

12.10.2006

Dnr 1819/4/06

Beslutsfattare: Biträdande justitieombudsman Petri Jääskeläinen

Föredragande: Justitieombudsmannasekreterare Pasi Pölönen

FÖRORDNANDE AV EN OJÄVIG TINGSDOMARE

1

KLAGOMÅLET

I sitt 27.5.2006 daterade brev kritiserar klaganden lagligheten av Ålands tingsrätts sammansättning när den vid rättegången 17.11.2003 tog det interimistiska beslutet gällande vårdnad och umgänge samt barnens boende hos sin far.

Klaganden anser att lagman A som tog beslutet var jävig eftersom den andra parten i målet var B, som i flera års tid varit anlitad som nämndeman i Ålands tingsrätt. Klaganden berättar att hon påpekat detta och att till följande domstolsförhandling i tingsrätten anlidades domare C som förordnats av Åbo hovrätt. Trots att A i efterhand kunde konstateras vara jävig kvarstod det interimistiska beslutet, vilket enligt klagandens åsikt hade stor inverkan på domens utfall.

Dessutom kritiserar klaganden socialchefen i Jomala kommun för hennes förfarande vid upprättandet av en vårdnadsutredning. Den delen av skrivelsen kommer justitieombudsmannens kansli att behandla och avgöra som ett separat klagomål, med diarienumret 3034/4/06.

- - -

3

AVGÖRANDE

3.1

Händelseförlopp

Enligt vad som framgår av handlingarna tog Ålands tingsrätts lagman A 17.11.2003 ett interimistiskt beslut om att parternas gemensamma barn skulle bo hos fadern. - - - Det interimistiska beslutet gällde tills tingsrätten fattar slutligt beslut i ärendena om inte förordnandet innan detta återtas eller ändras. Tingsrätten beslöt också inhämta en vårdnadsutredning.

Enligt den skriftliga utredningen färdigställdes vårdnadsutredningen och sändes till Ålands tingsrätt 3.2.2004. Lagman A bad 1.4.2004 Åbo hovrätt förordna en

ojävig domare för behandling av ärendet. Hovrätten förordnade 6.4.2004 tingsdomare C att handlägga ärendet. Under hans ledning höll tingsrätten 19.4.2004 ett muntligt förberedelsesammanträde samt 14.6.2004 ett nytt muntligt förberedelsesammanträde och direkt därefter en huvudförhandling. Klaganden biträdde hela tiden av en jurist, som visserligen på klagandens önskemål byttes ut före förberedelsesammanträdet som hölls 19.4.2004.

Ålands tingsrätt gav sitt beslut i huvudsaken 28.6.2004. Tingsdomare C var den ende medlemmen i tingsrättens sammansättning. Enligt avgörandet fick barnens far vårdnaden om barnen.

Med anledning av klagandens överklagande behandlade Åbo hovrätt ärendet vid sin huvudförhandling 14–15.3.2005. Hovrätten tog, med undantag för två vittnesmål, emot samma bevisning som tingsrätten. Dessutom hörde hovrätten ett nytt vittne och tog emot ny skriftlig bevisning. Hovrätten gav 8.4.2005 sin dom som vann laga kraft. Hovrätten ändrade tingsrättens avgörande endast i det avseendet att den fastställde att klaganden har rätt att få information om sina barn av myndigheterna.

3.2

Utredningarnas innehåll

Lagman A anförde att han 17.11.2003 handlade ärendena vid tingsrättens sammanträde. A har den minnesbilden att han själv tagit upp frågan om någon ansåg honom förhindrad att verka som ordförande i ärendena när nämndemannen B var part. Då ingen hade något att anföra förelåg det inte heller anledning att fatta något beslut i frågan (rättegångsbalken 22 kap. 3, 4 och 8 §).

A ansåg att uppfattningen såväl i regeringens proposition som i rättslitteraturen synes vara den att något jäv såsom utgångspunkt inte föreligger för en domare att handlägga ett mål där en nämndeman är part (Reg.prop. 78/2000 och Lappalainen m.fl., *Prosessioikeus* (2003) s. 231). Lagmannen framförde att de dåvarande makarna B inte hörde och inte heller hör till hans bekanta.

Enligt utredningen kom det dock till A:s kännedom 1.4.2004, dvs. före förberedelsesammanträdet som skulle hållas 19.4.2004, att Åbo hovrätt beträffande en annan tingsrätt ansett alla tingsrättens domare jäviga i ett mål där en nämndeman skulle höras som vittne. Därför gjorde A samma dag en framställning till hovrätten om att hovrätten skulle utse någon annan att verka som ordförande för tingsrätten vid handläggningen av ärendena, för att undvika att en sådan situation uppkommer att ärenden skulle kunna återförvisas till tingsrätten. Hovrätten förordnade 6.4.2004 tingsdomare C att handlägga ärendena.

Åbo hovrätts president D anförde i sitt yttrande att lagman A med stöd av 13 kap. 1 § 2 mom. i rättegångsbalken hade kunnat ta de vid ifrågavarande tidpunkt

fattade besluten. D anmärkte att i enlighet med 13 kap. 8 § i rättegångsbalken kan klaganden inte längre åberopa A:s av klaganden påstådda jävighet.

D uppgav att då hovrätten på A:s begäran förordnade en ojävig domare att handlägga det ifrågavarande ärendet hade hovrätten inte kännedom om att A redan handlagt ärendet och att frågan om hans eventuella jävighet hade varit aktuell i tingsrätten. D konstaterade att högsta domstolens avgörande HD 2004:126 som förtydligar tolkningen av de jävsstadganden som trädde i kraft 1.9.2001 inte ännu givits då hovrätten fattade beslutet om förordnande av en ojävig domare.

Angående domarbytet konstaterade D att det hade varit skäl att även i ärendets handlingar dokumentera domarbytet i den ifrågavarande situationen där domaren redan påbörjat handläggningen av ärendet eller i en situation där parterna fått kännedom om namnet på den handläggande domaren, exempelvis genom att till handlingarna foga tingsrättens till hovrätten framtädda begäran om förordnande av en ojävig domare och det av hovrätten med anledning av tingsrättens begäran givna förordnandet.

D uppgav vidare att det också hade varit skäl att förse protokollet med en anteckning om att frågan om domarens jävighet behandlas vid handläggningen av ärendet, oavsett att parterna inte framställt en jävsinvändning. Enligt D:s ståndpunkt är det fråga om en i 22 kap.5 § i rättegångsbalken avsedd uppgift som behövs för behandlingen av målet och som utan hinder av 8 § i samma kapitel kan tas in i protokollet.

3.3

Rättsregler

Enligt rättegångsbalkens 13 kap. 1 § 1 mom. får en domare inte behandla ett ärende, om domaren är jävig så som avses i detta kapitel. Enligt paragrafens 2 mom. får en domare dock utan hinder av 1 mom. avgöra en brådskande fråga som inte inverkar på avgörandet i huvudsaken, om en ojävig domare inte kan fås utan dröjsmål.

Enligt rättegångsbalkens 13 kap. 6 § 1 mom. 2 punkten är en domare jävig, om domaren står i ett sådant förhållande till en part att det, i synnerhet med beaktande av arten av det ärende som behandlas, finns grundad anledning att ifrågasätta domarens opartiskhet i saken.

I Reg.prop. 78/2000 konstateras följande:

”Ibland kan jäv uppstå också till följd av ett förhållande som över- och underordnad eller på grund av att personerna är kollegor. Hela domstolen skall inte alltid som regel anses vara jävig i mål som gäller en ledamot av eller någon annan anställd vid domstolen, utan vid bedömningen skall också andra omständigheter beaktas. Jävssituationer kan uppstå främst i de mindre tingsrätterna. Om t.ex. en tingsdomare är domare i ett mål där en lagman eller en annan tingsdomare vid samma domstol är part, kan det finnas grundad

anledning att ifrågasätta domarens opartiskhet. Ibland kan också en lagmans förmåga att vara opartisk vid behandlingen av ett mål som gäller en tingsdomare med fog ifrågasättas. Också i sådana fall har kontakterna mellan kollegerna, tingsrättens storlek och arten av det ärende som skall behandlas givetvis särskild betydelse. Om det gäller en ansökan om äktenskapsskillnad som gjorts av en annan domare, kommer någon knappast ens på tanken att betvivla att domarens kollega kan behandla målet utan att låta sig påverkas. Om en tvist som gäller t.ex. vårdnad om barn hänför sig till saken, är det inte lämpligt att en nära kollega eller en familjebekant till domaren skall kunna behandla målet. Om det åter är fråga om ett sådant brott, tjänstebrott undantaget, för vilket påföljden förutom straffet kan vara också avsättning, finns det grundad anledning att ifrågasätta om en domare vid samma domstol skulle vara opartisk vid behandlingen av saken. Hovrätten kan med stöd av den i lagen om utnämning av domare föreslagna 19 a § 2 mom. då förordna en annan domare att behandla målet.

Med undantag av sammanträdesdagarna har domarna och nämndemännen samt nämndemännen sinsemellan normalt så litet att göra med varandra att ett mål som gäller en nämndeman måste vara av särskild betydelse för att en domare vid samma tingsrätt skall kunna anses jävig att behandla nämndemannens sak. På motsvarande sätt kan en nämndeman inte uteslutande på grundval av uppdraget som nämndeman anses jävig att behandla ett mål som gäller en tingsdomare eller en nämndeman.”

Enligt rättegångsbalkens 13 kap. 8 § skall en part framställa invändning om domarjäv så snart parten börjar föra talan i saken och har fått veta vilka domare som deltar i behandlingen av ärendet. Om en part senare får kännedom om en omständighet som kan ha betydelse för jävsbedömningen, skall invändning på basis av denna omständighet framställas utan dröjsmål. Parten skall motivera invändningen och samtidigt uppge när kännedom om grunden för den har erhållits. En part kan inte längre efter det att domaren har avgjort ärendet åberopa en omständighet som parten har haft kännedom om och som är beroende av prövning med tanke på jävsbedömningen, utom om parten visar att det har funnits giltiga skäl för att inte framställa invändningen tidigare.

Enligt rättegångsbalkens 13 kap. 9 § 1 mom. avgörs en invändning om domarjäv i den domstol där huvudsaken behandlas. Invändningen kan också avgöras vid skriftligt förfarande. Domstolen kan också på eget initiativ ta upp frågan om jäv för avgörande.

Enligt rättegångsbalkens 13 kap. 9 § 3 mom. får en domare mot vilken jäv har anförts själv avgöra jävsinvändningen endast om domstolen inte är domför utan domaren och en ojävig domare inte utan avsevärt dröjsmål kan fås i stället. En domare mot vilken jäv har anförts får också avgöra en invändning som är uppenbart grundlös.

Enligt rättegångsbalkens 22 kap. 5 § 1 mom. skall protokollet över huvudförhandlingen utöver vad som föreskrivs i 3 § innehålla de uppgifter som behövs för behandlingen av målet.

3.4

Bedömning av ärendet

Ålands tingsrätts förfarande i ärendet kan för det första granskas utifrån alternativet att lagman A själv avgjort eller kunnat avgöra frågan om sin jävighet. I ärendet aktualiseras också frågan om protokollföringen av jävsbeslutet och domarbytet samt dokumenteringen av ärendet i övrigt.

3.4.1

Beslutet i jävsfrågan

Enligt vad som utretts tog lagman A på eget initiativ upp jävsfrågan vid sammanträdet 17.11.2003. Enligt A:s utredning framställde parterna då ingen jävsinvändning mot honom. Inte heller enligt handlingarna i tvistemålet hade klaganden eller klagandens biträde i något skede påstått att lagman A varit jävig under sammanträdet 17.11.2003. I klagomålsskrivelsen berättar klaganden emellertid att hon påpekat att A var jävig. Jag har inte haft tillgång till närmare information om tidpunkten för denna invändning – i sin utredning bestrider lagman A åtminstone inte att invändningen framställdes.

Den primära utgångspunkten för behandling av jävsfrågan är den fortlöpande jävskontroll som domaren på eget initiativ skall göra under hela behandlingen av ett ärende. Frågan om domarjäv har av tradition granskats utgående från läran om s.k. absoluta processförutsättningar (som domstolen skall beakta på tjänstens vägnar). Med utgångspunkt i parternas processuella rättigheter är det i första hand fråga om att en ojävig domare utgör en garanti för en opartisk och sålunda rättvis behandling (se Lappalainen, Juha i verket *Prosessioikeus* (2003) s. 237 och densamme i verket *Juhlakirja Jyrki Virolainen* (2003) s. 272).

Enligt rättegångsbalkens gällande 13 kap. indelas jävsgrunderna i absoluta och av prövning beroende grunder. En av prövning beroende jävsgrund innebär inte automatiskt jäv – den kan emellertid leda till jäv om det finns grundad anledning att ifrågasätta domarens opartiskhet. En absolut jävsgrund innebär däremot att jäv föreligger, oberoende av om opartiskheten anses vara äventyrad eller inte (se Lappalainen, Juha i verket *Prosessioikeus* (2003) s. 238).

Högsta domstolen har fastställt de ovan nämnda indelningen i sitt prejudikat 2004:126. Avgörandet gällde ett fall där en av tingsrättens nämndemän var målsägandens gudfar. Detta förhållande diskuterades i tingsrätten och det ansågs att nämndemannen inte var jävig. Inget uttryckligt beslut fattades emellertid om saken. Med anledning av de i brottmålet dömda personernas överklagande undanröjde hovrätten tingsrättens dom. Hovrätten ansåg att fadderskap kan innebära en synnerligen nära relation mellan faddern och fadderbarnet. Det fanns sålunda en tillräcklig grund för att ifrågasätta domstolens opartiskhet. Högsta domstolen upphävde hovrättens beslut. Enligt den ståndpunkt som högsta domstolen intog var detta från jävssynpunkt en sådan av prövning beroende omständighet som innebar att hovrätten kunde ta upp frågan om domarjäv endast under de förutsättningar som nämns i rättegångsbalkens 13

kap. 8 §, dvs. enligt huvudprincipen att en part bör ha framställt en invändning om domarjäv innan ärendet avgjorts (punkterna 9 och 11).

Den jävsgrund som aktualiseras i klagomålsärendet, dvs. det i rättegångsbalkens 13 kap. 6 § 1 mom. 2 punkten a vsedda förhållandet mellan domaren och parten, hör enligt min uppfattning från systematisk synpunkt till de jävsgrunder som är beroende av prövning. Indelningen har en rättslig betydelse såtillvida att en part inte längre kan åberopa en av prövning beroende jävsgrund efter att domstolen (instansen) har avgjort ärendet. I detta avseende skiljer sig de av prövning beroende grunderna från de absoluta, som gäller och kan åberopas i vilket skede av behandlingen som helst – således också i högre instans.

Syftet med rättegångsbalkens 13 kap. 8 § är att en part skall framställa invändning om domarjäv i ett så tidigt skede som möjligt efter att ha fått kännedom om en omständighet som kan ha betydelse för jävsbedömningen. Jag förenar mig sålunda om hovrättspresident D:s ståndpunkt, dvs. att det inte är tillåtet att framställa en jävsinvändning först i överklagandeskedet.

På grund av den bristfälliga dokumenteringen av hur jävsfrågan behandlats (se avsnitt 3.4.2) har jag inte möjlighet att närmare ta ställning till förfarandet vid behandlingen och avgörandet av jävsfrågan i tingsrätten.

Av utredningen framgår emellertid otvivelaktigt att lagman A 1.4.2004 bad Åbo hovrätt förordna en ojävig domare att handlägga ärendena. Denna begäran baserades, såsom framgår av A:s utredning, på att han först då fått kännedom om hovrättens linjedragning i jävsfrågor som gäller nämndemän. Det egentliga beslutet om domarbytet tog Åbo hovrätt 6.4.2004.

Det finns enligt mitt förmenande ingenting att anmärka i ärendet med beaktande av att det i rättegångsbalkens 13 kap. 1 § föreskrivs att en jävig domare inte får behandla ett ärende och inte heller med beaktande av att utgångspunkten enligt vad som föreskrivs i samma kapitel 9 § 3 mom. är den att en domare mot vilken jäv har anförts inte själv får avgöra jävsfrågan. Förfarandet är i sak förenligt med 19 a § 2 mom. i lagen om utnämning av domare (205/2000). Enligt denna bestämmelse kan en hovrätt vid behov förordna en lagfaren medlem av en annan tingsrätt inom samma hovrättsdistrikt att i tingsrätten i stället för den jäviga domaren behandla en jävsinvändning eller huvudsaken.

I den juridiska litteraturen har Lappalainen ansett att en jävssituation som uppkommer under skriftlig förberedelse före den muntliga förhandlingen kan avhjälpas informellt på så sätt att domaren helt enkelt drar sig tillbaka från behandlingen av målet och en annan domare förordnas. Parterna behöver inte underrättas och inte heller behöver det göras någon anteckning i handlingarna om en sådan jävssituation. Däremot måste parterna uttryckligen underrättas om domaren först i ett senare skede av förberedelsen eller huvudförhandlingen konstaterar att jäv föreligger eller om domaren annars redan har hunnit diskutera saken med parterna (se Lappalainen, Juha i verket Juhlakirja Jyrki Virolainen

(2003) s. 273). Jag kan förena mig om denna uppfattning som motsvarar vedertagen lagtolkning.

Av klagomålsskrivelsen kan dras den slutsatsen att klaganden själv påtalat jävsproblematiken för tingsrätten. Däremot framgår det inte om tingsrätten kontaktat den andra parten i tvistemålet för att informera den om jävsfrågan. I de senare behandlingsskedena har å andra sidan ingenting sådant framkommit som tyder på att någon av parterna skulle ha ifrågasatt själva beslutet, dvs. domarbytet.

Även om det finns brister i det material som jag haft tillgång till anser jag att förfarandet vid utredningen av jävsfrågan inte varit på så sätt felaktigt att det förutsätter åtgärder från justitieombudsmannens sida.

Hovrättspresident D anser i sitt yttrande att lagman A kunde ta det interimistiska beslutet 17.11.2003. För min del förenar jag mig om denna uppfattning. Jag konstaterar att huvudsaken har avgjorts på basis av den bevisning och övriga utredning som lagts fram i ärendet.

Jag anser att domstolarna avgjort jävsfrågan inom ramen för sin prövningsrätt. Justitieombudsmannen kan inte befatta sig med hur domstolar utövar sin prövningsrätt om denna inte överskrids eller missbrukas.

3.4.2

Förfarandet vid domarbytet

Jag konstaterar att det varken i ärendets handlingar eller protokoll finns något som helst omnämnande om domarbytet 6.4.2004. I ärendets akt ingår givetvis lagman A:s interimistiska beslut 17.11.2003 och tingsdomare C:s avgöranden. Det framgår sålunda indirekt att ett domarbyte skett. I materialet ingår emellertid inte lagman A:s 1.4.2004 daterade brev till Åbo hovrätt och inte heller hovrättens 6.4.2004 givna beslut. En utomstående kan sålunda inte genom att läsa handlingarna i målet få reda på att jävsfrågan behandlats och avgjorts och av handlingarna framgår inte heller grunderna för domarbytet.

I sitt avgörande 2004:126 konstaterade högsta domstolen följande om vad som var relevant för behandlingen av jävsfrågan (punkt 6):

”Även om någon jävsinvändning inte framställts borde tingsrätten ha fattat ett uttryckligt beslut om saken, eftersom parten hade uppmärksammat rätten på fadderskapet och eftersom ett sådant förhållande vederligen kan innebära att fadderbarnet står faddern särskilt nära på det sätt som avses i 13 kap. 3 § 1 mom. 1 punkten i rättegångsbalken.”

Högsta domstolens nämnda avgörande gavs först efter det domarbyte som avses i klagomålet och yttrandet om det uttryckliga beslutet i domens punkt 6 fanns inte att tillgå vid den aktuella tidpunkten.

Det har emellertid framgått i ärendet att klaganden i något skede av behandlingen gjort en jävsanmärkning. Jag konstaterar att en part har rätt att få domstolens avgörande med anledning av sin jävsinvändning. Enligt min åsikt har redan detta utgjort en tillräcklig grund för ett uttryckligt beslut om en jävsinvändning. Också 19 a § i lagen om utnämning av domare förutsätter, att ett jävsbeslut fattas. I ärendet har det enligt utredningen gått till på det sättet att Åbo hovrätt när den behandlade framställningen om domarbyte inte kände till att jävsfrågan redan behandlats i tingsrätten. Denna ovisshet hade kunnat undvikas om tingsrätten fattat ett beslut om saken.

Enligt min åsikt borde Ålands tingsrätts lagman A ha fattat ett uttryckligt beslut i jävsfrågan och protokollfört beslutet så som förutsätts i rättegångsbalkens 22 kap. 5 § 1 mom.

4 ÅTGÄRDER

Jag meddelar lagman A min uppfattning som framgår ovan i avsnitt 3.4.2. I detta syfte sänder jag honom en kopia av mitt beslut.

- - -