

OM JÄVSPRÖVNINGEN I TPB-MÅLET

Av Eric Bylander¹

Svea hovrätts prövning av frågan om jäv förekom vid Stockholms tingsrätts prövning av det mycket uppmärksammade mål som kallas Pirate Bay- eller TPB-målet berör flera frågor av allmänt och principiellt intresse. Genom hovrättens icke-överklagbara beslut besvarades frågan nekande. I artikeln analyseras detta avgörande med inriktning på frågan varför jävsprövningen fick denna utgång.

1. INLEDNING

Den 25 juni 2009 meddelade Svea hovrätt ett beslut angående bland annat frågan om jäv hade förekommit vid Stockholms tingsrätts prövning av det mycket uppmärksammade mål som kallas *Pirate Bay-* eller *TPB-målet*.² I denna fråga fann hovrätten att den rådman, som var rättens ordförande vid tingsrättens huvudförhandling, inte varit jävig samt avlog till följd av detta de tilltalades yrkanden om undanröjande av tingsrättens dom och återförvisning av målet till tingsrätten.

I skrivande stund har hovrättens prövning av målet i sak ännu inte inletts. Enligt 54 kap. 8 § rättegångsbalken (RB) får dock ett beslut, i vilket en hovrätt har prövat en fråga om jäv mot domare i tingsrätt, inte överklagas. Hovrättens avgörande i den delen är alltså slutligt och därmed inte olämpligt att redan nu behandla i ett sammanhang som detta. Avgörandet berör flera frågor av allmänt och principiellt intresse och är därför väl värt uppmärksamhet i och för sig.

På uppdrag av en av försvararna i målet upprättade jag ett rättsutlåtande över frågan om jäv, vilket gavs in till Svea hovrätt inför dess prövning. Min sammanfattande bedömning (vars grunder jag utvecklade i utlåtandet), att det förelåg jäv vid tingsrättens prövning av TPB-målet, kom inte att delas av hovrätten. Det följande är ett ärligt menat försök att förstå *varför*.

¹ Juris doktor i processrätt (Uppsala universitet), universitetslektor i processrätt (Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet). Ett hjärtligt tack riktas till doktoranden i processrätt, jur. kand. Anna Wallerman för hennes, som alltid, värdefulla synpunkter.

² Svea hovrätts mål nr B 4041-09 respektive Stockholms tingsrätts mål nr B 13301-06. Hovrättens beslut är, enligt uppgift, avsett att refereras i Rättsfall från hovrätterna (RH). Angående de jävsinvändningar som gjorts mot tilltänkta hovrättsdomare i målet se not 50 nedan.

Framställningen skall givetvis betraktas mot denna bakgrund, men också i ljuset av att jag *inte* gjorde min bedömning med anledning av nämnda uppdrag. Den gjordes redan i samband med att jag som oberoende sakkunnig engagerades av *Sveriges Radio* för att kommentera uppgifter, vilka ingick bland dem, som sedan kom att åberopas till stöd för de tilltalades jävsinvändningar.

2. TPB-MÅLET

Nu, hösten 2009, är TPB-målet så allmänt känt att någon närmare presentation knappast behövs, men en helt kort beskrivning är här ändå på sin plats. Som vi får anledning att återkomma till är det dock svårt att beskriva TPB-målet, utan att beskrivningen anses tendentiös. Det, om inte annat, borde visa hur kontroversiellt målet är – ett konstaterande som i sig möjligen kan anses vara tendentiöst.³

Sina tillnamn har målet fått efter namnet på en webbplats för fildelning, *The Pirate Bay* (förkortat *TPB*), genom vilken Internet-användare kan utbyta information med varandra. De jävsinvändningar som behandlas här gjordes i samband med att de tilltalade överklagade Stockholms tingsrätts dom i målet (meddelad den 17 april 2009) till Svea hovrätt. Tingsrättsdomen innebar i huvudsak följande. De fyra tilltalade dömdes i medgärningsmannaskap för *medhjälpt brott mot upphovsrättslagen (1960:729)*. I centrala delar av domskälen (s. 63 f. och 69) konstaterade tingsrätten:

Det har genom utredningen i målet framkommit att *The Pirate Bay*, vid den tidsperiod som är aktuell i åtalet, var en populär webbplats med många användare runt om i världen. Syftet med *The Pirate Bay* var att skapa en mötesplats för fildelare. [- -] Vissa användare av webbplatsen kom att utnyttja den och nämnda funktioner på ett sätt som innebar att användarna begick brott mot upphovsrättslagen på det sätt som påstås i åtalet (huvudbrotten). I enlighet med vad som vidare kommer utvecklas nedan har samtliga tilltalade

3 I mitt rättsutlåtande fann jag mig föranlåten att inledningsvis göra bl.a. följande påpekande, vilket förtjänar att återupprepas här: "Många deltagare i den mediedebatt [om jävsmisstankarna] som har följt på tingsrätts dom i målet synes ha vägletts av sin rättspolitiska syn på de i huvudsaken avhandlade frågorna. Det kan därför vara på sin plats att framhålla att jag inte delar de tilltalades syn på tingsrätts dom i sak. Att bedöma denna ligger dock utanför det område på vilket jag kan anses vara särskilt insatt."

känt till att en hel del användare av webbplatsen ägnade sig åt olovliga förfoganden av upphovsrättsligt skyddat material. Genom att tillhandahålla en webbplats med välutvecklade sökfunktioner, enkla uppladdnings- och lagringsmöjligheter samt genom att förmedla kontakter mellan enskilda fildelare genom den till sajten knutna trackern har, enligt tingsrätten, den genom The Pirate Bay bedrivna verksamheten underlättat och således främjat dessa brott (jfr Ds 2007:29, s. 323 och Rosén i NIR 2008 s. 101). [- - -] *Sammanfattningsvis* har den inom The Pirate Bay drivna verksamheten objektivt sett medverkat till brott mot upphovsrättslagen. Frågan är då om de tilltalade ska hållas ansvariga för denna medverkan.

[- - -]

I kraft av sina positioner för fildelningstjänsten The Pirate Bay har de [tilltalade] tillsammans och i samförstånd, enligt tingsrätten, uppsåtligt medverkat till de enskilda användarnas brott mot upphovsrättslagen.

Påföljden bestämdes för var och en av de tilltalade till ett års fängelse.⁴ Åtalen för förberedelse till brott mot upphovsrättslagen ogillades, eftersom de fullbordade medhjälpsbrotten ansågs konsumera förberedelsebrotten. De tilltalade ålades att solidariskt betala skadestånd om drygt 30 av yrkade drygt 120 miljoner kr och ersättning för rättegångskostnader till de så kallade målsägandebolagen (svenska och utländska skiv- och filmbolag). Flera av dessa bolag har också överklagat domen med yrkande om fullt bifall till sina skadeståndsyrkanden och fullt bifall till åtalet.

3. JÄVSINVÄNDNINGARNA

I sitt beslut av den 25 juni 2009 (s. 5 f.) redovisade Svea hovrätt under rubriken *Omständigheter som påstås grunda jäv* vilka ”faktiska omständigheter” de tilltalade ”i huvudsak” hade ”fört fram [- - -] med påstående om att dessa var för sig eller i varje fall tillsammans varit ägnade att rubba förtroendet

4 Tingsrätten ansåg inte att straffvärdet för medverkansgärningen var lägre än straffvärdet för själva huvudbrottet. Redan det höga straffvärdet ansågs utesluta någon annan påföljd än fängelse, varför tingsrätten inte tog ställning till om brottet utgjorde ett s.k. artbrott. Se tingsrättens dom s. 80.

för [rådmannens] opartiskhet.” Med här tillförda beteckningar innefattade redovisningen i schematiserat kondensat följande:

I Föreningsengagemang

- a) Rådmannen är medlem i Svenska föreningen för upphovsrätt (SFU), som har stödande medlemmar, vilka har tagit ställning mot TPB i olika sammanhang.
- b) Rådmannen är medlem och styrelseledamot i Svenska Föreningen för Industriellt Rättsskydd (SFIR). Föreningens synsätt sammanfaller med målsägandenas, vilket bl.a. uttryckts i dess remissvar över Ds 2001:13 om det i målet betydelsefulla e-handelsdirektivet.
- c) SFU och SFIR är anknutna till internationella organisationer som verkar för rättighetshavares intressen.
- d) Samtliga målsägandeombud är också medlemmar i SFU och ett av dem ingår eller har ingått i styrelsen. Två av dem är medlemmar även i SFIR.

II Sidouppdrag

Rådmannen och ett av målsägandeombuden ingår i den grupp av tvistlösare som anlitas av Stiftelsen för Internetinfrastruktur (stiftelsen.SE).

III Upplysningsplikt

- a) Rådmannen redovisade inte sitt föreningsengagemang enligt I ovan i anslutning till den jävsinvändning som inför tingsrättens huvudförhandling gjordes mot en tilltänkt nämndeman, pga. medlemskap i en förening för rättighetshavare och uppbärande av ersättning.
- b) Det under III a anförda utgör också i sig ett rättegångsfel, som föranleder ett undanröjande av tingsrättens dom och återförvisning av målet till tingsrätten.

IV Lottning

Vid tingsrätten har målet inte tilldelats rådmannen på grund av lottning utan han har handplockats att handlägga det.

V Övrigt

Därutöver har anförts bl.a. att såväl rådmannen som målsägandeombuden varit talare vid och deltagit i olika seminarier inom immaterialrättens område.

Inför den fortsatta framställningen kan det vara värt att notera att hovrättens redovisning – som i sin korthet rättvisande återgav det som den var avsedd att redovisa – endast innefattade någon enstaka referens till *vad målet rör*

(se här främst I b). Dock fanns de tydligaste referenserna till sådant i den argumentation som de tilltalade förde. Om inte annat kan detta förhållande ha föranlett hovrätten att inte utförligare redovisa sådant bland framförda ”faktiska omständigheter”.

Åklagaren och de målsägande som valde att yttra sig bestred att jäv förelegat. Hovrätten inhämtade på eget initiativ ett yttrande från Stockholms tingsrätt. I detta yttrande lämnade tingsrätten vissa sakupplysningar rörande I–V ovan och konstaterade att varken rådmannen eller hans chef hade ansett att I ovan gjorde rådmannen jävig, en bedömning som tingsrätten sade sig dela. Enligt vad tingsrätten särskilt uttalade rörande III ovan fanns det inte heller någon anledning för rådmannen att ta upp detta med parterna i målet. Tingsrätten betonade därtill vikten av att domare förkovrar sig inom olika rättsområden, särskilt inom komplicerade specialiteter (till vilka immaterialrätten underförstått hänfördes).

4. UTGÅNGSPUNKTER FÖR JÄVSPRÖVNINGEN

I sitt beslut (s. 6 f.) redogjorde Svea hovrätt under rubriken Utgångspunkter för jävsprövningen för de tillämpliga reglerna enligt RB och artikel 6.1 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen eller EKMR) med preciserande rättspraxis från den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen). Hovrätten konstaterade att generalklausulen i 4 kap. 13 § 10 mom. RB var aktuell vid prövningen i målet och att denna bör tolkas i belysning av Europadomstolens praxis rörande artikel 6.1 EKMR.⁵ En tydlig koppling gjordes mellan jävsreglerna och (anmärkningsvärt nog utan samtidigt nämnande av EKMR)⁶ *rätten till en rättvis rättegång*, men mothänsyn framhölls också:

Det grundläggande intresse som bär upp bestämmelserna om domarjäv är, som nämnts inledningsvis, att den som ställs inför domstol ska kunna vara säker på att få en

5 Hovrätten hänvisade här till NJA 1998 s. 228, som behandlade just jäv. Därtill kan i allmänhet framhållas Högsta domstolens kraftfullare konstateranden i NJA 2005 s. 805 (det s.k. pastor Green-målet), se särskilt s. 831.

6 Högsta domstolen har på liknande sätt självständigt refererat till ”den grundläggande principen om rätten till rättvis rättegång” i NJA 2008 s. 760, se s. 764. Om inte annat visar detta på det genomsnittet EKMR har fått i svensk rätt.

rättvis rättegång. Kravet på att den eller de domare som prövar hans eller hennes sak ska vara opartiska måste då upprätthållas. I sammanhanget ska dock också beaktas att det inte ska vara möjligt för en part att utan befogad anledning få en domare utbytt.

Vidare beskrev hovrätten Europadomstolens uppdelning i så kallad *subjektiv opartiskhet*, ”nämligen att varje domare faktiskt ska döma opartiskt” och så kallad *objektiv opartiskhet*, ”som innebär att det för en objektiv iakttagare inte får föreligga några legitima tvivel om domstolens opartiskhet.” När det gäller relationen mellan jävsreglerna i RB och Europadomstolens praxis finns det här anledning att notera att en jävssituation enligt RB endast förutsätter en motsvarighet till bristande objektiv opartiskhet (se vidare angående 4 kap. 13 § RB nedan).

Ett par aspekter framkom inte eller var åtminstone otydliga i hovrättens redogörelse, vilket kan ha inverkat på det sedan följande beslutet. Dessa aspekter angick båda de tilltalades ställning, men på olika plan, vilket gjorde framställningen något skev.

För det första framhöll hovrätten endast *de tilltalades individuella intresse* som det grundläggande för jävsreglerna. Med hänsyn till kravet, enligt 4 kap. 14 § 3 st. RB, på partsinitiativ för att fråga om jäv mot domare i lägre rätt skall få upptas i högre rätt, är det inte märkligt att detta intresse framhölls. Det allmännas intresse av att bland allmänheten upprätthålla förtroendet för domstolarna utgör dock en minst lika viktig grund för jävsreglerna.⁷ Detta intresse skall förvisso i första hand tillgodoses genom att domare i jävssituationer självmant avhåller sig från att alls handlägga mål, eller ger till kända omständigheter, som kan antas utgöra jäv, så att prövningen onödiggörs eller tidigareläggs.⁸ Har fråga om jäv mot domare i lägre rätt upptagits i högre rätt bör dock de intressen som skall beaktas vid prövningen rimligen vara desamma, som när prövningen sker på ett tidigare stadium. Har någon egentlig prövning, som i

7 Se Ernst Kallenberg, Svensk civilprocessrätt – Föreläsningar I, 2 uppl., 1923, s. 240 f.; RB innebar inte någon brytning med äldre jävsreglering, se SOU 1938:44 s. 106. Angående Europadomstolens jävspraxis se bl.a. fallet *De Cubber mot Belgien* (1984) § 26: “What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused.”

8 Se SOU 1938:44 s. 107 f. och not 27 nedan.

detta fall, inte tidigare skett är skälen för att vid den enda prövning som sker beakta både individuella och allmänna intressen ännu starkare.

För det andra saknades ett viktigt moment i hovrättens beskrivning av hur Europadomstolen betraktar *objektiv opartiskhet*: den tilltalades perspektiv.⁹ Endast den objektiva iakttagaren framhölls. En person i den tilltalades situation kan förvisso inte själv förväntas vara en sådan objektiv iakttagare. Den situation i vilken den tilltalade befinner sig kan däremot bli objektivt iakttagen. Europadomstolen formulerade betydelsen av den tilltalades uppfattning på följande sätt i fallet *Hauschildt mot Danmark* (1989), en formulering som närmast ordagrant har återkommit i många senare domar om kravet på opartiskt dömmande:¹⁰

[--] in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive [--]. What is decisive is whether this fear can be held objectively justified.

Även om det inte räcker att den tilltalade anser sig ha legitima skäl att frukta att en viss domare saknar opartiskhet, är alltså den tilltalades ståndpunkt viktig. Avgörande är dock att skälen för den tilltalades fruktan, objektivt betraktade, kan anses ha fog för sig. Den tilltalades, typiskt sett, utsatta situation måste beaktas vid denna bedömning. Annars behandlas ju inte den tilltalades intressen och perspektiv som viktigare än någon annans.

Hovrättens redovisning av utgångspunkterna för jävsprövningen avslutades med följande kategorisering av olika omständigheter (beslutet s. 7, här med mina beteckningar och min styckeindelning). Dessa skulle kunna betraktas som placerade på en fallande skala från *jäv* (A) över *upplysningsplikt* (B) till *icke-jäv* (C).

[A 1–2.] En del omständigheter av betydelse för frågan om det föreligger jäv, t.ex. en domares släktskap med någon av parterna, är typiskt sett sådana att de utan vidare

9 Hovrätten hänvisade i denna del till Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3 uppl., 2007, s. 182. Beskrivningen just där är förvisso i sig korrekt men mycket allmänt hållen.

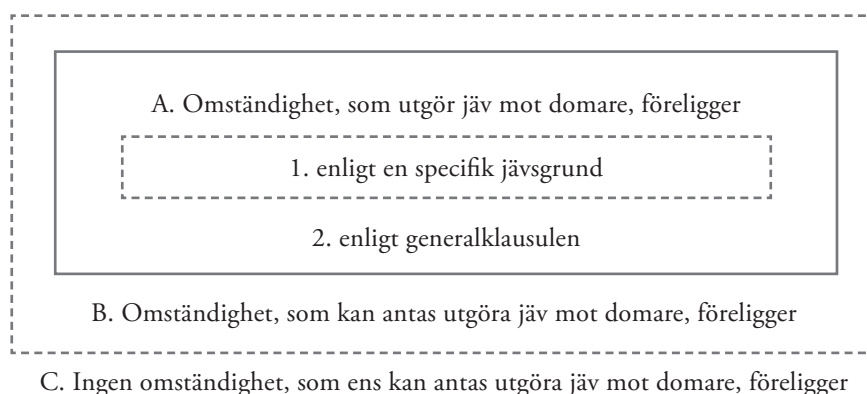
10 Domen § 48, här utan hänvisningen till domen i *Piersack mot Belgien* (1982), där Europadomstolen först gjorde uppdelningen i subjektiv och objektiv opartiskhet.

medför skyldighet för en domare att avstå från att delta i handläggningen av ett mål.

[B.] Andra omständigheter kan vara av det slaget att de visserligen inte i sig medför skyldighet för domaren att avträda från målet men där domaren ändå bör underrätta parterna om dem. I rättegångsbalken kommer detta till uttryck i 4 kap. 14 § första stycket där [- - -] det anges att en domare, som vet att det föreligger en omständighet som kan antas utgöra jäv mot honom eller henne, är skyldig att självmant upplysa parterna om detta.

[C.] Vissa omständigheter är däremot av så ringa betydelse att de inte behöver tas upp.

Hovrättens kategorisering kan tydliggörande illustreras och utvecklas med hjälp av följande *figur*, till vilken jag kommer att hänföra mig i det följande. Beteckningarna är desamma som de strax ovan använda.



Enligt generalklausulen 4 kap. 13 § 10 mom. RB är domare jävig att handlägga mål om eljest – dvs. annars än enligt de i 1–9 mom. uppräknade, mer specifika, situationerna – särskild omständighet föreligger, som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i målet. Var och en av de uppräknade situationerna innefattar alltså en sådan särskild omständighet, som är ägnad (dvs. duger till) att rubba förtroendet till domarens opartiskhet i målet, så att domaren är jävig att handlägga detta (se A 1 i figuren). Faktisk, subjektiv, partiskhet krävs alltså inte. Den avslutande generalklausulen innebär att lagstiftaren har delegerat till domstolen att mer diskretionärt bedöma vad som

därutöver kan vara ägnat att rubba förtroendet till en domares opartiskhet i målet.¹¹ Generalklausulen fångar upp sådana jävsfall som är så säregna att en uppräknings av dem alla skulle bli alltför omfattande eller att de svårligen kunnat förutses av lagstiftaren (se A 2 i figuren). Vidare utgör generalklausulen en betoning av att de mer specifika jävsreglerna skall tillämpas på analoga fall.¹²

Gränsen för generalklausulens tillämpningsområde (mellan A 2 och B i figuren) utgör också gränsen för vad som utgör domarjäv i formell mening med därtill kopplade rättsföljder. Domare brukar dock i allmänhet hålla ett respekt- eller säkerhetsavstånd till de formella jävsreglerna, innebärande att man i ljuset av dessa avhåller sig från att handlägga mål i högre utsträckning än vad som är påkallat av en strikt tillämpning av desamma.¹³

Om inte annat är den beskrivna avhållsamheten välbetänkt med hänsyn till att domarens upplysningsplikt enligt 4 kap. 14 § RB inträder redan när en omständighet, som domaren känner till att den föreligger, *kan antagas* utgöra jäv mot honom eller henne (se B i figuren).¹⁴ Det krävs alltså inte att domaren gör bedömningen att jäv föreligger, för att denna, många gånger säkerligen jävsprövningsutlösande, skyldighet skall inträda.¹⁵ Här har man för övrigt

11 Se, liksom till det närmast följande, Per Olof Ekelöf/Henrik Edelstam, Rättegång – Första häftet, 8. uppl., 2002, s. 92 f. och 147. Om generalklausuler i allmänhet se bl.a. Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5. uppl., 1996, främst s. 250 f.

12 Jfr dock Roberth Nordh/Per Henrik Lindblom, som i Kommentar till RB – Häfte 1, 2001, s. 117, gör gällande att man "bör [- - -] vara försiktig med att tillämpa generalklausulen på situationer som ligger väldigt nära de fall som räknas upp i övriga punkter."

13 Se, avseende Högsta domstolen, Johan Lind i Svensk Juristtidning 1999, s. 81. I likhet med bl.a. Ekelöf/Edelstam (se i not 11 ovan a.a., s. 150) betecknar Lind sådant *delikatessjäv*, en term som, liksom *grannlaghetsjäv*, emellertid ibland används för att beteckna jäv som faller under generalklausulen 4 kap. 13 § 10 mom. RB, se bl.a. Bertil Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, 5 uppl., 2005, s. 406.

14 Nordh/Lindblom gör i sitt i not 12 ovan a.a., s. 125, gällande tolkningen "att det skall vara mer sannolikt att domaren är jävig än att jäv inte föreligger" för att skyldigheten skall inträda. Enligt min mening bör dock den förtroendestärkande hållningen att hellre tala än tuga moderera en sådan uttolkning.

15 Hovrätten anförde vid prövningen av rådmannens anmälningsplikt (beslutet s. 11): "en domare kan vara skyldig att upplysa parterna även om sådana förhållanden som vid en senare prövning inte anses grunda jäv." Omvänt kan alltså sådant, som vid en inledande bedömning anses falla under B i figuren, närmare betraktat faktiskt också visa sig utgöra jäv och falla under A.

att göra med en sannolikhetsbedömning inriktad endast på den rättsliga karaktäristiken av ett faktum som domaren är så säker på att det föreligger att han eller hon *vet* det, vilket är principiellt intressant.¹⁶ Det är svårt att bedöma sannolikheten för en viss karaktärisering i förhållande till en regel som generalklausulen. Såväl denna bedömning som annan jävsbedömning försvåras dessutom av att jävsreglerna, delvis på grund av ovan nämnda praktik (utan tydliggörande av grunden för avhållsamheten), sällan ställs på sin spets och att förekommande praxis är både uttunnad och snedvriden.¹⁷

5. JÄVSPRÖVNINGEN

Hovrätten inledde sin prövning med konstaterandet ”att det inte har framkommit något som tyder på att [rådmannen] faktiskt inte har dömt opartiskt i målet, vilket innebär att sådan subjektiv opartiskhet som nämnts ovan har förelegat.” Konstaterandets konstruktion kan förvillan, men det innebar att rådmannen inte ansågs ha dömt partiskt. Sådan partiskhet hade förvisso inte gjorts gällande, men det krävdes ju inte heller för att hovrätten skulle kunna göra en sådan rättslig bedömning. Konstaterandet är dock i sig närmast okontroversiellt. De krav som Europadomstolen har uppställt för att *subjektiv opartiskhet* inte skall anses föreligga är mycket högt ställda.¹⁸ Eftersom en konventionskränkning konstateras redan om *objektiv opartiskhet* inte anses föreligga leder dock uppdelningen i praktiken endast till att den som gör gällande jäv slipper rikta allvarliga anklagelser mot domaren ifråga.¹⁹

Hovrättens fortsatta prövning, som alltså inriktades på frågan om rådmannen varit objektivt opartisk, var uppdelad enligt följande. Först prövades om de framförda omständigheterna (I–V under 3 ovan) var för sig grundat jäv i målet,

16 Angående sannolikhetsbedömningar avseende rättsfrågor se bl.a. Kenneth Nordback, Interimistiska åtgärder i EG-rättsliga mål, 2005, s. 277 ff. med hänvisningar.

17 Jfr Eva Tiby, Domarjäv, 1993, s. 297 f. Förekommande överklagandeförbud får rimligen till resultat att endast få jävsbedömningar kommer under Högsta domstolens prövning och att det, generellt sett, är mer sannolikt att en högre domstol vid sin överprövning finner att *jäv* inte har förelegat än att den finner att jäv har förelegat. De tydligaste fallen lär ju oftast ha avklarats på ett tidigare stadium.

18 Se t.ex. fallet *Kyprianou mot Cypern* (2005), § 119 med utveckling av det följande: ”In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary [- - -].”

19 Att det är en känslig sak att göra gällande domarjäv beaktades i äldre RB genom uppmaningen i 13 kap. 1 § att en sådan framställning skulle göras *beskedligen* i betydelsen *hovsam*.

sedan om de sammantagna gjort det. Formuleringen ”särskild omständighet” och utformningen av de specifika jävsgrunderna i 4 kap. 13 § RB kan möjligen föranleda den föreställningen att en sammantagen bedömning inte skall göras. Redan sett till jävsreglernas syften framstår dock en sådan tolkning som orimlig och den är i vart fall ohållbar i ljuset av EKMR. Det särskilda tar snarare sikte på att omständigheten ifråga, som kan vara mycket komplex, skall föreligga ”i målet” och inte i allmänhet.²⁰ Det är också i ett sådant synsätt som man får söka stöd för mothänsyn av innebörd att en omständighet som väldigt ofta eller alltid skulle innebära jäv inte skall betraktas som jävsgrundande.²¹

Som redan framgått ansåg hovrätten att de framförda omständigheterna (I–V under 3 ovan) inte, varken var och en för sig eller sammantagna, grundade jäv i målet. I det följande kommenterar jag de, enligt min uppfattning, mest centrala delarna av hovrättens bedömning. Framställningens indelning ansluter till mitt schematiserade kondensat av hovrättens redovisning av framförda omständigheter under 3 ovan.

5.1 FÖRENINGSENGAGEMANG I SFU ETC. (I a, c OCH d)

Efter att ha redogjort för föreningens syften och verksamhet konstaterade hovrätten att det ”inte [har] framkommit något som tyder på att SFU tagit ställning till de frågor som prövats i målet.” Slutligen anförde hovrätten (beslutet s. 8):

Enligt hovrättens mening står det klart att enbart medlemskap i en förening som SFU, vars huvudsakliga syfte är att anordna diskussioner och seminarier om rättsfrågor, inte kan vara ägnat att rubba förtroendet för en domare. Tvärtom får det anses värdefullt för domstolarna och för parter i domstol att domare är väl insatta även i komplicerade och tämligen specialiserade rättsområden samt deltar i den juridiska debatten.

Hovrättens bedömning, att omständigheten klart var att hänföra till C i figuren (icke-jäv), synes inte ha begränsat sig till en prövning av förhållandena i det aktuella målet. Med ”enbart medlemskap” skulle kunna förstås ”medlemskapet betraktat avskilt från övriga i målet framförda omständigheter”, vilket ju denna

²⁰ Jfr N. Gärde m.fl., Nya rättegångsbalken, 1949, s. 43: ”Förhållanden, som angå domarens ämbetsutövning i allmänhet, falla icke under [generalklausulen].”

²¹ Jfr SOU 1938:44 s. 107, se vidare not 34 nedan.

del av prövningen var inriktad på. Men medlemskapet ställdes åtminstone inte uttryckligen i relation till just detta mål (där de tilltalade knappast såg dess utpekade värde). Tvärtom framhöll hovrätten värdet av sådant medlemskap i allmänhet (i likhet med vad Stockholms tingsrätt gjorde i sitt yttrande). Därmed kan ”enbart medlemskap” också uppfattas som avseende sådant medlemskap i mål i allmänhet.

Att det allmänt sett kan finnas fullt legitima och samhällsnyttiga skäl för en domare att engagera sig,²² som rådmannen här gjort, hindrar inte att en EKMR-kränkning konstateras i det specifika fallet. I fallet *Langborger mot Sverige* (1989), § 34, uttalade Europadomstolen angående intresseledamöterna i Bostadsdomstolen:

Because of their specialised experience, the lay assessors, who sit on the Housing and Tenancy Court with professional judges, appear in principle to be extremely well qualified to participate in the adjudication of disputes between landlords and tenants and the specific questions which may arise in such disputes. This does not, however, exclude the possibility that their independence and impartiality may be open to doubt in a particular case.

Ingen utomstående kan tillföra domstolen opartiskhet, dess kanske allra viktigaste egenskap. Genom sakkunniginstitutet (40 kap. RB) kan domstolen däremot tillföras sakkunskap utifrån, utan att riskera domstolens opartiskhet,²³ vilken i händelse av konflikt därför både kan och bör prioriteras framför bland annat detta intresse.

Hovrätten nämnde inte ens de stödjande medlemmarnas hållning och berörde följaktligen inte betydelsen av denna del av I a. Inte heller nämndes i detta sammanhang omständigheten att samtliga målsägandeombud också är medlemmar i SFU och att ett av dem ingår eller har ingått i styrelsen (I d). Bedömd för sig (beslutet s. 11) ansågs denna omständighet inte grunda jäv. En hänvisning gjordes till vad som ”generellt krävs” när det gäller närheten i kontakt mellan domare och part.²⁴ Hovrätten uttalade därtill som sin mening

22 Jfr Bengt Lindell, *Notorietet och kontradiktion*, 2007, s. 177.

23 Se Henrik Edelstam, *Sakkunnigbeviset*, 1991, bl.a. s. 164 f.

24 Enligt Tibys i not 17 ovan a.a., s. 215 (som hänvisar till JO 1981/82 s. 254 angående jäv avseende en sakkunnig i Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd) ”och även” Peter Fitger, *Kommentar till*

att ”det [bör] krävas en ännu närmare personlig relation till partens ombud för att en domare ska anses jävig i målet där ombudet uppträder”, vilket inte ansågs vara fallet här. Som jag utvecklar i nästa avsnitt bör dock kravet på närhet etc. vid tillämpning av generalklausulen relateras till bland annat vad målet rör.

Kopplingen till den internationella föreningen *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI) nämndes, men däremot inte ALAI:s hållning, vars betydelse alltså inte heller bedömdes (innebärande att I c inte behandlades separat avseende ALAI). Att hållningen hos en centralorganisation kan ha betydelse för frågan om en domares medlemskap i en därtill ansluten organisation är jävsgrundande har klarlagts genom Högsta domstolens avgörande i NJA 1978 s. 464. Hovrättens tystnad i denna del är därför anmärkningsvärd, i all synnerhet med hänsyn till den bevisning angående ALAI, som hade åberopats;²⁵ denna borde uttryckligen ha värderats.²⁶

5.2 FÖRENINGSENGAGEMANG I SFIR ETC. (I b, c OCH d)

Rådmannens engagemang i SFIR fick, med rätta, störst uppmärksamhet både i de tilltalades framställningar och i hovrättens bedömning; det skall det även få här. Efter att ha redogjort för föreningens syften och verksamhet konstaterade hovrätten (beslutet s. 9):

[Rådmannen] får genom sitt uppdrag som styrelseledamot anses ha en betydligt närmare anknytning till SFIR än till SFU. Formuleringarna i SFIR:s stadgar ger också ett intryck av att föreningen står närmare rättighetshavarna än vad SFU gör. Frågan är om [rådmannen] genom sin anknytning kan anses dela något av SFIR:s ställningstaganden på ett sådant sätt att det med fog kan uppfattas som att han haft en förutfattad mening avseende de omständigheter som aktualiserats i målet.

rättegångsbalken, s. 4:33 (med mer relevanta hänvisningar).

25 En radiointervju med föreningens ordförande angående bl.a. den principiella betydelsen av tingsrättens dom i TPB-målet.

26 Jfr Gunnar Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, 1987, s. 408: ”Domskålen är den enda garantin för parten att hans sak har avgjorts efter noggranna överväganden.” Betydelsen av denna garanti kan antas vara särskilt stor i ett fall, som det aktuella, där förtroendet för rättsväsendet är ifrågasatt.

Såväl den personliga kopplingen mellan rådmannen och föreningen som det vi kan kalla intressekopplingen mellan föreningen och målsägandena i TPB-målet var alltså starkast avseende SFIR. Så kom också denna omständighet att av hovrätten hänföras till B i figuren (upplysningsplikt). Att denna omständighet i sitt sammanhang ansågs kunna antagas utgöra jäv mot rådmannen behandlas vidare nedan. Men hur resonerade då hovrätten, när den kom fram till att omständigheten, inte heller sammantagen med de övriga, utgjorde jäv mot honom?

Genom att formulera vad frågan var på det sätt hovrätten gjorde, kan åtminstone en, i just detta mål betydelsefull, aspekt på en jävssituation ha fallit bort: Vad målet rör eller kan anses röra. En förutfattad mening eller intrycket av en sådan är en i sig viktig aspekt,²⁷ men den antyder att man redan tagit eller synes ha tagit ställning till just de uppkommande frågorna. ”En part ska inte på objektiv grund kunna tvivla på att domaren kommer att ta till sig partens talan” (beslutet s. 9) är en betydligt mer adekvat formulering, men den följdes omedelbart av följande resonemang:

Enligt reglerna om jäv gäller emellertid att en domare som tidigare gett uttryck åt en uppfattning om hur ett visst juridiskt problem, en rättsfråga, bör bedömas, inte är jävig att döma i ett mål där samma rättsfråga återigen aktualiseras. (Se Fitger, Kommentar till rättegångsbalken, s. 4:34 a. Jämför även RÅ 2005 ref. 1. Det kan tilläggas att Europadomstolens praxis inte ger stöd för något annat synsätt i denna fråga.) Det anförda ter sig självklart eftersom en domare annars skulle vara förhindrad att döma i ett mål där en rättsfråga ska prövas som domaren tidigare bedömt i ett annat mål.

Dessa reservationslösa skrivningar får svagt stöd i de betydligt mer nyanserade resonemang, till vilka hovrätten hänvisade och vilka står i betydligt bättre överensstämmelse med generalklausulens inriktning på anpassning till förhållandena i det specifika fallet.²⁸ Den uppdelning i sakfrågor och rättsfrågor som hovrätten stödde sig på har ett ytterst bräckligt stöd och låter sig i vart

27 Jfr prop. 1992/93:25 s. 17: ”En domare som vet med sig att han har en förutbestämd uppfattning i målet bör naturligtvis självmant avträda och inte handlägga målet vid den slutliga prövningen.”

28 Se i och vid not 11 ovan.

fall knappast förenas med Europadomstolens betoning av den tilltalades och allmänhetens perspektiv.²⁹

Resonemanget var i alla händelser mindre relevant i det specifika fallet. TPB-målet aktualiserade domstolens obundna öppenhet inför ställningstagande till specifika frågor, vilka inte tidigare hade prövats av domstol.³⁰ Jag vill göra gällande att det *åtminstone* fanns objektiv grund för uppfattningen hos de tilltalade och en bred allmänhet att ”målet handlar om huruvida gränsen för det upphovsrättsliga skyddet ska utvidgas eller begränsas.”³¹ Detta för oss dock in på den troligtvis avgörande skillnaden i synsätt mellan främst de tilltalade och hovrätten, en skillnad som gör att en viss beskrivning av målet – som jag berörde inledningsvis – kan anses tendentiös.

De tilltalades betonade uppfattning av målet som banbrytande, starkt politisk anstruket, principiellt betydelsefullt och uppmärksammat i stora delar av världen återspeglades inte alls i hovrättens beslut. Nedtoningen, för att inte säga förtigandet, av målets ideologiska sprängkraft var påfallande i hovrättens karaktäristik (beslutet s. 10): ”I förevarande mål är åklagarens brottspåståenden och målsägandenas anspråk på skadestånd föremål för rättsens prövning. Denna prövning innefattar både bevis- och rättsfrågor.”

Kan man tänka sig en läsare av hovrättsbeslutet utan någon föregående kännedom om TPB-målet, skulle detta mål för en sådan läsare framstå som helt okontroversiellt och oförtjänt av särskild uppmärksamhet. Min bedömning är däremot att tingsrättens avgörande av TPB-målet i vida kretsar har ansetts röra frågor av principiell natur; det notoriska underlaget för denna bedömning är närmast överväldigande. Att så varit fallet borde dessutom ha beaktats vid jävsprövningen,³² allra helst när denna gällde den ledande juristdomaren i ett

29 I fallet *Belilos mot Schweiz* (1988), § 67, framhöll Europadomstolen som avgörande hur “[t]he ordinary citizen will tend to see” en situation av ett slag som “may undermine the confidence which must be inspired by the courts in a democratic society.”

30 Se *Ds* 2007:29 s. 322 och jfr tingsrättsdomen, bl.a. s. 79.

31 Ur advokaten Per E. Samuelsons inlägga till hovrätten den 28 maj 2009, punkt 2.2.9.

32 Jfr främst *NJA* 1978 s. 464 (särskilt s. 467, bl.a. Högsta domstolens konstaterande: ”TR:ns avgörande [--- har] uppenbarligen ansetts röra frågor av principiell natur”) samt Europadomstolens domar i fallet *Langborger mot Sverige* (1989), § 35–36, och i fallen berörda i noterna 7 och 10 ovan.

brottmål.³³ Men, ser man eller beaktar man inte aspekter som dessa är det onekligen svårt att komma till någon annan slutsats än den till vilken hovrätten kom. Om inte annat skulle jäv annars kunna konstateras i besvärande många fall, så att domare i hög utsträckning skulle behöva avstå från föreningsengagemang etc.³⁴ Men, detta skulle knappast bli fallet om analogier till TPB-fallet måste beakta även de närmast extrema aspekterna av nämnda slag.

Mot denna bakgrund är det lättare att förstå, utan att därför godta, att hovrätten stannade vid ”utgångspunkt[en] i svensk rätt [...] att politiska eller ideologiska motsättningar mellan en domare och en part i allmänhet inte utgör tillräckligt konkreta förhållanden för att de ska anses grunda jäv”.³⁵ På samma sätt kan man betrakta hovrättens anslutande uppfattning, att det för att grunda jäv skulle ha krävts att domaren hade representerat en förening eller sammanslutning som hade ett direkt intresse av utgången i målet eller att någondera särskilt hade engagerat sig i den sak som målet gällde.³⁶ Hovrätten konstaterade i denna del avslutningsvis (beslutet s. 10):

Även om SFIR får uppfattas som en förening som i första hand ser till rättighetshavares intressen och rättigheter, har det inte framkommit några konkreta omständigheter som tyder på att SFIR har ett särskilt intresse av utgången i just detta mål eller att SFIR engagerat sig i de frågor som ska prövas i målet. Det allmänna intresse som SFIR kan tänkas ha av att motverka intrång i immateriella rättigheter ligger väl i linje med vad som följer av grundlag (2 kap. 19 § regeringsformen) och i övrigt av svensk lag på området. Detta intresse är i sig inte sådant att det för [rådmannens]

33 Tingsrätten bestod vid huvudförhandlingen i TPB-målet av ännu en, dock icke-ordinarie, juristdomare och tre nämndemän. Jfr Europadomstolens dom i fallet Dorozhko och Pozharskiy mot Estland (2008), § 58: “The Court does not consider it decisive that two lay judges were in the composition of the court or that the case was also heard by the Court of Appeal. It appears evident that the professional judge’s role in the proceedings was paramount compared to the lay judges.”

34 Jfr i och vid not 21 ovan. Sådana tankegångar har förekommit i den mediedebatt om jävsmisstankarna som följde på tingsrättens dom i målet, jfr not 3 ovan.

35 Beslutet s. 10 med exemplifierande hänvisning till Ekelöfs och Edelstams i not 11 ovan a.a., s. 148.

36 Beslutet s. 10 med hänvisning till NJA 1978 s. 464 och Tibys i not 17 ovan a.a., s. 215. Det kan noteras att den sistnämnda hänvisningen avser norsk rätt.

del grundar jäv i målet på grund av att han sitter i föreningens styrelse.

Det remissvar som de tilltalade hade pekat på (I b) tillmättes av hovrätten ”betydelse – som en av flera faktorer – främst som exempel på SFIR:s allmänna förhållningssätt till rättighetshavares intressen”. Däremot ansågs det inte, prövat för sig, jävsgrundande (beslutet s. 9 f.) ”med hänsyn till att det avser bedömningen av en rättsfråga och dessutom saknar anknytning till [rådmannen - - -]”. Med det sistnämnda avsågs att han inte satt i SFIR:s styrelse vid aktuell tid och att ”det har inte ens gjorts gällande att han deltog i utarbetandet av remissvaret.” Särbehandlingen av rättsfrågor har jag berört ovan.

Omständigheten att två målsägandeombud också är medlemmar i SFIR nämndes inte i detta sammanhang (I d avseende SFIR). Bedömd för sig (beslutet s. 11) ansågs denna omständighet inte grunda jäv.³⁷ Kopplingen mellan SFIR och den internationella föreningen *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle* (AIPPI) nämndes inte i hovrättens beslut, inte heller AIPPI:s hållning, vars betydelse alltså inte heller bedömdes (innebärande att I c inte heller behandlades separat avseende AIPPI). Hovrättens tystnad i denna del kan bedömas i enlighet med vad som ovan anförts angående ALAI,³⁸ men är än mer anmärkningsvärd, dels för att den var total, dels för att kopplingen mellan rådmannen och denna organisation var starkare.

Hovrättens förhållningssätt till de ideologiska motsättningarna, målets principiella betydelse etc. kan möjligen förklaras av dess syn på förhållandet mellan rättsliga principer, rättsregler och rättstillämpning i vid bemärkelse. Som bland annat framgår av citatet strax ovan konstaterade hovrätten en överensstämmelse mellan rättighetshavarnas intressen och rättigheter, SFIR:s allmänna intresse och det som följer av svensk lag i fråga om att motverka intrång i immateriella rättigheter. Den stora betydelse för jävsprövningen som hovrätten tillmätte denna överensstämmelse (se även 5.5 nedan angående den sammantagna bedömningen) förutsätter enligt min mening i vart fall två förhållanden. Dels måste överensstämmelsen kunna uppfattas vara närmast fullständig, dels måste sambandet mellan det övergripande intresset och utfallet i just det aktuella målet kunna uppfattas vara sådant att domaren inte har något egentligt val. Inget av dessa förhållanden var för handen.

37 Bedömningen var densamma som den av I d avseende SFU, se i och vid not 24 ovan.

38 Se i och vid not 25 f. ovan. Här hade motsvarande bevisning återopats.

Vi har redan kunnat konstatera att rättighetshavarna, i målet representerade av de överklagande målsägandena, inte ansåg att deras intressen fullt ut tillgodosågs genom tingsrättens dom. Den citerade grundlagsbestämmelsen lyder: "Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag." Grundlagskraven på att immaterialrättigheter skall förekomma och vara lagreglerade är uppfyllda. Den lagregleringen är, tors jag påstå, sådan att den, allra helst med tanke på den praxisbrist tingsrätten också noterade, lämnar ett betydande utrymme för tolkning och val. Sådant som gränsen för medverkansansvaret, straffvärdet för medverkansgärningar och skadeståndets storlek kan i det enskilda fallet inte gärna bestämmas med ledning av ett övergripande intresse eller utan domarens avvägningar.³⁹ Den objektiva iakttagaren av den tilltalades eller allmänhetens uppfattning av domstolen synes hovrätten ha ersatt med ett domarperspektiv på dömande verksamhet.⁴⁰

5.3 UPPLYSNINGSPLIKT (III a–b)

Så långt hade hovrätten funnit att omständigheterna kring rådmannens föreningsengagemang (I a–d) inte grundade jäv för rådmannen och alltså inte var att hänföra till A i figuren. Det gjordes emellertid också gällande (III a) att dessa omständigheter i vart fall var att hänföra till B i figuren, innebärande sådan upplysningsplikt enligt 4 kap. 14 § första stycket RB, som har berörts under avsnitt 3 ovan, vilken rådmannen också ansågs ha åsidosatt. Som vi sett hade tingsrätten, enligt sitt yttrande, inte instämt i denna bedömning, men det gjorde hovrätten, som anförde (beslutet s. 12):

Hovrätten anser emellertid för sin del att [rådmannen] i detta fall – mot bakgrund av sitt sammantagna engagemang på immaterialrättens område – lämpligen borde ha upplyst i varje fall om sitt styrelseuppdrag i SFIR. Jävsfrågan hade

39 Se t.ex. det som anförts om straffvärde och påföljdsval i not 4 ovan. I brist på praxis måste sådana bedömningar bli mer skönsmässiga. Skulle straffvärdet ha bedömts vara endast något lite lägre hade icke-frihetsberövande påföljder möjligen kunnat komma ifråga.

40 Jfr vad jag har anförts under avsnitt 4 ovan, främst i och vid not 7 ff. I fråga om domarperspektivet går mina tankar till ett återkommande tema i Sandra Berns, *To Speak as a Judge*, 1999. Att rättsreglerna med nödvändighet dikterar utgången av en rättslig prövning är en bild som, enligt Berns, ofta eftersträvas av domare för att framhäva att det är lagen som styr, oberoende av domarna. Se a.a., främst s. 10, 59 och 217 f.

då kunnat bli föremål för prövning redan i ett tidigt skede av målets handläggning.

Här – *äntligen*, finns det anledning att säga – inriktade hovrätten uttryckligen sin prövning på det enskilda fallet. Talet om vad rådmannen ”lämpligen borde ha” gjort skulle kunna uppfattas som att hovrätten ansåg att ett åsidosättande av en *formell* anmälningsplikt inte förelåg i detta fall.⁴¹ Men, det framgick att rådmannen enligt hovrättens bedömning ”kan anses ha brustit i sin upplysningsskyldighet”, när hovrätten sedan (a.st.) bedömde vilka konsekvenser denna underlåtenhet skulle få.

Ett syfte med upplysningsplikten är just att få till stånd en så tidig prövning som möjligt. Ett annat, anslutande, bör vara att genom öppenhet inge förtroende.⁴² Även det sistnämnda beaktade hovrätten, som konstaterade att underlåtenhet att uppfylla upplysningsplikten torde kunna ha betydelse vid en samlad jävsbedömning där den egentliga jävsfrågan framstår som särskilt svårbedömd.⁴³ Hovrätten fortsatte dock (a.st.): ”Enbart det förhållandet att upplysningsplikten försumrats kan dock enligt hovrättens mening inte grunda jäv.” Men, ett fall där detta förhållande *ensamt* utgör en omständighet som kan grunda jäv kan väl inte rimligen tänkas. Försummelsen innebär ju definitionsmässigt att det föreligger även annan omständighet, som åtminstone kan antas utgöra jäv mot en domare, vilken dessutom har vetskap därom. I ett fall, där anmälningsplikten föranleds av en omständighet som ligger nära gränsen mellan A och B i figuren, borde underlåtenheten i sig kunna räcka för denna gräns skall passeras, dvs. att jäv anses föreligga. Som framgått i det föregående är det min mening att åtminstone en sådan situation har förelegat i det aktuella fallet.

Hovrätten hade också att bedöma rådmannens underlåtenhet som rättegångsfel betraktad (III b). I denna del konstaterade hovrätten, utan vidare argumentation, att underlåtenheten inte innebar ”rättegångsfel som kan föranleda undanröjande av tingsrättens dom och återförvisning av målet till tingsrätten för fortsatt behandling med stöd av 51 kap. 28 § RB.” Detta är

41 Jfr de synpunkter på lämplig eller olämplig handläggning etc. sådana kontrollorgan som Riksdagens justitieombudsmän oftare än domstolar tillåter sig att uttrycka.

42 Se främst i och vid not 7 f. ovan.

43 En jfr-hänvisning gjordes här till hovrättens bedömning i det skiljedomsrättsliga fallet NJA 2007 s. 841. Som framgår av referatet, s. 850, stöder sig detta synsätt primärt på prop. 1998/99:35 s. 219 angående upplysningsplikten enligt 9 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande.

en ganska given slutsats med hänsyn till att nödvändig inverkan på målets utgång borde förutsätta en förtigen faktisk jävssituation och till att jäv utgör rättegångsfel av särskilt slag (jfr ”annat fel i rättegången än som avses i 26 eller 27 §” i 51 kap. 28 § RB).

I sammanhanget kan slutligen nämnas att hovrätten, utöver jävsinvändningarna, i sitt beslut också tog ställning till ett yrkande att hovrätten skulle förelägga rådmannen att uppfylla sin förpliktelse enligt 4 kap. 14 § RB. Yrkandet avslogs med hänvisning till att det saknas laglig grund för ett sådant föreläggande. Det synes mig vara en helt korrekt bedömning, men beslutet kan i denna del överklagas och jag avstår därför från att här fördjupa mig i saken. Men, i alla händelser förhåller det sig ju så, som hovrätten noterade (beslutet s. 4) att parten, enligt samma paragraf, inte ”förlorar [- - -] sin rätt att göra gällande jäv förrän han eller hon fått kännedom om en omständighet som påstås grunda jäv och första gången därefter fört talan i målet utan att åberopa omständigheten.”⁴⁴

5.4 ANDRA OMSTÄNDIGHETER (II, IV OCH V)

Som redan har berörts ansågs inte heller övriga åberopade omständigheter (II, IV och V), bedömda för sig, föranleda bedömningen att rådmannen varit jävig att handlägga målet. Hovrättens prövning i dessa delar föranleder endast följande korta kommentarer.

Motsvarande bedömning av omständigheten (II), att rådmannen och ett av målsägandeombuden båda ingår i den grupp av tvistlösare som anlitas av stiftelsen.SE, gjordes som av målsägandeombudens engagemang i SFU och SFIR,⁴⁵ men hovrätten tillade (beslutet s. 11): ”Det är inte ovanligt att domare och advokater tjänstgör tillsammans i bl.a. skiljenämnder, vilket normalt inte anses grunda jäv för domaren i ett annat mål där advokaten uppträder som ombud.” Detta normaltillstånd ansågs underförstått föreligga också i detta mål.

I fråga om den påstådda omständigheten (IV), att rådmannen hade handplockats att handlägga målet vid tingsrätten, uttalade hovrätten med hänvisning till

44 Ytterst är det särskilda rättsmedel som får tillgripas, om en ny omständighet framkommer i ett sent skede. Med hänsyn till den sammantagna bedömning som skall göras av olika jävsgrundande omständigheter måste nytillkomna sådana kunna beaktas samman med även tidigare prövade sådana vid en förnyad jävsprövning. Jfr i och vid not 20 ovan.

45 Se i och vid not 24 och 37 ovan.

tingsrättens yttrande (beslutet s. 12): ”Det har inte framkommit att målet fördelats med avvikelse från generella fördelningsdirektiv och på annat sätt än andra mål med särskild anknytning till ett visst, specialiserat, rättsområde.” Denna omständighet ansågs alltså inte föreligga. Även om den hade ansetts göra det hade den dock knappast ansetts vara jävsgrundande, åtminstone inte bedömd för sig. För hur skulle väl denna omständighet, sedd för sig, kunna rubba förtroendet för just denna rådmans opartiskhet? Sammantagen med andra omständigheter, som däremot kunnat göra det, hade den möjligtvis kunnat beaktas, i vart fall vid den något friare bedömningen av om rättegången varit rättvis enligt EKMR.

Bland de omständigheter, som hovrätten hade samlat i en slags restpost (V), kunde åtminstone de uttryckligen nämnda lika gärna ha betraktats som bevisfakta i relation till andra omständigheter, som självständiga sådana. Det är därför svårt att tänka sig en annan bedömning av dessa än hovrättens, att de, sedda var och en för sig, inte utgjort grund för jäv.

5.5 SAMMANTAGEN BEDÖMNING (I–V)

Slutligen gjorde hovrätten en sammantagen bedömning av de framförda omständigheter (I–V), som först hade bedömts var för sig. Hovrätten anförde (beslutet s. 13):

[Rådmannens] medlemskap i SFU och i SFIR, hans uppdrag som styrelseledamot i SFIR och som tvistlösare anlitad av stiftelsen. SE visar visserligen på ett engagemang i frågor på immaterialrättens område som i viss utsträckning kan sägas ske i rättighetshavares intressen. Vid bedömningen av detta engagemang måste dock beaktas att rättighetshavare, som nämnts ovan, åtnjuter ett grundlagsskydd i Sverige och att deras rättigheter följer av lag. Att en domare ställer sig bakom de principer som denna lagstiftning vilar på kan inte utgöra grund för jäv. Det måste vidare stå en domare fritt att, bl.a. som ett led i sin egen kompetensutveckling, delta i olika juridiska verksamheter utanför den egna domstolen. [Rådmannens] engagemang utgör därför inte grund för jäv. Att även målsägandeombuden har ett motsvarande engagemang föranleder inte någon annan bedömning. Vid sådana förhållanden anser hovrätten att det inte heller vid en samlad bedömning av de omständigheter som förts fram

finns grund för att anse att [rådmannen] har varit jävig och därmed förhindrad att delta i handläggningen av målet.

Som synes avvek inte denna bedömning påtagligt från de redan gjorda, ovan redovisade, bedömningarna av omständigheterna var för sig. Det finns inte anledning att återupprepa de synpunkter som har anlagts där. Främst återkom här de resonemang som hovrätten hade fört kring rådmannens engagemang i SFU och SFIR (se 5.1 och 5.2 ovan). Av resonemangen kring rådmannens konstaterade och försummade upplysningsplikt (se 5.3) syntes här däremot ingenting. Därmed kom den sammantagna bedömningen att framstå som om man efter den befann sig längre från jäv (A i figuren) än vad man hade gjort vid bedömningen av omständigheterna var för sig, då anmälningsplikt hade konstaterats (B i figuren). Skulle det verkligen ha varit så skulle det kräva att vissa prövade omständigheter ansågs ägnade att *stärka* förtroendet till domarens opartiskhet i målet. Det var knappast fallet.

Formellt sett innefattade den sammantagna bedömningen samtliga framförda omständigheter (I–V). Men inte heller här nämndes SFU:s och SFIR:s anknytning till internationella organisationer, som verkar för rättighetshavares intressen (I c). Att hovrätten inte uttryckligen tog ställning till dessa, potentiellt mycket betydelsefulla, framförda omständigheter är uppseendeväckande. Och tystnaden kring frågor om vad just detta mål rör vilade även över den sammantagna bedömningen.

6. SAMMANFATTANDE OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Sammanfattningsvis har jag vid min genomgång av hovrättens jävsprövning i TPB-målet funnit ett antal mer eller mindre anmärkningsvärda förhållanden, vilka kan ha bidragit till att jäv inte ansågs ha förekommit vid tingsrättens prövning av målet. Övergripande kan här i korthet nämnas följande. Målet framställdes som om det vore okontroversiellt och oförtjänt av särskild uppmärksamhet, trots att det i vida kretsar har ansetts röra frågor av principiell natur; det sistnämnda kom inte heller att beaktas som det borde. I stor utsträckning gjordes hovrättens prövning av framförda omständigheter utan att dessa, som de skall, relaterades till det enskilda fallet. Vidare kom ett antal sådana omständigheter inte uttryckligen att prövas, trots att de kunde vara av avgörande betydelse. En bräckligt grundad särbehandling av rättsfrågor och en ohållbar syn på förhållandet mellan rättsliga principer, rättsregler och rättstillämpning i vid bemärkelse tillmättes stor betydelse vid

jävsbedömningen. Därtill kom att den tilltalades perspektiv och intresset av allmänhetens förtroende inte beaktades som de borde.

Att hovrätten inte ens nämnde allmänhetens förtroende för domstolarna är särskilt anmärkningsvärt i beaktande av det följande. Bland de många som uppmärksammat har följt och följer TPB-rättegången finns ett mycket stort antal enskilda personer som, enligt tingsrättens indirekta bedömning, har gjort sig skyldiga till de *huvudbrott*, vilka de tilltalade, enligt tingsrättens direkta bedömning, främjat så att de har dömts för medhjälp till brott mot upphovsrättslagen. Målsägandebolagens talan om enskilt anspråk behandlades i samband med åtalet. I den delen skulle rentav intervention ha kunnat komma i fråga, med anledning av den bevisverkan som domen skulle kunna få.⁴⁶

Målsägandena och åklagaren synes inte ha betraktat den aktuella jävsfrågan ur den aspekten, men även de har haft ett berättigat intresse av en prövning, vars legitimitet inte kunnat sättas ifråga.⁴⁷ Tingsrättsdomens klanderkommunikativa signalstyrka har sannolikt försvagats åtskilligt av jävshantering.⁴⁸ Domen har nu lättare kunnat avfärdas som något av en partsinlaga. Förtroendeutredningen uttalade i sitt betänkande *Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag*: ”Att medborgarna har förtroende för rättsväsendet i allmänhet och domstolarna i synnerhet är centralt i en demokratisk rättsstat och den kanske viktigaste anledningen till att man faktiskt rättar sig efter domar och beslut.”⁴⁹

Betydelsen av domares sakkunskap stod central i såväl den mediedebatt om jävsmisstankarna som följde på tingsrättens dom i målet, som i hovrättens jävsprövning. Men, frågan är inte om domare skall få vara medlemmar i utvecklande föreningar, lika lite som släktskapsjäven behandlar frågan om


46 I vart fall hade det kunnat vara aktuellt, om någon samvetstygnd gärningsman i det stora kollektivet hade velat få klarhet i sitt skadeståndsansvar på grund av begångna huvudbrott, genom att väcka negativ fastställsetalan mot målsägandena.

47 Möjligen förhöll det sig annorlunda i den jävssituation i hovrätten som berörs i not 50 nedan, där invändningarna kom från målsägandesidan.

48 Enligt uppgifter redovisade inom ramen för det rättssociologiska forskningsprojektet *Cybernormer* fick domen, redan som det nu var, tillsammans med den s.k. Ipred-lagen (innehållande lagändringar som trädde i kraft den 1 april 2009) en sällsynt påtaglig effekt i form av minskad fildelning, en effekt som dock visat sig vara övergående. Se <http://cybernormer.se>.

49 SOU 2008:106 s. 41. Innebörden av och vikten av medborgarnas förtroende för domstolarna behandlas främst i betänkandets kap. 2. Om just jävsreglerna som utgångspunkt för domaretiska diskussioner se s. 82.

domare skall få ha familj. En domare som har det är antagligen, typiskt sett, bättre skickad att döma i familjemål än den utan, men bör likväl inte tillåtas döma i mål som angår den egna familjen. Likväl synes många jurister ha uppfattat möjligheten för domare att alls engagera sig i föreningar som det centrala i det som hovrätten har haft att ta ställning till. Som handlingsstyrande signal till domarkåren är hovrättens beslut därför välavvägt. Det går bra att fortsätta vara medlem av diverse föreningar, men tag upplysningsplikten på större allvar är budskapet.⁵⁰

Efter hovrättens jävsprövning i TPB-målet kvarstår dock en i vida kretsar upplevd brist på en annan domaregenskap, som är ännu viktigare och svårare att ersätta än sakkunskap: opartiskhet. Som försvar för domstolarnas förtroendekapital på delegation från lagstiftaren är hovrättens beslut därför ett klart misslyckande. 

50 I en skrivelse den 18 september 2009 lämnade Svea hovrätt upplysningar om de ledamöter som indelats för hovrättens huvudförhandling i TPB-målet. Upplysningarna föranledde jävsinvändningar mot två av de tre lagfarna domarna och en av de två nämndemännen. Genom hovrättens beslut den 29 september 2009, som inte kan överklagas, förklarades nämndemannen jävig att delta i handläggningen av målet. Grunden var nämndemannens anställning och övriga koppling till bolaget *Spotify*, för vars verksamhet utgången i TPB-målet, enligt hovrättens bedömning, "uppenbarligen [- - - är] av visst intresse" (beslutet s. 4). Situationen låter sig svårligen jämföras med den som står i fokus här och behandlas därför inte vidare i detta sammanhang. Jävsinvändningarna mot de lagfarna ledamöterna, avseende främst medlemskap i SFIR respektive tidigare medlemskap i SFU, ogillades genom beslut av hovrätten den 6 oktober 2009. Eftersom det beslutet i skrivande stund ännu kan överklagas avstår jag från att här kommentera detsamma.