁸¹ Avsikten tycks inte ha varit att möjliggöra handläggning anpassad efter det enskilda fallet, vilket innebär att den teleologiska metodens fokus på det allmänna och det typiska inte är oförenlig med lagstiftarens intentioner.⁸⁸² I dessa fall möter väl inga hinder mot att domstolarna internt håller sig med mer komplexa och detaljerade regler för varje typfall (R_{mod}). Ett sådant tillvägagångssätt har också fördelar i form av förutsebarhet (åtminstone för de aktörer som inte endast nöjt sig med att läsa den vagt hållna lagtexten utan även satt sig in i bakomliggande domstolspraxis) och processuell likabehandling, och därtill vissa beslutsekonomiska vinster eftersom det besparar domarna kravet att göra komplexa bedömningar i varje enskilt fall.⁸⁸³

Skyddet mot godtycklighet och omotiverad olikbehandling kommer emellertid till priset av att *motiverad* olikbehandling omöjliggörs; det betraktas som viktigare att ta fram allmänna riktlinjer för framtiden än att hantera den föreliggande situationen på bästa sätt.⁸⁸⁴ Om man tänker

⁸⁸¹ Det kan ifrågasättas om denna distinktion mellan form och innehåll är hållbar (se ovan i not 70). Här är det dock tillräckligt att konstatera det i detta sammanhang främst är formen som intresserat lagstiftaren.

⁸⁸² Det kan också noteras att det främst tycks vara detta syfte bakom valet av lagstiftningsteknik som förespeglat Ekelöf vid utarbetandet av den teleologiska metoden, se Ekelöf och Edelstam (2002) s. 82 f.

⁸⁸³ Jfr SOU 2007:26 s. 69 f.

⁸⁸⁴ Detta är möjligen ett pris som företrädare för ett typfallsorienterat synsätt är beredda att betala; jfr Damaška (1986) s. 22 f. Häri framgår släktskapet mellan frågan om hur

sig att de typfall i vilka rättsföljden ska inträda kan modifieras eller bytas ut över tid säkerställs visserligen en viss flexibilitet som möjliggör differentiering i takt med samhällsutvecklingen, vilket skulle möjliggöra den ajourföring av rättsläget som är komplexitetsreduceringens andra sida. Någon differentiering med utgångspunkt i det enskilda målets egenskaper tillåter den typfallsorienterade teleologiska metoden emellertid inte.⁸⁸⁵ Denna aspekt blir problematisk i förhållande till fakultativitetens andra åsyftade funktion: effektiviseringen. I förarbetena framgår tydligt att effektiviseringen tänks ske genom att domstolen i det enskilda fallet anpassar processen till målets specifika förutsättningar.⁸⁸⁶ Här framstår det som om lagstiftaren har avsett att resurserna ska satsas på *just* de mål där de *faktiskt* behövs, snarare än på den grupp av mål där det typiskt sett föreligger ett behov.⁸⁸⁷ Den individualiserade resursanpassning som lagstiftaren menar ska effektivisera förfarandet förutsätter att domstolar även i första instans ägnar sig åt aktiv skönsutövning in casu.⁸⁸⁸ Skönsutövning enligt den teleologiska metoden motverkar således fakultativitetens åsyftade effektiviseringsfunktion.

skönsutövning bör förstås och den om processens funktion; jfr Lindblom (1997) s. 605 f. Processens samhällsfunktion ska inte vidare beröras här; för en utmärkt sammanfattning av diskussionen se Andersson (1997) s. 201 ff.

⁸⁸⁵ Se Ekelöf (1951) s. 117: "Klart är emellertid att avgörande för frågans bedömande ej bör vara förhållanden i det enskilda fallet", och Lindblom (1993) s. 329 i not 33: "Meningen är däremot knappast att ge domaren valmöjlighet för det individuella fallet i sig".

⁸⁸⁶ Se kap. 3 ovan, särskilt vid not 246 samt vidare avsnitt 3.2.

⁸⁸⁷ Den svenska lagstiftaren har därmed valt ett annat alternativ än exempelvis den engelska, som eftersträvat effektivare resursutnyttjande genom att allokera mål till olika "tracks" men där förfarandet inom varje "track" styrs av legalitetsprincipen. Se avseende detta val Lindblom (2000) s. 149 ff. och avseende det engelska alternativet Zuckerman (2013) s. 633 ff.

⁸⁸⁸ Lindblom (2000) s. 151 påpekar att en mer flexibel process förutsätter aktiva domare under hela förfarandet och är oförenlig med en "renodlad" domarroll där domarna endast ägnar sig åt dömning verksamhet i sak medan målets beredning överläts till annan domstolspersonal. Domarens processledande funktion har under 2000-talet även uppmärksamats alltmer i den internationella, särskilt anglosaxiska, litteraturen, se bl.a. Zuckerman (2007) s. 4 ff. och Epstein (2005) s. 196 med hänvisningar.

7.3 Utövande av skön – ett kontextuellt alternativ

7.3.1 Från abstrakt till konkret

Den teleologiska metoden är som framgått ovan inte så mycket en metod för att utöva skön, som för att undvika eller rentav utplåna det. Bilden av skönsutövningen som ett ”själlöst”⁸⁸⁹ ”uppletande”⁸⁹⁰ av regelns oskrivna abstrakta rättsfakta är emellertid orealistisk.⁸⁹¹ Den kan dessutom, mot bakgrund av vad som konstaterats om dess inverkan på fakultativitetens åsyftade funktioner, ifrågasättas även som ideal betraktad.⁸⁹² I det följande kommer jag att diskutera hur skönsutövning kan uppfattas, om utgångspunkten är den omvända: om skön betraktas som en möjlighet istället för ett hot och om potentialen hos goda domares omdöme tillmäts större vikt än risken för dåliga domares godtycke.⁸⁹³

Som ett alternativ till den typfallsbaserade, teleologiska skönsutövningsmetoden vill jag skissera⁸⁹⁴ en kontextuell metod för skönsutövning

⁸⁸⁹ Se Lindblom (1997) s. 619. Jfr Mellqvist (2013) s. 499 f.

⁸⁹⁰ Lindblom (1994) s. 347 i not 11 och dens. (2001) s. 55 i not 84. Jfr Cappelletti (1989) s. 174: ”They [the judges] purport to ’find’, that is, essentially to *create*, a Community bill of rights ...” (kursivering i originalet) och Zahle (2003) s. 239: ”What is ’right’ (in a double meaning of the word) is not *found* but *construed* ...” (kursivering i originalet).

⁸⁹¹ Werlauff (1999) s. 11 uttrycker det drastiskt: ”[O]ur continental way of thinking with its – always vain – attempt at exhaustive regulation in verbose procedures often comes up short when compared with the Anglo-American traditions, where often more sporadic legislation leaves many questions to the courts themselves.” Se även Zahle (2003) s. 249 f. Ekelöf är visserligen öppen med att rättstillämpning enligt den teleologiska metoden inte är en värdeneutral verksamhet (se Ekelöf (1951) s. 103 och 116 f.); däremot är det mer tveksamt om han också anser att den enskilda rättstillämpningssituationen innefattar normativa ställningstaganden (se a.a. s. 117 om att avvägningen inte bör ske in casu och s. 111 ang. hans uppfattning om att den teleologiska metoden bör utövas i den processrättsliga litteraturen).

⁸⁹² Se Stållvik (2009) s. 73 ff. och Heuman (2006/07) s. 853. Det kan också noteras att Modéer redan år 1994 hänförde Uppsalaskolans domarideal till historien (se SOU 1994:99 del B s. 189).

⁸⁹³ Jfr den åttonde av Olaus Petri domarregler: ”En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne.”

⁸⁹⁴ Utrymmet och forskningsinriktningen tillåter i denna avhandling inte mer än just en skiss; om någon metod i egentlig mening kan det inte bli fråga. Möjligen kan också inriktningen försvara lösligheten – det handlar, med Frank (2012) s. 48, om ett ”call on readers to learn what can only be implied”. Frågan är emellertid central för förståelsen av rättstillämpning (inte enbart vid fakultativ reglering) och skulle väl förtjäna mer uppmärksamhet.

i domstol.⁸⁹⁵ Den centrala skillnaden är att fokus flyttas från abstrakta rättsfakta till konkreta, det vill säga en övergång från det allmängiltiga till det enskilda och från det principiella till det kontextuella.⁸⁹⁶ Skönsutövningen ges möjlighet att variera med de olika unika fall som den fakultativa regeln aktualiseras i.⁸⁹⁷

7.3.2 Skönsutövning som analogi

Förståelse för den föreliggande processuella situationen utgör det skönsmässiga resonemangets startpunkt.⁸⁹⁸ Enligt den teleologiska metoden sker denna bedömning genom att situationen typfallsbestäms; härigenom fastställs inte endast de aktuella omständigheternas rättsligt relevanta innebörd, utan också deras (typiska) följder. Den teleologiska metoden fäster härvid avgörande vikt vid de relevanta likheter mellan olika situationer som möjliggör att de kan subsumeras under samma (oskrivna) abstrakta rättsfakta.

Introduktionen av en kontextuell metod kräver ett alternativt sätt att förstå den föreliggande situationen, som inte reducerar analysen av omständigheterna till en fråga om gruppstillhörighet. Kontextuellt skönsutövande skulle istället kunna förstås som en analogibaserad verksamhet.⁸⁹⁹ Utgångspunkten tas därmed i det unika i omständigheterna i det enskilda målet och i likabehandlingsprincipens negativa sida; att olika fall ska behandlas olika.⁹⁰⁰ Medan den typfallsorienterade metodens fokus

⁸⁹⁵ Den kontextuella metoden för skönsutövning är i stora delar inspirerad av Flyvbjergs "fronetic social science" (se Flyvbjerg (2001)), som i sin tur är inspirerad av det aristoteliska begreppet *fronesis*: en intellektuell dygd som definieras som en förmåga till informerat handlande avseende mänskliga värden (se Aristoteles, Nikomachiska etiken, bok VI kap. 5).

⁸⁹⁶ Flyvbjerg (2001) s. 22 kallar detta för "the qualitative jump [...] from rule-based, context-independent to experience-based, situational behavior."

⁸⁹⁷ Jfr Chase (2003) s. 318, som betonar skönets partikularistiska natur och Zahle (2003) s. 240 f., som menar att detta gäller rättsstillämpning i allmänhet. Jfr även Nylund (2006) s. 130, som föreslår att fakultativet kan betraktas som ett krav på proportionalitet.

⁸⁹⁸ Se Ralli (2010) s. 89 f. samt avsnitt 7.1 ovan.

⁸⁹⁹ Se Stone Sweet och McCown (2003) s. 99, som menar att dömande är "a manifestation of a deeply rooted human penchant for using analogic reasoning to make sense of, and manage, the complexity of the environment", och Davis (1969) s. 59 ff., som föreslår att "rule-making through hypotheticals" kan undgå vissa problem som är förenade med mer generaliserad skönsutövning.

⁹⁰⁰ Se Stone Sweet och McCown (2003) s. 86: "[D]iscretion being the power to treat unlike cases in unlike ways". Jfr även Hurri (2013) s. 154 f.

vid likheter leder till sammanförande av enskilda situationer, möjliggör fokus på skillnader istället att de kan hållas isär.⁹⁰¹

Den avgörande skillnaden består i att kategorisering i typfall skapar *grupper* där samtliga grupprepresentanter betraktas som lika oavsett den inbördes variationen i gruppen, medan analogier bildar *kedjor* där det inte kan hållas för säkert att kedjans första och sista led kan sammanlänkas.⁹⁰² Om situationerna A, B och C alla klassificerats som konkreta varianter av samma abstrakta rättsfaktum, följer att A, B och C är relevant lika och därför också ska behandlas på samma sätt; om situationen B är analog med A och C i sin tur är analog med B följer däremot inte med nödvändighet att C är likvärdig med A, vilket möjliggör differentierade rättsföljder utefter analogikedjan.⁹⁰³

Analogiska resonemang rymms även inom den teleologiska metoden. Ekelöf talar om att det kan finnas ”skäl för att underkasta prejudikatet ett *reduktionsslut*” om omständigheterna befins vara annorlunda i det senare fallet jämfört med det tidigare.⁹⁰⁴ Ordvalet avslöjar dock den teleologiska metodens, jämfört med den här skisserade kontextuella, annorlunda infallsvinkel. Ekelöf ser tydligen prejudikatet som en *regel*, som ska *tillämpas* (i betydelsen att rättsföljden ska inträda) om rättsfakta föreligger, såvida inte skäl för *reduktionsslut* föreligger. Rättsföljdens inträdande är med ett sådant synsätt norm, och motsatsen avvikelse.

Den kontextuella metoden däremot avstår från att identifiera abstrakta rättsfakta i det äldre avgörandet, varvid det analogiska resonemanget inte hängs upp vid ett sökande efter rekvisit utan istället kan ta sig uttryck i en mer förutsättningslös jämförelse av två eller flera fall, där det inte är förutbestämt vilka fakta som är rättsligt relevanta och där rättsföljdens inträdande eller icke-inträdande vid resonemangets början är likställda

⁹⁰¹ Zahle (2003) s. 241 påpekar att ”[d]iscretion is etymologically another word for distinguishing”. Jfr Hobbes (1651) s. 51, som beskriver skönsutövande som ”*Distinguishing*, and *Discerning*, and *Judging* between thing and thing” (kursivering i originalet).

⁹⁰² Se Grimen och Molander (2008) s. 192. Kedjemetaforen kan förstås föra tankarna till Dworkins ”chain of law” (Dworkin (1986) s. 228 ff.), men ska här hellre förstås i analogi med Wilhelmssons ”små goda berättelser” (Wilhelmsson (2001) s. 233 ff.) eller Lindbloms ”många, små möjliga processordningar” (Lindblom (1999) s. 510). Jfr även Zahle (2003) s. 239 som liknar rättstillämpningen vid att följa en stig.

⁹⁰³ Se Barak (2003) s. 23, som betonar att skönsutövningen måste vara konsekvent, men samtidigt utvecklas organiskt. Jfr även Damaškas (1986) s. 22 ”pragmatic legalism”, enligt vilken ett prejudikats bindande verkan (d.v.s. dess garantverkan) varierar i relation till graden av likhet mellan de båda situationerna.

⁹⁰⁴ Ekelöf och Edelstam (2002) s. 91 (kursivering i originalet).

alternativ. Att utöva skön skulle således kunna förstås som att, inom skönets strukturella ramar så som de fastställs av den fakultativa regeln, analogisera mellan den förevarande och tidigare uppkomna situationer. Varje beslut fattas i relation till tidigare händelser och beslut, men den enskilde domaren är varje gång behörig och rentav förpliktigad att avgöra om det förevarande fallet faktiskt liknar eller tvärtom i relevant avseende skiljer sig från de tidigare.⁹⁰⁵

7.3.3 Värdering, beslutsfattande och förnuftig oenighet

Skönsutövningens huvudsakliga normativa komponent består i frågan om vad som utgör ett önskvärt resultat. Denna fråga hör intimt ihop med det beslutsfattande som skönsutövningen utmynnar i, inte minst eftersom de möjliga utfallen vanligen är givna av den fakultativa regeln. I den teleologiska metoden träffas detta normativa beslut med hänvisning till regelns ändamål,⁹⁰⁶ som i sin tur leder till skapandet av en allmängiltig norm. En sådan lösning kan inte accepteras inom ramen för en kontextuell förståelse av skönsutövning där tonvikten ligger på det enskilda fallet.⁹⁰⁷ Den förefaller som visats i avsnitt 7.2.2 inte heller stå i överensstämmelse med lagstiftarens effektiviseringsintentioner.⁹⁰⁸

Här är det värt att påminna om vad som i kapitelinledningen konstaterades vara skillnaden mellan skön och godtycke: närvaron av garantier.⁹⁰⁹ Åtminstone tre olika typer av garantier som styr domstolens värderande verksamhet vid utövandet av skön kan identifieras. För det första är

⁹⁰⁵ Ralli (2013) s. 141 (se även a.a. s. 137) som framhåller betydelsen av *undantag*: "Surprising particulars can be relevant – and we ought not to apply principles or rules to others as if knowing, without attentively listening to the other, what their situation is."

⁹⁰⁶ Ändamålets normativa karaktär påtalas av Ekelöf själv, se Ekelöf (1951) s. 116 f. och ovan not 891.

⁹⁰⁷ Se Flyvbjerg (2001) s. 130 som förespråkar övergivandet av ideologiska inriktningar till förmån för "contextualism, that is, [...] situational ethics." Jfr även Hurri (2013) s. 159 f. som noterar att aristotelisk skönsutövning "is not some comprehension of universal and total morality, but only *sensitivity to what is singular* in events" (kursiverat här).

⁹⁰⁸ Se prop. 2004/05:131 s. 95, där regeringen betonar att inte endast utfallet av prövningen utan även de relevanta bedömningskriterierna, alltså de abstrakta rättsfakta, varierar från fall till fall: "Vad som är av särskild vikt för rättsens bedömning i det enskilda fallet varierar beroende på vem som ska inställa sig och varför." Kursiverat här.

⁹⁰⁹ Avsnitt 7.1 ovan. Jfr även Heuman (2004/05) s. 43 ang. skillnaden mellan fullständig och relativ objektivitet. Heuman menar att den senare är godtagbar inom rättskipningen, förutsatt att "man kan ange tydliga kriterier för hur olika undersökningar och prövningar skall begränsas."

domstolen bunden av de gränser som själva den fakultativa regeln sätter upp. För det andra styrs dess resonemang av sådana svagare rättskäl-
lor⁹¹⁰ som förarbetsuttalanden och överrättsavgöranden med bäring på
situationen,⁹¹¹ eller av att regeln själv pekar ut aspekter som ska tas i
beaktande.⁹¹² Vid svagt fakultativ reglering finns flera eller tydliga sådana
riktlinjer som styr domstolens resonemang, medan vid stark fakultativi-
tet de kan saknas helt.⁹¹³ För det tredje omfattas domstolen även i detta
avseende av sådana allmänna krav som kan ställas på domstolars resone-
mang.⁹¹⁴ Dessa inkluderar såväl formella krav på saklighet, objektivitet
och respekt för allas likhet inför lagen (RF 1:9) som mer materiella krav
på att de värderande ställningstaganden som domstolen gör ska vara resul-
tatet av en avvägning mellan ”inomrättsliga värderingar”.⁹¹⁵ Vari sådana
består kan förstås diskuteras; utbredda föreställningar och uppfattningar
i jurist- eller domarkåren förefaller vara en vanlig utgångspunkt i littera-
turen.⁹¹⁶ I synnerhet i processuella frågor kan det tänkas att domarkårens
erfarenheter bör tillmätas särskild betydelse.⁹¹⁷

Gemensamt för åtminstone de två senare typerna av riktlinjer eller
garanter är att de styr *beslutsprocessen* snarare än själva utfallet.⁹¹⁸ Det är

⁹¹⁰ Jfr Peczenik (1995) s. 215 f.

⁹¹¹ Ett särskilt tydligt exempel på överrättspraxis som utpekar garantier (snarare än att ta fram prejudicerande typfall) återfinns i den gemensamma delen av hovrättens resone-
mang i RH 1986:81 I och II.

⁹¹² Se t.ex. RB 5:10 st. 2 p. 2, 9:10 st. 2 sista p. och 35:14 st. 1 mom. 3 (som är indirekt fakultativt).

⁹¹³ Jfr avsnitt 2.1.2 ovan.

⁹¹⁴ Se t.ex. Lindblom (1997) s. 619 och Heuman (2004/05), särskilt s. 49. När Lind-
blom framhåller att domarens handlingsfrihet begränsas av ”de ramar lagstiftaren, tidi-
gare praxis, systematiska hänsyn, allmänna principer, samhällsutvecklingen etc. lagt ner”
(a.st.) är den första och eventuellt också den andra av begränsningarna av strukturell
natur, d.v.s. de tillhör själva den fakultativa regeln, medan de tre sistnämnda snarast är att
betrakta som allmänna krav på resonemanget *inom* dessa ramar.

⁹¹⁵ Andersson (1997) s. 205. Eckhoff använder i första upplagan av *Retskildelare* det träf-
fande begreppet ”de lege lata-värderingar” (Eckhoff (1971) s. 315).

⁹¹⁶ Se Heuman (JT 1999/2000 b) s. 559, Bengoetxea (Judicial Discretion 2003) s. 67
och Flyvbjerg (2001) s. 130 samt vidare Westberg (1995/96) s. 92 avseende värderingar
som uppkommit i samband med och till följd av yrkesutövningen.

⁹¹⁷ Jfr Stållvik (2009) s. 221 f. och Molander (2011) s. 331 om betydelsen av första-
handserfarenhet vid skönsutövning, som för övrigt betonades redan av Aristoteles (Niko-
machiska etiken, bok VI kap. 8).

⁹¹⁸ Se Strömholm (1996) s. 416: ”[S]aknas förutsättningar för likformighet i avgöran-
dena grundad på *likhet mellan de sakförhållanden* som bedömes, kan sådan likformighet
uppnås eller åtminstone eftersträvas genom *likhet mellan de resonemang* (argument) som

därför rimligt att förvänta sig relativ enighet om vilka aspekter som ska beaktas vid avgörande av en fakultativt reglerad fråga. Däremot kan det inte förväntas att samtliga domare fattar samma beslut ens under mycket likartade omständigheter.⁹¹⁹ Sådana diskrepanser kan vidare endast delvis förklaras med slarvig eller illojal skönsutövning; även om hela domarkåren bestod av ”fully rational exercisers of discretion, motivated purely by good reasons” så vore sådana fall av *förnuftig oenighet*⁹²⁰ oundvikliga⁹²¹ – och kanske vore det inte ens önskvärt att försöka eliminera dem.⁹²² Domarens person och omdöme utgör enligt detta synsätt inte ett hot att undanröja, utan tvärtom *den sista garanten* i resonemanget från den föreliggande situationen i rättegången till det processledande beslutet.⁹²³

7.4 Sammanfattande kommentar

I svensk processrättslitteratur⁹²⁴ har skön betraktats som en öppning mot godtycklighet, och därför som ett hot. Fokus har följaktligen legat på att finna sätt att begränsa eller tygla skönsmässiga inslag i rättstillämpningen. Frågan om hur skön bör utövas har framför allt behandlats av Ekelöf, vars förespråkande av den teleologiska metoden i dessa situationer innebär

för fram till svaret på den uppställda frågan” (kursivering i originalet). Jfr även Barak (1989) s. 26 f.

⁹¹⁹ ”Man kan inte byta ut [person] A mot [person] B och förvänta sig att få exakt samma utfall” (Molander (2011) s. 331); se även Ställvik (2009) s. 221 som framhäver ”den professionelles unicitet. *Han eller hon är inte utbytbar*” (kursivering här).

⁹²⁰ Begreppet är hämtat från Molander (2011) s. 330. Se även Barak (1989) s. 26: ”Two judges may disagree, and yet act reasonably.”

⁹²¹ Molander m.fl. (2012) s. 218, som konstaterar att sådana diskrepanser ”emanate from the very nature of discretionary reasoning”. Ett fiktivt exempel på sådan förnuftig oenighet diskuteras av Westberg (1995/96) s. 81 ff. och ett verkligt av Mellqvist (2013) s. 497 ff.

⁹²² Jfr Andersson (2003) s. 23 f., som menar att ”the idea of uniformity as a necessary element of law” har blivit omöjlig att upprätthålla och föreslår att dess övergivande skulle göra det lättare att ”*find flexible and workable solutions* on how to handle or avoid conflicting judgments” (kursivering i originalet). Se även Zahle (1986) s. 756.

⁹²³ Se Ställvik (2009) s. 75 som menar att ”det är domarens subjekt som är rättssäkerhetens främsta garanti.” Jfr även Heuman (JT 1999/2000 b) s. 561 f. som menar att missbruk av skön bäst kan motverkas genom att *domarna själva* är medvetna om och vaksamma emot sina egna bevelkelsegrunder.

⁹²⁴ Och kanske inte bara där; se Galligan (1986) s. 142: ”There is a long tradition of criticism of discretionary powers on the grounds that they are inherently tainted with arbitrariness.”

att skönsutövningen förläggs till en abstrakt nivå och därmed flyttas från den enskilda domarens till rättsvetenskapens eller prejudikatinstansernas domäner.

Även om aversionen mot godtycke i rättstillämpningen inte är obefogad, menar jag att den har fått omotiverat stort utrymme i diskussionen om och förståelsen av rättsligt skön, på bekostnad av andra aspekter av skönsutövningen och åtminstone delvis i strid med fakultativitetens syften. Jag har i det föregående försökt visa på möjligheten av en alternativ förståelse av skön som rättslig företeelse genom att flytta fokus från riskerna till möjligheterna med skönsmässigt beslutsfattande.⁹²⁵ Utgångspunkten har tagits i en definition av skön hämtad utanför rättsvetenskapen, enligt vilken skön förstås som ett *praktiskt resonemang* som utgår från en *konkret situation*, bedrivs inom den fakultativa regelns strukturella ramar och under inflytande av vissa *riktlinjer* eller *principer*, och som utmynnar i en slutsats om ett *önskvärt handlingssätt*.

En teori om skönsutövning behöver behandla det praktiska resonemangets samtliga tre element: förståelse av situationen, värderande ställningstagande och beslut om handlande. I den teleologiska metoden sker detta genom typfallsbestämning av situationen, fastställande av regelns ändamål och därpå följande deduktivt beslutsfattande i det enskilda fallet. Inom ramen för en alternativ, kontextuell metod för skönsutövning och därmed för tillämpning av fakultativa regler har jag föreslagit att domstolars skönsutövning kan betraktas som *analogi-* snarare än prejudikat- eller regelbaserad.⁹²⁶ Detta innebär att skönsutövningen inte eftersträvar slutgiltiga, optimala lösningar, utan bör förstås i sin unika kontext och som inlägg i en judiciell dialog.⁹²⁷ Skönet utövas i det enskilda fallet och under rättsliga förhållanden som möjliggör fler än ett lagligt handlingssätt. Valet mellan dessa träffas med stöd av rättskällorna och under inflytande av rättsliga principer genom en *avvägning* mellan olika rättsligt erkända intressen eller värderingar, där domaren uppgraderas till ett *aktivt subjekt* vars omdöme tillåts spela en avgörande roll för utfal-

⁹²⁵ Jfr Flyvbjerg (2001) s. 131: "Power is seen as productive and positive and not only as restrictive and negative."

⁹²⁶ Jfr Frank (2012) s. 64: "The subject comes to be through a series of occasions [...]. The history of such moments guides future choices, less as specific precedents and more as gradual shifts in the feel for the game."

⁹²⁷ Den skönsutövande domstolens uppgift kan då, med Flyvbjerg, förstås som att "produce input to the ongoing social dialogue and praxis in society, rather than to generate ultimate, unequivocally verified knowledge" (Flyvbjerg (2001) s. 139).

let. Detta förutsätter ett förtroende för domarnas omdöme, särskilt som många skönsrättsliga beslut, särskilt mindre och rutinbetonade sådana, torde fattas intuitivt och inte motiveras.⁹²⁸

EU-domstolens skiftade inställningar till skönsutövning i nationella domstolar, som diskuterades i kapitel 5, kan beskrivas utifrån dessa alternativa perspektiv på skön. I *van Schijndel* ersätter lojalitetsprincipen och unionsrättens effekt utile de avvägningar som annars skulle ha genomförts inom den fakultativa regelns ramar. Dessa principer förutbestämmer valet av rättsföljd genom att förklara att unionsrätten *kräver* ett visst beslut av den nationella domstolen, vilket förändrar den fakultativa regelns strukturella ramar på så vis att regeln de facto övergår i obligatorium.⁹²⁹ *Kühne & Heitz* kan beskrivas som ett abstrakt utövande av skön från EU-domstolens sida i linje med vad som förespråkas i den teleologiska metoden;⁹³⁰ den i det fallet föreliggande situationen identifieras som ett typfall i Ekelöfs och Lindbloms mening, varefter rättsföljden blir obligatorisk under omständigheterna och skönsutövning i den nationella domstolen utesluts. Däremot kvarstår regeln i strukturellt hänseende oförändrad. I fall som inte delar *Kühne & Heitz* relevanta karaktärsdrag kan handlingsutrymmet fortfarande utnyttjas till fullo (för att utveckla nya typfall).

EU-domstolens abstraherande, regelinriktade inställning i dessa mål kan kontrasteras mot dess resonemang i *Uniplex* (förlängningsmöjligheten), där domstolen över huvud taget inte ger några instruktioner för skönsutövningen, och *Donau Chemie*. I *Uniplex* lämnas valet av skönsutövningsmetod till den nationella domstolen; det är här tillräckligt att notera att unionsrättens genomslag inte ens framhålls som ett av de värden

⁹²⁸ Jfr Peczenik (1998/99) s. 474: "Svensk rättspraxis genomsyras av ett slags intuitionism." Detta är inte nödvändigtvis kritik. Som Heuman (2004/05) s. 45 f. påpekar innebär intuition att beslutsfattaren "inte [får] tillfälle att [...] göra klart för sig vilka faktorer som varit avgörande för honom"; dessa faktorer kan dock i sig, om de identifieras, vara fullt legitima. Jfr Herbert Simons definition av intuition: "The situation has provided a cue; this cue has given the expert access to information stored in memory, and the information provides the answer. Intuition is nothing more and nothing less than recognition." (Cit. i Kahneman (2011) s. 237.) Inte heller är det, på grund av den rena volymen av skönsrättsliga beslut även inom ramen för en enda rättegång (jfr Davis (1969) s. 9, cit. i not 4 ovan), rimligt att kräva motiveringar i alla dessa frågor (Heuman, a. st.).

⁹²⁹ Denna effekt har diskuterats i kapitel 6.

⁹³⁰ Detsamma kan sägas om generaladvokatens förslag till avgörande i C-360/09 *Pfleiderer*.

som bör beaktas vid skönsutövningen.⁹³¹ I *Pfleiderer* och *Donau Chemie* går EU-domstolen ett steg längre i det att den avstår från att väga de konkurrerande intressena mot varandra och istället anbefaller skönsutövning in casu i den nationella domstolen. Betonandet av att avvägningen ska ske ”i varje enskilt fall” och ”med beaktande av samtliga relevanta omständigheter i målet” tyder på att avsikten här är att den nationella domstolen ska använda sig av en mer kontextuell skönsutövningsmetod;⁹³² abstrakt skönsutövning genom avvägning mellan två unionsrättsliga intressen hade också på ett naturligt sätt ingått i EU-domstolens snarare än den nationella domstolens kompetens. Skillnaden mellan domstolens utpekande av relevanta riktlinjer i *Donau Chemie* och dess uppräknings av (oskrivna) abstrakta rättsfakta i *Kühne & Heitz* är talande.⁹³³

⁹³¹ Jfr Biondi (Reforms 2005) s. 238 f. och se vidare avsnitt 9.2.1 nedan.

⁹³² Se C-360/09 *Pfleiderer* p. 31 och, med kraftigare betoning, C-536/11 *Donau Chemie* p. 34–35.

⁹³³ C-536/11 *Donau Chemie* p. 42–48 och C-453/00 *Kühne & Heitz* p. 28. Med den av Tridimas (2013) s 369 ff. introducerade terminologin kan *Donau Chemie* beskrivas som ett ”guidance case”, medan *Kühne & Heitz* utgör ett tydligt exempel på ett ”outcome case” där EU-domstolen intar en mer påbjudande roll.

8 Skön, delegation och kontrollen över förfarandet

There is no law without enforceability, and no applicability or enforceability of the law without force, whether this force be direct or indirect, physical or symbolic, exterior or interior, brutal or subtly discursive and hermeneutic, coercive or regulative, and so forth.

Jaques Derrida

8.1 Överprövning vid fakultativ reglering

8.1.1 Legalitet och skönsutövning i överprövningen

I hovrätternas⁹³⁴ åliggande ingår att ”vaka över att rättegången i tingsrätten har genomförts i överensstämmelse med gällande processuella regler” och därvid ”ingripa mot allvarliga rättegångsfel även om det inte kan konstateras att dessa lett till materiellt oriktiga avgöranden”.⁹³⁵ För att denna uppgift ska kunna uppfyllas krävs för det första att tingsrättens

⁹³⁴ Eftersom HD endast i mycket begränsad utsträckning ägnar sig åt annat än prejudikatbildande verksamhet (se bl.a. prop. 1988/89:95 s. 32 samt Welamson och Munck (2011) s. 132 f.) kommer detta kapitel huvudsakligen att behandla hovrätternas överprövning av tingsrättsbeslut. I den mån det finns exempel på att HD har överprövat en tings- eller hovrätts tillämpning av en fakultativ regel kommer emellertid även sådan praxis att diskuteras.

⁹³⁵ Prop. 2004/05:131 s. 171. Se även Ds 2001:36 s. 68 och (den återkallade) prop. 1996/97:131 s. 39 f. Vilka rättegångsfel som ska betraktas som allvarliga anges inte; möjligen avses grova rättegångsfel, även om ordvalet kan anses tala för motsatsen.

beslut över huvud taget underställs hovrätten,⁹³⁶ och för det andra att hovrätten därvid har befogenhet att göra ett sådant ”ingripande”.⁹³⁷

Vad gäller fakultativt reglerade beslut torde den förra aspekten vara relativt oproblematiske, medan den senare erbjuder vissa särskilda svårigheter. Möjligheterna att överklaga ett processuellt beslut torde, som Ekelöf påpekar, vara ”helt oberoende” av regelns fakultativa eller obligatoriska karaktär.⁹³⁸ Ståndpunkten stöds av förekomsten av regler som uttryckligen möjliggör överklagande och därmed överprövning i fakultativt reglerade frågor.⁹³⁹ Oavsett regleringens karaktär är emellertid möjligheterna att överklaga andra än slutliga beslut begränsade; endast en minoritet av besluten kan överklagas särskilt,⁹⁴⁰ andra kan överklagas endast i samband med dom och då endast om beslutet gått emot samma part som domen,⁹⁴¹ och vissa beslut kan över huvud taget inte överklagas.⁹⁴² I sådana fall, liksom i andra fall där domen överklagats endast i sak, får hovrättens prövning istället ske inom ramen för dess officialkontroll av tingsrättens handläggning enligt RB 50:26–28.

⁹³⁶ Däremot krävs väl inte med nödvändighet att det finns grund för att meddela prövningstillstånd, eftersom hovrättens kontrollerande verksamhet kan uppfyllas i samband med prövningstillståndsprövningen (och möjligen i sig ge anledning att meddela prövningstillstånd enligt RB 49:14 mom. 4 eller, för HD:s del, 54:10 mom. 2). Liknande betraktelsesätt anlades av EU-domstolen i C-99/00 *Lyckeskog* p. 17–18.

⁹³⁷ Eftersom undanröjande enligt RB 50:28 förutsätter att felet åtminstone kan antas ha inverkat på målets utgång är det oklart om hovrätterna faktiskt har lagstöd för att undanröja underrättsdomar vid ”allvarliga rättegångsfel” som inte givit upphov till oriktiga avgöranden i sak, som förutsätts i lagstiftarens ovan vid not 935 citerade uttalande. Formuleringen ”kan antas” öppnar ju dock för att regeln kan tillämpas extensivt (jfr Welamson och Munck (2011) s. 225, som (ang. RB 59:1 mom. 4) anför att kravet på inverkan på målets utgång torde presumeras vara uppfyllt vid ”äsidosättande av en väsentlig rättssäkerhetsgaranti” och därmed ”knappast får någon självständig betydelse”).

⁹³⁸ Ekelöf (1956) s. 152.

⁹³⁹ Se bl.a. RB 49:3 jämförd med 13:2 och RB 49:5 mom. 3 och 6 jämförda med 38:4 resp. 15:1–4.

⁹⁴⁰ Se RB 49:4–5, jfr även, vad gäller hovrättsbeslut, 54:4. Eftersom de flesta processhindersregler är obligatoriska (ett undantag utgörs dock av RB 13:2) torde slutliga beslut sällan fattas med stöd av fakultativa regler.

⁹⁴¹ Se RB 49:3 st. 2 resp. 54:5; jfr dock RB 49:9.

⁹⁴² Se NJA 1993 s. 591 ang. RB 5:9 st. 2. I särskilt yttrande anför JustR Nilsson att det får ”antas att RB:s bestämmelser om överklagande av beslut under rättegången över huvud taget inte är tillämpliga på handläggningsbeslut [där ”en överklagningsmöjlighet i samband med fullföljd mot det slutliga avgörandet i huvudsaken saknar all mening”]; sådana beslut kan alltså inte överklagas genom ett ordinärt rättsmedel” (ref. s. 593).

Det råder emellertid delade meningar om vad som bör betraktas som rättegångsfel vid tillämpningen av fakultativa regler. Welamson menar att rättegångsfel kan bestå i bristfällig tillämpning av såväl obligatoriska som fakultativa regler och noterar att det finns exempel på att fakultativt reglerat agerande *inom*, som jag förstår honom, regelns strukturella ramar har betraktats som grovt rättegångsfel.⁹⁴³ Kallenberg har däremot uttalat sig till stöd för meningen att en domstols beslut vid tillämpningen av fakultativ reglering *inte* skulle kunna utgöra rättegångsfel, så länge beslutet ligger inom det spektrum av möjliga utfall som regeln föreskriver.⁹⁴⁴

Dessa båda ståndpunkter ger uttryck för två olika uppfattningar om hur rättegångsfel bör förstås. Welamsons uppfattning kan, med den terminologi som hittills använts i denna avhandling, kallas för kognitiv, medan den av Kallenberg företrädde ståndpunkten kan betecknas som strukturell. Enligt den strukturella förståelsen av rättegångsfel består sådana endast i ett faktiskt *åsidosättande* av en regel, det vill säga i vidtagandet eller underlåtagandet av en viss handling trots att rekvisiten därför inte varit uppfyllda.⁹⁴⁵ Den kognitiva förståelsen av rättegångsfel innebär att sådana, vid sidan av direkt lagstridighet, kan bestå även i mindre lämplig, om än inte strukturellt olaglig, rättstillämpning.⁹⁴⁶ Den prak-

⁹⁴³ Se Welamson och Munck (2011) s. 115. De anger dock endast ett exempel, NJA 1966 s. 205, på rättegångsfel genom felaktig tillämpning av en fakultativ regel. Detta fall kommer att diskuteras i nästa avsnitt. Ekelöf och Edelstam (2008) s. 122 f. ger möjligen uttryck för en liknande uppfattning när de definierar rättegångsfel som att rätten ”*felbedömt* eller försummat att uppmärksamma en rättegångsfråga” (kursiverat här).

⁹⁴⁴ Kallenberg (1923) s. 79 framhåller att ”processlagstiftaren genom det utrymme han lämnar de dispositiva [ang. Kallenbergs bruk av denna term, se not 102 ovan] rättsatserna kringskär möjligheterna för att förfarande och dom skola kunna anfäktas såsom behäftade med fel”. Liknande ståndpunkter förfäktas av Westberg (1988) s. 682 som, angående högre rätts behörighet att överpröva lägre rätts beslut att utöva materiell processledning, påpekar att flera beslut kan vara lagenliga och att det således sällan finns grund att anses underrättens rättstillämpning konstituera rättegångsfel, och av Andersson (1999) s. 387, som av art. 267(2) FEUF:s fakultativa karaktär drar slutsatsen att underrätts underlåtenhet att begära förhandsavgörande i princip inte borde kunna utgöra rättegångsfel.

⁹⁴⁵ Gärde m.fl. (1949) s. 773 anför att rättegångsfel föreligger ”då någon för förfarandet normerande processföreskrift blivit åsidosatt”; om, vilket kanske ligger närmast till hands, ”processföreskrift” ska förstås som en hänvisning till regelns strukturella element förefaller även denna uppfattning överensstämma med Kallenbergs, Westbergs och Anderssons; regeln har ju i så fall inte *åsidosatts*. Sådan strukturell logik ligger t.ex. bakom kodifieringen av olämplighetsrekvisitet i RB 5:10 st. 3, se SOU 2001:103 s. 93, prop. 2004/05:131 s. 94 f. samt Bylander (2006) s. 310.

⁹⁴⁶ Welamson och Munck (2011) s. 115 anför att, vid sidan av åsidosättande av en regel, även *felaktig tillämpning* kan utgöra rättegångsfel. Den kognitiva rättegångsfelförståelsen är besläktad med det av Ekelöf influerade perspektivet på skönsutövning, som diskutera-

tiska betydelsen av dessa skilda uppfattningar mildras dock av att överrätter, om än under iakttagande av restriktivitet, under vissa omständigheter anses kunna undanröja underrättsavgöranden även om rättegångsfel inte har förekommit.⁹⁴⁷

Perspektivskillnaden återspeglar sig i överprövningssituationen.⁹⁴⁸ Överprövningen kan få strukturell karaktär genom att inrikta sig helt på att jämföra abstrakta rättsfakta med konkreta samt den valda rättsföljden med de i regeln föreskrivna. Den kan också få mer kognitiv karaktär genom att istället utvärdera domstolens resonemang och grunderna för detsamma utifrån kvalitativa måttstockar av den typ som diskuterats i kapitel 7 ovan. I det förra fallet syftar överprövningen till att upprätthålla gränserna för domstolens fakultativa behörighet, medan den i det senare istället kontrollerar och därigenom ger incitament att förbättra kvaliteten på domstolens resonemang. En ytterligare skillnad ligger i att en strukturellt inriktad överprövning utgör just en *överprövning*, medan en kognitivt inriktad utvärdering av underrättens resonemang lättare (men inte nödvändigtvis) övergår i en omprövning av den fakultativt reglerade frågan.⁹⁴⁹

des i kap. 7; om skön ska utövas genom utvecklande av typfall in abstracto, så är det följdriktigt att avvikelser från sådana praxisutvecklade regler (R_{mod}) betraktas som felaktigheter snarare än som legitima variationer. Liksom avseende skönsutövning är det naturligtvis möjligt att inta en position mellan den kognitiva och den strukturella uppfattningen; jfr Waddams (2003) s. 548 som framhåller att "it cannot be credibly maintained, simply because the judge as what is called 'discretion', that one decision is as good as another."

⁹⁴⁷ Se Ekelöf och Edelstam (2008) s. 130 f. samt Welamson och Munck (2011) s. 120 ff. med hänvisningar.

⁹⁴⁸ Se Molander m.fl. (2012) s. 221. Galligan (1986) s. 290 pekar på samma två varianter: "Where a decision is invalid because it simply falls outside the terms of delegated authority, it is unnecessary to examine the reasons for making it; but where the decision is of the kind that is within power, it may, nevertheless, be invalid because it has been made for bad reasons." Jfr även Davis (1969) s. 142, som skiljer mellan "correction of arbitrariness or illegality" och "de novo review". Davis "godtyckesk kontroll", som han hänför till den strukturella sidan, kan svårigen klart åtskiljas från kognitiv överprövning av det skönmässiga resonemanget. Som Molander m.fl. (a.st.) framhåller är distinktionen emellertid grov såtillvida att en huvudsakligen strukturellt inriktad åtgärd även kan få kognitiva effekter och vice versa.

⁹⁴⁹ Avseende skillnaden mellan om- och överprövning se t.ex. prop. 2004/05:131 s. 82 och 178. En kognitivt riktad *överprövning* beskrivs på ett klagörande sätt av Zuckerman (2005) s. 151 (kursiverat här): "In every case, the court must consider each factor listed under [the applicable rule] and explain the bearing that the material factors have on its decision. [Footnot utelämnad.] *If the court has followed this method, it would be very difficult for the Court of Appeal to interfere with its decision, since the court will have taken into account all the matters it was obliged to consider.*" En kognitivt inriktad *omprövning*

I båda fallen sker överprövningen utifrån en norm – men normens karaktär skiftar. Vid överprövning i strukturellt hänseende utgörs normen av den tillämpliga fakultativa regeln, vars innebörd kan tolkas, fastställas eller rentav förändras inom ramen för den överordnade domstolens prejudikatbildande verksamhet. En sådan ändrad innebörd blir då normerande inför framtiden, vilket innebär att framtida rättstillämpning ska utföras och överprövas gentemot regelns ”nya” innebörd (R_{mod}).⁹⁵⁰ Vid en mer kognitivt inriktad överprövning utvärderas underrättens beslutsfattande istället utifrån en metanorm om hur ett gott resonemang ser ut. Även sådana överrättsavgöranden kan förstås få prejudikatverkan, men denna avser då metanormens innehåll,⁹⁵¹ de generella slutsatser som kan dras av ett sådant prejudikat avser, till skillnad från ett strukturellt orienterat prejudikat, beslutsprocessen snarare än beslutets innehåll.⁹⁵² Medan det materiella utfallet av en strukturellt orienterad överprövning gör anspråk på auktoritet i samtliga följande fall då regeln tillämpas, förblir rättstillämpare efter en kognitivt inriktad överprövning fria att avvika från det i det prejudicerande fallet nådda utfallet, om relevanta olikheter föreligger mellan de tidigare och det förevarande fallet.

Att en överinstans kan pröva om underrättens beslut varit otillåtet i strukturell mening, alltså utom ramarna för dess kompetens enligt den fakultativa regeln (*ultra vires*), är givet.⁹⁵³ Om en domstol exempelvis äger företa (eller underlåta) en viss handling endast på yrkande av part föreligger förstås rättegångsfel om handlingen företagits (eller underlåtit) trots att part motsatt sig det (jfr t.ex. RB 10:20 st. 1 och 2 samt 44:2 st. 2 och 4 st. 2). Överprövningen tar i dessa fall sikte på fakultativitetens

ning skulle däremot innebära att överrätten gör en självständig skönmässig prövning vars utfall ersätter det utfall som tingsrätten nådde, oavsett kvaliteten i tingsrättens resonemang. Gränsen häremellan är flytande (jfr Galligan (1986) s. 261 f.); jag kommer i det följande huvudsakligen att tala om överprövning och reservera begreppet omprövning till verksamheter som tydligtvis utgör just sådana.

⁹⁵⁰ Vad som utgör *ny* innebörd kan förstås diskuteras. Se Lindblom (2004) s. 242: ”Och prejudikatbildning är inte alltid uttryck för rättskapande; oftast handlar det om rättsklargörande eller rättsutfyllnad som inte utgör nyskapande [...]”. Någon skarp gräns mellan det rättskapande, det rättsklargörande och det rättsutfyllnande lär knappast kunna upp-rätthållas (se Lindblom (1997) s. 619).

⁹⁵¹ Se härom Heuman (2006/07) s. 839 ff. Jfr Ekelöf och Edelstam (2008) s. 147 f. ang. kraven på bl.a. grund i en ”åtminstone någorlunda generell rättsregel” för att ett avgörande ska tillmätas prejudicerande betydelse.

⁹⁵² Jfr Heuman (2006/07) s. 839 f. och vidare Strömholm (1996) s. 416 samt avsnitt 7.3.3 ovan. För ett exempel se RH 1986:81 I och II.

⁹⁵³ Se Barak (1989) s. 102 f.

strukturella begränsningar; om man liknar den fakultativa regeln vid en zon eller ett område,⁹⁵⁴ så avser överprövningen i dessa fall inte underrättens rörelser *inom* det tillåtna området, utan huruvida underrätten korsat dess *gränser*.⁹⁵⁵ När HD exempelvis konstaterar att hovrättens avvisande av åberopad vittnesbevisning inneburit att den tilltalade i målet inte kan anses ha fått en rättvis rättegång i den mening som avses i artikel 6 EKMR,⁹⁵⁶ bör detta uppfattas som ett uttalande om fakultativetens gränser; hovrätten hade fattat ett beslut som låg utom dess behörighet, eftersom konventionsförenlighet får anses vara en underförstådd förutsättning i alla fakultativa regler.⁹⁵⁷ Överprövningen avser i sådana fall inte underrättens skönsrättsliga beslutsfattande som sådant, utan förekomsten av de konkreta förutsättningarna för att skönsrättsligt beslutsfattande alls ska komma i fråga.⁹⁵⁸

Den avgörande frågan blir således hur det förhåller sig med överprövning i kognitivt hänseende, av underrättens skönsutövning *inom* ramen för sin fakultativt reglerade behörighet. Den frågan kommer i nästa underavsnitt att behandlas ur en mer deskriptiv synvinkel, där tyngdpunkten läggs på att beskriva hur överrätterna i praxis förhåller sig till underrätternas kognitiva skönsutövning. Därefter återgår diskussionen i avsnitt 8.1.3 till det mer normativa perspektivet.

8.1.2 Kognitivt inriktad överprövning – en blick på praktiken

När det gäller tolkningsfakultativa regler kan själva utrymmet för skön inte skiljas från skönets strukturella ramar, eftersom fakultativeteten består just i att tolka förutsättningen för att ett visst handlande ska ske.

⁹⁵⁴ Jfr Barak (1989) s. 12.

⁹⁵⁵ Jfr Chase (2003) s. 321, avseende vad han betecknar som *missbruk* av fakultativeteten (abuse of discretion).

⁹⁵⁶ NJA 2007 s. 547.

⁹⁵⁷ RF 2:19. Jfr även prop. 1987/88:69 s. 16 f., där dep.ch. uttalade sig om vikten av att ”svensk lag med minsta möjliga eftersläpning motsvarar våra internationella förpliktelser” och av att man ”i möjligaste mån förebygger att svensk rätt kommer att stå i konflikt med den rättsbildning som sker i europadomstolen.” Se även NJA 2012 s. 1038 I p. 13 och NJA 2013 s. 502 p. 51 samt, såvitt tvisten faller inom EU-rättens tillämpningsområde, EU-domstolens avgörande i C-411/10 och C-493/10 *N.S.* p. 77. Detsamma gäller om domstolen agerar på ett sätt som står i strid med unionsrättsliga minimikrav såsom effektivitets- och likvärdighetsprinciperna; se härom avsnitt 4.2.3 ovan.

⁹⁵⁸ Jfr Ekelöf (1956) s. 150, som refererar till sådana förutsättningar som ”obligatoriska momenter”.

Detta innebär att en strukturellt inriktad överprövning med nödvändighet måste undersöka domstolens kognitiva skönsutövning. Distinktionen kollapsar, eftersom beslutets strukturella laglighet är avhängig just resonemangets kognitiva kvaliteter (dess lämplighet, eller bristande olämplighet, eller förekomsten av särskilda skäl, eller det avvägningsrekvisit regeln innehåller).⁹⁵⁹

Tolkningsfakultativa regler torde i allmänhet kunna göras till föremål för överprövning och en felaktig tolkning från underrättens sida kan föranleda återförvisning.⁹⁶⁰ Detsamma gäller avvägningsrekvisitet i regler med dubbla fakultativitetsmarkörer.⁹⁶¹ Ett undantag vad gäller avvägningsrekvisitets överprövbarhet i kognitivt hänseende utgörs emellertid av regler som explicit hänvisar till just den handläggande domstolens uppfattning, som exempelvis RB 1:3 a st. 3 (i den dispositiva delen),⁹⁶² RB 35:13 st. 2 p. 1 samt RB 50:12 st. 1. Avseende den förstnämnda av dessa regler (där det relevanta rekvisitet, med här tillagd kursivering, lyder: ”*rätten anser det tillräckligt* att en domare sitter i rätten och parterna samtycker till det”) framhålls i förarbetena: ”Med den utformning bestämmelsen nu fått torde det knappast bli aktuellt för högre rätt att återförvisa målet på grund av bristande domförhet, även om den högre rätten skulle finna att målet bort avgöras i en större sammansättning.”⁹⁶³ Den omtalade ”utformningen” torde syfta på hänvisningen till tingsrättens uppfattning, vilket skulle tyda på att regler med denna typ av

⁹⁵⁹ Jfr dock RH 1995:55 ang. en tingsrätts beslut att meddela mellandom enligt RB 17:5 st. 2, där hovrätten explicit uttalar att den bristande lämpligheten *inte* innebär att underrätten begått rättegångsfel, trots att lämplighet är en förutsättning för att mellandom ska vara tillåten. Detta ger uttryck för en förståelse av begreppet ”rättegångsfel” som är mer generös mot domstolarna än såväl det welamsonska, kognitiva som det av Kallenberg representerade strukturella perspektivet som beskrivits ovan. Hovrättsavgörandet illustrerar dock väl poängen att distinktionen mellan strukturell och kognitiv rättstillämpning blir problematisk vid tolkningsfakultativ reglering.

⁹⁶⁰ För exempel härpå se RH 1999:54 och RH 2009:50 ang. rekvisitet ”enkel beskaffenhet” i RB 1:3 a st. 3, NJA 1978 s. 722 och NJA 1983 s. 576 ang. ”särskild omständighet” i RB 18:5 st. 2, NJA 2002 C 4 och Hovrättens för Nedre Norrland beslut i Ö 825–02 ang. rekvisitet ”skäligt rådrum” i RB 32:1 samt NJA 1994 s. 7, NJA 1976 s. 289 och Hovrättens för Övre Norrland beslut i FT 711-12 ang. vad ”målets beskaffenhet kräver” enligt RB 42:8 st. 2 och 43:4 st. 2 (jfr RB 50:17).

⁹⁶¹ Se vidare strax nedan vid noterna 969 och 970.

⁹⁶² Jfr Fitger m.fl., RBK s. 1:10 b.

⁹⁶³ Prop. 1988/89:95 s. 75. Av textens disposition att döma avser detta uttalande endast den dispositiva delen av regeln, alltså inte rekvisitet ”enkel beskaffenhet” i regelns sista led (se om detta not 960 ovan).

rekvisit inte kan bli föremål för överprövning. En sådan slutsats har också vissa språkliga skäl för sig. Därtill förefaller det inte förekomma några refererade fall där en överrätt har ifrågasatt en underrätts bedömning enligt ett avvägningsrekvisit av denna typ. Detta kan emellertid också komma sig av att dessa regler är få till antalet och mestadels avser frågor som endast mer sällan alls torde komma under överprövning.

Vid äkta fakultativ reglering är det åtminstone i princip möjligt att skilja frågan om fakultativitetens gränser från den om domstolens utövande av sin fakultativa behörighet. Dessa regler erbjuder således de bästa förutsättningarna för att studera kognitivt inriktad överprövning.

Det övergripande intrycket är att överrätterna förefaller ha varit försiktiga när det gäller att ifrågasätta underrättens skönsutövning inom ramen för dess behörighet. Det finns flera exempel ur särskilt hovrättspraxis där överrätten avstått från en mer kognitivt inriktad överprövning av underrättens beslutsfattande. I NJA 1998 s. 278 ansåg hovrätten att tingsrätten ”haft fog” att avgöra målet utan att utfärda stämning (RB 42:5 st. 1 p. 2), eftersom en av lagrummets två alternativa förutsättningar var för handen.⁹⁶⁴ Avseende samma lagrum slöt sig hovrätten i RH 1987:4 till att att tingsrätten ”förfarit riktig”, eftersom rekvisiten för att den fakultativa behörigheten skulle inträda varit uppfyllda, men utan att diskutera tingsrättens skönsutövning inom ramarna för denna behörighet.⁹⁶⁵ Liknande tillvägagångssätt valdes av hovrätten i NJA 2006 s. 326, då den konstaterade att ”förutsättningar förelegat för att meddela stupstocksföreläggande [enligt RB 42:15]”,⁹⁶⁶ och av hovrätten i NJA 1998 s. 829, vars överprövning av tingsrättens beslut att meddela editionsföreläggande var helt inriktad på editionspliktens strukturella gränser.⁹⁶⁷

I dessa fall förefaller hovrätterna stanna vid konstaterandet att tingsrättens agerande skett inom den fakultativa regelns ramar, och därmed är

⁹⁶⁴ NJA 1998 s. 278, ref. s. 281. HD ansåg däremot att förutsättningar för sådant agerande inte förelåg, eftersom käranden inte ”kunnat lagligen förvägras sin rätt att få kärömålet prövat av domstol i ett kontradiktoriskt förfarande.” Detta uttalande får tolkas som att tingsrätten hade agerat utöver sin behörighet (och i strid med EKMR, jfr i och vid not 957 ovan). Se även NJA 2013 s. 813.

⁹⁶⁵ RH 1987:4, ref. s. 23.

⁹⁶⁶ NJA 2006 s. 326, ref. s. 330. HD:s uttalande att det ”är uppenbart att det varit befogat” av tingsrätten att utfärda föreläggande enligt 42:15 (ref. s. 336) är i här aktuellt avseende mindre klart, då det kan förstås antingen som att utfärdandet av sådant föreläggande (uppenbart) varit lagligt, eller som att tingsrätten också gjort en riktig skönsmässig bedömning.

⁹⁶⁷ NJA 1998 s. 829, ref. s. 832. HD:s resonemang behandlas nedan vid not 984.

att anse som tillåtet. Någon bedömning av det lämpliga i tingsrätternas agerande, utöver detta konstaterande av att det inte varit olagligt, tycks hovrätterna inte ha företagit. Detta kan tyda på att hovrätterna ansluter sig till den kallenbergska förståelsen av rättegångsfel och menar att en tingsrätt definitionsmässigt förfarit korrekt om dess agerande varit tillåtet enligt den fakultativa regeln, oavsett agerandets lämplighet.⁹⁶⁸

Indikationer på överrätternas obenägenhet att överpröva underrättens kognitiva skönsutövning, där denna kan skiljas från en strukturell överprövning, finns också i praxis avseende regler med dubbla fakultativetsmarkörer, där överprövningen tycks ha inriktat sig främst på avvägningsrekvisitet. Således har till exempel överprövning av tingsrätts tillämpning av RB 5:10 oftast skett mot bakgrund av den begränsande, tolkningsfakultativa regeln i st. 3, enligt vilken en förutsättning för medverkan genom telefon- eller videokonferens är att sådan *inte är olämplig*, snarare än genom att överrätten motsatt sig tingsrättens utnyttjande av sin behörighet direkt enligt st. 2,⁹⁶⁹ och vid överprövning av underrätts beslut att meddela mellandom enligt RB 17:5 st. 2 har överinstansen inriktat sig på frågan om sådan dom varit *lämplig*, vilket är en förutsättning för att behörighet (men inte skyldighet) att meddela mellandom ska föreligga.⁹⁷⁰

Det finns emellertid exempel i praxis på att underrätters rättstillämpning även *inom* en regels fakultativa utrymme har blivit föremål för omprövning. I målen RH 2001:10 och NJA 2013 s. 209 utför överrätten en överprövning av de lägre domstolarnas resonemang, trots att underrättens beslut tydligt ligger inom ramen för det strukturellt tillåtna. I RH 2001:10, som rörde hävande av ett tidigare meddelat kvarstadsbeslut, konstaterar hovrätten ”att det inte finns något uttryckligt

⁹⁶⁸ Det kanske tydligaste exemplet på sådan logik kommer från förvaltningsrättens område och återfinns i Kammarrättens i Stockholm dom i mål 8997-07 (kursiverat här): ”Regeln är fakultativ och ger följaktligen Läkemedelsverket betydande handlingsfrihet [...] Läkemedelsverket har gjort bedömningen att en rikslicens i en situation som den nu aktuella i första hand bör återkallas när det finns ett motsvarande godkänt läkemedel. Enligt kammarrättens mening får den bedömningen anses *ligga inom ramen för det handlingsutrymme Läkemedelsverket getts*. Läkemedelsverkets överklagande skall *därför* bifallas.”

⁹⁶⁹ NJA 2007 s. 822, RH 2009:61 och RH 2011:36, HD:s beslut i mål Ö 1443-11 samt Svea hovrätts beslut i mål B 7968-13.

⁹⁷⁰ RH 1995:55, AD 1997 nr 69 och AD 2002 nr 15. För ytterligare exempel på fall där överprövningen inriktats på avvägningsrekvisitet i en ”dubbelfakultativ” regel se RH 2011:4 (avseende RB 46:15 a), RH 2012:78 (avseende RB 45:10 a) och NJA 1992 s. 555 (avseende RH 9:10 st. 2, dock inom ramen för ett åtal för tjänstefel mot den handläggande domaren).

lagstöd för att en domstol skulle kunna avslå ett kvarstadsyrkande enbart med hänvisning till att det vid en proportionalitetsbedömning befunnits att den begärda kvarstaden skulle få oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för den”, men att Högsta domstolen ”slagit fast att domstolarna torde ha befogenhet att göra en sådan proportionalitetsbedömning”.⁹⁷¹ Således förefaller hovrätten anse sig utföra sin överprövning utifrån ett i lagen oskrivet men i praxis utvecklat proportionalitetsrekvisit, istället för att helt enkelt utföra en sådan inom ramen för den skönsmässiga bedömning som fakultativitetsmarkören ”får” inbjuder till.

Ett liknande resonemang förs av HD i NJA 2013 s. 209, där det var fråga om tillämpning av RB 13:2. HD konstaterar att det för att talan ska vara tillåten, utöver att ovisshets- och förfångsrekvisiten ska vara uppfyllda, krävs att en fastställsetalan framstår som lämplig.⁹⁷² Liksom i RH 2001:10 lyfts alltså det oskrivna avvägningsrekvisitet fram som ett rekvisit bland övriga, och fungerar som standard för överprövningen. Om tyngdpunkten läggs på införandet av i lagtexten oskrivna avvägningsrekvisit kan reglerna betraktas som ”dubbelfakultativa”, varvid överrätternas agerande i dessa fall skulle överensstämma med den praxis som beskrivits ovan och som kännetecknas av restriktivitet vid överprövning av äkta fakultativa regler och större benägenhet att överpröva tolkningsfakultativt reglerat beslutsfattande. Resonemanget i NJA 2013 s. 209 kopplar dock det implicita avvägningsrekvisitet direkt till regelns äkta fakultativa karaktär; HD menar att det *i själva fakultativiteten* ”ligger ett krav på att en fastställsetalan med hänsyn till omständigheterna framstår som lämplig”.⁹⁷³ Domstolen åskådliggör därigenom att dess överprövning rör just underrättens utövande av sin skönsmässiga beslutsmakt enligt den fakultativa regeln (det vill säga inom dess ramar), och ger sålunda stöd

⁹⁷¹ Se NJA 1993 s. 182, där HD konstaterar att det saknas ”uttryckligt lagstöd” för en proportionalitetsbedömning i RB 15:3, men att en sådan ändå får anses ligga inom domstolarnas befogenhet (ref. s. 186).

⁹⁷² NJA 2013 s. 209 p. 6–9. Det finns även två refererade avgöranden avseende RB 13:2 där överrätten uttalar sig om lämpligheten av att föra fastställsetalan i målet (RH 2006:55, NJA 2007 s. 108). I båda dessa fall hade underrätten dock funnit att talan skulle avvisas på grund av brist i någon av de övriga förutsättningarna, varför överrätten inte bör anses uttala sig i lämplighetsfrågan överprövningsvis.

⁹⁷³ NJA 2013 s. 209 p. 7, se även NJA 2014 s. 29 p. 12. Jämförelse kan göras med hovrättens resonemang i det förstnämnda målet, där lämplighetskravet bakades ihop med förfångsrekvisitet och därigenom tydligare hänfördes till fakultativitetens ramar.

för ståndpunkten att även tillämpningen av äkta fakultativa regler kan överprövas i kognitivt hänseende.

Ytterligare tre avgöranden, där högre rätt underkänt underrättens skönsmässiga beslut trots att detta förefaller ha varit lagligt i strukturell mening, ska behandlas här.⁹⁷⁴ NJA 1966 s. 205, som åberopas av Welamson till stöd för uppfattningen att tillämpningen av fakultativa regler i kognitivt hänseende kan utgöra rättegångsfel,⁹⁷⁵ avsåg en hovrätts underlåtenhet att meddela hänvisning enligt RB 10:20 st. 1. Omständigheterna i målet var att samma bodelning hade klandrats i två skilda underrätter, Göteborgs rådhusrätt och en norrländsk häradsrätt. Den förra hade avvisat talan, medan den senare hade upptagit den till prövning; båda besluten hade sedermera överklagats till hovrätt, vilka i båda fallen fastställde underrätternas beslut i forumfrågan.

Hovrätten för Västra Sverige, som alltså hade avvisat talan utan att meddela begärd hänvisning och vars beslut det var som blev föremål för domvilloklagan, motiverade i ett yttrande till HD sitt beslut med att frågan om underrättens behörighet samtidigt hade varit uppe till prövning i Hovrätten för Övre Norrland, varför den begärda hänvisningen till häradsrätten hade kunnat orsaka komplikationer, särskilt för det fall den sistnämnda hovrätten samtidigt hade hänvisat den där anhängiga talan till rådhusrätten i Göteborg. Den västsvenska hovrätten angav särskilt att den fattat beslutet mot bakgrund av att den uppfattade RB 10:20 som fakultativ. HD underkände emellertid hovrättens tillämpning och undanröjde beslutet. Som konstaterats ovan anför Welamson detta avgörande till stöd för att högre rätt äger överpröva lägre rätts skönsmässigt fattade beslut även om beslutet är lagligt i strukturell mening.

Högsta domstolen anförde att hovrätten ”inte ägt” underlåta att meddela hänvisning, eftersom sådana omständigheter som hade tillåtit dylik underlåtenhet inte hade förelegat i målet.⁹⁷⁶ Det senare antyder visserligen att det kan tänkas uppkomma omständigheter under vilka hän-

⁹⁷⁴ NJA 1966 s. 205, NJA 1998 s. 829 och NJA 1986 s. 268. Jfr även NJA 1961 s. 157, där omprövning av underrättens beslut strängt taget inte aktualiseras eftersom HD:s majoritet såvitt jag förstår undanröjer hovrättens beslut i aktuell del på grund av ett formfel och därefter, istället för att återförvisa målet, själv beslutar enligt den fakultativa regeln ifråga (RB 18:7). Minoritetens votum tycks dock utgöra en överprövning av hovrättens beslut.

⁹⁷⁵ Welamson och Munck (2011) s. 115; jfr not 943 ovan.

⁹⁷⁶ Detta är HD:s hela motivering, varför fallet som ledning för rättstillämpningen betraktat lämnar en del i övrigt att önska (jfr Ekelöf och Edelstam (2008) s. 148).

visning får underlåtas, vilket skulle innebära att HD ersatt hovrättens skönsmässiga bedömning med sin egen. Detta vore en överprövning påminnande om den som tidigare iakttagits avseende avvägningsrekvisit, i vilket fall Welamsons slutsats framstår som välmotiverad.

Formuleringen att hovrätten *inte ägt* agera som den gjorde antyder emellertid att det inte endast rör sig om en annan skönsmässig bedömning från överrättens sida, utan att underrätten gått utöver sin behörighet och alltså handlat i strid med den fakultativa regeln. I linje med denna tolkning kan också nämnas att HD i ett senare mål, i anledning av ett överklagande av en hovrätts beslut *att* meddela hänvisning enligt 10:20, konstaterade att "[o]mständigheterna får anses ha varit sådana att HovR:n, sedan den funnit att Stockholms TR inte var behörig att pröva tvisten, inte haft rätt att underlåta hänvisa målet till Falu TR".⁹⁷⁷ Eftersom omständigheterna i detta senare mål saknade varje likhet med dem i NJA 1966 s. 205 förstärker uttalandet intrycket av att HD:s överprövning i dessa fall inte relaterar till skönsutövningen in casu utan till regelns struktur.

Det kan rentav ifrågasättas om regeln i RB 10:20 st. 1 alls är att betrakta som fakultativ. Till sin utformning har den förvisso sådan karaktär.⁹⁷⁸ Såväl Welamson som Lindell anför dock – trots att de explicit berör regelns fakultativa språkdräkt – att den i själva verket är att betrakta som obligatorisk,⁹⁷⁹ även i flera kommentarer omtalas stadgandet som en *skyldighet* för domstolen.⁹⁸⁰ RB 10:20 st. 1 framstår således som en *falskt* fakultativ regel. Försiktighet bör därför iakttas i att tillmäta praxis om denna regel betydelse för frågor om överprövning av *äkta* fakultativa regler.

Det kan visserligen inte uteslutas att regeln *var* äkta fakultativ fram till avgörandet i NJA 1966 s. 205, och ändrade karaktär till följd av HD:s

⁹⁷⁷ NJA 1999 s. 258.

⁹⁷⁸ Fakultativitetsmarkören består i hjälp verbet "får"; i regelns ursprungliga och 1966 fortfarande gällande lydelse användes istället "äge". Som konstaterats i avsnitt 2.2.2 (vid not 164) ovan är dessa markörer att betrakta som mot varandra utbytbara.

⁹⁷⁹ Lindell (2012) s. 195 och Welamson (1969) s. 922. Den senare begränsar dock sitt uttalande till fall där behörighetsfrågan låter sig utredas tillfredsställande.

⁹⁸⁰ Gärde m.fl. (1949) s. 100 och Thornefors, Karnov lagkommentar RB(267). Fitger m.fl., RBK s. 10:49 anför samma uppfattning som Welamson (not 979 ovan), men anser dock inte att denna begränsning berövar regeln dess fakultativa karaktär.

avgörande.⁹⁸¹ Detta är emellertid av mindre betydelse för den här förda diskussionen. Oavsett om regeln redan var eller genom HD:s prövning blev falskt fakultativ – det vill säga obligatorisk – så var överprövningen av strukturell karaktär; i det förra fallet eftersom regeln inte skulle ge utrymme för kognitiv skönsutövning från början, i det senare eftersom fokus för HD:s beslut inte var hovrättens (vid beslutstillfället legitima) skönsutövning utan omtolkningen av gränserna för densamma. I ingetdera fallet kan HD:s överprövning uppfattas som en kognitiv överprövning av hovrättens skönsutövning med innebörden att hovrätten haft rätt att utöva skön, men utövat det på fel sätt.⁹⁸² Detta skulle innebära att rättsfallet inte utgör tillfredsställande stöd för den slutsats som Welamson drar av det.

Det finns emellertid andra rättsfall som kan anföras till stöd för samma ståndpunkt, och som därmed är svårare att passa in i det mönster baserat på typ av fakultativitetsmarkör som föreslagits ovan. I NJA 1998 s. 829 hade tingsrätten meddelat editionsföreläggande mot svaranden, som överklagade beslutet särskilt och bland annat gjorde gällande att framtagande av de dokument som föreläggandet avsåg medförde en arbetsinsats som inte stod i proportion till uppgifternas bevisvärde. Liksom hovrätten⁹⁸³ konstaterade HD att förutsättningar för att meddela editionsföreläggande förelåg. HD menade emellertid vidare att lagrummet enligt praxis medger en avvägning mellan editionssökandens och motpartens intressen vid beslutet om editionsföreläggande,⁹⁸⁴ och genomförde där-

⁹⁸¹ Lindell (2012) s. 195 och Thornefors i Karnov stöder uttryckligen sina slutsatser på NJA 1966 s. 205. Welamsons uttalande sker i en kommentar till samma rättsfall, men det är inte klart om just uttalandet om regelns (bristande) fakultativitet är en slutsats av målet eller ett uttalande om rättsläget även före avgörandet. För att regeln skulle ha varit falskt fakultativ även före HD:s avgörande i 1966 års fall talar dock att redan Gärde m.fl. (1949) s. 100 anger att lagrummet innehåller ”vissa bestämmelser angående *skyldighet* för högre rätt [...]” (kursiverat här).

⁹⁸² Om överprövningen i NJA 1966 s. 205 ska kunna uppfattas som en kognitiv inriktad överprövning krävs att regelns övergång till falsk fakultativitet skedde efter tidpunkten för HD:s avgörande. Det finns dock inget som stöder en sådan tolkning; särskilt saknas indikationer på vilken senare rättsutveckling som skulle kunna ha bidragit till att eliminera det av regelns utformning antydda handlingsutrymmet (jfr vad som konstaterats nyss ovan, särskilt i not 981).

⁹⁸³ Se ovan vid not 967.

⁹⁸⁴ NJA 1998 s. 829, ref. s. 833. Det är värt att notera att såväl hovrätten som HD hänvisar till den tvingande regeln i RB 38:2 istället för fakultativa 38:4, vilket för mig framstår som svärförklarligt med tanke på att den senare regeln, till skillnad från den förra, dels direkt reglerar rättens behörighet att meddela editionsföreläggande, som ju var vad målet

efter själv en sådan avvägning mellan svarandens arbetsinsats och dokumentationens bevisrelevans för käranden. En sådan förnyad avvägning avseende ett redan träffat beslut är ett tydligt exempel på kognitivt inriktad överprövning, som rentav gränsar till omprövning av tingsrättens (förvisso inte redovisade) bedömning i frågan.

Möjligen kan denna mer omfattande överprövning förklaras med att HD ansåg sig åtminstone delvis *introducera* ett fakultativt element i regeln.⁹⁸⁵ Regeln skulle i så fall ha omvandlats till en fakultativ regel i och med HD:s avgörande,⁹⁸⁶ varvid tingsrättens bedömning skett utifrån en obligatorisk regel och HD varit den första instans som haft möjlighet att genomföra intresseavvägningen. Mot en sådan tolkning talar dock HD:s hänvisning till äldre praxis och det faktum att RB 38:4 (vilket lagrum tingsrätten, till skillnad från överinstanserna, faktiskt åberopade sig på) redan sedan tidigare hade fakultativ utformning.

I NJA 1986 s. 268 slutligen hade käranden till följd av svarandens medgivande vunnit bifall till sin talan i hovrätten, som dock med tillämpning av RB 18:3 st. 2 beslutat att kvitta rättegångskostnaderna. Högsta domstolen konstaterade efter överklagande (i just kostnadsdelen) att 18:3 st. 2 ”i och för sig [var] tillämpligt”,⁹⁸⁷ varmed torde menas att hovrättens kostnadsfördelning var laglig i strukturell mening. HD gick dock vidare med att genast därpå framhålla att stadgandet är fakultativt och att förarbetsuttalanden därtill ger vid handen att det är förhållandevis svagt fakultativt såtillvida att kvittning av kostnaderna endast undantagsvis ska komma till stånd. Med hänvisning till stadgandets fakultativa karaktär menade HD att en skälighetsbedömning skulle genomföras, varvid vissa

avsåg, dels genom sin fakultativa konstruktion kan sägas ge uttryck för att en intresseavvägning ska genomföras (se Hjertstedt (2011) s. 445 och jfr NJA 2013 s. 209 p. 7, cit. vid not 973 ovan). Hänvisningen till 2 § förklarar emellertid HD:s uttalande att möjligheten (eller skyldigheten?) att göra en intresseavvägning inte framgår i lagtexten. För vidare diskussion om detta se Hjertstedt, a.a. s. 443 ff.

⁹⁸⁵ HD anför visserligen att intresseavvägning vid editionsföreläggande ”i praxis synes [...] ha förekommit” tidigare. Heuman (JT 1999/2000 a) s. 155 f. menar dock att intresseavvägningen i NJA 1998 s. 829 utgör en ”nyskapelse”. Se även Hjertstedt (2011) s. 444 avseende uppfattningen i äldre litteratur.

⁹⁸⁶ Se Heuman (JT 1999/2000 a) s. 158, som menar att avgörandet innebar att ”[d]en reglering som ursprungligen i stort byggde på legalitetsprincipen i betydande avseenden [har] förvandlats till en reglering som vilar på delegationsprincipen där olika domares värderingar tillåts spela en roll.” Regleringen ifråga får väl i så fall antas ha varit RB 38:2, eftersom det var till denna som HD hänvisade.

⁹⁸⁷ NJA 1986 s. 268, ref. s. 271.

omständigheter i det enskilda fallet angavs vara av särskilt intresse. HD konkluderade därvid inte att hovrättens beslut varit *felaktigt*, utan endast att det framstod som ”*mera skäligt*” att besluta på annat sätt.⁹⁸⁸ Fallet är således att betrakta som ett prov på överprövning med fokus på den kognitiva skönsaspekten. För en sådan slutsats talar också att HD:s resonemang och slutsats är helt inriktade på omständigheterna i det enskilda målet, och det framstår inte som att avgörandet kan betraktas som bindande för den kommande rättstillämpningen annat än som viss ledning för skönsmässiga resonemang i liknande fall.⁹⁸⁹

Däremot bör noteras att kostnadsfrågan utgjorde själva *saken* i HD. Kostnadsfrågans släktskap med sakfrågan understryks av att hovrättsavgörandet i NJA 1986 s. 268 angreps genom ansökan om revision enligt då gällande RB 54:1, istället för besvär enligt 54:3 (och som extraordinärt rättsmedel torde resning, snarare än domvilla, ha kommit i fråga), vilket antyder att regeln i 18:3 st. 2 inte är en processuell regel i den mening som termen används i rättegångsfelssammanhang.⁹⁹⁰ Omständigheterna i NJA 1986 s. 268 innebär således att det beslut som blev föremål för omprövning snarare påminde om materiell, skönsmässig rättstillämpning, såsom straffmätningen i ett brottmål eller bedömningen av en avtalsklausuls skälighet, än om processuell rättstillämpning under rättegång. Detta kan möjligen ha haft betydelse för överrättens inställning till sin roll.⁹⁹¹ I anslutning härtill kan även noteras att de fall där en kognitivt orienterad överprövning genomförts har ett gemensamt drag i att det skönsmässiga beslutet i samtliga fall varit föremål för särskilt överklagande.

⁹⁸⁸ NJA 1986 s. 268, ref. s. 272. Kursiverat här.

⁹⁸⁹ Till skillnad från NJA 1966 s. 205, där slutsatsen framstår och har uppfattats som ett generellt tillämpligt imperativ (R_{mod}) för domstolarna: Om behörig domstol kan identifieras, så *ska* hänvisning ske. Jfr vad som i avsnitt 8.1.1 anfördes om prejudikatsverkan av strukturellt respektive kognitivt inriktad överprövning.

⁹⁹⁰ Se Welamson och Munck (2011) s. 115 f. och Welamson (1956) s. 79 f. På båda ställena påpekas att en regels placering i RB inte med nödvändighet innebär att regeln bör betraktas som processuell i här aktuell bemärkelse.

⁹⁹¹ Jfr Hess (2003) s. 52 f. och Marcus (2003) s. 455 ff. som båda diskuterar skillnaden mellan skön i materiella respektive processuella frågor och anser att skönsutövning i materiella frågor är känsligare.

8.1.3 Överprövning av skönsmässigt beslutsfattande

Det är en internationellt sett vanligt förekommande uppfattning att det föreligger en spänning mellan skönsutövning och överprövning.⁹⁹² Förekomsten av skön på underrättsnivå anses, i enlighet med den ovan av Kallenberg representerade inställningen, innebära ett förtroende förmedlat direkt från lagstiftaren till underrätterna.⁹⁹³ Flera skäl anges för denna inställning. En optimerande⁹⁹⁴ attityd från överrätternas sida ökar sannolikheten för att ett underrättsavgörande anses felaktigt och därmed incitamenten för missnöjda parter att överklaga, vilket i sin tur ökar tidsåtgången och kostnaden för förfarandet.⁹⁹⁵ I förlängningen medför det också att underrätterna, av rädsla för att mer okonventionell rättstillämpning skulle föranleda återförvisning i högre rätt, drar sig för att utnyttja de möjligheter som den fakultativa regleringen bereder dem.⁹⁹⁶ I många jurisdiktioner, särskilt i common law-traditionen, anses ”exercise of discretion” av dessa anledningar vara undandragen överprövning.⁹⁹⁷

Som visats ovan skulle sådan optimerande överprövning i Sverige riskera att underminera fakultativitetens effektiviseringsfunktion.⁹⁹⁸ Idén att skönsutövning skulle vara undantagen överprövning förefaller emellertid inte ha fått fäste i den svenska litteraturen. Tvärtom anför Rättegångsutredningen att ”[f]akultativa regler om förfarandet i första instans,

⁹⁹² Se Damaška (1986) s. 20 f. och Galič (2015) i avsnitt V.A. I am grateful to professor Galič for granting me access to his draft paper.

⁹⁹³ Jfr Hess (2003) s. 48, som konstaterar att den skönsmässigt beslutande domstolen blir ”a kind of mini sovereign”. Se även Marcus (2003) s. 453, som menar att skön kan sägas ”embody the ‘right to be wrong’”. Detta kan jämföras med Ekelöfs tanke om ”oriktig skönsutövning” (se Ekelöf (1956) s. 152, cit. i not 1002 nedan).

⁹⁹⁴ ”A decision maker who chooses the best available alternative according to some criterion is said to optimize” (New Palgrave Dictionary of Economics, uppslagsord: satisficing).

⁹⁹⁵ Se Trocker och Varano (2005) s. 252, med hänvisning till Zuckerman (2005) s. 155, samt Andrews (Judicial discretion 2003) s. 224 f.

⁹⁹⁶ Hess (2003) s. 54 och Galič (2015) i avsnitt V.A. Ett liknande argument anförs, dock ur partsperspektiv, av RU (SOU 1987:46 s. 149) och det inverterade argumentet, alltså att flitig återförvisning från högre rätt främjar underrätternas benägenhet att rätta sig efter processregleringen, av dep.ch. i prop. 1988/89:95 s. 53.

⁹⁹⁷ Se Hess (2003) s. 65, Chase (2003) s. 320 och Caranta (2008) s. 185, som betraktar ”discretion” som en ”no-go zone for courts”, alltså en företeelse som befinner sig utom de rättsliga överinstansernas kontroll. Att detta är en sanning med modifikation framgår dock bl.a. av Andrews (Judicial discretion 2003) s. 224 ff. och Consolo (2003) s. 285 samt i ett något bredare perspektiv Galligan (1986) s. 320 f.

⁹⁹⁸ Se avsnitt 7.2.2. Jfr även Zuckerman (2005) s. 156.

vilka lämnar stort utrymme för den enskilde domarens fria skön, kan sålunda medföra att risk[en för undanröjande och återförvisning från högre rätt] ökar”.⁹⁹⁹ Detta kan förklaras med att det dominerande perspektivet på skön skiljer sig åt mellan olika rättstraditioner. Den tradition som betonar en motsättning mellan skönsutövning och överprövning bygger på en förståelse av skön som påminner om det kontextuella perspektiv som skisserades i avsnitt 7.3 ovan, enligt vilket skönsutövning uppfattas främst som en fråga för den enskilde domarens goda omdöme och därför tillåts variera från fall till fall.¹⁰⁰⁰ Som visats i avsnitt 7.1–2 har i den svenska processrätten huvudsakligen en annan uppfattning intagits, och denna uppfattning torde avspeglats i betonet av överrätternas domstolsdisciplinära funktion.¹⁰⁰¹ Sammanfattningsvis tycks det därför inte finnas någon principiell inställning, varken i litteraturen eller i lagmotiven, som skulle förhindra att domstolars utövande av fakultativ reglerad beslutsmyndighet underställs högre rätts överprövning, vare sig vad gäller beslutets strukturella lagenlighet eller dess lämplighet i mer kognitivt perspektiv.¹⁰⁰²

Medan överrätterna även i praktiken tycks anse sig behöriga att överpröva lägre rätts rättstillämpning vad gäller fakultativa reglers strukturella delar kan dock en viss restriktivitet vad gäller överprövning av underrätters skönsutövning i kognitivt hänseende skönjas. Restriktiviteten förefaller minska om parterna uttryckligen påkallar överrättens prövning genom särskilt överklagande. Det framstår också som att HD är mer benägen än hovrätterna att underkänna lägre domstols skönsmässiga resonemang inom ramarna för en äkta fakultativ regel.

En sådan restriktiv hållning förefaller ligga väl i linje med lagstiftarens ambition att förlägga processens tyngdpunkt till första instans och renodla

⁹⁹⁹ SOU 1987:46 s. 149.

¹⁰⁰⁰ Detta framgår kanske tydligast hos Trocker och Varano (2005) s. 252, som riktar ett varningens ord till ”those people who look at judicial discretion not as the proper instrument for a flexible handling of the litigation process, but rather as the source of authoritarian involutions”.

¹⁰⁰¹ ”Domstolsdisciplinära skäl” är, vid sidan av instansordningens princip, det huvudsakliga argument som anförs för en extensiv överrättskontroll, se SOU 1987:46 s. 157 f., prop. 1988/89:95 s. 53 och prop. 1996/97:131 s. 40 samt Ekelöf och Edelstam (2008) s. 124 f. Det kan dock noteras att RU i sitt ovan vid not 999 citerade uttalande betraktar även frekvent återförvisning som en risk.

¹⁰⁰² Se Ekelöf (1956) s. 152, som menar att en underrätts beslut ”mycket väl” kan ändras med hänvisning till att underrätten ”oriktigt utövat det fria skön, som tillkommer densamma enligt en [fakultativ] regel.”

överinstansernas roll,¹⁰⁰³ öka parternas inflytande i undanröjandefrågan samt minska antalet på grund av rättegångsfel undanröjda underrättsdomar.¹⁰⁰⁴ En liknande förskjutning kan också noteras i beskrivningen av hovrätternas funktion vad gäller kontrollen av tingsrättsförfarandet; där Processlagberedningen talar om ”hovrättens allmänna skyldighet att sörja för att målet blir *på lämpligt sätt* handlagt”, menar EMR-lagstiftaren att hovrätten ska övervaka tingsrättsprocessens *lagenlighet* och ”ingripa mot *allvarliga* rättegångsfel”.¹⁰⁰⁵ Även HD:s i jämförelse med hovrätterna mer aktiva roll förefaller stå väl i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner.¹⁰⁰⁶

En utveckling mot ökad underrättsautonomi ligger vidare i linje med, och kan därmed förstärkas av, unionsrätten. Detta är särskilt tydligt i EU-domstolens praxis avseende den fakultativa regeln om förhandsavgörande i underrätt (art. 267(2) FEUF), enligt vilken en nationell underrätts beslut att begära förhandsavgörande i praktiken inte kan underställas överprövning i högre rätt.¹⁰⁰⁷ Eftersom denna regel har äkta fakultativ utformning överensstämmer EU-domstolens hållning i denna del relativt väl med det mönster som enligt det nyss föregående har utkristalliserats i svensk överrättspraxis. EU-domstolen har emellertid även i andra sammanhang underkänt nationella processregler som ger uttryck för lägre domstolars bundenhet vid högre instansers avgöranden i samma rättegång.¹⁰⁰⁸ Till detta kommer att underrätter enligt fördraget dels är behöriga att själva förfoga över frågan om förhandsavgörande, dels också är behöriga att självständigt avgöra svåra unionsrättsliga rättsfrågor, medan domstolssystemets sista instans är tvingad att underordna sig EU-dom-

¹⁰⁰³ Se bl.a. prop. 1988/89:95 s. 32, Ds 2001:36 s. 68 och prop. 2004/05:131 s. 171 ff.

¹⁰⁰⁴ Se SOU 1987:46 s. 154 f., prop. 1988/89:95 s. 51 ff. samt NJA 1991 s. 783, ref. s. 788.

¹⁰⁰⁵ SOU 1938:44 s. 527 resp. prop. 2004/05:131 s. 171. I båda fallen kursiverat här.

¹⁰⁰⁶ Se prop. 1988/89:95 s. 56 samt Welamson och Munck (2011) s. 122.

¹⁰⁰⁷ C-210/06 *Cartesio* p. 93–98, se vidare Bobek (2010) s. 307 ff. samt Broberg och Fenger (2011) s. 276 ff. Mer precist föreskrev EU-domstolen i *Cartesio* den något märkliga ordningen att underrätts beslut att begära förhandsavgörande visserligen kan överklagas om nationell rätt erbjuder sådan möjlighet, men att överrättens avgörande, åtminstone om det innebär en ändring av underrättens beslut, inte får bindande verkan gentemot underrätten (se särskilt *Cartesio* p. 93 och 96). Vad detta innebär för svenskt vidkommande har jag diskuterat i Wallerman (2013) s. 313.

¹⁰⁰⁸ Se C-173/09 *Elchinov* p. 32, C-396/09 *Intereidil* p. 39 och C-416/10 *Križan m.fl.* p. 73. Effekten av dessa avgöranden kan dock mildras genom att överinstanserna själva försäkras sig om att begära förhandsavgörande så snart anledning därtill förekommer.

stolen.¹⁰⁰⁹ Den sammantagna effekten blir att underrätternas ställning stärks genom att de i vissa fall de facto inte är underställda överrätternas kontroll.¹⁰¹⁰ I detta avseende förefaller den svenska och den europeiska utvecklingen samverka.

Den lägre benägenheten att inlåta sig på överprövning av skönsutövning i kognitivt hänseende innebär i praktiken att överrätterna är mer benägna att överpröva en underrätts skönsutövning om den skett vid tillämpning av en tolkningsfakultativ regel, än en äkta fakultativ. Även om ett lämplighetsrekvisit av något slag rimligen får anses underförstått i varje fakultativ regel,¹⁰¹¹ skulle förekomsten av ett *explicit* avvägningsrekvisit innebära att den handläggande domstolens bedömning i större utsträckning öppnas upp för ifrågasättande i högre rätt.¹⁰¹² Detta förhållande antyder ett potentiellt svar på den av Ekelöf väckta frågan, huruvida avvägningsrekvisitet i en regel med dubbla fakultativitetsmarkörer förändrar regelns karaktär eller inte.¹⁰¹³ Det innebär också att överinstansernas, särskilt hovrätternas, roll är en faktor som bör tas i beaktande vid det legislativa valet mellan äkta fakultativ och tolkningsfakultativ konstruktion.

Eftersom hovrätterna också förefaller mindre benägna att överpröva underrätternas skönsutövning i samband med sin officialkontroll av

¹⁰⁰⁹ Art. 267(2-3) FEUF. Se även C-555/07 *Kücükdeveci* p. 54–55 och C-173/09 *Elchinov* p. 28. Jfr Tridimas (2013) s. 377, som menar att själva förekomsten av förhandsavgörandeinstitutet har ”brought about a realignment of powers within the national judiciary”, till underrätternas fördel.

¹⁰¹⁰ Bobek (E.C.L. Rev. 2014) s. 74 f. beskriver detta som en ”atomisation of national judicial hierarchies”.

¹⁰¹¹ Se HD i NJA 2013 s. 209 p. 7 (behandlat i avsnitt 8.1.2 ovan): ”Bestämmelsen i 13 kap. 2 § rättegångsbalken är fakultativ. *I det ligger* ett krav på att en fastställsetalan med hänsyn till omständigheterna framstår som lämplig” (kursiverat här). Se även AD 1997 nr 69 och 2002 nr 15, där AD menar att det faktum att en regel är fakultativ innebär att ”den domstol som handlägger målet skall oberoende av parts yrkande och *efter lämplighetshänsyn* avgöra” om rättsföljden ska inträda (kursiverat här). HD och AD förefaller alltså anse att en lämplighetsprövning är implicit i själva fakultativiteten, vilket framstår som en rimlig uppfattning som åtminstone delvis delas av Heuman (2006/07) s. 838. (Avseende AD:s uttalande bör dock påpekas att fakultativitet inte definitionsmässigt utesluter att domstolen kan vara beroende av parts yrkande, eftersom en fakultativ regel också kan vara dispositiv.)

¹⁰¹² Av ovan diskuterade RH 2001:10 och NJA 2013 s. 209 kan man då också dra slutsatsen att sannolikheten för överprövning ökar om den fakultativa regelns implicita lämplighetsrekvisit görs mer explicit genom att lyftas fram i HD:s praxis (eller kanske i den rättsvetenskapliga litteraturen?).

¹⁰¹³ Ekelöf (1956) s. 150. Jfr avsnitt 2.2.5 ovan.

tingsrättens handläggning, och eventuellt även vid överklagande i samband med dom, än efter särskilt överklagande i den fakultativt reglerade processfrågan, kan det finnas anledning att överväga överklagandemöjligheterna i samband med en övergång från obligatorisk till fakultativ reglering. Underrätternas ökade självständighet i dessa avseenden kan också motivera ett skiftat fokus vad gäller kvalitetssäkring mot mer indirekta, formativa åtgärder, såsom exempelvis den juridiska utbildningen¹⁰¹⁴ och rekryteringen av domare,¹⁰¹⁵ vid sidan av den direkta kontrollen i överrätt.

8.2 Fakultativitet och juridifiering

Diskussionen i det föregående har visat att domstolar även på lägre nivåer i instansordningen åtnjuter ett visst mått av autonomi i sin skönsutövning enligt fakultativ reglering, där högre domstolars överprövning ofta begränsar sig till kontroll av det skönsmässiga beslutets förenlighet med regeln ur ett strukturellt laglighetsperspektiv. Eftersom domstolens beslut inom ramen för dess handlingsutrymme utgör ett värderande ställningstagande som får bindande verkan för processens utformning är det relevant att tala om domstolarna som utövare av normativ makt.¹⁰¹⁶ Lite

¹⁰¹⁴ Jfr Molander m.fl. (2012) s. 222 f. om betydelsen av (den juridiska) utbildningen, vars syfte de anger vara ”inculcating specific kinds of knowledge, *modes of thinking, values and norms* in persons with discretionary powers” (kursiverat här); liknande reflektioner framförs av Heuman (2004/05) s. 46 och Ställvik (2009) s. 41. Det kan noteras att genomförd juristutbildning i RB uppfattas endast som ett ”kunskapsprov” (RB 4:1 st. 1); om ordvalet är representativt för uppfattningen om utbildningens funktion kan detta möjligen bidra till att förklara de reservationer mot skön som diskuterats ovan.

¹⁰¹⁵ Se prop. 2007/08:113 s. 9, jfr även SOU 2003:102 s. 21 f. Nylund (2014 b) s. 411 f. påpekar att förfarandets utformning kan påverka rekryteringsmöjligheterna, vilket från en annan synvinkel betonar dessa båda frågors släktskap. Representanter för Sveriges Domareförbund (Aldemark och Nermark Torgils, SvD 2015-01-05) menar att domare i Sverige idag, till följd av domstolsorganisationen och ambitionen att renodla dömandet, har förlorat kontrollen över den formella processledningen, och att detta är en delförklaring till domarykets sviktande attraktionskraft (jfr SOU 2003:102 s. 344 ff. om domarens arbetsuppgifter och relation till beredningsorganisationen, vari den senares betydelse föreslås öka).

¹⁰¹⁶ Barak (1989) s. 91 f. omtalar beslut av här aktuellt slag som ”individual legal norms”. Jfr även Zahle (1995) s. 185 ff., vars polycentriska infallsvinkel tillåter honom att uttala att ”both individuals and private institutions act as agencies which *create law*” (cit. från s. 194, kursiverat här). Detta borde i minst lika stor utsträckning gälla för statliga institutioner, som domstolar.

tillspetsat kan man säga att den handläggande domstolen genom sin tillämpning av fakultativa regler skraddarsyr en personlig rättegångsbalk för varje tvist.¹⁰¹⁷

Utifrån perspektivet att offentlig makt endast tillkommer folkets representanter är detta ett åtminstone i någon mån problematiskt konstaterande.¹⁰¹⁸ Detta framskymtar i uttalanden i den processrättsliga litteraturen, där domstolarnas maktutövning enligt fakultativa regler erkänns men härleds ur ett legislativt ställningstagande. Fakultativ reglering kan sålunda, med Lindblom, ”uppfattas som en *fullmakt* som ger domstolen möjlighet att utbilda specialregler (inom ramen för och i harmoni med huvudregeln); domaren får *fungera som lagstiftare* med utgångspunkt i de ändamålsöverväganden som kommit till uttryck genom det fakultativa stadgandet i övrigt.”¹⁰¹⁹ Avseende tolkningsfakultativa regler framträder samma synsätt, om än i mindre generella uttalanden, hos Bylander, som har uttalat att den tolkningsfakultativa regeln i RB 4:13 mom. 10 ”innebär att lagstiftaren *har delegerat* till domstolen att *mer diskretionärt bedöma* vad som därutöver kan vara ägnat att rubba förtroendet till en domares opartiskhet i målet”,¹⁰²⁰ och Westberg, som på tal om materiell processledning noterar att ”viktig *normbildning* inom dagens processrätt i stor utsträckning tycks ske på underrättsnivå”.¹⁰²¹

Även om fenomenet blivit vanligare på senare tid har emellertid tanken om fakultativitet som delegation djupare rötter. Ekelöf menar att lagen vid fakultativ och/eller dispositiv reglering kan ”sagas ha »delegerat» bestämmanderätten i processen till det ena eller andra rättssubjektet”,¹⁰²²

¹⁰¹⁷ Jfr Lindblom (2006) s. 119 f.

¹⁰¹⁸ Se RF 11:2 och mer i allmänhet 1:1 och 1:4. Detta är dock ingalunda en nödvändig uppfattning; se Hess (2003) s. 48, som påpekar att makten över processen i vissa länder (dock främst common law-länderna) anses utgöra ”the inherent power of the courts and the judiciary”.

¹⁰¹⁹ Lindblom (1993) s. 328 f., kursiverat här. Se även dens. (1997) s. 617 och (1999) s. 505 f.

¹⁰²⁰ Bylander (2009) s. 182 f., kursiverat här. Bylander betecknar, liksom Ekelöf (1956) s. 147, regeln ifråga som en ”generalklausul”. Angående sådana, dock inte (endast) i processuella sammanhang, se Strömholm (1996) s. 250, som menar att generalklausuler ”[p]å sätt och vis innebär [...] ett slags *delegation av lagstiftningsmakt* till domstolarna” (kursiverat i originalet) och Lindblom (1997) s. 617 f., som konstaterar att generalklausuler bland annat kan ”användas för att ge rätten möjlighet att bilda normer”. Som konstaterats i not 208 ovan tycks Ekelöf betrakta generalklausulerna som en typ av fakultativa regler.

¹⁰²¹ Westberg (1995/96) s. 75, kursiverat här.

¹⁰²² Därav termen ”*delegationsprincipen*” (jfr avsnitt 3.1 ovan). Ekelöf (1956) s. 268.

och redan Kallenberg framhåller att en fakultativ regel är ”just en sådan rättsats, som *överlåter regleringen av ett förhållande till vederbörande intressenter*”.¹⁰²³

Fakultativa regler har enligt dessa resonemangs fullmakts- och delegationsmetaforer väsentligen funktionen att ge domstolarnas tillämpningsbeslut lagformens legitimitet eller rentav *karaktären av lag*. Ett sådant uttryckssätt är förstas formellt inkorrekt; lag stiftas av riksdagen (RF 1:4) och utmärks liksom andra författningar av generell tillämplighet.¹⁰²⁴ Detta kan inte sägas vara fallet för de föreskrifter som domstolarna meddelar vid tillämpningen av fakultativa regler, vilka är bindande endast för en mycket begränsad personkrets och endast inom ramen för den pågående prövningen.¹⁰²⁵ Ekelöfs uttryck om delegation av *bestämmanderätten* förefaller således vara lagtekniskt sett mer adekvat. Tanken om domstolarna som lagstiftare på delegation har dock andra poänger, eftersom den belyser att domstolens beslut fyller samma funktion i den enskilda processen som en mer detaljerad lagregel hade gjort.¹⁰²⁶

Att betrakta fakultativa regler som delegation av normgivningsmakt åskådliggör att valet av fakultativitet över obligatorium får effekter för maktbalansen mellan olika statliga nivåer och funktioner.¹⁰²⁷ Ansvar för en viss utgång – ett beslut med visst innehåll, det vill säga en viss ”ad hoc-regel”¹⁰²⁸ – faller i större utsträckning på de enskilda domarna, och måste axlas i det enskilda fallet.¹⁰²⁹ Det demokratiska inflytandet förläggs

¹⁰²³ Kallenberg (1923) s. 72. Kursiverat här.

¹⁰²⁴ Strömberg (1976) s. 53 f. och Sterzel (2009) s. 210 f. Jfr även prop. 1973:90 s. 203 f.

¹⁰²⁵ Jfr de kriterier som beskrivs av Strömberg (1999) s. 40 med hänvisning till prop. 1973:90 s. 204. Hess (2003) s. 51 i not 36 menar av liknande anledningar att domstolens utövande av fakultativitet påminner mer om förvaltningsmyndigheters beslutsfattande än om rättsskapande (jfr härom ovan not 968).

¹⁰²⁶ Jfr Lindblom (2006) s. 112, som framhåller att domaren vid bl.a. tillämpning av fakultativa regler ”utför en uppgift som normalt tillkommer politikern, den i val utsedde lagstiftaren.” Annat än en analogi kan det dock inte bli tal om, eftersom grundlagen inte ger stöd för delegation direkt från riksdagen till domstolarna, se RF 8 kap., särskilt 10 och 13 §§. Se även prop. 1973:90 s. 209 och Strömberg (1999) s. 123. Jfr dock SOU 2008:125 s. 546 ff. om framväxten av konstitutionell praxis innebärande mer omfattande delegation än vad RF:s ordalydelse medger.

¹⁰²⁷ Jfr Holmström (1998) s. 53, som anför att ju starkare fakultativiteten och ju större det fakultativa området är, ”desto mer kommer [domstols]verksamheten att likna den som lagstiftarna normalt ägnar sig åt.”

¹⁰²⁸ Jfr Barak, cit. i not 1016 ovan.

¹⁰²⁹ Till skillnad från vad som är fallet vid ”rättstillämpning” i montesquiesk bemärkelse, då ansvaret (nästan) alltid kan betecknas som ett systemfel och överskjutas på de

till en högre abstraktionsnivå, medan ansvaret för utfallet i det enskilda målet överförs på beslutsfattare längre ned i den statliga hierarkin.¹⁰³⁰ Domstolen får därmed en roll som mer påminner om förvaltningsmyndighetens, såtillvida att den i dessa frågor, som tillhör domstolarnas vardagsverksamhet, inte prövar i andra aktörers (parternas) agerande, utan istället själv är en rättstillämpande (eller rättsskapande) aktör, vars agerande kan bli föremål för rättslig prövning i högre instans enligt vad som utvecklats i föregående avsnitt.¹⁰³¹

I detta fall är det emellertid inte främst fråga om delegation till *lägre* befattningshavare, utan till befattningshavare av ett *annat slag*; från politiska beslutsfattare till jurister. En sådan maktöverföring innebär inte endast att förutsättningarna för demokratiskt ansvarsutkrävande försämrats,¹⁰³² utan även att själva de normerande beslutens innehåll kan komma att förändras eftersom politiskt och juridiskt beslutsfattande styrs av olika rationaliteter med olika hänsyn och prioriteringar.¹⁰³³ Att politiskt/legislativt beslutsfattande som nyss ovan omtalats är av allmängiltig och generell bindande karaktär medan judiciellt beslutsfattande sker med ett enskilt mål för ögonen (även om utfallet i det enskilda målet bör kunna infogas i ett större mönster) är en av dessa skillnader. En annan är att politiska beslutsfattare med Zahle ”can be one-sided and take care of specific interests”, medan domare ”must respect the demands of [...] law concerning objectivity and equality.”¹⁰³⁴ På motsvarande sätt är det tänkbart att under- respektive överrätters beslutsfattande följer olika

folkvalda. Se, för att bara ange ett exempel, Leijonhufvud (SvD 2012-09-17), som i en debattartikel föranledd av domen i ett sexualbrottmål hävdar att ”den lag vi fick år 2005 faktiskt inte skyddar den sexuella integriteten” och avslutar med frågan: ”Vad väntar regeringen på?”. Att tala om rättstillämpningen som utövande av normerande makt innebär att domaren, med Wilhelmsson (2001) s. 120, ”förlorar sitt gömställe” bakom rättsreglernas trygghet.

¹⁰³⁰ Molander m.fl. (2012) s. 218.

¹⁰³¹ Se Stållvik (2009) s. 37 f. Jfr Zahle (1986) s. 752 f.

¹⁰³² Jfr Molander m.fl. (2012) s. 218 om ”demokratins svarta hål” och Ervo (2013) s. 66 i not 63.

¹⁰³³ Se Zahle (1995) s. 193 som anför att ”the political choice between professional and lay judges is actually a choice between various or different normative patterns.” Även om det citerade uttalandet avser skillnaden mellan juristdomare och nämndemän konstaterar Zahle (a.st.) att liknande förhållanden föreligger i relationen mellan politiska och juridiska organ. Effekten av detta val mellan olika rationaliteter är enligt Zahle (a.st.) att ”[t]he framework of argumentation for these two authorities will be different.”

¹⁰³⁴ Zahle (1995) s. 193. Zahle kontrasterar politiska beslutsfattare mot polisen, som han dock betecknar som en ”professional jurist”.

mönster,¹⁰³⁵ i vilket fall inte endast valet mellan fakultativitet och obligatorium utan även valet mellan olika slags fakultativitet skulle få liknande betydelse för beslutsprocessen och beslutens innehåll.

En annan aspekt av detta är att beslutsmakten överförs – delegeras – från *ett* organ, riksdagen, till *flera*: domstolarna, och då särskilt underätterna, i deras rättskipande funktion. Till skillnad från överföringen av beslutsmakt från den legislativa till den judiciella grenen framstår emellertid denna decentralisering av makt som åtminstone i någon utsträckning eftersträvad i lagstiftningsarbetet. I de fall den fakultativa regleringstekniken syftar till att möjliggöra att förfarandet av effektivitetsskäl skraddarsys för det enskilda fallet eller till anpassning till den komplexa verklighet som lagstiftaren inte anser sig förmå överblicka tänks delegationen till domstolarna, som befinner sig närmare det praktiska rättslivet, innebära att resultatet – det vill säga själva processen – blir *bättre* än om lagstiftaren själv utövat kompetensen.¹⁰³⁶ Motiverad olikbehandling torde vara en såväl insedd som avsedd effekt av detta. Mot bakgrund av att besluten fattas in casu, ofta på underrättsnivå, och saknar direkt bindande verkan för andra domstolar (eller andra domare, eller ens samma domare i ett annat fall) torde rättsläget emellertid lätt bli svåröverblickbart för den enskilde – och ofta ensamme¹⁰³⁷ – domaren.¹⁰³⁸ Överprövning av underrätternas utövande av sina fakultativa befogenheter kan endast i begränsad utsträckning garantera likriktning, eftersom överrätter som konstaterats i föregående avsnitt ofta är restriktiva med att ifrågasätta underrätters beslut vid fakultativ reglering.

Därtill kommer, som visats i kapitel 4 och 5, att förekomsten av fakultativ reglering åtminstone i vissa fall öppnar för en förskjutning i kompe-

¹⁰³⁵ Jfr Damaška (1986) s. 20, som påpekar att underinstanser befinner sig närmare ”the messy details of life” och därmed torde vara mer benägna till kontextuellt skönsutövande, medan överinstanser skulle vara mer benägna att generalisera och typfalls kategorisera situationer.

¹⁰³⁶ Jfr ovan avsnitt 3.2. I de fall där syftet istället varit att åstadkomma en mer lättillgänglig lagstiftningsprodukt verkar en sådan subsidiaritetstanke däremot saknas.

¹⁰³⁷ RB 1:3 a st. 2 och 3 samt 1:3 d. Se även Ds 2014:24, särskilt s. 34 ff., som föreslår ökad endomarbehörighet i tvistemål. Jfr Consolo (2003) s. 295 som diskuterar riskerna med att anförtro fakultativt beslutsfattande åt en ensam domare och de lege ferenda diskuterar vissa alternativ; se även för liknande synpunkter Davis (1969) s. 143 och Molander m.fl. (2012) s. 225.

¹⁰³⁸ Jfr Gräns (2005) s. 101 f., som menar att den domare som tar kravet på rättslig koherens på allvar skulle ha svårt att hålla handläggningstiden och målbalansen på en acceptabel nivå.

tensfördelningen mellan den enskilda medlemsstaten och EU. En övergång från fakultativ till obligatorisk reglering som skedde i *van Schijndel* innebär en ”recentralisering” eller överföring av normgivningsmakt från de nationella domstolarna till en central institution, i det här fallet EU-domstolen. Denna förändring får således till effekt att dels neutralisera den nationella decentraliseringen, dels överföra makten från det nationella organet till det överstatliga (EU-domstolen). På ett mer allmänt plan är detta en effekt av den sammankoppling mellan processens utformning och den (påstådda) materiella rättigheten som etablerades i *van Schijndel*; en ordning där den materiella utgången är styrande för processens utformning gynnar den lagstiftare som ansvarar för den materiella rätten – i det här fallet unionen – på bekostnad av den som handhar domstolssystemet, det vill säga medlemsstaterna.¹⁰³⁹ Om tillämpningen av fakultativa regler styrs av materiella hänsyn utan möjlighet för de nationella domstolarna att göra en individualiserad bedömning förskjuts således maktbalansen mellan medlemsstaterna och unionen till den senares fördel; man skulle kunna säga att den *materiella* företrädesprincipen spiller över på processrättens område.¹⁰⁴⁰ Den i avsnitt 6.1.2 föreslagna tillämpningsmodellen kan betraktas som ett försök att begränsa denna maktöverföring.

8.3 Sammanfattande kommentar

Bruket av fakultativ reglering innebär en *överföring av makt* från riksdagen till domstolarna eller, annorlunda uttryckt, från de folkvalda politikererna till domarna.¹⁰⁴¹ Den ökade förekomsten av fakultativ reglering kan således betraktas som en del av den juridifiering¹⁰⁴² som annars ofta anses vara en följd av rättens internationalisering och EU-rättens inver-

¹⁰³⁹ Jfr Lindholm (2007) s. 319 f. och 331.

¹⁰⁴⁰ Se Prechal (1998) s. 685, som menar att företrädesprincipen och den nationella processautonomin är förenliga just eftersom den förra avser den materiella rätten och den senare processrätten.

¹⁰⁴¹ Jfr Blichner and Molander (2008) s. 45, som anför att den judiciella makten ökar i proportion till graden av ”indeterminacy concerning the application of rules to specific cases”.

¹⁰⁴² Begreppet är mångtydigt, men används här främst för att beteckna en utveckling där rättssystemets makt ökar på bekostnad av den legislativa och exekutiva makten. För en genomgång av begreppets innebörd se Blichner och Molander (2008) s. 36 ff.; vad som här läggs i begreppet motsvaras närmast av deras ”juridification D” (a.a. s. 45 ff.).

kan¹⁰⁴³ – och som ofta betraktas som beklaglig.¹⁰⁴⁴ Som tidigare¹⁰⁴⁵ konstaterats kan emellertid inga EU-rättsliga influenser spåras i den svenska trenden mot en alltmer fakultativ processreglering. Domstolarnas stärkta maktposition bör således betraktas som en följd av initiativ även från den nationella lagstiftningsprocessen.¹⁰⁴⁶ Denna konsekvens av utvecklingen har dock inte varit föremål för uttrycklig diskussion i motiven; den förefaller snarast vara ”en bieffekt av politiska beslut som har fattats på i huvudsak andra bevekelsegrunder”.¹⁰⁴⁷ Härtill kommer att judiciell makt, till skillnad från politisk, typiskt sett utövas inom ramen för ett enskilt fall och, såvida den inte begränsas endast till den högsta instansen (vilket som bekant inte är fallet med fakultativa regler, som förekommer i hela RB), parallellt i flera sidoordnade organ. Detta innebär sammantaget att flera aktörer utövar mindre långtgående makt, det vill säga vid sidan av juridifieringen också en decentralisering och interprocessuell fragmentisering¹⁰⁴⁸ av den offentliga maktutövningen.

Det faktum att underrätterna tycks åtnjuta ett mått av autonomi, de facto om än kanske inte i strikt mening de lege, i utövandet av äkta fakultativ beslutsmyndighet samtidigt som överrätterna förbehåller sig rätten att kontrollera att rättstillämpningen håller sig inom lagens ramar, innebär att det finns anledning att upprätthålla distinktionen mellan äkta fakultativitet och tolkningsfakultativitet. Äkta fakultativa regler skulle då förstås som en delegation av beslutsmyndighet till *den handläggande domstolen*, vars beslut sedan, förutsatt att det ryms inom den fakultativa regelns ramar och därmed är lagligt i strukturell mening, endast i undantagsfall

¹⁰⁴³ Se bl.a. Lindblom (1997) s. 625 och dens. (2004) s. 237 f., Wiklund (2003) s. 30, Wersäll (2004) s. 325 f. och dens. (2009) s. 711 f., Skarhed (2011) s. 45 samt, från en lite annorlunda infallsvinkel, Algotsson (2009) s. 174 f.

¹⁰⁴⁴ Se Lambertz (2007) s. 815, Lindblom (2004) s. 259 f. samt, försiktigare, Algotsson (2009) s. 175.

¹⁰⁴⁵ Kapitel 3, särskilt avsnitt 3.2.

¹⁰⁴⁶ Detta förhållande uppmärksammas även av Lindblom (2004), se särskilt s. 237 och 251.

¹⁰⁴⁷ Wersäll (2004) s. 328, som menar att detta gäller juridifieringstendenserna i allmänhet.

¹⁰⁴⁸ Det är en händelse som ser ut som en tanke att även fragmentisering är något som EU-rätten, inte alldeles utan fog, brukar beskyllas för att orsaka, jfr Lambertz (2000) s. 244 samt Lindblom (1996) s. 832 f. och dens. (SvJT 2002 a) s. 4. EU-rättsligt orsakad fragmentisering torde oftast göra sig gällande intraprocessuellt eller på systemnivå; den kan dock även, liksom fakultativ reglering, orsaka omotiverad olikbehandling mellan processer (se särskilt avsnitt 4.2.2 och 6.2 ovan).

kommer att göras till föremål för om- eller överprövning i högre rätt. Tolkningsfakultativa regler, eller rättare sagt regler som försetts med avvägningsskäl (det vill säga även om de också innehåller äkta fakultativitetsmarkörer), kunde däremot betraktas som delegation av besluts-makt till *domstolsväsendet som helhet*, vilket skulle innebära att förändrade bedömningar är möjliga ända tills målet nått högsta instans. Att tolkningsfakultativa regler överprövas i högre utsträckning innebär också att de omfattas av mer omfattande prejudikatbildning, vilket torde innebära att de i högre utsträckning än äkta fakultativa regler går mot försvagad fakultativitet eller rentav övergång till obligatorium. En sådan utveckling innebär en recentralisering av den delegerade makten (men fortsatt juridifiering såtillvida att det är en central rättslig instans (HD) istället för en central politisk instans som fastslår den mer specifika normens innehåll).

Inget tyder på att den iakttagna skillnaden mellan avvägningsskäl och äkta fakultativitetsmarkörer, och därmed mellan tolkningsfakultativa och äkta fakultativa regler, varit åsyftad eller förutsedd av lagstiftaren. Eftersom i här relevant avseende ingen metod kan skönjas i valet av utformning och utformningens betydelse för överrätternas roll endast undantagsvis tycks ha uppmärksammats av lagstiftaren är det tveksamt i vilken mån dessa mönster bör tillskrivas normerande betydelse de lege lata. De lege ferenda visar studien emellertid på en outnyttjad potential för lagstiftaren.

Oavsett om kognitivt inriktad överprövning av underrätters fakultativt reglerade beslutsfattande betraktas som önskvärt eller inte, så framstår det som en bakvänd ordning att frågan om ett visst besluts överprovbarhet i praktiken bestäms av regelns äkta eller tolkningsfakultativa karaktär;¹⁰⁴⁹ regelns konstruktion bör tvärtom bidra till att kommunicera ett *föregående* ställningstagande i denna fråga, från lagstiftarens sida, till rättstillämpningen. Den i avsnitt 8.1.2 redovisade undersökningen visar att ett sådant medvetet val från lagstiftarens sida i överprövandefrågan kunde kommuniceras till rättstillämpningen genom valet av *typ* av fakultativitet. I de frågor där överprövning inte anses vara önskvärd kunde detta markeras genom att lagstiftaren väljer att ge regeln äkta fakultativ utformning, medan konstruktion med avvägningsskäl kunde användas i de fall där överrättens prövning välkomnas. Därigenom kan olika typer av fakultativ utformning användas för att styra den slutliga maktutövningen till olika

¹⁰⁴⁹ Jfr Waddams (2003) s. 548: "[T]he open-ended nature of a legal rule does not in itself present any particular reason to defer to a judge of first instance."

aktörer inom domstolsväsendet och på så vis förstärka eller försvaga den decentraliserande effekten genom att öka eller minska överinstansernas inflytande.

9 Sammanfattning och avslutande kommentar

Ainsi, persuadé de l'origine tout humaine de tout ce qui est humain, aveugle qui désire voir et qui sait que la nuit n'a pas de fin, il est toujours en marche. Le rocher roule encore. [...] La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un cœur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux.

Albert Camus

9.1 Sammanfattning av studiens resultat och svar på forskningsfrågorna

9.1.1 Avhandlingens syfte

Denna avhandling behandlar fakultativa regler. Under ledordet *ökad flexibilitet* har antalet sådana regler i rättegångsbalken, såvitt avser civilprocessen, nästan fördubblats under den senare halvan av balkens livstid. Under samma period har EU-rätten, framför allt genom EU-domstolens praxis, gradvis fått allt större betydelse för även centrala frågeställningar inom processrätten, vilket på olika sätt begränsar nationella domstolars (och lagstiftares) handlingsutrymme. Resultatet av dessa båda utvecklingar tillsammans är bland annat att processens utformning i allt lägre utsträckning fixeras i lag och i allt högre utsträckning överläts åt domstolarnas skönsmässiga beslutsfattande, samtidigt som det senare åtminstone under vissa omständigheter reduceras till tillämpning av unionsrätten utifrån EU-domstolens anvisningar. Detta innebär att den svenska respektive den unionsrättsliga processuella utvecklingen påverkar och delvis motverkar varandra.

Avhandlingens syfte är att undersöka dessa motsättningar och om möjligt konstruera sätt att hantera dem. Detta syfte har den sökt uppfylla genom att besvara tre forskningsfrågor: För det första, hur konstrueras

fakultativa regler i svensk civilprocess, och vad är syftet med fakultativ regleringsteknik? För det andra, hur påverkas domstolarnas handlingsutrymme vid tillämpningen av fakultativa regler, och lagstiftarens utrymme att införa sådana, av EU-rätten? Och för det tredje, hur påverkar ökade inslag av fakultativ reglering det rättsliga utövandet av kontroll över den svenska processregleringen? Svaren på dessa frågor sammanfattas i det följande.

9.1.2 Den första forskningsfrågan

Fakultativa regler har definierats som handlingsregler för domstolen vilka, istället för att fastslå att förekomsten av vissa definierade rättsfakta ska ge upphov till en specifik rättsföljd, skapar ett handlingsutrymme för rätten att själv utöva det avgörande inflytandet över processens utformning i varje enskilt fall. Det är framför allt förekomsten av detta handlingsutrymme för rätten, det vill säga ett utrymme för självständigt skönsmässigt beslutsfattande, som skiljer de fakultativa reglerna från de obligatoriska, vilket är den för denna undersökning mest relevanta skiljelinjen, och som därför har stått i fokus för undersökningen.

En regels fakultativa karaktär kommuniceras typiskt sett från lagstiftaren till rättstillämpningen genom bruk av vad som i denna avhandling har kallats för fakultativitetsmarkörer, det vill säga ord som antingen markerar att rättsföljdens inträdande inte är obligatoriskt eller villkorar detsamma med en skönsmässig bedömning från domstolens sida. Dessa två huvudsakliga sätt att konstruera fakultativitet har jag valt att behandla som två underkategorier av fakultativa regler, vilka har betecknats som *äkta fakultativa* respektive *tolkningsfakultativa* regler.

Utmärkande för den förra kategorin är att rättens handlingsutrymme ligger i att, sedan de faktiska omständigheterna fastställts och subsumerats under regelns abstrakta rättsfakta, avgöra om den fakultativt föreskrivna rättsföljden ska inträda eller inte. Typiska fakultativitetsmarkörer i denna kategori är hjälpverb som "får", "må", "äger" och "bör", men även regler som uttryckligen ger domstolen flera handlingsalternativ eller som fastslår gränser inom vilka domstolen kan träffa olika beslut betraktas som äkta fakultativa.

Till kategorin tolkningsfakultativa regler hänförs regler försedda med vikt utformade abstrakta rättsfakta som "lämplighet" och "behov" eller förekomsten av "särskilda/synnerliga skäl", vilka får mer konkret innebörd först genom domstolens skönsmässiga bedömning i det enskilda

fallet. De tolkningsfakultativa reglernas fakultativa karaktär följer av det betraktelsesätt som anlagts i avhandlingen, enligt vilket det är den faktiska graden av handlingsutrymme, snarare än regelns grammatiska konstruktion, som är ytterst avgörande för klassifikationen. Härav följer också att en regel kan definieras som fakultativ även utan att innehålla en explicit fakultativitetsmarkör, om det på andra sätt eller ur andra rättskällor kan utläsas att rätten har flera lagliga handlingsalternativ vid tillämpning av regeln.

Undersökningen har också visat att valet av fakultativ konstruktion får betydelse för hur överrätterna förhåller sig till underrätternas tillämpning av fakultativa regler. Skillnaderna kan beskrivas med hjälp av en distinktion mellan en överprövningsstrategi som begränsar sig till att pröva underrättens rättstillämpning ur ett strikt legalitetsperspektiv mot bakgrund av de behörighetsramar som den fakultativa regeln tecknar, och en som även utvärderar eller rentav omprövar underrättens skönsmässiga val mellan de i och för sig tillåtna handlingsalternativen. Dessa två typer av överprövning har givits beteckningarna strukturellt respektive kognitivt inriktad överprövning. Regler som innehåller avvägningsrekvisit, det vill säga huvudsakligen tolkningsfakultativa regler, används i högre grad som standard för en mer omfattande, kognitivt inriktad överprövning, medan äkta fakultativ konstruktion förefaller uppfattas som en signal till överrätterna om att restriktivitet i överprövningen är påkallad. I de flesta fall nöjer sig överrätterna vid överprövning av tillämpningen av äkta fakultativa regler med att undersöka om underrätten agerat inom ramen för sin behörighet. Detta innebär i förlängningen att större krav ställs eller i vart fall med tiden kan komma att ställas på underrätternas beslutsfattande och förmåga att motivera detsamma vid tolkningsfakultativ reglering än vid äkta fakultativ sådan.

Fakultativa regler har genom RB-reformerna från 1980-talet och framåt blivit allt vanligare. Syftet bakom denna utveckling kan beskrivas som dels effektivisering, dels komplexitetsreducering. En flexibel ordning som ökar domstolarnas möjligheter att anpassa processen efter omständigheterna i det enskilda fallet innebär enligt förarbetena att resurser kan allokeras från enklare mål, som då får en mer summarisk handläggning, till mer komplexa mål. Ökade inslag av fakultativ reglering anses således kunna leda till mer kostnadseffektiv handläggning, vilket tycks vara vad som huvudsakligen avses med ambitionen att effektivisera. Vidare minskar fakultativ reglering behovet av detaljreglering, vilket anses medföra

dels att regleringen blir mer lättbegriplig, dels att den kan anpassas efter samhällsutvecklingen på ett smidigare sätt utan lagstiftarens inblandning. Några direkta stöd för dessa antaganden om fakultativitetens effekter anförs dock inte i förarbetena. Strävandet efter flexibilitet har i lagstiftningsarbetet snarare upphöjts till ett egenvärde, vilket inneburit att ytterligare motivering av inriktningen blivit överflödigt. Utvecklingen framstår därför som i betydande grad oreflekterad.

Åtminstone i de fall där fakultativitet syftar till effektivisering framgår det tydligt i förarbetena att domstolarna förväntas utöva sin fakultativa behörighet in casu snarare än på abstrakt nivå. Detta innebär att önskvärdenheten i en typfallsorienterad tillämpningsstrategi, som den av Ekelöf förespråkade teleologiska metoden, kan ifrågasättas, eftersom sådana strategier leder till att reglernas fakultativa inslag successivt försvagas och på sikt övergår i obligatorier. I kombination med vad som ovan konstaterats om regelkonstruktionens betydelse för överprövningen innebär detta de lege ferenda att äkta fakultativ regelkonstruktion borde väljas där fakultativitetens främsta syfte är att bidra till effektivisering, eftersom sådan konstruktion minskar överrätternas benägenhet att överpröva underrätternas beslut och därmed i lägre utsträckning leder till prejudikatbildning som försvagar domstolarnas handlingsfrihet i det enskilda målet. Domstolarna kunde då också välja en mer kontextuell metod för skönsutövning åtminstone i dessa fall. Dessa synpunkter kommer att utvecklas vidare i avsnitt 9.2.2 nedan.

Studien har sammanfattningsvis visat att fakultativa regler konstrueras på huvudsakligen två, principiellt olika sätt: med tillåtande hjälpverb eller med avvägningsrekvisit. Valet av konstruktion påverkar överprövningens karaktär och omfattning, och därmed också i vilken grad mer detaljerade rekvisit som minskar domstolarnas handlingsutrymme (och därmed reglernas fakultativa styrka) över tid kan komma att utmejslas i praxis. En konsekvens härav är att valet av fakultativ konstruktion för bästa effekt bör relateras till fakultativitetens syfte, som varit dels att effektivisera processen, dels att förenkla processregleringen för lagstiftaren och för (presumtiva) parter och allmänheten i stort.

9.1.3 Den andra forskningsfrågan

Fakultativa regler i nationell processrätt har vid ett antal tillfällen prövats av EU-domstolen ur såväl rättstillämpar- som lagstiftarperspektiv. Även om ingen tydlig, konsekvent genomförd princip kan utläsas ur dom-

stolens praxis visar dessa fall sammantaget att unionsrätten inte – trots principen om nationell ”autonomi” på processrättens område – förhåller sig neutral till valet av fakultativitet som regleringsteknik och konstruktionen av processuella regler. Studiens andra forskningsfråga handlar om det sätt på vilket unionsrätten, främst genom EU-domstolens praxis, får betydelse för tillkomsten och tillämpningen av fakultativ reglering.

Vad först gäller rättstillämpningen omfattar EU-domstolens praxis såväl fakultativitetens strukturella som kognitiva aspekter. Fakultativa regler omfattas av de allmänna principer med betydelse för processrätten som har utvecklats i EU-domstolens praxis. Vissa av dessa – särskilt effektivitets- och likvärdighetsprinciperna samt principen om effektivt rättskydd – har karaktären av minimikrav och fungerar som överordnade normer vid normprövning av de nationella reglerna. Om den nationella regeln har fakultativ karaktär resulterar sådan normprövning typiskt sett i att utrymmet för att utöva skön minskas eller elimineras genom att vissa av handlingsalternativen, eller handlingsalternativet givet vissa rättsfakta, befins oförenligt med minimikravet. Härtill kommer principen om unionsrättskonform tolkning, som tydligast (men inte uteslutande) gör sig gällande vid tolkningsfakultativ reglering, eftersom denna till sin natur är sådan att den erbjuder den tillämpande domstolen ett stort tolkningsutrymme. Unionsrättskonform tolkning innebär i sig typiskt sett att fakultativitetens ramar utvidgas genom att fler situationer tolkas in i rättsfakta eller att en ytterligare rättsföljd läggs till de tillåtna, men eftersom principen kan tillämpas endast i förening med andra unionsrättsliga normer blir slutresultatet oftast att domstolens handlingsutrymme elimineras eller åtminstone kringkärs.

Vad gäller de nationella domstolarnas skönsutövning inom ramarna för det enligt nationell rätt tillåtna innebär domar som *van Schijndel* och *Kraaijeveld* med flera och även, om än med en viss kvalifikation, *Kühne & Heitz* att EU-domstolen ställer högre krav på nationella förfaranden vid fakultativ reglering, än vad den hade gjort om frågan varit obligatoriskt reglerad. Avgörandena stöds på lojalitetsprincipen; nationella rättstillämpare är förpliktigade att använda sin behörighet på det mest integrationsfrämjande sätt som står till buds. De fakultativa reglerna fungerar i dessa fall som en sorts öppning för unionsrättsliga krav som vid obligatorisk reglering inte hade kunnat göras gällande. Samtidigt framgår det av *Uniplex* att EU-domstolen inte konsekvent gör sådant bruk av fakultativ reglering på medlemsstatsnivå.

Ett sätt att förstå den motsättning som illustreras av dessa avgöranden är att relatera den till distinktionen mellan materiell och processuell rätt, där den förra i här aktuella mål regleras på unionsnivå medan den senare även i unionsrättsliga mål, åtminstone som utgångspunkt, betraktas som en medlemsstatskompetens. Mot denna bakgrund har jag föreslagit en rättstillämpningsmodell som bygger på den i svensk rätt hävdvunna men outvecklade dikotomin av regler avseende förfarandet respektive processmaterialet, och gjort gällande att EU-domstolens praxis kan förstås som ett krav på att tillämpa fakultativa regler på ett integrationsfrämjande sätt i frågor som rör processmaterialet.

Ur ett lagstiftarperspektiv har EU-domstolen i sin praxis underkänt nationell processrättslig reglering både på grund av dess obligatoriska (*Donau Chemie*) och dess fakultativa (*Uniplex*) utformning. Det är således klart att frågan om regleringsteknik även ur denna synvinkel är av unionsrättslig relevans, men att en principiell inställning saknas från domstolens sida. En möjlig tolkning av det spänningsförhållande som *Donau Chemie* å den ena sidan och *Uniplex* å den andra ådagalägger är att fakultativ reglering är tillåten eller rentav påbjuden vid regler som innebär en avvägning mellan två av unionsrätten skyddade intressen, men däremot mer problematisk i situationer där den möjliggör för domstolar att prioritera ett intresse skyddat endast i nationell rätt över ett intresse som erkänns av unionsrätten. Konsekvenserna av en sådan tolkning kommer att diskuteras vidare i avsnitt 9.2.1 nedan.

Sammanfattningsvis visar studien att EU-domstolen utnyttjar fakultativ reglering i medlemsstaternas processlagstiftning som ett verktyg för att genomdriva mer långtgående unionsrättsliga krav än de som följer av minimiprinciperna om effektivitet, likvärdighet och effektivt rättsskydd. Det finns emellertid också tillfällen då domstolen avstått från sådana ingripanden. Den styrande principen förefaller vara genomslaget för den materiella unionsrätten och intresset av att främja integrationen i unionen, vilket kan vara ett sätt att förstå de variationer som uppkommit i praxis.

Effekten av detta är att unionsrätten i vissa fall lämnar den nationella rätten opåverkad; dessa fall förefaller generellt kunna beskrivas som sådana fall där en materiell unionsregels genomslag inte eller i vart fall endast indirekt äventyras. I de fall där unionsrätten bidrar till att förändra en nationell regels fakultativa karaktär sker detta nästan uteslutande i försvagande riktning genom att den nationella domarens handlingsutrymme

kringskärs eller helt bortfaller. Sådan påverkan sker både på reglernas strukturella ramar och på skönsutövningen inom desamma, och regelns äkta eller tolkningsfakultativa konstruktion förefaller inte ha någon praktisk betydelse. I relation till vad som konstaterats om den utveckling som letts av den svenska lagstiftaren kan således konstateras att unionsrätten motverkar strävandena efter en mer flexibel reglering.

9.1.4 Den tredje forskningsfrågan

Den tredje forskningsfrågan som behandlats i avhandlingen är hur det ökade bruket av fakultativ reglering påverkar processregleringen genom sin inverkan på balansen mellan de aktörer som utövar kontroll över förfarandets utformning och därigenom det sätt på vilket kontrollen utövas. Fyra effekter har kunnat konstateras i detta avseende: juridifiering, fragmentisering, decentralisering och europeisering av civilprocessen.

För det första har konstaterats att fakultativ reglering innebär en delegering från den lagstiftande makten till den rättskipande, det vill säga att kontrollen över processens utformning överförs från den politiska till den juridiska sfären. En sådan utveckling torde få effekter för hur beslutet fattas, både vad gäller de formella beslutsstrukturerna och hur det kognitiva beslutsfattandet rent faktiskt går till. Detta gäller inte minst det värderande inslag som är ofrånkomligt i skönsutövning; medan värderingar anses legitima i politiskt beslutsfattande betraktas de med större skepsis inom rättstillämpningen.

Det har också gjorts gällande att domstolars skönsutövning bör förstås som en analogibaserad verksamhet med fokus på det partikulära i varje enskilt fall. Härvid skiljer den fakultativa regleringen sig från lagstiftning enligt legalitetsprincipen, som – liksom för övrigt en typfallsbaserad skönsutövningsmetod som den som Ekelöf förespråkar – syftar till att åstadkomma generellt tillämpliga lösningar. Detta betyder att införande av fakultativa regler för det andra innebär en fragmentisering av processen. Sådan fragmentisering sker potentiellt både inom och mellan processer. Intraprocessuell fragmentisering kan ske då en domstol vid olika skönsmässiga beslut inom ramen för samma rättegång kan komma att ge prioritet åt olika intressen utan att beakta beslutens systematiska betydelse för rättegången som helhet. Detta torde vara svårundvikligt, eftersom domstolen vid varje beslutstillfälle saknar både den överblick och den tid det skulle ta att skaffa sig sådan överblick, som krävs för ett mer konsekvent förhållningssätt. Interprocessuell fragmentisering upp-

kommer genom att olika domstolar fattar beslut i samma eller liknande frågor, utan att vara i strikt mening bundna av eller, om det är fråga om underrättspraxis, ens medvetna om tidigare avgöranden. På så vis är fragmentiseringen en direkt följd av den decentralisering av processuell beslutskapacitet som, för det tredje, skapas genom införandet av fakultativ reglering.

Juridifiering innebär inte nödvändigtvis decentralisering. I de fall då lagstiftaren avstår från att reglera en fråga med motiveringen att en lösning får utmejslas i rättspraxis torde detta ofta vara en appell till prejudikatinstanserna och främst HD att auktoritativt skapa en regel som sedan vinner efterföljd i underrätterna. I dessa fall har normgivningskompetensen överförs till den juridiska sfären, men utövas fortfarande av ett centralt organ. Fakultativa regler syftar däremot som visats i studien till att möjliggöra differentierad behandling i enskilda fall, vilket innebär att det skönmässiga beslutsfattandet förutsätts ske främst i underrätterna, eftersom prejudikatinstanserna huvudsakligen befattar sig med abstrakta eller generella snarare än konkreta rättsfrågor. Auktoritativa besked från HD gör i någon mån våld på reglernas fakultativa karaktär och leder i förlängningen till att reglerna omvandlas till obligatorier.

Studien visar vidare att valet av fakultativ konstruktion får betydelse för graden av decentralisering. Eftersom överrätterna är mindre benägna att överpröva lägre rätts skönsutövning om denna skett inom ramarna för en äkta fakultativ regel, innebär införande av regler med sådan utformning starkare decentralisering än införande av tolkningsfakultativa regler, vars fakultativitet kommer att försvagas över tid genom överprövning som, även om den sker in casu i hovrätt, skapar fler och starkare avgöranden för framtida domstolsönsningar att rätta sig efter. Sådan rättspraxis bidrar därigenom till utvecklingen av riktlinjer som åtminstone minskar utrymmet för legitim skönsutövning eller förnuftig oenighet i domstolarnas kognitiva resonemang.

Slutligen har studien för det fjärde visat att fakultativa regler öppnar för en harmoniseringsprocess i EU-domstolens praxis utöver vad som hade varit möjligt om den nationella regleringen istället hade givits obligatorisk utformning. Detta innebär att trenden mot ökade inslag av fakultativitet också stärker tendensen mot europeisering av rätten, i betydelsen att rättens innehåll i högre utsträckning bestäms av europeiska institutioner och i lägre grad av nationella. På samma sätt som överföringen av kontroll från politiska till juridiska makthavare innebär att själva beslutsprocessen

och kanske också beslutets innehåll – och i vart fall det sätt på vilket beslutet motiveras och kommuniceras – förändras, så är det troligt att överförandet av behörigheter från svenska till europeiska organ likaledes innebär en förändring i sig. Ett exempel härpå är införlivandet av unionsrättens rättighetsbaserade tankesätt, som i flera avseenden är främmande för den svenska processrätten med sin starka tradition i Ekelöf och den skandinaviska realismen. På så vis påverkar europeiseringen arten av den juridifiering som redan konstaterats.

Europeiseringen påverkar även de andra konstaterade effekterna. Den motverkar den decentraliserande effekten genom att recentralisera kontrollen över förfarandets utformning till ett centralt organ med auktoritet över de svenska domstolarna; decentraliseringen övergår således, om man tar hänsyn till den gradvisa harmonisering som EU-domstolens praxis ger upphov till, i en ren överflyttning av normgivningen från riksdagen till EU-domstolen. Eftersom EU-domstolens praxis också medför att de nationella domstolarnas handlingsområde krymper eller helt försvinner innebär detta också att risken för interprocessuell fragmentisering minskar. Däremot minskar den inte den intraprocessuella fragmenteringen, utan europeiseringen kan snarast verka förstärkande på denna genom att dels befästa och institutionalisera vissa av de inkonsekvenser som diskuterats tidigare, dels introducera nya normer i enskilda processuella frågor utan insikt i hur dessa påverkar processen som helhet. Denna risk blir särskilt tydlig om man betänker att EU-domstolens slutsatser, vilka som konstaterats stundom förefaller bygga på något ensidiga överväganden, ofta måste överföras från den processordning som gav upphov till dem till den svenska.

Sammanfattningsvis ger studien stöd för slutsatsen att den utveckling mot en i allt högre utsträckning fakultativ processlagstiftning som har pågått i Sverige sedan 1980-talet leder till att kontrollen över processen förs ut ur den politiska kontrollsfären och in i den juridiska, där den dels fördelas ut på landets domstolar, dels överförs från nationell till överstatlig nivå. Detta får i sin tur till följd att förutsättningarna för att fatta beslut i processuella frågor baserat på en helhetsförståelse av förfarandets uppbyggnad försvåras, och att EU-rättsliga överväganden får större möjlighet att slå igenom såväl materiellt som processuellt.

9.2 Avslutande kommentar

9.2.1 Mot en stelare civilprocessrätt eller en mognare unionsrätt?

Som konstaterats förefaller EU-domstolens praxis i fråga om fakultativa regler i stora delar dikteras av den enskildes materiella rättsskydd i unionsrättsliga frågor och medlemsstaternas plikt att lojalt uppfylla sina unionsrättsliga förpliktelser. Omsorgen om detta rättsskydd kan i sig motivera att frågan om rättsskydd lyfts från nationell till unionsnivå.¹⁰⁵⁰ En EU-rättsligt dikterad övergång från fakultativ till obligatorisk reglering innebär emellertid inte endast en reallokering och recentralisering av kontrollen över processen i enlighet med vad som beskrivits ovan, utan också ett materiellt processrättsligt beslut om utformningen av varje enskild rättegång, som får normerande verkan för framtiden. I exempelvis *van Schijndel* innebar detta beslut att nationella domstolar i samtliga EU-rättsliga fall *ska* komplettera parternas åberopanden med tillämpliga rättsliga grunder på eget initiativ.

Om en sådan regel hade instiftats direkt på lagstifarnivå hade regelns antagande rimligen föregåtts av en diskussion om en sådan regels effekt för processen, med hänsyn till partsperspektivet – och då inte endast ena partens perspektiv – och samhälleliga intressen som processens kostnads-effektivitet. Denna intresseavvägning tycks ha fallit bort i EU-domstolens hantering av frågan. Det kan dock med fog ifrågasättas om unionsrättens genomslag väger tyngre än alla de motstående intressen som kan vara för handen i varje processuell situation;¹⁰⁵¹ som generaladvokat Jacobs påpekade i just *van Schijndel* kommer en sådan absolut företrädesprincip inte endast i konflikt med de unionsrättsliga principerna om subsidiaritet och proportionalitet utan också att ”otillbörligen kullkasta de fastställda principer som ligger till grund för medlemsstaternas rättssystem”.¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ Se Storskrubb (2011) s. 301.

¹⁰⁵¹ Jfr Hoskins (1996) s. 374: ”The idea that all litigation should end in a result which is “correct” as a matter of Community law is unacceptable in practice. In reality, it is just another way of saying that all national procedural rules should be set aside whenever an applicant wishes to rely on a directly effective Community law right.” Liknande se Biondi (Rule of Reason 2005) s. 140. Jfr mer allmänt Schwarze (2013) s. 275, som kritiserar EU-domstolen för att tvinga medlemsstaterna att “adhere to the general rules of EU law [...] even in fields which are not subject to the competences of the Union.”

¹⁰⁵² Förslag till avgörande i C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 27. Jfr även ibid. p. 45. EU-domstolen har inte sällan, även i andra frågor, kritiserats just för att oreflekterat

Samma eller motsvarande kritik kan riktas mot den modell för unionsrättsvänlig tillämpning av fakultativa regler som jag har utvecklat i avsnitt 6.1.2, det vill säga att den utan övertygande skäl prioriterar vissa intressen – främst utredningsintresset och möjligheten av att få till en materiellt riktig dom – över andra legitima värden såsom intresset av en snabb och koncentrerad handläggning samt parternas rätt att disponera över tvisten. Den svenska lagstiftaren har under senare tid närmast gjort motsatt intresseavvägning; sedan flexibilitetstrendens inledning på 1980-talet har i de dispositiva tvistemålen domstolens möjlighet att inhämta bevisning *ex officio* tagits bort (RB 35:6), trycket på domstolarnas förlikningsfrämjande verksamhet ökat (RB 42:17), prövningstillståndskravet utvidgats (RB 49:12) och nya preklusionsregler införts (RB 42:15–15 a), för att endast ange några exempel. Att följa EU-domstolens praxis i enlighet med den modell som denna avhandling utvecklat skulle således stå i tydlig motsättning till rådande rättspolitisk ideologi genom att införa en ny intressehierarki och dessutom införa den i klart mer rigida former. För denna kursomläggning framställs inga andra argument än det rent formella argumentet att Sveriges förpliktelser under unionsfördragen kräver det. Det kan ifrågasättas om det är önskvärt att svenska domstolar bidrar till att befästa eller rentav förstärka en sådan utveckling.

Det är emellertid inte endast för svenskt vidkommande eller ur nationell synvinkel som en omvandling av fakultativa regler i enlighet med avgöranden som *van Schijndel* och *Kraaijeveld* kan vålla olägenheter. Ur EU-rättsligt perspektiv uppkommer två problem till följd av ett ensidigt fokus på de intressen som skyddas av unionsrättsliga normer.

För det första kan ett starkt genomdrivandeperspektiv baserat på lojalitetsprincipen leda till att unionsrättens effektivitet gynnas på bekostnad av dess enhetlighet. Detta illustreras av avgörandet i *van Schijndel*. Genom att i princip utesluta fakultativ reglering sker en uppdelning i två polära situationer, där domstolarna antingen har en plikt att agera på visst sätt (vid påbjudande eller fakultativ nationell reglering) eller en

sätta unionsrättens genomslag över andra legitima intressen. Se t.ex. Briza (2008) s. 43, som menar att EU-domstolen i C-119/05 *Lucchini* "bluntly stated that the primacy and the effectiveness of Community law unconditionally led to the national court's measure being put aside without having allowed for any other considerations to come into play", samt även Hoskins (1996) s. 374 ang. C-312/93 *Peterbroeck*, Biondi (Rule of Reason 2005) s. 139 f. ang. C-224/01 *Köbler* och Maurici (2012) s. 93 ang. C-406/08 *Uniplex*. Jfr även lord Carnwath i *Walton v. Scottish Ministers* p. 131 (se avsnitt 5.1.3, särskilt vid not 606).

skyldighet att avstå därifrån (vid förbudande nationell reglering) men ingenting däremellan.¹⁰⁵³ Fakultativ reglering kan däremot leda till variationer inom en jurisdiktion, men mildrar de systematiska skillnaderna mellan medlemsstaterna.

För det andra leder interventionistiska avgöranden i denna tradition till konfrontationer mellan unionsrätten och medlemsstaternas nationella rätt. I avsnitt 5.1.5 har jag belyst hur EU-domstolens resonemang i dessa delar är besläktat med det starka effekten utile-paradigmet från avgöranden som *Costa mot ENEL* och *Simmmenthal*. EU-domstolens ståndpunkt kan mot denna bakgrund förstås som ett utslag av "the battle for the recognition of the Community legal order and for its priority",¹⁰⁵⁴ det vill säga EU-rättens behov av att genom starkt betonande av unionsrättens företräde och direkta effekt slå sig in i medlemsstaternas domstolar och det rättsliga medvetandet.¹⁰⁵⁵ En sådan inställning upprätthåller skiljelinjen mellan unionsrätt och nationell rätt genom att betona den förras företräde framför den senare.

Mål som *Donau Chemie* erbjuder ett alternativ till denna konfrontativa argumentation. I *Donau Chemie* anförde båda parterna unionsrättslig argumentation till stöd för sin talan.¹⁰⁵⁶ Omvandling från fakultativitet till obligatorium i enlighet med *van Schijndel* med flera mål är i en sådan situation inte ett möjligt alternativ, eftersom sådan omvandling förutsätter att ett, och endast ett, unionsrättsligt intresse kan identifieras. Vid motsäende intressen inom unionsrätten erbjuder doktrinen om unionsrättens primat ingen lösning. Följaktligen tvingades EU-domstolen i *Donau Chemie* att överge sitt företrädesbaserade resonemang till fördel för en mer materiellt inriktad intresseavvägning, som den dessutom i det slutliga avgörandestadiet vågade sig på att delegera till den nationella domstolen.

Dessa mål vittnar om en mer komplex intressestruktur inom själva unionsrätten, som tvingar fram ett mer nyanserat förhållningssätt till prioriteringen mellan olika rättsligt erkända intressen eller värderingar. I dessa

¹⁰⁵³ Jfr Andersson (1997) s. 121.

¹⁰⁵⁴ Schermers (1992) s. 135.

¹⁰⁵⁵ Se Prechal (1998) s. 686, Komarek (2007) s. 472 f. och Bobek (E.C.L. Rev. 2014) s. 75 f. Jfr, dock i ett annat sammanhang, 1999 års rättegångsutredning om behovet av ett "rejält roderutslag" för att övervinna det förmodade motståndet mot en "kraftig kursändring" (SOU 2001:103 s. 78, se härom Bylander (2006) s. 84).

¹⁰⁵⁶ Liknande frågeställningar aktualiseras också av C-617/10 *Åkerberg Fransson*. Se härom Gulliksson (2013) s. 660 f.

mål finns ingen strid för genomslag, ingenstans för den förmodat protektionistiska, nationella domaren att ta sin tillflykt, inget behov för unionsrätten av att hävda sitt företräde.¹⁰⁵⁷ I takt med att EU:s kompetens och framför allt mängden sekundärrätt ökar lär dessa typer av situationer, där båda parterna stöder sig på unionsrättsliga regler eller rättigheter, bli vanligare. Samtidigt kommer allt fler rättsområden att omfattas av unionens regelverk, och de nationella domstolarna bli mer vana vid att tillämpa det. Unionsrättens självhävdebehov kan därmed förväntas minska.¹⁰⁵⁸

Även om många mål fortfarande aktualiserar intressekonflikter mellan värden som skyddas i nationell rätt respektive unionsrätt kan mål som *Donau Chemie* och, i lägre utsträckning, *Kühne & Heitz*, tjäna som förebilder;¹⁰⁵⁹ det kan också påminnas om att EU-domstolen redan i *Rewe*, i de franska och engelska versionerna, talade om att enskildas rättskydd *anförtroddes* de nationella domstolarna.¹⁰⁶⁰ En mer förtroendefull inställning av den typ som kan skönjas i de fall där *båda* parter stöder sig på EU-rätt, där EU-domstolen har tillåtit eller rentav påbjudit de nationella domstolarna att göra en intresseavvägning med beaktande av båda parter legitima intressen, möjliggör en mer nyanserad rättstillämpning. Inom ramen för en sådan skulle EU-domstolens effektivitetsorienterade

¹⁰⁵⁷ Jfr Nordback (2005) s. 107 (i polemik med Schermers uttalanden ovan). Betydelsen av bristande tillit till nationella domstolar berörs av Komarek (2007) s. 474 och Bobek (2010) s. 312. EU-domstolens inställning påminner här om den ovisshetsaversion som i en svensk kontext befunnits ligga bakom den ekelöf-lindblomska skepsisen mot skönsutövning (jfr avsnitt 7.2.2 ovan).

¹⁰⁵⁸ Stöd för denna tes på processrättens område kan möjligen återfinnas i den vågmetafor som vissa kommentatorer använder för att beskriva EU-domstolens praxis, enligt vilken 1990-talets första hälft markerar övergången från en aktivistisk eller interventionistisk till en gentemot medlemsstaterna mer försiktig eller förtroendefull hållning från domstolens sida (se bl.a. Tridimas (2000) s. 35 f., Craig och de Búrca (2011) s. 232 ff. samt Arnull (2011) s. 53); denna vändning skulle i så fall kunna tas till intäkt för att domstolen vid denna tidpunkt uppfattade unionsrätten som tillräckligt erkänd för att våga överlåta större ansvar för dess genomslag till de nationella domstolarna (jfr Schermers (1992) s. 135 f., som redan år 1992 menade att utvecklingen nått denna punkt).

¹⁰⁵⁹ Liknande ståndpunkt företräds av Paunio (2010), som menar att "judicial dialogue between the ECJ and national courts should emphasise argumentation based on underlying values of the legal order in order to reach a relationship primarily based on mutual understanding, not conflict and power" (cit. från s. 21). Se även von Bogdandy och Schill (2011) s. 1440 ff., som diskuterar möjligheten av en liknande, pluralistisk förståelse av unionens konstitutionella rätt.

¹⁰⁶⁰ 33/76 *Rewe* p. 5 (kursiverat här): "[I]t is the national courts which are entrusted with ensuring [fr. "est confié le soin d'assurer"] the legal protection which citizens derive ..." Se även 45/76 *Comet* p. 11. I den svenska versionen uttalas endast att enskildas rättskydd är "de nationella domstolarnas uppgift".

utnyttjande av fakultativ reglering på medlemsstatsnivå – vilken också innebär att fakultativiteten de facto elimineras – kunna komma att minska.¹⁰⁶¹

Intresseavvägningar kunde i så fall ske utifrån materiella överväganden snarare än baserade på formell normhierarki, vilket skulle medge fall där nationellt skyddade intressen tillåts övertrumfa unionsrättsligt skyddade sådana, i linje med avgörandet av den andra frågan i *van Schijndel*.¹⁰⁶² Nationella domstolar kunde anförtros skönsmässig beslutsmakt även när utövandet av densamma påverkar genomdrivandet av en enskilds på unionsrätten grundade rättighet;¹⁰⁶³ annorlunda uttryckt, unionsrättens genomslag kunde ingå bland de rättsligt relevanta argument som en skönsutövande domstol bör ta i beaktande utan att övertrumfa alla andra relevanta argument.¹⁰⁶⁴ En sådan utveckling borde vara i både EU-domstolens och den svenska lagstiftarens intresse, eftersom den *både* skulle möjliggöra verkligt, kontextuellt skönsutövande i nationella domstolar och lämna ökat utrymme för sådan adaptiv rättstillämpning¹⁰⁶⁵ eller *Europarechtsfreundlichkeit*¹⁰⁶⁶ som kan sägas utgöra prov på en ”mjukare”

¹⁰⁶¹ Jfr Dougan (2004), som ifrågasätter de grundläggande unionsrättsliga föreställningarna ”both that national remedies and procedures necessarily frustrate substantive Community objectives and that their harmonisation would necessarily represent the most appropriate solution” (cit. från s. 389).

¹⁰⁶² Se Prechal (1998) s. 686: ”[O]nce it is accepted that Community law provisions are a part of the valid law in the Member States, they should in principle be handled in the same way as national law. Then it is difficult to understand why certain rules, such as procedural provisions, should be dismissed with the sole argument that they hamper the full application or direct effect of Community law; after all, they hamper in the same way the application of national law, even, where appropriate, of the Constitution. And what is so special about Community law provisions that they should be treated differently?” Liknande Komarek (2007) s. 475. Det framstår som en närmast paradoxal följd av *van Schijndel* som helhet att nationella, processuella intressen tillåts konkurrera med och övertrumfa unionsrättens materiella genomslag om den nationella lagstiftaren *inte* eftersträvat sådan intresseavvägning (vid obligatorisk reglering), men däremot inte om samma lagstiftare genom fakultativ reglering välkomnat den.

¹⁰⁶³ Se Komarek (2007) s. 474. Jfr även Ställvik (2009) s. 247, som betecknar svenska domare som ”synnerligen pliktmedvetna och lojala” och särskilt mot bakgrund av europeiseringstendensen poängterar att ”mycket talar för att lojaliteten är kopplad till rättsordningen som helhet snarare än den specifika svenska rättsordningen.”

¹⁰⁶⁴ Se Biondi (Reforms 2005) s. 238 f. och 242. Även möjligheten av förnuftig oenighet bör med en sådan inställning kunna accepteras också i unionsrättsliga mål (se von Bogdandy och Schill (2011) s. 1449 samt Paunio (2010) s. 15).

¹⁰⁶⁵ Se minoritetens votum i NJA 2010 s. 168 p. 48, dock avseende EKMR.

¹⁰⁶⁶ von Bogdandy och Schill (2011) s. 1449 f.

anpassning av nationell rätt till unionsrättsliga krav och som i längden har potential att bidra till verklig integration, snarare än endast hantering av normkollisioner mellan nationell och europeisk rätt.¹⁰⁶⁷

9.2.2 Den farliga fakultativiteten

Slutligen några ord om önskvärdheten av trenden mot ökade fakultativa inslag i civilprocessen. Finns anledning till oro? Mot bakgrund av studien och dess resultat menar jag att fakultativitet i sig inte är eller åtminstone inte behöver vara problematiskt, men att den utveckling som svensk civilprocess genomgått och genomgår icke desto mindre ger upphov till vissa betänkligheter.¹⁰⁶⁸

Frågan om de fakultativa reglernas önskvärdhet kan inte skiljas från den om deras tillämpning. I det föregående har jag presenterat två alternativa ideal för tillämpningen av fakultativ reglering. Den teleologiska metoden som skönsutövningsmetod bygger på en förförståelse av fakultativitet som en öppning mot godtycke och därmed som en fara. Metodens syfte är att minimera den enskilda domarens inflytande genom att förflytta skönsutövningen till abstrakt typfallsnivå. Om en sådan tillämpningsmetod anammats förefaller lite vara vunnet med den fakultativa regleringstekniken. Det enda som den i så fall åstadkommer är att domstolarna, och då särskilt överrätterna med HD respektive EU-domstolen i spetsen, övertar riksdagens roll som normgivare. Detta är inte det syfte som angivits för valet av fakultativ lagstiftningsteknik, och det kan ifrågasättas om domstolarna verkligen är mer lämpade än den politiska makten att reglera nya samhällsfenomen.¹⁰⁶⁹ Även om så skulle vara fallet förefaller det ligga när-

¹⁰⁶⁷ Galič (2015) pekar i avsnitt VII på möjligheten av sådana positiva konsekvenser av att anförtro ett sålunda ökat ansvar för unionsrättsstillämpningen åt nationella underrätter. Jfr även Komarek (2007) s. 478 f. och Tridimas (2013) s. 374 f.; den senare påpekar att valet av vägledande (framför påbjudande, jfr not 933 ovan) domar "offers the national courts a stake [...] in the shaping of the EU legal order."

¹⁰⁶⁸ Av liknande principiell uppfattning är Andrews (Judicial discretion 2003) s. 121, som frågar sig om förekomsten av skön i rättstillämpningen "should [...] be a source of juristic anxiety", och svarar "not necessarily, but potentially".

¹⁰⁶⁹ Zuckerman (2005) s. 19 f. noterar korrekt att "[t]rial courts invariably exercise discretion on a case-by-case basis without being able to take a firm general view as to the systemic consequences. The trouble is that a court focused on the needs of the litigants before it is badly placed to consider the global effects that the management of the individual case could have on the system as whole." Samma ståndpunkt intas av Andersson (2003) s. 29, som menar att "the ambit of a specific case might not be the optimal context for systematic and teleological considerations". Jfr även Consolo (2003) s. 289, som

mare till hands ur konstitutionell synvinkel att låta denna roll spelas av lagrådet i enlighet med det reglerade normgivningsförfarandet,¹⁰⁷⁰ detta gäller särskilt om fakultativiteten ändå avses utövas in abstracto.

För egen del har jag föreslagit att skönsutövningen frikopplas från dessa begränsningar genom ett erkännande av att flera olika rättsföljder i en given situation kan ha lika stora anspråk på rättslig korrekthet. Fokus flyttas med en sådan skönsutövningsmetod från sökande efter likheter till krav på resonemang med fokus på det atypiska i varje situation. Anammande av en sådan metod förstärker fakultativitetens decentraliserande och fragmentiserande effekter. Förutsättningen är emellertid att det finns ett förtroende för domarkåren;¹⁰⁷¹ den typfallsorienterade teleologiska metoden kan förklaras av den skepsis på denna punkt som uttryckts av bland annat Ekelöf och Lindblom.¹⁰⁷² Redan införandet av fakultativ reglering är ett tecken på sådant förtroende från lagstiftarens sida, och i förarbetena finns även exempel på mer uttalat förtroende.¹⁰⁷³

För att sådant förtroende ska kunna upprätthållas och vara motiverat bör dock införandet av fakultativa regler starkare än vad som för närvarande förefaller vara fallet kopplas till sådana reformer som påverkar mer indirekta kontroll- eller förtroendemekanismer, som kollegiala inslag i dömandet, incitamentssystemet inom domstolsorganisationen samt rekryteringen och utbildningen av domare.¹⁰⁷⁴ Om tilltro till domarkårens

menar att det inte är högstinstansernas roll att fastslå den fakultativa regleringens exakta, detaljerade innebörd.

¹⁰⁷⁰ Jfr RF 8:21 st. 2 mom. 6 med hänvisning till 11:2.

¹⁰⁷¹ Galič (2015) diskuterar motvilja mot skön i rättstillämpningen ur ett slovenskt perspektiv. Han pekar på att krav på minimerat judiciellt handlingsutrymme är ett uttryck för misstro mot domarkåren (avsnitt III) och visar att ett rättssystem där förtroende för domarna även i lägre instans saknas inte lämpar sig för omfattande fakultativ reglering (avsnitt V).

¹⁰⁷² Jfr avsnitt 7.2.2 ovan.

¹⁰⁷³ Se dep.ch. i prop. 1973:87, som menar att närmare precisering i regleringen kan undvaras eftersom man kan lita på att regeln tillämpas ”med omdöme och ansvar” av de allmänna domstolarna. Se även prop. 2007/08:113 s. 9: ”Det måste säkerställas att domstolarna *även* i framtiden kan rekrytera domare som tillhör de allra skickligaste och för yrket mest lämpade juristerna i landet” (kursiverat här). Att detta förtroende skulle vara motiverat stöds av Ställvik (2009) s. 242, som beskriver domarkåren som ”en klassisk elitprofession med starka etiska drivkrafter”. Det kan noteras att lagstiftarens och juristkårens förtroende för domarna bör skiljas från frågan om medborgarnas förtroende för domstolarna; de faktorer som avgör det senare (se SOU 2008:106 s. 41 ff.) förefaller inte vara av betydelse för domarnas förmåga att utöva skön på ett omdömesgillt sätt (se härom Skarhed (2011) s. 42).

¹⁰⁷⁴ Jfr Wilske (2012) s. 262 f. och Molander m.fl. (2012) s. 221 ff.

kompetens och omdömesgillhet tas till utgångspunkt möjliggörs ett annat ideal för den skönsutövande domaren, som innebär att fakultativa regler kan tillämpas genom verklig skönsutövning på fallbasis i underrätterna. Med en sådan förståelse av fakultativitet följer dels att fakultativ reglering medför en omorientering av processens prioriteringar istället för endast en förskjutning av normerande makt från ett centralorgan till ett annat, dels att faran i att överlåta skönsmässiga befogenheter på domstolarna kan nedtonas eller rentav vändas till en fördel. Som diskuterats i avsnitt 9.2.1 ovan gäller detta även i relationen mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna.

Även med en sålunda positiv grundinställning till fakultativ reglering följer emellertid inte ett reservationslöst förordande av fakultativ framför obligatorisk regleringsteknik. Införandet av fakultativa regler är, som konstaterats tidigare i studien, att jämställa med delegation och innefattar en överföring av makt till domstolarna. Sådan behörighetsöverföring kan ha goda skäl för sig, typiskt sett i syfte att allokera kompetensen till den instans som har bäst förutsättningar att utöva den.¹⁰⁷⁵ Delegationen avser då uppgifter som *lika eller tillräckligt bra alternativt bättre* kan utföras på lägre nivå; i det förra fallet kan det högre organets resurser användas till mer kvalificerade uppgifter,¹⁰⁷⁶ i det senare innebär delegationen i sig att utfallet blir bättre.¹⁰⁷⁷ Om delegationen ska kunna uppfylla dessa målsättningar krävs emellertid att den föregås av en analys av vilka uppgifter som faktiskt kan förväntas utföras på ett bättre sätt med rättsliga beslutsmetoder,¹⁰⁷⁸ och till vilken nivå i domstolshierarkin som dessa uppgifter i så fall bör allokeras. Som har framgått i kapitel 3 ovan

¹⁰⁷⁵ Se SOU 2008:125 s. 554 f., även Backer (1986) s. 55 f.

¹⁰⁷⁶ Se t.ex. resonemanget om hovrättens roll i prop. 2004/05:131 s. 171 f., där den nya ordningen sägs innebära att ”hovrätten kan koncentrera sin verksamhet och sina resurser till sådant som direkt motiveras av hovrättens funktion.”

¹⁰⁷⁷ Se t.ex. resonemanget kring materiell processledning i prop. 1986/87:89 s. 105 ff., där dep.ch. tycks ge uttryck för en sorts subsidiaritetsprincip när han menar att ”[a]llt för detaljerade uttalanden kan verka förstelnande på förfarandet” och att frågan därför måste lösas i det praktiska rättslivet.

¹⁰⁷⁸ För ett exempel se prop. 1954:200 s. 56 f., där ett resonemang av detta slag föranledde dep.ch. att motsätta sig ett framlagt kommittéförslag på en fakultativ regel om avgörande utan huvudförhandling i hovrätt. Det är värt att notera att dep.ch. uttryckligen uttalade sitt förtroende för att hovrätterna inte skulle missbruka en fakultativ regel genom godtyckligt beslutsfattande, utan att hans farhågor grundades på att hovrätterna ”icke har fullgod möjlighet att på handlingarna bedöma huruvida huvudförhandling är behövlig eller onödig.”

har ingen sådan diskussion förts i de förarbeten som legat till grund för införandet av fakultativa regler från 1980-talet och framåt.

Vidare framstår det som önskvärt med en ökad medvetenhet från lagstiftarens sida om effekterna av olika typer av fakultativ konstruktion. Som visats i kapitel 8 hänger denna fråga ihop med frågan om det fakultativt reglerade beslutets överprövbarhet. Äkta fakultativ konstruktion bör således väljas för sådana frågor som bör delegeras till domstolarna och slutligt avgöras i första instans, medan tolkningsfakultativ konstruktion är att föredra om överrätts granskning anses önskvärd. I den mån fakultativ reglering fortsättningsvis kommer att användas i komplexitetsreducerande syfte framstår således konstruktion med avvägningsrekvisit som mer ändamålsenlig, eftersom syftet i dessa fall inte är att den handläggande domstolen ska utforma processen utifrån omständigheterna i det enskilda målet utan endast att undvika att belasta lagtexten med noggrant preciserade rättsfakta. Konstruktion med avvägningsrekvisit ökar möjligheterna till överprövning och prejudikatbildning, vilket i sin tur medför att lagtexten kan hållas kortfattad och lättbegriplig för parter och allmänhet samtidigt som regler utvecklade i praxis ger domstolarna nödvändig ledning och minskar risken för oavsedd fragmentisering.

Äkta fakultativ konstruktion vore omvänt att föredra särskilt i två typer av fall: där den i första instans handläggande domstolen kan antas ha ett försteg framför överrätten, och där intresset av snabb handläggning gör sig särskilt starkt gällande.¹⁰⁷⁹ Till den första kategorin kan räknas frågor där bedömningen bygger på beteende som iakttagits direkt av den handläggande domstolen, vilken då kan förmodas ha bättre underlag för beslutet än högre domstol.¹⁰⁸⁰ Till den andra hör exempelvis interimis-

¹⁰⁷⁹ Se härom och för en utveckling av dessa argument Waddams (2003) s. 552 ff.

¹⁰⁸⁰ I NJA 1961 s. 157 hade ett ombud på grund av försumlig processföring ålagts ansvar för rättegångskostnader i hovrätten enligt RB 18:7. I HD menade majoriteten att hovrättens beslut varit behäftat med rättegångsfel eftersom ombudet inte fått tillfälle att yttra sig i frågan, men att detta fel läkts genom argumentationen inför HD. Detta motiverade i sin tur en förnyad prövning i HD, varvid ombudets synpunkter togs i beaktande (och försumligheten befanns inte böra föranleda rättegångskostnadsansvar). Minoriteten menade däremot att ombudet fått tillräckliga möjligheter att yttra sig inför hovrättens beslut, men omprövade ändå frågan (och fann att hovrättens beslut skulle fastställas). I enlighet med vad Waddams (2003) s. 555 ff. framhåller får det väl antas att hovrätten, som hade iakttagit ombudets processföring direkt, hade bättre möjligheter att avgöra graden av försumlighet och effekterna av densamma, vilket är ett argument mot överprövning av beslutet. Ur detta perspektiv förefaller minoritetens agerande mindre lämpligt (och det tycks som sagt också avvika från överrätters vanliga hantering av äkta fakultativa regler), medan majoritetens mer strukturellt inriktade överprövning är mer försvarlig.

tiska beslut, som definitionsmässigt är av brådskande natur, och beslut i småmål, där tvisteföremålets värde inte motiverar omfattande prövning i högre rätt.¹⁰⁸¹ Lagstiftaren kan ytterligare förtydliga sin inställning i dessa frågor genom att välja fakultativa konstruktioner som explicit hänvisar till just den handläggande domstolens bedömning.¹⁰⁸² Det är dock värt att påpeka att äkta fakultativ konstruktion ställer högre krav på de minst kvalificerade domstolarna, nämligen underrätterna, samtidigt som möjligheterna till överprövning som visats är begränsade.¹⁰⁸³

Även domstolarna har dock, särskilt på instansordningens högre nivåer, möjlighet att bidra till ökad konsekvens vad gäller regleringens fakultativa eller obligatoriska karaktär genom att utveckla praxis, varigenom fakultativa regler omvandlas till obligatorier i de fall där lite tycks vara vunnet genom delegationen till domstolarna, och omvänt avstå från att meddela sådana avgöranden till förmån för ett mer kontextuellt förhållningssätt i sin tillämpning av regler som bör förbli fakultativa.¹⁰⁸⁴ EU-domstolens avgörande i *van Schijndel* utgör ett tydligt exempel på praxis av det förstnämnda slaget, som omvandlar en fakultativ regel till obligatorisk. Sådan praxis vore i princip invändningsfri och rentav uppmuntransvärd, om den vilade på ett resonemang om att den reglerade frågan inte lämpar sig för delegering till domstolarna. Den kritik som tidigare framförts mot detta avgörande avser således inte själva omvandlingen i sig, utan det faktum att omvandlingen där, som utvecklats i föregående avsnitt, tycks ha skett på andra och i sammanhanget otillfredsställande grunder.

Även vad gäller fördelningen av slutlig kontroll mellan domstolsnivåerna är det möjligt för överrätterna att träda i lagstiftarens ställe genom att låta omfattningen av sin överprövning styras av de nämnda hänsynen. Detta skulle leda till en mer motiverad användning av överprövningsinstitutet i fråga om fakultativ reglering, men riskerar dock på sikt att fördunkla det samband som för närvarande kan urskiljas i praxis mellan överrätternas förhållningssätt och reglernas konstruktion, vilket skulle minska lagstiftarens möjlighet att använda den sistnämnda för att styra den förra.

¹⁰⁸¹ Jfr Waddams (2003) s. 552.

¹⁰⁸² Se härom avsnitt 8.1.2, särskilt vid not 963.

¹⁰⁸³ Jfr Komarek (2007) s. 487 om "[t]he varied distribution of 'judicial wisdom'".

¹⁰⁸⁴ Jfr Koskelo (2014) s. 638 f., som påtar att det "är viktigt för oss domare är att kontinuerligt och medvetet ägna oss åt att reflektera över frågan om vad som är en lämplig roll för en domstol" (kursivering i original) och att detta är särskilt svårt, men också angeläget, i frågor där lagstiftaren förhållit sig passiv.

Denna studie ger således stöd för flera reservationer vad gäller den av allt att döma ännu inte avtagande trenden mot allt större fakultativa inslag i den civilprocessrättsliga lagstiftningen. Detta innebär emellertid inte att den förespråkar motsatsen.¹⁰⁸⁵ Fakultativ reglering kan få bättre eller sämre konsekvenser; det kan öppna för godtycke eller möjliggöra gott omdöme. Vilka effekterna blir beror på hur de fakultativa reglerna används. I denna avhandling har jag riktat vissa rekommendationer till rättstillämpningen. Ingen av dem är emellertid allena saliggörande, och tillsammans är de rentav delvis motstridiga. Kontextuell skönsutövning är mest lojal mot de fakultativa reglernas funktion, och därför enligt min mening att rekommendera, dock främst om den fakultativa regeln ifråga har potential att fylla denna funktion. Detta beror i sin tur på om den fråga som regleras är sådan att den lämpar sig att delegera till rättstillämpningen. I övriga fall kunde en mer typfallsinriktad tillämpningsmetod som den teleologiska vara förtjänstfull. Ett sådant förhållningssätt riskerar dock att komma i konflikt med unionsrätten, eftersom de regler som direkt inverkar på unionsrättens genomslag – eller, med den tidigare föreslagna modellen, de som rör processmaterialet – mycket väl kan vara sådana att de lämpar sig för delegation och således hellre borde tillämpas kontextuellt och förbli fakultativa.

Bäst förutsättningar för att ta ett samlat grepp om bruket av regleringsteknik, och därigenom göra effektivt bruk av det redskap som fakultativiteten utgör, har lagstiftaren.¹⁰⁸⁶ Det är därför beklagligt att de vidare implikationerna av processlagstiftningens ökande fakultativa inslag tycks ha förbisetts i lagstiftningsarbetet.¹⁰⁸⁷ Inför kommande reformer vore det önskvärt att det från lagstiftarhåll skapades en tydligare bild av vad

¹⁰⁸⁵ Även formalism är farligt, som Lindblom (1998) s. 258 ff. dramatiskt demonstrerar.

¹⁰⁸⁶ Jfr SOU 2008:125 s. 554, där det framhålls att lagstiftningsprocessen ”ger vissa garantier för att lagförslag är väl genomtänkta och håller en hög lagteknisk kvalitet.” Allmänt kan konstateras att riksdagen till sitt förfogande har ett utredningsväsen som helt saknas i även den högsta domstolsinstansen. För ett kritiskt perspektiv se Koskelo (2014) s. 631, som pekar på att bruket av vaga (vilket torde inkludera men inte vara begränsat till fakultativa) regler innebär en risk för ”ställningstaganden som i förlängningen får långtgående följder men som görs i en smal krets, på basen av en smal process, en ibland fattig eller annars svag partsargumentering, eventuellt efter en alltför tunn beredning eller alltför inskränkt tankeprocess, och utan sådana omfattande utredningar, konsekvensanalyser och remissbehandlingar som är kännetecknande för en kvalitativt högklassig lagberedning.”

¹⁰⁸⁷ Jfr Koskelo (2014) s. 625 ff. som framför intressant kritik mot att ”den demokratiska [lagstiftnings]processen allt oftare tenderar att undvika och abdikera från kontroversiella frågor, stora uppgifter och svåra debatter” (cit. från a.a. s. 630).

man vill uppnå med den eftersträlvade flexibiliteten. Med utgångspunkt i en sådan bild, och mot bakgrund av vad denna studie visat vad gäller regleringsteknikens betydelse, vore det möjligt att göra ett initierat val mellan fakultativitet, och då även mellan olika typer av fakultativitet, och obligatorium.

I en sådan analys bör även de unionsrättsliga aspekterna beaktas. Fakultativ reglering kan bidra till att minska konfliktytorna mellan nationell och europeisk rätt och möjliggöra anpassning av rättsläget utan åsidosättande av nationell reglering.¹⁰⁸⁸ Ett argument för att välja fakultativ reglering kan således vara en önskan om att ge effekt åt unionsrätten i en situation där dess exakta innebörd är oklar. Unionsrättsligt inflytande kan emellertid även få till effekt att fakultativiteten genast omvandlas till obligatorium och därigenom motverkar de (andra) syften som regleringstekniken tjänar, som exempelvis att möjliggöra kontextuell skönsutövning i underrätterna. Om risken härför är överhängande, vilket som visats främst torde vara fallet vid reglering av processuella frågor som är intimt förknippade med processmaterialet, bör en snävare fakultativ eller rentav obligatorisk konstruktion övervägas, för att minska risken för omotiverat gynnande av unionsrättsligt reglerade intressen framför sådana som främst omfattas av nationell normgivningskompetens.

Det är rimligt att avkräva lagstiftaren ett medvetet och välunderrättat ställningstagande avseende kontextuella hänsyn kontra förutsebarhet vad gäller rättegångens förlopp, avseende värdet av en politisk kontra en judiciell beslutsprocess i dessa frågor och avseende om processens roll i relation till unionsrätten bör vara välkomnande och förstärkande eller begränsande och balanserande. Givetvis kan olika ställningstaganden vara motiverade för olika processuella frågor; ett övergripande svar är inte nödvändigt och knappast ens önskvärt. Däremot bör frågorna övervägas vid utformningen av enskilda regler. Oavsett vilka syften som prioriteras bör ”ökad flexibilitet” utmönstras ur målbilden och reduceras till ett medel, som värderas utifrån sina konsekvenser.

¹⁰⁸⁸ Ett sådant resonemang fördes av lagstiftaren i samband med implementeringen av direktiv 2004/38/EG, se prop. 2005/06:77 s. 78 samt vidare RH 2007:14 och Hovrätens för Västra Sverige dom i mål B 1145-12.

Summary

Background and aim of the thesis

Increased *flexibility* has been one of the most consistently pursued goals of civil procedure reforms in Sweden during recent decades. The number of rules intended to confer a discretion upon the courts has nearly doubled compared to the time of the Code of Judicial Procedure's enactment in 1948. As a result, the design of the process of adjudication before Swedish courts is largely left to the discretion of the individual judge and thus liable, or indeed *intended*, to vary from one case to another, to the detriment of legal certainty but allowing for more appropriate case management.

Approximately fifteen years into this flexibility-oriented development, Sweden acceded to the European Union (EU). Relying on the principle of national procedural autonomy, this was thought not to affect matters of civil procedure. The compatibility of the national reforms outlined above with the Court of Justice's (CJEU) case law was thus not subject to investigation during the legislative procedure and has been largely overlooked in academic writing. However, as the CJEU's case law has increasingly ventured into core elements of procedural law, there are rulings which suggest that even the legislative choice between applying a principle of strict legality or granting a discretion to the courts carries legal significance also from the EU perspective.

The study object of this thesis is Swedish procedural rules whereby courts are granted a discretion to decide on procedural issues on a case-by-case basis. Those rules are referred to as *discretionary rules*,¹ and con-

¹ The Swedish term is "*fakultativa regler*", using the adjective *fakultativ* which also exists in German legal language. In German, however, the term is normally used to describe an optional procedural remedy (*Rechtsfolge*, from which also the Swedish equivalent term derives), whereas in Swedish it denotes a rule prescribing such a remedy. The term "discretionary rule" is thus here taken to mean a rule according to which the decision-maker can choose between different, lawful, remedies. It is important to note that only discretionary rules concerning procedural matters are included in the study.

trusted to mandatory rules. Its aim is to examine the (potential) tension between the national and Union developments and if possible suggest ways of relieving this tension.

The thesis argues that EU law influence is liable to hamper the Swedish reforms in fulfilling their purpose and that their effect may instead be to further the impact of substantive EU law in Swedish courts. It also argues that the flexibility-driven reforms have structural effects on the allocation of normative powers between Member State and Union and between the legislative power and the judiciary, which the legislator so far has failed to take into account. It forwards these arguments by answering three research questions: Firstly, it asks what constitutes a discretionary rule, how, from a linguistic point of view, such rules are framed and why the Swedish legislator chooses to regulate civil procedure through discretionary rather than mandatory rules. Secondly, it asks how the exercise of discretion in Swedish courts, as well as the legislative power to introduce discretionary procedural rules, is affected by Union law, especially as interpreted and developed by the CJEU. Thirdly, it asks if and how increased elements of judicial discretion bring about a redistribution of normative control over the procedure before Swedish civil courts.

The definition and purpose of discretion in civil procedure

For the context of civil procedure, discretionary rules are defined as rules addressed to the court and concerning an action to be taken (or not taken) by it, where the rule leaves the court a discretion to choose between two or more lawful courses of action, and where the court's choice is determinant for the continued course of the procedure. Discretionary rules are thereby distinguished from rules addressed to the parties (binding or non-binding) as well as from mandatory rules for the court.

The thesis distinguishes between two subcategories of discretionary rules, which can be termed classic discretionary and interpretive discretionary rules respectively. Rules belonging to the former category typically state that subject to the fulfillment of certain criteria, the court *may* take (or omit) a certain action. Rules in the latter category are characterized by broadly-framed or purposefully vague conditions which require judges to exercise discretion in establishing whether conditions for taking a certain action are at all fulfilled. However, whether or not a rule confers discretion upon the courts is not considered a matter of mere lexical interpretation. Thus, the definition of "discretionary rules" also includes

rules that, albeit mandatory in language, in fact do confer a discretion according to the generally accepted interpretation in case law or *travaux préparatoires*. As a consequence, the thesis recognises that a rule can confer a stronger or a weaker discretion upon the judge, which also entails that the distinction between discretionary and mandatory rules should be perceived as a difference of degree rather than one of kind.

The stated purpose of the legislative preference for discretion is vague. It appears that flexibility rather early on in the development acquired the position of an aim in itself, rendering further justification of the trend unnecessary. However, two main strands of argument can be discerned. First, the *travaux préparatoires* claim that increased flexibility allows the court to deal with easy cases swiftly and allocate more time and resources to the most complex cases, thus using its budget in a more efficient way. There is however little evidence to suggest that the introduction of discretion actually does lead to less costly or time-consuming court procedures. Secondly, a more flexible code can also, according to the *travaux préparatoires*, be less burdened by detailed regulation and thereby better stand the test of time, as it can be adapted to changing societal practises without calling for legislative amendments. Less detailed rules are also considered more accessible to non-lawyers (the general public and presumptive parties).

There is little in the preparatory works to suggest that the above-mentioned difference between classic and interpretive discretion has been the subject of consideration on the part of the legislator. However, this distinction has been found to carry practical significance as the study shows that the choice between classic and interpretive discretion is relevant for higher courts' ability or at least propensity to review lower courts' exercise of discretion. Where interpretive discretion has been conferred upon the courts, higher courts on appeal have not hesitated to review the exercise of discretion in lower courts and at times even substitute that court's assessment for its own. However, the use of classic discretionary rules seems to have given rise to a more cautious approach, where appeal courts have often, if not entirely consistently, satisfied themselves that the lower courts' decisions have been within the bounds of their competence but refrained from reviewing the actual exercise of discretion within those bounds. This does not seem to have been intended or even anticipated by the legislator, and consequently has not been considered in the formulation of new discretionary rules.

The effect of EU law on the exercise of discretion

The CJEU has developed several general principles of procedural significance. Amongst them, the *Rewe/Comet*² principles of effectiveness and equivalence and the related principle of effective judicial protection (codified in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights) are minimum requirements and function as standards for judicial review of national procedural rules. If the EU law compatibility of a discretionary rule is successfully challenged, the result is typically that the EU law principles render the scope of discretion narrower, by precluding either, in the case of classical discretion, one or more of the optional procedural remedies (*Rechtsfolgen*) or, in the case of interpretive discretion, the prescribed procedural remedy under certain circumstances. Even the very existence of discretion can be incompatible with the effectiveness of EU law, as evidenced by the judgments in *C-406/08 Uniplex*³ and *C-456/08 Commission v. Ireland*, where the Court declared a national rule allowing courts to dismiss claims not deemed to have been brought “promptly” to be contrary to EU law as it deprived applicants of the legal certainty necessary to enjoy effective judicial protection.

Procedural rules can also be subject to harmonious interpretation. While harmonious interpretation typically modifies the scope of the interpreted rule by *widening* it, the end result is more often than not that the national court finds itself *obliged* to take the course of action made possible by the harmonious interpretation in order to avoid a violation of Union law. In sum, it thus seems that the impact of Union law on discretionary rules is generally to narrow the room for discretion enjoyed by the national court. There are however also examples of the opposite, most notably in this context the rulings in *C-360/09 Pfeleiderer* and *C-536/11 Donau Chemie* where the Court demanded that national courts should have the power to make a discretionary assessment on a case-by-case basis.⁴

National courts applying discretionary rules are also bound by the principle of loyalty laid down in Article 4(3) of the Treaty on European Union (TEU). According to that principle, Member State courts must take “any appropriate measure” to ensure the observance of EU law with-

² Cases 33/76 and 45/76 respectively.

³ The *Uniplex* judgment concerned two different discretionary, procedural rules. The second one will be discussed below.

⁴ These judgments, in particular *Donau Chemie*, are discussed further below.

in their competence. The implications of this principle for the exercise of discretion in national courts have been the subject of the CJEU's attention in several cases.

In its judgment in C-430/93 and C-431/93 *van Schijndel* the CJEU held that the mere fact that national courts, pursuant to national law, were *allowed* to rely on points of law not advanced by the parties meant that they had an *obligation* to raise such points *ex officio* in EU law cases. The discretionary nature of the national rule was thus quite decisive for the Court's ruling, the effect of which was transform the discretion of the national court into an obligation. This reasoning, which has been confirmed in a series of later cases,⁵ appears to have been based on the principle of loyalty (Art. 4(3) TEU), although some later case law, notably the *Asturcom* ruling, casts some doubt on this interpretation. A similar reasoning, explicitly based on *inter alia* Article 4(3) TEU, was subsequently adopted by the British House of Lords in a case concerning exercise of judicial discretion under the scope of the EIA directive.

The principle of loyalty was also cited in C-453/00 *Kühne & Heitz*, where the CJEU held that a national court was obliged to review an administrative decision that had acquired the force of *res judicata*, since the court had the power to do so under national law. However, in *Kühne & Heitz* the existence of that power was not, as it was in *van Schijndel*, in itself sufficient to give rise to the obligation. Instead the Court ruled that three additional criteria needed to be fulfilled in order for EU law to demand the reopening of the case.

A national discretionary rule, this time concerning the discretion to extend a time limit for bringing a claim, was also discussed in *Uniplex*. The approach of the CJEU was however yet another. The Court held that the national court was obliged to extend the time limit if, but only if, such extension was necessary to avoid a breach of EU law. If the observance of Union law could be achieved in other ways, the discretion thus remained intact. The principle of loyalty was not mentioned. The position of the CJEU in *Uniplex* instead closely resembles that taken by Advocate General Jacobs, but rejected by the Court itself, in *van Schijndel*.

In the abstract, these lines of case law show three different approaches to national, discretionary rules: unconditional transformation into obligation in *van Schijndel*, transformation into obligation only under certain

⁵ C-72/95 *Kraaijeveld*, C-2/06 *Kempter*, C-40/08 *Asturcom*, C-488/11 *Asbeek Brusse* and C-397/11 *Jörös*.

conditions in *Kühne & Heitz*, and upheld discretion in *Uniplex*. As the cases concerned different procedural issues, it is possible to explain these discrepancies by claiming the lines of case law to be unrelated. However, reading them together reveals a tension between different interests and values of EU law. Additionally, the reasoning of the *van Schijndel* judgment in particular is framed in so general terms that it seems impossible to rule out that the same reasoning may apply in other situations as well.

The rulings in *van Schijndel* and, albeit to a lesser extent, *Kühne & Heitz* show that EU law issues demands on national courts even if they act within their competence according to national law and even if the national rule itself is not contrary to EU law. That is to say that the decision of a national court can be contrary to Union law, even though the decision is in conformity with national law and national law is in conformity with Union law. CJEU case law thus sets a higher standard for national courts, than it does for national legislators. Discretionary rules function as a back door, through which substantive EU law can enter national legal systems unhindered by national legal requirements that would otherwise, legitimately, bar it at the front gate. Meanwhile, however, it is clear from the judgment in *Uniplex* that the Court does not consistently make such use of discretion in national law.

To explain this tension it is worth noting that the Union's competence in domestic (as opposed to cross-border) procedural issues derives from its competence in substantive matters; the Union's interest in procedural law is only to ensure the enforcement of substantive EU law. Thus, it is reasonable to expect Union law to raise higher demands in procedural matters closely linked to the subject-matter of litigation. This may explain the more intrusive approach in *van Schijndel* as well as the more autonomy-oriented one in *Uniplex*, as the court's decision in the former case was decisive for the claimants' chance to have their rights upheld in substance, whereas in the latter it was not. Based on this explanation, the thesis outlines a model for incorporating CJEU case law in Swedish courts' exercise of discretion, based on the proposition that the procedural persuasiveness of EU law is relative to the impact of the procedural rule on the substantive outcome, and on the form/substance divide established in Swedish legal writing.

In conclusion, the thesis argues that the CJEU uses discretionary rules in national procedural law as a means to further the influence of EU law in national legal systems beyond what follows from the principles

of effectiveness, equivalence and effective judicial protection. The cases where the Court has refrained from making such use of the rules in question can be explained by the fact that those cases did not present a direct threat to the enforcement of EU legal rights. Furthermore, where Union law does interfere with the conferral of discretion, its effect is to narrow or even completely exclude the scope of discretion. From a Swedish perspective this means that the influence of EU law runs directly counter to the intentions of the legislator, which have been to increase the room for discretion.

Regulating and controlling civil procedure

The conferral of discretion has often been described in literature as a delegation of legislative power. Although formally incorrect from a constitutional perspective, this statement highlights two aspects of discretion: first, that the decision-making powers in procedural matters are thought to originate with the legislature, and second that the conferral of discretion is a question of power being transferred from one body to another. This thesis argues that four distinct power relations are affected by the ongoing shift from mandatory to discretionary rules in Swedish civil procedure.

Firstly, the conferral of discretion means that the power to decide how a certain situation should be handled is transferred from the legislative to the judicial sphere, and thereby from political decision-makers to lawyers. The first effect of increased discretion is therefore a judicialization of civil procedure. This is likely to influence the decision-making process, both as regards the formal structures and as regards the actual cognitive process of reaching a decision. This is particularly noteworthy when it comes to the normative aspect of exercising discretion; while value-oriented or ideological concerns are considered legitimate in political decision-making, they are considerably more mistrusted in legal reasoning, especially among leading Swedish commentators.

Secondly, increased discretion leads to decentralization. As has been repeatedly emphasised in the preparatory works for civil procedure reforms in Sweden, discretion conferred upon the judiciary is to be exercised by the courts of lower instance in their management of individual cases. Instead of being exercised once for all civil trials by one actor with general competence (parliament), the control of the litigation process has

thereby been handed out to a multiplicity of actors with more limited jurisdictions (civil courts adjudicating in individual cases).

The degree of decentralization is affected by the choice between classic and interpretive discretion, as has been described above. The more restrictive judicial review carried out by appeal courts pursuant to classical discretionary rules places the emphasis on first-instance decision-making, whereas the more complete review that interpretive discretion gives rise to is likely to discourage lower courts from exercising discretion. Furthermore, the way in which the courts choose to exercise discretion also affects the level of decentralization. One influential scholar⁶ has argued that judges ought to exercise discretion in the abstract, by developing “sub-rules” for the situations falling within the scope of discretion, thereby gradually eliminating it through precedent. The discretionary powers are then largely exercised by appeal court (including the Supreme Court) judges. While this method may increase legal certainty and simplify the application of discretionary rules, it would however run counter to the purpose of making procedural choices based on the circumstances of the individual case, as advocated by the legislator. This study therefore outlines an alternative method, where the discretion is exercised *in casu* according to contextual considerations, as a means of remaining loyal to the purposes of the reforms and to retain discretionary powers at the lower levels of the judiciary.

As a consequence of decentralization, discretion also thirdly leads to fragmentation of procedure, both between and within trials. While the principle that similar cases be treated alike is fundamental also or perhaps especially in the courts’ exercise of discretion, the risk of inter-trial fragmentation increases as previous judgments based on discretionary reasoning lacks the quality of precedent – and other first instance courts’ actions in similar cases may not even be easily known. Thus, different courts or judges will balance competing interests differently even in highly similar situations. Intra-trial fragmentation occurs as a court lacks the capacity and the time to consider the impact of its decision on the procedure as a whole. The possibility to balance different interests consistently or to compensate for earlier advantages at later stages is thereby lessened.

Lastly, as was shown in the previous section, discretionary rules enable harmonisation through the case law of the CJEU beyond what would have been possible if national procedure were regulated by mandatory

⁶ The late professor Per Olof Ekelöf.

rules. Thus, fourthly, the development towards increased elements of discretion furthers the Europeanization of civil procedure, in the sense that the procedural obligations of national courts are to a larger extent determined on Union, and to a lesser extent on national, level. This is, as in the case of judicialization described above, likely to affect the decision-making process and possibly also the reasoning and even the substance of the decision. In this way, Europeanization affects the kind of judicialization taking place.

Europeanization also has an impact on the other consequences discussed above. It counteracts the decentralizing effect by a sort of recentralization, from the multitude of national courts to the CJEU. Thereby decentralization gradually turns into a transferral of power between two centrally placed authorities: from the national parliament to the Union judiciary. As the increasing case law from the Court also limits the room for discretion of the national courts, the increased European influence also lessens the risk of inter-procedural fragmentation. It does not, however, decrease the risk or degree of intra-procedural fragmentation; if anything, it strengthens it partly by consolidating and institutionalising such discrepancies, partly by introducing new norms for particular procedural issues without insight in how this affects the national procedure as a whole.

In sum, the thesis argues that the ongoing development towards increasing judicial discretion in Swedish civil procedure causes the control of procedure to be transferred from the political to the judicial power sphere, where it is both distributed between the national courts and transferred from the national to the supranational level. An effect of this is that the opportunities to make procedural decisions based on a holistic understanding of the functions of civil procedure are reduced, and that the possible impact of EU law on both procedural and substantive law is enhanced.

Two concluding remarks

First remark: On the integration of EU and national law

In Sweden, as presumably in most other European jurisdictions, the interest in a “correct” outcome in substance is not considered to outweigh the interest in a fair trial. In cases such as *van Schijndel*, however, the Court seems to have been relying solely on the interest in the full effectiveness

of EU law, which outweighs all legitimate procedural concerns if national law allows for discretionary decision-making. The CJEU has often been criticised for such one-sided reasoning, and was notably warned of it by its own Advocate General in *van Schijndel*.

A legal order where the substantive outcome takes precedence over procedural rules favours the legislator in charge of substantive law – in the cases at issue here, the EU – at the expense of that governing the court system – i.e. the Member States. However, an approach oriented towards the full effectiveness of EU law is not only detrimental to Member States' procedural autonomy (or what remains of it). It also has negative effects from the EU law perspective.

First, heavy reliance on the principle of loyalty risks buying the effectiveness of EU law at the expense of its uniformity. *van Schijndel* is a case in point. By effectively excluding discretion at the national level, the Court created a dichotomy between two polar situations that can occur in Member States: either national courts are obliged to act (if national law provides for a discretion or for mandatory action), or they are forbidden to do so (if national law prohibits it), but no option in between. In contrast, allowing for discretion would possibly have created differences in civil procedure *within* a Member State, but would have contributed to mitigating systemic differences *between* Member States. Secondly, interventionist rulings such as *van Schijndel* set Union law on a collision course with Member State laws. In such collision situations, the principles of primacy and direct effect will ensure the effectiveness of EU law, but will also consolidate the distinct identities of Union and national law respectively by emphasising the primacy of the former over the latter.

There are cases that seem to suggest a way forwards. In *Donau Chemie* the Court rejected a national rule effectively prohibiting disclosure of the judicial case-file in competition law cases, holding that such a rule made private enforcement of competition law practically impossible. In that situation a solution based on the primacy of Union (substantive) law was impossible, as both parties relied on Union law: the claimant on his right to compensation for damages suffered by the defendant's violation of EU competition law, and the defendant on the effectiveness of leniency programs, which would be greatly reduced if documents related to the leniency proceedings were to be disclosed to third parties. However, instead of itself striking the balance between these two competing Union interests, which the Court would doubtlessly have been competent to do

and which was indeed suggested to it by its Advocate General, the Court ruled that national rules of a mandatory nature, whether prescribing or prohibiting the disclosure of the case-file, were contrary to EU law, and left it to the national court to strike a balance *in casu*. The CJEU thus imposed on Member State legislators a *requirement to introduce discretionary rules* governing the situation.

As the *aquis* of EU law widens, *Donau Chemie*-type situations are likely to become more common. It is however submitted that the trust in national courts that the CJEU showed when balancing between two Union rights could reasonably be transposed also to cases where a Union interest competes with a national one, indeed in the same way as the Court expressed trust in national legislators in the second part of *van Schijndel*.⁷ If so, the more nuanced approach from *Donau Chemie* could serve as a model for other cases, which would allow the CJEU to step down from its effectiveness-oriented use of nationally provided-for discretion. Such an approach would enable courts to carry out a balance of interests based on substantive reasoning rather than formal hierarchies, it would allow for actual exercise of discretion in national courts even in EU law cases and thus better respect the legislative choices of Member States such as Sweden, and it would clear the path for *Europarechtsfreundlichkeit* or a softer adaptation of national law to Union standards in national courts. In the long run, such an approach has potential to provide for real integration, rather than mere handling of conflicts of law, between Union and Member State law.

Second remark: On the desirability of discretion

Lastly, the thesis addresses the question of the desirability of discretion. Is the Swedish development of civil procedure to be welcomed or resisted? In the legal doctrine, discretion has commonly been perceived as a gateway to arbitrariness, and thus as a threat. In order for discretion to be welcomed, a greater trust in the judges is necessary. This suggests that discretion-oriented reforms should be coupled with other measures designed to strengthen trust in courts, such as educational and recruitment measures and guarantees for stronger compositions of the court sitting in trial. Such connections have yet to be made.

⁷ Para. 21 concerning the holistic assessment of compatibility with the principle of effectiveness.

This thesis argues that the existence of judicial discretion is not problematic in itself, but that the development nevertheless gives rise to some causes for concern. Conferring discretion makes sense only if and where the courts' judgement is likely to be superior or at least equal to that of the legislator. Some questions are therefore likely to be more suitable for discretionary regulation than others. In Swedish *travaux préparatoires*, this question seems to have been largely overlooked. The same goes for the significance of the choice between classic and interpretive discretion. Thus, we do not know if discretion has been conferred for those issues where it would have been most advantageous, nor do we know if it has been conferred on the courts at the most appropriate level. It would be desirable for the legislator to show greater awareness in these regards.

Grantedly, courts, and particularly courts of appeal and the Supreme Court, could contribute to a more purposive approach to discretion by delivering precedents limiting the scope for discretion in situations where it is thought to be less appropriate, and conversely by resisting from such pronouncements where discretion is considered appropriate. They could also let the extent of judicial review be guided by purposive reasoning rather than the rule's construction of classic or interpretive discretion; however, such an approach would render the connection between types of discretion and degree of judicial review vaguer, which would lessen the value of the classic/interpretive distinction as a tool for the legislator.

In conclusion, judicial discretion in civil procedure has its benefits, but in order to exploit them to the fullest, a well-reasoned approach on the part of the legislator would be desirable. Such an approach should include a clear idea of what the introduction of discretion is intended to achieve, which would enable an informed choice between discretionary and mandatory regulation and, in the former case, between classic and interpretive discretion. It should also take the European aspect into account. Conferral of discretion can be used to facilitate the reception of EU law, especially in matters where the exact requirements of EU law are yet unknown. However, Union influence can also have the effect of immediately transforming discretion into obligation, in which case national legislators may prefer to opt for a mandatory rule which allows them to balance substantive and procedural law interests according to their own preferences.

Käll- och litteraturförteckning

I. Offentligt tryck

i. Propositioner

- Proposition 1931:80 angående huvudgrunderna för en rättegångsreform
Proposition 1942:5 med förslag till rättegångsbalk
Proposition 1954:200 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m.
Proposition 1973:87 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om rättegången i tvistemål om mindre värden, m.m.
Proposition 1973:90 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.
Proposition 1983/84:78 om ändringar i rättegångsbalken m.m.
Proposition 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande
Proposition 1987/88:69 om europakonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige
Proposition 1988/89:78 om högsta domstolen och rättsbildningen
Proposition 1988/89:95 om ändringar i rättegångsbalken m.m.
Proposition 1989/90:71 om några processrättsliga frågor
Proposition 1990/91:68 om ändring i brottsbalken m.m. (böter)
Proposition 1990/91:194 om förverkande av rätt att ta arv, m.m.
Proposition 1991/92:170 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES)
Proposition 1992/93:64 om EES-avtalet och advokaterna, m.m.
Proposition 1994/95:19 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen
Proposition 1995/96:115 Lag om domstolsärenden
Proposition 1996/97:131 Prövningstillstånd i hovrätten
Proposition 1998/99:37 Ändringar i rättegångsbalken – hovrättsfrågor m.m.
Proposition 1998/99:65 Videokonferens i rättegång
Proposition 1999/2000:26 Effektivisering av förfarandet i allmän domstol
Proposition 2004/05:131 En modernare rättegång

Proposition 2005/06:77 Genomförande av EG-direktiven om unionsmedborgares rörlighet inom EU och om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning
Proposition 2007/08:113 Rekrytering av domare
Proposition 2010/11:128 Medling och förlikning – ökade möjligheter att komma överens

ii. Statens offentliga utredningar

SOU 1926:31 Processkommissionens betänkande angående rättsväsendets ombildning. Första delen: Domstolsförfattningen
SOU 1926:33 Processkommissionens betänkande angående rättsväsendets ombildning. Tredje delen: Rättegången i tvistemål
SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk II: Motiv m.m.
SOU 1982:25 Översyn av rättegångsbalken 1. Processen i tingsrätt. Del A: Lagtext och sammanfattning
SOU 1982:26 Översyn av rättegångsbalken 1: Processen i tingsrätt. Delbetänkande av rättegångsutredningen. Del B: Motiv m.m.
SOU 1987:46 Översyn av rättegångsbalken delbetänkande 4: Hovrättsfrågor, sammansättningsfrågor m.m.
SOU 1994:99 Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete. Del A och B.
SOU 2001:103 En modernare rättegång
SOU 2003:102 En öppen domarrekrutering
SOU 2007:26 Alternativ tvistlösning
SOU 2008:106 Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag
SOU 2008:125 En reformerad grundlag. Betänkande av Grundlagsutredningen.
SOU 2012:93 En modernare rättegång II – en uppföljning
SOU 2013:17 Brottmålsprocessen

iii. Departementsserien

Ds JU 1976:8 Översyn av rättegångsförfarandet i allmän domstol
Ds 2001:36 Hovrättsprocessen i framtiden
Ds 2014:24 Ökad endomarbehörighet i tvistemål

iv. Direktiv

Direktiv 1977:10 Översyn av rättegångsförfarandet i allmän domstol.

Publicerat i (och citerat ur) regeringens skrivelse nr 103 1977/78 (Kommittéberättelse 1978), del II, s. 26–32.

Direktiv 1999:62 Processen i allmän domstol

Direktiv 2010:78 En översyn av brottmålsprocessen

Direktiv 2011:79 Utvärdering av reformen En modernare rättegång

v. Övrigt

Domstolsverkets rapportserie (DV) 2010:3 Resursfördelningen efter EMR

Odelstingsproposisjon nummer 77 (1992-93) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen m m (Norge)

II. Rättsfall

i. Svenska domstolar

Högsta domstolen, rättsfall refererade i Nytt juridiskt arkiv I

NJA 1961 s. 157

NJA 1966 s. 205

NJA 1976 s. 289

NJA 1978 s. 722

NJA 1982 s. 175

NJA 1983 s. 576

NJA 1986 s. 268

NJA 1990 s. 361

NJA 1991 s. 783

NJA 1992 s. 555

NJA 1993 s. 119

NJA 1993 s. 182

NJA 1993 s. 591

NJA 1994 s. 7

NJA 1998 s. 278

NJA 1998 s. 829

NJA 1999 s. 258

NJA 2002 not C 4

NJA 2002 s. 342

NJA 2004 s. 213

NJA 2004 s. 247

NJA 2006 s. 326
NJA 2007 s. 108
NJA 2007 s. 431
NJA 2007 s. 547
NJA 2007 s. 822
NJA 2008 s. 100
NJA 2008 s. 259
NJA 2010 s. 168
NJA 2011 s. 444
NJA 2011 s. 576
NJA 2012 s. 1038 I
NJA 2013 s. 209
NJA 2013 s. 502
NJA 2013 s. 813
NJA 2013 s. 1017
NJA 2014 s. 29

Högsta domstolen, orefererade rättsfall

HD:s beslut i mål nr Ö 1443-11, meddelat 2012-04-18.

Hovrätterna, refererade rättsfall

RH 1986:81 I och II
RH 1987:4
RH 1993:89
RH 1995:32
RH 1995:55
RH 1999:54
RH 2001:10
RH 2004:64
RH 2006:55
RH 2007:14
RH 2009:50
RH 2009:61
RH 2011:4
RH 2011:36
RH 2012:67
RH 2012:78

Hovrätterna, orefererade rättsfall

Hovrätten för Nedre Norrland, mål nr Ö 825-02, beslut meddelat 2002-08-16.

Hovrätten för Västra Sverige, mål nr B 3707-10, dom meddelad 2010-11-04.

Hovrätten för Västra Sverige, mål nr B 1145-12, dom meddelad 2012-02-06.

Svea hovrätt, mål nr B 7968-13, beslut meddelat 2013-10-09.

Hovrätten för Övre Norrland, mål nr FT 711-12, beslut meddelat 2014-02-24

Arbetsdomstolen

AD 1997 nr 69

AD 2002 nr 15

Tingsrätterna

Stockholms tingsrätt, mål nr B 3477-10, dom meddelad 2012-05-02.

Umeå tingsrätt, mål nr B 1925-05, dom meddelad 2013-03-27.

Allmänna förvaltningsdomstolar

Kammarrätten i Stockholm, mål 8997-07, dom meddelad 2008-09-18.

Statens VA-nämnd

MÖD 2000 DM 36

ii. EU-domstolen

Domar

Mål 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, ECLI:EU:C:1963:1.

Mål 6/64 *Flaminio Costa mot ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66.

Mål 34/67 *Firma Gebrüder Lück mot Hauptzollamt Köln-Rheinau*, ECLI:EU:C:1968:24.

Mål 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1974:3.

Mål 41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office*, ECLI:EU:C:1974:133.

- Mål 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG och Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, ECLI:EU:C:1976:188.
- Mål 45/76 *Comet BV mot Produktschap voor Siergewasse*,
ECLI:EU:C:1976:191.
- Mål 106/77 *Amministrazione della Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA*, ECLI:EU:C:1978:49.
- Mål 120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42 (cit. *Cassis de Dijon*).
- Mål 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkavit italiana Srl*, ECLI:EU:C:1980:100.
- Mål 68/79 *Hans Just I/S mot Ministeriet or skatter og afgifter*,
ECLI:EU:C:1980:57.
- Förenade målen 119/79 och 126/79 *Lippische Hauptgenossenschaft eG och Westfälische Central-Genossenschaft eG mot Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, ECLI:EU:C:1980:154.
- Mål 811/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato mot Ariete SpA*,
ECLI:EU:C:1980:195.
- Mål 826/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato v Sas Mediterranea importazione, rappresentanze, esportazione, commercio (MIRECO)*,
ECLI:EU:C:1980:198.
- Mål 283/81 *Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità*, ECLI:EU:C:1982:335.
- Mål 199/82 *Amministrazione delle finanze dello Stato mot SpA San Giorgio*, ECLI:EU:C:1983:318.
- Förenade målen 205-215/82 *Deutsche Milchkontor GmbH m.fl. mot Förbundsrepubliken Tyskland* ECLI:EU:C:1983:233.
- Mål 14/83 *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153.
- Mål 79/83 *Dorit Harz mot Deutsche Tradax GmbH*,
ECLI:EU:C:1984:155.
- Mål 222/84 *Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECLI:EU:C:1986:206.
- Mål 309/85 *Bruno Barra mot Belgiska staten och staden Liège*,
ECLI:EU:C:1988:42.
- Mål 80/86 *Brottmål mot Kolpinghuis Nijmegen BV*,
ECLI:EU:C:1988:42.
- Mål 222/86 *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mot Georges Heylens m.fl.*,
ECLI:EU:C:1987:442.
- Mål 240/87 *C. Deville mot Administration des impôts*,
ECLI:EU:C:1988:349.

- Mål 5/88 *Hubert Wachauf mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, ECLI:EU:C:1989:321.
- Förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Massam Dzodzi mot Belgiska staten*, ECLI:EU:C:1989:321.
- Mål C-106/89 *Marleasing SA mot Comercial Internacional de Alimentacion SA*, ECLI:EU:C:1990:395.
- Mål C-213/89 *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, ECLI:EU:C:1990:257 (cit. *Factortame I*).
- Mål C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE och Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou mot Dimotiki Etairia Pliroforissis och Sotirios Kouvelas och Nicolaos Avdellas m.fl.*, ECLI:EU:C:1991:254 (cit. *ERT*).
- Förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken*, ECLI:EU:C:1991:428.
- Förenade målen C-87/90, C-88/90 och C-89/90 *A. Verholen and others v Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, ECLI:EU:C:1991:314.
- Mål C-208/90 *Theresa Emmott mot Minister for Social Welfare och Attorney General*, ECLI:EU:C:1991:333.
- Mål C-97/91 *Oleificio Borelli SpA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1992:491.
- Förenade målen C-267/91 och C-268/91 *Brottmål mot Bernard Keck och Daniel Mithouard* ECLI:EU:C:1993:905.
- Mål C-271/91 *M. Helen Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335 (cit. *Marshall II*).
- Mål C-2/92 *The Queen v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, ECLI:EU:C:1994:116.
- Mål C-91/92 *Paola Faccini Dori mot Recreb Srl*, ECLI:EU:C:1994:292.
- Mål C-334/92 *Teodoro Wagner Miret mot Fondo de garantía salarial*, ECLI:EU:C:1993:945.
- Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.*, ECLI:EU:C:1996:79.
- Mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgiska staten*, ECLI:EU:C:1995:437.
- Förenade målen C-430/93 och C-431/93 *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441.
- Mål C-212/94 *FMC plc, FMC (Meat) Ltd, DT Duggins Ltd, Marshall (Lamberhurst) Ltd, Montelupo Ltd och North Devon Meat Ltd mot Intervention Board for Agricultural Produce och Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ECLI:EU:C:1996:40.

- Mål C-72/95 *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, ECLI:EU:C:1996:404.
- Mål C-168/95 *Brottmål mot Luciano Arcaro*, ECLI:EU:C:1996:363.
- Mål C-180/95 *Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG*, ECLI:EU:C:1997:208.
- Mål C-261/95 *Rosalba Palmisani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, ECLI:EU:C:1997:351.
- Mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:430.
- Mål C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) mot Ministero delle Finanze*, ECLI:EU:C:1998:401.
- Mål C-326/96 *B.S. Levez mot T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, ECLI:EU:C:1998:220.
- Mål C-343/96 *Dilexport Srl mot Amministrazione delle Finanze dello Stato*, ECLI:EU:C:1999:59.
- Mål C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269.
- Mål C-224/97 *Erich Ciola mot Land Vorarlberg*, ECLI:EU:C:1999:212.
- Mål C-292/97 *Kjell Karlsson m.fl.*, ECLI:EU:C:2000:202.
- Mål C-78/98 *Shirley Preston m.fl. mot Wolverhampton Healthcare NHS Trust m.fl. och Dorothy Fletcher m.fl. mot Midland Bank plc*, ECLI:EU:C:2000:247.
- Förenade målen C-180/98 till C-184/98 *Pavel Pavlov m.fl. mot Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* ECLI:EU:C:2000:428.
- Förenade målen C-240/98 till C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA mot Roció Murciano Quintero och Salvat Editores SA mot José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane och Emilio Viñas Feliú* ECLI:EU:C:2000:346.
- Mål C-456/98 *Centrosteeel Srl mot Adipol GmbH*, ECLI:EU:C:2000:402.
- Mål C-1/99 *Kofisa Italia Srl mot Ministero delle Finanze, Servizio della Riscossione dei Tributi – Concessione Provincia di Genova – San Paolo Riscossioni Genova SpA*, ECLI:EU:C:2001:10.
- Mål C-88/99 *Roquette Frères SA mot Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, ECLI:EU:C:2000:652.
- Mål C-441/99 *Riksskatteverket mot Soghra Gharehveran*, ECLI:EU:C:2001:551.
- Mål C-453/99 *Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan mot Courage Ltd m.fl.*, ECLI:EU:C:2001:465.
- Förenade målen C-20/00 och C-64/00 *Booker Aquaculture Ltd och Hydro Seafood GSP Ltd mot The Scottish Ministers* ECLI:EU:C:2003:397.

- Mål C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores mot Europeiska unionens råd*, ECLI:EU:C:2002:462 (cit. UPA).
- Mål C-99/00 *Brottmål mot Kenny Roland Lyckeskog*, ECLI:EU:C:2002:329.
- Mål C-327/00 *Santex SpA mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, i närvaro av Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA och Fater SpA*, ECLI:EU:C:2003:109.
- Mål C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2002:752.
- Mål C-453/00 *Kühne & Heitz NV mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, ECLI:EU:C:2004:17.
- Mål C-473/00 *Cofidis SA mot Jean-Louis Fredout*, ECLI:EU:C:2002:705.
- Mål C-13/01 *Safalero Srl v Prefetto di Genova*, ECLI:EU:C:2003:170.
- Mål C-63/01 *Samuel Sidney Evans mot The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions och The Motor Insurers' Bureau*, ECLI:EU:C:2003:650.
- Mål C-125/01 *Peter Pflücke mot Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:2003:477.
- Mål C-224/01 *Gerhard Köbler mot Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:513.
- Mål C-276/01 *Joachim Steffensen*, ECLI:EU:C:2003:228.
- Förenade målen C-397/01 till C-403/01 *Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller och Matthias Döbele mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, ECLI:EU:C:2004:584.
- Mål C-34/02 *Sante Pasquini mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, ECLI:EU:C:2003:366.
- Mål C-201/02 *The Queen, på begäran av Delena Wells mot Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, ECLI:EU:C:2004:12.
- Förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02 *Brottmål mot Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi och Marcello Dell'Utri m.fl.*, ECLI:EU:C:2005:270.
- Mål C-105/03 *Brottmål mot Maria Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386.
- Mål C-136/03 *Georg Dörr mot Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten och Ibrahim Ünal mot Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, ECLI:EU:C:2005:340.
- Mål C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA, i likvidation, mot Repubblica italiana*, ECLI:EU:C:2006:391.
- Mål C-443/03 *Götz Leffler mot Berlin Chemie AG*, ECLI:EU:C:2005:665.

- Mål C-144/04 *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*,
ECLI:EU:C:2005:709.
- Mål C-234/04 *Rosmarie Kapferer mot Schlank & Schick GmbH*,
ECLI:EU:C:2006:178.
- Förenade målen C-295/04 till C-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA och Nicolò Tricarico och Pasqualina Murgolo mot Assitalia SpA*,
ECLI:EU:C:2006:461.
- Förenade målen C-392/04 och C-422/04 *i-21 Germany GmbH (C-392/04) och Arcor AG & Co. KG (C-422/04) mot Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:586.
- Mål C-526/04 *Laboratoires Boiron SA mot Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, som med avseende på rättigheter och skyldigheter har trätt i stället för Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*,
ECLI:EU:C:2006:528.
- Mål C-81/05 *Anacleto Cordero Alonso mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECLI:EU:C:2006:529.
- Mål C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato mot Lucchini SpA*, ECLI:EU:C:2007:434.
- Mål C-168/05 *Elisa María Mostaza Claro mot Centro Móvil Milenium SL.*, ECLI:EU:C:2006:675.
- Förenade målen C-222/05 till C-225/05 *J. van der Weerd m.fl., H. de Rooy sr. och H. de Rooy jr., Maatschap H. en J. van 't Oever m.fl. och B. J. van Middendorp mot Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit* ECLI:EU:C:2007:124.
- Mål C-316/05 *Nokia Corp. mot Joacim Wärdell*, ECLI:EU:C:2006:789.
- Mål C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809.
- Förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P *Yassin Abdullah Kadi och Al Barakaat International Foundation mot Europeiska unionens råd och Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:2008:461.
- Mål C-426/05 *Tele2 Telecommunication GmbH mot Telekom-Control-Kommission*, ECLI:EU:C:2008:103.
- Mål C-432/05 *Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern*, ECLI:EU:C:2007:163.
- Mål C-438/05 *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*,
ECLI:EU:C:2007:772.
- Mål C-2/06 *Willy Kempter KG mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*,
ECLI:EU:C:2008:78.

- Mål C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, ECLI:EU:C:2008:723.
- Mål C-268/06 *Impact mot Minister for Agriculture and Food m.fl.*,
ECLI:EU:C:2008:223.
- Mål C-309/06 *Marks & Spencer plc mot Commissioners of Customs & Excise*, ECLI:EU:C:2008:211.
- Mål C-409/06 *Winner Wetten GmbH mot Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, ECLI:EU:C:2010:503.
- Mål C-427/06 *Birgit Bartsch mot Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, ECLI:EU:C:2008:517.
- Mål C-455/06 *Heemskerk BV och Firma Schaap mot Productschap Vee en Vlees*, ECLI:EU:C:2008:650.
- Mål C-555/07 *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG*,
ECLI:EU:C:2010:21.
- Mål C-2/08 *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze och Agenzia delle entrate mot Fallimento Olimpiclub Srl*, ECLI:EU:C:2009:506.
- Mål C-12/08 *Mono Car Styling SA, i likvidation mot Dervis Odemis m.fl.*, ECLI:EU:C:2009:466.
- Mål C-19/08 *Migrationsverket mot Edgar Petrosian m.fl.*,
ECLI:EU:C:2009:41.
- Mål C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL mot Cristina Rodríguez Nogueira*, ECLI:EU:C:2009:615.
- Mål C-63/08 *Virginie Pontin mot T-Comalux SA*,
ECLI:EU:C:2009:211.
- Mål C-91/08 *Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main och Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182.
- Mål C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL mot Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2010:39.
- Mål C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v Ferenc Schneider*,
ECLI:EU:C:2010:659.
- Mål C-227/08 *Eva Martín Martín mot EDP Editores SL*,
ECLI:EU:C:2009:792.
- Mål C-243/08 *Pannon GSM Zrt. mot Erzsébet Sustikné Györfi*,
ECLI:EU:C:2009:350.
- Förenade målen C-317/08, C-318/08, C-319/08 och C-320/08 *Rosalba Alassini mot Telecom Italia SpA, Filomena Califano mot Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono mot Telecom Italia SpA och Multiservice Srl mot Telecom Italia SpA*, ECLI:EU:C:2010:146.
- Mål C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd mot NHS Business Services Authority*,
ECLI:EU:C:2010:45.
- Mål C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, ECLI:EU:C:2010:46.
- Mål C-173/09 *Georgi Ivanov Elchinov mot Natsionalna zdravnoosigurnitelna kasa*, ECLI:EU:C:2010:581.

- Förenade målen C-128/09, C-129/09, C-130/09, C-131/09, C-134/09 och C-135/09 *Antoine Boxus och Willy Roua, Guido Durllet m.fl., Paul Fastrez och Henriette Fastrez, Philippe Daras, Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport BSCA (Brussels South Charleroi Airport) (ARACH), Bernard Page och Léon L'Hoir och Nadine Dartois mot Région wallonne*, ECLI:EU:C:2011:667.
- Mål C-210/09 *Scott SA och Kimberly Clark SAS mot Ville d'Orléans*, ECLI:EU:C:2010:294.
- Mål C-246/09 *Susanne Bulicke mot Deutsche Büro Service GmbH*, ECLI:EU:C:2010:418.
- Mål C-262/09 *Wienand Meilicke m.fl. mot Finanzamt Bonn-Innenstadt*, ECLI:EU:C:2011:438 (cit. *Meilicke II*).
- Mål C-279/09 *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:811.
- Mål C-360/09 *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.
- Mål C-396/09 *Interedil Srl, i likvidation mot Fallimento Interedil Srl och Intesa Gestione Crediti SpA*, ECLI:EU:C:2011:671.
- Mål C-69/10 *Brahim Samba Diouf mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, ECLI:EU:C:2011:524.
- Mål C-282/10 *Maribel Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, ECLI:EU:C:2012:33.
- Mål C-386/10 *P Chalkor AE Epexergasias Metallon mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:2011:815.
- Förenade målen C-411/10 och C-493/10 *N.S. mot Secretary of State for the Home Department et M. E. m.fl. mot Refugee Applications Commissioner och Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865.
- Mål C-416/10 *Jozef Križan m.fl. mot Slovenská inšpekcia životného prostredia*, ECLI:EU:C:2013:8.
- Mål C-591/10 *Littlewoods Retail Ltd m.fl. mot Her Majesty's Commissioners for Revenue and Customs*, ECLI:EU:C:2012:478.
- Mål C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.
- Mål C-249/11 *Hristo Byankov mot Glaven sekretar na Ministerstvo na vatrešnite raboti*, ECLI:EU:C:2012:608.
- Mål C-397/11 *Erika Jörös mot Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, ECLI:EU:C:2013:340.
- Mål C-399/11 *Stefano Melloni mot Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107.
- Mål C-472/11 *Banif Plus Bank Zrt mot Csaba Csipai och Viktória Csipai*, ECLI:EU:C:2013:88.

- Mål C-488/11 *Dirk Frederik Asbeek Brusse och Katarina de Man Garabito mot Jahani BV*, ECLI:EU:C:2013:341.
- Mål C-536/11 *Bundeswettbewerbssbehörde mot Donau Chemie AG m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:366.
- Mål C-32/12 *Soledad Duarte Hueros mot Autociba SA och Automóviles Citroën España SA*, ECLI:EU:C:2013:637.
- Mål C-93/12 *ET Agrokonsulting-04-Velko Stoyanov mot Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» – Razplashtatelna agentsia*, ECLI:EU:C:2013:432.
- Förenade målen C-22/13, C-61/13 till C-63/13 och C-418/13 *Raffaella Mascolo, Alba Forni och Immacolata Racca mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Fortuna Russo mot Comune di Napoli och Carla Napolitano m.fl. mot Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, ECLI:EU:C:2014:2401.
- Mål C-166/13 *Sophie Mukarubega mot Préfet de police och Préfet de la Seine-Saint-Denis*, ECLI:EU:C:2014:2336.
- Mål C-168/13 *PPU Jeremy F. mot Premier ministre*, ECLI:EU:C:2013:358.
- Mål C-249/13 *Khaled Boudjlida mot Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, ECLI:EU:C:2014:2431.
- Mål C-437/13 *Unitrading Ltd mot Staatssecretaris van Financiën*, ECLI:EU:C:2014:2318.
- Mål C-499/13 *CA Consumer Finance mot Ingrid Bakkaus m.fl.*, ECLI:EU:C:2014:2464.
- Mål C-662/13 *Surgicare – Unidades de Saúde SA mot Fazenda Pública*, ECLI:EU:C:2015:89.

Yttranden, domstolen

- Yttrande 1/09 *Yttrande enligt artikel 218. 11 FEUF – Utkast till avtal – Inrättande av ett enhetligt system för patenntvister – Domstolen för europeiska patent och gemenskapspatent – Utkastets förenlighet med fördragen*. ECLI:EU:C:2011:123.
- Yttrande 2/13 *Yttrande enligt artikel 218.11 FEUF – Utkast till internationellt avtal – Unionens anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna – Utkastets förenlighet med EU- och EUF-fördragen*. ECLI:EU:C:2014:2454.

Förslag till avgörande

- Förslag till avgörande av generaladvokat Slynn i mål 152/84 *M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, ECLI:EU:C:1985:345 (cit. *Marshall I*).
- Förslag till avgörande av generaladvokat Darmon i mål 94/87 *Euro-peiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland*, ECLI:EU:C:1988:513.
- Förslag till avgörande av generaladvokat van Gerven i mål C-106/89 *Marleasing SA mot Comercial Internacional de Alimentacion SA*, ECLI:EU:C:1990:310.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i förenade målen C-430/93 och C-431/93 *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:185.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Elmer i mål C-72/95 *Aanemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, ECLI:EU:C:1996:135.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Saggio i mål C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:97.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i mål C-456/98 *Centrosteeel Srl mot Adipol GmbH*, ECLI:EU:C:2000:137.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Léger i mål C-453/00 *Kühne & Heitz NV mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, ECLI:EU:C:2003:350.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i mål C-30/02 *Recheio – Cash & Carry SA mot Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas, i närvaro av Ministério Público*, ECLI:EU:C:2003:666.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Poiares Maduro i mål C-136/03 *Georg Dörr mot Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten och Ibrahim Ünal mot Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, ECLI:EU:C:2004:651.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano i mål C-234/04 *Rosmarie Kapferer mot Schlank & Schick GmbH*, ECLI:EU:C:2005:674.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Bot i mål C-2/06 *Willy Kemper KG mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, ECLI:EU:C:2007:245.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-427/06 *Birgit Bartsch mot Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, ECLI:EU:C:2008:297.

- Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-75/08 *The Queen, på begäran av Christopher Mellor mot Secretary of State for Communities and Local Government*, ECLI:EU:C:2009:32.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Poiares Maduro i mål C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL mot Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2009:437.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd mot NHS Business Services Authority*, ECLI:EU:C:2009:676.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, ECLI:EU:C:2009:679.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Mazák i mål C-360/09 *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2010:782.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Jääskinen i mål C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde mot Donau Chemie AG m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:67.

iii. Övriga domstolar

Europadomstolen

Application no. 21497/93 *Mantovanelli v. France*, Judgment of 18 March 1997.

House of Lords/Supreme Court (Storbritannien)

Berkeley v. Secretary of State for the Environment and Another [2001] 2 A.C. 603 (House of Lords).

Regina (on the application of Horner) v. Lancashire County Council [2005] EWHC 2273 [2007] EWCA Civ 784 [2008] 1 P. & C.R. 5 (Court of Appeals).

Regina (on the application of Edwards) v. Environment Agency [2008] UKHL 22 [2008] Env. L.R. 34 (House of Lords).

Walton (Appellant) v. The Scottish Ministers (Respondent) (Scotland) [2012] UKSC 44. Tillgänglig på www.supremecourt.gov.uk, senast besökt 2014-01-13.

III. Litteratur

Accetto, Matej och Zleptnig, Stefan, *The Principle of Effectiveness: Rethinking its Role in Community Law*, European Public Law 2005, s. 375–403.

- Adinolfi, Adelina, *The "Procedural Artonomy" of the Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law: Is Judicial Activism Still Necessary?*. I: Micklitz, Hans-Wolfgang och de Witte, Bruno (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*. Intersentia 2012.
- Algotsson, Karl-Göran, *Lagrådets politiska betydelse*, Svensk Juristtidning 2009, s. 165–176.
- Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*. Iustus 1997.
- Andersson, Torbjörn, *EG-rätten och den svenska processrätten*, Juridisk Tidskrift 1997/98, s. 807–817.
- Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler: En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*. Iustus 1999.
- Andersson, Torbjörn, *Lagprövning vid "euroinvändning" i svensk straffprocess*, Feskrift till Ulf Bernitz, Europarättslig tidskrift 2001, s. 13–34.
- Andersson, Torbjörn, *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*. I: Andersson, Torbjörn (red.), *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*, s. 18–30. Norstedts Juridik 2003.
- Andersson, Torbjörn, *Axel Hägerström's Influence on Legal Thinking in Sweden: All Mod Cons in the Valley between What Is and What Ought To Be*. I: Eliaeson, Sven, Mindus, Patricia och Turner, Stephen P., *Axel Hägerström and Modern Social Thought*, s. 205–230. Bardwell Press 2014.
- Andrews, Neil, *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford University Press 2003 (cit. English civil procedure).
- Andrews, Neil, *Judicial discretion in Common Law jurisdictions: England, Australia, Canada and the U.S.A.* I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, s. 119–242. Kluwer 2003 (cit. Judicial discretion).
- Anthony, Gordon, *Case C-406/08, Uniplex (UK) Ltd v. NHS Business Services Authority, Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 28 January 2010; Case C-456/08, Commission v. Ireland, Judgment of the European Court of Justice (Third Chamber) of 28 January 2010*, *Common Market Law Review* 2011, s. 569–579.
- Arden, lady Justice, *Peaceful or Problematic? The Relationship between National Supreme Courts and Supranational Courts in Europe*, *Yearbook of European Law* 2010, s. 3–20.
- Aristoteles, *Nikomachiska etiken*. Översättning av W.D. Ross (www.constitution.org, senast besökt 2015-01-19).

- Arnall, Anthony, *The European Union and its Court of Justice* (2 uppl.). Oxford University Press 2006.
- Arnall, Anthony, *The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?*, *European Law Review* 2011, s. 51–70.
- Asp, Petter, *Folkkrätten och den svenska straffrätten*. I: Stern, Rebecca och Österdahl, Inger (red.), *Folkkrätten i svensk rätt*, s. 58–73. Liber 2012.
- Backer, Inge Lorange, *En utveckling i delegationslären?* I: Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel och Aarbakke, Magnus (red.), *Samfunn, Rett, Rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, s. 55–67. Tano 1986.
- Barak, Aharon, *Judicial discretion*. Yale University Press 1989.
- Barak, Aharon, *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice*. I: Wiklund, Ola (red.), *Judicial discretion in European perspective*, s. 15–28. Norstedts Juridik/Kluwer Law International 2003.
- Bengoetxea, Joxerramon, *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*. Clarendon Press 1993.
- Bengoetxea, Joxerramon, *Direct Applicability or Effect*. I: Hoskins, Mark och Robinson, William, *A True European – Essays for Judge David Edward*, s. 353–366. Hart Publishing 2003 (cit. *A True European*).
- Bengoetxea, Joxerramon, *The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship*. I: Wiklund, Ola (red.), *Judicial discretion in European perspective*, s. 48–74. Norstedts Juridik/Kluwer Law International 2003 (cit. *Judicial Discretion*).
- Bengoetxea, Joxerramon, *Multilingual and Multicultural Legal Reasoning: The European Court of Justice*. I: Kjær, Anne Lise och Adamo, Silvia (red.), *Linguistic Diversity and European Democracy*, s. 97–123. Ashgate 2011.
- Benson, Sven, *En studie i grundlagspropositionens språk*, *Arkiv för nordisk filologi* 1974, s. 214–254.
- Bergström, Carl Fredrik, Hettne, Jörgen och Södersten, Anna, *Lissabonfördraget (2008:11)*, *Sieps* 2008 (www.sieps.se, senast besökt 2014-10-20).
- Bernitz, Ulf, *Att översätta EG-rättsliga texter*, *Juridisk Tidskrift* 1992/93, s. 44–50.
- Bernitz, Ulf, *EG-rättens krav på svensk processordning: Reflexioner kring Unibet-målet och nya fördragstexter*. I: Kleineman, Jan, Westberg, Peter och Carlsson, Stephan (red.), *Festskrift till Lars Heuman*, s. 81–89. Jure 2008.

- Bernitz, Ulf, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Svenska domstolars hållning och praxis (2010:2)*, Sieps 2010 (www.sieps.se, senast besökt 2015-02-18).
- Bernitz, Ulf, *Rättighetskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, Europarättslig tidskrift 2010/11, s. 821–845.
- Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder* (5 uppl.). Norstedts juridik 2014.
- Betlem, Gerrit, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, Oxford Journal of Legal Studies 2002, s. 397–418.
- Biavati, Paolo, *Is Flexibility a Way to the Harmonization of Civil Procedural Law in Europe?* I: Carpi, Federico och Lupoi, Michele Angero (red.) Essays on transnational and comparative civil procedure. G. Giappichelli Editore 2001.
- Blichner, Lars Chr. och Molander, Anders, *Mapping Juridification*, European Law Review 2008, s. 36–54.
- Bing, Jon, *Om tolkning av enkeltord – särskilt i lovtekst*. I: Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel och Aarbakke, Magnus (red.), Samfunn, Rett, Rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag, s. 131–143. Tano 1986.
- Biondi, Andrea, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: not such a Tough Relationship*, Common Market Law Review 1999, s. 1271–1287.
- Biondi, Andrea, *The Rule of Reason and National Procedural Limitations: Is it Really Reasonable?* I: Schrauwen, Annette (red.), Rule of Reason: Rethinking another Classic of European Legal Doctrine, s. 131–144. Europa Law Publishing 2005 (cit. Rule of Reason 2005).
- Biondi, Andrea, *Minimum, Adequate or Excessive Protection? The Impact of EU law on National Procedural Law*. I: Trocker, Nicolò och Varano, Vincenzo (red.), The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, s. 233–242. G. Giappichelli Editore 2005 (cit. Reforms 2005).
- Bobek, Michal, *On the Application of European Law in (Not Only) the Courts of the New Member States: ‘Don’t Do as I Say?’* I: Barnard, Catherine (red.), Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007/08 s. 1–34. Hart Publishing 2008.
- Bobek, Michal, *Cartesio – Appeals Against an Order to Refer under Article 234(2) of the EC Treaty Revisited*, Civil Justice Quarterly 2010, s. 307–316.
- Bobek, Michal, *The Multilingualism of the European Union Law in the National Court: Beyond the Textbooks*. I: Kjær, Anne Lise och Adamo, Silvia (red.), Linguistic Diversity and European Democracy, s. 123–143. Ashgate 2011.

- Bobek, Michal, *Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States*. I: Micklitz, Hans-W. och de Witte, Bruno (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, s. 305–322. Intersentia 2012.
- Bobek, Michal, *Of Feasibility and Silent Elephants: The Legitimacy of the Court of Justice Through the Eyes of National Courts*. I: Adams, Maurice, Meeusen, Johan, Straetmans, Gert och de Waele, Henri (red.), *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of Case Law of the European Court of Justice Examined*, s. 197–234. Hart Publishing 2013.
- Bobek, Michal, *The effects of EU law in the national legal systems*. I: Barnard, Christine och Peers, Steve (red.), *European Union Law*, s. 140–173. Oxford University Press 2014 (cit. EU Law 2014).
- Bobek, Michal, *Landtova, Holubec, and the problem of an uncooperative court: implications for the preliminary rulings procedure*, *European Constitutional Law Review* 2014, s. 54–89 (cit. E.C.L. Rev. 2014).
- von Bogdandy, Armin och Schill, Stephan, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, *Common Market Law Review* 2011, s. 1417–1453.
- Boman, Robert, *Om mellandom och omröstning om omständigheter*. I: Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars och Ragnemalm, Hans, *Festskrift till Lars Welamson*, s. 79–100. Norstedts Juridik 1987.
- Bone, Robert G., *Who Decides? A Critical Look at Procedural Discretion*, *Cardozo Law Review* 2006/07, s. 1961–2023.
- Briza, Petr, *Lucchini SpA – is there anything left of res judicata principle?* *Civil Justice Quarterly* 2008, s. 40–50.
- Broberg, Morten och Fenger, Niels, *Preliminary references as a right – but for whom? The extent to which preliminary reference decisions can be subject to appeal*, *European Law Review* 2011, s. 276–288.
- Broberg, Morten och Fenger, Niels, *Preliminary References to the European Court of Justice* (2 uppl.). Oxford University Press 2014.
- Bruns, Rudolf, *Zivilprozessrecht* (2 uppl.). Verlag Franz Vahlen 1979.
- de Búrca, Grainne, *National Procedural Rules and Remedies: The Changing Approach of the Court of Justice*. I: Lonbay, Julian och Biondi, Andrea (red.), *Remedies for Breach of EC Law*, s. 37–46. John Wiley and Sons 1997.
- de Búrca, Grainne, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, *Harvard International Law Journal* 2010, s. 1–50.
- Bylander, Eric, *Muntlighetsprincipen: En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt*. Iustus 2006.

- Bylander, Eric, *Modernare rättegång – och bättre?* Svensk Juristtidning 2007, s. 516–526.
- Bylander, Eric, *Om jävsprövningen i TPB-målet*, Juridisk Publikation 2009, s. 175–198.
- Bylund, Torleif, *Repetitionskompendium i processrätt* (8 uppl.). Iustus 2010.
- van Calster, Geert, *The EU's Tower of Babel – The Interpretation by the European Court of Justice of Equally Authentic Texts Drafted in more than one Official Language*, Yearbook of European Law 1997, s. 363–394.
- Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Clarendon Press 1989.
- Caranta, Roberto, *[Anmälan av] C-2/06 Willy Kempter KG mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Common Market Law Review 2005, s. 179–188.
- Caranta, Roberto, *On Discretion*. I: Prechal, Sacha och van Roermund, Bert (red.), *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, s. 185–216. Oxford University Press 2008.
- Chase, Oscar G., *Discretion in cultural context*. I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, s. 315–335. Kluwer 2003.
- van Cleynenbreugel, Pieter, *The Confusing Constitutional Status of Positive Procedural Obligations in EU Law*, Review of European Administrative Law 2012, s. 81–100.
- Consolo, Claudio, *Discretionary powers and hierarchy of judges: variations on four recent issues arising from case law and legislation (in the three main civil law systems: France, Germany, Italy)*. I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, s. 285–298. Kluwer 2003.
- Constantinesco, Vlad, *L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*. I: Capotorti, Francesco, Ehlermann, Claus-Dietrich, Frowein, Jochen Abr., Jacobs, Francis G., Joliet, R., Koopmans, Thijmen och Kovar, Robert (red.), *Du droit international au droit de l'intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, s. 97–115. Nomos Verlagsgesellschaft 1987.
- Craig, Paul P., *Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, European Law Review 1997, s. 519–538.
- Craig, Paul, *EU Administrative Law* (2 uppl.). Oxford University Press 2012.
- Craig, Paul och de Búrca, Grainne, *EU Law: Texts, Cases and Materials* (5 uppl.). Oxford University Press 2011.

- Da Cruz Vilaça, José Luís, *Le principe de l'effet utile du droit de L'Union dans la jurisprudence de la Cour*: I: Rosas, Allan, Levits, Egils och Bot, Yves (red.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, s. 279–306. Asser Press 2013.
- Damaška, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press 1986.
- Dashwood, Alan, *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, *Common Market Law Review* 2004, s. 355–381.
- Dashwood, Alan, Dougan, Michael, Rodger, Barry, Spaventa, Eleanor och Wyatt, Derrick, *Wyatt & Dashwood's European Union Law* (6 uppl.). Hart Publishing 2011.
- Davis, Kenneth Culp, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Louisiana State University Press 1969.
- Delicostopoulos, John, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, *European Law Journal* 2003, s. 599–613.
- Derlén, Mattias, *A castle in the air: the complexity of the multilingual interpretation of European community law*. Department of Law, Umeå University 2007.
- Derlén, Mattias, *In Defense of (Limited) Multilingualism: Problems and Possibilities of the Multilingual Interpretation of European Union Law in National Courts*. I: Kjær, Anne Lise och Adamo, Silvia (red.), *Linguistic Diversity and European Democracy*, s. 143–167. Ashgate 2011.
- Derlén, Mattias, *Multilingual interpretation of CJEU case law: rule and reality*, *European Law Review* 2014, s. 295–315.
- Derrida, Jaques, *Lagens kraft*. Brutus Östlings bokförlag 2005.
- Dougan, Michael, *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*. Hart Publishing 2004.
- Dougan, Michael, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy*, *Common Market Law Review* 2007, s. 931–963.
- Dougan, Michael, *In defense of Mangold? I*: Arnall, Anthony, Barnard, Christine, Dougan, Michael och Spaventa, Eleanor (red.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, s. 219–244. Hart Publishing 2011 (cit. *A Constitutional Order of States?*).
- Dougan, Michael, *The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before National Courts*. I: Craig, Paul och de Búrca, Grainne (red.), *The Evolution of EU Law*

- (2 uppl.), s. 407–438. Oxford University Press 2011 (cit. Evolution of EU Law).
- Dougan, Michael, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*. I: Cremona, Marise, Compliance and the Enforcement of EU Law, s. 74–131. Oxford University Press 2012.
- Dougan, Michael, *The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships*. I: Leczykiewicz, Dorota och Weatherill, Stephen, The Involvement of EU Law in Private Law Relationships, s. 71–88. Hart Publishing 2013.
- Drake, Sara, *The principle of effective judicial protection in actions for breach of Community law before the national courts*. University of Glamorgan 2000, opublicerad.
- Drake, Sara, *Twenty years after Von Colson: the impact of "indirect effect" on the protection of the individual's Community rights*, European Law Review 2005, s. 329–348.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press 1977.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University Press 1986.
- Eckhoff, Torstein, *Rettskraft*. Johan Grundt Tanum 1945.
- Eckhoff, Torstein, *Retskildelære*. Johan Grundt Tanum forlag 1971.
- Edelstam, Henrik, *Sakkunnigbeviset: En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet*. Iustus 1991.
- Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, "Över ån..." – en duplik, Svensk Juristtidning 2012, s. 760–765.
- Edward, David O.A., *Direct Effect: Myth, Mess of Mystery*. I: Prinssen, Jolande M. och Schrauwen, Annette (red.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, s. 3–15. Europa Law Publishing 2002.
- Ekelöf, Per Olof, *Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt*. Uppsala Universitets årsskrift 1942:8. Uppsala universitet 1942.
- Ekelöf, Per Olof, *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* (1951). I: Lindblom, Per Henrik (red.), *de lege* 1991: Per Olof Ekelöf: Valda skrifter, s. 91–127. Iustus 1991 (cit. 1951).
- Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. P.A. Norstedt och söners förlag 1956.
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång: första häftet* (1 uppl.). Norstedts förlag 1957.
- Ekelöf, Per Olof, *Teleological Construction of Statutes*. I: Scandinavian Studies in Law, vol. 2 1958, s. 75–117.

- Ekelöf, Per Olof, *Ett stycke vetenskapshistoria*. I: Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel och Aarbakke, Magnus (red.), Samfunn, Rett, Rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag, s. 261–280. Tano 1986.
- Ekelöf, Per Olof, *Anm. av Bengt Lindell. Sakfrågor och rättsfrågor. Akademisk avhandling. Uppsala 1987*. Svensk Juristtidning 1988, s. 23–39.
- Ekelöf, Per Olof, *Om rätt och moral*. I: Lindblom, Per Henrik (red.), Process och Exekution: Vänbok till Robert Boman, s. 71–84. Iustus 1990.
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång: andra häftet* (8 uppl.). Norstedts Juridik 1996.
- Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *Rättegång: första häftet* (8 uppl.). Norstedts Juridik 2002.
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif och Edelstam, Henrik, *Rättegång: tredje häftet* (7 uppl.). Norstedts Juridik 2006.
- Ekelöf, Per Olof, och Edelstam, Henrik, *Rättsmedlen* (12 uppl.). Iustus 2008.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, *Rättegång: fjärde häftet* (7 uppl.). Norstedts Juridik 2009.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, *Rättegång: femte häftet* (8 uppl.). Norstedts Juridik 2011.
- Eliantonio, Mariolina, *Europeanisation of Administrative Justice? The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*. Europa Law Publishing 2009.
- Eliantonio, Mariolina, 'Sed Fugit Interea Fugit Irreparabile Tempus' – Time Limits Under English Law, Review of European Administrative Law 2010, s. 89–98.
- Engström, Johanna, *National Courts' Obligation to Apply Community Law Ex Officio – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy?*, Review of European Administrative Law 2008, s. 67–89.
- Engström, Johanna, *The Europeanisation of Remedies and Procedures through Judge-made Law – Can a Trojan Horse Achieve Effectiveness? – Experiences of the Swedish Judiciary*. European University Institute, Department of Law 2009 (opublicerad).
- Engström, Johanna, *The Principle of Effective Judicial Protection after the Lisbon Treaty – reflection in the light of Case C-279/09 DEB*, Review of European Administrative Law 2011, s. 53–68.
- Epstein, Judd A., *The Quiet Revolution in Australia – the Changing Role of the Judge in Civil Proceedings*. I: Trocker, Nicolò och Varano, Vincenzo (red.), The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, s. 185–215. G. Giappichelli Editore 2005.

- Ervo, Laura, *Changing civil proceedings – court service or state economy*. I: Erecinski, Tadeusz, Ervo, Laura, Nekrosius, Vytautas och Vebraite, Vigita (red.), Recent trends in economy and efficiency of civil procedure, s. 51–71. Vilnius University Press 2013.
- Fasching, *Kommentar Zivilprozessordnung*, Manz Online-Bibliothek. Tillgänglig på www.rdb.at, senast besökt 2013-02-24.
- Fitger, Peter, *Några tankar om antalet paragrafer i RB*. I: Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars och Ragnemalm, Hans, Festskrift till Lars Welamson, s. 153–172. Norstedts förlag 1987.
- Fitger, Peter, *Får en domare ändra sig?* I: Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt, Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 151–162. Iustus 2004.
- Fitger, Peter med flera, *Kommentar till rättegångsbalken*. Norstedts förlag. Lösbladssystem, uppdaterat t.o.m. suppl. 77 (cit. RBK).
- Flynn, Leo, *When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact?*, ERA-Forum 2008, s. 245–258.
- Flyvbjerg, Bent, *Making Social Science Matter. Why social inquiry fails and how it can succeed again*. Cambridge University Press 2001.
- Frank, Arthur W., *The feel for power games: everyday phronesis and social theory*. I: Flyvbjerg, Bent, Landman, Todd och Sanford, Schram (red.), Real Social Science: Applied Phronesis, s. 48–65. Cambridge University Press 2012.
- Freivalds, Laila, *Inledningsanförande*, Svensk Juristtidning 1999, s. 398–399.
- Frände, Dan, *[Anmälan av] Katrin Lainpelto, Stödbevisning i brottmål (ak.avh.)*, Jura Förlag, 2012, 336 s., Juridisk Tidskrift 2012/13 s. 470–477.
- Galetta, Diana-Urania, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?* Springer 2010.
- Galič, Aleš, *(In)compatibility of Procedural Preclusions with the Goals of Civil Justice: An Ongoing Debate in Slovenia*. I: Uzelac, Alan (red.), Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, s. 221–243. Springer 2014.
- Galič, Aleš, *The Aversion Against Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-communist Countries: Can the Influence of EU Law Change It?* I: Bobek, Michal (red.), Central European Judges under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited. Hart, kommande 2015.
- Galligan, D.J., *Discretionary Powers: a Legal Study of Official Discretion*. Clarendon Press 1986.

- van Gerven, Walter, *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, Common Market Law Review 1995, s. 679–702.
- van Gerven, Walter, *Of Rights, Remedies and Procedures*, Common Market Law Review 2000, s. 501–536.
- van Gestel, Rob och Micklitz, Hans-W., *Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What About Methodology?* I: Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth och Roseberry, Lynn M., European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation, s. 25–75. Djøf Forlag 2011.
- Goldschmidt, James, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Verlag von Julius Springer 1925.
- Gormley, Laurence W., *The Developtment of General Principles of Law Within Article 10 (ex Article 5) EC*. I: Bernitz, Ulf och Nergelius, Joakim (red.), General Principles of European Community Law, s. 113–118. Kluwer Law International 2000.
- Grimen, Harald och Molander, Anders, *Profesjon og skjønn*. I: Molander, Anders och Terum, Lars Inge (red.), Profesjonsstudier, s. 179–196. Universitetsforlaget 2008.
- Groussot, Xavier och Minssen, Timo, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, European Constitutional Law Review 2007, s. 385–417.
- Gräns, Minna, *Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories*. I: Scandinavian Studies in Law, vol. 48 Perspectives on Jurisprudence, Essays in honor of Jes Bjarup, 2005, s. 99–122.
- Gräns, Minna, *Duty of Loyal Interpretation; Theoretical Structures and Practical Solutions*. I: Ervo, Laura, Gräns, Minna och Jokela, Antti (red.), Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial, s. 43–86. Europa Law Publishing 2009.
- Gulliksson, Magnus, *Klart till halvklart – om ne bis in idem och skatte-tilläggen*, Svensk Juristtidning 2013, s. 645–685.
- Gullnäs, Ingvar, *Om reformer under 50 år av RB*, Svensk Juristtidning 1999, s. 428–435.
- Gustafsson, Håkan, *Dissens: Om det rättsliga vetandet*. Juridiska institutionens skriftserie 2011.
- Gärde, N., Engströmer, Thore, Strandberg, Tore och Söderlund, Erik, *Nya rättegångsbalken*. Norstedts Juridik 1994 (faksimil) (1949).
- Haapaniemi, Pekka, *Procedural Autonomy: A Misnomer?* I: Ervo, Laura, Gräns, Minna och Jokela, Antti (red.), Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial, s. 87–119. Europa Law Publishing 2009.

- Hagerup, Francis, *Forelasninger over den Norske civilproces 1*. Aschehoug 1903.
- Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Union Law* (8 uppl.). Oxford University Press 2014.
- Heckscher, Sten, *Finns det någon europeisk rätt?* I: Andersson, Ulrika, Wong, Christoffer och Örnemark Hansen, Helén (red.), Festskrift till Per Ole Tråskman, s. 229–237. Norstedts Juridik 2011.
- Hess, Burkhard, *Juridical discretion*. I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), Discretionary power of the judge: limits and control, s. 45–72. Kluwer 2003.
- Hesselink, Martijn, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*. I: Leczykiewicz, Dorota och Weatherill, Stephen, The Involvement of EU Law in Private Law Relationships, s. 131–180. Hart Publishing 2013.
- Heukels, Ton, *[Anmälan av] förenade målen C-430/93 och C-431/93 Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Common Market Law Review 1996, s. 337–353.
- Heuman, Lars, *Köpta vittnen*, Svensk Juristtidning 1983, s. 669–700.
- Heuman, Lars, *Bör rätten bedriva processledning innan den tillämpar en icke åberopad rättsregel?*, Juridisk Tidskrift 1992/93, s. 919–924.
- Heuman, Lars, *Absolut eller relativ vittnesplikt*, Juridisk Tidskrift 1994/95, s. 153–160.
- Heuman, Lars, *Editionsförelägganden avseende ADB-baserad information och proportionalitetsgrundsatsen*, Juridisk Tidskrift 1999/2000, s. 152–158 (cit. JT 2000/1999 a).
- Heuman, Lars, *I vilken mån bör rättens tolkningsverksamhet vara parts- eller domstolsvänlig?*, Juridisk Tidskrift 1999/2000, s. 559–578 (cit. JT 2000/1999 b).
- Heuman, Lars, *Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet*. I: Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red.), Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 261–280. Iustus 2004.
- Heuman, Lars, *Domarens och åklagarens skyldighet att vara objektiva*, Juridisk Tidskrift 2004/05, s. 42–60.
- Heuman, Lars, *Avvägningsrequisit och möjligheten för en domstol att avvisa en fastställsetalan när käranden kan föra fullgörelsetalan?* Juridisk Tidskrift 2006/07, s. 837–853.
- Heuman, Lars, *Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?* Juridisk Tidskrift 2011/12, s. 336–354.
- Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt*. Iustus 2011.

- Hobbes, Thomas, *Leviathan or The Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*. London 1965. Cit. ur Tuck, Richard (red.), Cambridge University Press 1996.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning*, Yale Law Journal 1913, s. 16–59.
- Holmström, Barry, *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Acta Universitatis Upsaliensis. Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala 1998.
- van Hooijdonk, Marieke och Eijssvoogel, Peter, *Litigation in the Netherlands – Civil procedure, Arbitration and Administrative Litigation*. Wolters Kluwer 2012.
- Horspool, Margot, *Over the Rainbow: Languages and Law in the European Union*. I: Arnull, Anthony, Barnard, Catherine, Dougan, Michael och Spaventa, Eleanor (red.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU law in Honour of Alan Dashwood*, s. 99–123. Hart Publishing 2011.
- Horspool, Margot och Humphreys, Matthew, *European Union Law* (8 uppl.). Oxford University Press 2014.
- Hoskins, Mark, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, European Law Review 1996, s. 365–377.
- Hult, Phillips, *Lagens bokstav och lagens andemening*, Svensk Juristtidning 1952, s. 579–608.
- Hurri, Samuli, *Justice Kata Nomos and Justice as Epieikeia (Legality and Equity)*. I: Huppés-Cluysenaer, L. och Coelho, N.M.M.S. (red.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, s. 149–161. Springer 2013.
- Jacob, Jack I. H., *The Fabric of English Civil Justice*. Stevens & Sons 1987.
- Jacobs, Francis G., *Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance*. I: Lonbay, Julian och Biondi, Andrea (red.), *Remedies for Breach of EC Law*, s. 25–36. John Wiley and Sons 1997.
- Jacobs, Francis G., *Approaches to Interpretation in a Plurilingual System*. I: Hoskins, Mark och Robinson, William (red.), *A True European: Essays for Judge David Edward*, s. 297–307. Hart Publishing 2004.
- Jacobsson, Ulla, *Parts kostnad i civilprocess: idéhistorisk utredning och synpunkter på kostnadsreglernas funktion*. Norstedt 1964.
- Jacobsson, Ulla, *Processrätt: Regler för maktutövning*. Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund 1984.
- Jans, J.H., de Lange, R., Prechal, S. och Widdershoven, R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*. Europa Law Publishing 2007.

- Jans, Jan H. och Prinssen, Jolande M., *Direct Effect: convergence or Divergence? A Comparative Perspective*. I: Prinssen, Jolande M. och Schrauwen, Annette (red.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, s. 107–128. Europa Law Publishing 2002.
- Johnston, Angus, *'Spillovers' from EU Law into National Law: (Un)intended Consequences for Private Law Relationships*. I: Leczykiwicz, Dorota och Weatherill, Stephen, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, s. 357–394. Hart Publishing 2013.
- Jones, Gregory, *Some Practical Impacts of European Union Law*, *Judicial Review* 2010, s. 139–143.
- Kahneman, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*. Penguin 2011.
- Kakouris, C. N., *Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"?*, *Common Market Law Review* 1997, s. 1389–1412.
- Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt I, I* (2 uppl.). Lund 1923.
- Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt, andra bandet, I*. Lund 1927.
- Klamert, Marcus, *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford University Press 2014.
- Klami, Hannu Tapani, *Något om Ekelöfs teleologiska metod*, *Svensk Juristtidning* 1990, s. 226–232.
- Komarek, Jan, *In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure*, *European Law Review* 2007, s. 467–491.
- Komninos, Assimakis, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court*, *Common Market Law Review* 2000, s. 459–478.
- Koskelo, Pauliine, *Domare, lagstiftare och professorer*, *Svensk Juristtidning* 2014, s. 619–641.
- Lambertz, Göran, *Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – problem och möjligheter*, *Svensk Juristtidning* 2000, s. 236–249.
- Lambertz, Göran, *Normprövning och demokrati*, *Svensk Juristtidning* 2007, s. 809–826.
- Larsson, Sven, *De processuella normernas systematik*. I: Belfrage, Bertil och Stille, Leif (red.), *Filosofi och rättsvetenskap*, s. 63–85. Doxa 1975.
- Larsson, Sven, *Dispositionsprinciper och dispositiva regler*, *Svensk Juristtidning* 1980, s. 577–605.
- Lenaerts, Koen och Corthaut, Tim, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, *European Law Review* 2006, s. 287–315.
- Lenaerts, Koen och Gutiérrez-Fons, José, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, *Common Market Law Review* 2010, s. 1629–1669.

- Lenaerts, Koen, Maselis, Ignace och Gutman, Kathleen, *EU Procedural Law*. Oxford University Press 2014.
- Lewis, Clive, *Judicial Review in Public Law*. London: Thomson Reuters 2009.
- Lewis, Clive, *Current Issues in Remedies in Judicial Review*, Judicial Review 2010, s. 144–149.
- Lindblom, Per Henrik, *Processhinder: Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt*. P.A. Norstedt och söners förlag 1974.
- Lindblom, Per Henrik, *Processen – bara en formsak?*. I: *Annales: Kungliga Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 1980*, s. 75–95.
- Lindblom, Per Henrik, *Samordnad tvistemålsprocess*, Svensk Juristtidning 1983, s. 747–757.
- Lindblom, Per Henrik, *Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten*, Svensk Juristtidning 1984, s. 785–800.
- Lindblom, Per Henrik, *Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentarer till ett rättsfall (NJA 1980 s 743)*. I: Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars och Ragnemalm, Hans (red.), *Festskrift till Lars Welamson*, s. 437–468. Norstedts förlag 1987.
- Lindblom, Per Henrik, *EG-rättslig påverkan och forskningsuppgifter på enskilda rättsområden – 3.3.5 Civilprocessrätt och exekutionsrätt*. I: *Europaperspektiv och rättsvetenskap*, s. 122–142. Iustus 1992.
- Lindblom, Per Henrik, *Tradition, precision och schablon – om förenklad beräkning av skadestånd i process*. I: Agell, Anders, Dufwa, Bill W., Håstad, Torgny, Höglund, Olle och Knutsson, Anders (red.), *Festskrift till Bertil Bengtsson*, s. 319–350. Nerenius & Santérus 1993.
- Lindblom, Per Henrik, *Om rättskraft m.m. vid "fakultativa fora", särskilt i miljöskademål*. I: Håstad, Torgny, Lindblom, Per Henrik och Saldeen, Åke (red.), *Festskrift till Anders Agell*, s. 343–375. Iustus 1994.
- Lindblom, Per Henrik, *Rättssfärens harmoni. Om arbetet på en enhetlig europeisk processrätt*, Svensk Juristtidning 1996, s. 793–834.
- Lindblom, Per Henrik, *Processens funktioner – en resa i gränslandet*. I: Frändberg, Åke, Göranson, Ulf och Håstad, Torgny (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*, s. 593–632. Iustus 1997.
- Lindblom, Per Henrik, *Den farliga formalismen – en mardröm om forum, preskription och litispensens*, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1998, s. 258–301.
- Lindblom, Per Henrik, *Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar*, Svensk Juristtidning 1999, s. 496–513.
- Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda. Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformarbetet i*

- England, Danmark, Finland, Norge och Sverige*, Svensk Juristtidning 2000, s. 105–155.
- Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess I*. Iustus 2001.
- Lindblom, Per Henrik. *Miljöprocess II*. Iustus 2002 (cit. Miljöprocess 2002).
- Lindblom, Per Henrik, *Rättegångssalens väggar – om domstolsprocessen i tid och rum*, Svensk Juristtidning 2002, s. 1–11 (cit. SvJT 2002 a).
- Lindblom, Per Henrik, *Är RB social eller liberal? Reflektioner kring en tysk Inauguraldissertationsabhandling*, Svensk Juristtidning 2002, s. 531–542 (cit. SvJT 2002 b).
- Lindblom, Per Henrik, *Processens arkitektur. Jakten på det försvunna bevistemat i ett funkisbus med flera våningar*. I: Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red.), *Vänbok till Torleif Bylund*, s. 171–260. Iustus 2003.
- Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhälls- roll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?*, Svensk Juristtidning 2004, s. 229–262.
- Lindblom, Per Henrik, *ADR – opium för rättsväsendet?*, Svensk Juristtidning 2006, s. 101–130.
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Iustus 1987.
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*. Iustus 1988.
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen* (3 uppl.). Iustus 2012.
- Lindholm, Johan, *State Procedure and Union Rights: A Comparison of the European Union and the United States*. Iustus 2007.
- Lindskog, Stefan, *Om att gå över ån – en replik*, Svensk Juristtidning 2012, s. 587–590.
- Luterkort, Göran, *Om rättegångsbalken*, Svensk Juristtidning 1999, s. 436–439.
- Mak, Chantal, *Rights and Remedies*. I: Micklitz, Hans (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, s. 236–258. Oxford University Press 2014.
- Marcus, Richard L., *Discretion über alles?*. I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, s. 453–484. Kluwer 2003.
- Mattsson, Gösta, *Konjunktiven i fornsvenskan*. Gleerupska universitetsbokhandeln 1933.
- Matz, Siegfried, *Om underdomarens materiella processledning i svensk ordnär civilprocess*. Marcus 1919.

- Maurici, James, *Geoffrey Rippon Memorial Article: effective protection of EC law rights and the discretion of the court to refuse relief in planning cases*, Journal of Planning and Environment Law 2001, s. 12–23.
- Maurici, James, *Delay and Promptness Update*, Judicial Review 2012, s. 87–94.
- McCracken, Robert, *EIA, SEA and AA; present position: where are we now?*, Journal of Planning and Environment Law 2010, s. 1515–1532.
- Mellqvist, Mikael, *Om empatisk rättstillämpning*, Svensk Juristtidning 2013, s. 493–501.
- Modéer, Kjell-Åke, *Den stora reformen. Rättegångsbalkens förebilder och förverkligande*, Svensk Juristtidning 1999, s. 400–427.
- Molander, Anders, *Efter eget skön: om beslutsfattande i professionellt arbete*, Socialvetenskaplig tidskrift 2011, s. 320–335.
- Molander, Anders, Grimen, Harald och Eriksen, Erik Oddvar, *Professional discretion and Accountability in the Welfare State*, Journal of Applied Philosophy 2012, s. 214–230.
- Mulders, Leo, *Translation at the Court of Justice of the European Communities*. I: Prechal, Sacha och van Roermund, Bert (red.), *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, s. 45–60. Oxford University Press 2008.
- Nebbia, Paolisa, *The Double Life of Effectiveness*, I: Barnard, Catherine (red.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2007/08* s. 287–302. Hart Publishing 2008.
- Nordback, Kenneth, *Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål: om gemenskapsrättens inverkan på det provisoriska rättskyddet i svensk civil- och förvaltningsprocess*. Iustus 2005.
- Nordh, Roberth, *Praktisk process III: Enskilt anspråk: Om handläggning av civilrättsliga anspråk i samband med åtal för brott* (2 uppl.). Iustus 2010.
- Nylund, Anna, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*. Publikationer av Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006.
- Nylund, Anna, *Procedural Integration and Nordic Civil Procedure*. I: Ervo, Laura och Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation*, s. 31–51. Springer 2014 (cit. 2014 a).
- Nylund, Anna, *Conclusions on the Future of Civil Litigation in the Nordic Countries*. I: Ervo, Laura och Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation*, s. 409–428. Springer 2014 (cit. 2014 b).
- Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål*. C.W.K. Gleerup 1943.
- Paunio, Elina, *Conflict, power, and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts*, No Foundation. Journal of Extreme Legal Positivism 2010, s. 5–23.

- Paunio, Elina och Lindroos-Hovinheimo, Susanna, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, European Law Journal 2010, s. 395–416.
- Peczenik, Aleksander, *Rättsnormer*. Norstedts 1987.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Norstedts Juridik 1995.
- Peczenik, Aleksander, *Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken*, Juridisk Tidskrift 1998/99, s. 462–490.
- Peczenik, Aleksander, *A Theory of Legal Doctrine*, Ratio Juris 2001, s. 75–105.
- Pommer, Sieglinde E., *Interpreting Multilingual EU Law: What Role for Legal Translation?*, European Review of Private Law 2012, s. 1241–1254.
- Prechal, Sacha, *Community Law in National Courts: The Lessons from van Schijndel*, Common Market Law Review 1998, s. 681–706.
- Prechal, Sacha, *Directives in EC Law* (2 uppl.). Oxford University Press 2005.
- Prechal, A. och Widdershoven, R. J. M. G., *Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection*, Review of European Administrative Law 2011, s. 31–50.
- Påhlsson, Robert, *Skatterättspraxis i utveckling – principer för rättsfallsanalys*, Skattenytt 2011, s. 113–125.
- Ralli, Tommi, *Doing justice, justifying, resolving*, No Foundation. Journal of Extreme Legal Positivism 2010, s. 87–97.
- Ralli, Tommi, *Intellectual Excellences of the Judge*. I: Huppés-Cluysenaer, L. och Coelho, N.M.M.S. (red.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, s. 135–147. Springer 2013.
- Reichel, Jane, *God förvaltning i EU och i Sverige*. Jure 2006.
- van Rhee, C.H., *Dutch Civil Procedure: Reform and Efficiency*. I: van Rhee, C.H. och Uzelac, Alan, *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, s. 47–60. Intersentia 2008.
- van Rhee, C. H., *Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective*. I: Kramer, X. E. och van Rhee, C. H. (red.), *Civil litigation in a globalising world*, s. 39–63. Springer 2012.
- Robberstad, Anne, *Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten*, Lov og Rett 2002, s. 195–223.
- Robinson, Jonathan och Elvin, David, *Environmental impact assessment*, Journal of Planning and Environment Law 2000, s. 876–893.
- Rosas, Alan, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, European Journal of Legal Studies 2007, nr 2.

- Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz och Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht* (17 uppl.). Verlag C.H. Beck 2010.
- Ross, Malcolm, *Effectiveness in the European legal order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?* European Law Review 2006, s. 474–496.
- Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning – Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*. Iustus 2008.
- Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, Juridisk Tidskrift 2004/05 s. 297–333.
- Sandgren, Claes, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*, Tidskrift för Rettsvetenskap 2007, s. 388–407.
- Schermers, Henry, *Joined cases C-143/88 and C-92/89, Zuckerfabrik Suderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH. Hauptzollamt Paderborn, Preliminary ruling of 21 February 1991 requested by the Finanzgerichte of Hamburg and Düsseldorf, not yet reported*. Common Market Law Review 1992, s. 133–139.
- Schermers, Henry G. och Waelbroeck, Denis F., *Judicial protection in the European Union* (6 uppl.). Kluwer Law International 2001.
- Schwarze, Jürgen, *Balancing EU Integration and National Interests in the Case-Law of the Court of Justice*. I: Rosas, Allan, Levits, Egils och Bot, Yves (red.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, s. 257–278. Asser Press 2013.
- Sharpston, Eleanor, *Transparency and Clear Legal Language in the European Union: Ambiguous Legislative Texts, Laconic Pronouncements and the Credibility of the Juridial System*. I: Barnard, Catherine och Odudu, Okeoghene, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009/10, s. 409–424. Hart Publishing 2010.
- Simon, Herbert, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations* (4 uppl.). The Free Press 1997.
- Sjöström, Bertil, *Om formell processledning vid underrätt i vanliga tviste- och brottmål enligt finsk rätt*. Helsingfors 1925.
- Skarhed, Anna, *Krav och förväntningar på den moderna domaren*. I: Bäck Mirchandani, Kavita och Ståhl, Kristina, *Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18–19 augusti 2011*. Del 1, s. 41–48. De nordiska juristmöter 2011.
- Smits, Jan M., *Redefining Normative Legal Science: Towards an Argumentative Discipline*. I: Coomans, Fons, Grünfeld, Fred och Kamminga, Menno T. (red.), *Methods of Human Rights Research*, s. 45–59. Intersentia 2009.

- Stein, P.A., *Civil Procedure*. I: Chorus, Jeroen, Gerver, Peit-Hein, Hon-
dius, Ewoud och Koekkoek, Alis (red.), Introduction to Dutch Law
for Foreign Lawyers (2 uppl.), s. 193–218. Kluwer 1993.
- Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling: tjugo studier kring Sveriges för-
fattning*. Iustus 2009.
- Stone Sweet, Alec och McCown, Margaret, *Discretion and Precedent in
European Law*. I: Wiklund, Ola (red.), Judicial discretion in Euro-
pean perspective, s. 84–115. Norstedts Juridik/Kluwer Law Interna-
tional 2003.
- Storskrubb, Eva, *Civil Procedure and EU Law: A Policy Area Uncovered*.
Oxford University Press 2008.
- Storskrubb, Eva, *Civil Justice – A Newcomer and an Unstoppable Wave? I:*
Craig, Paul och de Búrca, Grainne (red.), The Evolution of EU Law
(2 uppl.), s. 299–322. Oxford University Press 2011.
- Strömberg, Håkan, *Några reflexioner om normgivningsmakten i nya rege-
ringsformen*, Förvaltningsrättslig tidskrift 1976, s. 51–77.
- Strömberg, Håkan, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*
(3 uppl.). Juristförlaget i Lund 1999.
- Strömholm, Stig, *Analys och prognos. Två typer av rättsligt beslutsfattande*.
I: Belfrage, Bertil och Stille, Leif (red.), Filosofi och rättsvetenskap,
s. 149–170. Doxa 1975.
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i all-
män rättslära* (5 uppl.). Norstedts juridik 1996.
- Stuyck, J. och Wytinck, P., *Case C-106/89, Marleasing SA v. La Comer-
cial Internacional de Alimentacion SA, Judgment of 13 November 1990
(Sixth chamber), not yet reported*, Common Market Law Review 1991,
s. 205–223.
- Sundby, Nils Kristian, *Om normer*. Universitetsforlaget 1974.
- Ställvik, Olof, *Domarrollen: Rättsregler, yrkeskultur och ideal*. Iustus
2009.
- Temple Lang, John, *The Duties of National Courts under Community
Constitutional Law*, European Law Review 1997, s. 3–18.
- Temple Lang, John, *The Duties of Cooperation of National Authorities
and Courts under Article 10 EC: Two More Reflections*, European Law
Review 2001, s. 84–93.
- Temple Lang, John, *Developments, Issues, and New Remedies – The
Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC
Treaty*, Fordham International Law Journal 2003, s. 1904–1939.
- Temple Lang, John, *The Principle of Loyal Cooperation and the Role of the
National Judge in Community, Union and EEA Law*, Journal of the
Academy of European Law 2006, s. 476–501.

- Temple Lang, John, *Article 10 EC – The Most Important ‘General Principle’ of Community Law*. I: Bernitz, Ulf, Nergelius, Joakim och Cardner, Cecilia (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, s. 75–114. Wolters Kluwer 2008.
- Thornefors, se nedan *IV.vi*.
- Thornstedt, Hans, *Legalitet och teleologisk metod i straffrätten*. I: Stockholms högskolas stats- och rättsvetenskapliga fakultet (red.), *Festskrift tillägnad Professor, Juris och Filosofie Doktor Nils Herlitz vid hans avgång från professorsämbetet den 30 juni 1955*, s. 319–368. Norstedt 1955.
- Tridimas, Takis, *Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments*. I: Kilpatrick, Claire, Novitz, Tonia och Skidmore, Paul (red.), *The Future of Remedies in Europe*, s. 35–50. Hart Publishing 2000.
- Tridimas, Takis, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing down?*, *Common Market Law Review* 2001, s. 301–332.
- Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law* (2 uppl.). Oxford University Press 2006.
- Tridimas, Takis, *Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law*. I: Rosas, Allan, Levits, Egils och Bot, Yves (red.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, s. 367–379. Asser Press 2013.
- Trocker, Nicolò och Varano, Vincenzo, *Concluding Remarks*. I: Trocker, Nicolò och Varano, Vincenzo (red.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, s. 243–267. G. Giappichelli Editore 2005.
- Tromans, Stephen och Fuller, Karl, *Environmental Impact Assessment – Law and Practice*. LexisNexis 2003.
- Tulibacka, Magdalena, *Europeanization of Civil Procedures: In Search of a Coherent Approach*, *Common Market Law Review* 2009, s. 1527–1565.
- Verkerk, Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, *International Journal of Evidence and Proof* 2009, s. 167–197.
- Victor, Dag, *Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system*. Norstedts 1977.
- Vogel, Oscar och Spühler, Karl, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts des Schweiz* (8 uppl.). Stämpfli Verlag AG Bern 2006.
- Waddams, S.M., *Judicial discretion*. I: Storme, Marcel och Hess, Burkhard (red.), *Discretionary power of the judge: limits and control*, s. 547–559. Kluwer 2003.

- Wallerman, Anna, *Likvärdighetsprincipen och EU-domstolens dom i Transportes Urbanos: en talande tystnad?*, Europarättslig Tidskrift 2011, s. 105–116.
- Wallerman, Anna, *Överklagande av beslut att begära förhandsavgörande: Några reflektioner med anledning av EFTA-domstolens avgörande i Irish Bank*, Europarättslig Tidskrift 2013, s. 308–314.
- Ward, Angela, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law* (2 uppl.). Oxford University Press 2007.
- Ward, Angela, *Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation*, European Law Review 2008, s. 739–754.
- Wattel, Peter, Köbler, *CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, Common Market Law Review 2004, s. 177–190.
- Weatherill, Stephen, *Cases and Materials on EU Law* (11 uppl.). Oxford University Press 2014.
- Welamson, Lars, *Domvillobesvär av tredje man: ett bidrag till läran om tredjemansskyddet i civilprocessen*. P.A Norstedt och söners förlag 1956.
- Welamson, Lars, *Svensk rättspraxis: Civil- och straffprocessrätt 1963–1967*, Svensk Juristtidning 1969, s. 918–969.
- Welamson, Lars och Munck, Johan, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen: Rättegång VI* (4 uppl.). Norstedts Juridik 2011.
- Werlauff, Erik, *Towards a Common European Law Part 2*, European Business Law Review 1999, s. 10–12.
- Werlauff, Erik, *Fälleseuropæisk procesret: Europaretlige krav till dansk retspleje* (2 uppl.). Jurist- och Økonomforbundets forlag 2000.
- Wersäll, Fredrik, *Maktförskjutning till domstolarna – naturkraft eller medveten politik?*, Svensk Juristtidning 2004, s. 224–228.
- Wersäll, Fredrik, *Juristrollen i framtiden*, Svensk Juristtidning 2009, s. 709–712.
- Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*. Svensk Juristtidning 2014, s. 1–8.
- Westberg, Peter, *Domstols officialprövning – En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*. Juridiska föreningen i Lund 1988.
- Westberg, Peter, *Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag – några reflexioner över underrätternas normbildning i frågor om materiell processledning*, Juridisk Tidskrift 1995/96, s. 74–92.
- Westberg, Peter, *Civilrättskipning* (2 uppl.). Norstedts Juridik 2013.
- Westerouen van Meeteren, Frederik Maximiliaan och Reinhold, C. B., *Grondtrekken van het Nederlandsch burgerlijk procesrecht* (8 uppl.). W.E.J. Tjeenk Willink 1966.
- Wiklund, Ola, *Taking the World View of the European Judge Seriously – some reflections on the role of ideology in adjudication*. I: Wiklund, Ola

- (red.), *Judicial discretion in European perspective*, s. 29–47. Norstedts Juridik/Kluwer 2003.
- Wiklund, Ola, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?*, *Svensk Juristtidning* 2014, s. 335–347.
- Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern ansvarsrätt: Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Iustus 2001.
- Wilske, Olof, *Administrativ styrning och professionell integritet – det svenska judiciella dilemmat*. I: Dommernes uavhengighet: Den norske dommerforening 100 år, s. 249–266. Fagbokforlaget 2012.
- Winter, J. A., *Direct Applicability and Direct Effect – two Distinct and Different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review* 1972, s. 425–438.
- de Witte, Bruno, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*. I: Craig, Paul och de Búrca, Grainne (red.), *The Evolution of EU Law* (2 uppl.), s. 323–362. Oxford University Press 2011.
- Woods, Lorna och Watson, Philippa, *Steiner & Woods EU Law* (12 uppl.). Oxford University Press 2014.
- Woolley, David, Pugh-Smith, John, Langham, Richard och Upton, William (red.), *Environmental Law* (2 uppl.). Oxford University Press 2009.
- Zahle, Henrik, *Polycentri i retskildelären. Nogle bemærkninger om retskilder og domstolskontrol*. I: Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel och Aarbakke, Magnus (red.), *Samfunn, Rett, Rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, s. 752–757. Tano 1986.
- Zahle, Henrik, *The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics*. I: Petersen, Hanne och Zahle, Henrik (red.), *Legal Policentricity: Consequences of Pluralism in Law*, s. 185–199. Dartmouth 1995.
- Zahle, Henrik, *Polycentric Application of Law*. I: Andersson, Torbjörn (red.), *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*, s. 233–253. Norstedts Juridik 2003.
- Zetterquist, Ola, *The Judicial Deficit in the EC – Knocking on Heaven’s Door?*. I: Bernitz, Ulf, Nergelius, Joakim och Cardner, Cecilia, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, s. 115–137. Wolters Kluwer 2008.
- Zuckerman, Adrian A.S., *Court Control and Party Compliance – the Quest for Effective Litigation Management*. I: Trocker, Nicolò och Varano, Vincenzo (red.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, s. 143–161. G. Giappichelli Editore 2005.
- Zuckerman, Adrian, *Civil litigation: a public service for the enforcement of civil rights*, *Civil Justice Quarterly* 2007 s. 1–9.

Zuckerman, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practise* (3 utg.). Sweet & Maxwell 2013.

IV. Övrigt

i. Akademiska skrifter

Editorial, *The scope of application of the general principles of Union law: An ever expanding Union?* Common Market Law Review 2010, s. 1589–1596.

XIX F.I.D.E. Congress, I, The Duties of Co-operation of National Authorities and Courts and the Community Insitutions under Article 10 EC.

ii. Rättsutlåtanden

Bernitz, Ulf, rättsutlåtande till Högsta domstolen i mål B 5302-10 (NJA 2011 s. 444).

iii. EU-rättsliga dokument

European Competition Networks modelleftergiftsprogram. Tillgängligt på: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>. Senast besökt 2014-07-07.

Europaparlamentets resolution av den 9 juli 2008 om den nationelle domarens roll i det europeiska rättssystemet, P6_TA(2008)0352, Europeiska unionens officiella tidning, C 294E, 1.12.2009, s. 27.

Rättegångsregler för Domstolen, Europeiska unionens officiella tidning, L 265, 29.9.2012, s. 1.

iv. Webbssidor

Domstolsverkets hemsida: www.domstol.se. Senast besökt 2015-01-28.

v. Dagspress

Aldestam, Mona och Nermark Torgils, Cecilia, *De mest lämpade flyr domaryrket*, Svenska dagbladet 2015-01-05, http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/de-mest-lampade-flyr-domaryrket_4229033.svd (senast besökt 2015-01-15).

Leijonhufvud, Madeleine, *Därför krävs en lag om samtycke till sex*, Svenska Dagbladet 2012-09-17, <http://www.svd.se/opinion/brann->

punkt/darfor-kravs-en-lag-om-samtycke-till-sex_7506346.svd (senast besökt 2013-10-04).

vi. Uppslagsverk

New Palgrave Dictionary of economics (2 uppl.). Palgrave Macmillan 2008. Uppslagsord:

- *Ambiguity and ambiguity aversion*: Siniscalchi, Marciano, 2008.
- *Satisficing*: Simon, Herbert A., 2008.

Teleman, Ulf, Hellberg, Staffan och Andersson, Erik, Svenska Akademiens grammatik, del 2 Ord samt del 4 Satser och meningar. Svenska Akademien 1999.

Karnov – svensk lagsamling med kommentarer, onlineversionen (www.juridik.karnovgroup.se). Senast besökt 2014-07-15.

- Thornefors, Christer, kommentar till rättegångsbalken, kommentar nr 267.

Rättsfall

EU-domstolen

- Agrokonsulting-04, C-93/12 96 ff.
Alassini, C-317/08 till
C-320/08 95, 97, 99, 187
Albany, C-67/96 149
Arcaro, C-168/95 21, 112 f.
Ariete, 811/79 94, 123
Asbeek Brusse, C-488/11 119, 122,
124, 263
Asturcom, C-40/08 90, 95 f., 105,
119, 122, 124, 129, 143, 149 f.,
153, 263
Banif Plus Bank, C-472/11 97 f.
Barra, 309/85 94, 126
Bartsch, C-427/06 91
Berlusconi, C-387/02, C-391/02 och
C-403/02 112
Booker Aquaculture, C-20/00 och
C-64/00 92
Bostock, C-2/92 91
Boudjlida, C-249/13 94
Boxus, C-128/09 till C-131/09 samt
C-134/09 och C-135/09 99
Brasserie du Pêcheur, C-46/93 och
C-48/93 184
Bulicke, C-246/09 96
Byankov, C-249/11 96, 108 f., 140
Caballero, C-442/00 128
CA Consumer Finance,
C-499/13 94
Cartesio, C-210/06 227
Cassis de Dijon, 120/78 100, 173
Centrosteel, C-456/98 111 ff.
Chalkor, C-386/10 P 98
CILFIT, 283/81 32
Ciola, C-224/97 89
Cofidis, C-473/00 21, 89, 96, 105,
126
von Colson, 14/83 108, 110, 113,
128 ff.
Comet, 45/76 16, 87 ff., 93 f., 96,
98, 107, 123, 127, 250, 262
Cordero Alonso, C-81/05 91, 128
Costa mot ENEL, 6/64 176
Courage mot Crehan,
C-453/99 89, 93, 95, 101, 160
DEB, C-279/09 90, 98 f.
Denkavit italiana, 61/79 94
Deutsche Milchkontor, 205/82 till
215/82 94, 104, 130
Deville, 240/87 94
Dilexport, C-343/96 95, 103
Dominguez, C-282/10 143
Donau Chemie, C-536/11 97, 100,
103, 157, 159 f., 162, 209, 262
Draehmpaehl, C-180/95 129
Duarte Hueros, C-32/12 136
van Duyn, 41/74 131
Dzodzi, C-297/88 och
C-197/89 189
Dörr, C-136/03 22
Eco Swiss, C-126/97 90, 123, 135,
142, 149

- Edis, C-231/96 103 f.
 Elchinov, C-173/09 109, 227 f.
 Emmott, C-208/90 94, 126
 ERT, C-260/89 92
 Evans, C-63/01 96
 Faccini Dori, C-91/92 108, 112 f.
 Factortame I, C-213/89 101, 108,
 123, 148, 184 f.
 Fallimento Olimpiclub, C-2/08 90,
 95 f., 105, 184
 FMC, C-212/94 95
 Francovich, C-6/90 och
 C-9/90 101, 130, 168
 van Gend en Loos, 26/62 20
 Gharehveran, C-441/99 130
 Harz, 79/83 110, 112, 129
 Heemskerk, C-455/06 90
 Heylens, 222/86 90, 93, 98, 100,
 168
 i-21 Germany, C-392/04 och
 C-422/04 104, 140 f.
 Impact, C-268/06 90, 95, 97, 105,
 109, 113
 Interdil, C-396/09 227
 Johnston, 222/84 90, 93, 98, 168
 Just, 68/79 94
 Jörös, C-397/11 122, 124 f., 263
 Kadi, C-402/05 P och
 C-415/05 P 190
 Kapferer, C-234/04 90, 141, 143,
 145, 166, 184
 Karlsson, C-292/97 91
 Keck, C-267/91 och C-268/91 173
 Kempter, C-2/06 122, 140, 143,
 150, 263
 Kofisa Italia, C-1/99 189
 Kolpinghuis Nijmegen, 80/86 112
 Kommissionen mot Irland,
 C-456/08 143, 146, 152 ff., 262
 Kommissionen mot Tyskland,
 94/87 89
 Kraaijeveld, C-72/95 21, 109,
 118 f., 122 f., 127, 263
 Križan m.fl., C-416/10 227
 Küçükdeveci, C-555/07 92, 128,
 228
 Kühne & Heitz, C-453/00 90,
 109, 138 ff., 142, 184, 209, 263
 Köbler, C-224/01 142, 168 f., 248
 Laboratoires Boiron, C-526/04 91,
 95
 Laval, C-341/05 92
 Leffler, C-443/03 21, 105
 Levez, C-326/96 95 f., 102 ff.
 Lippische Hauptgenossenschaft,
 119/79 och 126/79 94, 104
 Littlewoods Retail Ltd,
 C-591/10 103 f.
 Lucchini, C-119/05 90, 184, 248
 Lück, 34/67 88
 Lyckeskog, C-99/00 211
 Manfredi, C-295/04 till
 C-298/04 149
 Mangold, C-144/04 91, 128
 Marks & Spencer, C-309/06 102,
 104 f., 111, 128
 Marleasing, C-106/89 21, 108,
 111 ff., 115
 Marshall I, 152/84 128
 Marshall II, C-271/91 130
 Martín Martín, C-227/08 95
 Mascolo m.fl., C-22/13, C-61/13 till
 C-63/13 och C-418/13 94
 Meilicke II, C-262/09 105, 126
 Melloni, C-399/11 167
 Mellor, C-75/08 97
 Mireco, 826/79 94, 123
 Mono Car Styling, C-12/08 97,
 112
 Mostaza Claro, C-168/05 90, 106,
 129, 149, 153, 197
 Mukarubega, C-166/13 94

- N.S., C-411/10 och C-493/10 167, 215
- Océano, C-240/98 till
C-244/98 90, 111 f., 129, 153, 168, 197
- Oleificio Borelli, C-97/91 91, 100
- Palmisani, C-261/95 96, 102 f.
- Pannon, C-243/08 90, 129, 136, 153, 168
- Pasquini, C-34/02 102
- Pavlov, C-180/98 till C-184/98 149
- Pénzügyi Lízing, C-137/08 90
- Peterbroeck, C-312/93 21, 90, 95, 105, 126, 135, 248
- Petrosian, C-19/08 95
- Pfeiffer, C-397/01 till
C-403/01 111, 113, 156
- Pfleiderer, C-360/09 157 f., 160 ff., 208 f., 262
- Pflücke, C-125/01 89, 95, 105
- Pontin, C-63/08 97
- PPU Jeremy F., C-168/13 167
- Preston, C-78/98 95 f., 102 ff.
- P UPA, C-50/00 87
- Pupino, C-105/03 112 f., 128
- Recheio, C-30/02 95
- Rewe, 33/76 16, 21, 87 ff., 93 f., 96, 98, 107, 119, 123, 127, 129, 250, 262
- Rheinmühlen, 166/73 87
- Roquette Frères, C-88/99 96, 103 f.
- Safalero, C-13/01 97
- Samba Diouf, C-69/10 98, 169
- San Giorgio, 199/82 91, 94, 105
- Santex, C-327/00 96
- van Schijndel, C-430/93 och
C-431/93 21, 88, 90, 95, 109, 118 ff., 125, 127, 130, 135, 142 f., 145, 148 f., 159, 247, 263
- Scott och Kimberley Clark,
C-210/09 96
- Simmenthal, 106/77 93, 129, 171
- Steffensen, C-276/01 91, 95 f., 103, 106
- Surgicare, C-662/13 104
- Tele2 Telecommunication,
C-426/05 96
- Traghetti del Mediterraneo,
C-173/03 169
- Transportes Urbanos,
C-118/08 102 ff.
- Unibet, C-432/05 91, 95 ff., 101, 106
- Uniplex, C-406/08 143 ff., 152 ff., 161, 166, 188, 248, 262
- Unitrading, C-437/13 95
- Verholen, C-87/90 till C-89/90 90, 97
- Viking, C-438/05 92
- Wachauf, 5/88 91
- Wagner Miret, C-334/92 21, 130
- Wall, C-91/08 108
- van der Weerd, C-222/05 till
C-225/05 90, 95 f., 102, 135, 148
- Wells, C-201/02 89, 105, 112, 128
- Winner Wetten, C-409/06 100
- Wärdell, C-316/05 142, 167
- Åkerberg Fransson, C-617/10 98, 162, 171 f., 249

Högsta domstolen

- NJA 1961 s. 157 220, 255
- NJA 1966 s. 205 58, 212, 220 ff., 224
- NJA 1976 s. 289 216
- NJA 1978 s. 722 216
- NJA 1982 s. 175 170
- NJA 1983 s. 576 216
- NJA 1986 s. 268 46, 220, 223 f.
- NJA 1990 s. 361 183
- NJA 1991 s. 783 227
- NJA 1992 s. 555 218

NJA 1993 s. 119 58
NJA 1993 s. 182 219
NJA 1993 s. 591 211
NJA 1994 s. 7 216
NJA 1998 s. 278 217
NJA 1998 s. 829 217, 220, 222 f.
NJA 1999 s. 258 221
NJA 2002 C 4 216
NJA 2002 s. 342 58
NJA 2004 s. 213 183
NJA 2004 s. 247 183
NJA 2006 s. 326 217
NJA 2007 s. 108 219
NJA 2007 s. 431 166
NJA 2007 s. 547 215
NJA 2007 s. 636 56
NJA 2007 s. 822 218
NJA 2008 s. 100 42
NJA 2008 s. 259 56
NJA 2010 s. 168 190, 251
NJA 2011 s. 444 188 f.
NJA 2011 s. 576 43
NJA 2012 s. 1038 I 215
NJA 2013 s. 209 66, 218 f., 223,
228
NJA 2013 s. 502 188, 215

NJA 2013 s. 813 217
NJA 2013 s. 1017 134 f., 169
NJA 2014 s. 29 49, 219

Hovrätterna

RH 1986:81 I och II 205, 214
RH 1987:4 217
RH 1993:89 42
RH 1995:32 52
RH 1995:55 216, 218
RH 1999:54 216
RH 2001:10 218 f., 228
RH 2004:64 40
RH 2006:55 219
RH 2007:14 258
RH 2009:50 216
RH 2009:61 218
RH 2011:4 218
RH 2011:36 218
RH 2012:67 53
RH 2012:78 218

Arbetsdomstolen

AD 1997 nr 69 66, 218, 228
AD 2002 nr 15 46, 218

Sakregister

A

Avvägningsrekvisit 59, 63 ff., 152, 156, 216 ff., 221, 228, 236, 240, 255

B

Behovsrekvisit 62 f.

Beslutsekonomi 168, 199

Bevis

- avvisning av 182, 186
- framläggande av 51
- inhämtande ex officio 90, 248

Bevisbörda 90

Bevisupptagning 57, 137

Bewirkungshandlung 180 f.

D

Decentralisering 233 ff., 244 ff.

Deldom 42, 136, 185

Delegation 74 ff., 230 ff., 235, 254, 256 f.

Delegationsprincipen 39, 70 f., 77, 86, 230

Direkt effekt 100, 118, 123, 127 ff., 148

Dispositionsprincipen 41, 47, 119, 121, 126, 142

Dispositiva regler 39 f., 55, 158

E

Edition 136, 187, 222 f.

Effektivitetsprincipen 31, 93 ff., 105 f., 125 f., 136, 141, 148 f., 153, 159 f.

Effet utile 93, 99 ff., 140, 148, 160, 208, 249

Eftergiftsprogram 157 f., 160

EKMR, *se Europakonventionen*

Enskilt anspråk 183 ff.

Erwirkungshandlung 180 f.

Europakonventionen 22, 84, 90, 93, 98 f., 106, 215

Europeisering 244 ff.

F

Fakultativitet

– dubbel- 66 f., 216, 218 f.

– falsk 55 f., 58, 69, 114 f., 126, 133, 162, 186, 190, 221 f.

– indirekt 65, 144, 155, 205

– -smarkör 51 f., 239 f.

– tolknings- 49 f., 58 ff., 68, 72, 76 f., 114, 116, 155 f., 158, 215 f., 235 f., 239 f., 242, 245

– äkta 48 ff., 53 ff., 68, 76, 106, 126 f., 132, 217, 219 f., 226 f., 235 f., 239 f.

Fastställesetalan 136, 187, 219

Fragmentisering 172, 235, 244 ff.

Fullgörelsetalan 57

Förberedelse 78, 137

Företrädesprincipen 89, 140, 148, 234, 249

Förhandsavgörande 109, 172, 190, 227
Förlikning 60 f., 67, 187, 248
Förnuftig oenighet 204, 206, 245, 251
Förtroende 208, 250, 253 f.
Förutsebarhet 71, 96, 152, 154, 164, 168, 170, 188, 199

G

Garant 193 ff., 198 f., 203 ff.
Generalklausul 47, 60, 230

H

Handlingsregler 37, 39, 44, 239
Hjälperb
– påbjudande 59
– tillåtande 51 f., 60, 114, 239
House of Lords 131 ff.
Huvudförhandling 78, 197, 254
Huvudregel 147, 156 f.

I

Icke återopade rättsfakta 134
Indirekt effekt, *se Unionsrättskonform tolkning*
Intuition 208

J

Jura novit curia 119 ff., 150
Juridifiering 234, 244 ff.

K

Konjunktiv 52 f.
Konkurrensrätt 134 f., 148 f., 157 f.
Konsument 136, 168, 197

L

Legalitetsprincipen 71 ff., 200, 244
Likabehandling 103 f., 124, 173, 199, 202

Likvärdighetsprincipen 101 ff., 119, 123 f., 136, 142, 148
Ljud- och bildöverföring 84, 168
Lojalitetsprincipen 107 ff., 116, 123 f., 127 ff., 133 f., 140 f., 175, 208

M

Mellandom 136, 185, 216, 218
Miljökonsekvensbeskrivning 122, 131
Muntlighet 136, 175
Mänskliga rättigheter 99, 167

N

Notoriska fakta 182

O

Offentlig upphandling 143
Ordre public 135, 149
Ovisshetsaversion 198

P

Pensionssystem 120, 143
Praktiskt resonemang 193 f.
Preklusion 136, 183, 187, 248
Processledning
– formell 177, 229
– gränsdragning mellan materiell och formell 179 f.
– materiell 41, 78, 136, 170, 177, 187, 212
Prorogation 90, 168
Prövningstillstånd 56 f., 184, 187, 248
Public policy, *se Ordre public*

R

Reformatio in pejus 90
Rent nationella mål 131, 188 f.
Res judicata 139 f., 142, 150
Resning 57, 187 f.

R_{mod} 197 ff., 213 f., 224
Rättegångsfel 210 ff., 216, 218,
255
Rättegångskostnad 137, 185 f.,
223 f., 255
Rättshjälp 90, 99
Rättskraft 57, 143, 151, 184
Rättssäkerhet 75, 82, 140, 153 f.

S

Sammansättning, rättens 39, 137,
216
Skadestånd 108, 160, 188
Skiljedom 90
Skön
– fritt eller bundet 46
– kognitiva aspekter av 38, 109,
192, 222
– strukturella aspekter av 38,
45 f., 105, 116 f.
Småmål 256
Småmålslagen 73 f., 81 f.
Supreme Court (Storbritan-
nien) 137
Säkerhetsåtgärder 136, 184 ff.

T

Talerätt 91, 99
Taleändring 136, 186
Tillåtande regler 54 f.

U

Undanröjande 170, 211, 213, 226
Unionsrättskonform tolk-
ning 110 ff., 127, 145 f., 155

V

Vittnesplikt 52, 186 f.
Väsentligen samma grund 63 f.

Å

Åberopande 181, 187
Åberopsbörda 134 f.
Återförvisning 216, 225

Ä

Ändring av talan 182