

Mot ett funktionellt domstolsbegrepp

Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del II av II) *

Av doktoranderna TORMOD OTTER JOHANSEN OCH SEBASTIAN WEJEDAL

I denna artikelserie i två delar argumenterar vi för att det formella svenska domstolsbegreppet bör överges till förmån för en funktionell begreppsbestämning. Med utgångspunkt i domstolarnas samhällsfunktion — att skipa rätt under rättssäkra former — utvecklar vi ett antal materiella domstolskriterier. I syfte att konkretisera diskussionen applicerar vi dessa kriterier på den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (FUD).

I den första artikeln i serien (SuJT 2016 s. 100) anlade vi ett nationellt perspektiv på problemet. I denna uppföljande artikel skiftar vi perspektiv genom att redogöra för de domstolsbegrepp som har utvecklats inom konventions- respektive unionsrätten. Vår slutsats är att inrättandet av FUD såsom en "domstol" avviker från den europeiska begreppsbyggnaden. Avslutningsvis antyder vi ett antal legitimitetsproblem som FUD ger upphov till.

1 Inledning

Detta är den andra delen i en kritisk undersökning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (FUD).¹ Syftet med artikeln är tude-lat: För det första att argumentera för att FUD inte bör betecknas domstol, därför att organet saknar ett antal centrala domstolskaraktäristika; för det andra att lämna ett bidrag till utvecklandet av ett funktionellt svenskt domstolsbegrepp som är förankrat i — eller åtminstone förhåller sig till — den europeiska kontext som Sverige numera är en del av.

I del I kunde vi konstatera att FUD *är* en domstol enligt nationell systematik, helt enkelt eftersom organet i lag betecknas domstol. Av detta kunde vi dra slutsatsen att det i Sverige går att inrätta en myndighet som (1) uteslutande ägnar sig åt förvaltningsuppgifter och detta (2) inom ramen för ett enparts- och eninstansförfarande som (3) i praktiken har undandragits all offentlighet och därför är omöjligt för allmänheten att kontrollera samt (4) bemanna organet hu-

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ FUD inrättades den 1 december 2009 genom antagandet av lagen (2009:966) om Försvarsunderrättelsesdomstol (LFUD), och har som enda funktion att pröva ansökningar från Försvarets radioanstalt (FRA) avseende tillstånd till signalspaning. En närmare presentation av FUD finns i del I, avsnitt 3, i denna artikelserie där vi också redogör för den märkliga lagstiftningsprocess som utmynnade i inrättandet av FUD.

vudsakligen med icke-lagfarna och icke-ordinarie domare, och ändå klassificera organet som en domstol. Att FUD inte ägnar sig åt dömande verksamhet och erbjuder betydligt sämre processuella rättssäkerhetsgarantier än det övriga domstolssystemet påverkar med andra ord inte domstolens "status" i svensk rätt.

Att FUD klassificeras som domstol enligt nationell systematik betyder dock inte att FUD *bör* betecknas som domstol. I denna andra del vill vi addera en ytterligare dimension till diskussionen, genom att applicera de kriterier som Europadomstolen (ED) respektive EU-domstolen (EUD) har tillmätt betydelse vid tolkningen av tillämpningen av Europakonventionen respektive EUF-fördraget. Härigenom vill vi besvara frågan om FUD är att betrakta som en domstol i euro-parättslig mening. Ett argument mot att beteckna FUD som en domstol i nationell rätt skulle nämligen kunna vara att en sådan klassificering avviker från de europeiska definitionerna av begreppet domstol. Att undersöka om en sådan diskrepans föreligger är syftet med denna andra del. Men först en kort rekapitulation.

1.1 Ett formellt domstolsbegrepp

Det svenska domstolsbegreppet är svagt utvecklat. Några materiella kriterier — med vars hjälp domstolarna kan särskiljas från förvaltningsmyndigheterna — har inte vunnit någon direkt fasthet i rättskäl-lorna, utan istället är vi i Sverige hänvisade till en formell begreppsbestämning. Denna sammanfattas väl av Ragnemalm och Petrén, som anför att om riksdagen i lag har betecknat ett organ som domstol, är dess grundläggande status "avgjord".²

Följer man upp Ragnemalms och Petréns uttalande i regeringsformen, finner man en viss logik. De enda krav som uppställs i grundlagen är nämligen ett antal lagkrav: Andra domstolar än de allmänna domstolarna respektive allmänna förvaltningsdomstolarna ska inrättas med stöd av lag.³ Sådana (special)domstolar ska bestå av åtminstone en ordinarie domare, men från detta sammansättningskrav kan undantag göras i lag.⁴ I övrigt ska bestämmelser om domstolarnas rättsskipningsuppgifter, om huvuddragen i deras organisation och om rättegången meddelas i lag.⁵

Utöver ovanstående lagkrav finns det inte så särskilt mycket att hämta i regeringsformen; är formkraven uppfyllda har lagstiftaren mer eller mindre fria händer. Således står det lagstiftaren fritt att inrätta "domstolar" för andra ändamål än att skipa rätt,⁶ att bemanna

² Petrén, Gustaf & Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar* (12:e uppl.), Inst. för offentlig och internationell rätt, Stockholm, 1980 s. 36.

³ 11 kap. 1 § RF.

⁴ 11 kap. 1 § RF.

⁵ 11 kap. 2 § RF.

⁶ Av 11 kap. 4–5 §§ framgår att rättsskipningsuppgifter inte får fullgöras av riksdagen i vidare mån än vad som följer av grundlag eller riksdagsordningen, samt att rättstvister mellan enskilda inte utan stöd av lag får avgöras av andra myndigheter

dessa domstolar med icke-ordinarie (och icke-lagfarna) domare, och — om domstolen inte ägnar sig åt rättskipning — att utforma förfarandet inför domstolen i princip hur som helst.⁷

Att en domstol har inrättats genom lag har dock vissa materiella följdverkningar. De organ som i lag benämns domstolar kommer nämligen i åtnjutande av ett visst grundlagsskydd, som framförallt syftar till att säkerställa domstolarnas (och domarnas) oberoende. Även förvaltningsmyndigheterna är dock tillförsäkrade ett betydande oberoende i sitt beslutsfattande (och en domstol behöver inte bemannas med ordinarie domare). Skillnaderna blir därmed i praktiken inte så stora — det har sagts att det rör sig om skillnader i grad snarare än art.⁸

Mot denna bakgrund kan man konstatera att FUD är en domstol enligt svensk systematik. I lagen om Försvarsunderrättsdomstol betecknas FUD som en domstol, och i samma lag finns regler om domstolens sammansättning och om dess handläggning. Följaktligen är lagkravet uppfyllt, vilket medför att domstolen är tillförsäkrad ett grundläggande oberoende visavi den lagstiftande och dömande makten. Några andra krav uppställer inte regeringsformen, och såväl i litteraturen som i förarbetena karaktäriseras FUD — utan närmare problematisering — som en domstol.⁹ Låt oss nu, mot denna bakgrund, konfrontera det svenska domstolsbegreppet mot sina europeiska motsvarigheter.

1.2 Förhållandet mellan det svenska och de europeiska domstolsbegreppen

Att det svenska domstolsbegreppet avviker från de europeiska har länge varit känt. Den gängse bilden tycks dock vara att det europeiska domstolsbegreppet har getts en ”vidare innebörd” än vad som i svensk rätt avses med begreppet domstol, eftersom vissa av våra nämnder uppfyller de materiella kriterier som ED respektive EUD har formulerat.¹⁰ Eller uttryckt motsatsvis:

[D]et domstolsbegrepp som används i Sverige är *betydligt snävare* än den innebörd som begreppet har i artikel 6 i Europakonventionen, som avser rätten till domstolsprövning och en rättssäker process. Det svenska domstols-

än domstolar. Dessa lagrum hindrar således att rättskipningsuppgifter — i synnerhet avgörandet av rättstvister mellan enskilda — fullgörs av andra organ än domstolar, men hindrar inte domstolarna från att fullgöra andra uppgifter än rättskipning. Förvisso framgår av 1 kap. 8 § RF att det för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Detta stadgande antyder dock endast den grundläggande ansvarsfördelningen mellan dessa statsorgan, och ska inte förstås som att domstolar *måste* ägna sig åt rättskipning.

⁷ Är det inte fråga om rättskipning behöver förfarandet inför domstolen således inte heller vara ”rättvist” till sin utformning; jfr 2 kap. 11 § 2 st. RF, som stadgar att en ”rättegång” ska genomföras rättvist och inom skäligen tid.

⁸ Petré & Ragnemalm 1980 s. 284.

⁹ Se exempelvis Melin, Stefan, *Våra domstolar: organisation och verksamhet m.m.*, Norstedts juridik, Stockholm, 2012 s. 39 och 149 ff. samt SOU 2011:42 s. 89.

¹⁰ Se exempelvis prop. 2005/06:157 s. 9.

begreppet är också *snävare* än det som används i artikel 267 i Fördraget om europeiska unionens funktionssätt, som avser rätten och skyldigheten för domstolar i medlemsstaterna att begära förhandsavgöranden av Europeiska unionens domstol.¹¹

Att vissa domstolsliknande nämnder kan betraktas som domstolar i europarättslig mening tas således till intäkt för att det svenska domstolsbegreppet är (*betydligt*) *snävare* än de europeiska. Detta menar vi är ett felslut.

Vad först avser EKMR fick Europadomstolen i avgörandet *Rolf Gustavsson* anledning att pröva huruvida Brottskadenämnden kunde betraktas som en domstol vid tillämpningen av EKMR art. 6. Som utgångspunkt anförde domstolen följande:

The Court recalls that for the purposes of Article 6 para. 1 (art. 6-1) a tribunal need not be a court of law integrated within the standard judicial machinery. It may, like the Board at issue, be set up to deal with a specific subject matter which can be appropriately administered outside the ordinary court system. What is important to ensure compliance with Article 6 para. 1 (art. 6-1) *are the guarantees, both substantive and procedural, which are in place.*¹²

Att ett organ har instiftats utanför det ordinarie domstolssystemet för att hantera vissa avgränsade frågor medför således inte att organet, vid en materiell bedömning, diskvalificeras som domstol. Efter att ha prövat huruvida Brottskadenämnden uppfyllde det aktuella kriterierna kom också ED till slutsatsen att nämnden ”complied for the purposes at hand with the requirements which Article 6 para. 1 (art. 6-1) prescribes in respect of a tribunal.”¹³ Med direkt hänvisning till *Rolf Gustavsson* har också Högsta domstolen funnit att Presstödsnämnden kunde ”godtas” som en domstol när frågan uppkom om ett bolag varit tillförsäkrad rätt till domstolsprövning i enlighet med EKMR artikel 6.1.¹⁴ På motsvarande sätt har även Högsta förvaltningsdomstolen funnit att Resegarantinämnden var ”att anse” som en domstol i Europakonventionens mening.¹⁵ Avgörande för bedömningen har i samtliga fall varit att de aktuella nämnderna har ansetts uppfylla de materiella krav som explicit eller implicit kommer till uttryck i artikel 6.1.

Vad sedan angår det unionsrättsliga domstolsbegreppet begärde Överklagandenämnden för högskolan i fallet *Abrahamsson* ett förhandsavgörande från EUD, varvid domstolen anförde följande:

¹¹ SOU 2011:42 s. 90 (*kurs. här*).

¹² *Rolf Gustavsson v. Sweden* ansökan nr 23196/94 p. 45 (*kurs. här*).

¹³ *Rolf Gustavsson v. Sweden* p. 48.

¹⁴ NJA 2002 s. 288.

¹⁵ RA 2002 ref. 104. KamR hade dessförinnan kommit till samma slutsats, om än uttryckt i något mer tveksamma ordalag; enligt KamR kunde ”Resegarantinämndens sammansättning och verksamhet *anses* vara utformad på sådant sätt att det finns tillräckligt fog för uppfattningen att Resegarantinämnden *skulle kunna anses* jämförbar med domstol såvitt nu är i fråga.” *Kurs. här*.

Innan tolkningsfrågorna besvaras skall domstolen bedöma huruvida Överklagandenämnden för högskolan skall anses vara en domstol i den mening som avses i artikel 177 [numera 267] i fördraget. För att bedöma om ett organ är en domstol i den mening som avses i denna artikel, vilket är en gemenskapsrättslig fråga, skall EG-domstolen *beakta ett antal omständigheter* ...¹⁶

En sådan granskning av Överklagandenämnden gav också vid handen att detta organ skulle "anses vara en domstol" i den mening som avses i artikel 267, och att den tolkningsfråga som nämnden hänskjutit därför kunde tas upp till sakprövning.¹⁷ I anslutning till *Abrahamsson* har det, på nationell nivå, anförts att Skolväsendets överklagandenämnd, Överklagandenämnden för studiestöd och Överklagandenämnden för totalförsvaret också torde vara att betrakta som domstolar vid tillämpningen av EUF-fördragets artikel 267, och därmed omfattas av skyldigheten att begära förhandsavgörande från EUD.¹⁸ Även Hyresnämnden tycks i ett avgörande ha betraktat sig själv som en domstol i EU-rättslig mening.¹⁹

Det ovan sagda är förklaringen till att det i lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol talas om "domstol *eller myndighet*, som omfattas av skyldigheten att inhämta förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol", trots att denna skyldighet enligt fördragets ordalydelse endast gäller "domstolar" — *inte andra myndigheter*.²⁰ Att direkt knyta an svensk lagstiftning till fördragets terminologi var helt enkelt inte möjligt, eftersom vissa nämnder i så fall inte skulle omfattas av lagen, trots att de i EU-rättslig mening är att betrakta som domstolar. I så måtto är vår formalistiska begreppsbestämning snävare än den europeiska.

Vad vi är intresserade av här är dock den andra sidan av myntet, det vill säga att ett organ som i svensk lag betecknas domstol *inte* uppfyller den europeiska standarden. Denna problematik tycks ingen ha uppmärksammat, vilket möjligen kan förklaras av att det inte tidigare har funnits några sådana exempel. Utgångspunkten har därför varit att

... de reguljära domstolarna [alltid kan] begära förhandsavgörande. I Sverige är detta de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna och specialdomstolar som AD och MD samt miljö- och migrationsdomstolar. Å andra sidan står det klart att rena förvaltningsmyndigheter inte kan vända sig till EU-domstolen, i Sverige t.ex. Konkurrensverket eller Tullverket. Men det finns många mellanformer av mer eller mindre domstolsliknande organ och *det är här som problemen uppkommer*.²¹

¹⁶ Mål C-407/98 *Abrahamsson* p. 28–29 (*kurs. här*).

¹⁷ *Abrahamsson* p. 38.

¹⁸ Prop. 2005/06:157 s. 28 f.

¹⁹ RH 1999:90 och härtill Matz, Henrik, *Begreppet domstol i EU-rätten: en studie av domstolsbegreppet i bestämmelserna om förhandsavgörande*, Iustus, Uppsala, 2010 s. 78.

²⁰ Se 1 § lagen med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol (*kurs. här*).

²¹ Bernitz "Anm. av Matz, Henrik, Begreppet domstol i EU-rätten: en studie av domstolsbegreppet i bestämmelserna om förhandsavgörande" i SvJT 2010 s. 883.

Denna problembeskrivning — som av Bernitz betecknas som okontroversiell — är utgångspunkten för Matz avhandling om det EU-rättsliga domstolsbegreppet,²² och rimmår väl med motsvarande problembeskrivning i nationell rätt. Vi erinrar oss om Ragnemalms och Petréns ord:

*Problem uppkommer endast beträffande sådana organ, som icke uttryckligen benämnts domstol. Har riksdagen i lag betecknat ett organ som domstol, får dess grundläggande status anses vara avgjord ...*²³

I enlighet med det sagda anför Matz att såväl allmänna domstolar som förvaltningsdomstolar ”betraktas som domstolar” vid tillämpningen av artikel 267, samt att ”detsamma gäller specialdomstolarna Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen.²⁴ Fotnotsvis tillägger sedan Matz att det ”numera också finns en Försvarsunderrättelsesdomstol” utan att närmare klargöra om FUD — i likhet med de tidigare nämnda specialdomstolarna — ska betraktas som en domstol i EU-rättslig mening.²⁵ Detta kan bara tolkas som att FUD också hänförs till kategorin ”okontroversiella” organ som i lag betecknas domstolar, och att problematiken därmed begränsas till de organ som i lag *inte* betecknas domstolar.²⁶

Att det svenska domstolsbegreppet är ”snävare”²⁷ än det europeiska är dock ingen träffande beskrivning. Istället för att tänka i termer av omfång — att det ena domstolsbegreppet omfattar fler/färre organ än det andra — bör man enligt vår uppfattning kontrastera en formell begreppsbestämning mot en materiell.²⁸ Som framgått ovan är

²² Bernitz i SvJT 2010 s. 883.

²³ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 36 (*kurs. här*).

²⁴ Matz 2010 s. 77 f. Detta med hänvisning till målen C-341/05 *Laval* och C-236/98 *Jämställhetsombudsmannen* (båda angående AD), samt förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95 *De Agostini* (angående MD).

²⁵ Matz 2010 s. 78 not 85.

²⁶ Sålunda anför exempelvis Matz i sin avhandling att det ”är svårt att hitta exempel på att organ, som är domstolar eller har en domstolsliknande ställning eller funktion, som faller utanför det EU-rättsliga domstolsbegreppet.” Det enda exempel som Matz lämnar är Skatterättsnämnden, som i mål C-134/97 *Victoria Film* inte betraktades som en domstol. Skatterättsnämnden är dock inte heller en domstol i svensk rätt, låt vara att nämnden har en domstolsliknande ställning. Se Matz 2010 s. 76. Se även Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder* (2:a uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2007 s. 376, som definierar problematiken på samma vis: ”För svenskt vidkommande ... kan diverse problem uppkomma, bl.a. med olika överklagandenämnder, som statsrättsligt sett är förvaltningsmyndigheter.” — Att Matz inte närmare problematiserar FUD:s status har dock sina logiska förklaringar; FUD inrättades bara några månader innan Matz avhandling publicerades. I en uppföljande artikel i SvJT nyanserar också Matz bilden, under anförande av att ”EU-domstolen i vissa fall har underkänt regelrätta domstolar som domstolar enligt artikel 267”; se Matz ”Rättskipningens särdrag — några intryck från EU-rätten” i SvJT 2014 s 468 f.

²⁷ Jfr även Bohlin & Warnling-Nerep 2007 s. 376, som förklarar att EUD ”i sin praxis [har] givit domstolsbegreppet ett relativt vidsträckt omfång”.

²⁸ Jfr dock generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i mål C-363/11 *Epitropos tou Elegktikou Synedriou sto Ipourgio Politismou kai Tourismou*; enligt Scharpston (p. 32) har EUD ”styr in på en förnuftig medelväg mellan medelhavsformalism och anglo-skandinavisk pragmatism”. Se härtill Broberg, Morten & Fenger, Niels,

organets formella status — hur riksdagen i lag har benämnt det — mer eller mindre avgörande i Sverige, medan både ED och EUD snarare gör en bedömning utifrån ett antal materiella kriterier. Detta medför visserligen att ett antal organ som i lag inte betecknas som domstolar uppfyller de europarättsliga domstolskriterierna.²⁹ På motsvarande sätt kan dock ett organ som i lag betecknas som domstol underkännas som en domstol i europarättslig mening, om det inte uppfyller dessa materiella kriterier. Myntet har, som sagt, två sidor.³⁰ Vår uppfattning är också att FUD inte skulle betraktas som en domstol i den mening som avses vare sig i EKMR eller EUD-fördraget och illustrerar därmed det omvända förhållandet, det vill säga att det svenska domstolsbegreppet också kan vara ”vidare” — i bemärkelsen inkludera fler organ — än de europeiska. I det följande ska vi motivera denna ståndpunkt genom att först urskilja de kriterier som ED respektive EUD har utvecklat (avsnitt 2) för att sedan applicera dessa på FUD (avsnitt 3). Vår ambition är att härigenom göra en helt hypotetisk prövning av om FUD är att betrakta som en domstol i europarättslig mening,³¹ det vill säga utnyttja möjligheten att applicera de mer välutvecklade domstolskriterierna i europeisk rätt på FUD helt abstrakt.³² En sådan analys anser vi ha fog för sig.

Preliminary references to the European Court of Justice (2:a uppl.), Oxford University Press, Oxford, 2014 s. 60.

²⁹ Under vilka förutsättningar ”public administrative bodies” kan begära förhandsavgörande diskuteras utförligt av Morten Broberg ”Preliminary References by Public Administrative Bodies: When Are Public Administrative Bodies Competent to Make Preliminary References to the European Court of Justice?” i *EPL* 1999 s. 207 ff.

³⁰ För att citera Broberg & Fenger 2014 s. 61, med avseende på det unionsrättsliga domstolsbegreppet vid begäran om förhandsavgörande: “[O]n the one hand, ... it is not only bodies which are designated as courts or tribunals in national law that can make a reference for a preliminary ruling. On the other hand, the mere fact that a body is designated as a ’court’ or ’tribunal’ in the national legal system does not in itself mean that this body is entitled to refer a question to the [ECJ]”. Se även a.a. s. 77 (*kurs. här*), där förf. anför att problem ”also arise with regard to bodies which are unquestionably ’courts or tribunals’ in a national judicial system, in those situations *where they perform tasks other than deciding cases.*”

³¹ Syftet med prövningen är alltså *inte* att avgöra om inrättandet av FUD i formell mening ”strider mot” de rättigheter och skyldigheter som följer av europarätten. Eftersom FUD inte prövar civila rättigheter eller anklagelser om brott i den mening som avses i EKMR art. 6.1 är det — från ett konventionsperspektiv — helt irrelevant om FUD är en domstol eller inte. Inte heller torde de frågor som FUD prövar omfattas av EUF-fördragets artikel 267, och huruvida FUD är en domstol eller ej är därmed irrelevant också från ett unionsrättsligt perspektiv.

³² Det ska dock noteras att även de EU-rättsliga domstolskriterierna har tilldragit sig kritik; exempelvis anförde generaladvokaten Colomer, i sitt förslag till avgörande i mål C-17/00 *Coster*, att EUD:s praxis ”saknar nödvändig stringens” och därmed ger upphov till ”bristande rättssäkerhet”. In extenso anförde Colomer att “[d]e djupgående motsägelser som kan noteras mellan de lösningar som har föreslagits av generaladvokaterna i deras förslag till avgörande och de lösningar som har valts av domstolen i dess domar illustrerar avsaknaden av ’skyltar’ längs vägen, med påföljande risk för felkörningar. Det är en kasuistisk, mycket elastisk och föga vetenskaplig rättspraxis med vaga konturer, som skulle medge en tolkningsfråga väckt av Sancho Panza när han var ståthållare för ön Barataria.” Till denna ståndpunkt har också generaladvokaten Sharpston anslutit sig i sitt förslag till avgörande i mål *Epitropos tou Elegktikou Synedriou sto Ipourgio Politismou kai Tourismou* p. 32.

Oavsett vad man har för åsikt om ED:s och EUD:s begreppsutveckling — och vilken inverkan den har eller bör ha på svensk lagstiftning — är det, enligt vår uppfattning, angeläget att den svenska lagstiftaren (och lagstiftningen) åtminstone *förhåller* sig till den innebörd vissa centrala begrepp ges i två överordnade europeiska rättsordningar. Vill Sverige fylla sitt domstolsbegrepp med ett annat innehåll än EKMR respektive EUF-fördraget må det vara hänt, men det framstår i så fall som ett rimligt krav att lagstiftaren på ett rättvisande sätt förklarar hur den svenska begreppsanvändningen skiljer sig från den europeiska användningen, samt varför dessa skillnader är påkallade.

2 De europeiska domstolsbegreppen

I europarätten förekommer två centrala domstolsbegrepp: ett i EKMR artikel 6.1 och ett i EUF-fördraget artikel 267. Dessa artiklar har olika innebörder, och de två domstolsbegreppen fyller också olika funktioner i respektive rättsakt. I den tidigare garanteras rätten för envar att hänskjuta vissa frågor till prövning i domstol. Denna rätt till domstolsprövning anses i sin tur utgöra en grundläggande mänsklig rättighet. I den senare artikeln föreskrivs en frihet — och i vissa fall en skyldighet — för alla domstolar i medlemsstaterna att begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Denna mekanism anses i sin tur vara av grundläggande betydelse för unionsrättens harmonisering och genomslag inom medlemsstaterna.³³

De två domstolsbegreppen som kommer till uttryck i EKMR respektive EUF-fördraget har som synes olika funktioner och skiljer sig i viss mån åt. Det domstolsbegrepp som förekommer i EKMR artikel 6.1 är, å ena sidan, en central del av den enskildes materiella rättighet; denne har enligt artikeln en rätt att underkasta tvister kring civila rättigheter och brottsanklagelser prövning i ett organ som kan klassas som en domstol. Frågan som ED har att ta ställning till är med andra ord om den enskildes rättigheter enligt konventionen har kränkts genom att vederbörande *inte* har fått tillträde till domstol i strid med artikel 6.1, exempelvis därför att ett visst myndighetsbeslut — som avser en civil rättighet — antingen inte kan överklagas alls, eller endast till ett organ som inte utgör en domstol.³⁴

Vid tillämpningen av EUF-fördraget har domstolsbegreppet, å andra sidan, två innebörder/adressater: För det första avgränsar det kretsen myndigheter på nationell nivå som får respektive ska begära förhandsavgörande hos EUD. En sådan frihet respektive skyldighet tillkommer nämligen endast domstolarna i medlemsstaterna; förvaltningsmyndigheter och andra organ får inte begära förhandsavgörande. Såvitt avser de domstolar mot vars avgöranden det inte finns

³³ Institutet förhandsavgörande diskuteras ingående i Broberg & Fenger 2014, se särskilt s. 2 ff. Se även Matz 2010 s. 31 ff., särskilt s. 36 ff. angående institutets syfte, samt Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Norstedts juridik, Stockholm, 2012 s. 82.

³⁴ Se exempelvis *Sporrong & Lönnroth* ansökan nr 7151/75; 7152/71, *Bodén* ansökan nr 10930/84 och *Pudas* ansökan nr 10426/83 — alla mot Sverige.

något rättsmedel — det vill säga slutinstanserna inom olika instanskedjor — är avgränsningen av särskilt intresse, eftersom dessa agerar i strid med EUF om de inte begär förhandsavgörande trots att det kan anses påkallat.³⁵ Att endast domstolar får/ska begära förhandsavgörande medför dock, för det andra, att domstolsbegreppet också avgör EUD:s behörighet att pröva en begäran om förhandsavgörande som har inkommit till domstolen; rör det sig inte om en domstol saknar EUD behörighet och ska därmed avvisa myndighetens begäran.³⁶

Sammanfattningsvis kan domstolsbegreppet i EKMR beskrivas som en del av "saken"; huruvida ett organ kan klassas som domstol är avgörande för om en konventionskränkning föreligger eller ej. Det domstolsbegrepp som förekommer i EUF-fördraget är snarare av betydelse som en sakprövningsförutsättning; huruvida ett organ kan klassas som en domstol avgör om EUD är behörig att meddela ett förhandsavgörande eller ej.³⁷

Trots att begreppet domstol sålunda har olika funktioner i de två artiklarna — och de två europeiska domstolarna inte har hänvisat till varandras praxis när de har definierat begreppet — har de båda den gemensamma nämnaren att ett antal rättsföljder har knutits till själva domstolsbegreppet. Med andra ord utgör begreppet "domstol" ett rättsligt rekvisit i de respektive rättsreglerna, vilket har tvingat både ED och EUD att ta ställning till vilka organ som är respektive *inte* är att betrakta som domstolar. Både det konventionsrättsliga och unionsrättsliga domstolsbegreppet är också autonomt,³⁸ och ger såtillvida uttryck för en möjlig framväxande europeisk standard kring vilka organ som är att betrakta som domstolar, och vilka organ som av olika

³⁵ En sådan skyldighet kan också träffa underinstanser enligt den s.k. *Foto-Frost-principen*. Något förenklat innebär denna princip att en nationell domstol som har anledning att ifrågasätta giltigheten av en gemenskapsrättsakt är skyldig att hänskjuta frågan till EUD. Se mål 314/85 *Firma Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck* samt exempelvis prop. 2005/06:157 s. 10.

³⁶ Jfr Matz 2010 s. 35. I mål 65/81 *Reina* anförde således EUD följande (p. 7, kurs här): "Enligt denna bestämmelse är det domstolens sak att, för att klargöra sin egen behörighet, undersöka om en fråga har hänskjutits till den av en domstol i en medlemsstat." Avgörandet behandlas av Matz 2010 s. 50.

³⁷ Det domstolsbegrepp som kommer till uttryck i EKMR är således, med Matz ord, mer "rättighetsbaserat" — det syftar till att "säkerställa vissa grundläggande rättigheter" — medan det domstolsbegrepp som återfinns i EUF-fördraget har utvecklats för att tillgodose syftet med institutet förhandsavgörande, och därmed är mer tekniskt till sin karaktär. Se Matz 2010 s. 22 och 337.

³⁸ Principen om "autonomous meaning of terms" innebär att de termer som förekommer i EKMR respektive EUF-fördraget — t.ex. termen domstol — ska tolkas konsekvent och oberoende av de nationella rättsordningarnas användning av termen. Se angående EKMR i allmänhet exempelvis Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: the European Convention on Human Rights* (6:e uppl.), Oxford University Press, Oxford, 2014 s. 69, Danielius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* (4:e uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2012 s. 51 och Letsas, George "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR" *EJIL* 2004 s. 279 ff. samt, beträffande art. 6 exempelvis Mårsäter, Olle, *Folk-rättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*, Uppsala Universitet, Uppsala, 2005 s. 82. Angående autonom tolkning EUF-fördragets art. 267, se exempelvis Matz 2010 s. 58 ff.

anledningar inte kan klassas som domstolar.³⁹ Lås oss mot denna bakgrund titta närmare på de två domstolsbegreppen.

2.1 Domstolsbegreppet i Europakonventionen

Av EKMR artikel 6.1 följer att var och en har rätt till domstolsprövning vid tvister kring civila rättigheter, liksom vid anklagelser om brott.⁴⁰ Närmare bestämt stadgas följande:

Svensk lydelse

Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk *domstol*, som upprättats enligt lag.⁴¹

Engelsk lydelse

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial *tribunal* established by law.⁴²

Artikel 6 är en mångfacetterad artikel som har givit upphov till en mycket omfattande praxis. Något förenklat kan man dock beskriva artikel 6.1 som en lök bestående av två lager: Ytterst en rätt till domstolsprövning (*access to court*) och en inre kärna bestående av rätten till en rättvis förhandling (*fair hearing*).

Som synes innefattar EKMR artikel 6 ingen uttrycklig rätt att få tillträde till domstol. I avgörandet *Golder* slog dock Europadomstolen fast att en sådan rätt följer implicit av artikel 6.1,⁴³ eftersom den explicita

³⁹ Jfr Bernitz i SvJT 2010 s. 886: "Det förefaller inte osannolikt att vi kan komma att få se en utveckling mot ett europarättsligt domstolsbegrepp med en i huvudsak enhetlig grundstruktur." Om förhållandet mellan de unions- och konventionsrättsliga domstolsbegreppet, se vidare vid not 85 samt den skissartade jämförelsen i avsnitt 3.2.4 nedan. Att domstolsbegreppet kan anses ge uttryck för en europeisk standard — trots att det inte är direkt kopplat till medlemsstaternas definitioner — beror på att de europeiska begreppsbestämningarna inte uppstått i ett "rättsligt vakuum" — tvärtom har både ED och EUD konsekvent låtit sig inspireras av de generella principer som återfinns i medlemsländernas rättsordningar. Sålunda konstaterar Matz, m.h.t. generaladvokatens förslag till avgörande i mål 393/92 *Almeo*, att de nationella rättsordningarna troligtvis har haft en påverkan på EUD:s tolkning av domstolsbegreppet (a.a. s. 61, jfr dock s. 62 *in fine*). I *Almeo* anförde exempelvis generaladvokaten, i sitt förslag till avgörande (p. 30), att domstolen "[drew] inspiration from principles common to the laws of the member states" när den definierade domstolskriterierna.

⁴⁰ En anknytande rätt till domstolsprövning finns också vid administrativa och straffrättsliga frihetsberövanden enligt art. 5.4, som stadgar följande (*kurs. här*): "Var och en som berövas friheten genom arrestering eller på annat sätt skall ha rätt att påfordra att *domstol* snabbt prövar lagligheten av frihetsberövandet och beslutar att frige honom, om frihetsberövandet inte är lagligt."

⁴¹ *Kurs. här.*

⁴² *Kurs. här.*

⁴³ Domstolen uttalade att "the right of access constitutes an element which is *inherent* in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1)." Se *Golder v. The United Kingdom* ansökan nr 4451/70 p. 36 (*kurs. här*) samt exempelvis Mowbray, Alastair, *Cases, materials, and commentary on the European Convention on Human Rights* (3:e uppl.), Oxford University Press, Oxford, 2012 s. 383 ff.

rätten till en rättvis domstolsprövning vore meningslös, om den inte inbegrep en rätt till domstolsprövning per se.⁴⁴ Domstolen noterade också att "[t]he principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge" utgjorde "one of the universally 'recognised' fundamental principles of law" och att detsamma gällde "the principle of international law which forbids the denial of justice."⁴⁵ Mot denna bakgrund konstaterade domstolen att artikel 6.1

... secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the 'right to a court', of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing.⁴⁶

Av ED:s praxis följer sålunda dels att artikel 6.1 innefattar en rätt att få tillträde till domstol,⁴⁷ dels att denna rätt löper ur fundamentala och universellt erkända rättsprinciper.⁴⁸ Rätten till domstolsprövning innebär i sin tur att det måste finnas just en *domstol* ("a court or tribunal") som den enskilde kan hänskjuta en viss fråga till. Vid denna bedömning har ED inte fäst någon vikt vid den formella benämningen i nationell rätt. Istället har domstolen givit begreppet en autonom mening, genom att utvecklat ett antal materiella kriterier i sin praxis.⁴⁹ Ett organ som i inhemsk lagstiftning benämns nämnd eller motsvarande kan således mycket väl uppfylla dessa kriterier, men det motsatta kan också vara fallet — att ett organ benämnt domstol inte uppfyller domstolskriterierna. Vilka är då dessa kriterier?

För att rätten till domstolsprövning ska anses tillgodosedd måste organet, för det första, vara en domstol sett till sin *funktion*. För det andra måste domstolen uppfylla vissa *organisatoriska* krav (ibland ka-

⁴⁴ Se *Golder* p. 35: "It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings." Jfr även Schermers i förordet till Stavros, Stephanos, *The guarantees for accused persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights: an analysis of the application of the Convention and a comparison with other instruments*, Nijhoff, Dordrech, 1993 s. x: "A fair trial presupposes that there must be access to a court."

⁴⁵ *Golder* p. 35.

⁴⁶ *Golder* p. 36.

⁴⁷ Denna rätt har ED bekräftat i ett flertal senare avgöranden; se för svenskt vidkommande t.ex. *Mendel v. Sweden* ansökan nr 28426/06.

⁴⁸ Mårsäter 2005 s. 200.

⁴⁹ Se exempelvis *Practical Guide to Article 6*, Criminal Limb § 44: "A disciplinary or administrative body can have the characteristics of a 'tribunal' within the autonomous meaning of Article 6, even if it is not termed a 'tribunal' or 'court' in the domestic system". Se även Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt*, Iustus, Uppsala, 2009 s. 193.

raktäriserade som ”institutionella” eller ”strukturella”); den ska vara oavhängig och opartisk, samt upprättats enligt lag. För det tredje ska förfarandet inför domstolen uppfylla vissa *processuella* krav, som kan sammanfattas under begreppet ”rättvis rättegång”. Med ED:s ord:

It is true that the Convention uses the word ”court” (French ”tribunal”) in several of its Articles. It does so to mark out one of the constitutive elements of the guarantee afforded to the individual by the provision in question.⁵⁰ In all these different cases it denotes bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is *independence* of the executive and of the parties to the case, but also the guarantees of *judicial procedure*.⁵¹

Att kortfattat och strukturerat gå igenom dessa kriterier låter sig inte så lätt göras.⁵² Artikel 6.1 innefattar som synes många olika rättigheter som är mer eller mindre sammanvävda. En del av dessa har bäring på domstolsbegreppet, medan andra snarare avser formerna för domstolens prövning (om prövningen skett inom skälig tid etcetera). I det följande kommer vi därför att ta upp de funktionella och organisatoriska kriterier som får antas alltid gälla, samt vissa av de processuella kriterier som har särskilt stark anknytning till domstolsbegreppet i allmänhet och till den rättskipande funktionen i synnerhet.⁵³

2.1.1 Funktionella kriterier

I ett antal avgöranden har ED poängterat att en domstol ”substantiellt” karaktäriseras av dess *judiciella funktion*. I avgörandet *Cyprus v. Turkey* konstaterade domstolen att

... a court or tribunal is characterised in the substantive sense of the term by its *judicial function*, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner. It must *also* satisfy a series of further requirements — independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its

⁵⁰ Här hänvisade ED till art. 2.1, 5.1.a, 5.1.b, 5.4 och 6.1.

⁵¹ *Wilde, Ooms & Versyp v. Belgium* ansökan nr 2832/66; 2835/66; 2899/66 p. 78 (kurs. här). Se även exempelvis *Weeks v. The United Kingdom* ansökan nr 9787/82 p. 61 (angående domstolsbegreppet i art. 5.4).

⁵² Den mest koncisa sammanfattningen finner man på ED:s hemsida. Se domstolens *Guide on Article 6*, som omfattar dels en ”Civil Limb” (http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), dels en ”Criminal Limb” (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_b_ENG.pdf). Se även exempelvis Södergren 2009 s. 193 ff. och Danelius 2012 kap. 9.

⁵³ Om denna avgränsning kan verka något godtycklig, så beror det på att det inte (vad vi här utgått från) är fråga om några civila rättigheter som en enskild kan begära domstolsprövning av. Huruvida processen inför FUD är ”rättvis” i den bemärkelse som avses i art. 6 står därför inte i fokus; som sagt försöker vi lyfta ut själva *domstolsbegreppet* ur EKMR. Endast om prövningen till sin utformning är så orättvis att ett organ inte kan kallas för en domstol — exempelvis därför att det inte ens är frågan om någon rättegång — blir det således relevant att diskutera de processuella kriterierna i denna kontext.

members' terms of office; guarantees afforded by its procedure — several of which appear in the text of Article 6 § 1.⁵⁴

Utöver att uppfylla vissa organisatoriska och processuella krav måste således en domstol ha en judiciell funktion. Bryter man ner ovanstående uttalande består denna funktion i att organet: (1) avgör frågor inom sin kompetens; (2) genom tolkning och tillämpning av lagregler; och detta (3) inom ramen för ett förfarande som är på förhand bestämt. Denna beskrivning innebär dock inte nödvändigtvis att organet ägnar sig åt *rättskipning*, även om det vid första anblick kan verka så. Snarare beskrivs här de grundläggande komponenterna i en rättstillämpning som är underkastad legalitetsprincipen och kan därmed även innefatta rena förvaltningsförfaranden. Vad som i detta avseende särskiljer domstolarna från förvaltningsmyndigheterna synes vara den närmare innebörd som ED har givit det första kriteriet — att en domstol ”determines matters within its competence”.

För att ett organ ska betraktas som en domstol måste det ha anförtrodd en dömande funktion. Sålunda konstaterade ED i *Campbell & Fell*, att en brittisk Board of Visitors utgjorde en domstol ”when carrying out its adjudicatory tasks”. Inhemsk lagstiftning gav nämligen organet ”a power of *binding* decision in the area in question”, vilket ansågs ge organet ”a judicial function”.⁵⁵ Att en domstol avgör frågor ska således förstås som domstolen är behörig att *slutligt* avgöra den tvist som har hänskjutits till domstolen,⁵⁶ och detta genom ett *bindande* beslut; domstolens avgöranden får inte enbart vara rådgivande,⁵⁷ och ska inte heller kunna överprövas eller ändras av en icke-judiciell instans.⁵⁸

⁵⁴ *Cyprus v. Turkey* ansökan nr 25781/94 p. 233 (*kurs. här*). Samma ståndpunkt intog domstolen *Sramek v. Austria* ansökan nr 8790/79 p. 36, där ED konstaterade att ett organ som inte klassificerades som domstol enligt österrikisk rätt skulle betraktas som en domstol vid tillämpningen av EKMR art. 6.1, eftersom ”its function [was] to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner.” Se även *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 72.

⁵⁵ *Campbell & Fell v. The United Kingdom* ansökan nr 7819/77; 7878/77 p. 76 (*kurs. här*).

⁵⁶ *Albert & Le Compte v. Belgium* ansökan nr 7299/75; 7496/76 p. 29, där det talas om att processen ska utmynna i ”[the] determination by a tribunal of the matters in dispute”. Se härtill *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 73.

⁵⁷ Se exempelvis *Bentham v. the Netherlands* ansökan nr 8848/80 p. 40 och härtill *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 74 samt Warnling-Nerep 2010 s. 86.

⁵⁸ I *Van de Hurk v. The Netherlands* ansökan nr 16034/90 förtydligade domstolen detta i följande ordalag (p. 45): ”The power to give a binding decision which may not be altered by a non-judicial authority to the detriment of an individual party is inherent in the very notion of a ’tribunal’, as is confirmed by the word ’determination’ (’qui décidera’). This power can also be seen as a component of the ’independence’ required by Article 6 para. 1 (art. 6-1).” Se även *Bentham* p. 40 och *Findlay v. The United Kingdom* ansökan nr 22107/93 p. 77, där domstolen likaså uttalade att ”[the] power of decision is inherent in the very notion of ’tribunal’”. Om organets beslut kan överprövas ställer ED:s praxis upp motsvarande kriterier för det överprövande organet, men eftersom inget överklagande är aktuellt i fallet FUD lämnar vi dessa frågor vid sidan.

Detta krav har ED dels tolkat in i konventionstextens ordalydelse, dels härlett ur konventionens preambel.⁵⁹

Det är dock inte tillräckligt att domstolen meddelar bindande beslut; för att det ska vara frågan om en judiciell funktion måste domstolen dessutom ha ”full jurisdiction” i sitt beslutsfattande,⁶⁰ det vill säga förfoga över såväl sakfrågorna som rättsfrågorna i målet.⁶¹ Att en alltför begränsad prövning har anförtrotts ett organ kan således medföra att detta inte betraktas som en domstol i konventionens mening.⁶² I avgörandet *Le Compte, van Leuven & De Meyere* fann således ED att rätten till domstolsprövning inte var uppfylld när ett beslut endast kunde överklagas till en kassationsdomstol med begränsad prövningsrätt:

For civil cases, just as for criminal charges, Article 6 par. 1 (art. 6-1) draws no distinction between questions of fact and questions of law. Both categories of question are equally crucial for the outcome of proceedings relating to ”civil rights and obligations”. Hence, the ”right to a court” and the right to a judicial determination of the dispute cover questions of fact just as much as questions of law. Yet the Court of Cassation does not have jurisdiction to rectify factual errors or to examine whether the sanction is proportionate to the fault.⁶³

Viktigt i sammanhanget är att ett organ som utövar en dömande funktion enligt ovan inte upphör att vara en domstol genom att också anförtros andra uppgifter — exempelvis förvaltningsuppgifter.⁶⁴ Det

⁵⁹ Se exempelvis *Brumarescu v. Romania* ansökan nr 28342/95 p. 61: ”The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, *inter alia*, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question.”

⁶⁰ Se exempelvis *Beaumartin v. France* ansökan nr 15287/89 p. 38: ”Only an institution that has full jurisdiction and satisfies a number of requirements, such as independence of the executive and also of the parties, merits the designation ’tribunal’ within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1).” Se även *Obermeier v. Austria* ansökan nr 11761/85 p. 70, där ED konstaterade att ”a limited review cannot be considered to be an effective judicial review under Article 6 § 1”, samt *Chevrol v. France* ansökan nr 49636/99 p. 63, där ED konstaterade att ”[t]he principle that a court should exercise full jurisdiction require[s] it not to abandon any of the elements of its judicial function”. I vissa avgöranden har dock ED sänkt ribban något, och istället talat om ”sufficient jurisdiction” eller ”sufficient review”. Se exempelvis *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus* ansökan nr 32181/04; 35122/05 p. 151 med vidare hänvisningar.

⁶¹ Se exempelvis *Terra Woningen B.V. v. the Netherlands* ansökan nr 20641/92 p. 52: ”The Court recalls that for the determination of civil rights and obligations by a ’tribunal’ to satisfy Article 6 para. 1 (art. 6-1), it is required that the ’tribunal’ in question have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.” Se även exempelvis *Schmautzer v. Austria* ansökan nr 15523/89 p. 36, *Gradinger v. Austria* ansökan nr 15963/90 p. 44 och *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy* ansökan nr 43509/08 p. 59.

⁶² Se exempelvis *Obermeier* p. 70 och *Chevrol* p. 81-82 samt *Diennet v. France* ansökan nr 18160/91 p. 34, *Merigaud v. France* ansökan nr 32976/04 p. 69 och *Zumtobel v. Austria* ansökan nr 12235/86 p. 29-30.

⁶³ *Le Compte, van Leuven & De Meyere v. Belgium* 6878/75; 7238/75 p. 51.

⁶⁴ *Practical Guide to Article 6, Civil Limb* § 77 och Södergren 2009 s. 196

är dock *endast när domstolen fullgör sin rättskipande uppgift* som den betraktas som en domstol. Ett och samma organ kan således ha olika ”status” beroende på vilken funktion den fullgör. Detta framgår redan av det ovan citerade *Campbell & Fell* (”when carrying out its adjudicatory tasks”) men bekräftades än tydligare i avgörandet *H v. Belgium*:

The Council of the Ordre des avocats performs many functions — administrative, regulatory, adjudicative, advisory and disciplinary. [...] This kind of plurality of powers cannot in itself preclude an institution from being a ”tribunal” *in respect of some of them*.⁶⁵

2.1.2 Organisatoriska kriterier

Att ett organ har anförtrotts en dömande funktion är inte tillräckligt för att det ska betraktas som en domstol — det måste också uppfylla vissa organisatoriska krav som i allmänna ordalag kommer till uttryck i konventionstexten, och som sedermera har utvecklats och preciserats i ED:s praxis.

I enlighet med principen om ”rule of law” kräver ED att domstolar inrättas med stöd av lag — detta utgör den demokratiska garanten för deras verksamhet.⁶⁶ Detta *lagkrav* framgår redan av konventionens ordalydelse, men har fått en betydligt vidare innebörd i domstolens praxis. Sålunda ska inte bara domstolen som sådan inrättas genom lag, utan dess sammansättning och förfarande ska också, något förenklat, regleras i lag.⁶⁷

Av konventionstexten följer vidare ett krav på oberoende och opartiskhet. Normalt sett bedöms dessa två aspekter sammantaget,⁶⁸ men de går också att särskilja.⁶⁹ *Oberoendet* handlar primärt om att organet ska garanteras självständighet i relation till övriga statsmakter,⁷⁰ samt till parterna.⁷¹ Ett antal specifika kriterier för att bedöma detta oberoende har utvecklats i praxis: hur ledamöterna tillsätts, ämbetsperiodens längd, om det finns garantier mot externa påtryckningar och om organet framstår som oberoende.⁷² Även ett krav på att en eller

⁶⁵ *H. v. Belgium* ansökan nr 8950/80 p. 50 (*kurs. här*).

⁶⁶ *Jorgic v. Germany* ansökan nr 74613/01 p. 64, *Richert v. Poland* ansökan nr 54809/07 p. 41, *Lavents v. Latvia* ansökan nr 58442/00 p. 114, *Gorgiladze v. Georgia* ansökan nr 4313/04 p. 67, *Kontalexis v. Greece* ansökan nr 59000/08 p. 38. Se även *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 118 respektive Criminal Limb § 47 samt Södergren 2009 s. 195.

⁶⁷ Se exempelvis *Lavents* p. 114, *Richert* p. 41, *Jorgic* p. 64, *Gorgiladze* p. 68 och *Kontalexis* p. 42 samt *Sokurenko & Strygun v. Ukraine* ansökan nr 29458/04; 29465/04 p. 24, *Buscarini v. San Marino* ansökan nr 24645/94 p. 2, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* ansökan nr 21722/11 p. 151, 154 och 156, *Pandjikidze & Others v. Georgia* ansökan nr 30323/02 p. 104, *Posokhov v. Russia* ansökan nr 63486/00 p. 39 och *Fatullayev v. Azerbaijan* ansökan nr 40984/07 p. 144. Se även *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 119 respektive Criminal Limb § 48.

⁶⁸ Se exempelvis *Kleyn* p. 192 och *Findlay* p. 73.

⁶⁹ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 125.

⁷⁰ Se exempelvis *Beaumartin* p. 38.

⁷¹ Se exempelvis *Sramek* p. 42 och vidare *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 130–137 respektive Criminal Limb § 66–76.

⁷² Se exempelvis *Findlay* p. 73 och *Lithgow & Others v. The United Kingdom* ansökan nr 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81 p. 201–202.

flera av ledamöterna ska vara lagfarna har kopplats till kravet på självständighet.⁷³

Opartiskheten är som sagt nära knuten till oberoendet, men har bedömts utifrån två aspekter: huruvida domarna är *subjektivt* opartiska och huruvida organet, vid en *objektiv* bedömning, framstår som opartiskt.⁷⁴

För att överhuvudtaget kunna göra en bedömning av domstolens opartiskhet är kännedom om vilka som fattat ett beslut direkt avgörande. I *Vernes* hade en kommission som övervakade börshandeln meddelat ett beslut i ett disciplinärende utan att det framgick vilka personer som vid det aktuella tillfället hade ingått i kommissionen. ED konstaterade att det inte varit möjligt att bedöma om en jävsgrund förelegat, och kravet på opartiskhet hade därför inte respekterats.⁷⁵

2.1.3 Processuella kriterier

De processuella kriterier som ställts upp i EKMR artikel 6 är, återigen, tätt knutna till just det som artikel 6 i första hand reglerar — enskildas rätt till en *rättvis* prövning av sina civila rättigheter samt anklagelser om brott. Att en rättegång i något avseende *inte* har varit rättvis är så tillvida ett brott mot artikel 6.1, men medför inte nödvändigtvis att det prövande organet fränkänns sin grundläggande status som domstol; det kan mycket väl föreligga ”access to court” trots att förfarandet inför domstolen inte uppfyller kravet på ”fair hearing”. I någon mån beror dock detta på hur allvarliga de processuella bristerna är — rör det sig om processuella fel *in casu* eller om strukturella fel i processordningen? I den mån ett förfarande till sin utformning är fundamentalt orättvist — genom att genomgående avvika från den standard som föreskrivs i artikel 6 — kan det ifrågasättas om ED ens skulle betrakta det prövande organet som en domstol. Det omvända förhållandet gäller dock också: Att prövningen inför ett organ uppfyller alla de processuella kriterierna kan tala för att organet ska betraktas som en domstol, trots att det kanske uppvisar vissa brister i funktionellt eller organisatoriskt hänseende. På så vis är några av de grundläggande

Se vidare *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 138–144 och Criminal Limb § 57–65.

⁷³ Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsbeslut: överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning*, Studentlitteratur, Lund, 2011 s. 86. Något ovillkorligt krav på endast lagfarna domare ska tjänstgöra vid domstolen finns dock inte, se exempelvis *Le Compte, van Leuven & De Meyere* p. 57. I detta avgörande var domstolen till hälften sammansatt av medicinskt sakkunniga och till hälften av lagfarna domare, ordföranden var lagfaren och hade utslagsröst. En sådan sammansättning accepterades av ED. Se även *Pabla Ky v. Finland* ansökan nr 47221/99 p. 32, där ED konstaterade att ”[t]here is no objection per se to expert lay members participating in the decision-making in a court” samt att det i medlemsstaterna finns många exempel på ”tribunals in which professional judges sit alongside specialists in a particular sphere whose knowledge is desirable and even essential in settling the disputes”.

⁷⁴ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 146.

⁷⁵ *Vernes v. France* ansökan nr 30183/06 p. 44. Avgörandet kommenteras i Danelius 2012 s. 202.

processuella kriterierna av betydelse för domstolsbegreppet som sådant, låt vara att de i egentlig mening sorterar under begreppet ”rättsvis rättegång”. I det följande ska vi endast lyfta fram sådana kriterier som är ägnade att påverka klassificeringen av ett organ som en domstol, medan andra — mer perifera, eller renodlat processuella — kriterier lämnas därhän.

Rätten till en rättvis rättegång innebär, på ett övergripande plan, att en rättegång ska inrymma tillfredsställande rättssäkerhetsgarantier av diverse slag. Av central betydelse här är att processen ska vara kontradiktorisk (*adversarial procedure*),⁷⁶ vilket innebär att den som är part ska få kunskap om och kunna kommentera allt processmaterial i syfte att påverka domstolen.⁷⁷ Intimt förbunden med den kontradiktoriska processen är principen om processuell balans (*equality of arms*).⁷⁸ Denna princip tar sikte på den relativa balansen mellan parterna i processen,⁷⁹ och förbjuder åtgärder som föranleder eller vidmakthåller en oacceptabel obalans dem emellan.⁸⁰

Av artikel 6.1 följer slutligen att en part som utgångspunkt har rätt till en *offentlig förhandling*. Ett av de centrala syftena med en sådan förhandling är att säkerställa den rättvisa rättegången genom öppenhet och därmed möjlighet för allmänheten att granska processen.⁸¹ I

⁷⁶ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 216.

⁷⁷ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 219.

⁷⁸ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 222–223.

⁷⁹ Mellan dessa olika principer, som alla utgör centrala delar i vad som kännetecknar en rättvis domstolsprövning, föreligger en betydande överlappning, se exempelvis Danelius 2012 s. 247.

⁸⁰ Denna princip formulerade ED i avgörandet *Dombo Beheer v. The Netherlands* ansökan nr 14448/88, där domstolen anförde att, såvitt avser ”litigation involving opposing private interests, ‘equality of arms’ implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case — including his evidence — under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.” Se *Dombo Beheer* p. 33 (*kurs*. här) och härtill Rainey, Wicks & Ovey 2014 s. 263. En tid senare kom domstolen — med hänvisning till sitt tidigare avgörande i *Dombo Beheer* — att använda i princip samma formulering i ett brottmål: “[E]ach party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent.” Se *Bulut v. Austria* ansökan nr 17358/90 p. 47. Beträffande processuell balans i brottmål, se Stavros 1993 s. 43 och Trechsel, Stefan & Summers, Sarah, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005 s. 94 ff. Angående motsvarande krav vid administrativa frihetsberövanden enligt art. 5.4, se exempelvis Gustafsson, Ewa, *Missbrukare i rättsstaten: en rättsvetenskaplig studie om lagstiftningen rörande tvångsvård av vuxna missbrukare*, Norstedts juridik, Stockholm, 2001 s. 103. Att principen om processuell balans utgör en del av rätten till en rättvis rättegång enligt art. 6.1 slog domstolen fast i avgörandet *Neumeister v. Austria* ansökan nr 1936/63, se p. 22.

⁸¹ *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 247: “The public hearing protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny. Rendering the administration of justice visible contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial ...” Det finns dock möjlighet till inskränkning eller undantag från rätten till offentlig förhandling, exempelvis när inga fakta bestrids, endast rättsfrågor ska bedömas eller när utgången i målet är avhängig tekniska frågor som bäst lämpar sig för ett skriftligt förfarande. Motsatsvis är det nödvändigt med muntlig förhandling när bedömningar av både rättsfrågor och viktiga omständigheter/fakta krävs. Se *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 254–256.

denna kontext kan man också notera att domar ska *meddelas offentligt*, vilket likaså hänger samman med förtroendet för domstolen och allmänhetens möjlighet att granska verksamheten.⁸²

2.1.4 En sammantagen bedömning

I NJA 2002 s. 288 uttalade Högsta domstolen, såvitt avsåg Presstödsnämnden, att det som avgjorde om nämnden kunde betraktas som en domstol var om organet ”vid sin prövning erbjudit de rättssäkerhetsgarantier som krävs enligt Europakonventionen.” Närmare bestämt anförde domstolen följande:

Utgångspunkten för Europadomstolens bedömning av om rätten till domstolsprövning kränkts har varit om den nationella prövning som förekommit gjorts av ett *oavhängigt och opartiskt organ* samt om *processuella rättssäkerhetskrav*, såsom rätten att ta del av allt processmaterial, möjligheten att lägga fram sin sak muntligen samt offentlighet, varit uppfyllda mot bakgrund av vad sakens beskaffenhet krävt i det enskilda fallet.⁸³

Således ska en sammantagen bedömning göras av de kriterier som listats ovan. Denna bedömning illustreras väl av det ovan citerade avgörandet *Rolf Gustavsson*, där ED betraktade Brottskadenämnden som en domstol. Domskälerna är klargörande, och citeras därför *in extenso*:

The applicant has not disputed that the Board in its composition and operation satisfied the requirements of *independence* and *impartiality*, nor that it had jurisdiction to examine and decide with *binding effect* on all questions of fact and law relevant to the applicant's claim for criminal injuries compensation. As to the applicant's complaint about the decision-making procedures of the Board, it is to be noted that section 14 of the Administrative Act 1986 expressly provided for the possibility of an *oral hearing*. [...] Furthermore, the *reasons* given by the Board were sufficient in the circumstances to justify its rejection of the applicant's claim and its subsequent confirmation of that rejection.

Efter att sålunda ha granskat både nämndens oberoende och opartiskhet (närmare bestämt dess organisation/sammansättning) och dess förfarande (exempelvis frågan om offentlighet) kom ED till slutsatsen att klaganden hade haft ”access to a tribunal for the determination of his civil right”, trots att nämndens beslut inte fick överklagas.⁸⁴

⁸² *Practical Guide to Article 6*, Civil Limb § 263–264.

⁸³ *Kurs*. här.

⁸⁴ *Rolf Gustavsson* p. 46–48 (*kurs*. här). Angående möjligheten att överklaga konstaterade domstolen att ”the decisions reached by the Board were final and not subject to appeal either to a higher administrative authority or to a court of law”. Detta till trots kom domstolen till slutsatsen att ”the Board complied for the purposes at hand with the requirements which Article 6 para. 1 (art. 6-1) prescribes in respect of a tribunal” eftersom ”Article (art. 6-1) does not guarantee a right of appeal”.

2.2 Domstolsbegreppet i EU-rätten

Även i EU-rätten är frågan om vilka organ som är att klassificera som domstolar central, bland annat vid tillämpningen av EUF-fördraget.⁸⁵ Som framgått ovan får nämligen bara domstolar ansöka om förhandsavgöranden hos EUD enligt artikel 267 i fördraget.⁸⁶ Denna artikel stadgar i relevanta delar följande:

Svensk lydelse

När en sådan fråga uppkommer vid en *domstol* i en medlemsstat får den *domstolen*, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att *domstolen* meddelar ett förhandsavgörande.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en *domstol* i en med-

Engelsk lydelse

Where such a question is raised before any *court or tribunal* of a Member State, that *court or tribunal* may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a *court or tribu-*

⁸⁵ Av utrymmesskäl kommer vi här endast att undersöka det domstolsbegrepp som förekommer i EUF-fördraget art. 267. Detta domstolsbegrepp har utförligt analyserats av Matz dennes avhandling *Begreppet domstol i EU-rätten*, och detta avsnitt bygger huvudsakligen på Matz framställning. Se även densamme i SvJT 2014 s. 464 ff. samt Bernitz anm. av Matz avhandling i SvJT 2010 s. 882 ff. En översiktlig redogörelse över domstolsbegreppet i art. 267 finns även i Broberg i *EPL* 2009 s. 207 ff. — Begreppet domstol förekommer dock i en rad andra unionsrättsliga rättsakter; se exempelvis Europaparlamentets och Rådets direktiv 98/5/EG av den 16 februari 1998 om underlättande av stadigvarande utövande av advokatyrket i en annan medlemsstat än den i vilken auktorisationen erhöles, som bl.a. innefattar en rätt till "domstolsprövning" (art. 9 i direktivet). Beträffande denna rättighet konstaterade EUD i mål C-506/04 *Wilson* p. 47, att domstolsbegreppet i direktivet skulle "motsvaras av begreppet domstol enligt den *definition som gjorts i gemenskapsrätten*", varvid EUD uteslutande hänvisade till EUF-fördragets art. 267 och den praxis som utvecklats i anslutning till artikeln. Av denna skrivning kan man lätt bibringas uppfattningen att art. 267 ger uttryck för just en enhetlig gemenskapsrättslig domstolsdefinition. Sedan antagandet av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02) (Rättighetsstadgan) kan man dock fråga sig om så är fallet. Rättighetsstadgans art. 47 innefattar nämligen ett domstolsbegrepp som snarare för tanken till EKMR art. 6.1, och mellan EUF-fördragets art. 267 respektive EKMR art. 6.1 finns vissa (om än små) skillnader. Som Bernitz antyder befinner vi oss dock mitt i en pågående utveckling; antagandet av Rättighetsstadgan och EU:s eventuella anslutning till Europakonventionen kommer sannolikt att på sikt generera "ett europarättsligt domstolsbegrepp med en i huvudsak enhetlig grundstruktur." Se Bernitz i SvJT 2010 s. 886. Vår ambition med denna artikel är inte att göra en djuplodande jämförelse mellan de unionsrättsliga respektive konventionsrättsliga domstolsbegreppen, utan snarare att urskilja de mest grundläggande komponenterna i de två rättsakterna. En yttlig jämförelse lämnas dock avslutningsvis.

⁸⁶ Kring Institutet förhandsavgörande i allmänhet finns åtskilligt skrivet; se exempelvis Broberg & Fenger 2014 som under rubriken "Which Bodies May Refer?" också behandlar domstolsbegreppet (s. 60 ff.). Även mer allmänna framställningar på området behandlar förstås systemet med förhandsavgörande och därmed domstolsbegreppet; se exempelvis Woods, Lorna, Watson, Philippa & Steiner, Josephine, *Steiner & Woods EU law* (12:e uppl.), Oxford Univ. Press, Oxford, 2014 s. 222 ff. och särskilt s. 225 ff., där förf. diskuterar "the generous approach of the Court to Article 267 references".

lemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella *domstolen* föra frågan vidare till domstolen.⁸⁷

*nal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.*⁸⁸

Den behörighet som tillkommer EUD att meddela förhandsavgöranden motsvaras av en frihet respektive skyldighet för nationella domstolar att begära ett sådant avgörande från EUD. Eftersom ett mål om förhandsavgörande innebär "ett hänskjutande från domstol till domstol",⁸⁹ har EUD — för att kunna avgöra sin egen behörighet — i ett antal avgöranden haft att ta ställning till vilka organ som ska kvalificeras som domstolar i EU-rättslig mening.⁹⁰ I likhet med ED har också EUD gett begreppet domstol ("court or tribunal") en autonom innebörd, genom att utveckla ett antal materiella domstolskriterier.⁹¹

År 1966 uttalade sig EUD för första gången över det unionsrättsliga domstolsbegreppet i avgörandet *Vaassen*.⁹² Efter att i flera efterföljande avgöranden successivt ha preciserat begreppet sammanfattade domstolen sedan sin praxis i avgörandet *Almeo*. Med hänvisning till *Vaassen* förklarade domstolen att

... ett sådant organ skall uppfylla vissa kriterier, nämligen att det skall vara upprättat enligt lag, vara av permanent natur, dess avgöranden skall vara tvingande, förfarandet skall vara kontradiktoriskt och organet skall tillämpa rättsregler. Domstolen har kompletterat dessa kriterier och särskilt understrukit att organet skall vara oberoende ...⁹³

Ur EUD:s praxis går det således att urskilja sex kriterier,⁹⁴ vilka den svenska lagstiftaren har sammanfattat enligt följande:

⁸⁷ *Kurs*. här.

⁸⁸ *Kurs*. här. Se Matz (2010) s. 66 angående skillnaden mellan den engelska språkversionens "court or tribunal" och den franska versionens "jurisdiction".

⁸⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=URISERV:l14552> (besökt den 6 september 2015). Institutet förhandsavgörande har beskrivits som ett "samarbetsförfarande" mellan nationella domstolar och EUD ("judiciellt samarbete"); se Matz (2010) s. 46 och densamme i SvJT 2014 s. 468 f.

⁹⁰ I det följande bortses från de regler och förutsättningar som rör förhandsavgöranden i övrigt, dvs. de aspekter som inte rör själva domstolsbegreppet.

⁹¹ Att domstolsbegreppet är ett unionsrättsligt begrepp konstaterade EUD i mål C-24/92 *Corbiao* p. 15. Numera anförs regelmässigt att det "är en gemenskapsrättslig fråga" huruvida ett visst organ är en domstol i den mening som avses i EUF-fördraget, se exempelvis det ovan citerade avgörandet *Abrahamsson* p. 28–29. Angående domstolsbegreppet som ett autonomt begrepp, se vidare Matz 2010 s. 58 ff. och Woods, Watson & Steiner 2014 s. 225, som förklarar att "[n]ational-law classifications are not determinative". Däremot menar Broberg & Fenger 2014 s. 73, att EUD "seems to work on the assumption that a referring body will be a 'court or tribunal' as long as it is part of the Member State's ordinary court system", under förutsättning att begäran om förhandsavgörande lämnas inom ramen för domstolens dömande funktion. Om så ej är fallet görs en mer noggrann prövning av de strukturella och funktionella kriterierna. Se även Broberg *EPL* 2009 s. 215.

⁹² Mål 61/65 *Vaassen*. Se till det sagda Matz 2010 s. 66 ff.

⁹³ *Almeo* p. 21.

⁹⁴ Jfr Woods, Watson & Steiner 2014 s. 225 f.

När det gäller frågan om vilka domstolar som har möjlighet att inhämta förhandsavgörande har [EUD] i sin praxis slagit fast vissa kriterier som är av betydelse vid denna bedömning. För att ett organ ska omfattas av domstolsbegreppet krävs enligt [EUD] att

1. det är upprättat enligt lag,
2. det är av stadigvarande karaktär,
3. dess jurisdiktion är av tvingande art,
4. förfarandet vid organet är kontradiktoriskt,
5. det tillämpar rättsregler samt
6. det har en oberoende ställning.

[EUD] har angett att kravet på att förfarandet är kontradiktoriskt inte är absolut men att de nationella domstolarna endast har befogenhet att inhämta förhandsavgörande om en tvist är anhängig vid domstolen och om den ska fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett beslut med karaktär av dom. Det krävs således att domstolens avgörande är av *rättskipningskaraktär*. Domstolsbegreppet har således, enligt dessa kriterier, givits en *vidare innebörd* än vad som i svensk rätt avses med begreppet domstol.⁹⁵

Jämför man de citerade uttalandena framträder en viktig skillnad. Utöver de sex kriterier som EUD sammanfattade i *Almelo* lägger regeringen till ett sjunde kriterium: att domstolens avgöranden är av ”rättskipningskaraktär”. Hur ska man då förstå detta sjunde kriterium?

I avgörandet *Politi* från 1971 konstaterade EUD att dess behörighet att ta upp en begäran om förhandsavgörande till sakprövning förutsatte att det nationella organet har en judiciell/rättskipande funktion.⁹⁶ I *Almelo* gjordes dock ingen direkt hänvisning till organets funktion, och i de avgöranden som sedan följde åberopade EUD ibland de sex kriterierna, ibland organets rättskipande funktion — men aldrig i förening. Som Matz konstaterar rådde därför ”under flera år en viss oklarhet om den rättskipande funktionen spelade en självständig roll vid sidan av kriterierna.”⁹⁷ I avgörandet *Dorsch* sammanfogade dock EUD de två bedömningarna till en: *Efter* att ha konstaterat att ett organ uppfyllde samtliga sex kriterier gjorde domstolen det viktiga tillägget, att det ”*dessutom* [skall] påpekas att federala till-

⁹⁵ Prop. 2005/06:157 s. 9 (*kurs. här*). Detta med hänvisning till de förenade målen C-110-147/98 *Gabalfrija SL m.fl. mot AEAT*, där EUD gjorde följande uttalande (p. 33): ”För att bedöma om det hänskjutande organet är en domstol i den mening som avses i artikel 177 i fördraget, vilket är en rent gemenskapsrättslig fråga, skall EG-domstolen beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler samt om det har en oberoende ställning.” Jfr Bohlin & Warnling-Nerep 2007, som ger följande definition (s. 376): ”Med domstol avses ett organ som är upprättat enligt lag, har en permanent existens, utövar bindande rättskipning, är bunden av regler om ett kontradiktoriskt förfarande samt, slutligen, tillämpar rättsregler.”

⁹⁶ Mål 43/71 *Politi* p. 5 (*kurs. här*): ”It is sufficient to note that the President of the Tribunale di Torino is performing a *judicial function* within the meaning of Article [267] ... ”

⁹⁷ Matz 2010 s. 67 f.

synskommisionen i det föreliggande fallet har en domstolsfunktion.⁹⁸ Följaktligen ska de sex kriterierna å ena sidan, och det funktionella kriteriet å andra sidan, betraktas som kumulativa — inte som alternativa.⁹⁹ Detta klargjorde EUD än tydligare i avgörandet *Radiotelevisione*, som sammanfattar domstolens inställning väl:

För att bedöma om ett organ är en domstol i den mening som avses i artikel [267] i fördraget, vilket är en gemenskapsrättslig fråga, skall [EUD] beakta ett antal omständigheter, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär, om dess avgöranden är tvingande, om förfarandet är kontradiktoriskt, om organet tillämpar rättsregler, samt om det har en oberoende ställning. Dessutom följer av fast rättspraxis att de nationella domstolarna endast har befogenhet att framställa en begäran till domstolen om en tvist är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättskipningskaraktär.

Frågan huruvida ett organ är behörigt att framställa en begäran till EUD skulle, med domstolens ord, avgöras ”enligt såväl *strukturella* som *funktionella* kriterier” och således

... kan ett nationellt organ anses vara en domstol i den mening som avses i artikel [267] i fördraget när det bedriver *rättskipande verksamhet* medan det inte kan anses vara en domstol när det bedriver annan verksamhet, i synnerhet förvaltande verksamhet.¹⁰⁰

För att ett organ ska betraktas som en domstol behöver således *alla* kriterierna vara uppfyllda — både det funktionella kravet och de krav som domstolen betecknar som strukturella.¹⁰¹ De senare kan i sin tur brytas ned i organisatoriska kriterier (att organet ska vara upprättat enligt lag, vara av stadigvarande karaktär, ha en oberoende ställning samt en tvingande jurisdiktion) och processuella kriterier (att förfarandet ska vara kontradiktoriskt).¹⁰² Mellan den rättskipande funktionen å ena sidan och dessa strukturella aspekter å andra sidan föreligger dock inte vattentäta skott; att en ”tvist” ska vara anhängig vid domstolen har exempelvis bäring på *inter partes*-kriteriet, och att dom-

⁹⁸ Mål C-54/96 *Dorsch* p. 37 (*kurs. här*).

⁹⁹ Däremot är det alljämt oklart hur kriterierna ska viktas, liksom om listan är uttömmande eller endast exemplifierande såtillvida, att ytterligare kriterier kan tillkomma. Se Broberg & Fenger 2014 s. 73.

¹⁰⁰ Mål C-440/98 *Radiotelevisione* p. 11–13 (*kurs. här*). Se även mål C-195/98 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* p. 24–25 och härtill Matz 2010 s. 68 f. Enligt Matz (a. st.) ger denna formel — som formulerades i *Radiotelevisione* och bekräftades i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* samt ett antal efterföljande avgöranden — uttryck för ”fast rättspraxis”.

¹⁰¹ Matz 2010 s. 69 och 72, som anför att begreppet domstol ”består av två delar, det strukturella domstolsbegreppet, varmed avses de sex kriterierna, och det funktionella domstolsbegreppet, varmed avses kravet på en rättskipande funktion.” Jfr dock Broberg, som gör åtskillnad mellan ”organizational and functional criteria”. Se Broberg i *EPL* 2009 s. 208 och vidare Broberg & Fenger 2014 s. 61.

¹⁰² Jfr Matz 2010 s. 68, som anför att den ”strukturella sidan” av domstolsbegreppet avser organisation, förfarande och ställning. Organets ställning betraktar vi som ett organisatoriskt kriterium.

stolen ska ”fälla avgöranden” inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett ”avgörande av rättskipningskaraktär” förutsätter att organet har en självständig ställning,¹⁰³ och en bindande jurisdiktion.¹⁰⁴ Och på motsvarande sätt finns det ett ömsesidigt beroende mellan det processuella kravet på kontradiktion — som lägger ansvaret för processen i parternas händer — och det organisatoriska kravet på oberoende.¹⁰⁵ Låt oss nu, mot denna bakgrund, närmare skärskåda de aktuella kriterierna.

2.2.1 Funktionella kriterier

EUD:s tillämpning av domstolsbegreppet är binärt i meningen att antingen betraktas det nationella organet som en domstol eller inte.¹⁰⁶ För denna kategorisering är begreppet rättskipning styrande, och alla övriga typer av ärenden/avgöranden/beslut faller i en negativt bestämd restkategori — huruvida alla dessa bör passas in under en rubrik som ”förvaltning” är inte avgörande här.¹⁰⁷ Ägnar sig ett organ *inte* åt rättskipning är det *inte* en domstol i EUF-fördragets mening — åtminstone inte när den fullgör andra funktioner än att skipa rätt. Vari består då den rättskipande funktionen?

Som utgångspunkt anses ett organ ha en rättskipande funktion om organet är oberoende och dess process är kontradiktorisk.¹⁰⁸ De strukturella kriterierna *konstituerar* således, i någon mån, den rättskipande funktionen.¹⁰⁹ Sedvanlig civil, straff- och förvaltningsrättskipning samt även specialprocesser och konstitutionell rättskipning vållar därmed sällan problem, när sådana funktioner ankommer på traditionella domstolar.¹¹⁰ Ibland har dock utgången blivit den omvända, det vill säga ett organ har inte betraktats som en domstol trots att det uppfyller de strukturella kriterierna (och är en del i det nationella domstolsystemet), eftersom det funktionella kriteriet inte uppfyllts.¹¹¹ Låt oss därför försöka bryta ner den rättskipande funktionen ytterligare.

Till skillnad från de strukturella aspekterna har EUD inte formulerat några kriterier för den rättskipande funktionen. Istället har domstolen använt en mer svepande beskrivning av rättskipningskriteriet. I *Österreichischer Gewerkschaftsbund* uttalade exempelvis domstolen följande, i direkt anslutning till *Radiotelevisione*:

¹⁰³ I *Wilson* konstaterade exempelvis EUD (p. 49), att ”[b]egreppet oberoende ställning ... inte kan skiljas från den dömande uppgiften”.

¹⁰⁴ Jfr Matz 2010 s. 204 och vidare på s. 253 ff.

¹⁰⁵ Matz 2010 s. 208.

¹⁰⁶ Matz 2010 s. 73.

¹⁰⁷ Matz 2010 s. 255 och 270.

¹⁰⁸ Matz 2010 s. 253.

¹⁰⁹ Enligt Matz är det således inte uppenbart vari den funktionella aspekten består och hur den skiljer sig från de strukturella kriterier som vi kommer att redogöra för nedan.

¹¹⁰ Matz 2010 s. 69 f. och 254. Se även Broberg & Fenger 2014 s. 74.

¹¹¹ Se exempelvis Broberg & Fenger 2014 s. 77 (*kurs. här*): ”This purely organizational approach has ... been abandoned. According to the more recent practice of [ECJ], only questions related to *truly judicial activities* can be referred.”

De nationella domstolarna har befogenhet att framställa en begäran till domstolen endast om en *twist* är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett *avgörande av rättskipningskaraktär* ...¹¹²

Som Matz konstaterar kan man urskilja åtminstone två centrala komponenter: För det första ska det föreligga en *twist* vid den nationella domstolen och för det andra ska domstolens avgörande av tvisten vara av rättskipningskaraktär.¹¹³ Kravet på *twist* får rimligen tolkas som att det ska finnas två motstående parter — eller åtminstone en intresse-motsättning — och hänger därmed ihop med den kontradiktoriska processen, medan kravet på att avgörandet ska vara av rättskipningskaraktär kan kopplas samman med att domstolen ska vara oberoende och att dess avgörande av tvisten ska vara bindande (i kontrast till rådgivande).¹¹⁴

Annorlunda uttryckt ankommer det på domstolar att meddela domar. I avgörandet *Job Centre Coop* uttryckte ED detta krav som att de ”nationella domstolarna *endast* har befogenhet att framföra en begäran till domstolen om en *twist* är anhängig vid dessa och om de skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att *leda till ett beslut med karaktär av dom*.”¹¹⁵ I det aktuella avgörandet uppkom frågan om den italienska Tribunale civile e penale di Milano kunde betraktas som en domstol — inte i allmänhet utan när tribunalen hade att fastställa bolagsordningar enligt ett visst förfarande. EUD konstaterade att så inte var fallet:

När den domstol som begärt ett förhandsavgörande fattar ett beslut enligt de tillämpliga nationella reglerna och inom ramen för ett förfarande för ”giurisdizione volontaria” avseende en begäran om fastställande av ett bolags bolagsordning för registrering av detta, utövar den en verksamhet som *inte är dömande* och som för övrigt överläts åt de administrativa myndigheterna i andra medlemsstater. I själva verket handlar domstolen som en administrativ myndighet *utan att den samtidigt har att avgöra en twist*.¹¹⁶

I *Job Centre Coop* fäste som synes EUD vikt vid att det inte förelåg någon *twist* och att den nationella domstolen därmed inte ägnade sig åt

¹¹² *Österreichischer Gewerkschaftsbund* p. 25 (*kurs. här*).

¹¹³ Matz 2010 s. 254

¹¹⁴ Se exempelvis de förenade målen C-69/96-C-79/96 *Garofalo* samt Matz (2010) s. 139 ff. angående kravet på bindande avgöranden.

¹¹⁵ Mål C-111/94 *Job Centre Coop* p. 9 (*kurs. här*). Se härtill exempelvis Broberg & Fenger (2014) s. 77 f.

¹¹⁶ *Job Centre Coop* p. 11–12 (*kurs. här*). Till samma slutsats kom EUD i exempelvis mål C-138/80 *Jules Borker* p. 4: ”Av [artikel 267] framgår att tolkningsfrågor ... kan föras vidare till EG-domstolen endast av en domstol som skall meddela avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett avgörande av rättskipningskaraktär. Det förhåller sig inte på det sättet i föreliggande fall där Conseil de l'ordre inte förelagts en *twist* som det enligt lag har i uppdrag att avgöra, utan en ansökan som går ut på att erhålla en förklaring i en meningsskiljaktighet mellan en advokat och domstolarna i en annan medlemsstat.”

dömande verksamhet; dess avgörande var inte av rättskipningskaraktär.

Ett annat illustrativt exempel är avgörandet *Victoria Film*. I detta mål hade Skatterättsnämnden ansökt om ett förhandsavgörande från EUD, och den svenska inställningen var att nämnden var att betrakta som en domstol vid tillämpningen av EUF-fördraget, eftersom ett *förfarande i Skatterättsnämnden "inleds när det föreligger en tvist"*.¹¹⁷ Med hänvisning till att Skatterättsnämnden inte fullgjorde en rättskipande funktion avisade dock EUD nämndens ansökan. Enligt EUD fanns det förvisso vissa omständigheter som talade för att Skatterättsnämnden "utövar dömande verksamhet, särskilt nämndens lagenliga självständighet och dess behörighet att med tillämpning av rättsregler meddela avgöranden av bindande karaktär". Andra omständigheter talade dock för att "nämnden i huvudsak fullgör förvaltningsuppgifter", närmare bestämt:

... att den skattskyldiges situation inte föranledde skattemyndigheterna att fatta något beslut innan en ansökan om förhandsbesked hade ingetts till Skatterättsnämnden. Nämndens uppgift är således inte att pröva huruvida nämnda myndigheters beslut är lagenliga, utan snarare att *för första gången* ta ställning till taxeringen av en viss transaktion. När Skatterättsnämnden på ansökan av en skattskyldig meddelar ett förhandsbesked i fråga om taxering, utövar den verksamhet som inte består i rättskipning och som för övrigt uttryckligen överläts till skatteförvaltningen i andra medlemsstater. [...] Skatterättsnämnden verkar således som en myndighet som avger ett bindande förhandsbesked, som den skattskyldige har intresse av i den mån denne därmed kan planera sin verksamhet bättre, men har inte till uppgift att avgöra en tvist.¹¹⁸

Av dessa avgöranden kan man dra några generella slutsatser: Varken i *Job Centre Coop* eller i *Victoria Film* betraktade EUD de respektive organen som domstolar, trots att de får antas ha uppfyllt de strukturella domstolskriterierna; organen var visserligen oberoende och processen innehöll inslag av kontradiktion, men de ägnade sig inte åt rättskipning. Varför inte? Jo, därför att det inte kunde föreligga någon tvist i egentlig mening, eftersom statens inställning inte var känd; organens uppgift var att *för första gången* ta ställning i en viss fråga. Av detta kan man dra slutsatsen att det kan bli frågan om rättskipning först efter att staten har uttalat sig genom att meddela ett beslut, som den enskilde kan besvara sig över och därigenom få (domstols)prövat.¹¹⁹ Med Matz ord:

¹¹⁷ Se mål C-134/97 *Victoria Film* p. 13, där det vidare anfördes att "den skattskyldige inte skulle ha något behov av att erhålla ett förhandsbesked om han och skatteförvaltningen hade samma uppfattning i den aktuella skattefrågan."

¹¹⁸ *Victoria Film* p. 16–18 (kurs. här).

¹¹⁹ Detta klargjorde EUD uttryckligen i både *Job Centre Coop* och *Victoria Film*. I det tidigare fallet förklarade domstolen (p. 11) att det är först när "den person som genom den nationella lagen är behörig att begära fastställande väcker talan mot ett beslut om avslag på begäran om fastställande och påföljande registrering, som den domstol där talan har väckts kan anses utöva en dömande verksamhet ... i den

Ett förfarande som leder till ett *första beslut* skulle med detta synsätt inte betraktas som rättskipning. Det rör sig alltså om förvaltning när staten för första gången tar ställning till en enskild persons rättigheter eller skyldigheter. [...] En efterföljande *kontroll av lagligheten* ... betraktas däremot som rättskipning.¹²⁰

Slutligen ett viktigt klargörande: Om ett ärende prövas i en domstol, men i själva verket är ett förvaltningsärende,¹²¹ är det prövande organet inte en domstol i EU-rättslig mening, trots att det i andra sammanhang är en domstol.¹²² Liksom vid tillämpningen av EKMR förloerar dock en domstol som annars fullgör en rättskipande funktion inte sin unionsrättsliga status som domstol genom att *också* anförtros förvaltande/rättsvårdande (sido)funktioner. Huruvida ett organ som *endast* fullgör andra funktioner än rättskipning kan/bör betecknas domstol låter vi dock, för stunden, vara osagt.

2.2.2 Organisatoriska kriterier

Vad avser de organisatoriska kriterierna anknyter dessa starkt till de krav som följer av EKMR. Organet ska således, som utgångspunkt, vara instiftat genom *lag*.¹²³ Liksom ED har dock EUD givit lagkravet en extensiv tolkning, genom att låta bedömningen omfatta de anknyttande frågorna om förfarandet inför domstolen är reglerat i lag,¹²⁴ och om domarna utses enligt bestämmelser i lag.¹²⁵

mening som avses i artikel [267]”. I det senare avgörandet förklarade EUD (p. 18) att ”endast för det fall att den skattskyldige eller Riksskatteverket *överklagar ett förhandsbesked* som den domstol vid vilken målet på så sätt anhängiggörs kan anses utöva dömande verksamhet i den mening som avses i artikel [267] i fördraget.” Först om Skatterättsnämndens beslut överklagas till HFD, kan således HFD begära ett förhandsavgörande, vilket också följer av målen C-200/98 *X AB and Y AB* samt C-436/00 *X and Y*. Detsamma gäller dock om ett administrativt beslut kan ”överklagas” internt inom en domstol, exempelvis från en viss befattningshavare till domstolen i dess egenskap av domstol, se mål C-14/08 *Roda Golf & Beach Resort*. Avgörande i båda fallen är förekomsten av en ”tvist”. Se till det sagda Matz 2010 s. 276 och densamme i SvJT 2014 s. 470.

¹²⁰ Matz 2010 s. 272. Denna slutsats bekräftas bl.a. i mål C-86/00 *HSB-Wohnbau*. I detta avgörande hade ett bolag begärt en viss inskrivning i handelsregistret hos en tysk domstol, som anförtrots hanteringen av registret. I denna egenskap betraktade dock EUD inte den tyska domstolen som en domstol; eftersom den inte förelåg någon tvist inför domstolen ägnade den sig inte åt rättskipning. I sina beslutsskäl fäste EUD (p. 15, *kurs*. här) vikt vid att den nationella domstolen var ”den *första myndigheten* som får HSB-Wohnbaus begäran om inskrivning”. Se härtill Matz 2010 s. 276.

¹²¹ Om det, med Matz ord, ”har en grundläggande förvaltningskaraktär”. Se Matz i SvJT 2014 s. 470

¹²² I sådana situationer fungerar domstolen som en förvaltningsmyndighet i första instans, och ”[o]m det inte är rättskipning när frågan prövas i en förvaltningsmyndighet, blir det inte heller rättskipning om frågan i stället prövas av en nationell domstol” som Matz formulerar det, se SvJT 2014 s. 470.

¹²³ Om detta krav; se Matz 2010 s. 86 ff., Broberg & Fenger 2014 s. 61 f. samt Broberg i *EPL* 2009 s. 208 f.

¹²⁴ Som framgått ovan är ett strukturellt kriterium att domstolar ska tillämpa rättsregler. Det råder dock viss oklarhet om det är *detta* krav (snarare än det här diskuterade lagkravet) som innebär att förfarandet inför en domstol (och eventuellt dess sammansättning) bör/ska vara reglerat i lag. Se exempelvis Matz 2010 s. 153. I

I likhet med ED har EUD också uppställt ett krav på *oberoende*.¹²⁶ Detta krav sönderfaller, liksom enligt EKMR, i olika komponenter: Domstolen ska i sitt beslutsfattande vara oberoende såväl i relation till övriga statsmakter (vilket även tar sikte domarnas rättsställning) som i relation till parterna (vilket snarare tar sikte på förhindrandet av jäv).¹²⁷

Tätt knutet till kravet på oberoende är kravet på att organet ska ha en *tvångande jurisdiktion*. Enligt Matz innefattar även detta krav två moment: För det första får en domstols behörighet att avgöra en tvist inte vara avhängig partsviljan, och för det andra får dess avgörande inte enbart vara rådgivande.¹²⁸

Till skillnad från ED har EUD slutligen formulerat ett krav på *permanens*.¹²⁹ Skärskådar man detta kriterium framgår det dock att några större skillnader inte föreligger mellan domstolarnas praxis. Till varaktighetskriteriet har EUD nämligen inte bara hänfört att domstolen ska vara varaktigt inrättad — i princip inte inrättad för en enskild tvist¹³⁰ — utan också att det ska finnas en varaktighet i domarnas förordnanden. Båda dessa krav känner vi igen från ED:s praxis.¹³¹

2.2.3 Processuella kriterier

Det avgörande kriteriet bland de strukturella aspekterna — och det enda kriteriet som direkt avser processens utformning — är kravet på

mål C-258/97 *Hospital Ingenieure* betraktade generaladvokaten det så kallade "rättsregelkriteriet" som uppfyllt, m.h.t. att såväl organets sammansättning som dess process reglerades i lag. Se p. 13 i generaladvokatens förslag till avgörande samt Broberg & Fenger 2014 s. 68 och Broberg *EPL* 2009 s. 212. EUD berörde dock inte detta kriterium. Generaladvokatens resonemang kritiserar av Matz (a. st.). Med hänvisning till de förenade målen *Gabalfrisa* konstaterar dock Matz (a.a. s. 154) att med "rättsregler menas antagligen inte bara sådana regler som aktualiseras vid ställningstagandet till huvudsaken i målet, utan även de processuella regler som aktualiseras i samband med handläggningen."

¹²⁵ Jfr Matz 2010 s. 96 ff. med rikliga hänvisningar till praxis. Vilken vikt som EUD har tillmätt domstolens *sammansättning* är dock oklart. I vissa avgöranden har domstolen förvisso hänvisat till att domarna har juridisk kompetens, men utan att klargöra vilken betydelse detta har. Matz tycks dra slutsatsen (s. 99) att den omständigheten att ett organ är bemannat av lagfarna domare, eller att domstolens ordförande åtminstone är lagfaren, kan tala *för* att organet är en domstol. Att ett organ helt har bemannats av lekmannadomare diskvalificerar dock inte per se organet från att vara en domstol. Samma uppfattning finns hos Broberg & Fenger 2014 s. 71. Se även Broberg i *EPL* 2009 s. 213.

¹²⁶ Om detta krav, se Matz 2010 s. 208 ff., Broberg & Fenger 2014 s. 63 ff. och Broberg i *EPL* 2009 s. 209 f.

¹²⁷ Mats 2010 s. 208 ff. och densamme i SyJT 2014 s. 464. Se även Broberg & Fenger 2014 s. 65 f. angående domarnas ställning.

¹²⁸ Matz 2010 s. 109. Att avgörandet således ska vara *bindande* utvecklas vidare i a.a. s. 139 ff. Jfr dock Broberg & Fenger 2014 s. 66, samt Broberg i *EPL* 2009 s. 211, som fyller den tvingande jurisdiktionen med ett delvis annorlunda innehåll.

¹²⁹ Om detta krav, som hos Matz benämns "varaktighetsrekvisitet"; se Matz 2010 s. 102 ff., Broberg & Fenger 2014 s. 62 f. samt Broberg i *EPL* 2009 s. 209.

¹³⁰ Jfr Broberg & Fenger 2014 s. 63.

¹³¹ I att en domstol är inrättad enligt lag — vilket är ett explicit krav enligt EKMR art. 6.1 — anses följa en presumtion för att den är varaktigt inrättad. Se Matz 2010 s. 103 med hänvisningar.

kontradiktoriskt förfarande.¹³² Något förenklat innebär detta kriterium att det i processen ska finnas två parter som båda får komma till tals inför domstolen.¹³³

Som framgått ovan kopplar kravet på kontradiktion starkt an till den rättskipande funktionen. Ett organ som i kontradiktoriska former har att avgöra en tvist anses således bedriva rättskipning, och förekomsten av en tvist förutsätter någon form av intressekonflikt mellan (åtminstone) två parter. Av EUD:s praxis framgår dock att *inter partes*-kriteriet inte är absolut.¹³⁴ Det finns således ett visst utrymme att bortse från en icke-kontradiktorisk förfarandeform, så länge "organet i grunden har en rättskipande funktion".¹³⁵ Detta förtydligades i avgörandet *Politi* på så sätt att kravet på kontradiktoriskt förfarande inte kräver att motparten redan har hörts. En begäran om förhandsavgörande kan med andra ord upptas till sakprövning redan på tidigt stadium, så länge det finns en motpart som kommer att höras under processen.¹³⁶

Tillgänglig praxis torde kunna sammanfattas som följer: Att ett organ, å ena sidan, uppfyller kriteriet om kontradiktion tas normalt till intäkt för att organet även har en rättskipande funktion. Sätillvida har *inter partes*-kriteriet, för att citera Matz, en "positiv funktion" — att förfarandet är kontradiktoriskt *talat för* att det är frågan om en domstol. Om det, å andra sidan, inte finns ett kontradiktoriskt inslag i processen görs en ytterligare prövning av om organet ändå har en rättskipande funktion, eller om det ägnar sig åt förvaltning och därmed faller utanför domstolsdefinitionen.¹³⁷ Avgörande i detta andra steg verkar vara att det finns en "latent partsställning", det vill säga att det i ett

¹³² Kravet på kontradiktion tycks dock Matz 2010 koppla samman med andra processuella krav, exempelvis på muntlig förhandling; enligt Matz (s. 190) är muntlig förhandling inte ett krav för att *inter partes*-kriteriet ska vara uppfyllt, men väl "en positiv indikator". Matz konstaterar dock samtidigt (s. 205) att det aktuella kriteriet "inte fyller någon funktion för något slags minimistandard ... på samma sätt som artikel 6 i Europakonventionen, som garanterar rätten till en rättssäker process."

¹³³ Matz 2010 s. 188 ff., med rikliga hänvisningar till EUD:s praxis. Något formellt tvåpartsförhållande tycks dock inte krävas, vilket kan illustreras av *Abrahamsson*, där Överklagandenämnden för högskolan betraktades som en domstol. I detta avgörande konstaterade EUD (p. 35) att "förfarandet vid nämnden är kontradiktoriskt, även om detta inte uttryckligen anges i förvaltningslagen".

¹³⁴ Matz 2010 s. 195 ff., Broberg & Fenger 2014 s. 67 samt Broberg i *EPL* 2009 s. 212.

¹³⁵ Se exempelvis *Politi* p. 5 och härtill Matz 2010 s. 198 (där Matz anför att det nationella organets "grundläggande funktion" ska vara att skipa rätt) samt s. 204 (där Matz anför att organets "i grunden [skall ha] en rättskipande funktion"). Se även Matz SvJT 2014 s. 472, där Matz betonar "som ovillkorligt att organets grundläggande funktion är att skipa rätt i oberoende former". Följaktligen har förfaranden som inte är fullt kontradiktoriska, såsom interimbeslut, summariska förfaranden och andra förfaranden där parten/motparten ännu inte hörts, exempelvis vid beslut om inhibition, emellanåt godtagits i EUD:s praxis. Se Matz 2010 s. 196 med referens till målen 29/69 *Stauder*, 33/70 *SACE* och 18/71 *Eunomia*.

¹³⁶ Matz 2010 s. 198, med rikliga hänvisningar till efterföljande praxis.

¹³⁷ Matz 2010 s. 203 och 205 f.

senare skede kan bli ett kontradiktoriskt förfarande mellan två parter, antingen i samma instans eller, efter överklagan, i högre instans.¹³⁸

2.2.4 En sammantagen bedömning

Sammantaget motsvarar de domstolskriterier som ED har utvecklat under EUF-fördraget i mångt och mycket de kriterier som följer av EKMR — möjligen med två undantag: EUD har fäst större vikt vid organets rättskipande funktion medan ED har mer utvecklade processuella kriterier. I denna del ska dock skillnaderna inte överdrivas.

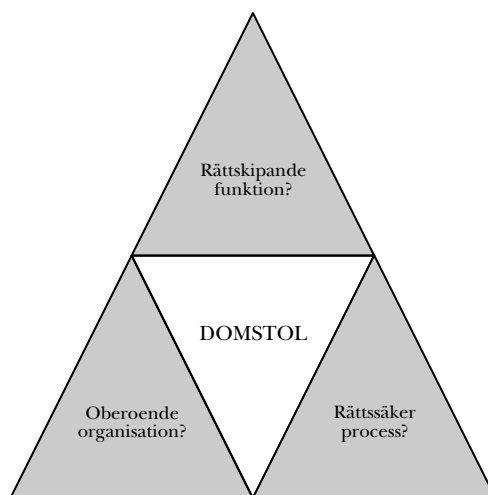
ED har förvisso inte utvecklat den rättskipande funktionen nämnvärt i anslutning till domstolsbegreppet. Detta ligger dock i sakens natur, då EKMR art. 6.1 endast är tillämplig om det (1) föreligger tvister som (2) är avgörande för en persons civila rättigheter (respektive brottsanklagelser).¹³⁹ Förekomsten av en tvist — antingen mellan två enskilda, eller mellan en enskild och det allmänna — alternativt en brottsanklagelse, är således ett självständigt rekvisit, som avgör om artikel 6 överhuvudtaget äger tillämpning. Att avgöra rättstvister/anklagelser om brott är också per definition rättskipning (under förutsättning att övriga kriterier är uppfyllda). Mot den bakgrunden är det inte förvånande att ED inte närmare har preciserat kravet på rättskipning i anslutning till domstolsbegreppet. Inte heller är det förvånande att ED har fäst större vikt vid de processuella kriterierna än EUD, givet att rätten till domstolsprövning är en implicit förutsättning för det som artikel 6.1 explicit reglerar, nämligen rätten till en rättvis domstolsprövning, medan EUF-fördragets artikel 267 inte innehåller några uttryckliga processuella krav.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att de två stora europarättsliga rättsordningarna ger uttryck för en samsyn kring vilka organ som bör kallas domstol, vilket stämmer väl överens med idén om att begreppet förmedlar en slags europeisk standard. Ur ED:s och EUD:s

¹³⁸ Matz SvJT 2014 s. 472 f.

¹³⁹ Att det ska föreligga en "tvist" som är avgörande för en persons civila rättigheter anses följa av den franska språkversionens "contestation". I *Ringeisen v. Austria* ansökan nr 2614/65 uttalade således ED (p. 94) att "the French expression 'contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil' covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations" samt att "[t]he English text 'determination of ... civil rights and obligations', confirms this interpretation." I avgörandet *Le Compte, van Leuven & De Meyere* formulerade domstolen detta krav (p. 45) som förekomsten av "two conflicting claims or applications" eller "the existence of a disagreement" och anförde vidare att "the spirit of the Convention requires that this word should not be construed too technically and that it should be given a substantive rather than a formal meaning". Föreligger en sådan tvist aktualiseras den andra frågan, dvs. om denna tvist är avgörande för en civil rättighet (p. 46): "In addition, it must be shown that the 'contestation' (dispute) related to 'civil rights and obligations', in other words that the 'result of the proceedings' was 'decisive' for such a right". Se till det sagda exempelvis Harris, David, O'Boyle, M. & Warbrick, Colin (red.), *Harris, O'Boyle & Warbrick: law of the European Convention on Human Rights* (3:e uppl.), Oxford University Press, Oxford, 2014 s. 390: "For article 6 to apply there must be a 'dispute' at the national level ... the outcome of which is determinative of the applicant's civil rights and obligations."

praxis framträder en tredelad domstolsdefinition, som består av (1) funktionella; (2) organisatoriska; och (3) processuella kriterier.¹⁴⁰ En domstol är således ett *oberoende* organ som i *rättssäkra former* har att *skipa rätt*.¹⁴¹ I del I sammanfattade vi det sagda i följande figur, som således finner stöd i europarätten:



3 FUD från ett europeiskt perspektiv

Syftet med denna artikelserie är, som framgått av det föregående, att diskutera om FUD bör kallas för domstol, för att på vis kunna problematisera det svenska domstolsbegreppet. Vi har ovan konstaterat att det i svensk rätt i mångt och mycket saknas materiella kriterier för denna bedömning, även om en trend kan skönjas där allt större vikt fästs vid domstolarnas rättskipande funktion.¹⁴² Till syvende och sist är vi dock alltså hänvisade till ett formellt kriterium: Om ett organ i lag betecknas domstol *är* det en domstol enligt nationell rätt.

Vid uttolkningen av de europeiska domstolsbegreppen har dock både ED och EUD fäst mindre vikt vid yta, och snarare studerat vad som döljer sig under ytan. Vad ett organ kallas i nationell lagstiftning är inte avgörande — istället har ett antal materiella domstolskriterier utvecklats i de europeiska domstolarnas praxis. Dessa kriterier har vi redogjort för ovan, och i det följande kommer vi endast återknyta till de kriterier där vi anser att FUD helt eller delvis brister.

3.1 Funktionella aspekter

Det för FUD mest problematiska kriteriet avser den rättskipande funktionen. Visserligen kan någon strikt uppdelning mellan myndigheter som ägnar sig åt förvaltning och rättskipning inte upprätthållas. Förvaltningsmyndigheter sysslar med rättskipning och domstolar ut-

¹⁴⁰ De organisatoriska och processuella kriterierna betecknas tillsammans ”strukturella” i EUD:s praxis.

¹⁴¹ Jfr Matz 2010 s. 187.

¹⁴² Dessa trender utvecklar vi i del I, avsnitt 2.2, 2.3 och 2.5.

övar i varierande utsträckning förvaltning — exempelvis den frivilliga rättsvård som fullgörs av svenska tingsrätter.¹⁴³ Både ED och EUD har därför i sin praxis klargjort att ett och samma organ kan vara en domstol i vissa fall men inte andra, beroende på om det ägnar sig åt rättskipning eller inte:

När det hänskjutande organet vidtar åtgärder i egenskap av administrativ myndighet utan att därvid avgöra någon tvist kan det således inte anses utöva dömande verksamhet, även om de andra villkoren som domstolen erinrat om ... är uppfyllda.¹⁴⁴

Det vill säga: Även ett organ som är en domstol ur strukturell synvinkel och emellanåt skipar rätt betraktas ändå inte som en domstol när den inte ägnar sig åt rättskipning, eftersom det funktionella kriteriet då brister.¹⁴⁵ Frågan här blir dock om ett organ som förvisso uppfyller (åtminstone vissa av) de strukturella kriterierna, men som *endast* ägnar sig åt förvaltningsuppgifter, i något avseende kan betraktas som en domstol.

I förarbetena beskrivs verksamheten vid FUD under rubriken ”Tillståndsförfarande”, vilket är träffande då ärendena hos domstolen utslutande avser frågan om tillstånd till signalspaning ska beviljas på ansökan av FRA. Vi har inte kunnat hitta något exempel i de europeiska domstolarnas praxis där ED eller EUD har tagit ställning till ett organ som påminner om FUD. Allt rör gränsfall förvaltning/rättskipning — framförallt rena förvaltningsärenden anhängiggjorda av enskilda, men som eventuellt kan bli fråga om tvist, och därmed rättskipning, vid överklagande. EUD:s avgöranden *Job Centre Coop* och *Victoria Film* är här av särskilt intresse.¹⁴⁶ I båda dessa avgöranden konstaterade nämligen EUD att det inte var frågan om rättskipning när ett organ *för första gången* fattar ett beslut efter ansökan från en enskild, eftersom det i detta skede inte föreligger någon tvist — däremot kan de bli frågan om rättskipning om den enskilde sedan överklagar beslutet till en överordnad instans. Något som i första instans är fråga om ett förvaltningsärende, och därmed förhindrar organet från att begära förhandsbesked från EUD,¹⁴⁷ kan således vid ett överklagande bedömas som en tvist av rättskipningskaraktär, och därmed ge organet *där överklagan prövas* rätt att begära förhandsbesked i enlighet med artikel 267.¹⁴⁸ Med hänvisning till dessa avgöranden har EUD i sin senare praxis vid ett flertal tillfällen avisat begäran om förhandsavgöranden

¹⁴³ Denna distinktion diskuterar vi i del I, se särskilt avsnitt 2.1 och 2.4. Se även Matz 2010 s. 170.

¹⁴⁴ Mål C-182/00 *Lutz & Others* p. 14.

¹⁴⁵ Matz 2010 s. 265 f.

¹⁴⁶ Se avsnitt 2.2.1 ovan.

¹⁴⁷ Se även *HSB-Wohnbau* där EUD fäste vikt (p. 15) vid att organet ”således var *den första myndigheten* som får HSB-Wohnbaus begäran om inskrivning i handelsregistret”, vilket medförde (p. 16) att domstolen ”inte agera[de] i egenskap av rättskipande myndighet”.

¹⁴⁸ Matz 2010 s. 269 f.

från nationella domstolar/motsvarande, när dessa organs behörighet varit begränsad till att exempelvis ”besluta huruvida begäran uppfyller villkoren i lagstiftningen” eller ”avgöra om bestämmelserna om of-fentliggörande uppfyllts”.¹⁴⁹

FUD:s hela verksamhet handlar om att för första (och enda) gången pröva ansökningar avseende viss tillståndspliktig verksamhet. Tillståndsprövningen och därmed FUD:s behörighet är begränsad till ett konstaterande av att de lagliga förutsättningarna för signalspaning är uppfylla. Följaktligen finns det aldrig någon tvist anhängiggjord vid domstolen, och det kan inte heller bli frågan om en sådan, eftersom FUD:s beslut inte får överklagas. FUD kommer således aldrig i något särskilt fall att ägna sig åt rättskipning. Av detta drar vi slutsatsen att FUD inte skulle betraktas som en domstol av EUD vid tillämpningen av EUF-fördraget.

Relaterar vi istället FUD till det funktionella kriteriet i EKMR, följer av ED:s praxis att den judiciella funktionen är tätt kopplad till kravet på ”full jurisdiction”. I *Terra Woningen B.V.* konstaterade således domstolen, att ”it is required that the ’tribunal’ in question have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it”.¹⁵⁰ Att en alltför begränsad prövning har anförtrotts ett organ kan således medföra att det inte betraktas som en domstol i konventionens mening.¹⁵¹

Beträffande FUD:s tillståndsprövning ska FRA i sin ansökan bland annat ange det inhämtningsuppdrag som ansökan avser, med en närmare redogörelse för det behov som föranleder ansökan. Av förarbetena framgår också att domstolens ”primära uppgift är att, efter konstaterandet att ett inhämtningsuppdrag avser ett lagenligt ändamål, göra den proportionalitetsbedömning som föreskrivs i lagen.”¹⁵² I lagtexten har denna bedömning konstruerats som följer:

Tillstånd för signalspaning enligt visst inhämtningsuppdrag får lämnas endast om ... uppdraget beräknas ge information vars värde är klart större än det integritetsintrång som inhämtning i enlighet med ansökan kan innebära.¹⁵³

¹⁴⁹ Se *Lutz & Others* p. 15 samt mål C-178/99 *Salzmann* p. 16.

¹⁵⁰ *Terra Woningen B.V.* p. 52. Se även exempelvis *Beumartin* p. 38 (”Only an institution that has full jurisdiction and satisfies a number of requirements, such as independence of the executive and also of the parties, merits the designation ’tribunal’ within the meaning of Article 6 para. 1”) samt *Chevrol* p. 63 (”The principle that a court should exercise full jurisdiction require[s] it not to abandon any of the elements of its judicial function”).

¹⁵¹ Se exempelvis *Le Compte, van Leuven & De Meyere* p. 51, *Obermeier* p. 70, *Diennet* p. 34, *Merigaud* p. 69, *Zumtobel* p. 29–30 och *Chevrol* p. 81–82.

¹⁵² Prop. 2008/09:201 s. 58.

¹⁵³ Av 5 § LSF framgår att ett tillstånd ska lämnas om (1) uppdraget är förenligt med lagen (2000:130) om försvarsunderrättelseverksamhet och denna lag; (2) syftet med inhämtningen inte kan tillgodoses på ett mindre ingripande sätt; (3) uppdraget beräknas ge information vars värde är klart större än det integritetsintrång som inhämtning i enlighet med ansökan kan innebära; (4) de sökbegrepp eller kategorier av sökbegrepp som är avsedda att användas är förenliga med 3 § samma lag; samt (5) ansökan inte avser endast en viss fysisk person.

FRA ska således precisera det behov som föranleder ansökan, medan FUD ska bedöma om uppdraget beräknas ge information vars värde är klart större än det motstående integritetsintrånget. Av förarbetena framgår dock att domstolen i princip inte ska göra någon självständig bedömning av behovet, utan snarare ta detta för givet:

Har riksdagen tagit ställning för att det i förhållande till vissa internationella företeelser typiskt sett föreligger behov av underrättelseinhämtning genom signalspaning, ska detta tjäna som utgångspunkt för prövningen. Domstolen behöver följaktligen inte göra någon mer omfattande bedömning av om något underrättelsebehov föreligger; sådana lämplighetsbetonade ställningstaganden av delvis politisk karaktär bör inte göras av domstol.¹⁵⁴

Om behovet av information inte ska prövas av domstolen kan man dock, med Naarttjärvis ord, fråga sig ”hur värdet av denna information ska kunna vägas mot det integritetsintrång som inhämtningen i enlighet med ansökan kan innebära”. Enligt Naarttjärvi kan proportionaliteten bara utvärderas genom en mer ”detaljerad genomlysning av behovets förhållande till motstående intressen”. Att behovet i princip ska tas för givet medför således att proportionalitetsbedömningen får en ”schablonartad karaktär”.¹⁵⁵ Det går därmed också att ifrågasätta om FUD:s behörighet verkligen omfattar ”all questions of fact and law relevant to the dispute before it”; utöver att det inte föreligger någon ”dispute” är prövningen av de sakomständigheter som ligger till grund för proportionalitetsbedömningen schablonartad.¹⁵⁶

Med detta har vi applicerat det funktionella (rättskipnings)kriteriet på FUD. Vår slutsats är att FUD — endast sett till sin funktion — inte är att betrakta som en domstol utifrån de europarättsliga kriterierna. Organet ägnar inte åt rättskipning och har i sin förvaltande verksamhet en alltför begränsad prövningsrätt.

3.2 Strukturella aspekter

Organisatoriskt är FUD som utgångspunkt en domstol eftersom den — genom att i svensk lag betecknas domstol — åtnjuter ett grundlagskyddat *oberoende*. Huruvida domstolen de facto är oberoende kan

¹⁵⁴ Prop. 2008/09:201 s. 57.

¹⁵⁵ Naarttjärvi, Markus, *För din och andras säkerhet: konstitutionella proportionalitetskrav och Säkerhetspolisens preventiva tvångsmedel*, Iustus, Uppsala, 2013 s. 345.

¹⁵⁶ Tillståndsprövningens utformning kom också att kritiserars vid remissbehandlingen, bland annat av Uppsala universitet som helt ifrågasatte FUD:s möjligheter att ”i realiteten kunna pröva en ansökan om tillstånd på ett rimligt sätt”. Istället för att i sak besvara kritiken valde regeringen — talande nog — att tona ner hela behovet av en förhandsprövning, för att istället betona värdet av en efterhandskontroll: ”Mot bakgrund av att verksamhetens karaktär inte möjliggör en förhandsprövning som i alltför hög grad kringskar signalspaningens förutsättningar att tillgodose skiftande underrättelsebehov är det viktigt att framhålla att förhandsprövningen *endast kan utgöra en del av integritetsskyddet*. I regelverket har, som universitetet är inne på, efterhandskontrollen också en mycket viktig funktion att fylla för att skydda integritetsintressena.” Se prop. 2008/09:201 s. 58 (*kurs. här*).

man dock ifrågasätta. Exempelvis anförde Utredningen om underrättelseinhämtning för vissa polisiära behov i sitt slutbetänkande att en specialdomstol av FUD:s minimala storlek — med endast en ordinarie domare — kunde ”ifrågasättas på den grunden att *regeringen får möjlighet att styra* vem som ska handlägga de integritetskänsliga frågorna om tillstånd till signalspaning.”¹⁵⁷ Utredaren menade också att det fanns en

... risk för att en sådan domstol — som bara har uppgiften att pröva ansökningar om tillstånd till signalspaning — efter en tid kan komma att bli *så nära förbunden med verksamheten* att dess självständiga prövning av tillståndsfrågan kan komma att ifrågasättas. Det gäller särskilt som endast få domare kommer att vara verksamma i domstolen.¹⁵⁸

Som en kuriositet kan det i detta sammanhang inflikas att FUD är inhytt i lokaler som domstolen hyr av Totalförsvarets forskningsinstitut vilket inte direkt motverkar bilden av domstolen som ”nära förbunden med verksamheten”.

Vad sedan gäller *opartiskhet* går denna i princip inte att bedöma, eftersom det inte går att få någon närmare kännedom varken om vilka ledamöter som fattar beslut i något enskilt fall eller vem som företräder FRA. Som ED konstaterade i *Vernes* är det därmed inte möjligt för någon utomstående att bedöma om en jävsgrund förelegat, vilket kan medföra att kravet på opartiskhet inte är uppfyllt.¹⁵⁹

Det största problemet från ett strukturellt perspektiv är dock att tillståndsförfarandet hos FUD är utformat som ett enpartsförfarande — utan någon egentlig tvist mellan två motstående parter — vilket leder till att kravet på kontradiktion brister. Förvisso är särskilda integritetsskyddsombud knutna till FUD i syfte att ge prövningen en tydligare ”kontradiktorisk karaktär”. Det är dock inte tillräckligt att processen i förarbeten beskrivs som kontradiktorisk — istället krävs en prövning av hur processen faktiskt går till.

Förenklat uttryckt är en kontradiktorisk process en där ”två parter står mot varandra och är aktiva när det gäller utredningen — såväl omständigheter som bevisning — i målet”.¹⁶⁰ Detta krav kan svårigen anses uppfyllt när det gäller förfarandet hos FUD, där endast den ansökande myndigheten intar partsställning — närvaron av ett integritetsskyddsombud kan möjligen förstärka den ”kontradiktoriska karaktären” hos förfarandet, men innebär inte att förfarandet blir kontradiktoriskt. Det finns inte heller någon ”latent partsställning” eftersom det inte finns någon potentiell motpart till den ansökande myndig-

¹⁵⁷ SOU 2009:66 s. 136 (*kurs. här*). Detta och delvis anknytande problem med specialdomstolar diskuterar vi i del I, avsnitt 2.5.

¹⁵⁸ SOU 2009:66 s. 136 f. (*kurs. här*).

¹⁵⁹ Se avsnitt 2.1.2 ovan.

¹⁶⁰ Matz 2010 s. 187. Se även Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång — Första häftet* (8:e uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2002 s. 70 samt Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: en civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p. 1*, Juristförl., Lund, 1988 s. 29 not 33

heten; integritetsskyddsombudet företräder inte någon part utan det abstrakta "integritetsintresset" och kan inte överklaga besluten som domstolen fattar, inte initiera några ärenden eller egentligen agera överhuvudtaget, mer än yttra sig under processen.

Eftersom FUD uteslutande ägnar sig åt en typ av ansökningsärenden i vilka det inte finns någon tvist ägnar sig domstolen inte åt rättskipning. Att diskutera om processen vid FUD uppfyller de processuella kriterierna enligt EKMR är därmed inte möjligt, eftersom det inte ens är någon process.¹⁶¹

Sammanfattningsvis uppfyller FUD möjligen det organisatoriska domstolskriteriet. Domstolen ägnar sig dock inte åt rättskipning, och förfarandet inför FUD kan inte heller betecknas som en process. Därmed brister såväl det funktionella som flertalet av de allra mest grundläggande processuella kriterierna. Vid en sammantagen bedömning skulle FUD, enligt vår mening, inte accepteras som en domstol under det europarättsliga domstolsbegreppet.

4 Avslutning

For instance, you may not want to call a spade a spade. You may prefer to call it a spatulous device for abrading the surface of the soil.¹⁶²

I det föregående har vi konstaterat att FUD är en domstol utifrån svenska (formella) kriterier i och med att domstolen är inrättad enligt lag och har den sammansättning och det förfarande som följer av lag. Några andra krav uppställer inte regeringsformen, och även i litteraturen har det ansetts tillräckligt att riksdagen i lag karaktäriserar ett organ som en domstol för att dess "status" ska anses avgjord. Detta innebär att domstolen, med visst darr på ribban, också uppfyller de organisatoriska domstolskriterierna, eftersom den är tillförsäkrad ett grundläggande oberoende visavi den lagstiftande och verkställande makten. Att domstolen inte ägnar sig åt rättskipning och erbjuder betydligt sämre processuella rättssäkerhetsgarantier än det övriga domstolssystemet förändrar inte bedömningen av domstolens "status" i svensk rätt. Med applicering av de materiella kriterier som ED och EUD har utvecklat medför dock dessa särdrag att FUD, utifrån ett europeiskt perspektiv, inte är en domstol i europarättslig mening.

Vi kan alltså konstatera en diskrepans mellan det svenska och det europeiska domstolsbegreppet. Att en sådan diskrepans föreligger är

¹⁶¹ Annorlunda uttryckt: Eftersom det inte är frågan om någon rättegång går det inte att diskutera om denna är rättvis. Med SÄPO-kommitténs ord rör det sig snarare om en "skenprocess". Se SOU 1990:51 s. 176 samt vad som anförs i del I, avsnitt 3.2.2 i denna artikelserie.

¹⁶² Joseph Devlin, *How to Speak and Write Correctly* (1910).

dock ingen ny iakttagelse; det har tidigare gjorts gällande att det svenska domstolsbegreppet är *snävare* än det europeiska. I FUD har vi dock hittat ett exempel på motsatsen, det vill säga att vi i Sverige tillämpar ett *vidare* domstolsbegrepp än inom europarätten. Detta kan illustreras enligt följande tabell:

	<i>Dömande funktion/rättskipning:</i>	<i>Beslutsfattande som inte innebär rättskipning:</i>
<i>Formellt sett en domstol:</i>	Domstolar med rättskipande funktioner: – Allmänna domstolar (vid prövning av tvistemål och brottmål, dvs. huvudsakligen) – Allmänna förvaltningsdomstolar (vid prövning av förvaltningsmål)	Domstolar som ägnar sig åt förvaltning: – Tingsrätter (vid prövning av ärenden, dvs. undantagsvis) – Försvarsunderrättelse-domstolen (vid prövning av tillståndsansökningar, dvs. alltid)
<i>Formellt sett inte en domstol:</i>	Förvaltningsmyndigheter med rättskipande funktion: – Diverse överklagandenämnder	Förvaltningsmyndigheter som ägnar sig åt förvaltning: – Försäkringskassan (alltid) – Skatteverket (alltid)

I de två gråmarkerade boxarna finner vi diskrepansen mellan det svenska och det europeiska domstolsbegreppet. I det nedre vänstra hörnet återfinns de domstolsliknande nämnderna som fullgör en rättskipande funktion — dessa är formellt inte domstolar, men betraktas enligt både EKMR och EUF-fördraget som domstolar.¹⁶³ Det är också förekomsten av sådana nämnder som har gett upphov till idén att det svenska domstolsbegreppet är ”betydligt snävare” än det europeiska. I själva verket är dock det svenska domstolsbegreppet varken snävare eller vidare än det europeiska, vilket illustreras av den andra grå boxen. I det övre högra hörnet återfinns nämligen ”domstolar” som fullgör förvaltningsuppgifter — dessa är formellt domstolar, men betraktas enligt europarätten inte som domstolar *när de inte skipar rätt*. Och det är här den egentliga skiljelinjen går mellan den svenska och den europeiska begreppsbestämningen. I Sverige är det nämligen irrelevant vad ett organ har för uppgifter — ett organ som i lag benämns domstol *är* en domstol, medan övriga organ inte är domstolar. ED och EUD närmar sig frågan med motsatt utgångspunkt — organets funktion är styrande för klassificeringen, medan dess benämning i lag är mer eller mindre irrelevant.

I äldre praxis tycks EUD ha intagit en mer formalistisk inställning, som i viss mån påminner om den svenska.¹⁶⁴ Med Broberg och Fengers

¹⁶³ Detta givetvis under förutsättning att de uppfyller de organisatoriska och processuella domstolskriterierna. Se om ”administrative appeal boards” hos Broberg & Fenger 2014 s. 91 f. och Broberg i *EPL* 2009 s. 217 f.

¹⁶⁴ Se exempelvis mål 14/86 *Pretoire di Salò*. I detta mål upptog EUD en begäran om förhandsavgörande till sakprövning med hänvisning (p. 7) till att det hänskjutande

ord har dock domstolen i sin senare praxis — i synnerhet efter *Job Centre* — övergett denna ”purely organizational approach”, och numera gäller istället att ”only questions related to truly judicial activities can be referred.”¹⁶⁵ I så måtto illustrerar EUD:s praxis en utveckling från ett formellt till ett funktionellt domstolsbegrepp, och i denna utveckling ligger Sverige decennier efter. Det sagda kan illustreras genom följande jämförelse:

På våra tingsrätter, å ena sidan, ankommer både förvaltande och rättskipande uppgifter. Enligt EUD:s äldre praxis kunde dessa sannolikt begära förhandsavgörande oavsett i vilken egenskap de uppträdde, eftersom tingsrätter tvivelsutan är domstolar sett till sin organisation. Enligt senare praxis ska dock ett organ inte betraktas som en domstol i EU-rättslig mening när det fullgör rena förvaltningsfunktioner — alldeles oavsett om organet betecknas domstol i nationell rätt och är en organisatorisk del i detta lands domstolssystem.¹⁶⁶ Om en tingsrätt *i sin rättskipande funktion* ställer en fråga till EUD, råder det dock ingen tvekan om att EUD är behörig att besvara denna fråga; att tingsrätten *även* fullgör rättsvårdande/förvaltande sidofunktioner är utan betydelse.¹⁶⁷ Och eftersom tingsrätternas huvudsakliga verksamhet är att skipa rätt framstår benämningen domstol inte som missvisande; tingsrätterna är ju trots allt till övervägande del domstolar.

För att FUD, å andra sidan, ska kunna uppträda som en domstol i relation till EUD måste den tillföras *helt nya uppgifter* av rättskipningskaraktär. Intill dess är den *aldrig* en domstol i europarättslig mening, och man kan på goda grunder fråga sig varför ett organ som uteslutande ägnar sig åt förvaltningsuppgifter (och i denna egenskap inte är en domstol) i lag ska betecknas domstol; det organisatoriska oberoendet går ju att åstadkomma på andra sätt. Enligt vår uppfattning talar också starka skäl mot en sådan benämning, enligt vad vi ska utveckla inom ramen för några avslutande rader.

4.1 Något om korrekt terminologi

I det lagstiftningsärende varigenom FUD inrättades gjorde JK följande remissyttrande, som kan tjäna som utgångspunkt för den kvarvarande diskussionen:

*Terminologifrågan är inte i och för sig så viktig. Om ordet domstol är avgörande för den politiska överenskommelsen kan man välja det även om det är något störande för ordningssinnet hos oss jurister, i varje fall om man inte uppfyller vissa grundläggande krav.*¹⁶⁸

organet var en domstol, ”även om vissa av de funktioner som det ankommer på denna domstol att fullgöra i det förfarande som föranlett begäran om förhandsavgörande inte är typiska för domstolar.”

¹⁶⁵ Broberg & Fenger 2014 s. 77. Se även s. 82.

¹⁶⁶ Om domstolars status när de utövar frivillig rättsvård; se Matz i SyJT 2014 s. 470 ff. och Broberg & Fenger 2014 s. 78 ff., med rikliga hänvisningar till praxis.

¹⁶⁷ Broberg & Fenger 2014 s. 82 f.

¹⁶⁸ JK:s remissyttrande, dnr 8408-08-80 s. 4 (*kurs. här*).

Detta uttalande från JK är enligt vår uppfattning tämligen anmärkningsvärt. Än mer anmärkningsvärt är dock att JK:s uppfattning i denna del fick stöd av Lagrådet, som anförde följande:

Lagrådet finner att *namnfrågan har begränsad betydelse* och motsätter sig inte beteckningen Försvarsunderrättelsesdomstolen.¹⁶⁹

Vi befinner oss således i en situation där både JK och Lagrådet mer eller mindre avfärdar terminologi-/namnfrågan som ”inte så viktig” respektive av ”begränsad betydelse”, genom att reducera densamma till att blott avse juristers ”ordningssinne”.¹⁷⁰ I kontrast till dessa uttalanden vill vi göra gällande att användandet av korrekt terminologi är viktigt och *har* stor betydelse, åtminstone i ett rättssystem som gör anspråk på att vara just ett system. Uttryckt motsatsvis menar vi att begreppsfröskjutningar kan vara farliga, vilket vi ska motivera med en liknelse. Historien har som bekant en tendens att upprepa sig.

År 1982 tillsattes den så kallade Ekobrottskommissionen med uppgift att föreslå lämpliga åtgärder för att förebygga och beivra ekonomisk brottslighet.¹⁷¹ År 1984 framlade kommissionen sitt slutbetänkande *Ekonomisk brottslighet i Sverige*, som i enlighet med direktiven innehöll ett antal mer eller mindre kreativa förslag på dylika åtgärder. För eftervärlden kom dock Ekobrottskommissionen att bli mest ihågkommen för sitt försök att omdefiniera begreppet rättssäkerhet.¹⁷²

I sitt betänkande konstaterade kommissionen att det ”återkommande argumentet” mot olika åtgärder syftande till att bekämpa brottslighet i vid mening är att ”de skulle utgöra ett hot mot rättssäkerheten”. Kommissionen noterade dock att termen rättssäkerhet användes med skiftande innebörd i den rättspolitiska debatten och valde därför att klargöra sin egen uppfattning i begreppsfrågan.¹⁷³

Inledningsvis uppehöll sig kommissionen vid det ”traditionella rättssäkerhetsbegreppet” som innehöll två centrala moment: förutsebarhet och likformighet. Detta begrepp hade utformats under senare hälften av 1700-talet ”i en annan tidsålder och under helt andra samhällsförhållanden än de som nu råder” för att ”skydda den enskilde individen mot en övermäktig och ofta grym stat”. Rättssäkerhet i denna bemärkelse betonade således ”lagöverträdarens rättigheter” och var såtillvida ”gärningsmannainriktat”.¹⁷⁴ Mot detta traditionella

¹⁶⁹ Prop. 2008/09:201 s. 155 (*kurs*. här).

¹⁷⁰ Man kan i sammanhanget notera att Lagrådets uppgift är att granska hur ett lagförslag förhåller sig till ”rättsordningen i övrigt” och till ”rättssäkerhetens krav”. Se 8 kap. 22 § RF.

¹⁷¹ Dir. 1982:101.

¹⁷² Ottensten, Fredrik ”En ros är en ros är en ros. Rättssäkerhetsbegreppet, den ackusatoriska processen och brottmålstaxan”, examensuppsats, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2015 s. 36 ff.

¹⁷³ Se SOU 1984:15 s. 128 ff. under rubriken ”Särskilt om rättssäkerhetsproblemet”.

¹⁷⁴ SOU 1984:15 s. 130.

rättssäkerhetsbegrepp ställde Ekobrottskommissionen den ”moderna synen” på rättssäkerhet:

När man i dagligt tal använder uttrycket rättssäkerhet ... är nämligen innebörden en annan än den traditionella. Med ”rättssäkerhet” menar man ”att inte behöva utsättas för brott” dvs. rättsskydd. Ett rättssäkert samhälle är således ett samhälle där man *effektivt skyddar medborgarna mot brott*. Med samma språkbruk som ovan skulle vi kunna säga att folk i gemen i dagens samhälle tycks ha en *offerinriktad grundsyn* på rättssäkerhet.¹⁷⁵

En sådan ”offerinriktad” definition av rättssäkerhet — i bemärkelsen en effektiv brottsbekämpning — menade kommissionen var ”lika logisk och rationell” i dagen samhälle som den traditionella (gärningsmannainriktade) definitionen var i 1700-talets samhälle.¹⁷⁶ Och därmed kunde kommissionen motivera *inskränkningar i rättssäkerheten* (i den traditionella bemärkelsen ”att skyddas mot staten”) med hänvisning till, just det, *intresset av rättssäkerhet* (i den moderna bemärkelsen ”att skyddas mot brott”).¹⁷⁷ Eller med kommissionens egna ord:

[D]en äldre rättssäkerhetssynen kan komma att utgöra ett hinder när man försöker förverkliga den moderna uppfattningen. [...] Att en skyldig får gå fri och på det viset kan vålla ytterligare skada *kan vara lika obyckligt [sic!]* som att en oskyldig döms.¹⁷⁸

I den efterföljande propositionen fick Ekobrottskommissionens synsätt ett visst genomslag.¹⁷⁹ Till den formella uppfattningen om rättssäkerhet hänförde regeringen ”att medborgarna behandlas lika inför lagen samt att lagen är så utformad att det är möjligt att förutse hur lagen kommer att tillämpas”.¹⁸⁰ I anslutning till kommissionens betänkande ställdes mot detta formella rättssäkerhetsbegrepp ett materiellt sådant, som bland annat innefattade ”att människor och samhället bereds skydd mot att utsättas för brott”, vilket också, enligt regeringens mening, ”kunde ses som en fråga om rättssäkerhet”.¹⁸¹

Mot detta moderna/materiella rättssäkerhetsbegrepp invände dock Justitiekommittén, som förklarade att det som i propositionen betecknades rättssäkerhet snarare avsåg rättsskydd, rättstrygghet eller effektivitet. Enligt utskottets mening var den traditionella definitionen av rättssäkerhet att föredra även framgent. Genom att inte blanda samman rättssäkerhet och effektivitet kunde nämligen dessa två (i viss mån konträra) begrepp även fortsättningsvis ställas mot varandra i syfte att försöka uppnå ändamålsenliga avvägningar mellan motstå-

¹⁷⁵ SOU 1984:15 s. 130.

¹⁷⁶ SOU 1984:15 s. 130.

¹⁷⁷ Eller med Beyers ord: ”Eftersom man inte kunde säga sig vara motståndare till rättssäkerhet, ville man istället omdefiniera ordet.” Se Beyer, Claes ”Rättssäkerhet — en formsak?” i JT 1990–91 s. 391.

¹⁷⁸ SOU 1984:15 s. 131 (*kurs* här).

¹⁷⁹ Se härtill exempelvis Zila, Josef ”Om rättssäkerhet” i SvJT 1990 s. 285 ff.

¹⁸⁰ Prop. 1984/85:32 s. 36.

¹⁸¹ Prop. 1984/85:32 s. 24.

ende intressen.¹⁸² Historien slutade också med att riksdagen anslöt sig till den ”traditionella” definitionen av rättssäkerhet.¹⁸³

4.2 Att måla läppstift på en gris

Det går att dra många paralleller mellan 80-talets rättssäkerhetsdebatt och den korta (men stundtals skarpa) debatt som följde genom inrättandet av FUD. Den retoriska logiken är densamma, det vill säga att ett positivt laddat begrepp omdefinieras för att också omfatta andra företeelser. Därmed kan begreppet som sådant användas i argumentationen, exempelvis i följande ordalag:

Av 13 § LSF framgår att beslut enligt lagen inte får överklagas. Det gäller såväl Försvarsunderrättelsesdomstolens beslut som sådana beslut som fattas av kontrollmyndigheten. Som framgår ovan ... har flera remissinstanser ifrågasatt att överklagandeförbudet ska bestå när prövningen anförtros åt domstol. Att låta prövningen ske i domstol är ägnat att ytterligare stärka rättssäkerheten och skyddet för den personliga integriteten. *Ett behov av att kunna överklaga skapas inte genom att domstolsprövning införs, snarare tvärtom.*¹⁸⁴

Eftersom den retoriska logiken var densamma, kom också kritiken att bli densamma mot de båda begreppsförskjutningarna: I likhet med vad Justitieutskottet uttalade beträffande Ekobrottskommissionens omdefiniering av begreppet rättssäkerhet förklarade ett flertal remissinstanser att det organ som i propositionen betecknades som en ”domstol” inte faller under begreppet domstol, utan snarare var att betrakta som en nämnd. Det faktum att tillståndsprövningen anförtroddes ett organ som i alla fall kallades för domstol användes dock av regeringen som ett argument *mot* att införa ytterligare rättssäkerhetsgarantier — här en rätt att överklaga FUD:s beslut. Påståendet att det inte finns något behov av överklagan till domstol, eftersom prövningen utförs av en domstol, faller dock om FUD brister vad gäller centrala materiella domstolskaraktäristika. Medan riksdagen avisade Ekobrottskommissionens offerinriktade rättssäkerhetsbegrepp accepterade den emellertid regeringens förslag att inrätta FUD som en ny ”domstol”.

Vår bestämda uppfattning är att det är olämpligt att kalla FUD för en domstol, av flera skäl: För det första verkade reformen stick i stäv med ett antal nationella utvecklingslinjer, vilket vi har redogjort för i del I av denna artikelserie. För det andra avviker terminologin på ett tämligen flagrant sätt från den europeiska begreppsbestämning som vunnit fasthet i både ED:s och EUD:s praxis, vilket vi har visat i del II. Till detta kommer, för det tredje, att tillskapandet av FUD innebär en faktisk urholkning av domstolsbegreppet, vilket i förlängningen ger upphov till ett flertal legitimitetsproblem.

¹⁸² Bet. 1984/85:JuU28.

¹⁸³ Se vidare JK:s rapport *Felaktigt dömda* 2006 s. 23 ff. samt Axberger i *Rättssäkerheten i brottmål: ifrågasatt av Justitiekanslern*, Lunds domar akademi, Lund, 2007 s. 21.

¹⁸⁴ Prop. 2008/09:201 s. 78 (*kurs. här*).

Vi erinrar oss att legitimiteten i processen kring försvarsunderrättelseinhämtning var ett av de uttalade målen med 2009 års reform, varigenom FUD inrättades som en fristående "specialdomstol".¹⁸⁵ Enligt vår mening är dock den lösning som FUD innebär direkt kontra-produktiv — att karaktärisera FUD som en domstol skadar legitimiteten, snarare än främjar den.¹⁸⁶ För att använda Advokatsamfundets ord är den "kosmetiska omskrivning" som det innebär att kalla FUD för domstol enkel att genomskåda.¹⁸⁷ Givet premissen att domstolar är till för att avgöra tvister under rättssäkra former — det vill säga ägna sig åt rättskipning — riskerar benämningen rent av att urholka förtroendet för domstolarna i allmänhet.¹⁸⁸ Förvisso hindrar inte regeringsformen lagstiftaren från att inrätta olika "specialdomstolar" för att fullgöra vilken funktion som helst, med vilken sammansättning som helst och under vilka former som helst. Någonstans måste vi dock dra en gräns, om vi på ett meningsfullt sätt vill kunna använda oss av begreppet domstol. Genom inrättandet av FUD passerade riksdagen den gränsen.

Bekämpning av brott av olika slag — såväl ekonomisk brottslighet som terrorism — innefattar svåra avvägningar mellan effektivitet och rättssäkerhet, som får processrättsliga implikationer. För att dessa avvägningar ska kunna göras på ett transparent sätt måste begreppen hållas isär. Om vi vill göra ingrepp i rättssäkerheten kan vi inte kalla dessa ingrepp för rättssäkerhet. Och om vi på motsvarande sätt vill ha en tillståndsprovning angående signalspaning i en nämnd istället för hos en domstol, så kan vi inte kalla denna nämnd för domstol. Med Axbergers ord:

Ordet rättssäkerhet har en allmänt positiv värdeladdning, som den som förespråkar ökad rättseffektivitet ibland kan vilja desarmera genom att blanda samman begreppen. Att sudda ut gränsen mellan rättssäkerhet och rättseffektivitet är emellertid olämpligt, eftersom det faktiskt är olika saker. När avvägningar skall göras mellan dessa intressen ligger det i klarhetens intresse att de ges olika benämningar. Distinktionen underlättar med andra ord den rättspolitiska debatten.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Se del I, avsnitt 3.1, i denna artikelserie.

¹⁸⁶ Här är vi eniga med Stockholms tingsrätt, som i sitt remissyttrande anförde att inrättandet av FUD var ägnat att motverka "promemorians uttalade syfte att skapa förtroende för en oberoende provning av förutsättningarna för signalspaning." Se Stockholms tingsrätts remissyttrande, dnr 2008/0560, s. 2 ff.

¹⁸⁷ Jfr SOU 2009:66 s. 137 (*kurs. här*): "Avsikten med de förslag som lagts fram i propositionen är att stärka allmänhetens förtroende för att rättssäkerhet och skydd för personlig integritet beaktas när frågor om tillstånd till signalspaning prövas. Det är därför angeläget att provningen görs av en instans som kan stå oberoende från såväl statsmakterna som de myndigheter som har intresse av signalspaningen. *Det vore olyckligt* om provningsinstansen får en utformning som inte kommer att kunna få allmänhetens förtroende."

¹⁸⁸ Jfr Stockholms tingsrätts remissyttrande, dnr 2008/0560, där det anfördes (s. 2 f.) att "[i]nrättandet av en specialdomstol, som så klart avviker från de krav som kan ställas på en oberoende domstol, kan ... få konsekvenser för förtroendet för domstolarna i stort."

¹⁸⁹ Axberger 2007 s. 22.

Annorlunda uttryckt: Det kan mycket väl vara rättspolitiskt motiverat att göra ingrepp i rättssäkerheten — exempelvis genom att förlägga en viss tillståndsprövning hos en nämnd istället för hos en domstol — men det är ett demokratiskt krav att sådana ingrepp sker öppet, så att fördelar och nackdelar kan viktas mot varandra.¹⁹⁰

Som vi ser det kan den här skisserade problematiken lösas på två sätt: antingen kan prövningen utföras av en nämnd som också benämns nämnd, eller så kan prövningen utföras av en domstol som faktiskt är en domstol. Ett första alternativ, som hade svarat mot den kritik som vi har framfört, hade således varit att helt enkelt byta namn på Försvarsunderrättsedomstolen till något mindre missvisande, som "Försvarsunderrättelsenämnden" eller "Nämnden för försvarsunderrättelseärenden". Därigenom skulle domstolsbegreppet reserveras åt de "riktiga" domstolarna — de organ som sysslar med rättskipning och erbjuder en process som möter grundläggande rättssäkerhetskrav. Någon förändring av FUD:s sammansättning/förfarande behöver inte ske, eftersom "domstolen" redan idag är en nämnd som arbetar i "domstolsliknande former", snarare än en domstol som avgör rättstvister under rättssäkra former.

Om tillstånd till signalspaning ska prövas i domstol bör dock FUD helt läggas ned och tillståndsprövningen istället förläggas inom de allmänna domstolsslagen, exempelvis enligt det förslag som lämnades av Utredningen om underrättelseinhämtning för vissa polisiära behov.¹⁹¹ Genom en sådan lösning kan man med fördel öppna upp för en tvåinstansprövning, med rätt för integritetskyddsombuden att överklaga underinstansens beslut, vilket skulle förstärka det kontradiktoriska inslaget i första instans och i förlängningen förvandla prövningen till rättskipning i andra instans. Med andra ord skulle det åtminstone kunna bli tal om en process i egentlig mening.

Att behålla dagens skenprocess är förstås en tredje lösning. Det är dock en ur alla perspektiv mindre lyckad sådan.

¹⁹⁰ Hur denna avvägning lämpligen bör utformas återstår att diskutera. Vi betraktar alltså del III av denna artikelserie som oskriven, och välkomnar den som känner sig manad att ta sig an den uppgiften.

¹⁹¹ Utredningen föreslog att prövningen kunde ankomma på Förvaltningsrätten i Stockholm, med möjlighet till överprövning hos Kammarrätten i Stockholm.