
SKADESTÅNDSLAGENS FORUMREGEL

Om behöriga och obehöriga fora vid skadeståndstalan mot staten med anledning av normgivningsbeslut. En studie av förhållandet mellan forumregeln i 3 kap. 10 § skadeståndslagen, *Francovich*-kriterierna och principen om *res judicata*.

Kajsa Johansson
Examensarbete 30 hp
Handledare: Eric Bylander
Juridiska institutionen
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Vårterminen 2011

FÖRORD

Inlämnandet av tillämparuppsatsen innebär att studietiden definitivt är över, och det är därför med visst vemod – men också viss lättnad! – som jag sätter punkt för min uppsats.

Jag vill tacka advokat och docent Ola Wiklund som jag mötte i precis rätt ögonblick och som tipsade mig om ämnet. För detta, och för de goda råd som han givit längs vägen, är jag honom ett stort tack skyldig.

Ett stort tack går också till docent Eric Bylander, min handledare, som under arbetet med uppsatsen kommit med såväl uppmuntrande tillrop som utmanande frågor. För båda dessa saker är jag innerligt tacksam. Jag är dessutom mycket tacksam för Erics villighet att utöva sin handledarroll på distans, och hans stora förståelse för att jag på grund av en utlandspraktik var tvungen att pausa uppsatsen ett litet tag. Erics brinnande passion för processrättens alla mysterier har emellertid gjort att avstånden mellan Uppsala, Göteborg, Genève och Bryssel aldrig känts speciellt långa.

Jag vill även rikta ett varmt tack till Anna Wallerman, doktorand i processrätt. Jag har på ett alltför fräckt sätt utnyttjat det faktum att hennes dörr alltid har stått öppen för mig och jag vill därför tacka henne för att hon varit så generös med sin begränsade tid och sin stora kunskap. Utan hennes stora engagemang och hennes fantastiska insats som bollplank och som vän vet jag faktiskt inte hur, eller ens om, det hade gått.

Slutligen, ett innerligt tack till Niclas som tålmodigt, och ibland under stor tidspress, har läst och diskuterat. För detta är jag oändligt tacksam. Jag är emellertid, om möjligt, ännu mer tacksam för det stöd han varit och alljämt fortsätter att vara, inte bara i de rättsvetenskapliga diskussionerna utan i livet i stort.

Bryssel, den 30 oktober 2011

Kajsa Johansson

SAMMANFATTNING

Uppsatsen behandlar sådana frågor som kan uppstå på grund av att det i forumregeln i SkL 3:10 föreskrivs att en kärende som vill stämma staten på skadestånd enligt SkL 3:2 med anledning av ett normgivningsbeslut från regeringen eller riksdagen skall väcka sin talan direkt i HD.

Uppsatsens övergripande syfte är att åskådliggöra hur forumregeln i SkL 3:10 förhåller sig till dagens skadeståndsrättsliga och processrättsliga landskap såsom det ser ut efter det att EU-domstolen i fallet *Francovich* lanserade möjligheter för enskilda att kräva skadestånd av staten med anledning av överträdelse av EU-rätten. För att uppnå det övergripande syftet fokuserar jag på följande frågeställningar. För det första undersöker jag forumregelns rättsliga bakgrund, vad den egentligen syftar till och hur den tillämpas i praktiken. För det andra utreder jag hur forumregeln förhåller sig till principen *res judicata*. För det tredje diskuterar jag hur forumregeln, och dess konsekvenser, förhåller sig till de krav på effektivitet och likvärdighet som EU-rätten ställer på den svenska processrätten och hur de svenska domstolarna kan hantera de problem som uppkommer.

Undersökningen av principen om *res judicata* visar att det är de faktiska omständigheterna i ett mål, också kallade konkreta rättsfakta, som används för att definiera sakens identitet. De rättsregler, också kallade abstrakta rättsfakta, som de faktiska omständigheterna subsumeras under kan däremot inte användas för att avgöra huruvida den andra talan rör samma sak eller inte. Utifrån den svenska rättskraftsläran är det därmed inte möjligt för en kärende att få sin *Francovich*-talan prövad i tingsrätten efter det att HD ogillar den första talan enligt SkL 3:2.

Den svenska rättskraftsläran får emellertid endast tillämpas om den uppfyller EU-rättens krav på effektivitet och likvärdighet. Eftersom överlappningen mellan *Francovich*-kriterierna och rekvisiten i SkL 3:2 förefaller vara relativt stor kan käranden sägas ha fått sin EU-rättsliga talan prövad indirekt i samband med prövningen av SkL 3:2. EU-domstolens krav på EU-rättens enhetliga tillämpning talar emellertid emot att ett sådant resonemang skulle godkännas. Effektivitetsprincipen kan också utgöra ett hinder mot att ett avvisningsbeslut enligt SkL 3:7 tillerkänns rättskraft.

Mot bakgrund av EU-rättens krav på effektivitet diskuteras huruvida HD, i samband med en prövning enligt SkL 3:2, har en skyldighet att ex officio pröva talan utifrån *Francovich*-kriterierna. Det diskuteras vidare hur HD bör agera när kärandens talan avvisas på grund av rättegångshindret i SkL 3:7. Utifrån denna diskussion undersöks hur tingsrätten skall förhålla sig till principen om *res judicata* i samband med att käranden väcker en andra talan där han eller hon åberopar *Francovich*-kriterierna.

Slutligen diskuteras de två möjligheter som står lagstiftaren till buds, att komplettera forumregeln i SkL 3:10 så att den även omfattar en *Francovich*-talan eller att helt upphäva forumregeln och därmed tillåta att regeringen eller riksdagens fel eller försummelse prövas av en tingsrätt som första instans. Mot bakgrund av det inflytande som EU-rätten har haft på svensk rätt de senaste femton åren framstår de argument som låg bakom införandet av forumregeln i SkL 3:10 idag som föråldrade. Det andra alternativet, att avskaffa forumregeln i SkL 3:10 helt och hållet, förefaller därför vara den bästa lösningen. Det alternativet ligger dessutom i linje med senare års tendenser att betona underrätternas roll.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRORD	I
SAMMANFATTNING	II
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	III
FÖRKORTNINGAR	V
1 INLEDNING	1
1.1 Bakgrund.....	1
1.2 Syfte och frågeställning.....	1
1.3 Metod och material	2
1.3.1 Metod	2
1.3.2 Material.....	4
1.4 Avgränsningar	4
1.5 Disposition	6
2 RÄTTSLIG BAKGRUND	7
2.1 Kort om forumregeln	7
2.2 Skadeståndsrättslig bakgrund.....	7
2.2.1 Det allmännas ansvar – om skadeståndsgrunnen i SkL 3:2	8
2.2.2 En konstitutionell bromskloss – om kopplingen till SkL 3:7	9
2.3 Processrättslig bakgrund.....	10
2.3.1 Forumregelns ursprung	10
2.3.2 Forumregelns processrättsliga karaktär	11
2.4 EU-rättslig bakgrund	11
2.4.1 EU-rätten och medlemsstaternas skadeståndsansvar	12
2.4.2 EU-rätten och processrätten.....	14
2.5 Forumregeln i praxis	15
2.5.1 NJA 2003 s. 263.....	15
2.5.2 NJA 2009 s. 862.....	16
2.5.3 NJA 2009 s. 873.....	16
2.6 Sammanfattning.....	17
3 FORUMREGELN OCH RÄTTSKRAFTSLÄRAN	19
3.1 Principen om res judicata	19
3.1.1 Saken – om händelseförlopp och rättsföljder	19
3.1.2 Grunden – om konkreta och abstrakta rättsfakta.....	21
3.1.3 Om jura novit curia och betydelsen av parternas rättsliga klassificering	22
3.1.4 JK:s utredning om forumregeln i SkL 3:10.....	24
3.2 Undantag från res judicata	25
3.2.1 Högsta domstolen som specialdomstol?.....	26
3.2.2 Om att ”kunna åberopa”	26
3.3 Sammanfattning.....	28

4 LIKVÄRDIGHETS- OCH EFFEKTIVITETSPRINCIPERNA	29
4.1 Om likvärdighetsprincipen och forumregeln i SkL 3:10	29
4.2 Om effektivitetsprincipen och forumregeln i SkL 3:10.....	30
4.2.1 Om överlappningen mellan SkL 3:2 och <i>Franco</i> -kriterierna	30
4.2.2 Om SkL 3:7 och avvisningsbesluts rättskraft	32
4.3 Sammanfattning.....	33
5 DE SVENSKA DOMSTOLARNAS SKYLDIGHETER ATT HANTERA EU-RÄTTENS KRAV PÅ EFFEKTIVITET OCH LIKVÄRDIGHET	34
5.1 Högsta domstolens skyldigheter	34
5.1.1 När en talan enligt SkL 3:2 ogillas.....	34
5.1.2 När en talan enligt SkL 3:2 avvisas	35
5.2 Tingsrättens skyldigheter.....	36
5.2.1 När en talan enligt SkL 3:2 har ogillats.....	36
5.2.2 När en talan enligt SkL 3:2 har avvisats	37
5.3 Sammanfattning.....	38
6 LAGSTIFTARENS VALMÖJLIGHETER	39
6.1 Generella överväganden vid forumreglering.....	39
6.2 Ändra forumregeln så att den även omfattar en talan på EU-rättslig grund.....	39
6.3 Avskaffa forumregeln i SkL 3:10	41
6.4 Sammanfattning.....	42
7 SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER	43
8 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	45
8.1 Källor.....	45
8.1.1 Diverse offentligt tryck.....	45
8.1.2 Rättsfall från Högsta domstolen.....	45
8.1.3 EU-domstolen, avgöranden	46
8.1.4 EU-domstolen, förslag till avgöranden	47
8.2 Litteratur	47
8.2.1 Artiklar.....	47
8.2.2 Böcker	49

FÖRKORTNINGAR

art.	artikel
AvtL	lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen)
cit.	citeras
CMLRev	Common Market Law Review
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
f.	följande sida
ff.	följande sidor
FB	föräldrabalken (1949:381)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ILC	FN:s folkrättskommission
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JK	Justitiekanslern
jmf.	jämför
JP	Juridisk Publikation
JT	Juridisk Tidskrift
kap.	kapitel
KL	konkurrenslagen (2008:579)
LOU	lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
MLR	Modern Law Review
mom.	moment
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning II
p.	punkt (vid hänvisningar till lagrum i betydelsen ”mening”)
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RF	regeringsformen (1974:152)
SkL	skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
st.	stycke
SvJT	Svensk Juristtidning
uppl.	upplaga

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

När den nuvarande skadeståndslagen infördes år 1972 var det få som kunde förutse att lagens forumregel, enligt vilken en skadeståndstalan med anledning av fel eller försummelse från regeringens eller riksdagens sida skall väckas direkt i HD, fyrtio år senare skulle utgöra en bugg i det processrättsliga rättskraftssystemet. Likväl är det där vi står idag. Forumregeln i SkL 3:10 härstammar från en tid när möjligheten för enskilda att väcka en skadeståndstalan mot staten för fel eller försummelse vid myndighetsutövning utgjorde en kontroversiell nyhet. Den enda ansvarsgrund för en sådan talan som var av praktiskt intresse var därför den i skadeståndslagen. Det fanns visserligen specialregleringar i andra lagar, men eftersom dessa hade sina egna begränsningar och sina egna forumregler var det enligt tidens anda naturligt att i forumregeln i SkL 3:10, istället för att upprepa kriterierna enligt ansvarsgrunden, endast ange att regeln omfattar ”talan om ersättning enligt 2 §.”

Som Håkan Andersson har konstaterat medför emellertid europeiseringen av rätten att denna referens – uttrycket ”enligt 2 §” – idag ställer till problem och leder till oförutsedda motsatsslut.¹ Fyrtio år efter skadeståndslagens tillkomst har europarätten på ett drastiskt sätt möblerat om i det skadeståndsrättsliga hörnet av det svenska folkhemmet och en skadeståndstalan mot staten utgör inte längre en främmande företeelse i svensk rätt. Idag kan en kärke utöver skadestandsgrunden i SkL 3:2 tillerkännas skadestånd genom *Francoovich*-principen som reglerar statens skadeståndsskyldighet vid överträdelse av EU-rätten, samt genom EKMR art. 13 (rätten till ett effektivt rättsmedel) och art. 41 (rätten till skälig gottgörelse) som reglerar statens skadeståndsskyldighet för överträdelse av Europakonventionen.

För den kärke som anser att staten är skadeståndsskyldig enligt såväl den svenska skadeståndslagen som *Francoovich*-kriterierna utgör forumregeln ett problem. Medan en skadeståndstalan ”enligt SkL 3:2” skall väckas direkt i HD är det tingsrätten som är behörigt forum för en skadeståndstalan ”enligt *Francoovich*-kriterierna”. Detta kan få konsekvenser för den kärke som av okunskap om EU-rätten eller av andra skäl väljer att dela upp sin talan i två processer. Möjligheterna att väcka en andra talan om *samma sak* men med åberopade av *andra rättsregler* är nämligen mycket begränsad i svensk rätt.

1.2 Syfte och frågeställning

I december 2010 föreslog utredarna bakom betänkandet Skadestånd och Europakonventionen att forumregeln i SkL 3:10 skall avskaffas.² Det innebär att jag delvis skjuter på ett rörligt mål, något som brukar innebära att chansen att träffa det avsedda målet minskar rejält. Till detta kommer att den uppsatsstudent som satsar på en frågeställning som bygger på ett visst rekvisit i en viss lagregel alltid löper en risk att uppsatsen förvandlas till rättshistoria innan den ens har registrerats i Ladok.³ Trots detta vågar jag säga att uppsatsen har ett existensberättigande. De argument för att avskaffa forumregeln som framfördes i 2010 års betänkande skiljer sig nämligen från de processrättsliga argument som jag har för avsikt att undersöka.

Det primära syftet med uppsatsen är att åskådliggöra hur forumregeln i SkL 3:10 förhåller sig till dagens skadeståndsrättsliga och processrättsliga landskap. Men det räcker

¹ Andersson, Infotorg 19 januari 2011.

² SOU 2010:87 s. 447 f.

³ Zamboni avråder doktorander i juridik från att skriva om betydelsen av ett visst ord i en viss regel. Som jag ser det kan hans råd emellertid också tolkas *e contrario*; för uppsatsstudenter kanske uppsatsens omfång gör det lämpligt att fokusera på en viss regel? Se Zamboni, JT 2010/11, s. 789.

inte att se, och förmedla, en bild av storskogen. Ibland är det tvärtom nödvändigt att granska enskilda träd. För att kunna uppnå det övergripande syftet kommer jag därför att fokusera på följande tre frågeställningar. För det första är det nödvändigt att undersöka forumregelns rättsliga bakgrund, vad den egentligen syftar till och hur den tillämpas i praktiken. För det andra kommer jag att utreda en av de processrättsliga konsekvenser som följer i forumregelns kölvatten: principen *res judicata*. För det tredje kommer jag att diskutera hur forumregeln, och dess konsekvenser, förhåller sig till de krav på effektivitet och likvärdighet som EU-rätten ställer på den svenska processrätten och hur de svenska domstolarna kan hantera de problem som uppkommer.

I syfte att konkretisera vad som annars lätt skulle kunna upplevas som mycket abstrakta frågeställningar har jag valt att laborera med ett typfall. Typfall har fördelen att illustrera och konkretisera de regler som undersöks och utgör, förhoppningsvis, ett pedagogiskt hjälpmedel för såväl författaren som för läsaren. Det finns förstas en risk att jag genom användandet av typfall i alltför stor utsträckning avgränsar uppsatsen och därmed bortser från situationer som visserligen hamnar utanför de ramar som jag satt upp genom att konstruera typfallet, men som ändå vore intressanta att behandla. Jag har emellertid kommit fram till att användandet av typfall har så många framställningstekniska fördelar att det är värt den risken, och jag hoppas också att jag genom att vara medveten om fällan kan undvika att trampa i den.⁴

Låt mig därför utgå från följande typfall. En kändare väcker en skadeståndstalan i HD. Käranden åberopar SkL 3:2 och hävdar att regeringen eller riksdagen genom fel eller försummelse i samband med normgivningen av en nu upphävd lag eller förordning har orsakat käranden ekonomisk skada.⁵ Kärandens talan ogillas av HD, varpå käranden väcker en ny talan i tingsrätten. Talan är i princip densamma, men denna gång hävdar käranden att lagen eller förordningen stred mot EU-rätten, att den EU-rättsliga regeln var klar och tydlig, att överträdelsen var tillräckligt allvarlig samt att det finns ett orsaksamband mellan överträdelsen och skadan. Staten är därför, menar käranden, skadeståndsansvarig enligt EU-rättens principer om statsskadestånd.⁶ Hur skall tingsrätten hantera en sådan situation? Skall den andra processen avvisas på grund av den första domens rättskraft? Eller finns det skäl att inte tillämpa reglerna om den första domens rättskraft?

1.3 Metod och material

1.3.1 Metod

Det finns en minnesvärd scen i en av Milnes böcker om Nalle Puh. Puh har varit på besök hos Kanin och under besöket har han ätit en del honung. När han skall ta sig ut ur Kanins dörr fastnar han. Medan han sitter fast i dörrhålet blir han förgad och utbrister att det här är följden av att man har för trånga dörrar! Kanin svarar då strängt att Puh har fel. Puhs situation är istället, menar Kanin, den logiska följden av att äta för mycket.

⁴ I efterhand har jag också kunnat konstatera att det ibland, såsom i avsnitt 4.2.2, var nödvändigt att gå utanför typfallet.

⁵ I konstruktionen av mitt typfall har jag valt att inte gå in på detaljerna i fallet; jag kommer alltså inte att peka på en viss svensk lag eller förordning eller i detalj beskriva på vilket sätt denna lag eller förordning kan strida mot den svenska grundlagen respektive EU-rätten. Anledningarna till detta är flera. För det första riskerar resonemangen kring om en viss regel alls strider mot olika högre normer att ta upp för mycket plats i uppsatsen utan att egentligen tillföra något egenvärde. För det andra skulle ett sådant detaljerat typfall lätt växa över ramarna för ett pedagogiskt hjälpmedel och vi skulle riskera att läsa uppsatsen till att behandla endast den utpekade regelns egenarter. Istället nöjer jag mig med att konstatera att vad gäller svensk rätt är det framförallt bestämmelser i RF 8 kap. om kompetensfördelning mellan regeringen och riksdagen, bestämmelserna i RF 10:5 kring överförande av beslutandemakt till mellanstatliga organisationer (se det ovan refererade NJA 2001 s. 210) samt rättighetskatalogen i RF 2 kap. som kan komma ifråga.

⁶ Vad gäller EU-rätten är valmöjligheterna ännu fler eftersom det finns många bestämmelser inom såväl primär- som sekundärrätt som svensk rätt skulle kunna strida mot.

Jag brukar tänka på Milnes berättelse som ett bra exempel på hur det eftersträvade syftet alltid styr vilken metod – och i slutändan vilken lösning – som anses vara den bästa. Puh:s syfte är att hitta ett sätt för tjocka nallebjörnar att kunna äta mer honung och den metod (och lösning) som han förespråkar är därför att man tillverkar större dörrar. Med Kanins synsätt är syftet istället att hitta ett sätt att behålla befintliga dörrar och den metod (och lösning) som han föreslår är därför att redan tjocka nallebjörnar avstår från att äta så mycket honung. Problemet, att Puh sitter fast, kan tyckas vara detsamma men de två vännernas problemformuleringar, syften och metoder skiljer sig från varandra. Milnes exempel är förvånansvärt relevant även för den rättsvetenskapliga forskningen. Jag har redan nämnt att forumregeln i SkL 3:10 i mångt och mycket härstammar från en annan tidsålder och att den inte passar in i det nuvarande skadeståndssystemet där en kärande kan åberopa EU-rättsliga och konventionsrättsliga skadeståndsbestämmelser som inte ens var påtänkta vid skadeståndslagens tillkomst. Eftersom uppsatsen syftar till att undersöka hur en viss norm (forumregeln) passar ihop med andra normer (principen om *res judicata*, EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet) får metoden sägas vara klassiskt rättsdogmatiskt. Med andra ord handlar det om att ”utreda och systematisera” en specifik del av rätten.⁷ Efter det konstaterandet synes det lämpligt att här säga något om den ”gällande rätt” som den rättsdogmatiska metoden utgår ifrån.

Få begrepp inom rättsvetenskapen är så filosofiskt belastade som begreppet ”gällande rätt”. Det finns de som hävdar att gällande rätt är något objektivt verifierbart som existerar i sig självt och att juristens uppgift är att utifrån en hierarkisk rättskällelära ”upptäcka” vad gällande rätt inom ett visst område är.⁸ Juristen kan här liknas vid en arkeolog som långsamt och metodiskt gräver fram en fornlämning som legat dold i jorden. Andra menar att eftersom lagar och rättsliga fenomen är sociala konstruktioner är det meningslöst, eller till och med olämpligt, att tala om en gällande rätt.⁹ Med det synsättet är juristen inte så mycket en arkeolog som en skulptör, och påståendet att gällande rätt existerar i sig självt framstår som lika orimligt som ett påstående om att Michelangelo inte skapade Davidstatyn genom sitt arbete med mejsel och hammare utan att konstnären endast ”grävde fram” den människofigur som hela tiden legat dold inne i marmorblocket. Ytterligare andra menar att begreppet ”gällande rätt” är ett okontroversiellt begrepp så länge det inte används som ett argument *i sig självt* för värdet hos en viss juridisk lösning.¹⁰ Personligen anser jag mig – i den mån en juriststudent på grundnivå överhuvudtaget kan ha en genomtänkt syn på den här saken – tillhöra den sista kategorin. Vilken praktisk inverkan min syn på debatten om gällande rätt har haft för uppsatsen är förstås en annan fråga. Jag har emellertid medvetet valt att inte klassificera kapitel 6 om lagstiftarens möjligheter som ett kapitel *de lege ferenda*; uppdelningen mellan *de lege lata* och *de lege ferenda* utgår nämligen från en föreställning om att det finns en ”gällande rätt” som klart går att skilja från en ”inte (ännu) gällande rätt”. Hellner har, i ett ofta återgivet citat, uttryckt det som att ”[a]rgumenten är visserligen friare *de lege ferenda*, men lika lite som argumenten *de lege lata* är helt bundna, är argumenten *de lege ferenda* helt fria.”¹¹ Om domaren innan någon lagändring kommit till stånd väljer att tillämpa forumregeln i SkL 3:10 analogt på en *Franovich*-talan, har rättsläget då ändrats *de lege lata* eller *de lege ferenda*? Eftersom jag menar att de valmöjligheter som lagstiftaren ställs inför i princip bygger på samma argument och samma intresseavvägningar som de som en domare har att utgå ifrån när han eller hon skall avgöra om forumregeln i SkL 3:10 skall tillämpas analogt på en talan som inte är ”enligt SkL 3:2” framstår det, i alla fall för mina syften, som svårt att dra en klar gräns mellan rätten *de lege lata* och *de lege ferenda*.

⁷ Se Peczenik, Vad är rätt?, s. 312 f, Hellner, Metodproblem, s. 22 och Jareborg, SvJT 2004, s. 4.

⁸ Peczenik, Vad är rätt?, s. 314.

⁹ Glavå och Petrusson, Erkjennelse og Engasjement. Minnesseminar for David Roland Doublet, s. 109.

¹⁰ Se exempelvis Moberg, Villkorsklousuler, s. 35 f.

¹¹ Hellner, Metodproblem, s. 28.

Slutligen bör kanske något sägas om det här med fotnoter. Som läsaren snart kommer att bli varse har jag en viss förkärlek för långa fotnoter och jag känner därför ett behov av att redan här hålla någon form av – möjligtvis dåraktigt – försvarstal.¹² Som jag ser det är fotnoten av betydelse för såväl upptäckande- som rättfärdigandeprocessen. Vad gäller upptäckandeprocessen måste varje författare som vill redogöra för fakta ständigt balansera viljan att ge läsaren all den information författaren menar kan vara relevant för förståelsen av en viss fråga mot risken att texten översvämmas med resonemang och hänvisningar som leder bort från uppsatsens röda tråd. Fotnoten är ett bra verktyg för den som inte vill säga för lite men inte heller säga så mycket att det huvudsakliga budskapet försvinner. Vad gäller rättfärdigandeprocessen är fotnotens roll kanske något tydligare. Det är genom källhänvisningar i fotnoter som läsaren kan spåra författarens resonemang och värdera författarens slutsatser och det är genom fotnoter som författaren kan visa att han eller hon har auktoritativt stöd för sina resonemang och slutsatser. Zahle har uttryckt det som att fotnoter kan ses som en demonstration av ett intellektuellt maktförhållande och som exempel nämner han – lämpligt nog – att "[e]nhver procesretlig drøftelse i videnskabelig sammenhæng måtte relatere sig til Ekelöf."¹³

1.3.2 Material

Precis som syftet styr valet av metod styr metoden i sin tur valet av material. Eftersom syftet och metoden närmast får beskrivas som rättsdogmatiska följer att jag har utgått från det hierarkiskt ordnade material som ingår i den så kallade "rättskällevärdet", det vill säga normerande rättsakter, förarbeten, praxis från de högsta instanserna samt rättsvetenskapliga bidrag i form av doktrin. Rättskällornas inbördes dignitet beror emellertid av såväl det aktuella rättssystemet som det aktuella rättsområdet.¹⁴ Eftersom uppsatsens problemställning sträcker sig över flera olika rättsområden går det inte att hålla alltför hårt på hierarkin; det finns helt enkelt inte något material som samtidigt behandlar de skadeståndsrättsliga, processrättsliga och EU-rättsliga aspekterna av forumregeln i SkL 3:10. Därför måste skadeståndsrättsliga förarbetsuttalanden ibland bemötas med uttalanden i den processrättsliga doktrinen och svenska rättsakter måste ibland vägas mot EU-domstolens avgöranden.

Eftersom uppsatsen inte endast behandlar svensk rätt utan även berör EU-rättens rättssystem går det, förstås, inte heller att endast utgå från den svenska rättskällevärdet. Det EU-rättsliga skadeståndsinstitut som jag utgår från härstammar från EU-domstolens avgörande i *Franovich*-målet, och får därför likt så mycket av unionsrätten anses utgöra ett exempel på "judge-made law". Eftersom förarbeten, så kallade travaux préparatoires, dessutom endast i mycket i liten utsträckning existerar inom unionsrätten är det i det närmaste orimligt att påstå att det använda materialet följer den traditionella rättskällevärdets hierarki.

1.4 Avgränsningar

Ekelöf har i en av sina många artiklar beskrivit hur det gick till när han skrev den uppsats som låg till grund för hans professur i Uppsala. Han hade nämligen döpt uppsatsen till "Straffet, skadeståndet och vitet", varpå hans ämneslärare – som uppenbarligen hade en ironisk läggning – förklarade för Ekelöf att uppgiften verkade lika vettig som att skriva

¹² Jag är långt ifrån ensam om att anse att användandet av fotnoter är något som förtjänar att uppmärksammas. Sandgren har exempelvis konstaterat att "[u]ppkallad som den är efter människans lägsta del, kan inte fotnoten gärna göra anspråk på att beskåras några lärda mödor. Jag hör dessa invändningar men låter mig inte bekomma. Är det inte också så att fotnoten bär upp allt som befinner sig där ovanför?", se Sandgren, JT 2005/06, s. 66.

¹³ Zahle, Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, s. 705.

¹⁴ Hellner, Metodproblem, s. 25.

en monografi om ”Gud och hela världen”.¹⁵ Detta är en trösterik historia för den jur. stud. som snubblar fram i Ekelöfs stora fotspår och desperat försöker lära sig att behärska den svåra konsten att avgränsa. Nedan redogör jag emellertid för de mest betydelsefulla avgränsningar som jag lyckats göra. Som läsaren snart kommer att se förekommer det då och då i texten att jag i en mindre fråga konstaterar att frågan kan delas in i två underfrågor varav jag kommer att bortse från en av dem. Dessa mindre ”sub-avgränsningar” kommer jag av utrymmesskäl inte att gå in på här.

Som redan har framgått kommer jag att fokusera på skadeståndsanspråk där käranden åberopar fel eller försummelse av *regering och riksdag* i samband med *normgivning*. Det innebär för det första att jag inte kommer att behandla konsekvenserna av fel som härstammar från de svenska domstolarna, då dessa inte sysslar med normgivning – åtminstone inte i traditionell rättsdogmatisk mening. Jag kommer, för det andra, även att bortse från sådana fel som statliga myndigheter eller kommuner kan göra sig skyldiga till när de utfärdar olika typer av föreskrifter, även om sådana fel ofta aktualiserar skadeståndsfrågor.

Vad gäller den EU-rättsliga skadeståndsregleringen kommer jag även där att utgå från det skadeståndsansvar som Sverige kan åläggas genom regeringen och riksdagens överträdelse av EU-rätten i samband med normgivning. Det innebär inte bara att den enda del av EU-rättens skadeståndsrätt som faktiskt framgår av fördraget, det vill säga unionens skadeståndsansvar så som det är fastställt i FEUF art. 340, hamnar utanför uppsatsens räckvidd, utan det innebär också att jag bland annat kommer att bortse från sådant skadeståndsansvar som kan drabba Sverige om staten överhuvudtaget inte genomfört ett beslutat direktiv,¹⁶ om staten genomfört ett beslutat direktiv för sent,¹⁷ eller om en svensk myndighet fattat ett beslut som strider mot någon fördragsregel.¹⁸ Valet att begränsa uppsatsen till att behandla en kärende som åberopar svensk rätt och EU-rätt innebär också en avgränsning på så sätt att jag inte kommer att behandla en talan där kärende även åberopar skadestånd enligt Europakonventionen. Problemen med en sådan talan påminner i mångt och mycket om de problem som jag kommer att beskriva men frågan har till viss del nyligen behandlats i en statlig utredning och jag har därför valt att bortse från dessa aspekter.¹⁹

Det har också redan framgått att jag på processrättens område ämnar fokusera på en av forumregelns rättskraftskonsekvenser, nämligen principen om *res judicata*. Eftersom rättskraftsinstitutet förutom principen om *res judicata* även är hemvist för principen om litispensens innebär det ytterligare en betydelsefull avgränsning av uppsatsen.²⁰

Som tidigare nämnts kommer jag att jämföra den svenska forumregeln och dess konsekvenser med EU-rättens krav på att svensk processordning måste uppfylla likvärdighets- och effektivitetskravet. Det innebär att jag inte kommer att gå in på Bryssel I-förordningen,²¹ som annars får anses vara det närmaste EU har kommit en gemensam forumreglering.

¹⁵ Ekelöf, Uppsalaskolan – och efteråt, s. 12 f.

¹⁶ Se C-6/90 och 9/90 *Francovich*.

¹⁷ Se C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94 *Dillenkofer*.

¹⁸ Se C-5/94 *Hedley Lomas*.

¹⁹ Se SOU 2010:87.

²⁰ Principen om litispensens, som reglerar parallella processer, regleras av RB 13:6. Enligt principen om litispensens skall en ny talan angående en fråga som redan är föremål för en *pågående* rättegång mellan samma parter inte tas upp till prövning. Den senast väckta talan skall således avvisas. I samband med att den första rättegången avgörs av rätten upphör litispensens att verka som processhinder och istället tar principen om *res judicata* vid. I princip kan litispensens endast föreligga i en pågående process om *res judicata* kommer att föreligga efter det att processen avslutats, se NJA 1999 s. 520.

²¹ Rådets förordning nr 44/2001 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.

1.5 Disposition

Enligt Håkan Andersson bör arbetet med disposition av en text ses som ”en uppbygglig och smått gudomlig skapelseakt”.²² Argument bakom hans påstående är att arkitektens vision av byggnaden är en mer kreativ akt än murarens hopfogande av blocken. Även om arbetet med textens disposition varit uppbygglig skulle jag definitivt inte gå så långt att jag påstår att slutresultatet är gudomligt. I en uppsats som rör flera olika ämnesområden som alla ropar efter att få presenteras samtidigt är det emellertid nödvändigt att välja i vilken turordning som läsaren skall presenteras för olika de olika aspekterna.

Det valet är extra märkbart i kapitel 2 där jag, trots uppsatsen övergripande processrättsliga karaktär, har valt att börja med att presentera forumregelns skadeståndsrättsliga bakgrund för att därefter placera den i ett processrättsligt sammanhang. I kapitlet presenterar jag även *Francoich*-kriterierna, som utgör den EU-rättsliga normen om statens skadeståndsansvar för överträdelse av EU-rätten, samt de krav som EU-rätten ställer på svensk processrätt. Därefter följer en genomgång av hur forumregeln har tillämpats i HD:s praxis.

I kapitel 3 går jag närmare in på hur forumregeln förhåller sig till principen om res judicata och vilka effekter principen får på kärandens möjlighet att väcka en andra skadeståndstalan. I kapitel 4 undersöker jag hur forumregeln förhåller sig till EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet, och i kapitel 5 diskuterar jag hur svenska domstolar kan hantera dessa krav. Därefter går jag i kapitel 6 igenom de valmöjligheter som står lagstiftaren till buds.

Samtliga de ovanstående kapitlen avslutas med en kort sammanfattning av de slutsatser som jag kommit fram till i respektive kapitel. Denna sammanfattning fungerar sedan som utgångspunkt för det därefter följande kapitlet. Min förhoppning är att den tekniken skall ge läsaren en röd tråd som knyter ihop uppsatsens olika delar. Det får emellertid också den effekten att jag i det avslutande avsnittet, kapitel 7, inte återigen kommer att upprepa samtliga slutsatser. Jag kommer i kapitel 7 istället att fokusera på att lyfta de viktigaste slutsatserna till en högre nivå och försöka placera in dem i ett större sammanhang.

²² Andersson, *Konsten att rättsvetenskapa*, s. 27

2 RÄTTSLIG BAKGRUND

2.1 Kort om forumregeln

Innan jag går in på de skadeståndsrättsliga, processrättsliga och EU-rättsliga aspekterna av forumregeln kan det vara på sin plats med en kort genomgång av vad bestämmelsen egentligen innebär. Regeln har följande ordalydelse.

Talan om ersättning enligt 2 § med anledning av dom eller beslut av Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, hovrätt eller allmän underrätt väcks vid den domstol som enligt 2 kap. 2 § eller 3 kap. 3 § rättegångsbalken är behörig att ta upp där angivna mål på grund av brott av domare vid den domstol som meddelat domen eller beslutet. Motsvarande gäller i fråga om ersättningstalan enligt 2 § med anledning av beslut eller åtgärd av någon som anges i nämnda lagrum i rättegångsbalken. Sådan talan med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen väcks i Högsta domstolen.²³

Paragrafen är tvådelad, och innehåller två olika forumregler. Den första meningen innebär att en talan om ersättning enligt SkL 3:2 med anledning av dom eller beslut av HD eller Högsta förvaltningsdomstolen, eller av någon av hovrätterna eller tingsrätterna, skall väckas vid den domstol som enligt rättegångsbalkens regler är behörig att ta upp mål på grund av brott av domare vid den domstol som meddelat domen eller beslutet. Hänvisningen till RB 2:2 medför att hovrätt är första instans i mål om ansvar eller enskilt anspråk på grund av brott som begåtts i utövningen av tjänsten eller uppdraget av domare i en tingsrätt. Hänvisningen till RB 3:3 medför att HD är första instans i mål om ansvar eller enskilt anspråk på grund av brott som i utövningen av anställningen eller uppdraget begåtts av statsråd, justitieråd, någon av riksdagens ombudsmän, justitiekanslern, riksåklagaren, domare eller generaladvokat i EU-domstolen (eller den som utövar något av dessa ämbeten) eller av hovrättsdomare eller justitiesekreterare i HD

Enligt andra meningen i SkL 3:10 skall motsvarande gälla för ersättningsanspråk enligt SkL 3:2 som grundas på beslut eller åtgärd av någon av de personer som räknas upp i de nämnda lagrummen i rättegångsbalken. Enligt tredje meningen i SkL 3:10 skall en ”sådan talan”, vilket alltså syftar på en ersättningstalan enligt SkL 3:2, med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen väckas i HD. Tredje meningen utökar således tillämpningsområdet för RB 3:3 till att, vad gäller just ersättningsanspråk, omfatta även regeringen och riksdagen. Det är denna tredje mening i SkL 3:10 som uppsatsen kommer att fokusera på. Jag kommer således inte närmare att gå in på skadeståndstalan på grund av dom eller beslut av HD, Högsta förvaltningsdomstolen, hovrätt eller allmän underrätt (första meningen), och inte heller på skadeståndstalan med anledning av beslut åtgärd av statsråd, justitieråd, någon av riksdagens ombudsmän, justitiekanslern, riksåklagaren, domare eller generaladvokat i EU-domstolen (eller den som utövar något av dessa ämbeten) eller av hovrättsdomare eller justitiesekreterare i HD (andra meningen).

2.2 Skadeståndsrättslig bakgrund

Eftersom forumregeln i SkL 3:10 endast gäller skadeståndsanspråk enligt SkL 3:2 kommer jag inledningsvis att redogöra för SkL 3:2. Fokus kommer att ligga på en skadeståndstalan med anledning av ett normbeslut.

²³ Sedan den 1 januari 2011, när Regeringsrätten bytte namn till Högsta förvaltningsdomstolen och de tidigare regeringsråden och regeringsrättssekreterarna bytte titel till justitieråd respektive justitiesekreterare, refererar paragrafen till ”Högsta förvaltningsdomstolen” istället för ”Regeringsrätten”. I uppsatsen kommer jag genomgående att använda den nyare terminologin.

2.2.1 Det allmännas ansvar – om skadeståndsgrunderna i SkL 3:2

Vid tiden före 1972 års skadeståndslag fanns det visserligen en del speciallagstiftning om ersättning från det allmänna för vissa speciella skadesituationer, men det fanns inte någon generell lagstiftning om statens, kommunernas eller andra offentligt rättsliga subjekts skadeståndsansvar vid myndighetsutövning.²⁴ Anledningen till denna tingens ordning var att det i Sverige, precis som i många andra länder, länge ansågs strida mot statens suveränitet att tillåta att staten skadeståndsvägen skulle kunna ställas till ansvar för sina handlingar. Slagordsmässigt sammanfattas denna äldre ordning ofta med sentensen ”the king can do no wrong”.²⁵ När den nuvarande skadeståndslagen infördes år 1972 var en av de viktigaste reformerna således införandet av generella regler om skadeståndsansvar för stat och kommun mot enskilda vid skador orsakade genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning.²⁶

Genom bestämmelsen i SkL 3:2 ålades det allmänna inte bara ansvar för person- och saksador utan också för rena förmögenhetsskador.²⁷ För att en skadegörande handling från det allmänna ska hamna inom tillämpningsområdet för SkL 3:2 krävs emellertid att det rör sig om myndighetsutövning.²⁸ Jag kommer inte här att närmare gå igenom olika typsituationer som faller inom begreppet myndighetsutövning,²⁹ utan istället direkt gå in på den typ av myndighetsutövning som uppsatsen är inriktad på, nämligen normbeslut.

Frågan om normgivning kan utgöra myndighetsutövning i skadeståndslagens mening och om det allmänna därmed kan bli skadeståndsskyldig för fel eller försummelse vid lagstiftningsarbetet diskuteras inte uttryckligen i förarbetena till skadeståndslagen och har inte heller behandlats speciellt ingående i doktrinen. Rösterna inom doktrinen var dessutom länge oeniga i frågan.³⁰ Frågan om ett av regeringens normbeslut utgjort myndighetsutövning kom dock upp till prövning i NJA 2001 s. 210, det så kallade gränsälvskommissionsfallet. Bakgrunden var att regeringen i strid med regeringsformens krav på riksdagsbeslut hade överlåtit vissa befogenheter till den mellanstatliga finsk-svenska gränsälvskommissionen. Efter att HD i en tidigare dom³¹ fastslagit att normbeslutet var grundlagsstridigt väckte några fiskare en skadeståndstalan mot staten. HD påpekade då att även om normbeslut inte diskuteras uttryckligen i förarbetena till skadeståndslagen ger förarbetena vissa exempel på myndighetsutövning som kan anses vara av normbeslutskaraktär, såsom beslut om avstängning av väg eller gata för viss trafik och, på sjöfartens område, beslut om föreskrift som meddelas med stöd av sjötrafikförordningen eller sjötrafikkungörelsen.³² Mot denna bakgrund kom HD fram till att normbeslut inte är undantagna från tillämpningsområdet för SkL 3:2, trots att regering-

²⁴ Prop. 1972:5 s. 243.

²⁵ SOU 2010:87 s. 76.

²⁶ Se Kleineman, JT 2008/09, s. 549 f.

²⁷ Det innebär att det allmänna ansvar vid myndighetsutövning går utöver det allmänna principalansvar enligt SkL 3:1. För att ren förmögenhetsskada skall ersättas enligt SkL 3:1 krävs nämligen att den anställdes felaktiga handling är brottsligt.

²⁸ Begreppet myndighetsutövning används inom flera rättsområden, men inte alltid i samma betydelse som i skadeståndslagen, se SOU 2010:87 s. 77. I skadeståndslagens mening innebär myndighetsutövning beslut och åtgärder från det allmänna sida som har rättsverkningar för den enskilde och som ytterst är ett uttryck för samhällets rätt att utöva makt över sina medborgare. Det rör sig alltså om beslut eller åtgärder som kommer till och får rättsverkningar mot den enskilde i kraft av offentligt rättsliga regler, inte på grund av avtal eller andra regler inom privaträttens område, se prop. 1972:5 s. 311 f. och s. 498 f.

²⁹ För en genomgång av olika typer av myndighetsutövning i skadeståndslagens mening hänvisas läsaren till SOU 2010:87 s. 78 f.

³⁰ Se Bengtsson, Det allmänna ansvar enligt skadeståndslagen, s. 131 f., Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, s. 377 ff. och Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, s. 68 ff. Jmf. dock Bramstäng, Legalitet och objektivitet inom förvaltningsrätten i belysning av tio utlåtanden, s. 86 ff. samt Andersson, Remedies, s. 209.

³¹ NJA 1996 s. 370.

³² Se prop. 1972:5 s. 499.

ens felaktiga bemyndigande inte ansågs medföra några omedelbara rättsverkningar för de enskilda kärandena i målet. Staten ansågs därför ersättningskyldig gentemot kärandena för den skada de kunde ha lidit till följd av regeringsbeslutet.³³ Normbeslut anses alltså idag utgöra en form av myndighetsutövning och fel eller försummelse därvid kan leda till ett skadeståndsansvar för det allmänna,³⁴ dock med begränsningen att normbeslutet måste vara ändrat eller upphävt (se nedan).

Det är viktigt att komma ihåg att bestämmelsen i SkL 3:2, precis som skadeståndslagen i övrigt, utgår från ett ansvar grundat på vållande, vilket i lagtexten uttrycks som ett krav på fel eller försummelse. Detta gäller såväl vid ansvar för normbeslut som för andra typer av myndighetsutövning. När det gäller normbeslut består felet eller försummelsen emellertid oftast av att lagstiftaren på något sätt överskridit sin kompetens eller handlat i strid mot en överordnad norm. Det innebär att kopplingen till grundlagarna är relativt stark inom denna del av skadeståndsrätten.

2.2.2 En konstitutionell bromskloss – om kopplingen till SkL 3:7

För att balansera nyheten att det allmänna skulle kunna hållas ansvarigt för fel eller försummelse vid myndighetsutövning infördes redan vid skadeståndslagens tillkomst en del undantagsregler från ansvaret i SkL 3:2. Forumregeln är en av reglerna som syftar till att dämpa effekterna av det allmänna skadeståndsansvar, men i den så kallade talförbudsregeln i SkL 3:7 finns en annan begränsning som, i alla fall i teorin,³⁵ är mycket relevant för skadeståndsanspråk mot det allmänna. Det gäller inte minst när den skadegörande handlingen består av ett normbeslut.

I SkL 3:7 st. 1 stipuleras att en talan om ersättning enligt SkL 3:2 inte får föras med anledning av beslut av riksdagen, regeringen, HD eller Högsta förvaltningsdomstolen, om beslutet inte har upphävts eller ändrats.³⁶ Bestämmelsen i SkL 3:7 är därmed en av de få regler i svensk rätt som säger att en talan över huvud taget inte får föras beträffande ett påstått rättsförhållande.³⁷ Vad gäller beslut av riksdagen eller regeringen är det närmast konstitutionella skäl som ligger till grund för bestämmelsen. Införandet av ett generellt skadeståndsansvar för det allmänna utgjorde som ovan nämnts en kursomläggning från den svenska lagstiftarens sida, och den betraktades med en rejäl dos skepsis av de

³³ Talan ogillades dock slutligen i NJA 2010 s. 8 eftersom den kärande som begärt skadestånd inte kunde visa att han faktiskt lidit sådan skada som talan avsåg.

³⁴ En del har framfört åsikten att även *underlåtenhet* att lagstifta kan betraktas som myndighetsutövning, se Lambert, Essays on Tort, s. 700 f.

³⁵ Se SOU 1997:194 s. 145 där det hävdas att regeln i praktiken har haft ringa betydelse och sällan kommit att tillämpas.

³⁶ Som tidigare konstaterats nämns inte normgivningsfel uttryckligen i förarbetena som en typ av myndighetsutövning som kan hamna inom tillämpningsområdet för SkL 3:2. Förarbetena går därmed inte heller in på under vilka omständigheter ett normbeslut kan anses upphävt eller ändrat i den mening som avses i SkL 3:7. Det går emellertid att konstatera att författningar som upphävts eller ändrats genom ett beslut av riksdagen eller regeringen definitivt borde hamna inom paragrafens tillämpningsområde. Om en viss författning i en tidigare process med stöd av RF 11:14 har underkänts av en domstol såsom grundlagsstridig är kravet i SkL 3:7 också uppfyllt, se exempelvis NJA 2000 s. 637, ett av rättsfallen rörande den finsk-svenska gränsälvscommissionen. HD ogillade i fallet JK:s yrkande om att målet skulle avvisas med hänvisning till SkL 3:7 på grund av att den aktuella förordningen inte formellt upphävts eller ändrats. HD påpekade att eftersom den relevanta delen av förordningen i en tidigare dom med stöd av RF 11:14 underkänts av HD som grundlagsstridig utgjorde bestämmelsen i SkL 3:7 inte något hinder för att ta upp käromålet. I och med att uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 avskaffades den 1 januari 2011 kan fler normer i framtiden komma att uppfylla kravet i SkL 3:7 på att vara ändrade eller upphävda.

³⁷ Fitger, Rättegångsbalken, s. 13:10y. Att talan inte får föras innebär att bestämmelsen utgör ett processhinder som skall beaktas ex officio av domstolen; en talan som väckts utan att uppfylla paragrafens krav skall således avvisas. Regelns processuella natur innebär att staten *materiellt* sett skulle kunna vara skadeståndsskyldig på grund av ett fel begånget av regeringen eller riksdagen. Den som anser sig drabbad av statens eventuella fel kan således fortfarande framställa ett skadeståndsanspråk hos JK och JK kan fortfarande – om anspråket är berättigat – reglera skadan. Talförbudet hindrar alltså endast att anspråket prövas i *domstol*, se Bengtsson, Skadeståndsansvar vid myndighetsutövning II, s. 157. JK verkar emellertid inte tillämpa bestämmelsen på det sättet, se Södergren, Vem dömer i gräzonen?, s. 81 f.

ekonomiskt ansvariga på det allmännas sida. Enligt Bengtsson var det endast med viss möda som Justitiedepartementet lyckades övertyga Finansdepartementet om att konsekvenserna av lagen inte skulle bli alltför katastrofala.³⁸ Undantagsbestämmelserna från SkL 3:2 bör ses mot bakgrund av denna oenighet inom Regeringskansliet.

Taleförbudsregeln har genom åren kritiserats,³⁹ och det är inte självklart hur SkL 3:7 skall tillämpas om en av riksdagen eller regeringen beslutad författning underkänns av Europadomstolen eller EU-domstolen.⁴⁰ Bengtsson och Strömbäck menar att om den svenska normen underkänts av Europadomstolen eller EU-domstolen skall den rimligen anses upphävd eller ändrad och att taleförbudet därför inte bör utgöra ett hinder för en skadeståndstalan.⁴¹ Som jag kommer att visa nedan anses frågan emellertid vara av mindre betydelse i unionsrättsliga sammanhang då skadeståndsanspråk på EU-rättslig grund inte anses utgöra en talan enligt SkL 3:2 och därför inte heller omfattas av taleförbudet.

2.3 Processrättslig bakgrund

2.3.1 Forumregelns ursprung

Forumregeln i skadeståndslagen utgör, trots sin tillkomst på 1970-talet, ett uttryck för den gamla principen om forum privilegiatum, enligt vilken tilltalade i vissa brottmål skall prövas i en högre instans än normalt. Principen har sina rötter i en tid när de flesta högre ämbetsmän tillhörde adeln och genom sin börd var försäkrade privilegiet att dömas av sina likar, varför det var nödvändigt att inrätta processuella särregler för adelsmännen också i deras roll som ämbetsmän.⁴² Även kompetens- och effektivitetsskäl ansågs emellertid tala för att komplicerade mål eller mål som av andra anledningar krävde särskild kompetens skulle handläggas av hovrätt och HD som första instans.⁴³

I samband med skadeståndslagens tillkomst år 1972 ansåg departementschefen att forumregeln i SkL 3:10 var motiverad av hänsyn till instansordningen; det ansågs helt enkelt inte lämpligt att underdomstolarna, om än bara prejudiciellt, skulle kunna pröva huruvida HD gjort sig skyldig till fel eller försummelse. Det bör emellertid noteras att departementschefen inte ansåg att hänsyn till instansordningen var något egentligt hinder för att skadeståndsanspråk med anledning av Högsta förvaltningsdomstolen, regeringens eller riksdagens avgörande skulle kunna prövas i underrätt. Han ansåg dock att det vore naturligt att de högsta instanserna i detta sammanhang behandlades enligt samma regler, och menade att det under dessa förhållanden ”[knappast står] någon annan lösning till buds än att tillägga högsta domstolen behörighet att pröva ersättningsanspråk med anledning av dess egna, [Högsta förvaltningsdomstolens], regeringens eller riksdagens avgöranden.”⁴⁴ Anledningen till att skadeståndsanspråk grundade på fel eller försummelse i *regeringens* och *riksdagens* verksamhet skall prövas i HD är alltså att lagstiftaren ansåg det olämpligt att *HD:s* fel eller försummelse skulle prövas i underrätter och mot bakgrund av det ansågs det lämpligt med samma instansordning för samtliga aktuella aktörer.⁴⁵ Till

³⁸ Bengtsson, Festskrift till Fredrik Sterzel, s. 35.

³⁹ Se SOU 1997:194 s. 145 f., Westerberg, Svensk rätt i omvandling, s. 647 f. samt Kleineman, JT 1991/92, s. 91 f. Jmf. dock SOU 2010:87 s. 461 f. där utredningen kom fram till att taleförbudet inte behöver upphävas.

⁴⁰ Bengtsson och Strömbäck, Skadeståndslagen, s. 141.

⁴¹ Bengtsson och Strömbäck, Skadeståndslagen, s. 141. Jmf. dock Kleineman, SvJT 2003, s. 338.

⁴² Prop. 1965:146 s. 37.

⁴³ Lindberg, JT 2001/02, s. 335.

⁴⁴ Prop. 1972:5 s. 381.

⁴⁵ Vid talan enligt SkL 3:2 i andra fall än de ovan nämnda är de allmänna reglerna om forum i skadeståndsmål tillämpliga. Forumregeln i SkL 3:10 träder endast in när skadeståndstalan enligt SkL 3:2 grundar sig på agerandet från vissa, särskilt utpekade, aktörer. Vid en skadeståndstalan mot staten där en annan grund än ”fel eller försummelse vid myndighetsutövning” åberopas, exempelvis en talan enligt den allmänna culpa-regeln i SkL 2:1 eller en talan med stöd av bestämmelsen om arbetsgivarens principalansvar i SkL 3:1,

detta kom enligt departementschefen att regeringsformens bestämmelser om åtalsprövning inför riks rätt för tjänstefel av regeringsledamot eller regeringsråd kunde ses som ett uttryck för att frågor om fel eller försummelse i dessa instansers verksamhet borde prövas i särskild ordning, och i varje fall inte komma under de lägsta instansernas bedömande.⁴⁶

2.3.2 Forumregelns processrättsliga karaktär

Det faktum att HD är exklusivt forum för vissa typer av mål betyder att forumregeln i SkL 3:10, trots att själva skadeståndsmålet är dispositivt, är en indispositiv forumregel.⁴⁷ En talan som väcks i strid med en indispositiv forumregel skall rätten, närhelst felet upptäcks, avvisa helt eller delvis.⁴⁸ Att forumregeln skall beaktas ex officio innebär att i de fall svaranden inte framställer någon foruminvändning eller framställer sin invändning för sent har rätten ändå ett eget ansvar att pröva sin kompetens.⁴⁹

I många fall är domstolarnas officialprövning av forumfrågor begränsade till första instans. Enligt RB 10:19 skall hovrätten exempelvis inte avvisa en talan även om hovrätten upptäckt att talan väckts i fel tingsrätt i strid med forumregeln i RB 10:10. De skäl som anförs för att vissa mål skall handläggas vid en bestämd domstol anses nämligen inte vara av sådan vikt att de uppväger den olägenhet som följer om handläggningen måste upprepas.⁵⁰ Som framgår av slutorden i RB 10:19 gäller detta dock inte forumregler enligt vilka en talan omedelbart skall väckas i högre instans. Enligt Ekelöf är RB 10:19 en opraktisk bestämmelse som åstadkommit ”åtskilligt ohägn” i praxis.⁵¹ Ekelöf menar nämligen att lagstiftaren, med hänsyn till att regeln innebär att kåranden kan bli tvungen att betala rättegångskostnader för tre instanser för att *därefter* väcka en ny talan i rätt instans, har överskattat betydelsen av att ”*vartenda* mål handläggs av en domstol med den speciella sammansättning, som är avpassad för mål av ifrågavarande slag.”⁵²

2.4 EU-rättslig bakgrund

Som tidigare har konstaterats tillkom den nuvarande skadeståndslagen cirka tjugo år före Sveriges inträde i EU. Vid skadeståndslagens tillkomst fanns det alltså ingen anledning att reflektera över hur det allmännas skadeståndsskyldighet enligt EU-rätten, eller för den delen Europakonventionen, var utformat. Men eftersom EU-anslutningen har inneburit en väsentlig vidgning av det allmännas skadeståndsansvar⁵³ finns det idag betydligt större anledning att reflektera över skillnaderna mellan den svenska skadeståndsrättsliga regleringen och de EU-rättsliga skadeståndsprinciperna. För att förstå hur forumregeln i SkL 3:10 korresponderar med den EU-rättsliga skadeståndsrätten kommer jag först att göra en kort genomgång av den senare. Jag kommer därefter att gå in på hur den EU-rättsliga regleringen ser ut på processrättens område.

tillämpas inte forumregeln. Talan med anledning av sådana anspråk skall istället, i enlighet med de allmänna forumreglerna i RB 10 kap., väckas vid tingsrätt. I sådana fall gäller enligt RB 10:2 att rätt forum för staten är tingsrätten för den ort där myndigheten som har att bevaka talan i målet har sitt säte. Rätt forum för kommunen är enligt RB 10:1 st. 3 den tingsrätt som kommunen lyder under. För såväl staten som kommunerna gäller att talan, i enlighet med RB 10:8, istället kan väckas vid tingsrätten i den ort där den skadevällande handlingen företogs eller där skadan uppkom.

⁴⁶ Se prop. 1972:5 s. 381. Detta argument påverkas inte av att regeringsformen reformerades bara några år efter skadeståndslagens tillkomst, se åtalsregeln i nuvarande RF 13:3.

⁴⁷ Ekelöf, Rättegång II, s. 24.

⁴⁸ Se NJA 1986 s. 257.

⁴⁹ Se Gärde m.fl., Nya rättegångsbalken, s. 96. Om svaranden, det vill säga staten, framställer sin invändning för sent betyder det endast att staten inte särskilt kan överklaga om domstolen inte skulle godta invändningen, se RB 34:2.

⁵⁰ Ekelöf, Rättegång II, s. 41 f.

⁵¹ Ekelöf, Rättegång II, s. 42.

⁵² Ekelöf, Rättegång II, s. 42. Kursivering i original.

⁵³ Lambertz, JT 2004/05, s. 23.

2.4.1 EU-rätten och medlemsstaternas skadeståndsansvar

EU:s grundfördrag innehåller inte någon bestämmelse om medlemsstaternas skadeståndsansvar vid överträdelse av EU-rätten.⁵⁴ Som så många andra av EU-rättens egenheter är konceptet istället framarbetat av unionens domstol. Det var i *Francoovich*-fallet som EU-domstolen första gången slog fast att medlemsstaterna ansvarar för skada som drabbar enskilda på grund av att staten gjort sig skyldig till en överträdelse av EU-rätten.⁵⁵ Skadeståndsansvaret preciserades i det efterföljande avgörandet i de förenade målen *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame III*.⁵⁶

EU-domstolens lanserande av skadeståndsansvar för medlemsstaterna vid överträdelse av EU-rätten förstås bäst i ljuset av EU-domstolens tidigare avgöranden där principen om EU-rättens företräde, principen om direkt effekt samt principen om fördrags- och direktivkonform tolkning etablerades. Dessa avgöranden syftade som bekant till att försäkra EU-rättens fulla genomslag i medlemsstaterna och skadestånd utgör således endast ett av flera verktyg som kan användas om nationella normer strider mot EU-rätten.⁵⁷ Men eftersom direktivs direkta effekt inte kan åberopas av enskilda i horisontella förhållanden⁵⁸ och eftersom direktiv, även om förhållandet är vertikalt, kan sakna tillräcklig precision för att ges direkt effekt,⁵⁹ utgör möjligheten att väcka en skadeståndstalan en mycket viktig beståndsdel i det rättsmedelsbygge som EU-domstolen skapat.⁶⁰

I *Francoovich* samt *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame III* ställde EU-domstolen upp tre krav⁶¹ som domstolen ansåg nödvändiga och tillräckliga för att en medlemsstat skall vara skadeståndsskyldig för överträdelser av unionsrätten.⁶² För det första måste den EU-

⁵⁴ Det är viktigt att komma ihåg att såväl EU-rätten som svensk rätt innehåller andra regler om det allmännas skadeståndsskyldighet än de som här behandlas. Det utomobligatoriska skadeståndsansvaret för unionens institutioner regleras, som tidigare nämnts, i FEUF art. 340. Inom svensk rätt finns det ett antal lagar, utöver skadeståndslagen, som innehåller bestämmelser om det allmännas skadeståndsansvar på vissa speciella områden. Sveriges medlemskap i EU har även inneburit att lagar som syftar till att implementera EU-rättsliga direktiv kan innehålla skadeståndsregler som ålägger det allmänna ett skadeståndsansvar som sträcker sig längre än det i SkL 3:2. Ett exempel är bestämmelserna om skadeståndsansvar för upphandlande myndigheter i LOU 16:20-21. När det finns en speciell skadeståndsregel av den här typen används den förstås istället för SkL 3:2. Det skadeståndsansvar som medlemsstaterna ålagts genom domstolens avgörande i *Francoovich* är emellertid ett generellt ansvar som kan uppkomma oberoende av rättsområde. Detta EU-rättsliga skadeståndsansvar motsvaras således i svensk rätt bäst av det allmännas skadeståndsansvar enligt SkL 3:2, se SOU 1997:194 s. 126.

⁵⁵ C-6/90 och 9/90 *Francoovich*.

⁵⁶ C-46/93 och 48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

⁵⁷ Se Andersson, Remedies, s. 209.

⁵⁸ C-91/92 *Faccini Dori*.

⁵⁹ Se Andersson, Remedies, s. 209.

⁶⁰ Skadeståndsinstitutets betydelse tydliggjordes i C-432/05, det så kallade *Unibet*-målet (se även NJA 2005 s. 764 som består av underinstansernas domar och HD:s begäran om ett förhandsavgörande samt NJA 2007 s. 718 som utgör HD:s avgörande efter EU-domstolens dom). Målet rörde i korthet Unibets möjlighet om att genom en fastställsetalan få fastställt att det svenska spelmonopolet stred mot EU-rättens regler om fri rörlighet för tjänster. Talan rörde sig således i gränslandet till institutet abstrakt normprövning, ett institut som inte erkänns i Sverige. EU-domstolen förklarade i sitt förhandsavgörande att Unibet inte skulle vara tillförsäkrat ett effektivt rättsskydd om den enda möjlighet att få till stånd en prövning av monopolet vore en så kallad "euro defence-talan". EU-domstolen kom emellertid fram till att Unibets krav på effektivt rättsskydd var tillgodosett genom möjligheten för bolaget att föra en prejudiciell talan i form av en fastställsetalan på skadeståndsrättslig grund.

⁶¹ Precis som van Gerven har påpekat finns det dessutom ett fjärde krav: käranden måste faktiskt *ha lidit* en skada, se van Gerven, ICLQ 1996, s. 526. Jmf. i en svensk kontext ovan nämnda NJA 2010 s. 8 där käranden i en tidigare dom fått fastslaget att staten var skadeståndsskyldig för sådana skador som kunde ha uppstått, men i den senare domen fick sin faktiska skadeståndstalan ogillad eftersom HD inte ansåg att han lidit någon skada.

⁶² De tre villkoren uppställdes egentligen redan i *Francoovich*-fallet men det andra kravet angavs då inte uttryckligen. Det berodde på att överträdelsen i *Francoovich* bestod av att Italien överhuvudtaget inte genomfört direktivet, och icke-implementering anses *alltid* tillräckligt allvarlig. Det första villkoret var i *Francoovich* dessutom kompletterat med att innebörden av den aktuella rättigheten skulle kunna utläsas av direktivets bestämmelser. Det till trots är det dessa tre krav som jag avser när jag hänvisar till "Francoovich-kriterierna".

rättsliga regel som har överträtts vara avsedd att skapa rättigheter för enskilda. För det andra måste överträdelsen vara tillräckligt allvarlig. För det tredje måste det finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den uppkomna skadan. Själva skadeståndsbedömningen skall göras enligt inhemsk skadeståndsrätt, men den inhemska rätten måste leva upp till specifika EU-rättsliga krav. Medlemsstaternas skadeståndsansvar för uppkomna skador kan inträda vid flera typer av överträdelser från statens sida,⁶³ men jag kommer i det följande att fokusera på överträdelser som består av att regeringen eller riksdagen i sin normgivning har beslutat om en nationell regel som strider mot någon bestämmelse i fördragen eller sekundärrätten.⁶⁴

EU-domstolen slog redan i fallet *Brasserie du Pêcheur* fast att medlemsstaternas skadeståndsskyldighet även omfattar handlingar eller underlåtenhet från den nationella lagstiftarens sida. Domstolen betonade att skyldigheten att ersätta skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EU-rätten inte kan vara beroende av nationella regler om kompetensfördelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, med hänsyn till det grundläggande kravet i EU-rätten på att EU-rätten måste tillämpas enhetligt.⁶⁵ Domstolen påpekade även att en stat vars ansvar görs gällande vid överträdelse av en internationell förpliktelse enligt internationell rätt betraktas som en enhet, vare sig den överträdelse som är orsak till skadan kan tillskrivas den lagstiftande, den dömande eller den verkställande makten.⁶⁶ Enligt domstolen måste det i än högre grad förhålla sig på detta sätt i EU:s rättsordning, eftersom det åligger alla statens organ, inklusive den lagstiftande makten, att vid fullgörandet av sina uppgifter följa de normer som föreskrivs i unionsrätten och i vilka enskildas förhållanden direkt kan regleras.⁶⁷ Medlemsstaterna behöver emellertid inte ändra kompetensfördelningen och ansvarsfördelningen mellan de offentliga organen inom staten.⁶⁸

EU-rätten har tillsammans med Europakonventionen förändrat svensk skadeståndsrätt.⁶⁹ Den har gjort det vanligt, och ofta gångbart, för enskilda att begära skadestånd av staten på grund av lagstiftningsfel. Skadestånd har bland annat utbetalats med anledning av att den svenska lagstiftaren i strid med EU-rätten har nekat att utbetala lönegaranti, har genomfört olagliga krav på avgaster av bilar och har förbjudit import av dieselolja från ett en annan medlemsstat.⁷⁰ EU-rätten innehåller inte heller någon motsvarighet till den svenska bestämmelsen i SkL 3:7 om att talan om skadestånd med anledning av ett normbeslut av regeringen eller riksdagen inte får föras om beslutet inte har ändrats eller upphävts. Den enskilde som åberopar att staten brutit mot sina EU-rättsliga förpliktelser befinner sig således i en mer gynnsam position än den enskilde som grundar sin talan endast på svenska rätt.

⁶³ EU-domstolen ger som bekant begreppet ”staten” en tämligen vid innebörd, se exempelvis C-188/89 *Foster*.

⁶⁴ Se exempelvis C-271/91 *Marshall II* om skadeståndsansvar när en nationell föreskrift inte är förenlig med ett direktiv samt C-46/93 och 48/93 *Brasserie du Pêcheur* om skadeståndsansvar när en nationell lag inte är förenligt med bestämmelserna i fördraget.

⁶⁵ C-46/93 och 48/93 *Brasserie du Pêcheur* p. 33.

⁶⁶ Se exempelvis ILC:s Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts (2001), art. 4(1): ”The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.”

⁶⁷ C-46/93 och 48/93 *Brasserie du Pêcheur* p. 34. Se även p. 38 i generaladvokatens förslag till avgörande i *Brasserie du Pêcheur*.

⁶⁸ Bergström, ERT 2008, s. 999.

⁶⁹ Även om Europakonventions inverkan på svensk skadeståndsrätt faller utanför uppsatsen primära frågeställningar kan det vara på sin plats att påpeka att ideellt skadestånd i dagsläget kan beviljas direkt på grundval av Europakonventionen och utan stöd i skadeståndslagen, se NJA 2005 s. 462 samt SOU 2010:87.

⁷⁰ Lambertz, Essays on Tort, s. 696.

2.4.2 EU-rätten och processrätten

EU har ingen egen processrätt.⁷¹ I avsaknad av unionsrättslig reglering skall varje medlemsstat därför tillämpa sin egen processordning, oavsett om den aktuella talan är sprungen av unionsrätten eller ur den nationella rätten. Vid en talan om ersättning i enlighet med *Francovich*-kriterierna är det alltså, som utgångspunkt, svensk skadeståndsrätt och svensk processrätt som tillämpas.⁷² Det är detta som brukar beskrivas som principen om medlemsstaternas processuella autonomi.⁷³

EU-domstolen har emellertid i sin praxis etablerat två principer som kan sägas utgöra gränserna för den nationella processuella autonomi.⁷⁴ Den första, och mest uppmärksammade av de två, är *effektivitetsprincipen*, som i korthet innebär att de nationella regler och procedurer som föreskrivs i en medlemsstat inte får innebära att det i praktiken är omöjligt för enskilda att utkräva sina EU-rättsliga rättigheter. EU-domstolen har i sin praxis tillåtit effektivitetsprincipen att byta skepnad vid ett flertal tillfällen, så det är inte helt klart hur den kommer att tillämpas i framtida fall.⁷⁵ Kravet på att rättigheter skall vara effektiva och gå att genomdriva ligger emellertid helt i linje med EU-rättens tendens att betona enskilda fysiska och juridiska personers rättssäkerhet och, framför allt, deras möjlighet att själv föra sin sak till prövning i domstol. EU-rättens synsätt var länge främmande för den svenska rätten, som traditionellt sett har prioriterat statliga kontroll- och tillsynsorgan framför ”egenåtgärder” och privatiserad bevakning via processer förda av enskilda medlemmar och deras intresseorganisationer.⁷⁶

Den andra principen är *likvärdighetsprincipen*, som innebär att de rättsmedel och talformer som gäller för ett rättsligt anspråk grundat på unionsrätten inte får vara mindre förmånliga än de regler som gäller för ett jämförbart anspråk grundat på nationell rätt. Likvärdighetsprincipen har tidigare inte fått lika mycket uppmärksamhet som effektivitetsprincipen, men har under senare år lyfts fram mer och mer.⁷⁷ För att bedöma om det nationella anspråket är tillräckligt likt det EU-rättsliga anspråket för att kunna användas som jämförelseobjekt har EU-domstolen föreslagit att anspråkens respektive föremål och väsentliga beståndsdelar jämförs.⁷⁸ Det nationella anspråket får dock inte utgöras av en bestämmelse som syftar till att implementera den EU-rättsliga bestämmelsen.⁷⁹

⁷¹ Det finns dock förespråkare för en gemensam europeisk processrätt. Se exempelvis Lindblom, SvJT 1996, s. 793 f. med hänvisningar.

⁷² Anledningen till att det är svensk skadeståndsrätt som skall tillämpas är att EU-rätten, till skillnad från svensk rätt, behandlar skadeståndsrätten som en del av processrätten. Skadeståndsrätten faller därför under den nationella processuella autonomi och en eventuell skadeståndsberäkning kommer således att ge i enlighet med svenska regler.

⁷³ Craig och de Búrca föreslår att man istället för termen ”nationell processuell autonomi” talar om ”processuell kompetens” eller ”huvudsakligt nationell processuellt ansvar”, se Craig och de Búrca, EU Law, s. 307. Även van Gerven föredrar termen ”processuell kompetens”, se van Gerven, CML Rev 2000, s. 502.

⁷⁴ Principerna etablerades genom mål 33/76 *Rewe* p. 5, och mål 45/76 *Comet* p. 13 och 16. Andersson har för svensk doktrins räkning lanserat ”rättsskyddsprincipen” som ett samlingsnamn för de två principerna, se Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 71.

⁷⁵ Se Craig och de Búrca, EU Law, s. 309 ff. samt Andersson, Remedies, s. 207 f.

⁷⁶ Lindblom, Europagemenskap och rättsvetenskap, s. 129.

⁷⁷ Se Craig och de Búrca, EU Law, s. 326, Dougan, The Evolution of EU law, s. 422 samt Wallerman, ERT 2011, s. 95. En anledning till att likvärdighetsprincipen inte fått lika mycket utrymme kan förstås vara att den ansetts vara relativt lättillämpad. Problemet kan visserligen uppstå om den inhemska rätten inte erkänner anspråk av ”liknande natur”, det vill säga om det inte finns något att likabehandla. Sådana luckor finns i de flesta medlemsstaters rättsordningar, men det verkar inte ha lett till alltför stora tillämpningsproblem. Tvärtom har de allra flesta anspråk med EU-rättslig bakgrund en motsvarighet på nationell nivå, se Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 116.

⁷⁸ Se bl.a. C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 35-36 samt C-78/98 *Preston* p. 49.

⁷⁹ Se C-326/96 *Levez*, p. 47 där EU-domstolen slog fast att Storbritannien i en jämförelse med en talan grundad direkt på de EU-rättsliga bestämmelserna om könsdiskriminering inte kunde använda anspråk grundade på den lag som implementerade de aktuella EU-rättsliga bestämmelserna; de två anspråken rörde ju samma bestämmelser.

Effektivitets- och likvärdighetsprinciperna är kumulativa, vilket innebär att ett enskilt anspråk både skall vara genomdrivbart och likabehandlas.⁸⁰ Kravet på att medlemsstaternas processordning skall vara utformad på ett sätt som säkerställer EU-rättens effektiva genomslag i medlemsstaterna framgår egentligen redan av lojalitetsplikten i EUF art. 4(3), men i och med Lissabonfördraget har EU-domstolens fasta praxis avseende enskildas rätt till effektivt domstolsskydd kodifierats.⁸¹

2.5 Forumregeln i praxis

Det finns inga avgöranden från HD där forumregeln i SkL 3:10 har tillämpats på en talan där käranden åberopat EU-rättens skadeståndsprinciper. Det finns dock ett antal fall där HD behandlat forumregelns förhållande till Europakonventionen. Eftersom dessa fall kan fungera som riktmärken för hur forumregeln förhåller sig till unionsrättsliga anspråk, vilka ju precis som anspråk grundade på Europakonventionen faller utanför ansvarsgrunden i SkL 3:2, finns det anledning att undersöka dem närmare.

2.5.1 NJA 2003 s. 263

Käranden hade väckt talan vid Stockholms tingsrätt med yrkande om skadestånd på grund av fel eller försummelse i myndighetsutövning av Högsta förvaltningsdomstolen. Det var emellertid oklart om det var justitieråden i Högsta förvaltningsdomstolen eller en justitiesekreterare som gjort sig skyldig till fel eller försummelse.⁸² HD konstaterade att av forumregeln i SkL 3:10 jämförd med RB 3:3 följer att talan om ersättning enligt SkL 3:2 på grund av fel eller försummelse av justitieråd i Högsta förvaltningsdomstolen skall tas upp av HD och att fel eller försummelse av rättssekreterare i Högsta förvaltningsdomstolen inte omfattas av forumregeln, vilket i princip innebär att en sådan talan faller under allmänna forumregler och därför skall väckas vid allmän underrätt. HD konstaterade dock att en sådan tillämpning av forumregeln skulle leda till att det även efter ett slutligt avgörande måste avgöras huruvida ett fel skall tillräknas rättssekreteraren eller justitieråden och, vidare, att det även skulle uppstå problem när käranden åberopar skadeståndsskyldighet på grund av kumulerad eller anonym vårdslöshet. Med det angivna synsättet skulle resultatet antingen bli att sådana grunder för skadeståndsskyldigheten inte skulle kunna prövas alls eller också att HD gjorde sig behörig även till den del som annan än ett justitieråd medverkat, trots att domstolen inte skulle få ta ställning till om vederbörandes handlande ensamt var tillräckligt för skadeståndsskyldighet. Ingen av dessa lösningar kunde enligt HD anses godtagbar. HD ansåg därför att HD måste anses behörig att utan begränsning pröva frågan om skadeståndsskyldighet för staten när käromålet är utformat på ett sätt som gör att skadeståndsgrundande fel eller försummelse av justitieråd *kan komma* att prövas i målet.

⁸⁰ Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 119.

⁸¹ Se EU:s rättighetsstadga, som i och med Lissabonfördragets ikraftträdande fick status av EU-rättslig primärrätt, där art. 47(1) föreskriver att: "Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, med beaktande av de villkor som föreskrivs i denna artikel". Se även EUF art. 19(1) st. 2 där det föreskrivs att "Medlemsstaterna ska fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten." Angående den senare bestämmelsen vill jag uppmärksamma läsaren på Bernitz, Festskrift till Lars Heuman, s. 82. Bernitz påpekar i att den svenska översättning av artikeln är missvisande då den använder termen "överklagande" medan den engelska versionen talar om "remedies sufficient to ensure effective legal protection". Bernitz menar därför att den svenska översättningen bör ändras från "överklagande" till "effektivt rättsmedel".

⁸² I fallet talas det om "Regeringsrätt" och "regeringsråd". Eftersom Regeringsrätten efter den 1 januari 2011 går under namnet Högsta förvaltningsdomstolen och de tidigare regeringsråden benämns som justitieråd har jag använt den nyare, korrekta, terminologin.

2.5.2 NJA 2009 s. 862

Kärandena hade båda ägt fastigheter i Östtyskland och dessa fastigheter hade fråntagits dem genom expropriation. I fallet gjorde kärandena gällande att svenska staten genom att ingå ett avtal med Östtyskland på ett orättmätigt sätt – och dessutom på grund av fel eller försummelse – fråntagit kärandena deras möjlighet att själva framställa förmögenhetsrättsliga anspråk i det sedermera enade Tyskland, och att kärandena därför lidit skada. Staten bestred yrkandena men verkar inte ha åberopat forumregeln i SkL 3:10. Tingsrätten uppmärksammade inte heller ex officio forumregeln, trots att denna är obligatorisk, utan förklarade i en mellandom istället att det var *taleförbudet* i SkL 3:7 som gjorde att tingsrätten var förhindrad att ta upp talan. Kärandena överklagade mellandomen till hovrätten och också här verkar frågan ha avgjorts utan att forumregeln lyftes fram som ett rättegångshinder. Hovrätten ansåg istället, till skillnad från tingsrätten, att taleförbudet med hänsyn till Europakonventionen inte kunde upprätthållas. Staten överklagade hovrättens beslut och yrkade att HD skulle upphäva beslutet. HD meddelade prövningstillstånd i frågan om tingsrätten varit behörig att ta upp talan i målet.

Enligt HD skulle frågan om tingsrättens behörighet att pröva talan avgöras med utgångspunkt i hur parterna själva kvalificerat den åberopade grunden.⁸³ Eftersom kärandena hade klargjort att de förde en talan som grundades på ett påstående om att regeringen eller riksdagen gjort sig skyldig till fel eller försummelse vid myndighetsutövning föll deras talan inom ramarna för SkL 3:2. Forumregeln i SkL 3:10 var således tillämplig och talan skulle därför ha väckts i HD. HD betonade härvid att forumregeln enligt RB 10:17 st. 2 utgör ett rättegångshinder som rätten skall beakta oberoende av invändning av part.

HD förklarade även att det faktum att kärandena *förutom skadeståndslagen* grundade sin talan på EKMR art. 13 (regeln om tillgång till ett effektivt rättsmedel) inte innebar att deras talan i den delen kunde bli föremål för självständig prövning genom dom. HD:s uttalande i den senare frågan är något oklart eftersom det inte tydligt framgår om HD menade att den del av talan som grundades på EKMR art. 13 inte kunde prövas självständigt på grund av att EKMR art. 13 *inte gav stöd* för att principen om tillgång till effektiva rättsmedel innebar att taleförbudsregeln i SkL 3:7 måste åsidosättas eller om HD menade att EKMR art. 13 inte kunde prövas självständigt på grund av att det *inte går att dela upp* ett anspråk där såväl svenska som konventionsrättsliga regler åberopas. Den första förklaringen skulle innebära att HD utan att skriva mer än en mening om saken och utan att särskilt uppmärksamma frågan gjorde en materiell prövning av innebörden av EKMR art. 13. Det synes osannolikt. Den andra förklaringen skulle innebära att HD, återigen utan att särskilt uppmärksamma frågan eller motivera sitt ställningstagande, förklarade att en skadeståndstalan på grund av en påstådd skadegörandehändelse inte kan delas upp i olika grunder på grundval av kärandens rättsliga kvalificeringar. Detta alternativ framstår som något mer sannolikt.

2.5.3 NJA 2009 s. 873

I fallet återkom en av kärandena från NJA 2009 s. 862. Han väckte denna gång talan direkt i HD och begärde ersättning för ideell skada på grund av långsam handläggning av ett tvistemål som varit anhängigt såväl vid tingsrätt som i hovrätt och HD. I stämningsansökan åberopade han bestämmelsen i EKMR art. 6 om rätt till rättegång inom skäligt tid. Han hänvisade även till SkL 3:2. I sitt svar på statens avvisningsyrkande anförde käranden att han åberopade uppenbart felaktig rättstillämpning i strid mot skadeståndslagen såsom en självständig grund. Till stöd för att HD som första instans var behörig att pröva målet åberopade han forumregeln i SkL 3:10.

HD började med att konstatera att eftersom talan avsåg ersättning för ideell skada utan samband med personskada eller sakskada och eftersom käranden inte påstått att det

⁸³ HD hänvisade här till NJA 2004 s. 743 samt till Ekelöf, Rättegång II, s. 44.

förekommit något brott som skulle kunna föranleda ersättning var det inte fråga om en skadeståndstalan enligt SkL 3:2 och HD var därför med direkt tillämpning av forumregeln i SkL 3:10 inte behörig att som första instans pröva talan. HD fortsatte därefter med att påpeka att i fall där ideell skada på grund av långsam handläggning inte kan ersättas med stöd av skadeståndslagen skall sådan ersättning enligt praxis kunna dömas ut utan särskilt lagstöd, när så krävs för att Sverige skall uppfylla sina förpliktelser enligt Europakonventionen.⁸⁴ I sådana fall är det emellertid fråga om en särskild rätt till skadestånd som inte grundas på skadeståndslagen och bestämmelsen i SkL 3:10 är därför inte direkt tillämplig. HD diskuterade därefter om det finns skäl att tillämpa forumbestämmelsen analogt när talan förs om ersättning för ideell skada på grund av att rätten till rättegång inom skälig tid inte har respekterats. HD menade att skälen bakom principen om forum privilegiatum gör sig gällande även när talan förs om ideellt skadestånd för långsam handläggning, särskilt om fel eller försummelse vid myndighetsutövning åberopas. Eftersom det ofta kan vara så att mål av denna karaktär har handlagts i hovrätt, av HD eller av Högsta förvaltningsdomstolen skulle resultatet av en analog tillämpning av forumregeln emellertid bli att många av dessa mål skulle ha HD som första instans. Enligt HD var det inte någon lämplig lösning. Som stöd för detta anfördes att det både i den nyligen genomförda utredningen om skadestandsfrågor vid kränkning⁸⁵ och i underrättspraxis har antagits att en talan om ideellt skadestånd för långsam handläggning generellt skall väckas vid laga domstol för tvistemål i allmänhet. Därför finns det, menade HD, övervägande skäl mot en analog tillämpning av SkL 3:10.

HD påpekade att den omständigheten att käranden begärt ersättning även genom att hänvisa till felaktiga beslut som enligt hans mening bidragit till dröjsmålet inte kunde leda till någon annan bedömning så länge käranden inte gjort gällande att det under handläggningen hade begåtts några brott som kan föranleda ersättning för kränkning. Hade käranden gjort detta hade anspråket kunnat hamna inom tillämpningsområdet för SkL 3:2 varför HD hade kunnat vara rätt instans. Bedömningen hade enligt HD också kunnat bli en annan om käranden vid sidan av ersättning för ideell skada hade begärt ersättning för ekonomisk skada. Ersättning för den senare skadan faller ju inom tillämpningsområdet för SkL 3:2.

2.6 Sammanfattning

Forumregeln i SkL 3:10 stipulerar att HD är första instans när käranden åberopar skadestandsgrunden i SkL 3:2 och gör gällande att skadestandsansvaret beror på ett beslut av riksdagen eller regeringen. Enligt SkL 3:2, som är den paragraf som reglerar det allmännas generella skadestandsansvar, är staten skadeståndsskyldig för förmögenhets-skador som uppstått genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning. Normgivningsbeslut, det vill säga när regeringen eller riksdagen beslutar om att införa en lag eller förordning, räknas numera som myndighetsutövning. För att staten skall vara skadeståndsskyldig enligt skadestandsgrunden i SkL 3:2 krävs emellertid enligt taleförbudsregeln i SkL 3:7 att den omstridda lagen eller förordningen är upphävd. Om lagen eller förordningen inte är upphävd skall skadeståndstalan enligt SkL 3:2 avvisas.

Anledningen till att regeringen och riksdagen behandlas som sådana privilegierade aktörer är, i princip, att lagstiftaren vid skadeståndslagens tillkomst på 1970-talet ansåg att HD borde utgöra högsta instans för en skadeståndstalan för fel eller försummelse i HD, och att de högsta statliga organen borde behandlas lika i forumhänseende. Eftersom HD är exklusivt forum för en skadeståndstalan enligt SkL 3:2 är forumregeln indispositiv, vilket innebär att om käranden i strid med forumregeln väckt sin skadeståndstalan i tingsrätten har tingsrätten skyldighet att ex officio avvisa talan.

⁸⁴ HD hänvisade här till NJA 2005 s. 462.

⁸⁵ HD hänvisade här till Ds 2007:10 s. 71 och 76, en utredning som sedermera mynnade ut i det tidigare nämnda betänkandet SOU 2010:87.

En kärande som anser sig ha lidit skada på grund av statens överträdelse av EU-rätten kan åberopa de EU-rättsliga *Francovich*-kriterierna. Enligt dessa kriterier är staten skadeståndsansvarig för den uppkomna skadan under förutsättning att den EU-rättsliga regel som överträtts var avsedd att skapa rättigheter för enskilda, att överträdelsen var tillräckligt allvarlig och det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och skadan. Till skillnad från skadeståndsgrunden i SkL 3:2 ställs inget krav på vållande. För en *Francovich*-talan är det heller inte nödvändigt att den omstridda lagen eller förordningen är upphävd. Eftersom EU-rätten saknar en gemensam processrätt skall en talan enligt *Francovich*-kriterierna prövas utifrån nationella processregler. Den nationella processuella autonomi är emellertid begränsad av EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet och *Francovich*-talan får därför vare sig behandlas sämre än en motsvarande nationell talan eller behandlas på ett sätt som gör talan i praktiken blir omöjlig att genomföra.

Av HD:s praxis avseende forumregeln framgår att HD under vissa förutsättningar kan godkänna att en talan som inte "är enligt" SkL 3:2 prövas i HD som första instans.

3 FORUMREGELN OCH RÄTTSKRAFTSLÄRAN

3.1 Principen om res judicata

Eftersom forumregeln i SkL 3:10 endast skall tillämpas på en talan om ersättning enligt SkL 3:2 tillämpas den inte på ersättningsanspråk enligt *Francovicb*-kriterierna. Men vad innebär det att en talan ”är enligt” en viss rättsregel? Och kan en talan ”vara enligt” två rättsregler samtidigt? Det är dessa, något metafysiska, frågor som jag nu skall gå in närmare på. För att förstå vilken betydelse det har för rättskraftsinstitutet att en talan bygger på en viss regel är det emellertid nödvändigt att ta avstamp i rättskraftsläran och principen om res judicata. Det är endast genom förståelse för teorierna bakom dessa institut som det är möjligt att ta sig an frågan om rättsreglernas betydelse för talans identitet.

Civilprocessens regler om rättskraft är snåriga och ganska svåra att tillämpa. Till det kommer att även förhållandevis centrala frågor i mångt och mycket fortfarande är osäkra.⁸⁶ Men i korthet kan man säga att rättskraftsläran syftar till att se till att samma konkreta fråga inte prövas flera gånger, vare sig i parallella eller på varandra följande processer.⁸⁷ Ett av de instrument som skall förhindra att samma konkreta fråga prövas två gånger är principen om res judicata, som återfinns i RB 17:11 st. 3. Av stycket framgår att en fråga som är rättskraftigt avgjord inte får tas upp till ny prövning. Av första stycket i samma paragraf framgår att en lagakraftvunnen dom har rättskraft avseende den sak varom talan väckts. Även om res judicata regleras i tredje stycket finns det således en koppling mellan första och tredje stycket; för att en andra talan skall avvisas enligt regeln om res judicata krävs att ett första avgörande finns som passar in på kriterierna som ställs upp i första stycket. Det är också i första stycket som uttrycket ”samma sak” förekommer medan tredje stycket istället talar om ”fråga som sålunda avgjorts”. Man kan alltså säga att frågan om res judicata regleras medelbart av första stycket.

Eftersom principen om res judicata endast aktualiseras om de två processerna rör samma sak är det nödvändigt att inleda vandrigen i rättskraftsdjungeln med att undersöka hur uttrycket ”samma sak” i rättegångsbalken skall förstås.⁸⁸

3.1.1 Saken – om händelseförlopp och rättsföljder

Den svenska rättskraftsdebatten har sedan rättegångsbalkens tillkomst dominerats av Olivecronas och Ekelöfs rättskraftsteorier och det är därför i dessa giganters fotsteg som den fortsatta vandrigen kommer att ske.

⁸⁶ Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 396.

⁸⁷ Att dubbla processer ses som något negativt beror främst på att den vinnande parten inte skulle åtnjuta någon rättstrygghet om han eller hon inte kunde förlita sig på det första domstolsavgörandet och planera sin ekonomiska verksamhet därefter, se Ekelöf, Bylund och Edelstam, *Rättegång III*, s. 178 samt Lindell, *Civilprocessen*, s. 303. Även processekonomiska skäl brukar emellertid anföras som argument för rättskraften; att lägga tid och ekonomiska resurser på dubbla processer anses helt enkelt som ett slöseri. Att dubbla processer också skulle kunna leda till motstridiga domar har, i alla fall vad gäller parallellt pågående processer, inte ansetts som ett tillräckligt starkt skäl för att den sist anhängiggjorda talan skall avvisas, se Ekelöf, Bylund och Edelstam, *Rättegång III*, s. 267.

⁸⁸ Som Södergren har påpekat går det att ifrågasätta hur mycket vägledning som rättegångsbalkens terminologi ger den som vill lösa rättskraftsproblem. Han menar att frågan om vad som är ”samma sak” är omöjlig att besvara eftersom begreppet ”saken” närmast är innehållslöst. Anledningen till att det är så är att ”saken” är ett uttryck som härstammar från den äldre rättegångsbalkens tid; en tid när läran om rättigheternas individualisering fyllde de processrättsliga begreppen med innehåll. När detta synsätt blev omodernt, något som skedde redan före den nuvarande rättegångsbalkens ikraftträdande, tömdes begreppen på sin substans. Södergren argumenterar därför för att den enda vägledning som finns kvar för den som vill lösa konkreta rättskraftsproblem är rättskraftens ändamål – partstrygghet och processekonomi, se Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 399 med hänvisningar.

Olivecrona utgick i sitt resonemang kring sakens identitet från domens betydelse som rättegångshinder, det vill säga domens *negativa rättskraft*. Enligt Olivecrona borde sakens identitet bestämmas utifrån yrkandet i förening med det återopade saksammanhanget, med andra ord yrkandet i förening med grunden för yrkandet.⁸⁹ Genom att det en gång prövats om vissa utpekade fakta var rättsligt relevanta kan dessa fakta – detta händelseförlopp – sägas vara rättsligt förbrukade. Händelseförloppet kan inte tas upp till prövning på nytt, såvida det inte tillkommit tillräckligt mycket nya fakta för att det skall anses utgöra ett fristående händelseförlopp. När frågan är om den grund som återopas i en andra process är identisk med den som återopades i den första processen måste man enligt Olivecrona därför ställa sig två frågor. Den första frågan är om den återopade grunden en *alternativ konstruktion*, eller, med andra ord, om det är samma händelseförlopp beskrivet på ett annat sätt. Den andra frågan är om det händelseförlopp som återopas i den andra processen är samma händelseförlopp som i den första processen, i huvudsak beskrivet på samma sätt, men med ett *tillägg* eller en *modifikation* som syftar till att få till stånd en ny prövning av talan.⁹⁰ Om svaret på någon av dessa två frågor är jakande har grunden inte ändrats och det rör sig således inte om något fristående händelseförlopp. Den andra talan skall därför avvisas med hänvisning till *res judicata*.

Till skillnad från Olivecrona utgick Ekelöf i sin rättskraftslära från *taleändrings-situationen* (som antogs korrespondera med rättskraften). Ekelöf höll inte med om Olivecronas teorier kring ett fristående händelseförlopp utan utgick istället från talans normsida och argumenterade för att saken skall identifieras utifrån den yrkade rättsföljden. Med rättsföljd avsåg Ekelöf ”ingenting annat än den juridiska betydelse som enligt gällande rätt tillkommer ett sakförhållande.”⁹¹ För att avgöra om en andra process skall avvisas med hänvisning till *res judicata* måste man enligt Ekelöf granska vad yrkandet i den andra processen är. Om yrkandet är oförändrat eller endast har ändrats kvantitativt menar Ekelöf att det rör samma sak och att *res judicata* därför föreligger. Det kan här vara viktigt att klargöra att Ekelöf självklart inte använder rättsföljden som *ensamt* kriterium för sakens identitet.⁹² Ekelöf menar tvärtom att även om grunden för talan inte skall anses utgöra en del av ”saken” betyder det inte att sakens identitet är oberoende av grundens identitet.⁹³ Med andra ord, även om saken skall identifieras utifrån de yrkade rättsföljderna är det i viss mån nödvändigt att snegla på de återopade grunderna. Ett tecken på att två grunder implicerar samma rättsföljd är att svaranden inte kan förpliktas till en prestation enligt den ena grunden och ännu en prestation enligt den andra grunden.⁹⁴

Som Fitger konstaterat är skillnaderna mellan Olivecronas och Ekelöfs olika uppfattningar principiellt sett mycket djupgående, men de torde trots det i praktiken ofta leda till samma resultat.⁹⁵ Vad blir då resultatet om Olivecronas respektive Ekelöfs olika

⁸⁹ Olivecrona, JFT 1954, s. 332.

⁹⁰ Olivecrona, Rätt och dom, s. 320 f.

⁹¹ Ekelöf, SvJT 1950, s. 539.

⁹² Om han gjorde det skulle den som en gång väckt en skadeståndstalan mot någon annan aldrig mer kunna väcka en ny skadeståndstalan mot samma person – oavsett hur olika de två skadegörande händelserna var eller hur långt ifrån varandra de låg i tiden. En kärke som en gång begärt skadestånd av sin hyresvärd efter att ha halkat i en hal trappa skulle vara förhindrad från att väcka talan mot samma hyresvärd efter att flera år senare ha fått en istapp i huvudet. En sådan ordning vore förstås ohållbar.

⁹³ Ekelöf, Grundbegrepp, s. 53.

⁹⁴ Ekelöf, Grundbegrepp, s. 106.

⁹⁵ Fitger, Rättegångsbalken, s. 13:45. Även Ekelöf påpekade att den praktiska betydelsen av hans och Olivecronas meningsskiljaktigheter var mycket liten, något som Ekelöf påstod berodde på Olivecronas liberala syn på händelseförloppets enhetligt, se Ekelöf, Rättegång II, s. 137. Det finns emellertid fall där de två tankesätten leder till olika resultat. Det rör sig om fall där den nya omständigheten innebär en väsentlig förändring av det återopade saksammanhanget eller händelseförloppet samtidigt som det rör sig om vad Ekelöf kategoriserade som samma rättsföljd. Ekelöf själv gav följande taleändringsexempel på ett sådant fall. Säg att käreanden yrkar att ett testamente skall ogiltigförklaras och till stöd för detta yrkande anför att testatorn inte var vid sina sinnens fulla bruk. Senare i processen återopar käreanden, alternativt, även ett

rättskraftsteorier tillämpas på ett fall som mitt typfall? Ekelöf skulle inleda sin analys med att konstatera att den yrkade rättsföljden, det vill säga skadeståndet, är densamma. Käranden har inte ens ändrat skadeståndsyorkandet kvantitativt.⁹⁶ Med Ekelöfs synsätt skulle de två processerna därför anses röra samma sak. Olivecrona skulle däremot inte vara intresserad av den yrkade rättsföljden, men han skulle i detalj granska den åberopade grunden. Om man ser det som att det händelseförlopp som käranden åberopar är att regeringen eller riksdagen fattade ett beslut som ledde till att lagen eller förordningen i fråga utfärdades och att käranden därför förorsakades en ekonomisk skada, då leder även Olivecronas resonemang till att de två processerna, rättsliga klassificeringar till trots, rör sig om samma sak. Men om såväl Ekelöfs som Olivecronas rättskraftsteorier säger att de två skadeståndsprocesserna rör samma sak och att res judicata föreligger, betyder inte det att det går att stanna här? Nej, riktigt så enkelt är det inte. Frågan om vilken betydelse det har att de två processerna vilar på olika ”grunder” och är ”enligt” olika rättsregler behöver nämligen fortfarande besvaras.

3.1.2 Grunden – om konkreta och abstrakta rättsfakta

Om frågan om processföremålets identitet har varit ett av begreppsjurisprudensens älsklingsbarn⁹⁷ får frågan om grundens identitet anses vara ett något styvmoderligt behandlat småsyskon. Frågan hur grunden skall identifieras har nämligen varit långt mindre uppmärksammas inom civilprocessen än inom straffprocessen.⁹⁸ Det synes därför lämpligt att börja i lagtexten.

I RB 42:2 st. 2 stadgas att käranden i sin stämningsansökan utförligt skall ange de omständigheter som åberopas till grund för yrkandet. Dessa omständigheter är det som i doktrinen ofta benämns som rättsfakta och som i vardagligt juridiskt tal – om man nu kan prata om något sådant! – ofta benämns som ”grunden för talan”,⁹⁹ eller kort och gott för ”grunden”.¹⁰⁰ Det är viktigt att notera ordet omständigheter i lagtexten syftar på *faktiska* omständigheter och inte på de rättsregler som de faktiska omständigheterna kan subsumeras under.¹⁰¹ För tvistemålens del har Lindblom därför delat in begreppet rättsfakta i *konkreta* och *abstrakta rättsfakta*.¹⁰² Konkreta rättsfakta är de faktiska, rättsligt relevanta omständigheter på verklighetsplanet som käranden lägger till grund för sin talan, medan abstrakta rättsfakta inte alls existerar på verklighetsplanet utan består av delar av rättsreglerna, det vill säga rekvisiten i de relevanta lagrummen. För att tydliggöra skill-

formfel. Med Ekelöfs resonemang yrkas samma rättsföljd, nämligen att testamentet skall förklaras ogiltigt, och oavsett förändringen av grund är det därför fråga om samma sak. Olivecronas teori skulle däremot leda till att de två grunderna anses representera två fristående händelseförlopp. Se Ekelöf, SvJT 1957, s. 321 och NJA 1959 s. 658 där HD dömde enligt Ekelöfs teori i ett fall som var mycket likt hans exempel.

⁹⁶ Här bör nämnas att Ekelöf utgick från att kvalitativt annorlunda rättsföljd alltid innebär att det är en ”ny sak”. Efter en serie HD-avgöranden på 1990-talet anses rättskraften nu emellertid omfatta även sådana alternativa rättsföljder som käranden hade kunnat göra gällande i den första processen, i alla fall om dessa rättsföljder är ekonomiskt likvärdiga med den rättsföljd som yrkades i den första processen. HD ansåg att det var rimligt att begära att käranden i samma process tar ställning till om hon vill framställa alla dessa yrkanden. Se Nordh, SvJT 2001, s. 655.

⁹⁷ Uttrycket lånat från Ekelöf, se Grundbegrepp, s. 49.

⁹⁸ Se Ekelöf, Grundbegrepp, s. 87 ff. Det är helt naturligt att frågan om grundens identitet har behandlats något styvmoderligt inom civilprocessen. Inom straffprocessen utgörs grunden av den åtalade gärningen, och att flera av rättegångsbalkens straffprocessuella bestämmelser är knutna till gärningens identitet, men de civilprocessuella bestämmelserna anknyter inte några rättsföljder till grundens identitet utan endast till identiteten på yrkandet, käromålet och saken.

⁹⁹ Som Mellqvist och Wirdemark har påpekat talar jurister ofta om ”grunden för talan” istället för ”omständigheterna som har åberopats till grund för yrkandet”. Det rör sig här närmast om ett juridiskt slanguttryck som har uppstått genom att uttrycket lagtextens formulering har kortats ner till det mer behändiga ”grunden”. Jag kommer i fortsättningen att använda uttrycket grund såsom den vedertagna förkortningen för lagtextens formulering som det ändå är. Se Mellqvist och Wirdemark, Processrätt, s. 68.

¹⁰⁰ Ekelöf, Edelstam och Boman, Rättegång V, s. 26.

¹⁰¹ Med ordet omständigheter avses dock i vissa av rättegångsbalkens paragrafer (t.ex. RB 50:23 och 51:23) ibland även bevisfakta, se Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 53.

¹⁰² Lindblom, Vänbok till Torleif Bylund, s. 174.

naden lånar jag följande exempel från Lindblom.¹⁰³ Säg att käranden yrkar att ett avtal skall vara ogiltigt på grund av ogiltighetsgrunden oförstånd i AvtL 31 §. Rättsföljden utgörs då av det domslut som käranden har yrkat på, det vill säga avtalets ogiltighet. Rekviziten i de relevanta lagrummen, i det här fallet rekvisiten för oförstånd i AvtL 31 §, utgör exemplrets abstrakta rättsfaktum. Kärandens faktiska oförstånd, till exempel hans hörselsvårigheter, utgör i sin tur exemplrets konkreta rättsfaktum.¹⁰⁴

Översatt på mitt typfall går det att konstatera att det handlande, de konkreta fel eller den konkreta försummelse, som regeringen eller riksdagen har gjort sig skyldig till i samband med sin normgivning utgör typfallets faktiska omständigheter eller, om man hellre vill, konkreta rättsfakta. Att detta handlande sedan *utgör* fel eller försummelse i skadeståndslagens mening framgår av rekvisiten i SkL 3:2, det vill säga av abstrakta rättsfakta. Problemet verkar således ligga i att skadeståndslagen inte gör någon åtskillnad mellan konkreta och abstrakta rättsfakta. Formuleringen i SkL 3:10 – att en talan skall vara ”enligt 2 §” – ger tvärtom intryck av att skadeståndslagen sätter ett likhetstecken mellan de faktiska omständigheter som käranden åberopat och de rättsregler som dessa omständigheter subsumerats under.

Boman angriper frågan om skillnaden mellan konkreta och abstrakta rättsfakta genom att undersöka vad käranden är *skyldig att åberopa*. Hans slutsats är att med grunden avses samtliga de rättsfakta som käranden har åberopsbördan för enligt regeln i RB 17:3, det vill säga de omständigheter som är tillräckliga för att hans talan skall kunna bifallas.¹⁰⁵ Det är ett annat sätt att uttrycka att grunden inte består av rättsregler – käranden behöver ju, åtminstone i teorin, inte åberopa några rättsregler för att hans talan skall kunna bifallas. Den stora skillnaden mellan konkreta och abstrakta rättsfakta är därför att medan käranden enligt RB 17:3 måste upplysa domstolen om alla de faktiska omständigheter som ligger till grund för talan finns det inte någon skyldighet att upplysa domstolen om vilka rättsregler som omständigheterna kan subsumeras under, den svenske domaren förväntas ju – enligt principen om *jura novit curia* – känna rätten.¹⁰⁶ Nästa steg blir således att undersöka vilken betydelse principen om *jura novit curia* har för forumregeln i 3:2 SkL.

3.1.3 Om *jura novit curia* och betydelsen av parternas rättsliga klassificering

Principen om *jura novit curia* har en lång tradition inom svensk rätt. Ursprungligen härstammar principen från den kanoniska rättens dagar och den återfinns än i dag i domarreglerna.¹⁰⁷ Principen om *jura novit curia* påstås ha fyllt en viktig funktion under den tid när stora delar av allmänheten inte var läskunnig, eftersom det faktum att domstolarna ålades ett ansvar för att utreda och tillämpa rätten gjorde det möjligt också för juridiskt oskolade parter att processa utan ombud.¹⁰⁸

En närmare studie av principen om *jura novit curia* visar att den har två sidor. Den ena sidan är att parterna enligt RB 35:2 st. 2 p. 1 normalt sett *inte behöver föra bevisning* om existensen och innebörden av en regel, även om det av förarbetena till rättegångsbalken framgår att parterna *får* presentera bevisning om tolkning av gällande lag eller sedvane-

¹⁰³ Lindblom, Vänbok till Torleif Bylund, s. 178.

¹⁰⁴ Ett läkarutlåtande som syftar till att visa att käranden har nedsatt hörsel är däremot inte något konkret rättsfaktum och utgör därför inte grunden för talan. Läkarutlåtandet är istället ett *bevisfaktum*, eller, för att använda Ekelöfs terminologi, en *medelbar omständighet*. Ett konkret rättsfaktum kan knytas till en rättsföljd och utgör därför en *omedelbar omständighet*, se Ekelöf, Grundbegrepp, s. 57. Till skillnad från konkreta rättsfakta behöver bevisfakta enligt reglerna i RB 42:2 inte åberopas i stämningsansökan. Även om bevisfakta inte behöver åberopas måste käranden dock ange bevissteman.

¹⁰⁵ Boman, Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål, s. 10.

¹⁰⁶ Jmf. dock Fitger, Rättegångsbalken, s. 42:9. Fitger menar att processlagsberedningens (NJA II 1943 s. 518) uttalande om att stämningsansökan inte bör innehålla rättsliga utläggningar inte längre bör anses ha generell giltighet.

¹⁰⁷ Se exempelvis den första och sjätte domarregeln.

¹⁰⁸ Lindell, Civilprocessen, s. 60.

rätt.¹⁰⁹ Den andra sidan av principen är att parterna inte har dispositionsrätt över rättsreglerna, vilket innebär att domstolen *inte är bunden* av parternas rättsliga argumentation. Domstolen är förvisso bunden av de konkreta rättsfakta som parterna har åberopat, men i enlighet med principen om *jura novit curia* har rätten en möjlighet att subsumera dessa konkreta rättsfakta under andra rättsregler än de som parterna utgått från.¹¹⁰ Av det ovan sagda är det uppenbart att principen *jura novit curia* bygger på att det går att göra en åtskillnad mellan fastställandet av fakta och den rättsliga värderingen av dessa fakta.¹¹¹

Principen om *jura novit curia* är inte oomstridd. Principen har kritiserats för att den lägger över en del av ombudens arbetsbörda på domarens skrivbord, för att den ger domstolarna för stor frihet i rättstillämpningen och för att den ökar risken för överraskningsdomar och potentiella rättsförluster för den enskilde.¹¹² Denna kritik kan uppfattas som en strävan efter minskat domarinflytande, men kritiken kan också ses som en naturlig följd av det inflytande som EU-rätten har haft över svensk rätt under de senaste femton åren. Traditionellt sett har principen om *jura novit curia* varit begränsad till svenskt territorium och svenska domare har inte förutsatts känna till innehållet i utländsk rätt, även om de fått använda sig av den om de råkat haft kännedom om den.¹¹³ Det synsättet har dock ställts på huvudet i och med Sveriges inträde i EU och svenska domare är idag skyldiga att känna till och tillämpa EU-rätten på samma sätt som de känner till och tillämpar svensk rätt.¹¹⁴

I mitt typfall är det uppenbart att en tingsrätt inte har någon möjlighet att utifrån principen om *jura novit curia* pröva en *Francovicb*-talan utifrån skadeståndslagens regler. Forumregeln i SkL 3:10 trumfar så att säga den allmänna principen om att domaren känner lagen. Det intressanta med principen är att den visar att det inte går att använda de rättsregler som kärandens talan kan subsumeras under som ett sätt att fastställa talans identitet. Den omständigheten att käranden i tingsrätten åberopar andra rättsregler än de som åberopades i HD förändrar inte det faktum att talan i tingsrätten enligt såväl Olivecronas som Ekelöfs rättskraftsteori faktiskt rör samma sak som talan i HD. I processrättslig doktrin¹¹⁵ och praxis¹¹⁶ är det dessutom allmänt vedertaget att enbart

¹⁰⁹ Se NJA II 1943 s. 446. Jmf. dock Gärde m.fl., Nya rättegångsbalken, s. 477 där det påpekas att den part som vill påverka domarens uppfattning i rättsfrågan i allmänhet inte lär använda sig av bevisning utan av rättslig utveckling av talan.

¹¹⁰ Principen om *jura novit curia* kan anses stå i ett potentiellt motsatsförhållande till en annan stark princip i den svenska processrätten, nämligen dispositionsprincipen. Enligt dispositionsprincipen är det som bekant parterna som styr processens innehåll och omfattning och domstolens uppgift är inte att aktivt efterforska sanningen för att skapa materiell rättvisa – men enligt principen *jura novit curia* står det domstolen fritt att tillämpa andra rättsregler än de som parterna argumenterat utifrån, se Croon, JP 2010, s. 275. Att parterna inte har någon rätt att bestämma vilka regler domstolen skall tillämpa ligger emellertid i linje med att svensk rätt inte erkänner någon rätt till abstrakt normprövning.

¹¹¹ Se Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, s. 49.

¹¹² Se Ramberg, Advokaten 2006, s. 10 och Ramberg, SvJT 2004, s. 315.

¹¹³ RB 35:2 st. 2 p. 2.

¹¹⁴ Se exempelvis Andersson, Rättsskyddsprincipen, s. 314 f. där det påpekas att det kan vara ansträngt att upprätthålla idén om *jura novit curia* i mål med EU-rättslig anknytning, men att man måste skilja på fall där EU-rättens regler är oklara och fall där det inte finns någon tvekan om att en EU-rättslig regel skall tillämpas.

¹¹⁵ Se Lindell, Processuell preklusion, s. 270, Gärde m.fl., Nya rättegångsbalken, s. 622 f., Olivecrona, Rätt och dom, s. 286, Södergren, Vem dömer i gråzonen?, s. 402 samt Andersson, Dispositionsprincipen, s. 435.

¹¹⁶ Se exempelvis NJA 1979 s. 773 där svaranden i tingsrätten hade hävdade att en grävningolycka orsakats av försumlig arbetsledning från en installatörsfirmas sida. I hovrätten tillade svaranden att svaranden inte skulle betraktas som arbetsgivare åt grävmaskinisten och att principalansvaret för grävmaskinisten därför tillkom installatörsfirman. HD hade att ta ställning till om det påstående som lades fram i hovrätten innebar en otillåten taleändring i strid med RB 50:25 eller om det endast rörde sig om nya rättsliga synpunkter på redan åberopade sakförhållanden. HD valde det senare alternativet. Även om fallet behandlar frågan om taleändring har det, på grund av den starka kopplingen mellan RB 13:3 och RB 17:11, giltighet även för rättskraftsfrågan. I NJA 1951 s. 6, det så kallade Suecia-målet, uppkom frågan om en taleändring ägt rum efter det att käranden anlagt en annan rättslig synpunkt på redan åberopade fakta. Käranden, en konkursförvaltare, hade yrkat att de två svarandena skulle återbära det belopp de genom en komplicerad transaktion tagit ut ur bolaget. Käranden hävdade att svarandena var återbetalningsskyldiga enligt 54 § i

åberopande av ny rättslig klassifikation och argumentation¹¹⁷ saknar betydelse både för tillämpningen av regeln om taleändring i RB 13:3 st. 3 p. 2 och för tillämpningen av regeln om domens rättskraft i RB 17:11 st. 1. Rättslig klassifikation eller argumentation bryter alltså inte automatiskt igenom rättskraften och medför inte att saken ändras.

Torbjörn Andersson har uppmärksammat en annan forumbestämmelse som inte heller helt passar in i det processrättsliga systemet.¹¹⁸ Det rör sig om den forumbestämmelse i konkurrenslagen som idag återfinns i KL 3:26 och som stadgar att Stockholms tingsrätt alltid är behörig att pröva skadestandsfrågor enligt konkurrenslagen. De problem som kan uppstå om kändanden väcker talan vid Stockholms tingsrätt och yrkar på skadestånd enligt konkurrenslagen och den talan ogillas utan att tingsrätten har prövat huruvida kändanden hade rätt till skadestånd enligt de EU-rättsliga konkurrensreglerna påminner i mångt och mycket om de problem som aktualiseras av SkL 3:10. Andersson drar också liknande slutsatser som jag dragit ovan; även om de EU-rättsliga konkurrensreglerna inte har prövats i den första processen prekluderar rättskraften parternas¹¹⁹ möjlighet att åberopa de EU-rättsliga reglerna i en senare process.¹²⁰

3.1.4 JK:s utredning om forumregeln i SkL 3:10

Jag är inte ensam om att ha uppmärksammat att forumregeln i SkL 3:10 inte riktigt passar i det processrättsliga systemet. JK har i en skrivelse till Justitiedepartementet daterad den 20 december 1999 föreslagit att forumregeln i SkL 3:10 ändras.¹²¹

JK utgick i skrivelsen från de problem som forumregeln innebär för en kändande som väcker ersättningstalan för kumulerade fel där flera olika myndigheter förfarit på ett culpöst sätt, och argumenterade mot bakgrund av dessa problem för att forumregeln bör avskaffas för att enskilda inte skall drabbas av rättsförluster till följd av reglerna om litispendens och res judicata.¹²² Även om kontexten skiljer sig något åt från mitt typfall ger

1910 års aktiebolagslag. Senare under rättegången anförde konkursförvaltaren som en alternativ grund att svarandena var skadeståndsskyldiga gentemot bolaget enligt 70 och 135 §§ i samma lag. Svarandena invände att den senare grunden utgjorde en otillåten taleändring. Rådhusrätten ansåg emellertid att "[k]onkursboet har i stämningensansökningen angivit det saksammanhang som ligger till grund för konkursboets talan, sådan denna slutligen bestämts. Under målets handläggning har konkursboet endast åberopat ytterligare lagrum till stöd för denna talan. Eftersom konkursboets talan därigenom icke ändrats, upptager [rådhusrätten] målet till prövning i dess helhet." Hovrätten och HD intog samma ståndpunkt i frågan.

¹¹⁷ Vi bör skilja på rättslig *argumentation* och rättslig *klassifikation*. Exempel på rättslig argumentation är åberopandet av uttalanden i förarbeten och doktrin, praxis, skäl som rör olika tolknings- och tillämpningsgrepp (såsom reduktionsslut och analogier), ändamålsresonemang och hänvisandet till rättspolitiska effekter av en viss lösning. Argument av detta slag rör de grunder som åberopats, de invändningar som åberopats och bärkraften hos dessa. Rättslig klassifikation rör däremot själva grunden för kändandens talan eller den invändning som svaranden gör, se Lindell, Processuell preklusion s. 270.

¹¹⁸ Andersson, Dispositionsprincipen, s. 440 ff.

¹¹⁹ Det är i konkurrensfallen inte nödvändigtvis endast den part som är i kändandeställning som vill kunna åberopa de EU-rättsliga bestämmelserna om skadestånd vid konkurrensöverskridanden. För det fall kändanden väcker en negativ fastställsetalan angående sin skadeståndsskyldighet enligt den svenska konkurrenslagen kan svaranden ha ett intresse av att se till att det i en senare process kan prövas huruvida kändanden är skadeståndsskyldig enligt de EU-rättsliga bestämmelserna, se vidare Andersson, Dispositionsprincipen, s. 441.

¹²⁰ Andersson, Dispositionsprincipen, s. 441. Andersson påpekar att en part genom att göra foruminvändning avseende den EU-rättsliga delen av talan eventuellt kan undanhålla EU:s konkurrensregler från den första processen vilket möjliggör att "*exakt samma sak*, med en annan rättslig klassificering, tas upp igen vid ett annat forum" (kursivering i original). Denna möjlighet att genom foruminvändning (RB 10:18) hindra Stockholms tingsrätt från att utifrån principen om jura novit curia pröva den icke-åberopade EU-rätten har inte någon exakt motsvarighet i mitt typfall eftersom det inte framstår som speciellt troligt att staten skulle väcka en negativ fastställsetalan om att den *inte* är skadeståndsskyldig för sin normgivning. I mitt typfall är det således alltid den part som vill få till stånd en prövning av skadeståndslagens bestämmelser som har ett intresse av att även *Franovich*-kriterierna prövas.

¹²¹ JK:s skrivelse dnr 4199-99-22.

¹²² JK:s skrivelse dnr 4199-99-22, s. 2.

skrivelsen alltså stöd för slutsatsen att forumregeln innebär problem på rättskraftsfronten.

I skrivelsen ger JK följande exempel. En kärande åberopar i en första process fel eller försummelse från en viss myndighet. Sedan den första talan ogillats försöker käranden i en andra process åberopa kumulerade fel och påstår därför att myndigheten och en överordnad instans *tillsammans* förfarit felaktigt. JK menar att i en sådan situation har de omständigheter som gick att hänföra till myndigheten redan prövats i den första processen och kan därför inte prövas i den andra processen på grund av regeln om *res judicata*. Trots att det finns ”överskjutande” omständigheter i form av överinstansens handlande som ännu inte prövats menar JK att den andra talan kommer att avvisas. I mitt typfall är det exakt samma omständigheter, samma konkreta rättsfakta, som prövats i den första processen som sedan åberopas i den andra processen, och med hänsyn till rättskraftsläran borde typfallens konkreta omständigheter prekluderas till fullo av den första processen. Utifrån JK:s resonemang borde mitt typfall således, i än högre grad än fallen där kumulerade fel åberopas, riskera att leda till rättsförluster för den enskilde.

3.2 Undantag från *res judicata*

Det har ovan konstaterats att med ett traditionellt synsätt skulle den andra processen i mitt typfall avvisas med hänvisning till *res judicata*. Men principen om *res judicata* härskar förstås inte oinskränkt. Jag kommer därför nu att undersöka om något av de befintliga undantagen från denna princip kan tillämpas på mitt typfall.

En doms rättskraft är begränsad på flera sätt. För det första har rättskraften förstås en *tidsmässig* begränsning; domens rättskraft omfattar aldrig sådana omständigheter som inte förelåg vid tiden för den första processen, så kallade *facta supervenientia*.¹²³ För det andra har rättskraften en *subjektiv* begränsning på så vis att den, åtminstone i de allra flesta fall, endast omfattar parterna i målet.¹²⁴ För det tredje har rättskraften en *objektiv* begränsning; enligt ordalydelsen i RB 17:11 3 st. gäller domens rättskraft endast den sak varom talan väckts. Rättskraftens objektiva utsträckning måste alltså bestämmas med hjälp av kriterierna för sakens identitet såsom dessa har diskuterats ovan. Men det finns ytterligare en begränsning av rättskraften, som inte har fått lika mycket utrymme i doktrinen som de tre andra undantagen.¹²⁵ Det är den begränsning som består i att ett avgörandes rättskraft aldrig sträcker sig längre än till gränserna för domstolens *sakliga behörighet*.¹²⁶ Med saklig behörighet avses enligt Ekelöf främst skillnaden mellan allmänna domstolar och specialdomstolar,¹²⁷ vilket innebär att om en talan har ogillats vid en specialdomstol utgör detta avgörande inte något hinder för en ny talan vid allmän domstol även om yrkandet avser samma rättsföljd (Ekelöf) eller samma händelseförlopp (Olivecrona).¹²⁸

Domstolens sakliga behörighet som en yttre gräns för det första avgörandets rättskraft aktualiserar för mitt typfalls del två frågor. Den första frågan är om bestämmelsen i SkL 3:10 gör att HD, avseende en talan enligt SkL 3:2, skall anses utgöra en specialdomstol i rättegångsbalkens mening. Om svaret på den frågan är nekande blir den andra frågan om HD utan att vara en specialdomstol ändå har en sådan exklusiv saklig behörig-

¹²³ För en redogörelse för vad som kan anses utgöra *facta supervenientia*, se Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 200 not 116 med hänvisningar.

¹²⁴ Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 230 f.

¹²⁵ Lindblom, Festskrift till Anders Agell, s. 362.

¹²⁶ Se bl.a. Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 173, Fitger, Rättegångsbalken, s. 17:52 f., Lindblom, Festskrift till Anders Agell, s. 362 samt Andersson, Parallel and Conflicting Enforcement of Law, s. 25.

¹²⁷ Ekelöf och Edelstam, Rättegång I, s. 33 och s. 96. Se även Civilprocessen, s. 165 där Lindell skriver att den sakliga behörigheten ”oftast” hänför sig till skillnaden mellan allmänna domstolar och specialdomstolar.

¹²⁸ Lindblom, Processhinder, s. 131, i och vid not 3.

het avseende en talan enligt SkL 3:2 att rättskraften av något annat skäl inte drabbar en andra talan i tingsrätten.

3.2.1 Högsta domstolen som specialdomstol?

För att besvara den första frågan är det nödvändigt att närmare studera RB 10:17, som är den bestämmelse i rättegångsbalken som reglerar förhållandet mellan rättegångsbalkens forumregler och de forumregler som finns i andra lagar. Av paragrafens utformning framgår i vilka fall en särskild forumregel utesluter att rättegångsbalkens bestämmelser tillämpas.

Förhållandet mellan allmänna domstolar och specialdomstolar, dit bland annat Europadomstolen, förvaltningsdomstolarna, mark- och miljödomstolarna, Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen räknas, regleras i RB 10:17 st. 1 mom. 1. I RB 10:17 st. 1 mom. 2 sägs att om en viss domstol enligt lag eller författning är ensam behörig att uppta en tvist skall den forumbestämmelsen gälla framför rättegångsbalkens regler. Ett exempel på domstol som enligt lag är ensam behörig att ta upp en tvist är Svea hovrätt som enligt en mängd bestämmelser är exklusivt behörig att ta upp vissa ansökningar om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden.¹²⁹ Även Stockholms tingsrätt är enligt flera olika bestämmelser ensam behörig att ta upp vissa måltyper.¹³⁰ Exemplet med Svea hovrätt är extra intressant eftersom det tydligt visar att bara den omständigheten att en övre instans är exklusivt behörig att ta upp en viss typ av mål inte innebär att den övre instansen per automatik utgör en specialdomstol avseende dessa mål. Hade den varit en specialdomstol skulle den ju falla under RB 10:17 st. 1 mom. 1 istället för mom. 2. Enligt mig är detta ett övertygande stöd för att forumregeln i SkL 3:10 inte gör HD till specialdomstol.¹³¹ Rättskraften hos det första avgörandet synes därför stå sig. Men enligt Ekelöf var det endast *främst* som uttrycket ”domstolens sakliga behörighet” avser skillnaden mellan allmänna domstolar och specialdomstolar; den sakliga behörigheten kan alltså aktualiseras även om någon specialdomstol inte föreligger.¹³² Det är därför nödvändigt att undersöka om den sakliga behörigheten kan upplösa min rättskraftsknut på något annat sätt än genom att förvandla HD till en specialdomstol.

3.2.2 Om att ”kunna åberopa”

Ett sätt att angripa rättskraften hos mitt typfall skulle kunna vara att se det som att SkL 3:10 *de facto* begränsar tingsrättens sakliga behörighet att ta upp en talan enligt SkL 3:2 och att rättskraften hos HD:s avgörande därför stannar vid tingsrättens port. Ett annat argument för att forumregeln i SkL 3:10, trots att den inte gör HD till en specialdomstol i formell mening, bör behandlas på samma sätt som specialdomstolarna i rättskraftshänseende är att forumregeln i SkL 3:10 i likhet med specialdomstolarna har ansetts vara så pass viktig att rätten skall beakta forumfrågan *ex officio*.

Enligt min mening finns det emellertid argument som talar emot resonemangen ovan. En jämförelse med de regler som en gång föranledde att forum *privilegium* skapades, det vill säga reglerna om ämbetsansvaret för vissa högre tjänstemän, är belysande. Om en tingsrättsdomare har begått ett brott i tjänsten skall en talan om ansvar eller enskilt anspråk enligt bestämmelsen i RB 2:2 väckas i hovrätten som första instans. Det som gör hovrätten till rätt forum är att brottet har begåtts i tjänsten. Om tingsrättsdomaren har begått urkundsförfalskning genom att ändra i ett protokoll kan det brottet

¹²⁹ Eftersom dessa ärenden tas upp utan ansökan om stämning faller de förstås även in under paragrafens sjunde punkt.

¹³⁰ Förutom de ovan nämnda skadeståndsmålen enligt konkurrenslagen är Stockholms tingsrätt ensam behörig bl.a. enligt 9 § lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar, 58 § lagen om (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, 65 § patentlagen (1967:837), samt 14 § lagen (1971:1078) om försvarsuppfinningar.

¹³¹ Listan i RB 10:17 synes dessutom vara en uttömmande lista över vilka typer av civilrättsliga mål det finns (förvaltningsmål faller under första punkten).

¹³² Ekelöf och Edelstam, Rättegång I, s. 33 och s. 96.

anses ha begåtts i tjänsten, varför hovrätten är rätt forum. Om hovrätten skulle ogilla åtalet framstår det som orimligt att åklagaren skulle kunna väcka en ny talan mot domen i tingsrätten med motiveringen att brottet vid närmare eftertanke inte hade begåtts i tjänsten och att tingsrätten således var rätt forum. Jag menar att det vore närmast absurt att hävda att det andra åtalet omfattar en ”annan gärning”.¹³³ Det skulle ju innebära att den första domen inte alls erbjuder något skydd för den tilltalade.

Men, invänder vän av processrättslig ordning, är inte anledningen till att den första domens rättskraft står sig att åklagaren i den första processen *hade kunnat* ta upp det icke-tjänstefelsrelaterade brottet i hovrätten? Jag menar att så inte är fallet. Det stämmer att rättsfakta som inte åberopades i den första processen endast drabbas av det första avgörandets rättskraft om käranden vid tidpunkten för den första processen *kunde ha åberopat* dessa rättsfakta.¹³⁴ Efter 1990-talets serie av rättskraftsfall får kraven på käranden att framställa alla yrkanden i ett sammanhang dessutom anses ha ökat.¹³⁵ Även om jag alltså håller med om att sådana rättsfakta som inte hade kunnat åberopas i det första målet inte heller prekluderas menar jag att det finns två problem med resonemanget. För det första är den typ av rättsfakta som avses fortfarande *konkreta rättsfakta*, inte abstrakta.¹³⁶ Och konkreta rättsfakta är som jag tidigare konstaterat de faktiska omständigheter som existerar på ”verklighetsplanet”, inte de rättsregler som omständigheterna kan subsumeras under. Sakens identitet kan i mitt typfall därför knappast avgöras endast genom att definiera vilken domstol som var kompetent att ta upp talan.¹³⁷

För det andra hade käranden i mitt typfall tekniskt sett kunnat åberopa *Francovich*-kriterierna i den första processen i HD. Som konstaterats ovan är det visserligen ännu något osäkert hur HD skulle ställa sig till en sådan blandad talan, men forumregeln i SkL 3:10 utgör inget hinder mot att försöka. Möjligtvis skulle man i en omvänd variant av mitt typfall, det vill säga om käranden först väckt en *Francovich*-talan i tingsrätten och därefter väcker en talan enligt SkL 3:2 i HD, kunna argumentera för att rättskraftens hos tingsrättens avgörande inte skall hindra HD från att upp den andra talan eftersom käranden inte hade kunnat åberopa SkL 3:2 i tingsrätten. Lindblom har uttryckt det som att ”[p]reklusionen omfattar således inte de behörighetsfrämmande grunderna i den första processen eftersom käranden inte *kunnat* åberopa dem där, åtminstone inte med utsikt att få dem prövade.”¹³⁸ Men när Lindblom talar om behörighetsfrämmande grunder gör han det i en kontext som skiljer sig från min. Artikeln behandlar de processplantor i forumfloran¹³⁹ som Lindblom väljer att kalla för ”fakultativa fora”, och av de forumregler som Lindblom tar upp i sin artikel avser alla, med ett undantag, domstolar som vid artikelns tillkomst var specialdomstolar.¹⁴⁰ Att de grunder som inte föll under respektive

¹³³ Det bör förstås påpekas att rättskraftsläran skiljer sig åt avseende tvistemål och brottmål, se Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 173 not 6.

¹³⁴ Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 196 f.

¹³⁵ Nordh, SvJT 2002, s. 13.

¹³⁶ Notera att Ekelöf talar om ”omständigheter”, inte om rättsfakta, Ekelöf, Bylund och Edelstam, Rättegång III, s. 196 f.

¹³⁷ Södergren hävdar att det förmodligen vore oproblematiskt att avvisa den andra talan på grund av litispensens eller res judicata om samma *slags* domstol (det vill säga allmän domstol) varit behörig i båda fallen, se Södergren, Vem dömer i gråzonen?, s. 403. Jmf. dock hans resonemang om allmänna domstolars obehörighet att pröva frågor som skall bedömas enligt miljöbalken eller jordabalken, Södergren, Vem dömer i gråzonen?, s. 403 f.

¹³⁸ Lindblom, Festskrift till Anders Agell, s. 362. Kursivering i original.

¹³⁹ Liknelsen är Lindbloms, se Festskrift till Anders Agell, s. 344.

¹⁴⁰ De specialdomstolar som Lindblom tar upp är vattendomstolar, fastighetsdomstolar (dit expropriationsdomstolarna räknades) och Arbetsdomstolen. Det enda exempel som Lindblom ger på forumregler som *inte* avser en specialdomstol är bestämmelsen i FB 7:13 om att en tingsrätt som är behörig att uppta mål om skyldighet för en viss person att utge underhållsbidrag får ta upp även andra mål avseende denne persons skyldighet att utge underhållsbidrag. Det är alltså inte så mycket en forumregel som en kumulationsregel; det handlar om möjligheten att kumulera flera mål där en förälder påstås vara underhållsskyldig för flera barn. Att ett avgörande avseende en persons underhållsskyldighet för *ett* visst barn inte kan prekludera en

specialdomstols behörighet inte prekluderas framgår alltså redan av huvudregeln om specialdomstolars sakliga behörighet. Av NJA 1973 s. 239 framgår dessutom att HD inte verkar ha tagit någon större hänsyn till att käranden skulle ha haft svårt att i den första processen få talan prövad utifrån de rättsregler som sedan åberopades i den andra processen. HD menade nämligen att ett anspråk på skadeståndsrättslig grund gällde ”samma sak” som ett senare anspråk på avtalsrättslig grund. Justitierådet Conradi, som var skiljaktig, pekade till och med på att käranden endast med mycket extra besvär hade kunnat få anspråket prövat utifrån avtalsrättsliga bestämmelser i den första rättegången eftersom denna utgjordes av en brottmålsprocess och åklagaren inte kunde gå utanför ramarna för det enskilda anspråket. Trots detta konstaterade majoriteten att ”[d]en förändring i fråga om talans utformning som skett föranleder ej annan bedömning än att postverkets talan i de båda målen avser samma sak nämligen frågan om A:s återbetalningsskyldighet.” Som jag ser det faller därför även undantaget för de grunder som inte kunnat åberopas på att det som avses med ”inte kunnat åberopa” är faktiska omständigheter och inte rättsregler.

3.3 Sammanfattning

Av principen om *res judicata* framgår att en sak som har prövats i en lagakraftvunnen dom inte kan tas upp till prövning i en andra process. Det finns olika läror kring hur uttrycket samma sak skall tolkas, men ingen av de svenska rättskraftslärororna tillåter att samma sak – men med en annorlunda rättslig klassificering – prövas på nytt i en andra rättegång. Det är de faktiska omständigheterna i ett mål, också kallade konkreta rättsfakta, som används för att definiera sakens identitet. De rättsregler, också kallade abstrakta rättsfakta, som de faktiska omständigheterna subsumeras under kan däremot inte användas för att avgöra huruvida den andra talan rör samma sak eller inte. Det framstår som logiskt om man betänker att käranden, i alla fall i teorin, inte har någon skyldighet att presentera domstolen med några rättsregler. Domaren förväntas enligt principen om *jura novit curia* känna rätten och är också fri att subsumera de faktiska omständigheter som presenterats i målet under de rättsregler som domstolen anser tillämpliga. Utifrån den svenska rättskraftsläran är det därmed inte möjligt för käranden i mitt typfall att få sin *Franovich*-talan prövad i tingsrätten efter det att HD ogillat den första talan enligt SkL 3:2.

Principen om *res judicata* härskar emellertid inte oinskränkt och i doktrinen påpekas ofta att ett avgörandes rättskraft endast sträcker sig så långt som den första domstolens sakliga behörighet. Med saklig behörig avses främst förhållandet mellan allmänna domstolar och specialdomstolar. Men eftersom HD med hänsyn till systematiken hos rättegångsbalkens övriga regler knappast kan anses utgöra en specialdomstol gör den sakliga behörigheten inte att tingsrätten kan bortse från det första avgörandets rättskraft. Det faktum att en käreande som åberopar *Franovich*-kriterierna i HD eventuellt skulle ha svårt att få HD att ta upp den EU-rättsliga delen av talan påverkar inte rättskraften hos HD:s avgörande. Det finns helt enkelt inte en rättighet i svensk civilprocessrätt att få sin talan prövad utifrån en viss rättsregel.

senare dom avseende samma persons underhållsskyldighet för ett *annat* barn följer redan av att det rör sig om olika mål och därmed om olika grunder, se Lindblom, Festskrift till Anders Agell, s. 344 f.

4 LIKVÄRDIGHETS- OCH EFFEKTIVITETSPRINCIPERNA

Jag kommer i det följande att undersöka hur slutsatsen i kapitlet ovan, att en talan där SkL 3:2 åberopas kan prekludera kändens möjligheter att i en andra process åberopa *Francovich*-kriterierna, förhåller sig till EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet. Eftersom likvärdighets- och effektivitetsprinciperna presenterades i kapitel 2 kommer jag inte här att gå närmare in på deras ursprung eller konstruktion utan istället fokusera på att tillämpa dem på mitt typfall.

Då likvärdighets- och effektivitetsprinciperna har utvecklats av EU-domstolen genom ett stort antal förhandsbesked under lång tid är det emellertid ingen lätt uppgift att i ett enskilt fall svara på om en viss regel motsvarar EU-rättens krav eller inte. EU-domstolen uttalar sig ofta inte om så mycket mer än det individuella fallet, vilket innebär att det på många områden fortfarande saknas prejudikat, och även om det finns prejudikat kan det ofta vara svårt att utifrån EU-domstolens beskrivning av den nationella bestämmelsen avgöra huruvida en svensk bestämmelse har samma innebörd som den bestämmelse som prövades i målet. Det innebär att jag – även efter det att jag har applicerat principerna på mitt typfall – har svårt att ge ett klart besked om hur EU-domstolen skulle mena att forumregeln förhåller sig till EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet. Min förhoppning är emellertid att jag i det följande kapitlet kan visa vilka överväganden som kan vara värda att reflektera över och läsaren får därefter acceptera eller rata mina slutsatser.

4.1 Om likvärdighetsprincipen och forumregeln i SkL 3:10

För att kunna bedöma huruvida en EU-rättslig talan behandlas sämre än en talan på nationell grund krävs det, förstås, att det finns en nationell talan som liknar den EU-rättsliga talan tillräckligt mycket för att kunna fungera som ett jämförelseobjekt. Det finns många likheter mellan en skadeståndstalan enligt SkL 3:2 och en skadeståndstalan enligt *Francovich*-kriterierna, och de två typerna av anspråk verkar onekligen uppfylla EU-domstolens krav på att med hänsyn till anspråkens respektive föremål och väsentliga beståndsdelar vara tillräckligt lika för att en skadeståndstalan enligt SkL 3:2 skall kunna fungera som jämförelseobjekt.¹⁴¹ Eftersom SkL 3:2 inte är avsedd att implementera den EU-rättsliga skadeståndsskyldigheten i svensk rätt är de två typerna av anspråk inte heller *för lika* för att likvärdighetsprincipen skall kunna appliceras.¹⁴² Eftersom anspråken är jämförbara är den fråga som behöver besvaras huruvida en talan enligt SkL 3:2 åtnjuter en förmånligare processuell behandling än en talan enligt *Francovich*-kriterierna.

Det skulle möjligtvis gå att argumentera för att det är förmånligare för kändens att få sin talan prövad direkt i HD eftersom HD, till skillnad från underrätterna, har en *skyldighet* enligt FEUF art. 267(3) att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Det går emellertid också att argumentera för att det är förmånligare för kändens att först få sin talan prövad i tingsrätten, eftersom det innebär att kändens har tillgång till ett treinstansförfarande. Även om ett treinstansförfarande förstås kan leda till ökade processkostnader för kändens är jag benägen att ansluta mig till det senare synsättet; i forumhänseende behandlas en talan där kändens åberopar *Francovich*-kriterierna mer förmånligt än en talan där kändens åberopar svensk rätt.

Det har länge varit känt att EU-rätten inte uppställer ett generellt förbud mot så kallad omvänd diskriminering.¹⁴³ Som utgångspunkt är det alltså förenligt med likvärdighetsprincipen att en talan där kändens åberopar svensk rätt behandlas strängare

¹⁴¹ Se C-118/08 *Transportes Urbanos* p. 35-36 och C-78/98 *Preston* p. 49.

¹⁴² C-326/96 *Levez* p. 47.

¹⁴³ Dougan, *The Evolution of EU law*, s. 424.

än en talan där käranden åberopar EU-rätt. I *Transportes Urbanos* uttalade sig EU-domstolen visserligen på ett sätt som kan tolkas som att likvärdighetsprincipen kräver att en talan på nationell grund och en talan på EU-rättsliga grund behandlas på *samma* sätt, men innan EU-domstolen har lämnat ett klagörande avgörande avseende likvärdighetsprincipens innebörd är det svårt att säga huruvida *Transportes Urbanos* skall förstås som att medlemsstaterna inte alls får ha olika processuella regler för en talan på nationell grund och en talan på EU-rättslig grund.

Om man däremot inte endast tittar på forumregeln som sådan utan utgår från den situation som uppkommit i mitt typfall verkar det som att en *Francovich*-talan kan sägas åtnjuta en sämre ställning än en svensk talan. Säg att käranden hade börjat med att väcka talan i tingsrätten och där åberopat *Francovich*-kriterierna. Eftersom tingsrätten saknar saklig behörighet att pröva en talan enligt SkL 3:2 skulle käranden enligt principen om att rättskraften hos ett avgörande endast sträcker sig så långt som den första domstolens sakliga behörighet fortfarande kunna väcka en talan enligt SkL 3:2 i HD. En kärande som först i den andra processen åberopar *Francovich*-kriterierna hamnar alltså i en sämre situation än en kärande som i den andra processen åberopar svenska skadestandsregler. Mot detta kan förstås invändas att det är käranden, och dess ombud, som får bära risken för att talan först väckts i HD. Ett sådant ställningstagande ligger helt i linje med att svensk processrätt vid en internationell jämförelse ställer relativt stränga krav på att käranden planerar sin processföring väl.¹⁴⁴ Men den viktiga frågeställningen här är inte huruvida det är förenligt med svensk rätt att rättsregler som inte åberopats i den första processen inte alls kan prövas; den viktiga frågan är, förstås, huruvida detta är förenligt med EU-rättens krav på likvärdighet. Mot bakgrund av att den svenska processrätten ställer ovanligt höga krav på kärandens processföring är jag emellertid tveksam till att EU-domstolen skulle acceptera att den kärande som förbiser möjligheten att väcka en skadeståndstalan enligt *Francovich*-kriterierna får stå sitt kast. Som jag ser det är det därför tveksamt huruvida forumregeln uppfyller EU-rättens krav på likvärdighet.

4.2 Om effektivitetsprincipen och forumregeln i SkL 3:10

Efter att ha konstaterat att det är tveksamt huruvida forumregeln i SkL 3:10 uppfyller likvärdighetsprincipens krav kommer jag nu att undersöka huruvida effektiviteten hos kärandens EU-rättsliga anspråk drabbas av att talan inte *explicit* prövas utifrån EU-rättens skadestandsregler.

4.2.1 Om överlappningen mellan SkL 3:2 och *Francovich*-kriterierna

Enligt SkL 3:2 skall staten ersätta förmögenhetsskada som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten svarar. Att staten svarar för regeringens eller riksdagens verksamhet är självklart. Att normgivning anses falla under begreppet myndighetsutövning är, som ovan konstaterats, numera också accepterat. Det rekvisit som är intressant är därmed huruvida regeringen eller riksdagen gjort sig skyldig till fel eller försummelse vid normgivningen.

Kravet på fel eller försummelse i SkL 3:2 är ett annat sätt att säga att det finns ett krav på vållande. Som framgått ovan uppställer *Francovich*-kriterierna däremot inte något krav på vållande. Det som krävs är att den EU-rättsliga regel som har överträtts är avsedd att skapa rättigheter för enskilda, att överträdelsen är tillräckligt allvarlig samt att det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och skadan. I den utredning om statens skadeståndsansvar som gjordes några år efter Sveriges inträde i EU konstaterades att det inte föreligger någon väsentlig skillnad mellan EU-rättens krav på ”tillräckligt allvarlig överträdelse” och den svenska skadeståndslagens krav på ”fel eller försummelse”. Att EU-domstolen inte använder sig av fel- eller culpabegrepp som ansvarskriterium beror

¹⁴⁴ Lindblom, SvJT 2000, s. 107.

på att dessa begrepp har olika innebörd i de olika medlemsstaterna.¹⁴⁵ Om så är fallet är ”överlappningen” mellan prövningen av SkL 3:2 och prövningen enligt *Francovich*-kriterierna troligtvis relativt stor. Risken för att kärandens EU-rättsliga rätt till skadestånd materiellt sett förblir oprövad när hans eller hennes rätt till skadestånd har prövats utifrån SkL 3:2 är i sådana fall liten.¹⁴⁶

Det är oklart hur EU-domstolen skulle ställa sig till att en explicit prövning av *Francovich*-talan omöjliggörs. Det går förstås att argumentera för att överlappningen mellan rekvisiten i en talan enligt SkL 3:2 och en *Francovich*-talan gör att kärandens EU-rättsliga rättigheter inte blir ineffektiva utan att de kan anses ha prövats implicit i och med att talan prövades utifrån SkL 3:2. Jag ställer mig dock något tveksam till om EU-domstolen skulle godkänna ett sådant resonemang. Ur ett rent individperspektiv har de EU-rättsliga anspråken kanske inte drabbats, men om man förutsätter att EU-domstolen anser att effektivitetsprincipen inte *enbart* syftar till att skydda de enskilda individer som anser sig ha en rättighet, utan att principen också är ett verktyg som skall skydda EU-rätten *som sådan*, då framstår det som tveksamt att EU-domstolen skulle anse att det kvittar vilka rättsregler som en skadeståndstalan prövas utifrån.

EU-domstolen har alltsedan 1960-talet och avgörandet i *Costa* betonat vikten av EU-rättens enhetliga tillämpning. Även om *Costa* avsåg materiell rätt och inte processuella bestämmelser var det i detta fall som domstolens slog fast att ”den makt som utövas genom [unions]rätten kan i själva verket inte variera från en stat till en annan på grund av senare nationell lagstiftning utan att äventyra förverkligandet av de fördragsmål som avses i [EUF art. 4(3)] och utan att leda till en diskriminering som är förbjuden genom [FEUF art. 18].”¹⁴⁷ Sedan *Costa* har EU-domstolen åtskilliga gånger slagit fast att när lagstiftaren i en medlemsstat har *anpassat* den nationella lagstiftningen för rent interna situationer till den lösning som valts i unionsrätten – exempelvis för att undvika att inhemska medborgare diskrimineras, eller att det uppstår eventuella snedvridningar av konkurrensen – föreligger det ett bestämt unionsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt.¹⁴⁸ Av *Walt Wilhelm*, ett tidigt konkurrensmål, framgår att kravet på enhetlig tillämpning inte endast verkar gälla när den nationella lagstiftaren medvetet har anpassat nationell rätt efter EU-rätten utan att det finns ett krav på enhetlig tillämpning även om de nationella bestämmelserna är helt fristående från de EU-rättsliga reglerna på området. Bakgrunden i fallet var att en tysk domstol hade frågat EU-domstolen om det under ett förfarande som inletts av kommissionen var förenligt med fördraget att de nationella myndigheterna tillämpade de förbud som finns i nationella bestämmelser om konkurrensbegränsande samverkan på samma sakförhållande som det som var föremål för kommissionsförfarandet. EU-domstolen påpekade att mot bakgrund av att fördragets allmänna mål måste iakttas ”kan det inte vara tillåtet att ett nationellt rättssystem tillämpas annat än om en sådan tillämpning inte är till skada för en enhetlig tillämpning – inom hela den gemensamma marknaden – av de [unions]rättsliga reglerna om konkurrensbegränsande samverkan och för den fulla verkan av de rättsakter som antagits med tillämpning av dessa regler”.¹⁴⁹

Mot bakgrund av det ovanstående lutar jag mot att EU-domstolen inte skulle acceptera ett argument som gick ut på att även om kärandens möjligheter till en *Francovich*-talan prekluderas har EU-rättens effektivitet garanterats genom att *Francovich*-kriterierna

¹⁴⁵ SOU 1997:194 s. 134 f.

¹⁴⁶ Hos JK verkar uppfattningen vara att om käranden åberopat brott mot EU-rätten saknas det i praktiken anledning att påstå att lagstiftaren också skulle ha gjort sig skyldig till fel eller försummelse enligt SkL 3:2. Se Lambertz, *Essays on Tort*, s. 702 samt Wistrand (föredragande hos JK), ERT 2010, s. 300.

¹⁴⁷ Mål 6/64 *Costa*.

¹⁴⁸ Se bl.a. C-297/88 och C-197/89 *Dzodzi* p. 37, C-28/95 *Leur-Bloem* p. 32, C-267/99 *Adam* p. 27 och C-1/99 *Kofisa Italia* p. 32.

¹⁴⁹ Mål 14/68 *Walt Wilhelm* p. 4.

prövats indirekt genom SkL 3:2. Det är emellertid svårt att förutse hur EU-domstolen skulle se på saken. Precis som Jacobs har påpekat går det inte att kräva att domstolarna i EU:s samtliga medlemsstater med sina olika rättssystem och rättstraditioner tillämpar EU-rätten på exakt samma sätt.¹⁵⁰ Kravet på en enhetlig tillämpning måste dessutom alltid vägas mot andra, eventuellt motstående, intressen.¹⁵¹

4.2.2 Om SkL 3:7 och avvisningsbesluts rättskraft

I det följande avsnittet kommer jag att beträda ett område som egentligen ligger utanför ramarna för mitt typfall. Det kan synas osystematiskt, men i ett kapitel om effektivitetsprincipen finns det en viktig skillnad mellan en talan som prövas utifrån SkL 3:2 och en talan som prövas utifrån *Francoovich*-kriterierna som förtjänar att uppmärksammas.

För en talan enligt SkL 3:2 uppställs som tidigare nämnts ett krav i SkL 3:7 på att den omstridda lagen eller förordningen måste vara upphävd. Säg att HD i den första processen inte ogillar kändens talan enligt SkL 3:2 utan istället avvisar talan genom ett slutligt beslut på grund av att den omstridda lagen eller förordningen inte var upphävd. Om tingsrätten skulle anse att den inte kan pröva *Francoovich*-talan eftersom HD:s avvisningsbeslut åtnjuter rättskraft skulle kändens möjligheter att få talan prövad utifrån EU-rätten, som inte uppställer ett krav på att den omstridda lagen eller förordningen skall ha upphävts, prekluderas utan att någon del av talan prövats i någon instans alls.

Rättegångsbalken ger inget klart svar på frågan om vilken rättslig betydelse avvisningsbeslut egentligen har.¹⁵² RB 17:11 reglerar endast domens rättskraft och RB 17:12, som reglerar i vilken utsträckning reglerna om dom skall tillämpas på slutliga beslut, innehåller inte någon hänvisning till 17:11. Efter en objektiv tolkning av RB 17 kap. kan det därför framstå som att avvisningsbeslut saknar rättskraft.¹⁵³ Den slutsatsen håller dock endast om man begränsar studien av rättegångsbalken till RB 17 kap. Av RB 58:10 och 59:4 framgår nämligen att vad som är stadgat om resning och domvilla äger tillämpning även beträffande slutliga beslut. Eftersom extraordinära rättsmedel inte borde ha någon bäring på avgöranden som saknar rättskraft brukar dessa paragrafer tolkas som indirekta belegg för att lagstiftaren tänkt sig att rättskraft kan föreligga även vid avvisningsbeslut.¹⁵⁴ Även förarbetena till RB 58:10 pekar i denna riktning. Av motiven framgår nämligen att om rätten på grund av rättegångshinder har avvisat partens talan får rätten inte, sedan beslutet vunnit laga kraft, i ett nytt mål om samma sak ta upp den fråga som lett till avvisning.¹⁵⁵ Framförallt mot bakgrund av dessa förarbetsuttalanden är det i princip allmänt accepterat i doktrinen att avvisningsbeslut äger rättskraft, under förutsättning att den andra processen rör sig om samma sak som den första och att det rättegångshinder som föranledde avvisningsbeslutet fortfarande föreligger.¹⁵⁶

Tillämpat på mitt typfall behöver det efter avsnitten ovan förhoppningsvis inte påpekas att en talan enligt SkL 3:2 och en talan enligt *Francoovich*-kriterierna rör samma

¹⁵⁰ Se generaladvokat Jacobs förslag till avgörandet i *van Schijndel*, p. 45. Jacobs påpekar att "[e]n viss grad av divergens vad avser tillämpningen av gemenskapernas lagstiftning är emellertid oundviklig så länge det inte finns harmoniserade bestämmelser avseende rättsmedel, förfarande och tidsfrister. [...] I avsaknad av harmoniserade regler kan det endast krävas att nationella rättsmedel och rättegångsregler säkerställer ett lämpligt rättsligt skydd."

¹⁵¹ Se van Gerven, CMLRev 2000, s. 505.

¹⁵² Lindblom, Processhinder, s. 120 med hänvisning.

¹⁵³ Lindblom, Processhinder, s. 120. Notera att Lindblom använder sig av begreppet "avvisningsutslag" istället för "avvisningsbeslut". Anledningen är Lindblom menar att avvisningsbeslut är ett vidare begrepp som används även för andra typer av avgöranden än de som han diskuterar. Jag kommer emellertid att använda det mer traditionella begreppet "avvisningsbeslut".

¹⁵⁴ Lindblom, Processhinder, s. 121.

¹⁵⁵ NJA II 1943 s. 737.

¹⁵⁶ Se bl.a. Lindblom, Processhinder, s. 120 ff., Bylund, SvJT 1975, s. 337, Gärde m.fl., Nya rättegångsbalken, s. 197 och s. 862, Lindell, Civilprocessen, s. 325, Andersson, Dispositionsprincipen, s. 316 ff. samt Fitger, Rättegångsbalken, s. 17:64a.

sak.¹⁵⁷ Svårare är frågan om rättegångshindret fortfarande föreligger. Rättegångshindret i fråga bestod ju av att den aktuella lagen eller förordningen inte uppfyllde kraven i SkL 3:7 på att vara upphävd när käranden väckte talan i HD. Förutsatt att lagen eller förordningen inte har hunnit upphävas när käranden väcker talan i tingsrätten föreligger denna rättegångshindrande omständighet formellt sett ännu. Samtidigt är det faktum att lagen fortfarande är i kraft inte ett rättegångshinder i tingsrätten; *Francovich*-talan känner ju inget krav på att den EU-stridiga lagen eller förordningen skall vara upphävd. Vi finner oss alltså återigen i en situation där det är tydligt att det svenska processrättsbygget, som vilar stadigt på rättegångsbalkens regler, har svårt att hantera skadeståndslagens mer fragmentariska processuella bestämmelser.

4.3 Sammanfattning

Eftersom EU-rätten saknar en gemensam civilprocess är det upp till de svenska domstolarna att tillämpa svenska processrättsliga regler på en talan där käranden åberopar *Francovich*-kriterierna. Tillämpningen av den svenska processrätten får emellertid inte innebära att EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet träds för när.

Eftersom en talan enligt *Francovich*-kriterierna kan prövas i ett treinstansförfarande kan forumregeln som utgångspunkt inte sägas behandla en EU-rättslig talan sämre än en skadeståndstalan enligt SkL 3:2. Det faktum att en kärandes möjlighet att väcka en andra talan enligt *Francovich*-kriterierna prekluderas efter den första processen i HD, medan en kärandes möjlighet att väcka en andra talan enligt SkL 3:2 efter det att tingsrätten prövat *Francovich*-talan inte prekluderas, kan emellertid vara svårt att förena med likvärdighetsprincipen.

Vad gäller effektivitetsprincipen är den akuta frågan huruvida EU-rätten kräver att en kärende får sin talan prövad explicit utifrån de EU-rättsliga skadeståndskriterierna. Eftersom överlappningen mellan *Francovich*-kriterierna och rekvisiten i SkL 3:2 verkar vara relativt stor kan käranden sägas ha fått sin EU-rättsliga talan prövad indirekt i samband med prövningen av SkL 3:2. EU-domstolens krav på EU-rättens enhetliga tillämpning talar emellertid emot att ett sådant resonemang skulle godkännas.

Effektivitetsprincipen kan också utgöra ett hinder mot att ett avvisningsbeslut enligt SkL 3:7 tillerkänns rättskraft eftersom rättskraften hos ett sådant avvisningsbeslut skulle kunna förhindra en prövning enligt *Francovich*-kriterierna, trots att *Francovich*-kriterierna inte innehåller något motsvarande krav på att den aktuella lagen eller förordningen måste vara upphävd.

¹⁵⁷ Se NJA 1982 s. 210 där HD ansåg att ett beslut varigenom en kvittningsinvändning avvisats på grund av skiljeavtal mellan parterna utgjorde hinder mot en ny talan rörande samma sak. Att käranden i den andra processen hade använt en annan rättslig klassificering av talan än i den första processen spelade ingen roll.

5 DE SVENSKA DOMSTOLARNAS SKYLDIGHETER ATT HANTERA EU-RÄTTENS KRAV PÅ EFFEKTIVITET OCH LIKVÄRDIGHET

Eftersom det är så svårt att på förhand avgöra huruvida EU-domstolen skulle anse att situationen i mitt typfall är förenlig med likvärdighets- och effektivitetsprinciperna är det också mycket svårt att uttala sig om hur de svenska domstolarna skall förhålla sig till situationen. Men förutsatt att likvärdighets- och effektivitetsprincipen faktiskt kan utgöra hinder för den rådande regleringen aktualiseras i ljuset av det ovanstående två frågor för de svenska domstolarnas del. Den första frågan är om HD i samband med att den prövar en talan enligt SkL 3:2 eller avvisar en talan enligt SkL 3:7 har en skyldighet att ex officio pröva talan även utifrån *Francovich*-kriterierna i syfte att försäkra att talan prövas även utifrån EU-rättens skadeståndsregler. Den andra frågan är om en tingsrätt, förutsatt att HD har ogillat kändens talan enligt SkL 3:2 och *inte* har prövat talan utifrån *Francovich*-kriterierna, alternativt om HD har avvisat kändens talan enligt SkL 3:2 med en hänvisning till SkL 3:7 och avvisningsbeslutet inte har föregåtts av en prövning av *Francovich*-kriterierna, har en skyldighet att åsidosätta de svenska rättskraftsreglerna i syfte att försäkra att talan prövas utifrån EU-rättens skadeståndsregler.

5.1 Högsta domstolens skyldigheter

5.1.1 När en talan enligt SkL 3:2 ogillas

I *van Schijndel* slog EU-domstolen fast att om de nationella domstolarna har en *skyldighet* att ex officio komplettera rättsliga grunder som stöds av interna bestämmelser av tvingande beskaffenhet som inte har framförts av parterna, föreligger en sådan skyldighet även då det är fråga om tvingande unionsbestämmelser.¹⁵⁸ Men EU-domstolen förklarade även att om de nationella domstolarna endast har en *möjlighet* att ex officio tillämpa den tvingande rättsregeln åligger det dem ändå, i enlighet med den samarbetsprincip som fastställs i nuvarande EUF art. 4(3), att säkerställa de enskildas rättsskydd som följer av den direkta effekt som bestämmelserna i unionsrätten har.¹⁵⁹ Kravet på nationella domstolar att ex officio beakta unionsrätten aktualiseras dock endast under förutsättning att två rekvisit är uppfyllda. För det första måste den regel som parterna inte åberopat men som skulle kunna tillämpas på fallet vara av tvingande natur. För det andra har domstolen endast en sådan skyldighet om den enligt nationell rätt *får* tillämpa icke-åberopade rättsregler.¹⁶⁰

Enligt svensk rätt får domstolarna tillämpa alternativa rättsregler ex officio, även om Lindell är en stark förespråkare för att de inte bör göra det när de rättsregler som åbe-

¹⁵⁸ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 13. I C-312/93 *Peterbroeck* blev utgången emellertid en annan än i *van Schijndel*. EU-domstolen ansåg där att den belgiska domstolen hade en skyldighet att åsidosätta en nationell regel som innebar att domstolen efter en tidsfrist på sextio dagar inte självmant fick beakta rättsregler som inte åberopats av parterna. EU-domstolen förklarade att tidsfristen i sig inte utgjorde något problem i effektivitetshänseende men att vissa andra omständigheter i fallet medförde att den nationella domstolen hade en skyldighet att ex officio beakta EU-rättsliga bestämmelser.

¹⁵⁹ C-430/93 och C-431/93 *van Schijndel* p. 14.

¹⁶⁰ Det framgår inte helt klart av *van Schijndel* huruvida den nederländska civilprocessrätten fullt ut erkände principen om *jura novit curia*; tvärtom verkar det som att de nederländska domstolarna hade en skyldighet att förbli passiva i tvistemål och att de inte fick gå utöver tvistens ramar såsom dessa hade angivits av parterna. De fick inte heller basera sin dom på andra uppgifter och omständigheter än de på vilka den part i tvisten som hade intresse av att bestämmelserna i fördraget tillämpas hade grundat sitt yrkande. Under sådana omständigheter ansåg EU-domstolen inte att effektivitetsprincipen krävde att de nederländska domstolarna skulle tvingas tillämpa EU-rättsliga bestämmelser som inte åberopats, se *van Schijndel* p. 19-22.

ropats framstår som ett uttryck för parternas medvetna val.¹⁶¹ Enligt min mening framstår det därför som klart att EU-domstolens uttalande i *van Schijndel* innebär att HD, som ju erkänner principen om *jura novit curia* och får tillämpa även sådana rättsregler som inte åberopats av parterna,¹⁶² har en skyldighet att ex officio beakta *Francovich*-kriterierna i samband med att en talan prövas utifrån SkL 3:2.¹⁶³ Mot detta kan anföras att HD enligt dispositionsprincipen och RB 17:3 inte får döma över något som parterna inte har åberopat, men så länge de faktiska omständigheterna är desamma är HD fri att pröva skadeståndstalan utifrån *Francovich*-kriterierna. Håkan Andersson har påpekat att eftersom det i förarbetena till skadeståndslagen tydligt markeras att den privilegierade forumregeln i SkL 3:10 för talan enligt SkL 3:2 skall läsas motsatsvis avseende andra ansvarsgrunder än SkL 3:2,¹⁶⁴ bör en analog tillämpning inte förordas utan den enda möjliga lösningen är lagändring.¹⁶⁵ Trots att jag håller med Andersson om att en lagändring är den bästa lösningen ändrar inte det på det faktum att uttalanden i svenska förarbeten inte har någon större tyngd om de ställs mot en EU-rättslig skyldighet.

Även om HD aldrig har behandlat ett fall där såväl SkL 3:2 som *Francovich*-kriterierna har aktualiserats framgår det av de rättsfall som behandlades i kap. 2 ovan att HD generellt sett visat viss flexibilitet rörande möjligheten att få sådana delar av talan som inte faller inom ramarna för SkL 3:2 prövade i HD.¹⁶⁶ Att konstatera att *van Schijndel*-avgörandet kan innebära att HD är *skyldig* att visa en sådan flexibilitet framstår därför inte som speciellt ingripande.

5.1.2 När en talan enligt SkL 3:2 avvisas

Om det förefaller oproblematiskt och relativt smärtfritt att föreslå att HD har en skyldighet att i samband med en prövning av SkL 3:2 samtidigt ex officio pröva talan mot *Francovich*-kriterierna framstår det som desto mer ingripande att föreslå att HD i samband med en avvisning enligt SkL 3:7 har en skyldighet att ex officio genomföra en materiell prövning av *Francovich*-kriterierna. En sådan skyldighet skulle nämligen innebära att kärandens skadeståndstalan *måste* prövas två gånger; HD kan ju inte göra sig behörig att

¹⁶¹ Lindell menar att eftersom domstolen skulle vara skyldig att stadfästa en förlikning som innehåller avsevärt oriktiga kvalificeringar bör den inte heller ex officio söka efter den kvalificering som domstolen anser vara ”riktig”, se Lindell, Processuell preklusion, s. 285.

¹⁶² Enligt RB 42:8 är rätten under förberedelsen skyldig att, allt efter målets beskaffenhet, verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Rätten skall vidare genom frågor och påpekanden försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar. Under huvudförhandlingen består skyldigheten enligt RB 43:2 st. 2 av att rätten skall se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Vidare skall rätten även under huvudförhandlingen genom frågor och påpekanden försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.

¹⁶³ Se även Andersson, Dispositionsprincipen, s. 432.

¹⁶⁴ Se prop. 1972:5 s. 552 f.

¹⁶⁵ Andersson, Infotorg 19 januari 2011.

¹⁶⁶ I NJA 2003 s. 263 visade HD att om det fanns en risk att handlande från någon av de aktörer som enligt SkL 3:2 *måste* prövas i HD kommer att prövas i fallet bör HD ta upp hela talan. Fallet går inte att översätta direkt till mitt typfall, som ju hela tiden rör samma aktörer, men fallet visar på en viss flexibilitet från HD:s sida. NJA 2009 s. 862 är desto mer relevant. Av det fallet framgår att om käranden i tingsrätten åberopar såväl SkL 3:2 som skadeståndsskyldighet enligt Europakonventionen skall talan avvisas. Tingsrätten är nämligen obehörig att pröva en talan där SkL 3:2 åberopas och det som blir kvar efter avvisandet, det vill säga den delen av talan som avser skadeståndsskyldighet enligt Europakonventionen, kan inte prövas självständigt i tingsrätten. HD förklarade istället att det faktum att kärandena ”dessutom hävdar att de kan grunda sina anspråk direkt på artikel 13 i Europakonventionen hindrar inte att HD är behörig att pröva talan i dess helhet.” Det betyder att den kärande som väcker talan direkt i HD och förutom SkL 3:2 åberopar skadestånd enligt Europakonventionen kan få hela sin talan prövad direkt i HD. Men när samma kärande i NJA 2009 s. 873 återkom till HD med en talan där han åberopade såväl SkL 3:2 som Europakonventionen villkorade HD sitt tidigare uttalande. HD kom då nämligen fram till att HD som första instans inte kan pröva skadestånd enligt Europakonventionen om det rör en skadetyper som inte återfinns i skadeståndslagen. I ett obiter dictum förklarade domstolen emellertid att saken hade kunnat få en annan utgång om det hade rört sig om *samma* skadetyper.

pröva den svenska delen av talan så länge den omstridda lagen eller förordningen är i kraft. Denna lösning kan knappast anses vara processekonomiskt tilltalande.

HD skulle förstås kunna argumentera för att avvisningsbeslutet inte borde ha rättskraft avseende *Francovich*-talan och således ”överlämna” problemet till tingsrätten. Det bör dock noteras att när HD ställs inför en fråga om giltigheten eller tolkningen av *Francovich*-kriterierna och effektivitetsprincipens räckvidd har HD, till skillnad från tingsrätten, inte bara en möjlighet utan en skyldighet enligt FEUF art. 267 att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Om HD genom sitt avgörande skulle begära en överträdelse av unionsrätten skulle HD, genom *Köbler*-formulan, dessutom kunna ådra svenska staten skadeståndsansvar gentemot den kärende som fått sina EU-rättsliga rättigheter kränkta.¹⁶⁷

5.2 Tingsrättens skyldigheter

5.2.1 När en talan enligt SkL 3:2 har ogillats

Om HD inte prövar den första talan enligt SkL 3:2 utifrån *Francovich*-kriterierna, antingen eftersom kärenden inte åberopat *Francovich*-kriterierna och domstolen inte ex officio tillämnat EU-rätten eller eftersom HD trots att kärenden har åberopat EU-rätten inte ansåg det lämpligt att *Francovich*-kriterierna prövas av HD som första instans, utgör det första avgörandets rättskraft ett hinder mot att väcka en *Francovich*-talan i tingsrätten.¹⁶⁸ Kräver effektivitetsprincipen i sådana fall att tingsrätten åsidosätter de svenska rättskraftsreglerna i syfte att försäkra att talan prövas utifrån EU-rättens skadeståndsregler?

Frågan är påtagligt svår att besvara. EU-domstolen har i flera fall betonat betydelsen av EU-rättens enhetliga tillämpning, men av EU-domstolens praxis framgår samtidigt att domstolen som utgångspunkt erkänner att regler om rättskraft äger stor betydelse i såväl unionsrätten som i de nationella rättsordningarna.¹⁶⁹ För att säkerställa såväl en stabil rättsordning och stabila rättsförhållanden som en god rättskipning har EU-domstolen ansett det viktigt att domstolsavgöranden som vunnit laga kraft, efter det att tillgängliga rättsmedel har uttömts eller fristerna för dessa har löpt ut, inte längre kan angripas. Av EU-domstolens uttalanden i exempelvis *Eco Swiss*, *Köbler*, *Kühne & Heitz* och *Kapferer*¹⁷⁰ framgår därför att EU-rätten sällan kräver att nationella regler om res judicata åsidosätts. Frågan om när, och under vilka förutsättningar, som nationella regler om res judicata kan behöva åsidosättas är dock, som Lindholm har konstaterat, till stor del obesvarad.¹⁷¹ EU-domstolens uttalanden om effektivitetsprincipens omfattning är ofta påtagligt kasuistiska, och ibland till och med inbördes motstridiga.¹⁷² Det kan därför ifrågasättas om det alls är möjligt att försöka förutspå hur EU-domstolen skulle tillämpa effektivitetsprincipen i det här aktuella fallet. Men av den ursprungliga formuleringen i *Rewe*¹⁷³ och *Comet*¹⁷⁴ framgår det tydligt att effektivitetsprincipen skall tillämpas på *samtliga* nationella procedurregler.

Tingsrätten skulle kunna lösa problemet genom att begära ett förhandsavgörande enligt FEUF art. 267, något som tingsrätten har en möjlighet men inte en skyldighet att

¹⁶⁷ C-224/01 *Köbler*.

¹⁶⁸ Om HD skulle ha *bifallit* kärendens talan i den första processen finns det förstås knappast någon anledning att kräva att samma talan skall prövas en gång till. För det första lär kärenden i det fallet inte längre uppfylla kravet på att det skall existera en skada, och för det andra skulle kärenden i så fall kunna hamna i en position där han eller hon gjorde en obehörig vinst på statens bekostnad.

¹⁶⁹ Groussot och Minssen, ERT 2007, s. 546.

¹⁷⁰ C-126/97 *Eco Swiss*, p. 46, C-224/01 *Köbler*, p. 38, C-453/00 *Kühne & Heitz*, p. 24 och C-234/04 *Kapferer*, p. 20.

¹⁷¹ Lindholm, State Procedure and Union Rights, s. 141.

¹⁷² Södergren, Vem dömer i gråzonen?, s. 228.

¹⁷³ Mål 33/76 *Rewe*.

¹⁷⁴ Mål 45/76 *Comet*.

göra. För de fall tingsrätten väljer att inte begära ett förhandsavgörande går det förstås att komma runt problemet genom att hävda att en skadeståndstalan där käranden åberopar *Francovich*-kriterierna *inte är samma sak* som en skadeståndstalan där käranden åberopar SkL 3:2, oaktat att det faktiskt rör sig om samma konkreta rättsfakta. En sådan lösning skulle visserligen få samma effekt som om tingsrätten väljer att explicit åsidosätta det första avgörandets rättskraft, det vill säga det skulle göra våld på principen att sakens identitet inte kan bestämmas utifrån vilka rättsregler som åberopas, men den skulle möjligtvis kunna utmålas som mindre ingripande. EU-rättens krav på effektivitet skulle då tillgodoses, men det skulle vara på bekostnad av den traditionella svenska synen på vad som utgör samma sak.

5.2.2 När en talan enligt SkL 3:2 har avvisats

Som Torbjörn Andersson konstaterat förefaller det orimligt att laborera med skilda rättskraftsläror beroende på om det första avgörandet föregåtts av en officialprövning av EU-rättsliga regler.¹⁷⁵ För de fall HD inte genomfört en materiell prövning av talan mot *Francovich*-kriterierna i samband med en avvisning enligt SkL 3:7 vore det därför olämpligt för tingsrätten att utgå från frågan om officialprövning ägt rum för att därefter avgöra om avvisningsbeslutet bör tillerkännas rättskraft eller ej. Tingsrättens problem med avvisningsbeslutets rättskraft kan emellertid eventuellt lösas med hjälp av de klassiska rättskraftsgenombrottsverktygen. Det synes vara accepterat i såväl doktrin som praxis att ett avvisningsbeslut kan undanröjas, trots att den andra talan rör samma sak och rättegångshindret fortfarande existerar, under förutsättning att nya omständigheter, så kallade *facta supervenientia*, föreligger.¹⁷⁶ Den relevanta frågan blir således vad som utgör *facta supervenientia*.

Inom doktrinen har Lindblom förespråkat en vid tolkning av vad som kan utgöra ett *factum superveniens*.¹⁷⁷ Om käranden väcker talan vid fel forum och talan därför avvisas menar Lindblom att det faktum att behörig domstol i en senare process kan ta upp talan inte beror på att avvisningsbeslutet saknar rättskraft utan på att det har inträtt en ny omständighet – ett *factum superveniens* – som inte omfattas av det första avgörandets rättskraft.¹⁷⁸ I mitt typfall har kärandens talan inte avvisats på grund av att den väckts vid fel forum. Forumvalet var rätt, men alla de omständigheter som krävs för att HD skall kunna pröva en talan enligt SkL 3:2 förelåg inte. Lindbloms tolkning av behörig domstol som ett *factum superveniens* ger därför ingen direkt vägledning. Exemplet visar emellertid att avvisningsbeslutets rättskraft, i alla fall med Lindbloms synsätt, kan vara begränsad till den obehöriga domstolen och att en talan som väcks på ”rätt sätt” inte drabbas av rättskraften. Det går också att dra paralleller mellan mitt typfall och en situation där käranden i den första processen yrkat på betalning men fått sin talan ogillad eftersom fordringen ännu inte var förfallen. Eftersom rättskraften inskränker sig till den brist, som föranledde ogillandet kan käranden, när förfalldagen väl inträtt, fortfarande väcka talan och yrka på betalning. Om rättskraften hos ett avvisningsbeslut på liknande sätt inskränker sig till den brist som föranledde avvisningen bör käranden kunna väcka en andra talan i en domstol där ”bristen inte utgör en brist”.

Även om processrätten per definition är ett formalistiskt rättsområde där det faktum att en viss tolkning leder till omständliga resultat inte alltid är ett argument mot till-

¹⁷⁵ Andersson, Dispositionsprincipen, s. 315.

¹⁷⁶ Se bl.a. Lindblom, Processhinder, s. 127 ff., Andersson, Dispositionsprincipen, s. 317 ff., Fitger, Rättegångsbalken, s. 17:64b, Bylund SvJT 1975 s. 339 f. och NJA 1982 s. 210.

¹⁷⁷ Det hänger samman med att Lindblom menar att samma ändamålsskäl som gör sig gällande vid bedömning av en ogillande doms rättskraft kan användas vid ett avvisningsbeslut, utan att det medför någon förändring av gällande rätt. Han förespråkar därför i princip likformig rättskraft för avvisningsbeslut och ogillande dom, något som kräver att alla undantag pressas in under begreppet *facta supervenientia*, se Lindblom, Processhinder, s. 158.

¹⁷⁸ Lindblom, Processhinder, s. 127.

lämpningen av densamma,¹⁷⁹ framstår det mot bakgrund av det ovanstående som att det skulle krävas en något formalistisk tolkning av avvisningsbesluts rättskraft för att tingsrätten skulle komma fram till att den inte kan pröva *Francovich*-talan så länge den aktuella lagen eller förordningen är i kraft. Vad gäller avvisningsbeslut kan därför konstateras att tingsrätten i princip endast har en skyldighet att inte vara överdrivet formalistisk i sin tolkning av rättskraftsläran.

5.3 Sammanfattning

Det är mycket svårt att uttala sig om hur de svenska domstolarna skall hantera EU-rättens krav på likvärdighet och effektivitet i ett fall som mitt typfall, men de behöver på något sätt förhålla sig till vissa parametrar. För HD:s del är det inte speciellt problematiskt att förorda att HD i samband med prövningen av SkL 3:2 även prövar talan utifrån *Francovich*-kriterierna. Vad gäller avvisningsbesluten enligt SkL 3:7 framstår det som mer problematiskt att förorda att dessa skall föregås av en materiell prövning av *Francovich*-kriterierna, då en sådan lösning skulle leda till att karendens talan måste prövas två gånger. Eftersom HD genom ett avgörande som kränker karendens EU-rättsliga rättigheter skulle kunna ådra Sverige (ytterligare) skadeståndsansvar framstår det som lämpligt att i en sådan situation begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Genom att hänskjuta fallet till Luxemburg skulle HD visserligen riskera att öka rättegångskostnaderna för det enskilda målet, men det skulle å andra sidan leda till klarhet för framtiden.

Om HD har ogillat karendens talan enligt SkL 3:2 och inte prövat talan utifrån *Francovich*-kriterierna behöver tingsrätten ta ställning till huruvida den skall acceptera det första avgörandets rättskraft. Då EU-domstolens praxis visar att EU-rätten sällan kräver att nationella regler om *res judicata* åsidosätts men samtidigt inte ger klara besked om under vilka förutsättningar effektivitetsprincipen faktiskt kräver att så sker är det svårt att förutsäga vilka krav EU-domstolen skulle ställa på tingsrätten. För att få bukt med ovissheten skulle tingsrätten kunna begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Därutöver har tingsrätten möjlighet att komma runt problemet genom att hävda att den andra talan enligt *Francovich*-kriterierna inte rör samma sak som den första talan enligt SkL 3:2. Godtagandet att sådant resonemang skulle emellertid innebära att tingsrätten överger den traditionella svenska rättskraftsläran, där sakens identitet aldrig bestäms utifrån de rättsregler som åberopas.

Om HD har avvisat karendens talan med hänvisning till SkL 3:7 kan tingsrätten troligtvis lösa problemet med avvisningsbeslutets rättskraft genom att inte göra en överdrivet formalistisk tolkning av rättskraftsläran och kravet på att rättegångshindret fortfarande skall föreligga.

¹⁷⁹ Se Lindblom, JFT 1998, s. 300 f.

6 LAGSTIFTARENS VALMÖJLIGHETER

6.1 Generella överväganden vid forumreglering

Som framgått i föregående kapitel är det svårt att förutsäga hur EU-domstolen skulle ställa sig till ett fall som mitt typfall. Det kan vara så att domstolen skulle mena att principen om *res judicata* har så stor tyngd att den inte kan åsidosättas endast på grund av det faktum att en kändare som av någon anledning inte åberopat *Francois*-kriterierna i den första processen annars riskerar att lida en rättsförlust. Käranden kanske helt enkelt får stå sitt kast för sin bristande planering av processen. Det oaktat menar jag att redogörelsen ovan tydligt visar att den nuvarande regleringen inte är optimal. Om inte annat så är bestämmelser som kräver ett förfarande med flera på varandra följande processer avseende samma skada knappast godtagbara ur ett processekonomiskt perspektiv. I det här kapitlet kommer jag därför att behandla hur lagstiftaren kan åtgärda de ovan redovisade problemen. Innan jag går in på de två huvudalternativ som står lagstiftaren till buds är det emellertid på sin plats att reflektera över vilka ändamål som generellt sett behövs tillgodoses vid utformandet av forumregler.

Den svenska forumregleringen vilar på ett antal, ibland motstridiga, ändamålsskäl.¹⁸⁰ Ur en domstolsadministrativ synvinkel är det förstås viktigt att målen fördelas någorlunda jämnt mellan landets underrätter. Mål bör dessutom tas upp av den domstol där handläggningen medför den minsta arbetsbördan för domstolen, och det är om möjligt ännu viktigare att ett mål tas upp av en domstol där parterna med lätthet kan inställa sig och bevisningen på billigast och säkrast sätt kan föras. Forumreglerna bör dessutom vara utformade på ett sätt som gör att käranden utan svårighet kan avgöra var han eller hon skall väcka talan, på samma sätt som svaranden och domaren lätt skall kunna bedöma om talan har väckts i rätt forum eller inte.¹⁸¹ Till detta kommer förstås att innan forumregeln i SkL 3:10 ändras bör lagstiftaren överväga om de ändamålssynpunkter som föranledde att bestämmelsen en gång infördes fortfarande har samma bäring eller ej. Precis som Lindblom har påpekat är lagstiftaren vid utformandet av en lagändring dock inte bunden av den nuvarande systematiken, och även om det kan vara bra att eftersträva en systematisk samklang med övriga regler inom rättsområdet, i det här fallet processrätten och skadeståndsrätten, kan lagstiftaren ibland tvingas att överge sådana hänsyn med hänvisning till de internationella normer som lagstiftaren tidigare förbundit sig att respektera.¹⁸²

6.2 Ändra forumregeln så att den även omfattar en talan på EU-rättslig grund

Det har föreslagits att forumregeln i SkL 3:10 kompletteras med ett andra stycke där det påpekas att det som har sagts i paragrafens första stycke även gäller vid en skadeståndstalan på EU-rättslig grund.¹⁸³ Det är detta alternativ som jag nu kommer att undersöka närmare.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Lindblom, JFT 1998, s. 270.

¹⁸¹ Ekelöf, Rättegång II, s. 20.

¹⁸² Lindblom, SvJT 2000, s. 118.

¹⁸³ Se SOU 1997:194 s. 23 och 150. Förslaget kombinerades med en liten testballong där utredningen luftade tanken att praktiska överväganden skulle kunna motivera att HD får avgöra om rätt till ersättning föreligger men att målet därefter hänskjuts till underrätt som får avgöra ersättningens närmare omfattning. Förslaget fick dock kritik från en del remissinstanser, främst JK och HD, bland annat med motiveringen att HD skulle få en olämplig arbetsbelastning, se JK:s yttrande dnr 1154-98-80. Utredningens förslag ledde aldrig till någon lagändring.

¹⁸⁴ Rent lagstiftningstekniskt skulle resultatet förstås bli detsamma om SkL 3:2 ändrades så att den paragrafen även omfattade en talan enligt *Francois*-kriterierna, se exempelvis Andersson, Infotorg 19 januari

Genom att komplettera forumregeln i SkL 3:10 så att den även omfattar mål där käranden åberopat EU-rättens skadeståndsregler skulle man respektera de motivuttalanden om principen om forum privilegiatum som en gång anfördes som argument för införandet av forumregeln. Men eftersom forumregeln utformats med hänvisning till bestämmelserna i RB 2:2 och 3:3 om domares brott i tjänsten menar jag att det är nödvändigt att ställa frågan hur stark den principiella kopplingen mellan reglerna om å ena sidan brottmålsforum och å andra sidan skadeståndsforum för anspråk där SkL 3:2 åberopas egentligen är, speciellt när käranden *inte* gör gällande att någon av de i RB 2:2 eller 3:3 utpekade personkategorierna har vållat skadan genom brott.¹⁸⁵ När det inte alls föreligger någon anknytning mellan brott och skadestånd kan principen om forum privilegiatum knappast anses utgöra övertygande skäl för att skadeståndsanspråk mot staten behandlas i ett visst forum.

Det andra argumentet som i samband med skadeståndslagens tillkomst anfördes som stöd för införandet av forumregeln, det vill säga att instansordningens princip måste respekteras och att det inte är lämpligt att en underinstans skadeståndsvägen prövar riktigheten av ett avgörande från högre instans, kan vid första anblick synas övertygande än idag. Men som jag ser det är det viktigt att komma ihåg att EU-rättens frammarsch i den processrättsliga terrängen har inneburit att principen om instansordningen sedan länge har urholkats. Under förutsättning att käranden åberopar EU-rättsliga skadeståndsregler kan avgöranden från HD, Högsta förvaltningsdomstolen och hovrätterna numera prövas i vilken tingsrätt som helst. Är det då verkligen motiverat att idag, när tingsrätterna i över femton års tid har kunnat göra denna typ av bedömningar, ändra forumregeln i SkL 3:10 så att alla skadeståndsanspråk mot staten skall väckas i HD? Jag menar att så knappast kan vara fallet, inte minst eftersom en sådan komplettering av forumregeln skulle komma att innebära en ökad arbetsbelastning för HD. Det är självfallet svårt att spå i hur många fler skadeståndsfall som skulle komma att hamna i Bondeska palatset,¹⁸⁶ men det skulle säkerligen innebära någon form av ökning och, vad värre är, det skulle vara en ökning av fall som inte nödvändigtvis har något prejudikatintresse.

Som tidigare konstaterats var det egentligen endast HD:s integritet som forumregeln avsåg att skydda; regeringen, riksdagen och Högsta förvaltningsdomstolen inkluderades främst av praktiska skäl. Ett alternativ skulle därför kunna vara att endast upphäva forumregeln avseende beslut av regeringen, riksdagen och eventuellt Högsta förvaltningsdomstolen och även fortsättningsvis respektera HD:s position som högsta allmänna domstol. Den enskilde som vill väcka talan med anledning av ett normbeslut från riksdagen eller regeringen skulle då kunna få sin talan prövad i tingsrätten, oavsett vilka rättsregler han eller hon valt att åberopa. Den enskilde som vill väcka talan med anledning av ett beslut från HD skulle emellertid fortfarande vara tvungen att väcka skadeståndstalan direkt i HD. Även om det inte påverkar mitt typfall går det att ifrågasätta lämpligheten i en sådan lösning, speciellt om man betänker att en kärande som

2011. Den lösningen diskuterades i betänkandet om det allmännas ansvar vid överträdelse av EU-rätten, men utredningen ansåg att eftersom det ännu rådde osäkerhet om det EU-rättsliga skadeståndsansvarets exakta omfattning var det inte meningsfullt att eftersträva en bättre överensstämmelse än den som redan fanns, se SOU 1997:194 s. 145.

¹⁸⁵ Se JK:s skrivelse dnr 4199-99-22, s. 12.

¹⁸⁶ Av JK:s yttrande dnr 1154-98-80 framgår att vid tidpunkten för yttrandet (augusti 1998) hade brist vid genomförandet av lönegarantidirektivet föranlett drygt 250 skadeståndsanspråk och en ifrågasatt överträdelse av mineraloljedirektivet hade föranlett drygt 700 anspråk från enskilda. Dåvarande JK Göran Lambertz konstaterade år 2004 att *Francois*-kriterierna tillämpats i flera fall, vilket inneburit att staten behövt betala ut skadestånd för överträdelse av EU-rätten. Han konstaterade vidare att ärenden där skadestånd har utdelats inom ramen för statens frivilliga skadereglering, vilket framförallt syftar på JK:s skadereglerande verksamhet, dessutom är mångdubbelt fler. Han påpekade emellertid också att även om EU-rätten fortsätter att spela en viktig roll när det gäller statens skadeståndsansvar har den storm av EU-rättsliga skadeståndsfrågor som blåste fram över Sverige de första åren efter EU-inträdet lagt sig, se Lambertz, JT 2004/05, s. 8.

väcker talan och åberopar kumulerade fel från flera instanser fortfarande skulle kunna tvingas föra flera processer om samma skadeståndstalan.

Mot bakgrund av det ovanstående tror jag inte på en lösning där forumregeln i SkL 3:10 ändras för att omfatta mål där EU-rättsliga skadeståndsregler aktualiserats. Jag kommer därför nu att undersöka det andra alternativet: att avskaffa forumregeln i SkL 3:10 helt och hållet.

6.3 Avskaffa forumregeln i SkL 3:10

I betänkandet angående den svenska regleringen av det allmännas skadeståndsansvar enligt Europakonventionen, som publicerades i december 2010, föreslår utredningen att statens överträdelse av Europakonventionen skall föras in som en ny skadeståndsgrund i en ny paragraf i skadeståndslagen. Utredningen konstaterar att forumregeln i SkL 3:10 endast omfattar en talan enligt SkL 3:2 och att den skadeståndsregel som utredningen föreslår därför inte kommer att falla under forumregeln. Utredningen konstaterar emellertid också att forumregeln kan orsaka problem när käranden i sin skadeståndstalan åberopar *både* Europakonventionen och bestämmelsen i SkL 3:2 och föreslår, som nämndes i uppsatsens inledning, mot bakgrund av detta att forumregeln i SkL 3:10 avskaffas helt.¹⁸⁷ Det bör noteras att utredningen rör statens skadeståndsskyldighet för överträdelse av Europakonventionen, vilket på flera sätt skiljer sig från statens skadeståndsskyldighet för överträdelse av EU-rätten. Det bör också noteras att när det i betänkandet talas om att en talan förs på en viss grund avses uppenbarligen de rättsregler, de abstrakta rättsfakta, som käranden åberopat och inte de konkreta rättsfakta som utgör omständigheterna som föranlett skadeståndsskyldigheten.¹⁸⁸ Utredningen gör alltså inte den åtskillnad mellan konkreta och abstrakta rättsfakta som jag menar är nödvändig för att forumregelns konsekvenser skall kunna förstås. Det till trots är resonemangen i betänkandet intressanta, inte minst eftersom utredningen på ett mer generellt plan undersöker vilken bärkraft de skäl som en gång anfördes i motiven till forumregeln har idag.

Utredningen konstaterar i betänkandet att ”forumregeln kan sägas minska den enskildes möjligheter att få skadeståndsanspråk mot staten prövade av domstol på ett effektivt och ändamålsenligt sätt som inte är alltför ekonomiskt kännbart för honom eller henne.”¹⁸⁹ Enligt utredningen eftersträvas därför en praktisk, enkel och lättfattlig lösning som passar in i det processuella systemet och som beaktar konstitutionella aspekter. Utredningen konstaterar att ”utgångspunkten bör vara att forumreglerna utformas så att talan om ersättning som grundas på någon av bestämmelserna i skadeståndslagen – inklusive den föreslagna regeln för konventionsöverträdelse – det unionsrättsliga skadeståndsinstitutet eller på annan grund handläggs i samma rättegång.”¹⁹⁰

Att anspråk mot staten handläggs i tingsrätten i en och samma rättegång och alternativa skadeorsaker därmed prövas vid ett och samma tillfälle innebär fördelar ur ett processekonomiskt perspektiv. Men det innebär också att den skadelidande får tillgång till ett treinstanssystem och en möjlighet att begära omprövning av underinstansens avgörande, något som får sägas vara av betydelse ur rättssäkerhetssynpunkt.¹⁹¹ Det ligger dessutom i linje med processrättsreformen ”En modernare rättegång” som infördes år 2008. En av reformens huvudlinjer var ju att processens tyngdpunkt bör ligga i första

¹⁸⁷ SOU 2010:87 s. 449.

¹⁸⁸ Se SOU 2010:87 s. 455 där utredningen konstaterar att ”de omständigheter som ligger till grund för prövningen enligt 3 kap. 2 § SkL respektive [den föreslagna regeln] till stor del kan antas vara desamma”. Utredningen går emellertid inte vidare med frågan vad det faktum att omständigheterna, i alla fall till stor del, är desamma kan ha för processrättsliga komplikationer.

¹⁸⁹ SOU 2010:87 s. 455.

¹⁹⁰ SOU 2010:87 s. 456.

¹⁹¹ Se SOU 2010:87 s. 457. Även Lambertz har föreslagit att lagstiftaren bör upphäva forumregeln, se Lambertz, JT 2004/05, s. 5. Jmf. dock Andersson, Infotorg 19 januari 2011.

instans och att hovrättens främsta uppgift bör vara att kontrollera att de tingsrättsavgöranden som överklagas är riktiga samt rätta till eventuella felaktigheter.¹⁹²

Ett annat argument för att tingsrätterna skall kunna anses tillräckligt konstitutionellt pålitliga för att hantera skadeståndsanspråk mot staten är att det faktiskt inte finns någon särskild forumregel för laglighetsprövning enligt RF 11:14. I såväl RF-fallen som skadeståndsfällen är ju den yttersta frågan om regeringen eller riksdagen har överskridit de rättsliga ramarna för sin verksamhet.¹⁹³ Paralleller till de senaste femton årens diskussion om uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 är intressant av flera skäl. Det går nämligen att argumentera för att den svenska lagstiftaren visserligen skall respektera EU-rätten men att vi för den sakens skull inte behöver avskaffa förhärskande principer inom de områden som inte täcks av medlemskapet. Annorlunda uttryckt, det finns ingen anledning att slänga ut barnet med badvattnet. Fram till januari 2011 hade svensk rätt faktiskt två parallella lagprövningssystem där den domare som skulle avgöra om en svensk lag var grundlagsstridig och därför inte skulle tillämpas i det konkreta fallet var tvungen att överväga om felet ifråga var uppenbart, medan den domare som skulle avgöra om en svensk lag stred mot någon av EU:s rättsakter inte skulle göra någon sådan bedömning. Efter många års trogen tjänst avskaffades uppenbarhetsrekvisitet emellertid i januari 2011. Argumentet att den svenska lagstiftaren skall värna svenska rättsliga traditioner och motstå påtryckningar att strömlinjeforma den svenska rätten till en mer europeisk rätt är i min mening därför inte lika kraftfullt idag. Tvärtom går vi mot en ökad anpassning till EU-rätten, även inom områden som för femton år sedan ansågs ligga långt utom räckhåll för EU och dess domstol.

Mot bakgrund av det ovanstående menar jag att den bästa lösningen är att avskaffa forumregeln i SkL 3:10 helt och hållet och därmed tillerkänna tingsrätterna behörighet att pröva skadeståndstalan med anledning av fel eller försummelse i de högsta instansernas verksamhet.

6.4 Sammanfattning

Lagstiftaren bör vid utformningen av forumregler ta hänsyn till såväl praktiska aspekter (de olika domstolarnas arbetsbördor, möjligheterna för parterna att enkelt infinna sig och föra sin bevisning) som rättssäkerhetsaspekter (möjligheten för parterna och rätten att enkelt avgöra vilken domstol som utgör rätt forum). Eftersom det var ändamålsaspekterna bakom forum privilegium som låg bakom införandet av forumregeln i SkL 3:10 måste lagstiftaren vid en ändring av regeln dessutom ta hänsyn till vilken bäring dessa ändamålssynpunkter har idag.

Mot bakgrund av det inflytande som EU-rätten har haft på svensk rätt de senaste femton åren framstår de argument som låg bakom införandet av forumregeln i SkL 3:10 idag som föråldrade. Alternativet att komplettera forumregeln i SkL 3:10 så att den även omfattar en *Franovich*-talan förefaller därför som mindre lämpligt. Eftersom tingsrätterna anses konstitutionellt kompetenta att överpröva beslut från regeringen och riksdagen när käranden åberopar EU-rätt måste de anses vara tillräckligt kompetenta för att kunna betros fall där käranden åberopar SkL 3:2. Forumregeln i SkL 3:10 bör därför avskaffas. Det alternativet ligger dessutom i linje med senare års tendenser att betona underrätternas roll.

¹⁹² Prop. 2004/05:131 s. 171 f.

¹⁹³ JK:s yttrande dnr 1154-98-80.

7 SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER

Som jag nämnde i inledningskapitlet kommer jag inte här att upprepa alla de slutsatser som jag dragit under uppsatsens gång, utan jag hänvisar istället läsaren till de sammanfattningar som återfinns i slutet av varje kapitel. Jag kan emellertid konstatera att det primära syftet med uppsatsen var att åskådliggöra hur forumregeln i SkL 3:10 förhåller sig till dagens skadeståndsrättsliga och processrättsliga landskap. Med facit i hand är det uppenbart att de inledande kommentarerna om forumregeln som en kvarleva från en svunnen tid till stor del visade sig vara riktiga. Forumregeln i SkL 3:10 korresponderar illa med det nya skadeståndsrättsliga landskapet och det medverkar till att den nu kan beskrivas som en bugg i det processrättsliga systemet. Konsekvenserna av detta blir att en så pass grundläggande processuell princip som principen om *res judicata* kan komma att åsidosättas i syfte att ”rädda” en olyckligt formulerad forumregel. Som framgått ovan menar jag därför att lagstiftaren snarast bör avskaffa forumregeln.

Under arbetet med den här uppsatsen pratade jag med en jurist som påpekade att det som jag beskrivit som uppsatsens ämne – det vill säga förhållandet mellan forumregeln i SkL 3:10, EU-rättens skadeståndsprinciper och civilprocessens traditionella rättskraftslära – endast utgjorde ”rörmokarjuridik”. Det min uppsats egentligen handlade om, påstod han, var frågan om den svenska välfärdens nedmontering. Jag blev något förvånad över sättet som han uttryckte det på, men jag förstod vad han menade.

EU-rättens inverkan på svensk rätt är inte okontroversiell. Under de senaste femton åren har domstolarnas roll som medborgarnas yttersta skyddsbarriär mot den offentliga makten i form av kommun och stat stärkts. Den politiska uppfattningen i Sverige har länge varit att individuella rättigheter ofta bör vika för övergripande samhällsintressen,¹⁹⁴ men genom EU-rättens och Europakonventionens inträde i svensk rätt har vi konfronterats med en rättighetsretorik som regeringsformens andra kapitel under alla år aldrig lyckats uppbåda.¹⁹⁵ Till det kommer att EU-rättens definition av vad som är en grundläggande rättighet är betydligt vidare än det som vi brukar prata om som mänskliga rättigheter.¹⁹⁶

Som jag ser det är det därför en mycket förståelig reaktion att vilja bevara den svenska rättstraditionen och att försöka bygga skyddsbarriärer mot det som upplevs som en beklaglig politisering av juridiken. Den som försöker diskutera europeiseringen av svensk rätt i förhållande till ett visst lagrum men som inte sätter sin fråga i detta större sammanhang ägnar sig kanske därför endast åt just ”rörmokarjuridik”.

Jag menar emellertid att det finns anledning att fundera över ”var slaget skall stå”. Är det verkligen forumregeln i SkL 3:10 som bör utgöra skådeplatsen för striden om den svenska rättstraditionen? Den demokratiska krutburken måste väl anses ligga i ett tidigare led: att en enskild med hänvisning till individuella rättigheter kan få en demokratiskt beslutad lag åsidosatt. Jag kan förstå att det under vissa omständigheter, såsom när den demokratiskt beslutade lagen ifrågasattes på en ren teknikalitet, även upplevs som odemokratiskt att den enskilde kan få skadestånd för den skada som den nu upphävd, eller åtminstone åsidosatta lagen, har förorsakat honom eller henne.¹⁹⁷ Men jag menar att den som vill begränsa enskildas möjlighet att begära skadestånd för den skada som lagstiftning orsakat dem bör inrikta sig på de materiella skadeståndsrättsliga reglerna. Lindblom har uttryckt det som att civilprocessen inte endast skall fungera som en form av fredlig konfliktlösning, den skall även fungera som ett medel som kan förverkliga lagstiftarens politiska mål, det vill säga den i demokratisk ordning beslutade materiella

¹⁹⁴ Schultz, JT 2007/08, s. 141.

¹⁹⁵ Bernitz, JT 2010/11, s. 823.

¹⁹⁶ Bernitz, JT 2010/11, s. 832.

¹⁹⁷ Se Wattel, CMLRev 2004, s. 185.

rätten, i praktiken.¹⁹⁸ Även Fitger har påpekat att processlagstiftningen inte bara skall leda till förutsebara resultat utan också till förnuftiga sådana, med vilket han menar att processen i slutändan väl skall kunna fylla sina syften och garantera att en part kan få sin materiella rätt tillvaratagen.¹⁹⁹

Om lagstiftaren vill begränsa medborgarnas möjlighet att väcka en skadeståndstalan mot staten på grund av normgivningsfel anser jag därför att det är den materiella rätten som bör stå för dessa begränsningar, inte den processuella. Om det genom civilprocessen byggs in, eller smygs in, begränsningar i den materiella rätten riskerar inte bara civilprocessens rykte att förstöras. Lagstiftaren riskerar också att leka rysk roulett med civilprocessens funktioner. Oavsett var man står i frågan om det lämpliga i att enskilda kan stämma staten på grund av felaktig normgivning menar jag därför att den nuvarande ordningen är en oärlig form av lagstiftning.

¹⁹⁸ Lindblom, SvJT 2000, s. 119. Jmf. dock Kahn-Freund som skriver att "...procedural law is tough law. All that concerns the technique of legal practice is likely to resist change. In most respects the organisation of the courts and the legal profession, the law of procedure and the law of evidence help to allocate power, and belong, in Montesquieu's sense, to the *lois politiques*." Se Kahn-Freund, MLR 1974, s. 20.

¹⁹⁹ Fitger, Festskrift till Lars Welamson, s. 155.

8 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

8.1 Källor

8.1.1 Diverse offentligt tryck

Kungl. Maj:ts proposition 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m.

Regeringens proposition 1965:146 om ändring i reglerna angående särskilt forum vid talan om ämbetsbrott

SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen

SOU 1997:194 Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler

Ds 2007:10 Skadeståndsfrågor vid kränkning

JK:s skrivelse daterad den 20 december 1999, Framställan om ändrade forumregler vid ersättningstalan mot staten enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen, dnr 4199-99-22

JK:s yttrande daterat den 31 augusti 1998, Remissyttrande över betänkandet Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler (SOU 1997:194), dnr 1154-98-80

NJA II 1943 s. 1 Den nya rättegångsbalken

8.1.2 Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1951 s. 6

NJA 1959 s. 658

NJA 1973 s. 239

NJA 1979 s. 773

NJA 1982 s. 210

NJA 1986 s. 257

NJA 1996 s. 370

NJA 1999 s. 520

NJA 2000 s. 637

NJA 2001 s. 210

NJA 2003 s. 263

NJA 2004 s. 743

NJA 2005 s. 462

NJA 2005 s. 764

NJA 2007 s. 718

NJA 2009 s. 862

NJA 2009 s. 873

NJA 2010 s. 8

8.1.3 EU-domstolen, avgöranden

- Mål 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* [1964] Svensk specialutgåva s. I-00211 (cit. *Costa*).
- Mål 14/68 *Walt Wilhelm m. fl. mot Bundeskartellamt* [1969] Svensk specialutgåva s. I-00379 (cit. *Walt Wilhelm*).
- Mål 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG och Rewe Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] Svensk specialutgåva s. I-00261 (cit. *Rewe*).
- Mål 45/76 *Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen* [1976] Svensk specialutgåva s. I-02043 (cit. *Comet*).
- Förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Massam Dzodzi mot Belgiska staten* [1990] Svensk specialutgåva s. I-00531 (cit. *Dzodzi*).
- Mål C-188/89 *A. Foster m.fl. mot British Gas plc.* [1990] Svensk specialutgåva s. I-00479 (cit. *Foster*).
- Förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken* [1991] Svensk specialutgåva s. I-00435 (cit. *Francovich*).
- Mål C-271/91 *Helen Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1993] Svensk specialutgåva s. I-00315 (cit. *Marshall II*).
- Mål C-91/92 *Paola Faccini Dori mot Recreb Srl.* [1994] Svensk specialutgåva s. I-00001 (cit. *Faccini Dori*).
- 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.* [1996] REG 1996 s. I-01029 (cit. *Brasserie du Pêcheur*).
- Mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgian State* [1995] REG 1995 s. I-04599 (cit. *Peterbroeck*).
- Mål C-430/93 *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] REG 1995 s. I-04705 (cit. *van Schijndel*).
- Mål C-5/94 *The Queen mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.* [1996] REG 1996 s. I-02553 (cit. *Hedley Lomas*).
- Förenade målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 och C-190/94 *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula och Trosten Knor mot Bundesrepublik Deutschland* [1996] REG 1996 s. I-04845 (cit. *Dillenkofer*).
- Mål C-28/95 *A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2* [1997] REG 1997 s. I-04161 (cit. *Leur-Bloem*).
- Mål C-326/96 *Levez mot T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.* [1998] REG 1998 s. I-07835 (cit. *Levez*).
- Mål C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd mot Benetton International NV* [1999] REG 1999 s. I-03055 (cit. *Eco Swiss*).
- Mål C-78/98 *Shirley Preston m.fl. mot Wolverhampton Healthcare NHS Trust m.fl. och Dorothy Fletcher m.fl. mot Midland Bank plc.* [2000] REG 2000 s. I-03201 (cit. *Preston*).
- Mål C-1/99 *Kofisa Italia Srl mot Ministero delle Finanze, Servizio della Riscossione dei Tributi* [2001] REG 2001 s. I-00207 (cit. *Kofisa Italia*).
- Mål C-267/99 *Christiane Adam, gift Urbing mot Administration de l'enregistrement et des domaines* [2001] REG 2001 s. I-07467 (cit. *Adam*).
- Mål C-453/00 *Kühne & Heitz NV mot Produktschap voor Pluimvee en Eieren* [2004] REG 2004 s. I-00837 (cit. *Kühne & Heitz*).

- Mål C-224/01 *Gerhard Köbler mot Republik Österreich* [2003] REG 2003 s. I-10239 (cit. *Köbler*).
- Mål C-234/04 *Rosmarie Kapferer mot Schlank & Schick GmbH* [2006] REG 2006. s. I-02585 (cit. *Kapferer*).
- Mål C-432/05 *Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern* [2007] REG 2007 s. I-2271 (cit. *Unibet*).
- Mål C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL mot Administración del Estado* [2010] REG 2010 – ännu ej rapporterat (cit. *Transportes Urbanos*).

8.1.4 EU-domstolen, förslag till avgöranden

- Förslag till avgörande av generaladvokat Tesauro föredraget den 28 november 1995 i 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.* [1996] REG 1996 s. I-01029.
- Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs föredraget den 15 juni 1995 i förenade målen C-430 och C-431/93 *Jeroen van Schijndel och Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] REG 1995 s. I-04705.

8.2 Litteratur

8.2.1 Artiklar

- Andersson, Håkan, *24 preludier utan fuga. Stilövningar samt förberedande tankar om den glada vetenskapen*. I: Asp, Petter och Nuotio, Kimmo (red.), *Konsten att rättsvetenskap – den tysta kunskapen i juridisk forskning*, s. 15-46. Uppsala: Iustus 2004 (cit. *Konsten att rättsvetenskap*).
- Andersson, Håkan, *Problematiska forumfrågor vid EKMR-talan*, digitalt publicerad på Infotorg den 19 januari 2011.
- Andersson, Torbjörn, *Remedies for Breach of EC Law before Swedish Courts*. I: Lonbay, Julian och Biondi, Andrea (red.), *Remedies for Breach of EC Law*, s. 203-222. New York: John Wiley 1997 (cit. *Remedies*).
- Andersson, Torbjörn, *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*. I: Andersson, Torbjörn (red.), *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*, s. 18-30. Stockholm/Leiden: Norstedts Juridik/Martinus Nijhoff Publishers 2005.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd för oriktig myndighetsinformation*. I: Marcusson, Lena (red.), *Festskrift till Fredrik Sterzel*, s. 35-55. Uppsala: Iustus 1999.
- Bergström, Maria, *Det nationella genomförandetrymmet. Reella valmöjligheter under påföljdsansvar eller rutinmässig sanktionering av redan fattade beslut?*, ERT 2008, s. 995-1017.
- Bernitz, Ulf, *EU-rättens krav på svensk processordning*. I: Kleineman, Jan, Westberg, Peter och Carlsson, Stefan (red.), *Festskrift till Lars Heuman*, s. 80-88. Stockholm: Jure 2008.
- Bernitz, Ulf, *Rättighetskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, JT 2010/11, s. 821-845.
- Bylund, Leif, *Bör processhindren avskaffas?*, SvJT 1975, s. 334-379.
- Croon, Adam, *Jura novit curia-principen och sökandet efter en rättssäker rättstillämpning – ett rättshistoriskt perspektiv*, JP 2010, s. 273-281.

- 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: Oxford University Press 2011 (cit: *The Evolution of EU Law*).
- Ekelöf, Per Olof, *Yrkandet, talan och saken*, SvJT 1950, s. 521-546.
- Ekelöf, Per Olof, *Ändring av talan*, SvJT 1957, s. 305-327.
- Ekelöf, Per Olof, *Från en forskares verkstad*. I: Strömholm, Stig (red.), *Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium*, Uppsala 23-26 maj 1977: Föreläsningar och diskussionsinledningar, s. 11-21. Stockholm: Almqvist & Wiksell International 1978 (cit. *Uppsalaskolan – och efteråt*).
- Fitger, Peter, *Några tankar kring antalet paragrafer i RB*. I: Höglund, Olle, Bengtsson, Bertil, Heuman, Lars och Ragnemalm, Hans (red.), *Festschrift till Lars Welamson*, s. 153-172. Stockholm: Norstedts förlag 1987.
- Glavå, Mats och Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten! – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*. I: Askeland, Bjarte och Fridthjof, Bernt (red.), *Erkjennelse og Engasjement. Minneseminar for David Roland Doublet*, s. 109-151. Bergen: Fagbokforlaget 2002.
- Groussot, Xavier och Minssen, Timo, *Res judicata i EG-domstolens rättspraxis: En avvägning mellan rättsäkerhet och lagenlighet*, ERT 2007, s. 545-577.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1-10.
- Kahn-Freund, Otto, *On uses and misuses of comparative law*, MLR 1974, s. 1-27.
- Kleineman, Jan, *De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar*, JT 1991/92, s. 63-97.
- Kleineman, Jan, *Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga?*, SvJT 2003, s. 319-339.
- Kleineman, Jan, *Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling*, JT 2008/09, s. 546-563.
- Lambertz, Göran, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004/05, s. 3-24.
- Lambertz, Göran, *Skadestånd vid fel av lagstiftaren*. I: Tiberg, Hugo (red.), *Essays on Tort, Insurance, Law and Society in Honour of Bill Dufwa volume II*, s. 695-721. Stockholm: Jure 2006 (cit: *Essays on Tort*).
- Lindberg, Gunnel, *Dags att se över reglerna om forum privilegium*, JT 2001/02, s. 335-355.
- Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessen och europaintegrationen*. I: Lindblom, Per Henrik, Bramstång, Gunnar, Lindencrona, Gustaf, Westerhäll, Lotta och Göranson, Ulf (red.), *Europagemenskap och rättsvetenskap. Utredning utförd av de juridiska fakulteterna på uppdrag av regeringen*, s. 122-134. Uppsala: Iustus förlag 1992.
- Lindblom, Per Henrik, *Om rättskraft m.m. vid "fakultativa fora", särskilt i miljöskademål*. I: Hästad, Torgny, Lindblom, Per Henrik och Saldeen, Åke (red.), *Festschrift till Anders Agell*, s. 343-373. Uppsala: Iustus förlag, 1994.
- Lindblom, Per Henrik, *Rättsfärens harmoni. Om arbetet på en enbetydig europeisk processrätt*, SvJT 1996, s. 793-828.
- Lindblom, Per Henrik, *Den farliga formalismen – en mardröm om forum, preskription och litispens*, JFT 1998, s. 258-301.
- Lindblom, Per Henrik, *Civilprocessens grundprinciper de lege ferenda. Synpunkter i anslutning till det aktuella civilprocessuella reformarbetet i England, Danmark, Finland, Norge och Sverige*, SvJT 2000, s. 105-155.

- Lindblom, Per Henrik, *Processens arkitektur: Jakten på det slutliga bevisemat i ett funktisbus med flera våningar*. I: Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red.), Vänbok till Torleif Bylund, s. 171-260. Uppsala: Iustus förlag 2003.
- Nordh, Roberth, *Är endast olika rättsföljder som är likvärdiga samma sak?*, SvJT 2001, s. 655-665.
- Nordh, Roberth, *Är det sak samma om saken är densamma eller inte?*, SvJT 2002, s. 12-25.
- Olivecrona, Karl, *Grunden och saken. Ett bidrag till behysning av frågorna om ändring av talan och res indicata i tvistemål*, JFT 1954, s. 312-346.
- Ramberg, Anne, *Förändringar i omvärlden och deras betydelse för advokatrollen*, SvJT 2004, s. 315-319.
- Ramberg, Christina, *"Give me the law" Avskaffa Jura novit curia!*, Advokaten 2006 nr 8, s. 10-11.
- Sandgren, Claes, *Hänvisningar i rättsvetenskapen*, JT 2005/06, s. 65-87.
- Schultz, Märten, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007/08, s. 140-147.
- van Gerven, Walter, *Bridging the Unbridgeable: Community and national tort laws after Francovich and Brasserie*, ICLQ 1996, s. 507-544.
- van Gerven, Walter, *Of rights, remedies and procedures*, CML Rev 2000, s. 501-536.
- Wallerman, Anna, *Likvärdighetsprincipen och EU-domstolens dom i Transportes Urbanos: En talande tystnad?*, ERT 2011, s. 95-106.
- Wattel, Peter, Köbler, *Cilfit and Wealthgrove: We can't go on meeting like this*, CMLRev 2004, s. 177-190.
- Westerberg, Ole, *Stats och kommuns skadeståndsansvar vid myndighetsutövning*. I: Ljungman, Seve och Schmidt, Folke (red.), *Svensk rätt i omvandling; Studier tillägnade Hilding Eek*, s. 629-652. Stockholm: Norstedt 1976 (cit. *Svensk rätt i omvandling*).
- Wistrand, Karin, *Ett effektivt rättskydd för unionsrättsliga anspråk. Hur går det för teorin i praktiken?*, ERT 2010, s. 283-311.
- Zahle, Henrik, *Fodnoter*. I: Fliflet, Arne, Garde, Peter och Rønsholdt, Steen (red.), *Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen*, s. 691-713. Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet 2004.
- Zamboni, Mauro, *How to write a doctoral thesis in law: Some (fairly trivial) considerations*, JT 2010/11, s. 779-791.

8.2.2 Böcker

- Andersson, Torbjörn, *Rättskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*. Uppsala: Iustus förlag 1997 (cit. *Rättskyddsprincipen*).
- Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler – en studie i snittet av svensk processrätt och EG-rätten*. Uppsala: Iustus förlag 1999 (cit. *Dispositionsprincipen*).
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid myndighetsutövning del I*. Stockholm: Norstedts juridik 1976.
- Bengtsson, Bertil, *Skadestånd vid myndighetsutövning del II*. Stockholm: Norstedts juridik 1978.
- Bengtsson, Bertil, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen (2 uppl.)*. Stockholm: Norstedts juridik 1996.

- Bengtsson, Bertil och Strömbäck, Erland, *Skadeståndslagen: En kommentar* (4 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik 2011 (cit. Skadeståndslagen).
- Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*. Stockholm: P.A. Norstedt och söners förlag 1964.
- Bramstång, Gunnar, *Legalitet och objektivitet inom förvaltningsrätten i behysning av tio utlåtanden*. Lund: Juristförlaget i Lund 1987.
- Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, Cases and Materials* (4 uppl.). Oxford: Oxford University Press 2007 (cit. EU Law).²⁰⁰
- Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper – Några problem inom den allmänna processrättsläran*. Stockholm: P.A. Norstedt och söners förlag 1956 (cit. Grundbegrepp).
- Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *Rättegång – första häftet* (8 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik 2002 (cit. Rättegång I).
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång – andra häftet* (8 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik 1996 (cit. Rättegång II).
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif och Edelstam, Henrik, *Rättegång – tredje häftet* (7 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik 2006 (cit. Rättegång III).
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Boman, Robert, *Rättegång – femte häftet* (7 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik 1998 (cit. Rättegång V).²⁰¹
- Fitger, Peter, *Rättegångsbalken* (uppdaterad t.o.m. 68 supplementet, december 2010). Stockholm: Norstedts juridik.
- Gärde, Natanael, Engströmer, Thore, Strandberg, Tore och Söderlund, Erik, *Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande med kommentar*. Stockholm: P.A. Norstedt och söners förlag 1949 (cit. Nya rättegångsbalken).
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm: Jure 2001 (cit. Metodproblem).
- Lindblom, Per Henrik, *Processhinder – om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt*. Stockholm: P.A. Norstedt och söners förlag 1974 (cit. Processhinder).
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Uppsala: Iustus förlag 1987.
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*. Uppsala: Iustus förlag 1988 (cit. Partsautonomins gränser).
- Lindell, Bengt, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*. Stockholm: Norstedts juridik 1993 (cit. Processuell preklusion).
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen* (2 uppl.). Uppsala: Iustus förlag 2003.
- Lindholm, Johan, *State Procedure and Union Rights – A Comparison of the European Union and the United States*. Uppsala: Iustus förlag 2007 (cit. State Procedure and Union Rights).
- Marcusson, Lena, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*. Uppsala: Iustus förlag 1989.
- Mellqvist, Mikael och Wirdemark, Kristina, *Processrätt – grunderna för domstolsprocessen*. Uppsala: Iustus förlag 2010.
- Moberg, Andreas, *Villkorskláusuler – om avtalskláusuler som utrikespolitiskt instrument*. Uppsala: Iustus förlag 2009 (cit. Villkorskláusuler).

²⁰⁰ En ny upplaga utkom i augusti 2011. Jag har tyvärr inte haft tillgång till den.

²⁰¹ En ny upplaga utkom i januari 2011. Jag har tyvärr inte haft tillgång till den.

Olivecrona, Karl, *Rätt och dom* (2. uppl.). Stockholm: P.A. Norstedt och söners förlag 1966.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes förlag 1995 (cit. Vad är rätt?).

Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen?*, Uppsala: Iustus förlag 2009.