

SVENSK CIVILPROCESSRÄTT

E. KALLENBERG

ANDRA BANDET

I.

LUND
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI
1927

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2024

eISBN: 9789198899702

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.275>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbok se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

SJUNDE AFDELNINGEN.

Ledande grundsatser för förfarandet. Underrättsförfarandets all- männa gång.

KAPITEL I.

Ledande grundsatser för förfarandet.

§ 65.

Allmänna anmärkningar ¹.

1) I § 1 af detta arbete har meddelandet af rättsskydd uppställt såsom processens ändamål. Uppenbart är, att rättegångsväsendet bättre tillgodoser detta ändamål i samma mån, som det innefattar större garantier för, att rättegångarna lämna ett materiellt riktigt resultat, samt att detta resultat uppnås med största möjliga snabbhet och minsta möjliga kostnader. Man plägar ock framhålla såsom hufvudkraf på rättskipningen, att den skall vara *säker*, *snabb* och *billig*. Det är tydligt, att rättegångsväsendet i dess helhet, såväl domstolsorganisationen som förfarandet, bör regleras med hänsyn till dessa kraf. Närmast kommer

¹ Uttalanden ang. här berörda spörsmål, mer eller mindre utförliga och djupgående, förekomma i alla arbeten öfver processrättens system i dess helhet, hvilka ej äro strängt begränsade till blott en utläggning af positiv rätt, äfvensom i samtliga processlagförslag, som afse en genomgripande reform af hela det processuella förfarandet. Af mera speciell litteratur hänvisas till *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål sid. 1 ff.; v. *Canstein*, Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses, 1877, samt *min* skrift, Om grunderna för en processreform, i Svensk Juristtidning för 1927, särsk. sid. 258—260.

emellertid förfarandet i betraktande, ty domstolsorganisationen är beroende af förfarandets gestaltning. Här ha vi endast att göra med de ledande grundsatserna för förfarandet.

Att de s. k. grundsatser eller, som man kanske oftare säger, principer för förfarandet, om hvilka nu är fråga, icke kunna göra anspråk på någon giltighet för sin egen skull, eller, m. a. o., att deras genomförande icke är själfändamål, framgår af hvad redan yttrats. Hvad det gäller är att ordna förfarandet på ändamålsenligaste sätt, d. ä. så, att det bäst främjar en god rättskipning, och i den mån en viss grundsats icke är lämplig såsom medel för syftets vinnande, bör den vika eller underkastas jämkningar. Härvid bör emellertid ej förbises, att mellan de anförda krafven en viss rangordning naturligen gör sig gällande. Främsta rummet måste tillerkännas krafvet på rättskipningens säkerhet, ty det kan omedelbart härledas af processens eget ändamål, hvilket icke är fallet med de båda andra krafven. Då man uppställer dem, ledes man af sträfvandet, icke att förverkliga den materiella rätten utan att åstadkomma, att dess förverkligande sker på bästa möjliga sätt. Från denna synpunkt sedt ega de stor praktisk vikt. Ville man utan tanke på dem ensidigt söka befrämja säkerheten, skulle följden med nödvändighet blifva en i det stora hela långt ifrån tillfredsställande rättskipning. För processande parter ligger det nämligen vikt ej blott på den materiella rättens seger utan jämväl därpå, att denna seger vinnes utan oskäligen tidsutdräkt och utan dryga kostnader².

Den framställning, som i följande paragrafer af denna afdelning skall lämnas, är ej anlagd *de lege ferenda* utan *de lege lata*; den går ut på att klarlägga de ledande grundsat-

² Då man kräver, att rättskipningen skall vara billig, tänker man vanligen endast på parternas processkostnader och icke på kostnaderna för det allmänna (staten och, enligt svensk rätt, tillika många städer). Detta är så till vida fullt befogadt, som den statsfinansiella synpunkten faller utom det rent processrättsliga området.

serna för förfarandet i den ordinära civilprocessen enligt gällande svensk rätt. Då jag emellertid vid denna undersökning naturligen ej kan undgå att framhålla brister, är redogörelsen ej utan betydelse jämväl *de lege ferenda*. Säkterligen äro alla, som ega någon mera ingående kännedom om det svenska rättegångsväsendet, ense om, att dess hufvudbrist består i rättskipningens långsamhet. Medan man ej — med allt erkännande af, att det visserligen icke är så väl ställt, att reformsträfvanden äro opåkallade — rättvisligen torde kunna påstå, att rättskipningen i vårt land är mindre säker än rättskipningen hos andra med oss jämförbara kulturnationer, och medan inga befogade anmärkningar i stort sedt kunna göras mot kostnaderna för processande, kan ej gärna råda mer än en mening om, att krafvet på skyndsamhet icke är tillräckligt tillgodosedt. Orsakerna till långsamheten äro många och delvis djupt liggande. Att här lämna en samlad, uttömmande och allsidig utredning af dessa orsaker, kan ej ifrågakomma. En sådan har sin plats i ett principbetänkande angående rättegångsväsendets ombildning och låter sig ej, utan att systemet rubbas, inrymmas inom ramen för en vetenskaplig framställning af gällande rätt. Det må vara tillräckligt att på vederbörliga ställen påpeka de faktorer och sammanhang, på hvilka det här hufvudsakligen kommer an.

2) Processen i trängre mening har till ändamål att meddela rättsskydd genom att fastställa hvad som är rätt emellan parterna, och denna fastställelse inbegriper dels en fastställelse af de faktiska omständigheter, som i det konkreta fallet komma i betraktande, dels en subsumtion af dessa fakta under en passande rättssats, dels ock en fastställelse af de rättsliga följderna³. Häraf framgår, att de faktorer, på hvilka det beror, huruvida domstolen träffar ett riktigt afgörande, utgöras af a) en fullständig utredning af det faktiska förloppet (saksammanhanget, 14:5 RB) och ett tillfreds-

³ Jfr § 1 af detta arbete.

ställande framläggande af denna utredning för domstolen, b) en riktig pröfning af saksammanhanget från domstolens sida samt c) en riktig tillämpning af den positiva rätten på de fastställda fakta. Föreligger en brist i förstnämnda afseende, så är, såsom man också kan uttrycka saken, förhållandet det, att processmaterialet icke återger det verkliga saksammanhanget eller är ofullständigt. På hvem — domstolen eller parterna — skulden för en sådan brist hvilar, beror på, hvem som är ansvarig för åstadkommandet af ett riktigt och fullständigt processmaterial⁴. Det gäller här hufvudsakligen att undersöka, huru det förhåller sig med bestämmelserätten beträffande hvad som skall utgöra processmaterial samt med initiativet till åvägabringande af detta material; det är också fråga om själva förfarandets yttre gestaltning, särskildt om den form, hvori materialet framlägges för domstolen och denna tillgodogör sig detsamma. Om de grundsatser, som gälla i dessa afseenden, och som alla kunna sägas röra förfarandet, handlar förevarande afdelning.

Hvad däremot angår de faktorer, som ofvan under b) och c) omnämnts, så äro de beroende på de garantier för en god rättsskipning, som innefattas i domstolens verksamhet. Garantierna ligga i reglerna för domstolens sammansättning och kvalifikationerna hos dem, som äro domare; samtliga dessa regler höra till läran om domstolarna, som inrymts i första bandet af detta arbete. Men till ifrågavarande garantier höra också reglerna för den pröfning, som med hänsyn till hvad som är att hålla för sant i målet åligger domstolen, eller m. a. o. reglerna för bevispröfningen. Det saknas, i betraktande af dessa sistnämnda reglers stora principiella betydelse, ej skäl för att redan i denna afdelning upptaga dem till granskning, men efter min mening är det lämpligare att behandla dem i den del af processrättens system, som omfattar bevisrätten.

⁴ Att man ej alltid kan tillräkna vare sig domstolen eller parterna en dylik brist, är uppenbart. Det har t. ex. varit omöjligt att vinna vissa upplysningar, som äro oundgängliga för ett riktigt resultat.

3) Ett ord, som inom processteorien synnerligen ofta kommer till användning, är ordet *processmaterial*; i synnerhet i denna afdelning af systemet har man ofta anledning att taga det i bruk. Dess innebörd synes böra med några ord belysas.

Ifrågavarande term tillägger man olika betydelser, och den förekommer i nästan hvarje större processrättsligt arbete — så äfven i detta — använd än i den ena, än i den andra af dessa betydelser. Då sammanhanget ger vid handen, hvilken meningen är, eller det, där så ej är fallet, uttryckligen angifves hvilken betydelse är i fråga, ger detta förhållande ej upphof till någon olägenhet.

Med *processmaterial* i vidsträckt bemärkelse förstås parternas yrkanden och allt, som vid pröfningen af yrkandenas befogenhet bör beaktas, så ock allt, som eljest under processen kommer före och har afseende å densamma. Då man t. ex. talar om protokollering af *processmaterialet* utan vidare begränsning, har termen denna vidtomfattande betydelse. I en trängre mening betecknas därmed endast det, som ligger till grund för pröfningen af ett yrkande eller af en eljest i processen uppkommen fråga. Hvarje af domstolen träffadt afgörande — i främsta rummet afses naturligen härvid det slutliga afgörandet angående det omprocessade materiella rättsförhållandet — hvilat på vissa premisser, och de element, på hvilka premisserna byggas upp, utgöras af rättssatser, erfarenhetssatser och fakta. Samtliga dessa element åsyftas, då man tänker på grundvalen för domar. Men med hänsyn därtill, att rättssatser och erfarenhetssatser skola af domstolen beaktas, äfven om de ej af parterna föras in i processen, ja i det hela oberoende af, huruvida de under handläggningen bli föremål för omnämmande, ligger det nära till hands att taga ordet *processmaterial* i en ännu trängre betydelse, nämligen såsom åsyftande allenast fakta. Merendels är det blott dem man har i sikte, då man ordar om *processmaterialet*; ej sällan utmärker man dock denna begränsning genom att begagna ut-

trycket det faktiska materialet. Längre fram får jag anledning att återkomma härtill.

§ 66.

Den kontradiktoriska principen ¹.

I. Det har i § 1 (sid. 10) af detta arbete framhållits, huru-
som det processuella förfarandet måste vara byggdt på den
förutsättningen, att det består en intresse motsats emellan
den, som begär rättsskydd, och den, gentemot hvilken
skydd begäres, och att denna princip, den s. k. kontradik-
toriska principen, innebär, att hvardera parten måste ha till-
fälle att bevaka sitt intresse. Att det här är fråga om själfva
fundamentalprincipen för det processuella förfarandet, lig-
ger i öppen dag.

Ifrågavarande princip kräfvär, att förfarandet är så ord-
nadt, att hvardera parten kan, innan domstolen dömer i må-
let, utveckla sin talan samt framlägga sina bevis, och denna
ordning måste vara så genomförd, att hvardera parten kan
yttra sig om och eventuellt söka med bevisning vederlägga
öfver hufvud allt, som från motpartens sida anföres och i be-
visafseende förebringas. Motsatsförhållandet emellan par-
terna påkallar m. a. o., att förfarandet *genomgående* har ka-
raktären af en förhandling emellan parterna. Man har således
ej att tänka blott på rättegångens inledande, d. v. s. på nödvän-
digheten af, att den, mot hvilken kärandens talan riktas, genom
stämning eller annan däremot svarande akt anmanas och be-
redes tillfälle att genmäla den mot honom väckta talan; det är
närmast härpå den välkända satsen *audiatur et altera pars*
syftar. Käranden i sin ordning måste ha tillfälle att yttra
sig med anledning af svarandens försvar och vidtaga de åtgär-
der, som han finner däraf påkallade, ja om hvarje af nå-
gondera parten under handläggningen af målet företagen
processuell handling gäller, att motparten bör, för så vidt

¹ Ämnet är, ehuru i regeln ganska flyktigt, behandladt i samtliga
processrättsliga arbeten, som omfatta hela systemet. Till några sär-
skilda skrifter är ej anledning att hänvisa.

handlingen i och för sig är af beskaffenhet att kunna öfva inflytande på utgången, vara i stånd till att reagera mot densamma².

Grunden till, att den kontradiktoriska principen måste ega giltighet och tillerkännas en så utomordentligt stor betydelse, är den nära liggande tanke, som kommer till uttryck i domarereglernas sats (16 p. 8): »Efter ens Taal skal ingen dömas»³. Att tanken är riktig och bekräftas af erfarenheten, behöfver knappast närmare belysas. Det är all anledning räkna med, att hvardera parten allenast företager sådana processhandlingar, som äro egnade att befordra en för honom gynnsam utgång af processen, och att alltså ett processmaterial, som åvägabragts af ena parten, utan att andra parten kunnat därvid något åtgöra, utgör en otillförlitlig grundval för domen.

I några afseenden bör den ifrågavarande principens innebörd vidare utvecklas. Det är tillräckligt, att hvardera parten *har tillfälle* att vara verksam i processen; att han verkligen begagnar sig af möjligheten, är ej nödvändigt. Rättegångslagens regler ge besked om, huru part erhåller tillfälle att yttra sig och bevisa. Man har härvid att skilja mellan underrätt och högre instans.

Sedan ett mål blifvit vid underrätt anhängiggjort, är det parternas sak att själfva genom att närvara, då målet

² Den förutsättning, under hvilken i fråga om en processhandling principen *audiatur et altera pars* måste iakttagas, bör uppmärksammas. I bevärs mål kan högre instans döma, utan att klagandens vederpart lämnats tillfälle att förklara sig, men m. h. t. innehållet i 27:5 RB ligger ej häri någon kränkning af principen. Likaledes lider den ej något intrång genom bestämmelsen i 30:21, att det ej är nödigt höra motparten öfver missnöjesanmälan; se min bok om Rättsmedlen sid. 305. Beträffande ansökan om fullföljdstillstånd och vederpartens hörande däröfver, se 30:29 och Rättsmedlen sid. 324.

³ Jfr Bd I sid. 1111 noten. (Då i det följande hänvisas till Bd I utan vidare tillägg, åsyftas städse Bd I af detta arbete.) Med den citerade domarereglens bör jämföras det tyska rättsordspråket: »Eines Mannes Red eine halbe Red, man verhör sie alle bed;» se *Wetzell*, System sid. 522. Ännu ett tyskt ordspråk kan i detta sammanhang förtjena anföras: »Mit dem Urtheile nicht eile, hör zuvor beide Theile».

handläggas, eller eljest förskaffa sig kännedom om hvad vid handläggningen förekommer. Någon rätt för part, som varit frånvarande, att genom rättens eller motpartens försorg få del af hvad som förekommit har tidigare ej funnits, men numera har en dylik rätt i viss mån vunnit erkännande genom det stadgande i sådant hänseende, som upptagits i K.K. ³⁰/₄ 1925 ang. underrättelse i visst fall till part rörande af domstol meddeladt uppskofsbeslut. Då enligt förevarande princip part skall icke blott ha möjlighet att förskaffa sig kännedom om hvad vid handläggningen förekommer utan äfven kunna yttra sig däröfver och förebringa motbevis, och då uppskof för sådant ändamål kan vara af nöden, framgår såsom en konsekvens af principen, att part under vissa omständigheter har rätt att få uppskof i målet.

Hvad beträffar högre instans, så ha vi här hufvudsakligen att tänka på vade- och revisionsmålen, och hänvisas i fråga om den till läran om rättsmedlen ⁴. Det må blott erinras, att förhandlingen emellan parterna i dessa mål har karaktären af en skriftväxling, som omfattar vissa inom lagbestämda perioder ingifna skrifter, men att dock jämväl hvad part anför i skrift, som ingifves efter denna skriftväxlings afslutande, beaktas af domstolen. Har part i dylik skrift anført något, hvaröfver motparten ej förut yttrat sig och som är af beskaffenhet, att han bör kunna taga ställning därtill, bör det beredas honom sådan möjlighet ⁵:

Den i det föregående häfdade grundsatsen, att hvardera parten skall ha tillfälle att taga ställning till allt hvad från motpartens sida i rättegången framläggas, så framt det är af beskaffenhet att kunna öfva inflytande på utgången, behöfver delvis närmare bestämmas och begränsas. Det gifves partsanföranden af väsentligen olika innehåll ⁶, och de kunna ej alla i förevarande afseende likställas. Anföranden, som ha egenskapen af deduktioner angående rätts- eller

⁴ Se *min* bok om Rättsmedlen.

⁵ Se Rättsmedlen sid. 214—218, 220, 226—228.

⁶ Jfr Bd I § 62.

erfarenhetssatser och deras betydelse i det föreliggande fallet, kunna sålunda icke i allmänhet tillerkännas samma vikt som anföranden, hvilka angå grunderna för den omvistade rätten eller öfver hufvud saksammanhanget. Ett anförande af det förra slaget behöfver ingalunda alltid för- anleda, att motparten erhåller tillfälle att taga kännedom därom för att kunna yttra sig⁷ eller får uppskof för sådant ändamål; det måste anses härutinnan ankomma på domstolens pröfning af omständigheterna i det särskilda fallet.

II. Den kontradiktoriska principen, sådan den ofvan till sin innebörd utvecklats, har endast afseende å parternas in- bördes förhållande. Men i densamma gör sig gällande en tanke, som leder längre. Domstolen får icke döma på grundvalen af hvad den inhämtat på annan väg än genom partsförhandlingen och bevisföringen i målet, eller, såsom man vanligen uttrycker det, domaren får icke vid dömandet begagna sig af sitt s. k. privata vetande⁸. Uppenbarligen åsyftas här endast relevanta fakta och icke sådant, som domaren skall på grund af sitt ämbete känna till eller kan, om han gör det, använda (rätts- och erfarenhetssatser). Och hvad angår fakta, har man att göra undantag för notoriska fakta⁹.

I anslutning härtill vill jag fästa uppmärksamheten på ett förhållande, som berör spörsmålet, huruvida domstolen eger

⁷ Anförandet är t. ex. inrymdt i en skrift, som i ett vade- eller revisionsmål ingifvits efter den lagstadgade skriftväxlingens afslutande.

⁸ Se härom i synnerhet det mycket förtjänstfulla arbetet af *Stein*, *Das private Wissen des Richters* (1893), till hvilket jag ofta får anledning hänvisa inom bevisrätten.

Såsom af *Matz*, *Om underdomarens materiella processledning i svensk ordinär civilprocess* (1919) sid. 135 f. påpekas, får man ej ge grundsatsen sådan utsträckning, att den utesluter domaren från att med stöd af sitt privata vetande införskaffa upplysningar inom de gränser sådant öfver hufvud är honom tillåtet, t. ex. infordra en offentlig handling, som han vet vara klagörande.

⁹ Jag berör här ämnen, som annorstädes i systemet finna sin behandling.

träffa afgörande angående en fråga, som parterna ej förut haft tillfälle att yttra sig om¹⁰. Särskildt kommer i betraktande, huruvida domstolen eger ex officio (i fall, då svarenden ej framställt invändning) afvisa målet på grund af bristen på en absolut processförutsättning, oaktadt frågan därom ej förut varit på tal under rättegången. Otvifvelaktigt bör man såsom riktig princip fastslå, att, då domstolen, utan att invändning gjorts, finner, att en processförutsättning saknas, och att domstolen fördenskull själfmant bör skilja målet ifrån sig utan hufvudsaklig pröfning, det bör före afgörandet lämnas båda parterna tillfälle att uttala sig om den ifrågasatta afvisningen¹¹. Emellertid torde i praxis ej sällan förekomma, att domstol meddelar beslut om afvisning på en grund, som ej under handläggningen varit föremål för någon förhandling. Härvid torde det nästan undantagslöst förhålla sig så, att domaren först efter handläggningens afslutande vid sitt öfvervägande af, huru det bör dömas, uppmärksammar processförutsättningsbristen; det synes honom då olämpligt att meddela ett uppskofsbeslut för att bringa på tal en fråga, i afseende å hvilken han har officialpröfningsplikt. Att domaren icke genom att förfara på detta sätt handlar olagligt, synes mig vara gifvet, men att dock den förut anförda principen i det hela måste anses vara den riktiga, kan icke med fog bestridas.

§ 67.

Dispositionsprincipen¹.

I. Till utgångspunkt för framställningen tjänar lämpligen följande erinran.

¹⁰ Tydligtvis måste här bortses från processledande förfoganden.

¹¹ Processkommissionen har i sitt Betänkande ang. rättegångsväsendets ombildning (1926) III kap. 6 mom. 3 i sammanfattningen upptagit en bestämmelse härom.

¹ Se, bland många andra, *Afzelius*, Grunddragen etc. sid. 11—30; *Wach*, Vorträge sid. 52 ff.; *Bülow*, Dispositives Civilprozessrecht etc., i Arch. f. d. civ. Praxis Bd 64; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 14; *Munch-*

I den ordinära civilprocessen är processföremålet i allmänhet ett rättsförhållande af privaträttslig natur, öfver hvilket subjekten ega fritt förfoga. Endast om civila rättegångsmål, som ha till föremål ett sådant rättsförhållande, är det i denna framställning fråga. Nämnda förfoganderätt upphör ej och lider ej någon inskränkning därigenom, att för något af subjekten i rättsförhållandet behof af processuellt rättsskydd uppkommer eller rättsförhållandet blir föremål för process². Förfoganderätten påverkas nämligen ej af något offentligt intresse i att processen får en viss utgång. Det är visserligen icke för staten i dess rättsskipande funktion likgiltigt, huruvida i process den, som verkligen har rätt och vill ha sin rätt, också får denna sig tillerkänd, och vid rättegångsväsendets gestaltande måste den tanken vara grundläggande, att garantierna för att så sker skola vara de bästa möjliga, men staten har å andra sidan ej något intresse af att påtvinga part en rätt, som han själf uppgifver eller icke finner mödan värdt att bevaka. Dessa synpunkter kunna naturligen ej annat än i stor omfattning öfva inflytande på civilprocessen.

Då man uppställer dispositionsprincipen såsom en af civilprocessens ledande grundsatser, bör man ej bestämma densamma såsom den princip, enligt hvilken parterna ega fritt förfoga öfver det, som utgör föremål för process, det materiella rättsförhållandet. En så bestämd dispositionsrätt kan omöjligen fattas såsom innebörden i en processuell princip. Den består ju nämligen, såsom nyss antydde, oberoende af process och påverkas ej af, att den materiella rätten blir processföremål; den blir genom processen hvarken mindre eller större^{2a}. Den dispositionsprincip, om hvilken här är tal, afser parternas förfoganderätt med hänsyn till

Petersen, Den danske Retspleje II § 24; *Granfelt*, Officialprincipen etc. i Tidskr. utg. af Jur. Fören. i Finland 1912 och 1915.

² Se i ett afseende Bd I sid. 597 af detta arbete.

^{2a} D. v. s. den direkta dispositionsrätten; indirekt finnes i process möjlighet för en disposition, som går längre än som kan förekomma utom process.

processen; närmare bestämdt har den afseende å befogenheten att börja eller fullfölja process om den materiella rätten eller å det processuella förfarandet i anseende till dess förutsättningar eller form eller till de premisser, på hvilka afgörandet är att grunda, hvarvid i främsta rummet det faktiska materialet kommer i betraktande. Ifrågavarande princip innefattar delvis regler, som äro en omedelbar konsekvens af den materiella dispositionsrätten, ja egentligen i viss mån ej annat än en yttring af samma rätt, till en annan del regler, som helt hvila på processuell grund. I den följande framställningen skiljes emellan den ena och andra gruppen.

En distinktion, som i allmänhet inom litteraturen icke eller åtminstone icke uttryckligen göres, finner jag för min del vara af största vikt för vinnande af klarhet i hithörande spörsmål och för en riktig uppfattning af den följande framställningen, och jag vill därför redan nu framhålla den samma. Det är skillnaden emellan att i rättegången *införa* fakta och att *åberopa* fakta.

Inga andra än i rättegången, under handläggningen af målet, *införda* fakta kunna beaktas³. Undantag från denna själfklara grundsats kan ifrågasättas allenast beträffande notoriska fakta, men härifrån må i detta sammanhang bortses. Fakta införas i rättegången, om man frånser domstols-syn, därigenom, att de omnämnas af någon i rättegången uppträdande person eller i någon inlämnad skriftlig handling (möjligen något annat föremål), eller därigenom, att domstolen sluter sig till dem från andra omständigheter (indicier), som processmaterialet inrymmer. Det hufvudsakliga sättet för faktas införande i rättegången är deras anförande af part, men att detta ej är det enda sättet, antyddes nyss och behöfver ej vidare utvecklas. Blott det kan förtjena påpekas, att ett faktum ej rätteligen städse kan sägas vara af

³ Att domaren icke kan med begagnande af sin privata kunskap om ett faktum lägga det till grund för sin pröfning i domen, har redan i framställningen om den kontradiktoriska principen omnämmts.

part anfördt, därför att det är af honom i rättegången infördt. Det ena sammanfaller ej med det andra; käranden har t. ex. i ett krafsmål till bevis inlämnat en brefväxling, hvaraf emellertid framgår icke blott, att fordringen uppkommit, utan äfven, att den betalts, eller ett af käranden till styrkande af käromålet åberopadt vittne berättar icke blott, att försträckning förekommit, utan jämväl, att efterskänkande egt rum.

Då jag talar om *åberopande* af fakta, menar jag ett af *part* gjordt åberopande och förstår därmed, att parten uttryckligen framhåller ett faktum med begäran, att det skall läggas till grund vid pröfningen af hans talan. Uppenbart är, att ett faktum kan vara i rättegången infördt, utan att därför vara af part, till hvars förmån det talar, åberopadt (se de nyss lämnade exemplen). Däremot behöfver man praktiskt taget knappast göra skillnad emellan, att ett faktum anförts af part, som har fördel af detsamma, och att det åberopats af samma part⁴.

Frågan om införandet af fakta i rättegången — huruvida initiativet därtill uteslutande skall tillkomma parterna eller ansvaret för utredningen åligga domaren — är en fråga om förhandlings- eller undersökningsprincipens tillämpning, hvarom nedan skall talas utförligare. Vidkommande åter spörsmålet, huruvida ett faktum för att kunna utgöra domsbas måste åberopas af vederbörande part, så har det afseende å dispositionsprincipen, dess innebörd och omfattning.

II. I nutida processteori är man ganska allmänt ense om att såsom processuella konsekvenser af parternas materiella dispositionsrätt (= deras dispositionsrätt öfver det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål) framhålla dessa tre grundsatser: a) *Nemo iudex sine actore*; b) *Ne procedat iudex ex officio*; c) *Ne eat iudex ultra petita partium*. De tre satserna skola nu till sin innebörd utvecklas.

⁴ Med att det anförts (nämnts) af denna part, kan i det hela likställas, att det nämnts af vittne, som hörts på partens begäran, eller är nämndt i en af parten åberopad skriftlig handling.

a) Där ingen klagande är, där är ingen domare. Af subjektens förfoganderätt öfver sitt materiellrättsliga mellanvarande måste anses följa, att de ensamma ega taga initiativ till process angående detsamma, att det alltså ankommer på den förment berättigade att anhängiggöra process om den af honom påstådda rättigheten, resp. på den förment förpliktade att börja process om den af honom påstådda friheten från förpliktelse, och att domstolen ej ex officio inleder en process. För process förutsättes sålunda, att ett subjekt i rättsförhållandet vederbörligen vänder sig till domstol med begäran om rättsskydd⁵. På detta syftar satsen: *Nemo iudex* etc.

Emellertid behöver man vid framställandet af ifrågasvarande sats ingalunda inskränka sig till att gifva densamma ett så allmänt och abstrakt innehåll, som nu angifvits. Den synes mig lämpligen kunna sättas i verklig relation till de konkreta fallen, och den kommer då att lyda: en viss konkret privat rättighet kan endast af part, ej af domstol ex officio göras till föremål för process. En analys af rättighetens struktur ger vid handen, att det därvid är fråga om en af den objektiva rätten till ett visst faktum (resp. en komplex af fakta)⁶ knuten rättslig verkan. Det faktum, hvarpå rättigheten grundas, ingår på detta sätt i själfva processföremålet, och ifrågasvarande sats innebär följaktligen, att det är kändens sak att åberopa den faktiska grunden för den rättsliga verkan, som han vill göra gällande, att m. a. o. domstolen icke kan till grund för sin pröfning af den påstådda rättighetens existens lägga något annat faktum än kändens själf *åberopat*. I enlighet med denna utläggning innefattar satsen *Nemo iudex* etc. en annan sats, hvori den nu angifna rättsregeln tydligare kommer till uttryck: *Ultra id, quod in*

⁵ Jfr Bd I sid. 10 äfvensom § 32.

⁶ Ett anspråk kan jämväl ha sin omedelbara uppkomstgrund i ett förut bestående rättsförhållande, i hvilket fall anspråket kännetecknas genom uppgift på detta rättsförhållande jämte den omständighet, som genom inverkan därpå gifvit upphof åt anspråket; jfr Bd I sid. 887.

judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest. Det sagda behöfver dock för att bli fullt klart ytterligare utföras.

I hvarje process är fråga om ett visst konkret rättsförhållande⁷. För att kunna afgöra, om hvilket rättsförhållande parterna processa, måste man utgå från vissa individualiseringsmoment⁸. Man finner af därom förut lämnad framställning, att till individualiseringen af vissa rättigheter hör angifvandet af en viss faktisk grund, medan vid andra rättigheter grunden ej behöfver angifvas. Det torde ligga i öppen dag, att, då en rättighet af förra slaget underkastas process, det är den parts sak, som tager initiativet till processen, att åberopa det rättsgrundande faktum. Detta faktum är inbegripet i själfva rättspåståendet, och då, såsom förut sagts, den materiella dispositionsrätten har till konsekvens rättssubjektets uteslutande processinitiativ, är det jämväl subjektet ensamt förbehållet att åberopa nämnda faktum⁹. Annorlunda kan det i själfva verket ej förhålla sig med de rättigheter, för hvilkas individualisering angifvandet af den faktiska grunden ej är af nöden, ty lösningen af den fråga, som nu behandlas, är ej beroende af, huruvida rättighetens individualisering kräfver angifvande af grund eller ej. Att påstå sig ega en rättighet, är städse i sista hand att vilja göra gällande den rättsliga verkan, som härflyter af en viss grund, och därmed synes det mig vara gifvet, att det alltid är kärandens sak att åberopa grunden¹⁰.

Den nu fastslagna grundsatsen, att domstol ej kan tillerkänna en person en rättighet på annan grund än han själf *åberopat*, har, såsom ytterligare må betonas, uppfattats så-

⁷ Jfr Bd I sid. 876 not 2.

⁸ Jfr Bd I § 48 särsk. sid. 885 ff.

⁹ Enligt svensk rätt skall det nämnas redan i stämningen; se 11:6 RB och Bd I sid. 885 ff.

¹⁰ En persons eganderätt till en sak är en och samma rätt, oafsedt hvilken rättsgrunden är. A, som stämt om bättre rätt till en sak, kan emellertid, i enlighet med det i texten sagda, ej förklaras för egare på någon annan grund, än han själf åberopat.

som en konsekvens eller, om man så vill, en yttring af parternas materiella dispositionsrätt och har ej något samband med frågan om införandet af fakta i rättegången (motsatsen emellan förhandlings- och undersökningsprincip). Grund-satsen har därför ej några undantag. Härvid tänkes särskildt på notoriska fakta. Då grundsatsen är satt i beroende af dispositionsprincipen och icke af förhandlingsprincipen, eger domstol ej tilldöma part en rättighet på grundvalen af ett notoriskt faktum, som parten ej själf i sådant afseende åberopat ¹¹.

Det torde vara tydligt, att, då en privat rättighet till följd af subjektets dispositionsrätt öfver densamma endast på initiativ af part kan blifva processföremål, jämväl den omfattning, hvori rättigheten underkastas process, är betingad af partens begäran i sådant afseende, d. v. s. af hans yrkande. Närmare går jag dock in härpå först vid utläggningen af den tredje af de ofvannämnda satserna: Ne eat iudex etc.

Medan förut varit tal om åberopande af rättsgrundande fakta såsom förutsättning för deras beaktande, kommer jag nu till det vida tvifvelaktigare spörsmålet, huruvida domstolen får till grund för sin pröfning lägga andra, s. k. rätts-hindrande eller rättsupphäfvande fakta än parten, hvars talan de stödja, i sådant afseende *åberopat* ¹². Framstående pro-

¹¹ Processkommissionen synes ha i sitt Betänkande III kap. 8 inlagit en annan ståndpunkt. Det heter nämligen i sammanfattningen mom. 5 helt allmänt, att rätten ej må i domen taga hänsyn till faktiska omständigheter, hvilka ej åberopats af parterna såsom grund för deras talan, men att dock omständigheter, som äro allmänt veterliga, alltid kunna af rätten beaktas. Måhända har den sista satsen oafsiktligt fått en alltför vidtomfattande formulering. I hvarje fall är jag för min del af den bestämda uppfattningen, att domstol ej kan tilldöma part en af honom påstådd rättighet på annan än af honom själf åberopad grund. Jag hänvisar till motiveringen i texten.

¹² För indelningen af fakta i rättsgrundande (eller rättsverkande), rättshindrande och rättsupphäfvande och för grunderna för en dylik indelning skall redogöras i framställningen af bevisrätten, närmare bestämdt i läran om bevisbördans fördelning, till hvilken här hufvudsakligen måste hänvisas. Se för öfrigt den utförliga undersökningen i min skrift, Några anmärkningar om bevisskyldighet och presumtioner m. h. t.

cessualister ha besvarat frågan jakande¹³, men det har å andra sidan framhållits, att lika litet som domstolen får fastställa en rättighet på annan grund än parten, som vill göra rättigheten gällande, anfört, lika litet får domstolen till andra partens förmån beakta rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta, som denne ej åberopat¹⁴. Det ena är emellertid enligt min åsikt icke att likställa med det andra. På grund af den inom civilprocessen härskande dispositionsprincipen, som, efter hvad förut utvecklats, följer af parternas dispositionsrätt öfver det omprocessade materiella rättsförhållandet, eger domstolen icke befatta sig med något annat rättsligt mellanvarande mellan parterna än det käranden i vederbörlig ordning gjort till processföremål, och processföremål är städse den rättsliga verkan, som käranden härleder af en viss af honom åberopad grund. Något motsvarande skäl kan ej anföras beträffande frågan om beaktande af rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta, som icke af vederbörande part åberopats. Domstolen, som har att pröfva existensen af den rättighet käranden genom sin stämning gjort till processföremål, går ej utöfver stämningens ram och förbryter sig ej mot dispositionsprincipen genom att själfmant beakta

civilprocessen, i Tidsskr. f. Retsv. 1899 sid. 175—222. Det må blott, utan anspråk på korrekthet i formuleringen, erinras, dels att ett rättshindrande faktum hindrar uppkomsten af en rättighet, hvartill ett annat faktum under normala förhållanden skulle givit upphof (t. ex. vid företagande af rättshandlingar omyndighet eller otillräknelighet), dels att ett rättsupphäfvande faktum upphäfver en förut uppkommen rättighet (t. ex. betalning).

¹³ *Wach*, Vorträge (i afhandl. Das Verhältnis des Richters zu den Parteien) sid. 59, har uttalat, att rättshindrande och rättsupphäfvande fakta, som inrymmas i processmaterialet, skola, fastän de ej af parten åberopats, beaktas. »Der Klaganspruch existirt nicht; wie kann verurtheilt werden?». Se ock *Bülow*, Geständnisrecht sid. 287, samt *Schmidt*, Lehrbuch sid. 423. Inom den nordiska litteraturen må särskildt hänvisas till uttalanden af *Sjöström*, Om tredsokodom sid. 164 ff.

¹⁴ Inom den svenska litteraturen har *Matz*, anf. arb. sid. 125, mot *Wachs* i nästföregående not citerade yttrande anmärkt, att synpunkten leder i sina konsekvenser till officialförfarande, ty den kan med samma anspråk på beaktande användas om och tillämpas på rättsgrundande fakta. Se vidare i texten.

ett rättshindrande eller rättsupphäfvande faktum, allt förutsatt, att ej i svarandens uraktlåtenhet att åberopa samma faktum ligger ett medgifvande af kändens anspråk eller åtminstone uttryck för en vilja, att det ifrågavarande faktum ej skall tagas i betraktande.

Man har inom litteraturen särskildt sysslat med frågan, om domstol eger själfmant taga hänsyn till, att någon af de allmänna förutsättningarna för rättshandlingars giltighet saknas¹⁵. Sådana förutsättningar äro, som bekant, tillräknelighet, myndig ålder, öfverensstämmelse mellan den verkliga och den förklarade viljan, frånvaron af tvång och förledande m. fl.; se kap. 3 i 1915 års lag om aftal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område och jfr aftalskommitténs motiver till detta kap. i dess förslag. Vanligen läres, att bristen på en sådan förutsättning, d. v. s. otillräknelighet, omyndighet, tvång, svikligt förledande m. m., utgör ett rättshindrande faktum, som bör invändningsvis göras gällande och styrkas af svaranden. Det spörsmålet uppkastas nu, om domstol eger taga hänsyn till ett sådant faktum, så framt ej svaranden åberopat det samma, och därom ha tvekan och meningsskiljaktighet yppat sig. Från den ståndpunkt, som jag för min del intager till detta spörsmål, är dess besvarande ej tvifvelaktigt. Enligt min uppfattning, som jag annorstädes utförligt utvecklats¹⁶, utgöra ifrågavarande allmänna förutsättningar betingelser för, att part, som på grund af en af vederparten företagen rättshandling vill göra gällande en förpliktelse för denne, skall ernå bifall till sin talan. Känden är m. a. o. beviskyldig för att dessa förutsättningar föreligga, och det är ej omvänt så, att svaranden är beviskyldig för att de brista. Denna uppfattning lägger ingalunda, såsom det först kan förefalla, en tung, ja en orimligt tung börda på känden.

¹⁵ Se i synnerhet, inom den nordiska litteraturen, *Jul. Lussen, Nulitet og Anfægtelighed* (i *Udvalgte Afhandlinger*, 1924) särsk. § 8 samt *Haandbog i Obligationsretten* (3:dje Udgave) § 13.

¹⁶ I den i not 12 här ofvan citerade skriften.

Han behöfver nämligen till en början icke påstå, långt mindre styrka, att nämnda förutsättningar äro för handen. Hvad han behöfver uttryckligen åberopa är blott, att den viljeförklaring, hvarom i föreliggande fall är fråga, afgifvits af vederparten; däri innefattas jämväl ett påstående, att de allmänna förutsättningarna äro till finnandes. Och någon nödvändighet för parten att förebringa bevisning uppstår ej, förrän en omständighet yppat sig, som föranleder till att antaga förhandenvaron af en ogiltighetsgrund. Dessförinnan presumeras, att de allmänna giltighetsförutsättningarna ej saknas¹⁷. Af denna åsikt beträffande bevisskyldigheten i förevarande fall framgår omedelbart, att domstolen skall beakta ogiltighetsgrunder, som yppa sig, oberoende af, huruvida de åberopats af svaranden. Om svaranden öfver hufvud ej ingått i svaromål, utfaller således domen ändock till förmån för honom, då domstolen konstaterat en ogiltighetsgrund. Har svaranden åter tillstädeskommit och ingått i svaromål, så bör, så framt domstolen rätt utöfvar sin processledande verksamhet, det ytterst sällan inträffa, att svaranden ej yttrar sig om och åberopar ogiltighetsgrunden. Möjligheten af att så ej sker är ju likväl ej utesluten, men jämväl i sådant fall har domstolen att taga hänsyn till ogiltighetsgrunden, dock, väl att märka, endast såframt svarandens passivitet icke bör fattas såsom ett uttryck

¹⁷ I min förut citerade skrift i Tidsskr. fr. Retsv. skiljer jag emellan bevisskyldighet och bevisningsskyldighet. Beviskyldig för ett faktum är den part, som har fördel af att faktum står fast och lägges till grund för afgörandet i rättegången. Därmed är ej gifvet, att parten tillika är bevisningsskyldig. Då med bevisningsskyldighet förstås nödvändigheten för part att företaga en bevisande verksamhet, enär i annat fall faktum, hvars fastställande är erforderligt för ett afgörande till partens förmån, icke varder fastställt, kan en part mycket väl vara beviskyldig utan att på samma gång vara bevisningsskyldig. Part, till hvars förmån en tillräckligt stark presumtion talar, är visserligen beviskyldig i fråga om det presumerade faktum, men han är ej bevisningsskyldig, ty någon nödvändighet för honom att företaga en bevisande verksamhet föreligger icke. Den närmare utvecklingen häraf tillhör bevisrätten. — Min uppfattning i denna del har accepterats af *Grantelt*, Den materiella processledningen sid. 87 f.

för hans vilja, att grunden ej skall beaktas, samt ej heller grunden är af den beskaffenhet, att ett offentligt intresse kräfver dess beaktande äfven mot svarandens önskan. Tvifvelsutan ligger det i allmänhet närmast till hands att antaga, att, då svaranden ej åberopar grunden, han avstår från att få den beaktad. Och öfver hufvud äro de ifrågavarande förutsättningarna för rättshandlingars giltighet af den art, att, om parten afstår från att få en brist beaktad, domstolen ej eger taga hänsyn till densamma¹⁸.

¹⁸ Detta är helt visst fallet med sådana brister som omyndighet, tvång och förledande och säkerligen jämväl med rubbad själsverksamhet. Det finnes icke något offentligt intresse, som bjuder, att hänsyn skall tagas till en sådan brist mot vederbörande parts vilja. Vissa ogiltighetsgrunder måste dock tagas i betraktande äfven mot dens vilja, hvars bundenhet de utesluta; så är förhållandet med ogiltighet på grund af rättshandlingens af lagstiftningen ogillade innehåll eller causa (såsom utfästelser att begå en brottslig eller osedlig handling eller att lämna ersättning för en dylik handlings begående; obs. särsk. utfästelser, som drabbas af ockerlagen ¹⁴/₆ 1901) äfvensom med ogiltighet på grund af underlåtenhet att iakttaga en ovillkorlig formföreskrift.

Vid öfvervägande af de i aftalslagens kapitel om rättshandlingars ogiltighet (kap. 3) upptagna stadgandena blir man lätt böjd för att göra skillnad emellan å ena sidan tvång och förledande samt å andra sidan sådana ogiltighetsgrunder som de i §§ 31 och 33 nämnda; de förra synas böra komma i betraktande, äfven om de ej åberopas af vederbörande part, medan motsatsen synes böra vara förhållandet med de senare. För en sådan distinktion talar den synpunkten, att det särskildt vid de senare mången gång beror af en i hög grad diskretionär pröfning, huruvida rättshandlingen skall anses ogiltig eller ej, och att det, om domstolen själfmant förklarar ogiltighet föreligga, lätt kan inträffa, att domstolen därmed kommer till ett resultat, för hvilket parten står aldeles främmande. Med allt erkännande af denna synpunkt torde det dock icke kunna försvaras att genomgående behandla de i §§ 31 och 33 upptagna fallen annorlunda än tvång och förledande. Ordalagen i lagrummen ge ej stöd därför; i samtliga heter det, att rättshandlingen icke är gällande (eller ej må göras gällande). Och därtill kommer, att under §§ 31 och 33 inrymmas fall, i hvilka det otillbörliga förfarande, som gör rättshandlingen ogiltig, är af den svårartade natur, att det skulle vara synnerligen stötande att göra den förfördelades friande principellt beroende af ogiltighetsgrundens åberopande från hans sida. I § 31 likställes sakocker med kreditocker (som ju i 1901 års lag belagts med straff), och § 33 har tillämpning exempelvis på fall, i hvilka den, som företagit en rättshandling, därvid på grund af sjukdom, berusning

I några fall är det emellertid efter mitt förmenande ganska tydligt, att domstolen ej kan taga hänsyn till en befrielsegrund för svaranden, som denne ej själf i sådant hänseende framhållit. Sålunda kan vid kraf på grund af leverans domstolen ej fria svaranden, därför att varan ej varit leveransgill, så framt ej svaranden själf gjort gällande denna omständighet. Ännu mera i ögonen fallande är, att en moträttighet icke kan spela rollen af skäl för talans ogillande, med mindre den berättigade åberopat densamma i sådant syfte. Ett kraf kan sålunda ej ogillas på den grund, att svaranden har en kvittningsgill genfordran, ej heller kan egarens anspråk på utbekommande af en sak underkännas, därför att svaranden har en mot käranden gällande nyttjanderätt till saken, så framt ej i hvarterdera fallet svaranden till sitt försvar åberopat moträttigheten. Ett speciellt i lagstiftningen upptaget fall, i hvilket domstolen ej själfmant eger taga hänsyn till en befrielsegrund, är det i § 227 Sjölnämnda.

Hvad härefter särskildt angår rättsupphäfvande fakta, t. ex. betalning och efterskänkande, så hänvisar jag till mitt ofvan (sid. 17) lämnade allmänna uttalande, enligt hvilket man icke bör anse, att svarandens åberopande af ett sådant faktum är ett villkor för dess beaktande. Frågan har egentligen praktisk betydelse endast för den händelse svaranden ej ingått i svaromål, ty i annat fall torde det i normala fall, om domstolen vederbörligen handhar processledningen, ej förekomma, att svaranden underlåter att taga ställning till faktum i fråga, gemenligen att invändningsvis åberopa det samma. I vår rätt ha vi för dess besvarande närmast att se

eller andra orsaker varit ur stånd att klart bedöma handlingens innebörd och följder; jfr aftalskommitténs motiver till §§ 32 och 33 i förslaget. Den ofvannämnda synpunkten torde komma till sin rätt på annat sätt än förut ifrågasatts, nämligen därigenom, att domstolen vid sin pröfning af ogiltighetsgrundens förefintlighet förfar med den största försiktighet och ej antager rättshandlingen vara ogiltig, med mindre faran för att domstolen sålunda kommer i strid med vederbörande parts uppfattning af förhållandet är synnerligen ringa.

till, huruvida 12: 3 RB lämnar någon ledning. Den i lagrummet i dess ursprungliga skick förekommande enda bestämmelsen om påföljden af svarandens uteblifvande — ännu bibehållen i 12: 3 st 1 p. 1 — innehåller, att rätten skall döma i saken efter ty som sanning däri utletas kan. Det torde vara höjdt öfver allt tvifvel, att domstolen enligt detta stadgande icke kunnat eller kan i förevarande fall, där det af käranden själf förebragta processmaterialet ger vid handen, att hans talan är obefogad, bifalla samma talan¹⁹. Nästan ännu tydligare är detta beträffande det fall, hvarom stadgandet i 12: 3 st. 1 p. 2 (tillagdt genom lag 1914) handlar; då här säges, att till betalning ej får dömas, därest det finnes uppenbart, att kärandens anspråk icke är lagligen grundadt, åsyftas uppenbarligen det förhållandet, att grundlösheten af kärandens anspråk framgår af hans egen framställning.

En undersökning för sig kräfver det inom teorien ofta uppmärksammade och praktiskt viktiga spörsmålet, huruvida domstol eger själfmant (d. v. s. äfven då svaranden ej gjort invändning) taga hänsyn till inträdd preskription af omstämd fordran²⁰. Närmare bestämdt är det spörsmål, som härvid uppmärksamrats och besvarats, detta: kan, då tio år förflutit från den omstämda fordringens tillkomst, domstolen oberoende af invändning om preskription från svarandens sida ogilla krafvet, eller kan detta endast ske, därest svaranden gör sådan invändning och käranden ej styrker, att fordringen vederbörligen bevakats? För min del besvarar jag spörsmålet i enlighet med det senare alternativet, därvid jag utgår från, att preskription ej inträder

¹⁹ Det må emellertid erinras om det allbekanta förhållandet, att praxis sedan gammalt begränsat tillämpningen af ifrågavarande stadgande till skuldfordringsmål, där krafvet grundas på skuldebref eller godkänd räkning. M. h. härtill har stadgandet i förevarande sammanhang näppeligen någon praktisk betydelse. Det måste dock tydligtvis medtagas vid undersökningen af vår lags ståndpunkt i ämnet.

²⁰ Se härom, bland andra, *Fehr*, Fordringspreskription sid. 286 ff., *Sjöström*, anf. arb. sid. 169 f. samt *Matz*, anf. arb. sid. 124, 126.

blott därmed, att tio år förflutit från fordringens tillkomst, utan först därmed, att tio år förflutit, utan att under tiden fordringen vederbörligen bevakats från borgenärens sida. En borgenär, som gör gällande en tio år gammal fordran, har därmed påstått, att fordringen består såsom fullt lifskraftig, och då preskription ej är gifven blott med fordringens ålder, kan man således icke anse, att det processmaterial, som utgöres af kärandens egen framställning, inrymmer en omständighet (preskription), som bör föranleda krafvet ogillande²¹. Af förhandlingsprincipen, som bjuder, att domstolen får taga hänsyn allenast till af parterna i rättegången införda fakta, följer sålunda, att domstolen, allenast då svaranden åberopar preskription, kan på denna grund ogilla krafvet. På sätt nu sagts bedömer jag detta spörsmål ej blott, då svaranden tillstädeskommit, utan äfven, då han uteblifvit och 12: 3 tillämpas.

²¹ Enligt min uppfattning är lagens ståndpunkt ej den, att man måste antaga en tio år gammal fordran vara preskriberad, så framt borgenären ej styrker, att fordringen vederbörligen bevakats, utan i stället denna: visserligen åligger det borgenären att styrka, att fordringen bevakats (att antaga annat vore orimligt), men denna hans beviskyldighet blir aktuell först om gäldenären påstår, att bevakning ej skett. Borgenären behöfver m. a. o. till en början ej visa annat, än att fordringen uppkommit; styrka, att den genom vederbörlig åtgärd hållits vid fullt lif, behöfver han ej, så framt ej gäldenären bestrider detta. Man kan här tala om en presumption för, att en omstämd fordran bevakats, i fall då gäldenären ej framställer preskriptionsinvändning. Jag finner för min del denna ståndpunkt vara den naturligaste och praktiskt mest tillfredsställande och kan således ej biträda *Fehr's* uttalanden till förmån för den motsatta uppfattningen, liksom jag ej heller kan hålla med författaren därom, att ordalagen i preskriptionsförordningen, strängt tolkade, leda till det resultatet, att domstolen bör, då en fordran är tio år gammal, ex officio antaga, att den är preskriberad. — *Sjöström* och *Matz* ha i sina citerade arbeten grundat sin åsikt, att invändning från svarandens sida är villkor för, att domstolen skall beakta preskription, därpå, att preskription icke är något egentligt rättsupphäfvande faktum utan blott en omständighet, som försvagar fordringen. Denna synpunkt kan jag ej finna i någon mån afgörande. Det finnes nämligen, efter mitt omdöme, icke någon anledning att i förevarande afseende bedöma en omständighet, som försvagar en rättighet, annorlunda än en omständighet, som upphäfver densamma.

Det kan ifrågasättas, huruvida man icke bör annorlunda besvara frågan om beaktande af preskription af borgen, hvarpå K.F. 28 juni 1798, § 4, är tillämplig. Frågan torde böra besvaras jakande, följaktligen sålunda, att en kärende, som vill göra gällande svarandens förpliktelse enligt sådan borgen, ej ernår bifall till sin talan, med mindre det står fast, så väl att svaranden ingått borgen, som ock att kärenden inom stadgad tid vederbörligen väckt talan mot svaranden; invändning från svarandens sida är ej erforderlig för att domstolen skall beakta frågan om preskription. Denna åsikt synes mig ej böra motiveras blott med en hänvisning därtill, att verkan af preskription är starkare enligt nyssnämnda förordning än enligt den allmänna preskriptionsförordningen och består däri, att själfva förpliktelsen fullständigt bortfaller. Motiveringen torde helt enkelt böra vara den, att 1798 års förordning uppställt såsom villkor för borgensansvarighetens utkräfvande, att talan visas vara anställd inom viss, i förordningen angifven tid.

b) Då man uppfattar satsen, *Ne procedat* etc. såsom en konsekvens af dispositionsprincipen och ger den en själfständig ställning vid sidan af den förut utvecklade grundsatsen, *Nemo iudex* etc., kan den ej betyda något annat och mera, än att parterna ega bestämma, huruvida den inledda processen skall slutföras eller nedläggas²².

Själfva satsen har dock en så vid affattning, att den inrymmer mycket mer; den synes uttala, att domaren öfver hufvud icke får handla *ex officio*. Således ej nog med, att han ej får *ex officio* inleda en process; han skulle i en inledd

²² Att processens fullföljande beror af parternas vilja, visar sig på olika sätt. Sålunda kan kärenden genom att utebli vid första rättegångstillfället åstadkomma, att käromålet förfaller. Han kan, åtminstone med svarandens samtycke, genom återkallelse af sin talan verka, att processen nedlägges. Förlikning emellan parterna medför processens afslutande. — Huruvida däremot parterna ega bestämma, att processen skall hvila, eller att uppskof däri skall ega rum, är en fråga, som kräfer närmare utredning, hvilken skall lämnas i sitt vederbörliga sammanhang.

process icke få vidtaga någon åtgärd utan efter anmaning af part eller med föranledande af hvad part förut åtgjort. Särskildt syftas härvid därpå, att anskaffandet af det faktiska processmaterialet — anförandet af fakta och förebringandet af bevis för fakta — är h. o. h parternas sak²³. Med denna innebörd har satsen ingen allmän giltighet i modern processrätt, och lika litet ha vi anledning att i vår gällande svenska processrätt operera med densamma.

Uppenbart är, att frågan, huruvida käranden eger ensidigt genom återkallelse af sin talan göra slut på processen, eller om därtill fordras samtycke af svaranden, är i detta sammanhang utan intresse²⁴.

c) I den tredje af de ifrågavarande satserna, *Ne eat iudex* etc., tager man närmast sikte på parternas yrkanden och tillägger därvid begreppet yrkande den trängre processrättsligt tekniska betydelse, hvarom tidigare i detta arbete varit tal²⁵. Med yrkande har man alltså i detta sammanhang att förstå partens angifvande af hvad han (så vidt angår pröfningen af den omprocessade materiella rätten) vill, att domen skall gå ut på. Af parternas materiella dispositionsrätt följer efter min mening i afseende å domstolens bundenhet vid parternas yrkanden icke blott, att domstolen icke får gå utöfver yrkandena, utan tillika, att domstolen allenast med stöd af ett yrkande får döma öfver den materiella rätten²⁶.

²³ Se sålunda *Gönners*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I (1804) sid. 182 f., utveckling af satsen; och vidare kan ang. den betydelse, som den *gemein*-rättsliga processteorien tillagt ifrågavarande satser och den fjärde satsen, *Quod non est in actis, non est in mundo* (hvarom nedan sid. 40) hänvisas till *Wetzell*, System sid. 516 ff.

²⁴ Se därom Bd I sid. 1217 not 6.

²⁵ Se Bd I sid. 854 f. och 1216 f.

²⁶ Det har emellertid uttalats annan mening. Sålunda säger *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje II sid. 252 f., att domarens bundenhet vid parternas yrkanden följer av dispositionsmaximen till en viss grad, nämligen så till vida, som en dispositivt begränsande vilja från parternas sida har kommit till uttryck i yrkandena. Men — fortsätter författaren — förhandlingsmaximen för längre, i det att den icke blott utesluter

Hålla vi oss till den förra grundsatsen (att domstolen icke får gå utöfver parternas yrkanden), så innebär den först och främst, att domstolen icke får tilldöma kåranden mera än han själf begärt, men väl kan domstolen tilldöma honom mindre. Ett mer eller mindre får icke tänkas blott kvantitativt²⁷. Det ligger i hvarje utvidgning eller inskränkning. Ett mindre således t. ex. däri, att svaranden icke, på sätt kåranden yrkat, dömes att helt enkelt prestera utan att prestera mot erhållande af motprestation; att domen kan få ett sådant innehåll, om svaranden gjort gällande, att han endast är på sådant sätt förpliktad, torde vara otvifvelaktigt. Ett mera kan utgöras af icke påyrkade för kåranden fördelaktiga modaliteter. Grundsatsen innebär vidare, att domstolen icke får gå utöfver kårandens yrkande på det sätt, att han får sig tillerkänt något (kvalitativt) annat, än hans yrkande går ut på. Om denna regel kan ej råda minsta tvifvel utom möjligen för det fall, att fråga uppstår, om utdömande af en ersättningsprestation i stället för den prestation, hvarpå anspråket i sig går ut, men äfven i detta fall har regeln tillämpning²⁸.

Satt i relation till svaranden, betyder förevarande grundsats, att, då denne helt eller i viss omfattning medgifver kårandens yrkande, svaranden icke kan frias utöfver hvad han sålunda själf påyrkar²⁹.

pröfning, då parterna särskildt ha disponerat, utan dessutom gör det till en positiv betingelse för hans dömande, att parterna framställa begäran därom. För min del härleder jag emellertid af den materiella dispositionsrätten såsom en konsekvens, både att domaren ej får gå utöfver parternas yrkanden, då de framställt sådana, och att domaren öfver hufvud ej får döma öfver den materiella rätten utan stöd af ett yrkande. Jfr den förut lämnade utvecklingen af satsen: *Nemo iudex* etc.

²⁷ Jfr härom i synnerhet *Wach*, Vorträge sid. 57 f.

²⁸ Jfr härom *min* bok om Rättsmedlen sid. 159 och 171.

²⁹ Hvad jag här tänker på är medgifvande från svarandens sida af kårandens *yrkande*, d. v. s. att svaranden förklarar sig vilja endast till någon del ha käromålet ogilladt men i öfrigt ej ha något att erinra mot bifall till detsamma. Något annat är ett medgifvande i den vedertagna mening, enligt hvilken därmed förstås ett erkännande, att en påstådd materiell rätt består; därom se Bd I sid. 1220 ff. och här nedan sid. 28 f.

Att förevarande grundsats icke är inskränkt till mål angående förpliktande att fullgöra en prestation, ligger i öppen dag; den har motsvarande tillämpning i mål, hvori föres en ren fastställsetalan eller talan om vinnande af en konstitutiv dom.

Emellertid anger satsen, om man låter densamma innefatta allenast förbud för domstolen att gå utöfver parternas yrkanden i ordets förenämnda trängre mening, ej fullständigt de gränser, som domstolen vid sin pröfning ej får öfverskrida. Denna pröfning skall icke blott hålla sig inom den gräns, som själfva yrkandet betecknar; den får ej heller göra till sitt föremål en annan rättighet än partens yrkande hänför sig till. Detta betyder, om man (se ofvan) beaktar, att rättigheten är den rättsverkan, som är knuten till ett visst faktum, att domstolen icke får befatta sig med något annat mellanvarande mellan parterna, än käranden genom sin talan gjort till processföremål. Så till vida innebär förevarande sats samma regel, som man, efter hvad vi funnit, kan inrymma i satsen, *Nemo iudex* etc.

d) Af parternas förfoganderätt öfver den materiella rätt, hvarom de processa, kan man härleda, förutom de tre regler, om hvilka ofvan varit tal, ännu en processuell grundsats, nämligen den, att det måste stå part fritt att till stöd för och utveckling af sin talan anföra fakta och förebringa bevis för desamma. Hvad jag härmed velat påstå måste fattas efter orden för att ej missförstås. Det har ej sagts, att initiativet i nämnda hänseende *uteslutande* skall tillkomma parterna; det har m. a. o. ej skolat fastslås, att förhandlingsmetoden, i motsats till undersökningsmetoden, är en konsekvens af den materiella dispositionsrätten. Att påstå sådant, vore ej försvarligt, enligt hvad nedan närmare utföres. Något annat har jag ej velat göra gällande, än att det måste vara parterna tillåtet att åstadkomma utredning och bevis om fakta. Riktigheten häraf torde vara alldeles ovederlägglig. Det vore ju orimligt att vägra den, som är subjekt för en privat rättighet resp. frihet från en förpliktelse (eller,

hvilket m. h. t. situationen i en process är detsamma, påstår sig vara detta), att i process använda de medel, som äro nödvändiga för häfdande af hans rättsposition. Huruvida utredning och bevisning uteslutande skola ankomma på parterna och domaren härutinnan intaga en passiv ställning, eller om det skall åligga domstolen att ex officio sörja för denna utredning och bevisning, är tillsvidare en öppen fråga.

Den rätt till ett initiativ, som nu tillerkänts parterna, har i det föregående begränsats till utredning och bevisning angående *fakta*. De andra element, af hvilka de premisser byggas upp, på grundvalen af hvilka domen meddelas, utgöras af rättssatser och erfarenhetssatser (se ofvan sid. 5). Jämväl i afseende å dem bör man tillerkänna parterna ett initiativ, en befogenhet att anföra och eventuellt styrka hvad de till sin rätts bevakande finna nödigt. Frågan härom befinner sig dock, särskildt hvad angår rättssatser, i ett väsentligen annat läge än hvad som är fallet med fakta. Det närmare om detta ämne framgår af de uttalanden, som nedan från andra utgångspunkter äro gjorda angående rätts- och erfarenhetssatser (se sid. 36 f., 89 ff.).

e) En utförligare undersökning kräfver frågan, huruvida man af parts materiella dispositionsrätt bör härleda befogenhet för honom att (hvad angår den materiella rätten, hufvudsaken) förfoga öfver processmaterialet, hvarmed här blott åsyftas det faktiska materialet. Det gäller ej nu att undersöka, huruvida ett rättsfaktum för att beaktas måste åberopas af vederbörande part; därom har redan varit tal (se ofvan sid. 14 ff.). Ej heller består uppgiften i att klargöra, hvems sak det är, domstolens eller parternas, att införa fakta i rättegången. Hvad det gäller att undersöka är, huruvida parterna ega bestämma, att vissa fakta skola af domstolen godtagas såsom grunder för afgörandet.

1) Till en början vill jag yttra ett par ord om något, som kan synas strängt taget ej höra hit, men som ej gärna bör lämnas obeaktadt i detta sammanhang.

Då käranden uppgifver (= eftergifver) den omstämda

rätten eller svaranden medgifver densamma, lägges partens förklaring utan vidare pröfning från domstolens sida till grund för afgörandet. Dessa förklaringar böra enligt min mening, som jag tidigare utförligt utvecklat³⁰, icke i allmänhet uppfattas såsom en vare sig omedelbar eller medelbar disposition öfver rätten. Då förklaringen framträder såsom allenast en utsaga om, huru det förhåller sig i det omstämda rättsliga afseendet, är det väl ganska tydligt, att man ej däri bör se en omedelbar disposition, men det synes mig vara lika otvifvelaktigt, att förklaringen i rättegången ej heller spelar rollen af en medelbar, en i utsagans form maskerad disposition. Denna senare betydelse skulle förklaringen ega, om dess processuella verkan berodde på, att domstolen städe i densamma såge ett uttryck för en vilja att förfoga öfver rätten, men detta kan ej anses vara fallet, eftersom förklaringen i yttre måtto ter sig såsom en ren utsaga och domstolen ej anställer någon särskild undersökning, huruvida en dispositiv vilja är nedlagd däri. Äro således ifrågavarande förklaringar icke dispositioner öfver den omstämda rätten, så kunna de å andra sidan ej heller karaktäriseras såsom dispositioner öfver processmaterialet. Af sistnämnda natur kunde de endast vara, om de hade egenskapen af anföranden om fakta, men detta är ej fallet. De äro anföranden, genom hvilka part direkt uttalar sig om den omprocessade rättens existens och icke om något, som domstolen har att lägga till grund för pröfningen af frågan därom. Emellertid är det ju dock obestridligen så, att dessa förklaringar utgöra den grundval, på hvilken domstolen grundar sitt afgörande, och det kan sålunda i en viss mening påstås, att i o. m. dem processmaterial inkommer i rättegången. För min del skulle jag dock snarare vilja anlägga den synpunkten, att förklaringen såsom sådan är processmaterial, och att dess betydelse icke består däri, att genom densamma processmaterial införes i rättegången. Ifrågavarande anföranden ha,

³⁰ Bd I sid. 1220—1224.

såsom tidigare framhållits, karaktären af formella processförklaringar, hvilka utesluta pröfning från domarens sida. Ämnet blir för öfrigt ytterligare belyst genom hvad nedan utvecklas angående ostridighet och erkännande i trängre mening.

2) Bör man af parternas frihet att disponera öfver den omprocessade materiella rätten draga den slutsatsen, att de jämväl ega förfoga öfver det faktiska processmaterialet, öfver det saksammanhang, som är att lägga till grund för domen³¹? Man talar här också om en befogenhet att medelbart disponera öfver den materiella rätten. Det torde icke vara öfverflödigt att närmare belysa hvad det är för en förfoganderätt, som nu afses. Att det icke är fråga om ett disponerande, som omedelbart angår den materiella rätten, d. v. s. om viljeförklaringar, som äro direkt riktade på att gestalta parternas materiellträttsliga mellanvarande på visst sätt, framgår utan vidare af problemställningen. Och uppenbart är vidare, att meningen ännu mindre kan vara att påstå, att det omprocessade rättsförhållandets faktiska bas i verkligheten ersättes helt eller delvis med en annan; hvad som utgör moment i det förflutna kan ju ej ändras. Det gäller närmast att klargöra, huruvida parterna ega bestämma, att ett visst faktum skall ligga till grund för afgörandet eller, något annorlunda formuleradt, att afgörandet skall ske på basis af ett visst faktum, hvarom parterna enat sig. Icke utan fog kan man påstå, att en dylik bestämmanderätt innefattar en medelbar disposition öfver den omprocessade rätten. Min synpunkt härvid är den, att parterna i och med det, att de fastställa en viss faktisk grund för domstolens afgörande, bestämma, att deras omprocessade materiellträttsliga mellanvarande skall vara så gestaltadt, som framgår af ett dömande på nämnda grundval³². Frågan är nu,

³¹ Jfr betr. det följande *min* skrift, Om eget erkännande, särskildt med hänsyn till svensk civilprocessrätt (i Festskrift för Friherre R. A. Wrede, Helsingfors 1921), och där anförd litteratur.

³² Ang. fastställelseaftal och deras innebörd kan inom process-

om en sådan dispositionsrätt är en konsekvens af parternas materiella dispositionsfrihet. Besvarandet af detta spörsmål bör ske med beaktande af, att det är ej blott privaträttsligt utan äfven processrättsligt. Från rent privaträttslig synpunkt sedt kan säkerligen icke anföras något skäl för att vägra parterna att, på sätt nu afses, medelbart disponera öfver sin rätt; den privaträttsliga effekten af en sådan dispositionsrätt är till sin innebörd ej mindre tillåten än en på samma effekt direkt riktad viljeförklaring. Bedömer man förevarande fråga processrättsligt, så har man att utgå från processens ändamål. Dess ändamål är, såsom vid utvecklingen af processbegreppet i detta arbete påpekats (Bd I § 1), rent praktiskt; domstolens uppgift i en process är att tillämpa den objektiva rätten på ett verkligt fall och att sålunda fastställa hvad som är rätt i detta fall. Domstolens medverkan bör sålunda icke kunna från parternas sida påkallas för vinnande af en dom, som grundas på ett uppdiktadt sakförhållande, eller m. a. o. det kan icke af parternas materiella dispositionsrätt härledas någon rätt för dem att begära dom på grundvalen af fakta, som icke öfverensstämma med verkliga förhållandet. Men, så vidt jag kan finna, lägger denna tanke ej något verkligt hinder i vägen för att tillerkänna parterna den medelbara dispositionsrätt, hvarom nu är tal. Om parterna enas om att fastställa ett faktum såsom grund för domen, så har man — i det tanke-sammanhang, hvarom nu är fråga — icke, äfven i det fall, att faktum ej skulle vara riktigt, att däri se ett uppdiktande af en domsgrund, utan man har att däri se en på ett visst egenartadt sätt försiggående reglering af parternas mellanvarande, och det kan ej från synpunkten af processens ändamål att fastställa hvad som verkligen är rätt hämtas något bärkraftigt argument mot att erkänna tillåtligheten af en dylik reglering³³.

rättslitteraturen särskildt hänvisas till *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft.

³³ *Wach*, Das Geständniss (i Archiv f. d. civ. Praxis 1881 sid.

Den föregående allmänt hållna undersökningen har, såsom man torde ha funnit, angått frågan, om parterna ega, såsom en konsekvens af deras materiella dispositionsrätt, förfoga öfver det faktiska processmaterialet, d. ä. genom afgifna viljeförklaringar fastställa, att ett visst eller vissa fakta skola ligga till grund för domen. Emellertid har denna fråga, om ock af teoretiskt intresse, i verkligheten föga praktisk betydelse. Man finner detta, om man går närmare in på spörsmålet, huru den ifrågasatta fastställelsen af fakta skulle kunna komma till stånd i processen. Det är, såsom genast inses, här tal om fakta, som ej af den orsak läggas till grund för afgörandet, att deras sanning står fast genom bevis, utan om fakta, som, oaktadt de ej bevisats, skola spela rollen af domsgrundval; det rör sig följaktligen om fakta, som ej för att godtagas behöfva bevisas³⁴. För att, bortsedt från notorietet, ett faktum skall kunna ega nu nämnda betydelse, måste parterna vara ense om detsamma. Det måste vara ostridigt. Inom civilprocessen är det i lagstiftning så väl som i teori och praxis en utan meningsskiljaktighet såsom nästan själfklar antagen grundsats, att i mål, i hvilka parterna ega förfoga öfver den materiella rätten, den omständigheten, att ett faktum är ostridigt, gör allt bevis öfverflödigt och utesluter hvarje sanningspröfning från domarens sida, så att faktum utan vidare lägges till grund för afgörandet. Att ett faktum är ostridigt, innebär,

201 ff.), och många med honom uppfatta parts erkännande i civilprocessen såsom uttryck för en fastställelsevilja, närmare bestämdt, för en vilja, att det erkända faktum skall gälla såsom sant, oafsedt huru därmed förhåller sig. I belysningen af det i texten vidare utvecklade framstår denna uppfattning näppeligen såsom acceptabel; se för öfrigt angående densamma min nyss citerade skrift, Om eget erkännande s. 7 f.

³⁴ Hit hänför jag ej s. k. presumerade fakta. Den sannolikhet, som talar för dessa fakta och medför, att de godtagas såsom domsgrunder, har visserligen ej kommit till stånd genom en bevisande verksamhet, men deras betydelse beror dock på deras trovärdighet, och de äro därutinnan att ställa vid sidan af fakta, som ådagalagts genom bevisning.

såsom redan antydts, att parternas uppgifter därom stämma öfverens. Medan alla utan meningsskiljaktighet tillägga ostridigheten nämnda verkan, äro däremot meningarna delade om, huru man skall förklara densamma. Min redan tidigare framlagda uppfattning rörande detta spörsmål³⁵ går ut på följande. De partsanföranden, hvilka konstituera hvad man kallar ostridighet, utgöras af öfverensstämmande uttalanden, att det förhåller sig på ett visst sätt. De kunna gifvetvis vara uttryck för en fastställelsevilja, om de ock jämförelsevis sällan torde vara detta, men de framträda ej i något fall i det yttre såsom viljeförklaringar, och då domstolen ej anställer någon undersökning om deras innebörd, ha de icke någon verkan i sådan egenskap. Grunden till den rättsregel, som knyter ifrågakvarande verkan till ostridigheten, står visserligen i sammanhang med parternas materiella förfoganderätt, men regeln är ingalunda en gifven konsekvens af denna förfoganderätt utan fasthellre af själfständig natur. Den är endast så till vida beroende af nämnda rätt, som det är den enda regel, hvilken fullt tager hänsyn till densamma. Denna kunde trädas för nära, om domaren egde att, när han icke funne sig öfvertygad om sanningen af ett ostridigt faktum, underlåta att lägga det till grund för domen. En undersökning af, huruvida ett dylikt ingrepp skulle ega rum, därest ostridigheten lämnades obeaktad, d. v. s. en undersökning af, huruvida en fastställelsevilja är för handen, är väl tänkbar men bör tydligtvis af processuella ändamålsenlighetsskäl icke ifrågakomma. Äfven i öfrigt skulle en processreglering, som tillåte domaren att sätta sig öfver ostridigheten, vara i hög grad olämplig. I tvister om rena privatangelägenheter bör öfver hufvud processföringen i afseende å processmaterialets åstadkommande icke vara omständligare och för parterna mera betungande än de själfva påkalla, och motsatsen skulle blifva följd af en befoghet för domaren att bortse från ostridigheten.

³⁵ Se min skrift, Om eget erkännande.

I detta sammanhang må särskildt beröras frågan om erkännandets funktion i civilprocessen³⁶. Att parts erkännande i sådana civilprocessuella mål, i hvilka processföremålet är af beskaffenhet att vara underkastadt parternas dispositionsrätt, kan vara bevismedel, ligger i öppen dag, men lika obestridligt och allmänt antaget är, att det kan ha en starkare verkan än den att bevisa; det kan, i öfverensstämmelse med hvad förut påpekats om ostridigheten, göra allt bevis öfverflödigt, utesluta sanningspröfning från domarens sida och åstadkomma, att det erkända faktum utan vidare står fast i rättegången. Grunden till denna starkare verkan af partserkännandet i de nämnda tvistemålen är just den, att erkännandet gör faktum ostridigt. Vid erkännande föreligga ej mindre än då man vanligen talar om ostridighet öfverensstämmande partsuppgifter om ett faktum; skillnaden består endast i form icke i sak. Den består blott däri, att vid ett erkännande partens yttrande direkt refererar till en uppgift af andra parten och innehåller ett vidgående, att uppgiften är riktig, medan däremot i de fall, då man vanligen enbart talar om ostridighet, parternas framställningar af saksammanhanget stå själfständigt vid sidan af hvarandra och öfverensstämmelsen beträffande faktum framgår först af en jämförelse dem emellan. Det är, enligt hvad nu framhållits, icke riktigt att, såsom i allmänhet ännu sker, påstå, att det civilprocessuella erkännandet är i dess bevissparande funktion att karaktärisera såsom dispositionsakt. En dispositionsakt är ju en viljeförklaring, dess effekt har sin grund i subjektets därpå riktade vilja, och detta passar ej in på den roll, som erkännandet spelar i de ifrågavarande civilprocessuella målen. Är det sålunda icke riktigt att beteckna erkännandet såsom en dispositionsakt, så är det ock, såvidt jag kan finna, icke riktigt eller lämpligt att tala om en dispositiv

³⁶ Om erkännande skall talas ytterligare i bevisrätten; se för öfrigt min förut citerade skrift, Om eget erkännande, samt detta arbete Bd I sid. 1221 f., 1224. Här är blott anledning att belysa vissa sidor af ämnet.

verkan af erkännandet. Att karaktärisera en effekt såsom dispositiv bör ej rätteligen ske, utom då det är fråga om en effekt af en disposition, d. v. s. om en effekt, som har sin grund i subjektets därpå riktade, i afgifven förklaring uttryckta vilja.

Af den ofvan anställda undersökningen har framgått såsom resultat, att det ej är uteslutet att af parternas materiella förfoganderätt draga den konsekvensen, att de ega fastställa vissa fakta att ligga till grund för afgörandet; mot denna till sin innebörd privaträttsliga konsekvens kan ej göras gällande något tillräckligt bärkraftigt processuellt argument. Men å andra sidan spela dylika dispositiva partsuttalanden ej någon roll i processen. I de hithörande fall, då fakta stå fast utan någon pröfning af deras sanning från domstolens sida, beror detta på deras ostridighet, särskildt på den ostridighet, som kommer till stånd genom parts erkännande, och det är här ej fråga om några partsdispositioner.

Utan meningsskiljaktighet torde man — och detta med allt fog — antaga, att parterna icke kunna genom att göra ett notoriskt osant eller omöjligt faktum ostridigt åstadkomma, att detta lägges till grund för domen. En sådan befogenhet för parterna skulle stå i strid med processens ändamål att skipa rätt i ett verkligt fall och icke att tillämpa objektiv rätt på ett uppdiiktadt sakförhållande.

M. h. t. positiv svensk civilprocessrätt möter särskildt spørsmålet, huruvida ej institutet bjuden ed (17: 34 RB) är ett uttryck för parternas rätt att förfoga öfver processmaterialet. Detta spørsmåls besvarande kräfver en omsorgsfull undersökning af hela detta institut, företrädesvis af grunden till, att, då ett aftal om bjuden ed kommer till stånd emellan parterna, edens afläggande eller icke-afläggande bestämmer, huruvida det förhållande eller faktum, som eden afser, skall vara domsgrundval. Olika uppfattningar äro härvid möjliga. Lämpligen behandlas samtliga spørsmål angående den bjudna eden, då institutet i dess helhet inom bevisrätten blir föremål för framställning.

3) Såsom redan nämnts, utgöras de element, af hvilka premisserna för domslut bildas, af, förutom fakta, rätts- och erfarenhetssatser. Tillkommer parterna dispositionsrätt beträffande de båda senare grupperna?

Vidkommande rättssatser anser jag för min del hvarje dispositionsrätt för parterna obetingadt vara utesluten. Det synes mig vara höjdt öfver allt tvifvel, att parterna icke ega bestämma, att en viss regel skall såsom rättsregel (d. v. s. såsom en del af den objektiva rätten) komma till användning på det i rättegången förebragta faktiska materialet³⁷. Närmare kan detta utföras så, att de hvarken ega tillskapa en ny rättsregel eller förordna, att en viss redan gifven rättsregel skall tillämpas. Och de ega ej heller förordna, att en rättsregel ej får tillämpas. Lika tydligt torde vara, att parterna icke ega någon bestämmanderätt beträffande tolkningen af en i det gifna fallet tillämplig rättsregel. Någon motivering för denna uppfattning torde näppeligen vara erforderlig³⁸. Hvad nu sagts om rättssatser eger giltighet beträffande samtliga rättssatser, utan skillnad emellan lag och sedvanerätt, inländsk och utländsk rätt. Det är enligt min åsikt ohållbart att tillerkänna sedvanerätt och utländsk rätt mindre helgd än lag och inländsk rätt. En alldeles fristående fråga är den angående domstols skyldighet att ega kunskap om sedvanerätt och utländsk rätt samt, i sammanhang därmed, om nödvändigheten för part att förebringa bevis om dylik rätt.

Hvad angår erfarenhetssatser³⁹, så förmenar jag det vara

³⁷ En helt annan sak är, huruvida parterna kunna genom att ordna det så, att vissa fakta blifva domsgrundval, åstadkomma, att en viss rättsregel kommer till användning. Håri ligger, rätt bedömdt, icke någon disposition öfver rättssatser.

³⁸ Tydligtvis kommer ej här i betraktande, att det gifves dispositiva och ofta vid sidan därpå subsidiära rättssatser; jfr därom Bd I § 5.

³⁹ Hvilka satser därmed åsyftas, blir inom bevisrätten föremål för en närmare redogörelse. Det må här vara tillräckligt att i allmänhet erinra om, att det ofta för bedömande af i rättegången relevanta faktas betydelse är af nöden att se dem i belysning af vissa erfarenhetssatser, såsom t. ex. satser om hvad som är sed och bruk i en viss

tillräckligt att helt enkelt uttala, att en partsdisposition är enligt sakens natur utesluten. Parterna kunna icke rimligtvis ega bestämma, att en viss sats skall gälla såsom vore den af erfarenheten gifven, eller att domstolen icke får taga hänsyn till en viss erfarenhetssats. Frågan om hvem — parterna eller domstolen — som har att sörja för åberopande och styrkande af i rättegången relevanta erfarenhetssatser finner ej sin behandling i detta sammanhang.

f) Af parternas materiella dispositionsrätt kan man icke utöfver hvad ofvan under d) anförts — för min del hyser jag ej någon tvekan i detta hänseende — draga den slutsatsen, att det tillkommer dem någon bestämmanderätt beträffande bevismaterialets samlande, d. v. s. rätt för dem att bestämma angående inhämtande af upplysningar till styrkande af de till stöd för yrkandena åberopade grundernas riktighet eller oriktighet. Man kan sålunda icke från ifrågasvarande utgångspunkt taga för gifvet, att parterna skola ega hindra domaren från att anskaffa bevis eller tillgodogöra sig redan i rättegången införda bevismedel, och ännu mindre bör det kunna ifrågasättas, att parterna skulle kunna hindra domaren från att taga hänsyn till redan meddelade upplysningar. Huru i detta afseende bör vara ordnad är att afgöra efter synpunkter, som äro af den materiella dispositionsrätten alldeles oberoende.

g) Slutligen må för fullständighetens skull framhållas, att domaren vid all honom åliggande pröfning, vare sig af hvad som är att hålla för sant eller af de till grund för afgörandet liggande faktas rättsliga verkan, måste vara fullt oberoende af parternas vilja. Ett motsatt antagande faller utan vidare på sin egen orimlighet⁴⁰. Det sagda bör för öfrigt sammanställas med hvad ofvan under e) 3) utvecklats.

affärgren eller satser, hvilka innefatta det resultat, hvartill vetenskapen i ett visst afseende kommit.

⁴⁰ Enligt svensk rätt kan man peka på vissa stadganden, som i viss mån kunna sägas förläna parterna dispositionsrätt i fråga om bevispröfningen, nämligen 17: 14, 17 och 26 p. 1.

h) Alla de processuella grundsatser, som ofvan härledts af parternas materiella dispositionsrätt, ha uteslutande haft afseende å det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål. Hvad angår frågan om förfoganderätt för parterna m. h. t. det processuella förfarandet, hänvisas till de strax härefter lämnade kortfattade uttalandena.

III. Af parternas materiella dispositionsrätt följer icke, att de ega någon förfoganderätt öfver processförutställningarna eller öfver förfarandet i yttre måtto. Då processen är en statsfunktion, kan det uppenbarligen icke vara för staten likgiltigt, under hvilka betingelser eller på hvad sätt verksamheten utöfvas. De hithörande reglerna äro visserligen ej i allo absoluta utan till en del dispositiva, men skillnaden beror genomgående på processuella öfverväganden (vid hvilka visserligen äfven kan tagas hänsyn till den materiella dispositionsrätten) och uppfattas ej på någon punkt såsom en konsekvens af denna rätt. Hvad ifrågavarande skillnad innebär har i Bd I § 5 af detta arbete såväl i allmänhet som ock särskildt m. h. t. processrätten utredts. Därvid har jag för processrättens del såsom dispositiva betecknat icke blott sådana rättssatser, som lämna parterna bestämmanderätt, utan äfven sådana, som öfverlåta åt domaren att gestalta processen. Här ha vi dock, efter hvad sammanhanget ger vid handen, att tänka på allenast den förra gruppen. Att de absoluta processrättssatserna enligt sakens natur måste vara och enligt svensk rätt jämväl äro i afgjord majoritet, har i den framställning, till hvilken nyss hänvisats, påpekats. Det offentliga intresset i rättsskipningen utesluter att h. o. h. eller till någon öfvervägande del lämna förfarandets gestaltande till domaren och ännu mer att i någon större utsträckning öfverlåta en sådan bestämmanderätt till parterna. Hvad särskildt angår parternas ifrågavarande förfoganderätt, så kan den anordnas på olika sätt, och vår rätt företer ock olika typer af sådana dispositiva stadganden. För öfrigt finner jag ej skäl att här utveckla detta ämne utöfver hvad redan skett i den nämnda

tidigare framställningen⁴¹. Ett närmare ingående på de särskilda lagstadgandena sker bäst i de skilda delar af systemet, till hvilka de höra.

§ 68.

Förhandlingsprincipen. Domarens materiella processledning¹.

I. Termen förhandlingsprincip har användts och användes allt fortfarande i olika betydelser. Man har inom processteorien dragit mycket vidtgående slutsatser af parternas materiella dispositionsrätt. Däraf har man nämligen slutit, att det tillkommer parterna bestämmanderätt icke blott öfver processens inledande och fullföljande samt processföremålets omfång utan äfven öfver processmaterialet, åtminstone så vidt angår fakta. Af bestämmanderätten öfver processmaterialet har man vidare ansett följa, att dess åvägbringande tillkommer parterna ensamma och icke domstolen. Man har m. a. o. af den materiella dispositionsrätten härledd såsom konsekvenser ej blott de ofvan å sid. 13 ff. omnämnda satserna, *Nemo iudex etc.*, *Ne procedat iudex etc.* och *Ne eat iudex etc.*, äfvensom förfoganderätt för parterna öfver processmaterialet utan äfven den i anslutning till nyssnämnda förfoganderätt uppställda satsen:

⁴¹ Se ock framställningen i Bd I sid. 1238 ff., om parternas processuella rättshandlingar.

¹ Se *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, i Arch. f. d. civ. Praxis Bd 62; *Wach*, Vorträge (afhandlingen Das Verhältnis des Richters zu den Parteien); *Atzelius*, Grunddragen sid. 31 ff.; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 14 samt Domarens processledning i tvistemål, i Valda juridiska uppsatser sid. 193 ff.; *Granfelt*, Den materiella processledningen; *Hagerup*, Den norske civilproces I §§ 6, 62 och 63; *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje II §§ 24 och 25; *Annerstedt*, Om domarens processledande verksamhet; *Matz*, Om underdomarens materiella processledning etc.; *Sjöström*, Om formell processledning (1925); *Schneider*, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse (1888); *Hammerich*, Forhandlingsmaximen (1910); *Levin*, Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei (1913).

Quod non est in actis, non est in mundo. Med denna sista sats vill man uttala, att domstolen icke får taga hänsyn till annat faktiskt processmaterial än sådant, som af parterna införts i processen, eller, hvilket är detsamma, att processmaterialets samlande h. o. h. ankommer på dem². Öfver hufvud skulle sålunda allt initiativ i rättegången tillhöra parterna. Står man på denna ståndpunkt och tillika fäster sig vid, att deras verksamhet i processen väsentligen har karaktären af en förhandling dem emellan, ligger det nära till hands att såsom beteckning för principen om parternas initiativ i de angifna afseendena begagna termen förhandlingsprincip³.

² Satsen är från början formulerad m. h. t. en skriftlig process — vid *actis* är underförstådt *scriptis* — men har, sedan den skriftliga formen i den moderna processen efterträddes af den muntliga, fått tillämpning jämväl på det muntliga förfarandet. I satsen i och för sig behöfver man ej inlägga annan mening, än att domaren icke får bygga sitt afgörande på annat, än som förekommit i rättegången, d. v. s. han får icke fästa sig vid hvad han inhämtat oberoende af sin ställning såsom domare. Med denna innebörd säger satsen endast hvad redan vid utläggningen af den kontradiktoriska principen framhållits, nämligen att domaren icke får tillgodogöra sig sin privata kunskap om fakta utan skall lämna parterna tillfälle att uttala sig om allt, som kan vara af vikt i rättegången. Men — som sagdt — det är ej denna obestridliga regel, som man vill låta satsen vara ett uttryck för, utan man tillägger densamma den i texten angifna innebörden.

³ Enligt *Gönnér*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses Erster Bd VIII särsk. § 4, är förhandlingsprincipen den princip, enligt hvilken allt initiativ i processen från och med dess inledande till handläggningens avslutande tillhör parterna. Denna princip, som härledes af parternas materiella dispositionsrätt, kallar han förhandlingsmaximen (die Verhandlungsmaxime), »weil alles von dem Vorbringen der Parteien oder von ihren *Verhandlungen* abhängt.». Hvad det för *Gönnér* särskildt kommit an på har varit att framhålla motsatsen emellan de processuella grundsatser, som han ansett framgå såsom konsekvenser af parternas materiella dispositionsrätt, samt det system, som omfattades af den bekanta preussiska processlagen, Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten, af 1793 (se om denna lag, inom den svenska litteraturen, *Grenander*, Ur förhandlingsprincipens historia, 1879). Detta system hade efter det i nämnda lag upprepade gånger använda ordet *untersuchen* fått namnet *Untersuchungs- el. Inquisitionsmaxime*. Ang. förhandlingsprincipens innebörd se, inom

På grundvalen af den utvecklade tankegången har man ej sällan använt termerna förhandlingsprincip och dispositionsprincip vid sidan af hvarandra såsom liktydiga men ock ofta betjenat sig enbart af den förra⁴. Emellertid har inom den nyare processteorien den åsikten ganska allmänt blifvit föremål för kritik och vederläggning, att parternas materiella dispositionsrätt skulle medge så långt gående slutsatser, som förut omnämnts. Man vill göra gällande, att frågan om initiativet till processmaterialets anskaffande är principiellt oberoende af den materiella dispositionsrätten⁵. Denna senare uppfattning anser jag vara riktig,

den svenska litteraturen, i anslutning till Gönner, *Annerstedt* anf. arb. sid. 2 ff. — I viss anslutning till Gönner ha många senare processuallister ansett processföremålets natur i civilprocessen (ett rent privaträttsligt intresse) öfver hufvud ej medge ett officialförfarande och i öfverensstämmelse därmed tillagt parterna initiativet i alla de olika afseenden, som åsyftas i de fyra nämnda latinska satserna. Principen härom har fått behålla namnet förhandlingsprincip. Se sålunda, bland andra, *Wetzell*, System § 43. På hufvudsakligen samma ståndpunkt står ännu *Wach*, Vorträge sid. 52—79 (särsk. sid. 53 och 61). Såsom förhandlingsmaximens innehåll anger han, att parterna ega bestämma öfver processens inledande, fullföljande och omfattning äfvensom öfver processmaterialet, hvilket det tillhör parterna och icke domaren ex officio att anskaffa. Författaren förklarar uttryckligen det vara en oafvislig följd af processföremålets privaträttsliga natur, att domaren mottager hela det faktiska materialet af parterna. *Wach* betonar dock å andra sidan med stor styrka, att förhandlingsmaximen icke utesluter ett initiativ och en verksamhet ex officio från domarens sida i syfte att åstadkomma ordning i processen, utestänga missbruk samt säkerställa en riktig och inträngande uppfattning af hvad parterna vilja och af det af dem åvägabragna processmaterialet.

⁴ Se ang. äldre processteori t. ex. öfversikten hos *Hammerich*, anf. arb. sid. 10 ff.

⁵ Obestriddt riktigt är t. ex. *Afzelius's* yttrande, anf. arb. sid. 28, att gränsen emellan parts- och statsintresset i rättegången icke sammanfaller med gränsen emellan domarens och parternas verksamhet. »Om än parterna ega rätt att i vissa fall bestämma, utesluter detta icke möjligheten, att domaren kan handla för dem och i deras intresse, när de icke uttalat en motsatt vilja». Närmare utföres detta af författaren å sid. 31: »Dispositionsrätten angifver endast det område, inom hvilket parternas vilja är bestämmande för processens gestaltning; men det är — — — möjligt att äfven inom detta område tillägga

och det är på den jag byggt min framställning i föregående paragraf liksom i den förevarande. Frågan om hvem, som skall taga initiativet till och vara verksam för anskaffandet af det material, på basis hvaraf pröfningen af den omprocessade rättens existens skall ega rum, har otvifvelaktigt ej sådan innebörd, att den logiskt beror af nämnda dispositionsrätt. Det är en ren ändamålsenlighetsfråga, om man skall välja det ena eller andra af de båda alternativen: antingen parternas ensak eller ansvaret lagdt på domstolen. Enbart denna motsättning utmärkes numera ganska allmänt med termerna förhandlings- och undersökningsprincip, och särskildt inom den nordiska processteorien torde man i våra dagar öfver hufvud vara ense om att icke i dessa termer inlägga något mera. Att denna terminologi också är min, torde efter det föregående knappast behöfva uttryckligen framhållas.

Begreppet förhandlingsprincip och dess motsats begreppet undersökningsprincip kräfva och kunna lämpligen redan nu erhålla en närmare bestämning, än som med ofvanstående antydningar kommit dem till del.

En till sina yttersta konsekvenser genomförd förhandlingsprincip (den »rena» förhandlingsprincipen) lägger hela omsorgen om utredningen af saksammanhanget (det faktiska) på parterna. Domaren har att i afseende å process-

domaren ett initiativ, som visserligen upphör genom en från parternas sida uttalad vilja, men som ända tills en sådan vilja uttalats medgifver honom full handlingsfrihet.» Undersöker man närmare riktigheten af det generella påståendet, att parternas dispositionsrätt icke utesluter domarens initiativ, så torde man dock finna, att det icke genomgående kan upprätthållas. Af dispositionsrätten öfver ett materiellt rättsförhållande följer enligt min mening, att endast rättsförhållandets subjekt kan inleda rättegång om detsamma; att domstolen skulle kunna taga initiativ till rättegång, som fortginge, därest ej rättsförhållandets subjekt förklarade sig vilja ha densamma nedlagd, synes mig ej kunna anses förenligt med den materiella dispositionsrätten. Likaledes anser jag, att domaren icke kan få göra den materiella rätten till föremål för pröfning i större omfattning än part yrkat; jfr ofvan sid. 13 ff.

materialet och den nödiga bevisningen förhålla sig passiv ända till det ögonblick, då han skrider till lösningen af sin egentliga uppgift, dömandet; hans ställning till parterna är öfver hufvud den, som kommer till uttryck i satserna: *da mihi factum, dabo tibi jus*. Emellertid behöfver man icke praktiskt räkna med en förhandlingsprincip, som är så ren, att den ålägger domaren en dylik passivitet. Äfven den mest energiske förfäktare af denna princip kan icke rimligtvis undgå att i ett visst hänseende tilldela domaren en aktiv roll. Domaren måste vara både berättigad och pliktig att genom frågor till parterna (eller till andra i målet hörda personer, såsom vittnen och sakkunnige) sätta sig i stånd till att fullt förstå och sålunda tillgodogöra sig det af parterna införda processmaterialet. Man bör följaktligen ej ens, om man strängt urgerar förhandlingsprincipen, fatta den så, som om den uteslöte en dylik frågerätt för domaren, och denna rätt kan omöjligen anses såsom en inskränkning i förhandlingsprincipen.

Hvad härefter beträffar undersökningsprincipen, så innebär den visserligen, såsom förut anmärkts, att ansvaret för processmaterialets samlande ligger på domaren, men detta kan, om ock principen genomföres aldrig så strängt, icke betyda, att parterna hänvisas till fullständig passivitet i förevarande afseende, att de således beröfvas allt initiativ och reduceras till undersökningsobjekt för domaren. Utan att komma i kollision med den af parternas materiella dispositionsrätt härledda dispositionsprincipen kan undersökningsprincipen ej utesluta parterna från att till stöd för sin påstådda rätt anföra och styrka relevanta fakta (se ofvan sid. 27 f.).

Den verksamhet af parterna, som med förhandlingsprincipen åsyftas, inrymmer, enligt hvad redan i det föregående antydts, två särskilda uppgifter: dels att anföra fakta, dels att förebringa bevis för fakta. Hvardera skall i det följande vid den närmare redogörelsen för positiv rätt behandlas för sig.

II. Det har ofvan påpekats, hurusom förhandlingsprincipen icke är en nödvändig konsekvens af parternas materiella dispositionsrätt. Lika litet kan man med fog påstå, att själfva processändamålet — meddelandet af rättsskydd — med nödvändighet betingar, att vare sig nyssnämnda princip eller dess motsats, undersökningsprincipen, skall komma till användning. Den princip förtjenar företrädet, som under förhandenvarande förhållanden bäst främjar processändamålet, och valet emellan den ena och andra bör således träffas efter rena lämplighetssynpunkter. Hvilka synpunkter härvid böra komma i betraktande och vara afgörande, må nu tillses.

Den af parterna, som har rätt och också vill komma i åtnjutande af sin rätt, bör segra i processen, och denna bör därför vara så ordnad, att den garanti för ett rättvist resultat, som ligger däri, att pröfningen sker på grundvalen af ett fullständigt och riktigt processmaterial, är så betryggande som möjligt. Det kan vid öfvervägande af detta ämne synas ligga närmast till hands att anse domaren bäst skickad att sörja för utredningen af saksammnhanget och anordnandet af nödig bevisning. Af domaren vill man gärna mer än af någon annan förvänta den samvetsgrannhet och oväld, det nit och den riktiga uppskattning, som här påkallas. Då man grundligare tänker sig in i ämnet, kunna emellertid betänkligheter af allvarligaste slag mot att lägga denna börda på domaren ej annat än yppa sig. Man försätter därmed domaren i den belägenhet, att han måste se till på en gång, att allt hvad som stöder kärandens rätt och att allt hvad som länder till svarandens förmån blir anfördt och styrkt. Men härigenom ställer man på domaren anspråk, som det är honom knappast ens möjligt att motsvara. Man fordrar ju nämligen, att han under hela det förfarande, som föregår domen, skall med fullkomlig opartiskhet vara verksam på samma gång för och emot hvardera parten, och att han därefter vid sakens afgörande skall, obunden af alla förutfattade meningar, pröfva, hvem

som har rätt. Om det ålägges domstolarna en dylik plikt att vara verksamma i motsatta intressens tjänst, blir lätteligen ettdera af dessa två alternativ följdén: antingen kommer domaren att, om ock omedvetet, taga parti för någon af parterna, eller ock kommer sträfvandet att vara fullkomligt opartisk verka förlamande på hans initiativ, så att bägge parterna blifva lidande. Men äfven om det finge antagas, att domaren verkligen kunde gå fri för dessa stötestenar, skulle likväl mot undersökningsprincipen tala, att förtroendet för rättskipningen vore i synnerlig fara för att lida allvarligt afbräck⁶. För öfrigt torde vid undersökningen af den ena och andra principens företråde den synpunkten förnämligast göra anspråk på beaktande, att det i tvister om rent privaträttsliga mellanvaranden förefaller naturligast att låta de enda omedelbart intresserade, nämligen parterna, sörja för nödig utredning. Det egna intresset sporrar hvardera parten till att härvid icke försumma något, som är egnadt att främja hans sak. Och parterna ega i regeln bättre än någon annan kunskap om de för tvistens bedömande relevanta fakta och bevis, medan det för domaren knappast är möjligt att på egen hand förskaffa sig upplysning om saksammanhanget. Slutligen måste ock kostnadssynpunkten tillmätas en ej ringa betydelse. Det torde knappast på allvar kunna ifrågasättas att låta det allmänna bestrida utgifterna för åstadkommande af utredning i processer angående rättsförhållanden, öfver hvilka subjekten ega fritt förfoga. Då alltså parterna ha att bära kostnaderna, synes det riktigast, att utredningen ej göres vidlyftigare och ekonomiskt mera betungande, än parterna själfva finna för godt. Allt sammanlagdt ger till resultat, att den grundsats, som låter utredning och bevisning ankomma på parterna själfva, är lämpligare än den, som lägger bördan på domaren.

⁶ Resonemang i denna anda förekomma hos många författare; se t. ex. den utförliga framställningen redan hos *Mittermaier*, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess* I (3:dje uppl. 1838) § VIII.

På hufvudsakligen de grunder, som ofvan utvecklats, har man för länge sedan inom processteorien kommit till insikt och öfver hufvud enighet om, att civilprocessen bör väsentligen behärskas af förhandlingsprincipen. Under utvecklingens gång och med stöd af vunnen erfarenhet har man dock ej mindre inom teorien än äfven inom lagstiftningen allt mer frigjort sig från ett ensidigt betonande af denna princip och från dess utförande i dess yttersta förmenta konsekvenser. Att man ej här bör skatta åt något konsekvensmakeri, är ock fullt tydligt, om man blott städse behåller i sikte utgångspunkten för undersökningen af den ena eller andra principens företräde, nämligen att hänsynen till det ändamålsenliga bör vara afgörande. Därmed är ju omedelbart gifvet, att förhandlingsprincipen icke är själfändamål utan uteslutande bör bedömas från synpunkten af dess duglighet såsom medel. En rättegångslag skulle illa tillgodose sitt syfte, om den byggde på en förhandlingsprincip, som forcerats ända därhän, att allt egentligt initiativ m. h. t. processmaterialet fråntagits domaren och hans uppgift begränsats till det rena dömandet. Någon meningskiljaktighet därom torde numera ej råda. Man är fasthellre i stort sedt enig om, att det bör tillkomma domaren ett kraftigt initiativ i fråga om processmaterialets gestaltande, och att däri i själfva verket ligger ett oeftergifligt villkor för ett godt resultat af rättskipningen.

Domarens åligganden i nyssnämnda hänseende sammanfattas gemenligen under benämningen *domarens materiella processledning*⁷. Huru vidtomfattande dessa åligganden

⁷ Med den s. k. *formella* processledningen eller domarens verksamhet i afs. å förfarandets yttre gång sysselsätter jag mig ej i detta sammanhang. Den formella processledningen står ej i relation till förhandlingsprincipen, sådant begreppet här bestämts, och har öfver hufvud ej något samband med de i denna § behandlade spörsmålen. Den formella processledningen skall behandlas i kapitlet om förfarandets allmänna gång.

Ang. olika uppfattningar om gränsbestämningen emellan formell och materiell processledning, se t. ex. *Levin*, anf. arb. I § 6.

Processdrift (se några uttalanden därom i Bd I sid. 1214 f.) inbe-

böra vara, därom kunna naturligtvis meningarna vara delade, och de moderna lagarna förete också vissa olikheter. Den centrala frågan kan måhända lämpligen formuleras så: Bör domarens initiativ begränsas till en inverkan på det af parterna åvägabragta processmaterialet, eller bör han jämväl i viss omfattning ega införa nytt processmaterial i rättegången? Väljer man det förra alternativet, så betecknar den materiella processledningen ej någon verklig inskränkning i förhandlingsprincipen (om därmed förstås, att parterna ha att anskaffa processmaterialet); den har karaktären af en domareverksamhet af supplerande natur vid sidan af den verksamhet, som parterna i enlighet med förhandlingsprincipen utveckla. Det andra alternativet innebär däremot, att det gjorts undantag från ifrågavarande princip.

Till ytterligare bestämning af begreppet domarens materiella processledning äro ännu några anmärkningar af nöden. Begreppet blir för trångt, om man uteslutande beaktar dess relation till förhandlingsprincipen. Det kommer nämligen i sådant fall att blott afse domarens verksamhet m. h. t. det material, på grundvalen hvaraf befogenheten af parternas yrkanden pröfvas, d. v. s. (med bortseende från rätts- och erfarenhetssatser) hans verksamhet för utredning af saksammanhanget och åstadkommandet af bevis. Men man bör lämpligen under begreppet inrymma jämväl hans verksamhet i syfte att få klargjort hvad parterna *yrka* och eventuellt — om man nu vill tillerkänna domaren en dylik befogenhet — att vara dem behjälpliga med framställandet af yrkanden. Att denna senare sida af *offi-*

gripes af en del författare under den formella processledningen. Om man gör detta, får man ej med allt, som hör till processdriften, ty denna åligger ej nödvändigtvis till alla delar — särskildt gäller detta enligt svensk rätt — domstolen eller något domstolsorgan. För min del behandlar jag de spörsmål, som röra processdriften, för sig (i kap. II af förevarande afdelning), och inrymmer dem icke vare sig under den formella processledningen eller under framställningen af förhandlingsprincipen.

cium judicis så nära sammanhänger med den förra, att de böra begreppsligt sammanhållas, torde ligga i öppen dag.

III. I ordningen kommer nu att lämna en framställning af gällande svensk rätts regler beträffande de spörsmål, som ha afseende å förhandlings- och undersökningsprinciperna samt domarens materiella processledning. Ämnet angår, såsom man af det föregående torde finna, hufvudsakligen domarens och parternas förhållande till hvarandra m. h. t. anförandet af fakta samt förebringandet af bevis.

a) Det antages allmänt inom teorien⁸, att förhandlingsprincipen är rådande i svensk civilprocessrätt. Man är dock på samma gång ense om, att den lider vissa undantag, och att principen icke har sådan innebörd, att den utesluter en kraftig materiell processledning från domarens sida; en dylik processledning anser man tvärtom vara af lagen påbjuden. Huru härmed sig förhåller, vill jag till en början, innan jag går in på enskildheter, i största allmänhet undersöka.

Det torde vara lämpligast att utgå från en granskning af RB:n i 1734 års lag och tillse, huruvida den lämnar klart besked. Detta kan näppeligen anses vara fallet. Lagen innehåller visserligen åtskilliga stadganden, som tala om anföranden och bevisning af parterna och ge vid handen, att de därvid handla af eget initiativ; se sålunda dels de bestämmelser i 11, 12, 14 och 16 kap. (sådan RB ursprungligen lydde), som röra parternas kärande och svarande, den närmare utvecklingen af deras talan, deras begäran att varda muntligen hörda samt svarandens framställande af invändningar, dels ock de bestämmelser i 17 kap., som röra förebringandet af bevis från parternas sida. Men att lagen skulle kunna sakna dylika bestämmelser, är knappast tänkbart, och deras förhandenvaro kan ej betraktas såsom i nå-

⁸ Se sålunda *Schrevelius*, Civilprocessen sid. 81; *Lindblad*, Läran om bevisning sid. 227; *Annerstedt*, anf. arb. sid. 24 f.; *Broomé*, Civilprocessen sid. 113; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 14, samt *Grantelt*, Den materiella processledningen sid. 74.

gon mån beviskraftig i förevarande afseende. Det är ju nämligen själfklart, att ett initiativ till att anföra och bevisa måste tillkomma parterna i civilprocessen, och af lagrum, som omnämna och gifva regler för detta initiativ, kan man därför ej med fog draga den slutsatsen, att det processuella förfarandet är byggt på förhandlingsprincipen⁹. Emellertid finnas dock vissa hithörande lagrum, som svårligen tillåta annat antagande, än att, så långt de sträcka sig, förhandlingsprincipen är rådande. Då lagen i 17: 1 och 3 nämmer part såsom den där tager initiativet till bevis genom skrift eller vittne, ligger otvifvelaktigt den tanken bakom, att det ankommer på parterna ensamma att sörja för sådan bevisning. Det torde därför böra anses af RB tydligt framgå, att undersökningsprincipen åtminstone beträffande bevisningen icke i allo eger giltighet. Huruvida denna princip gäller beträffande anförandet af fakta, kan däremot synas vara mera tvifvelaktigt. Dock vill jag härvid genast göra ett förbehåll. Det bör icke sättas i fråga, att en undersökningsprincip, så vidtgående, att den komme i strid med dispositionsprincipen i hvad denna afser anförandet af fakta (se ofvan sid. 14 ff.), skulle ega giltighet. Utan ett stadgande, som tvingar till annan åsikt, kan man ej med fog hålla före, att parternas materiella dispositionsrätt eller någon gifven konsekvens af denna är processuellt träd för nära. Men med denna begränsning kunna vissa lagrum anses tyda på, att domstolen har rätt att gentemot parterna utöfva en ingående inkquisition för att få till stånd en fullständig och sannfärdig utredning af saksammanhanget. Hvad jag härmed syftar på, framgår af det närmast här efter anförda.

Domstolens verksamhet säges i RB helt allmänt vara

⁹ Detta framhålles särsk. gentemot *Annerstedt*, anf. arb. sid. 25, som i 16 kap:s bestämmelser om svarandens invändningar och i 17 kap:s om företeende af bevis ser uttryck för förhandlingsprincipen.

att döma¹⁰. Därunder inbegripes såväl dömandet i egentlig mening som domstolens verksamhet under det förfarande, som föregår dömandet. I sådana fall, i hvilka det finnes särskild anledning att skilja mellan dömandet och den verksamhet, som går förut, karaktäriseras denna senare såsom ett rannsakande¹¹; äfven eljest möter man denna distinktion och beteckning¹². I några lagrum tillägges domstolen uppgiften att under målets handläggning söka utleta sanningen¹³. Äfven en del andra lagstadganden kunna åberopas till stöd för åsikten, att lagstiftaren förlänat domaren befogenheten och samtidigt ålagt honom plikten att till rättvisans fromma utöfva en inkvisitorisk verksamhet gentemot parterna¹⁴.

För att få visshet, så vidt sådan står att vinna, om vår lags allmänna ställning till frågan om domarens ansvar för utredningen af det faktiska är det dock ej tillräckligt att stanna vid RB. De bestämmelser, till hvilka ofvan hänvisats, och andra liknande medge icke några afgörande slutsatser. Att ett initiativ till utredningen af saksammanhanget ålagts domaren, måste anses stå fast, men huruvida detta initiativ har den omfattningen, att 1734 års rättegångslag bör antagas i det hela hylla undersökningsprincipen, är

¹⁰ Se sålunda RB 1: 1, 2, 4, 7 och 9; 6: 5; 10: 2, 5, 8, 9, 14 m. fl. 23: 1, och många andra.

¹¹ Se RB 5: 1; 6: 1 och 4; 10: 21. Det sista lagrummet angår brottmål, och det kan förtjena uppmärksammas, att lagen vid angifvandet af den domen föregående handläggningen icke gör någon skillnad emellan tviste- och brottmål. — *Annerstedt*, som, aqf. arb. sid. 25 not 3, hänvisar till några af de lagrum, i hvilka domstolen omnämnes såsom rannsakande, fränkänner desamma beviskraft i förevarande hänseende; han säger kort och godt, att däraf ej kan dragas några slutsatser om undersökningsprincipens tillämplighet.

¹² Se 3: 3 RB.

¹³ Se RB 12: 3; 14: 9; 17: 20, 30 och 35.

¹⁴ Se särsk. RB 14: 6 och 15: 1 in fine. I afseende å 14: 6 åsyftas företrädesvis bestämmelsen, att domaren skulle ega ex officio besluta om muntligt förhör med part, och betr. 15: 1 det välbekanta stadgandet, att domaren eger meddela föreskrift om parts personliga inställelse vid rätten.

fortfarande en öppen fråga¹⁵. Lagen måste ses i belysningen af den bakom liggande historiska utvecklingen. Med några få ord skall jag söka framlägga de resultat, till hvilka den rättshistoriska forskningen härutinnan kommit¹⁶.

I den gamla germanska processen, sådan den till sina hufvuddrag möter ännu i våra medeltidslagar, fanns ej något mera afsevärdt utrymme för materiell processledning från domstolens sida. Under inflytande af kanonisk rätt försiggick så småningom en utveckling till materiell bevisning; den stod i sammanhang därmed, att nämnden, som ursprungligen var ett bevismedel och yttrade sig efter undersökning af hvad som var sant i målet, blef en del af domstolen¹⁷. Först då processen erhållit denna väsentligen nya karaktär, kunde det blifva fråga om en materiell, af domaren utöfvad processledning, och man torde ha all anledning antaga, att, då utvecklingen hunnit därhän, att nämnden inom häradsrätterna utöfvade den hufvudsakliga dömande funktionen¹⁸, dessa domstolar genom en kraftig, näppeligen inom fullt bestämda gränser bunden processledning inverkat på utredningen. Jämväl inom stadsdomstolarna torde lekmanneelementet ha innehaft en stark ställning, hvarmed efter all sannolikhet följde en ganska vidtgående process-

¹⁵ Att anse uttrycken rannsaka och utleta sanningen, med hvilka domarens uppgift under handläggningen betecknats, afgörande, vore uppenbarligen att lägga öfverdrifven vikt på ord. Ett rannsakande eller utletande af sanningen kan för öfrigt förekomma i större eller mindre utsträckning.

¹⁶ Se härom särsk. *Matz*, anf. arb. sid. 6—48; vidare *Engströmer*, Vittnesbeviset (den historiska öfversikten); *Wrede*, Bidrag till kännedomen om processen under 1600-talet, i Valda jur. uppsatser sid. 160 ff.

¹⁷ Jfr några anmärkningar i Bd I del 1 sid. 176 f. (2:dra uppl. sid. 165 f.).

¹⁸ Se på det i nästföregående not citerade stället hvad i en not anföres ur 1643 års försl. till Tingh Måla Rätt ang. förhållandet emellan häradshöfdingen och nämnden; det framhålles tillika, att förslaget torde i denna del väsentligen återgifva hvad som då tillämpades såsom gällande rätt.

ledning¹⁹. — Om förfarandet i hofrätten i tiden efter dess tillkomst kan man med stöd af de författningar, som reglerade detta förfarande (1614 Rättegångsordinantie och 1615 års Rättegångsprocess), äfvensom hofrättens protokoll, som hade karaktären af ett förhandlingsprotokoll, bilda sig en säkrare kunskap²⁰. Detta i sin ordning medger otvifvelaktigt slutsatser m. h. t. praxis i de lägre domstolarna eller i hvarje fall till hvad som ansågs tillåtet därstädes. Parterna hade att både skriftligen och muntligen utföra sin talan. Omkring en klagoskrift af kåranden och en svarsskrift af svaranden utvecklade sig den vidare förhandlingen, och denna spelade till en början hufvudrollen; den omfattade en framställning af saken i dess helhet. Det var sålunda möjligt för hofrätten att verka för en grundlig utredning, hvad angår så väl anförandet af fakta som deras styrkande, och af denna möjlighet begagnade sig hofrätten i fullt mått, då det påfordrades, genom att gifva parterna utförliga anvisningar om processmaterialets fullständiggande, stundom t. o. m. därigenom, att hofrätten själf gick i författning om införskaffande af bevis. Hurusom processledningen emellertid under 1600-talet blef allt slappare och förhandlingsprincipen allt starkare gjorde sig gällande vid underdomstolarna, är nogsam bekant. Åtskilliga omständigheter samverkade härtill. Det blef allt vanligare, att målen ej afgjordes omedelbart efter en till ett enda rättegångstillfälle koncentrerad partsförhandling och bevisföring, utan att uppskof egde rum, ofta upprepade gånger²¹.

¹⁹ Jfr *Matz*, anf. arb. sid. 14 f. Författaren uttalar den förmodan, att det varit en af undersökningsmaximen starkt modifierad förhandlingsmaxim, som på slutet af 1500- och början af 1600-talet tillämpades vid underdomstolarna.

²⁰ Jfr *min* bok om Rättsmedlen sid. 205 ff., samt *Fahlerantz*, Rättfärdighet i rättskipning I sid. 307—425 och *Matz*, anf. arb. sid. 17 ff.

²¹ Bland de olika orsakerna må framhållas bristen på förberedelse af målen före första rättegångstillfället och det allt mer sig utbredande bruket, att parterna läto sig företrädas af ombud. Då dessa ombud ofta saknade förmåga att med tillfyllestgörande sakkännedom, reda och koncentration muntligen utveckla hufvudmannens talan eller för

Därmed lät det ej längre sig göra att döma omedelbart på grundvalen af en muntlig förhandling; hela processmaterialet upptogs i protokollet, och förfarandet blef hvad man kallat muntligt-protokollariskt²². Äfven i det afseendet vann skriftligheten insteg på bekostnad af muntligheten, att den muntliga formen för förhandlingen emellan parterna, som tidigare varit allenarådande eller dock den för förfarandet väsentligen bestämmande, alltmer började utträngas af den skriftliga. De båda hufvudorsakerna till den materiella processledningens tillbakagång äro härmed angifna: *uppskof* och *skriftlighet*; såsom af all erfarenhet bekräftadt och allbekant är, minska de starkt domarens förmåga och intresse af att utöfva en effektiv processledning. Också torde i slutet af 1600-talet förfarandet vid underrätterna ha undergått en högst väsentlig förändring och — om man anlägger processledningssynpunkten — försämring, jämfördt med tillståndet vid århundradets början. Förhållandena vore dock ganska olika i olika landsdelar och öfver hufvud olika på landsbygden och i städerna. På landsbygden, där advokatväsendet ej ännu på långt när vunnit

sin bekvämlighets skull blott skriftligen utförde densamma eller rent af för egen vinnings skull drogo ut på tiden, främjades uppskofs-systemet.

²² Förfarandet, som förut varit i den (moderna) mening muntligt, att domstolen dömde omedelbart på grundvalen af hvad muntligen inför densamma anförts, blef sålunda i o. m. uppkomsten af ett fullständigt förhandlingsprotokoll i den (moderna) mening skriftligt, att protokollet kom att utgöra domens omedelbara grundval. Uppkomsten af det fullständiga förhandlingsprotokollet berodde dock ej uteslutande på det vid underrätterna allt mer öfverhandtagande uppskofsväsendet. Äfven andra omständigheter medverkade, i hviket afseende må nämnas, dels att i p. 15 af 1614 Rätteg.-ord. stadgats, att underrätterna skulle årligen inleverera sina domböcker till hofrätten, på det att denna måtte komma i tillfälle att öfva kontroll öfver, huru rättskipningen handhades (se därom detta arbete Bd I del 1 sid. 226, 2:dra uppl. sid. 213 f.) — ett stadgande, som för sin effektivitet nästan nödvändiggjorde ett förhandlingsprotokoll — dels ock att, i samma mån som i hofrättsprocessen muntligheten tillbakaträngdes och förfarandet antog karaktären af en skriftväxling, underrättsprotokollets betydelse väsentligen stegrades.

den utveckling som i städerna, framför allt i de större, fortlefde ännu i stor utsträckning bruket, att parterna själfva, mestadels muntligen, utförde sin talan, och hand i hand därmed gick otvifvelaktigt en kraftig processledning²³.

Rättegångsstadgan af den 4 juli 1695²⁴ betecknade ett försök från lagstiftningens sida att främja rättskipningens snabbhet genom en reform af förfarandet, därvid lagstiftaren särskildt var betänkt på att vinna sitt syfte genom en maning till domstolarna att utöfva en energisk processledning²⁵. Också gjorde sig under tiden närmast före tillkomsten af 1734 års lag åtminstone inom teorien den åsikten gällande, att domaren i viss mån var ansvarig för att saken blef utredd och sanningen kom i dagen. *Nehrman's* uttalanden i hans år 1732 publicerade första upplaga af arbetet om den svenska processum civilem äro härutinnan fullt bestämda. I Cap. XVI, »Om munteliga förhör» (se särsk. §§ 1—6) betonar *Nehrman*, att eftersom domaren omöjligen kan döma rätt, innan han tydligen fattat själfva saken och vet alla dess omständigheter, domstolen bör, då den »åstundar större upplysning af parterna uti en eller annan omständighet», föranstalta om muntligt förhör och därvid fråga om det, som af växlade skrifter ej kunnat inhämtas. Först bör, enligt författarens framställning, genom frågor till parterna utredas hvad stridigt är (*status*

²³ Jfr Abrahamssons anmärkningar mot förslaget till RB vid 1734 års riksdag (14 kap. § 1; se *Förrarbetena* VIII sid. 217 f.), hvori han uttalar såsom sin bestämda öfvertygelse, att en verklig reform af processen, hvarigenom denna förkortades och bragtes till ett skyndsamt slut, förutsatte, att skriftväxlingar afskaffades och muntligt föredrag återställdes, »liksom ännu skier wid häradstingen». Den enligt Abrahamssons uppgift tidigare här i riket förekommande men sedermera ur bruk komna, dock ännu vid häradsrätterna bibehållna processen karaktäriserade A. sålunda, att »kiäranden korteligen föreställer speciem facti, tillijka med sitt påstående, och där swaranden sådant nekar, föreställes wittnen och documenter, som strax examineras, och därpå dömmes». Jfr ock *Matz*, sid. 46 f.

²⁴ Se *Schmedeman* sid. 1414.

²⁵ Se särsk. p. 4 och 24 i 1695 års stadga; jfr ock *Matz*, sid. 11 f.

controversiæ); därefter, såframt »målet beror therpå, om ock sielfwa *factum* och thes omständigheter äro rätt anförde: måste *Contraparten*, gienom frågor och swar therpå, öfwertyga then, som liuger och nekar sanningen ock sakens rätta sammanhang; ther med, at han antingen beslår honom med osanning eller ock med twetalan. Är parten ey wuxen til thenna syslan: bör domaren således försöka bägge the twistande och ey allenast en af them.» Ännu mera anmärkningsvärdt är Nehrman's uttalande i Cap. XX, »Om egen bekännelse», § 5: »Efter then naturliga Lagen äger Domaren rätt at utforska sanningen af the twistande Parter, och then rättsökande är berättigad at utfråga thet, som händt och skiedt är; Therföre äro ock alla twistande Parter förbundna och skyldiga at tala och bekiänna thet, som sant är in för Rätten: antingen Domaren eller Parten frågar ther efter»²⁶. Så tydligt som det gärna är möjligt träder här i dagen den uppfattningen, att domaren hade att genom en mot parterna riktad inkquisition söka få sakförhållandet fullständigt utredt och sanningen i dagen. Hvad däremot angår införskaffandet af bevis ger Nehrman's framställning ej annat vid handen, än att han tänkt sig denna verksamhet öfver hufvud ankomma på parterna²⁷.

²⁶ Af intresse att uppmärksamma är häfdandet af den principen, att hvardera parten var skyldig att på frågor af vederparten sannfärdigt redogöra för det faktiska förloppet.

²⁷ Se Cap. XVII och XVIII i *Processus civilis* (1732 års uppl.). Ett af *Nehrman* i Cap. XXIV, »Om uppskof och fatalier», § 33 gjordt uttalande synes stå i strid med det i texten anförda. Han tillägger nämligen domaren rätt att ex officio besluta om uppskof, bland annat, för att afhöra flera vittnen, »som uti *actis* blifwit nämnde; men parten ey förståt at framkalla them». *Matz*, som, anf. arb. sid. 9 not 4, citerar detta Nehrman's yttrande, antager, att det ej bör förstås så, som om N. hållit före, att domaren egde inkalla af parten ej uttryckligen åberopade vittnen, utan så, att N. blott velat inskräpa domarens plikt att hjälpa rättsökunniga och enfaldiga parter. Jag anser också för min del, att af ifrågavarande yttrande icke bör dragas en så vidtgående slutsats, som att Nehrman öfver hufvud förmenat, att vår rätt stått på den ståndpunkten, att domaren egde gå i författning om vittnesför-

En sammanfattning af de föregående öfversiktliga anmärkningarna ger till resultat, att 1734 års RB, så vidt angår det processuella förfarandet och förhållandet därvid emellan domarens och parternas verksamhet, betecknar en reaktion emot de tendenser till slapphet beträffande domarens medverkan till åstadkommande af utredning om saksammanhanget, som under 1600-talet allt tydligare framträdde. Att lagen velat lägga en kraftig processledning i domarens hand, är höjdt öfver allt tvifvel; det styrkes till fullo af den historiska utvecklingen och de uttalanden i RB, till hvilka ofvan hänvisats, jämte ytterligare några nedan framhållna lagrum.

Vill man då härefter ha ett uttryckligt svar på frågan, om det processuella förfarandet är byggdt på förhandlings- eller undersökningsprincipen, så vill jag närmast uttala, att frågeställningen är för vår lags del så tillvida mindre passande, som den teoretiska motsättningen emellan de båda principerna är en produkt af en senare tids processrättsvetenskap och varit för 1734 års lagstiftare till sin abstrakta innebörd främmande. Skall ändock ett allmänt svar lämnas — och i ett modernt vetenskapligt och systematiskt arbete om civilprocessen torde det vara ofrånkomligt — bör det för visso gå ut på, att förhandlingsprincipen är rådande, men att vid sidan af densamma står principen om en kraftig materiell processledning från domarens sida. Detta svar lämnar det närmast riktiga facit af den historiska utveckling, som ligger bakom 1734 års lag²⁸, och i

hör med personer, som ej af part i sådant afseende åberopats. I hvarje fall har enligt min mening 1734 års lag icke intagit denna ståndpunkt, ehuru Nehrman i sin andra år 1751 utgifna upplaga af *Processus civilis* Cap. XXIV, § 32, upprepat förenämnda yttrande.

²⁸ *Annerstedt*, anf. arb. sid. 25, åberopar till stöd för påståendet, att vår process hvilar på förhandlingsprincipen, det förhållandet, att den svenska processen i likhet med processen hos öfriga germanska folk i äldsta tider var grundad på förhandlingsprincipen, samt att i det enda främmande land, Tyskland, hvarifrån vår process under 17:de och början af 18:de seklet rönt någon inverkan, förhandlingsprincipen under samma tid var uteslutande härskande. — Hänvisningen

sammanhang därmed af innehållet i samma lags RB. Hvad särskildt det senare angår, så är det uppenbart och har redan förut anmärkts, att det i fråga om bevisningen är alldeles uteslutet att med fog kunna påstå undersökningsprincipen öfver hufvud ega giltighet. Vidkommande anförandet af fakta, så hvarken tvingar eller ens berättigar lagens innehåll till antagandet, att domstolen skulle vara pliktig eller under några omständigheter ens ha befogenhet att på egen hand sörja för utredningen af saksammanhanget. Då i lagen talas om ett rannsakande eller utletande af sanningen från domstolens sida eller om rätt för domstolen att anställa muntligt förhör med parterna, eventuellt med part personligen, torde säkerligen närmast blott åsyftas en verksamhet, som hänför sig till det af parterna i processen införda faktiska materialet, och en dylik verksamhet innefattar ej något med förhandlingsprincipen oförenligt. För öfrigt ligger den egentliga vikten på undersökningen af de särskilda spörsmålen, och till denna undersökning öfvergår jag nu. Det må dessförinnan blott tilläggas, att den lagstiftning, som tillkommit efter 1734, icke föranleder ett annat allmänt omdöme än det här nyss förut fälda.

b) Till vinnande af klarhet och öfverskådlighet skiljer jag emellan processledning, som hänför sig till anföranden af parterna och kan sägas bestå i en inverkan på dessa anföranden, samt processledning, som går ut på införande af nytt i rättegången. Någon fullt fast gräns emellan det ena och andra kan väl ej dragas, men distinktionen bidrager icke dess mindre till reda i framställningen och till att underlätta uppfattningen af hithörande spörsmål. Vidare är det anledning att för sig, skild från domarens materiella processledning i öfrigt, behandla den processledning, som

till främmande rätt är visserligen icke utan sitt intresse, men dock i och för sig långt ifrån afgörande eller ens synnerligen öfvertygande, ty rättsutvecklingen på det processuella området bestämdes under 1600-talet och fram till 1734 säkerligen i främsta rummet af inhemska faktorer.

består däri, att domaren söker sörja för att fakta, där en bevisande verksamhet erfordras för att de skola stå fast, blifva bevisade. Tilläggas må, att det närmast är fråga allenast om den processledning, som har afseende å det omprocessade materiella rättsförhållandet.

1) Hvad först beträffar den processledning, som angår anföranden af parterna, så är det uppenbart (se ett uttalande därom redan i det föregående, sid. 43), att domaren är både berättigad och pliktig att rikta frågor till dem för att förvissa sig om hvad de verkligen anfört och hvad deras ord betyda. Delvis men ej i allo sammanfallande härmed är domarens uppgift att genom frågor och anmaningar till parterna verka för, att *alla* deras anföranden (vare sig yrkanden, rättshandlingar, uppgifter om fakta, rättsliga deduktioner eller uttalanden om erfarenhetssatser m. m.)²⁹ blifva fullt klara, otvetydiga och fria från motsägelser samt, hvad särskildt angår framställningarna af det faktiska förloppet, fullständiga, så att de ej förete luckor, äfvensom sannfärdiga. Vidkommande det sist sagda eller frågan om uppgifters sanning, så är det enligt min uppfattning af svensk rätt otvifvelaktigt, att ej blott en negativ utan äfven en positiv sanningsplikt åligger parterna, och mot domarens rätt att fråga för att få sanningen i dagen svarar således en plikt för parterna att svara³⁰.

Domarens rätt och plikt att söka förskaffa sig en uttömmande och riktig uppfattning af sakförhållandet kommer ej allenast till uttryck i den frågerätt, som i det föregående tillerkänts honom. Man bör otvifvelaktigt gå längre och anse domstolen ega till möjliggörande eller underlättande af uppfattningen om sakförhållandet föranstalta om införskaffande af sådana hjälpmedel som kartor, planritningar, stamtaflor, offentliga urkunder m. m. dyl.³¹ Domstolen

²⁹ Jfr Bd I § 62.

³⁰ Jfr Bd I sid. 1105 f., 1113 ff.

³¹ I Nya Lagberedningens principbetänkande, andra delen kap.

torde härvid kunna antingen förelägga part att förete dem (24: 1 RB) eller ock, om så finnes lämpligare, själf gå i författning om införskaffandet. För bedömandet af frågan, om nu nämnda befogenhet tillkommer domstolen, är den synpunkten afgörande, att det härvid gäller åvägabringande icke af bevis utan af medel för uppfattningen af saksammanhanget; för vederbörlig pröfning därpå är det en själfklar förutsättning, att domaren förstår detsamma.

Till den processledning, hvarom nu är fråga, hör vidare, att domaren skall lämna part tillfälle att yttra sig om, ja anmana honom att yttra sig om af vederparten framställda yrkanden och om hvarje i rättegången infördt relevant faktum, som parten ej kan i egentlig mening sägas själf ha anfört³². Detsamma gäller om andra partsanföranden, såframt domaren finner deras innehåll vara sådant, att motparten lämpligen bör förklara sig däröfver.

2) Om hvad hittills inrymts under domarens materiella processledning torde det i stort sedt knappast kunna råda någon meningsskiljaktighet. Däremot rör man sig, åtminstone delvis, icke på fullt lika säker mark, då man söker svar på frågan, i hvad mån domaren eger verka för, att det kommer in nytt i processen.

Först stannar jag vid *yrkanden*. Det är parternas sak att framställa yrkanden. Domaren får icke ge part anvisning på något nytt yrkande, som han anser parten böra såsom för sig förmånligt och af omständigheterna i målet motiveradt framställa, ty genom en sådan hjälp åt parten under handläggningen skulle domaren engagera sig på ett sätt, som ej är väl förenligt med den neutrala hållning han bör intaga. Men man går tvifvelsutän för långt, om man påstår, att domaren icke får lämna part någon som helst vägledning i afseende å ett yrkande. Domaren både kan och bör söka åstadkomma, att ett af part redan fram-

V § 6 af förslagen, har upptagits stadgande härom; jfr motiverna sid. 216 f.

³² Jfr ovan sid. 12 f.

ställdt yrkande erhåller en juridiskt tillfredsställande formulering; det är ej här fråga om ett egentligt nytt yrkande i stället för ett annat utan om en korrigerig, hvarigenom partens verkliga mening får ett passande yttre uttryck och kommer till sin fulla rätt. Hvad som åsyftas har jag redan tidigare haft anledning framhålla och i anslutning till ett rättsfall belysa³³.

Lika litet som domaren eger anvisa part att framställa något nytt yrkande, lika litet får han lämna anvisning på någon ny *invändning*. Att närmare utföra detta torde ej vara nödigt.

Härefter skall tillses, huruvida domaren har någon uppgift beträffande införandet af *nya fakta* i rättegången.

a) Det har förut (se ofvan sid. 14 ff.) utvecklats, att domstolen ej får till grund för sin pröfning af en påstådd rättighets existens lägga något annat faktum än parten *åberopat*. Ett är emellertid, att bifall till ett påstående om rätt endast kan grundas på ett af parten åberopadt faktum, ett annat, huruvida samma faktum jämväl måste införas i rättegången af parten. Det sista spørsmålet sammanfaller väsentligen med det, huruvida domstolen eger ge parten biträde med att anvisa fakta, egnade att stödja hans rätt, eller, hvilket är detsamma, fästa hans uppmärksamhet på sådana fakta.

Vid den närmare undersökningen af detta ämne kan man lämpligen göra början med att bestämma, huruvida och i hvad mån domaren har att medverka till individualiseringen af den sak, som käranden genom stämningen vill göra till processföremål.

Initiativet till rättegång tages, som bekant, af käranden, hvilken anhängiggör rättegången genom att uttaga stäm-

³³ Se Bd I sid. 934 f. not 53.

I tyska C.P.O. § 139 bestämmes bland annat, att domaren har att verka för, att parterna framställa *sachdienliche Anträge*. Huruvida denna föreskrift går längre, än hvad jag ofvan ansett vara med svensk rätt förenligt, vågar jag ej uttala någon mening om.

ning och delgifva den åt svaranden. Redan stämningen skall i vissa fall upptaga processmaterial, som utgöres af fakta. Den skall nämligen (11: 5 och 6 RB) uppgifva, bland annat, saken, d. v. s. det omprocessade rättsförhållandet, och detta skall ske med den fullständighet, att rättsförhållandet blir individualiseradt (= så kännetecknadt, att det kan skiljas från andra); därtill hör i vissa fall uppgift på rättsförhållandets uppkomstgrund. Huruvida det är af nöden att nämna uppkomstgrunden, beror på rättsförhållandets art, i hvilket afseende här blott behöfver hänvisas till annorstädes lämnad framställning³⁴.

Till den del processföremålet individualiseras genom processmaterial af faktisk natur, bör detta senare således redan genom stämningen af käranden införas i rättegången. I olika afseenden möter emellertid frågan, huruvida domaren har att medverka vid individualiseringen. Först har man att afgöra, om domaren bör söka bidra till, att processföremålet blir vederbörligen individualiseradt i stämningen; ett andra spörsmål är, om — för den händelse det anses kunna förekomma, att processföremålet individualiseras först under målets handläggning vid rätten — domaren har att medverka till, att sådan individualisering kommer till stånd.

Hvad först angår processföremålets individualisering i stämningen, så kan man, med anledning af stadgandet i 11: 5 RB, att käranden skall uppgifva saken, ifrågasätta, huruvida icke stämningsgifvaren bör söka genom frågor till käranden åstadkomma, att nödiga uppgifter om saken lämnas³⁵. Någon *skyldighet* härtill kan näppeligen anses åligga stämningsgifvaren för det fall, att stämningsansökningen är skriftlig. I sådant fall inskränker sig stämningsgifvarens åliggande — bortsedt däriifrån, att stämning vägras, något som icke bör ske på den grund, att

³⁴ Jfr Bd I sid. 885 ff., samt *min* bok om Rättsmedlen sid. 127 ff.

³⁵ Jfr *Granfelt*, Den materiella processledningen sid. 74 ff., som delvis uttalat afvikande åsikter.

processföremålet ej är vederbörligen individualiseradt, förutsatt, att det är åtminstone antydt — till att å ansökningen teckna stämmingsresolution; någon komplettering af ansökningen på stämmingsgifvarens initiativ förekommer icke³⁶. Ej annorlunda ställer sig efter mitt förmenande förhållandet, därest stämmingsansökningen är muntlig. Det faller sig under denna förutsättning alldeles naturligt, ja nästan själfklart, att stämmingsgifvaren söker genom frågor åstadkomma, att stämningen får nödig fullständighet, men skyldig därtill kan han näppeligen anses vara. Någon sådan förpliktelse har ej skäligen kunnat åläggas stämmingsgifvare, som förordnas jämlikt 11:3 st. 2 RB, och i lagen finnes ej något, som antyder, att skillnad är gjord emellan där nämnda och andra stämmingsgifvare.

Med svensk rätt öfverensstämmande måste anses vara, att domstolen i fall, då saken icke är i stämningen vederbörligen individualiserad, förklarar sig icke kunna upptaga käromålet till pröfning. Lagen innehåller icke något stadgande, som ger käranden rätt att inför domstolen undanrödja i stämningen förefintlig brist m. h. t. individualiseringen³⁷. I rättskipningen upprätthåller man dock sedan gammalt icke med sådan stränghet lagens fordran på sakens angifvande i stämningen. Stämningar, som äro bristfälliga i ifrågavarande afseende, äro synnerligen vanliga, men domstolarna vägra icke på sådan grund utan vidare att upptaga saken till pröfning. Man tillåter käranden att vid handläggningen inför domstolen bota bristen.

³⁶ Det ligger emellertid i öppen dag, att hinder ej finnes för stämmingsgifvaren att fästa stämmings sökandens uppmärksamhet på stämmingens ofullständighet beträffande angifvandet af saken och att sålunda söka förmå honom att återtaga ansökningen och i stället ingifva en annan med vederbörligt innehåll; att på sådant sätt tillhandaga sökanden, är gifvetvis en förtjänstfull gärning men kan ej anses vara en plikt för stämmingsgifvaren.

³⁷ Se stadgandena i 24:3 RB, att domstolen har att döma öfver hvad käranden efter stämningen i saken föreställt, samt i gamla 25:21, att rättegångs fel förelupit, om domstolen dömt öfver det, som ej instämts; jfr ock *Granfelt*, anf. arb. sid. 77 f.

I 14 kap. RB, särsk. §§ 1 och 5, äro bestämmelser gifna angående parternas utförande af sin talan inför underrätt, hvilka bestämmelser enligt 26:16 st. 2 jämväl lända till efterrättelse beträffande tvistemål, som till hofrätt instämmas. Det är uppenbart, att här åsyftas en utveckling af käromålet utöfver hvad för processföremålets individualisering kräfves, ty denna senare skall ju, såsom redan nämnts, göras i stämningen. Då man emellertid i praxis icke fasthåller vid lagens fordran i denna del, komma stadgandena i 14 kap. att ega tillämpning jämväl på den framställning af kändanden, som afser att komplettera stämningens brister m. h. t. individualiseringen, och det torde ej kunna ifrågasättas annat, än att domstolen härvid eger i utöfning af sin rätt till materiell processledning bistå kändanden. Man måste dock otvifvelaktigt draga trånga gränser för möjligheten att bota ifrågavarande brist liksom ock för domstolens befogenhet att härvid tillhandagå. Domstolen torde sålunda icke böra bevilja kändanden uppskof i sådant syfte eller själf besluta uppskof med föreläggande för kändanden att lämna nödiga uppgifter eller utsätta förhör med kändanden för att få processföremålet vederbörligen bestämdt⁸⁸. Och hvad angår det antydda bistånd, som domstolen eger lämna kändanden, så kan det ej gå längre än till att domstolen fäster kändandens uppmärksamhet på nödvändigheten att individualisera processföremålet; att domstolen skulle ega angifva någon viss omständighet och anmana kändanden att därpå grunda sitt yrkande, är oantagligt, ty därigenom skulle domstolen uppgifva den opartiska ställning till saken, i hvilken ligger en oeftergiflig garanti för en rättfärdig pröfning, och som därför ej får i någon mån rubbas.

Hvad nu yttrats angående domstolens medverkan till att processföremålet, som bort individualiseras redan i stämningen genom angifvande af yrkandets grund, blir indivi-

⁸⁸ Se ock sålunda *Granfelt*, anf. arb. sid. 79 ff.

dualiseradt under handläggningen inför rätta, har motsvarande tillämpning i fall, då stämningen icke behöfver innehålla någon uppgift om grunden och sådan uppgift ej heller däri intagits. Käranden har t. ex. stämt om att blifva förklarad för egare till en viss sak men icke i stämningen angifvit, hvarpå han grundar sitt påstående om eganderätt. Till att en sådan grund blir af käranden inför rätta åberopad, eger tydligtvis domstolen på sätt och med den begränsning, som ofvan antydts, bidra.

En fråga, som ej sammanfaller med men ligger nära den nu behandlade, är den, huruvida domstolen eger verka för, att käranden, som åberopat en viss, icke bärkraftig grund för sitt yrkande, i stället åberopar en annan grund. Gifvitvis afses endast sådana fall, i hvilka åberopandet af en ny grund icke innefattar en obehörig ändring af talan³⁹. Det bör enligt min mening antagas, att domstolen icke öfverskrider sin befogenhet, om den gör käranden uppmärksam på, att den af honom åberopade grunden icke är tillfredsställande, och att han därför bör ersätta den med en annan, men så långt eger domstolen härvid ej gå, att den ger käranden anvisning på något visst konkret rättsfaktum, egnadt att stödja hans talan.

β) Hvad ofvan anförts, har afsett införandet i rättegången af rättsgrundande fakta. Det förhåller sig öfver hufvud på enahanda sätt med åvägabringandet af det faktiska material (rättshindrande och rättsupphäfvande fakta), hvarpå försvaret mot den rättighet, som i processen göres gällande, kan stödjas⁴⁰. Jämväl sådant material ankommer det på parterna och ej på domaren att anskaffa. Man bör

³⁹ Käranden eger t. ex. utbyta en grund för påstådd eganderätt eller för yrkande om svarandens förpliktande att rifva en byggnad med en annan grund. Om ändring af talan lämnas utredning i en senare afdelning af detta arbete; se tillsvidare den utförliga framställningen i *min* bok om Rättsmedlen sid. 128 ff.

⁴⁰ Det må ej förbises, att det nu är fråga om införandet af fakta i rättegången och icke om åberopandet af fakta såsom villkor för deras beaktande; om det senare se ofvan sid. 14 ff.

dock tvifvelsutän såsom ett (föga praktiskt) undantag framhålla, att, om ett dylikt faktum är notoriskt, domaren eger ex officio beakta detsamma, dock så, att han lämpligen bör lämna parterna tillfälle att yttra sig därom. Likaledes får man antaga, att, om parten stöder sitt försvar på en omständighet, som ej är relevant, domaren eger fästa partens uppmärksamhet härpå och i anslutning härtill ge honom vägledning, hur han bör tillrättalägga försvaret⁴¹;

⁴¹ Exempelvis må nämnas, att i ett mål ang. kraf på betalning för levererad vara svaranden bestrider krafvet under påstående, att varan ej varit leveransgill, hvarvid han emellertid fäster sig vid och vill förebringa bevis om varans beskaffenhet å mottagningsorten och icke, såsom vederbör, å leveransorten.

Wach, Vorträge (i afhandl. Das Verhältniss des Richters zu den Parteien) särsk. sid 62 f. och 73, säger, att domarens uppgift m. h. t. målets rättsliga sida är icke blott att i sitt utslag skipa rätt utan att redan under handläggningen af målet upplysa parterna om det rättsliga läget, närmare bestämdt om den rättsliga betydelsen af hvad å ömse sidor åberopats; han finner det ock uppenbart, att domaren eger upplysa part om, att hans yrkande icke är tillräckligt grundadt och uppmana honom att fullständiga. Gränsen för domarens verksamhet härutinnan drager författaren med följande ord: Nicht der Richter soll vervollständigen und beweisen. Er soll der Partei die Gelegenheit geben, es zu thun. Wachs utläggning hänförde sig till §§ 130 och 464 i tyska C.P.O., sådan den ursprungligen lydde; se numera, efter de ändringar C.P.O. (senast 1924) undergått, § 139, som, särsk. betr. Landgerichte (kollegiala domstolar, som i vissa mål döma i första instans), utvidgat den materiella processledningen.

Inom den svenska civilprocesslitteraturen har *Matz* i sitt här upprepade gånger citerade arbete fällt några uttalanden, som det ligger nära till hands att fatta så, som om han ansåge domarens materiella processledning ha en afsevärdt större utsträckning än ofvan angifvits. Författaren yttrar sålunda, sid. 55, att domaren i 1734 års lag ansetts skyldig att lämna parten anvisningar i afseende å de rättsfakta, som af honom borde argumenteras (= åberopas) och bevisas; till stöd härför hänvisas till 11:1 RB (ursprungl. lydelsen), som innehöll, att domaren skulle, då någon ville till annan kära, gifva skriftlig stämning, och att han (d. v. s. domaren) skulle däri nämna, bland annat, saken. Det torde dock icke vara författarens mening, att det ålagts domaren rent af att efterforska fakta egnade att läggas till grund för kärandens talan, utan meningen torde endast vara, att domaren skulle söka genom frågor verka för fullständighet i de uppgifter af käranden, på hvilka den af domaren skriftligen affattade

regeln, att domaren ej får ge part anvisning om framställande af invändning, får dock ej härvid öfverträdas.

γ) Inom processteorien har man särskildt uppmärksammat det fall, att en part anför och förklarar för sant ett faktum, som länder honom själf till nackdel, ehuru samma faktum ej förut åberopats af motparten⁴². I allmänhet är det härvid fråga om rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta (invändningsfakta), som anföras af käranden, utan att svaranden förut framställt någon invändning. Ifrågavarande företeelse har framkallat mycken tvekan beträffande såväl det rättsliga bedömandet som den praktiska behandlingen. Af några har påståtts⁴³, att här föreligger ett erkännande,

stämningens angifvande af saken vore att grunda. I hvarje fall innehåller 11 kap. RB, sådant det numera lyder, ej något stadgande, som föranleder till antagande af en längre gående processledning i ifrågavarande afseende än förut i texten utredts. Beträffande för öfrigt domarens ställning till partens argumentation (hans åberopande af rättsfakta) enligt gällande svensk rätt innefattar den af *Matz* å sid. 117 ff., gjorda utläggningen uttalanden, som, om de tagas bokstafligt, enligt min uppfattning gå för långt. Författaren framhåller, hurusom parten för att kunna åberopa vederbörliga rättsfakta till stöd för den rättsverkan han vill göra gällande måste känna den rättssats, på hvars tillämpning det kommer an. Det är, enligt författarens åsikt, domarens uppgift att härvid handleda parten, och författaren säger, sid. 119, uttyckligen, att domaren skall tillhandahålla parten de rättsatser, som för argumentationens utförande erfordras. För min del vågar jag ej påstå, att det enligt svensk rätt åligger domaren att för parten uppgifva vissa fakta, som enligt en viss af domaren nämnd rättssats skulle medföra bifall till partens talan. Man finner ock, att *Wrede*, Domarens processledning etc. sid. 223, uttalar sig med vida större försiktighet. Det kan ock vara af intresse att erinra om hvad tyska C.P.O. § 139 (efter lagändringen år 1924) i förevarande afseende stadgar om domarens uppgift: »Er hat — — das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien nach der tatsächlichen und der rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen».

⁴² Se härom i all synnerhet *Bülow*, Geständnisrecht sid. 274—311 och där citerad litteratur.

⁴³ Se sålunda *Bethman-Hollweg*, Ueber das gerichtliche und aussergerichtliche Geständnis (i Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses sid. 302 f. not 120 a). Författaren bestämmer erkännande såsom anförande af ett för subjektet ofördelaktigt faktum. Att motparten förut påstått samma faktum, anser författaren ej nöd-

men gemenligen är man dock på det klara med, att detta ej är fallet. Och denna senare mening är uppenbarligen den riktiga, ty ett erkännande förutsätter ett påstående, till hvilket det hänför sig⁴⁴. Insikten om, att ett erkännande ej i förevarande fall är för handen, har gifvit upphof till den meningen, att partens anförande af det för honom själf ofördelaktiga faktum icke kan ha något som helst inflytande på afgörandet⁴⁵. Att denna mening är föga tilltalande, ja öfver hufvud framstår såsom ganska orimlig, torde dock vara uppenbart. Vill man — något som ju onekligen ligger nära till hands — inordna ifrågavarande företeelse under rubriken erkännande, så kan karaktäristiken endast gå ut på, att här föreligger ett *anteciperadt erkännande*⁴⁶. Ett sådant anteciperadt erkännande erhåller, därest motparten därefter åberopar faktum, egenskapen af ett vanligt erkännande. För min del finner jag dock benämningen anteciperadt erkännande icke vara fullt lämplig. Den väcker nämligen föreställningen, att anförandet är till sin verkan beroende af, att det, på sätt nyss nämndes, senare öfvergår till ett vanligt erkännande⁴⁷, och denna föreställning är, såsom nedan vidare utföres, ej riktig.

Man har såsom skäl för, att ett af part anfördt, för honom själf ofördelaktigt faktum, hvilket icke åberopats af

vändigt, ej heller att han senare accepterar erkännandet. Accept »kan förutsättas, emedan ingen part är så dåraktig, att han bestrider för honom fördelaktiga förklaringar, som afgifvits af motparten.» — Jämväl *Wetzell*, System sid. 172, anser ett erkännande föreligga, äfven då faktum förut ej påståtts af motparten, för hvilken det är till fördel, och anser dess verkan oberoende af accept. Jfr *Bülow's* kritik af de nämnda författarnes uttalanden, Geständnissrecht sid. 204 ff.

⁴⁴ Jfr Bd I sid. 1221 samt min skrift, Om eget erkännande etc. sid. 1.

⁴⁵ Så *Brackenhoeff*, Beiträge zur Lehre vom Geständniss im Civilprozess, i Archiv f. d. civ. Praxis Bd 20 sid. 272 f.

⁴⁶ *Bülow* har begagnat sig af denna beteckning: »zuvorkommende Geständnisse».

⁴⁷ För benämningen talar dock, att den utgör en kortfattad och så till vida praktisk beteckning på ifrågavarande företeelse, som eljest kräfver en ganska lång beskrifning.

motparten, ej kan beaktas, hänvisat till förhandlingsprincipen⁴⁸, som förmenas innebära, att domstolen ej får påtruga käranden något angrepps- eller svaranden något försvarsmaterial. Men förhandlingsprincipen, så bestämd, som jag gjort det här ofvan, har ej med ifrågakomna spörsmål att skaffa, ty denna princip angår domstolens förhållande till parterna och icke parternas förhållande till hvarandra⁴⁹. Förhandlingsprincipen säger ej något om, hvilka fakta hvardera parten skall införa i rättegången, den reglerar m. a. o. ej någon fördelning emellan parterna af bördan att anföra och bevisa, utan den innebär, att det ankommer på parterna och icke på domstolen att åvägabringa det faktiska processmaterialet.

Det ligger i öppen dag, att ett s. k. anteciperadt erkännande gifver domstolen en alldeles särskild anledning att genom frågor till parterna fästa deras uppmärksamhet på och uppmana dem att yttra sig om det anförda faktum⁵⁰. Domstolen bör tydligtvis i sådant syfte hänvända sig till båda parterna, ej mindre till den, som afgifvit den ifrågavarande förklaringen, än till motparten. Den förre har möjligtvis — det ligger nära till hands att antaga — sagt annat än han verkligen afsett att säga, uttryckt sig inkorrekt eller ofullständigt, och domstolen bör lämna honom tillfälle att, om han finner det påkalladt, rätta eller fullständiga sitt anförande. Motparten torde ej uraktlåta att själfmant åberopa det anförda och för honom fördelaktiga faktum, men han kan möjligen förbise detsamma, och i hvarje fall är det domstolens plikt att genom hänvändelse till honom söka få till stånd förklaringar från båda parterna.

Då en kärande utvecklats sin talan på sådant sätt, att därpå framgår, att hans påstådda rätt icke eger bestånd, måste käromålet ogillas, äfven om svaranden icke åbe-

⁴⁸ Så *Brackenhoelt*, anf. arb. sid. 273 f.

⁴⁹ Jfr *Bülw*, *Geständnissrecht* sid. 292.

⁵⁰ Domstolens processledningsplikt i detta fall har särskildt beaktats af *Bülw*, anf. arb. sid. 302—306.

ropat den omständighet, hvarpå det härvid kommer an⁵¹. Grunden härtill är, såsom redan antydts, icke, att det föreligger ett af käranden afgifvet erkännande, ty så är icke fallet. Då endast endera parten uttalat sig om faktum, är det icke ostridigt, och det ligger ej heller vikt på förklaringsens bevisvärde. Grunden är helt enkelt den ganska själfklara och naturliga tanken, att man icke kan bifalla en parts begäran om skydd för en rättighet, som, enligt hvad partens egen framställning ger vid handen, icke finnes⁵². Efter mitt omdöme är denna synpunkt sådan, att den, så att säga, rättfärdigar sig själf och vidare motivering är öfverflödig⁵³.

δ) Resultatet af undersökningen, huruvida domaren har att utföra någon processledning med syfte att införa nytt i rättegången, har, såsom man torde ha funnit, blifvit hufvudsakligen det, att domaren väl icke själf får införa något nytt men eger och bör, inom vissa angifna gränser, anmana parterna att anföra eller åberopa nya fakta.

I främmande processlagar möter man ej sällan stadganden, som ålägga domstolen en längre gående processledning i fall, då rättsokunnig part själf utan rättskunnigt biträde utför sin talan. Den omständighet, hvarpå sålunda lägges vikt, har sin egentliga betydelse, då det gäller processledning, som åsyftar införande af nytt i rättegången. Det torde emellertid vara tydligt, att, ehuru behovet af processledning vanligen gör sig starkare gällande i nämnda fall, någon principiell skillnad i afseende å befogenheten och plikten till processledning emellan detta och annat fall ej kan göras, med mindre i lag är uttryckligen annorlunda

⁵¹ Det förutsättes, att svarandens uraktlåtenhet att åberopa faktum icke är att tillägga en dispositiv innebörd, d. v. s. icke är att uppfatta såsom ett uttryck för hans vilja, att faktum lämnas obeaktadt; jfr ofvan sid. 16 ff. Tydligtvis har förevarande fall hufvudsakligen sin betydelse för det fall, att svaranden icke ingått i svaromål.

⁵² Så ock *Bülow*, anf. arb. sid. 287 f.

⁵³ Jfr 12: 3 st. 1 p. 2 (in fine) RB.

stadgadt. Något sådant stadgande innehåller ej vår rättegångslag⁵⁴.

3) I 20: 2 RB stadgas, att, då en sak kommit för rätta och under skärskådan, domaren ändå skall råda parterna att sig förena, om saken är sådan, att det tillåtas må. Den verksamhet af domaren, som är grundad på detta lagstadgande och således går ut på att åstadkomma förlikning emellan parterna, har man hänfört till domarens processledning⁵⁵. Det torde emellertid vara tydligt, att denna verksamhet icke har egenskapen af *materiell* processledning från domarens sida. Förlikning är ju nämligen ett aftal, som i anseende till sin privaträttsliga del innefattar en reglering af det omprocessade materiella rättsförhållandet och i anseende till sin processuella del en öfverenskommelse om processens upphörande utan dom⁵⁶. Genom att söka få till stånd förlikning utvecklar följaktligen domaren ej en verksamhet, som har till syfte att utöfva någon inverkan på det material, hvilket han har att vid afgörandet af saken beakta (processmaterialet i vidsträckt mening), och här är således ej fråga om materiell processledning enligt den innebörd, som tillkommer detta begrepp. Däremot är det visserligen fullt befogadt att åberopa stad-

⁵⁴ Ett dylikt stadgande finner man i Nya Lagberedn:s principbetänkande, del 2 kap. V § 4 af förslagen. Det ålägges i fall, som nu afses, domstolens ordförande att, »i den mån det lämpligen kan ske, söka genom lämnad handledning förebygga, att parten af oförstånd eller okunnighet om hvad som behöfver utredas och bevisas eller genom oförmåga att gifva riktigt uttryck åt sina yrkanden äfventyrar sin rätt eller fördröjer handläggningen». Processkommissionen har i sitt betänkande, III kap. 5 mom. 3 i sammanfattningen, upptagit en liknande bestämmelse, som erhållit en ännu mera ovillkorlig och bestämd affattning: »Därest part icke åtnjuter hjälp af kunnigt biträde och han ej heller själf förmår behörigen utföra sin talan, skall rätten gifva honom erforderlig vägledning till förebyggande af fel eller försummelse i utförandet af hans talan». Den af Nya Lagberedn:n förordade försiktigare affattningen torde i viss mån vara att föredraga.

⁵⁵ Se sålunda, bland andra, *Wrede*, Domarens processledning i tvistemål sid. 240 ff.

⁵⁶ Jfr Bd I sid. 1228—1236.

gandet i 20:2 till stöd för åsikten, att en kraftig, jämväl materiell processledning enligt vår rätt tillkommer domaren. För att kunna vederbörligen fullgöra sin plikt att söka åstadkomma förlikning emellan parterna måste domaren grundligt sätta sig in i målet, beträffande sakens såväl faktiska som rättsliga sida, och härför förutsättes, att domaren begagnar sig af de befogenheter, som begreppet materiell processledning inrymmer.

4) Det hufvudsakliga medel, hvarigenom domaren handhar den materiella processledning, som nu är föremål för utredning, består i utöfvandet af hvad man plägar kalla domarens frågerätt. Den rätt, som härmed afses, är icke blott en rätt att ställa frågor på part, utan tillika och i främsta rummet, såsom riktigt påpekats⁵⁷, en rätt att öfver hufvud tala till part. I en af flere domare sammansatt domstol är det närmast ordföranden, som utöfvar processledningen. Han handlar därvid icke själfständigt utan såsom organ för domarekollegiet. Häraf följer, att hans åtgöranden äro underkastade kontroll af kollegiet, som således kan göra en processledningsfråga till föremål för sin pröfning och därom besluta annat än ordföranden ansett riktigt⁵⁸. Denna domstolens kontrollrätt beträffande processledningen kan afse en af ordföranden ifrågasatt åtgärds såväl ändamålsenlighet som laglighet⁵⁹. Från hvad nu yttrats om förhållandet emellan ordföranden och domstolen skulle undantag kunna tänkas beträffande förhållandet emellan häradshöfding och nämnd. Därom har jag för min

⁵⁷ Så *Wach*, Vorträge sid. 73.

⁵⁸ Att detta är förhållandet enligt svensk rätt, torde icke kunna vara tvifvel underkastadt. Uttrycklig bestämmelse har upptagits af Nya Lagberedn:n i dess förslag, Principbetänkandet del 2 kap. V § 1. Den föreslagna bestämmelsen innehåller, att, om fråga uppstår om lämpligheten eller behörigheten af ordförandens åtgärder beträffande processledningen, afgörandet tillkommer domstolen.

⁵⁹ Enl. *Wrede*, Domarens processledning i tvistemål sid. 208, kan domstolens pröfningsrätt ej angå åtgärdens ändamålsenlighet utan endast dess laglighet. Något skäl för denna mening är ej anfördt. Jfr nästföregående not.

del tidigare uttalat den åsikten⁶⁰, att nämndens befogenhet icke sträcker sig till de ej såsom formliga beslut framträdande förfoganden, hvilka inbegripas under domarens processledande verksamhet, utan att processledningen så till vida är häradshöfdingens ensak. Något lagrum till stöd för denna mening finnes, såsom jag också påpekat, ej att åberopa⁶¹; den måste därför grundas på en hänvisning till hvad som synes vara en naturlig begränsning af nämndens domarebefogenhet. Emellertid vill jag nu framhålla, att jag vid mina antydda tidigare uttalanden egentligen endast tänkte på en del förfoganden, tillhörande den *formella* processledningen. Att fränkänna nämnden (eller t. o. m. enskild nämndeman) rätt att t. ex. begära, att ordföranden genom frågor till part anmanar denne att förtydliga ett anförande eller att yttra sig öfver en förklaring af motparten, kan säkerligen ej försvaras.

I sammanhang med hvad sist påpekats må uttryckligen framhållas, att i kollegiala domstolar en ledamot af rätten bör anses befogad att genom ordföranden rikta frågor till parterna⁶². Tillika torde gälla, att part eger begära, att ordföranden ställer viss fråga till motparten; huruvida frågan skall framställas, är det ordförandens sak att afgöra⁶³.

⁶⁰ Se Bd I del 1 sid. 185 (2:dra uppl. 175).

⁶¹ *Sjöström*, Om formell processledning sid. 37, finner på denna grund det vara betänkligt att fränkänna nämnden all rätt till processledning i den angifna omfattningen.

⁶² Så ock *Wrede*, l. c. sid. 221. Det finnes dock fog för att gå längre och anse ledamot af rätten ega själf efter anmälan hos ordföranden framställa frågor. I Nya Lagberedn:s förslag, Principbet. del 2 kap. V § 5 mom 1, förekommer bestämmelse därom; se ock Processkommissionens betänkande III kap. 5 mom. 2 st. 2 i sammanfattningen. Att tillerkänna enskild nämndeman en dylik rätt, torde enligt gällande rätt knappast vara försvarligt.

⁶³ Jfr hvad ofvan sid. 55 från *Nehrman* citerats. Att part måste kunna genom domarens förmedling vända sig med spörsmål till sin vederpart, ligger i öppen dag; det vore orimligt att antaga motsatsen. Jfr ang. parts rätt att ställa fråga på vittne 17:21 RB.

Åtskilliga lagstadganden åsyfta att lämna domaren tillfälle att begagna sin frågerätt. Domaren kan i sådant syfte anordna muntligt förhör med part, som skriftligen utfört sin talan. Uttrycklig bestämmelse därom fanns i 14: 6 RB i dess ursprungliga lydelse; att bestämmelsen senare utslutits ur lagrummet, betyder ej, att nämnda befogenhet upphört, utan beror på, att föreskrift därom ansetts för underrätternas del öfverflödig⁶⁴. Vidare kommer i betraktande stadgandet i 15: 1 RB (slutet), enligt hvilket part kan föreläggas personlig inställelse⁶⁵, samt 24: 1 RB, som tillåter domaren att ex officio uppskjuta målet.

Vid sidan af de nämnda stadgandena står en andra grupp, som ock otvifvelaktigt är ett uttryck för lagstiftarens sträfvande att få till stånd en effektiv materiell processledning. Främst märkes här 14: 1 RB, som endast under vissa förutsättningar och i begränsad omfattning medgifvit annat än muntligt utförande af talan. Därjämte är att hänvisa till dels 14: 3 st. 1, som bjuder parterna att genast framte sina skäl och bevis, dels de bestämmelser i 14: 3 st. 2 (gamla 16: 6) och 24: 1, som ålägga domaren att ej uppskjuta ett mål utan fullgiltiga skäl. De hufvudbetingelser för en kraftig materiell processledning, som utgöras af muntlig förhandling och dess koncentration till minsta möjliga antal rättegångstillfällen, har lagstiftaren genom ifrågavarande föreskrifter velat åstadkomma.

Med stöd af samtliga de angifna bestämmelserna i RB finner jag det för min del vara uppenbart och vill här ännu en gång uttryckligen fastslå, ej mindre att 1734 års lagstiftare velat ge domaren befogenheten och ålägga honom plikten att genom processledning, där sådan fordras, sörja

⁶⁴ Jfr Bd I sid. 1113. För de högre instansernas del finnas uttryckliga bestämmelser om utsättande af muntligt förhör med parterna (26: 15; 27: 19 och 30: 30 RB); se det nyss citerade stället i detta arbete äfvensom *min* bok om Rättsmedlen sid. 218 ff. Se öfver hufvud nedan sid. 121 ff. (särsk. sid. 128 ff.).

⁶⁵ Se därom Bd I sid. 675 och 1120.

för en klar, fullständig och riktig utredning af hvad tvisten gäller och af saksammanhanget, än äfven att lagstiftaren anvisat domaren de medel för utöfvande af processledning, som lagstiftaren ansett vara för ändamålet nödiga.

5) Då härefter det spörsmålet uppkastas, huru det efter 1734 års lags tillkomst faktiskt gestaltat sig med processledningen vid domstolarna, så vill jag såsom min mening genast uttala, att saknaden af en effektiv materiell processledning varit och är en af de största och mest framträdande bristerna i det svenska rättegångsväsendet. Orsakerna till, att processledningen ej blifvit hvad lagstiftaren otvifvelaktigt afsåg, äro öfver hufvud att söka i omständigheter enahanda med dem, som före lagen gjorde sig gällande: uppskofssystemet, skriftlig förhandlingsform och frånvaron af en betryggande sakförareorganisation, hvartill må läggas vikariatsystemet vid domstolarna på landet. Om två af dessa orsaker, nämligen den skriftliga förhandlingsformen och vikariatsystemet, är anledning att yttra ytterligare några ord. Närmast må framhållas, att den omfattning, hvori domstolarna genom utöfning af materiell processledning bidragit till utredningen af saksammanhanget, ej oväsentligt påverkats af den principiella uppfattningen inom domarekåren af domarens processledningsplikt, och denna uppfattning har under tidernas lopp växlat. Under 1700-talet torde väl ännu insikten om, att lagen ålade domaren skyldigheten att ingripa i utredningen för att få denna fullständig och riktig, varit lefvande⁶⁶, och där det ändock brustit i processledning, har detta förnämligast berott på de förut anförda orsaker, som hindrat eller i hvarje fall försvårat en effektiv utöfning därpå. Men un-

⁶⁶ I sin år 1751 utgifna andra upplaga af Inledning till then swenska processum civilem har *Nehrman* uttalat samma åsikter om en långt gående skyldighet för domaren att ingripa i utredningen och söka få sanningen i dagen, som i den år 1732 utgifna första upplagan (se ofvan sid. 54 f.), och det torde saknas anledning att antaga annat, än att *Nehrman* härvid befunnit sig i full öfverensstämmelse med den allmänna meningen inom juristkretsarna.

der 1800-talet — särskildt efter det att och med stöd däraf att Lagkommittéen häfdat den åsikten, att det processuella förfarandet var och borde vara helt grundadt på förhandlingsprincipen, och att domarens uppgift rätteligen var begränsad till att på grundvalen af det material parterna framlagt afgöra rättstvisten dem emellan — gjorde sig en härmed öfverensstämmande uppfattning ganska allmänt gällande inom de praktiska juristernas krets⁶⁷, och att de domare, som stodo på denna ståndpunkt, ej skulle utveckla någon afsevärd energi i syfte att befrämja utredningen, ligger i öppen dag. Man torde sålunda öfver hufvud kunna våga påstå, att ett utmärkande drag för rättskipningen i tvistemål under större delen af förra seklet var slapphet i domstolarnas handhafvande af processledningen. Som naturligt är och i likhet med hvad förut angående praxis i tiden före 1734 års lag anmärkts, rådde dock ingalunda vid samtliga domstolar öfverensstämmelse i detta hänseende. På landsbygden, där rättsokunniga parter ännu merendels själfva eller genom föga bättre kvalificerade ombud utförde sin talan, kunde domstolarna ej undgå att vida mera än i städerna, framför allt de större, där rättsbildade advokater funnos att tillgå, lämna parterna ledning vid utförandet af deras talan. Och för öfrigt må ej förbises, att det här är fråga om en domareverksamhet, vid hvilken det högst väsentligt kommer an på domarens individualitet; medan somliga domare oaktadt alla svårigheter känna sig manade att kraftigt gripa in under målens handläggning, faller det sig för andra, m. h. t. de brister i processen, som försvåra processledningen, naturligt att i möjligaste mån iakttaga passivitet och låta åstadkommandet af domsmaterialet vara parternas ensak.

Kasta vi till sist en blick på det nutida läget, så gäller väl om detta ännu i stort sedt hvad ofvan anförts. Men i ett afseende må dock en viktig ändring uppmärksammas.

⁶⁷ Jfr härom framställningen hos *Matz*, anf. arb. sid. 64 ff.

Den antydda äldre uppfattning, som på grundvalen af parternas dispositionsrätt i civilprocessen ville starkt begränsa domarens processledning, torde numera knappast ha några anhängare. Det torde principiellt råda enighet om, att en energisk processledning åligger domaren redan enligt gällande rätt och bör i en reformerad processlag åläggas honom. Grunden till, att denna insikt trängt igenom, ligger säkerligen till en hufvuddel i den ståndpunkt, som de senare processlagförslagen härutinnan intagit⁶⁸ och i den enhällighet, som i detta ämne råder inom nutida svensk processteori. Det kan ock förtjena erinras om den rörelse, som med utgångspunkt från och stöd af praxis vid en af häradsrätterna går under benämningen *processreform utan lagändring*, och som vunnit vidsträckt anslutning inom domare- och advokatkretsar⁶⁹. Ett af denna rörelses hufvudsträfvanden är att inskräpa nödvändigheten af en energisk processledning och söka genom vissa anordningar af förfarandet möjliggöra och betrygga en sådan. Att

⁶⁸ Främst är att hänvisa till Nya Lagberedn:s principbetänkande del 2 kap. V i förslagen med motiverna därtill; se ock Processkommissionens betänkande III kap. 5. Ett synnerligen tillspetsadt uttryck erhöi åsikten om domarens processledningsplikt i ett af sakkunnige inom Justitiedep. år 1916 afgifvet utkast till lag om kostnadsfri rättegång § 3 st. 2, där det i fall, då part fått förmånen af fri rättegång utan att dock rättegångsbiträde förordnats, ålades rätten att städse »lämna parten erforderlig ledning för hans talans behöriga utförande». Genom en dylik formulering ålågges, enligt min mening, domstolen en allt för långt gående eller åtminstone en ej tillräcklig fixerad processledningsplikt, hvarförutom mot den föreslagna bestämmelsen, såsom ock redan en af de sakkunnige i ett dissentierande yttrande anmärkte, kommer i betraktande, att den syntes ålägga domaren en processledning till förmån för viss part, som ej skulle komma motparten till godo. I gällande lag af 1919 om fri rättegång har den nämnda eller någon motsvarande bestämmelse ej upptagits; ang. skälen härtill se det 1917 af sakkunnige afgifna Betänkande med förslag till lag om fri rättegång m. m. (Sthm 1918) sid. 35—37. Att grunden icke är att söka i ett underkännande af domarens processledningsplikt, framgår af motiveringen.

⁶⁹ Se härom åtskilliga uppsatser och notiser i de senare årgångarna af Svensk Juristtidning.

redan själfva förekomsten af en dylik rörelse är egnad att kraftigt påverka den allmänna uppfattningen i förevarande ämne, är tydligt.

Bland orsakerna till processledningens bristande effektivitet har förut framhållits den skriftliga förhandlingsformen. Här bör starkt understrykas den stora betydelsen af stadgandena i 14:1 RB, stadganden, som ännu i dag oförändrade återfinnas i detta lagrum. Det är otvifvelaktigt, att 1734 års lagstiftare lagt stor vikt på hvad där föreskrives om otillåtligheten af att under andra än vissa särskilda förutsättningar skriftligen utföra talan, men det oaktadt och oaktadt dessa bestämmelsers för hela processen centrala och grundläggande karaktär förlorade de snart och så fullständigt all betydelse i praxis, att de länge nästan h. o. h. varit bortglömda eller i hvarje fall betraktats som om de icke längre hade någon bindande verkan⁷⁰. Hvad detta betydtt för processledningen, framgår af hvad förut utvecklats.

⁷⁰ I betraktande af den långa tid, hvarunder stadgandena i 14:1 RB ej tillämpats, och däraf, att domstolarna under denna tid säkerligen varit alldeles främmande för tanken, att de skulle i något fall ega befogenhet att afvisa parters utförande af sin talan skriftligen, har jag i Bd I del 1 sid. 88 f, (2:dra uppl. sid. 87 f.) upptagit ifrågavarande stadganden bland exemplen på fall, i hvilka processlag blifvit genom en på domstolspraxis grundad sedvanerätt upphäfd. Det är emellertid tvifvelaktigt, om man verkligen bör anse domstolspraxis såsom en källa till sedvanerätt, den där är i stånd till att i egentlig mening upphäfva beskrifven lag; därest man hyllar denna åsikt, bör visserligen 14:1 upptagas bland exemplen på dylik sedvanerätt. Praxis torde emellertid näppeligen själf tillskrifva sig nämnda kraft. Den omständigheten, att ett visst lagstadgande under längre tid ej tillämpats, torde domstolarna ej anse utgöra hinder för att, då uppfattningen om stadgandets betydelse och värde undergått ändring, tillämpa detsamma, och man kan säkerligen utan fara för misstag hålla före, att en domstol, som förföre så, därvid icke skulle hafva en tanke på, att lagtillämpningen innebure användning af en upphäfd rättsregel. Den i texten omnämnda rörelse, som går ut på en reform af praxis utan lagändring, lämnar stöd för riktigheten af det sagda; man vill upplifva tillämpningen af 14:1 och finner ej den omständigheten, att lagrummet tidigare ej kommit till användning, utgöra hinder därför.

I detta sammanhang vill jag yttra några ord i allmänhet om förhandlingsformen — muntlig eller skriftlig — såsom betingelse för domarens materiella processledning. Det vore en öfverdrift att påstå, att partstalans utförande skriftligen omöjliggör hvarje processledning. Gifvetvis kan domaren, som under handläggningen af ett mål mottager en skrift, äfven en mera utförlig och till innehållet invecklad skrift, genom en hastig genomläsning förskaffa sig en ungefärlig kännedom om dess innehåll och med anledning däraf till parterna framställa frågor, hvilkas besvarande kan anses vara af nöden för vinnande af vederbörlig utredning i målet. Det kan dock nästan sägas ligga i sakens natur, att en på detta sätt tillkommen processledning blir svag, osäker och sällan uttömmande. En verkligt tillfredsställande processledning förutsätter med nödvändighet, att domare och parter stå i omedelbar och lefvande kontakt med hvarandra, och en sådan kontakt kan ej komma till stånd annorlunda än genom muntlig förhandling dem emellan. Härvid åsyftas — väl att märka — en processledning, som sker i omedelbar anslutning till de anföranden, som påkalla densamma. I annan ordning är visserligen, jämväl då partsförhandlingen är rent skriftlig, en grundlig processledning möjlig. Målet kan, sedan handläggningen vid ett rättegångstillfälle afslutats, uppskjutas till annat rättegångstillfälle, och domaren kan under mellantiden fullständigt sätta sig in i målet samt vid nästa rättegångstillfälle utöfva den processledning, hvartill han funnit det förebragta materialet gifva anledning; skulle nytt material framkomma under den fortsatta handläggningen, kan förfaras på samma sätt och så vidare ända till dess ej mera återstår att utreda. Man säger ej för mycket, om man påstår, att den processledning, som i ej ringa utsträckning oaktadt skriftligheten utöfvas vid våra underrätter, kommer till stånd på detta sätt. Men huru otillfredsställande en sådan ordning är, behöfver knappast ens nämnas. Rättskipningens säkerhet, den materiellt riktiga pröfningen, köpes på be-

kostnad af dess snabbhet och med större uppoffringar för parterna än som skulle erfordras, därest ej ett dylikt uppskofssystem praktiserades. Och för öfrigt kan en processledning, som för sin utöfning förutsätter uppskof, svårligen ega den smidighet som vederbör, för att den skall blifva fullt verksam. Både erfarenhetens vittnesbörd och allmänna öfverväganden föra således till det resultatet, att en tillfredsställande processledning är betingad af muntlig förhandlingsform. Muntlighet i modern mening (se nästföljande § i detta arbete) kan likväl icke med fog påstås vara oundgänglig för ett effektivt fullgörande af processledningsplikten; äfven om domen ej grundas omedelbart på den muntliga förhandlingen utan på ett protokoll, hvori förhandlingen upptagits, kan en fullgod processledning förekomma. Men det må visserligen obetingadt medges, att processledningsbetingelserna gestalta sig fördelaktigare, då handläggningen ej tynges och fördröjes af en vidlyftig protokollsföring.

Beträffande den ofvan antydda orsak till processledningens ineffektivitet, som består i vikariatsystemet vid domstolarna på landet, må till en början hänvisas till tidigare i detta arbete lämnad framställning⁷¹. Den omfattning, hvori domareämbetet på landet utöfvats af vikarier för häradshöfdingarna, har varit en af de mest uppmärksammade och öfverklagade bristerna i vårt rättegångsväsende, och detta med allt fog. Det är nämligen tydligt, att den garanti för en god rättskipning, som ligger däri, att domstolarna äro besatta med fullt kvalificerade domare, i betänkelig mån lider afbräck, därest domaresätet intages af unga och oerfarna vikarier för de ordinarie domarna. I intet annat afseende framträda så starkt olägenheterna af tingsbiträdenas vikariat för häradshöfdingarna som i fråga om processledningen vid handläggningen af rättegångsmålen. Den unge och oerfarne vikarien kan knappast, om

⁷¹ Se Bd I del 1 sid. 188 ff. (2dra uppl. sid. 177 ff.) och § 17.

också hans duglighet skulle vara stor, i denna del fylla måttet, ty här är kanske mera än vid fullgörandet af andra domareåligganden af nöden att besitta rutin, en vidtomfattande lifserfarenhet, lugn och kallblodighet. Genom lagstiftningen ang. domsagornas förvaltning (den sista stadgan är af den 12 juni 1925) har väl gjorts mycket för att begränsa vikariatsystemet, men ännu äro dock förhållandena icke tillfredsställande.

6) Hvad ofvan anförts om processledningen, sådan den gestaltat sig enligt gällande svensk rätt, har, såsom man torde ha funnit, hufvudsakligen afsett blott underrätterna. I de högre instanserna förekommer på grund af förfarandets rent skriftliga karaktär och andra samverkande faktorer⁷² öfver hufvud icke någon mera afsevärd processledning. Visserligen har lagstiftaren genom att upptaga regler om muntliga förhör i rättsmedelsinstanserna beredt möjlighet för en processledande verksamhet i dessa instanser, men förhørsinstitutet har icke erhållit någon vidare betydelse i detta hänseende⁷³.

c) Om förhållandet emellan domaren och parterna m. h. t. åvägabringandet af *bevis* för fakta har redan tidigare i allmänhet varit tal. Det har utvecklats, hurusom man icke af parternas materiella dispositionsrätt kan härleda såsom en konsekvens någon som helst ensamrätt för dem att sörja för att fakta blifva bevisade. Man kan af nämnda dispositionsrätt icke ens draga den slutsatsen, att parterna måste ega makt att hindra domaren från att införskaffa bevis. Då de framställa vissa påståenden om rätt och till stöd därför åberopa vissa fakta, möter principiellt ej hinder för att tillerkänna domaren befogenhet att äfven mot deras samstämmande vilja vidtaga åtgärder till vinnande af visshet om, hur det förhåller sig med dessa faktas sanning⁷⁴.

⁷² Se *min* bok om Rättsmedlen sid. 205—212.

⁷³ Se närmare Rättsmedlen sid. 218—225.

⁷⁴ Uppenbart är att en dylik befogenhet ej kan vara så vidtgående.

En annan fråga är, huruvida en ordning, som tilläte domaren att mot parternas vilja införskaffa bevis, vore lämplig. Efter mitt omdöme kan svaret ej gärna blifva annat än nekande. Ensamt kostnadssynpunkten är här utslagsgifvande. Då målet angår ett rättsligt mellanvarande, hvar öfver parterna ega fritt förfoga, bör domstolen ej ega mot parts vilja åsamka honom utgifter i syfte, att processen måtte utfalla till hans förmån.

Jämväl i afseende å bevisningen är dock på grunder, som förut utvecklats, förhandlingsprincipen den bas, hvar på lagstiftningen hufvudsakligen bör bygga. Men, såsom redan ofta inom processteorien och i motiver till processlagsförslag påpekats, saknas skäl att genomföra denna princip med samma stränghet beträffande anskaffandet af bevis för rättsfakta som beträffande själfva införandet af sådana fakta i rättegången. Ett domstolsinitiativ i förra hänseendet sätter ej domarens opartiskhet i samma fara som ett honom i det senare tillagdt initiativ.

Då jag i det följande korteligen redogör för gällande svensk rätts regler i detta ämne, är det, i öfverensstämmelse med förut iakttagen begränsning, endast fråga om bevis för fakta, som ha afseende å det omprocessade materiella rättsförhållandet, icke om bevisning angående processuella omständigheter.

Något allmänt stadgande, som låter det ankomma ensamt på parterna att anskaffa och framlägga erforderliga bevis, innehåller ej vår rätt⁷⁵. Endast beträffande ett par af bevismedlen förekomma stadganden, af hvilka framgår,

att den kommer i strid med af parterna verkligen gjorda dispositioner öfver den materiella rätten.

⁷⁵ Man har åberopat 17:33 och 14:3 st. 1 RB; så *Granfelt*, Den materiella processledningen sid. 95. Men hvarken det ena eller andra lagrummet lämnar något verkligt stöd för en sådan tolkning. I det förra regleras bevisskyldigheten, och det senare säger ej annat, än att parterna icke få uppskjuta med att förete de skäl och bevis, som de öfver hufvud vilja åberopa.

att initiativet uteslutande tillkommer parterna, nämligen beträffande skriftliga bevis och vittnen; 17: 1 och 3 RB.

I fråga om vittnesbeviset råder inom teori och praxis full enighet om, att svensk lag icke (frånsedt vissa grupper af tvistemål, för hvilka särskilda regler gälla) tillåter domstolen att anställa vittnesförhör med en person, med hvilken part ej påkallat sådant förhör. I viss mån kan dock denna regel sägas lida ett undantag, låt vara att det förhållande, som nu åsyftas, icke i yttre måtto framträder såsom eller uppfattas såsom ett undantag. Domstolen, som, enligt hvad nedan vidare omnämnes, eger ex officio anlita sakkunnig, kan nämligen på denna väg åvägabringa bevis jämväl för fakta, d. v. s. bevis af samma art som vittnesbeviset. — Den nyss nämnda regeln om begäran af part såsom förutsättning för vittnesförhör med en person bör icke tilläggas så stor omfattning, att den anses utesluta domstolen från att af eget initiativ låta å nyo såsom vittne afhöra en person, som förut vittnat i målet⁷⁶. Ett visst stöd för denna åsikt kan man hämta af stadgandet i 17: 21 RB, att domaren eger — sedan ett vittne slutat sin berättelse — om det tarivas, vidare fråga vittnet om någon omständighet; det syftas väl här närmast på ett vidare utfrågande af vittnet vid samma rättegångstillfälle, vid hvilket vittnet på partens begäran hörts i målet, men naturligen kan man utsträcka denna befogenhet för domaren till att afse jämväl ett senare rättegångstillfälle.

Skriftliga bevis ankommer det ock på parterna att åberopa, och domaren har i regeln ej härutinnan något initiativ. I viss omfattning åligger dock parterna en editionsplikt, hvars uppfyllande domaren kan ex officio utkräffa. Den redogörelse, som inom bevisrätten kommer att lämnas för ifrågavarande bevismedel, skall omfatta jämväl antydda spørsmål.

⁷⁶ Denna mening har uttalats af *Afzelius*, Grunddragen sid. 40, och *Matz*, anf. arb. sid. 134, m. fl.

Medan användandet af skriftliga bevis och vittnen enligt svensk rätt hufvudsakligen beror på parterna, eger, enligt hvad ock allmänt läres och tillika antages i praxis, domstolen ex officio anställa syn och inhämta yttrande af sakkunnige.

Hvad angår syn, måste emellertid närmare undersökas, om ej nämnda rätt för domstolen är knuten till vissa betingelser. Särskildt har man att uppmärksamma spörsmålet, huruvida icke, såsom från olika håll⁷⁷, dock utan öfverensstämmelse i enskildheter, påståtts, syn är ett subsidiärt bevismedel. Därmed vill man framför allt göra gällande, att domstolen icke eger genom anställande af syn ex officio befria parterna från nödvändigheten att åvägabringa andra bevis till styrkande af fakta. Ett annat förhållande, som ock här kan förtjena påpekas, är, att syn ej anställs blott för att skaffa bevis för något i rättegången relevant faktum; ett annat syfte, som med syn fullföljes, är att sätta domstolen i stånd till att bilda sig en klar uppfattning om saksammanhanget eller någon del däraf. Syn i det senare syftet är ej ett bevismedel, och man kan ej här tala om en blott subsidiär användning i samma mening som i fråga om bevismedlet syn. Ämnet i dess helhet blir föremål för behandling inom bevisrätten.

Genom sakkunnige bevisas, enligt min åsikt om detta s. k. bevismedels natur, ej fakta utan erfarenhetssatser. Det är därför ej strängt riktigt att i detta sammanhang, där redogörelsen afser förhållandet emellan domaren och parterna m. h. t. åstadkommandet af bevis för fakta, upptaga sakkunnige; se nedan sid. 89—91.

Af de olika arter partsed, som svensk bevisrätt omfattar, pläga värjemålseden och fyllnadseden sammanfattas under den gemensamma rubriken: af domaren ålagd ed. Beteckningen är, hvad angår värjemålseden, fullt rik-

⁷⁷ Se sålunda *Wrede*, Domarens processledning i tvistemål sid. 230, och *Granfelt*, Den materiella processledningen sid. 99 ff.

tig, ty sådan ed ålägger domaren ex officio, och yrkande från parts sida erfordras icke.

I enlighet med hvad förut framhållits⁷⁸, eger domstolen förelägga part personlig inställelse i ändamål att med honom anställa förhör; 15: 1 RB in fine. I betraktande af den betydelse, som enligt svensk rätt öfver hufvud tillkommer parts förklaringar, kan ej här anses vara fråga om införskaffande af bevis.

Till det redan sagda må läggas, att domstolarna icke anse sig förhindrade att i viss ordning införskaffa upplysning om relevanta fakta och äfven i ej ringa utsträckning begagna sig af denna befogenhet⁷⁹. En domstol anser sig nämligen dels ega ur eget protokoll eller annan dylik för domstolen tillgänglig handling göra anteckning om något visst i målet relevant faktum, framför allt någon af domstolen själf vidtagen ämbetsåtgärd, dels ock ega hänvända sig till annan offentlig myndighet med begäran om uppgift angående något faktum, om hvilket myndighetens protokoll eller annan jämnställd handling lämnar besked. Den synpunkt, som härvid gör sig gällande, torde vara den, att de fakta, som det sålunda gäller att erhålla kännedom om, ha egenskapen att vara *notoriska*. Det är härvid icke fråga om den mest uppmärksammade gruppen af notoriska fakta, nämligen de, som sägas vara »allmänt bekanta», utan om en annan kategori af sådana fakta. Beträffande notoriska fakta är det en allmänt erkänd grundsats, att de ej behöfva bevisas, ett förhållande, som emellertid ej utesluter, att domaren kan behöfva inhämta upplysningar om desamma. För öfrigt måste med den vidare utredningen af begreppet notorietet och därtill hörande spörsmål anstå till bevisrätten.

En fråga, som beträffande de notoriska fakta bör noga särhållas från den nyss berörda, är den, huruvida en försättning för att domstolen må taga hänsyn till desamma

⁷⁸ Se ofvan sid. 73.

⁷⁹ Jfr särsk. *Matz*, anf. arb. sid. 134 f.

är, att de af vederbörande part åberopas. Därom har varit tal i nästföregående paragraf af detta arbete under rubriken dispositionsprincipen, och jag kom därvid till det resultatet, att ett rättsgrundande faktum kräfver för att beaktas, att det af parten, som är subjekt för rättigheten, åberopas, hvaremot ett rättshindrande eller rättsupphäfvande faktum kan beaktas äfven utan att parten, till hvars förmån det länder, åberopar detsamma, dock ej där parten uttryckligen förklarar eller det eljest af omständigheterna i målet otvetydigt framgår, att han vill, att hänsyn ej skall tagas därtill.

Det närmast anförda har rört omedelbart relevanta fakta eller, såsom man ock benämmer dem, rättsfakta. Beträffande medelbart relevanta fakta, indicier, är det otvifvelaktigt, att domaren, om de äro styrkta eller notoriska, eger, oberoende af anmaning därom från parts sida, beakta dem och af desamma draga de slutsatser, hvartill han finner fog.

Till sist må beträffande domarens befattning med bevisningen påpekas, att domaren otvifvelaktigt eger fästa parts uppmärksamhet på nödvändigheten af, att han, om han vill segra i processen, förebringa bevis för fakta, på hvilka han stödjer sin talan.

IV. Hela den föregående framställningen har, såsom uttryckligen framhållits och dess innehåll för öfrigt gifvit vid handen, angått fakta, som hänföra sig till det omprocessade materiella rättsförhållandet. Den fråga, till hvilken jag nu öfvergår, nämligen den om åstadkommandet af utredning och bevis angående processuella omständigheter, är lättare att komma till rätta med och kräfver ej någon mera utförlig utläggning.

Först uppmärksamma vi processförutsättningarna och af dem närmast de absoluta⁸⁰.

Enär en absolut processförutsättning är en omständig-

⁸⁰ Om begreppet processförutsättningar, indelningen af dem i absoluta och dispositiva samt de olika omständigheter, som spela rollen af processförutsättningar, se Bd I § 59.

het, som ovillkorligen, oberoende af hvad part i sådant afseende yrkar, måste vara för handen, och i fråga om hvilken domstolen följaktligen städse har att ex officio tillse och pröfva, att den föreligger, är det uppenbart, att undersökningsprincipen eger giltighet beträffande hvarje dylik förutsättning, d. v. s. domstolen bär ansvaret för, att det blir utredt och styrkt, hur det förhåller sig med dess förefintlighet. Detta kan emellertid icke rimligtvis betyda, att domstolen städse skall kräfva bevis för, att hvarje absolut processförutsättning är för handen. Frågan om vissa processförutsättningsars existens gör domstolen öfver hufvud icke till föremål för någon undersökning, så framt ej särskild anledning därtill yppat sig; beträffande åter andra förutsättningar kan domstolen aldrig underlåta att beakta och klargöra frågan om deras existens⁸¹.

När domstolen kräfver bevis för, att en absolut processförutsättning är till finnandes, är domstolen oförhindrad att själf införskaffa nödiga upplysningar. Men detta tillvägagångssätt är ej det enda möjliga; det är icke ens det med den ordinära civilprocessens natur bäst öfverensstämmande eller det, som i praxis finner användning. Förfarandet gestaltar sig naturligen så, att domstolen lämnar parterna tillfälle att uttala sig och därvid utfrågar dem samt i fall af behof förordnar om förebringande af bevis. Bevisbördan lägges härvid på den af parterna som veder-

⁸¹ Till den förra gruppen kan man hänföra domstolens kompetens, parts processabilitet, frågan, om saken redan förut är föremål för process (lis pendens) eller är res judicata, m. fl.; till den senare, huruvida företrädare för part (särskildt fullmäktig) besitter behörighet eller vid fastställesetalan ett vederbörligt rättsskyddsbehof finnes; jfr Bd I sid. 1169 f. (med hänvisningarna i not 40). Den vanligaste anledningen till, att frågan om en processförutsättning kommer på tal och blir föremål för behandling, är naturligtvis invändning från parts sida om att förutsättningen brister. Då det gäller en absolut processförutsättning, är visserligen invändning af part ej villkor för förutsättningsens beaktande från domstolens sida, men sådan invändning spelar dock en viktig roll såsom anmaning till och anledning för domstolen att uppmärksamma den ifrågakomma omständigheten.

bör⁸². I allmänhet är kändan den, som domstolens åläggande bör gå ut öfver, ty enligt sakens egen natur bör den, som anhängiggjort process om en viss materiell rätt (d. v. s. kändan), visa att förutsättningarna för handläggning och ingående i pröfning af denna rätt äro tillstådes. Men detta kan ingalunda uppställas såsom en för samtliga processförutsättningarna utan undantag gällande regel. Hur det förhåller sig med beviskyldigheten i de särskilda fallen, ligger öfver hufvud så tämligen i öppen dag och erfordrar ej någon vidare undersökning. Det torde sålunda t. ex. vara gifvet, att det är kändans åliggande att styrka, att domstolen är behörig, eller att, då å ena eller andra sidan den, som framstår såsom part, icke är en fysisk person, parts-habilitet finnes, eller att stämningen blifvit på laga sätt delgifven, eller att ett rättsskyddsbehof, som berättigar till process, föreligger; och lika tydligt torde vara, att, om talan anhängiggjorts genom representant för kändan eller genom stämningens delgifvande åt en representant för svaranden, det är kändans sak att ådagalägga ställföreträdarens behörighet. Att däremot en svarande, som gjort invändning om *lis pendens* eller *res judicata*, har att styrka ett dylikt hinder för saklig handläggning och pröfning, synes ej mindre uppenbart. Man kan dock, såsom lätt inses, icke anse, att städe beträffande de processförutsättningar, som bestå däri, att saken icke redan är *lis pendens* eller *res judicata*, beviskyldigheten åligger svaranden. Om domstolen af eget initiativ bringar ett sådant förhållande på tal och kräfver utredning om, huru därmed sig förhåller, bör gifvetvis ej svaranden utan kändan förständigas att förebringa denna utredning.

Då det i förevarande fall ålägges part att inkomma med utredning eller förebringa bevis (möjligen visst af domstolen angifvet bevis), har domstolen att tillämpa hvad i 24: 1 RB stadgas om utsättande af påföljd.

⁸² Jfr några uttalanden i Bd I sid. 1170.

Vidkommande de dispositiva processförutsättningarna kan, som bekant, fråga om åvägabringande af utredning och bevis angående en sådan förutsättnings existens ej uppstå, så framt ej invändning om, att förutsättningen saknas, framställts⁸³. Men är detta villkor för pröfning från domstolens sida uppfyllt, så gäller om anskaffandet af material för pröfningen öfver hufvud detsamma, som ofvan är anfördt i afseende å de absoluta processförutsättningarna. Man kan sålunda påstå, att undersökningsprincipen äfven här eger giltighet; på domstolen hvilat nämligen ansvaret för att förhållandet blir klargjort. Materialet anskaffas genom åläggande för den bevisskyldige parten att framlägga detsamma. Beträffande spörsmålet, hvilkendera af parterna bevisskyldigheten åligger, så bör särskildt framhållas, att man icke får däraf, att invändning af svaranden utgör förutsättning för att hänsyn skall tagas till en processförutsättningsbrist, draga den slutsatsen, att svaranden är den bevisskyldige⁸⁴. I de båda i 10:28 och 11:32 st. 1 RB omnämnda fall, i hvilka processförutsättningsbrist beaktas endast efter invändning af svaranden, är det uppenbarligen kärandens skyldighet att styrka, att någon brist icke föreligger. Däremot åligger det en svarande, som gör invändning om att saken ej hör till domstolen utan på grund af skiljeaftal emellan parterna bör afgöras af skiljemän, att ådagalägga riktigheten af hvad han sålunda invändningsvis påstår.

Hvad till sist angår iakttagandet af stadganden, som ej röra processförutsättningar utan särskilda moment i processen, så må endast påpekas, att domstolen, där fråga är om en absolut regel, har att svara för, att det material anskaffas, som är nödigt för att domstolen skall kunna fullgöra sin officialpröfningsplikt. För öfrigt behöfver blott hänvisas till den ofvan lämnade framställningen, som lämnar ledning jämväl här.

⁸³ Se närmare Bd I sid. 1167 ff.

⁸⁴ Se härom redan Bd I sid. 1170.

V. Det har förut sagts (se ofvan sid. 5), att man med processmaterial i en trängre mening förstår allenast det faktiska material, på grundvalen hvaraf domstolen pröfvar, men att man jämväl kan taga termen i en vidare mening, enligt hvilken därunder äro att hänföra, förutom fakta, de andra element, af hvilka premisserna till domskonklusionen bestå, nämligen rättssatser och erfarenhetssatser. Äfven beträffande dessa sistnämnda två kategorier bör tillses, på hvem, domstolen eller parterna, det ankommer att sörja för nödig utredning och bevisning. Härvid göres början med erfarenhetssatserna.

Här är ej platsen att närmare redogöra för erfarenhetssatsernas innebörd, utan hänvisas till senare framställning därom⁸⁵. Det må vara tillräckligt att framhålla, hurusom kännedomen om erfarenhetssatser, hvilka ej äro tillgängliga för andra än dem, som ega speciella insikter, kan vara af nöden för bedömandet af relevanta fakta. Såsom förut nämnts (se ofvan sid. 83), bevisas erfarenhetssatser genom sakkunnige. I vår rätt saknas allmänna bestämmelser om, huru detta sakkunnigbevis skall åstadkommas. Närmast synes man i detta sammanhang böra fästa uppmärksamheten på, att det för handläggningen af vissa mål, som kräfva särskilda insikter, finnes specialdomstolar, och att enligt några stadganden i olika delar af lagstiftningen de allmänna domstolarna skola vid behandlingen af vissa mål ha en särskild sammansättning⁸⁶. Det är ock skäl att erinra om den sakkunskap, som ofta är till finnandes inom häradsnämnden, och som tillgodogöres därigenom, att nämnden (resp. den enskilde nämndemannen) tillhandagår med upplysningar. Man är alldeles otvifvelaktigt berättigad, att af dessa förhållanden draga den slutsatsen, att

⁸⁵ Ämnet skall behandlas i den afdelning af bevisrätten, som angår föremålen för bevis, och vidare beröras i paragrafen om sakkunnige.

⁸⁶ Se ang. särsk. sammansättning af rådstufvurätt vid handläggning af en del mål Bd I del 1 sid. 217—219 (2:dra uppl. sid. 205—207).

enligt vår rätt domstolen, när helst den anser sig sitta inne med nödig sakkunskap, eger vid sin pröfning begagna denna⁸⁷. Att detta är svensk rätts ståndpunkt antages ock, mig veterligen, utan meningsskiljaktighet. Lämpligen bör dock domaren i vissa fall ej göra den sakkunskap, som han förmenar sig besitta, gällande utan hellre låta det ankomma på inhämtande af yttrande från särskild sakkunnig⁸⁸.

Saknar domaren kunskap om en tillämplig erfarenhets-sats, så är det enligt sakens natur både hans rättighet och skyldighet att från sakkunnig inhämta upplysningar i det afseende, hvarom fråga är, och han är därvid oberoende af yrkande från parts sida. Inom teori och praxis råder här-om enighet, och det förekommer ofta, att domstolarna, i all synnerhet högsta instansen, infordra yttrande af sakkun-nig, särskildt af sakkunnig myndighet⁸⁹. Processlagför-slagen ha ock upptagit bestämmelser om hörande af sak-kunnig på domstolens eget initiativ⁹⁰. Huruvida domsto-len, då den finner det nödvändigt att införskaffa utredning om en erfarenhets-sats genom hörande af sakkunnig, eger förfara på det sätt, att den ålägger part att vid förelagdt äfventyr inkomma med utredningen, är ett spørsmål, som man säkerligen måste besvara jakande⁹¹. Men, så vidt jag kan finna, är det både principiellt riktigast och praktiskt lämpligast, att en domstol, som ej har nödig sakkunskap, afhjälper bristen genom att själf anmoda sakkunnig om biträde; den sakkunnige bibringar domstolen en kunskap,

⁸⁷ I vissa fall måste särskilda sakkunniga anlitas. Bestämmel-serna därom har jag ingen anledning att i detta sammanhang gå in på.

⁸⁸ Framför allt komma i betraktande sådana fall, i hvilka fråga är om satser, som tillhöra viss vetenskap, och om hvilka de lärde tvista. Ämnet utvecklas vidare vid redogörelsen för erfarenhetssatser såsom föremål för bevis.

⁸⁹ Se härom en del uppgifter hos *Matz*, anf. arb. sid. 116.

⁹⁰ Se Lagkomm:s och Lagberedn:s förslag till RB (i tvistemål), 25: 1, Nya Lagberedn:s principbetänkande II kap. XVI i förslagen samt Processkommissionens betänkande III kap. 18.

⁹¹ *Grantfelt*, Den materiella processledningen sid. 124 f., af denna mening.

som domstolen oombedd har att vid pröfningen af saken låta komma till användning, och härmed står bäst i öfverensstämmelse, att domstolen själf omedelbart anmodar lämplig sakkunnig om biträde och icke begagnar sig af part såsom mellanhand⁹². Det nu sagda innefattar ej hinder för, att jämväl part kan taga initiativet till hörande af sakkunnig. Domstolen eger och bör dock tydligtvis afslå parts begäran i sådant afseende, om domstolen finner, att det förhållande, som parten vill ha belyst, saknar relevans, eller att det redan är tillräckligt känt, vare sig därigenom, att domstolen själf besitter erforderlig sakkunskap, eller genom redan hörda sakkunnige. Skäl till afslag kan ock ligga däri, att domstolen anser den person, som parten åberopar, icke böra i ifrågavarande egenskap anlitas.

VI. Beträffande införandet i rättegången af däri tillämpliga rättssatser och om deras styrkande möta en del tvifvelaktiga och omstridda spörsmål.

a) I fråga om tillämpningen af *inländsk lag* erbjuder ämnet ej några svårigheter och torde ej vara föremål för meningsskiljaktighet.

Det är först och främst klart, att tillämpningen af en viss lagbestämmelse ej är beroende af, att part åberopar densamma. Domaren har att ex officio under vederbörligt lagbud inordna det faktiska material, hvarpå det i rättegången kommer an, och sålunda afgöra de spörsmål, hvilka han själfmant har att besvara eller som på grund af parternas yrkanden hemfalla under hans pröfning⁹³.

⁹² Denna ståndpunkt intaga processlagförslagen.

⁹³ Om en kärke med åberopande af en viss faktisk grund, som han rättsligen karakteriserar på visst sätt, framställer ett yrkande och domstolen finner den faktiska grunden föreligga men karakteriserar den på annat sätt, d. v. s. inordnar den under annat lagrum än det af käranden åberopade, kan och bör domstolen, då skäl därtill är, bifalla yrkandet med stöd af det lagrum, som domstolen finner vara det riktiga. Bunden af kärandens karaktäristik är domstolen tydligtvis icke. Väl att märka är, att det här endast gäller den rättsliga karaktäristiken af en och samma faktiska grund, icke den ena grundens ersättande med en annan.

Med hänsyn till styrkandet af de tillämpliga lagbuden har man att utgå från och hänvisar ock allmänt till satsen: *jura novit curia*⁹⁴. I denna sats kan naturligtvis icke inläggas det orimliga påståendet, att domaren verkligen i kraft af sitt ämbete känner alla lagbud; satsens innebörd är, att det är domarens ovillkorliga skyldighet att känna eller förskaffa sig kännedom om den lag, som i hvarje förekommande fall är tillämplig. Det är således i grunden fråga om en ovillkorlig forskningsplikt. Att en sådan forskningsplikt måste åligga domaren, ligger i sakens natur och innebär ej något obilligt, ty det är ju fråga om rättssatser, som blifvit offentliggjorda i den ordning, som är föreskrifven för utfärdande af lag.

b) Vidkommande härefter de rättssatser, som äro hänförliga till *inländsk sedvanerätt*, torde följande grundsatser kunna fastslås såsom giltiga. Dessa rättssatserns tillämpning är ej betingad däraf, att de åberopas af parterna. Om domaren känner en sådan rättssats, är han både berättigad och pliktig att tillämpa densamma, och han är tillika både berättigad och pliktig att söka förskaffa sig kännedom om innehållet däraf. Att en dylik skyldighet åligger domaren, synes framgå af 1: 11 p. 2 RB; då det nämligen där heter, att domaren må rätta sin dom efter landssed, är det tvifvelsutän meningen att statuera en skyldighet för domaren att skaffa sig kunskap om den ifrågavarande rättssatsen⁹⁵. Redan af 14:de domarereglen kan man hämta stöd för åsikten, att svensk rätt i fråga om domarens ovillkorliga forskningsplikt icke gör skillnad emellan lag i trängre mening och sedvanerätt⁹⁶. Vid fullgörandet af denna sin skyldighet kan domstolen säkerligen förfara så, att den ålägg-

⁹⁴ Se 1:sta och 6:te domarereglerna samt 1:11 och 24:3 RB.

⁹⁵ Ang. tolkningen af detta lagrum se Bd I del 1 sid. 86 ff (2:dra uppl. sid. 85 ff.).

⁹⁶ I 14:de domarereglen säges det, att landssed, när han icke har oskäl med sig, bör räknas för lag, där man efter döma må. — Se ock i ämnet *Granfelt*, Den materiella processledningen sid. 128 f. och *Matz*, anf. arb. sid. 114.

ger part att inkomma med vederbörlig utredning om rättsatsens innehåll, men domstolens ansvar för, att rättssatsen vinner beaktande, är dock ej uttömdt med, att domstolen meddelar ett dylikt föreläggande. Skulle parten ej ställa sig föreläggandet till efterrättelse eller ej lyckas inhämta tillräckliga och tillförlitliga upplysningar, måste domstolen själf skrida till vidtagande af erforderliga åtgärder.

c) Slutligen möter frågan om tillämpningen och styrkandet af *främmande rätt*, och det är hufvudsakligen här, som på åtskilliga punkter tvifvelsmål yppa sig.

Först uppkastar jag det spørsmålet, om man icke principiellt bör likställa främmande rätt med inländsk. Ett sådant likställande må kunna synas ega fog för sig. Det skulle således åligga domstolen att ex officio såväl beakta utländsk rätts tillämplighet som ock förskaffa sig kännedom om den främmande rättssatsens innehåll. Till stöd för denna ståndpunkt kan anföras följande. Då utländsk rätt är tillämplig i ett vid svensk domstol anhängigt tvistemål, har detta sin grund däri, att *svensk internationell* privaträtt stadgar, att afgörandet skall ske med tillämpning af den främmande rätten⁹⁷. Domstolen skulle förden skull med ej mindre skäl, än då fråga är om att träffa ett afgörande efter svensk rätt, ex officio både ha att beakta den främmande rättens tillämplighet och att förskaffa sig kännedom om dess innehåll⁹⁸.

I förra afseendet (d. v. s. beträffande domstolens skyldighet att beakta den främmande rättens tillämplighet) hyser jag

⁹⁷ Jfr Band I § 7.

⁹⁸ Se sålunda, inom svensk litteratur, *Matz*, anf. arb. sid. 110 f. I det senare afseendet synes dock författaren å sid. 113 väsentligen taga tillbaka hvad han förut förklarar ha principiellt berättigande. — Ang. norsk rätts ståndpunkt, se § 191 i civilprocesslagen, som betr. all rätt (inländsk och utländsk, lag och sedvanerätt) stadgar: »Retssætninger trænger ikke bevis. Retten skal av eget tiltak undersøke og anvende dem». I afseende å lokal sedvanerätt och främmande rätt lägges härtill den föreskriften, att rätten kan fordra, att parterna skaffa närmare upplysningar. Jfr härmed *Hagerup*, Den norske Civilproces I sid. 408 f.

för min del ej någon tvekan om, att det på ofvan anförd grund föreligger en ovillkorlig plikt för domstolen⁹⁹. Härvid är dock tydligt, att, för så vidt användningen af främmande rätt är betingad af ett visst faktiskt förhållande (afgörande är t. ex. hvar förbindelsen ingåtts), det är vederbörande parts sak att styrka detta förhållande. Emellertid är förevarande åsikt ingalunda inom svensk teori allmänt omfattad. Sålunda har påståtts¹⁰⁰, att domstolen hvarken har skyldighet eller ens rätt att ex officio tillämpa främmande rätt, med mindre den af part åberopats¹⁰¹. Denna mening finner jag för min del ohållbar. Hvad det kommer an på är, att *svensk* internationell privaträtt påbjuder tillämpning af främmande rätt, och ett sådant svenskt rättsbud får lika litet som de bud, hvilka tillhöra annan svensk rätt, förbises utan måste af svensk domstol ex officio beaktas. Till stöd för den här tillbakavisade åsikten har man hänvisat till § 5 mom. 8 i PFVL, där det stadgas, att, om någon beropar sig på utländsk lag eller sedvana och vill, att afseende därå skall fästas, han är skyldig att sin uppgift styrka, där den ej af vederparten medgifves¹⁰². Att så tolka detta lagrum, kan jag ej anse

⁹⁹ Samma ståndpunkt torde ock *Reuterskiöld*, Handbok i internationell privaträtt sid. 33 f., och *Wrede* Domarens processledning etc. sid. 238, intaga.

¹⁰⁰ Se i Förhandlingarna vid Sveriges Advokatsamfunds årsmöte 1902 en uppsats af *Eliel Löfgren*, Den svenska obligationsrättens ställning i afs. å tillämpandet af utländsk lag sid. 20—22.

¹⁰¹ Närmare har denna åsikt utförts sålunda, att, då landets domstolar ha till hufvuduppgift att afdöma de tvister, som påkalla tillämpning af svensk lag, parter, som dit hänskjuta sin sak *utan* att begära tillämpning af främmande rätt, böra anses tacite ha underkastat sig den svenska lagens tillämplighet; se den i nästföreg. not cit. uppsatsen sid. 21. Ett dylikt antagande förmenar jag vara h. o. h. godtyckligt.

¹⁰² Se sålunda uppsatsen af *Löfgren* ävensom *Grantfelt*, Den materiella processledningen sid. 132, som säger, att fullkomlig likställighet råder emellan »utländsk lag och sedvana samt faktisk omständighet», hvadan domstol icke har »rätt till initiativ i större mått betr. införande såsom processmaterial och införskaffande af utredning om utländsk lag och sedvana än vidkommande faktisk omständighet».

riktigt. Dess affattning tvingar ej till en sådan tolkning, och den ger ett resultat, som är allt utom tillfredsställande. I lagrummet är ej föreskrivet, att parts åberopande af utländsk rätt utgör en oundgänglig förutsättning för att den skall kunna komma till användning, och man har icke anledning till eller fog för att däri inlägga annat eller mera, än att domstolen icke har någon skyldighet att skaffa utredning om främmande rätts innehåll; bevisbördan i sådant hänseende åligger vederbörande part.

Det andra af de förut antydda spörsmålen angår *styrkandet* af en främmande rättssats innehåll. För min del kan jag ej finna det principiellt riktigt och ännu mindre praktiskt lämpligt att härutinnan likställa främmande rätt med inländsk. Det låter sig under nuvarande internationella förhållanden icke rimligtvis göra att ålägga domstolen såsom en ämbetsplikt att förskaffa sig kunskap om hvad främmande rätt i ett visst fall stadgar eller ens att söka inhämta upplysningar i ett sådant hänseende. Att ålägga domstolen det förra, skulle vara detsamma som att förplikta domstolen till något, som det ej sällan skulle vara omöjligt att fullgöra, medan ett förpliktande till det senare knappast skulle ha afsevärd praktisk betydelse, om ej den förra skyldigheten blifvit erkänd. I senare afseendet kan knappast ifrågasättas annat än att ålägga domstol att i viss angifven ordning söka underrättelse om främmande rätts innehåll. Det ligger härvid närmast till hands att föreskrifva domstolen skyldighet att hänvända sig till utrikesdepartementet med begäran om erforderliga upplysningar. I det följande blir vidare tal härom.

Enligt min mening är svensk domstol städse, då utländsk rätt är tillämplig, både berättigad och skyldig att, om domstolen känner den främmande rättens innehåll, begagna sig af denna sin kunskap och tillämpa rättssatsen¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Af samma mening torde *Reuterskiöld*, Handbok sid. 34, vara samt likaledes *Wrede*, Domarens processledning etc. sid. 238, och *Matz*, anf. arb. sid. 111. Af motsatt uppfattning däremot *Granfelt*, se

I viss omfattning kan detta icke enligt vår rätt vara tvifvelaktigt, ty det finnes uttryckliga bestämmelser i ämnet. Sådana förekomma i 6:4 st. 1 af lagen ⁸/₇ 1904 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmyndarskap äfvensom i § 3 st. 1 af lagen ¹/₆ 1912 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskaps rättsverkningar. Men äfven i öfrigt måste detsamma anses gälla. Att göra undantag från denna grundsats med anledning af § 5 mom. 8 i PFVL anser jag ej riktigt. Där stadgas ej något om, att domaren icke får begagna sin enskilda kunskap om utländsk rätt, utan endast, att då kännedomen därom är beroende af, att parten, som åberopat rättssatsen, styrker sin uppgift om hvad den innehåller, afseende ej fästes vid rättssatsen, med mindre parten fullgör sin bevisskyldighet ¹⁰⁴.

Uppenbart är, att, om domstolen själfmant eger begagna sin kännedom om främmande rätt, det ock tillkommer domstolen *befogenhet* att på egen hand söka förskaffa sig sådan kunskap ¹⁰⁵. Däremot har domstolen ej någon forsknings-

citaten i nästföreg. not, och *Löfgren* l. c. Den siste författaren säger uttryckligen, att part är beviskyldig för innehållet af främmande rätt, som i målet är tillämplig, och att denna skyldighet bör fullgöras oberoende af, att domstolen tillfälligtvis kan ega kännedom om rättens innehåll.

¹⁰⁴ Det är af ifrågavarande lagbud tydligt och klart, att domaren icke är förpliktad att känna den främmande rätten. Men ingalunda ger lagbudet vid handen, att domaren icke får använda den kunskap, som han tilläfvventyras sitta inne med. Att han det får och bör, antages i Danmark och Norge, som ha med den svenska öfverensstämmande växellagar, tillkomma på grund af gemensamma förarbeten, utan att dock ha en sådan bestämmelse som den i § 5 mom. 8 PFVL gifna; se härom *Aubert*, Den nordiske Vexelret sid. 378, som ock uttalar den förmodan, att den svenska bestämmelsen kommer att uppfattas på samma sätt, som, efter hvad nyss nämndes, är antaget i Danmark och Norge. Se ock en anmärkning hos *Flensburg*, Växellagen och Checklagen (Stockholm 1913) vid § 5 mom. 8 PFVL.

¹⁰⁵ *Reuterskiöld*, Om äktenskap m. m. enligt svensk internationell rätt (1905—1909) sid. 308, framhåller vid utläggningen af 5:4 st. 2 i 1904 års lag (hvilket lagrum numera motsvaras af 6:4 st. 2), att vederbörande myndigheter, om de så finna skäligt, ega vända sig till

plikt. Detta framgår till full evidens af de här förut anförda lagrummen § 5 mom. 8 PFVL samt 6: 4 i 1904 års och § 3 i 1912 års lag. I st. 2 af hvarterdera af de sistnämnda båda lagrummen är föreskrift lämnad om undantag, under viss förutsättning, från ifrågavarande grundsats; det har nämligen för det fall, att konungen förordnat, huru underrättelse om innehållet af främmande lag må af rätten sökas, ålagts rätten att, om ej lagens innehåll förut är för densamma känt, i sådan ordning söka underrättelse därom. Då något dylikt förordnande emellertid ännu ej meddelats, lider grundsatsen faktiskt ej något undantag.

Då domstolen är fri från forskningsplikt, måste bevis-skyldighet beträffande innehållet af främmande i målet tillämplig rätt åligga part. Af de ofvan citerade lagrummen framgår ock, att detta är förhållandet¹⁰⁶. Därmed är dock ännu ej afgjort, huruvida domstolen eger och bör, om den finner det lämpligt, ge parten föreläggande att fullgöra sin bevis-skyldighet. Utgående därifrån, att domstolen har att ex officio beakta främmande rätts tillämplighet (förutsatt härvid, att det eller de fakta, som betinga tillämpligheten, stå fast), anser jag spörsmålet öfver hufvud böra besvaras jakande. Detta svar kan, till den del 1912 års lag har tillämpning, grundas på uttrycklig bestämmelse i samma lag; se § 3 st. 1, där det stadgas, att rätten eger förelägga part att förebringa utredning om innehållet af främmande lag, som i målet skall lända till efterrättelse¹⁰⁷. Och samma svar är tvifvelsutan gifvet i

utrikesdepartementet med begäran om nödiga upplysningars införskaffande, och författaren tillägger — tydligtvis med begränsning till de internationella rättsförhållanden, som afses i 1904 års lag — att det principiellt kan påstås, att myndigheterna böra så göra. Om riktigheten af författarens anmärkning ang. den nämnda befogenheten kan väl näppeligen råda tvifvel. Se ock därom, med anslutning till § 3 i 1912 års lag, *Undén*, Studier i internationell äktenskapsrätt II (1913) sid. 68.

¹⁰⁶ Se ock § 70 st. 2 UL, sådant lagrummet lydde enl. lag 1/6 1912.

¹⁰⁷ Stadgandet i § 3 af 1912 års lag har tillkommit på grund af anmärkningar inom lagrådet om, att i lagförslaget icke berördes frågan,

o. m. den affattning, som 6: 4 st. 1 i 1904 års lag erhållit¹⁰⁸. Då domstolen i de fall, om hvilka dessa två stadganden handla, eller eljest ger part föreläggande, bör domstolen enligt mitt förmenande ej utsätta vitespåföljd. Beskaffenhets af den utredning, som afses, torde ej vara förenlig med en dylik påföljd för uraktlåtenhet från parts sida. Påföljden torde endast kunna sättas därtill, att målet ändå afgöres.

Det ligger i sakens natur, att domstolen fritt (obunden af legala regler) eger pröfva, huruvida visshet vunnits om främmande lags innehåll. Detta torde vara en gifven följd af domarens förut omnämnda befogenhet att begagna sin enskilda kännedom därom. En inskränkning i denna fria pröfningsrätt synes dock vara gjord i § 5 mom. 8 PFVL, i ty att parts skyldighet att styrka sin uppgift om utländsk rätt satts i beroende af, att »den ej af vederparten medgifves». Om denna bestämmelse skall tolkas så, som ordalagen närmast antyda, eller så, att den bevisskyldige partens uppgift måste af domaren tagas för god, då den medgifves af motparten, stå vi här inför en regel, som är i hög grad otillfredsställande¹⁰⁹. Såsom ett uttryck för tanken, att parterna ega disponera öfver den främmande rättsatsen, är bestämmelsen ohållbar, ty man kan icke anse rättsreglerna (utan skillnad emellan inländsk och utländsk rätt) hem-

huruvida det skulle åligga den, som åberopade främmande lag, att styrka dess innehåll, eller om den mydighet, hos hvilken tillämpning af främmande lag ifrågakomme, hade att ex officio förskaffa sig kännedom om denna lag. Angående den med anledning häraf tillagda bestämmelsen i § 3 st. 1 anfördes inom statsrådet, att den innebure, att rätten vore befogad begagna parts medverkan för att vinna upplysning i förevarande afeende. Se K. propos. N:r 58 vid 1912 års riksdag.

¹⁰⁸ »Gitter ej den som — —». I motiveringen för stadgandet (se i propos. N:r 21 vid 1904 års riksdag motiverna till 5: 4 i lagförslaget) förekommer ett uttalande om, att man för närvarande ej kunde undgå att af parterna kräfvat medverkan till utredningen af innehållet i de lagbud, som vore bestämmande för deras rättsförhållanden.

¹⁰⁹ I den citerade uppsatsen af *Löfgren*, sid. 23 ff., fästes med all rätt uppmärksamheten på, att ifrågavarande stadgande är mycket egendomligt.

falla under parternas disposition¹¹⁰. Och praktiskt sedt lika litet hållbar blir bestämmelsen, om man däri ser en ren bevisregel, som i ifrågavarande fall fastställer värdet af ett erkännande till fullt bevis; det kan ju nämligen icke vara rimligt att tvinga domstolen godtaga en erkänd uppgift om främmande rätt, oafsedt hur föga sannolik, ja hur orimlig uppgiften ter sig. För min del vill jag icke anse bestämmelsen innefatta ett tvång för domaren att under alla förhållanden lägga den erkända rättssatsen till grund för sin pröfning. Inser domaren på basis af sitt allmänna juridiska vetande, att uppgiften icke kan vara riktig eller är synnerligen osannolik, bör det stå honom öppet att låta denna sin insikt uppväga det bevis, som erkännandet kan utgöra. Detta står i god öfverensstämmelse med, ja är egentligen endast en annan sida af den uppfattningen, att domaren får tillämpa främmande rätt, om hvilken han har kännedom. I hvarje fall får förevarande stadgande — om man vill tillägga detsamma den innebörd, hvilken nu afvisats såsom otillfredsställande — icke analogiskt tillämpas utom det område, för hvilket det är gifvet. Mot en dylik utsträckning kommer med afgörande vikt i betraktande, att bestämmelsen icke är uttryck för någon rättssprincip, som kan göra anspråk på giltighet, utan tvärtom står i strid med hvad principiellt måste hållas för riktigt.

Ehuru spørsmålet om påföljden af, att part underlåter styrka innehållet af främmande rätt, strängt taget ligger utom det ämne, som i detta sammanhang behandlas, vill jag dock jämväl därom yttra några ord. Ett svensk lagrum, 6:4 st. 1 i 1904 års lag, innehåller en uttrycklig bestämmelse: om den, som väckt talan, ej styrker innehållet af främmande tillämplig lag, får hans talan ej bifallas, förutsatt att rätten ej ändå känner lagens innehåll. Grunden till, att en dylik påföljd fastställts, ligger, enligt hvad i motiveringen för stadgandet framhållits, i beskaffenheten af de

¹¹⁰ Jfr ofvan sid. 35 f.

åsyftade målen (mål ang. återgång af äktenskap eller skillnad däri), som ovillkorligen kräfvat, att talan ogillas, om ej kändan styrker, att den främmande lagen föranleder bifall till hans talan. Bortsett från nämnda lagstadgande upptager ej svensk rätt någon bestämmelse om ifrågasättande påföljd. Förhållandet är berört i förarbetena till 1912 års lag, där det beträffande § 3 säges ej ha ansetts lämpligt att utsätta viss påföljd af parts underlåtenhet att styrka främmande rätts innehåll; domstolen borde handla, efter hvad omständigheterna i det särskilda fallet föranledde. Uttalandet lämnar icke någon verklig ledning utan innebär snarare ett afböjande af att lämna besked. Så vidt jag kan finna, ligger det närmast till hands att anse svensk rätt böra i förevarande fall komma till användning¹¹¹. Det torde vara alldeles uteslutet att på grund af bristen på kunskap om den främmande rätts innehåll vare sig afvisa partens yrkande utan saklig pröfning¹¹² eller att gilla yrkandet. Snarare kan ifrågasättas, huruvida ej yrkandet bör ogillas, och att så bör ske i fall, som må kunna vara analoga med dem, om hvilka 6:4 i 1904 års lag handlar, torde böra antagas. Men i andra fall är nog den tanken riktigare, att i mål, som äro vid svensk domstol anhängiga, svensk rätt bör komma till användning¹¹³. Det nu anförda har afseende allenast å pröfningen af det omprocessade materiella rättsförhållandet. Beträffande tillämpningen af processuella regler torde tidigare lämnad framställning lämna erforderlig ledning.

I afseende å tillämpningen af främmande rätt är det af

¹¹¹ *Reuterskiöld*, Om äktenskap m. m. sid. 312 synes anse detta vara den allmänna regeln.

¹¹² Parten hade i sådant fall orsak sig »Rättelös at klaga»; jfr Bd I § 1 not 18 (2:dra uppl. not 19).

¹¹³ Att detta åsyftas i § 5 mom. 8 PFVL, torde näppeligen kunna vara tvifvel underkastadt. Då, enligt stadgandet, afseende ej skall fästas vid främmande rätt, som af part åberopats, så framt han ej styrker dess innehåll, kan meningen ej gärna vara annan än den, att i sådant fall svensk växellag skall tillämpas.

alldeles särskild vikt, att domaren utöfvar erforderlig processledning. Domaren, som ex officio har att beakta främmande rätts tillämplighet, bör, då han finner, att sådan rätt bör komma till användning, fästa partens uppmärksamhet härpå, och detta så, att han, om han känner den vederbörliga rättssatsens innehåll, därom underrättar parten. På detta sätt lämnar domaren parten en ofta oundgänglig vägledning beträffande hvilka fakta denne har att åberopa och i fall af behof styrka¹⁴.

§ 69.

Muntlighet och skriftlighet samt bevisomedelbarhet¹.

I. *Begreppen.*

Beteckningarna muntlig och skriftlig process ha användts i olika betydelser. Den innebörd, som man numera allmänt tillägger dem, sammanfaller ej med den, som man tidigare inom processteorien åsyftade, då man talade om processens muntlighet och skriftlighet.

Utgående från den rent språkliga valören af orden muntlighet och skriftlighet, har man ursprungligen låtit dem hänsyfta allenast på formen för tankeutbytet emellan domstolen och parterna. Med muntlig process har man sålunda förstätt en process, i hvilken parterna hålla sina anföranden muntligen, och såsom skriftlig har processen känneteck-

¹⁴ Det enda verkligt afsevärda skälet mot åsikten, att domaren skall ex officio beakta främmande rätts tillämplighet, går ut därpå, att det vore obilligt att med tillämpning af främmande lag döma på grunder, som icke varit föremål för någon utredning, därför att parten saknat kännedom om deras betydelse; se den cit. uppsatsen af *Löfgren*, sid. 20 f. Det i texten betr. domarens processledning sagda bryter väsentligen udden af detta skäl.

¹ Se v. *Feuerbach*, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (1821) Zweite Abtheilung; *Nellemann*, Om muntlig Rettergang i civile Sager (1874); *Wach*, Vorträge sid. 1—51; *Afzelius*, Grunddragen etc. sid. 118 ff.; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 16; *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje I §§ 17 och 18; *mina* skrifter i Svensk Juristtidning: Modern rättsskipning, årg. 1922 sid. 289 ff., och Om grunderna för en processform årg. 1927 sid. 250—256.

nats, om parterna affatta sina anföranden i skrifter, som de ingifva till domstolen². Förstådd på detta sätt, kommer för skillnaden emellan muntlighet och skriftlighet den omständigheten att sakna betydelse, huruvida de muntliga anförandena, allt efter som de hållas, upptecknas (vare sig ordagrannt eller till sitt väsentliga innehåll), d. v. s. upp- tagas i ett vid domstolen fördt protokoll, eller ej; processen är, oafsedt om ett dylikt upptecknande eger rum, muntlig. Det är i den nu antydda meningen, som man kallat den svenska underrättsprocessen muntlig. Parterna skola, enligt 14: 1 RB, i regel muntligen utveckla sin talan, men allt, som kan läggas till grund för afgörandet, skall inflyta i protokollet. Med hänsyn härtill har man benämnt denna process *muntligt-protokollarisk*³. I det följande återkommer jag härtill.

Den nyare, man plägar ofta säga, moderna uppfattningen af skillnaden emellan muntlighet och skriftlighet såsom processuella begrepp är en annan än den ofvan angifna. Med ett muntligt förfarande afses ett sådant, som kräfver icke blott den muntliga formen för parternas anföranden utan tillika, att dessa skola i den form de sålunda

² På andra inför domstolen uppträdande personer än parterna har man härvid ej tänkt, och gemenligen har man ock vid begreppsbestämningen lämnat utan beaktande den form, hvori domstolen meddelar sig med parterna. Ang. äldre bestämmingar af begreppen muntlighet och skriftlighet, se, bland äldre författare, särsk. *Feuerbach* anf. arb. sid. 195—205. — *Atzelius*, Grunddragen sid. 121, har en i viss mån afvikande bestämning. Han säger, att en rättegång är i vidsträckt betydelse muntlig, när förhandlingen inför rätta *väsentligen* drifves genom tal, så att, om än ingifvande af skrift icke är förbjudet, domaren dock vid själfva förhandlingen tager kännedom om skriftens innehåll och genom dess uppläsning meddelar den till motparten; rättegången är i motsats därtill »rent skriftlig», när parterna meddela sig med hvarandra och med domaren genom skriftväxling. För min del kan jag ej finna det tillfredsställande att under muntlighet inrymma det förhållandet, att en under förhandlingen ingifven skrift af domaren uppläses. Det stämmer ej med den distinktion emellan muntlighet och skriftlighet, som framgår af 14: 1 RB.

³ Se sålunda *Annerstedt*, Om domarens processledande verksamhet sid. 26 noten, och flere senare författare.

framkommit läggas till grund för domen. Den moderna muntligheten inrymmer följaktligen två moment: dels skall partsförhandlingen vara muntlig, d. ä. ske i det talade ordets form, dels skall intrycket af denna partsförhandling omedelbart ligga till grund för afgörandet⁴. På detta

⁴ Se sålunda jämväl min framställning i Bd I del 1 sid. 136 (2:dra uppl. sid. 132) äfvensom mina uttalanden i Sv. Juristtidning 1922 sid. 289 f.

Redan för länge sedan har inom svensk litteratur väsensskillnaden emellan muntlig och skriftlig process bestämts på hufvudsakligen enahanda sätt, som nu senast skett här ofvan i texten, nämligen af ledamöter af Lagkommittéen, hvilkas yttrande därefter upptagits af Lagberedningen; se Lagberedn:s förslag till RB (1849) sid. 9 i motiverna. Yttrandet förtjenar citeras: »*Skriftlig* procedur är af två slag: antingen föra parterna ut saken genom redan färdiga *skrifver*, som till Rätten ingifvas: eller ock göra de muntliga anföranden, dem domaren är skyldig att *skrifva* eller *låta skrifva* i protokollet. Det senare är hvad som för närvarande brukas i Sverige, dels vid underdomstolarna, i synnerhet å landet, och dels vid de s. k. förhören i åtskilliga stadsdomstolar och högre rätter. Detta har visserligen namn af muntlig procedur, men är det i själfva verket icke; ty proceduren är ej mindre skriftlig därför, att parterna få begagna domaren eller protokollisten till skriftställare. *Muntlig* procedur åter har sin rätta och sanna karaktär däruti, att alla parternas anföranden, till sakens deducerande, äro och förblifva endast och allenast muntliga, och att ingenting vidare i protokollet inskrifves än den *bevisning*, som å ena eller andra sidan föredrages, och hvad som eljest i någon måtto kan anses *bindande* i saken».

De inom litteraturen lämnade bestämningarna på hvad med muntlighet i modern mening förstås synas mig ej sällan lida af brist på full skärpa och precision. Jfr t. ex. *Hagerup*, Civilprocess I sid. 46, som säger, att rättegången kallas muntlig, när domaren icke kan bygga sitt afgörande på något, som icke muntligen förhandlats inför rätten; det moment, hvarpå hufvudvikten ligger, nämligen att det skall dömas omedelbart på grundvalen af den muntliga förhandlingen, kommer ej här fram. Jfr härmed författarens uttalanden om rättegångens omedelbarhet, sid. 48 f. Se ock t. ex. Processkommissionens betänkande II sid. 15, där det säges, att olikheten emellan muntlig och skriftlig process icke bör sökas däri, huruvida endast muntligt meddelelsesätt eller endast skriftligt får brukas i rättegången, utan skillnaden består däri, att i den muntliga processen domstolen får grunda sitt afgörande endast å det inför domstolen muntligen förebragta, under det att skriftligheten kräver, att domstolen dömer allenast på hvad skriftligen affattats; äfven här har det för den moderna muntligheten afgörande omedelbarhetsmomentet knappast tillräckligt skarpt betonats.

senare moment lägges i synnerhet vikt. För den skriftliga processen blir sålunda i motsats härtill utmärkande, att domstolen vid sitt domfällande endast fäster afseende vid sådant, som föreligger i skrift⁵, eller — för att i någon mån modifiera denna bestämning — att hvad domstolen har att vid sitt afgörande beakta skall i väsentliga delar föreligga i skriftlig affattning. Från denna synpunkt sedt är den svenska processen skriftlig.

Som man torde finna, har den nu nämnda motsatsen emellan muntlighet och skriftlighet, vare sig man fattar den på det ena eller andra af de ofvannämnda sätten, icke den innebörd, att den omfattar allt hvad som anföres eller eljest framlägges inför processdomstolen för att tjena som processmaterial. Motsatsen kan öfver hufvud endast ha till-

⁵ Denna bestämning öfverensstämmer med den vanligen gifna. I hufvudsak är den visserligen riktig, så till vida som den pekar på det väsentliga: att skrift är den grund, hvarpå domen bygger. Men alldeles utan förbehåll är det knappast möjligt påstå, att i en skriftlig process det är domaren alldeles betaget att taga hänsyn till annat än sådant, som upptagits i skrift. En domare kan helt enkelt icke undgå att låta sitt omdöme påverkas jämväl af vissa moment, som icke kunna komma med i en skriftlig uppteckning, och man kan icke anse, att en processlag, som hyllar skriftlighetssystemet, förbjuder detta. Det må i detta hänseende vara tillräckligt att hänvisa till, hurusom enligt gällande svensk processrätt vittnen i regeln skola höras af processdomstolen under handläggningen af målet (se 17: 4 RB); denna grundsats vore tämligen meningslös, om domstolen vore i allo förbjuden att vid pröfningen af vittnesbevisningen fästa sig vid annat än det, som fixerats i protokollet.

Här ofvan liksom på några andra ställen har, i öfverensstämmelse med hvad som är vedertaget, såsom utmärkande för skriftlig process angifvits, att skrift är den grund, hvarpå domen bygger. Att uttrycka förhållandet så, är emellertid icke fullt riktigt. I en muntligt-protokollärisk process kan ju domstolen döma omedelbart efter handläggningens afslutande (obs. t. ex. hvad som hos oss eger rum i mål ang. häktad), och där så sker, grundas domen på det omedelbara intrycket af den muntliga förhandlingen och icke på läsning af hvad under handläggningen upptagits i protokollet. Hvad som utgör domens grundval skall dock alltid, åtminstone i väsentliga delar, protokollföras eller eljest föreligga i skrift, och häri ligger den skriftliga processens väsensbestämning.

lämpning på parternas anföranden, ty endast om dem gäller obetingadt, att de kunna ha vare sig muntlig eller skriftlig form, och att de, därest de äro muntliga, kunna antingen omedelbart i denna form läggas till grund för domen eller först i skriftlig uppteckning utgöra domsgrundval⁶. Hvad åter beträffar bevisningen, så är det först och främst uppenbart, att ifrågavarande motsats icke kan ha afseende å domstolssyn, skriftliga bevis och partsed. I fråga om sakkunnige är det allmänt antaget, att utlåtanden af dem kunna förekomma i så väl muntlig som skriftlig form, och det är därför här ej någon egentlig mening i att lägga principiell vikt på skillnaden emellan muntlighet och skriftlighet. Vidkommande slutligen vittnesbeviset, så ligger det i själfva begreppet, att såsom vittnen hörda personer skola muntligen afgifva sina berättelser, och ifrågavarande motsats har således, om man tillägger densamma en betydelse, som svarar mot den ofvannämnda äldre, ej någon mening. Där emot möter visserligen i afseende å vittnesbeviset lika väl som beträffande parternas anföranden spörsmålet, huruvida berättelserna omedelbart eller först i skriftlig uppteckning skola ligga till grund för domen.

Med hänsyn till hvad sålunda framhållits synes det mig vara obestridligt, att en logiskt skarp och oantastlig bestämning af begreppen muntlighet och skriftlighet bör gå ut därpå, att de angå allenast parternas anföranden, partsförhandlingen.

Gifver man förevarande begrepp den begränsning, som nu angifvits, så har man att vid sidan af dem ställa begreppet *bevisomedelbarhet*. Därmed förstår man den grundsats, enligt hvilken bevisningen skall ega rum inför processdomstolen. Denna skall alltså själf företaga syn, granska skriftliga bevis, höra parterna och upptaga parts ed, höra sakkunnige eller möttaga deras skriftliga yttranden äfvensom — hvad som ej minst är af vikt — höra vittnena. För att träffa

⁶ Jfr *mina* uttalanden i Tidsskr. f. Retsv. 1921 sid. 155 f. samt detta arbete Bd I del 1 sid. 136 f., (2:dra uppl. sid. 132).

den moderna processens väsen till skillnad från den äldre måste dock ännu ett moment inrymmas i bevisomedelbarhetsgrundsatsen. Det är nämligen ej tillräckligt, att bevisningen sker inför processdomstolen; därtill måste komma, att bevisen, så vidt de framkomma i muntlig form, omedelbart läggas till grund för domen. Domstolen skall alltså, hvad angår vittnesbeviset, grunda sin öfvertygelse om hvad som är sant omedelbart på de muntliga vittnesberättelserna. För att detta skall kunna ske är det tydligtvis ej tillräckligt, att vittnena höras af processdomstolen, utan förhöret måste ega rum under själfva handläggningen af rättegångsmålet (hufvudförhandlingen; se nedan).

Öfver hufvud iakttages dock ej den af mig här ofvan gjorda begränsningen af begreppet muntlighet eller den stränga distinktionen emellan muntlighet och bevisomedelbarhet, utan i allmänhet, då man karaktäriserar den moderna processen såsom muntlig, syftar man både på parternas anföranden samt vittnens och sakkunniges berättelser, och man vill därvid framhålla, att ej mindre de förra än äfven de senare omedelbart, sådana de muntligen framkomma inför processdomstolen, utgöra domens grundval⁷. Begreppet bevisomedelbarhet träder härvid mera i bakgrunden och sättes i relation särskildt till de icke muntliga bevismedlen, syn m. m. — Då i det följande talas om den s. k. moderna, muntliga processen, åsyftas hvad man i allmänhet, enligt hvad nu sist antydts, därunder inbegriper; det är alltså fråga om muntlighet och omedelbarhet beträffande ej blott partsanförandena utan äfven de muntliga bevismedlen äfvensom tillika om omedelbarhet beträffande bevisningen i öfrigt. Endast den moderna motsättningen

⁷ Ofta tillägger man begreppet muntlighet en ännu vidare innebörd. Man talar nämligen om en formell muntlighet, hvars kraf äro tillgodosedda genom uppläsning under domsförhandlingen af förklaringar, afgifna inför annan rätt än processdomstolen och där protokollförda. Det torde emellertid vara tydligt, att en dylik s. k. muntlighet är något väsentligen annat, än hvad man med den moderna muntligheten i egentlig mening åsyftar.

emellan muntlighet och skriftlighet afses, då annat ej uttryckligen säges.

För att ännu närmare än ofvan skett precisera skillnaden emellan muntlighet och skriftlighet bör jag framhålla den olika karaktären af skrift i en muntlig och skriftlig process. Det är till en början tydligt, att skrift ej kan undvaras i någon process, hur den i öfrigt må vara ordnad. Äfven i en muntlig process måste alltid skrift så till vida komma till användning, som domen måste skriftligen affattas. Därförutan skulle rättskipningen förfela sin uppgift; det rättsskydd, som processen meddelar, är ju nämligen beroende däraf, att domen lämnar en slutgiltig fastställelse angående det omprocessade rättsförhållandet, och därför förutsättes, att man i framtiden, när helst behof däraf yppar sig, är i tillfälle att förskaffa sig kännedom om, hvilket rättsförhållande processen angått och hvad i domen därom fastställts. Men skrift kan i vida större omfattning förekomma i en muntlig process, utan att detta innebär något intrång på muntlighetens väsen. Det kan sålunda (bortsedt från verkliga undantag från muntlighetsgrundsatsen) vara ändamålsenligt eller t. o. m. praktiskt taget nödvändigt, att vid inledandet af rättegång i skrift fixeras hvad rättegången skall röra sig om, att, om under rättegångens lopp processföremålet undergår någon ändring, förhållandet upptages i protokoll, att den afgörande förhandlingen emellan parterna, d. v. s. den förhandling, som skall ligga till grund för domen, förberedes genom skriftväxling eller genom en muntlig förhandling, hvars åtminstone väsentliga innehåll protokollföres, eller att jämväl hvad som under hufvudförhandlingen för åstadkommande af utredning eller bevis muntligen anföres i någon utsträckning (större eller mindre, alltefter som det befinnes ändamålsenligt) antecknas i domstolens protokoll; jfr hvad nedan i olika afseenden vidare utföres. Och det ligger vidare i öppen dag, att i en muntlig process domaren icke är förhindrad att till stöd för sitt minne till bruk vid afgörandet föra enskilda anteckningar.

Om alla dessa uppteckningar gäller emellertid — och detta är den principiella skillnaden emellan muntlighet och skriftlighet — att det icke är den skriftliga affattningen, som gör hvad som under rättegången framkommit till processmaterial. Upptecknandet har icke, såsom i den skriftliga processen, till syfte att utmärka hela det eller i hvarje fall det väsentliga material, hvarpå domen skall grundas, utan dess ändamål är blott att hindra, att det upptecknade försjunkar i glömska.

II. *Den moderna muntlighetsgrundsatsen.*

Det gifves icke någon processuell grundsats, hvilken i samma grad som muntlighetsgrundsatsen trycker sin prägel på processen. Den står i det allra intimaste sammanhang med andra för processens allmänna gestaltning bestämmande principer, och den är för sitt genomförande beroende af betingelser samt kräfver anordningar, hvilka äro för rättegångsväsendet af genomgripande betydelse. Innan jag går att påvisa detta, må i korthet framhållas, hvilka företräden den muntliga processen må kunna erbjuda framför den skriftliga, eller hvilka olägenheter den förra, jämförd med den senare, må kunna hafva med sig. Att för svaret på frågan, om processen bör vara muntlig eller skriftlig, i allo bör vara afgörande (frånsedt möjliga statsfinansiella hänsyn), på hvad sätt rättskipningens ändamål bäst befrämjas, ligger i öppen dag. Det gäller en ändamålsenlighetsfråga, m. a. o. en rent praktisk fråga, och inga enbart teoretiska spekulationer kunna här tillerkännas någon vikt.

1) Den muntliga processens öfverlägsenhet öfver den skriftliga anses bestå däri, att den är egnad att främja rättskipningens såväl säkerhet som snabbhet.

Med hänsyn till rättskipningens säkerhet kommer väsentligen i betraktande, att ett muntligen framlagdt processmaterial förmår gifva domaren ett mera lefvande starkare och fylligare intryck af hvad tvisten angår och afgörandet bör grundas på, än som står att vinna, då pro-

cessen är skriftlig. Detta sammanhänger dels med det talade ordets större kraft att påverka dels därmed, att det muntliga processmaterialet inrymmer vissa moment, som icke kunna upptagas i skrift, och som därför gå förlorade, om det muntligen anförda skall upptecknas och domen grundas på protokollet. Det låter sig sålunda påstås, att det i en muntlig process är möjligt att åstadkomma en bättre grundval för domen än i en skriftlig. I samma riktning verkar ock den omedelbara beröringen emellan domaren samt parterna och andra i rättegången uppträdande personer. Domaren blir därigenom i stånd till att utöfva en kraftig materiell processledning. Hvad en sådan betyder för processmaterialets klarhet och reda, öfversiktighet, fullständighet samt riktighet, har redan tillräckligt utredts⁸.

I anslutning till det föregående kan lämpligen omnämnas den roll muntligheten spelar därutinnan, att den utgör förutsättning för, att en annan viktig processuell grundsats, den om processens offentlighet, skall kunna komma till sin fulla rätt. I nästföljande paragraf talas närmare om rättegångens offentlighet. Här må det vara tillräckligt att antyda, hurusom rättskipningens säkerhet och ännu mer förtroendet till densamma främjas genom den kontroll på dess utöfvande, som offentligheten innebär. Men offentlighet utan muntlighet är ej mycket värd, ty skall allmänhetens närvaro vid rättegångsförhandlingar verkligen betyda något, måste allmänheten vara i stånd till att uppfatta och bilda sig ett omdöme om hvad som försiggår, och detta är ej möjligt, med mindre anförandena hållas muntligen.

Beträffande muntlighetens inflytande på rättskipningens snabbhet är hufvudsynpunkten den, att det muntliga förfarandets natur strider mot uppskof; ett rättegångsmåls utsättande till fortsatt handläggning å annan dag gör eller kan åtminstone göra den föregående handläggningen onyttig. I den skriftliga processen äro åter uppskof, de må vara

⁸ Se därom nästföregående § och särsk., beträffande den materiella processledningens samband med muntligheten, sid. 77—79.

hur talrika och långa som helst, likgiltiga med hänsyn till möjligheten att afgöra målet. Det må ock framhållas, att förhandlingens muntlighet så till vida gör uppskof mindre nödvändiga, som domaren är i tillfälle att genast utöfva processledning och parterna ofta kunna genast besvara hvarandras anföranden; då anförandena äro nedlagda i skrifter, ställer det sig härutinnan väsentligen annorlunda. Å andra sidan må dock visserligen icke i detta sammanhang förbises, att muntlig förhandling, åtminstone i större mål, måste förberedas (se därom vidare nedan), och den tid som denna förberedande behandling tager i anspråk, bör medräknas vid jämförelsen emellan de båda processformerna. Det ligger ock särskild vikt uppå och är förbundet med ej ringa svårigheter att så ordna den förberedande behandlingen, att den ej blir tidsödande. Lyckas man ej härutinnan, kan resultatet lätt blifva det, att tidsvinsten af muntligheten blir ingen eller föga afsevärd.

Muntlighetens fördelar stå i oskiljaktigt samband med vissa olägenheter däraf. Bådadera framgå omedelbart af arten hos den form, hvori processmaterialet förelägges domaren, som har att därpå bygga sitt afgörande. Det talade ordet har ej det skrifnas fasthet och varaktighet; det förflyktigar och blir utan verkan, så framt det ej genast upptages i medvetandet. Den muntliga processen ställer sålunda mycket stora anspråk på domaren. Han skall klart och utan missförstånd genast uppfatta hvad som anföres, sammanställa hvad som hör tillsammans och särskälla olika delar af målet, i minnet bevara allt hvad han sålunda inhämtat ända till dess afgörandet skall träffas och då fullt behärska det hela, så att han kan med säkerhet rättsligen bedöma detsamma. Domaren i en muntlig process finner sig sålunda vid pröfningen försatt i ett helt annat läge än den skriftliga processens domare, som ju kan i lugn och ro genom läsning af det skrifna tillegna sig och bilda sig ett omdöme om hvad som förekommit. Med hänsyn till denna skillnad ligger det, där processen är muntlig, en alldeles

särskild vikt uppå, att domstolsorganisationen erbjuder fullgoda garantier för en riktig pröfning, och det är endast helt naturligt, om man uppställer kraf på en starkare sammansättning af domstolarna än i den skriftliga processen. I synnerhet göra sig dessa kraf gällande beträffande sammansättningen af domstolarna i första instans; här möter i främsta rummet spörsmålet, om det är tillräckligt att besätta dem med en enda lagfaren domare, eller om icke flere sådana domare däri böra hafva säte⁹.

Men den muntliga processen ställer stora anspråk ej blott på domstolarna utan äfven på parterna. En muntlig förhandling är i större och mera invecklade mål knappast möjlig som omedelbar grund för domen, om ej parternas talan utföres med en ej ringa grad af klarhet, reda och fullständighet i sak men på samma gång utan onödig omständlighet i form. Då parterna i allmänhet ej kunna själfva fylla de kraf, som sålunda ställas på deras verksamhet, leder muntligheten faktiskt till advokattvång, låt vara att lagen ej stadgar något därom. Härmed är gifvet, att denna process är dyrare för parterna än den skriftliga.

2) Det har ofvan antydts, att muntlighetsgrundsatsen är för sitt genomförande beroende af vissa processuella anordningar. Hvad härmed hufvudsakligen åsyftats är det behof af förhandlingens starka koncentration, hvars tillgodeende utgör rent af ett livsvillkor för den muntliga processen. Då processmaterialet ej är fixerat i skrift, har domaren att döma på grundvalen af det intryck han i sitt medvetande upptagit af hvad som under handläggningen förekommit. Emellan handläggningen och afgörandet af målet kan följaktligen ej någon lång tid få förflyta. Afgörandet måste träffas omedelbart eller dock endast några få dagar efter handläggningens avslutande; men ej nog härmed, handläggningen får ej fördelas på olika rättegångstillfällen, emellan hvilka ligger någon afsevärd tidrymd. Såvidt möjligt bör förhandlingen i dess helhet försiggå vid

⁹ Jfr därom framställningen i Bd I § 11 af detta arbete.

ett enda rättegångstillfälle, eller, där uppskof ej kunna undgås, dessa inskränkas i möjligaste mån och göras beroende af stränga betingelser; hvarje uppskof, som sträcker sig öfver längre tid än några få dagar, medför ju nämligen, att förhandlingen måste i dess helhet upprepas. Denna starka koncentration är ej möjlig, utan att förfarandet klyfves i två delar, nämligen så, att man låter det förfarande, hvarpå det med hänsyn till målets afgörande närmast och egentligen kommer an — hufvudförhandlingen eller, såsom man också säger, domsförhandlingen, d. ä. den förhandling, på grund hvaraf det dömes — föregås af ett förfarande, som har till syfte att förbereda hufvudförhandlingen. Hur den förberedande behandlingen skall ordnas, är en fråga, på hvilken jag ej här har anledning att närmare ingå. De moderna lagarna och de till dem sig anslutande lagförslagen förete, såsom naturligt är, åtskilliga olikheter, men i stort sedt kan man tala om två hufvudlinjer: antingen förberedelse genom skriftväxling emellan parterna eller förberedelse genom muntlig förhandling emellan parterna inför domstolen (resp. en ledamot af domstolen eller annan domstol än processdomstolen); variationer äro härvid möjliga och förekomma antingen så, att det beror på domstolen, huruvida den ena eller andra vägen skall väljas, eller så, att det lämnas öppet att efter omständigheterna öfvergå från den ena vägen till den andra. Vare härmed huru som helst, så är af syftet med den förberedande behandlingen tydligt, att hvardera partens ståndpunkt i tvisten därvid måste klargöras. Parterna måste framställa sina yrkanden samt ange de fakta, på hvilka yrkandena grundas, och det bör blifva klart, på hvilka punkter parterna äro ense eller stridighet råder dem mellan. De bevis, som parterna vilja förebringa, böra ock af dem angifvas, ty koncentration är af nöden i fråga om icke blott parternas anföranden utan äfven bevisningen; ja man kan af lätt insedda skäl påstå, att koncentration är beträffande den senare af ännu större vikt än beträffande de förra.

Koncentration med de anordningar, som äro nödvändiga för dess åstadkommande, är ej den enda förutsättningen för en muntlig process. Det är nämligen ej nog med, att hufvudförhandlingen eger rum i ett sammanhang; man måste tillika sörja för, att den *in continenti* försiggående förhandlingen gestaltas så, att materialet icke blir domaren öfvermäktigt. Detta sker därigenom, att det tillägges domaren en långt gående formell processledning. Han bör kunna förordna, att skilda frågor behandlas hvar för sig på det sätt, att allt, som angår en viss fråga, framlägges i ett sammanhang, innan nästa fråga upptages till behandling: en sådan uppdelning bör kunna ske beträffande icke allenast olika yrkanden utan äfven olika tvistepunkter hänförliga till samma yrkande. Tydligt är, att domarens förmåga att bemästra materialet sålunda kan afsevärdt stegras.

3) En följdriktig tillämpning af muntlighetsprincipen kan dock af praktiska skäl ej ifrågakomma och är delvis t. o. m. ej möjlig. Den utländska moderna s. k. muntliga processen är ock i själfva verket ej en rent muntlig process utan utgör en förening af muntlighet och skriftlighet.

Vissa mål äro af den beskaffenhet, att ej ens den strängast genomförda koncentration af förhandlingen och dess ändamålsenliga anordnande i öfrigt äro tillräckliga att rädda muntligheten. Mål kunna vara af den synnerligen vidlyftiga och invecklade natur, t. ex. stora räkenskapsmål, att bedömandet med nödvändighet kräfver ett längre, lugnt och omsorgsfullt öfvervägande, och härför förutsättes, att materialet föreligger i skrift, på studiet hvaraf domen omedelbart grundas.

Vidare — och härmed komma vi in på de betydelsefullaste undantagen från muntligheten — måste af olika skäl denna tåla vidtgående afvikelser med hänsyn till bevisningen, hvarvid särskildt åsyftas bevisningen genom vittnen. Det kan vara omöjligt för en person att infinna sig vid processdomstolen till vittnesförhör under hufvudförhandlingen, eller vittnet kan vistas i ort, som är så aflägsen,

att kostnaderna för sådan inställelse icke skulle stå i skäligt förhållande till tvisteföremålets värde. Då vid hvarje uppskof af något längre varaktighet ett konsekvent fasthållande af muntlighetsprincipen kräfver, att allt hvad som tidigare förekommit upprepas när målet å nyo handlägges, skulle följaktligen principenligt förut hörda vittnen städse höras på nytt, men det ligger i öppen dag, att af hänsyn till parternas kostnader och besväret för vittnena sådant i stor utsträckning ej låter sig genomföra. Hänsyn måste ock stundom tagas till önskvärdheten eller rent af nödvändigheten att trygga beviset för framtiden, och det kan därför vara i säkerhetens intresse påkalladt att höra vittne utom hufvudförhandlingen. Slutligen må ock den synpunkten framhållas, att afhörandet af ett mycket stort antal vittnen under hufvudförhandlingen kan göra denna så omständlig och tidsödande, att domarens förmåga att öfverblicka det hela utsättes för en alltför stark påfrestning. I alla dessa eller andra snarlika fall, då vittnesförhör försiggår utom hufvudförhandlingen, måste vittnesberättelsen protokollföras och protokollet tjena till bevis.

Muntlighetens relation till rättsmedelssystemet bör i alldeles särskild grad uppmärksammas. Utgår man därifrån, att rättskipningen är bättre, då processen är muntlig än då den är skriftlig, så kan man ej undgå att däraf närmast draga den slutsatsen, att förfarandet i högre instans bör i samma grad som förfarandet i första instans vara grundadt på muntlighetsprincipen. Men ett är den teoretiska följdriktigheten, ett annat, huruvida det är praktiskt taget möjligt att omsätta denna i verklighet. Den fulla tillämpningen af muntlighetsprincipen skulle betyda en ny, fullständig muntlig förhandling i rättsmedelsinstansen med framläggande af allt material, hvartill domstolen hade att och finge taga hänsyn; processen i högre rätt komme att få karaktären mindre af en fortsättning af processen i den lägre än af en ny process om samma sak, och den högre rättens pröfning blefve mindre en öfverpröfning än en ny

fristående pröfning¹⁰. En sådan ordning är näppeligen i och för sig odeladt tillfredsställande. Man kan säga, att själfva begreppet rättsmedel på detta sätt skulle erhålla en annan innebörd, än man hittills allmänt inlagt däri; den trygghet för en riktig rättskipning, som rättsmedelsinstitutet är afsedt att åstadkomma, har man väsentligen ansett ligga däri, att högre instans pröfvar rättspåståendets befo-genhet på i stort sedt samma grundval som den lägre rät-ten, men denna synpunkt förskjutes i samma mån, som rät-tegången i högre instans gestaltas så, som om den stode fri från beroende af och samband med det tidigare förfarandet i den lägre. Men bortsedt härifrån lägga rent praktiska hän-syn oöfverstigligen hinder i vägen för ett fullt konsekvent ge-nomförande af muntlighetsgrundsatsen i högre instans. Par-ternas processkostnader stegras oskäligt, om det ålägges dem att på nytt omedelbart lägga fram alla de bevis, som de förut företett i lägre rätt, och på hvilka de fortfarande vilja beropa sig. Öfver hufvud ha naturligtvis de ofvan anförda orsaker till undantag från tillämpning af bevisomedelbar-hetsgrundsatsen, som göra sig gällande redan beträffande rättegången i första instans, ökad betydelse i afseende å processen i rättsmedelsinstans.

I ännu ett hänseende påverkar den moderna muntlig-heten regleringen af rättsmedelssystemet. Rätten till ap-pell, d. v. s. parts rätt att draga saken *i hela dess vidd* un-der högre rätts pröfning, kan man svårligen undgå att be-gränsa sålunda, att (förutsatt att man har att räkna med tre instanser) endast mellaninstansen är appellinstans och högsta instansens uppgift inskränkes till pröfning af — förutom laga formers iakttagande — rättsfrågan¹¹. Att ordna förfarandet i alla tre instanserna såsom en muntlig förhandling emellan parterna med framläggande, så vidt

¹⁰ Se sålunda redan min framställning i Bd I del 1 sid. 138 (2:dra uppl. sid. 133 f.).

¹¹ Ang. de olika rättsmedelstyperna se *min* bok om Rättsmedlen sid. 12—14.

möjligt, af bevisen enligt omedelbarhetsgrundsatsen, kan af hänsyn till kostnaderna (för parterna och tillika — hvilket här kan förtjena särskildt nämnas — för staten¹²) knappast ifrågakomma.

4) En överblick öfver allt hvad ofvan om den moderna muntliga processen anförts ger vid handen, att den är förenad ej blott med stora fördelar utan jämväl med olägenheter, hvilka senare äro af den beskaffenhet, att muntlighetsprincipen öfver hufvud ej låter sig utan ganska vidtgående inskränkningar genomföra. Den ställer stora anspråk på domstolarnas och parternas verksamhet, och där förutsättningarna för dessa anspråks fulla infriande ej äro för handen, möta öfvervägande betänkligheter mot muntlighets-systemet. Där åter dessa betingelser föreligga, är enligt mitt omdöme den muntliga processens öfverlägsenhet öfver en skriftlig process af den äldre vanliga typen i det hela så afgjord, att det icke kan vara tvifvelaktigt, hur en jämförelse bör utfalla.

Emellertid kan en undersökning, som angår den moderna distinktionen emellan de processuella principerna muntlighet och skriftlighet, ej, om den skall vara allsidig och fullt rättvis, anses slutförd med hvad hittills utvecklats. Vid närmare öfvervägande af muntlighetsprincipens fördelar och olägenheter visar det sig, att fördelarna hufvudsakligen äro knutna till den muntliga formen för förhandlingen och icke till det i muntlighetsbegreppet ytterligare inrymda moment, som består däri, att det skall dömas omedelbart på grundvalen af det muntligen anförda. Men det torde förhålla sig ej blott så, att de olägenheter och svårigheter, som äro förenade med en muntlig process, äro förknippade med omedelbarhetsgrundsatsen, utan tillika så, att man icke kan tillerkänna denna grundsats någon större själfständig betydelse; dess betydelse ligger väsentligen däri, att den dels utgör förutsättning för, att den muntliga

¹² I en muntlig process skulle högsta instansens ordnande såsom appellinstans säkerligen medföra afsevärdt stegrade kostnader.

formen kommer till sin fulla rätt, dels är en garanti för, att denna form upprätthålles och icke så småningom uttränges af den skriftliga. Såsom man torde finna, åsyftar jag med dessa mina anmärkningar att gentemot den muntliga processen för jämförelse ställa den särskilda art af skriftlig process, som man benämnt den muntligt-protokollariska (se ofvan).

Det är tydligt, att de städse kraftigt understrukna fördelar af muntligheten, som består däri, att förhandlingen ger ett starkt, lefvande och mångsidigt intryck, att domaren blir i stånd till att utöfva en effektiv processledning, och att grundsatsen om rättegångens offentlighet kan spela den roll som vederbör, framgå af den muntliga förhandlingsformen, men att den moderna processens olägenheter och svårigheter bero därpå, att det muntliga processmaterialet förblir muntligt och icke erhåller den varaktighet, som fixeringen i skrift medför. Det processsystem, som förenar den muntliga formen med protokollering af förhandlingens innehåll, synes vid sådant förhållande vara det bästa. Af skäl, som här i korthet skola granskas, ha de flesta nutida processualister dock icke förordat detta system utan förklarat sig för anhängare af den moderna muntlighetsgrundsatsen, ehuru visserligen alla vid dess genomförande sett sig nödsakade till mer eller mindre långt gående undantag, så att det i verkligheten icke finnes någon rent muntlig process.

Det har ofvan yttrats, att skriften icke förmår återge alla de moment, af vikt för bedömandet, som innefattas i ett muntligt processmaterial. Detta är otvifvelaktigt riktigt, men betydelsen däraf torde icke kunna skattas särdeles högt. Innehållet i muntliga anföranden kan ett omsorgsfullt förddt protokoll mycket väl riktigt och med nödig fullständighet upptaga. Hvad som däremot knappast kan anorlunda än ganska ofullkomligt upptecknas är domarens intryck af de i målet uppträdande personerna, deras sätt att uttala sig, beredvillighet att svara på frågor m. m. dyl.

Sådant kan visserligen vara af värde — i brottmål ännu mer än i tvistemål — men man må akta sig för att öfverdrifva vikten af dylika moment. Och för öfrigt behöfver protokollets betydelse såsom grundval för domen icke prässas ända därhän, att det förbjudes domaren att taga hänsyn till moment af antydda beskaffenhet. Ett sådant förbud är så onaturligt, att det icke låter sig upprätthålla.

Mot protokollering af processmaterialet i ändamål att erhålla ett protokoll, som kan läggas till grund för domen, har vidare anmärkts, att ett sådant protokoll måste ha ett omfång, som gör protokollsföringen till en synnerligen tyngande och tidsödande uppgift. Då protokollet bör uppsättas under handläggningen af målet och om också ej af domaren så åtminstone under en viss kontroll från hans sida, är det fara värdt, att förhandlingen mister sin liflighet och friskhet, samt att domarens intresse och initiativ vid handläggningen försvagas. — Man har härmed pekat på faktorer, som för visso förtjena beaktande, och som bestämdt tala till förmån för den moderna muntligheten. Man torde dock ganska allmänt inom processteorien vara böjd för att bedöma förhållandet väl ensidigt. Jämväl den i modern mening muntliga processen kan ej undvara ett sakprotokoll, om ock ej så omfattande som den muntligt-protokollariska processens, och det är således i realiteten endast fråga om ett mer eller mindre, icke om ett antingen allt eller intet. Skillnaden ter sig också mindre betydande, om man medger, att äfven vid uppsättandet af protokollet i sistnämnda process en viss sovring beträffande hvad som skall upptagas lämpligen kan och bör iakttagas utöfver den gräns, som betecknas däraf, att intet, som till saken ej rätteligen hör (14: 5 RB), får inflyta i protokollet. Det kan sålunda ingalunda anses nödvändigt, att parternas rättsliga deduktioner, där de ej äro af alldeles särskild vikt (de angå t. ex. innehållet af främmande i målet tillämplig rätt), medtagas. Härtill kommer ännu en betydelsefull omständighet, egnad att ytterligare reducera sagda skillnad. Det

har förut talats om, att det i den moderna muntliga processen för åstadkommande af den erforderliga starka concentrationen är i större mål nödvändigt att förbereda hufvudförhandlingen genom skriftväxling emellan parterna eller genom en muntlig förhandling dem emellan, hvars hufvudpunkter upptagas i ett protokoll. Vid hufvudförhandlingens företagande föreligger det sålunda redan en uppteckning af det väsentliga material, på hvilket domstolen har att grunda sin dom, för så vidt detta material består af partsanföranden. Häri ligger en viktig, ofta ej tillräckligt beaktad orsak till, att protokollet vid hufvudförhandlingen kan afsevärdt begränsas. Men intet hindrar, att en anordning, motsvarande nu nämnda förberedande behandling, införes i den muntligt-protokollariska processen. Den är där visserligen ej i sträng mening nödvändig, men för öfrigt kan den motiveras med samma skäl som då den finner användning i den moderna processen. Äfven då det muntligt-protokollariska systemet omfattas, äro krafven på rättskipningens säkerhet och snabbhet hufvudkraf, som måste tillgodoses, och en förberedande behandling af vissa mål är otvifvelaktigt ett godt medel att befordra dessa syften. Begagnar man sig af detta medel, kan däraf särskildt vinnas den fördelen, att protokollet vid hufvudförhandlingen till omfattningen afsevärdt reduceras.

Det har om det muntligt-protokollariska systemet sagts¹⁸, att det visserligen teoretiskt kan synas innefatta den bästa lösningen, i ty att det i sig förenar fördelarna af muntlig förhandlingsform och materialets bevarande för framtiden genom dess upptagande i protokoll, men att det icke dess mindre är ohållbart och icke låter sig i praktiken genomföra. Då ett fullständigt protokoll föres, skulle nämligen öfvermåktiga tendenser göra sig gällande i den riktningen, att den muntliga formen småningom får vika för den skriftliga. Man framhåller i sådant afseende, att, om proto-

¹⁸ Så, bland andra, af *Wrede*, *Civilprocessrätt* I sid. 79, 84 f.

kollet är den hufvudsakliga och omedelbara grundvalen för domen, utvecklingen naturligen går därhän, att parterna i stället för att muntligen utföra sin talan inlämna skrifter till intagande i protokollet. Man hänvisar ock till erfarenheten, som skall ha ådagalagt, att resultatet blir detta, särskildt till den utveckling, som försiggått i den svensk-finska processen, och som för länge sedan bragt de bestämmelser, som haft till syfte att garantera muntlighet och koncentration, ur bruk. — Detta omdöme om det muntligt-protokollariska systemet är, så vidt jag kan finna, icke tillräckligt väl grundadt. Då muntlig förhandlingsform har sin utomordentligt stora betydelse, fastän det väsentliga af förhandlingsinnehållet skall protokollföras, ligger det ingalunda i sakens natur, att fullt klara och bestämda lagstadganden om sådan förhandlingsform skola förlora sin betydelse och under utvecklingens gång upphöra att af domstolarna tillämpas. I synnerhet gäller, att detta ej bör blifva fallet, om dylika stadganden stå vid sidan af andra (såsom om förberedande behandling af målen, om förbud mot uppskof, där det ej är oundgängligt m. m.), hvilka fullfölja ett fullt bestämdt och klart framträdande syfte att främja en kraftig processledning och all önskelig snabbhet i rättskipningen. Det bör i en muntligt-protokollarisk process ej vara svårare än i en muntlig process i modern mening att öfvervaka den muntliga formens iakttagande. Jämväl i sistnämnda process kan, om ej domstolarna ständigt äro vaksamma och beifra missbruk, muntligheten lätt öfvergå till en tom form, utan allt reellt värde. Ett muntligt anförande, som skall förtjena detta namn, måste ha karaktären af fritt föredrag och icke vara uppläsning af en skriven framställning. Ålägger man, där processen är modernt muntlig, domstolarna plikten att tillse detta, så bör man i en muntligt-protokollarisk process kunna med fullt förtroende öfverlämna åt domstolarna förutom enahanda tillsyn jämväl plikten att inskrida mot olagliga försök att h. o. h. ersätta muntliga anföranden med ingifna skrifter. Hvad till sist be-

träffar den erfarenhet, som man kan hämta från utvecklingen af den på 1734 års lag grundade svensk-finska processen, så är att märka, dels att de stadganden, med hvilka man härvid har att räkna, icke ha ett innehåll och en affattning, som äro egnade att tillförsäkra dem full effektivitet, dels att vårt rättegångsväsende öfver hufvud företer en del brister (i fråga om förhållanden, som ha afseende å domstolsorganisationen, saknaden af stadganden om nödig förberedelse af målen m. m.), som kraftigt bidragit till att framkalla de resultat, till hvilka utvecklingen ledt.

III. *Partsförhandlingens form enligt svensk rätt.*

Vid redogörelsen för svensk rätt skiljes emellan två frågor: den ena angår formen för parternas anföranden, partsförhandlingen, den andra bevisomedelbarheten. Närmast blir den förra föremål för utredning.

Först må erinras om hvad förut yttrats, nämligen dels att den svenska processen, såväl i första som högre instans, är i modern mening skriftlig, dels att underrättsprocessen plägar karaktäriseras såsom muntligt-protokollarisk. Till skillnad från underrättsprocessen kan processen i högre instans bestämmas såsom i trängre mening skriftlig. Gemensamt för all svensk process är, såvidt angår partsanförandena, att dessa anföranden skola, då de ej innefattas i ingifna skrifter, hvilka såsom sådana utgöra processmaterial, protokollföras. I denna paragraf skall ock lämnas en redogörelse för protokollsväsendet med hvad därtill hufvudsakligen hör.

De stadganden angående muntlig eller skriftlig förhandlingsform, som finnas i nu gällande svensk processrätt, kunna ej fullt förstås, med mindre man ser dem mot bakgrunden af hvad RB i 1734 års lag ursprungligen innehöll och af hvad närmast förut gällde. I den i nästföregående paragraf (sid. 51 ff.) gjorda återblicken på den bakom nämnda lag liggande historiska utvecklingen beträffande domarens materiella processledning har framhållits, hurusom under 1600-talet ej allenast processen från att till en början ha

varit i modern mening muntlig öfvergått till att blifva i samma mening skriftlig utan ock den muntliga förhandlingsformen trängts tillbaka för den skriftliga. Hvad det senare angår, vore likväl förhållandena ej öfver allt desamma. I hofrätterna utgjordes förhandlingen till en väsentlig del af skriftväxling emellan parterna, och hvad beträffar de lägre domstolarna hade förfarandet vid rådstufvurätterna i de större städerna antagit en liknade gestaltning; vid landtdomstolarna, särskildt häradsrätterna, och i det hela jämväl vid kämnersrätterna äfvensom rådstufvurätterna i de mindre städerna hade däremot den muntliga förhandlingsformen i vida större utsträckning bevarats¹⁴. I anslutning till den olikhet, som sålunda på grund

¹⁴ Rättegångsförordn. af 1695 (Schmedeman sid. 1414) sökte begränsa skriftligheten. Beträffande de »första Instantierne» ålades det i fjärde punkten parterna, »antingen the munteligen eller skrifteligen agera», att genast tydeligen och noga framföra allt hvad till sakens upplysning tjenade äfvensom framkomma med sina bevis. I fortsättningen heter det, att »som the här til brukade widlyftige och onödige skriftväxlingar stor irring, oreda och beswär så för domaren som för parten hafwa förorsakat, så tillåter wäl Kongl. Maj:t, at nu här efteråt som tilförende twänne skrifter af hwardera parten måge inläggias; doch så, at thet med all möjelig korthet och tydeligen skier, hwarpå sedan parterna måge til munteligit förhör komma en eller flere gånger, så framt the sådant begiära, eller ock Rätten för sin upplysning thet nödigt pröfwar».

Af intresse är tillika att framdraga hvad de af Lagkommissionen afgifna processlagförslag, som föregingo det slutliga, år 1734 framlagda, innehålla i ämnet; se dessa förslag i Förarbetena till Sveriges rikets lag. I 18 kap. af Kom:ns förslag till rådstufvubalk af 1688 stadgades, att parterna egde utföra sin talan med två skrifter hwardera; endast under särskilda omständigheter, då det var nödvändigt, finge ytterligare skriftväxling förekomma. I förslagen till RB af 1717 och 1723, resp. kap. 6 och 14, föreskrefs, att vid första domstolen parterna finge ingifva två skrifter hwardera; dock gjordes undantag för häradsrätterna, där sakerna, såsom det säges i förstnämnda förslag, »för tidens korthet munteligen eller allenast med en skrift föreställas kunna»; ett liknande uttalande förekommer i det senare förslaget. Dessutom må nämnas, att 1717 och 1723 års förslag, i resp. 13 och 21 kap., upptogo bestämmelser om muntliga förhör. Sådana förhör skulle hållas på begäran af part eller om rätten pröfvade det nödigt (»til

af omständigheternas makt kommit till stånd emellan de särskilda domstolarna, blefvo i 1734 års lag reglerna angående formen för förhandlingen ej för alla domstolarna desamma. Man kan i förevarande hänseende indela dem i två grupper: hofrätterna och rådstufvurätterna i de större städerna, öfver hufvud de städer, i hvilka kämnersrätt var lägsta domstol, utgjorde en grupp för sig, medan den andra gruppen omfattade öfriga domstolar.

I 14: 1 RB var ursprungligen beträffande härads-, kämners- och lagmansrätt äfvensom rådstufvurätt i »the mindre Städer» stadgadt, att »käromålet bör muntligen föreställas, där sakens vikt och vidlyftighet eller andra omständigheter ej fordra, att det skriftligen ske må: och varde då parterna ej tillåtet att flera än en skrift hvardera inlägga, där saken ej är af dess större vikt». Lagrummet angick, som sagdt, jämväl kämnersrätterna. För dessa sistnämnda domstolars del stod vid sidan af de anförda bestämmelserna hvad i 14: 2, sådant lagrummet ursprungligen lydde, var föreskrivet. I 14: 2 var fråga om det fall, att käranden vid kämnersrätt ingaf skriftligt käromål, och det stadgades, att svaplysning» heter det i 1717 års förslag); det förbjöds part att muntligen föreställa hvad han förut anført i skrift.

Huru förhandlingen gestaltade sig vid tiden närmast före 1734 års lags ikraftträdande, finner man af *Nehrman's* framställning, Cap. XIV § 2, i den äldre 1732 utgifna upplagan af Inledning til then Svenska processum civilem. Efter att ha påpekat, att käranden tillförne alltid framställde sitt käromål muntligen, anför förf:n, att uti kämners- och tingsrätterna det ännu stode parterna fritt att kära och svara vare sig skriftligen eller muntligen (Rätteg.-proc. 1615 § 24 och Förordn. om rätteg. 1695 § 4 citeras). »Thet senare brukas ther mäst: men thet förra är nu för tiden tienligast; besynnerligen uti swåra mål, och när parterne äro enfaldige. Thet är ock mäst beqwämt för Domaren, och säkrare til sanningens utforskande». I »appellations instantierne, när man söker ändring uti Underdomarens utslag, kan thet ock skie muntligen» (Förordn. 1695 § 8 citeras). »Men i Hof.-Rätterna bör libellen inlewereras skriftligen» (Förordn. 1695 § 17).

En jämförelse mellan å ena sidan hvad som i tiden närmast före 1734 års lag gällde och å andra sidan stadgandena i samma lag (se nedan i texten) ger vid handen, att i lagen ett bestämdt sträfvande att inskränka den skriftliga förhandlingsformen kommit till uttryck.

randen i sådant fall skulle vid upprop åtta dagar därefter afgifva skriftligt svaromål; härtill knötos i detalj gående föreskrifter om påföljden af försummelse från ena och andra partens sida. Uppenbarligen får man icke fatta 14: 2 så, som om dess innehåll stode i strid med 14: 1. I 14: 1 har lagstiftaren, för kämnersrätternas liksom för de öfriga där uppräknade domstolarnas del, gifvit en allmän regel om muntlig framställning af käromålet utom i de fall, hvilka i samma lagrum voro antydda. Innehållet i 14: 2 måste vid sådant förhållande fattas på det sätt, att, om en kärande, i enlighet med hvad i 14: 1 medgifvits, framställde sitt käromål skriftligen, jämväl svaromålet skulle vara skriftligt och därvid de i 14: 2 gifna närmare reglerna lända till efterrättelse.

Stadgandena angående de rådstufvurätter, som ej inbegrepos under 14: 1, gifvos i 25: 11, 12 och 13 RB; i de två första af dessa lagrum var det fråga om mål, hvilka rådstufvurätt upptog såsom kämnersrätt öfverordnad vadeinstans, i det senare om mål, som instämmts till rådstufvurätt såsom första domstol¹⁵. Förhandlingen bestod af skriftväxling, omfattande i vademålen en skrift och i de instämnda målen (med undantag för några kategorier af mål) två skrifter å hvardera partssidan. Beträffande de af hofrätt upptagna målen gällde enligt 27: 1, 2 och 4 RB enahanda regler¹⁶; emellan vademålen och de instämnda målen var alltså den skillnad gjord, att i de förra skriftväxlingen bestod af en, i de senare af två skrifter från hvardera parten. Om förfarandet i de till konungen fullföljda målen var stadgadt i 30 kap.; förhandlingen bestod af skriftväxling, omfattande en skrift å hvardera sidan.

Öfverblickar man de bestämmelser, för hvilka nu i korthet redogjorts, så finner man, att i stort sedt muntlig för-

¹⁵ Jfr 5 och 6 kap. RB i 1734 års lag äfvensom detta arbete Bd I del 2 sid. 291 ff. (2:dra uppl. sid. 276).

¹⁶ Ang. vadförfarandet i hofrätt enligt RB, sådan den ursprungligen lydde i 1734 års lag, se *min* bok om Rättsmedlen sid. 205 ff.

handling var regel i första instans, skriftlig i högre instans. Härifrån voro undantag gjorda i olika riktningar, dels så, att de i 14:1 meddelade bestämmelserna (om muntlighet såsom regel) gällde jämväl lagmansrätt, ehuru denna domstol var högre instans i förhållande till häradsrätt, dels ock så, att förhandlingen utgjordes af skriftväxling i mål, anhängiggjorda vid rådstufvurätt såsom första instans i stad, där kämnarsrätt fanns. Grunden till de sålunda i ena och andra riktrningen gjorda undantagen har man tydligtvis, såsom redan ofvan antydts, att söka i främsta rummet i lagstiftningens sträfvande att ansluta sig till den praxis, som vid lagens tillkomst var rådande; vidkommande de sistnämnda rådstufvurätterna och de till dem instämde målen torde böra läggas den förklaringsgrunden, att ifrågavarande mål betraktades såsom vidlyftiga mål, i hvilka skriftväxling kräfdes¹⁷.

I sammanhang därmed, att lagmans- och kämnarsrätterna genom K.F. den 18 April 1849 upphäfdes, erhöilo de två första §§ i 14 kap. RB sin nuvarande lydelse, hvarjämte de bestämmelser, som rörde rådstufvurätt i egenskap af rättsmedelsinstans, aflägsnades ur lagen. Hvad beträffar de enda nuvarande högre instanserna, hofrätterna och högsta domstolen, så är förfarandet i dit fullföljda mål regleradt genom 1901 och 1915 års rättegångslagar; om detta förfarande, i den mån ämnet i detta sammanhang är af intresse, inflyta några anmärkningar nedan.

Det närmaste och egentliga föremålet för framställningen är partsförhandlingens karaktär (af muntlig eller skriftlig) vid *underrätt*. Utläggningen angår hufvudsakligen

¹⁷ Jfr RB 6 kap., 14:1 äfvensom 22:1, sådana dessa delar af RB ursprungligen lydde. I 22:1 föreskrefs, att i rådstufvurätt i de städer, där kämnarsrätt var, skulle i ej blott vädjade utan äfven instämde saker skriftlig berättelse om sakens sammanhang uppsättas och, innan afgörandet träffades, till parterna för granskning utfärdas; det legislativa motivet härtill var uppenbarligen, såsom ock af innehållet i 22:1 framgår, de ifrågavarande sakernas vidlyftighet.

innehållet i 14:1 RB. Vidkommande 14:2 återstår, efter hvad redan anförts, föga att framhålla.

Genom 1849 års förordning har 14:1 ej undergått annan ändring, än att den tidigare uppräknings af domstolar (se ofvan), för hvilka lagrummet skulle ega tillämpning, ersatts af bestämmelse, att det skall gälla underrätt; buden om muntlighet och undantag därifrån ha utan ändring bibehållits. Det heter sålunda allt fortfarande, att käromålet bör muntligen föreställas. Lagstiftaren kan ej anses härmed ha velat säga annat, än att käranden *skall* — där ej i fortsättningen af lagrummet antydd förutsättning för skriftlighet är för handen — muntligen utveckla sin talan, hvilket det åligger domstolen att ex officio öfvervaka¹⁸. Emellertid har det förbehåll, som knutits till muntlighetsbudet, fått ett så sväfvande innehåll och en så obestämd affattning, att detta bud från början utsatts för faran att förlora all verklig betydelse¹⁹. Afvikelse från muntligheten har medgifvits, där »sakens vikt och vidtyftighet eller andra omständigheter» fordra skriftlighet. Det ligger nära till hands att tolka detta förbehåll om skriftlighet så, att käranden i rea-

¹⁸ En jämförelse med § 4 i 1695 års rätteg.-förordn. äfvensom Lagkom:ns tidigare rättegångsförslag är härutinnan upplysande; jfr ofvan not 14. Lagstiftaren kan icke rimligtvis ha uttryckt sig så, som han gjort i 14:1, därest ej meningen varit att inom vissa gränser gifva ett förbud mot skriftlighet. Lagrummet blir i det hela obegripligt, om man däri inlägger blott en maning till muntlighet, en maning, som det ankommer på käranden att efter sitt behag följa eller ej.

¹⁹ Här bör uppmärksamheten fästas på hvad *Abrahamsson* vid 1734 års riksdag anmärkte mot 14:1 i det vid samma riksdag framlagda förslaget till RB. Anmärkningen innehöll, att i 14:1 väl säges, att rättegångstvister böra muntligen föras, men att verkan däraf försvinner medelst det som följer efter, nämligen: där sakens vikt och vidlyftighet etc. (Se vidare ang. *Abrahamssons* uttalanden vid 14:1 ofvan sid. 54 not 23.) Lagkom:n svarade på anmärkningen, att det ej låte sig göra att »aldeles afskaffa» skriftväxtling vid rätterna, särskildt i de saker, som äro vidlyftiga och bestå af många punkter, »såsom i arfskaper och liiquidationsmål». Se vidare *Förarbetena VIII* sid. 217 o. 220. — Att Lagkom:n menat allvar med muntlighetsbudet i 14:1 och velat begränsa skriftligheten till undantagsfall, torde af dess anförda svar vara fullt tydligt.

liteten får valrätt emellan muntlighet och skriftlighet, och i denna anda torde lagrummet snart ha tillämpats²⁰. I sammanhang därmed har föreskriften om begränsning af antalet skrifter till en å hvardera sidan, »där saken ej är af dess större vikt», upphört att iakttagas²¹.

I 14:1 talas endast om, att *küromålet* skall muntligen föreställas. Men man kan ej gärna antaga annat, än att lagstiftaren ansett det själfklart, att på en muntlig utveckling af käromålet skall följa ett muntligt svaromål. Detta framgår ock däraf, att för de fall, då i lagrummet skrift tillåtits, det förbjudits *hvardera* parten att inlägga mer än en skrift.

I enlighet med hvad här sålunda anförts, är det *faktiska* läget beträffande förhandlingsformen i nutida svensk underrättsprocess knappast sådant, att det utan vidare kan sägas vara riktigt att karaktärisera denna process såsom *muntligt*-protokollarisk. Det förekommer visserligen vid våra underrätter mycken muntlighet men på samma gång äfven i stor omfattning skriftlighet. Öfver hufvud gör sig ännu alltjämt den gamla skillnaden gällande mellan landsbygden

²⁰ *Nehrman's* uttalanden i 1751 års upplaga af *Processus civilis* böra här uppmärksammas. I Cap. XIV § 2 säger förf:n till förklaring af det i 14:1 förekommande förbehållet om skriftlighet: »ty stundom är thet mäst beqwämt för Domaren och säkrare til sanningens utforskande, som therföre ej nekar parten at skrifteligen föredraga sin angelägenhet». Förf:n hänvisar därefter till sid. 18 § 19 i sitt arbete, som innehåller följande viktiga uttalande: »Skilnaden emellan *Processum Orale* och *Scriptum* har ej särdeles at betyda hos oss. Wid underinstantierna, jemwäl wid Rådstufwu Rätter i the mindre städer, bör käranden munteligen föreställa sin talan. Han äger likwäl frihet at giöra thet skrifteligen, när sakens wigt och widlöftighet, personens enfaldighet och andra omständigheter fordra skriftelig föreställning». Då *Nehrman* här yttrar, att käranden får skriftligen föreställa sin talan, bland annat, i det fall, att personens (d. v. s. naturligtvis kärandens egen) enfaldighet det fordrar, kan detta ej förstås annorlunda, än att det ankommer på käranden att själf afgöra, om han är så enfaldig, att han ej är vuxen en muntlig framställning. Att man med en dylik tolkning förtager föreskriften om muntlighet all bindande verkan, ligger i öppen dag.

²¹ Jfr hvad ang. 14:1 RB förut å sid. 77 anförts.

och städerna samt, hvad beträffar de senare, mellan större och mindre städer. Muntlig utveckling af parternas talan förekommer mest vid häradsrätterna, minst vid rådstufvurätterna i de större städerna.

Vidkommande härefter 14: 2 RB, som numera, efter den genom 1849 års förordn. vidtagna ändringen, handlar om rådstufvurätt i stället för, såsom ursprungligen, om kämnersrätt men i öfrigt (från höjningen af bötesbeloppen bortses) har samma innehåll, så behöfver det efter den ofvan lämnade utredningen knappast ens nämnas, att lagrummet är alldeles öfverflödigt. Ja, man torde utan öfverdrift kunna påstå, att det är så fullständigt utan betydelse, att ej många jurister numera äro i stånd till att insätta det i dess vederbörliga sammanhang.

Kasta vi härefter en blick på förfarandet i de högre instanserna, så har det karaktären af en skriftväxling, angående hvars enskildheter redogörelse lämnas i läran om rättsmedlen²². Denna beskaffenhet hos förfarandet jämte den omständigheten, att institutet muntliga förhör, såsom nedan vidare omnämnas, spelar en synnerligen underordnad roll, är det, som berättigar till att känneteckna öfverrättsprocessen såsom i trängre mening skriftlig. — För fullständighetens skull erinras om, att i 26: 16 RB upptagits bestämmelse angående förfarandet i tvistemål, som till hofrätt instämts: hvad om sättet för utförande af talan inför underrätt gäller skall lända till efterrättelse.

De hufvudstadganden angående processen vid under- och öfverrätt, hvilka angå partsförhandlingens form (muntlig eller skriftlig), och för hvilka ofvan redogjorts, kompletteras genom de i RB förekommande föreskrifterna om muntliga förhör med parterna. Till en fullständig utredning af förevarande ämne hör jämväl en framställning rörande nämnda föreskrifter.

Bestämmelser om muntliga förhör, gällande för samtliga domstolar utom häradsrätterna, funnos ursprungligen i

²² Se *min* bok om Rättsmedlen, särsk. § 14.

14:6 RB²³. Att häradsrätt icke omnämndes i lagrummet, är ej svårt att förklara. Bestämmelserna, som närmast och hufvudsakligen åsyftade att sörja för komplettering af skriftlig förhandling genom muntligt partsförhör, ha uppenbarligen ansetts mindre nödiga för häradsrätternas del, eftersom särskildt i häradsrätt skriftlig partsförhandling ej blott afsågs skola vara utan äfven faktiskt var undantag från regeln; och då partsförhandlingen var muntlig, behöfdes ej någon uttrycklig lagsanktion för en så själfklar sak som den, att domaren egde ställa frågor på parterna angående relevanta omständigheter. Lagrummet angick följaktligen i sin ursprungliga lydelse kämnars-, rådstufvu-, lagmans- och hofrätter.

Enligt 14:6 (ursprungl. innehållet afses allt fortfarande) kunde muntligt förhör anställas dels på begäran af part, som skriftligen fört sin talan, dels då domaren själf fann sådant förhör nödigt. Man torde kunna säga, att förhörsinstitutet hade en trefaldig uppgift: att lämna part tillfälle att muntligen komplettera hvad han i skrift anfört, att lämna honom tillfälle till muntlig utveckling af sin talan i dess helhet, om han så önskade, samt att möjliggöra för domstolen en kraftig materiell processledning²⁴. Till en början torde ock förhörsinstitutet ha spelat en icke obetydande roll i dessa afseenden.

I hofrätterna förekom, med begagnande af de möjligheter, som förhören beredde, ännu länge efter lagbokens tillkomst muntlighet i stor utsträckning, men under utvecklingens gång tog skriftligheten alltmer öfverhand, visserligen ej så, som om förhören upphörde, men så, att dessa förhör i verkligheten ej längre med fog kunde kallas munt-

²³ Att icke högsta instansen, »Konungen», inbegripits under bestämmelserna i 14:6 RB, är naturligt. Förklaringen framgår af hvad som är anfördt i § 16 af mitt arbete om Rättsmedlen äfvensom i detta arbete Bd I del 1 sid. 163 f., (2:dra uppl. sid. 154).

Se ang. 14:6 RB här ofvan sid. 73 äfvensom Bd I sid. 1113.

²⁴ Ang. muntlighet såsom förutsättning för materiell processledning se ofvan sid. 77 ff.

liga; de begagnades nämligen endast såsom medel till en efter den lagstadgade, ordinära skriftväxlingen fortsatt skriftlig förhandling. De förhör, som sålunda egde rum, höllos på begäran af part; att hofrätt ex officio anställde förhör för processmaterialets klargörande eller fullständiggande, hade nästan helt och hållet kommit ur bruk. Sådant var läget, då 1901 års rättegångslag trädde i kraft och gaf hofrättsprocessen den gestaltning, som den numera eger. Stadgandena om denna process enligt den lydelse, som 26 och 27 kap. RB genom nyssnämnda lag erhållit, inrymma jämväl regler om s. k. muntliga förhör, såväl beträffande vade- som besvärsmål. Redogörelsen för dessa reglers innehåll så ock för muntlighetens omfattning och betydelse i den nutida hofrättsprocessen tillhör rättsmedelläran²⁵.

Hvad beträffar de hofrätterna underlydande domstolar, om hvilka 14:6 handlade, så egde säkerligen förhørsbestämmelserna betydelse så länge och i den mån förhandlingen utgjordes af skriftväxling emellan parterna, om ej annan betydelse så åtminstone den, att parts rätt att påkalla förhör gaf parten tillfälle att under det s. k. muntliga förhöret skriftligen yttra sig utöfver hvad skriftväxlingsreglerna medgåfvo. I lagrummet, hvars tillämpningsområde, efter det 1849 års förordning om upphäfvande af lagmans- och kämnersrätterna trädte i kraft, endast omfattade (förutom hofrätterna) rådstufvurätterna, kvarstodo bestämmelserna om hållande af muntliga förhör ända till dess detsamma genom 1901 års rättegångslag erhöll sin nuvarande lydelse. Grunden till, att de då aflägsnades, var densamma som den, hvilken, enligt hvad ofvan omnämmts, föranledde, att ursprungligen vid 1734 års lags tillkomst lagrummet ej kom att afse häradsrätterna²⁶.

Innan jag afslutar framställningen om förhörsinstitutet, bör jag erinra om den viktiga användning det finner, då med

²⁵ En sådan redogörelse har jag lämnat i min bok om Rättsmedlen, där ock den föregående historiska utvecklingen är klarlagd.

²⁶ Jfr Bd I sid. 1113 och ofvan sid. 73.

tillämpning af 15: 1 RB part åläggas att personligen inställa sig. Det åsyftade stadgandet i 15: 1 har tidigare i detta arbete varit föremål för utförlig utläggning²⁷.

IV. *Bevisomedelbarhet enligt svensk rätt.*

Enligt svensk rätt kan, eftersom principiellt allenast bevismaterial, som föreligger i skrift, lägges till grund för domen, med bevisomedelbarhet blott afses det förhållandet, att beviset skall framläggas för processdomstolen under handläggningen af målet; däremot kan man, hvad särskildt angår de s. k. muntliga bevismedlen (vittnen och sakkunnige), icke därunder inbegripa, att domstolen skall döma omedelbart på grund af det muntligen anförda.

Grundsatsen om bevisomedelbarhet i nyssnämnda mening gäller enligt vår rätt i afseende å handläggningen i första instans — alltså för underrätter äfvensom för hofrätter, för så vidt dessa senare upptaga tvistemål i första hand (26: 16 RB) — men icke i högre instans. Det närmaste och egentliga föremålet för den här gjorda undersökningen är underrättsprocessen.

Hvarken i rättegångsbalken eller annorstädes förekommer någon allmän bestämmelse om, att bevisomedelbarhetsgrundsatsen skall lända till efterrättelse. Men icke förty är det alldeles otvifvelaktigt, huru härmed förhåller sig. För att finna svaret behöfver man blott utgå därifrån, att en afvikelse från sagda grundsats betyder, att annan än processdomstolen eger behörighet att företaga en handling, som skall ingå såsom led i en vid denna domstol förd process. En sådan behörighet kan ej antagas vara för handen i vidare mån, än den objektiva rätten lämnar särskildt stöd därför²⁸.

Genomgår man de särskilda bevismedlen, så torde det beträffande domstols syn saknas stöd för annan mening, än

²⁷ Jfr Bd I sid. 675 ff., 1113 och 1120 samt här ofvan sid. 73. Stadgandet angår ej blott underrätt utan äfven högre instans; se därom *min* bok om Rättsmedlen sid. 222 f.

²⁸ Jfr Bd I § 31, som handlar om rättshjälp.

att synen kan anställas endast af processdomstolen²⁹. Om skriftliga bevis är tydligtvis ej något särskildt att säga; part, som till bevis åberopar en skriftlig handling, bör förete densamma för processdomstolen. Huruvida part, som ålagts edgång, kan få aflägga eden vid annan domstol än processdomstolen, är ganska tvifvelaktigt, men det saknas ej skäl för att besvara frågan jakande. Villkor för att så skall kunna ske bör, om man bestämmer sig för denna åsikt, antagas vara, att inställelse vid processdomstolen skulle för parten vara förbunden med stor olägenhet (öfver hufvud enahanda förutsättningar som för vittnesförhör vid annan domstol)³⁰.

En utförligare utredning kräfvdes beträffande vittnen. Det är här fråga om utläggning af 17: 4 RB.

Först och främst vill jag fastslå, att bevisomedelbarhet vid bevisning genom vittnen är en grundsats, som icke får frångås, så framt ej någon i 17: 4 angifven förutsättning

²⁹ I fråga om jordasyn jfr 14 kap. JB.

³⁰ Jfr ett uttalande i Bd I § 31 vid not 1, där jag förklarar mig icke våga antaga, att processdomstolen eger till annan domstol hänskjuta upptagandet af parts ed. De skäl för ett jakande svar, på hvilka jag i texten hänsyftat, äro dessa: dels var i 17: 31 RB, sådant lagrummet ursprungligen lydde, stadgadt, att, då lagman dömde part till ed, denna kunde afläggas inför nästa domstol i orten, dels ock förekommer i 14: 9 RB en bestämmelse om parts afläggande af vrångo-ed inför »nästa domare, där han vistas». Lagkom:n och (äldre) Lagberedn:n ha i sina förslag till RB (i tvistemål) 24 kap. 8 § upptagit ett stadgande om, att ed skall af part afläggas inför den rätt, som ådömt eden »så framt ej den, som eden gå skall, vistas så fjärran, att han ej kan, utan stor olägenhet eller kostnad, till den rätt komma»; i dylikt fall skulle processdomstolen ega makt att åt annan domstol uppdraga att aftaga parten eden. Man finner af hvad Tablåkom:n i sin jämförelse mellan Lagkom:ns förslag till allmän civillag och gällande lag (se Tablå, innefattande jämförelse etc., senare delen 1839) anmärkt vid 24: 8 RB (i Lagkom:ns förslag), att det ifrågavarande stadgandet ansetts öfverensstämma »med lag och vanligt bruk».

Wrede, Civilprocessrätt I sid. 174 f och II sid. 88, har uttalat den åsikten, att part är under enahanda förutsättningar som vitne berättigad att aflägga ed vid annan domstol än processdomstolen; förf:n åberopar till stöd 14: 9 RB i dess ursprungliga lydelse.

för vittnes afhörande vid annan domstol än processdomstolen är för handen. Det är icke betydelselöst att eftertryckligt betona detta, ty det ligger nära till hands att uppfatta förhållandet så, som om processdomstolen städse bör till annan domstol öfverlämna förhör med vittne, då parterna därom äro öfverens och samtycke af vittnet föreligger. Regeln om bevisomedelbarhet måste emellertid anses vara af absolut natur, hvadan det åligger domstolen att ex officio tillse, att den iakttages. Däremot åligger det icke domstolen att ex officio öfvervaka, att, om en förutsättning för vittnesförhör vid annan domstol finnes, sådant förhör jämväl kommer till stånd. Med hänsyn till det i lagrummet begagnade ordet *skall* är detta ej alldeles öfverflödigt att framhålla, ehuru det visserligen på grund af de förutsättnings beskaffenhet, som i lagrummet nämnas, synes i och för sig tydligt, att vittnesförhör vid annan domstol alltid betingas af begäran därom från vederbörandes (parts eller vittnets; närmare nedan) sida.

De fall, i hvilka vittnesförhör vid annan domstol kan ega rum, angifvas i 17: 4 med följande ord: Är något vittne fjärran, eller kan det för annan laga orsak ej komma till den domstol etc. Hufvudspörsmålet är detta: Medgifver lagrummet i de antydda fallen vittnesförhör vid annan domstol af hänsyn till parten, som anhållit om sådant förhör, eller af hänsyn till vittnet själf? Om det förra är förhållandet, är förhöret beroende allenast på partens begäran därom; utgår man åter från det senare alternativet, ankommer det på vittnet att framställa sådan begäran. Svaret kan delvis ej vålla tvekan. De omständigheter, som antydas med uttrycket »laga orsak», måste tydligtvis för att komma i betraktande göras gällande af vittnet⁸¹. Dylika orsaker äro, t. ex., att man af sin tjänst hindras från att lämna orten,

⁸¹ Så ställer det sig principiellt, men vid tillämpningen gestaltar det sig gärna så, att parten lämnar upplysning om hindret för vittnet att infinna sig vid processdomstolen, hvilken uppgift utan vidare tages för god.

där man är bosatt; jfr om laga förfall 12: 1 RB. Tvifvelaktigare i ifrågavarande hänseende är det fall, att vittnet är »fjärran». I allmänhet anser man bestämmelsen härom ha tillkommit i partens intresse, d. v. s. för att bespara honom de i och för sig stora eller dock i förhållande till tvisteföremålets värde ansevärd kostnader, som skulle vara förenade därmed, att vittnet inställde sig vid processdomstolen och förhöret egde rum därstädes. Då bestämmelsen kommer till användning, sker det ock nästan alltid på grund af framställning från part, som motiverar sin begäran med att framhålla, att vittnet vistas fjärran. Det är otvifvelaktigt riktigt, att bakom bestämmelsen ligger ett syfte att tillgodose ett partsintresse af nyssnämnda innebörd. Men i främsta rummet bör dock bestämmelsen uppfattas från den synpunkten, att lagstiftaren därmed velat göra vittnespliktens fullgörande mindre betungande, eller m. a. o. med stadgandet afses att tillgodose den vittnespliktiges intresse. Häraf följer, att vittnesförhör vid annan domstol måste på förevarande grund tillstädjas jämväl då blott vittnet yrkar därpå, medan parten ej framställer någon begäran därom, ja t. o. m. yrkar, att förhöret skall ega rum vid processdomstolen. Den mening, som jag nu sålunda häfdar, finner jag ej allenast vara den i sig själf mest tilltalande utan tilllika ha för sig lagrummets affattning. Däri betecknas ju nämligen den omständigheten, att vittnet vistas fjärran, såsom en laga orsak för vittnet att ej komma till processdomstolen, och detta innebär alldeles uppenbart, att det är fråga om en orsak, som vittnet kan åberopa³².

³² Något afsevärdt bidrag till tolkningen af 17: 4 RB torde ej vara att vinna genom undersökning af dess historiska föregående och granskning af hvad litteraturen har att förmåla. I Lagkom:ns förslag till RB af 1723 (Förarbetena VI) Cap. XVIII § 1 heter det ang. förhör med vittne vid annan domstol: » Boor eller vistas han å annan ort och är sjuk eller hafwer annat laga förfall; hafwi ther wåld wittnesed lagligen gånga, och om thet mål rätt och sant wittna». Hvad Lagkom:ns förslag till RB af 1717 (Förarbetena V) i Cap. 10 § 1 ang. detta ämne upptager är till innehållet öfverensstämmande men i viss

Hvad förutsättningen, att vittnet vistas *fjärran*, innebär, kan knappast närmare bestämmas. Det är domstolens sak att fritt pröfva med hänsyn till hvad den finner skäligt. Icke riktigt måste det anses vara att likställa fjärran med boende på annan ort³³. Med nutidens kommunikationer

mål tydligare i anseende till formuleringen: »Men är thet så, at vittnen annorstädes boende eller wistande, af sjukdom eller laga hinder ursäktas kunde från resan; tå måge the theras vittnesbörd lagligen afläggia inför then rätt, hwarunder the höra». De sålunda föreslagna stadgandena torde icke kunna förstås annorlunda än så, att vistelsen å annan ort endast i händelse af sjukdom eller annat laga förfall skulle komma i betraktande. Vittnes inställelseplikt skulle alltså icke vara underkastad någon egentlig lokal begränsning. Att vittnesförhör vid annan domstol uppfattades såsom ett från bevisomedelbarhetsgrundsatsen i vittnets intresse gjordt undantag, torde vara tydligt.

Nehrman, i den 1732 utgifna upplagan af *Processus civilis* Cap. XVIII § 8, uttrycker sig så, som om vittnes inställelseplikt vore lokalt obegränsad samt vittnesförhör vid annan domstol endast skulle ega rum i partens intresse och på hans begäran. Förf:n yttrar nämligen följande: »Är witnet långt borte, och saken ey af then wigt och beskaffenhet, at parten kan låta saken hwila, til thess witnet kan framkomma, eller förskiuta reseankostningar, eller betala tidspillan; ty thetta bör *producens* altid gifwa witnet: kunna witten afhöras, ther the wistas». I anslutning därtill hänvisar *Nehrman* till 1667 års Sjölag, Skepm. B. 8 kap. 1 § samt 1687 års Förordn. om rätteg. vid domkapitlen § 22, men hvarken det ena eller andra lagrummets innehåll och affattning lämna stöd för N:s framställning; det säges nämligen på det förra stället, att om vittnen äro annorstädes boende eller wistande, de skola vittna vid den rätt, därunder de höra, och på det senare stället, att om vittnen äro så långt frånvarande, att de utan sitt stora besvär ej kunna inställa sig, de må afhöras i orten, där de vistas. I 1751 års uppl. af *Processus civilis*, Cap. XVIII § 8, där, jämte de nyssnämnda äldre författningarna, 17:4 RB citeras, uttrycker sig *Nehrman* på enahanda sätt som, efter hvad ofvan sagts, i den äldre upplagan. — Att *Nehrmans* framställning på denna punkt ej stämmer med innehållet i 17:4 RB, är uppenbart.

I Lagkommitténs och (äldre) Lagberedn:s förslag till RB, 24:8, talas om vittnesförhör vid annan domstol under den förutsättning, att vittnet »vistas så fjärran», att det ej kan »utan stor olägenhet eller kostnad» komma till processdomstolen.

³³ Det gör emellertid *Lindblad*, *Läran om bevisning* inför rätta enligt Sveriges lag sid. 135. Se ock Lagkom:n:s förslag af 1717 och 1723; ofvan not 32.

skulle däri ligga ett alltför långt gående ingrepp i bevisomedelbarhetsgrundsatsen.

Nästa spørsmål vid utläggningen af innehållet i 17: 4 angår, vid hvilken domstol vittnesförhøret skall ega rum. I lagrummet säges, att vittnet skall höras »inför närmaste rätt, där det vistas, i staden eller å landet, allt som det snarast ske kan». Stadgandet, hvars innebörd ej är alldeles klar, framhåller, hur man nu än vill fatta detsamma, såsom det i främsta rummet afgörande domstolens närbelägenhet till vittnets vistelseort. Såsom jag ofvan framhållit, bero undantagen från bevisomedelbarhetsgrundsatsen (jämväl hvad angår det fall, att vittne är fjärran) i första hand på hänsyn till vittnet. Parten eger således ingalunda bestämma domstol för vittnesförhøret, efter som det för honom från kostnads- eller annan synpunkt faller sig lämpligast. En synpunkt, som ock härvid synes böra framhållas, är den, hur långt den i vittnesplikten innefattade skyldigheten att inställa sig vid domstol för undergående af förhör sträcker sig. Enligt min uppfattning är det här fråga om en skyldighet för vittne att komma till *processdomstolen*, när vittnet vederbörligen kallas dit, eller, då bevisomedelbarhetsgrundsatsen jämlikt 17: 4 frångås, att komma till den för vittnet lättast tillgängliga domstolen, men ingalunda har det ålagts till vittne åberopad person någon laglig skyldighet att infinna sig vid hvilken domstol som helst i riket. *Processdomstolen* får i enlighet härmed icke utsätta förhøret att ega rum vid annan domstol än den »närmaste». Att med den närmaste förnuftigtvis måste i stort sedt förstås detsamma som den lättast tillgängliga, torde vara tydligt. Från hvad nu sagts synes man, säkerligen med stöd af lagens egna ord, ega göra en afvikelse. Det kan hända, att den lättast tillgängliga domstolen icke sammanträder så snart, att förhøret inom skälig tid där kan försiggå, men att detta är fallet beträffande annan närbelägen domstol; i sådant fall bör förhøret kunna hänskjutas till den senare domstolen. Slutligen må blott påpekas, att det naturligt-

vis icke möter något hinder att förlägga vittnesförhøret till annan domstol än förut sagts, för den händelse parten begär det och vittnet är med därom. Att intet offentligt intresse påfordrar iakttagande af den närmaste domstolen, ligger i öppen dag.

Vidkommande pröfningen af jäf, då vittnesförhör hänskjutes till annan domstol, framgår af 17: 4 (»där det nämndt och godkändt är»), att processdomstolen skall efterfråga och döma öfver jäf. Därmed är dock icke afgjordt, huruvida ej jämväl förhørsdomstolen bör taga hänsyn till där uppkommen jäfsfråga. I viss omfattning torde det vara alldeles klart, att så bör ske, nämligen beträffande de absoluta jäfven (ej uppnådd ålder, bristande tillräknelighet m. fl.) och rimligtvis äfven skyldskaps- och svågterskapsjäfven; i öfrigt torde det vara bäst i öfverensstämmelse med lagen, att förhørsdomstolen afhör vittnet och i protokollet antecknar jäfsfrågan, som sedan pröfvas af processdomstolen⁸⁴.

Då förhör vid annan domstol medgifves, plägar beslutet därom innehålla, att parten har att vända sig till förhørsdomstolen med begäran om utsättande af dag för förhøret samt att inkalla vittnet och om förhøret i god tid förut underätta motparten äfvensom till processdomstolen inom viss tid efter det förhøret hållits ingifva förhørsprotokollet.

Då förevarande framställning endast angår tvistemål och bland dem allenast de mål, som behandlas enligt den ordinära civilprocessens regler, saknar jag anledning att ingå i undersökning af, huruvida de hittills genomgångna reglerna i 17: 4 ega tillämpning på öfriga tvistemål äfvensom på brottmål⁸⁵.

I sista punkten af 17: 4 stadgas, att, om vittne är sjukt,

⁸⁴ Se sålunda (äldre) Lagberedn:s förslag till RB (i tvistemål) 23: 16 med motiveringen därtill, samt jfr *Broomé*, Civilprocessen sid. 200 f., och *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 187.

⁸⁵ Af ett rättsfall i N.J.A. 1916 sid. 430 torde framgå åtminstone så mycket, som att man anser lagrummet tillämpligt på brottmål, däri talan om ansvar ej föres.

det skall afhöras hemma. Det behöfver knappast framhållas, att meningen är den, att vittnet af sin sjukdom hindras från att komma till domstol. Man anser, att vid vittnesförhör i detta fall domstolen ej behöfver bestå af domfört antal utan endast af ett mindre antal domstolsledamöter³⁶.

Skyldighet att afgifva vittnesmål vid svensk domstol åligger tydligtvis icke utlänningar, som ej uppehålla sig här i riket. Ej heller torde man böra anse, att svensk medborgare, som är bosatt eller mera stadigvarande vistas utrikes, kan förpliktas att tillstädeskomma vid svensk domstol för vittnesmåls afläggande; angående detta senare kan hänvisas till K. Br. den 20 Maj 1824. Emellertid finnes ändock möjlighet att få utrikes vistande personer hörda i mål, som äro anhängiga vid svensk domstol; de kunna nämligen höras vid utländsk domstol. Härom handlar det nyss anmärkta K. Br. af 1824 så ock lag den 6 Mars 1899 om vittnesförhör vid utländsk domstol³⁷.

De undantag från bevisomedelbarhetsgrundsatsen, som gjorts i 17: 4 RB i fråga om vittnen, är man utan allt tvifvel befogad anse ega motsvarande tillämpning på sakkunnige³⁸.

Medan i det föregående varit tal om bevisomedelbarheten i första instans och undantag därifrån, skall nu med några ord beröras hvad härom gäller beträffande högre instans.

Såsom tidigare i detta arbete anmärkts³⁹, eger högre instans förordna om upptagande vid underrätt af bevis af hvad slag det vara må. Men högre rätt är oförhindrad att

³⁶ Jfr Lagkom:ns och (äldre) Lagberedn:s försl. resp. 23:15 och 23:16 RB, hvori det säges, att, om vittne hindras af sjukdom att infinna sig vid någon rätt, domstolen skall förordna, huru det höras må på stället, där det finnes. Ang. förhörets hållande af ett mindre antal domstolsledamöter se *Lindblad*, *Läran om bevisning* etc. sid. 25, *Broomé*, *anf. arb.* sid. 201 och *Wrede*, *Civilprocessrätt* II sid. 187.

³⁷ Se ang. dessa författningar Bd I sid. 109 (2:dra uppl. sid. 106 f.).

³⁸ Jfr Bd I § 31.

³⁹ Bd I § 31.

själf omedelbart upptaga ny bevisning. Att detta är fallet med skriftliga bevis, är uppenbart. Beträffande syn erinras om 14: 3 JB. Då ed ådömes part, eger enligt praxis återförvisning rum. Vid bifall till begäran om vittnesförhör utsättes vanligen förhöret att ega rum vid underrätt, men högre instans eger ock anställa vittnesförhör, hvilket i sådant fall hålles i hofrätt af hofrätten själf och i högsta instansen af N. Rev:n. För öfrigt behandlas detta ämne lämpligen närmare i läran om rättsmedlen⁴⁰.

V. *Protokollssystemet enligt svensk rätt*⁴¹.

1) Med domstols protokoll förstås, enligt den af *Nehrman* lämnade definitionen (anf. arb. Cap. IV § 2), »minnes böcker, som innefatta alt hwad wid Rätten, skrifteligen eller munteligen, föredrages och eljest sker: så at ther af, i framtiden, må kunna hämtas efterrättelse, om alt sådant». Frånsedt att begreppet protokoll uppenbarligen icke innebär, att däri skall upptagas allt, som i ett mål anföres eller eljest tilldrager sig, är mot definitionen ej något att erinra. Det är sålunda själfklart, att protokollets ändamål alltid måste vara att till framtida hågkomst bevara hvad som förekommit i processen⁴². I hvad mån i en skriftlig process proto-

⁴⁰ Se *min* bok om Rättsmedlen sid. 225 f., 328 och 375.

⁴¹ Se *Nehrman*, Processus civilis Cap. IV; *Schrevelius*, Civilprocess § 44; *Broomé*, Civilprocessen § 8; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 55.

⁴² Om några andra i svensk juridisk litteratur gjorda uttalanden ang. protokollet i rättegångsmål må här erinras. I ett inom Lagkom:n af några ledamöter afgifvet yttrande, som med gillande citerats af (äldre) Lagberedn:n (se dess Förslag till RB, 1849; nya motiver sid. 9), heter det, att »protokollets ändamål är till *säkerhet* för parterna eller till *framtida efterrättelse* förvara det, som kan tjena till grund för beslut i en redan anhängig sak eller till upplysning i framdeles förekommande ämnen». Nya Lagberedn:n har i sitt principbetänkande, andra delen sid. 222, angifvit protokollets ändamål vara »att bevara till framtida hågkomst och efterrättelse det verkliga förloppet af sakens handläggning i väsentliga delar». I hufvudsaklig öfverensstämmelse med dessa uttalanden bestämmer *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 342 »domstols protokoll eller dombok» såsom »en på domstolens vägnar upprättad, med offentlig trovärdighet utrustad urkund, som har till uppgift att för framtiden bevara kunskapen om rättegångens resultat

kollet därutöfver är af betydelse, har redan ofvan berörts (under I) och skall nedan ytterligare behandlas. Att uppteckningen i ett protokoll endast kan afse sådant, som är eller åtminstone kan tänkas vara af någon vikt, ligger i öppen dag.

Då det talas om domstols protokoll, åsyftas antingen originalprotokollet, d. v. s. det i domstolens arkiv förvarade protokollet, eller de till parterna utskrifna exemplaren där af (expeditionerna). För de angående de senare gällande stadgandena — se K.F. den 7 Dec. 1883 ang. expeditionslösen — redogöres ej här. Hvad RB i ämnet innehåller angår hufvudsakligen det förra⁴³.

Angående protokollsväsendets uppkomst och utveckling i svensk rätt hänvisas i det hela till rättshistorien⁴⁴. Af hvad i rättegångsmål förekom vid domstolarna var domen det, som tidigast affattades i skrift⁴⁵. Om förande af protokoll öfver förloppet vid handläggningen möta föreskrifter

och hufvudsakliga förlopp». Det enda, som jag för min del vill erinra i afscende å dessa bestämningar, är (se ofvan i texten), att frågan, i hvilken omfattning protokollet bör återge hvad som förekommit, icke bör inrymmas i begreppet. Dessutom kan ju måhända framhållas, att spörsmålet om protokollets vitsord bäst hålles skild från begreppsbestämningen.

⁴³ Vissa bestämmelser ang. expeditioner har dock RB i dess ursprungliga lydelse innehållit och innehåller allt fortfarande, nämligen de bestämmelser, som röra utgifvande af dom eller utslag till part; se 24 kap.

Från de protokollsutdrag, som parterna i denna sin egenskap lösa, har man att skija de afskrifter, som en hvar är berättigad att mot stadgad afgift erhålla; se F. om expeditionslösen.

⁴⁴ Se *Nordström*, Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia II sid. 582 ff.; Lagkom:n:s historik öfver protokollsväsendet i motiverna till 9 kap. RB, sid. 271 f., i dess Förslag till allmän civillag; *Uppström*, Öfversigt af den svenska processens historia sid. 25, 114, 123 f., *Matz* anf. arb. sid. 13 ff. (särsk. sid. 25—27).

⁴⁵ Därom innehålla landslagarna stadganden. Se, förutom den i nästföregående not citerade litteraturen, några uttalanden af *Wrede*, i skriften, Bidrag till kännedomen om processen under 1600-talet (sid. 161 f. i Valda juridiska uppsatser), samt *Berg*, Huru rätt skipades i Sverige för trehundra år sedan. Utdrag ur uppländska domböcker för år 1608 (1908).

redan under 1500-talet, men det var dock först under 1600-talet, som ett egentligt sakprotokoll började föras och vann sådan omfattning, att det kom att utgöra domens grundval⁴⁶. Stadgandena i RB af 1734 års lag, hvilka ännu ej undergått någon väsentlig ändring, äro ej annat än en sanktion af det resultat, hvartill utvecklingen sålunda hade ledt.

De i RB i dess ursprungliga lydelse gifna stadgandena voro till innehållet ganska torftiga, hvad angår protokollets så väl yttre anordning som innehåll. Lagrummen voro följande: 2: 6; 3: 5; 5: 2; 6: 6; 14: 6; 17: 28; 20: 2 och 24: 3. Af dem äro 3: 5 och 5: 2, hvilka angingo lagmans- och kämnarsrätterna, ej längre gällande; något anmärkningsvärdt innehöllo dessa två lagrum ej. Efter den lydelse 6 kap. RB erhållit genom F. den 18 April 1849 har 6: 5 trädt i stället för den äldre 6: 6; något i sak nytt har ej därmed gifvits. De öfriga anförda stadgandena kvarstå väsentligen oförändrade.

Ursprungligen gjordes, i afseende å underrätts protokoll, ej skillnad emellan protokoll i rättegångsmål och i ärenden. Samma protokoll, domboken, omfattade båda; se 7 kap. RB äfvensom 4: 1 och 10 JB. Numera har man, vidkommande protokollsföringen vid underrätterna, att göra en dylik skillnad. Härvid är att märka, att ehuru distinktionen emellan rättegångsmål och ärenden — process och frivillig rättsvård⁴⁷ — är grundläggande för de af underrätterna handhafda angelägenheternas fördelning emellan domboken och de s. k. småprotokollen, nämnda distinktion likväl ej i allo länder till efterrättelse i detta afseende; en del ärenden upptagas nämligen i domboken. Öfver hvilka ärenden särskilda protokoll skola föras, bestämmes i K.F. den 16 Juni 1875 ang. särskilda protokoll öfver lagfarter, inteckningar och andra ärenden. Att lämna en framställning angående dessa särskilda protokoll, småprotokollen, är ej här min uppgift.

⁴⁶ Jfr ofvan sid. 52 f.

⁴⁷ Jfr Bd I § 1.

Vidkommande protokollsföringen i rättegångsmålen gälla ej samma regler för underrätterna och för de högre instanserna. Såsom det svenska rättegångsförfarandet är gestaltadt, ligger öfvervägande vikt på protokollsföringen vid underrätterna, och det är ock här de egentliga svårigheter, som regleringen af detta ämne erbjuder, möta. Närmast och hufvudsakligen kommer denna del att utgöra föremål för den följande framställningen.

2) Underrätts protokoll i rättegångsmålen är, såsom redan antydts, den s. k. *domboken*. Namnet anger, att denna bok ursprungligen endast varit en samling af de meddelade domarna, och att däri ej ingått någon uppteckning af hvad vid målens handläggning förekommit.

Framställningen kan lämpligen hänföras till följande frågor: a) protokollets yttre anordning; b) dess innehåll beträffande förfarandets yttre förlopp; c) dess innehåll beträffande det processmaterial, hvartill vid målets afgörande skall tagas hänsyn; d) af hvem protokollet föres, och huru därvid tillgår; samt e) renovering och insändande till hofrätt af *domboken*.

a) *Dombok* skall innehålla uppgift på den domstol, inför hvilken den förts, äfvensom på tid och ort för dess förande. Angående angifvandet af tiden har i ett Br. af Göta hofrätt den 28 Febr. 1745⁴⁸ föreskrifvits, att i de *domböcker*, som till hofrätten årligen insändas, skola ofvanför på hvarje sida tecknas datum och årtalet, en regel, som allmänt torde vid *domboks* förande iakttagas. I *domboken* bör vidare antecknas, hvilka personer med målet tagit domarebefattning. Att så bör ske, är en gifven följd af domarens ansvarighet för sina åtgöranden äfvensom däraf, att förfarandets giltighet är beroende af dels rättens domförhet, dels hvarje enskild domares habilitet.

Hvad angår häradsrätt, kan det förtjena särskildt framhållas, att i dess *dombok* bör nämnas ej blott ordföranden

⁴⁸ Anfördt af *Nehrman*, Processus civilis sid. 34 § 3, så ock af *Broomé*, Civilprocessen sid. 35.

utan jämväl de nämndemän, som gjort tjänst, och denna uppgift på nämndemännen bör lämnas icke blott i fall, då de ena sig om en från ordförandens afvikande mening och således bestämma och blifva ansvariga för häradsrättens beslut, utan äfven eljest; af domboken bör nämligen alltid framgå, huruvida rätten varit domför och dess ledamöter habila.

I domboken upptagas målen, hvart under sitt nummer, i en fortlöpande följd. Numreringen vid häradsrätt sker för hvarje ting. Då ett mål handlägges vid olika rättegångstillfällen, plägar i protokollet för senare rättegångstillfälle hänvisas till det nummer, hvarunder målet närmast förut handlagts. Någon särskild dombok i bokstaflig mening, d. v. s. en bok, som blott innehåller domar och utslag, förekommer icke, utan det beslut, hvarigenom domstolen skiljer målet från sig, skrives i omedelbart sammanhang med protokollet öfver den föregående handläggningen eller, där est beslutet meddelas vid ett senare rättegångstillfälle än det, då handläggningen afslutades, visserligen för sig och under eget nummer men dock så, att det ej framträder såsom något fristående utan såsom hörande samman med det förut i målet hållna protokollet. Härmed sammanhänger den i § 8 af K.F. den 7 Dec. 1883 ang. expeditionslösen förekommande bestämmelsen, att hos underdomstol beslut ej må skrivas med rubrik — d. v. s. innehålla någon redogörelse för »själfva saken och målet, där i tvisten består med dess nödiga omständigheter» (se 24: 3 RB och jfr min bok om Rättsmedlen sid. 232 f.) — eller utfärdas annorlunda än i sammanhang med protokoll.

En annan protokollsanordning har föreslagits af Nya Lagberedningen i dess betänkande ang. rättegångsväsendets ombildning (I kap. 13 i förslagen och den speciella motiveringen). Enligt detta förslag skall, då målet första gången hos domstolen förekommer till handläggning, uppläggas och sedermera för hvarje sammanträde, då målet vidare förekommer, fortsättas ett uteslutande för samma mål af-

sedt sakprotokoll. Detta protokoll skall jämte stämningen och öfriga till målet hörande handlingar bilda en rättegångsakt, som förses med ordningsnummer och inneslutes i ett omslag, hvarå de sammanträden, då målet förevarit, jämte hvad mera, som kan tjena till öfversikt öfver innehållet, antecknas. De beslut, hvarigenom domstolarna slutligen skilja målen från sig, skola enligt förslaget uppsättas utan sammanhang med protokollet och sammanföras till en för hvart år upplagd dombok, i hvilken besluten erhålla ordningsnummer efter tiden för utgifvandet. Förutom nu nämnda sakprotokoll och dombok skall, för beredande af öfversikt öfver domstolens verksamhet i dess helhet, för hvarje rättegångsdag öfver samtliga förekommande mål föras en s. k. allmän sakförteckning, upptagande, förutom tid och ort för sammanträdet samt närvarande domstolsledamöter, uppgifter angående de särskilda målen i allenast den utsträckning, att för hvarje mål parternas namn och målets beskaffenhet samt i korthet däri vidtagna åtgärder antecknas, men i öfrigt hänvisas till akten. — Liknande grunder för reglerandet af domstolarnas protokoll ha föreslagits af Processkommissionen i del I kap. 9 af dess betänkande.

Det torde vara obestriddigt att, såsom Nya Lagberedningen ock framhållit, åtskilliga fördelar äro förenade med det föreslagna aktbildningssystemet — ett system, som är i utlandet allmänt antaget och nära öfverensstämmar med hvad som eger rum i våra egna öfverrätter; om det senare förhållandet talas vidare här nedan. Systemet möjliggör att vid ett måls öfvergång från en domstol till en annan öfversända själfva akten i original. Därigenom undgås det arbete, som utfärdandet af expeditioner medför, hvartill kommer, att den pröfning, som sker på grundvalen af originalprotokollet med bilagor, är mera betryggande än den, som sker med ledning af utskrifna expeditioner. Äfven för den underrätt, där protokollet är fördt, är det en afsevärd lättnad att ha allt, som angår en sak, samladt på ett ställe, i

stället för att såsom nu protokollen för olika rättegångstillfällen äro att finna på olika ställen i domboken, hvilket försvårar öfversikten öfver det hela. Vidare kommer i betraktande, att ifrågavarande anordning gör det lättare att uppsätta protokollet vid själftva rättegångstillfället.

b) Beträffande dombokens innehåll med hänsyn till förfarandets yttre förlopp märkes⁴⁹, att hit hör uppgift på dels parterna, deras närvaro eller frånvaro samt deras fullmäktige eller biträden, dels hvad under handläggningen förekommit så till vida, som det omförmäles, att parterna eller deras företrädare, vittnen, sakkunnige och andra i rättegången uppträdande personer yttrat sig (så framt och i den mån deras anföranden äro af någon vikt) så ock hvad eljest i bevisningsafseende förebragts — hur mycket häraf, som bör protokollföras, är en nedan under c) behandlad fråga — dels ock domstolens samtliga förfoganden och beslut, vare sig de meddelats under rättegången eller ha en slutlig karaktär. Att beslutens innehåll bör upptagas, ligger i öppen dag. Om beslut föregåtts af omröstning, skola de af ledamöterna yttrade meningarna (nämndemännens tydligtvis endast om nämnden är enhällig) intagas.

c) Den både teoretiskt och praktiskt viktigaste undersökningen rörande protokollets innehåll afser frågan om förhållandet emellan detta innehåll och hvad domstolen vid sitt afgörande har att taga hänsyn till. Protokollet i en process, som är i modern mening skriftlig, betecknas vanligen — och så har upprepade gånger skett i detta arbete — såsom domens grundval. Detta uttalande är otvifvelaktigt riktigt, om blott man ej ger detsamma en öfverdrifven räckvidd^{49a}. Man påstår ock ofta, för att angifva protokollets betydelse i den skriftliga processen, att domstolen icke får vid sitt afgörande beakta annat än hvad protokollet innehåller. Denna senare sats går alldeles för långt och är så

⁴⁹ Jfr häröf Nya Lagberedn:s betänkande I kap. 13 § 3.

^{49a} Jfr not å sid. 104.

till vida uppenbarligen oriktig. Det nu antydda vill jag från allmänna synpunkter utveckla, innan jag går in på framställningen af positiv svensk rätt.

Domstolen har att fastställa hvad som är rätt emellan parterna⁵⁰. Därvid har den att utgå från parternas yrkanden och undersöka, på hvilka premisser bedömandet bör grundas, och till hvilken konklusion dessa premisser föra. De element, af hvilka premisserna bildas, utgöras, såsom redan några gånger nämnts⁵¹, af rättssatser, erfarenhetsatser och fakta. Att domstolen är både berättigad och pliktig att beakta rättssatser och erfarenhetsatser, äfven om protokollet icke innehåller något om desamma, är utan vidare tydligt⁵². Satsen, att protokollet är domens grundval, kan alltså ej afse samtliga domspremissor, och oriktigheten af påståendet, att protokollet måste upptaga allt hvad domstolen får beakta, är klarligen ådagalagd. Hvad protokollet däremot måste upptaga, för att det vid afgörandet skall kunna komma i betraktande, är yrkandena, de fakta (resp. rättsförhållanden), till hvilka vid pröfningen af yrkandenas befogenhet skall tagas hänsyn, samt de rättshandlingar, af vare sig processuell eller materiell innebörd, hvilka äro af beskaffenhet att öfva inflytande på det processuella förfarandet eller på beslutens innehåll; härtill har man att lägga processhandlingar af sådan innebörd som missnöjesanmälningar. I den omfattning, som sålunda angifvits, är det visserligen riktigt att anse den skriftliga uppteckningen göra hvad som i processen förekommit till processmaterial, men därutöfver är åsikten oriktig⁵³. I ett hänseende utvecklas det sagda närmare här nedan.

⁵⁰ För enkelhetens skull fästes här afseende hufvudsakligen endast vid den pröfning, som angår det omprocessade materiella rättsförhållandet. Att därjämte lämna en utläggning i afseende å pröfningen af processuella frågor, torde vara öfverflödigt.

⁵¹ Se ofvan sid. 5 och 35.

⁵² Jfr ofvan sid. 89 ff.

⁵³ Jfr ofvan not 5.

Förutom till parternas anföranden, hvilka hittills åsyftats, har man att ställa protokollet i relation till bevisningen. I afseende därå kan i stort sedt sägas, att den blir process-material därigenom, att den protokollföres.

I viss mån måste man göra en inskränkning i hvad nu yttrats angående skriftlighetsgrundsatsens kraf på protokollets innehåll. Af denna grundsats följer ingalunda, att partsanföranden, som innefattas i ingifna skrifter, skola ingå i protokollet såsom delar däraf. Att detta ej är nödvändigt, framgår tydligast af en hänvisning till aktbildnings-systemet, som står i fullaste öfverensstämmelse med nämnda grundsats, och enligt detta system skola ju ingifna skriftliga handlingar icke upptagas i protokollet utan biläggas det-samma. Med ingifna skriftliga bevis förhåller det sig på enahanda sätt. Dylik skriftlig handling behöfver icke, där ej särskilda omständigheter föranleda därtill, afskrivas i protokollet eller fullständigt däri beskrivas; det är tillfyllest, att handlingen blott anmärkes och därjämte (eventuellt i afskrift) tillägges akten.

Hvad härefter angår gällande svensk rätt, så må till en början konstateras, att det icke i RB eller annorstädes förekommer något stadgande, som lämnar direkt och klart besked angående den omfattning, hvori parternas anföranden skola upptagas i domboken. Så mycket kan man emellertid med bestämdhet påstå, som att domboken skall med så stor fullständighet återgifva allt hvad under handläggningen förekommit, att den kan ligga till grund för domen. Detta framgår af de principer, efter hvilka processen i rättsmedelsinstanserna ordnats, så väl enligt RB i dess ursprungliga skick som enligt de regler, hvilka RB numera efter undergångna lagändringar innehåller. Rättsmedelsinstansen dömer väsentligen på hvad underrättens protokoll innehåller, och detta vore ju ej möjligt, om protokollet icke hade förut nämnda omfattning.

Inom litteraturen är man öfver hufvud ense om, att i domboken skall, så vidt angår parternas anföranden, upp-

tagas allt hvad till saken rätteligen hör äfvensom, beträffande bevisningen, hvad af de använda bevismedlen framgår till upplysning i målet ⁵⁴. Till stöd härför åberopas företrädesvis tre lagrum, nämligen 2: 6 (om hållande af »riktig dombok») samt 14: 5 och 6 RB. I all synnerhet bygger man på det sista lagrummet; af det här stadgade förbudet att uppskrifva något, »som till saken ej rätteligen hör», sluter man till, att det omvänt gäller, att allt, som rätteligen hör till saken, skall uppskrifvas ⁵⁵. Ämnet påkallar en noggrannare undersökning än en enkel hänvisning till de ganska sväfvande lagstadgandena innebär.

På en punkt kan ingen tvekan råda: partsanförenden få icke, i den mån de angå sådant, som till saken ej rätteligen hör, upptagas i protokollet. Detta är föreskrivet, beträffande parternas skrifter, i hvilka de utveckla sin talan, i 14: 5 tredje punkten och beträffande muntliga anförenden i 14:6; om undantag från regeln beträffande skrifterna blir nedan tal. Härmed är dock ej klarlagdt hvad det är, som *icke* får inflyta i protokollet, ty orden »till saken ej rätteligen hör» kunna förstås på mer än ett sätt; och ännu mindre är det gifvet, hvad som skall protokollföras. Det kommer, som man genast inser, närmast an på tolkningen af de nyss citerade orden. Härvid torde det vara uppenbart, att allt sådant, som öfver hufvud ej angår saken, ej kan sägas rätteligen höra till densamma. Vidare är det ej mindre tydligt, att i protokollet ej får intagas hvad som väl rör saken men är för densamma utan betydelse. Vid bedömandet af hvad som har betydelse bör man naturligtvis

⁵⁴ *Nehrman*, Processus civilis Cap. IV §§ 1, 2, 4 och 5 uttalar sig mycket obestämdt. Enligt hans framställning skall allt, som skriftligen eller muntligen anföres eller eljest förekommer, så framt det ej är betydelselöst, upptecknas. *Schrevelius*, anf. arb. sid. 86 och *Broomé*, anf. arb. sid. 37, uppställa den regeln, att allt hvad till saken rätteligen hör men ingenting annat skall inflyta i protokollet. *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 345, lämnar en framställning, som innebär detsamma och ej egentligen går därutöver.

⁵⁵ Se Nya Lagberedningens betänkande II sid. 221.

i detta sammanhang ej draga gränsen så, att endast det anses höra hit, som domstolen finner vara afgörande och grundar sitt domslut på, utan i protokollet bör inrymmas allt det, om hvilket man vid en opartisk och förständig prövning måste säga sig, att det icke är uteslutet, att det kan tillerkännas betydelse.

Den frågan möter nu, huruvida skriftlighetsgrundsatsen kräver, att protokollet skall upptaga allt, som ej, enligt hvad nyss utvecklats, bör därifrån vara uteslutet, d. v. s. huruvida protokollet bör upptaga allt, som har afseende å saken och förtjenar att tagas i öfvervägande vid målets afgörande. För min del besvarar jag denna fråga bestämt nekande, och jag befinner mig därutinnan i öfverensstämmelse med (äldre) Lagberedningen (kap. 9 och motiveeringen därtill) samt Nya Lagberedningen (Betänkandet II kap. 6 i förslagen med motiver), hvilka i anslutning till gällande rätt velat bibehålla det muntligt-protokollariska förfarandet men likväl förordat protokollering i mindre omfattning än här förut angifvits. Anföranden, som afse en närmare utveckling af saken och gå ut på att framhålla åberopade faktas eller förebragt bevisnings betydelse och verkan eller ock angå sakens rent rättsliga sida, höra väl rätteligen till saken i den mening, att de ha afseende å densamma, men någon nödvändighet att låta dem inflyta i protokollet föreligger ej fördenskull, låt vara att de väl kunna förtjena att tagas i betraktande, då saken afgöres. Det är ej här fråga om verkligt material för afgörandet, utan syftet är blott att påverka domstolens omdöme om det i rättegången införda faktiska materialet eller, hvad beträffar rättsdeduktionerna, om den i målet tillämpliga objektiva rätten. Till hvad part i sådant afseende anfört kan underrätten taga hänsyn, oberoende af att det icke återgifvits i protokollet, och öfverprövningen i högre instans, dit målet fullföljts, är ej beroende af, att så skett; om underrätten ej funnit nödigt att låta ett dylikt anförande inflyta i protokollet, kan parten, om han förmenar det ligga vikt uppå,

att det kommer till den högre instansens kännedom, därstädes upprepa detsamma. Det nu behandlade spørsmålet om protokollets större eller mindre utförlighet är af mycket stor betydelse. Ett mindre vidlyftigt protokoll är mera öfverskådligt, och dess affattande under själfva handläggningen af målet är lättare att åstadkomma; till det senare återkommer jag nedan.

I teorien — ehuru denna senare knappast kan sägas ha djupare inträngt i ämnet — har man emellertid öfver hufvud icke beaktat den ofvan antydda begränsningen, och den iakttages ej heller i praxis. Man anser, att i domboken bör upptagas allt, som kan komma i betraktande vid målets afgörande, både hvad angår partsanförenden och bevisning. På grund af uttrycklig bestämmelse lämnar man t. o. m. däri plats för sådant, som icke uppfyller betingelsen att vara af någon relevans. I K. Förkl. den 23 Mars 1807, p. 33, är stadgadt, att då parter åberopa handlingar, som de tillika ingifva, dessa icke böra, »så framt parterna själfva därom ej åsämjas», införas i protokollet vidsträcktare, än domaren pröfvar vara nödvändigt för upplysnings vinnande i saken. Här af framgår, att domstolens rätt att vägra upptagande i protokollet af sådant, som saknar relevans, lider beträffande ingifna skrifter inskränkning för det fall, att parterna äro öfverens.

Det ligger i sakens natur, att protokollet icke får onödigtvis belastas därigenom, att det, som till saken rätteligen hör, införes på mer än ett ställe; se 14: 6 första punkten äfvensom § 6 i F. 1883 ang. expeditionslösen.

Enligt det protokollssystem, som råder vid underrätterna, införas af parterna ingifna skriftliga handlingar, vare sig anförenden eller bevis, i protokollet och fogas ej såsom bilagor till detsamma.

d) I häradsrätt föres domboken af rättens ordförande eller, rättare uttryckt, han är ansvarig (och ensam ansvarig) för dess förande och för dess riktighet; 2: 6 RB. Huruvida i rådstufvurätt samtliga ledamöter, som suttit i rätten vid

handläggningen af ett mål, äro ansvariga för protokollet däri, kan däremot förefalla i någon mån tvifvelaktigt. I de af K. Maj:t fastställda arbetsordningarna för större rådstufvurätter förekomma vanligen bestämmelser om, att en allmän tillsyn öfver arbetets behöriga bedrivande åligger borgmästaren, men att dombokens förande i alla eller någon viss grupp af mål åligger någon af rådmännen eller tjänsteman vid rätten, och man kunde däraf vilja draga den slutsatsen, att den, som sålunda är skyldig att föra domboken, jämte, rimligtvis, rättens ordförande⁵⁶ har ansvaret för dombokens innehåll, medan öfriga i handläggningen af målet deltagande ledamöter äro fria från sådant ansvar⁵⁷. En sådan uppfattning har dock säkerligen ej fog för sig. Det torde vara tillräckligt att åberopa stadgandet i 6:5 RB, att rådstufvurätts dombok skall skrivas under af alla, som i rätten sitta; underskrifvandet måste i detta fall betyda, att den underskrifvande ikläder sig ansvarighet för innehållet⁵⁸. För öfrigt torde det ligga i sakens natur, att hvar och en, som har att döma i ett mål och följaktligen är ansvarig för den mening, som han uttalar, då afgörandet träffas, tillika måste vara ansvarig för, att det protokoll, hvarpå han stöder sin mening, är riktigt⁵⁹.

Vidkommande tillvägagångssättet vid dombokens förande möta hufvudsakligen två spörsmål: det ena rör tiden,

⁵⁶ D. v. s. ordföranden bland de domare, som handlagt målet, och icke nödvändigtvis borgmästaren.

⁵⁷ Jfr härmed framställningen i Bd I del 1 sid. 213 f. (2:dra uppl. sid. 203).

⁵⁸ Man kunde möjligen vilja motivera en annan mening därmed, att formuleringen i 2:6 p. 1 är en annan än i 6:5 p. 1. Medan det på det förra stället heter, att häradshöfding skall riktig dombok *hålla* och — — underskrifva, stadgas på det senare blott, att rådstufvurätts dombok skall underskrivas etc. Denna skillnad är dock alldeles betydelselös. Man finner detta, då man läser sista punkten i 6:5 där det talas om dombok, som af rådstufvurätt i Stockholm »hålles».

⁵⁹ Här torde ock böra hänvisas till ett K. Br. till Göta hofrätt den 11 Dec. 1775 (Backmans lagsamling V sid. 522), som visserligen rör hofrättsledamöter och deras ansvarighet för hofrättsprotokollets riktighet men ej innehåller något, som kan anses för hofrätterna egenomligt.

då domboken — ej ett koncept eller förberedande anteckningar därtill utan själfva det slutliga protokollet — uppsättes, det andra rör justeringen. I ena som andra afseendet är den rådande ordningen allt utom tillfredsställande, och man har anledning instämma i Lagkommittéens uttalande (i Förslag till allmän civillag, 1838, sid. 273), att af allt hvad till svenska domstolsinrättningen hör ej någon del är så litet utbildad och för ändamålet tillfyllestgörande som protokolls-föringen.

Bestämmelserna i RB föranleda ej till annat antagande, än att domboken, som ju skall i väsentliga delar upptaga hvad under handläggningen af ett mål förekommer, också skall uppsättas vid samma tillfälle. Detta sker emellertid vanligen icke, utan under handläggningen föres endast ett s. k. memorialprotokoll, d. v. s. minnesanteckningar; som ligga till grund för affattandet af det egentliga, officiella protokollet, och detta affattande eger rum senare, ofta lång tid efteråt. Att afsevärda olägenheter äro förknippade med ett dylikt protokolls-föringssätt, inses lätt. Memorialprotokollet erhåller, oaktadt det ej har någon officiell karaktär, en betydelse, som rätteligen bör tillkomma endast det officiella protokollet. I samma mån som längre tid förflyter emellan det sistnämndas uppsättande och det rättegångs-tillfälle, till hvilket det hänför sig, förlorar den för protokollet ansvarige domaren, resp. den tjänsteman, som dess uppsättande närmast åligger, den säkra hågkomsten af förloppet vid handläggningen och blir mera hänvisad till minnesanteckningarna. Då likväl protokollet senare framträder i en form och med en utförlighet, som ofta står i stark kontrast till memorialets så väl innehåll som form, ligger häri en fara för eller kan åtminstone icke utan grund misstänkas, att sanningen fått sitta emellan eller i hvarje fall erhållit en olämplig utstyrsel. Ett nästan oundgängligt villkor för protokollets tillförlitlighet är, att det uppsättes under handläggningen af målet. På det att detta må blifva möjligt, bör i protokollet icke inflyta mera än som är nödvändigt för att det må kunna ligga till grund för domen; jfr ofvan.

En annan ej mindre viktig betingelse för en betryggande protokollsföring är, att protokollet justeras, och härvid måste tillgå så, att parter eller andra, som yttrat sig i målet, få tillfälle att genast eller kort därefter kontrollera uppteckningen. RB innehåller tre stadganden om justering, nämligen i 14: 6, 17: 28 och 20: 2. Det sista af dessa stadganden (justering af muntligen skedd, i domboken inskrifven förlikning) har en mycket begränsad räckvidd. Beträffande bestämmelsen i 14: 6, som rör anföranden af parterna vid muntligt förhör, märkes, att justering af protokollet ej är obligatorisk; den är beroende af, att parterna äska protokollets uppläsande eller rätten finner det nödigt. Det saknas ock föreskrift om tiden, inom hvilken sådan justering skall ega rum⁶⁰. Däremot är föreskriften i 17: 28 om justering af protokollsförda vittnesberättelser ovillkorlig och har den innebörden, att justeringen skall försiggå vid samma tillfälle, som vittnesmålet aflagts. Processlagförslagen ha beaktat gällande rätts brister i förevarande ämne och föreslagit bestämmelser om ovillkorlig justering af hvad part, vittne eller annan anført och i protokollet upptecknats, om tid för sådan justering och om anteckning i protokollet, att den skett⁶¹.

e) Enligt 2: 6 RB skall häradshöfding till hofrätten insända hvar års dombok före Mikael's dag (29 Sept.) året därefter, och enligt 6: 5 gäller enahanda stadgande beträff-

⁶⁰ Äldre, före 1734 års lag gällande rätt innehöll strängare och mera betryggande bestämmelser om protokollsjustering; se K. Br. 9/4 1689 och Svea hofrätts Br. 19/6 1715 samt jfr Lagkom:n, Förslag till allmän civillag sid. 271 ff.

Af *Abrahamsson* anmärktes vid 14:6 i 1734 års förslag till RB (Förarbetena VIII sid. 219), att hvad »här förmäles om protocols uppläsande och justerande är billigt, allenast det där tillägges, at sådant skier straxt, emedan alt är i friskt minne, så hoos domaren som hoos parterna». Härtill svarade Lagkommissionen, att »protocollet kan ej alltid så straxt wara färdigt, at det för parten kan upläsas».

⁶¹ Se kap. 9 i Lagkom:ns och (äldre) Lagberedn:s förut citerade förslag, del II kap. 6 af förslagen med motiver i Nya Lagberedn:s betänkande samt del I kap. 9 i Processkom:ns betänkande.

fande rådstufvurätts dombok; dock behöfver enligt K. Br. den 10 Juli 1765 rådstufvurätten i Stockholm ej ingifva utan blott färdiga uppvisa sina domböcker. Bestämmelse om skyldighet för underrätterna att årligen till hofrätten inleverera sina domböcker lämnades redan i p. 15 af 1614 års Rätteg. O.⁶², där såsom grund för en sådan skyldighet anfördes, att hofrätten skulle årligen öfverse samtliga domböcker och, så framt någon domare befunnes ha fällt en orättvis dom, skulle han stämmas inför hofrätten för att därför stå till ansvar. Den skyldighet, hvarom här är fråga, innebär ej, att underrätt skall insända originaldomboken utan endast ett s. k. renoveradt exemplar däraf. Renovationsskyldigheten — såsom man för korthetens skull kan kalla densamma — kan ej längre tilläggas samma syfte som enligt 1614 års Rätteg. O., ty något öfverseende af underrätternas domböcker förekommer icke, ehuru hofrätterna icke sakna stöd af lag därpå (8: 1 RB). Det enda ändamålet är nu att bereda större trygghet för, att domböckerna, som ju på grund af renovationen och öfversändandet finnas i två exemplar (originalet och det renoverade exemplaret), förvarade på olika ställen, komma att finnas i behåll. Medan renovationsskyldigheten ursprungligen och ännu enligt 2: 6 RB skulle omfatta hela domboken, gäller nu, att endast vissa mål och ärenden skola ingå i det renoverade exemplaret; den sista författningen härom är lag den 26 Mars 1915, innefattande vissa bestämmelser om insändande till hofrätt af underrätts dombok. Den synpunkt, som härvid varit bestämmande, är uppenbarligen den, att det beträffande vissa mål och ärenden är af särskild vikt, att handlingarna till framtida hågkomst och efterrättelse bevaras. Slutligen må blott anmärkas, att åtskilliga författningar närmare reglera ifrågavarande skyldighet och med ansvarspåföljder belägga försummelse att vederbörligen fullgöra densamma; se vid 2: 6 RB i lageditionen.

⁶² Jfr därom Bd I § 15 not 15.

⁶³ Jfr K. Br. ⁹/₇ 1779 (Backmans lagsamling V sid. 359).

Det torde numera vara allmänt erkänt, att den föreskrifna renovationen är af föga eller intet gagn men däremot af flera skäl olämplig. Den betungar underdomarena med arbete utan motsvarande nytta och med en ej ringa kostnad samt belastar hofrätternas arkiv med stora mängder papper, som ytterst sällan anlitas till vinnande af upplysningar. Nya Lagberedningen har ock föreslagit skyldighetens upphäfvande⁶⁴.

3) Protokollföringssystemet i högre instans är byggt på väsentligen andra grunder än de ofvan beträffande underrätt anförda.

I högre instans råder, såsom redan antydts, aktbildningssystemet. Det material, på grundvalen hvaraf därstädes dömes, är ej eller åtminstone endast till någon del — nämligen sådant, som förekommit vid muntligt förhör⁶⁵ — nedlagdt i ett där fördt protokoll. Materialet består af underrättens protokoll (resp., hvad angår högsta instansen, af hofrättsprotokoll, som innehålla processmaterial) äfvensom af parternas skrifter med bilagor, hvartill kommer protokoll, hållet i den högre instansen vid muntligt förhör eller då eljest något företagits i målet; af allt detta bildas akten. En konsekvens af aktbildningssystemet är, att domen icke ansluter sig till något protokoll utan är ett fristående helt med ett innehåll, som därutinnan skiljer sig från innehållet i ett slutligt underrättsutslag, att det upptager allt hvad enligt 24: 3 RB en dom bör innehålla, d. v. s., förutom själfva domslutet och skälen därför, »saken och målet, däri tvisten består, med dess nödiga omständigheter»⁶⁶.

⁶⁴ Se dess betänkande I sid. 248.

⁶⁵ Hvad särskildt angår processen i högsta instansen, erinras, att ingen som helst upptagning af processmaterial sker omedelbart inför högsta domstolen; dess beröring med parter och andra i rättegångsmål uppträdande personer förmedlas af nedre justitierevisionen. Till *min* bok om Rättsmedlen hänvisas.

⁶⁶ Jfr ofvan sid. 143 hvad ang. underrätts slutliga utslag yttrats äfvensom *min* bok om Rättsmedlen sid. 232 f. och 331. Den del af domen i högre instans, hvilken innefattar en redogörelse för saksam-

Det allmänna protokollet i de högre instanserna är en sakförteckning, som föres särskildt för hvarje dag samt anger, jämte tid och ort för sammanträdet och de därvid närvarande ledamöterna af rätten, samtliga mål och ärenden, som förevarit, med anteckning om den åtgärd rätten i hvarje särskildt fall vidtagit. För öfrigt må angående detta protokoll äfvensom hvad eljest angår protokollsväsendet hänvisas till de bestämmelser, som innehållas i arbetsordningarna för hofrätterna och i instr:n för nedre justitierevisionen.

4) Domstols protokoll åtnjuter vitsord, d. v. s. utgör fullt bevis för att hvad där antecknats också verkligen under rättegången förelupit; se 14:6 RB. Ingenstädes är emellertid stadgadt, att detta vitsord är ovillkorligt, så att bevis om protokollets oriktighet ej får föras, och man har därför ej rätt att antaga annat, än att motbevisning är tillåten⁶⁷. Det torde dock få anses ligga i sakens natur och tillika framgå af stadgandet i 14:6 (»hafve rätten vitsord att säga hvad taladt och svarat var»), att motbevis ej får föras vid samma domstol, där protokollet hållits⁶⁸.

5) Till sist vill jag i denna afdelning yttra några få ord om den juridiska stilen, hvarmed jag här ej kan afse annat än den stil, som bör användas i protokoll och domar. Vår rättegångslag innehåller väl bestämmelser om hvad protomanhanget och ett återgifvande af parternas talan i syfte att framhålla hvad dem emellan är tvistigt, har tidigare skrivits som rubrik, men denna form torde numera vara öfvergifven. Ang. begreppet rubrik se Rättsmedlen sid. 233 not 5.

⁶⁷ Lagkom:n föreslog i 22:1 RB, att protokoll skall ega vitsord och bevisning däremot ej tillåtas. I motiveringen för stadgandet säger Kom:n, att ändamålet med protokollet eljest skulle förfelas. Förbudet mot förändring af motbevis stod i sammanhang med de af Kom:n förordade synnerligen rigorösa bestämmelserna om kontroll å riktigheten af hvad i protokollet blifvit anteckadt. Såväl (äldre) Lagbered:n (se dess förslag 22:1 och motiveringen därtill) som Nya Lagbered:n (betänkandet del II kap. VI § 7 och motiverna sid. 229 f.), hvilka ej bibehöllo alla dessa kontrollbestämmelser, uteslöto nämnda förbud.

⁶⁸ Så ock *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 59 f., och *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 347.

koll och framför allt dom (24: 3 RB) böra innehålla men synnerligen litet om stilen, så vidt jag ej tager miste ej någon annan direkt föreskrift än den i 24: 3, att i dom främmande språk ej får brukas⁶⁹ Huru stilen bör vara, ligger emellertid i sakens natur: den bör vara i språkligt afseende korrekt samt tydlig, kort och värdig. Särskildt är det anledning att stanna vid krafvet på tydlighet. Detta kraf är ej uppfyllt därmed, att stilen är lätt att fatta för jurister; den bör kunna utan all onödig möda förstås af den rättssökande allmänheten⁷⁰. Sträfvandet efter korthet får ej fullföljas så energiskt, att tydligheten kommer till korta; *lapidarstilen* är vanligen ej lätt att komma till rätta med.

Till den formella affattningen kan man i viss mån också räkna dispositionen af innehållet. Att denna bör vara redig, klar och logisk, ligger i öppen dag; detta inskärpes särskildt (om ock indirekt) i 14: 5 och framgår jämväl af 24: 3. Att, hvad protokollet beträffar, en i systematiskt afseende tillfredsställande disposition ofta ej är möjlig att fullt genomföra, ligger i öppen dag; det följer af, att protokollet skall återgifva hvad som förekommer, och det faktiska förloppet är ej bundet af några systematiska synpunkter. Mycket kan dock härvid vinnas, om domstolen väl begagnar sin rätt till formell processledning.

⁶⁹ Utländska ord, som vunnit full burskap i vårt språk, kunna näppeligen hit hänföras. Förbudet att bruka främmande språk kan naturligtvis i viss mening icke afse protokollet i trängre bemärkelse, d. v. s. uppteckningen af hvad vid handläggningen af mål förekommit; då ett yttrande, som fällt på ett främmande språk, återgifves, kan det vara af vikt, att just de använda orden upprepas. Indirekt måste hvad i 14: 5 stadgas ang. sättet för affattandet af parternas inlagor anses ha tillämpning jämväl på protokollet och domen.

⁷⁰ I detta afseende uppfyllde ej den i öfverdomstolarna tidigare begagnade s. k. rubrikstilen skäligen anspråk. Se därom *min* bok om Rättsmedlen sid. 233 not 5 och vidare, liksom öfver hufvud i detta ämne. *L. D. G(eer)*, Om den juridiska stilen, 1853.

§ 70.

Offentlighet och hemlighet¹.

I. Motsatsen till, att rättegång är offentlig, är, att den är hemlig. Har man alltså bestämt hvad här förstås med offentlighet, är jämväl innebörden af begreppet hemlighet gifven.

Offentlighet är ett begrepp, som såväl i allmänhet som särskildt i dess användning i afseende å rättegång, är skäpligen sväfvande samt kan tilläggas och också har tillagts olika betydelser². Utan att vidare uppehålla mig härvid vill jag blott angifva hvad man numera allmänt, åtminstone i vårt land, förstår därmed, att rättegången är offentlig. Därmed åsyftas det förhållandet, att allmänheten, d. v. s. personer i gemen och icke blott parter och andra, som ha med ett mål att göra, ega öfvervara domstolens handläggning af detsamma. Det fulla genomförandet af tanken, att rättskipningen skall vara offentlig, kräver emellertid icke blott, att allmänheten skall ha tillträde till rättslokalen under handläggningen af målet, utan också, att hvad därunder förekommer får offentliggöras, framför allt genom tryck (tidningarna).

Skild från den offentlighet, hvars innebörd nyss utvecklats, är den s. k. partsoffentligheten, hvarmed man blott förstår, att domstolens handläggning sker i parternas närvaro. Då i det följande grundsatsen om rättegångens offentlighet närmare utlägges, afses icke denna begränsade offentlighet³.

Om offentligheten bör anses medföra några processuella fördelar, kunna dessa ej bestå i annat, än att rättskipningen

¹ Se v. *Feuerbach*, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Erste Abtheilung; *Atzelius*, Grunddragen sid. 118—120; *Broomé*, Civilprocessen sid. 118 f.; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 16; *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje I § 16.

² Se härom v. *Feuerbach*, anf. arb. sid. 19—38.

³ Benämningen partsoffentlighet torde stamma från v. *Feuerbach*, anf. arb. sid. 37. Han skiljer nämligen emellan die *partheiliche* Gerichtsöffentlichkeit och die *volksthümliche* Gerichtsöffentlichkeit.

därigenom vinner i säkerhet, snabbhet eller billighet, eller ock att rättskipningen, om den ock ej i och för sig blir bättre, likväl omfattas med större förtroende från folkets sida. Att offentligheten icke direkt kan ha någon inverkan i kostnadshänseende, torde ligga i öppen dag. Däremot ligger det visserligen nära till hands att antaga, att den befordrar säkerheten och snabbheten. Om den skall kunna göra detta, måste det bero därpå, att domare, parter eller andra i rättegången uppträdande personer till följd af den kritik, hvartill offentligheten bereder möjlighet, vinnlägga sig om en verksamhet, som befrämjar rättskipningen. Att så är förhållandet, kan ej gärna betviflas. Offentligheten ger allmänheten tillfälle att utöfva en viss kontroll på domstolarna⁴, och däri ligger en garanti mot godtycke och öfver hufvud en sporre till pliktenligt handlande. Den utöfvar vidare ett välgörande inflytande på parter, vittnen och andra, hvilka medverka i rättegången; den manar till ett i yttre måtto värdigt uppträdande och — hvad som i synnerhet är af vikt — förhindrar eller motverkar brott mot sanningsplikten, om ej på annat sätt så till följd af det ogillande, hvarför den, som därtill gör sig skyldig, utsätter sig.

Hvad beträffar den fördel af offentligheten, som består däri, att rättskipningen blir föremål för större förtroende och — det må tilläggas — större intresse hos folket, så är detta den synpunkt, från hvilken man gemenligen i främsta rummet betraktat frågan om rättegångens offentlighet. Genom att lämna allmänheten tillträde till domsalen förebygger man ogrundade misstankar mot domstolarna för byråkratisk formalism, egenmäktighet och maktmissbruk.

Det är i all synnerhet m. h. t. straffprocessen, som man lagt vikt på offentlighetsgrundsatsen; dess häfdande har framkommit såsom en reaktion mot den inkvisitoriska

⁴ Tydligtvis kan det ej härvid vara fråga om någon verklig kontroll från allmänhetens sida öfver handläggningens och pröfningens detaljer. Att allmänhetens närvaro stundom kan inverka mera störande än underlättande på förhandlingen, bör ej heller lämnas oanmärkt.

straffprocessens hemlighetsmakeri och godtycklighet. Öfverallt, där offentligheten försvunnit, har därför vid reformarbeten på processrättens område ifrågavarande grundsats stått såsom en af hufvudpunkterna på reformprogrammet. Emellertid är grundsatsens betydelse ingalunda begränsad till straffprocessen. De skäl, som, enligt hvad ofvan framhållits, tala för densamma, göra sig med styrka gällande jämväl beträffande civilprocessen.

Utan inskränkningar låter sig dock ifrågavarande grundsats ej lämpligen genomföra. I hvad mån sådana äro påkallade, framgår af den nedan lämnade redogörelsen för gällande svensk rätt.

Det har redan förut (ofvan sid. 109) påpekats, hurusom rättegångens offentlighet ej kan få sitt fulla värde, med mindre förhandlingen är muntlig⁵. Om förfarandet utgöres allenast af skriftväxling, är offentligheten betydelslös. Däremot kan detta icke med fog påstås om den hufvudsakliga behandling af ett mål, som består i föredragning inför domstolen af det i skrift föreliggande processmaterialet. Med afseende å den vikt, som ligger på sådan föredragning, har visserligen den möjlighet till kontroll, som offentligheten bereder, sin betydelse, och alldeles särskildt må framhållas, att det näppeligen kan försvaras att ej låta parterna öfvervara föredragningen (partsoffentlighet).

II. Vid redogörelsen för gällande svensk rätt bör man skilja mellan underrätterna och de högre domstolarna.

1) Beträffande frågan om underrättsprocessens offentlighet må först tillses hvad 1734 års lag därom har att förmäla. Som bekant innehåller RB ej något allmänt stadgande, som uttryckligen sanktionerar offentlighetsgrundsatsen.

⁵ Att processen är i modern mening muntlig, är dock ej nödvändigt. Hvad det kommer an på är, att formen för förhandlingen är muntlig, och härvid kommer i betraktande ej blott, att parterna hålla sina anföranden muntligen, utan äfven att domaren muntligen hänvänder sig till parterna eller andra i rättegången uppträdande personer på sådant sätt, att åhörarna äro i stånd till att uppfatta hvad han säger.

Häraf kan man emellertid icke draga den slutsatsen, vare sig att rättegången vid underrätterna afsetts ej skola vara offentlig, eller att det öfverlåtits åt domstolarna själva att därutinnan förfara efter godtfinnande. Då — för att återge de ord, som användts i K. Propos. om förslag till den författning (1881 års förordn.; se nedan), som numera gäller — urgammal häfd stadgat bruket af offentlighet vid underdomstolarna, har lagstiftaren icke ansett det nödvändigt att därom i allmänhet uttala sig. Det saknas dock ej stadganden, hvilka synas utgå från den förutsättningen, att rättegångarna skola föras offentligen. Ett sådant stadgande är det i 24: 5 RB förekommande, enligt hvilket dom skall offentligen afsägas; ursprungligen gällde stadgandet alla rätter, men genom senare lagstiftning har det begränsats till häradsrätterna⁶. Vidare kan man ej undgå, att af de undantag från offentligheten, om hvilka 17: 21 och 22 handla, sluta till, att offentligheten är regel. Och slutligen kommer i viss mån i betraktande den passus i den i 1: 7 RB föreskrifna domareeden, enligt hvilken domare ej får uppenbara de rådslag, som rätten inom lyckta dörrar håller.

K. F. den 22 April 1881 om offentlighet vid underdomstolarna⁷ har alltså genom sin föreskrift, att vid allmän underrätt rättegång skall hållas offentligen, icke i vår rätt infört en ny grundsats. Syftet med förordningen har endast varit att undanröja den brist, som ansågs ligga däri, att uttryckligt stadgande i lag saknades. Förordningens huf-

⁶ Jämväl i rådstufvurätt afsäges dom offentligen, men därom gäller nu K. F. ^{30/10} 1866. Beträffande utgifvandet af domar i högsta instansen och i hofrätt, se K. Br. ^{19/8} 1761.

⁷ Förordningens innehåll är hufvudsakligen hämtadt från Lagkom:n:s och (äldre) Lagberedn:s förslag till RB (i tvistemål) kap. 7. Den kungl. propos:n (1881 års riksdag, N:r 8) följde nästan i allt dessa förslag, men under förarbetenas gång gjordes en del ändringar, föranledda af anmärkningar, som framställdes inom HD vid dess granskning af det dit remitterade utkastet.

Förordn. af 1881 har sin nuvarande lydelse enl. lag ^{9/5} 1913. Genom denna lag upptogs i förordningen hvad däri förekommer om inskränkning i offentligheten af hänsyn till rikets säkerhet.

vudsakliga betydelse består dock ej däri, att offentlighetsgrundsatsen uttryckligen fastslagits, utan däri, att det angifvits, i hvilka fall undantag från offentligheten få göras. Sedan 1881 års förordning trädt i kraft, får offentligheten icke uteslutas i annat fall än där är medgifvet, medan tidigare vid bristen på uttrycklig lag inskränkning i offentligheten fått bero på domstolarnas diskretionära pröfning⁸.

Innebörden af stadgandet, att rättegång skall hållas offentligen, är den, som framgår af offentlighetsbegreppet, sådant det här ofvan bestämts, d. v. s. meningen är, att allmänheten skall ha fritt tillträde till domsalen. Rättegång vid underrätt har städse varit i denna mening offentlig i vårt land, och förordningens syfte har ju, såsom nämnts, blott varit att sanktionera den urgamla seden. För öfrigt undanröjer förordningen själf allt tvifvel — om nu sådant öfver hufvud skulle kunna tänkas — då den fastslår såsom en konsekvens af rättegångens offentlighet, att det, så länge det kan ske utan trängsel för dem, som till rätten höra eller hafva med sakerna att skaffa, ej må vara någon förment att vara inne medan rätten sitter. Det nämnda förbehållet, att ej flere böra få inträda i rättslokalen än den bekvämligen kan rymma, innefattar uppenbarligen icke någon egentlig inskränkning i offentligheten.

Vidkommande förordningens innehåll i öfrigt, så bör man skilja mellan a) de bestämmelser, som röra offentlighetens uteslutande i vissa fall, och b) de, som ha afseende å ordningens upprätthållande. Hvad förordningen i det senare afseendet upptager, bör tydligtvis icke uppfattas så, som om offentlighetsgrundsatsen därigenom lede något intrång.

⁸ Inom HD anmärktes af en ledamot, att det icke vore lämpligt att in abstracto fixera vissa inskränkningar, utan att dessa borde få bero på domstolarnas urskillning i de särskilda fallen. Såsom exempel på fall, då det kan vara ändamålsenligt, att underrätt har makt förordna om handläggning utan åhörare, nämndes, att part eller vittne af räddhåga, blygsel eller annan dylik orsak undandraget sig att afgifva en fullständig och tydlig berättelse. (Enligt 1881 års förordn. kan offentligheten ej uteslutas i ett dylikt fall.)

a) Förordnande, att i rättslokalen närvarande åhörare skola afträda, meddelas, när öfverläggning till beslut skall inom lyckta dörrar hållas. Det finnes hvarken i förevarande författning eller annorstädes något stadgande om, att eller när öfverläggning till beslut skall sålunda hållas. Enligt gammalt bruk, som måste anses vara öfverensstämmande med den förutsättning, hvarpå lagen i förevarande afseende bygger, sker öfverläggning och omröstning till slutligt utslag — med undantag i allmänhet för afskrifningsbeslut —⁹ utan att allmänheten därvid tillåtes närvara. Hvad beträffar beslut under rättegången, så iakttages ej någon för alla fall lika regel. Processledande förfoganden och jämväl andra beslut, t. ex. beslut om vittnesjäf, föregås merendels (detta gäller i all synnerhet processledande förfoganden) eller dock ofta ej af någon egentlig öfverläggning eller, där sådan eger rum, försiggår den i allmänhetens närvaro.

Goda skäl tala, enligt min mening, för den regeln, att rättens öfverläggning och omröstning till beslut (frånsedt processledande förfoganden och dyl. fall) skola hållas enskildt. Offentligheten är ej till gagn för det grundliga och otvungna meningsutbyte, som utgör kollegialitetens förnämsta fördel¹⁰.

Offentligheten uteslutes vidare, »då rätten finner förekommande mål vara för anständigheten och sedligheten stötande eller att i följd af rättegångens offentlighet något kan uppenbaras, som med hänsyn till rikets säkerhet bör hållas hemligt för främmande makt». Beträffande denna bestäm-

⁹ Se Bd I sid. 1208—1212.

¹⁰ Man finner emellertid, att Lagkom:n och (äldre) Lagberedn:n i sina förslag, 8:1 RB, förordat ett stadgande, som gjorde offentlighetens uteslutande vid öfverläggning och omröstning till beslut beroende af, att någon ledamot af rätten påyrkade det. Samma ståndpunkt har Nya Lagberedningen intagit i sitt principbetänkande II kap. VII. § 3 i förslagen, hvaremot Processkommissionen, Betänkandet I kap. 7 mom. 5 i sammanfattningen, har föreslagit bestämmelse, att vid rättens öfverläggningar till beslut eller dom allenast rättens ledamöter och tjänstemän skola vara tillstädes.

melse gifves det en del spörsmål, vid hvilka det är anledning att dröja.

Rätten och ej dess ordförande afgör, huruvida i nu ifrågavarande fall undantag från regeln om offentlighet skall ega rum. Detta måste anses framgå af fattningen: »rätten finner förekommande mål» etc., och det motsäges ej af den i förordningen meddelade föreskriften, att ordföranden eger till ordningens bibehållande gifva nödiga föreskrifter, ty nu är ej fråga om ett af ordningshänsyn betingadt undantag¹¹. Då det i förordningen stadgas, att åhörarne skola »på ordförandens tillsägelse» afträda, betyder det endast, att rättens beslut tillkännagifves af honom.

Det uteslutande af offentligheten, som afses i förordningen, gäller ej partsoffentligheten. Parterna ha städse (med det undantag, som omförmäles i 17:22 RB) rätt att öfvervara handläggningen; i förordningen kan detta sägas vara angifvet därmed, att det säges, att »åhörarne» skola afträda. I detta sammanhang har man ock anledning tänka på, om vid offentlighetens uteslutande alla, som ej ha med målet att göra, skola drabbas af förbudet att närvara, eller om icke det kan, då särskilda skäl tala därför, tillåtas viss eller vissa personer att tillstädesvara. Det är vid saknaden af föreskrift därom svårt att besvara spörsmålet i enlighet med det senare alternativet, ehuru jag för min del finner detta mest tilltalande¹².

Det ligger i sakens natur, att beslut om, att åhörarne

¹¹ Af förarbetena till förordningen framgår jämväl, att bestämmanderätten tillkommer rätten och icke dess ordförande. Det till HD remitterade förslaget var därutinnan mindre tydligt. Omformulering gjordes för att undanröja all anledning till tvekan.

¹² Det kan måhända förtjena nämnas, att i den nya danska retsplejeloven § 31, sådant lagrummet lyder enligt en lag af 1922, är stadgadt, att, när ett rättsmöte hålles inom stängda dörrar, rättens ordförande kan, om särskilda grunder tala därför, gifva andra än dem, som ha med saken att göra, tillträde till rättslokalen.

skola afträda, genast går i verkställighet¹³. Ett sådant beslut kan endast afse handläggningen vid det rättegångstillfälle, då beslutet meddelas, eller någon del af denna handläggning, men ej handläggningen vid ett kommande rättegångstillfälle. Vid sådant förhållande är klagan öfver beslutet ändamålslös, för så vidt syftet därmed skulle vara att få beslutet upphäfdt. Däremot skulle klagan kunna föras i ändamål att få handläggningen förklarad ogiltig på grund af det rättegångsfel, som den klagande förmenar ha förelupit därigenom, att handläggningen undandragits offentligheten. Emellertid är det säkerligen ej riktigt att anse åsidosättandet af regeln om rättegångens offentlighet utgöra en omständighet, som gör förfarandet ogiltigt, lika litet som den omständigheten, att rätten ej beslutat handlägga inom lyckta dörrar, ehuru fulla skäl därtill varit för handen, utgör en ogiltighetsgrund. Följden af, att rätten i ena eller andra afseendet förfar oriktigt, kan endast blifva straffansvar efter därom i vederbörlig ordning fördt åtal.

Rättens beslut, att allmänheten ej får öfvervara handläggningen, är ej beroende af, att själfva målet är af viss beskaffenhet. Processföremålet kan öfver hufvud vara af hvad slag som helst, och dock kan vid handläggningen förekomma något, som gör, att förhandlingarnas åhörande kan befaras utöfva ett så menligt inflytande, att allmänheten ej bör tillåtas närvara. Det sagda har närmast afseende å den passus i förordningen, som handlar om, att målet är för anständigheten och sedligheten stötande¹⁴.

¹³ I förordningen är detta ej stadgadt, ty där talas endast om, att ordförandens föreskrifter till »ordningens bibehållande» genast skola gå i verkställighet.

¹⁴ Den nu lämnade tolkningen öfverensstämmer med hvad förarbetena till förordningen ge vid handen. Det framhölls af chefen för justitiedepartementet till bemötande af en anmärkning af HD, att rättegångsförhandlingars åhörande kan utöfva menligt inflytande på ungdomen på grund af andra förhållanden än målets beskaffenhet, såsom parternas personer, arten af biomständigheter m. m.

Ett rättsfall i N. J. A. 1895 sid. 395 må här framhållas. Det angår åtal mot en domhafvande för det han i mål ang. ansvar för mordbrand

På denna punkt af framställningen kan jag lämpligen uppmärksamma lagen den 29 Mars 1899, hvilken såsom tillägg till 1881 års förordning stadgar, att den, som i rättegång vid allmän underrätt (eller poliskammare) förer ordet, eger, när skäl därtill äro, afvisa åhörare, som, enligt hvad känt är eller antagas må, ej fyllt aderton år. Det legislativa motivet till stadgandet är, såsom förarbetena utvisa¹⁵, att förekomma, att åhörande af rättegångsförhandlingar, »särskildt rörande vissa slag af brott», utöfvar ett skadligt inflytande på outvecklade sinnen och hos minderåriga väcker och främjar brottsliga böjelser. Det ankommer på ordförandens själfständiga pröfning att afvisa sådan åhörare, som lagen nämner; befogenheten tillkommer ej rätten.

Det har i 1881 års förordning erinrats, att genom hvad däri stadgas icke göres någon ändring i 17: 21 och 22 RB.

Slutligen må nämnas, att i vissa till den extraordinära civilprocessen hörande mål, såsom äktenskapsmål m. fl., offentligheten kan uteslutas enligt därom i respektive lagar meddelade stadganden.

b) Några föreskrifter angående upprätthållande af ordningen vid handläggning af rättegångsmål äro upptagna i 1881 års förordning. Hit kan man först och främst hänföra bestämmelsen, att allmänheten ej får erhålla tillträde till rättslokalen i sådan utsträckning, att det uppstår trängsel

och anstiftan därtill hållit enskildt förhör med en af de tilltalade, en femtonårig tjänsteflicka, för att af förekommen anledning utröna, huruvida hon stått i osedligt förhållande till sin jämväl i målet tilltalade husbonde. Hofrätten dömde domaren jämväl 25: 17 Str.-I. till ansvar och anförde såsom skäl, att häradsrätten med afseende å ifrågavarande måls beskaffenhet icke enligt 1881 års förordning egt att, på sätt som skett, besluta, att tingsmenigheten under handläggningen af målet skulle afträda. HD yttrade däremot, att, enär beskaffenheten af målet icke utgjort lagligt hinder för domaren att vid förhör med nämnda tilltalade ang. omständighet, som varit för anständigheten och sedligheten stötande, tillsäga åhörarne att afträda samt domaren icke, så vidt visats, öfverskridit den befogenhet honom i sådant afseende tillkommit, ansvarstalan icke kunde bifallas.

¹⁵ Se K. proposit. N:r 9 vid 1899 års riksdag.

för dem, som till rätten höra eller hafva med sakerna att skaffa. Vidare är stadgadt, att en hvar, som vill afhöra rättegång, skall skicka sig tyst och anständigt, vid påföljd för öfverträdelse af detta bud, att den som därtill gör sig skyldig, genast må från rummet afvisas¹⁶. Det ankommer på rättens ordförande att, oberoende af rätten¹⁷, meddela nödiga föreskrifter till ordningens bibehållande, hvilka föreskrifter genast gå i verkställighet.

2) I högre rätt är i tvistemål rättegången ej offentlig¹⁸. Ej ens partsoffentlighet förekommer, utom i hofrätt i vissa fall, nämligen i tvistemål, som dit instämmas (26: 16 RB), äfvensom då hofrätt i dit fullföljdt mål utsätter muntligt förhör med parterna att därstädes ega rum. Hvad beträffar högsta instansen, har denna sedan länge ej någon omedelbar beröring med parter eller andra, som ha med rättegångsmålen att göra; förbindelsen förmedlas genom nedre justitierevisionen¹⁹.

III. Handlingar och protokoll i rättegångsmål är det enligt § 86 Regeringsformen tillåtet att i tryck utgifva. Denna allmänna bestämmelse suppleras af de utförliga stadgan- dena i § 2 mom. 4 Tryckfrihetsförordn. Bland de där nämnda undantagen från tillåtelsen kommer här i betraktande det, som har afseende å det fall, att »underrätt vid

¹⁶ Föregående varning är ej erforderlig. Att utvisning skulle föregås af varning, föreslogs af Lagkom:n och (äldre) Lagberedn:n liksom ock i det till HD remitterade förslaget; ändringen i denna del vidtogs på grund af anmärkning inom HD.

¹⁷ I det till HD remitterade förslag, som ligger till grund för 1881 års förordn., hade bestämmelsen, att rättens ordförande egde sörja för ordningens upprätthållande, det tillägget, att han icke behöfde förut därom öfverlägga med rättens öfriga ledamöter. Tillägget blef efter anmärkning inom HD uteslutet såsom öfverflödigt och i viss mån vilseledande.

¹⁸ I brottmål, med hvilka hofrätt såsom första domstol tager befattning, förekommer i viss utsträckning offentlighet enligt lag^{14/6} 1901 om offentlighet i visst fall vid förhör inför hofrätt.

¹⁹ Se en uppsats af *Wedberg*, Parter inför högsta domstolen. i Svensk juristtidning 1927 sid. 185—194.

handläggning af mål låtit åhörarne afträda på den grund, att i händelse af rättegångens offentlighet något kunde uppenbaras, som med hänsyn till rikets säkerhet bör hållas hemligt för främmande makt»; se närmare lagtexten. Genom hvad sålunda i TF föreskrifvits tillgodoses endast till någon del behovet af en ordning, som förhindrar, att det syfte, som man genom uteslutande af rättegångs offentlighet vill vinna, förfelas därigenom, att hvad vid domstolen förekommit senare blir offentliggjordt²⁰.

Till sist må blott framhållas, att det af innehållet i domareeden (1:7 RB) framgående förbudet för domare att uppenbara de rådslag, som rätten inom lyckta dörrar håller, icke medger den slutsatsen, att vid omröstning till beslut af gifna särskilda vota äro undandragna offentligheten. De omfattas af den allmänna regeln, att domstols protokoll äro offentliga handlingar.

²⁰ Jag går ej närmare in på detta ämne utan inskränker mig till att hänvisa till Processkommissionens Betänkande I sid. 159 f. Kom:n har föreslagit följande stadgande (sid. 161): »Hvad som förekommit vid rättsförhandling, där offentlighet varit utesluten, må, om rätten det bestämmer, icke offentliggöras».

INNEHÅLLSÖFVERSIKT.

SJUNDE AFDELNINGEN.

Ledande grundsatser för förfarandet. Underrättsförfarandets allmänna gång.

KAPITEL I.

Ledande grundsatser för förfarandet.

- § 65. *Allmänna anmärkningar* s. 1—6.
1) Hufvudkravven på rättskipningen: säkerhet, snabbhet och billighet; rättegångsväsendet måste regleras m. h. t. dessa kraf s. 1—3. 2) Närmare bestämning af de s. k. ledande grundsatserna för förfarandet s. 3 f. 3) Bestämning af begreppet processmaterial s. 5 f.
- § 66. *Den kontradiktoriska principen* s. 6—10.
I. Ifrågavarande principens innebörd och konsekvenser 6—9. II. Grundsatsen, att domaren icke får vid dömandet begagna sig af sitt s. k. privata vetande s. 9 f.
- § 67. *Dispositionsprincipen* s. 10—39.
I. Principens innebörd s. 10—12. Skillnaden emellan att i rättegången införa fakta och att åberopa fakta s. 12 f. II. Utläggning af de satser, hvilka härledas såsom konsekvenser af parternas materiella dispositionsrätt: a) *Nemo iudex sine actore* s. 14—24. (Därvid undersökes särskildt, huruvida domstol eger till grund för sin pröfning af påstådd rättighets existens lägga något annat faktum än parten själf åberopat, eller kan fria motparten på annan än af honom åberopad grund.); b) *Ne procedat iudex ex officio* s. 24 f.; c) *Ne eat iudex ultra petita partium* s. 25—27; d) Part måste ega till stöd för och utveckling af sin talan anföra fakta och förebrija bevis

s. 27 f. e) 1) och 2) Undersökning af frågan, huruvida af parts materiella dispositionsrätt följer befogenhet för honom att förfoga öfver det faktiska processmaterialet s. 28—35. (Häri ingår en undersökning af frågan om ostridighetens, särskildt om erkännandets, funktion i civilprocessen.) 3) Tillkommer parterna dispositionsrätt beträffande rätts- och erfarenhetssatser? s. 36 f. f) Parterna ha ej dispositionsrätt beträffande bevismaterialets samlande s. 37. g) Domaren måste vid all pröfning vara oberoende af parternas vilja s. 37 f. III. Af parternas materiella dispositionsrätt följer icke förfoganderätt för dem öfver processföresättningar eller öfver förfarandet i yttre måtto s. 38 f.

§ 68. *Förhandlingsprincipen. Domarens materiella processledning* s. 39—101.

I. Olika betydelser af termen förhandlingsprincip s. 39 f. Om den här åsyftade innebörden af begreppet förhandlingsprincip, enligt hvilken den är principiellt oberoende af den materiella dispositionsrätten s. 41 f. Närmare bestämning af begreppet förhandlingsprincip och dess motsats, undersökningsprincipen, s. 42 f. II. Huruvida förhandlings- eller undersökningsprincipen bör ligga till grund för det processuella förfarandet, är en ändamålsenlighetsfråga. Hufvudsynpunkter s. 44 f. Förhandlingsprincipen numera allmänt omfattad, men vid sidan däraf och delvis såsom en inskränkning däri uppställes principen om en stark processledande makt för domaren. Begreppet domarens materiella processledning s. 46—48. III. Svensk rätt. a) Undersökning af frågan, om förhandlings- eller undersökningsprincipen är rådande enligt vår rätt, omfattande jämväl en rättshistorisk öfverblick s. 48—57. b) 1) Processledning, som hänför sig till anföranden af parterna och kan sägas bestå i en inverkan på dessa s. 57—59. 2) Processledning, som går ut på införandet af nytt (särskildt nya fakta) i rättegången s. 59—70 α) Eger domaren biträda part med processföremålets individualisering? s. 60—64. β) Processledning, afseende införandet i rättegången af rättshindrande och rättsupphäfvande fakta s. 64—66. γ) S. k. anteciperade er-

kännanden s. 66—69 δ) Åligger en längre gående processledning domaren i fall, då parten är rättsokunnig? s. 69 f. 3) Domarens verksamhet för åstadkommande af förlikning s. 70 f. 4) Processledningen utöfvas hufvudsakligen genom begärande af domarens rätt att fråga parterna s. 71—74. 5) Huru har det efter tillkomsten af 1734 års lag faktiskt gestaltat sig med den materiella processledningen vid underrätterna? s. 74—77. Särsk. om den skriftliga förhandlingsformen såsom orsak till processledningens bristande effektivitet s. 78 f. Om vikariatsystemets inflytande på processledningen s. 79 f. 6) Processledningen i högre instans s. 80. c) Processledning för åvägbringandet af bevis s. 80—85. IV. Åstadkommandet af utredning och bevis ang. processuella omständigheter s. 85—88. V. Åstadkommandet af utredning och bevis ang. erfarenhetssatser s. 89—91. VI. Ang. rättssatser s. 91—101.

§ 69. *Muntlighet och skriftlighet samt bevisomedelbarhet* s. 101—157.

I. Begreppen s. 101—108. II. Den moderna muntlighetsgundsatsen s. 108—121. III. Partsförhandlingens form enligt svensk rätt s. 121—131. (Historiska anmärkningar s. 121—125. Partsförhandlingens karaktär vid underrätt enligt gällande regler; särsk. utläggning af 14:1 RB s. 125—128. Partsförhandlingen i högre rätt s. 128. Om muntliga förhör s. 128—131). IV. Bevisomedelbarhet enligt svensk rätt, särskildt utläggning af 17:4 RB, s. 131—139. V. Protokollssystemet enligt svensk rätt s. 139—157.

§ 70. *Offentlighet och hemlighet* s. 158—168.

I. Hvad med rättegångens offentlighet förstås s. 158. Begreppet partsoffentlighet s. 158 Processuella fördelar af offentligheten s. 158—160. II. 1) Underrättsprocessens offentlighet enligt 1734 års lag s. 160 f. 1881 års förordn. s. 161—167. 2) Om offentlighet i högre rätt s. 167. III. Om tillåtligheten att genom tryck offentliggöra protokoll s. 167 f.
