



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2018

Examensarbete i processrätt och skiljemannarätt
30 högskolepoäng

Jura novit curia

En analys av hur principen bör tillämpas i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige

An analysis of how the principle jura novit curia applies in international arbitration taking place in Sweden

Författare: Nils Ivars

Handledare: Seniorprofessor Torgny Håstad



Förord

I augusti 2013 gick flyttlasset till Uppsala för att läsa juridik – ett val som inte alls var självklart. Efter att ha blivit hänvisad till något pittoreskt hus som kallades ”Jontes stuga” och hoppat runt utklädd till Top Gun bland Uppsalas nationer i en veckas tid inleddes mina juridikstudier – och sedan dess har jag inte ångrat mig en sekund. Snart fem år senare är det dags att pröva vingarna på riktigt och ge sig ut i verkligheten.

Det finns många personer som jag har att tacka för en mängd olika saker under denna resa, men här skulle jag först och främst vilja rikta ett tack till min uppsatshandledare Torgny Håstad, som inte bara introducerade mig för ämnet, utan också under skrivprocessen ställt knivskarpa frågor och varit ett bra bollplank för diverse olika tankar jag haft. Tack också till advokat Diego S. Kelly, advokat Martin Vainstein och övriga på advokatfirman Marval O’Farrell & Mairal i Buenos Aires för att jag fick chansen att arbeta en tid i Argentina och för bidragen till denna uppsats.¹

Stort tack också till min opponent och löparkompanjon Simon Mellin för kloka tankar och inspel. Jag vill också rikta ett tack till Hanna Hamrén, Jacob Gustafsson och Linnea Larsson som också läst uppsatsen och gett feedback på såväl innehåll som korrekturfadäser. Sist men inte minst, hatten av för mina två eviga vapendragare under juristprogrammets alla tentapluggsperioder och PM-veckor: Hanna Hamrén och Alexander Berlin-Jarhamn – utan er hade det inte blivit så här bra!

Avslutningsvis vill jag också nämna David Sandbergs examensuppsats från 2011 på samma tema som denna uppsats, där jag kunnat hitta flera intressanta källor och uppslag som gjort min uppsats mer robust.²

Nu väntar nya äventyr!

Nils Ivars

Buenos Aires, maj 2018

¹ Gracias al Dr. Diego S. Kelly y por haberme dado la oportunidad de poder realizar una pasantía en el Estudio Marval, O’Farrell & Mairal y al Dr. Martin Vainstein por la ayuda para completar mi análisis comparativo. No menos importante, me gustaría agradecerles mis colegas en el Estudio, por el compañerismo y apoyo que me han brindado, lo cual aportó a mis ánimos de concluir mi Tesis y la experiencia en Buenos Aires.

² Uppsatsen kan läsas här: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/30248?locale=sv>.

Innehållsförteckning

| | |
|--|-----------|
| Förord | ii |
| Innehållsförteckning | iv |
| Förkortningar | ix |
| Sammanfattning | x |
| Abstract | xi |
| 1 Inledning | 1 |
| 1.1 Ett möte mellan två ytterligheter | 1 |
| 1.2 Beskrivning av problemet | 2 |
| 1.3 Syfte och avgränsningar | 3 |
| 1.3.1 Syfte..... | 3 |
| 1.3.2 Avgränsningar..... | 4 |
| 1.4 Metod, material och definitionen av jura novit curia | 4 |
| 1.4.1 Metod..... | 4 |
| 1.4.1.1 Rättsdogmatisk metod..... | 4 |
| 1.4.1.2 Komparativ metod..... | 6 |
| 1.4.2 Material..... | 6 |
| 1.4.3 Definitionen av jura novit curia och dess inverkan på analysen | 7 |
| 1.5 Disposition | 8 |
| 2 Vad innebär jura novit curia? | 9 |
| 2.1 Om detta avsnitt | 9 |
| 2.2 En fråga om återopande eller bevisning av rättsregler? | 9 |
| 2.3 Materiell processledning som del av principen | 10 |
| 2.4 Synen på principen hos några utländska författare | 11 |
| 2.5 Innebörden av jura novit curia i denna uppsats | 12 |
| 2.5.1 En tredelad princip..... | 12 |
| 2.5.2 Gränsdragningsproblem med den valda definitionen | 13 |
| 3 Jura novit curia i svenska tvister | 15 |
| 3.1 Om detta avsnitt | 15 |
| 3.2 Jura novit curia i svenska domstolar | 15 |
| 3.2.1 Är rätten bunden av återopade rättsregler? | 15 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.2.2 | Behöver parterna bevisa innehållet i gällande rätt? | 16 |
| 3.2.2.1 | <i>I fråga om svensk rätt</i> | 16 |
| 3.2.2.2 | <i>I fråga om utländsk rätt</i> | 17 |
| 3.2.3 | Måste domstolen låta parterna yttra sig över nya rättsregler? | 18 |
| 3.2.4 | Sammanfattning | 20 |
| 3.3 | Jura novit curia i svenska skiljeförfaranden | 21 |
| 3.3.1 | Klanderbarhet som yttersta gräns för jura novit curia | 21 |
| 3.3.2 | Parternas möjlighet att disponera över rättsanvändningen | 22 |
| 3.3.3 | Vad gäller in dubio? | 24 |
| 3.3.3.1 | <i>Lagstiftarens uttalanden</i> | 24 |
| 3.3.3.2 | <i>Doktrinuttalanden</i> | 24 |
| 3.3.3.3 | <i>Tillämpning i praxis</i> | 27 |
| 3.3.4 | Slutsatser om jura novit curia i svenska skiljeförfaranden | 29 |
| 3.4 | Sammanfattning | 30 |
| 4 | Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden från ett svenskt perspektiv | 31 |
| 4.1 | Om detta avsnitt | 31 |
| 4.2 | Uttalanden i den svenska doktrinen | 31 |
| 4.2.1 | Allmänt | 31 |
| 4.2.2 | Enighet om att skiljenämnden <i>inte</i> har det fulla utredningsansvaret | 31 |
| 4.2.3 | Får skiljenämnden göra egna rättsutredningar? | 32 |
| 4.2.4 | Är skiljenämnden bunden av åberopade rättsregler? | 33 |
| 4.2.5 | Gäller överraskningsfriheten? | 35 |
| 4.2.6 | Sammanfattning av svenska doktrinuttalanden | 36 |
| 4.3 | Svensk klanderpraxis | 37 |
| 4.3.1 | Utgångspunkter | 37 |
| 4.3.2 | Exempel från Svea hovrätt | 37 |
| 4.3.2.1 | <i>Svea HovR T 745-06</i> | 37 |
| 4.3.2.2 | <i>Svea HovR T 2289-14</i> | 38 |
| 4.3.2.3 | <i>Svea HovR T 1417-14 och Svea HovR T 4050-10</i> | 39 |
| 4.3.3 | Sammanfattning av svensk klanderpraxis | 41 |
| 4.4 | SCC:s regelverk | 42 |
| 4.4.1 | Utgångspunkter | 42 |
| 4.4.2 | En nyhet i 2017 års regler | 42 |
| 4.4.3 | Vad innebär ändringen i regelverket? | 43 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.5 | Sammanfattning..... | 44 |
| 5 | Jura novit curia från ett utländskt perspektiv | 45 |
| 5.1 | Om detta avsnitt..... | 45 |
| 5.2 | Jura novit curia i några andra länder | 45 |
| 5.2.1 | England | 45 |
| 5.2.1.1 | Allmänt om engelsk process- och skiljemannarätt..... | 45 |
| 5.2.1.2 | Jura novit curia i skiljeförfaranden i England | 46 |
| 5.2.2 | Schweiz..... | 49 |
| 5.2.2.1 | Allmänt om schweizisk process- och skiljemannarätt..... | 49 |
| 5.2.2.2 | Jura novit curia i skiljeförfaranden i Schweiz | 49 |
| 5.2.3 | Danmark | 52 |
| 5.2.3.1 | Allmänt om dansk process- och skiljemannarätt | 52 |
| 5.2.3.2 | Jura novit curia i skiljeförfaranden i Danmark..... | 53 |
| 5.2.4 | Argentina | 54 |
| 5.2.4.1 | Allmänt om latinamerikansk och argentinsk process- och skiljemannarätt | 54 |
| 5.2.4.2 | Jura novit curia i skiljeförfaranden i Argentina..... | 55 |
| 5.2.5 | Några korta nedslag i ytterligare länder..... | 56 |
| 5.3 | Jura novit curia i internationella regelverk, skiljedomsinstitut, etc..... | 57 |
| 5.3.1 | Allmänt | 57 |
| 5.3.2 | UNCITRAL | 58 |
| 5.3.2.1 | Modellagen | 58 |
| 5.3.2.2 | UNCITRAL Arbitration Rules | 58 |
| 5.3.3 | Regelverk och tillämpning vid skiljedomsinstitut..... | 59 |
| 5.3.3.1 | London Court of International Arbitration..... | 59 |
| 5.3.3.2 | Singapore International Arbitration Centre | 59 |
| 5.3.3.3 | ICSID och investeringstvister | 60 |
| 5.3.4 | Övrig soft law | 62 |
| 5.3.4.1 | ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure | 62 |
| 5.3.4.2 | ILA Resolution 6/2008 | 62 |
| 5.4 | Sammanfattning av den internationella utblicken | 63 |
| 5.4.1 | Principen är globalt spridd..... | 63 |
| 5.4.2 | Del 1) Rättstillämpningsfriheten..... | 64 |
| 5.4.3 | Del 2) Rättsutredningsplikten | 65 |
| 5.4.4 | Del 3) Överraskningsfriheten | 66 |
| 6 | Resultat och slutsatser de lege lata | 67 |
| 6.1 | Resultatet av analysen | 67 |

| | | |
|---|---|-----------|
| 6.2 | Vad är gällande rätt? | 68 |
| 6.2.1 | Del 1) Rättstillämpningsfriheten..... | 68 |
| 6.2.2 | Del 2) Rättsutredningsplikten | 69 |
| 6.2.3 | Del 3) Överraskningsfriheten | 70 |
| 6.2.3.1 | Överraskningsfriheten är inte absolut | 70 |
| 6.2.3.2 | Graden av oförutsebarhet..... | 70 |
| 6.2.3.3 | Inverkanskravet..... | 70 |
| 7 | Vad bör gälla de lege ferenda? | 72 |
| 7.1 | Om detta avsnitt..... | 72 |
| 7.2 | Ändamålsskäl för och emot | 72 |
| 7.2.1 | Skälen bakom jura novit curia | 72 |
| 7.2.2 | Gör sig skälen gällande även i skiljeförfaranden?..... | 73 |
| 7.3 | Konsekvenser av en extensiv tillämpning av principen | 76 |
| 7.3.1 | Större korrekthet, men mindre förutsebarhet och partskontroll..... | 76 |
| 7.3.2 | Riskerar skiljenämnden att framstår som partisk?..... | 76 |
| 7.3.3 | Gränsdragningsproblem: vad är en ”överraskning”?..... | 77 |
| 7.3.4 | Rättsekonomiska och tidsmässiga effekter..... | 77 |
| 7.4 | Konsekvenser av en restriktiv tillämpning av principen | 77 |
| 7.4.1 | Gränsdragningsproblem: vad är en rättsregel? | 77 |
| 7.4.2 | Går det att <i>inte</i> tillämpa jura novit curia? | 79 |
| 7.4.3 | Orimliga resultat? | 79 |
| 7.4.4 | Skillnad mellan svenska och internationella skiljeförfaranden | 80 |
| 7.4.5 | Effekter av en begränsad överraskningsfrihet | 80 |
| 7.5 | Så, vad borde gälla?..... | 81 |
| 7.5.1 | Hur bör skiljenämnder förhålla sig till principen?..... | 81 |
| 7.5.2 | Vad bör vara klanderbart? | 83 |
| 8 | Avslutande kommentar | 85 |
| Käll- och litteraturförteckning..... | i | |
| Offentligt tryck..... | i | |
| Propositioner | i | |
| Offentliga utredningar | i | |
| Övrigt | i | |
| Svensk praxis..... | i | |
| Högsta domstolen..... | i | |

| | |
|--|-------------|
| Klanderdomar från hovrätter | ii |
| Utländsk praxis | ii |
| ICSID | ii |
| England..... | iii |
| Finland..... | iii |
| Schweiz | iii |
| Svensk litteratur och artiklar | iii |
| Internationell litteratur och artiklar..... | vi |
| Övrigt..... | viii |

Förkortningar

| | |
|----------|---|
| ALI | American Law Institute |
| AvtL | Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område |
| BIT | Bilateral Investment Treaty |
| CAS | Court of Arbitration for Sport |
| CIETAC | China International Economic and Trade Arbitration Commission |
| DJ | Dagens Juridik |
| EIAR | European International Arbitration Review |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR | Hovrätt |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| ILA | International Law Association |
| JT | Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet |
| JP | Juridisk publikation |
| LCIA | London Court of International Arbitration |
| LCIARoA | London Court of International Arbitration Rules of Arbitration |
| LSF | Lag (1999:116) om skiljeförfarande |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv |
| Prop. | Proposition |
| RB | Rättegångsbalken (1942:740) |
| SCC | Stockholm Chamber of Commerce |
| SIAC | Singapore International Arbitration Centre |
| SIAR | Stockholm International Arbitration Review |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| UNCITRAL | United Nations Commission of International Trade Law |
| UNIDROIT | International Institute for the Unification of Private Law |

Sammanfattning

Principen *jura novit curia* anses vedertagen i svensk processrätt. Det har dock ansetts osäkert om, och i så fall hur, principen ska tillämpas i internationella skiljeförfaranden. Uppsatsen utreder därför gränserna för hur *jura novit curia* får tillämpas i internationella skiljeförfaranden i Sverige utan att skiljedomen kan klandras framgångsrikt.

I uppsatsen definieras principen enligt följande: 1) *Rättstillämpningsfriheten*: Rätten/skiljenämnden är *inte* bunden av de rättsregler (rättsliga kvalifikationer) som parterna åberopat eller diskuterat under processen. 2) *Rättsutredningsplikten*: Parterna behöver *inte* bevisa innehållet i gällande rätt och rätten/skiljenämnden är omvänt skyldig att ex officio utreda hur gällande rätt ska förstås oaktat vilka rättskällor parterna presenterat. 3) *Överraskningsfriheten*: Rätten/skiljenämnden är *inte skyldig* att genom materiell processledning låta parterna yttra sig över ”nya” rättsregler eller rättsliga kvalifikationer som rätten/skiljenämnden överväger att göra.

Inledningsvis djupanalyseras principens ställning i svenska domstolsförfaranden och rent svenska skiljeförfaranden. Därefter analyseras hur principen diskuteras i svensk doktrin, i svensk klanderdomspraxis och enligt SCC-regelverket. Vidare följer en översiktlig komparativ analys med studier av hur *jura novit curia* tillämpas i bland annat England, Schweiz, Danmark och Argentina samt under ett antal internationella instrument och institut såsom ICSID, UNCITRAL, ALI/UNIDROIT och ILA.

Sammantaget är slutsatserna i uppsatsen följande: *Rättstillämpningsfriheten* gäller i internationella skiljeförfaranden i Sverige. En skiljedom torde alltså *inte* kunna klandras enbart för att en skiljenämnd ex officio tillämpat andra rättsregler än de parterna hänfört sig till. Nämnden har dock möjlighet att ålägga parterna att presentera bevisning om rättens innehåll, vilket innebär någon absolut *rättsutredningsplikt* inte finns. Analysen visar slutligen att någon absolut *överraskningsfrihet* inte finns, men att det är oklart hur stor oförutsebarhet i rättstillämpningen som krävs för att det ska vara fråga om ett klanderbart handläggningsfel. Givet att LSF kräver att handläggningsfelet ska ha ”inverkat på utgången” i målet för att skiljedomen ska åsidosättas torde det dock i praktiken vara endast i undantagsfall som överraskande rättstillämpning de facto leder till ett åsidosättande av en skiljedom.

Abstract

The principle *jura novit curia* is considered a fundament of Swedish Procedural Law. Yet there are doubts as to whether, and if so how, the principle applies in international arbitration. In this thesis it is investigated how *jura novit curia* can be applied in international arbitration taking place in Sweden without the award being annulled.

In the thesis, the principle is defined as follows: 1) *Freedom to apply the law*: A court/tribunal is not bound by the legal arguments and qualifications made by the parties in the case. 2) *Duty to investigate the law*: The parties do not have to prove the law and consequently a court/tribunal is obliged to research and ascertain the law *ex officio*. 3) *Freedom to surprise*: A court/tribunal is not obliged to let the parties comment on the legal sources or rules of law that it considers to apply on the case.

Initially the application of *jura novit curia* in Swedish courts and domestic arbitrations is deeply analyzed. Furthermore, the discussion among Swedish scholars and the application in case law and under the SCC framework is presented. Thereafter follows a brief comparative analysis on how *jura novit curia* is applied in England, Switzerland, Denmark and Argentina, as well as its application under a number of international instruments and institutions such as ICSID, UNCITRAL, ALI/UNIDROIT and ILA.

In short, the conclusions of the thesis are: The *freedom to apply the law* applies in international arbitration in Sweden since an arbitral award can most likely not be annulled only because a rule of law that was not invoked by the parties was applied. However, an arbitral tribunal *has* the power to require the parties to present legal arguments and legal investigations, which means there is no absolute *duty to investigate the law*. The analysis shows that there is no absolute *freedom to surprise*, although it is uncertain how much unpredictability is needed for an award to be annulled due to procedural error. However, given that the Swedish Arbitration Act additionally requires a procedural error to have “influenced the outcome of the case”³ in order for an award to be annulled, it is likely that it is only exceptional examples of unpredictable application of law that would actually lead to an annulment.

³ Section 34(1)(6) of the Swedish Arbitration Act of 1999. Unofficial translation: <http://www.sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>.

1 Inledning

1.1 Ett möte mellan två ytterligheter

“Conflict is inevitable, but combat is optional”

– Max Lucado, amerikansk författare

Den här uppsatsen berör en konflikt mellan två juridiska trotjänare. I ena ringhörnan hittar vi principen *jura novit curia*.⁴ Uttrycket betyder ungefär ”rätten känner lagen” och härstammar från den kanoniska rätten.⁵ I den andra ringhörnan återfinns tvistlösningsinstitutet *skiljeförfarande*, med anor ända från Antiken.⁶ Dessa två fenomen representerar två diametralt olika sidor av den juridiska konfliktlösningen. *Jura novit curia* är ett uttryck för en inkvisitorisk process, samhällets handlingsdirigerande roll och en garant för en materiellt korrekt rättstillämpning; medan *skiljeförfarandet* karaktäriseras av parternas långtgående kontroll över processen där det primära intresset är en snabb och flexibel konfliktlösning.

Men – kanske du tänker nu – uppenbarligen har dessa två institut verkat i samexistens under lång tid; det kan de väl fortsätta att göra? Det är sant. Även om de två fenomenen står i konflikt med varandra betyder det inte att de inte kan samexistera. Frågan är bara hur. *Conflict is inevitable, but combat is optional*.

⁴ Ibland används stavningen *iura novit curia*, eftersom latinet saknar bokstaven 'j'. Stavningen med 'j' verkar vara den vanligaste i den svenska litteraturen, varför jag valt att använda den. Ibland används också benämningen *jura novit arbiter* i fråga om skiljeförfaranden. Möjligen kan det tyckas mer korrekt att använda en sådan benämning när man analyserar principen inom just skiljeförfaranden. Det kan dock enligt min mening skapa viss förvirring om det görs en åtskillnad mellan å ena sidan *jura novit curia* och *jura novit arbiter* å andra sidan, i synnerhet om dessa två principer ges olika innebörd. Istället har jag valt att genomgående använda begreppet *jura novit curia* och ge principen en enhetlig definition och istället analysera hur och om principen ges olika genomslag beroende på om det är ett domstolsförfarande eller ett skiljeförfarande.

⁵ *Jura novit curia* härstammar från den kanoniska rätten, existerade i medeltida inkvisitorisk processrätt, och anses ha kommit till uttryck för svenskt vidkommande i redan i Olaus Petris domarregler och i även i 1734 års lagverk, se Croon, JP 2010 s. 276; Madsen, JT 2010/11 s. 486.

⁶ Regler om tvistlösning genom ett slags förstadium till skiljedomare kan spåras ända till feniciernas lagsamling omkring år 2100 f.Kr. Den första kända skiljemanen i vår del av världen figurerar i Homeros klassiska epos *Odysséen* (noterbart är att denna skiljeman faktiskt var en kvinna). Den romerska rätten innehöll också varianter av skiljeförfaranden, såsom *Corpus Iuris Civilis* och *Digesta*. Olika former av skiljeförfaranden har vidare reglerats och använts av till exempel vikingar, judiska köpmän under 1100-talet, i medeltidens England, och av Hansan i Lübeck liksom Visby stadslag på 1300-talet. Jfr prop. 1998/99:35 s. 32; Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 27 ff; Olsson/Kvart, Lagen om skiljeförfarande s. 15 ff.

1.2 Beskrivning av problemet

Principen *jura novit curia* anses vara en grundbult i den svenska processrätten och få ifrågasätter dess tillämplighet i svenska domstolar.⁷ Lagstiftaren uttalade vid införandet av lagen (1999:119) om skiljeförfarande (LSF) att detsamma analogt bör gälla i rent inhemska skiljeförfaranden, framförallt eftersom svenska parter kan förväntas vara vana vid principens existens. Däremot menade lagstiftaren att principens tillämplighet är mer osäker när det kommer till internationella skiljeförfaranden. Ett skäl som anfördes för att då iaktta försiktighet vid användandet av *jura novit curia* var att utländska parter kunde vara ovana vid principen.⁸ Någon faktisk analys över principens ställning i andra rättsordningar presenterades dock inte i förarbetena och det lämnades inte heller några tydliga direktiv kring hur en skiljenämnd istället ska agera om principen *inte* tillämpas.⁹ Flera svenska författare delar lagstiftarens inställning och rekommenderar att *jura novit curia* tillämpas mer begränsat i internationella skiljeförfaranden.¹⁰ En sådan vag rekommendation ger dock utrymme för godtycke. Vidare kan det nämnas att även om det tycks råda enighet om att en princip kallad *jura novit curia* existerar, finns dock ingen vedertagen definition av principen. Detta kan också tänkbart bidra till osäkerhet i rättstillämpningen.

Sverige är en viktig plats för internationell tvistlösning och skiljedomsinstitutet vid Stockholms handelskammare (SCC) är ett av världens främsta och mest använda skiljedomsinstitut.¹¹ För att behålla denna starka position på tvistlösningskartan och fortsatt attrahera internationella skiljeförfaranden till Sverige har regeringen inlett en översyn av LSF med flera moderniseringsförslag.¹² Frågan kring *jura novit curia* har dock bara berörts mycket ytligt i denna översyn.¹³ När regeringen efter

⁷ Jfr Lindell, Partsautonomins gränser s. 64, se särskilt hänvisningen till Kallenberg.

⁸ Prop. 1998/99:35 s. 144, vari uttalas: ”Gäller tvisten utländska parter måste beaktas att dessa kan vara knutna till rättssystem där tesen *jura novit curia* inte hyllas på samma sätt som i vårt land; detta måste beaktas när man har att fixera skiljemännens uppdrag.” Se även SOU 1994:81 s. 177.

⁹ Prop. 1998/99:35 s. 144. Allt som skrivs är: ”Det ovan anförda illustrerar svårigheterna med att formulera en för alla fall tillämplig regel som mer precist anger skiljemännens behörighet i nu aktuellt avseende. Även denna fråga har visst samband med den om skiljemännens materiella processledning.”

¹⁰ Se nedan i avsnitt [4.2].

¹¹ Exempelvis kan nämnas att SCC är världens näst största institut för tvister mellan investerare och stater, jfr <http://sccinstitute.se/tvistlosning/investeringstvister/> (per den 16 maj 2018).

¹² Se SOU 2015:37 – En översyn av lagen om skiljeförfarande, samt lagrådsremissen den 1 mars 2018 – En modernisering av lagen om skiljeförfarande.

¹³ SOU 2015:37 s. 94, där utredaren diskuterar frågan om valet mellan olika länders rättsordningar.

beredningsprocessen den 1 mars 2018 överlämnade en lagrådsremiss om förändringar i LSF fanns där inga nya tydliggörande ställningstaganden rörande *jura novit curia*.¹⁴ Frågan *om jura novit curia* över huvud taget får tillämpas i skiljeförfaranden, i synnerhet de internationella – och i så fall *hur* – är alltså oklar.

Denna osäkerhet kan först och främst skapa potentiella problem för en skiljenämnd när den ska handlägga ett skiljeförfarande. Hur bör man som skiljedomare hantera *jura novit curia*? Det gäller dock att särskilja frågan om hur en skiljenämnd lämpligen *bör* agera från frågan om hur en skiljenämnd lagligen *får* agera. Därigenom kan tillämpligheten av *jura novit curia* ytterst bedömas mot de klandergrunder som finns i LSF. Osäkerheten som framstår gälla kring *jura novit curia* blir därmed inte bara ett problem för skiljenämnder, utan också för domstolar som har att ta ställning till en klandertalan som rör en skiljenämnds rättsanvändning.

Så, vad gäller? Ska man falla tillbaka på den svenska rättstraditionen och tillämpa *jura novit curia*? Gör det någon skillnad om en eller flera parter är utländska? Hur ser det ut utomlands? Och om principen gäller, vad innebär den egentligen, mer exakt? Är det kanske rentav dags att skrota *jura novit curia* helt?

Frågorna kring *jura novit curia* är inte heller oväsentliga. Beroende på hur principen tillämpas kan den tänkbart vara avgörande för utgången i en tvist. En alltför stor oklarhet kring principens tillämplighet kan därför potentiellt vålla osäkerhet för såväl en skiljenämnd som för parterna – och kanske i förlängningen inverka negativt på Sverige som en attraktiv plats för att lösa tvister.

1.3 Syfte och avgränsningar

1.3.1 Syfte

Uppsatsens huvudsyfte är att utreda hur principen *jura novit curia* ska tillämpas vid ett internationellt skiljeförfarande som äger rum i Sverige. Ytterst handlar frågan om hur stort spelrum skiljenämnden har i sin rättsanvändning utan att göra sig skyldig till klanderbara fel.

¹⁴ SOU 2015:37 samt Lagrådsremiss den 1 mars 2018 – En modernisering av lagen om skiljeförfarande.

Mot bakgrund av huvudsyftet ovan avser jag i uppsatsen:

- Definiera *jura novit curia* och systematisera och differentiera principen i syfte att möjliggöra mer konkreta ställningstaganden kring var gränsen för klanderbarhet går och även kring hur en skiljenämnd bör agera.
- Utredda hur principen ska tillämpas *de lege lata* i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige.
- Diskutera hur principen enligt mig bör tillämpas *de lege ferenda* i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige.

1.3.2 Avgränsningar

Analysen tar sikte på en skiljenämnds rättsanvändning och agerande i dispositiva tvistemål som kan prövas i skiljeförfarande. Rättsanvändningen kan visserligen påverkas av till exempel regler av ”public policy”-karaktär, *ordre public* och EU-rättsliga konkurrensrättsregler. Tillämpningen av dessa regler behandlas dock inte i uppsatsen. Inte heller beaktas regler om ogiltighet av en skiljedom, eller frågor rörande erkännande och verkställighet av skiljedomar. En stor fråga inom skiljemannarätten är så kallade lagvalsfrågor, vilka tar sikte på vilken *rättsordning* som ska tillämpas såväl processuellt som materiellt på tvisten. Även om dessa frågor kan tangeras *jura novit curia* avser jag i denna uppsats endast fokusera på valet mellan olika *rättsregler* eller rättsliga spår inom en ostridig rättsordning.¹⁵ En fråga om exempelvis svensk materiell rätt över huvud taget är tillämplig på en tvist ligger alltså utanför uppsatsens ram.

1.4 Metod, material och definitionen av *jura novit curia*

1.4.1 Metod

1.4.1.1 Rättsdogmatisk metod

Uppsatsen behandlar ett juridiskt problem och den naturliga utgångspunkten är att fastslå hur rättsläget ska förstås *de lege lata*. Därvid kommer rättsdogmatisk metod väl till användning. Den rättsdogmatiska metoden utgår från en studie av de befintliga rättskällorna och besvarar hur gällande rätt ska förstås (*de lege lata*) eller bör se ut (de

¹⁵ Se t.ex. diskussionen som förs av Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet i Remiss: Översyn av lagen om skiljeförfarande (SOU 2015:37). Ju2015/3754/DOM (Dnr V 2015/997).

lege ferenda).¹⁶ Ofta beskrivs metoden som att juristen gör en konstruktion av rättsregeln utifrån en studie av rättskällorna och rättssystemet, vilket betraktas som ett självständigt normativt system. Med en snäv rättsdogmatisk metod ska därför inte praktisk tillämpning, empiri eller samhällssystemet i övrigt beaktas i någon större utsträckning.¹⁷ Den restriktiva synen på metoden innebär också att endast en analys de lege lata baserad på auktoritativa rättskällor kan klassas som rättsdogmatisk. Enligt den extensiva synen kan dock även ändamålsöverväganden, resonemang de lege ferenda och exempelvis rättshistoriska diskussioner ingå i analysen.¹⁸

En utmaning vid användandet av den rättsdogmatiska metoden i denna uppsats är att lagstiftaren varken i LSF eller i förarbetena har gett något tydligt svar på hur jura novit curia ska tillämpas i internationella skiljeförfaranden. Frågan framstår inte heller vara klarlagd i praxis. Den främsta källan till diskussion om jura novit curia är istället den juridiska litteraturen. Doktrin är inte formellt en auktoritativ rättskälla, utan snarare ett inslag i den juridiska debatten, som dock kan ha stor betydelse i praktiken.¹⁹ Mot denna bakgrund kan en *restriktiv* tolkning av den rättsdogmatiska metoden därmed vara svår att använda för att kunna uppnå syftet med uppsatsen.²⁰

Jag bedömer dock att doktrinuttalanden *har* ett stort rättskällevärde gällande jura novit curia, bland annat med hänsyn till att domstolarna i klander mål de facto framstår tillmätta doktrinuttalanden rättskällevärde.²¹ Jag anser därför att en *extensiv* rättsdogmatisk metod lämpligen kan användas för att analysera rättsläget de lege lata.

I uppsatsen tar jag också ställning till hur jura novit curia enligt min egen uppfattning de lege ferenda bör hanteras i internationella skiljeförfaranden.²² I den analysen beaktas främst ändamålsskäl och bärande principer bakom både principen jura novit curia och skiljeförfarandet som institut, i syfte att analysera i vilken utsträckning en tillämpning

¹⁶ Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 203.

¹⁷ Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 21 och särskilt s. 24 där bland annat Jareborg citeras.

¹⁸ Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 30 ff., särskilt s. 36.

¹⁹ Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 205; Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 28, 33.

²⁰ Jfr Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 33 och särskilt s. 36.

²¹ Exempelvis i Svea HovR T 1968-16, vilket redogörs för senare i denna uppsats.

²² Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 272 ff. I grova drag beskriver Lehrberg att en utredning de lege ferenda lämpligen inleds med att kartlägga den befintliga regleringen på rättsområdet och vidare studera exempelvis närliggande rättsområden, utländsk rätt, etc. Därefter menar Lehrberg att olika lösningsalternativ bör presenteras och argument för och emot de olika alternativen bör inventeras innan en slutlig slutsats kan nås.

av jura novit curia i internationella skiljeförfaranden skulle möta dessa bakomliggande skäl. Denna ändamålsavvägning inkluderar bland annat rättspolitiska, rättshistoriska och rättsekonomiska argument, liksom studier av de olika alternativens beteendepåverkan och effekter för Sverige som tvistlösningsland.²³

1.4.1.2 Komparativ metod

Som beskrivits ovan framhålls ofta att jura novit curia bör tillämpas mycket försiktigt i internationella skiljeförfaranden med hänsyn till att principens genomslag kan vara mindre utomlands. Av denna anledning innehåller uppsatsen en internationell utblick för att studera hur det faktiskt förhåller sig i utländska rättsordningar. I den internationella utblicken görs en komparativ rättslig analys.²⁴ Det finns dock betydande svårigheter i att generellt jämföra olika rättssystem eftersom de kan ha olika uppbyggnad och karaktär. Jag kommer istället använda den metod Kleineman förordar, nämligen att göra vad han kallar ”case-studier” och utgå från ett konkret tillämpningsproblem och analysera hur problemet lösts i de jämförda systemen.²⁵

1.4.2 Material

Svenska skiljeförfaranden regleras i LSF.²⁶ Skiljedomar är i regel hemliga, men i den mån offentlig praxis finns avseende klandrade skiljedomar, främst från Svea hovrätt, är denna praxis en viktig rättskälla.²⁷ SCC:s regelverk för skiljeförfaranden analyseras också. Inte minst när det gäller internationella skiljeförfaranden bör skiljemän snarare försöka fylla ut skiljedomslagstiftningen genom att se till internationell ”arbitration

²³ Jfr t.ex. Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 254 ff. vid diskussionen om tvistlösning eller handlingsdirigering.

²⁴ Valguarnera, Den komparativa metoden s. 141, s. 147. Det kan diskuteras om det ens går att tala om *en särskild* metod vid en komparativ analys. Valguarnera beskriver att det snarare handlar om flera metoder som mynnar ut i en jämförelse mellan rättssystem. Se i övrigt Kleineman, jfr noten nedan.

²⁵ Kleineman, Rättsdogmatisk metod s. 40; Valguarnera, Den komparativa metoden s. 166.

²⁶ Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 49. LSF innehåller regler avseende skiljeavtalet, skiljeman eller skiljenämnds beskaffenhet och roll, förfarandet, skiljedomen, ogiltighet och klander av skiljedomen, kostnads-, forum- och talerätsfrågor, regler för internationella skiljeförfaranden i Sverige liksom erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar. LSF är dock inte en heltäckande detaljreglering, utan snarare ett allmänt ramverk som ska vara enkelt att förstå och tillämpa, även för lekmän.

²⁷ Elofsson, JT 2010/11 s. 732 ff. Även HD:s domvillopraxis kan teoretiskt i vissa situationer ge ledning i klanderprocesser mot skiljedomar, i synnerhet om det saknas klanderprejudikat avseende en viss typ av rättegångsfel. Det finns dock alltid anledning att iaktta viss försiktighet i att analogisera domvillopraxis och överföra denna på klanderfall, detta mot bakgrund av att domvillopraxis till syftene och sist utgår från regler i RB. Heuman har under de två artiklarna ”Vilken betydelse har prejudikat om domvillokagan för bedömningen av klanderfall rörande handläggningsfel?” Del I och II i JT 2016/17 gjort en ingående analys på detta tema. Jfr hans slutsatser i artikeln.

practise” än att analogisera nationella regler, såsom rättegångsbalken (RB).²⁸ Jag studerar därför några internationella ramverk på skiljeförfarandeområdet, såsom ICSID-konventionen,²⁹ samt regler och praxis under ICC, UNIDROIT och UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Modellagen).³⁰ Det finns flera enskilda handelskamrar och skiljedomsinstitut som anses vara betydelsefulla gällande internationell tvistlösning.³¹ International Law Association (ILA) ger också ut rekommendationer inom internationell kommersiell tvistlösning.³²

I den komparativa utblicken kan jag dessutom, utifrån min svenska juridikbakgrund, ha svårt att på djupet tillgodogöra mig utländska primärkällor. Av dessa skäl kan doktrinuttalanden vara säkrare rättskällor för den komparativa analysen än primärkällor, även om jag i viss mån också studerar sådana.³³

1.4.3 Definitionen av jura novit curia och dess inverkan på analysen

Jura novit curia är ett vagt begrepp. Av den anledningen ägnar jag relativt stort utrymme åt att diskutera begreppet jura novit curia och låter definiera principen i tre delar som jag bedömer är representativa för hur principen diskuteras i doktrinen. Ett problem med detta angreppssätt är att alla inom rättsvetenskapen inte gör samma explicita uppdelning och att det därför kan medföra svårigheter att ”översätta” och inordna resonemang i

²⁸ SOU 1994:81 s. 74; prop. 1998/99:35 s. 47; Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 61 f. beskriver att HD historiskt varit benägen att söka ledning i RB även i fråga om procedurfrågor inom skiljeförfaranden, vilket Madsen menar skulle kunna bero på ”frånvaron av andra inspirationskällor”. Madsen anser att ledning numera snarare kan sökas i internationella rättskällor.

²⁹ Konventionen kallas även ”Washingtonkonventionen” och tar sikte på investeringstvister mellan stater och en utländsk investerare. 153 stater har i dagsläget ratificerat konventionen och där flertalet stora investeringstvister runtom i världen fortlöpande löses genom ICSIDs regi. Sverige anslöt sig 1966. Se <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

³⁰ Flera länder har också införlivat eller inspirerat sin lagstiftning av Modellagen. Olsson/Kvart, Lagen om skiljeförfarande s. 22 betonar dock att flera länder med en stark historisk tradition av skiljeförfaranden, valde att låta nationella traditioner få större genomslag i den inhemska lagstiftningen. Exempel på stater som däremot införlivat Modellagen är Norge, Danmark, Australien, Japan, Kanada, Tyskland, Österrike och Ryssland. Stater som England, Frankrike, Kina, Schweiz, Sverige och USA har inte införlivat Modellagen i direkt mening, se även Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 47 not 116 och även listan av stater som införlivat Modellagen på www.uncitral.org.

³¹ Olsson/Kvart, Lagen om skiljeförfarande s. 23; SOU 2015:37 s. 65. Bland dessa kan nämnas International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, liksom London Court of International Arbitration, vilka endast löser internationella tvister. Även institut som t.ex. American Arbitration Association och Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut anses vara stora aktörer när det gäller internationella skiljeförfaranden.

³² Se exempelvis Madsen, JT 2010/11 s. 485 f (not 2). Även om ILA inte är någon auktoritär rättskälla i direkt mening framstår de rekommendationer som meddelas som normerande och anses legitima som soft law-instrument, åtminstone inom doktrinen.

³³ Jfr Bogdan, Komparativ rättskunskap s. 41–43; Valguarnera, Den komparativa metoden s. 165.

doktrinen under min tredelade modell. Utifrån uppsatsens syfte menar jag dock att det är befogat att försöka bryta ned principen *jura novit curia* i mer konkreta handlingsnormer och att en sådan differentiering kan göra det lättare att besvara uppsatsens huvudfråga på ett tydligt sätt.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds i avsnitt [2] med en presentation av hur *jura novit curia* har definierats inom rättsvetenskapen. Utifrån denna presentation ställer jag upp en definition av principen som tillämpas i den fortsatta analysen. I avsnitt [3] analyseras rättsdogmatiskt principens tillämplighet i den svenska rättskulturen; inledningsvis i allmänna domstolar och därefter i inhemska, svenska skiljeförfaranden. Därefter följer en analys av huvudfrågan för uppsatsen, nämligen hur principen ska tillämpas i internationella skiljeförfaranden. I avsnitt [4] analyseras frågan från ett svenskt perspektiv, med en genomgång av svenska doktrinuttalanden, svensk praxis och SCC:s regelverk. I avsnitt [5] analyseras hur *jura novit curia* tillämpas i några utvalda utländska rättsordningar, regelverk och hos enskilda skiljedomsinstitut. I avsnitt [6] summeras resultaten från den gjorda analysen i avsnitt 3–5 och en slutsats av hur gällande rätt ska förstås presenteras. I avsnitt [7] vägs slutsatserna från analysen samman med diverse lämplighets- och ändamålsskäl för och emot en extensiv eller restriktiv tillämpning av *jura novit curia*, varpå jag drar slutsatser kring hur jag anser principen borde tillämpas i internationella skiljeförfaranden *de lege ferenda*.

2 Vad innebär jura novit curia?

2.1 Om detta avsnitt

Diskussionen gällande jura novit curia inom den juridiska världen kan ibland tendera att bli en smula binär – ska vi tillämpa eller inte tillämpa jura novit curia?³⁴ Genast dyker då den oundvikliga följdfrågan upp: vad innebär principen? Dess innebörd är nämligen inte helt tydlig.³⁵ För att kunna diskutera principen är det därför viktigt att vara på det klara med vad som faktiskt åsyftas med ”jura novit curia”. Avsnittet syftar därmed till att presentera olika uppfattningar kring innebörden av jura novit curia och därefter fastslå hur principen definieras i denna uppsats.

2.2 En fråga om återopande eller bevisning av rättsregler?

Jura novit curia brukar i allmänhet översättas till ”rätten känner lagen”. Ofta definieras inte principen exakt i litteraturen, utan behandlas relativt svepande. I den mån principen ändå utvecklas framträder två huvudspår i den svenska doktrinen.

Ekelöf ger uttryck för en ganska klassisk syn på jura novit curia. Han beskriver principen som att det står ”domstolen fritt att hänföra (subsumera) återopade rättsfakta under en rättsregel, som ingen av parterna velat återropa”.³⁶

Lindell har en annan utgångspunkt och anför att principen inte betyder ”något annat eller mera än att rättssatser inte behöver bevisas” (min kursivering). Lindell presenterar vidare något han kallar en absolut variant av jura novit curia, respektive en relativ variant. Enligt den absoluta varianten tillämpar rätten lagen ex officio oavsett vilka rättsregler parterna berört. Med den relativa varianten prövar rätten ex officio sakförhållandet endast mot de rättsregler som parterna underförstått eller uttryckligen utgått ifrån.³⁷ Ekelöf å sin sida verkar visserligen likt Lindell också anse att gällande rätt

³⁴ Se exempelvis Ramberg, Advokaten 2006.

³⁵ Jfr t.ex. Giovannini s. 497.

³⁶ Ekelöf m.fl. (II) s. 140.

³⁷ Lindell, Partsautonomins gränser s. 33 ff. Jfr dock Lindell, Processuell preklusion s. 271 f. där han beskriver att domstolen torde vara fri att ex officio tillämpa en ny rättsregel som parterna inte återopat (i stil med hans beskrivning av den absoluta varianten av jura novit curia).

inte behöver bevisas av parterna, men det är inte lika tydligt om han inordnar detta under *jura novit curia* eller inte.³⁸

Man ska kanske inte överdriva skillnaderna mellan Ekelöf och Lindells synsätt, men det nyss sagda visar att det finns åtminstone två olika aspekter som kan intolkas under principen *jura novit curia*: dels att parterna inte behöver *bevisa* gällande rätt då rätten förutsätts känna lagen (Lindell), dels att rätten inte är bunden av de rättsregler som *åberopats* (Lindells absoluta variant, liksom Ekelöf).

Det finns dock andra sätt att definiera *jura novit curia*. Runesson delar till exempel upp principen i tre beståndsdelar; dels de två delar som nämnts ovan och dels rättens frihet att omtolka yrkanden och rättsföljder.³⁹ Runesson verkar dock vara relativt ensam inom den svenska expertisen att inordna frågor kring yrkanden och rättsföljder under principen *jura novit curia*.⁴⁰ I den övriga svenska doktrinen framstår det dock om att frågan kring bevisning av gällande rätt och frågan om bundenhet av åberopade rättsregler regelmässigt inordnas under *jura novit curia*.⁴¹

2.3 Materiell processledning som del av principen

I anslutning till *jura novit curia* diskuteras ofta frågan kring rättens materiella processledning. Mer specifikt anser vissa att principen *jura novit curia* är förenad med en skyldighet för rätten att genom materiell processledning upplysa parterna om en

³⁸ Jfr Ekelöf m.fl. (IV) s. 77, där termen *jura novit curia* inte används. Se även Kleinemans referat av Ekelöfs syn i Vänbok till Södermark s. 93 f. Den ekelöfska synen verkar således utgå från själva åberopandet av rättsregler, medan Lindell snarare tar avstamp i bevisningen av rättsreglernas innebörd. Enligt min tolkning skulle Lindells relativa variant av *jura novit curia* i Ekelöfs ögon faktiskt innebära att *jura novit curia* *inte* tillämpas, utifrån Ekelöfs sätt att definiera principen.

³⁹ Runesson, JT 2017/18 s. 172. Fritt översatt från Runessons artikel: 1) parterna inte behöver bevisa innehållet i gällande rätt, då rätten förutsätts känna till lagen, 2) rätten inte är bunden till de av parterna åberopade rättsreglerna, 3) rätten är fri att (om)tolka parternas yrkanden så länge den inte går utöver vad som yrkats (*ultra partita*) eller dömer ut en annan typ av rättsföljd än vad som yrkats (*extra partita*).

⁴⁰ Ett undantag är Hope & Hallberg, EIAR 2017 s. 94, som delar in *jura novit curia* i fyra delar: "In particular, we consider the principle *jura novit arbiter* in the following contexts: (1) the arbitrators' power to make their own legal inferences from the facts invoked by the parties; (2) the arbitrators' power to apply the governing law to interpret, construe, supplement or correct the contract; (3) the arbitrators' power to apply the legal sources that they deem applicable, even if not designated or pleaded by the parties; and (4) the arbitrators' power to order, independently from the parties' pleadings, remedies following from the sources of law the arbitral tribunal deems applicable."

⁴¹ Som exempel kan följande nämnas: Calissendorff, JT 1995/96 s. 141 verkar ansluta sig till det ekelöfska synsättet. Se också bl.a. Westberg (Civilrättsskipning s. 156, 311, 315 och även i JT 2011/12 s. 173); Madsen, JT 2010/11; Croon, JP 2010; Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden s. 213, s. 316 f. som alla verkar intolka båda elementen ovan i principen *jura novit curia*.

icke-åberopad rättsregel som kan vara relevant, i syfte att undvika överraskande rättstillämpning.⁴² Det är dock inte helt tydligt om denna processledningsfråga är en del av själva principen eller inte. Kleineman talar till exempel om att principen *jura novit curia* kan ”tolka(s)” som att rätten om möjligt ska utöva processledning.⁴³ Lindell anför att den materiella processledningen har ”nära samband” med *jura novit curia*.⁴⁴

Att frågor kring materiell processledning och överraskande rättstillämpning har ett nära samband med *jura novit curia* är uppenbart, däremot kan man fråga sig om en eventuell ”processledningsplikt” – eller avsaknaden av sådan – kan sägas vara en del av själva principen eller inte. Svaret framstår inte helt tydligt och beror troligen på vem som tillfrågas. Som sagt, principer kan ha olika innebörd för olika människor.

2.4 Synen på principen hos några utländska författare

I korthet kan det konstateras att olika definitioner av *jura novit curia* existerar även internationellt sett.⁴⁵ Cordero-Moss uttrycker sig exempelvis i relativt allmänna ordalag och menar att *jura novit curia* är rättens befogenhet att fastslå den rättsliga grunden för skiljedomen självständigt från skiljeavtalet och parternas argumentation.⁴⁶ Redfern och Hunter talar om en frihet att tillämpa lagen *ex officio*.⁴⁷ Besson etiketterar *jura novit curia* i vid mening på ett liknande sätt som Ekelöf, där rätten eller skiljenämnden inte är bunden av de rättsregler som åberopats eller behandlats under processen.⁴⁸ Hans beskrivning av principen i snäv mening innebär att domaren eller skiljedomaren dessutom *inte* har någon skyldighet att genom processledning låta parterna yttra sig över

⁴² Jfr t.ex. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 317; Madsen, JT 2010/11 avsnitt 2.3 i artikeln; Lindell, *Processuell preklusion* s. 271.

⁴³ Kleineman i *Vänbok till Södermark* s. 99. Se också hans poäng om klanderbarhet och *jura novit curia* på s. 109.

⁴⁴ Lindell, *Partsautonomins gränser* s. 33.

⁴⁵ Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1066 f.

⁴⁶ Guiditta Cordero-Moss, professor vid Oslo universitet. Se Cordero-Moss (2016) s. 292, där hon skriver: ”...on how far the arbitral tribunal’s power goes when it come sto assessing the legal basis for the award independently of the arbitration agreement or the parties’ pleading – a question that is often formulated with reference to the maxim *jura novit curia*: does it apply in arbitration?”. En liknande formulering görs av Giovannini s. 497.

⁴⁷ Redfern & Hunter on *International Arbitration* s. 329 (5.73).

⁴⁸ Sébastien Besson, Professor vid University of Neuchâtel. Se Besson s. 230 (avsnitt 22.42 ff.): ”In a broad sense, *iura novit curia* is ’a power or duty of an adjudicator to ascertain the law independently of party submissions’ or, as another author puts it, it is the authority to ’determine the contents of the *lex causae* beyond the parties’ submissions’. In a much narrower sense, *iura novit curia* is the power to determine the contents of the law beyond the parties’ submissions and to apply the law so determined without inviting the parties to comment on the contents of law.”

regeln och därmed undvika överraskningsmoment i rättstillämpningen. Med andra ord inordnar Besson även processledningsfrågan under *jura novit curia*.

Även Lew diskuterar en form av *jura novit curia* som innebär att domstolar inte är skyldiga att på förhand låta parterna uttala sig om nya rättsregler, vilket Lew kallar en ”expansive view on *iura novit curia*”.⁴⁹ Giovanni separerar frågan om processledning från *jura novit curia*, men diskuterar likväl frågan i anslutning till principen.⁵⁰ I en serie artiklar i EIAR från 2017 gällande *jura novit curia* i skiljeförfaranden utgår flera experter från en definition med hela fyra delar.⁵¹

2.5 Innebörden av *jura novit curia* i denna uppsats

2.5.1 En tredelad princip

Vi kan konstatera att det knappast finns någon universell, allmängiltig definition av *jura novit curia*.⁵² De två huvudspår som Ekelöf och Lindell lyft fram verkar dock återkommande inordnas under *jura novit curia*. Möjligen innefattar principen även en tredje del, nämligen (avsaknaden av) en kommunikationsplikt. Det är i vart fall tydligt att denna fråga är mycket tätt sammankopplad med principen. Enstaka författare delar upp principen i ytterligare delar, men den gemensamma nämnaren i doktrinen framstår vara de tre nämnda delarna.

Således skulle *jura novit curia i extensiv tillämpning* kunna beskrivas enligt modellen nedan. Jag kommer i den fortsatta analysen i denna uppsats utgå från dessa tre delar av principen. Av pedagogiska skäl har jag valt att namnge de tre delarna.

⁴⁹ Julian Lew, professor samt Head of School of International Arbitration vid Queen Mary University of London. Jfr Lew s. 3 f., 13 f. Lew beskriver i övrigt *jura novit curia* som att en skiljenämnd eller domstol *ex officio* ska utreda innehållet i gällande rätt och inte är bunden av parternas syn på saken. Lew verkar också anse att rättens frihet att tillämpa icke åberopade rättsregler faller in under *jura novit curia*.

⁵⁰ Giovannini s. 497.

⁵¹ Rivera Jr. s. 1 skriver: ”(i) the arbitral tribunal’s power to make its own legal inferences from the factual basis proven by the parties; (ii) the arbitral tribunal’s power to apply the governing law to interpret, supplement or correct a contract; (iii) the arbitral tribunal’s power to rely upon the legal sources it deems applicable even if they are different from the law or rules of law chosen by the parties and (iv) the arbitral tribunal’s power to order, independently from the parties’ pleadings, the remedies that follow from the sources of law it deems applicable.” I samma artikelserie definierar Hope & Hallberg liksom Lookofsky & Salung Petersen *jura novit curia* på liknande sätt.

⁵² Jfr t.ex. Kleineman i Vänbok till Södermark s. 102.

1. **Rättstillämpningsfriheten.** Rätten/skiljenämnden är *inte* bunden av de rättsregler (rättsliga kvalifikationer) som parterna åberopat eller diskuterat under processen.
2. **Rättsutredningsplikten.** Parterna behöver *inte* bevisa innehållet i gällande rätt och rätten/skiljenämnden är omvänt skyldig att ex officio utreda hur gällande rätt ska förstås oaktat vilka rättskällor parterna presenterat.
3. **Överraskningsfriheten.** Rätten/skiljenämnden är *inte skyldig*⁵³ att genom materiell processledning låta parterna yttra sig över ”nya” rättsregler eller rättsliga kvalifikationer som rätten överväger att göra.

2.5.2 Gränsdragningsproblem med den valda definitionen

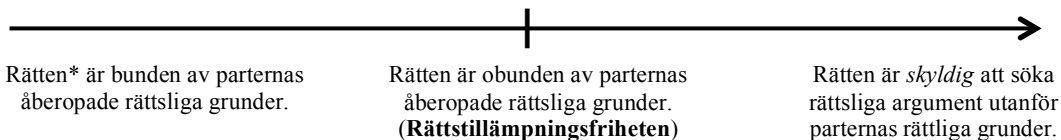
Alla tre delar i definitionen ovan kan givetvis problematiseras och analyseras ytterligare. Under del 1, *rättstillämpningsfriheten*, kan det till exempel diskuteras om det inte bara är en rättighet – utan också en *skyldighet* – för en domare att ex officio överväga och tillämpa andra rättsregler än dem parterna hänfört sig till. Denna fråga diskuteras i uppsatsen. Under del 2, *rättsutredningsplikten*, kan man göra en skillnad mellan situationerna att rätten bär hela utredningsansvaret, att ansvaret är delat mellan rätten och parterna, och att parterna har att utreda och bevisa gällande rätt på samma sätt som de ska bevisa rättsfakta. Under del 3, som jag kallat *överraskningsfriheten*, går det bland annat att problematisera graden av ”överraskning” som ska vara tillåten inom ramen för *jura novit curia*. Vidare, ifall en kommunikationsplikt faktiskt finns, *vad* är det parterna ska yttra sig över? Och *hur* ska sådan kommunikation ske?⁵⁴

⁵³ Skyldighet såtillvida att ett avsteg från principen skulle kunna resultera i en domvilla eller i en framgångsrik klandertalan. En annan sak är att rätten eller skiljenämnden möjligen *bör* eller till och med själv har *intresse* av att höra parternas inställning till rättsregeln i fråga. Jfr t.ex. Lindell, *Partsautonomins gränser* s. 23.

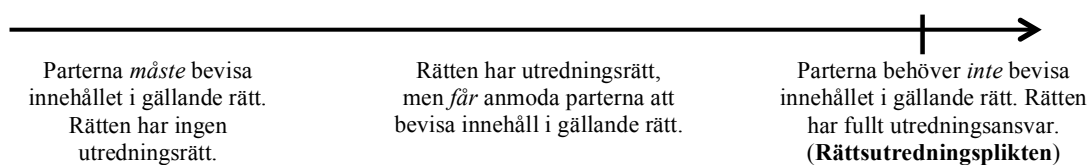
⁵⁴ Jfr Cordero-Moss, *SIAR 2006:3* s. 28.

Schematiskt kan gränsdragningarna åskådliggöras på följande sätt där *jura novit curia* tillämpas mer extensivt åt höger. Markeringarna på pilarna markerar den tänkta definitionen ovan.

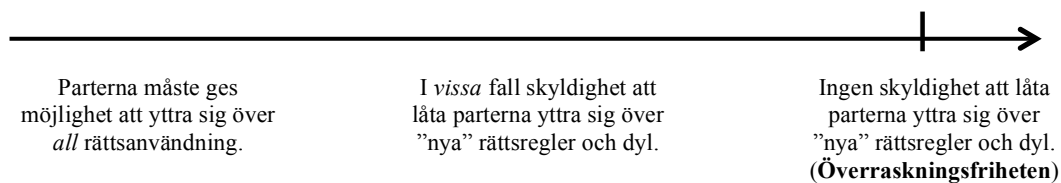
1) Rättstillämpningsfriheten



2) Rättsutredningsplikten



3) Överraskningsfriheten



* I figuren används ordet "rätten", men notera att analysmodellen är tänkt att kunna appliceras på såväl domstolar som skiljenämnder.

3 Jura novit curia i svenska tvister

3.1 Om detta avsnitt

I detta avsnitt utreds hur *jura novit curia* tillämpas i den svenska processrätten. Det kan tyckas mindre relevant att diskutera principens ställning i svensk nationell rätt när det är principens ställning i internationella skiljeförfaranden som är föremål för uppsatsen. Hur *jura novit curia* tillämpas i svenska domstolar och skiljeförfaranden är dock inte ointressant för uppsatsen. Det är visserligen sant att förarbeten och doktrin markerar att det i internationella skiljeförfaranden inte utan vidare går att analogisera svensk processrätt. Cordero-Moss skriver att det ibland funnits en uppfattning om att internationella skiljeförfaranden skulle vara fränkopplade från inhemska rättstraditioner, just eftersom det inte finns någon *lex fori* avseende materiell rätt i skiljeförfaranden. Enligt Cordero-Moss har dock i praktiken både platsen för skiljeförfarandet och andra nationella lagar och rättsprinciper inverkan på även ett internationellt skiljeförfarande.⁵⁵ Man kan exempelvis konstatera att den tillämpliga lagen, LSF, är utformad i en svensk processrättslig kontext, ibland med RB som förebild. Av den anledningen är *jura novit curias* ställning i ”helsvenska” tvister relevant för att kunna besvara uppsatsens huvudfråga. Först följer därför en genomgång av hur principen tillämpas i svenska domstolar och därefter utreds vad som gäller i rent inhemska skiljeförfaranden.

3.2 Jura novit curia i svenska domstolar

3.2.1 Är rätten bunden av åberopade rättsregler?

Stor enighet tycks finnas för att del 1 av principen, alltså *rättstillämpningsfriheten*, är en grundsats som gäller i svenska domstolar. En domstol är alltså inte bunden av de rättsregler parterna har åberopat.⁵⁶ Troligen kan det till och med sägas vara en *skyldighet* för domstolen att *ex officio* försöka döma så materiellt korrekt som möjligt.⁵⁷

⁵⁵ Cordero-Moss (2013) s. 8 ff; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 29.

⁵⁶ Se t.ex. Ekelöf m.fl. (I) s. 64, 76; (IV) s. 302; Lindell, Partsautonomins gränser s. 34 f; Madsen (DJ 2016); Madsen JT, 2010/11 s. 487 f.

⁵⁷ Ekelöf m.fl. (IV) s.304 talar om en ”*skyldighet* för rätten att tillämpa en adekvat rättsregel oavsett om parterna har åberopat denna eller inte” och hänvisar till JustR Linds tillägg i NJA 1989 s. 614. Jfr ovan citerade Westberg, Domstols officialprövning s. 194.

Rätten är i linje med det sagda fri att fylla ut avtal genom att tillämpa dispositiva rättsregler, göra analogier och beakta allmänna rättsprinciper.⁵⁸

Vissa författare påpekar visserligen att HD i sin praxis i vissa fall har gjort avsteg från *jura novit curia*, men den gängse uppfattningen verkar vara att principen likväl gäller.⁵⁹ Möjligtvis går det att säga att rättsutvecklingen går mot att den så kallade *dispositionsprincipen*, som ger parterna möjlighet att styra processen, ges större utrymme på bekostnad av *jura novit curia*.⁶⁰

I doktrinen behandlas också frågan om parter genom olika former av så kallade rättstillämpningsavtal kan styra domstolen i en viss riktning genom att avgränsa rättstillämpningen till vissa rättsregler eller till en viss tolkning av en rättsregel.⁶¹ Svaret verkar traditionellt sett vara att sådana avtal inte tillmäts någon större betydelse.⁶²

3.2.2 Behöver parterna bevisa innehållet i gällande rätt?

3.2.2.1 Ifråga om svensk rätt

Vi går nu över till del 2 av principen, *rättsutredningsplikten*. I RB slås det fast att innehållet i gällande rätt inte behöver bevisas (RB 35:2 st. 2 mom. 1). Ibland kan parter

⁵⁸ Madsen, JT 2010/11 s. 487.

⁵⁹ Ett exempel är NJA 1983 s. 3 i vilket parterna gemensamt utgått från att skadestandsfrågan skulle bedömas utifrån skadeståndslagen, trots att denna ännu inte trätt i kraft. HD gjorde därför prövningen enligt den nämnda lagen trots att det fanns annan tillämplig lagstiftning. Se Madsen, JT 2010/11 s. 488; Westberg, Domstols officialprövning s. 194, menar att ”HD delvis brutit med principen *jura novit curia*” genom rättsfallet NJA 1978 s. 334. Samtidigt slår Westberg fast: ”Rättsfallet jävar emellertid inte den ovan hävdade tesen, att domstol vid tolkning av parts yrkande är obunden av rättsliga uttryck i yrkandet.” Han ger även i JT 2011/12 s. 178 uttryck för att *dispositionsprincipen* på ett allmänt plan inte kan anses ha företräd framför *jura novit curia*. Se även Ekelöf m.fl. (IV) s. 302, särskilt not 127.

⁶⁰ I dispositiva tvistemål vid svenska domstolar framträder *dispositionsprincipen* på flera sätt. Det tydligaste exemplet är genom RB 17:3. Jfr Lindell, Partsautonomins gränser s. 35; Westberg, JT 2011/12 s. 168, 172; Madsen, JT 2010/11 s. 485, 488, 490; Ekelöf m.fl. (I) s. 64.

⁶¹ För en mycket utförlig beskrivning av de olika varianter av avtal som kan tänkas ingås, se Lindell, Partsautonomins gränser kapitel 4.2–4.3. Det har dock pågått en intensiv debatt gällande effekten av prejudiciella medgivanden och *jura novit curia* i relation till det s.k. Emissionsgarantimålet (flera avgöranden i HD, jfr källförteckningen), i vilket handledaren för denna uppsats har varit en flitig debattör, se Håstad, JT 2016/17 s. 605–624.

⁶² Jfr dock Westberg, JT 2011/12 s. 173; Heuman, JT 2011/12 s. 336, som beskriver fallet NJA 1994 s. 256, där avtalsparterna i ett försäkringsavtal hade avtalat att begreppet ”sambo” skulle tolkas enligt sambolagens definition. Heuman beskriver alltså hur parter genom avtal kan styra in rätten på ett visst rättsligt spår i sin tolkning genom att exempelvis låta legala begrepp ingå i en avtalsklausul. Ett annat exempel är att parterna genom avtal erkänner vissa prejudiciella rättsförhållanden, vilket också i förlängningen kan begränsa domstolens rättsliga spelrum. Heuman anger dock att det normalt inte ligger inom *dispositionsprincipen* att styra rättstillämpningen i direkt mening, eller att ingå avtal om processuella regler, såsom att göra avvikelser från RB. Jfr även Ekelöf m.fl. (I) s. 64.

av taktiska skäl göra en s.k. ”lindskogare”⁶³ och inte alls under processen argumentera rättsligt (eller i vart fall inte förrän på ett mycket sent skede). Detta visar att rättsutredningsplikten inte bara gäller som en plikt för rätten, utan till och med utnyttjas av parterna.⁶⁴

3.2.2.2 *I fråga om utländsk rätt*

Det stora undantaget från det sagda är stadgandet i RB 35:2 st. 2 mom. 2, där det anges att domstolen kan begära att parterna presenterar bevisning om innehållet i utländsk rätt. Effekten blir att rollfördelningen mellan parterna och domstolen ritas om något om utländsk rätt är tillämplig i tvisten. Domstolarna har helt enkelt inte har samma utredningsplikt i fråga om utländska rättsregler utan kan begära att parterna presenterar utredningar.⁶⁵ Samtidigt framstår inte ordalydelsen i mom. 2 *förbjuda* rätten från att ex officio försöka utreda innehållet i den utländska rätten, exempelvis om parternas rättsutredningar inte är tillräckligt tydliga.⁶⁶ Sinander och Lindkvist anför att det i slutändan är domstolens ansvar att se till att även utländska rättsregler tillämpas så korrekt som möjligt och att det därför alltid finns ett visst utredningsansvar.⁶⁷ Ett annat alternativ kan vara att domstolen presumerar att den utländska rätten överensstämmer med svensk rätt.⁶⁸

⁶³ Begreppet ska ha myntats av professor Peter Westberg, se Kleineman, Vänbok till Södermark s. 110. Jfr Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 713; Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 273. Jfr dock Lindell, Civilprocessen s. 283, som verkar anse att sådan processföring inte kan överutnyttjas hur som helst under jura novit curias beskydd, i synnerhet om parten företräds av ett juridiskt skolat ombud.

⁶⁴ Det finns möjligen vissa frågetecken kring hur stor befogenhet rätten har att ex officio beakta handelsbruk och sedvana (om sådana hänsyn görs vid avgörandet av tvisten) eller om dessa är omständigheter som parterna snarare har att åberopa och styrka. Det framstår dock vara tillåtet för domstolar att i detta syfte ex officio begära in yttranden från expertmyndigheter, handelsorganisationer eller motsvarande, vilket framförallt är något som görs av HD. Se Ekelöf m.fl. (IV) s. 146 angående 3 § köplagen. Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 488; Ekelöf m.fl. (IV) s. 307; Kleineman, Vänbok till Södermark s. 95 f.

⁶⁵ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 95.

⁶⁶ Ekelöf m.fl. (IV) s. 306 anser att domstolarna vid behov ”inom rimliga gränser” bör bedriva egen rättsutredande verksamhet också när det gäller utländsk rätt. Jfr Madsen JT 2010/11, s. 488; Runesson, JT 2017/18 s.174.

⁶⁷ Sinander & Lindkvist, SvJT 2015 s. 754. Bland annat mot bakgrund av artikel 6 i Europakonventionen konstaterar författarna följande: ”Om ena eller båda parter underlåter att inkomma med bevis eller inkommer med bristfällig bevisning om innehållet i den utländska rätten kan domstolen tvingas att döma i sak trots okunskap om innehållet i den utländska rätten. Om utredningen av innehållet i den utländska rätten efter en eventuell anmaning enligt 35 kap. 2 § RB inte är adekvat krävs därför att domstolen självmant utreder detta.”

⁶⁸ Se HD:s uttalanden i NJA 2016 s. 288. Jfr även Kleineman, Vänbok till Södermark s. 96.

3.2.3 Måste domstolen låta parterna yttra sig över nya rättsregler?

Del 3) av principen, *övertäckningsfriheten*, är mer omtvistad än övriga delar.⁶⁹ Det verkar finnas konsensus kring att domstolar *bör* låta parterna få chansen att yttra sig över en rättsregel som rätten avser att tillämpa. Inte minst är ett syfte med detta att motverka risken för oväntad rättstillämpning och säkerställa att eventuella feltolkningar gällande rättsregeln reds ut innan domen faller.⁷⁰ Det motargument som oftast framförs mot långtgående materiell processledning är att rätten kan uppfattas som partisk.⁷¹

Att rätten bör informera parterna är alltså tämligen klart. Frågan är dock om rätten är *skyldig* att utöva sådan processledning och om det ytterst kan utgöra ett rättegångsfel att inte på förhand uppmärksamma parterna på den rättsregel som domen senare baseras på. Ekelöf anser att så inte är fallet.⁷² Kleineman betonar likt många att rätten ska eftersträva att låta parterna yttra sig, men poängterar att detta i praktiken kan vara svårt att göra utan att rätten då måste föregripa sin rättsliga bedömning innan domen fallit, alternativt att en ny huvudförhandling eller ytterligare skriftväxling kan behövas.⁷³

I detta sammanhang brukar ofta JustR Linds tillägg i NJA 1989 s. 614 uppmärksammas. I målet hade talan grundats på dels den så kallade förutsättningsläran och dels 36 § AvtL. Frågan rörde ifall domstolen kunde pröva käromålet också enligt allmänna kontraktsrättsliga principer, vilket HD valde att göra. JustR Lind yttrade följande i sitt tillägg:

“(…) Det kan enligt min mening i varje fall *inte antas vara en ovillkorlig skyldighet*⁷⁴ för domstolen att påpeka för parterna, att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till kan få betydelse i målet. Domstolen måste på den punkten ha handlingsfrihet beroende på det enskilda målets och den enskilda situationens karaktär (jfr prop 1986/87:89 s 105). Av betydelse blir självfallet också processekonomiska överväganden. Om rätten sålunda först vid överläggningen till dom upptäcker att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till har betydelse i målet, måste domstolen ofta ha rätt att tillämpa den rättsregeln utan att ställa

⁶⁹ Lindell, Partsautonomins gränser s. 13, anför att frågan kring den materiella processledningen i tvistemål är bland de mer kontroversiella frågorna inom processrätten. Att bristande materiell processledning på ett allmänt plan kan utgöra domvilla är dock vedertaget, jfr t.ex. NJA 1976 s. 289. Se också Lindskog, Lagkommentar till 34 § LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt 5.2.7 och not 214.

⁷⁰ Se t.ex. Ekelöf m.fl. (I) s. 76. Kleineman, Vänbok till Södermark s. 97.

⁷¹ Se t.ex. Lindell, Partsautonomins gränser s. 23. Calissendorff betonar också denna risk och diskuterar Lindells syn på saken, se Calissendorff, JT 1995/96 s. 142.

⁷² Ekelöf m.fl. (I) s. 77.

⁷³ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 97 ff. Jfr dock hur domstolen agerade i NJA 1993 s. 13 där parterna faktiskt gavs tillfälle att yttra sig över de nya rättsliga frågorna.

⁷⁴ Min kursivering.

saken i sådana vidlyftigheter som en ny eller fortsatt huvudförhandling skulle innebära. (...)"

Lindell intar en mer sträng syn på saken och anför att om rätten ser en möjlighet till en annan rättslig kvalifikation än den som parterna gjort och underlåter att uppmärksamma parterna på denna ska det *inte* vara tillåtet för rätten att grunda domen på denna rättsregel. Enligt Lindell vore detta "ett klart rättegångsfel".⁷⁵ Till stöd för att kommunikation *ska* ske anger Lindell bland annat rättsfallet NJA 1996 s. 52.⁷⁶ Förmodligen baserar Lindell sin slutsats på detta uttalande från HD:

"Vad NCC anfört [...] innebär inte annat än att bolaget i HD anlagt nya rättsliga synpunkter på tidigare åberopade sakförhållanden. Synpunkterna har kommenterats i sak av konkursboet. Hinder föreligger inte mot att synpunkterna beaktas vid målets avgörande."

Enligt min mening framstår det tveksamt om prejudikatet ovan kan ges denna strikta innebörd som Lindell förordar. Att domstolen *bör* kommunicera med parterna är självklart, men kan NJA 1996 s. 52 verkligen anses slå hål på den princip som JustR Lind gav uttryck för i 1989 års fall? Lindell framstår dessutom inte diskutera betydelsen av NJA 1999 s. 629.⁷⁷ I det målet, som meddelades *efter* 1996 års fall, befäste nämligen HD JustR Linds uttalande om att det visserligen är lämpligt att domstolen ger parterna möjlighet att yttra sig över nya rättsregler som rätten överväger att tillämpa, men att det *inte* "utan vidare" är ett rättegångsfel om rätten underlåter denna handlingsnorm.⁷⁸ Uppfattningen i den övriga doktrinen verkar dessutom vara att NJA 1996 s. 52 kan tas till intäkt för att rätten *bör* kommunicera, men att NJA 1999 s. 629 och JustR Linds uttalande i NJA 1989 s. 614 slår fast att någon ovillkorlig kommunikationsplikt för att undvika överraskande rättstillämpning *inte* finns.⁷⁹

⁷⁵ Lindell, Processuell preklusion s. 284. Se även Lindell, Partsautonomins gränser s. 43 f. och särskilt Lindell, Civilprocessen s. 296 f. Han beskriver vidare att rättsläget förändrats snabbt gällande den materiella processledningsplikten och menar att praxis och övrig doktrin har hållit fast vid en "gammal tolkning av principen jura novit curia". Enligt Lindell föreligger endast en officialprövningsrätt *efter* det att kommunikation skett med parterna.

⁷⁶ Lindell, Civilprocessen s. 296.

⁷⁷ I vart fall i sin bok Civilprocessen, där Lindell presenterar den nämnda tolkningen av NJA 1996 s. 52.

⁷⁸ Synsättet från 1999 års fall har upprepats i HD:s praxis, bland annat i domvillobeslutet Ö 1810-16 i Emissionsgarantimålet. Jfr Madsen, DJ 2016, som kritiserar HD:s syn på jura novit curia.

⁷⁹ I viss mån nämns ibland även NJA 1993 s. 13 till stöd för denna slutsats. I övrigt, se t.ex. Madsen, JT 2010/11 s. 489; Runesson, JT 2017/18 s. 191; Håstad, JT 2017/18 s. 144.

Turerna i HD kring det så kallade *Emissionsgarantimålet* har också aktualiserat frågan kring domstolars kommunikationsplikt.⁸⁰ Resningsavdelningen i HD kritiserade den dömande avdelningen för att inte ha låtit parterna yttra sig över den, för parterna, överraskande rättsregeln. Man ansåg dock inte att detta varit ett sådant grovt fel att det kunde motivera resning.⁸¹ Enligt Håstad kan uttalandena från HD i resningsbeslutet uppfattas som att HD skapat en plikt att inhämta parternas synpunkter över tänkbart överraskande rättsregler.⁸² Det är dock enligt min mening tveksamt om HD:s uttalande i resningsbeslutet verkligen kan anses ha avskaffat synsättet som JustR Lind gett uttryck för i 1989 års fall (och befästs av HD i 1999 års fall).⁸³

3.2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att även om detaljerna är omtvistade så får det som utgångspunkt ändå sägas att jura novit curia gäller i svenska domstolar, troligen i alla de tre delarna av principen som jag definierat den i avsnitt [2.5]. Domstolar är med andra ord fria att tillämpa vilka rättsregler den vill, rätten ska ex officio fastslå innehållet i (svensk) gällande rätt och det finns troligen ingen *ovillkorlig* skyldighet att kommunicera ”nya” rättsregler med parterna, även om detta är önskvärt.

⁸⁰ Domen NJA 2016 s. 107 (domen) klagades på domvilla, men avlogs i beslut Ö 1810-16 (domvillobeslutet). Det ansöktes därefter om resning av domvillobeslutet, vilket avlogs i beslut Ö 5886-16 (resningsbeslutet). I resningsbeslutet (p. 13–18) slår HD fast att den dömande avdelningen tillämpat en rättsregel som inte hade motsvarighet i parternas argumentation och som inte heller varit närliggande ur parternas perspektiv. Trots detta avlogs domvillocklagen av HD, bland annat med hänvisning till NJA 1999 s. 629. Enligt resningsavdelningen borde parterna visserligen getts tillfälle att yttra sig över rättstillämpningen, men att rättstillämpningen i domvillobeslutet inte varit så uppenbart i strid med den kontradiktoriska principen att det fanns skäl för resning.

⁸¹ Jfr Lambertz, SvJT s. 337.

⁸² Håstad, JT 2017/18 s. 144 f.

⁸³ Skälen till denna tveksamhet är flera. Först och främst har HD genomgående i sin praxis uttalat att domstolar *bör* kommunicera rättsansvändningen; det existerar så att säga redan en sådan handlingsnorm. Att HD i resningsärendet kritiserar den dömande avdelningen för att ha brutit mot denna handlingsnorm betyder inte enligt mitt sätt att se det hela att resningsavdelningen nödvändigtvis anser att det finns en ovillkorlig *plikt* att kommunicera. Även om resningsavdelningens uttalanden *skulle* tolkas som att en ovillkorlig kommunikationsplikt skapats så är en överträdelse av plikten – bevisligen – inte likställd med att domstolen begått ett grovt rättegångsfel. Dessutom lutade sig HD:s domvilloavdelning mot NJA 1999 s. 629 i syfte att slå fast att det inte finns något krav på kommunikation. Om resningsavdelningen nu kan uppfattas ha gett stöd för en *ovillkorlig plikt* (vilket jag alltså är tveksam till) så måste domvilloavdelningen sägas ha gett uttryck för motsatsen; alltså att någon ovillkorlig kommunikationsplikt inte finns. I ett sådant läge skulle HD därmed ge dubbla budskap och kanske skulle ett pleniavgörande behövas för att bringa klarhet. Summa summarum skapar Emissionsgarantimålet utan tvekan frågetecken, men det finns enligt min uppfattning ännu inte skäl att tolka HD som att synsättet i NJA 1999 s. 629 (och JustR Linds tillägg) inte längre skulle gälla.

Med denna resumé i bagaget följer nu en analys av vad som gäller i svenska skiljeförfaranden för att därefter kunna ta oss an huvudfrågan för uppsatsen, nämligen vad som gäller i internationella skiljeförfaranden.

3.3 Jura novit curia i svenska skiljeförfaranden⁸⁴

3.3.1 Klanderbarhet som yttersta gräns för jura novit curia

När det gäller gränsen för jura novit curia i skiljeförfaranden kan principen i någon mån definieras utifrån hur stort spelrum skiljenämnden har innan det kan bli fråga om ett klanderbart fel.⁸⁵ Felet kan vara antingen att nämnden anses ha begått ett *uppdragsöverskridande* (34 § 1 st. 2 p. LSF) eller att den begått ett *handläggningsfel* (34 § 1 st. 6 p. LSF). I det följande presenteras dessa klandergrunder översiktligt.

Enligt förarbetena och doktrinen är det klart att ett uppdragsöverskridande har skett ifall skiljenämnden dömer utöver vad parterna har *yrkat*.⁸⁶ Frågan ifall skiljenämnden får grunda avgörandet på andra omständigheter (rättsfakta) än vad parterna har åberopat tycks också vara någorlunda klarlagd; nämligen att skiljenämnden är bunden av de omständigheter som part åberopat till stöd för sin talan.⁸⁷ I anslutning till detta diskuteras i förarbetena huruvida skiljenämndens uppdrag kan begränsas av parternas rättsliga argumentation eller om nämnden med stöd av *rättstillämpningsfriheten* och

⁸⁴ Med ett ”svenskt skiljeförfarande” avses här ett skiljeförfarande med svenska parter, svenska ombud, svensk skiljenämnd, enligt svensk materiell rätt och som äger rum i Sverige och därmed faller under LSF:s tillämpningsområde. Bedömningarna gällande jura novit curia görs utifrån premissen att skiljenämnden ska döma enligt gällande rätt, vilket torde vara fallet i de flesta skiljeförfaranden. I den mån tvisten ska lösas efter billighet/skälighet kan andra regler gälla för skiljenämnden. Jfr prop. 1998/99:35 s. 120. Se även Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 711, 719.

⁸⁵ Jfr Kleineman, Vänbok till Södermark s. 108 f. Klandergrunderna i 34 § tar sikte på själva förfarandet eller på processuella frågor och har således ingen koppling till materiella fel som skiljenämnden kan ha begått. Till skillnad från ogiltighetsgrunderna i 33 § måste en klandertalan drivas av en av parterna och grunder måste åberopas för att skiljedomen ska upphävas. Någon prövning ex officio görs därmed inte av hovrätten; jfr Kvart/Olsson, Skiljeförfarande i Sverige s. 132; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 12.

⁸⁶ Prop. 1998/99:35 s. 143; jfr Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 270 f; Kvart/Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande s. 134.

⁸⁷ Prop. 1998/99:35 s. 143 f. Se också Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 270 f, 275. Osäkerheten verkar dock bara gälla hur pass tydligt omständigheten i fråga i formell mening måste ha *åberopats* som grund till stöd för talan; enligt förarbetena är det nämligen uteslutet att skiljenämnden tillåts döma över en grund eller en invändning som överhuvudtaget inte har lyfts under skiljeförfarandet. Principen att domare inte får använda sitt privata vetande för att avgöra en tvist anses gälla även i skiljeförfaranden. Enligt propositionen bör en analogi av 17 kap 3 § RB kunna göras i ett skiljeförfarande mellan svenska parter. Däremot anförs att en sådan analogi måste föras med större försiktighet i en internationell tvist eller om parterna avtalat om att en tvist ska avgöras utifrån skälighet (billighet).

rättsutredningsplikten i *jura novit curia* är fri att *ex officio* undersöka och applicera gällande rätt.

Uppdragsöverskridandet tar alltså sikte på själva sakprövningen. Om däremot processhandläggningen har brutit eller om skiljenämnden har överskridit en föreskrift (exempelvis i LSF) eller en instruktion från parterna som reglerar själva proceduren är det istället fråga om ett *handläggningsfel* enligt 34 § 1 st. 6 p. LSF.⁸⁸ Processuella fel som *litispensens* och *res judicata* är exempel på handläggningsfel.⁸⁹ Ett annat kan vara att en skiljeman inte har handlagt tvisten opartiskt och därmed brutit mot 21 § LSF, eller att skiljemannen inte har respekterat den kontradiktoriska principen enligt 24 § LSF.⁹⁰ *Överraskningsfriheten* bör alltså främst prövas mot klandergrunden handläggningsfel. Mer exakt blir frågan om nämnden är skyldig att bedriva materiell processledning i syfte att undvika överraskande rättstillämpning och ifall en sådan överraskande rättstillämpning kan utgöra ett klanderbart handläggningsfel.

För att inte ge klandergrunden handläggningsfel ett alltför brett tillämpningsområde valde regeringen att införa en avgränsning för att utesluta bagatellartade fel. För att skiljedomen ska kunna rivas upp måste därför felet vara utanför partens eget vållande och även sådant att det ”sannolikt har inverkat på utgången” (34 § 1 st. 6 p. LSF). Något sådant krav finns exempelvis inte i Modellagen. Det krävs vidare att den klandrande parten kan visa ett påtagligt samband mellan felet och utgången i målet.⁹¹

3.3.2 Parternas möjlighet att disponera över rättsanvändningen

Ett bärande element i skiljeförfaranden är som bekant parternas långtgående dispositionsrätt över processen. I 21 § LSF anges att skiljenämnden ska ”följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det”. Som konstaterades ovan

⁸⁸ Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 270.

⁸⁹ Kvarn/Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande s. 139.

⁹⁰ Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 278, jfr prop. 1998/99:35 s. 145 ff.

⁹¹ Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 280; jfr prop. 1998/99:35 s. 147. LSF avviker i det här avseendet från både Modellagen, New York-konventionen och en rad andra staters regelverk på området. Enligt Modellagen (artikel 34(2)(a)(iv)) kan bara överträdelser av lagen i det land där skiljeförfarandet äger rum samt överträdelser av Modellagen, liksom överträdelser av parternas skiljeavtal. Avvikelsen i den svenska regeln är alltså att även handläggningsfel som inte i formell mening strider mot exempelvis LSF, men som ändå kan ha inverkat på utgången, är klanderbara. Anledningen till denna skillnad är att regeringen menade att om en lösning likt Modellagen hade valts så hade vissa procedurfel fallit utanför det klanderbara området, såsom ifall skiljenämnden grovt missuppfattat viss processhandling eller ifall en part inte varit behörigen företrädd under förfarandet.

har parterna i en domstolstvist relativt begränsade möjligheter att styra rättsanvändningen. I skiljeförfaranden, däremot, förhåller det sig annorlunda. Såväl Madsen,⁹² som Lindskog⁹³ och Heuman⁹⁴ anser att parterna i ett skiljeförfarande har rätt att begränsa rättsanvändningen till vissa förutbestämda rättsregler. Enligt Lindskog skulle dock ett avtal om att inte tillämpa *jura novit curia* (*rättstillämpningsfriheten*) i praktiken inte få så stor effekt som man kan tro.⁹⁵

I förarbetena till LSF slås det fast att det är ”i parternas makt att begränsa den rättsliga prövningen till att gälla tillämpningen av ett visst lagrum på sakförhållandena i tvisten eller att på annat sätt disponera över rättsanvändningen. Detta kan tänkas ske också konkludent.”⁹⁶ Här kan man dock inse svårigheten i att tolka konkludenta ageranden. Låt säga att parterna unisont enbart håller sig till en viss rättsregel, ska det då uppfattas som att de konkludent avtalat att den rättsliga prövningen ska göras endast med hänsyn till den rättsregeln?⁹⁷ Calissendorff påpekar därför vikten av att nämnden kommunicerar med parterna och kanske på ett inledande skede i förfarandet frågar parterna om de vill att *jura novit curia* ska gälla eller inte.⁹⁸ Problemet är därmed vad som ska gälla in dubio, dvs. ifall parterna *inte* har lämnat klara instruktioner till skiljenämnden, eller om parterna helt enkelt inte kommer överens om ifall *jura novit curia* ska gälla eller inte.

⁹² Madsen, JT 2010/11 s. 491.

⁹³ Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 717. Gränsen verkar dock gå vid att parterna knappast kan avtala om ett rättsordningslöst förfarande, menar Lindskog.

⁹⁴ Heuman, Skiljemannarätt s. 342.

⁹⁵ Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 717 f. Enligt Lindskog kan parterna till och med ge en anvisning till skiljenämnden om *hur* en dispositiv regel ska tillämpas. Däremot anför Lindskog att det kan vara svårt att *helt* avtala bort *jura novit curia*, eftersom en skiljedomare enligt Lindskog har en långtgående processledningskyldighet och därigenom ibland *ex officio* måste diskutera aktuella rättsregler med parterna, exempelvis för att reda ut vad som egentligen är tvistigt; jfr Madsen, JT 2010/11 s. 501. Madsen anför på liknande sätt att en skiljenämnd bör ha rätt att i sin processledning uppmärksamma parter på närliggande rättsregler som parterna inte omnämnt. Möjligen skulle detta inte vara tillåtet om parterna redan på förhand specificerat vilka rättsregler som ska tillämpas på sakfrågan.

⁹⁶ Prop. 1998/99:35 s. 144.

⁹⁷ Madsen verkar anse att en sådan presumtion kan göras, jfr Madsen, JT 2010/11 s. 497; Kleineman, Vänbok till Södermark s. 109 betonar att tanken att laborerande med konkludenta och osynliga avtal är ”minst sagt äventyrlig”.

⁹⁸ Calissendorff, JT 1995/96 s. 149.

3.3.3 Vad gäller in dubio?

3.3.3.1 Lagstiftarens uttalanden

I LSF är som bekant 21 §, där principen om parternas dispositionsrätt över skiljeförfarandet kommer till uttryck, central. Vidare är 24 § LSF viktig, som stipulerar att parterna ska ges möjlighet att ”utföra sin talan”, vilket främst kan komma i fråga i relation till processledningsfrågan under del 3 av jura novit curia.

I förarbetena till LSF diskuteras jura novit curia.⁹⁹ Lagstiftaren valde att i lagen inte uppställa någon tydlig regel gällande principen, men uttalade i propositionen följande:

”Det förefaller givet att skiljemännen t.ex. vid tolkningen av ett lagrum fritt kan söka efter ledning i förarbeten, doktrin och praxis. Även i övrigt får det in dubio förutsättas att skiljemännen i vart fall i inhemska tvister än så länge följer samma princip som domstolarna. Detta innebär alltså att en skiljedom inte med framgång kan klandras t.ex. därför att skiljemännen har tillämpat en viss rättsregel på de av parten som grund för talan åberopade omständigheterna, trots att parten inte har hänfört sig till rättsregeln i fråga. (Det saknar aktualitet att klandra en skiljedom på den grund att skiljemännen har underlåtit att tillämpa en viss, ej åberopad rättsregel).”

Uttalandet får förstås som att lagstiftaren menar att *rättstillämpningsfriheten* av jura novit curia som utgångspunkt gäller i helt svenska skiljeförfaranden på samma sätt som i domstol. Det är som en logisk följd av detta rimligen så att skiljenämnden måste ha en rättsutredningsrätt, men lagstiftaren kommenterar inte om det är möjligt för parter att överlåta *hela* rättsutredningsansvaret på skiljenämnden (göra en ”lindskogare”). Gällande *övertäckningsfriheten*, frågan om materiell processledning, betonar regeringen ”vikten av en tydlig processledning med avseende på de rättsliga åberopandena”¹⁰⁰ i syfte att undvika överraskande rättstillämpning. I förarbetena besvaras dock inte tydligt frågan huruvida en överraskande rättstillämpning kan utgöra ett klanderbart handläggningsfel.¹⁰¹

3.3.3.2 Doktrinuttalanden

I doktrinen diskuteras främst jura novit curia i skiljeförfaranden i termer om skiljenämndens bundenhet av parternas rättsliga argumentation, alltså *rättstillämpningsfriheten*. Om parterna behöver bevisa innehållet i svensk rätt eller om

⁹⁹ Se prop. 1998/99:35 s. 143 f, och 119 ff. (det senare angående materiell processledning). Jfr SOU 1994:81 s. 177 f.

¹⁰⁰ A prop. s. 144, samt s. 119 ff.

¹⁰¹ Heuman, Skiljemannarätt s. 341.

rättsutredningsplikten gäller diskuteras inte i någon större utsträckning. Möjligen kan man utifrån förarbetsuttalandet ovan tänka sig att rättsutredningsplikten analogt gäller på samma sätt som i domstol.¹⁰²

Både Lindskog¹⁰³ och Heuman¹⁰⁴ verkar ha den grundläggande inställningen att jura *rättstillämpningsfriheten* gäller också i skiljeförfaranden. De båda menar att det är en *skyldighet* för skiljenämnden att utreda och tillämpa relevanta rättsregler, även om parterna inte hänfört sig till dessa. Lindskog anför bland annat att parterna i regel måste antas *vilja* att skiljenämnden ska döma enligt gällande rätt och en naturlig följd därmed är att skiljedomaren är skyldig att döma enligt tillämpliga regler, oavsett om de åberopats eller inte.¹⁰⁵ Kleineman uttrycker sig på liknande sätt.¹⁰⁶ Även Hope och Hallberg hävdar att jura novit curia gäller på detta sätt i svenska skiljeförfaranden.¹⁰⁷

Det finns dock kritiska röster mot principen. Madsen intar en mer restriktiv inställning till jura novit curia i skiljeförfaranden, trots de ovan nämnda förarbetsuttalandena. Enligt honom finns det ”goda argument” för att en skiljeman inte låter skiljedomen baseras på rättsregler som inte parterna haft möjlighet att ta ställning till.¹⁰⁸ Trots att svenska parter kan vara vana vid den svenska traditionen att jura novit curia tillämpas anför han att det i skiljeförfaranden regelmässigt handlar om kommersiella aktörer

¹⁰² Lindskog verkar mena att RB 35:2 st. 2 gäller också i skiljeförfaranden, vilket i så fall gör att del 2 av principen, *rättsutredningsplikten*, gäller på samma sätt som i domstol, se Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 713, not 18. Jfr även Runesson, JT 2017/18 s. 173, som diskuterar vad som gäller när utländsk rätt ska tillämpas.

¹⁰³ Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 712 f.

¹⁰⁴ Heuman, Skiljemannarätt s. 340 ff.

¹⁰⁵ Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 712 (se not 16). Lindskog talar om att rättssystemet är ett ”sammanhängande normsystem” och att skiljedomaren – om inte parterna enats om annat – ska döma enligt gällande rätt. Som exempel anger han situationen att 36 § AvtL åberopats av en part. Enligt Lindskog är det i ett sådant läge således ”alldeles uppenbart” att skiljemannen inte får blunda för att pröva även 33 § AvtL och förutsättningsläran, om dessa kan ligga närmare till hands. Enligt Lindskog är det en grundförutsättning för att rättsordningens godkännande av skiljeförfarandet som tvistlösningsmetod och för skiljeförfarandainstitutets goda rykte att skiljenämnden ska sträva efter att döma så materiellt korrekt som möjligt.

¹⁰⁶ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 111 menar att ”det även i nationella skiljeförfaranden i princip åvilar skiljemännen att göra sitt allra bästa för att på grundval av åberopade rättsfakta skilja sig från målet med en så korrekt lösning som möjligt”. Se även slutorden på s. 122 f.

¹⁰⁷ Hope & Hallberg, se särskilt s. 97–99. Hope och Hallberg gör en delvis annan uppdelning av jura novit curia än vad jag gjort i denna uppsats, men de menar att en skiljenämnd är fri att använda de rättskällor nämnden vill för att tolka gällande rätt och även applicera ”nya” rättsregler. De diskuterar även skiljenämndens rätt att gå utanför det åberopade rättsliga materialet i fråga om att tolka och fylla ut avtal.

¹⁰⁸ Detta baserar Madsen på den ”fundamentala principen” som kommer till uttryck i 24 § 1 st. LSF. Däri uttrycks att part ska ges möjlighet att i erforderlig utsträckning utföra sin talan. Se Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 272 f.

företrädna av skickliga ombud och att dessa därför normalt utgår från att tvisten kommer prövas enligt de rättsregler som diskuterats under skiljeförfarandet. Madsen menar vidare att skiljenämnden bör avstå från att hjälpa en part på traven och därmed riskera att framstå som partisk och därutöver att det i ett skiljeförfarande normalt är parterna som har huvudansvaret för att ta fram rättsutredningar. Han anser därför att det normalt ligger ”utanför skiljenämndens uppdrag att göra separata kostnadskrävande rättsutredningar i syfte att utröna om inte andra rättsregler än de parterna åberopat eventuellt kan tillämpas på tvisten”. Madsens slutsats är därför att jura novit curia, in dubio, bör tillämpas mycket restriktivt.¹⁰⁹

Calissendorff är av samma åsikt och anser att principen, in dubio, inte borde tillämpas mellan kommersiella parter och att den rättsliga prövningen ska begränsas till de rättsregler som parterna åberopat under förfarandet. Han är också skeptisk till långtgående processledning och menar att sådan riskerar att äventyra bilden av skiljenämndens opartiskhet.¹¹⁰

Det sagda för oss in på den sista delen av principen: *övertäckningsfriheten*. Madsen verkar anse att det kan vara klanderbart om en skiljenämnd gör en överraskande rättstillämpning.¹¹¹ Heuman anför att om en ny rättsuppfattning förs in på ett sent stadium så ”kanske domen kan undanröjas”.¹¹² Även Lindskog framstår ha anslutit sig till synsättet att en överraskande rättstillämpning i vissa fall kan utgöra ett klanderbart handläggningsfel.¹¹³ Lindell är som bekant av uppfattningen att inte ens domstolarna har rätt att utföra överraskande rättstillämpning.¹¹⁴ Hope och Hallberg menar dock

¹⁰⁹ Madsen, JT 2010/11. Se artikelavsnitten 3.1–3.5.

¹¹⁰ Calissendorff, JT 1995/96 s. 147 i synnerhet.

¹¹¹ Jfr Madsen, Commercial Arbitration in Sweden s. 263; Madsen, JT 2010/11 s. 502.

¹¹² Se Heuman, Skiljemannarätt s. 341 f. Heuman anför visserligen att om en part eller skiljeman på ett mycket sent stadium lägger fram en ny rättsregel så att motparten inte ges tid att göra tillräckliga rättsliga analyser, så skulle detta kunna vara ett klanderbart fel. I övrigt tycks han hålla med Lindskog, men det ska sägas att Heuman inte ger något tydligt explicit svar på frågan. Värt att notera är att Heuman till och med anför att det omvänt kan vara ett processuellt fel om skiljenämnden *avsiktligen* inte tillämpar en i och för sig tillämplig rättsregel bara för att den inte åberopats. Notera dock att Heuman inte verkar tycka att felet är klanderbart även om det påverkat utgången, eftersom den tappande parten kan anses ha vållat felet själv genom att inte åberopa rättsregeln. Heumans sistnämnda ståndpunkt ifrågasätts av Madsen, JT 2010/11 s. 496.

¹¹³ Lindskog, Lagkommentar till 34 § LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt 5.2.7 och särskilt not 215; även kommentaren till 21 § avsnitt 6.1.6. Jfr dock Lindskog, Skiljeförfarande, En kommentar s. 885, där han snarare gav uttryck för motsatsen (i versionen publicerad 2012).

¹¹⁴ Jfr avsnitt [3.2.3].

tvärtom att rättsläget *inte* kan förstås som att en skiljenämnd har en ovillkorlig skyldighet att uppmärksamma parterna på nya rättsregler.¹¹⁵ Kleineman betonar risken med att på ett sent stadium lyfta in nya rättsliga argument, eftersom detta kan leda till att nämnden framstår som partisk och att det kan uppkomma protester, yrkanden om att förhandlingen ska ställas in, etc.¹¹⁶

Den svenska expertisen intar sammanfattningsvis en något splittrad hållning i frågan om *jura novit curia* i svenska skiljeförfaranden.

3.3.3.3 Tillämpning i praxis

I den mån *jura novit curia* aktualiserats i svenska klanderdomar stärks bilden av att principen respekteras av domstolarna också i relation till skiljeförfaranden, åtminstone gällande del 1, *rättstillämpningsfriheten*, och i viss mån del 2, *rättsutredningsplikten*. Avseende del 3, *överraskningsfriheten*, är dock läget mer oklart.

Ett exempel där *jura novit curia* verkar ges genomslag är klanderområdet *Svea HovR T 2610-13*.¹¹⁷ I domen uttalade hovrätten att *jura novit curia* gäller och att skiljedomaren i målet rentav varit *skyldig* att självständigt utreda rättsfrågan oaktat parternas rättsliga dispositioner.¹¹⁸

Ett annat exempel är *Svea HovR T 1968-16*. I skiljeförfarandet hade skiljedomaren tillämpat kommissionslagen analogt, trots att kommissionslagen inte nämnts under

¹¹⁵ Hope & Hallberg s. 102–105.

¹¹⁶ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 121.

¹¹⁷ I målet uttalade hovrätten bland annat: ”En skiljeman är vid avtalstolkningen som regel inte bunden av parternas dispositioner när det gäller rättsregler och rättslig argumentation utan har snarare en rätt och skyldighet att tillämpa dessa även utan åberopande av part enligt principen *jura novit curia*” (se s. 19 i hovrättens dom). Vidare hade kändanden i en annan grund argumenterat för att skiljenämnden begått handläggningsfel genom att *inte* tillämpa *jura novit curia*. Skiljemannen hade nämligen i skiljedomen avfärdat ett krav på skadestånd utifrån att kändanden inte hade ”utvecklat sina antydda rättsliga resonemang” om varför man hade rätt till skadestånd. Hovrätten ansåg dock inte att uttalandet kunde visa att skiljedomaren hade *underlåtit* att göra en självständig rättslig prövning av kändandens åberopade omständigheter (se s. 21 i hovrättens dom, jfr p. J19 i skiljedomen).

¹¹⁸ Se s. 21 i hovrättens dom, jfr p. J19 i skiljedomen: kändanden i målet hävdade vidare att skiljedomaren begått handläggningsfel genom att ha underlåtit att tillämpa *jura novit curia* genom att *inte* ex officio göra en rättslig värdering av kändandens grund. Den inställningen visar att kändanden utgått från att skiljenämnden haft en *rättsutredningsplikt* och synsättet verkar inte ha ifrågasatts av hovrätten. Hovrätten för Västra Sverige i mål *T 4028-13* uttalade på ett liknande sätt: ”Utgångspunkten är att skiljemannen är bunden att avgöra tvisten med stöd av de omständigheter (rättsfakta) som parterna åberopar till stöd för sin talan. Däremot har en skiljeman normalt en rätt (men även en skyldighet) att tillämpa en icke åberopad rättsregel.”

skiljeförfarandet.¹¹⁹ Hovrätten slog lakoniskt fast att skiljemän enligt *jura novit curia* inte är bundna av parternas rättsliga etikettering, utan självständigt ska finna vilka rättsregler som är tillämpliga på de åberopade rättsfakta. *Rättstillämpningsfriheten* bekräftades alltså av hovrätten.

Även målen *Svea HovR T 8090-99*, *T 5398-05*, *6198-12* och *4487-12* kan tas till intäkt för att ramen för skiljenämnds uppdrag normalt bara sätts av åberopade rättsfakta, inte rättsregler.¹²⁰

Gällande del 3 av principen, *övertäckningsfriheten*, kan det inledningsvis sägas att HD i NJA 1973 s. 740 uttalade att det ”är en öppen fråga, i vad mån bristande processledning från skiljemäns sida kan utgöra skäl att häva skiljedom”. I rättsfallet ovan, *Svea HovR T 1968-16*, prövades också ifall den ”övertäckande” analogin från kommissionslagen kunde utgöra ett klanderbart handläggningsfel. Hovrätten hänvisade till Lindskogs lagkommentar och kom med avstamp i Lindskogs uttalanden till slutsatsen att bristande processledning i *vissa* fall kan utgöra ett handläggningsfel. Hovrätten ansåg dock likt Lindskog att det för att kunna upphäva skiljedomen bör ”krävas att den klandrande parten med fog kan hävda att parten inte fått tillräcklig möjlighet att argumentera i frågan om den aktuella rättsregelns tillämplighet”.¹²¹ I det aktuella skiljeförfarandet ansåg dock hovrätten att analogin av kommissionslagen inte var en så pass oförutsebar rättstillämpning att den utgjorde ett handläggningsfel.¹²² Vissa tolkar *Svea HovR T 4548-08* som ett stöd för att parter har en rätt att få yttra sig och att *jura novit curia*

¹¹⁹ Käranden i klander målet hävdade först och främst att de rekvisit i kommissionslagen som tillämpats utgjorts rättsfakta som inte åberopats och därmed att skiljemannen överskridit sitt uppdrag jämlikt 34 § 1 st. 2 p. LSF. Dessutom menade käranden att skiljemannen gjort sig skyldig till ett handläggningsfel (p. 6 i nämnda paragraf) genom att inte upplysa parterna om att han övervägde att tillämpa kommissionslagen analogt och att parterna därmed inte fick chans att yttra sig.

¹²⁰ Jfr Elofsson, som ingående analyserat klandrade skiljedomar mellan 1999–2009. Elofsson drar i vart fall denna slutsats, JT 2010/11 s. 740, se not 29 och även s. 741 och konklusionen på s. 745 f. Jfr Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 317.

¹²¹ Jfr Lindskog, Lagkommentar till 34 § LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt 5.2.7 särskilt not 215.

¹²² Hovrätten uttalade: ”Hovrätten konstaterar att City Säkerhet i skiljeförfarandet har haft möjlighet att argumentera för sin ståndpunkt i frågan om utfyllning av avtalet. Hovrätten konstaterar vidare att det är vanligt att utfyllning av ett avtal, när uttrycklig reglering i en viss fråga saknas i avtalet, sker genom tillämpning av dispositiva rättsregler (se t.ex. NJA 1999 s. 629). Med hänsyn till detta kan det enligt hovrättens mening inte anses ha varit övertäckande för City Säkerhet att skiljemannen vid utfyllning av avtalet tillämpade kommissionslagens regler, även om SafeTeam inte hade hänfört sig till de aktuella bestämmelserna. Skiljemannen kan därför inte anses ha brutit i sin materiella processledning. Det har således inte förekommit något fel i handläggningen.”

därmed skulle begränsas.¹²³ Jag delar dock inte den analysen eftersom skiljedomen åsidosattes grundat på uppdragsöverskridande (då skiljenämnden dömt över icke åberopade *rättsfakta*), inte på grund av överraskande rättstillämpning.¹²⁴

3.3.4 Slutsatser om *jura novit curia* i svenska skiljeförfaranden

Går det då sammanfattningsvis att dra några slutsatser kring vad som gäller de lege lata avseende svenska skiljeförfaranden i Sverige? Grundinställningen hos både lagstiftaren och doktrinen, samt även i den faktiska tillämpningen, verkar vara att *rättstillämpningsfriheten* under *jura novit curia* som utgångspunkt gäller i svenska skiljeförfaranden om inte parterna gett instruktion om annat.

Om även *rättsutredningsplikten* gäller är något oklart. Att skiljenämnden har en *rätt* att självständigt vidta rättsutredningsåtgärder framstår som klart. Det har också hävdats att RB 35:2 st. 2 kan tillämpas analogt i rent svenska skiljeförfaranden, vilket i så fall gör att parterna inte skulle behöva bevisa innehållet i gällande rätt, i vart fall när det är fråga om svensk materiell rätt.¹²⁵

Däremot måste slutsatsen bli att del 3 av principen, *överraskningsfriheten*, är beskuren i skiljeförfaranden. Som konstaterats tidigare i denna uppsats bör domstolarna visserligen i så stor utsträckning som möjligt uppmärksamma parterna på relevanta rättsregler så att överraskningar kan undvikas, men det kan i normala fall i ett skarpt läge i normala fall inte sägas finnas en *ovillkorlig* skyldighet att undvika alla överraskningsmoment i rättstillämpningen. I skiljeförfaranden, däremot, framstår bristande processledning i form av att skiljenämnden inte uppmärksammar parterna på – och låter dessa yttra sig över – de rättsregler som nämnden avser tillämpa *i vissa fall* kunna utgöra ett handläggningsfel. Med detta sagt verkar det trots allt krävas att överraskningsmomentet i rättstillämpningen når en viss påtaglighet för att felet ska vara klanderbart.¹²⁶ Dessutom gäller som bekant enligt LSF för alla handläggningsfel att felet sannolikt ska ha inverkat på utgången för att skiljedomen ska undanröjas.

¹²³ T.ex. Alberti s. 19.

¹²⁴ Se s. 70 i domen.

¹²⁵ Det kan noteras att det i skiljeförfaranden faktiskt inte går att tala om utländsk eller inhemsk rätt eftersom det inte finns någon *lex fori*. Detta problematiseras och diskuteras vidare nedan i uppsatsen.

¹²⁶ Jfr resonemanget ovan angående Svea HovR T 1968-16 och hänvisningarna till Lindskog där.

3.4 Sammanfattning

I *svenska domstolstvister* är *rättstillämpningsfriheten* ett fundament i processordningen då det får sägas vara en skyldighet för rätten att försöka döma så materiellt korrekt som möjligt. *Rättsutredningsplikten* tillämpas också med visst undantag för innehållet i utländsk rätt där det inte finns en fullt så stark rättsutredningsplikt. *Överraskningsfriheten* är den del som är mest omtvistad i svensk rätt. Min slutsats är dock att även denna del av *jura novit curia* troligen gäller fullt ut: domstolar har alltså inte någon *ovillkorlig* skyldighet att på förhand uppmärksamma parterna på de rättsregler som den avser tillämpa. Däremot kan man med goda skäl hävda att rätten med fördel *bör* kommunicera med parterna.

I *rent svenska skiljeförfaranden* är parternas inflytande över processen betydligt större än i en domstolstvist. Detta gör att parterna i hög grad kan styra rättstillämpningen och, enkelt uttryckt, avtala bort *jura novit curia*.¹²⁷ Om så inte görs verkar både *rättstillämpningsfriheten* och *rättsutredningsplikten* accepteras på samma sätt som sker i domstolsförfaranden. Man kan dock diskutera om det verkligen kan vara en *skyldighet* för en skiljenämnd på samma sätt som en domstol att till varje pris söka en materiellt korrekt lösning – och därmed ha en *skyldighet* att vid behov *ex officio* gå utanför parternas rättsliga argumentation och åberopade rättskällor.

Gällande *övertaskningsfriheten* är läget mer osäkert. Den härskande uppfattningen i doktrinen, som även ser ut att ha vunnit stöd i praxis, ger stöd för slutsatsen att en alltför oförutsebar rättstillämpning i vissa fall utgöra ett klanderbart handläggningsfel som kan få skiljedomen upphävd. Med andra ord blir slutsatsen att någon total övertaskningsfrihet förmodligen *inte* gäller i svenska skiljeförfaranden. Var gränsen för vad som är alltför oförutsebart ska dras är dock mycket oklart.

¹²⁷ Vilket i och för sig sällan verkar göras, jfr Heuman, *Skiljemannarätt* s. 395; Calissendorff, JT 1995/96 s. 148.

4 Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden från ett svenskt perspektiv

4.1 Om detta avsnitt

Som tidigare anförts har det uttryckts osäkerhet i förarbetena kring hur jura novit curia ska tillämpas i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige.¹²⁸ I detta avsnitt analyseras hur övriga svenska rättskällor ställer sig till principens tillämplighet i internationella skiljeförfaranden. Inledningsvis presenteras diskussionen inom den svenska doktrinen, därefter följer en djupare analys av några svenska klanderdomar avseende internationella skiljeförfaranden och slutligen analyseras SCC:s regelverk.

4.2 Uttalanden i den svenska doktrinen

4.2.1 Allmänt

I korthet kan man beskriva det gängse synsättet i den svenska doktrinen som att jura novit curia ska ges mindre och mindre genomslag ju längre ifrån det svenska domstolsförfarandet man kommer. Till skillnad från synen på svenska skiljeförfaranden intar alltså de flesta processrättsexperter i allmänhet en relativt restriktiv syn på hur jura novit curia ska tillämpas i internationella skiljeförfaranden. Däremot är frågan, som den sällan är, inte helt svartvit. I det följande ska jag därför något mer detaljerat presentera hur de olika delarna av jura novit curia diskuteras i den svenska doktrinen.

4.2.2 Enighet om att skiljenämnden *inte* har det fulla utredningsansvaret

RB 35:2 st. 2 medför, som vi konstaterat ovan, att det i svenska domstolar och troligtvis analogt även i svenska skiljeförfaranden finns en skyldighet för (skilje)domaren att ex officio utreda rättens innehåll, åtminstone i fråga om svensk rätt.

I skiljeförfaranden går det dock inte i strikt mening att tala om svensk och utländsk rätt. Det finns nämligen ingen *lex fori* avseende den materiella rätten, utan endast den lag

¹²⁸ Prop. 1998/99:35 s. 144.

som skiljeavtalet anger.¹²⁹ Därmed kan man betrakta all materiell lag i skiljeförfaranden som utländsk, vilket kan motivera en analogi till RB 35:2 st. 2 mom. 2.¹³⁰

I linje med det sagda framstår det finnas betydande enighet i doktrinen kring att det i internationella skiljeförfaranden istället är parterna som har det primära utredningsansvaret för rättstillämpningen, i vart fall då skiljenämnden består av jurister med olika nationalitet.¹³¹ Om nämnden är ”helsvensk” verkar dock såväl Lindskog som Heuman öppna upp för att rättsutredningsplikten under *jura novit curia* skulle kunna gälla om tvisten avgörs enligt svensk rätt, trots att någon *lex fori* alltså inte finns i formell mening.¹³² Huvudregeln verkar dock ändå enligt expertisen vara att del 2 av *jura novit curia*, *rättsutredningsplikten*, inte gäller i internationella skiljeförfaranden.

4.2.3 Får skiljenämnden göra egna rättsutredningar?

Mot bakgrund av det nyss sagda kan man fråga sig om skiljenämnd i ett läge där en rättsfråga är tvistig över huvud taget *får* vidta egna rättsutredande åtgärder för att fastställa innehållet i den relevanta rättsregeln (gällande rätt) eller om rättsliga grunder ska behandlas på samma sätt som sakomständigheter, som parterna alltså måste styrka.

Runesson och Heuman menar att rättsreglernas innehåll *inte helt* ska betraktas som rena bevisfakta som parterna ska presentera. Runesson anför att en princip liknande den i RB 35:2 st. 2 mom. 2 bör gälla i internationella skiljeförfaranden. Detta innebär att skiljenämnden och parterna får ett delat ansvar för utredningen av utländsk rätt, där skiljenämnden *får* begära att parterna förebär sådan bevisning. Skiljenämnden har dock möjlighet att *ex officio* göra egna utredningar av gällande rätt, så länge parterna ges möjlighet att kommentera de rättsutredningar, prejudikat, doktrinuttalanden eller

¹²⁹ ILA Report 2008 s. 176. Redfern & Hunter on International Arbitration s. 223 (3.211). Jfr Lew s. 3 f. Hur detta lagval ska göras och tolkas och vilka regler som gäller in dubio ligger utanför ramen för denna uppsats.

¹³⁰ Samtidigt ska man komma ihåg att en sådan lösning är just en sådan analogi till svensk processrätt vilken som bekant inte alltid är lämplig i fråga om internationella skiljeförfaranden.

¹³¹ Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 499; Calissendorff JT 1995/96 s. 147; Kleineman, Vänbok till Södermark s. 112–113, 116.

¹³² Se bl.a. Heuman, Skiljemannarätt s. 341 ff. Heuman kan förstås som att parterna ändå kanske inte behöver förebära rättsutredningar om samtliga skiljemän ”är medborgare i det land vars lag skall tillämpas”. Jfr Lindskog, not [140] nedan. Jfr Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden s. 213, 244 f.

dylikt som skiljenämnden ex officio inhämtat.¹³³ Lindskog anser också att skiljenämnden har vad han kallar en ”subsidiär” utredningsskyldighet, men att parterna bär huvudansvaret för att ta fram rättsutredningar.¹³⁴

Madsen och Calissendorff¹³⁵ är som tidigare beskrivits skeptiska till jura novit curia i även rent svenska skiljeförfaranden, och detsamma gäller också avseende de internationella skiljeförfarandena. De lägger stor vikt vid att parternas rättsutredningar primärt ska utgöra underlaget för fastställandet av innehållet i gällande rätt. Madsen verkar dock tolerera att skiljenämnden vidtar vissa egna utredningsåtgärder, så länge detta kommuniceras till parterna.¹³⁶

Någon absolut *rättsutredningsplikt* för skiljenämnden finns alltså inte i internationella skiljeförfaranden enligt doktrinen. Den svenska expertisen är dock någorlunda överens om att en skiljenämnd bör ha en viss möjlighet att ex officio vidta rättsutredande åtgärder, även om parterna alltjämt bär det primära utredningsansvaret.

4.2.4 Är skiljenämnden bunden av åberopade rättsregler?

Det verkar således klart att en skiljenämnd har rätt att självständigt utreda exempelvis hur en omtvistad rättsregel ska tolkas. Nästa fråga är då om denna utredningsrätt sträcker sig så långt att skiljenämnden ex officio får föra in *nya* rättsregler och helt nya rättsliga spår i tvisten, eller om skiljenämndens uppdrag som utgångspunkt är begränsat till de rättsregler och rättsliga kvalificeringar parterna hänfört sig till.

Ponera att en skiljenämnds ordförande är en erfaren svensk jurist och att parterna är internationella aktörer, men den materiella rätten i förfarandet är svensk rätt. Om skiljedomaren utifrån sin kunskap om svensk rätt ser andra rättsliga spår än de parterna har åberopat, får skiljenämnden i ett sådant läge introducera dessa i tvisten? I doktrinen finns delvis olika syn på saken.

¹³³ Jfr Runesson, JT 2017/18 s. 173 ff. Heuman, Skiljemannarätt s. 342 f och s. 396. Heuman skriver dock: ”Enkla rättsliga argument bör skiljemännen kunna föra in i sina resonemang även om ingen part fört fram dem.” Se även avsnitt [3.2.2.2] ovan.

¹³⁴ Se Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.4. Lindskog talar i allmänna ordalag om att principen jura novit curia gäller i skiljeförfaranden, men påpekar att principen kan behöva ”modifieras” om skiljeförfarandet är internationellt.

¹³⁵ Calissendorff, JT 1995/96 s. 147.

¹³⁶ Madsen, Commercial Arbitration in Sweden s. 363.

Heuman intar en förhållandevis restriktiv inställning. Han tar exemplet att en skiljenämnd har en sammansättning med en fransk, en tysk och en svensk skiljedomare. Om tvisten ska avgöras enligt tysk rätt måste parterna enligt Heuman både lägga fram bevisning om innehållet i tysk rätt, men också gäller enligt Heuman att skiljenämnden *inte* bör tillämpa en icke åberopad rättsregel enbart därför att en av skiljemännen har kunskap om tysk rätt.¹³⁷ Calissendorff anser på ett liknande sätt att skiljenämnden inte *ex officio* bör föra in nya rättsregler, bland annat för att nämnden kan uppfattas som partisk om rättsregeln gynnar en viss part.¹³⁸

Kleineman och Lindskog menar att skiljenämndens egna kunskaper tvärtom *ska* utnyttjas. Kleineman går så långt att han menar att konsekvensen av att inte tillämpa *jura novit curia* i detta avseende skulle kunna bli att nämnden *medvetet* tvingas döma fel och han frågar retoriskt: ”Vilken av de – felaktigt – åberopade rättsreglerna skall nämnden då tillämpa, kändens eller svarandens?”¹³⁹ Lindskog anser att det vore ”verklighetsfrämmande” att helt bortse från en skiljedomares förkunskaper om den tillämpliga rättsordningen och anser att det är helt naturligt att dra nytta av den sakkunskap som finns inom nämnden. Som exempel anger han att nämnden är bekant med ett avgörande rättsfall som inte lyfts av parterna, vilket han menar i ett sådant fall måste få beaktas *ex officio*.¹⁴⁰ Både Lindskog och Kleineman fäster över lag stor vikt vid att skiljenämnden dömer så materiellt korrekt som möjligt.¹⁴¹

Madsen tycks anse att det primära syftet med skiljeförfarandet är att lösa tvisten och att man därigenom kan utgå från att parterna vill ha tvisten löst baserat på de rättsregler som åberopats. Att en skiljenämnd vidtar kostsamma och stora rättsutredningar för att *ex officio* utreda andra rättsliga spår skulle därför ligga utanför nämndens uppdrag,

¹³⁷ Hela stycket: Heuman, Skiljemannarätt s. 342 f.

¹³⁸ Calissendorff, JT 1995/96 s. 148.

¹³⁹ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 113 ff.

¹⁴⁰ Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.4, not 4 [2834]. I hans lagkommentar till LSF berörs *jura novit curia* inte i explicit mening gällande just *internationella* skiljeförfaranden, men i allmänhet uttrycker Lindskog att rättssystemet är ett sammanhängande normsystem och att en skiljenämnd måste vara fri att göra rättsliga omkvalifikationer, se Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.1, not 1 [2824]. Som exempel anger Lindskog att en part till stöd för att ett avtal vore överksamt hänfört sig till 36 § AvtL, men där skiljenämnden alltså skulle vara fri att pröva frågan även under 33 § AvtL eller förutsättningsläran.

¹⁴¹ Se Kleineman, Vänbok till Södermark bl.a. s. 106 ff. Avseende Lindskog, se ovan.

menar han.¹⁴² Madsen medger dock att en skiljenämnd i vissa fall bör vara fri att uppmärksamma parter på nya rättsregler som kan ligga nära till hands och att detta inte bör vara klanderbart i sig, så länge parterna ges chans att ta ställning till de nya rättsregler och rättskällor som förs in.¹⁴³

Hobér uttalar också skepsis mot *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden, men verkar trots detta medge att skiljenämnden i viss mån får föra in nya rättsliga argument, så länge detta kommuniceras till parterna.¹⁴⁴

Sammanfattningsvis är det svårt att hitta en gemensam syn i doktrinen kring huruvida skiljenämnden får föra in nya rättsliga resonemang. Vissa menar att nämnden i regel bör anses bunden av parternas rättsliga argumentation, vissa menar att nämnden bör få komma med vissa egna idéer, och vissa anser att nämnden har en förhållandevis stor befogenhet att föra in nya rättsliga argument i målet. Splittringen till trots anser de flesta experter att skiljenämnden bör iaktta försiktighet i att tillämpa *rättstillämpningsfriheten* i internationella skiljeförfaranden.

4.2.5 Gäller överraskningsfriheten?

Slutligen ska vi ta oss an del 3, *överraskningsfriheten*. Likt vad som redan presenterats i avsnitt [3.3] avseende inhemska skiljeförfaranden kan det noteras att flera svenska processrättsexperter anser att en skiljenämnd även i internationella skiljeförfaranden bör kommunicera rättsanvändningen med parterna.¹⁴⁵

I den mån parterna *inte* ges tillräcklig möjlighet att yttra sig, är det svårt att tolka doktrinen på annat sätt än att samma princip borde gälla vid internationella skiljeförfaranden som vid svenska, nämligen att skiljenämnden i ett sådant läge kan ha

¹⁴² Madsen, *Commercial Arbitration in Sweden* s. 363. Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 491.

¹⁴³ Madsen, JT 2010/11 s. 501 f.

¹⁴⁴ Se t.ex. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 244, 317. Hobér anför att en skiljedom baserad på ”rules of law, or legal arguments” som inte parterna baserat sin talan förmodligen kan vara att anse som ett uppdragsöverskridande. Samtidigt verkar han öppen för att skiljenämnden genom den materiella processledningen *får* föra in parterna på nya rättsliga resonemang, vilket i så fall lär betyda att han är av liknande åsikt som Runesson och Heuman.

¹⁴⁵ Madsen, JT 2010/11. Se artikelavsnitten 3.1–3.5, se särskilt s. 502 f. Lindskog, Lagkommentar till LSF (Zeteo maj 2016) avsnitt IV: 2.1.4, not 4 [2834]. Heuman, *Skiljemannarätt* s. 395 f.

begått ett klanderbart handläggningsfel.¹⁴⁶ Hobér är en av få som kommenterar saken specifikt avseende internationella skiljeförfaranden och beskriver att frågan visserligen är osäker, men att överraskande rättstillämpning bör kunna klandras framgångsrikt.¹⁴⁷

4.2.6 Sammanfattning av svenska doktrinuttalanden

Så, går det att hitta någon gemensam linje i doktrinen? Trots att flera författare anför att *jura novit curia* inte bör användas i internationella skiljeförfaranden kan man i realiteten tolka deras ställningstaganden som att principen trots allt inte helt kan överges, utifrån hur jag definierat den. Däremot kan vi slå fast att *jura novit curia* enligt de flesta författare ska ges en mer begränsad tillämpning i internationella skiljeförfaranden jämfört med de rent svenska. Om några försök till ytterligare slutsatser ska dras utifrån doktrinens uttalanden får dessa bli följande.

Den gängse uppfattningen är att parterna bär det primära utredningsansvaret för rättstillämpningen, vilket alltså gör att *rättsutredningsplikten* under *jura novit curia* inte gäller. Däremot menar de flesta experter att skiljenämnden måste ges viss befogenhet att utreda rättsfrågor, inte minst i de fall där parterna faktiskt tvistar om en tolkning av en rättsregel. Exakt hur långt denna rätt sträcker sig råder det troligen delade meningar om, men enligt mitt sätt att se på *jura novit curia* kan man i vart fall konstatera att de flesta författare inte helt stänger dörren för del 1, *rättstillämpningsfriheten*. En skiljedom skulle med andra ord troligen *inte* kunna klandras per se för att skiljenämnden ex officio fört in vissa nya rättsliga resonemang i tvisten. Däremot bör det stå klart att i den mån en skiljenämnd inom ramen för sitt uppdrag tillåts att ex officio föra in nya rättsliga resonemang och rättsregler i tvisten så bör nämnden ge parterna möjlighet att yttra sig över dessa nya rättsliga argument för att inte riskera att begå ett klanderbart handläggningsfel (jfr 34 § 6 p. LSF). Någon absolut *överraskningsfrihet* gäller därmed inte enligt doktrinen.

¹⁴⁶ Se avsnitt [3.3.4] ovan. Hope och Hallberg (s. 105) anför att överraskande rättstillämpning normalt inte är klanderbart i svenska skiljeförfaranden, men skriver samtidigt att *jura novit curia* inte ska tillämpas i fråga om internationella skiljeförfaranden.

¹⁴⁷ Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 317.

4.3 Svensk klanderpraxis

4.3.1 Utgångspunkter

Flera av de författare som jag refererat till ovan hämtar stöd för sina slutsatser angående tillämpningen av *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden från hur frågan hanterats i den ganska sparsamma klanderdomspraxis på området som finns från svenska domstolar. I det här avsnittet redogör jag för några fall från Svea hovrätt, som får anses vara den primära svenska praxisbildaren på klanderområdet.¹⁴⁸ Som tidigare har konstaterats verkar domstolarna i allmänhet anse att *jura novit curia* ska tillämpas i inhemska skiljeförfaranden, i vart fall del 1 och del 2 av principen. Enligt min mening är det därför intressant att granska hur domstolarna adresserar och hanterar de internationella inslag som kan finnas i klandrade skiljedomar. Kommenterar domstolarna huruvida det bör göras någon skillnad i hanteringen av *jura novit curia* utifrån de internationella inslagen?

4.3.2 Exempel från Svea hovrätt

4.3.2.1 Svea HovR T 745-06

Det första målet som beskrivs nedan vittnar om att *jura novit curia* accepteras som en vedertagen princip inom skiljeförfaranden, även när de internationella inslagen kan vara betydande.

Skiljedomen rörde en tvist mellan en rysk investerare och staten Moldavien där den enda skiljedomaren var professor Giuditta Cordero-Moss.¹⁴⁹ Tillämplig lag var moldavisk, och dessutom fanns ett bilateralt investeringsavtal (BIT) mellan Moldavien och Ryssland.¹⁵⁰ I tvisten hade nämnda BIT åberopats som rättskälla och avtalet var därmed omdiskuterat i tvisten. Däremot hade inte käranden (investeraren) aktivt åberopat att svaranden (Moldavien) brutit mot BIT, utan hade primärt åberopat att Moldavien brutit mot principen om icke-retroaktivitet enligt moldavisk investeringslag. Skiljedomaren ansåg dock inte att någon sådan överträdelse hade skett. Däremot fick parterna kommentera hur de såg på det aktuella BIT:s inverkan på käromålet, varpå investeraren åberopade en artikel i det aktuella BIT som avsåg indirekt expropriering. Skiljedomaren ansåg inte att heller denna rättsregel

¹⁴⁸ Elofsson, JT 2010/11 s. 732 ff.

¹⁴⁹ Professor vid Oslo universitet.

¹⁵⁰ Se avsnitt 3.2 av skiljedomen, bilagd klanderdomen från Svea HovR.

gav stöd för kändens talan. Istället valde skiljedomaren att bifalla käromålet baserat på en annan artikel i det aktuella BIT som avsåg ”fair and equitable treatment”.

Skiljedomaren konstaterade i skiljedomen att jura novit curia är en del av svensk skiljemannapraxis, men att det visserligen gällande internationella skiljeförfaranden i Sverige brukar anses att parterna måste ges möjlighet att yttra sig över eventuella nya rättskällor som skiljenämnden introducerar. I det specifika fallet konstaterade dock skiljedomaren att någon ny rättskälla inte introducerats utan att endast en redan omnämnd rättskälla tolkades och tillämpades på ett annat sätt än hur parterna argumenterat.¹⁵¹

Klanderkändens (Moldavien) ansåg att skiljedomaren begått en rad formella fel, bland annat genom att ha tillämpat jura novit curia på ett felaktigt sätt och omformulerat kändens (investerarens) yrkanden och dömt ut ett indirekt skadestånd, vilket kändens inte hade yrkat. Hovrätten ansåg dock att yrkandet inte omformulerats på ett otillåtet sätt av skiljedomaren och vidare att skiljedomaren inte hade grundat skiljedomen på icke åberopade rättsfakta, utan endast gjort en ”viss rättslig kvalificering av de sakomständigheter som [investeraren] angett, med stöd av en rättskälla som denne åberopat”. Något uppdragsöverskridande hade därmed inte begåtts enligt hovrätten, som slog fast att jura novit curia inte tillämpats felaktigt.¹⁵²

Domen belyser flera intressanta aspekter. Trots att varken parterna eller skiljedomaren var av svensk nationalitet och att tillämplig materiell rätt var moldavisk lag verkar skiljedomaren – kanske baserat på att skiljeförfarandet ägde rum i Sverige – ha haft som utgångspunkt att jura novit curia gäller i förfarandet, vilket därmed går emot en del av den svenska processrättsexpertisens tolkning av rättsläget. Det är också noterbart att klanderkändens Moldavien inte argumenterade för att jura novit curia *inte* skulle ha gällt inom internationella skiljeförfaranden, utan endast att skiljedomaren tillämpat principen på ett *felaktigt sätt* (genom att omformulera yrkanden).

Inte heller hovrätten diskuterade principens tillämplighet som sådan, utan konstaterade bara att skiljedomaren inte hade tillämpat jura novit curia på ett felaktigt sätt. Hovrätten kommenterade inte det faktum att parterna, skiljenämnden och den materiella rätten är utländsk och huruvida detta skulle inverka på jura novit curias tillämplighet.

4.3.2.2 Svea HovR T 2289-14

Det andra klandermålet jag tar upp i denna analys berör visserligen inte åberopandet av rättsregler och jura novit curia i explicit mening, utan handlar om vilka rättsfakta som

¹⁵¹ Se s. 9 i skiljedomen, bilagd klanderdomen från Svea HovR.

¹⁵² Se s. 8 i hovrättens dom.

lagts till grund för avgörandet. Däremot gör hovrätten uttalanden i fråga om hur svensk processrätt och RB *generellt* kan tillämpas analogt i fråga om internationella tvister.

Twisten rörde ett joint venture-avtal avseende exploatering av oljefält i Sibirien med en amerikansk aktör på kändesidan i ursprungstvisten och en rysk aktör på svarandesidan i ursprungstvisten. Skiljenämndens ordförande var en svensk advokat medan de partsutsedda skiljedomarna var av amerikansk respektive rysk härkomst. Båda parter företrädde av svenska ombud. Det amerikanska oljebolaget påkallade skiljeförfarande och krävde ersättning för en rad påstådda avtalsbrott på den ryska sidan. Skiljenämnden biföll talan och utdömde i huvudsak de belopp som det amerikanska bolaget krävt.

Skiljedomen klandrades och det ryska bolaget anförde i Svea hovrätt bland annat att skiljenämnden gått utanför sitt uppdrag genom att döma över icke åberopade omständigheter. Hovrätten anförde att i rent inhemska skiljeförfaranden är rättegångsbalkens regler normerande för hur tvistens ram ska definieras, men att större försiktighet kring att analogisera RB ska iakttas i internationella tvister. Hovrätten konstaterade dock att 1) skiljeförfarandet ägde rum i Stockholm, 2) skiljenämndens ordförande var en svensk advokat, 3) parterna företrädde av svenska ombud och 4) svensk lag var tillämplig materiell rätt. Sammantaget yttrade därför hovrätten att "[m]ot bakgrund av den starka anknytningen till Sverige måste såväl parterna som skiljenämnden ha varit väl förtrogna med och inrättat sig efter det regelsystem som gäller i svensk processrätt i fråga bl.a. om vikten av att rättsfakta åberopas på ett tydligt sätt."¹⁵³

Hovrättsdomen visar alltså att ju starkare kopplingen är till Sverige, desto större genomslag kan svensk processrätt få i målet. Jag vill dock lägga en liten brasklapp angående hur långt målet ovan kan tolkas eftersom det inte avsåg principen *jura novit curia* som sådan.

4.3.2.3 Svea HovR T 1417-14 och Svea HovR T 4050-10

De mål som refereras nedan är två ytterligare exempel där Svea hovrätt verkar tillämpa de principer som gäller för rent svenska tvister trots att det finns internationella inslag. Målen ger vidare stöd för att framförallt *rättstillämpningsfriheten* gäller.

I T 1417-14 avsåg skiljeförfarandet två utländska parter som båda företrädde av svenska ombud. Twisten avsåg ett köp av en åkattraktion där kärnan i tvisten var äganderättsövergången av attraktionen. Attraktionen fanns i köparens besittning men säljaren åberopade en avtalsklausul med en form av återtagandeförbehåll

¹⁵³ Se s. 36 i klanderdomen.

(”retentionsklausul”) och menade att äganderätten därför ännu inte övergått. Skiljenämnden ansåg att äganderätten gått över till köparen baserat på att det enligt schweizisk lag krävdes att en sådan retentionsrättsklausul som åberopats måste ha registrerats för att få verkan och att så inte hade skett. Denna slutsats menade dock säljaren att skiljenämnden drog ex officio. Säljaren klandrade därför skiljedomen bland annat med hänvisning till att nämnden överskridit sitt uppdrag genom att grunda domen på ”en omständighet eller rättslig kvalifikation som inte åberopats” och att i vart fall ett handläggningsfel begåtts eftersom parterna inte getts tillfälle att yttra sig över frågan om det krävdes registrering eller inte.

Hovrätten konstaterade att en skiljenämnd i och för sig kan begå ett uppdragsöverskridande om skiljedomen grundas på rättsregler som parterna har enats om ska ligga utanför prövningen. Gällande frågan om klausulen och huruvida den behövde registreras anfördes: ”Enligt hovrättens bedömning är det i detta avseende *inte endast fråga om rättslig argumentation* från skiljenämndens sida utan även om beaktande av en sådan faktiskt omständighet som förutsätter åberopande av part. Frågan är därför om omständigheten åberopades i skiljeförfarandet.”¹⁵⁴ Hovrätten ansåg att köparen tillräckligt tydligt hade åberopat att klausulen behövde registreras och klandertalan ogillades.

I målet *T 4050-10* var en av parterna svensk och den andra från Luxemburg. Båda hade svenska ombud och skiljenämnden var svensk. De båda bolagen hade ingått ett aktieöverlåtelseavtal där det svenska bolaget köpt samtliga aktier i ett holländskt bolag av det luxemburgska bolaget. Skiljedomen avsåg en mängd tvistefrågor avseende bland annat tilläggsköpeskilling, vilket köparen utdömdes att betala. Skiljedomen klandrades av det svenska bolaget bland annat grundat på att skiljenämnden skulle ha grundat skiljedomen på icke åberopade omständigheter. Det luxemburgska bolaget invände att skiljenämnden endast gjort en annan rättstillämpning och att nämnden var fri att göra så under jura novit curia. Hovrätten gjorde i sin dom en utförlig prövning av vilka omständigheter som åberopats men uttalade avseende en viss fråga följande: ”Frågan om det som utgångspunkt över huvud taget finns en allmän reklamationsplikt i en situation som den aktuella måste dessutom närmast betraktas som *en rättslig fråga över vilken skiljenämnden själv äger förfoga*.”¹⁵⁵ Hovrätten fann slutligen att skiljedomen inte grundats på några icke-åberopade omständigheter.

I de båda ovan refererade klanderfallen utgick hovrättens prövning av uppdragsöverskridande primärt utifrån vilka rättsfakta som nämnden grundat skiljedomen på (även om hovrätten i det förstnämnda målet rent allmänt uttalade att

¹⁵⁴ Min kursivering.

¹⁵⁵ Min kursivering.

parterna i vissa fall *kan* begränsa prövningen till vissa rättsregler). Gränsen för vad som är faktiska omständigheter och vad som är rättslig argumentation är i och för sig inte alltid tydlig,¹⁵⁶ men verkar i båda målen ha varit den avgörande gränsen. I det förstnämnda målet ansåg hovrätten att den kritiska frågan om registreringskravet var att betrakta som ett rättsfaktum, vilket därmed behövde åberopas. I det senare målet ansågs frågan om reklamationsplikt vara en rättslig fråga som *inte* behövde åberopas, utan som nämnden var fri att pröva *ex officio*.

Hovrätten verkar alltså i båda målen utan större reflektion ha utgått från att *jura novit curia* gällt, utan att kommentera de internationella inslagen i de båda skiljeförfarandena. Man kan visserligen fråga sig om hovrätten hade gjort en annorlunda bedömning om klandertalan hade utformats annorlunda. Pondera att klanderkrävarn i *T 4050-10* medgivit att frågan om reklamationsplikt *var* en rent rättslig fråga och istället hävdade att *jura novit curia* inte gällde i tvisten och att skiljenämnden därmed överskridit sitt uppdrag genom att *ex officio* ta sig an en ny rättslig fråga. Det är givetvis ett hypotetiskt resonemang, men frågan om *jura novit curia* ska tillämpas eller inte hade i vart fall ställts på sin spets tydligare och hovrätten hade tvingats diskutera om *jura novit curia* kan tillämpas i ett skiljeförfarande med internationella inslag.

4.3.3 Sammanfattning av svensk klanderpraxis

Det första som kan konstateras är att det är svårt att dra alltför långtgående slutsatser gällande *jura novit curia* av den relativt begränsade klanderdomspraxis som finns i just internationella skiljeförfaranden. Typfallet verkar nämligen vara att klanderkrävarn grundar talan på att skiljenämnden gått utanför sitt uppdrag genom att döma över icke åberopade *rättsfakta*, där svaranden invänder att det endast rört sig om nya rättsliga argument och att *jura novit curia* gäller, varpå hovrätten får bedöma om det rört sig om nya rättsfakta eller om det enbart handlat om rättslig argumentation. Detta synsätt verkar inte ändras i de klanderdomar som avser internationella förhållanden.¹⁵⁷

Jura novit curia har alltså inte utmanats i skarpt läge i de ovan analyserade klanderfallen, men verkar ändå underförstått accepteras av såväl parter som

¹⁵⁶ Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 492, not 29.

¹⁵⁷ Utöver de ovan refererade målen var klandertalan i mål *Svea HovR T 7866-02* utformad på ett liknande sätt, där Svea hovrätt utan vidare motivering uttalade att *jura novit curia* gällde.

skiljenämnd och även av Svea hovrätt. Hobér anförde dock (2011) att det är osannolikt att en domstol *inte* skulle undanröja en skiljedom i ett internationellt förfarande som är grundad på rättsliga argument som parterna inte hänfört sig till.¹⁵⁸

4.4 SCC:s regelverk

4.4.1 Utgångspunkter

Som tidigare konstaterats är det möjligt att begränsa en skiljenämnds uppdrag till vissa utpekade rättsregler eller i övrigt begränsa tillämpningen av *jura novit curia*. En sådan begränsning kan exempelvis göras i valet av regelverk för förfarandet. En fråga är därför vad SCC:s skiljedomregler anger gällande *jura novit curia*. SCC har sedan 2017 nya regler, vilket betyder att de skiljeförfaranden och klanderdomar som beskrivits ovan i den mån de utgår från SCC-reglerna hänfört sig till äldre upplagor av regelverket.¹⁵⁹

4.4.2 En nyhet i 2017 års regler

I de nya SCC-reglerna från 2017 finns en nyhet som berör *jura novit curia*.¹⁶⁰ Nyheten återfinns i § 29 i SCC-reglerna angående vad käranden ska ange i sin skriftliga inlaga. § 29 uttrycker följande:

(1) (ii) de omständigheter och grunder som käranden åberopar¹⁶¹

Ska den nya svenska versionen därmed tolkas som att ”omständigheter” syftar på rättsfakta och att ”grunder” syftar på *rättsliga* grunder? Normalt anses ordet ”grund” i svensk processrätt syfta på de sakomständigheter på vilken talan grundas, dvs. rättsfakta.¹⁶² En studie av de övriga språkversionerna på engelska, spanska, tyska, ryska och kinesiska visar dock att samtliga dessa versioner tydligt anger att *rättsliga* grunder ska anges.¹⁶³ I ljuset av detta bör därför den svenska § 29 enligt min uppfattning förstås som att också *rättsliga* grunder ska anges, vilket därmed avviker från RB:s regler.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Jfr Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden* s. 317, där det visserligen beskrivs att frågan om *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden ännu är oprövad av svensk domstol.

¹⁵⁹ Reglerna återfinns här: <http://sccinstitute.se/tvistlosning/regler/>.

¹⁶⁰ Jfr Håstad, JT 2016/17 s. 613, not 9.

¹⁶¹ Motsvarande skrivning gäller för svarandens inlaga.

¹⁶² Lindell, *Civilprocessen* s. 104.

¹⁶³ Den engelska versionen av § 29 lyder: ”(1) (ii) *the factual and legal basis the Claimant relies on;*” I de tidigare SCC-reglerna från 2010 angavs i den engelskspråkiga versionen att ”*the material*

4.4.3 Vad innebär ändringen i regelverket?

Man kan härmed fråga sig om de nya reglerna innebär att skiljenämndens uppdrag numera begränsas av de rättsliga grunder som parterna angett i inlagorna. Håstad anser att det hela är mycket oklart och presenterar en rad olika tolkningar av förändringen.¹⁶⁵ Runesson noterar nyheten i SCC-reglerna men verkar inte tolka den nya skrivningen som att synen på *jura novit curia* förändrats i och med regeländringen.¹⁶⁶ SCC omnämner inte heller förändringen i § 29 i sitt dokument över de viktigaste nyheterna i 2017 års regelverk, vilket man skulle kunna tänka sig hade varit fallet om en omvälvande reform av synen på principen *jura novit curia* hade varit avsikten.¹⁶⁷

Någon förändring i tillämpningen av *jura novit curia* verkar utifrån det ovanstående inte ha varit den uppenbara avsikten med de nya reglerna. Troligen är avsikten bara att underlätta processen genom att förmå parterna att på ett tidigt stadium ange sina rättsliga argument. Man kan däremot fråga sig om en utländsk part utan kunskap om svensk processrättstradition som läser § 29 verkligen kan förväntas inse att skiljenämnden är bunden av de sakomständigheter som åberopas, men *inte* av de rättsliga grunder som anges – trots att båda enligt § 29 måste anges i inlagorna och att artikeln inte i övrigt signalerar att det skulle finnas någon processuell skillnad mellan de rättsliga och de faktiska grunderna. Förändringen i SCC-reglerna ger därför enligt min mening ytterligare argument till de som förespråkar att *rättstillämpningsfriheten* inte ska tillämpas i skiljeförfaranden. Med det sagt är det tveksamt om *jura novit curia* kan anses ha ”avskaffats” genom de nya reglerna.

circumstances on which the Claimant relies”, se 2010 SCC Arbitration Rules Article 24 (1) (ii). Den nya engelska versionen har därmed förändrats så att såväl *factual* som *legal basis* numera ska anges i de skriftliga inlagorna. Den nuvarande spanska versionen av § 29 anger ”*las bases de hecho y de derecho*”, vilket betyder att de faktiska och rättsliga grunderna ska anges. Den tyska versionen anger på liknande sätt att ”*den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen*” ska framgå av parternas inledande inlagor. Den kinesiska liksom den ryska versionen anger också att rättslig grund ska anges. Tack till jur. kand. Sophie Blomqvist (ryska) och jur. kand. Mary Ohrling (kinesiska) för översättningshjälp.

¹⁶⁴ Den enda möjliga tolkningen däremot vore att syftet med skrivningarna i de olika språkversionerna är att rättsliga grunder inte behöver anges vid inhemska skiljeförfaranden, medan så ska ske vid internationella skiljeförfaranden. Att SCC skulle ha smugit in en sådan skillnad utan att tydligare redogöra för att en distinktion ska göras mellan svenska och internationella förfaranden framstår dock vara väldigt osannolikt. Slutsatsen måste därför vara att SCC-reglerna för 2017 får tolkas som att rättsliga grunderna ska anges av parterna redan i de första inlagorna.

¹⁶⁵ Håstad, JT 2016/17 s. 613, not 9.

¹⁶⁶ Runesson, JT 2017/18 s. 178.

¹⁶⁷ Dokumentet *Main changes – new 2017 SCC rules*, finns tillgängligt på SCC:s webbplats.

4.5 Sammanfattning

I det ovanstående har jag studerat hur *jura novit curia* (ska) tillämpas i internationella skiljeförfaranden enligt den svenska doktrinen, enligt svensk klanderdomspraxis, samt även sett till hur SCC:s skiljedomsregelverk reglerar saken. Det är i allmänhet svårt att dra några tydliga slutsatser, men utifrån hur jag definierat *jura novit curia* i avsnitt [2.5] går det förmodligen att säga att *rättsutredningsplikten* och någon absolut *överraskningsfrihet* inte gäller utifrån synen i svensk doktrin, praxis och SCC-regelverket. Detta innebär att parterna bär det primära utredningsansvaret för rättsregler och att överraskande rättstillämpning *kan* utgöra ett klanderbart handläggningsfel.

Gällande del 1 av principen, *rättstillämpningsfriheten*, får inställningen beskrivas som mer spretig. I doktrinen uttrycks till stor del skepsis mot principen, men de flesta författare verkar ändå anse att den inte helt kan överges. Mer precist anser flera experter att en skiljenämnd har en subsidiär utredningsskyldighet avseende rättstillämpningen och att nämnden som en följd därav får introducera nya rättsliga argument, även om denna befogenhet villkoras av att parterna måste få yttra sig över nya rättsliga spår (dvs. att någon överraskningsfrihet inte gäller). I praxis verkar Svea hovrätt konsekvent inte göra några större överväganden kring principens tillämplighet när det finns internationella inslag i tvisten, utan istället utgå från att *jura novit curia* gäller. SCC:s nya regler för 2017 skulle möjligen kunna innebära ett paradigmskifte på denna punkt, där en klanderkärande tänkbart kan använda den nya ordalydelsen i § 29 som argument för att nämnden ska anses vara bunden av de rättsregler som angetts i inlagorna. Det är dock en fråga som ännu är obesvarad.

5 Jura novit curia från ett utländskt perspektiv

5.1 Om detta avsnitt

Detta avsnitt syftar till att undersöka hur jura novit curia tillämpas i några utländska rättsordningar, liksom i internationell rätt och i vissa internationella konventioner, soft law och skiljedomsinstitut. Syftet är inte att detaljstudera varje enskild jurisdiktion (bevisligen är detta komplicerat nog avseende svensk rätt) utan att främst på ett övergripande plan utreda hur principens tre delar kommer till uttryck internationellt.

De mest intressanta jämförelserna är givetvis de som kan göras mot hur jura novit curia tillämpas i *internationella* skiljeförfaranden i utlandet. Samtidigt kan man som tidigare beskrivits inte helt underskatta värdet av inhemsk processrättstradition som avgörande faktor för hur jura novit curia tillämpas i internationella skiljeförfaranden.¹⁶⁸ England och Schweiz beskrivs ofta som de två ytterligheterna i fråga om jura novit curia, varför dessa analyseras relativt utförligt. Valet av övriga länder för min analys är delvis baserat på mina egna språkkunskaper och i vilken mån jag haft tillgång till tillförlitliga källor, delvis gjort med utgångspunkt i att hitta en variation av rättsordningar med varierande rättskultur, skiljedomstradition och geografisk spridning för att få en så intressant och diversifierad analys som möjligt.

5.2 Jura novit curia i några andra länder

5.2.1 England

5.2.1.1 Allmänt om engelsk process- och skiljemannarätt

Storbritannien (särskilt London) är en världsmetropol vad gäller internationell tvistlösning och engelsk rätt är kanske den mest populära rättsordningen att välja som tillämplig lag i internationella skiljeförfaranden.¹⁶⁹ Den engelska lagstiftningen på

¹⁶⁸ Cordero-Moss (2013) s. 8 ff; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 29. Som jag ovan konstaterat har den svenska inhemska processrättstraditionen bevisligen genomslag i skiljeförfaranden som äger rum i Sverige, trots att det ju inte går att tala om någon lex fori i skiljeförfaranden.

¹⁶⁹ Lew s. 2. Se också förorden av Lew i Russel on Arbitration, 24th Ed.

skiljemannaområdet motsvarande svenska LSF är *Arbitration Act of 1996* (hädanefter BAA¹⁷⁰).

Den engelska civilprocessen är baserad på den ackusatoriska principen ("adversial principle") där parterna presenterar sina argument och domaren håller sig passiv.¹⁷¹ Det brukar i allmänhet sägas att konceptet *jura novit curia* över huvud taget inte existerar i engelsk rättstradition eller i andra common law-system. Möjligen har detta strikta synsätt luckrats upp något och enskilda domare har även i rena civilprocesser ansett sig *ex officio* få utreda och tillämpa lagen.¹⁷² I fråga om utländsk rätt finns dock exempel där domare ansetts närmast förbjudna att *ex officio* utreda rättsfrågor.¹⁷³

5.2.1.2 *Jura novit curia i skiljeförfaranden i England*

Om inte parterna gett instruktion om annat anses den ackusatoriska modellen vara utgångspunkten även i skiljeförfaranden. Däremot anger Section 34 (2) (g) BAA att en skiljenämnd – efter samråd med parterna – själv får bedöma om en mer inkvisitorisk processledning kan användas.¹⁷⁴ Mycket tycks dock bero på den enskilda tvistens natur, hur parterna antas vilja ha det och skiljenämndens sammansättning. Engelska skiljemän är sällan vana vid den inkvisitoriska ordningen, men exempelvis om en eller båda parter kommer från en civil law-tradition och därmed är vana vid en mer aktiv skiljenämnd anses det kunna vara motiverat att frånga den ackusatoriska modellen.¹⁷⁵ Om inte parterna aktivt motsatt sig *jura novit curia* medger sammanfattningsvis Section 34 BAA

¹⁷⁰ British Arbitration Act of 1996.

¹⁷¹ Russel on Arbitration s. 243 (5-109). Andres, English Civil Procedure s. 121.

¹⁷² Calissendorff, JT 1995/96 s. 144 f. Jfr Bonomi & Bochatay s. 107.

¹⁷³ Rule 33.7 i Civil Procedure Rules anger att utländsk lag måste bevisas av part. Jfr rättsfall refererade av Sandberg, Examensarbete Göteborgs universitet 2011 s. 20, som dock betonar att det finns undantag från "utredningsförbudet". Lew beskriver att lagen normalt "bevisas" genom att *parterna* kallar in expertvittnen som inför domaren får presentera hur lagen ska tolkas. Jfr dock Andrews, English Civil Procedure s. 769 f. som beskriver att överklagandedomstolar i viss mån får göra egna överprövningar av hur underinstansen tillämpat den utländska rätten. Huvudregeln verkar dock vara att engelska domare är förhindrade att vidta egna undersökningar av utländsk rätt.

¹⁷⁴ Det anges i Section 34 (1) "It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter." och vidare i Section (2) (g) att i detta ingår "whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law;"

¹⁷⁵ Russel on Arbitration s. 243 (5-109-110). Se dock målet *Bandwith Shipping Corporation v Intaari* (2007) där det öppnas upp för att en skiljenämnd kan ha en skyldighet att ingripa och upplysa en part om att denne eventuellt kan ha missförstått motsidans argumentation och uppmärksamma parten på frågor som denne kan ha missat. Punkt. 41 i domen: "If an arbitrator appreciates that a party has missed a point then fairness requires the arbitrator to raise it so that the party can deal with it. But where there is no such appreciation it is not unfair to leave it to counsel particularly highly experienced counsel who shows a detailed knowledge of the case to take such points as he wishes."

större inkvisitoriska inslag än vad som framstår vara tillåtet i engelska domstolar. Gränsen mellan vad som är ackusatoriskt och inkvisitoriskt är dock flytande. I praxis finns exempel då det *inte* ansetts vara ett inkvisitoriskt agerande att en skiljeman ex officio tillämpat sina egna erfarenheter i en tvistefråga utan att låta parterna kommentera detta, vilket kan tyckas främmande för den ackusatoriska modellen.¹⁷⁶

Någon större *skyldighet* för en skiljenämnd att vidta egna rättsutredningar framstår dock inte finnas.¹⁷⁷ Gällande utländsk rätt har inställningen varit att denna betraktas som bevisfakta och att en skiljenämnd har rätt att falla tillbaka på engelsk rätt om den utländska lagen inte kan bevisas av parterna.¹⁷⁸ Detta slentrianmässiga förfarande har dock kritiserats.¹⁷⁹ Vi kan därmed konstatera att någon *rättsutredningsplikt* under jura novit curia inte gäller i England, men att det dock kan finnas en utredningsrätt.

Om inte den ackusatoriska stilen tillämpas framstår det faktiskt som att en skiljenämnd har *rättstillämpningsfrihet* och inte är bunden av parternas rättsliga etikettering. En annan sak är att många skiljedomare kan tänkas vara motsträviga mot att ta en sådan aktiv roll; de har alltså en sådan *rätt* utifrån BAA och en skiljedom torde normalt inte

¹⁷⁶ Se *Checkpoint v. Strathclyde Pension Fund* (2003). I målet hade skiljemannen gjort klart för parterna att om inkvisitoriska inslag skulle användas skulle eventuella nya upptäckter informeras till parterna så att de kunde yttra sig. I skiljedomen hade dock skiljemannen använt sig av sin ”personal experience” för att avgöra vissa frågor i tvisten, vilket föranledde att skiljedomen klandrades. I första instans ansåg domaren Park J. att det inte utgjort ett inkvisitoriskt inslag att luta sig mot sina personliga erfarenheter. I överrätten slogs det fast att det inte varit fråga om inkvisitoriskt agerande att skiljemannen utgått från kunskaper han rimligen kunde förväntas ha.

¹⁷⁷ Se t.ex. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1069 f.

¹⁷⁸ Se t.ex. Alberti s. 9; Cordero-Moss, *SIAR* 2006:3 s. 16, som anför att engelska skiljenämnder inte är förbjudna att självständigt värdera utländsk rätt och att skillnaden mot civil law-system inte i praktiken är så stor.

¹⁷⁹ Målet *Hussman (Europé) Ltd v Al Ameen Dev & Trade Co* [2000] EWHC 2010 (Comm), § 42 (refererat av Lew s. 10) är intressant i sammanhanget. I målet ansåg domstolen att om part(erna) inte ville eller kunde bevisa innehållet i den utländska rätten så har en skiljenämnd rätt att presumera att den utländska lagen överensstämmer med engelsk eller walesisk rätt: “... to hold otherwise would mean that arbitrations held in London would be encumbered with the considerable extra expense of obtaining general evidence of foreign law relevant to the matters in issue in every case where the proper law of the contract was not the law of England and Wales”, uttalade domstolen. Lew kritiserar detta och menar att det kan strida mot New York-konventionen om en skiljenämnd inte respekterar parternas lagval utan slentrianmässigt faller tillbaka på engelsk eller walesisk rätt. Jfr även *ILA Report* 2008 s. 179, där det anges att detta avgörande – i vart fall vid den tidpunkten – framstår vara det enda avgörandet i England där detta prövats. Se i övrigt Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1065.

kunna upphävas *enbart* för att skiljenämnden *ex officio* introducerat nya rättsliga resonemang.¹⁸⁰

Friheten att introducera nya rättsliga argument är dock strängt villkorad av att parterna måste ges möjlighet att yttra sig över rättsanvändningen, vilket kommer till uttryck i Section 33 (1) BAA.¹⁸¹ Denna rättighet för parterna beskrivs ofta vara mycket stark och någon vidare *överraskningsfrihet* finns därmed inte för skiljenämnden.¹⁸² Arroyo drar slutsatsen att engelska skiljedomare inte *ex officio* får applicera nya rättsliga argument *såvida* inte detta fel ”botats” av att man låtit parterna yttra sig över regeln i fråga.¹⁸³

Med detta sagt krävs, för att en klandertalan ska vinna framgång, enligt Section 68 (2) BAA att skiljenämndens brist på kommunikation måste ha orsakat eller kommer att orsaka ”substantial injustice”. Här finns alltså någon form av tröskel: det räcker alltså inte med att det endast finns en *risk* för orättvisa, utan det krävs faktisk orättvisa. Även så leder inte varje fall av ”unfairness” till att skiljedomen kan klandras.¹⁸⁴

Så, gäller *jura novit curia*? Att principen *inte* är en grundsten i engelsk rätt är tydligt och den ackusatoriska traditionen gör att skiljenämnder har små möjligheter att agera *ex officio* utan att parterna uppmärksammas på detta. Men, om väl kommunikation sker blir dock slutsatsen att skiljenämnder trots allt verkar ha *rättstillämpningsfrihet* och även en subsidiär rättsutredningsrätt. Även i England verkar således delar av *jura novit curia* i viss mån kunna tillämpas.

¹⁸⁰ Jfr Redfern & Hunter on International Arbitration s. 329 (5.73-74); Giovannini s. 501; Meier & McGough s. 490 f; Arroyo s. 38 ff; Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1065 f.

¹⁸¹ Section 33 BAA lyder: ”(1) The tribunal shall— (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent (...)” Ett exempel där en skiljedom undanröjts på denna grund är *Pactol Ltd. v Joint Stock* (2001), refererat av Arroyo s. 41.

¹⁸² Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1075. Meier & McGough s. 491 påpekar att detta är den stora skillnaden mellan *jura novit curia* i schweiziska och engelska skiljeförfaranden. Jfr Redfern & Hunter on International Arbitration s. 329 (5.73-74), Russel on Arbitration s. 162 (4-083), s. 243 (5-109-110), och särskilt s. 215 (5-049).

¹⁸³ Arroyo s. 49.

¹⁸⁴ Rekvisitet ”substantial” diskuteras bland annat i domen *Groundshire Ltd v VHE Construction plc* (2001). Där anges bland annat att om den ena parten lägger fram A och den andra B så är skiljenämnden behörig att tillämpa C ifall detta vore en kompromiss mellan A och B. Om C däremot är något som inte inryms *mellan* A och B får det göras en bedömning utifrån ”fact and degree” i det enskilda fallet om skiljedomaren borde ha låtit parterna yttra sig (se p. 46 i domen). Se dessutom p. 40, där det anges att endast orättvisa i själva förfarandet inte räcker, utan att det krävs att resultatet inneburit orättvisa.

5.2.2 Schweiz

5.2.2.1 Allmänt om schweizisk process- och skiljemannarätt

Schweiz har en lång tradition av att vara forum för internationella skiljeförfaranden och schweiziska skiljemannaregler tillämpas ofta även utanför Schweiz.¹⁸⁵ I den schweiziska rättsordningen görs en distinktion mellan inhemska och internationella skiljeförfaranden, där PILA¹⁸⁶ istället för den schweiziska ”Code civil”, SCPC,¹⁸⁷ blir tillämplig om minst en av parterna är baserad utomlands.

Jura novit curia har stark ställning i schweiziska domstolar. Art. 59 SCPC anger explicit att rätten *ska* tillämpa lagen ex officio och att parterna inte kan åläggas att bevisa dess innehåll. I detta inbegrips att rätten är obunden av parternas rättsliga argument. Även utländsk rätt *ska* enligt PILA prövas ex officio av schweiziska domstolar, även om de i vissa fall får begära viss utredningshjälp av parterna.¹⁸⁸

5.2.2.2 Jura novit curia i skiljeförfaranden i Schweiz

Även inom skiljeförfaranden anses jura novit curia vara en vedertagen grundbult. Principens existens i skiljeförfaranden framgår dock inte explicit av vare sig SCPC eller PILA, utan är istället resultatet av en analogi från schweizisk inhemsk domstolsprocessrätt som antagits i praxis.¹⁸⁹

Rättstillämpningsfriheten anses gälla i såväl inhemska som internationella skiljeförfaranden, såvida inte parterna avgränsat uppdraget till vissa rättsregler.¹⁹⁰ Denna frihet inrymmer också en rätt att applicera tillämpliga tvingande rättsregler som

¹⁸⁵ Wehrli & Stacher s. 345 f.

¹⁸⁶ Private International Law Act. Inofficiell översättning till engelska av 12 kap PILA finns här: https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf.

¹⁸⁷ 2008 Swiss Civil Procedure Code. Inofficiell översättning till engelska finns här: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>. Se artikel 57, 58.

¹⁸⁸ Bonomi & Bochatay s. 110 f. Avseende utländsk rätt, se art. 16(1) PILA. Enligt art. 16(2) får domstolen falla tillbaka på schweizisk rätt om inte den utländska rätten kan utredas tillräckligt säkert.

¹⁸⁹ Bonomi & Bochatay, s.107 ff. Se art 353–399 SCPC. Enligt praxis kan parterna ingå processuella avtal och på andra sätt styra skiljeförfarandet, liksom att det är klarlagt att parterna kan välja att begränsa rättsprövningen till vissa rättsregler. Jfr Burckhardt, lagkommentar till 12 kap PILA; kommentaren till art. 187 PILA s. 173 f.

¹⁹⁰ Bonomi & Bochatay, s. 112 ff. Dessutom har landets Tribunal Fédéral slagit fast att en skiljenämnd inte har rätt att göra rättsliga omkvalifikationer om en part tydligt knutit sin talan till vissa specifika rättsgrunder i sin ”rättsbegäran” (nota bene: Jag anser det något oklart vad som vore den korrekta svenska översättningen. I artikeln anges begreppen ”conclusions”, ”Rechtsbegehren”, vilket kanske skulle kunna motsvara en slags recit.).

ligger utanför den rättsordning parterna valt.¹⁹¹ I *Tribunal Fédéral*¹⁹² har det till och med slagits fast att en skiljenämnd har en *skyldighet* att utreda och tillämpa lagen ex officio, vilket visserligen har kritiserats i den schweiziska doktrinen.¹⁹³

Avseende utländsk rätt har det dock i senare praxis ansetts att *rättsutredningsplikten* inte gäller, utan att en skiljenämnd i sådana lägen får begära att parterna ger in rättsutredningar.¹⁹⁴ Denna distinktion mellan inhemsk och utländsk rätt är inte oproblematisk. Eftersom det, som tidigare beskrivits, inte finns någon lex fori i skiljeförfaranden och att all materiell rätt därför kan betecknas som ”utländsk”, menar Bonomi och Bochatay att den korrekta tolkningen av jura novit curia i Schweiz istället är att skiljenämnden har en rätt, men inte en skyldighet, att utreda och tillämpa lagen ex officio.¹⁹⁵ Meier och McGough delar denna uppfattning.¹⁹⁶

Sammantaget kanske därför rättsläget kan förstås som att en skiljenämnd är *fri* att ex officio rättsutreda och göra rättsliga omklassificeringar men om nämnden väljer att endast förhålla sig till parternas rättsliga argument framstår detta inte vara klanderbart i sig, utan i så fall bara resultera i en materiellt ”felaktig” skiljedom.¹⁹⁷

I den mån skiljenämnden utnyttjar friheten att agera ex officio, gäller då *överraskningsfriheten*, den tredje delen av jura novit curia? Först kan vi notera att art. 182(3) PILA stipulerar att parterna har rätt att yttra sig (höras). Av *Tribunal Fédéral* har denna artikel dock *inte* tolkats som en direkt inskränkning i jura novit curia. Istället har det ansetts att regeln primärt tar sikte på att parterna ska få yttra sig över

¹⁹¹ Bonomi & Bochatay s. 114 anför att om skiljenämnden dock väljer att avstå från att applicera tillämpliga tvingande regler utanför den valda rättsordningen anses detta normalt inte vara klanderbart. Undantaget är om skiljedomen skulle strida mot public policy, vilket för schweizisk del i den federala domspraxisen har ansetts vara ett snävt begrepp. Frågan är dock kontroversiell, se Burckhardt, lagkommentar 12 kap PILA; kommentaren till art 187 PILA s. 171 f.

¹⁹² Schweiz högsta federala domstol.

¹⁹³ Jfr Burckhardt, lagkommentar 12 kap PILA; kommentaren till art 187 PILA p. 58 ff.

¹⁹⁴ Bonomi & Bochatay s. 115.

¹⁹⁵ Bonomi & Bochatay s. 115 f. Se också Jfr Burckhardt, lagkommentar 12 kap PILA; kommentaren till art 187 PILA p. 59. En skiljenämnd har inte heller en skyldighet att ta hänsyn till andra rättsregler än de parterna åberopat, även om det skulle strida mot en tvingande rättsregel. Se dock Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1068 f. Jfr även Redfern & Hunter on International Arbitration s. 224 (3.219) och Giovannini s. 498.

¹⁹⁶ Meier & McGough s. 503 ff.

¹⁹⁷ I *D. D.o.o v. Bank C.*, ASA Bulletin 2005 s. 719, slogs det fast att om en skiljenämnd enbart väljer att förhålla sig till parternas rättsliga argumentation så är detta inte per se klanderbart, jfr ILA Report 2008 s. 179, not 44. Se Bonomi & Bochatay, s. 116; jfr Kaufmann-Kohler & Rigozzi s. 277 (6.17–18). Klanderregeln återfinns i art. 190(2) PILA.

sakomständigheter. En generell rätt att yttra sig över rättstillämpningen finns därmed inte. Däremot om skiljenämnden, utan att låta parterna yttra sig, tillämpar rättsregler eller rättsliga argument som kommer som en verklig överraskning för parterna så *kan* detta vara klanderbart. Hur stor dos av oförutsebarhet som krävs för klanderbarhet är osäkert, men Tribunal Fédéral har uttalat att en sådan kommunikationsplikt för skiljenämnden ska tolkas snävt. Det anses bland annat räcka att en regel har omnämnts under förfarandet för att oförutsebarhetsmomentet ska vara undanröjt; rättsregeln behöver alltså inte ha åberopats formellt.¹⁹⁸

Endast i två fall har skiljedomar klandrats framgångsrikt på denna grund, medan en rad avgöranden slutat i det motsatta.¹⁹⁹ I en av de upphävda skiljedomarna, som rörde cigarettförsäljning, hade nämnden baserat utslaget på en klausul i ett kontrakt som ingen av parterna hade bedömt som relevant och därför inte argumenterat kring. Skiljedomen upphävdes då den ansågs strida mot rätten att bli hörd.²⁰⁰ Enligt min mening finns här vissa likheter med det ovan refererade *Svea HovR T 745-06*, där hovrätten kom till en motsatt slutsats. I det andra framgångsrika klanderfallet, ett ärende i CAS om en brasiliansk fotbollsspelare, hade det omtvistade kontraktet ogiltigförklarats av CAS grundat på en schweizisk arbetsrättslig regel som ingen av parterna hade åberopat. Tribunal Fédéral ansåg att eftersom parterna saknade koppling till Schweiz kunde de inte rimligen behöva förvänta sig att CAS analogt skulle tillämpa schweizisk arbetsrättslagstiftning varpå skiljedomen undanröjdes.²⁰¹ Utslaget har dock kritiserats

¹⁹⁸ Hela stycket: Se bl.a. Tribunal Fédéral mål nr. 4A_634/2014 p. 4.1, Tribunal Fédéral mål nr. 4A_554/2014 p. 2.1, samt Tribunal Fédéral mål nr. 4A_110/2012 p. 3.1.1. Det sistnämnda målet refereras i Redfern & Hunter on International Arbitration s. 330, not 132. Jfr dock Jfr Burekhardt, lagkommentar 12 kap PILA; kommentaren till art 187 PILA p. 59, där det anförs att i praxis ansetts att det kunnat vara en överraskning om en skiljedom grundats på en klausul i ett avtal som parterna inte bedömt relevant och därför inte argumenterat kring. Meier & McGough instämmer i att tröskeln för klanderbarhet är hög. Bonomi & Bochatay s. 120 beskriver att denna strikta tolkning i praxis har kritiserats av vissa författare som menar att parter borde ges möjlighet att yttra sig över rättstillämpningen även om den inte är helt oförutsebar. Tribunal Fédéral har bland annat motiverat den strikta hållningen med att man vill undvika att skiljedomar börjar klandras på grunder som egentligen är att anse som materiella och att det därmed blir en materiell överprövning istället för en processuell klandertalan.

¹⁹⁹ Bonomi & Bochatay s. 118–121, s. 129. Se även Meier & McGough, särskilt s. 500 f.

Madsen, JT 2010/11 s. 497 not 50; jfr Kaufmann-Kohler & Rigozzi s. 277 (6.17-18).

²⁰⁰ Tribunal Fédéral 130 III 35, beslut 4P. 100/2003, refereras av Meier & McGough s. 493 f. Där dras slutsatsen att Tribunal Fédéral dels sänkt tröskeln något för vad som ska anses oförutsebart, dels att det inte ska göras någon principiell skillnad mellan icke-åberopade rättsregler och icke-åberopade avtalsklausuler; det avgörande är vilka rättsliga frågor som är tvistiga.

²⁰¹ Tribunal Fédéral 4A_200/2008, refereras av Meier & McGough s. 494 f.

för att tänga att domstolen lägger sig i själva rättstillämpningen och river upp skiljedomar på materiella grunder.²⁰²

Sammanfattningsvis finns bevisligen ingen *absolut överraskningsfrihet* för skiljenämnden, men väl krävs betydande oförutsebarhet i rättstillämpningen för att skiljedomen ska kunna klandras framgångsrikt. Gränsen för vad som är ”för oförutsebart” framstår dock svår att dra. En annan sak är att nämnden *bör* låta parterna yttra sig även om det inte finns risk att skiljedomen skulle kunna klandras.²⁰³

5.2.3 Danmark

5.2.3.1 Allmänt om dansk process- och skiljemannarätt

Dansk civilprocessrätt vilar likt den svenska på den kontradiktoriska principen och dispositionsprincipen, där parterna har att presentera yrkanden, omständigheter och bevis och att dessa sätter ramen för tvisten.²⁰⁴ Precis som i den svenska rättstraditionen gäller som utgångspunkt *jura novit curia* och danska domstolar är inte bundna av parternas rättsliga argumentation.²⁰⁵

Till skillnad från den svenska LSF är den danska *Voldgiftsloven* (hädanefter benämnd DAA²⁰⁶) en i det närmaste direkt implementering av Modellagen, vilket gjort att såväl dansk doktrin som den danska högsta domstolen tydligt betonat att DAA har tydlig internationell prägel och därmed ska tolkas i ljuset av internationella källor som

²⁰² Denna aspekt lyfts av Meier & McGough s. 495. De bedömer att Tribunal Fédéral inte lär luta sig mot prejudikatet från detta avgörande speciellt mycket i framtida avgöranden.

²⁰³ Vissa inom doktrinen menar att i internationella skiljeförfaranden kan risken för felaktig rättstillämpning minska om parterna ges chans att yttra sig. Enkelt uttryckt blir rättsfrågan utsatt för fler juristers ögon och därmed ordentligt utredd om rättstillämpningen kommuniceras, jfr Bonomi & Bochatay s. 120.

²⁰⁴ Lookofsky & Salung Petersen s. 24, 30 f. De nämnda författarna beskriver att parterna ibland måste rättsligt kvalificera de omständigheter som åberopats, varpå skiljenämnden måste respektera en sådan kvalificering.

²⁰⁵ Gomard & Kistrup, *Civilprocessen* s. 578. Jfr Salung Petersen s. 369–402, som anför att principen luckrats upp något i modern dansk rättsvetenskap och skriver: ”The analysis shows that the increasing complexity of law has put this strict *jura novit curia* approach under pressure, and that it has been modified in recent Danish legal theory. Today, it is thus assumed that the obligation of courts to consider and apply relevant law, which is neither relatively well-known and uncontroversial nor mandatory, depends (to some extent) on the clarity of the allegations and legal arguments of the parties. This applies to all kinds of relevant law, including relevant vertical and transnational treaty rules.”

²⁰⁶ Danish Arbitration Act.

Modellagen, New York-konventionen, internationell soft law och till viss del även utifrån andra rättsordningar där Modellagen implementerats.²⁰⁷

5.2.3.2 *Jura novit curia i skiljeförfaranden i Danmark*

§ 28 DAA stipulerar att parterna genom överenskommelse kan begränsa rättsprövningen till vissa rättsregler och därmed inskränka *jura novit curia*, precis på samma sätt som gäller enligt svensk rätt. I avsaknad av sådan överenskommelse verkar dock tillämpningen av *jura novit curia* i danska skiljeförfaranden likna vad som gäller i svenska skiljeförfaranden i fråga om att en skiljenämnd är fri att vidta rättsutredningar och är obunden av parternas rättsliga argumentation.²⁰⁸

Avseende del 3, *överraskningsfriheten*, gäller utgångspunkten att parterna ska ges möjlighet att föra sin talan. Även om det finns betydande enighet i den danska doktrinen om att processledande kommunikation *bör* ske för att undvika överraskande rättstillämpning menar i vart fall Lookofsky & Salung Petersen att överraskande rättstillämpning *inte* i sig självt utgör ett klanderbart fel.²⁰⁹ Sammantaget är dock synen på *jura novit curia* i dansk skiljemannarätt av allt att döma mycket lik den syn som finns inom svensk skiljemannarätt.

²⁰⁷ Lookofsky & Salung Petersen s. 15–17. Gomard & Kistrup, *Civilprocessen* s. 1030 beskriver att vid internationella skiljeförfaranden i Danmark ska internationella skiljedomsregler respekteras, och exempelvis kan reglerna i *Det Danske Voldgiftsinstituts* regler vara vägledande, och där dansk inhemsk processrätt ska utgöra ett supplement.

²⁰⁸ Jfr Lookofsky & Salung Petersen s. 26. Jfr Gomard & Kistrup, *Civilprocessen* s. 1023 f. *Det Danske Voldgiftsinstituts* regelverk anger visserligen på samma sätt som SCC-regelverket att parterna i den inledande skriftväxlingen ska ange såväl faktiska som rättsliga grunder, vilket skulle kunna föranleda samma diskussion som fördes ovan kring om skiljenämndens uppdrag avgränsats till de åberopade rättsreglerna eller inte, se t.ex. artikel 4 (3) (d) i 2013 års regelverk: <https://voldgiftsinstituttet.dk/en/arbitration/rules-arbitration/>. Det finns även regler i DAA (motsvarande de i LSF) som ska garantera nämndens opartiskhet, vilka i praktiken kan tänkas skapa viss begränsning i en skiljenämnds frihet att ex officio lyfta in nya rättsliga spår i tvisten, i synnerhet om det tillförda ensidigt skulle gynna en part.

²⁰⁹ Lookofsky & Salung Petersen s. 25.

5.2.4 Argentina

5.2.4.1 Allmänt om latinamerikansk och argentinsk process- och skiljemannarätt

Den latinamerikanska rättstraditionen har historiskt varit relativt fientligt sinnad till skiljeförfaranden i jämförelse med vad som gällt i Europa.²¹⁰ Bland annat har det funnits en misstro mot investeringstvistlösningen i ICSID, där bland annat Argentina haft flera stora tvister i kölvattnet av den ekonomiska krisen i landet efter millennieskiftet.²¹¹ Detta föranledde att landet övervägde att lämna ICSID-konventionen.²¹² Numera verkar dock pendeln ha svängt och senare praxis och rättskultur runtom i Latinamerika (och Argentina i synnerhet) pekar mot en något mer positiv syn på skiljeförfarandet som tvistlösningsmekanism, inte minst för att attrahera utländska investerare.²¹³ Detta manifesteras tydligt genom att ett stort antal länder i Latinamerika antagit nya, moderna skiljemannalagstiftningar.²¹⁴ För argentinsk del är regelverket på skiljemannaområdet inte helt lättnavigerat, mycket beroende på landets federala rättssystem.²¹⁵ Argentina har inte implementerat Modellagen, men det finns sedan 2015 en ny lag, NCCPC²¹⁶, som innehåller ett kapitel om skiljeförfaranden och även grunder för när en skiljedom kan klandras.²¹⁷

²¹⁰ Alla latinamerikanska länder har dock anslutit sig till New York-konventionen och alla utom Kuba och Haiti är anslutna till 1975 års Panamakonvention om interamerikanska internationella skiljeförfaranden. Fernández, se Arroyo s. 401.

²¹¹ Jfr Fernández Arroyo s. 411 ff. Se även Ingerdahl Kobus, Examensarbete Köpenhamns universitet 2016 s. 24 ff. I examensarbetet anges några exempel: *Siemens v Argentina* ICSID Case No ARB/02/8 Award of 6 February 2007. *Vivendi v Argentina* ICSID Case No ARB/97/3 Award of 20 August 2007. *Suez and Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Award of 9 april 2015.

²¹² Lovells, Lexology.com, *If Argentina withdraws from the ICSID convention: implications for foreign investors*. Jfr Fernández Arroyo s. 400 f. Om vi studerar Argentina idag kan dock vi konstatera att landet är medlem i *Mercosur** som för närvarande förhandlar frihandelsavtal med EU och att landet under senare år har fört en mer marknadsliberal politik och vill se utländska investeringar.

* Mellanstatlig organisation för främst handel där Brasilien, Argentina, Uruguay, Paraguay, och Venezuela ingår (även om den sistnämnda för närvarande är suspenderad) och där Bolivia är på väg att anslutas.

²¹³ Fernández Arroyo s. 408–412; Vainstein, intervju.

²¹⁴ Användningen av ”lokala” skiljedomsinstitut för att lösa tvister har ökat markant. Bland annat har antalet skiljedomar i den peruanska skiljeinstitutionen gått från två avgöranden 1993 till 1 798 stycken 2010. Se Fernández Arroyo s. 420.

²¹⁵ Rivera Jr. s. 2 beskriver regelverket som ”to some extent, chaotic”.

²¹⁶ National Civil and Commercial Code.

²¹⁷ Rivera Jr. s. 3 beskriver att en skiljedom kan åsidosättas på fyra grunder enligt NCCPC sektionerna 760 och 761: ”(i) essential procedural errors; (ii) the award was rendered after the term for making the award has elapsed; (iii) the award decides issues not submitted to the Arbitral Tribunal; (iv) the award is inconsistent or contains contradictory decisions”. Vidare har den argentinska högsta domstolen slagit fast att en skiljedom kan åsidosättas om den går emot public policy, är ”illegal, unreasonable or unconstitutional”. Rivera Jr. kritiserar detta och menar att överträdelser av public policy visserligen är internationellt godtagat, men att en prövning av om en skiljedom är ”illegal” eller ”unreasonable” skulle

5.2.4.2 *Jura novit curia i skiljeförfaranden i Argentina*

Det anses i Argentina vara allmänt accepterat att domstolar har såväl en rätt som en skyldighet att ex officio utreda och tillämpa gällande rätt. Domare måste dock respektera en konstitutionell *kongruensprincip* som lite förenklat innebär att en dom ska korrelera med parternas påståenden, vilket fungerar som en slags rättighet för parterna att utveckla sin talan och få yttra sig.²¹⁸ Landets högsta domstol har dock slagit fast att denna princip inte binder rätten till parternas rättsliga argumentation, varför *jura novit curia* alltså gäller.²¹⁹ Det anses vedertaget att del 1, *rättstillämpningsfriheten*, och del 2, *rättsutredningsplikten*, gäller i argentinska domstolar på samma sätt som i Sverige, med skillnaden att parterna i skriftväxlingen *måste* ange rättsliga grunder. Avseende utländsk rätt tillämpas samma princip som RB 35:2 st. 2 ger uttryck för.²²⁰

Vad som gäller i skiljeförfaranden är svårare att säga. Det finns till att börja med mycket lite rättsvetenskapligt material på skiljemannaområdet och vidare är det omtvistat om skiljemannafrågor faller under en federal eller provinsiell kompetens.²²¹ Rivera Jr. menar att skiljenämnder har rätt att utreda och applicera de rättsregler de finner lämpliga på de yrkanden och grunder parterna presenterat. Han anför att såvida inte parterna i uppdraget uttryckligen avgränsat prövningen till vissa rättsregler kan inte skiljedomar klandras framgångsrikt på denna grund.²²² Vainstein delar denna bedömning, men påpekar att det i realiteten är parterna som med sina rättsutredningar ofta lägger grunden för rättstillämpningen, särskilt om det handlar om utländsk rätt som skiljenämnden inte är bekant med.²²³

innebära en ny materiell prövning av saken och inte vara förenlig med artikel II i New York-konventionen. Oavsett vad konstaterar han att dessa grunder mycket sällan aktualiserats i kommersiella tvister.

²¹⁸ Rivera Jr. s. 1 ff.

²¹⁹ Fissore s. 163 anför att kongruensprincipen inte begränsar *jura novit curia*.

²²⁰ Calvihno s. 7, 19 med hänvisning till art. 13 i den argentinska code civil; Fissore s. 163 f; Vainstein, intervju.

²²¹ Vainstein, intervju. Den materiella civilrätten är nämligen till största del federal, medan all processrätt regleras på provinsnivå.

²²² Rivera Jr. s. 6. Angående avgränsning till vissa rättsregler kan sägas att argentinska domstolar har mandat att vid en klandertalan granska ifall skiljenämnden respekterat parternas val i detta avseende. I målet *EDF v. Endesa* beskriver Rivera Jr. att en argentinsk domstol lät undanröja en skiljedom eftersom skiljenämnden i en avtalstolkning skulle ha bortsett från tillämplig argentinsk lag och istället agerat som om tvisten skulle avgöras baserat på billighet ("equity") när så inte avtalats. Nämnden ansågs därför ha frångått parternas val av lag. Se A.a.s. 9 f.

²²³ Vainstein, intervju.

Frågan kring *övertaskningsfriheten* och materiell processledning är något mer osäker. En skiljedom kan i och för sig åsidosättas om väsentliga processuella fel begåtts, men denna klandergrund har dock tolkats snävt i argentinsk praxis.²²⁴ Rivera Jr. anför att en domstol vid en klandertalan förmodligen skulle bedöma graden av oförutsebarhet i rättstillämpningen, på samma sätt som görs i flera andra utländska rättsordningar.²²⁵ Vainstein bedömer att det för åsidosätta en skiljedom i princip måste handla om att rätten till försvar inte anses respekterad genom att rättstillämpningen varit alltför oförutsebar.²²⁶ Det är ändå sammantaget något osäkert om överraskningar i rättstillämpningen i ett argentinskt skiljeförfarande kan utgöra ett handläggningsfel och i så fall var gränsen ska dras för klanderbarhet.

5.2.5 Några korta nedslag i ytterligare länder

I likhet med den danska är den finska skiljemannarätten mycket snarlik den svenska.²²⁷ Mot den bakgrunden är det intressant att den finska högsta domstolen 2008 tog ställning för en extensiv tillämpning av *jura novit curia* i ett skiljeförfarande där ingen av parterna var finsk. I skiljedomen hade nämnden grundat avgörandet på rättsregler som parterna inte hänfört sig till och nämnden hade *inte* uppmärksammat parterna på regeln i fråga. Skiljedomen undanröjdes ändå inte.²²⁸

I USA, som i grunden är ett common law-land, beskrivs Rule 44.1 i the US Federal Rules of Civil Procedure inta en mycket mer flexibel ställning till om (utländsk) lag ska betraktas som lag eller som fakta än vad som är fallet i England.²²⁹

²²⁴ Rivera Jr. s. 6.

²²⁵ Rivera Jr. s. 11.

²²⁶ Vainstein, intervju.

²²⁷ Franke m.fl, *International Arbitration in Sweden*, s. 149 f.

²²⁸ Jfr Franke m.fl, *International Arbitration in Sweden*, s. 149 f. Se även Madsen, JT 2010/11 s. 497, not 50; Alberti s. 17 f. Avgörandet har enligt uppgift kommenterats av Petra Kiurunen och Sophie Nappert i *Stockholm International Arbitration Review* 2008:3, s. 259. Jag har dock inte haft tillgång till denna tidskrift varför jag inte kan lämna några garantier till den nyfikne läsaren om innehållet i artikeln.

²²⁹ Lew s. 5 f. Bland annat har en Advisory Committee yttrat sig gällande Rule 44.1. Lew skriver: ” A Note of the Advisory Committee on Rule 44.1 explains that the court “may engage in its own research and consider any relevant material that is found” but may insist on complete presentation from counsel. The Note goes on to state: “There is no requirement that the court give formal notice to the parties of its intention to engage in its own research on an issue of foreign law which has been raised by them, or of its intention to raise and determine independently an issue not raised by them.” However, despite this flexibility the Note cautions: “Ordinarily the court should inform the parties of material it has found diverging substantially from the material which they have presented.”

I Frankrike och Tyskland beskrivs *jura novit curia* få tillämpas extensivt även i skiljeförfaranden. I båda länderna anses det tillåtet att skiljenämnder agerar relativt fritt *ex officio*. Detta villkoras av att rättsanvändningen bör kommuniceras till parterna och att oförutsebar rättstillämpning kan vara ett klanderbart fel, även om det är mera osäkert exakt var gränsen för detta ska dras.²³⁰

Även enligt rättskulturen i Singapore, som i botten vilar på den ackusatoriska principen, framstår en skiljenämnd ha ett visst svängrum i att självständigt tillämpa rättsregler, men där det likt vad som gäller i England finns en stark plikt för nämnden att låta parterna yttra sig och i övrigt styra processen.²³¹

5.3 Jura novit curia i internationella regelverk, skiljedomsinstitut, etc.

5.3.1 Allmänt

Även om *jura novit curia* beskrivs ha tillämpats i flertalet utländska domstolar och institut är de flesta internationella regelverk och konventioner som finns på det internationella skiljemannaområdet de flesta relativt vaga eller rentav tysta vad gäller skiljenämndens befogenhet att tillämpa *jura novit curia*.²³² Detsamma gäller för många

²³⁰ För en mycket bra genomgång av rättsläget i Frankrike, se Sandberg, Examensarbete Göteborgs universitet 2011. För Tyskland, se Hess & Kahl, särskilt s. 58 ff för en kort summering. Se också Lew s. 13. Lew beskriver dock att det finns exempel där det i tysk rättspraxis slagits fast att det inte varit någon skyldighet att låta parterna yttra sig över rättsanvändningen. Jfr också Giovanninis artikel.

²³¹ Swee Yen & Lau skriver på s. 79: "Therefore, in effect, although arbitral tribunals are allowed some discretion to decide on the arbitral procedure/the applicable law, the need to give effect to the parties' agreement still remains paramount." och vidare på s. 80: "Having said that, the High Court went on to note that, in reality, there is not always a strict adherence to the principles which undergird an adversarial system in arbitration. In so noting, the High Court referenced the fact that section 12(3) of the IAA grants an arbitral tribunal the power to adopt an inquisitorial process if it deems fit. By allowing for an inquisitorial process, section 12(3) of the IAA accords a tribunal wide latitude in deciding on matters which may not have raised by the parties, thereby reflecting an incidence of *iura novit arbiiter*. However, this discretion should not be misconstrued as an unfettered one, and must be exercised reasonably."

²³² Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 8. Rosenfeld s. 133 f listar (jfr hans rättsfallsreferenser) att det refererats till *jura novit curia* i International Court of Justice (ICJ), Internationella havsrättsdomstolen (ITLOS), Europadomstolen, Interamerikanska domstolen för mänskliga rättigheter (IACtHR), the Human Rights Committee (HRC), Internationella brottmålsdomstolen (ICC), de internationella tribunalerna för det forna Jugoslavien och Rwanda och en rad andra specialinrättade domstolar och tribunaler. Dessutom beskriver Rosenfeld att ett avgörande från ICJ kallat *Fisheries Case* (Tyskland mot Island), där ICJ åberopade *jura novit curia* i sitt domslut, senare fungerat som ett vägledande domslut för helt andra rättsinstanser som WTO:s överklagandeorgan och andra bland de instanser som nämnts ovan.

enskilda skiljedomsinstitut.²³³ I detta delavsnitt ges dock några exempel där aspekter med koppling till *jura novit curia* trots allt berörs.

5.3.2 UNCITRAL

5.3.2.1 Modellagen

I Modellagen artikel 23(1)²³⁴ anges att parterna i sina inlagor måste ange sakomständigheter, men det finns inget krav på att rättsliga grunder ska anges, vilket möjligen skulle kunna ses som ett indirekt stöd för *jura novit curia*.²³⁵ Det har dock generellt uttalats att klandergrunden för uppdragsöverskridande ska tolkas snävt och att den normalt tar sikte på sakomständigheter, inte parternas rättsliga argumentation.²³⁶

Vidare finns artiklar i Modellagen som tydligt slår fast vikten av att parterna har rätt att bli hörda och föra sin talan (artikel 18) och att alla ”expert report(s)” och andra ”evidentary document(s)” som skiljenämnden överväger att grunda avgörandet på måste kommuniceras till parterna, vilket tänkbart skulle kunna ses som ett stöd för att även nya rättskällor och rättsregler som skiljenämnden *ex officio* för in i målet ska kommuniceras till parterna. Med detta sagt har även klandergrunden för processuella fel tolkats snävt i praxis.²³⁷

5.3.2.2 UNCITRAL Arbitration Rules

Enligt Art 20(2)(e) och 21(2) i UNCITRAL Arbitration Rules²³⁸ måste parterna ange rättsliga grunder redan i sina inlagor, vilket inte var ett krav i den tidigare versionen från 1976. Ändringen infördes i tydliggörande syfte mot bakgrund av den internationella variation som bedömdes finnas gällande hur rättsliga grunder skulle anges. Förändringen syftar också till att på ett tidigt stadium få fullständiga faktiska och

²³³ ILA Report 2008 s. 180, vid not 47.

²³⁴ Artikeln lyder: ”Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements”.

²³⁵ Jfr Mantakou s. 489.

²³⁶ Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 12.

²³⁷ Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 13.

²³⁸ Samma artiklar gäller i såväl UNCITRAL Rules as revised in 2010, GA Resolution 65/22, som i UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013, GA Resolution 68/109.

rättsliga fakta att förhålla sig till och därigenom undvika överraskningar i den fortsatta processen.²³⁹ I övrigt ger regelverket inga svar på hur *jura novit curia* ska tillämpas.

5.3.3 Regelverk och tillämpning vid skiljedomsinstitut

5.3.3.1 *London Court of International Arbitration*

I allmänhet berörs frågan kring skiljenämndens befogenheter att agera *ex officio* sällan mer explicit i regelverken hos enskilda skiljedomsinstitut.²⁴⁰ Ett undantag är regelverket från 2014 för London Court of International Arbitration (LCIARoA) art. 22.1:

22.1 The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraphs (viii), (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide:

(iii) to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying relevant issues and ascertaining relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the Arbitration Agreement, the arbitration and the merits of the parties' dispute;

Artikeln utrustar alltså skiljenämnden med en befogenhet att *ex officio* ta sig an rättsfrågor, men artikeln visar också att kommunikationsplikten gentemot parterna är mycket långtgående. Artikel 14 i LCIARoA anger också hänvisningar till BAA om hur skiljenämnden är skyldiga att exempelvis ge parterna möjlighet att föra sin talan.

5.3.3.2 *Singapore International Arbitration Centre*

SIAC:s skiljedomsregler från 2016 innehåller några artiklar som kan tänkas intressanta i relation till *jura novit curia*. Artikel 27(c) anses ge skiljenämnder möjlighet till en mer inkvisitorisk processledning och i förlängningen friare ramar i relation till rättsanvändningen.²⁴¹ Samtidigt finns en stark kommunikationsplikt och skiljenämnder får troligen inte agera hur fritt som helst utan att parterna först fått yttra sig.²⁴²

En intressant artikel är också artikel 27(m), vilken enligt Swee Yen och Lau ännu inte prövats skarpt i domstol. Artikeln i fråga anger att skiljenämnder har rätt att ”decide,

²³⁹ Paulson & Petrochilos, UNCITRAL Arbitration s. 164.

²⁴⁰ Alberti s. 15 f.

²⁴¹ Artikeln stipulerar: ”...[u]nless otherwise agreed by the parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as provided by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to [...] conduct such enquiries as may appear to the Tribunal to be necessary or expedient.”

²⁴² Swee Yen & Lau s. 84.

where appropriate, any issue not expressly or impliedly raised in the submissions of a party provided such issue has been clearly brought to the notice of the other party and that other party has been given adequate opportunity to respond.” Essensen i detta är att en rättsregel skulle kunna tillämpas, trots att denna inte formellt åberopats av en part, så länge den andra parten haft rimlig chans att kommentera regeln.²⁴³

5.3.3.3 ICSID och investeringstvister

ICSID-konventionen har tillträtts av 162 stater och tillämpas frekvent i olika investeringstvister världen över.²⁴⁴ I sådana tvister figurerar ofta flera olika rättskällor, internationella regelverk, BIT-avtal, och nationella lagar. Hur en skiljenämnd ska hantera dessa olika rättskällor kommer till uttryck i artikel 42 i konventionen. Artikel 42 anger att skiljenämnden i första hand ska avgöra tvisten på de ”rules of law” som parterna valt, och i avsaknad av ett sådant lagval ska tvisten avgöras enligt ”the law of the Contracting State party” i kombination med internationell rätt som kan vara tillämplig. Inom ramen för denna artikel har parterna också makt att inte bara välja vilket lands lag som ska tillämpas, utan även avgränsa prövningen till enskilda rättsregler.²⁴⁵ I övrigt ger inte själva ICSID-konventionen någon större ledning kring principen *jura novit curia*.²⁴⁶

I rättstillämpningen har *jura novit curia* bekräftats i ett antal klanderavgöranden från ICSID:s Annulment Committee. Ett av flera exempel är *Alemanni v. Argentina* där skiljenämnden ansåg att principen *jura novit curia* gav nämnden befogenhet att i sitt dömmande luta sig mot rättsliga omständigheter som inte parterna formellt introducerat i tvisten.²⁴⁷ Skiljedomare i ICSID-tvister anses dock inte vara fria att *ex officio* tillämpa regler utanför parternas valda ”legal framework”. I allmänhet verkar i vart fall

²⁴³ Tänkbara tolkningar av artikeln diskuteras av Swee Yen & Lau s. 84.

²⁴⁴ Se anslutna stater: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

²⁴⁵ Reece, Massot & Bartoli s. 207 ff.

²⁴⁶ Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011.

²⁴⁷ *Alemanni and others v. Argentina*, Decision on jurisdiction and admissibility, ICSID Case No. ARB/07/8, se p. 27. Domen kommenteras av Rosenfeld s. 139, se där även ytterligare refererade mål där principen använts.

skiljenämnder ha en *rättstillämpningsfrihet* i investeringstvister, men det är som utgångspunkt parterna som har att presentera rättsutredningarna.²⁴⁸

Gällande *överraskningsfriheten* framstår läget totalt sett likna vad som gäller i de rättssystem jag analyserat ovan, nämligen att vissa tänkbara överraskande rättsfrågor kan behöva kommuniceras.²⁴⁹ Gränsdragningen verkar dock även här vara oklar. I det relativt omskrivna målet *Vivendi v. Argentina* uttalades att även om skiljenämndens resonemang de facto varit överraskande för parterna så kunde detta inte utgöra ett klanderbart procedurfel under artikel 52(1)(d) i konventionen. Parterna hade, ansågs det, haft möjlighet att bli hörda och framföra sina argument under hela förfarandet. Uttalandet har också bekräftats i senare praxis.²⁵⁰

Att någon form av frihet relaterad till *jura novit curia* existerar framstår alltså tämligen klart. Det är dock osäkert exakt i vilken utsträckning principen gäller, hur den skulle inordnas under min tredelade definition, och även om det är en frihet eller en skyldighet för skiljenämnder att agera under principen. Det slogs fast i *Mitchell v. Congo* att en skiljedomare under ICSID är fri att tillämpa *jura novit curia*, men inte är *skyldig* att göra så.²⁵¹ Det motsatta har dock uttalats i senare praxis och läget framstår allmänt osäkert.²⁵²

²⁴⁸ Se Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011 och där refererade mål. Jfr Rosenfeld s. 141 f. Rosenfeld beskriver att det har ansetts vara väsentligt att skiljedomarna blir så materiellt korrekta som möjligt.

²⁴⁹ Rosenfeld s. 153 och de rättsfallshänvisningar som görs där. Jfr dock not [314] nedan.

²⁵⁰ *Compañía de Arguas del Aconquija & Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB 97/3, se p. 81–85. I tvisten hade investerarna väckt en klandertalan under artikel 52(1)(d) i konventionen mot en tidigare skiljedom. Investerarna menade att skiljenämnden hade fattat ett avvisningsbeslut av de så kallade ”Tucumán claims” utan att parterna fått yttra sig över detta. Klanderkommittén uttalade härvid: ”It may be true that the particular approach adopted by the Tribunal in attempting to reconcile the various conflicting elements of the case before it came as a surprise to the parties, or at least to some of them. But even if true, this would by no means be unprecedented in judicial decision-making, either international or domestic, and it has nothing to do with the ground for annulment contemplated by Article 52(1)(d) of the ICSID Convention.”. Domen kommenteras av bland andra Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011 samt i ILA Report 2008 s. 183.

²⁵¹ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, se p. 57. Refererat i ILA Report 2008 s. 183 f och av Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011.

²⁵² Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011, som bland annat refererar *Enron CRC and Ponderosa Assets v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3.

5.3.4 Övrig soft law

5.3.4.1 *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*

I soft law-instrumentet *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* åläggs rätten en stor rättsutredningsskyldighet och rättstillämpningsfrihet. I artikel 22.1 anges:

The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law.

I artikel 22.2.3 stipuleras dessutom uttryckligen en rätt att ”rely upon a legal theory (...) that not has been advanced by a party”. Samtidigt uttrycks i artikel 5.5 att parterna ska ges ”a fair opportunity and reasonably adequate time” att få yttra sig över såväl fakta som rättsliga frågor som presenteras av motparten eller rätten. I sammanhanget är det dock värt att komma ihåg att dessa principer inte är speciellt utformade för just skiljeförfaranden, utan för internationella tvister i allmänhet, vilket kan vara en invändning mot dess rättskällevärde för internationella skiljeförfaranden i denna fråga.

5.3.4.2 *ILA Resolution 6/2008*

Under 2008 antogs en ILA-resolution²⁵³ på temat hur tillämpliga rättsregler ska utredas och tillämpas i skiljeförfaranden. Denna rekommendation är förvisso inte bindande, men verkar ändå ha fått starkt fäste som rättskälla inom doktrinen, troligen eftersom den ovanligt tydligt behandlar *jura novit curia* och dessutom uppställer konkreta rekommendationer angående hur en skiljenämnd bör agera.²⁵⁴

Enligt resolutionen ska en skiljenämnd primärt låta parterna stå för den rättsliga utredningen och presentera rättsliga argument.²⁵⁵ Vidare är utgångspunkten att skiljenämnden inte bör introducera nya ”*legal issues*” som parterna inte hänfört sig till

²⁵³ ILA Resolution No. 6/2008, Rio de Janeiro 21 August 2008. I den rapport som togs fram som underlag för resolutionen slås ett antal grundvalar för skiljeförfarandet fast: i) En skiljeman ska avgöra tvisten inom ramen för skiljeavtalet och det uppdrag parterna givit, ii) skiljemän ska agera inom ramen för en ”due process”, iii) skiljemän ska agera med ett öppet sinne (”approach a dispute with an open mind”) och agera flexibelt, iv) hänsyn till public policy tillåts inverka på rättstillämpningen, se ILA Report 2008 s. 186 f. Observera att det nyss beskrivna är min egen översättning.

²⁵⁴ Se t.ex: Madsen, JT 2010/11 s. 485, not 2; Runesson, JT 2017/18 s. 175; Hope & Hallberg s. 104; Giovannini s. 494; Mantakou s. 487; Lookofsky & Petersen s. 28.

²⁵⁵ Rekommendation nr. 5, ILA Resolution No. 6/2008.

om dessa kan påverka tvistens utgång.²⁵⁶ Däremot är inte skiljenämnden helt i händerna på parterna. I resolutionen anges att skiljenämnden inte ska vara bunden till parternas syn på tolkningen av gällande rätt. Skiljenämnden har därmed rätt att vidta egna rättsutredningsåtgärder och även nå andra slutsatser än de parterna argumenterat för.²⁵⁷

Ett bärande element i hela resolutionen är skiljenämndens skyldighet att vara transparent och genomgående kommunicera rättsanvändningen med parterna för att parterna ska ges möjlighet att yttra sig.²⁵⁸ Om nya rättsfrågor dyker upp på ett sent stadium i skiljenämndens överläggning ska nämnden överväga att kalla till nya förhandlingar för att på så vis garantera att parterna får chans att yttra sig.²⁵⁹

På ett sätt kan dessa rekommendationer tyckas ge en något ambivalent syn på hur stort spelrum skiljenämnden ska ha: exempelvis anges att nya ”legal issues” inte bör introduceras ex officio, men det verkar stå skiljenämnden fritt att till exempel beakta nya ”legal sources” så länge detta kommuniceras till parterna. Hur dessa två begrepp ska förstås och hållas isär är enligt min uppfattning inte helt tydligt och leder till svåra gränsdragningsproblem.²⁶⁰

5.4 Sammanfattning av den internationella utblicken

5.4.1 Principen är globalt spridd

Den komparativa utblicken visar att frågan kring *jura novit curia* är omdiskuterad även utanför Sveriges gränser. Vi kan konstatera att de flesta internationella konventionerna och skiljedomsreguleringarna inte adresserar *jura novit curia*. Istället är det en princip som tydligast framträder genom att studera de inhemska regelverken och även den praxis och doktrin som finns. Den komparativa analysen jag har genomfört har endast bestått av några axplock och det går förmodligen att hitta ytterligare nyanser och varianter i

²⁵⁶ Rekommendation nr. 6, ILA Resolution No. 6/2008.

²⁵⁷ Rekommendation nr. 7, 8, 9 ILA Resolution No. 6/2008.

²⁵⁸ Rekommendation nr. 3, 7, 8, 10 ILA Resolution No. 6/2008.

²⁵⁹ Rekommendation nr. 11, ILA Resolution No. 6/2008.

²⁶⁰ Runesson, JT 2017/18 s. 193 f. tolkar det hela som att det är olämpligt att skiljenämnden introducerar nya rättsliga spår som kan leda till att tvisten sväller och parterna på grund av den nya rättsliga aspekten vill introducera nya grunder och yrkanden. Det torde dock enligt Runesson vara tillåtet att skiljenämnden exempelvis fäster parternas uppmärksamhet på vissa rättskällor eller rättsfrågor som endast föranleder en rent rättslig diskussion och inte några nya grunder eller yrkanden. Samtidigt anger Runesson exempel på svåra gränsdragningsituationer, såsom att uppmärksamma parterna på ett icke uppmärksammat formkrav, vilket enligt Runesson skulle kunna vara att introducera en ny ”legal issue”.

tillämpning om ytterligare jurisdiktioner och skiljedomsregler studeras. Det kan dock slås fast att principen *jura novit curia* är spridd i världen och är inte unik för Sverige.

Min analys, liksom uttalanden i internationell doktrin, visar att civil law-traditionen vilar på en tydlig inkvisitorisk process med extensiv tillämpning av *jura novit curia*, medan common law-traditionen representerar det motsatta.²⁶¹ Dessa bakomliggande nationella rättstraditioner har också visst genomslag även i skiljedoms-kulturen.²⁶² Schweiz och England beskrivs ofta vara varandras motpoler i fråga om *jura novit curia* och det är inte orimligt att tro att en schweizisk skiljedomare utifrån sin skolning och bakgrund lär vara mer benägen att ta en mer inkvisitorisk och aktiv roll under förfarandet än en engelsk.²⁶³ Trots skillnaden i rättstradition verkar de två ytterligheterna faktiskt mötas något i fråga om internationella skiljeförfaranden.²⁶⁴ Möjligen kan man tolka det internationella rättsläget som att de skilda rättskulturererna går mot harmonisering kring *jura novit curia*.²⁶⁵ Lagg där till ILA-resolutionen från 2008 kan verka som katalysator för ytterligare internationell harmonisering. ILA-rekommendationerna kan visserligen ge upphov till vissa tolkningsproblem, men resolutionen kan fungera som riktmärke vid utformande av nya skiljedomsregler eller i den faktiska rättstillämpningen. Nedan gör jag ett försök att systematisera den komparativa analysen under de tre delarna av *jura novit curia*.

5.4.2 Del 1) Rättstillämpningsfriheten

I alla de analyserade jurisdiktionerna framstår det alltså finnas någon form av *rättstillämpningsfrihet*. I England krävs kanske större tydlighet på förhand gentemot parterna i att inkvisitoriska inslag tillämpas än i övriga länder, men alltjämt verkar det

²⁶¹ Jfr t.ex. Alberti s. 6 ff; Lew s. 4.

²⁶² Cordero-Moss (2013) s. 8 ff; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 29. Som ovan konstaterats har den svenska inhemska processrättstraditionen bevisligen genomslag i skiljeförfaranden som äger rum i Sverige, trots att det ju inte går att tala om någon *lex fori* i skiljeförfaranden.

²⁶³ Se t.ex. artikeln av Arroyo.

²⁶⁴ Jfr Calissendorff, JT 1995/96 s. 145 f; t.ex. Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 15, 17, 29. ILA Report 2008 s. 174; jfr Giovannini s. 499; jfr Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1070 angående Section 33 och 34 BAA: "Hence, while it might be suggested that there is nothing in the English legislation that actively prevents a tribunal applying the law sua sponte, a proper application of common law style due process norms would imply that there would almost never be cases where it could justify doing so." Paradoxalt nog är det faktiskt den engelska BAA och LCIA RoA som tydligast ger stöd för skiljenämndens mandat att agera *ex officio*, medan principens existens i skiljeförfaranden i civil law-länder som Schweiz, Sverige, Danmark och Argentina snarare härleds analogiskt och har vuxit fram i praxis.

²⁶⁵ Jfr Giovannini.

inte vara klanderbart i sig att en engelsk skiljenämnd frångår parternas rättsliga kvalificeringar och tolkningar, så länge det inte blir fråga om överraskande rättstillämpning. I Schweiz har det till och med talats om att skiljenämnder skulle ha en *skyldighet* att vid behov frångå parternas rättsliga argument för att få en materiellt korrekt skiljedom. Doktrinuttalanden och praxis pekar dock tvärtom mot att det inte lär vara klanderbart att endast förhålla sig till de rättsliga argument parterna presenterat.²⁶⁶ Även internationella källor som ALI/UNIDROIT-principerna, Modellagen, ILA:s rekommendationer och internationell litteratur pekar mot att skiljenämnder har en frihet, men inte en skyldighet, att gå utanför parternas rättsliga kvalifikationer och tolkningar.²⁶⁷ Också i ICSID-förfaranden och andra internationella förfaranden är principen bekräftad.²⁶⁸ Den internationella skiljedomsrätten måste därför sägas vara generellt positiv till jura novit curia del 1, *rättstillämpningsfriheten*.

5.4.3 Del 2) Rättsutredningsplikten

Någon absolut *rättsutredningsplikt* för skiljenämnder i fråga om ”utländsk rätt” framstår dock inte finnas i något av de analyserade systemen; inte ens i Schweiz, vilket ibland hävdats. Det är mera osäkert hur aktivt skiljenämnder *ex officio* utreder inhemsk rätt. Man kan tänka sig att skiljemän är mer benägna att vidta egna rättsutredningar på sin egen juridiska ”hemmaplan”. Man kan dock fråga sig om det kan, eller bör, göras skillnad mellan inhemsk och utländsk rätt, eftersom det inte finns materiell *lex fori* i skiljeförfaranden.

Sammantaget kan man säga att det åtminstone finns samsyn i de analyserade länderna, liksom i de internationella källor jag analyserat, om att parterna bär det primära rättsutredningsansvaret, men att en skiljenämnd har en subsidiär utredningsrätt, i något varierande utsträckning.²⁶⁹ Ett fall när denna rätt bör utnyttjas kan vara om parterna inte

²⁶⁶ Hänsyn kan dock behöva tas till *ordre public*, tvingande rättsregler etc. Dessa frågor faller dock utanför denna uppsats analysområde.

²⁶⁷ Se t.ex. Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 30 f. I övrigt se doktrinuttalanden ovan i analyserna under respektive jurisdiktion.

²⁶⁸ Givet potentiella implikationer och följder för tredje man och stater som kan följa av investeringstvister kan det diskuteras om principen har extra starka skäl att tillämpas i just investeringstvister för att säkerställa att skiljedomarna ska bli så materiellt korrekta som möjligt, vilket är hänsyn som kanske inte finns i en kommersiell tvist mellan två privata företag, se Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1078. Se även Rosenfeld, s. 140 f.

²⁶⁹ Utöver de källor som listats ovan i analysen kan nämnas Rosenfelds artikel och slutsatserna där.

lyckats presentera bevis kring rättsreglerna på ett tillräckligt tillfredställande sätt.²⁷⁰ Slutsatsen måste dock bli att jura novit curia del 2, *rättsutredningsplikten*, inte gäller internationellt sett.

5.4.4 Del 3) Överraskningsfriheten

Skillnaderna mellan de analyserade rättssystemen är störst gällande *överraskningsfriheten*.²⁷¹ Det finns trots det betydande likheter. Analysen visar att det i *alla* analyserade jurisdiktioner potentiellt kan vara ett klanderbart fel om en skiljenämnd inte tillräckligt tydligt kommunicerar sin rättsanvändning med parterna, möjligen undantaget Finland. Gränsen för när ett sådant fel har begåtts är desto osäkrare och tycks variera. Det beskrivs ofta att England och Schweiz skulle vara väldigt olika i detta avseende,²⁷² men faktum är att båda rättssystemen på olika sätt stipulerar att det för att skiljedomen ska åsidosättas måste i) vara fråga om verkligt överraskande rättstillämpning och ii) denna tillämpning ska ha någon form av konkret negativ effekt för en part, vilket även framstår vara fallet i Argentina och Danmark. Antalet framgångsrika klanderdomar på grund av oförutsebar rättstillämpning i de respektive länderna visar möjligen skillnader i hur stor överraskningsfrihet som de facto gäller när frågan väl ställs på sin spets.

²⁷⁰ Jfr Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 22 f, som till och med menar att "insufficient evidence does not exclude the tribunal from its duty to investigate it ex officio." men lägger till att denna skyldighet primärt består av att "asking the parties to produce additional evidence of the law or appointing legal experts, rather than [sic!] in directly investigating the law.". Hon diskuterar vidare om det kan finnas situationer där en skiljedom skulle kunna annulleras grundat på att den tillämpliga lagen förbisets genom att den inte utretts ordentligt, vilket hon menar teoretiskt kan vara fallet om "the disregard of the applicable law is based simply on the insufficiency of evidence thereof (...)".

²⁷¹ Jfr Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1075; Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 27.

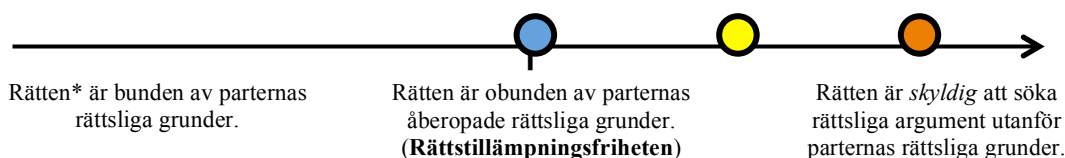
²⁷² Se t.ex. Meier & McGough s. 491.

6 Resultat och slutsatser de lege lata

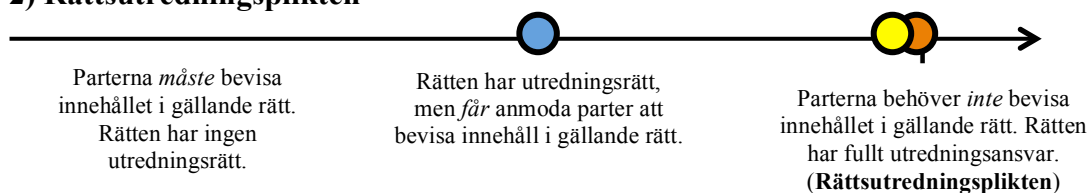
6.1 Resultatet av analysen

I bilden nedan har jag försökt åskådliggöra hur jag mycket generellt bedömt den svenska inhemska tillämpningen av *jura novit curia* i kontrast till något slags genomsnitt av den samlade internationella skiljedomskultur jag analyserat.

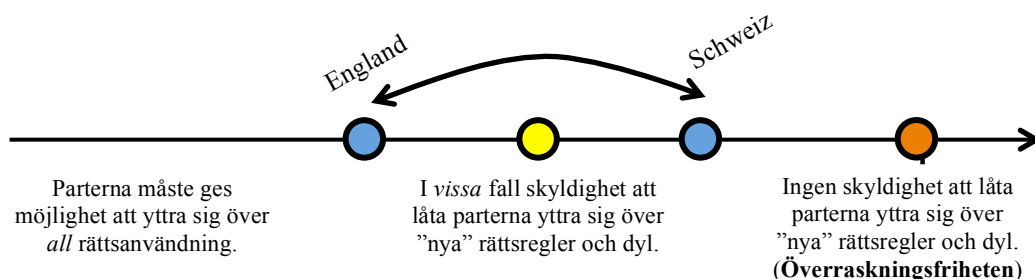
1) Rättstillämpningsfriheten



2) Rättsutredningsplikten



3) Överraskningsfriheten



* I figuren används ordet "rätten", men notera att analysmodellen är tänkt att kunna appliceras på såväl domstolar som skiljenämnder.

- Svenska domstolar
- Svenska skiljeförfaranden med svensk rätt
- Internationell skiljedomspraxis

Givetvis är uppdelningen ovan en förenklad generalisering som inte ska förstås som en exakt skala, utan snarare ses som en schematisk skiss. Exempelvis har jag gällande överraskningsfriheten markerat de två "klassiska" ytterligheterna Schweiz och England för att illustrera att det finns en viss spännvidd internationellt sett. Gällande de övriga delarna av principen visar min analys på större internationell samsyn. Sammantaget kan

jag dock konstatera att tillämpningen av *jura novit curia* enligt svensk rättstradition i domstol avviker något från vad som gäller i skiljeförfaranden i utlandet, vilket är precis vad förarbetena till LSF flaggat för. Nu återstår att besvara vad som bör gälla i internationella skiljeförfaranden i Sverige, i ljuset av resultatet ovan.

6.2 Vad är gällande rätt?

6.2.1 Del 1) Rättstillämpningsfriheten

I förarbetena till LSF anges att om parterna är utländska och knutna till ett rättssystem ”där tesen *jura novit curia* inte hyllas på samma sätt som i vårt land” måste detta beaktas när skiljemännens uppdrag ska fixeras.²⁷³ I svensk doktrin hävdas av vissa att en skiljenämnd i internationella skiljeförfaranden ska vara bunden av parternas rättsliga argumentation.²⁷⁴ Hobér anförde (2011) att det är osannolikt att en domstol *inte* skulle undanröja en skiljedom i ett internationellt förfarande som är grundad på rättsliga argument som parterna inte hänfört sig till.²⁷⁵

Min bedömning är dock den motsatta. Först och främst kan det slås fast att rättstillämpningsfriheten gäller i svenska domstolar liksom i rent inhemska skiljeförfaranden. Svea hovrätt verkar hittills inte heller ha tillämpat principen annorlunda i klander mål med internationella inslag. Den internationella utblicken visar också att skiljenämnder utomlands genomgående *inte* anses bundna av parternas rättsliga argumentation (såvida parterna inte gett instruktion om detta) och det framstår inte finnas många exempel i praxis där skiljedomar klandrats framgångsrikt *endast* grundat på att skiljenämnden anses ha överskridit sitt uppdrag genom att döma över icke åberopade rättsliga argument, inte ens i England.²⁷⁶ Tvärtom finns det flera exempel där det uttalats att skiljenämnder tvärtom kan vara skyldiga att försöka döma så korrekt som möjligt och därmed, vid behov, gå utanför parternas rättsliga argument.

²⁷³ Prop. 1998/99:35 s. 144.

²⁷⁴ Se t.ex. Hobér, Calissendorff, Madsen i se avsnitt [4.2].

²⁷⁵ Jfr Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden s. 317, där det visserligen beskrivs att frågan om *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden ännu är oprövad av svensk domstol. Hobér skriver: ”It is submitted that it is unlikely that the courts would allow an award in an international arbitration to stand, if the arbitrators have decided the case by applying rules of law, or legal arguments, which had not been relied upon by the parties. In all likelihood such an award would be challengeable under item 2 of section 34 of the SAA on the basis that the arbitrators exceeded their mandate.”

²⁷⁶ Jfr avsnittet om England ovan. Det finns möjligen en starkare presumtion i England för att parterna vill ha en passiv skiljenämnd, men BAA ger likväl stöd för att nämnden har befogenhet att agera *ex officio*.

Gällande rätt torde därmed vara att *rättstillämpningsfriheten* gäller och att skiljenämnder *inte* är bundna till parternas rättsliga argumentation, åberopade rättsregler, etc., såvida inte parterna tydligt fixerat uppdraget till specifika rättsregler.

6.2.2 Del 2) Rättsutredningsplikten

Genomgången av rättskällorna visar att såväl svenska domstolar som skiljenämnder i rent svenska skiljeförfaranden bör vara skyldiga att vidta rättsutredningar; omvänt är det möjligt för parter att göra en "lindskogare" och avstå från att argumentera rättsligt. Det kan tänkbart diskuteras om § 29 i de nya SCC-reglerna förändrar denna ordning i förfaranden som genomförs under SCC-regelverket.

Vad gäller då i internationella förfaranden? När det gäller utländsk lag kan RB 35:2 st. 2 troligen tillämpas analogt, dvs. att någon utredningsplikt avseende utländsk lag inte finns, men väl en utredningsrätt. Om en skiljenämnd har rätt att kräva att parterna presenterar rättsutredningar också avseende svensk rätt (om skiljenämnden består av svenska jurister) är mer osäkert, och belyser problematiken i att göra skillnad mellan svensk och utländsk rätt i skiljeförfaranden. Internationellt finns samsyn kring att parterna primärt bär rättsutredningsansvaret, men att skiljenämnden har en subsidiär utredningsrätt.

Slutsatsen blir därför att utgångspunkten är att *rättsutredningsplikten inte* gäller. Däremot bör det kunna uppstå situationer då en skiljenämnd i praktiken närmast kan tvingas vidta egna utredningar för att kunna meddela en tillfredställande dom.²⁷⁷

²⁷⁷ Till exempel om innehållet i en rättsregel inte bevisats övertygande av parterna kan det enligt min mening anses ligga inom det förväntade uppdraget att en skiljedomare själv försöker tolka den tvistiga rättsfrågan, vilket kan kräva självständig inläsning. Om parterna påstår ett visst innehåll om exempelvis spansk rätt, men ingen av rättsutredningarna som presenterats framstår trovärdiga, är det enligt min uppfattning troligt att en skiljenämnd måste försöka göra en egen kvalificerad bedömning av innehållet i rättsregeln. Det förfarande som ibland verkar tillämpas i England i fråga om utländsk rätt, dvs. att skiljedomare slentrianmässigt tillåts falla tillbaka på engelsk rätt, har som ovan anförts kritiserats för att kunna strida mot New York-konventionen för att inte respektera parternas lagval. Om parterna avtalat om spansk rätt, men inte förmår styrka innehållet i denna, kan det därmed finnas en viss plikt att faktiskt försöka döma så korrekt som möjligt enligt spansk rätt, vilket därmed kan kräva viss självständig aktivitet från skiljenämnden. Om skiljenämnden i slutändan inte lyckas tillämpa den spanska rätten korrekt är ovidkommande i detta avseende, eftersom detta "bara" konstituerar ett materiellt fel.

6.2.3 Del 3) Överraskningsfriheten

6.2.3.1 Överraskningsfriheten är inte absolut

Hur den tredje delen av *jura novit curia* ska tillämpas är osäkert. I svenska domstolar är min slutsats att överraskningsfriheten gäller.²⁷⁸ I svenska skiljeförfaranden, däremot, bör överraskande rättstillämpning i och för sig kunna utgöra ett klanderbart handläggningsfel. Även internationellt sett gäller uteslutande att överraskande rättstillämpning *kan* vara klanderbart. Detsamma bör därför gälla också i internationella skiljeförfaranden i Sverige. Problematiken ligger snarare i hur pass oförutsebar rättstillämpningen måste vara för att skiljedomen ska vara klanderbar.

6.2.3.2 Graden av oförutsebarhet

Hur stora ”överraskningar” som tillåts i skiljedomar varierar mellan rättsordningarna. Engelska domstolar har exempelvis en restriktiv syn, medan det i Schweiz endast i undantagsfall ansetts att skiljedomar kan klandras på sådan grund. Var gränsen bör dras av en svensk domstol vid en klandertalan är kort sagt svårt att säga. Enligt min uppfattning går det inte att säga att det finns någon internationell gemensam kutym att falla tillbaka på, utan istället lär den inhemska svenska rättskulturen få genomslag. Den stora överraskningsfrihet som tycks tillåtas i svenska domstolsprocesser lär därför bli utgångspunkten för en hovrätt som ska pröva en klandertalan i ett internationellt skiljeförfarande. Med detta sagt måste bedömningen till syvende och sist göras utifrån händelseförloppet och helheten i den enskilda tvisten.

6.2.3.3 Inverkanskravet

Det är dock värt att fundera över hur rekvisiten ”sannolikt har inverkat på utgången” (34 § 1 st. 6 p. LSF) påverkar möjligheten till klanderframgång. *Nota bene*: prövningen avser alltså inte om tillämpningen av den nya rättsregeln varit avgörande för målets utgång eller inte, utan istället om *avsaknaden av kommunikation till parterna* gällande denna nya rättsregel har påverkat utgången. Med andra ord måste klanderkrävarn göra sannolikt att om man hade fått tillfälle att argumentera kring den i skiljedomen tillämpade rättsregeln så skulle skiljenämnden ha dömt annorlunda.

²⁷⁸ Även om Emissionsgarantimålet nu kan ha öppnat upp för viss osäkerhet i frågan, se avsnitt [3.2].

Enligt min bedömning torde detta i praktiken endast vara möjligt om skiljenämnden gjort sig skyldig till uppenbart felaktig rättstillämpning, där man kan anta att om parterna hade fått argumentera kring rättsregeln i fråga så hade felet avväjts. Det framstår omvänt som mycket svårt att vinna framgång genom att hävda att en skiljedom vars rättstillämpning varit överraskande, men i sak är materiellt korrekt, skulle ha utfallit annorlunda om parterna bara fått chans att yttra sig.²⁷⁹

²⁷⁹ Låt säga att en skiljenämnd ex officio tillämpat förutsättningsläran på ett materiellt felaktigt sätt. Den tappande parten kan klandra domen och påstå att ”om vi fått yttra oss hade vi visat att förutsättningsläran inte är tillämplig och så hade vi vunnit målet”. Om rättstillämpningen varit uppenbart felaktig kan jag tänka mig att en sådan argumentationslinje skulle kunna fungera. Klanderdomstolen kan, utan att ge sig in för djupt i de materiella frågorna, konstatera att rättstillämpningen varit felaktig och kan därefter på samma sätt som vid en talan om domvilla kanske presumera att felet inte hade uppkommit om skiljenämnden hade kommunicerat rättsanvändningen till parterna. Om vi istället tänker oss det omvända scenariot, dvs. att en skiljenämnd *har* tillämpat förutsättningsläran korrekt i och för sig, men att den tappande parten menar att han eller hon till exempel har en så skicklig advokat att denne ändå genom sin ”fantastiska pläderingsförmåga” skulle ha övertygat skiljenämnden att döma annorlunda om man bara givits chansen att yttra sig över förutsättningsläran – och att bristen på kommunikation därmed haft avgörande inverkan på utgången i skiljedomen. Rent teoretiskt borde en sådan talan givetvis kunna föras – det är ju avsaknaden av kommunikation som ska bedömas, inte om skiljedomen är materiellt korrekt eller inte. Jag tror dock det är mycket osannolikt att en klanderdomstol skulle godta en sådan argumentation och att det i praktiken därmed endast är i flagranta fall med uppenbart felaktig rättstillämpning eller dylikt som det lär vara möjligt att ha framgång i en klandertalan grundad på överraskande rättstillämpning.

7 Vad bör gälla de lege ferenda?

7.1 Om detta avsnitt

Efter att ha presenterat hur jag tolkar rättsläget de lege lata övergår jag nu till att beskriva vad jag själv *anser borde gälla* i internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige. Inledningsvis diskuteras ändamålsskälerna bakom jura novit curia och därefter görs en konsekvensanalys av en extensiv respektive restriktiv tillämpning av principen. Givet att principen tillämpas relativt extensivt i svensk rätt blir konsekvensanalysen mer utförlig gällande hur en *restriktiv* tillämpning av principen skulle bli.

7.2 Ändamålsskäl för och emot

7.2.1 Skälerna bakom jura novit curia

Några av de huvudsakliga motiven bakom jura novit curia brukar beskrivas som följande:

- *Skydd för svaga parter utan juridisk kunskap.* I en tid där få var läs- och skrivkunniga, eller än mindre hade kunskap om juridik, ansågs jura novit curia skydda svaga parter i juridiska trångmål.²⁸⁰ Idag kan man inte påstå att många saknar läs- och skrivförmåga, men gemene man utan juridisk utbildning kan likväl ha svårt att förstå och tillämpa rättskällor och att principen därför fortfarande fyller en funktion.²⁸¹

²⁸⁰ Croon, JP 2010 s. 276 ff. menar att detta syfte har fyllt en viktig funktion i Sverige, som under lång tid saknade stark advokatkår. Även om Sverige än idag inte har något advokattvång vid processer i domstol menar Croon att den ökade förekomsten av juridiskt utbildade ombud i rätten gör att betydelsen av jura novit curia har minskat i detta avseende. Jfr också Lindell, Processuell preklusion s. 271; Calissendorff, JT 1995/96 s. 141.

²⁸¹ Calissendorff, JT 1995/96 s. 141. Se också Lindell, Processuell preklusion s. 272, som anför att man idag inte kan säga att parterna normalt saknar kunskap om rättsreglernas innehåll, utan tvärtom att människor som vänder sig till domstol normalt sökt experthjälp från advokater eller motsvarande.

- *Kompetensfördelning mellan parterna och rätten.* I den moderna doktrinen talas ofta om att *jura novit curia* anger en kompetensfördelning mellan parter, å ena sidan, och rätten, å andra sidan.²⁸²
- *Rätten ska döma enligt gällande rätt.* På detta sätt kan *jura novit curia* sägas ge möjlighet för domstolens frihet att utnyttja hela rättssystemet i sitt dömande.²⁸³ Principen har nämligen spår i det rättspositivistiska synsättet om juridisk metodlära, där domaren ska hitta ”det rätta svaret”.²⁸⁴
- *Garant för rättssäkerhet och stabilitet i rättstillämpningen.* Som en konsekvens av att rätten ska döma så korrekt som möjligt anses *jura novit curia* också vara en garant för att rättstillämpningen blir enhetlig och stabil.²⁸⁵
- *Skapa förtroende för rättsväsendet.* *Jura novit curia* vilar historiskt på synen att processrätten är en förlängning av domstolsmakten och den offentliga rätten, snarare än en förlängning av civilrätten.²⁸⁶ Något tillspetsat kan principen även sägas ge uttryck för domstolarnas uppgift att stå upp för de demokratiskt fattade besluten och rättsstatens principer.²⁸⁷

7.2.2 Gör sig skälen gällande även i skiljeförfaranden?

Dispositionsprincipen brukar beskrivas som motvikten till *jura novit curia*.²⁸⁸ Om *jura novit curia* är ett uttryck för domstolens officialprövning och befogenhet att styra en rättsprocess är *dispositionsprincipen* ett uttryck för parternas inflytande över

²⁸² Lindell, Processuell preklusion s. 272; Westberg, JT 2011/12 s. 172; jfr även Ramberg, Advokaten 2006, som i sin debattartikel angående *jura novit curia* ägnar stort utrymme åt att tala om just *rollfördelningen* mellan rätten och parterna borde ritas om. *Jura novit curia* brukar dessutom ofta förklaras tillsammans med principen *da mihi facta, dabo tibi ius* (”ge mig fakta och jag ger dig lagen/rättvisa”), vilket tydligt indikerar att begreppet anger en rollfördelning.

²⁸³ Kleineman beskriver att *jura novit curia* skapar en utredningsplikt för rätten och ett uttryck för domarens plikt att förse parterna med en så korrekt dom som möjligt, Kleineman, Vänbok till Södermark s. 107. Jfr Ekelöf m.fl. (IV) som talar i termer om en ”skyldighet” för rätten att tillämpa en adekvat rättsregel oavsett om parterna har åberopat denna eller inte.

²⁸⁴ Se Bellander, Blendow Lexnova 2017.

²⁸⁵ Croon, JP 2010 s. 278 f; Calissendorff, JT 1995/96 s. 141 f.

²⁸⁶ Bellander, Blendow Lexnova 2017 med hänvisning till SOU 1938:44 s. 231 och SOU 1926:33 s. 204.

²⁸⁷ Se formuleringarna av Westberg, JT 2011/12 s. 168; även Kleineman, Vänbok till Södermark s. 122.

²⁸⁸ Se Westberg, JT 2011/12 s. 168; jfr Madsen, JT 2010/11 s. 485; jfr även hur Ekelöf uttrycker saken, Ekelöf m.fl. (I) s. 64. I dispositiva tvistemål vid svenska domstolar framträder *dispositionsprincipen* på flera sätt. Ett exempel är genom RB 17:3, som slår fast att en dom endast får meddelas baserat på de rättsfakta som part(erna) åberopat.

processen.²⁸⁹ Parternas inflytande över processen är utmärkande för skiljeförfarandet som tvistlösningsmekanism, vilket betyder att de inkvisitoriska skälen bakom *jura novit curia* knappast gör sig tungt gällande i skiljeförfaranden.²⁹⁰ Kompetensfördelningsargumentet ovan kan i och för sig inte avfärdas helt: tydlighet avseende vilken roll skiljenämnden har att spela är givetvis önskvärt. Enligt mitt tycke skulle rollfördelningen dock lika gärna kunna ritas om till en mindre inkvisitorisk roll för skiljenämnden och fortfarande vara *tydlig*. Behovet av en tydlig kompetensfördelning är därmed enligt mig inte nödvändigtvis ett argument för *jura novit curia* i sig.

Skiljeförfaranden fyller en viktig funktion inom internationell tvistlösning och handel.²⁹¹ Parterna i skiljeförfaranden är ofta kommersiella aktörer, företrädna av kunniga juridiska ombud. Något intresse av att skydda parterna från sin egen dumhet behövs normalt inte, vilket också kommer till uttryck genom det faktum att det primärt är parterna som bär ansvar för rättsutredningar inom skiljeförfaranden.²⁹² Om det trots allt skulle vara ”ojämlika” parter i en tvist där en part kan detta i och för sig motivera en mer långtgående tillämpning av *jura novit curia*.

Argumentet att principen garanterar materiellt korrekta domar är givetvis inte lika tungt avseende skiljeförfaranden. Men, även om parter kan välja att lösa tvisten efter skälighet är det rimligt att tro att parterna i de flesta skiljeförfaranden *vill* ha en

²⁸⁹ Ekelöf m.fl. (II) s. 139; jfr Lindell, Civilprocessen s. 110 ff. Parterna disponerar även över yrkanden, vilken bevisning som förs in i målet och har även möjlighet att vitsorda vissa omständigheter och rättsförhållanden som därmed prejudiciellt medges och inte prövas av rätten. Jfr RB 35:3 och även Ekelöf m.fl. (I) s. 62 f. Jfr Lindell, Partsautonomins gränser s. 45 ff., se dock s. 53, där det diskuteras huruvida ett uppenbart oriktigt medgivande bör godtas eller ej. Flera författare verkar mena att om det finns uppenbar kollusionsavsikt så bör rätten ingripa. Larsson och Olivecrona menar båda att rätten inte bör ”låna sin medverkan till en rättslig komedi”, som Olivecrona ska ha uttrycket det (Lindell hänvisar till Olivecrona: Rätt och dom, 2 uppl. København 1966 s. 194).

²⁹⁰ I 21 § LSF anges att skiljemännen ska ”följa vad parterna har bestämt, om det inte finns något hinder mot det”. Parterna är fria att såväl utse skiljemän som de anser ha rätt kompetens för tvisten i fråga, välja tillämplig lag, välja plats för förfarandet, språk, och i övrigt hur förfarandet ska gå till. Vanliga rättegångsprinciper om koncentration, omedelbarhet och muntlighet gäller inte, såvida inte parterna så väljer. Detta skapar ett smidigt förfarande som kan ge processekonomiska fördelar, trots att det är parterna själva som bekostar skiljemännens arvoden och i övrigt göra att processen upplevs som mindre allvarlig och därigenom ge möjlighet för parterna att behålla goda affärsrelationer i framtiden och återgå till ”business as usual”, jfr prop. 1998/99:35 s. 40. Se även Kvart/Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande s. 36 f. och Madsen, Skiljeförfarande i Sverige s. 41.

²⁹¹ Prop. 1998/99:35 s. 40.

²⁹² Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 497; Calissendorff, JT 1995/96 s. 147.

materiellt korrekt skiljedom.²⁹³ Detta är ett argument för att faktiskt tillämpa *jura novit curia*, vilket exempelvis Kleineman lyfter.²⁹⁴

Att skiljeförfarandet normalt är ett eninstansförfarande kan användas som argument både för och emot *jura novit curia*. Om parterna överraskas i rättstillämpningen till följd av *jura novit curia* finns ingen möjlighet att överklaga. Omvänt kan man argumentera för *jura novit curia* genom att säga att det inte finns chans att rätta till en materiellt felaktig dom och att *jura novit curia* därmed kan garantera mer korrekt rättstillämpning och att orättvisa rättsförluster kan undvikas. Detta argument kan dock ifrågasättas bland annat eftersom parter, trots *jura novit curia*, kan lida rättsförluster till följd av exempelvis försumlig processföring. Dessutom är mindre ”juridisk korrekthet” möjligen en risk parterna får finna sig i vid valet av skiljeförfarande framför domstol.

Slutligen har stabilitet och förtroende för rättsväsendet enligt min mening liten bäring på skiljeförfaranden. Vissa rättssäkerhetsgarantier finns redan inbakade i skiljeförfarandet – såsom regler om *ordre public* – och skiljedomar har ingen inverkan på den materiella rättens prejudikatutveckling som kräver särskilda hänsyn.²⁹⁵

Sammanfattningsvis är min uppfattning att ändamålsargumenten bakom *jura novit curia* inte är särskilt tunga för att tillämpa principen i skiljeförfaranden.

²⁹³ Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* s. 1071 (section 13.19.2) angående statistik kring hur viktigt parter anser att ett korrekt utslag är. Madsen, *Skiljeförfarande i Sverige* s. 38 ff. Jfr Kvarn/Olsson, *Tvistlösning genom skiljeförfarande* s. 115. Att ”juridisk korrekthet” kan vara ett underordnat intresse i ett skiljeförfarande framgår också indirekt av det faktum att parterna enligt 7 § LSF i princip fritt får välja skiljemän, så länge skiljemannen är myndig, inte står under förvaltarens befäl och inte är försatt i konkurs. Om parterna utser skiljemän med branschkunskap, men utan juridisk skolning, är det rimligen så att parterna accepterar att skiljedomen riskerar att avvika från hur en tingsrätt hade dömt. I praktiken framstår det endast vara i undantagsfall som parterna ger instruktion till skiljedomaren att lösa tvisten efter skälighet.

²⁹⁴ Jfr Kleineman, *Vänbok till Södermark* s. 111.

²⁹⁵ Se prop. 1998/99:35 s. 35, 39. Staten anser sig inte ha något självständigt intresse av att alla civilrättsliga frågor ska lösas i domstol och en logisk följd av avtalsfriheten är därför att enskilda parter ska vara fria att lösa sina tvister på det sätt de önskar. Regeringen kommenterar dock att det finns intressen av prejudikat på civilrättens område som gör det ”önskvärt” att fler tvister löstes i öppna förfaranden. Detta intresse framstår dock inte ha fått något faktiskt genomslag annat än att det nämns i propositionen.

7.3 Konsekvenser av en extensiv tillämpning av principen

7.3.1 Större korrekthet, men mindre förutsebarhet och partskontroll

En konsekvens av att tillämpa *jura novit curia* extensivt är att den juridiska korrektheten i skiljedomar generellt kan tänkas öka, i synnerhet om parterna också ges möjlighet att yttra sig över rättsanvändningen. Som beskrivits tidigare kan det dock diskuteras hur viktigt det egentligen är att skiljedomens materiella korrekthet. Jag kan principiellt dela uppfattningen om att skiljeförfarandet som institut inte är utformat för att nå materiellt korrekta skiljedomar, utan lösa parternas tvist snabbt, smidigt och effektivt.²⁹⁶ Trots detta tycker jag inte de argument som förs fram av exempelvis Lindskog och Kleineman om att skiljenämnden ska försöka döma så korrekt som möjligt kan förkastas. Det starkaste motargumentet mot detta självklart att dispositionsprincipen – som ju är central i skiljeförfaranden – urholkas. Ju mer aktiv och fri skiljenämnden tillåts vara, desto mer förpassas parterna till baksätet. Om rättsanvändningen inte kommuniceras finns dessutom en risk att parterna överraskas.

7.3.2 Riskerar skiljenämnden att framstå som partisk?

En negativ aspekt som brukar anges med att tillämpa *jura novit curia* extensivt är att skiljenämnden genom att själv introducera nytt rättsligt material (antingen som en ”överraskning” i skiljedomens eller genom processledning) kan upplevas som partisk och gynna en part mer än den andra.²⁹⁷ Enligt min uppfattning kan man dock tänka sig det motsatta scenariot också. Om en skiljenämnd har en *rätt*, men inte någon skyldighet, att ex officio utreda andra rättsliga spår än de parterna åberopat: hur bör nämnden agera ifall den inser att en ”nya” rättsregel skulle ha en avgörande effekt på tvistens utgång?²⁹⁸ Både att tillämpa den icke åberopade, men avgörande, rättsregeln liksom att *inte* tillämpa regeln skulle kunna kritiserats och nämnden anklagas för att vara partisk.

²⁹⁶ Vilket är i linje det synsätt som betonas av exempelvis Madsen, JT 2010/11 och Calissendorff, JT 1995/96, m.fl.

²⁹⁷ Jfr Calissendorff, JT 1995/96 s. 142; Kleineman, Vänbok till Södermark s. 121.

²⁹⁸ Denna fråga lyfts av Waincymmer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1080. Så kan delvis sägas ha skett i det ovan diskuterade målet Svea hovrätt T 745-06, där det var skiljemannen som först ex officio förde in parterna på BIT-avtalet och som därefter ex officio tillämpade en artikel i avtalet som inte hade åberopats, vilket avgjorde hela tvisten. Det är enligt min mening enkelt att förstå att den tappande parten i ett sådant läge skulle kunna uppleva skiljenämnden som partisk. Samtidigt kan man tänka sig det omvända scenariot att en part som *hade* kunnat få rätt, men inte fått det därför att

7.3.3 Gränsdragningsproblem: vad är en ”övertäckning”?

Internationellt sett framstår det råda någorlunda samsyn kring att skiljenämnder får föra in nya rättskällor och rättsliga argument i tvisten, så länge detta tydligt kommuniceras till parterna. Ett gemensamt, underförstått eller explicit, kriterium i flera rättsordningar för att skiljedomen ska kunna klandras är att rättstillämpningen varit oförutsebar: ett slags dolt övertäckningsrekvisit. Vad som är en ”övertäckning” går generellt inte att säga och blir en bedömning i det enskilda fallet. Medan England verkar ha intagit en mer generös syn på begreppet har Schweiz lagt ribban högt. Oavsett hur restriktivt man vill tolka begreppet kommer ett sådant kriterium alltid leda till tillämpningssvårigheter för såväl skiljenämnder som domstolar vid en klandertalan.²⁹⁹

7.3.4 Rättsekonomiska och tidsmässiga effekter

En aspekt med att skiljenämnden ex officio tillåts föra in nya rättskällor eller rättsliga spår är att tvisten blir dyrare och mer tidskrävande. Först och främst kommer varje rättsutredningstimme som nämnden ex officio utför i förlängningen att belasta parterna ekonomiskt.³⁰⁰ Om dessa nya rättsliga spår kommuniceras till parterna kan detta leda till att parterna plötsligt vill introducera nya argument eller lägga fram ny bevisning, varpå tvisten sväller och drar ut på tiden.³⁰¹ Om skiljenämnden identifierar nya rättsliga spår sent i tvisten, vilket ofta kan vara fallet eftersom det ofta är först i slutfasen som skiljenämnden träffas,³⁰² kan detta dessutom kräva att nya förhandlingsdagar sätts ut för att parterna ska ges chans att yttra sig.³⁰³

7.4 Konsekvenser av en restriktiv tillämpning av principen

7.4.1 Gränsdragningsproblem: vad är *en* rättsregel?

Ponera ett scenario med en klassisk brittisk ackusatorisk process, där parterna har att presentera och bevisa innehållet i de rättsregler de vill åberopa och där skiljenämnden intar en passiv roll och inte tillåts frångå de rättskällor och de rättsliga kvalifikationer

skiljenämnden avstått från att tillämpa en icke åberopad rättsregel enbart därför att nämnden inte velat framstå som *partisk*, också skulle kunna bli upprörd.

²⁹⁹ Se t.ex. Svea hovrätt T 745-06, refererat ovan. Se dessutom avsnitt [6.2].

³⁰⁰ Jfr Madsen, JT 2010/11 s. 497.

³⁰¹ Jfr t.ex. Calissendorff, JT 1995/96 s. 142.

³⁰² Calissendorff, JT 1995/96 s. 148.

³⁰³ Jfr t.ex. Kleineman, Vänbok till Södermark s. 121.

som parterna gjort; skulle det fungera? Enligt min mening skulle också en sådan ordning leda till gränsdragningsproblem. I teorin skulle nämnden bara få döma över det material som lagts framför den, men som Lindskog anför är rättssystemet i hög grad ”ett sammanhängande normsystem”.³⁰⁴ Går det ens att isolera en rättsregel från en annan?³⁰⁵

Sammantaget uppstår många svåra frågor om skiljenämnder enbart tillåts döma baserat på det rättsliga material som parterna presenterat. Om parterna är skickliga, har träffat rätt i sin juridiska analys och presenterat robusta, korrekta rättsutredningar, är det förmodligen inte svårt att acceptera en sådan ordning. Problemet uppkommer enligt min uppfattning när parterna av något skäl inte hamnat helt rätt.

Om man exempelvis tillåter att skiljenämnden gör en självständig tolkning av de rättsliga argument som parterna fört fram, men inte tillåter att nämnden i sin rättstillämpning går *utanför* dessa (alltså ungefär vad ILA-resolutionen rekommenderar), hur ska gränsen dras för när en systematisk tolkning av en rättsregel går över i tillämpning av en annan rättsregel? I synnerhet på civilrättens område kan till exempel prejudikat vara mycket avgörande för rättstillämpningen. Krävs det då att ett prejudikat åberopas för att skiljenämnden ska få beakta det?³⁰⁶ För att förstå en viss lagbestämmelse kan det behövas studier i förarbeten och doktrin – och om parterna inte presenterar sådana, eller presenterar vinklade rättsutredningar, ska skiljenämnden då inte vara tillåten att söka ledning utanför parternas material? Om inte, ska nämnden döma enligt det som verkar ”mest” rätt? Eller kanske snarare – minst fel?

³⁰⁴ Se not [140].

³⁰⁵ Jfr t.ex. Valguarnera, Den komparativa metoden s. 155 ff., särskilt avsnittet ”En antidogmatisk syn på rättskällorna”.

³⁰⁶ Låt säga att parterna i ett skiljeförfarande tvistar om ifall den ena parten blivit bunden genom passivitet eller inte och kändan *endast* hänfört sig till 9 § avtalslagen. Om *jura novit curia* *inte* tillämpas, skulle då en skiljedomare exempelvis få beakta det klassiska fallet NJA 1962 s. 276 (Skarinfallet) som anses ha stadgat den så kallade *Skarinprincipen*? Om skiljenämnden saknar rättsutredningsbefogenhet skulle man kunna argumentera för att svaret är nej. Om skiljenämnden har rättsutredningsrätt, men inte får frångå parternas rättsliga kvalifikationer kan man fråga sig om Skarinprincipen ska ses som en självständig rättsregel stadgad i praxis, eller enbart en tolkning av 9 § AvtL? Om man anser att prejudikatet i fråga *inte* får beaktas utan att parterna åberopat det – vad ska skiljenämnden då döma över? Annorlunda uttryckt, om skiljedomaren inte får beakta ett prejudikat som är del av gällande rätt och som denne har kunskap om ska man falla tillbaka på skälighet, eller ska 9 § AvtL tolkas enligt sin ordalydelse?

7.4.2 Går det att *inte* tillämpa *jura novit curia*?

Resonemanget ovan leder oss in på frågan om det ens är möjligt att *inte* tillämpa *jura novit curia*. Kleineman menar att rättslig argumentation ofta bygger på underliggande rättsliga förutsättningar och att en skiljenämnd alltid kommer behöva falla tillbaka på det erfarenhets- och kunskapsraster nämnden besitter men som parterna inte explicit åberopat.³⁰⁷ Frågan blir närmast filosofisk. Kan till exempel en engelsk jurist, hårt skolad i den ackusatoriska modellen, i realiteten helt koppla bort sina egna erfarenhetssatser och övriga juridiska kunskap och *bara* analysera parternas juridiska argument? Knappast helt. Enligt min uppfattning verkar det därför praktiskt svårt att *helt* avskaffa *jura novit curia*, även om vi så ville.

7.4.3 Orimliga resultat?

Om *jura novit curia* trots allt *inte* tillämpas över huvud taget kan det teoretiskt uppkomma situationer där skiljenämnden tvingas välja mellan två felaktiga rättsliga resonemang och kanske tvingas utdöma ett rentav stötande resultat.³⁰⁸ Croon formulerar problematiken fyndigt genom formuleringen att om *jura novit curia* avskaffades skulle ”det bli domarens uppgift att värdera parternas bevis för att just deras föreslagna lösning har bäst stöd i rättskällorna. I motsats till den legala bevisteorin, som gjorde bevisvärdering till rättstillämpning, vill *jura novit curia*-principens kritiker göra rättstillämpningen till en slags bevisvärdering med överviktsprincipen som grund.”³⁰⁹

I viss mån finns redan ett visst skyddsnet mot orimliga resultat i form av att skiljenämnden alltid *ex officio* måste bedöma om det kan finnas tvingande regler, *ordre public* eller dylikt som måste beaktas i skiljedomen.³¹⁰ Trots detta inryms knappast *alla* tänkbart orimliga resultat under tvingande rättsregler eller *ordre public*. *Jura novit curia*

³⁰⁷ Kleineman, Vänbok till Södermark s. 117. Se även Lehrberg, Praktisk juridisk metod s. 101, där han anför att tolkning av en rättsregel snarare bör ses som att juristen genom studier av de olika rättskällorna *konstruerar* en rättsregel. I denna konstruktion beaktas en rad faktorer, däribland ordalydelse, förutsebarhet, praktikabilitet, lämplig beteendepåverkan, effektiv tvistelösning, konsekvenser av regelns tillämpning, etc. Enligt Lehrbergs sätt att se det hela går det därför inte att prata om *en* åsyftad tolkning, utan att ”man söker den för rättstillämpningen lämpligaste av flera möjligheter”. Även Valguarnera, Den komparativa metoden s. 165, beskriver på liknande sätt att en ”regel påverkas av en mörk materia som exempelvis består av ideologiska förutsättningar och förutfattade meningar (...)”.

³⁰⁸ Jfr Kleineman, Vänbok till Södermark s. 114.

³⁰⁹ Croon, JP 2010 s. 278.

³¹⁰ Därför kan man för övrigt säga att redan idag måste *alltid* en skiljenämnd göra en självständig juridisk analys av tvisten, i syfte att upptäcka eventuella överträdelser av *ordre public*, *public policy*, etc.

kan därmed sägas vara ytterligare en säkerhetsventil mot orimliga resultat.

7.4.4 Skillnad mellan svenska och internationella skiljeförfaranden

Oavsett vad man tycker borde gälla de lege ferenda tycks lagstiftaren tydligt ha slagit fast att *jura novit curia* gäller i rent svenska skiljeförfaranden. Pondera då att vi i Sverige skulle besluta oss för att tillämpa *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden mer restriktivt, likt vad som gäller i exempelvis England. I så fall skulle det alltså uppstå en tillämpningsskillnad mellan å ena sidan nationella och å andra sidan internationella skiljeförfaranden. Denna distinktion görs visserligen i förarbetena och även i andra rättsordningar, men det är enligt min mening en problematisk lösning, eftersom det rent principiellt inte existerar något *lex fori* avseende den materiella rätten.³¹¹ Om vi ändå godtar att man i praktiken får tillämpa *jura novit curia* annorlunda i ett renodlat svenskt skiljeförfarande jämfört med ett internationellt kan man fråga sig var gränsen de båda ska dras: hur internationellt måste ett skiljeförfarande vara för att en annan tillämpning av *jura novit curia* ska träda in? De slutsatser som Svea hovrätt presenterade i *T 2289-14* om att genomslaget för svensk processrätt successivt bör öka ju större kopplingen till Sverige är kan visserligen sägas vara logiska, men gör det knappast tydligt på förhand för parter, ombud och skiljenämnd om vad som ska gälla. Är en part utländsk om den har sitt säte utomlands? Kan detta botas om parten har svenska ombud? Vad händer om parten är utländsk, men har jurister med svensk juristexamen – och vice versa?

7.4.5 Effekter av en begränsad överraskningsfrihet

I England framstår skiljenämnden ha mycket stor kommunikationsplikt – och därmed en mycket liten *överraskningsfrihet*. Ett argument mot en sådan ordning som lyfts fram i den schweiziska debatten är att klander mål avseende hur rätten tillämpat rättsregler riskerar att leda till att domstolar *de facto* blir överprövningsorgan och granskar de materiella slutsatser som skiljenämnden gjort.³¹² Att dra en gräns mellan materiella och processuella frågor är som bekant en vetenskap i sig. Enligt min mening är denna aspekt viktig att hålla i minnet.

³¹¹ Först och främst är inga skiljeförfaranden nationella eller internationella i formell mening; det finns parter och det finns en skiljenämnd och det finns en tillämplig lag som skiljeavtalet pekar ut. Som upprepats ett stort antal gånger i denna uppsats finns ingen *lex fori*. Denna uppfattning delas av flera författare, såsom Calissendorff, JT 1995/96 s. 148.

³¹² Se avsnitt [6.2.2.2] ovan.

Om möjligheten att klandra skiljedomar baserat på skiljenämndens rättsanvändning blir för stor kan detta leda till att skiljeförfarandet som ett snabbt och enkelt eninstansförfarande urholkas. Ytterligare en aspekt är att skiljenämnden kan behöva föregripa sin egen slutliga rättsliga bedömning om all rättsanvändning måste kommuniceras med parterna, vilket kan ses som problematiskt såväl principiellt som rent praktiskt.³¹³ Blotta osäkerheten inför att en skiljedom skulle kunna klandras kan medföra att en skiljenämnd känner sig nödgad att tydligt kommunicera minsta rättsligt övervägande till parterna, vilket både kan ta tid och i förlängningen kan förlama hela förfarandet. I *Tsa Yap Yum v. Peru* gjorde ICSID:s Annulment Committee på detta tema en analogi till Zenos paradox om den flygande pilen, med innebörden att en skiljenämnd aldrig kommer kunna lämna ifrån sig ett avgörande om den konstant är skyldig att höra parterna över varje rättsligt övervägande.³¹⁴

7.5 Så, vad borde gälla?

7.5.1 Hur bör skiljenämnder förhålla sig till principen?

Delvis är frågan kring *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden en rättspolitiskt ideologiskt laddad fråga som bottnar i frågan hur man ser på skiljeförfarandet som institut; om skiljeförfarandet endast finns till för parterna eller även i någon mån för det internationella samfundet.³¹⁵ I min samlade analys har jag dock visat att skälen bakom *jura novit curia* inte gör sig gällande i särskilt hög utsträckning i skiljeförfaranden, i vart fall inte i kommersiella förfaranden med starka parter, företrädade av ombud. Trots detta verkar det paradoxalt nog vara praktiskt svårt att helt överge principen. Istället är kanske knäckfrågan *hur* aktiv eller passiv skiljenämnden ska vara.³¹⁶

³¹³ Se Kleineman, Vänbok till Södermark s. 97.

³¹⁴ *Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Annulment, se p. 130–131. Målet kommenteras av Rosenfeld s. 141. I målet hade klanderkrävarn Peru anfört att rättsanvändningen skulle ha kommunicerats tydligare till parterna, så de fått chans att yttra sig. ICSID-kommittén uttalade: ”The Republic of Peru’s argument provides us with an example of the reduction ad infinitum which is illustrated by Zeno’s paradox of motion: assuming that time is composed of a series of moments, the arrow which travels no distance during that moment, is not moving and will never reach the target. In similar fashion, an arbitrator will never be able to make an award because of the obligation to continuously submit the reasons for the award to the parties for their observations.”

³¹⁵ Jfr diskussionen av Rosefeld s. 156 ff. Se även Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1062 f (Section 13.19).

³¹⁶ Jfr Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 14 f.

Utgångspunkten här måste vara att parterna ska bestämma. Skiljenämnden kan enligt mitt tycke därför vara flexibel och låta principens genomslag variera beroende på tvistens karaktär och inte minst parternas önskan.³¹⁷ Jag instämmer därför i Calissendorffs förslag om att skiljenämnden på ett inledande stadium i processen frågar parterna hur de vill ha det, i synnerhet gällande om de vill att tvisten avgörs enbart baserat på de rättsregler och rättskällor som parterna hänfört sig till.³¹⁸ I linje med internationell standard och ILA:s rekommendationer anser jag också att skiljenämnden bör låta parterna ta huvudansvaret för rättsutredningar och i övrigt om några rättsutredningar görs ex officio agera mycket transparent och tydligt kommunicera till parterna att så görs. De rekommendationer som presenteras av Sandberg i hans examensuppsats anser jag också är mycket tänkvärda för hur en skiljedomare bör resonera kring rättsanvändningen.³¹⁹

Detta till trots kan det finnas situationer där skiljenämnden enligt mitt tycke bör ta en mer aktiv roll. Ett sådant fall kan vara att parterna är ojämna sett till juridisk kompetens, exempelvis där en part företräds av en stor advokatfirma medan motparten saknar juridiskt ombud. Ett annat sådant fall kan vara att parterna argumenterar totalt materiellt fel. Likt vad bl.a. Kleineman påpekat menar jag att det i sådana situationer närmast är otänkbart att inte skiljenämnden skulle ta en mer aktiv roll och ex officio gör en rättslig analys av tvistefrågorna i syfte att döma så korrekt som möjligt. Det krävs kort och gott en viss fingertoppskänsla och flexibilitet av skiljenämnden.³²⁰ Om parterna är stora

³¹⁷ Jfr ILA Report 2008 s. 184: "The Committee also notes that arbitrators may in practice also be influenced by a variety of other considerations depending on the specifics of the individual case, some of which may be more pragmatic than principled. For instance, they may be tempted to adopt a more interventionist approach if, based on their knowledge or experience, the solution resulting from the rules invoked or proved by the parties appears manifestly wrong. They may be induced to follow the same approach where there is an imbalance between the parties regarding the knowledge of the applicable law (e.g., because one of them is much better versed in the applicable law or can afford more competent counsel or legal experts), in default proceedings or when dealing with an ex parte application for interim measures. Similarly, if it is evident that the arbitrators (or some of them) have been appointed particularly in consideration of their knowledge of the applicable law, and counsel for the parties are not equally well versed in it, the arbitrators may feel that a more pro-active attitude towards the determination of the contents of the applicable law may be justified. The Committee does not criticize such practices, but also does not consider that they are susceptible of incorporation into recommendations."

³¹⁸ Se Calissendorff, JT 1995/96 s. 149. Jfr liknande förslag av Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration s. 1079 (section 13.19.5).

³¹⁹ Sandberg, Examensarbete Göteborgs universitet 2011, avsnitt 5 s. 59–60.

³²⁰ Jfr Lew s. 12 som skriver: "Relying on the various rules and laws discussed above (§§ 39 and 40), international tribunals frequently fix procedure and chose the applicable law by applying hybrid processes, drawn from different and several legal systems, they consider appropriate in the circumstances."

kommersiella aktörer, företrädna av stora internationella advokatbyråer finns det kanske större anledning att skiljenämnden intar en mer passiv roll än i en tvist mellan två privatpersoner utan juridisk skolning eller ombud.

7.5.2 Vad bör vara klanderbart?

Men, hur en skiljenämnd *bör* agera är inte samma sak som gränsen för hur den *får* agera.³²¹ Ramen för *jura novit curia* definieras trots allt av gränsen för vad som är klanderbart, i det här fallet ett uppdragsöverskridande (34 § 1 st. 2 p. LSF) eller handläggningsfel (34 § 1 st. 6 p. LSF).

Vid bedömningen av vad som ska vara klanderbart anser jag att vikten av *tydlighet* är central. Med andra ord vore det önskvärt om lagstiftaren eller HD tydliggjorde hur principen ska tillämpas, oavsett vilken slutsats som nås.³²² Jag tror att såväl en mer extensiv som en mer restriktiv tillämpning av *jura novit curia* i och för sig skulle fungera så länge parter, skiljenämnder och klanderdomstolar vet vad som gäller. Det är därför bättre att sätta ned foten än att ha dagens otydlighet.

Det är enligt min uppfattning också viktigt att Sverige inte avviker för mycket från vad som anses vara internationell standard. Stockholm och Sverige som en viktig plats för internationell tvistlösning skulle kunna ta skada om det svenska systemet upplevs som alltför otydligt eller avvikande från resten av världen. Det är också problematiskt att göra en kategorisk distinktion mellan inhemska tvister med svensk rätt och internationella skiljeförfaranden med utländsk rätt, både eftersom någon materiell *lex fori* inte finns och eftersom det öppnar upp för svåra gränsdragningsproblem kring när ett skiljeförfarande ska betraktas som internationellt och inte. Av den anledningen bör synen på *jura novit curia* i internationella skiljeförfaranden inte avvika nämnvärt från vad som gäller i rent svenska skiljeförfaranden.

The methods used at the seat of the arbitration, under the applicable substantive law, or the law governing the arbitration agreement if it differs, the origins of the tribunal members and the origins of the lawyers representing the parties, are no more than factors which can influence the method to be used by the tribunal in a given case. This is done in the context of the arbitrators' duty to apply the law chosen by the parties.”

³²¹ Jfr Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 31.

³²² Jfr Calissendorff, JT 1995/96 s. 148 som menar att det i LSF bör införas en regel som anger att in dubio ska skiljemännens uppdrag anses begränsat till åberopade rättsregler, dvs. att *jura novit curia* begränsas.

Mitt förslag är mot bakgrund av det ovanstående att följande borde gälla för internationella skiljeförfaranden som äger rum i Sverige.

- Del 1) *Rättstillämpningsfriheten* ska gälla. En skiljedom ska alltså inte kunna klandras enbart för att skiljenämnden ex officio dömer baserat på andra rättsregler, gör andra rättsliga kvalifikationer, eller beaktar andra rättskällor än de parterna lagt fram. Det motsatta bör möjligtvis gälla om parterna *uttryckligen* och tydligt avgränsat uppdraget till vissa bestämda rättsregler.³²³
- Del 2) *Rättsutredningsplikten* ska inte gälla för skiljenämnden. Det är istället parterna som kan förväntas ta huvudansvaret för rättsutredningar, oavsett om det är svensk eller utländsk rätt. Det bör däremot *inte* vara klanderbart i sig om en skiljenämnd ex officio vidtar rättsutredningar, varför det får sägas finnas en ”rättsutredningsrätt”, eller ”subsidiär rättsutredningsplikt”.
- Del 3) *Överraskningsfriheten* ska vara stor. Även om skiljenämnden *bör* kommunicera sin rättsanvändning menar jag att det endast i undantagsfall bör vara ett klanderbart handläggningsfel att inte uppmärksamma parterna på rättsanvändningen, likt vad som gäller i Schweiz.³²⁴ Denna slutsats drar jag främst baserat på att jag bedömer att det skulle ge störst *tydlighet* för parter, skiljenämnder och klanderdomstolar i fråga om jura novit curia.³²⁵

³²³ Möjligen kan detta i praktiken vara svårt i situationer då parterna visserligen avtalat bort jura novit curia, men i sin rättsliga argumentation landat helt fel eller inte presenterat övertygande rättsutredningar. Skiljenämnden bör enligt mitt tycke då hellre försöka göra egna rättsutredningsåtgärder för att försöka nå en så korrekt skiljedom som möjligt än att försöka tillämpa någon slags överviktsprincip och döma enligt vad som är ”minst fel”, jfr Kleineman och Croon refererade i avsnitt [7.4] ovan.

³²⁴ Cordero-Moss, SIAR 2006:3 s. 31 anser på ett liknande att en skiljeman bör respektera ”impartiality and due process” oavsett om en överträdelse av dessa principer medför att skiljedomen kan annulleras.

³²⁵ Om klanderbarheten på grund av bristande kommunikation till parterna görs för stor skulle det riskera att klanderförfarandet förvandlades till en materiell överprövning och även att snabbheten och effektiviteten i skiljeförfarandet som institut skadades, jfr vad som diskuterats ovan i uppsatsen. Vidare skulle en ökad möjlighet till framgångsrik klandertalan riskera att göra skiljenämnden mer försiktig i sitt dömande, vilket man kan ha olika ideologisk syn på. Att klandergränsen sätts högt innebär givetvis inte att skiljenämnden inte kan ha ett egenintresse av att föra en dialog med parterna om rättsanvändningen. Vidare, som lyfts i analysen är det också i praktiken svårt att *inte* göra en självständig rättslig analys och se andra tänkbara rättsliga spår. Det kommer dessutom alltid kunna uppstå gränsdragningsproblem kring vad som ska anses vara en oförutsebar rättstillämpning, så som bland annat är fallet i England. Givet att så är fallet menar jag att det i vart fall är *tydligare* att ha en restriktiv hållning, likt Schweiz. En oförutsebar materiell rättstillämpning har alltså inget egenvärde, men om alternativet är större osäkerhet och svåra gränsdragningsproblem kring vad som är klanderbart och inte menar jag att en restriktiv klanderbarhet är ett ”mindre dåligt” alternativ.

8 Avslutande kommentar

Den här examensuppsatsen blev både längre och mer omfattande än vad jag hade räknat med på förhand. Samtidigt har frågan för uppsatsen enligt min uppfattning motiverat en förhållandevis bred analys med en gedigen genomgång av såväl nationella som internationella rättskällor för att på allvar kunna dra väl underbyggda slutsatser.

Vad har då analysen utmynnat i? Hur ska jura novit curia tillämpas i internationella skiljeförfaranden? Ja, föga förvånande får svaret på frågan bli det klassiska juristsvaret ”det beror på”. Först och främst är det svårt att ens definiera jura novit curia. Vidare måste skiljenämnders primära utgångspunkt alltid vara flexibilitet och anpassningsförmåga utifrån den enskilda tvisten; någon allmän ”bästa” tillämpning av jura novit curia finns helt enkelt inte. Däremot är jag av åsikten att det bör eftersträvas större tydlighet kring hur stort skiljenämndens fria spelrum *får* vara – med andra ord var gränsen för klanderbarhet ska dras. Det vore därmed önskvärt om lagstiftaren, SCC eller domstolarna gav tydligare instruktioner för hur jura novit curia ska hanteras.

Det finns ibland en uppfattning om att jura novit curia inte tillämpas överallt i världen. Det är riktigt att principens ställning varierar. Min analys av rättsläget nationellt såväl som internationellt visar dock att principen är långt ifrån utdöd, inte ens i det annars så akusatoriska England. Oaktat detta kan man fortfarande med goda skäl hävda att skälen bakom jura novit curia inte gör sig gällande i skiljeförfaranden och att principen därför inte bör tillämpas. Paradoxalt nog kanske det dock i praktiken är väldigt svårt att helt överge jura novit curia – även om vi så försökte.

Jag kan därför konstatera att när jag nu ska inleda mitt yrkesliv som jurist lär jag med all sannolikhet stöta på jura novit curia ute på det juridiska slagfältet och då gäller det att veta hur jag ska hantera principen. För att avsluta som jag inledde:

Conflict is inevitable, but combat is optional.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1998/99:35 *Ny lag om skiljeförfarande*

Offentliga utredningar

SOU 1982:25 *Översyn av rättegångsbalken – Processen i tingsrätt del A*
(Rättegångsutredningen)

SOU 1982:25 *Översyn av rättegångsbalken – Processen i tingsrätt del B*
(Rättegångsutredningen)

SOU 1994:81 *Ny lag om skiljeförfarande* (Delbetänkande av Skiljedomsutredningen)

SOU 1995:65 *Näringslivets tvistlösning* (Slutbetänkande av Skiljedomsutredningen)

SOU 2015:37 *Översyn av lagen om skiljeförfarande*

Övrigt

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet i Remiss: Översyn av lagen om skiljeförfarande (SOU 2015:37). Ju2015/3754/DOM (Dnr V 2015/997)

Lagrådsremiss den 1 mars 2018 – En modernisering av lagen om skiljeförfarande

Svensk praxis

Högsta domstolen

NJA 1962 s. 276

NJA 1973 s. 740

NJA 1976 s. 289

NJA 1978 s. 334

NJA 1983 s. 3

NJA 1989 s. 614

NJA 1993 s. 13

NJA 1994 s. 256

NJA 1999 s. 629

NJA 2016 s. 107

NJA 2016 s. 288

Beslut 2016-09-19 i mål Ö 1810-16 (klagan på domvilla avseende NJA 2016 s. 107). Se även aktbilaga 12, yttrande från den dömande avdelningen

Beslut 2017-04-19 i mål Ö 5886-16 (resningsbeslut avseende Ö 1810-16)

Klanderdomar från hovrätter

Svea hovrätts dom 2000-05-18 i mål nr T 8090-99 (Rolf Gustafson ./ Länsförsäkringar Bergslagen)

Svea hovrätts dom 2004-08-27 i mål nr T 7866-02 (Pelle Andersson ./ MTG Holding AB m.fl.)

Svea hovrätts dom 2008-03-12 i mål nr T 4538-08 (Vin & Sprit ./ Systembolaget)

Svea hovrätts dom 2008-03-20 i mål nr T 5398-05 (M Kjellberg ./ Proffice AB)

Svea hovrätts dom 2008-11-28 i mål nr T 745-06 (Republiken Moldavien ./ Agurdino-Chimia JSC, Agurdino-Invest Ltd, Iurii Bogdanov)

Svea hovrätts dom 2011-08-31 i mål T 4050-10 (Perstorp Aktiebolag ./ Silver Lining Finance SA i likvidation)

Svea hovrätts dom 2013-04-29 i mål T 6198-12 (Independent finans AB kk-bo ./ Peab AB (publ))

Svea hovrätts dom 2013-10-23 i mål T 4487-12 (Systembolaget AB ./ The Absolut Company AB)

Svea hovrätts dom 2014-11-13 i mål T 1417-14 (PAX-Design LLC ./ Connyland AG)

Svea hovrätts dom 2014-12-04 i mål T 2610-13 (MHH AS ./ Axel's Konsult och Förvaltning AB)

Hovrätten för Västra Sveriges dom 2015-02-27 i mål T 4028-13 (Berde Plants Sweden AB ./ Borkhult Invest AB i konkurs)

Svea hovrätts dom 2015-06-25 i mål nr T 2289-14 (OAO Tyumenneftegaz ./ First National Petroleum Corporation)

Svea hovrätts dom 2017-03-09 i mål nr T 1968-16 (City Säkerhet i Stockholm AB ./ SafeTeam i Sverige AB)

Utländsk praxis

ICSID

Compañia de Arguas del Aconquija & Vivendi v. Argentina, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/97/3 (3 July 2002)

Patrick Mitchell v. Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7 (1 November 2006)

Enron Creditors Recovery Corporation & Ponderosa Assets L.P v. Argentina, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (30 July 2010)

Giovanni Alemanni and others v. Argentina, Decision on jurisdiction and admissibility, ICSID Case No ARB/07/8 (17 November 2014)

Mr. Tza Yam Shum v. Peru, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/07/6 (12 February 2015)

England

Pactol Ltd. v Joint Stock (2001)

Groundshire Ltd v VHE Construction plc, EWHC 8 (TCC) (15 February 2001)

Checkpoint v Strathclyde Pension Fund, 14 EG 124 (6 February 2003)

Bandwith Shipping Corporation v Intaari, EWCA Civ 998 (17 October 2007)

Finland

Finlands högsta domstols dom 2008-07-02 i mål S2006/716 (*Werfen Austria GmbH ./.* Polar Electro europe BV, Zug branch), översatt i SIAR 2008:3

Schweiz

Tribunal Fédéral, dom 2009-02-09 i *Urquijo Goitia v. Da Silva Muñiz* (4A_400/2008, 1st Civil Law Chamber)

Tribunal Fédéral, dom 2015-05-21 i *A v. B* (A4_634/2014, 1st Civil Law Chamber)

Tribunal Fédéral, dom 2012-10-09 i *X v. I. Union Cycliste Internationale (UCI), 2. Fédération Z.*, (4A_110/2012, 1st Civil Law Chamber)

Tribunal Fédéral, dom 2005-04-27 i *D. d.o.o. v. Bank C.*, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, (4P.242/2004, 1st Civil Law Chamber)

Svensk litteratur och artiklar

Bellander, Henrik, *Jura Novit Curia – förändringar i synen på parternas möjlighet att disponera över rättsanvändningen?*, Blendow Lexnova Expertkommentar – Processrätt, oktober 2017 (Cit: Bellander, Blendow Lexnova 2017)

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2 uppl., Norstedts Juridik 2003 (Cit: Bogdan, Komparativ rättskunskap)

Calissendorff, Gotthard, *Jura novit curia i internationella skiljeförfaranden i Sverige*, JT 1995/96 s. 141–149 (Cit: Calissendorff, JT 1995/96)

- Croon, Adam, *Jura novit curia-principen och sökandet efter en rättssäker rättstillämpning – ett rättshistoriskt perspektiv*, JP 2010 s. 273–281. (Cit: Croon, JP 2010)
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, Pauli, Mikael, *Rättegång: första häftet*, 9 uppl., Wolters Kluwer 2016 (Cit: Ekelöf m.fl. (I))
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Pauli, Mikael, *Rättegång: andra häftet*, 9 uppl., Norstedts Juridik 2015 (Cit: Ekelöf m.fl. (II))
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, *Rättegång: fjärde häftet*, 7 uppl., Norstedts Juridik 2010 (Cit: Ekelöf m.fl. (IV))
- Elofsson, Niklas, *Klandrade skiljedomar mellan 1999 och 2009 – särskilt om skiljemäns uppdragsöverskridande och handläggningsfel*, JT 2010/11 s. 732–746 (Cit: Elofsson, JT 2010/11)
- Franke, Ulf, Magnusson, Annette, Ragnwaldh, Jakob, Wallin, Martin (redaktörer), *International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer 2013 (Cit: Franke m.fl., International Arbitration in Sweden)
- Heuman, Lars, *Skiljemannarätt*, 1:1 uppl., Norstedts Juridik 1999
- Heuman, Lars, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, Juris Publishing, Inc. New York 2003
- Heuman, Lars, *Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?*, JT 2011/12 s. 336–354 (Cit: Heuman, JT 2011/12)
- Heuman, Lars, *Vilken betydelse har prejudikat om domvilloklagen för bedömningen av klandermål rörande handläggningsfel*, JT 2016/17 s. 729–743 (Del I) och s. 985–1007 (Del II)
- Hobér, Kaj, *International Commercial Arbitration in Sweden*, 1 Edition, Oxford University Press 2011 (Cit: Hobér, International Commercial Arbitration in Sweden)
- Håstad, Torgny, *Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden*, JT 2016/17 s. 605–624 (Cit: Håstad, JT 2016/17)
- Håstad, Torgny, *Ingen resning i emissionsgarantiärendet*, JT 2017/18 s. 137–145 (Cit: Håstad, JT 2017/18)
- Kleineman, Jan, *Principen jura novit curia – särskilt i skiljeförfaranden*, Vänbok (festskrift) till Bertil Södermark s. 93–124, Norstedts Juridik 2009 (Cit: Kleineman, Vänbok till Södermark)
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, del i samlingsverket av Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur 2013 (Cit: Kleineman, Rättsdogmatisk metod)
- Kvart, Johan & Olsson, Bengt, *Tvistlösning genom skiljeförfarande: En handledning till lagen om skiljeförfarande*, 3 uppl., Norstedts Juridik 2012 (Cit: Kvart/Olsson, Tvistlösning genom skiljeförfarande)

- Lambertz, Göran, *Processrätten i emissionsgarantidomen*, SvJT 2017 s. 334–338 (Cit: Lambertz, SvJT 2017)
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 8 uppl., Iusté 2015 (Cit: Lehrberg, Praktisk juridisk metod)
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3 uppl., Iustus förlag 2012 (Cit: Lindell, Civilprocessen)
- Lindell, Bengt, *Notorietet och kontradiktion*, 1 uppl., Justus förlag 2007 (Cit: Lindell, Notorietet och kontradiktion)
- Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser – i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*, Justus förlag 1988 (Cit: Lindell, Partsautonomins gränser)
- Lindell, Bengt, *Processuell preklusion: Av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, 1:1 uppl., Norstedts Juridik 1993 (Cit: Lindell, Processuell preklusion)
- Lindskog, Stefan, *Skiljeförfarande: En kommentar*, 2 uppl., Norstedts gula bibliotek 2012 (Cit: Lindskog, Skiljeförfarande)
- Lindskog, Stefan, *Lagkommentar till LSF, Zeteo (publicerad i Zeteo i maj 2016)*
- Madsen, Finn, *Skiljeförfarande i Sverige: En kommentar till lagen (1999:116) om skiljeförfarande och till reglerna för Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut*, 2 uppl., Jure Förlag AB 2009 (Cit: Madsen, Skiljeförfarande i Sverige)
- Madsen, Finn, *Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande*, JT 2010/11 s. 485–503. (Cit: Madsen, JT 2010/11)
- Madsen, Finn, *Commercial Arbitration in Sweden*, 4 uppl., Jure Förlag AB 2016 (Cit: Madsen, Commercial Arbitration in Sweden)
- Madsen, Finn, *"HD vidgar tillämpningen av jura novit curia – detta påverkar i grunden hur talan ska föras i domstol"*, Dagens Juridik nätupplaga publicerad 2016-06-02, hämtad 2018-01-10 (Cit: Madsen, DJ 2016)
- Olsson, Bengt & Kvärt, Johan, *Lagen om skiljeförfarande: En kommentar*, 1:1 uppl., Norstedts Juridik 2000 (Cit: Olsson/Kvärt, Lagen om skiljeförfarande)
- Ramberg, Christina, *"Give me the law" Avskaffa Jura Novit Curia!*, Advokaten – tidskrift för Sveriges advokatsamfund, Nr 8 2006 årgång 72 (Cit: Ramberg, Advokaten 2006)
- Runesson, Eric, *Jura novit curia and due process with particular regard to arbitration in Sweden*, JT 2017/18 s. 172–196. (Cit: Runesson, JT 2017/18)
- Sinander, Erik & Lindkvist, Gustav, *Ska svensk domstol utreda innehållet i utländsk rätt?*, SvJT 2015 s. 749–758 (Cit: Sinander & Lindkvist, SvJT 2015)
- Valguarnera, Filippo, *Den komparativa metoden*, del i samlingsverket av Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur 2013 (Cit: Valguarnera, Den komparativa metoden)

Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Juristförlaget i Lund (Juridiska föreningen i Lund) 1988 (Cit: Westberg, Domstols officialprövning)

Westberg, Peter, *Parts förfogande rätt och domarens rättsanvändning*, JT 2011/12 s. 168–183 (Cit: Westberg, JT 2011/12)

Westberg, Peter, *Civilrättsskipning*, 2 uppl., Norstedts Juridik 2013

Internationell litteratur och artiklar

Alberti, Christian P., *Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 1: Iura novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?*, del i samlingsverket av Kroll, Stefan Michael, Mistelis, Loukas A (Eds.) m.fl., *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International 2011, s. 3–32 (Cit: Alberti)

Andrews, Neil, *English Civil Procedure: Fundamentals of the new Civil Justice System*, Oxford University Press 2003 (Cit: Andrews, English Civil Procedure)

Arroyo, Manuel, *Which is the Better Approach to Iura Novit Arbitrator – the English or the Swiss?* del i Müller, Christoph & Rigozzi, Antonio (Eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2010*, Schultess 2010 s. 27–54 (Cit: Arroyo, M.)

Besson, Sébastien, *Good (and Bad) Initiatives of Arbitrators*, del i samlingsverket av Beteancourt, Julio César (Ed.), *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, 1 Edition, Oxford University Press 2016 (Cit: Besson)

Bigge, David M., *Iura Novit Curia in Investment Treaty Arbitration: May? Must?*, Kluwer Arbitration Blog, 2011-12-29, hämtad 2018-04-13 via <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/12/29/iura-novit-curia-in-investment-treaty-arbitration-may-must/> (Cit: Bigge, Kluwer Arbitration Blog 2011)

Bonomi, Andrea & Bochatay, David, *Iura Novit Arbitrator in Swiss Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Bonomi & Bochatay)

Buckhardt, Peter, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 187 [Decision on the merits: applicable law]*, i samlingsverket av Arroyo, Manuel, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International pp. 162–178 (Cit: Buckhardt lagkommentar 12 kap. PILA)

Calvinho, Gustavo, *La regla Iura Novit Curia en beneficio de los litigantes*, Revista Internacional de Derecho Constitucional III, Academia Nacional de Derecho Constitucional de México, 2009 (Cit: Calvinho)

Cordero-Moss, Giuditta, *International arbitration is not only international*, del i samlingsverket av Cordero-Moss, Giuditta (Ed.), *International Commercial Arbitration: Different forms and their Features*, 1 Edition, Oxford University Press 2013 (Cit: Cordero-Moss (2013))

- Cordero-Moss, Giuditta, *Is the Arbitral Tribunal Bound by the Parties' Factual and Legal Pleadings?*, Stockholm International Arbitration Review 2006:3, Stockholm Chamber of Commerce (Cit: Cordero-Moss, SIAR 2006:3)
- Cordero-Moss, Giuditta, *The Arbitral Tribunal's Power in respect of the Parties' Pleadings as a Limit to Party Autonomy On Jura Novit Curia and Related Issues*, del i samlingsverket av Ferrari, Franco (Ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, JurisNet, LLC 2016 (Cit: Cordero-Moss (2016))
- Fissore, Diego M., *Principio de congruencia y principio de iura novit curia – El dinamismo en la function judicial en material societaria*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Año IV, número 5, octubre 2013, La Ley s. 161–166 (Cit: Fissore).
- Fernández Arroyo, Diego P., *New trends in international commercial arbitration in Latin America*, del i samlingsverket , del i samlingsverket av Cordero-Moss, Giuditta (Ed.), *International Commercial Arbitration: Different forms and their Features*, 1 Edition, Oxford University Press 2013 (Cit: Fernández Arroyo)
- Giovannini, Teresa, *International Arbitration and Jura Novit Curia – Towards Harmonization*, del i samlingsverket av Fernandez-Ballester, Miguel Angel & Arias, David (Eds.) Liber Amicorum Bernardo Cremades, Wolters Kluwer España; La Ley 2010 s. 495–509 (Cit: Giovannini)
- Gomard, Bernhard & Kistrup, Michael, *Civilprocessen*, 7. udgave, Karnov Group 2013 (Cit: Gomard & Kistrup, Civilprocessen)
- Hess, Burkhard & Kahl, Leon Marcel, *Jura Novit Curia in International Commercial Arbitration – The German Perspective*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Hess & Kahl)
- Hope, James & Hallberg, Elisabet, *Jura Novit Arbiter in Swedish Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Hope & Hallberg)
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Rigozzi, Antonio, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press 2015 (e-bok, hämtad 2018-03-28) (Cit: Kaufmann-Kohler & Rigozzi)
- Lew, Julian, *Jura Novit Curia and Due process*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 72/2010, 2011. Artikeln kan läsas genom: <http://ssrn.com/abstract=1733531> (hämtad 2018-02-02) (Cit: Lew)
- Lookofsky, Joseph, M, & Salung Petersen, Clement, *Jura Novit Arbiter in Danish Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Lookofsky & Salung Petersen)
- Lovells, Hogan, *If Argentina withdraws from the ICSID convention: implications for foreign investors*, Lexology.com 4 februari 2013, hämtad 2018-03-28 < <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=080c79bc-cce7-485f-97aa-27a5b2bdec5c>> (Cit: Lovells, Lexology.com)
- Mantakou, Anna, P, *The Misadventures of the Principle Jura Novit Curia in International Arbitration – A Practitioner's Approach*, Essays in honour of Spyridon VI. Vrellis (2014) s.

557–568 (Cit: Mantakou)

- Meier, Andrea & McGough, Yolanda, *Do Lawyers Always Have the Last Word? Iura Novit Curia and the Right to Be Heard in International Arbitration: an Analysis in View of the Recent Swiss Case Law*, ASA Bulletin Volume 32 Issue 3/2014 s. 490–507 (Cit: Meier & McGough)
- Paulson, Jan & Petrochilos, Georgios, *UNCITRAL Arbitration*, 1 Ed. Kluwer Law International 2018 (Cit: Paulson & Petrochilos, UNCITRAL Arbitration)
- Redfern, Alan & Hunter, Martin, with Blackaby, Nigel, Partasides QC, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration: student version*, 6 Edition, Oxford University Press 2015 (Cit: Redfern & Hunter on International Arbitration)
- Reece, Rupert, Massot, Alexis & Bartoli, Marie-Hélène, *Searching for the Applicable Law in WTO Litigation, Investment and Commercial Arbitration*, del i samlingsverket av Huerta-Goldman, Jorge A., Romanetti, Antoine & Stirnimann, Franz X. (Eds.), *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law 2013 (Cit: Reece, Massot & Bartoli)
- Rivera Jr., Julio César, *Iura novit arbiter in Argentine arbitration law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Rivera Jr.)
- Rosenfeld, Friedrich, *Iura Novit Curia in International Law*, European International Arbitration Review, Volume 5, No. 1, 2017 (Cit: Rosenfeld)
- Salung Petersen, Clement, *Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?*, Nordic Journal of International Law 80 (2011) s. 369–402 (Cit: Salung Petersen)
- Sutton, David St. John, Gill, Judith & Gearing, Matthew, *Russel on Arbitration*, 24th Ed., London Sweet & Maxwell, Thomson Reuters 2015 (Cit: Russel on Arbitration)
- Swee Yen, Koh & Lau, Kenny, *The Incidence of Iura Novit Arbiter in Singapore Arbitration Law*, European International Arbitration Review, Volume 6, No. 1, 2017 (Cit: Swee Yen & Lau)
- Waincymer, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International 2012
- Wehrli, Daniel & Stacher, Marco, *Arbitration under the Swiss Rules*, del i samlingsverket av Cordero-Moss, Giuditta (Ed.), *International Commercial Arbitration: Different forms and their Features*, 1 Edition, Oxford University Press 2013 (Cit: Wehrli & Stacher)

Övrigt

- Ingerdahl Kobus, Gabriel Alexander, *How is the distinction between expropriation requiring compensation and non-compensable regulatory measures determined by international tribunals*, Examensarbete vid Köpenhamns universitet 20 maj 2016 (Cit: Ingerdahl Kobus, Examensarbete Köpenhamns universitet 2016)
- ILA resolution No. 6/2008, *International Law Association Recommendations on ascertaining the contents of the applicable law in international commercial arbitration*

International Law Association Committee on International Commercial Arbitration
Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration
Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, August 2008, Revista Brasileira de Arbitragem Volume V Issue 20 s. 163–196 (Cit: ILA Report 2008)

Intervju med *Vainstein, Martin*, advokat i Buenos Aires, Argentina, specialiserad på kommersiell tvistlösning vid advokatfirman Marval O'Farrell & Mairal. Intervjun genomfördes 2018-05-28 i Buenos Aires (Cit: Vainstein, intervju)

Main changes – new 2017 SCC rules, en summering av de nya SCC-reglerna för 2017. Publicerad av Stockholms handelskammarens skiljedomsinstitut. Kan läsas genom http://sccinstitute.com/media/164883/main_changes_new_rules_2017.pdf (hämtad 2018-03-09)

Sandberg, David, *Jura novit arbiter?: How to apply and ascertain the content of the applicable law in international commercial arbitration in Sweden*, Examensarbete vid Göteborgs universitet hösten 2011. Uppsatsen kan läsas här: <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/30248?locale=sv> (Cit: Sandberg, Examensarbete Göteborgs universitet 2011)