

Fastställelsetalans tillåtlighet i Sverige och Norge: särskilt om krav på talans konkretion*

AGNES HELLNER**

Diskussionen om fastställelsetalans tillåtlighet i svensk rätt har fått förnyad aktualitet genom Högsta domstolens avgöranden i Flygbolagets medgivande, Klimattalan och Regionens medgivande. Samtidigt har norska Høyesterett under senare år kommit med ett par avgöranden som vidgat utrymmet för fastställelsetalans tillåtlighet i Norge. Utvecklingen i Sverige och Norge väcker frågor om europarättens påverkan på nationell civilprocess, relationen mellan lagstiftare och domstolar, och access to justice. I föreliggande arbete jämförs norsk och svensk rätt, särskilt med avseende på hur krav på talans konkretion präglar möjligheten att väcka en fastställelsetalan i svensk respektive norsk civilprocess.

1. Inledning

I både Sverige och Norge är fullgörrelsetalan (*fullbyrdelsesøksmål*) och fastställelsetalan (*fastsettelsessøksmål*) centrala civilprocessuella taleformer. Den senare regleras i de båda rättsordningarna på ett ganska likartat sätt. För prövningen av fastställelsetalan förutsätts enligt RB 13 kap. 2 § första stycket att käranden framställer ett yrkande gällande *huruvida ett rättsförhållande består eller icke består*.¹ Samtidigt utpekas i RB 13 kap. 2 § andra och tredje stycket ytterligare två möjligheter varigenom fastställelsetalan kan tillåtas. Andra stycket ger domstolen möjlighet att i dom fastställa ett rättsförhållande (eller avsaknaden av ett sådant) prejudiciellt, i ett pågående mål vars avgörande är beroende av detta prejudiciella rättsförhållande, som är stridigt mellan parterna.

* Denna text har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Universitetslektor i processrätt, Juridiska institutionen vid Stockholms universitet. Författaren tackar Ragnar Söderbergs stiftelse samt forskargruppen i civilprocess och tvistelösning vid Universitetet i Bergen.

¹ 13 kap. 2 § första stycket rättegångsbalken (1942:740). Därtill förutsätts en ovisshet föreliggande med avseende på huruvida rättsförhållandet består eller inte består, vilken länder käranden till förfång. 13 kap. 2 § är fakultativ.

Tredje stycket anger att fastställelsetalan kan tillåtas om det är stadgat i annan lag. I sistnämnda fall anges förutsättningarna för fastställelsetalans tillåtlighet inte närmare i rättegångsbalken och dessa omfattar inte heller, sett till ordalydelsen i 13 kap. 2 §, något krav på att fastställelsetalan ska gälla huruvida ett rättsförhållande består eller inte består.

Innebörden av begreppet rättsförhållande är genom första och andra styckets utformning såsom processförutsättning avgörande för huruvida fastställelsetalan ska få prövas. Varken lag eller förarbeten har emellertid definierat hur rättsförhållandebegreppet närmare ska förstås och avgränsas. Istället har dess innebörd utvecklats i rättspraxis, och problematiserats i doktrin. Distinktionen mellan en rättsfråga knuten till konkreta omständigheter som åberopats av kändanden å ena sidan, och en abstrakt lagtolkningsfråga, som saknar sådan anknytning, har därvid blivit central vid prövningen av huruvida fastställelsetalan ska prövas i sak. Också distinktionen mellan sak- och rättsfråga är en skiljelinje i sammanhanget.² Medan rena sakförhållanden inte kan göras till föremål för en fastställelsetalan, kan ett (konkret) rättsligt förhållande (eller icke-förhållande) mellan parterna fastställas, om det är av betydelse för en rättsföljd mellan parterna.³ Graden av konkretion i kändandens talan är med andra ord i flera avseenden av betydelse för att en fastställelsetalan ska vara tillåtlig enligt allmänna civilprocessuella regler.

Också i norsk rätt är distinktionerna mellan en konkret rättsfråga och en abstrakt lagtolkningsfråga å ena sidan, och en konkret rättsfråga och en sakfråga centrala för prövningen av fastställelsetalans tillåtlighet.⁴ För att fastställelsetalan (*fastsettelsessøksmål*) ska upptas till prövning förutsätts i Norge liksom i Sverige – åtminstone som utgångspunkt – att yrkandet avser fastställelse av ett rättsförhållande (*rettsforhold*). Sedan ny civilprocessuell lagstiftning antogs 2005 är emellertid åtskillnaden mellan taleformerna fastställelsetalan och fullgörelsetalan mindre synlig än tidigare.⁵ Istället för att ange processförutsättningar som är specifika för fastställelsetalan, innehåller den nya tvisteloven ett för taleformerna gemensamt lagrum (§ 1-3), som inte uttryckligen förutsätter att talan i något avseende ska gälla ett rättsförhållande. Någon förändring i tidigare gällande rättsläge med avseende på processförutsättningarna för fastställelsetalan var emellertid enligt tvistelovens förarbeten inte avsedd.⁶ Likväl har emel-

² Se t.ex. *Miljöprocesserna i USA* NJA 2013 s. 209, p. 6; Fitger, Peter m.fl., Kommentaren till RB 13 kap. (Juno 2025-09-10); Lindell, Bengt, Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 5 uppl., Uppsala 2021 s. 282, 285.

³ Se t.ex. *Miljöprocesserna i USA* NJA 2013 s. 209, p. 6. Det finns olika uppfattningar om hur de olika begreppen ska förstås och hur de förhåller sig till varandra, se avsnitt 4.2 nedan.

⁴ Grundläggande är att norsk processrätt, liksom svensk, gör skillnad på processhinder och materiella rättsfakta, och att domstolen därmed har att inledningsvis pröva om förutsättningar föreligger att pröva ett mål i sak. Jfr Lindblom, Per Henrik, Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt, Stockholm, 1974, s. 23, 24; Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015 s. 67.

⁵ Lov om meklings og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven), LOV-2005-06-17-90.

⁶ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), s. 142.

lertid en förändring under senare år kunnat noteras i rättspraxis, där kravet på att fastställselsetalan ska avse ett rättsförhållande i meningens en konkret rättsföljd som är gällande mellan parterna, har mjukats upp.

Syftet med föreliggande arbete är att jämföra *hur krav på talans konkretion präglar möjligheten att väcka en fastställselsetalan i svensk respektive norsk civilprocess*. Vad avser svensk rätt, kommer analysen främst att koncentreras till begreppet rättsförhållande i RB 13 kap. 2 § första och andra stycket, med avseende på vilka krav på talans konkretion som ställs. Även bestämmelsens tredje stycke kommer, i mer begränsad utsträckning, att behandlas.⁷ Rättsförhållandebegreppet har omskrivits i juridisk doktrin där det å ena sidan konstaterats vara svårtillämpat, men där å andra sidan också den tillämpning det givits har kritiserats.⁸ Diskussionen om fastställselsetalans tillåtlighet har på senare år fått förnyad aktualitet med anledning av åtminstone tre rättsfall, som på olika sätt och i olika materiellrättsliga kontexter aktualiserat frågan om en käreande som gör gällande att hennes rättigheter överträtts, under vissa omständigheter har rätt att få det fastställt i dom.⁹ Fallen vävs i någon mån in i den diskussion som förs mot slutet av artikeln. Även om de egentligen var för sig förtjänar en mer ingående granskning, finner jag ett värde i att här betrakta dem tillsammans, mot den relief rättskomparationen skapar.

Man kan fråga sig vilken betydelse innebörden av rättsförhållandebegreppet har i ett vidare perspektiv. Att höja blicken är viktigt i ett sammanhang där överväganden görs i fråga om hur fastställselsetalan bör tillämpas. Frågan om ”vad som står på spel” lyfter jag därför mycket kort allra först i avsnitt 2 nedan. I avsnitt 3 görs nedslag i vissa, för den fortsatta framställningen centrala, konstitutionella och civilprocessuella frågor, i syfte att ge en grundläggande jämförande orientering. I anslutning till det förklarar jag också de metodologiska överväganden som ligger till grund för den komparativa undersökningen. I avsnitt 4 undersöks sedan den norska regleringen av fastställselsetalan och huvuddragen i hur den förstås och tillämpats, i jämförelse med svensk rätt och nämnda aktuella svenska fall.¹⁰ Ramen för jämförelsen sätts i första hand av

⁷ Viktigt i sammanhanget är att Högsta domstolen nyligen funnit att denna lämnar utrymme för att tillåta fastställselsetalan när artikel 6 Europakonventionen kräver det. Se *Klimattalan* NJA 2025 s. 88, p. 70.

⁸ Lindell, Bengt, *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 uppl., Uppsala 2021 s. 282, 285; Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, Uppsala 2008 s. 19f.

⁹ *Flygbolagets medgivande* NJA 2021 s. 1093; *Klimattalan* NJA 2025 s. 88; *Regionens medgivande*, NJA 2025 s. 271. Ett post-dok-projekt om fastställselsetalan har hösten 2025 inletts av Marie Jarnesand vid Stockholms universitet.

¹⁰ Redan nu kan konstaterats att norsk rättspraxis och litteratur är omfattande och rik. I det följande ligger fokus på rättsutvecklingen under 2000-talet, varvid en mer fördjupad granskning görs av några rättsfall som rönt stor uppmärksamhet och som också tycks ha pekat ut en delvis ny riktning vad gäller möjligheten att väcka fastställselsetalan avseende mer abstrakt utformade rättsfrågor.

rättsförhållandebegreppet i RB 13 kap. 2 §. Som kommer att visas görs emellertid i norsk rätt vissa av de överväganden som för svenskt vidkommande aktualiseras genom tolkningen av rättsförhållandebegreppet, numera istället genom en prövning av andra rekvisit. Sist dras några slutsatser i avsnitt 5.

2. Vad står på spel?

Innebörden av begreppet rättsförhållande i 13 kap. 2 § har i första hand en praktisk betydelse för den som överväger att väcka talan i domstol. En snävare tillämpning av detsamma innebär typiskt sett en mer begränsad tillgång till domstolsprövning. Vi kan kalla det en *access to justice*-dimension. Det ligger i förutsebarhetens intresse att innebörden av processförutsättningar ska vara begripliga, så att var och en i förväg ska kunna veta om en domstolsprövning är tillgänglig med avseende på en viss tvistig fråga. I värsta fall kan annars osäkerheten som sådan få till följd att den enskilde väljer att inte vända sig till domstolen med sin tvist, utan istället lider en rättsförlust. En andra dimension har att göra med domstols möjlighet att i rättstillämpningen klargöra och utveckla gällande rätt. Den ligger mycket nära *access to justice*-dimensionen.¹¹ En vidare förståelse av vad begreppet rättsförhållande innebär som processförutsättning, kan också få materiellrättsliga konsekvenser. Som exempel kan här kort nämnas att möjligheten att få en rättighetskränkning fastställd i dom, kan leda till fler klargöranden i fråga om när en rättighet ska anses ha kränkts. Inbegripen i denna dimension finns möjligheten att nyttja strategisk processföring för att åstadkomma en rättsutveckling, liksom ett ökat fokus på domstolens rättsskapande funktion.¹²

En tredje dimension kan möjligen benämnas processuell-systematisk. Den knyter an till ändamålen bakom den processuella bestämmelsen och konsekvenserna av en fastställelse. Skulle rättsförhållanderekvisitet tolkas mycket vidsträckt, utan att alls relateras till preciserade rättsföljder, blir det svårt att överblicka vilka konsekvenser fastställelsen kan få.¹³ Det har betydelse för svarandens förutsättningar att bemöta käromålet, men kan också leda till besvär

¹¹ Jfr Jamesand, Marie, Högsta domstolen och enhetligheten. Om enhetlighetsargumentets betydelse för prejudikatprocessen, Stockholm 2023, s. 95.

¹² Jfr Hess, Burkhard, ”Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution?” Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2022, 3, s. 3.

¹³ Lindell, Bengt, Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 5 uppl., Uppsala 2021, s. 283; Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008 s. 26.

för svaranden efter fastställsedomen, genom en risk för efterföljande processer. Det väcker också frågor om vilken rättskraft domen ska ha.¹⁴

Sist går det att argumentera för att uppfyllandet av de i RB 13 kap. 2 § angivna förutsättningarna för att föra en fastställselsetalan markerar gränser för hur en tvist som slits i domstol får se ut.¹⁵ Likt andra processförutsättningar får deras tillämpning konsekvenser i fråga om vad en domstol kan och får respektive inte kan och får befatta sig med enligt svensk civilprocessuell lagstiftning. I den meningen kan processförutsättningar också sägas sätta ramar för domstolens roll, vilket kan beskrivas som en konstitutionellrättslig dimension av de processrättsliga reglerna.¹⁶ Just rättsförhållanderekvisitet markerar i sammanhanget en än tydligare begränsning med konstitutionellrättslig dimension, eftersom det kan relateras till konstitutionella bestämmelser om vad en domstol ska ägna sig åt – nämligen rättskipning enligt 1 kap. 8 § regeringsformen och normprövning enligt 11 kap. 14 § regeringsformen, som enligt gällande rätt ska vara konkret. Därmed menar jag att rekvisitet kan förstås så, att det förtydligar relationen mellan lagstiftare och domstolar, såsom den också kommer till uttryck i grundlagsbestämmelser.¹⁷ Till det här ska jag återkomma nedan.¹⁸

Sammanfattningsvis kan konstateras att en hel rad rättsteoretiska, metodologiska och praktiska frågor sammanstrålar i och påverkas av hur rättsförhållanderekvisitet förstås och tillämpas. Mycket står med andra ord på spel.

¹⁴ Jfr Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, Uppsala 2008, s. 26; Peter Fitger m.fl., *Kommentaren till RB 13 kap.*, under rubriken ”De olika kategorierna av talan” (Juno 2025-04-24), där det framhålls att rättskraftverkningsarna av en fastställselsetalor ofta blir betydligt mer omfattande än motsvarande verkningar av en fullgörelsedom.

¹⁵ Fitger, Peter, m.fl., *Kommentaren till RB 13 kap.*, under rubriken ”De olika kategorierna av talan” (Juno 2025-09-10) beskriver det som att bestämmelsen använts som en ”spärr”.

¹⁶ Också konstitutionella bestämmelser sätter förvisso ramarna för domstolens roll. För svenskt vidkommande är 1 kap. 8 § regeringsformen central.

¹⁷ Ett sådant synsätt på processrätten, som gör gällande att den rymmer konstitutionellrättsliga dimensioner eller rent utav är ett utflöde av den konstitutionella rätten, kan nog sägas vara om inte obekant, så mindre uttalat och närvarande, i svensk civilprocessrätt än i andra processordningar. I andra rättsordningar, såsom den tyska, är detta synsätt tvärtom legio. Även i europarättslig synvinkel är processrättens konstitutionalisering tydligare. Förhållandet mellan konstitutionell och processuell rätt har rönt jämförelsevis liten uppmärksamhet i svensk doktrin. Jfr Lindell, Bengt, *Partautonomins gränser*, Uppsala 1988, s. 104; Hellner, Agnes, *Arguments for Access to Justice. Supra-individual Environmental Claims before Administrative Courts*, Uppsala universitet, 2019, s. 36, 186–187; Torbjörn Andersson, ”Remedies for Breach of EC Law before Swedish Courts” i Lonbay, Julian och Biondi, Andrea (red.), *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester 1997, s. 203, 208; Andersson, Torbjörn, ”Narrative lost. Civil Procedure and Protection of Individual Rights” i Barsotti, Vittoria och Simoni, Alessandro (red.), *Procedure and legal culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Torino 2020, s. 175, 177.

¹⁸ Se avsnitt 5.

3. Metodologiska överväganden och övergripande orientering

En komparativ metod ligger till grund för undersökningen nedan. Det innebär att jag söker identifiera och förklara likheter och skillnader mellan norsk och svensk rätt.¹⁹ Komparationen är som utgångspunkt funktionell. Med andra ord syftar den till att undersöka hur ett och samma praktiska problem löses inom ramen för två olika rättssystem.²⁰ Närmare bestämt gäller komparationen hur avgränsningen med avseende på vilka frågor som kan bli föremål för prövning i domstol i civilprocessuell ordning går till. Analysen rör sig med hänsyn till denna utgångspunkt nära rättsreglerna som sådana och fokuserar på hur dessa förstås och tillämpas i rättspraxis och doktrin. Samtidigt kan det praktiska problem som alltså utgör kärnan för undersökningen, knappast fullt ut begripas utan en kontextualisering som ger visst rum för att beakta även rättskulturella och historiska aspekter. De senare kan nämligen svårligen helt åtskiljas från studien av bestämmelsernas olika rekvisit och förståelsen/tillämpningen av desamma.²¹ I någon mån introduceras också sådana perspektiv i det följande. Förhoppningen är att kunna belysa problematiken med visst djup, men något anspråk på att fullt ut beskriva och jämföra rättsutvecklingen under en längre tidsperiod finns inte. Också anspråken på att förstå likheter och skillnader i rättskulturellt hänseende är begränsade.²² Det främsta skälet är att studien, för att kunna genomföras, med nödvändighet behövt avgränsas.

Innebörden av begreppet rättskultur är svårfångat. Tydligt är emellertid att Sverige och Norge befinner sig inom samma kulturella sfär.²³ I de båda länderna finns ett välfärdsstatsarv och ett rättsrealistiskt arv, som präglat och alltså präglat synen på domstolens roll och förhållandet mellan lagstiftande och

¹⁹ Husa, Jaakko, *Introduction to Comparative Law*, 2 uppl., Oxford 2023, s. 25.

²⁰ Michaels, Ralph, "The functional method of comparative law" i Mathias Reimann och Reinhard Zimmermann (red.) *The Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP 2006) 342; Jaakko Husa, *Introduction to Comparative Law*, 2 uppl., Oxford 2023, s. 124.

²¹ Lawrence Rosen skriver: "We can no more comprehend the roles of legal institutions without seeing them as part of their culture than we can fully understand each culture without attending to its form of law"; i Rosen, Lawrence, *Law as culture: An Invitation*, Princeton 2006, s. 200. Pierre Legrand argumenterar för en komparativ metod som helt utgår från rätten som ett kulturellt fenomen. Se Legrand, Pierre, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge 2022, s. 7.

²² Huruvida en sådan förståelse överhuvudtaget är möjlig har ifrågasatts av Pierre Legrand, som menar att den som ägnar sig åt komparativ rätt oundvikligen kommer att förstå främmande rätt utifrån en annan förståelsehorisont och tillskriva den främmande rätten sitt eget språk. Komparationen kommer därför alltid att vara approximativ och hypotetisk, och den kan inte göra anspråk på objektivitet. Legrand, Pierre, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge 2022, s. 8, s. 9, s. 10.

²³ Letto-Vanamo, Pia, och Tamm, Ditlev, "Nordic Legal Mind" i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev, och Gram Mortensen, Bent Ole (red.) *Nordic Law in European Context*, 2019, s. 1, 8.

dömande makt.²⁴ Spår av detta kan identifieras i rättskällorna, men formar också på ett mer diffust och svårgripbart sätt värderingar och förståelseramar, vilka i sin tur påverkar hur jurister förhåller sig till rättskällorna och hur rätten tillämpas i praktiken.²⁵ I någon mån söker jag peka på sådana kulturella uttryck för hur juridik är praktiserat i Norge och Sverige – både i så måtto jag uppfattar att dessa är delade, och när de förefaller i någon mån skilja sig åt mellan länderna.²⁶

Det finns vissa grundläggande men möjligen i vissa delar ytliga *likheter* mellan de svenska och norska rättssystemen. För det första definierar artikel 6.1 och 13 i Europakonventionen yttre ramar för rätten till domstolsprövning och tillgången till ett effektivt rättsmedel, och därmed för tolkningen av processförutsättningar angivna i den nationella civilprocessrätten i såväl Sverige som Norge. Konventionen är införlivad i norsk rätt genom menneskerettsloven.²⁷ Därtill är rätten till domstolsprövning sedan 2014 grundlagsfäst i Norge.²⁸ I Sverige är Europakonventionen som bekant inkorporerad, emedan någon grundlagsfäst rätt till domstolsprövning inte finns i svensk rätt.²⁹ Också artikel 47 i EU:s rättighetsstadga och krav på tillgång till effektiva rättsmedel uttryckta i EU:s sekundärrätt ska beaktas i båda länderna (trots att Norge inte är medlem i EU).³⁰ Av detta kan givetvis inte slutsatsen dras att betydelsen av europarätten överlag och rätten till domstolsprövning är densamma i Sverige och Norge. Som kommer att visas nedan förefaller tvärtom mottagandet av Europadomstolens rättspraxis i de båda länderna skilja sig åt i vissa frågor som är av relevans för fastställselsetalans tillåtlighet. Att Sverige men inte Norge är medlem i EU har också betydelse för den rättsliga verkan som EU-rätten har.

Som ska utvecklas nedan innebär tillämpningen av rättsförhållanderekvisitet inom ramen för RB 13 kap. 2 § ett krav på att fastställelseyrkandet avser konkreta omständigheter som anknyter till en konkret rättsföljd av betydelse mellan parterna.³¹ Också i norsk rätt är *rettskravets* konkreta eller abstrakta karaktär av betydelse i bedömningen av om talan i domstol är tillätlig. Taleformen har av

²⁴ Nylund, Anna, ”Civil Procedure and the Rule of Law in Scandinavia” i *Scandinavian Studies in Law* 2023, 69, s. 121, 127.

²⁵ Nylund, Anna och Øyrehagen Sunde, Jørn, ”Courts and Court Proceedings” i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev, och Gram Mortensen, Bent Ole (red.) *Nordic Law in European Context*, 2019, s. 201, s. 203.

²⁶ Jfr Laura Ervo, ”Culture and Mentality in East-Nordic Courts” i Ervo, Laura, Letto-Vanamo, Pia, och Nylund, Anna (red.) *Rethinking Nordic Courts*, 2021, s. 89.

²⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), LOV-1999-05-21-30.

²⁸ Grunnloven § 95 første ledd: ”Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol”.

²⁹ Se dock SOU 2025:2 s. 69, där det föreslås att rätten till domstolsprövning bör ges konstitutionell förankring i regeringsformen.

³⁰ Schei, Tore, m.fl. *Tvisteloven Kommentartutgave*, § 1-3 note 1.4; Se t.ex. art. 7, Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, OJ nr L 180, 19/07/2000 s. 22–26..

³¹ Se avsnitt 4.2.

tradition både i Norge och Sverige endast tillämpats på konkreta rättstvister. Domstolen är enligt RB 13 kap. 2 § förhindrad att döma över abstrakta lagtolkningsfrågor, såsom exempelvis hur ett lagrum ska förstås, utan att den senare frågan är av betydelse för en konkret tvist mellan parterna i målet. Kravet på att talan ska gälla ett konkret rättsförhållande utesluter också abstrakt lagprövning, dvs. prövning *in abstracto* och utan koppling till ett konkret fall av lags förenlighet med grundlag eller annan rätt som står över densamma i normhierarkin. Det är i linje med att lagprövning enligt svensk konstitutionell rätt förutsätts vara konkret, dvs. anknyta till ett visst mål där tillämpning av normen aktualiseras, för att vara tillätlig.³²

Sambandet mellan fastställelsetalan och förbudet mot abstrakt normprövning i svensk rätt motiverar att några ord sägs om detta också i komparativt hänseende. Inte heller i Norge har domstolar mandat att *in abstracto* pröva lagstiftnings förenlighet med högre rätt.³³ Detta hänger samman med att lagstiftaren i Sverige och Norge, liksom övriga i övriga Norden, är den främsta konstitutionella aktören.³⁴ I motsats till ett flertal kontinentala rättssystem finns i Norden inga författningsdomstolar med uppgift att *ex post* pröva författningars grundlagsenlighet och i förekommande fall förklara dessa ogiltiga. Systemet för normprövning i såväl Sverige som övriga Norden har beskrivits som jämförelsevis outvecklat, vilket satts i samband med en lojalitet mot lagstiftaren bland jurister i allmänhet. Den har i sin tur setts som ett utflöde av folksuveränitetsprincipen och lagstiftarens roll som främsta representant för folket, och en konsekvens av skandinavisk rättsrealism.³⁵ Allt detta har format förståelsen av domstolens roll respektive domstolsprocessens funktion, och präglat rättstillämpningen.³⁶ I den utsträckning domstolar i lagstiftning getts utrymme att normpröva (särskilt i Sverige var denna rätt länge starkt begränsad)³⁷, har domstolar inte kunnat upphäva en rättsregels giltighet, utan endast underlåta att tillämpa densamma i ett konkret fall, för det fall den befunnits stå i strid med normer av högre rang. Rättskraften av en sådan normprövning begränsas till att gälla mellan parterna

³² RF 11 kap. 14 §. Jfr prop. 2009/10:80 s. 146; Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, och Naarttijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Stockholm 2021, s. 600.

³³ § 89 Grunnloven.

³⁴ Letto-Vanamo, Pia, och Tamm, Ditlev, "Nordic Legal Mind" i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev, och Gram Mortensen, Bent Ole (red.) Nordic Law in European Context, 2019, s. 1, 10.

³⁵ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, och Naarttijärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Stockholm 2021, s. 554; Nylund, Anna, "Civil Procedure and the Rule of Law in Scandinavia" i Scandinavian Studies in Law 2023, 69, s. 121, s. 127.

³⁶ Nylund, Anna, "Civil Procedure and the Rule of Law in Scandinavia" i Scandinavian Studies in Law 2023, 69 s. 121, 127; Hirschl, Ran, "The Nordic counternarrative: Democracy, human development and judicial review" International Journal of Constitutional Law 2011, 9.2 s. 449.

³⁷ Fram till år 2010 krävdes för åsidosättande av bestämmelser i lag eller förordning, som befanns strida mot rättsregler av högre rang, att detta var "uppenbart".

i målet.³⁸ Både i Norge och Sverige har domstolar varit återhållsamma också vad gäller att inom ramen för dessa begränsningar normpröva.³⁹ Det har funnits och finns alltså en försiktighet i fråga om att genom rättslig kontroll begränsa lagstiftningsmakten.⁴⁰ Rättens europeisering har i och för sig lett till en rörelse i en annan riktning, som har inneburit att domstolsprocessen fått en tydligare kontrollerande och klargörande funktion.⁴¹ Kvar finns emellertid ett tydligt motstånd mot att domstolarna ska politiseras, och en därmed sammanhängande återhållsamhet i rättstillämpningen.⁴² Denna övergripande likhet mellan norsk och svensk rätt kommer inte i första hand till uttryck i formella rättsregler, utan förstås bättre som ett uttryck för en rättskultur, eller rättslig mentalitet.⁴³

Det finns emellertid också ett flertal *skillnader* mellan svensk och norsk rätt, inte minst på processrättens område. Från 1500-talet och fram till 1800-talets början, var de nordiska länderna två kungarikar: det svenska, vilket inbegrep Finland, och det dansk-norska (innefattande Island). Spår av den öst- respektive västnordiska uppdelningen är än idag synlig i nordisk processrätt.⁴⁴ Liksom de uppfattade likheterna kan vara bedrägliga såtillvida att de ibland är ytliga, och sett till sin funktion endast skenbart utgör likheter, kan även skillnader te sig större än vad de i själva verket är.⁴⁵

En grundläggande skillnad finns i fråga om vilka mål den civilprocessuella regleringen av fastställselsetalan tillämpas på. Norge har, som övriga västnordiska rättsordningar, endast ett domstolsslag.⁴⁶ I Sverige finns, utöver de

³⁸ Smith, Eyvind, ””Prövningensretten” omsider grunnlovsfestet” Jussens Venner 2020, 55 s. 325, s. 334; Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, och Naarttjärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Stockholm, s. 603.

³⁹ Smith, Eivind, ”Courts and Parliament: The Norwegian System of Judicial Review of Legislation” i Smith, Eivind (red.), *The Constitution as an Instrument of Change*, Stockholm 2003, s. 171.

⁴⁰ Derlén, Mattias, Lindholm, Johan, och Naarttjärvi, Markus, Konstitutionell rätt, Stockholm 2021, s. 554; Jaakko Husa, ”The Stories we Tell Ourselves – About Nordic Law in Specific...” *Isaidat Law Review* 2011, 1:1.

⁴¹ Jfr redan Lindblom, Per Henrik, ”Domstolarnas växande samhällsroll – floskler eller fakta?” *SvJT* 2004 s. 229; Wiklund, Ola, ”Juridisk nationalism och lagprövning – hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt”, *SvJT* 2007 s. 910.

⁴² Husa, Jaakko, ”Nordic Constitutionalism and European Human Rights – Mixing Oil and Water?” *Scandinavian Studies in Law* 2010, 55 s. 101, 108; Ervo, Laura, ”Culture and Mentality in East-Nordic Courts” i Ervo, Laura, Letto-Vanamo, Pia, och Nylund, Anna (red.) *Rethinking Nordic Courts*, 2021, s. 89, 102.

⁴³ Jfr Husa, Jaakko, ”The Stories we Tell Ourselves – About Nordic Law in Specific...” *Isaidat Law Review* 2011, 1:1.

⁴⁴ Nylund, Anna and Øyrehagen Sunde, Jørn, ”Courts and Court Proceedings” i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev, och Gram Mortensen, Bent Ole (red.), *Nordic Law in European Context*, 2019, s. 201f.

⁴⁵ Jfr Jaakko Husa, *Introduction to Comparative Law*, 2 uppl., Oxford 2023, s. 124.

⁴⁶ Utöver domstolsorganisationen med sina tre instanser, finns ett stort antal nämnder, som vars funktion är att erbjuda alternativ tvistelösning, som är snabbare och billigare. Nylund, Anna och Øyrehagen Sunde, Jørn, ”Courts and Court Proceedings” i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev,

allmänna domstolarna, allmänna förvaltningsdomstolar, vars mål handläggs enligt förvaltningsprocessrättsliga regler. Därtill finns särskilda domstolar och specialdomstolar. Norge har inte heller specialdomstolar.⁴⁷ Det innebär att reglerna om den civilprocessuella fastställsetalan i Norge tillämpas också i förvaltningsrättsliga mål, som i Sverige skulle handläggas i allmän förvaltningsdomstol.⁴⁸ Vissa ändamålsöverväganden avseende förutsättningarna för prövningen av fastställsetalan, och inte minst norsk rättspraxis avseende dess tillåtlighet, kan därmed inte utan vidare problematisering och analys jämföras med svensk. Denna grundläggande skillnad mellan norsk och svensk rätt kommer istället att tillåtas prägla analysen i det följande. En andra skillnad som påverkar hur svensk och norsk rätt jämförs är att rättsförhållanderekvisitet i RB 13 kap. 2 § första stycket inte har en självklar motsvarighet i den norska tvisteloven. Samtidigt uppvisar tvisteloven en liknande systematik och liknande ändamålsöverväganden som kan skönjas i relation till det svenska rekvisitet.

4. Den norska regleringen av fastställsetalan: en jämförelse

4.1 Utgångspunkter

Oavsett i vilken form en civilprocessuell talan förs, utgör tvisteloven § 13 utgångspunkt för bedömningen om förutsättningar föreligger att pröva den.⁴⁹ Inledningsvis gäller enligt § 13 första stycket att talan måste gälla ett *rettskrav* för att kunna prövas. Processförutsättningarna i § 13 andra stycket rör anspråkets karaktär (*søksmålgjenstand*) samt att käranden har ett *reelt behov* av att få talan prövad i förhållande till svaranden, med hänsyn både till sin anknytning till anspråket och till dess aktualitet (*partstilknytning* och *søksmålsituasjon*). Dessa tre dimensioner brukar i litteraturen beskrivas genom samlingsbegreppet

och Gram Mortensen, Bent Ole (red.), *Nordic Law in European Context*, 2019, s. 201, 203; Backer, Inge Lorange, "The Norwegian Reform of Civil Procedure", *Scandinavian Studies in Law*, 51, 2007, s. 41, 49; Smith, Eivind, "Perifere domstoler?" i Smith, Eivind (red.) *Våre perifere domstoler*, Bergen, 2022, s. 11, 14–15.

⁴⁷ Domstolslika nämnder avgör vissa mål vilka i Sverige handläggs i specialdomstol. Nylund, Anna och Øyrehagen Sunde, Jørn, "Courts and Court Proceedings" i Letto-Vanamo, Pia, Tamm, Ditlev, och Gram Mortensen, Bent Ole (red.) *Nordic Law in European Context*, 2019, s. 201, 204.

⁴⁸ Graden av specialisering är lägre i det norska domstolssystemet än i det svenska. För en överblick, se Backer, Inge Lorange, "The Norwegian Reform of Civil Procedure", *Scandinavian Studies in Law*, 2007, 51 s. 41, 48.

⁴⁹ Tvisteloven § 1-3 lyder: (1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav. (2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

rettslig interesse, som i sin tur ses som en rättslig standard vars tillämpning rymmer en rad skönsmåssiga bedömningar.⁵⁰

Twisteloven ersatte den tidigare tvistemålsloven, antagen 1915. Av bestämmelserna i §§ 53–54 tvistemålsloven, som stod oförändrade från lagens ikraftträdande till dess tvistelovens regler istället kom att bli gällande, framgick förutsättningarna för att pröva en fullgörelse- respektive fastställelsetalan. I § 54 föreskrevs:

Har saksøkeren en retslig interesse av, at det blir fastsat ved dom, at et retsforhold eller en rettighet er til eller ikke er til, eller at et dokument er egte eller uegte, kan han reise søksmaal med paastand om fastsættelsesdom, selv om fuldbyrdelsesdom endnu ikke kan erhverves.

Bestämmelsen i § 54 uppvisar större likhet med RB 13 kap. 2 § än nu gällande reglering, genom att uttryckligen begränsa vad som kan fastställas i en dom till rättsförhållanden.⁵¹ Också möjligheten att fastställa en *rettighet* nämns, men någon skarp åtskillnad mellan *retsforhold* och *rettighet* gjordes inte enligt tvistemålsloven.⁵² Ingetdera rekvisit finns kvar i 2005 års nya civilprocessuella lagstiftning.⁵³ Begreppet ”rettskrav” i den nu gällande regleringen i tvisteloven § 1-3 första stycket anses emellertid med vissa mindre justeringar täcka vad som i tvistemålsloven täcktes av begreppen *rettighet* och *retsforhold*.⁵⁴ Någon förändring av rättsläget i förhållande till den tidigare lagstiftningen var enligt förarbetena inte åsyftad vad gäller begränsningen av fastställelsetalan till att avse rättsförhållanden.⁵⁵ Denna bakgrund förklarar även att hänvisning alltjämt görs till begreppet *rettslig interesse*, trots att det inte längre uttryckligen nämns i lagtexten.⁵⁶

Processförutsättningarna i tvisteloven § 1-3 anses vara sammanhängande och kunna ömsesidigt påverka varandra. Gränsen dem emellan är flytande: de ska enligt förarbetena prövas genom en samlad värdering.⁵⁷ Det förefaller därför

⁵⁰ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), avsnitt 11.4.1; Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, 2015, s. 446, s. 448.

⁵¹ Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, Oslo 2015, s. 446, s. 448. Samtidigt kan konstateras att § 54, till skillnad från bestämmelsen i RB, också nämner att fastställelsetalans omständigheter kan avse huruvida en rättighet föreligger eller ett dokument är äkta.

⁵² Schei, Tore, m.fl., Twisteloven Kommentartutgave, Oslo 2007, § 1-3 note 2.1.

⁵³ Inte heller nämns längre uttryckligen att käranden ska ha ett rättsligt intresse av att talan prövas. Som redan noterats, används rättsligt intresse numera som ett samlingsbegrepp för sakprövningsförutsättningarna.

⁵⁴ Schei, Tore m.fl., Twisteloven. Kommentartutgave, § 1-3 note 2.1.

⁵⁵ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), s. 142.

⁵⁶ Jfr Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 96, som beskriver begreppet som ”inarbetat bland jurister”.

⁵⁷ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven); Schei, Tore, m.fl. Twisteloven. Kommentartutgave, § 1-3 note 1.1; HR-2021-417-P, avsnitt 124.

kunna leda fel att jämföra det svenska rättsförhållanderekvisitet endast med rettskravsrekvisitetet i tvisteloven § 1-3 första stycket. Också hur det tolkats i relation till övriga processförutsättningar vid den samlade värdering som företas måste beaktas. Prövningen innehåller ett uttalat mått av skön och rättsläget är starkt präglad av domstolsskapad rätt,⁵⁸ som härrör både från tiden före tvistelovens ikraftträdande och därefter.⁵⁹ Också i rättspraxis som föregår tvisteloven, anses till exempel att ett tydligt behov av ett rättsligt klargörande i vissa fall kan väga upp för en osäkerhet i fråga om ett rättsförhållande var tillräckligt konkretiserat.⁶⁰ Samtidigt som alltså domstolarna och särskilt Høyesterett varit tongivande har förarbetsuttalanden, inte minst avseende tolkningen av tvisteloven § 1-3, satt tydliga spår i rättstillämpningen och på så vis påverkat rättsutvecklingen.⁶¹

4.2 Närmare om rättsförhållandet som processförutsättning

Att en talan enligt RB 13 kap. 2 § första och andra stycket ska gälla ett rättsförhållande utgör en processförutsättning: en form av spärr för vilka slags frågor en domstol kan pröva inom ramen för fastställelsetalan. Samma utgångspunkt ligger till grund för begränsningen till *rettskrav* (som alltså anses motsvara vad tidigare täcktes av begreppen *retsforhold* och *rettighet*) i tvisteloven § 1-3 1 st., som är en *prosessforutsetning*.⁶² Att talan ska gälla ett *rettskrav* innebär att tillgången till domstolsprövning inledningsvis är begränsad på så vis att tvister som inte rör *rättsligt* grundade anspråk ska avvisas.⁶³ Det är inte möjligt att få en fastställelsetalan i fråga om att x, enligt någon annan norm än en rättslig sådan,⁶⁴ är omoraliskt, oriktigt, oetiskt, eller dylikt.⁶⁵ Att avgöra vad som utgör en rättsregel

⁵⁸ Det finns en omfattande rättspraxis. För sammanställningar, se Hov, Jo, ”Rettigheter, rettsforhold og fastsettelsessøksmål” i Festskrift til Torstein Eckhoff; Samfunn, Rett, Rettfærdighet (1986) 350; Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år (2015), s. 446.

⁵⁹ Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, 2015, s. 446, s. 451.

⁶⁰ Rt-1981-1268 H.

⁶¹ Det speglas i de avgöranden som tas upp nedan. Jfr även Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, Oslo 2015, s. 446, s. 452.

⁶² Schei, Tore, m.fl., Tvisteloven Kommentartutgave, § 1-3 note 2.1; Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar, m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, 2015, s. 446, s. 457; Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 86.

⁶³ Någon regel som säger att talan ska avvisas när processförutsättningarna inte är uppfyllda, finns inte, utan anses följa av tvistelovens struktur. Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 67.

⁶⁴ T.ex. enligt sociala normer, naturlagar, spelregler, regler för sport, eller dylikt. Jfr Hellner, Jan, Rättsteori. En introduktion, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 14.

⁶⁵ Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 87.

respektive en regel av annan natur är emellertid inte alltid okomplicerat, vilket illustreras i en tämligen rik rättspraxis.⁶⁶

Åtskillnaden mellan en rättsligt grundad talan och en på andra normer grundad sådan har inte uppmärksammats på samma sätt vid prövningen av vad som utgör ett rättsförhållande enligt RB 13 kap. 2 §, även om närliggande överväganden görs.⁶⁷ I svensk kontext framhålls istället regelmässigt att kravet på att talan ska gälla ett rättsförhållande innebär att rena sakförhållanden, dvs. *enbart* existensen av faktiska omständigheter, inte får göras till föremål för fastställelse talan. Innebörden av detta torde i viss mån sammanfalla med det norska kravet på att talan ska vara rättsligt grundad. Till exempel kan inom ramen för fastställelse talan, jämförelsevis, inte heller enligt svensk rätt prövas huruvida en viss metod för bakteriologisk kontroll av livsmedel är tillförlitlig.⁶⁸ Tillförlitligheten i en sådan metod låter sig nämligen inte bestämmas av en rättsregel, utan skulle, får man förmoda, med svenskt synsätt betraktas som ett sakförhållande, vilket inte kan fastställas av domstol.⁶⁹ Men den i svensk rätt förda diskussionen gällande åtskillnaden mellan sakförhållanden och rättsförhållanden gäller inte på samma uttryckliga sätt karaktären av den norm enligt vilken kändanden gör gällande att någonting ska fastställas. Den innebörd begreppet sakförhållande givits i rättstillämpningen och doktrin har istället problematiserats, varvid det ifrågasatts att faktiska och rättsliga förutsättningar kategoriskt kan åtskiljas.⁷⁰ Lindell har menat att ett sakförhållande – konkreta fakta – som kan subsumeras under en rättsregel antar karaktären av ett rättsförhållande, som kan göras till föremål för fastställelse talan (också om fastställelseyrkandet som sådant inte avser en rättsföljd mellan parterna), under förutsättning att det knyts till en preciserad rättsföljd.⁷¹ Andersson har instämt i uppfattningen att man inte strikt bör fordra att domslutet ska avse en rättsföljd. Också ett sakförhållande som kan subsumeras under en rättsregel (dvs. vad som med norsk terminologi menas med *rettskrav*) ska enligt honom kunna prövas inom ramen för fastställelse talan. Andersson har emellertid uttryckt det på så vis att även en ren rättsfråga ska kunna prövas, förutsatt att den kan kopplas till ett konkret rättsförhållande, inbegripande en konkret rättsföljd. Att fastställelse temat relateras till en eller flera tillräckligt preciserade rättsföljder fyller syftet att precisera processföremålet och göra konsekvenserna av tvisten överblickbara för parter och domsto-

⁶⁶ Se Schei, Tore m.fl., *Tvisteloven Kommentartutgåve Bind I*, Oslo 2007, s. 43.

⁶⁷ Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987, s. 433, finner (utan att beröra den i Norge uppmärksammade problematiken) att ”ett naket fastställande av fakta vore [...] meningslöst”.

⁶⁸ Jfr Rt. 1972.1071 (Bakteriologisk kontroll).

⁶⁹ Av samma skäl kan tillförlitligheten enligt nämnt avgörande inte fastställas i dom, då det inte rör sig om ett *rettskrav*.

⁷⁰ Jfr Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987, s. 432.

⁷¹ Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987, s. 432; *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 uppl., Uppsala 2021, s. 282f.

lar. Detta bör enligt Andersson vara vad som tillmäts avgörande betydelse för fastställsetalans tillåtlighet.⁷² Samtidigt framhålls i annan doktrin alltjämt att rättsförhållanderekvisitet som sådant innebär ett krav på att fastställseyrkandet ska avse en konkret rättsföljd mellan parterna, vilket också är den uppfattning som Ekelöf och Boman synes ha representerat.⁷³ I nylig svensk rättspraxis har Högsta domstolen inte tydligt intagit varken den ena eller andra av ovanstående positioner.⁷⁴ Som ska utvecklas nedan förefaller det i Norge inte vara så att fastställseyrkandet ska avse en konkret rättsföljd mellan parterna för att talan ska vara tillåtlig – snarare betonas huruvida parterna har ett konkret behov av att rättsförhållandet fastställs.⁷⁵ HD har emellertid fortsatt betonat att talan ska anknyta till en rättsföljd, att denna måste ha en tillräckligt tydlig koppling till de konkreta omständigheter som åberopas som grund, samt att rättsförhållandet som talan gäller måste vara så preciserat att fastställsedomens verkan kan överblickas.⁷⁶ Som jag ska återkomma till nedan har kravet på anknytning till rättsföljd tolkats förhållandevis snävt, närmast som att rättsföljden ska framgå av domslutet.⁷⁷

Standarden *rettslig interesse* utesluter inte endast möjligheten att fastställa nakna fakta (sakförhållanden som inte kan subsumeras under någon rättsregel), utan i princip också fastställandet av rättsfrågor som saknar anknytning till fakta.⁷⁸ Å ena sidan ska fastställsetemat, som ovan nämnts, kunna hänföras till en rättslig norm (annars är det inte fråga om ett *rettskrav*). Å den andra måste det (i såväl norsk som svensk rätt) finnas konkreta omständigheter i relation till vilka domstolen kan pröva om rättsregelns rekvirit är uppfyllda.⁷⁹ Saknas anknytning till en konkret rättsföljd talar man i Sverige om en ren rättsfråga.⁸⁰ Saknas helt anknytning till konkreta omständigheter är fråga om abstrakt lagtolkning, vilken inte tillåts inom ramen för varken svensk eller norsk fastställsetalan. Ett exempel på det senare är abstrakt normprövning, där en domstol ombeds fastställa att innehållet i en rättsregel strider mot en normhierarkiskt högre stående norm,

⁷² Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008, s. 21; Lindell, Bengt, Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 5 uppl., Uppsala 2021, s. 282f.

⁷³ Peter Fitger m.fl., Kommentaren till RB 13 kap. 2 § (Juno 2025-04-24).

⁷⁴ Se avsnitt 4.4.2.

⁷⁵ Jfr Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 87. Jfr avsnitt 4.3.1.

⁷⁶ Se exempelvis *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 22; *Miljöprocesserna i USA* NJA 2013 s. 209, p. 6.

⁷⁷ Se avsnitt 4.3.2.

⁷⁸ Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar m.fl. (red.), Lov sannhet rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år, 2015, s. 446, s. 452; Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008, s. 19f.

⁷⁹ Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3 uppl., Bergen 2015, s. 90.

⁸⁰ Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008, s. 20.

såsom en grundlagsbestämmelse eller en europarättslig regel. Men vad som ska krävas med avseende på graden av konkretion i åberopade rättsfakta för att talan ska vara tillätlig har visat sig vara svårare att säga: denna gränsdragningsproblematik återfinns i både svensk och norsk rätt.⁸¹ Gränsdragningen mellan abstrakta lagtolkningsfrågor och konkreta rättsfrågor har behandlats i ett stort antal norska rättsfall.⁸² I doktrin grupperas dessa med hänsyn till vad de närmare rör. Rättspraxis har beskrivits ha variationsbredd och vara relationsbestämd snarare än enhetlig.⁸³ En första grupp av fastställelsemål är mål där käranden söker få fastställt att en kommun, myndighet eller i något fall regeringen eller Stortinget överskridit sin rättsliga kompetens. Det är mål vilka, om de prövats i Sverige, allmän förvaltningsdomstol typiskt sett skulle vara behörig att pröva, antingen efter överklagande, eller ansökan om laglighets- eller rättsprövning.⁸⁴ En andra grupp av fastställelsemål är mål där käranden söker få fastställt att ett rättsförhållande ska karaktäriseras på visst sätt mellan parterna (*rettslig karaktäristikk*). Det kan röra sig om giltigheten eller ogiltigheten av ett förvaltningsbeslut, ett pantbrev eller en äganderätt, eller huruvida ett sakförhållande är i strid med eller förenligt med lag (olovligt, konventionsstridigt, oberättigat, rättsstridigt). Också inom denna kategori av mål skulle vissa rättsfrågor, om de gjordes till föremål för prövning i Sverige, handläggas i förvaltningsprocessuell ordning. En tredje kategori av fastställelsemål som aktualiserar gränsdragningen mellan abstrakta lagtolkningsfrågor och konkreta rättsfrågor kan sägas utgöras av särskild rättspraxis gällande möjligheten att föra en talan om fastställelse avseende kränkningar av rättigheter som skyddas i EKMR.⁸⁵ Även i fråga om denna kategori är det tänkbart att rättsfrågor av motsvarande innehåll i Sverige inte skulle prövas i civilprocessuell ordning, utan förvaltningsprocessuell. Även om fastställelseetalan tydligtvis fyller en bredare funktion i Norge än vad som är fallet i Sverige, och avvägningarna med avseende på abstrakta lagtolkningsfrågor och konkreta rättsfrågor med hänsyn till det kan se olika ut, kommer dessa att granskas närmare nedan.

I norsk rätt lyfts uttryckligen fram att hypotetiska och framtida anspråk som utgångspunkt inte kan prövas.⁸⁶ Att det inte ska vara möjligt att väcka talan om ”framtida möjligheter” förstås i första hand som en fråga om *aktualitet*. Både *rettskrav* och *aktualitet* rymmer med andra ord aspekter som kan knytas till talans

⁸¹ Jfr Lindell, Bengt, *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 uppl., Uppsala 2021, s. 285.

⁸² Jfr Tore Schei m.fl. *Twisteloven. Kommentartutgåve*, § 1-3 note 2.5 med hänvisningar.

⁸³ Aall, Jørgen, ”Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetsaker” *Tidskrift for rettsvitenskap* 1998, 1 s. 27.

⁸⁴ Förvaltningsprocesslag (1971:291); 13 kap. kommunallagen (2017:725); 1–2 a §§ lag (2006:204) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

⁸⁵ Bernt, Camilla, föreläsning om ”Villkor for saksanlegg”, Juridiska fakulteten vid Universitetet i Bergen, höstterminen 2024.

⁸⁶ Rt-1967-1270 U.

konkretion.⁸⁷ Trots att ett aktualitetsrequisit saknas i den svenska rätten återfinns liknande överväganden i svensk doktrin och rättspraxis, där en utgångspunkt är att fastställsetalan ska ha betydelse för det aktuella rättsläget.⁸⁸ Boman har framhållit att det i och för sig inte behöver innebära att fastställseyrkandet som sådant behöver avse något i närvarande tid, utan att det är ”tillräckligt, att det som skall fastställas har prejudiciell betydelse för en uppkommen eller latent tvist i nuläget”.⁸⁹ Särskilt när en talan rör framtida förhållanden, ligger det i sakens natur att åberopade rättsfakta ofta inte kan förutses med samma säkerhet och därmed inte fullt ut konkretiseras i samma grad som redan inträffade omständigheter.⁹⁰ Därmed kan kravet på att talan omfattar konkreta rättsfakta knutna till viss rättsföljd också sägas rymma en tidslig dimension, som i och för sig är än mer framträdande i norsk rätt, genom att talans aktualitet där mer uttryckligen prövas. Jag ska återkomma till tillämpningen av aktualitetskravet nedan.⁹¹ Redan nu kan emellertid nämnas att det i norsk rättspraxis finns fall gällande tillåtligheten av en fastställsetalan som avser framtida förhållanden, vilka förefaller sakna motsvarighet i Sverige. När en sådan talan i Norge bedöms gälla förhållanden som inte med en ganska hög grad av säkerhet bedöms ska komma att inträffa, har talan avvisats som hypotetisk och alltför abstrakt.

Domstolens primära uppgift bör utifrån de synsätt som reflekteras i såväl svensk som norsk rätt ovan vara att lösa konkreta rättstvister mellan rättssubjekt.⁹² Men i tvistelovens inledande ändamålsbestämmelse anges – vid sidan om syftet att säkerställa den enskildes behov av att tillvarata sina rättigheter – att lagen ska säkerställa det samhälleliga behovet av att rättsreglernas innehåll respekteras och klargörs.⁹³ Annorlunda uttryckt svarar tvisteloven mot två funktioner. Schei beskriver det som att lagen dels ska säkerställa den enskildes rättssäkerhet genom tillgång till oavhängiga och neutrala domstolar (eller andra tvistelösningsorgan), dels att lagen ska ha en samhällelig, handlingsdirigerande funktion.⁹⁴ Även om någon motsvarande bestämmelse inte finns i RB, känns beskrivningen av processens funktioner igen för den som är bekant med svensk processrättslig doktrin.⁹⁵

⁸⁷ Jfr Hov, Jo, ”Rettigheter, rettsforhold og fastsettelsesøksmål”, Festskrift til Torstein Eckhoff; Samfunn, Rett, Rettfærdighet, 1986, s. 350, s. 363.

⁸⁸ Welamson, Lars, ”Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocessrätt 1980–1987”, SvJT 1989 s. 513, i anslutning till RH 1987:75.

⁸⁹ Boman, Robert, Rättegång II, 8 uppl., Stockholm 1994, s. 112, fotnot 39.

⁹⁰ Jfr nedan om *Unibet II* NJA 2007 s. 718.

⁹¹ Se avsnitt 4.3.1.

⁹² Schei, Tore m.fl., Tvisteloven. Kommentirutgave, § 1-3 note 2.1.

⁹³ ”Samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene”. Se tvisteloven § 1-1 1 st.

⁹⁴ Schei, Tore, ”Reform av sivilprosessen”, 2002 Jussens venner, 37-4/5 s. 229.

⁹⁵ För en översikt av de i svensk doktrin representerade uppfattningarna om civilprocessens ändamål, se Andersson, Torbjörn, Rättsskyddsprincipen, Uppsala 1997, s. 207–228. Processens klargörande funktion berörs särskilt på s. 219, den rättsskyddsorienterade bl.a. på s. 227. För en

Av vad som hittills sagts torde slutsatsen kunna dras att svensk och norsk civilprocess vilar på liknande uppfattningar om vad en domstol i grunden ska ägna sig åt. Förutsättningarna för prövning av fastställelsetalan liknar också varandra i väsentliga avseenden. Redan i tvistelovens ändamålsbestämmelse, som uttryckligen lyfter fram att domstolarna har till uppgift att klargöra rättsreglernas innebörd, och lagens förarbeten kan man emellertid ana en något större öppenhet mot rättsfrågor av mer generell karaktär, med mindre tydlig anknytning till konkreta rättsföljder för parterna. Som nu ska illustreras, är det också så som § 1-3 första stycket har kommit att tillämpas.

4.3 Distinktionen mellan konkreta och abstrakta rättsfrågor i rättstillämpningen

4.3.1 Norge

Åtminstone två avgöranden från Høyesterett har under de senaste åren särskilt belyst hur distinktionen mellan konkreta och abstrakta rättsfrågor ska präglade möjligheten att väcka en fastställelsetalan.⁹⁶

I *Acer* väckte organisationen Nei till EU talan mot norska staten.⁹⁷ Organisationen yrkade att domstolen skulle fastställa att riksdagens beslut att inkludera EU:s tredje energimarknadspaket⁹⁸ i EES-avtalet, med följd att det skulle bli gällande i Norge, stod i strid med grundlagsbestämmelser om avstående av suveränitet till förmån för internationella åtaganden. Mer precist menade organisationen att antagandet av energimarknadspaketet fordrat kvalificerad majoritet i Stortinget. Eftersom beslutet om antagande fattats med enkel majoritet stod det enligt kändan i strid med grundlagen.⁹⁹ I målet invände staten att käromålet var av generell karaktär och därmed inte kunde prövas.

I sin dom tog Høyesterett avstamp i tvistelovens ändamålsbestämmelse, som domstolen med hänvisning till förarbeten menar är av särskild betydelse vid tolkningen av regler som ger rättstillämparen ett utrymme för skönsmässig bedömning. Genom omnämmandet av de samhällseliga hänsyn som ska tas vid tolkningen av den civilprocessuella lagstiftningen, och med hänvisning till en

mer nylig kortare översikt, väsentligen överensstämmande med den av Andersson tecknade, se Marek Keller, *Konkurs och process*, Uppsala 2020, s. 71 ff.

⁹⁶ Jfr HR-2023-1044-A, p. 67.

⁹⁷ HR-2021-417-P.

⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG, Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1228/2003 av den 26 juni 2003 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel.

⁹⁹ Grunnloven § 115 och § 26 2 st.

statlig utredning som framhållit att ”behovet av rettslig avklaring” ska tillmätas särskild vikt vid processhindersprövningen, menar Høyesterett att lagstiftaren gett domstolarna ett utrymme att pröva också ”mer abstrakta rettsspørsmål”¹⁰⁰. I förarbetena till § 1-3 tvisteloven sägs också att bestämmelsen är utformad, och menad att tillämpas så, att den närmare innebörden av bestämmelsen ska kunna förändras över tid. Samt vidare att även om en förändring av tidigare rättsläge inte avsetts genom dess införande, det finns utrymme att ”sänka tröskeln” (”senke terskelen”) för att väcka talan.¹⁰¹ Särskilt när målet är av principiell betydelse eller när, i en talan mot staten, en fråga om en föreskrifts giltighet uppkommer eller när generella normer tillämpas på konkreta sakförhållanden.¹⁰² Høyesterett finner att förarbetena ger stöd för att dels behovet av att klargöra rättsläget, dels hänsyn till en ändamålsenlig process, ska vara styrande vid bedömningen om en rättsfråga av mer generell räckvidd ska kunna prövas.¹⁰³ Det förstnämnda beskrivs i förarbetena som att det ska finnas ”ett väsentligt intresse av att få saken prövd”.¹⁰⁴ Ett exempel som pekas ut är när fråga uppstår om ett stortingsbeslut är förenligt med grundlagen. Det senare förklaras som att ”rättsfrågan ska vara ägnad att prövas i en generell form”.¹⁰⁵ Också juridisk doktrin ger enligt Høyesterett stöd för att fastställelsetalan ska kunna föras i fråga om vissa abstrakta lagprövningsfrågor, men inom snäva ramar.¹⁰⁶ Utifrån allt detta kommer domstolen fram till att det under vissa förutsättningar finns möjlighet att tillåta en fastställelsetalan gällande en fråga av mer generell karaktär.

Høyesteretts resonemang i *Acer* kretsar inte kring hur begreppet *rettskrav* ska tolkas. Istället framhålls att rettslig interesse är en rettslig standard, att villkoren i § 1-3 är sammanhängande och att den samlade bedömning som ska göras lämnar utrymme för skönsmässig värdering.¹⁰⁷ Behovet av rettsligt klargörande av den i målet aktuella rättsfrågan, liksom lämpligheten av att den prövas i denna form, tillmäts stor vikt. Att rättsfrågan är av mer generell karaktär hindrar då inte att fastställelsetalan prövas i sak, enligt avgörandet. Gränsen mellan en konkret eller abstrakt talan framstår inte som skarp. Høyesterett finner att processföremålet är bestämt och avgränsat. Frågan i målet gäller stortingsbeslutets förenlighet med vissa i grundlagen angivna regler, inte hur dessa regler generellt är att förstå. Vidare har det påstått grundlagsstridiga beslutet fått till följd att vissa rättsregler antagits i norsk rätt, även om det inte visats ha fått direkt betydelse för någon enskild part. Domstolen konstaterar att det inte heller är

¹⁰⁰ HR-2021-417-P, p. 144.

¹⁰¹ HR-2021-417-P, p. 161.

¹⁰² Jfr Innst.O.nr.110 (2004–2005), 31.

¹⁰³ HR-2021-417-P, p. 162. Aasland, Gunnar, ”Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett” i Bergby, Gunnar m.fl. (red.), *Lov, sannhet, rett – Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015.

¹⁰⁴ HR-2021-417-P, p. 173.

¹⁰⁵ HR-2021-417-P, p. 173.

¹⁰⁶ HR-2021-417-P, p. 167, 169.

¹⁰⁷ Jfr HR-2021-417-P, p. 124.

enskilda intressen som i första hand ligger bakom processen, utan allmänna intressen. Den fråga som målet ytterst gäller – grundlagsenligheten av kompetensöverföring till internationella organ, såsom EES – är en aktuell och i praktiken återkommande fråga som inte tidigare prövats av domstol. Med hänsyn till allt detta vore det enligt Høyesterett inte ändamålsenligt om den rättsfråga som målet aktualiserar inte skulle kunna prövas, med hänvisning till att den inte har direkt betydelse för parts rättsställning.¹⁰⁸

Ytterligare ett avgörande som aktualiserade distinktionen mellan konkreta och abstrakta rättsfrågor kom 2023. Två kommuner väckte i *Fjellova* talan mot norska staten/Landbruks- og matdepartementet och yrkade att domstolen skulle fastställa att en viss lag, kallad fjelloven, äger tillämpning på viss statligt ägd mark inom kommunerna.¹⁰⁹ Fjelloven stärker graden av lokalt självstyre, men gäller inte i de nordliga delar av Norge där staten äger marken. Enligt sin ordalydelse är lagen tillämplig på vissa statligt ägda allmänningar, men före dess talan väcktes hade det genom kontakter parterna emellan blivit tydligt att de var oense om huruvida den aktuella marken i kärandekommunerna utgjorde sådan ”statsallmenning”.¹¹⁰ Kärandena menade att de hade ett behov av att få frågan om lagens tillämplighet avgjord, eftersom den var avgörande för hur marken skulle förvaltas och närmare bestämt deras kompetens att besluta om s.k. ”fjellstyrer” enligt lagen. Staten invände att talan skulle avvisas eftersom rättsfrågan i målet gällde abstrakta förhållanden om hur fjelloven ska tillämpas. Dess besvarande genom en fastställelseedom skulle enligt staten innebära att kommunerna gavs ett förhandsavgörande avseende en fråga om offentligrättslig kompetens.¹¹¹ Frågan om lagens tillämplighet skulle istället kunna prövas genom en ogiltighetstalan riktad mot ett eventuellt (senare) beslut om att utnämna fjellstyrer, enligt staten.

Liksom i *Acer*, tog Høyesterett fasta på förarbetsuttalanden om att § 1-3 tvisteloven är en rättslig standard, som kan utvecklas och nyanseras i rättspraxis. Återigen framhölls att tvisteloven i viss mån öppnat för att sänka tröskeln för att väcka talan, särskilt när det gäller spörsmål av principiell betydelse.¹¹² Utifrån omständigheterna kan överordnade samhälleliga hänsyn och behov tillmätas stor vikt i prövningen av talans tillåtlighet, enligt Høyesterett. Om prövningen av mer generellt eller abstrakt formulerade rättsfrågor resulterar i att man mister ”nyanser och illustrasjonsmateriale”, talar det istället mot att tillåta att frågan prövas inom ramen för en talan om fastställelse. Men om tvisten som sådan å andra sidan inte låter sig konkretiseras, kan det tala för att tillåta prövningen av mer generellt formulerad fråga.¹¹³ I vilken utsträckning fastställelsedomen

¹⁰⁸ Angående detta stycke, se HR-2021-417-P, p. 176–186.

¹⁰⁹ HR-2023-1044-A, p. 11.

¹¹⁰ HR-2023-1044-A, p. 2, 11–13.

¹¹¹ HR-2023-1044-A, p. 30.

¹¹² HR-2023-1044-A, p. 61.

¹¹³ HR-2023-1044-A, p. 64.

kan verka klargörande är av betydelse enligt Høyesterett, liksom om andra taleformer är bättre ägnade att belysa tvisten.

Høyesterett fann i *Fjellova* – under visst tvivel – att kommunernas talan skulle prövas i sak, trots att rättsfrågans mer abstrakta karaktär gjorde att målet balanserade på gränsen för vad som kan prövas (”i yttergränsen av hva som kan tillates fremmet”).¹¹⁴ Visserligen konstaterades rättsfrågan i målet vara ”mer abstrakt” än vad som varit fallet i tidigare rättspraxis (*Acer* borträknat). Kommunerna skulle exempelvis inte riskera att drabbas av sanktioner, genom att utnämna fjellstyrer.¹¹⁵ Att kommunerna i en senare process, t.ex. om lagligheten av ett eventuellt utnämmande av fjellstyrer, skulle kunna få frågan om fjelloven tillämplighet prövad, stod klart.¹¹⁶ Likväl bedömde Høyesterett att kommunerna inte bör tvingas till att utnämna fjellstyrer före dess domstolen prövar frågan om fjellovens tillämplighet i kommunerna, med hänsyn till att det redan nu stod klart att departementet hade en annan syn på frågan än kommunerna.

4.3.2 Sverige

Högsta domstolens tolkning av rättsförhållanderekvisitet och det förhållnings sätt till fastställsetalans tillåtlighet som den medför, är mer begränsande än vad norsk rättspraxis ger uttryck för. Innebörden av rättsförhållandebegreppet i RB 13 kap. 2 § första stycket och särskilt gränsdragningen mellan konkreta rättsförhållanden och abstrakt normprövning, var central för Högsta domstolens avgöranden i de två Unibet-målen, *Unibet I* NJA 2005 s. 764 och *Unibet II* NJA 2007 s. 718. Spelbolagen Unibet hade väckt talan i allmän domstol och yrkat att domstolen skulle fastställa att bolagen hade rätt att marknadsföra sina spel- och vadhållningstjänster, utan hinder av förbudet att främja deltagande i utlandet anordnat lotteri enligt lotterilagen. Den senare bestämmelsen stod enligt käranden i strid med EU:s regler om fri rörlighet för tjänster. Ett förhandsavgörande inhämtades i fråga om det var förenligt med rättsskyddsprincipen att avvisa en fastställsetalan med innehåll motsvarande Unibets, med hänvisning till att det var möjligt att i efterhand, om bolagen skulle agera i strid med bestämmelserna i lotterilagen, prejudiciellt få prövat om ett beslut om ingripanden mot sådan marknadsföring stod i strid med EU-rätten (i första hand via en skadeståndstalan).¹¹⁷ Sedan EU-domstolen funnit att en sådan ordning – varigenom den enskilde har tillgång till effektiva och icke-diskriminerande rättsliga förfaranden som möjliggör en prejudiciell prövning – var godtagbar, avslog Högsta domstolen Unibets överklagande av underinstansernas avvisningsbeslut.

¹¹⁴ HR-2023-1044-A, p. 86.

¹¹⁵ HR-2023-1044-A, p. 67.

¹¹⁶ HR-2023-1044-A, p. 68.

¹¹⁷ *Unibet I* NJA 2005 s. 764, p. 20.

I Högsta domstolens Unibet-avgöranden förs egentligen inget resonemang om graden av konkretion i Unibets talan. Frågan om rätten att marknadsföra spel- och vadhållningstjänster är en konkret rättsföljd i ett rättsförhållande mellan Unibet och staten lämnas därhän.¹¹⁸ Talan uppfattas istället som ”en fristående talan om giltigheten eller tillämpligheten av den nationella bestämmelsen”¹¹⁹, dvs. en abstrakt lagprövningsfråga, ”inte [...] ett konkret rättsförhållande utan endast en rättsfråga av potentiell betydelse för möjligheten att i framtiden tillhandahålla tjänster” [min kursivering].¹²⁰ Huruvida den därmed var otillåten enligt svensk rätt problematiserades inte ur något annat perspektiv än det EU-rättsliga.¹²¹ I detta fall tycks kravet på rättsföljdsanknytning närmast innebära ett krav på att fastställsetemat avser en rättsföljd – ett förhållningssätt som upprepat har kritiserats i doktrin, såsom överdrivet formalistisk och riskerande att leda till rättsförluster på rent formella grunder.¹²² Men den i *Unibet II* av HD utstakade linjen har lagts till grund också för det mer nyliga avgörandet *Video-slots*, som gällde tillåtligheten av ett interimistiskt yrkande.¹²³

4.4 Särskilt om fastställelse av rättighetskränkningar

4.4.1 Norge

Liksom i Sverige inkorporeringen av EKMR och EU-rättens inflytande övergripande öppnade för en vidgad tillgång till domstolsprövning och för en utveckling mot rättighetsbaserad argumentation i domstol, präglas norsk rätt trots att

¹¹⁸ Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008, s. 28, med hänvisning till Wiklund, Ola, ”Juridisk nationalism och lagprövning – hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt” SvJT 2007 s. 910, 921.

¹¹⁹ *Unibet I* NJA 2005 s. 764, s. 17; *Unibet II* NJA 2007 s. 718, s. 734.

¹²⁰ Andersson, Torbjörn, rättsutlåtande i Stockholms tingsrätts mål nr FT 882-17 s. 6.

¹²¹ Oaktat att det för Unibet tydligt måste ha varit långt mer kostsamt, tidskrävande och riskfyllt att genom en annan processform söka få klarlagt om svensk rätt hindrade deras tilltänkta marknadsföring i Sverige. Jfr Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008 s. 25.

¹²² Welamson, Lars, ”Civil- och straffprocessrätt 1963–1967”, SvJT 1969 s. 928, vid NJA 1966 s. 94; Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), Festskrift till Johan Hirschfeldt, Uppsala 2008 s. 25; Lindell, Bengt, *Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 uppl., Uppsala 2021 s. 284. Det finns exempel på en mjukare hållning. I NJA 1979 s. 15 bedömdes att ett yrkande om fastställelse av att ett avtal hade ett visst innehåll genom vad som i övrigt angavs i stämningensansökan ha en så tydlig koppling till rättsföljden fullgörelse av avtalet att talan var tillåtlig.

¹²³ *Video-slots* NJA 2021 s. 147, diskuterat i Alexander Hardenberger, Xavier Grousot och Sanja Bogojević, ”Auroramålet och vikten av att ta processuella rättigheter på allvar”, SvJT 2025, preprint 27 juni.

Norge inte är medlem i EU sedan mitten av 1990-talet av europeiseringen. Om förutsättningen att fastställsetalan ska gälla ett *rettsforhold* utgör ett hinder för att väcka talan om fastställelse av en rättighetskränkning enligt EKMR blev tidigt en fråga för norsk domstol att ta ställning till.¹²⁴ I Rt. 2003 s. 301 yrkade käranden att domstolen skulle fastställa att ett beslut om utredningsåtgärder enligt barnevernloven innebar en kränkning artikel 8 EKMR. Høyesterett kom att pröva om frågan huruvida en rättighet enligt EKMR kränkts, kan utgöra ett rättsförhållande enligt då gällande § 54 tvistemålsloven. Vid tidpunkten hade menneskerettsloven, som införlivar konventionen i norsk rätt, relativt nyligen trätt i kraft. Høyesteretts tolkade rättsförhållanderekvisitet i ljuset av art. 13 EKMR, som ställer krav på tillgång till en prövning vid en nationell myndighet av en påstådd rättighetskränkning enligt konventionen. I 2003 års fall, liksom senare, drogs slutsatsen att rätten till ett effektivt rättsmedel enligt norsk rätt grundar en rätt till fastställelse av en påstådd rättighetskränkning enligt konventionen.¹²⁵ I samband med tvistelovens införande diskuterades om det fanns ett behov av en särskild regel om fastställsetalan avseende rättighetskränkningar enligt EKMR och den Internationella konventionen om civila och politiska rättigheter.¹²⁶ Slutsatsen drogs att något sådant behov inte fanns.¹²⁷ Att det ska vara möjligt att väcka en fastställsetalan om en påstådd rättighetskränkning enligt konventionen motiverades emellertid i förarbetena med att det inte är lämpligt att rätten till ett effektivt rättsmedel införlivas endast genom en sådan ”minimiuppfyllelse” som enbart möjligheten att föra en skadeståndstalan eller att överklaga ett förvaltningsbeslut skulle innebära.¹²⁸ Fram lyftes vidare att det finns ett särskilt värde i att ställningstagandet till den påstådda rättighetskränkningen framgår i domslutet, och inte bara i domskälen, trots att detta inte krävs enligt Europadomstolens praxis. I doktrin betonades att fastställsetalan av en rättighetskränkning är primär och därmed har ett egenvärde (oberoende av ett eventuellt senare skadestånd), enligt Europadomstolen.¹²⁹ Att möjligheten till fastställsetalan avseende kränkningar av mänskliga rättigheter i norsk rätt har tydligt samband med rätten till ett effektivt rättsmedel enligt EKMR märks på så sätt att det inte går att få en fastställsetalans avseende en kränkning av en rättighet skyddad i grundlagen. Høyesterett har motiverat det med att grundlagen i

¹²⁴ Rt. 1994 s. 301.

¹²⁵ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 152; Rt-2012-2039, p. 99.

¹²⁶ Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, New York, 16 december 1966.

¹²⁷ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), avsnitt 11.8.

¹²⁸ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 152.

¹²⁹ Aall, Jørgen, ”Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetssaker”, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1998, 1 s. 53.

sig inte innehåller någon rätt till ett effektivt rättsmedel och att kränkningar av grundlagsrättigheter inte heller överprövas internationellt.¹³⁰

För att väcka fastställselsetalan avseende en kränkning av EKMR förutsätts emellertid kändandet, som alltid när en fastställselsetalan väcks, också ha ett reellt behov av att få rättighetskränkningen fastställd, vilket ska avgöras med hänsyn till anspråkets *aktualitet*.¹³¹ Som redan nämnts, rymmer också prövningen av det senare ett ställningstagande till talans mått av konkretion, i tid och rum. Rättighetskränkningar kan enligt rättspraxis ha aktualitet också om viss tid förflutit sedan kränkningen upphört, så länge talan väcks inom rimlig tid. Men också kränkningens karaktär och talans betydelse för den enskilde, liksom huruvida prövningen av talan kan innebära ett nytt prejudikat, sägs i förarbetena vara av betydelse för prövningen.¹³² Høyesterett har till exempel klargjort att aktualitetskravet inte ska tillämpas strängt när talan gäller offentligrättsliga ingrepp i kändandens personliga integritet.¹³³

4.4.2 Sverige

Om en rättighetskränkning enligt EKMR eller EU-rätten utgör ett rättsförhållande som kan fastställas inom ramen för RB 13 kap. 2 § har inte på motsvarande sätt blivit föremål för diskussion i Sverige. Att det ur EU-rättsligt perspektiv står klart att det inte finns ett krav på en fristående taleform för fastställande av att nationell lagstiftning eller rättstillämpning strider mot europarätten står i och för sig klart sedan *Unibet*.¹³⁴ Men frågan om den svenska processrätten likväl ska ge möjlighet att under vissa förutsättningar väcka en talan om fastställelse av en rättighetskränkning har fram till nyligen inte belysts på samma sätt i Sverige som i Norge.¹³⁵ Sedan *Unibet II* är det påtagligt att andra processuella vägar för prövning av rättighetskränkningar istället använts. Rättsutvecklingen avseende rättighetsskadestånd med anledning av kränkningar av rättigheter skyddade i EKMR eller regeringsformen (RF) skedde länge enbart i rättspraxis och då i

¹³⁰ Jfr HR-2024-826-A, p. 33. Det är inte heller möjligt att väcka en fastställselsetalan gällande en påstådd kränkning av t.ex. barnkonventionen. Den senare saknar motsvarighet till artikel 13 EKMR.

¹³¹ Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 364.

¹³² Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 364.

¹³³ HR-2016-2178-U, p. 14.

¹³⁴ C-432/05, *Unibet*, p. 65.

¹³⁵ Frågan tangerades förvisso i doktrin i samband *Unibet II*. Se Andersson, Torbjörn, ”Abstrakt lagprövning – en aspekt på Unibetmålet” i Heckscher, Sten och Eka, Anders (red.), *Festskrift till Johan Hirschfeldt*, Uppsala 2008, s. 19, s. 28; Wiklund, Ola, ”Juridisk nationalism och lagprövning – hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt”, *SvJT* 2007 s. 910, 920.

regel genom att enskilda riktade en fullgörelsetalan mot staten.¹³⁶ I andra fall har europarättsliga rättigheter gjorts gällande i samband med överklaganden av förvaltningsbeslut eller rättsprövning. Möjligen kan det komma att förändras. Åtminstone har fallen *Flygbolagets medgivande*, *Regionens medgivande* och *Klimattalan* blåst liv i frågor gällande tillämpningen av 13 kap. 2 § i förhållande till kränkningar av mänskliga rättigheter enligt såväl europarätten som regeringsformen. Högsta domstolen har också för första gången tydliggjort att det är möjligt att föra en fastställsetalan med avseende på huruvida en rättighet kränkts. Ännu framstår emellertid förutsättningarna för fastställsetalans tillåtlighet som delvis otydliga.

I *Flygbolagets medgivande* yrkade Diskrimineringsombudsmannen (DO) för en flygpassagerarens räkning att flygbolaget Braathens skulle förpliktas att till passageraren betala diskrimineringsersättning. Som grund för yrkandet åberopade DO att flygpassageraren tvingats genomgå en extra säkerhetskontroll i samband med en flygning och därigenom missgynnats på grund av utseende och etnisk tillhörighet. Sedan bolaget medgett att betala yrkat belopp, men förnekat grunderna för talan, gjorde DO gällande att domstolen måste konstatera att diskrimineringen ägt rum för att döma ut yrkad ersättning. I andra hand yrkade DO att domstolen skulle fastställa antingen skyldigheten att utge diskrimineringsersättning, eller att svaranden utsatt passageraren för diskriminering. DO gjorde gällande att EKMR liksom EU:s rättighetsstadga kräver att den yrkade ersättningen kopplas till kränkningen av den mänskliga rättigheten att inte bli diskriminerad, för att den enskilde ska få upprättelse. Fastställelseyrkandena avvisades med hänvisning till att domstolen i ett dispositivt tvistemål är bunden av svarandens medgivande. Frågan huruvida ett sådant beslut om avvisning är förenligt med EU-rätten blev föremål för ett förhandsavgörande, genom vilket EU-domstolen klargjorde att rätten till ett effektivt rättsmedel vid kränkningar av EU:s diskrimineringsrätt kräver att en kärande ska kunna få prövat om diskriminering skett, såvitt den inte erkänts, också när svaranden medgett att betala begärd ersättning (och därmed gjort ett s.k. orent medgivande).¹³⁷ Fallet väckte frågan om fastställsetalan avseende en påstådd rättighetskränkning ska kunna upptas till prövning efter ett orent medgivande, inte endast på diskrimineringsrättens område utan också när andra europarättsligt skyddade rättigheter påstås ha kränkts.¹³⁸ Eller när det istället är en rättighetskränkning enligt regerings-

¹³⁶ Stenlund, Karolina, *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*, Uppsala 2021.

¹³⁷ C-30/19, Braathens, p. 59. Se vidare Bellander, Henrik och Munck af Rosenschöld, Johanna, ”Flygpassageraren och rättgångsbalken. Omkullkastade grundprinciper eller business as usual?”, SvJT 2022 s. 941; Wallerman Ghavanini, Anna, ”Remedies for non-material damages: Striking out in a new direction? Braathens”, *Common Market Law Review*, 2022, 59.1 s. 151.

¹³⁸ Införande av en sektorsspecifik bestämmelse om fastställsetalan i diskrimineringslagen har föreslagits i SOU 2024:40, 197. Jfr Bellander, Henrik och Munck af Rosenschöld, Johanna, ”Flygpassageraren och rättgångsbalken. Omkullkastade grundprinciper eller business as usual?”, SvJT 2022 s. 941, 955-958.

formen som är i fråga. En anslutande fråga gäller möjligheten överlag att väcka en fastställelseetalan avseende rättighetskränkningar, och om det finns skäl att, som i norsk rätt, göra en åtskillnad mellan kränkningar av rättigheter skyddade i EKMR respektive den egna grundlagen.

Dessa frågor har i någon mån fått svar i de beslut som Högsta domstolen nyligen meddelat i målen *Klimattalan* respektive *Regionens medgivande*.¹³⁹ Det senare liknar *Flygbolagets medgivande* på så sätt att även det gäller ett orent medgivande i relation till ett yrkande om ersättning grundat på en påstådd rättighetskränkning. Under kärandens förlossning vid Skånes universitetssjukhus utfördes ett ingrepp som gav upphov till förlossningsskador för käranden. I målet görs gällande att kärandens skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp enligt 2 kap. 6 § första stycket RF därmed överträdades av Region Skåne eller att hennes skydd för kroppslig integritet som följer av artikel 8 EKMR överträdades.¹⁴⁰ Regionen erkände ingreppet och medgav att betala yrkad ersättning. Därmed gjorde regionen (likt svaranden i *Flygbolagets medgivande*) gällande att domstolen inte ska pröva om kärandens rättigheter kränkts. Sedan käranden vidhållit sin rätt att få rättighetskränkningen prövad, överklagades frågan huruvida rättegångshinder föreligger för detta särskilt, varvid Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd, och sedermera beslut den 28 mars 2025. I det senare bekräftar HD den europarättsliga rättspraxis som understryker att rätten till ett effektivt rättsmedel inbegriper en rätt till prövning av den påstådda rättighetsöverträdelsen *som sådan*. Rättegångsbalkens regler måste enligt HD tolkas så att käranden kan få prövat huruvida en rättighet överträtts också när svaranden medger ett yrkat skadestånd.¹⁴¹ För situationen då svaranden gör ett orent medgivande, dvs. medger rättsföljden skadeståndsskyldighet utan att vidgå grunden för yrkandet eller den rättsliga kvalificeringen av densamma, anvisar HD, som beslutet får förstås, domstolen att genom tillämpning av RB 13 kap. 2 § andra stycket pröva den påstådda rättighetsöverträdelsen.¹⁴² Av beslutet framgår också att denna möjlighet att få en rättighetsöverträdelse prövad och fastställd i dom är tillgänglig oavsett om det gäller en överträdelse av konventionsrättigheter eller rättigheter skyddade i RF.¹⁴³ Med avseende på rättsförhållanderekvisitet, anger HD kort att ”ett påstående om att det förekommit en rättighetsöverträdelse bör kunna utformas så att det är tillräckligt preciserat och även i övrigt uppfyller de krav som gäller enligt bestämmelsen”.¹⁴⁴

I *Klimattalan* yrkades i en individuell grupptalan att domstolen ska fastställa att det utgör en kränkning av kärandens rättigheter enligt artikel 2, 3 och 8 EKMR att svenska staten bl.a. underlåter att vidta tillräckliga och adekvata åtgärder

¹³⁹ *Klimattalan* NJA 2025 s. 88; *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271.

¹⁴⁰ Stämningensansökan, Kristianstads tingsrätts mål T 132-23.

¹⁴¹ *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 13.

¹⁴² *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 24.

¹⁴³ *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 12. En annan sak är att RB 13 kap. 2 § är fakultativ.

¹⁴⁴ *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 24.

för att minska utsläpp av växthusgaser, och därmed inte begränsar risken för negativa konsekvenser av antropogena klimatförändringar för käranden.¹⁴⁵ I stämningsansökan hänvisas till att de rättighetskränkningar som görs gällande medför en rätt till skälig gottgörelse, men frågan om ersättning omfattas inte av målet. Käranden, som likt gruppmedlemmarna är en ung person, gör gällande att klimatförändringarna redan idag drabbar honom och gruppmedlemmarna och att de kommer att drabba dem än värre i framtiden, genom bl.a. skogsbränder, torka och översvämningar som får konsekvenser för deras hälsa och hur de kan leva sina liv.¹⁴⁶ Frågan om fastställsetalans tillåtlighet hissades till Högsta domstolen med stöd av RB 56 kap. 13 §.¹⁴⁷ Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd, och sedermera beslut den 19 februari 2025. I det senare befanns den i målet aktuella fastställsetalans inte tillåtlig. Samtidigt klargjorde Högsta domstolen att det finns en möjlighet att med stöd av 13 kap. 2 § tredje stycket och EKMR tillåta fastställsetalans när så krävs enligt artikel 6 i konventionen.¹⁴⁸

Frågan är då vad ovanstående avgöranden säger om vad som utgör ett rättsförhållande enligt 13 kap. 2 §. Av viss betydelse torde vara att HD i *Regionens medgivande* tolkar bestämmelsens andra stycke i ljuset av artikel 13 EKMR, medan man i *Klimattalan* säger att tredje stycket möjliggör prövning av en ”allmänt hållen klimattalan” såsom fastställsetalans i den utsträckning konventionsrätten kräver det. Man kan fråga sig om fastställsetalans tillåtlighet i det senare fallet är beroende av om talan rör ett rättsförhållande eller i övrigt uppfyller processförutsättningarna i 13 kap. 2 första stycket. I *Regionens medgivande* klargörs att en rättighetskränkning kan utgöra ett rättsförhållande.¹⁴⁹ HD understryker också, med hänvisning till rätten till artikel 13 EKMR, nödvändigheten av erkännandet av rättighetskränkningen som sådan.¹⁵⁰ I *Regionens medgivande* är emellertid fråga om tillämpning av 13 kap. 2 § andra stycket, vilket innebär att rättighetskränkningen prövas prejudiciellt, med hänsyn just till dess betydelse för ett i och för sig medgivet skadeståndsyrkande. Huruvida ingreppet inneburit en kränkning av kärandens rätt till skydd för kroppslig integritet är med andra ord en rättsfråga, som i målet tydligt knyts till rättsföljden skadeståndsskyldighet. *Klimattalan* skiljer sig från *Regionens medgivande* såtillvida att rättsföljdsanknytningen är mindre tydlig och talan mer generell till sin karaktär. I *Klimattalan* väljer HD också en annan väg såtillvida att 13 kap. 2 § tredje stycket anvisas för prövning av en fastställsetalans av konventionsbaserade rättighetskränkningar, just vad gäller en ”allmänt hållen klimattalan”. Genom denna lösning öppnar Högsta domstolen för möjligheten att påstådda rättighetsöverträ-

¹⁴⁵ Stämningsansökan, Nacka tingsrätt mål T 8304-22.

¹⁴⁶ Se Stämningsansökan, Nacka tingsrätt mål T 8304-22; Hellner, Agnes, ”Aurora – En kort kommentar”, 4 Retfærd 2023 s. 87.

¹⁴⁷ Nacka tingsrätts beslut 2023-10-20 i mål T 8304-22.

¹⁴⁸ *Klimattalan* NJA 2025 s. 88, p. 70.

¹⁴⁹ *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 24.

¹⁵⁰ *Regionens medgivande* NJA 2025 s. 271, p. 11.

delser ska kunna göras föremål för fastställelseetalan i en särskild konventionsrättsbaserad ordning, som åtminstone potentiellt skiljer sig från den i 13 kap. 2 § första och andra styckena anvisade. Högsta domstolen förefaller också mena att överväganden i fråga om fastställelseetalans tillåtlighet därmed helt ska utgå från Europadomstolens rättspraxis. HD anför som skäl för detta att klimattalans karaktär – och särskilt intresset av att upprätthålla ansvarsfördelningen mellan domstolar och andra offentliga organ – gör att det svenska rättsmedelssystemet inte med viss marginal kan låtas motsvara de krav EKMR ställer. Utan att det berörs av Högsta domstolen, kan man tolka beslutet som en antydning om att förutsättningarna för fastställelseetalans tillåtlighet just i fråga om en så kallad allmänt hållen klimattalan kan komma att se olika ut beroende på om kärandens talan avser överträdelse av artikel 8 EKMR, andra konventionsrättigheter, EU-rättsliga rättigheter eller en i regeringsformen skyddad rättighet.¹⁵¹ Att på detta sätt staka ut ett särskilt processuellt spår som ska vara gällande just i fråga om en allmänt hållen klimattalan kan ha fördelen att göra tillämpningen av fastställelseetalan mindre snårig för domstolarna och rättstillämpningen mer förutsägbar: Europadomstolens rättspraxis görs styrande. Samtidigt riskerar en sådan lösning att leda till fragmentering om olika standarder för fastställelseetalans tillåtlighet blir gällande för olika rättighetskränkningar. Det skapar också oförutsägbarhet såtillvida att HD helt tar rygg på Europadomstolen, vars rättspraxis i mål gällande klimatförändringar alltså är mycket begränsad. HD avstår samtidigt från att ge vägledning i fråga om hur 13 kap. 2 § första stycket ska tolkas i ett mål av sådan mer generell karaktär som aktualiserades i *Klimattalan*.

Man kan leka med tanken på hur de rättighetskränkningar som görs gällande i ovanstående tre svenska fall skulle ha bedömts om en talan om fastställelse av dessa skulle ha väckts i Norge.¹⁵² Klart står att ett fastställelseyrkande avseende en kränkning av en konventionsrättighet som utgångspunkt är tillåtligt enligt norsk rätt, medan motsvarande inte gäller grundlagsskyddade rättigheter. Det samma torde till följd av EU-domstolens dom i *Braathens* gälla vid påstådda kränkningar av EU-rätten. Såväl i *Flygbolagets medgivande* som *Regionens medgivande* hänför sig kärandens talan till redan inträffade, ej längre pågående rättighetskränkningar, av prejudiciell betydelse för rättsföljden ersättning (diskrimineringsersättning eller skadestånd).¹⁵³ De omständigheter som åberopas i de båda målen är tidsligt och rumsligt avgränsade och därmed överblickbara för svaranden. Någon längre tid har inte i någotdera fall förflutit sedan de påstådda rättighetskränkningarna upphört. Det framstår därmed som att rättighetskränk-

¹⁵¹ Jfr Hardenberger, Alexander, Groussot, Xavier och Bogojević, Sanja, ”Auroramålet och vikten av att ta processuella rättigheter på allvar” SvJT 2025, preprint 27 juni.

¹⁵² Problematiken med orena medgivanden ligger utanför syftet med denna text. Den har behandlats av Bellander, Henrik och Munck af Rosenschöld, Johanna, ”Flygpasageraren och rättgångsbalken. Omkullkastade grundprinciper eller business as usual?” SvJT 2022 s. 941, samt däri angivna arbeten av Henrik Bellander.

¹⁵³ Jfr Andersson, Torbjörn, rättsutlåtande i Stockholms tingsrätts mål nr FT 882-17 s. 5.

ningarna skulle bedömas utgöra *rettskrav* enligt § 1-3 tvisteloven, om en fastställelsetalan med motsvarande innehåll skulle ha väckts i Norge. Utifrån kravet på *aktualitet* skulle kändena troligen också bedömas ha ett reellt behov av att få fastställelsetalan prövad.

I *Klimattalan* förhåller det sig lite annorlunda. Vad som där görs gällande är pågående rättighetskränkningar, i stor skala.¹⁵⁴ De omständigheter som åberopas till grund för talan är delvis ännu inte inträffade och kan därmed inte konkretiseras i samma utsträckning som redan inträffade omständigheter. De i stämningsansökan angivna grunderna äger därmed inte heller samma grad av precision. Konsekvenserna av en eventuell fastställelse är heller inte överblickbara på samma sätt som i *Flygbolagets medgivande* och *Regionens medgivande*. Det finns därmed en osäkerhet kring vad en fastställelse av rättighetskränkningarna skulle kunna få för rättsföljder.¹⁵⁵ Å ena sidan gäller yrkandet fastställelse av en rättighetskränkning enligt EKMR, vilket i Høyesteretts praxis bedöms utgöra ett *rettskrav* bland annat med hänvisning till att möjligheten till prövning av rättighetskränkningen som sådan har ett egenvärde. Samtidigt förutsätts att kändena har ett reellt behov av att få kränkningen fastställd, vilket ställer krav på talans *aktualitet*. Som vi sett ovan kan överordnade samhälleliga hänsyn och behov tillmätas stor vikt i prövningen av talans tillåtlighet, enligt Høyesterett. Även om det inte är uteslutet att framtida, ovissa förhållanden kan prövas inom ramen för fastställelsetalan får dessa emellertid inte framstå som hypotetiska.¹⁵⁶ Därtill understryker Høyesterett att en aspekt att beakta vid bedömningen av fastställelsetalans tillåtlighet är om andra taleformer kan ge prövningen ”nyanser och illustrasjonsmateriale”. Om så är fallet kan en annan taleform vara lämpligare. Om, å andra sidan, det rör sig om en tvist som inte låter sig konkretiseras, kan enligt Høyesterett en mer generellt formulerad rättsfråga prövas inom ramen för fastställelsetalan. Det framstår som osäkert om fastställelsetalan, sådan den var utformad i *Klimattalan*, skulle tillåtas om den förts enligt norsk rätt. I *Acer* och *Fjellova* tar sig emellertid Høyesterett på ett behövligt sätt an och problematiserar det tidigare förhållningssätt till fastställelsetalans tillåtlighet som inneburit att mindre konkretiserade rättsfrågor, inte kunnat prövas. Någon motsvarande diskussion har inte förts av HD med samma utförlighet.

¹⁵⁴ Hellner, Agnes, ”Aurora – En kort kommentar” *Retfærd* 2023, 4 s. 87, 91.

¹⁵⁵ Rättsfrågan i målet präglas av en högre grad av abstraktion än vad som var fallet i *Unibet* och *Video slots* (där fastställsedomens rättsliga konsekvenser för kändena var jämförelsevis konkreta, även om de inte utgjorde konkreta rättsföljder).

¹⁵⁶ Jfr Schei, Tore m.fl., *Tvisteloven. Kommentartutgåve*, § 1-3, Oslo 2007, avsnitt 4.2; Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 365.

5. Slutsatser

Fastställelsetalans tillåtlighet har både i Norge och Sverige kommit att prövas i mål av ganska olika karaktär. De norska mål som här behandlats i större djup gäller offentlighetsrättsliga frågor och normprövning, medan den svenska rättspraxis som analyserats främst gällt påstådda kränkningar av europarätten. Fallen ställer domstolarna inför frågor gällande relationen mellan lagstiftande och dömande makt liksom hur nationell processrätt ska tolkas och tillämpas i ljuset av europarätten. Både § 1-3 tvisteloven (liksom dess föregångare i § 54 tvistemålsloven) och RB 13 kap. 2 § lämnar stort utrymme för rättsutveckling i praxis. Både i Norge och Sverige visar nylig rättsutveckling att detta utrymme också används av domstolarna idag. Tillämpningen av begreppet *rettskrav* och *rättsförhållande* har också utvecklats över tid. Den undersökning som presenterats här visar det tydligast med avseende på hur utrymmet för fastställelsetalans tillåtlighet på senare år vidgats i Norge.¹⁵⁷ Norsk rätt präglas som synes av en ganska hög grad av dynamik. Att processförutsättningarna i § 1-3 tvisteloven och inte minst begreppet *rettskrav* inte ska förstås som statiska utan tvärtom tolkas i ljuset samhällsutvecklingen, sägs uttryckligen i tvistelovens förarbeten. Høyesterett framstår därför inte som aktivistisk – den rättsutveckling som ägt rum förefaller ske med lagstiftarens goda minne, vilket är i linje med norsk konstitutionell tradition och rättskultur. Utgångspunkten att fastställelsetalan ska avse ett konkret rättsförhållande är alltså gällande i Norge. Høyesterett ser det som domstolens roll att avgöra konkreta tvister mellan enskilda, utifrån ”gjeldende rett og det foreliggende faktum”.¹⁵⁸ Det här känns igen i svensk processuell och konstitutionell rätt.¹⁵⁹ Men utifrån undersökningen ovan går det ändå att dra slutsatsen att det norska rättsläget uppvisar en större öppenhet i fråga om vad en fastställelsetalan kan tillåtas handla om – och därmed för vad domstolens roll är. För det första uppfattar jag Høyesteretts rättspraxis som mer nyanserad i relation till krav på konkretion och rättsföljdsanknytning. För det andra understryker både tvistelovens förarbeten och Høyesteretts avgöranden att domstolen också har till uppgift att klargöra innehållet i rätten. Bland annat därför är det enligt Høyesteretts avgöranden i *Acer* och *Fjellova* i vissa fall befogat att tillåta en fastställelsetalan rörande en mer generell och abstrakt, mindre konkretiserad rättsfråga. Baksidan av det torde vara fastställelsetalans konsekvenser är svårare att överblicka, både för parter och domstolar. Samtidigt framhävs processens klargörande funktion.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Att så är fallet lyfts fram av Bellander, Henrik och Munck af Rosenschöld, Johanna, ”Flygpassageraren och rättegångsbalken. Omkullkastade grundprinciper eller business as usual?” SvJT 2022 s. 941, 956.

¹⁵⁸ HR-2023-1044-A, p. 58.

¹⁵⁹ Jfr avsnitt 3 ovan.

¹⁶⁰ Jfr avsnitt 4.2 ovan.

I Norge har också rätten till ett effektivt rättsmedel enligt EKMR, på ett annat sätt än vad som fram till alldeles nyligen avspeglats i svensk rättstillämpning, präglad rättsutvecklingen gällande fastställsetalans tillåtlighet.¹⁶¹ Trots att europarätten inte förutsätter att den enskilde kan få en rättighetskränkning fastställd i dom – tillräckligt är att rättighetskränkningen prövas domskälsvis – bedöms en sådan kränkning i Norge vara ett *rettskrav* som kan prövas inom ramen för fastställsetalan. I tvistelovens förarbeten, liksom i ovan behandlade avgöranden från Høyesterett, lyfts särskilt fram att omständigheten att något annat rättsmedel inte står till buds för att få en viss påstådd rättighetskränkning prövad, kan tala för att tillåta en fastställsetalan.¹⁶²

På senare tid har utrymmet för fastställsetalans tillåtlighet vidgats också i Sverige. Genom avgörandena i *Flygbolagets megivande*, *Klimattalan* och *Regionens medgivande* står klart att det är möjligt att under vissa förutsättningar föra en fastställsetalan med avseende på rättighetsöverträdelser. Dels när överträdelserna är av prejudiciell betydelse i målet: då kan fastställsetalan vara tillåtlig avseende överträdelser av rättigheter skyddade i EU-rätten, Europakonventionen och svensk grundlag. Dels därutöver, i en allmänt hållen klimattalan avseende vissa kränkningar av Europakonventionen. Denna nya rättspraxis reflekterar som jag ser det både försiktighet och vilja att förenkla och förtydliga rättsläget. Domstolen förefaller i *Klimattalan* angelägen om att inte öppna för att tillåta fastställsetalan i större utsträckning än vad europarätten kräver. Genom att skapa ett särskilt processuellt spår för fastställsetalans tillåtlighet vad gäller en allmänt hållen klimattalan, åstadkoms med hjälp av Europadomstolens avgörande i *KlimaSeniorinnen* större tydlighet än tidigare med avseende på vad som gäller, vilket är behövligt ur ett access to justice-perspektiv. Samtidigt skapas emellertid ny osäkerhet, inte minst i fråga om vad som utgör en ”allmänt hållen klimattalan” och när 13 kap. 2 § tredje stycket således ska tillämpas. Lösningen framstår tyvärr i viss mån som ett sätt att undvika att utifrån befintlig civilprocessrättslig teori adressera den underliggande problematiken: de processuellt definierade gränserna för rätten till domstolsprövning och ramarna för domstolens roll vid påstådda storskaliga kränkningar av mänskliga rättigheter, som inte låter sig konkretiseras i samma utsträckning som geografiskt lokalisierbara och tidligt redan avslutade rättighetskränkningar.

¹⁶¹ Jfr avsnitt 4.4.1 ovan.

¹⁶² Ot.prp.nr.51 (2004–2005), Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 154.