



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>

OM SKILJEAVTAL OCH SKILJEDOM

BIDRAG TILL LÄRAN OM SKILJEAVTALETS
OCH DEN DÄRPÅ GRUNDADE SKILJE-
DOMENS PROCESSUELLA VERKNINGAR
ENLIGT SVENSK RÄTT

AKADEMISK AVHANDLING

AV

HADAR BERGLUND

UPPSALA & STOCKHOLM
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.
(I DISTRIBUTION)

UPPSALA 1920
ALMQVIST & WIKSELLS BOKTRYCKERI-A.-B.

INNEHÅLL.

KAPITEL I.

Inledning.

| | Sid. |
|---|------|
| § 1. Processrätt och privaträtt. Talerätt och talemöjlighet | 3 |
| § 2. Godmansförfarande och skiljemannaförfarande. Privat- rättslig skiljedom och »förslag till förlikning» | 17 |

KAPITEL II.

Skiljeavtalet.

| | |
|--|----|
| § 3. Skiljeavtalets betydelse för talerätt och talemöjlighet | 37 |
| § 4. Skiljeavtalet och privaträtten | 49 |
| § 5. Skiljeavtalets individualisering. Tvisteföremålet | 61 |
| § 6. Invändningen om skiljeavtalet | 77 |

KAPITEL III.

Skiljedomen.

| | |
|---|-----|
| § 7. Den i civilprocess meddelade domens rättskraft | 87 |
| § 8. Skiljedomens processuella verkningar | 108 |
| § 9. Skiljedomen och privaträtten | 130 |
| § 10. Skiljedomens exigibilitet | 138 |

Förkortningar.

- ALEXANDERSON: Under vilka förutsättningar bör verkställighet av dom eller skiljedom, meddelad i något av de nordiska länderna, kunna erhållas i de övriga? ●verläggningsämne vid det elfte nordiska juristmötet, Stockholm 1919.
- ALTENRATH: Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, Berlin 1907.
- BÜLOW, *Disp. Civ.*: Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung i Archiv für die Civilistische Praxis, Freiburg i. B. und Tübingen 1881.
- , *Klage*: Klage und Urteil i Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, Berlin 1903.
- , *Gest. R.*: Das Geständnissrecht, Freiburg i. B. 1899.
- , *Processeinreden*: Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, Giessen 1868.
- DEGENKOLB: Beiträge zum Zivilprozess, Leipzig 1905.
- DELIN: Om det romerska skiljemannainstitutets utveckling under den för-justinianska rätten med huvudsakligt avseende fäst på det grundläggande partsinitiativet, Wexjö 1905.
- ENGSTRÖMER: Vittnesbeviset, reglerna för dess värdering i svensk ordinär process, Uppsala 1911.
- FEHR: Bidrag till läran om fordringspreskription, Uppsala 1913.
- Finska förslaget*: Lagberedningens förslag till reform av rättegångsväsendet, II, Helsingfors 1909.
- F. J. T.*: Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland.
- FREY: Skiljemannainstitutet enligt finsk civilprocessrätt, Helsingfors 1911.
- Förslag 1822*: Lagkommitténs förslag till Utsöknings-Balk så ock till Rättegångs-Balk, förra delen, Stockholm 1822.
- Förslag 1849*: Äldre Lagberedningens förslag till Rättegångs-Balk, förra delen, Stockholm 1849.
- GRANFELT: Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt, andra uppl., Helsingfors 1911.
- H.: Nytt juridiskt arkiv, avd. I.

- HÄFFNER: Das ständige kaufmännische Schiedsgericht, Berlin 1911.
- HAGERUP I, I: Forelæsninger over den norske Civilproces, første del, Kristiania 1895.
- 3, II: Den norske Civilproces, tredje udgave, anden del, Kristiania 1918.
- HAYUM: Der Schiedsvertrag, Tübingen 1892.
- HELLWIG I och II: System des Deutschen Zivilprozessrechts, I. und II. Teil, Leipzig 1912 und 1919.
- HUSBERG: Om domens materiella rättskraft enligt svensk ordinär civil process, Wexiö 1882.
- KALLENBERG, *Civ. proc.*: Svensk civilprocessrätt, I, Lund 1917.
- , 1901 års l.: Föreläsningar över lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken den 14 juni 1901, del I, Lund 1902.
- KOHLER: Gesammelte Beiträge zum Civilprocess, Berlin 1894.
- LAW: The title »Arbitration», by Reginald More Bray and Malcolm M. Macnaghten, in »The Laws of England», volume I, London 1907.
- LUNDSTEDT, *Gränserna*: Gränserna i subjektivt hänseende för civildomens rättskraft, Lund 1911.
- , *Utl. dom.*: Om utländsk civildoms rättskraft i Sverige, Uppsala 1915.
- MUNCH-PETERSEN: Den danske Retspleje, anden Del, København 1918.
- NELLEMANN: Civilprocessens almindelige Deel, Kjøbenhavn 1877.
- NORDLING: Svensk civilrätt, Allmänna delen, Uppsala 1913.
- NUSSBAUM, *Denkschrift*: Die gesetzliche Neuordnung des Schiedsgerichtswesens. Denkschrift der Handelskammer zu Berlin 1917 (1918?).
- Nya norska exekutionslagen*: Lov om tvangsfuldbyrdelse ¹³/_s 1915.
- Nya norska rättegångslagen*: Lov om rettergangsmaaten for tvistemaal ¹³/_s 1915.
- OERTMANN: Schiedsrichter und staatliches Recht i Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Berlin 1918.
- PLÓSZ: Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880.
- Prop. 384*: K. prop. N:o 384 till 1919 års riksdag med förslag till lag om ändring i lagen om skiljemän den 28 oktober 1887.
- REUTERSKIÖLD: Grunddragen av den allmänna rätts- och samhällsläran, Uppsala 1908—12.
- SCHMIDT: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.
- SCHREVELIUS: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil-Process, Lund 1853.
- SINDBALLE: Bidrag til Læren om judicielle Afgørelsers Retskraft, Kjøbenhavn 1918.
- Skjml.*: Lagen om skiljemän den ²⁸/₁₀ 1887 med ändringar den ¹⁹/_s 1919.

- SLATER: The law of arbitration and awards, 5th ed., London 1913.
- STEIN I och II: Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 8. u. 9. Aufl., I. u. II. Bd., Tübingen 1906—8.
- Sv. J. T.*: Svensk Juristtidning, grundad av Tore Almén m. fl.
- TRYGGER, *TfR.*: Skiljeavtal och skiljemannaförfarande enligt svensk rätt, i Tidskrift for Retsvidenskab 1895.
- , *FJT.*: Några ord om det den 3 dec. 1900 avgivna finska förslaget till reform av rättegångsväsendet, i vad det avser skiljemän, i Tidskrift utg. av Juridiska föreningen i Finland 1910.
- , *1901 års l.*: Kommentar till lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken den 14 juni 1901, Uppsala 1902.
- , *UL.*: Kommentar till utsökningslagen, andra uppl., första häftet, Uppsala 1916.
- Tyska BGB.*: Bürgerliches Gesetzbuch (Text-Ausgabe, J. Guttentag, Berlin 1909).
- Tyska CPO.*: Zivilprozessordnung (Text-Ausgabe, J. Guttentag, Berlin 1909).
- WACH, *Handb.*: Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1. Bd. Leipzig 1885.
- WOLFF: Die rechtliche Natur der Arbitrageklausel im Handelsverkehr, Leipzig 1910.
- WREDE I och II: Finlands gällande civilprocessrätt, första o. andra bandet, Helsingfors 1911—12.
- Österr. CPO.*: Civilprozessordnung (Die neue österreichische Civilprocessgesetzgebung, Text-Ausgabe von Emil Schrutka Edlem v. Rechtenstamm, Wien 1898).
-

FÖRSTA KAPITLET

I N L E D N I N G

§ 1.

Processrätt och privaträtt. Talerätt och tale- möjlighet.

Vill man i få ord uttrycka skiljeavtalets och skiljedomens verkningar i svensk rätt, kan det ske på följande sätt. Skiljeavtalet stänger den vanliga rättegångsvägen för parterna i vad rör viss tvistefråga, samtidigt som det skapar grunden för en verksamhet från tredje mans sida, skiljemannaförfarandet i inskränkt mening, vars slutmål är skiljedomen. Denna utgör ett bindande avgörande i saken; dess mest framträdande egenskap är dess exigibilitet.

Att skiljeavtalets processhindrande verkan och skiljedomens exigibilitet äro verkningar av processuell natur förefaller även vid ett ytligt betraktande vara tämligen klart. Men avtalet och domen ha även andra verkningar. Vi berörde avtalets betydelse som grund för skiljemännens verksamhet, och vi komma i det följande att finna, att ett flertal olika rättsverkningar dölja sig här bakom. Vi råka i tvekan, huruvida alla eller vissa av dessa kunna betraktas som processuella. En blick på litteraturen skingrar icke vår tvekan. Där bryta åsikterna sig mot varandra. Två huvudriktningar kunna urskiljas: den ena vill lägga skiljemannainstitutet i dess helhet under processrätten, den andra vill principiellt hänvisa det till privaträtten utom i de delar, där, som ovan antytts, de processuella funktionerna ligga i öppen dag.¹

¹ Jfr särskilt nedan § 4.

Frågan vilken ståndpunkt man intager är ingalunda blott av teoretisk utan även av anseelig praktisk betydelse. Liksom andra rättsinstitut är skiljemanna-institutet blott i vissa delar ordnat genom en särskild lagstiftning. Den svenska skiljemannalagen och 46 § utsökningslagen lösa ingalunda alla de frågor, vartill skiljemannaförfarandet ger anledning. Skola de felande rättssatserna hämtas från processrätten eller från privat-rätten? Svaret är beroende av hur man vill ställa sig till förenämnda huvudspörsmål. Vidare har man att räkna med att den objektiva rättens »herravälde i rummet» bestämmas olika för processrättens och för privat-rättens del. Skiljemannaförfarandet har stor användning i den internationella samfärdseln; följaktligen blir också här grunduppfattningen avgörande för åtskilliga spörsmål av vikt.

Då vi nu skola söka leda oss fram till en uppfattning i frågan, var processrätt och privaträtt mötas i rätts-institutet skiljeavtal och skiljedom, synes det lämpligt att gå tillbaka till den gränslinje, som man uppdragit på den objektiva rättens område mellan processrätten som offentlig rätt och privaträtten. Den förra skulle karaktäriseras av sin uppgift att reglera utövningen av statsmakt i form av domsmakt och exekutivmakt; konkretare uttryckt: processrätten reglerar förhållandet mellan de enskilda medborgarna å ena sidan och domstol eller exekutiv myndighet å andra sidan i vad rör denna maktutövning.¹ I motsats härtill kan privat-rätten betecknas som sammanfattningen av de »rätts-satser, genom vilka de enskildas förhållanden till varandra bestämmas och genom vilka således deras olika frihetsområden få sin reglering».² Skillnaden mellan processrätt och privaträtt kan följaktligen i förkortad form angivas därmed, att den förra är bestämmande

¹ Jfr WREDE I s. 48 och REUTERSKIÖLD s. 118.

² NORDLING s. 46.

för förhållandet mellan enskild och domstol eller exekutiv myndighet (i dessas egenskap av statsorgan), medan den senare är bestämmande för de enskildas inbördes förhållande.¹ Utbytes den objektiva synpunkten mot den subjektiva, bör således ett processuellt rättsförhållande innebära ett förhållande mellan part och domstol eller exekutiv myndighet, ett privaträttsförhållande åter ett förhållande mellan enskilda inbördes.

Vi utgingo från en schematiskt dragen gräns mellan två rättsområden, och det är naturligen icke utan vidare givet, att denna gränsbestämning med fördel kan genomföras även i rättsordningens enskildheter. Man kan ofta lätt nog övertyga sig om att ett rättsförhållande verkligen består, men det kan vara betydligt svårare att avgöra, om det består blott mellan enskilde inbördes, eller om det ej till äventyrs också har riktning mot statens rättsskipande myndigheter. Strängt taget står ju staten som rättsordningens upprätthållare bakom varje rättsförhållande: Beviset på att en privaträttighet är fullgiltig anses ju vara, att den kan göras gällande inför domstol. Privaträttigheten förefaller alltså i viss mening vara riktad mot domstolen. Jag kan dock ej finna annat, än att det är till fördel att konsekvent söka fasthålla nyss angivna skillnad mellan privaträttsliga och processrättsliga förhållanden. Vad som för vanligt föreställningssätt framstår som rättsförhållandet *mellan parterna* är privaträttigheten. Kan därutöver visas ett fristående eller med privaträtten på ett eller annat sätt sammanhängande förhållande *mellan part och domstol*, är detta ett processuellt förhållande.²

På denna tankegång är framställningen i det följande byggd. Har det lyckats mig att på denna grundval

¹ I samband härmed står, att privaträttens adressat kan sägas vara de enskilde, processrättens däremot domstolen, HELLWIG I s. 7.

² Jfr HELLWIG I s. 295. Angående möjligheten att tillägga ett privat förhållande rättskvalitet oberoende av rättsskipningens verksamhet, se nedan § 9.

lösa de mötande spörsmålen, så att de tåla en konfrontation med den i erfarenheten givna verkligheten, ser jag häri ett tillfyllestgörande bevis också på utgångspunktens riktighet.

Vi skola på detta ställe icke närmare sysselsätta oss med de privata rättsförhållandena. Det blir tillfälle att i annat sammanhang återkomma till dem. Däremot är det av ett omedelbart intresse att få ett fast grepp på de konkreta processuella rättsförhållandena. Vi övergå därför till granskningen härav och vända oss först till dessa förhållanden i pågående civilprocess inför domstol:¹ processrättsförhållandet.

Processen företer vid ett ytligt betraktande bilden av en rad parts- och domstolshandlingar, ett förfarande. Detta förfarande är emellertid av lagen ordnat, och häri måste givetvis ligga en rättslig bundenhet i olika hänseenden för de deltagande subjekten. Ett uttryck för denna rättsliga bundenhet har man i ordet processrättsförhållande.² Vill man närmare utföra den tanke, som inneslutes häri, synes det ligga närmast till hands att utgå från att processrätten är en av staten utfärdad arbetsordning för de rättsskipande myndigheterna.³ Däri föreskrives nu bland annat, att viss situation i processen skall föranleda viss handling från domstolens sida. Situationerna skapas företrädesvis genom parternas egna handlingar i processen. Är emellertid domstolens handlande inför en dylik situation på förhand bestämt av processrätten, kommer detta att från partens sida uppfattas som om han ägde en rättighet mot domstolen med just detta innehåll. Jag tror ej, att det är förenat med någon våda att upptaga partens betraktelsesätt och här verkligen tala om en honom tillkommande processuell rätt. Att domstolens ämbetsplikt är bakgrunden för denna rätt

¹ I det närmast följande bortse vi från exekutiv myndighet.

² BÜLOW Prozesseinreden s. 1.

³ BÜLOW finner en sådan tanke i visst oss här ovidkommande avseende missledande, Disp. Civ. s. 2.

torde icke behöva inverka på terminologien.¹ Betraktat på detta sätt blir processrättsförhållandet sammanfattningen av en serie processuella partsrättigheter, som väckas till liv allteftersom processen framskrider med växlande situationer. Stanna vi här, blir dock vår beskrivning i ett avseende ofullständig. Utom den nu berörda föränderliga sidan hos processrättsförhållandet finnes nämligen i regel jämväl en i viss mening oföränderlig sida, nämligen parternas rätt mot domstolen att få dom i saken. Sambandet mellan rättsförhållandets oföränderliga och dess föränderliga sida framgår därav, att den förra rätteligen bör sägas innefatta en rätt att få dom *i överensstämmelse med processmaterialet*, och att de växlande, varandra avlösande processuella rättigheterna innefatta den rättliga formen just för detta materials införskaffande. Rätten till dom i sak är processrättsförhållandets stomme. Men denna rätt är icke ensam nog för att sätta parten i stånd att nå, vad han genom processen kan ha

¹ Annorlunda WREDE I s. 217, 280—5. Jfr GRANFELT s. 18; SCHMIDT s. 22 not 3. — Beaktas särskildt den svenska rätten, synas domstols rent processuella förpliktelser gent emot part ha framstått i starkare dager för rättsuppfattningen förr än nu. Härpå tyder den praxis, som utvecklade sig på grundvalen av 1614 och 1615 års rättegångslagstiftning. Part erhöi nämligen här en för vår uppfattning mycket vid möjlighet att utan iakttagande av stadgade rättsmedelsfrister få en överrättsprocedur till stånd genom klagan på grund av procederefel i underrätten, och underrättsdomarne fingo då intaga ställningen som klagandens motpart i rättegången. Se BERGENDAL, De svenska rättsmedels historia, 1916, s. 40 o. f. Numera är denna parts befogenhet praktiskt taget utesluten; jfr bestämmelserna om extraordinära rättsmedel och K. Förkl. ²³/₃ 1807 p. 40. Statens egen möjlighet att övervaka ämbetspliktens iakttagande, t. ex. genom riksdagens justitieombudsman, känner ej någon liknande inskränkning, jfr emellertid föreskrifterna om preskription av straffansvar i straffl. 5: 18. Med det nu anförda för ögonen kan man icke utan vidare instämma i BÜLOW's yttrande, att, sedan domen tagit åt sig laga kraft, betraktas förfarandet trots förekommande fel av rättsordningen som fullkomligt »rechtmässig», vilket åter föranledde, att de för första instansen absoluta rättsreglerna i den andra instansens efterprövning vore att anse som dispositiva, Disp. Civ. s. 33—4.

att förvänta. Därför ges honom möjlighet att under ett fortskridande förfarande under tillgodonjutande av skiftande processuella rättigheter uppbygga det material, utan vilket stommen för honom är utan värde.¹ Rätten att få dom i sak förutsätter, att de s. k. processförutsättningarna äro för handen. Ett processrättsförhållande föreligger redan i och med anhängiggörandet, men det är icke fullgiltigt utan att nämnda villkor är fyllt.² I förbigående anmärkes, att inom den svenska doktrinen uttrycket processrättsförhållande ofta förbehålles åt allenast det fullgiltiga processrättsförhållandet.³

Hittills har talats blott om parts processuella rättigheter. Otänkbart vore det naturligen icke, att i processrättsförhållandet kunde ingå även processuella förpliktelser å parts sida.⁴ Vidare har man att i processrättsförhållandet bereda plats åt domstolens »domsmakt» över parterna.⁵ Vår kommande framställning ger oss emellertid ingen anledning att ytterligare fördjupa oss i dessa frågor; vi lämna dem därför å sido. Däremot bör måhända särskilt framhållas, att vi i enlighet med vad ovan anförts icke få tänka oss, att några relationer mellan parterna inbördes ingå i processrättsförhållandet.⁶

BÜLOW, grundaren av teorin om processrättsförhållandet, har energiskt hävdadt, att det icke kan förekomma några processuella rättigheter utanför processrättsförhållandet, utom den pågående processen. Det finnes, säger han, ingen så motsägelserik rättsfigur som part tillkommande förprocessuell processrättighet.⁷ Innan

¹ Jfr GRANFELT s. 4—5.

² Jfr GRANFELT s. 10—12. — Rätten till dom i *överensstämmelse med processmaterialet* kan understundom falla bort, trots att processförutsättningarna äro för handen, se nedan s. 16.

³ Så TRYGGER 1901 års I s. 35—7.

⁴ Jfr GRANFELT s. 14.

⁵ Jfr ovan s. 4; FREY s. 17—18; GRANFELT s. 5.

⁶ Så HELLOWIG I s. 396—7; WREDE I s. 284. — Andra meningar, se WREDE I s. 280.

⁷ Klage s. 215.

talans anhängiggjorts, finnes blott en möjlighet för part att genom dylikt anhängiggörande väcka till liv en rätt till förhandling och dom. Denna före processen existerande talemöjlighet är blott en allmän befogenhet, som tillkommer en och var och innesluter möjlighet att åvåga-bringa processer till obegränsat antal mot vem som helst. Han finner därför, att denna befogenhet bäst karakteriseras som en personlig egenskap, en kvalitet hos personens »status».¹

PLÓSZ har framhållit, att frågan om talerätten kan ses från två sidor.² Från den ena visar sig talerätten som en abstrakt rätt till »Processgründung»,³ från den andra som en »immanent egenskap hos den reala existerande subjektiva privaträttigheten».⁴ en konkret talerätt, som är förutsättning för seger i processen.⁵ Att samma fråga kan te sig i helt olika ljus sedd från olika sidor är ju ingen ny iakttagelse. Just i detta sammanhang förtjänar den dock ett visst intresse. Ty BÜLOW förefaller med sin nyss anförda uppfattning, vilken bringar honom i motsatsförhållande till rättsskyddsanspråkets förfäktare, framför andra WACH, att uppehålla sig vid spørsmålets ena sida med underkännande av det berättigade i att söka se det även från den andra sidan. För WACH har däremot just denna andra sida erbjudit det större intresset.⁶ Ett uttryck BÜLOW själv använder häntyder på att det här i viss mån är fråga blott om val av åskådningsmetod. Hans uppfattning ligger, säger han, i jämförelse med motståndarnas i en annan »Dimension» av det juridiska tänkandet.⁷ Men eftersom man räknar med flera

¹ a. a. s. 198, 201; jfr Gest. R. s. 37—8; jfr GRANFELT s. 8.

² s. 31.

³ s. 13 o. 40.

⁴ s. 40.

⁵ s. 42.

⁶ Detta dock ej så att förstå, som skulle WACH's rättsskyddsanspråk vara identiskt med PLÓSZ' konkreta talerätt. Om rättsskyddsanspråk och talerätt se nedan s. 11 o. f.

⁷ Klage s. 264.

dimensioner som likvärdiga realiteter, och ett skärskådat föremål ofta visar helt annan skapnad i den ena än i den andra dimensionen, föranleder detta uttryck frågan, om ett användande av BÜLows tankeform verkligen med nödvändighet utesluter ett tänkande även i andra »dimensioner». WACH tycks med förkärlek benämna sitt betraktelsesätt »metafysiskt».¹ PLÓSZ² och DEGENKOLB³ finna samma ståndpunkt principiellt vara privaträttslig. Detta är såtillvida riktigt, som man här utgår från privaträtten som en rättslig realitet. För de kännetecken vi ovan uppställt för de processuella företeelserna är emellertid sistnämnda förhållande irrelevant. Kan det påvisas en mot domstolen riktad rättighet, är denna processuell, oavsett om den betraktas från privaträttens plan.⁴ Jag skulle därför hellre vilja uttrycka skillnaden mellan de båda åskådningarna så, att BÜLOW anlägger domarens synvinkel på en av denne handlagd rättegång. För honom är endast det som tilldrager sig i processen av rättslig relevans. Endast där ser han rättsliga realiteter. Om den bakom liggande privaträtten känner han ingenting. WACH åter har stigit ur domsätet och söker se processen och dess samband med privaträtten utifrån.

Det förefaller mig som vore båda synpunkterna teoretiskt likaberättigade. Vilken av dem man bör anlägga är en lämplighetsfråga, en fråga om huru man på ändamålsenligaste sätt skall belysa den uppgift man i visst fall förelagt sig. I fråga om den inre processtekniken säger det sig ju självt, att man i allmänhet icke kan ha någon användning för det utomprocessuella betraktelse-

¹ Handb. s. 22 not 27, Der Rechtsschutzanspruch i Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Bd 32, Berlin 1904, s. 4—5.

² s. 31.

³ s. 89—90.

⁴ Denna synpunkt är ej främmande för de i texten sist nämnda författarna. PLÓSZ s. 33—4 framhåller, att även den konkreta talarätten har publicistisk natur. — Så ock (beträffande rättsskyddsanspråket) från samma utgångspunkt som den i texten angivna HELLWIG I s. 295.

sättet. För frågan om sambandet mellan privaträtten och processrätten i stort torde man däremot ej kunna komma ifrån, att det senare åskådningssättet varit det mest fruktbärande — man behöver blott tänka på dess betydelse för utredandet av sambandet mellan olika processformer och olika rättsskyddsbehov.¹

För att kunna behandla vårt eget ämne, de utomprocessuella företeelserna skiljeavtal och skiljedom, måste vi göra oss förtrogna med ett utomprocessuellt betraktelsesätt. Endast denna synvinkel kan möjliggöra, att processuella och privaträttsliga förhållanden ställas sida vid sida som föremål för den jämförelse, varpå vi bygga. Och jag tvekar så mycket mindre vid valet av synvinkel, som jag känner mig övertygad om att här ansluta mig till såväl det allmänna föreställningssättet som ock lagstiftningens åskådning.²

En av processlagstiftningens uppgifter har varit att tillse, att privaträttsanspråket — den till viss aktualitet utvecklade privaträttigheten — förlänades realisationsmöjlighet. För detta ändamål tillades den berättigade parten en befogenhet att få utföra *fullgörsetalan* inför domstol. Jag anser icke oriktigt att i anslutning till ett vanligt språkbruk använda beteckningen talerätt å denna befogenhet.³ Talerätten fattad på detta sätt består tydligen redan före processen som en processuell rätt. Söker man gå närmare in på lagstiftarens motiv för meddelandet av denna talerätt, finner man följande. Statens egenskap av rättsstat innebär bland annat, att den principiellt åtagit sig att skydda de privaträttigheter,

¹ När TRYCKER 1901 års l. s. 7 not 2 vänder sig mot KALLENBERG's påstående, att »anhängiggörandet i förening med svarandens underlåtenhet att i stadgad ordning framställa *exceptio fori*» verkade behörighet, kan denna kontrovers återföras på en motsats mellan synpunkter, fullständigt analog med den vi bevittnat i striden BÜLOW-WACH.

² Jfr t. ex. formuleringen av åtskilliga forumregler i sv. RB.

³ Jfr REUTERSKIÖLD s. 274.

som äro i behov av sådant skydd. På grund härav kan varje hotad privaträttighet sägas ge upphov till ett rättsskyddsanspråk gent emot staten. Staten har emellertid icke åtagit sig mer än en principiell rättsskyddsplikt; däri ligger icke en utfästelse att tillse att varje konkret rättsskyddsanspråk verkligen tillfredsställes. Staten har nöjt sig med att skapa organ, domstolar och exekutivmyndigheter, vilkas verksamhet i överensstämmelse med givna instruktioner skall tillgodose rättsskyddsbehovet, så långt det är praktiskt taget möjligt.¹ Man skulle med andra ord kunna säga, att staten ansett sig en gång för alla ha uppfyllt de mot densamma riktade rättsskyddsanspråken genom att förplikta domstolarna — vi bortse tillsvidare från exekutivmyndigheterna — att upptaga det privaträttsanspråk, som bringas inför dem, till saklig prövning och meddela dom i överensstämmelse med processmaterialet. Denna domstolens förpliktelse blir då, sedd från den berättigade partens sida, innehållet i en honom tillkommande talerätt. Det abstrakta rättsskyddsanspråket har blivit en legislativ grundtanke, som omsatt i verkligheten företer bilden av en konkret mot domstol riktad talerätt. Det är denna och icke rättsskyddsanspråket, som med nuvarande rättsordning utgör privaträttsanspråkets mot det offentliga riktade juridiska komplement. Och talerätten innebär, som av det sagda framgår, icke ovillkorlig rätt till gynnsam dom utan rätt till dom i överensstämmelse med processmaterialet.² Vi känna igen sistnämnda uttryck: på samma

¹ Jfr SCHMIDT s. 18—19.

² Från den HELLWIG'ska »Recht zur Klage» (rättsskyddsanspråket) skiljer sig den i texten beskrivna talerätten därigenom, att den icke är riktad mot *staten*, I s. 293—4, 295—6, utan mot viss domstol och icke innefattar en (principiellt) obegränsad rätt till gynnsam dom, I s. 293. Jfr DEGENKOLB s. 27. Även om det konkreta rättsskyddsbehovet tänkes skapa en så att säga »naturlig», mot staten riktad rätt till en dom, som fullständigt tillfredsställer detsamma, framträder denna rätt som juridisk verklighet blott i den stympade form, vår konkreta talerätt framvisar. För det abstraktare begreppet rättsskydds-

sätt beskrevs ovan det fullgiltiga processrättsförhållandets »oföränderliga» sida. Sammanfattningen av parts till dom i sak syftande processuella rättigheter i pågående rättegång är tydligen talerätten själv, realiserad i process.

På antydda ställe berördes också vad jag kallat processrättsförhållandets föränderliga sida, utan att vi dock gingo närmare in på de olika processuella situationer, som där avlösa varandra. Olika processformer uppvisa emellertid här avvikelser från varandra. Växelprocess eller lagsökning äro annorlunda gestaltade än den allmänna civilprocessen. Min talerätt ger mig tillgång till viss eller vissa processformer men icke till andra. Även ur en annan synpunkt är talerätten föremål för begränsning. Varje talerätt har nämligen en bestämd riktning mot viss domstol. Detta är forumreglernas innebörd. Den till ett visst privaträttsanspråk hörande talerätten har följaktligen ett särmarke såväl i anseende till sitt speciella innehåll som i avseende å sin riktning mot viss domstol.

De omständigheter, som konstituera detta särmarke hos talerätten, utgöra väl i regel faktiska bestämmingar hos privaträttsanspråket självt. Vi måste dock för tanken se dessa fakta som självständiga. De inverka direkt på talerättens gestaltning, äro av betydelse för partens förhållande till domstol, äga sålunda en direkt processuell verkan. Dessa talerättsbestämmande fakta göras också till föremål för särskild prövning i processen. De bestämma ju, om i en viss process den valda processformen är riktig och om talerätten kan göras gällande vid just denna domstol. De framstå sålunda som processförutsättningar.¹

anspråk ha vi här icke användning. — Jfr till frågan om talerätten FEHR s. 273 not 27.

¹ Annorlunda BüLOW Klage s. 252: Varje tanke, att »der ausserprozessuale Tatbestand» skulle vara bestämmande för processförutsättningarna, förbjuder sig själv. — Flertalet processförutsättningar äro av annat slag än de i texten åsyftade, t. ex. stämning, processhabilitet hos part eller hans företrädare.

Till de talerättsbestämmande fakta böra räknas också dem, vilkas relevans i processen beror av parts invändning. Ty från utomprocessuell synpunkt ter sig som verklig talerätt endast den, som i den meningen är ovillkorlig, att den ej genom motpartens ensidiga handling kan sättas ur kraft.

Hittills ha vi förutsatt, att talerätten varit knuten till ett existerande privaträttsanspråk. Tydligt är, att lagstiftaren icke kunnat stanna här. Han har måst säga sig, att det ofta kan föreligga fullt berättigat krav på att få gå till domstol, även utan att rättsökanden har något privaträttsanspråk. Detta inträffar, då objektiv eller subjektiv ovisshet rörande rättsläget är för handen. Här bör domstolen lämnas tillfälle att skapa rättsvisshet, och följaktligen måste en möjlighet att föra talan öppnas. Rättsvisshetsbehovet är tillräckligt för att skapa en konkret talerätt. Individualiseringen av denna kan dock tydligt ej ske med tillhjälp av ett existerande privaträttsanspråk utan måste anknytas till ett påstått sådant. De talerättsbestämmande fakta utöva även här, anslutna till det påstådda anspråket, sin verkan att förläna talerätten ett givet innehåll och en bestämd riktning.

Även om lagstiftningen velat inskränka talemöjligheten till de två fall vi nu berört, har den dock saknat verksamma medel att hindra utövning av talan i de fall, då varken rättsskydds- eller rättsvisshetsbehov äro för handen. Därmed är dock icke sagt, att denna faktiska utövning av talerätt i dessa fall är rättsenlig. Tvärtom tyda åtskilliga föreskrifter i den svenska rättegångsbalken på att lagstiftaren finner sådan talan rättsstridig. Här må blott hänvisas till bestämmelserna i 29 kapitlet. I dess första paragraf hotas den med böter och skadestånd, som djärves missbruka rättegång och emot klara skäl och bättre vett av arghet drager någon för rätta. »Befogenheten» att utföra en talan, som gjorts till föremål för dylikt omnämnande, synes bäst karaktäriseras som en faktisk möjlighet att obehörigen tillägna sig en tale-

rätt.¹ Det förefaller som om DEGENKOLB föresvävades av en liknande tankegång, då han vill ge en talerätt blott åt den som processar i god tro.²

Växla vi för ett ögonblick synpunkt för att se frågan från domstolens sida, finna vi, att denna i regel icke före och under processen har någon möjlighet att beakta skillnaden mellan de fall, då verklig talerätt finnes och då så icke är förhållandet. Det för domaren relevanta är, att part kan fullgöra de prestanda, som inneslutas i processförutsättningarna. Kan han detta, har han en *talemöjlighet*, som innefattar möjlighet att utöva alla en talerätts funktioner. Denna talemöjlighet är icke identisk med den konkreta talerätten³, icke heller med möjligheten att obehörigen utöva en talerätt, utan den betecknar ett vidare begrepp, som omfattar såväl den ena som den andra.⁴

¹ Jfr WACH Handb. s. 22: dieses sogen. publicistische Klagrecht ist res meræ facultatis; jfr HELLWIG I s. 291.

² s. 45, 63.

³ Sedan PLÓSZ förklarar (den abstrakta) talerätten vara en rätt till »Processgründung», yttrar han, s. 40, att den processuella och den privaträttsliga (det vill säga den abstrakta och den konkreta) talerätten äro identiska. Han finner emellertid, att den konkreta talerätten kan visa verkningar även efter »die Processgründung», nämligen som förutsättning för seger i processen, s. 42. Härmed synes PLÓSZ ha kommit till en motsägelse. Är talerätten blott en rätt till »Processgründung», är den utövad i och med att processen giltigt börjats; och visar sig ytterligare någon verkan i processen, måste detta förklaras på annat sätt. Det förefaller, som om detta kunde ske genom att man icke ger talerätten ett så begränsat innehåll som PLÓSZ gör och icke utgår från begreppens identitet.

⁴ I texten har endast fullgörelsetalan omhandlats. För fastställsetalan gäller, att man som förutsättning för en konkret rätt till sådan måste fordra existensen av vissa särskilda fakta: talerättsgrundande fakta. Vilka dessa äro kan vara lagbestämt, jfr § 6 i K. F. $\frac{4}{3}$ 1862 om preskription; anser man icke, att lagen begränsat tillgången till fastställsetalan till vissa fall, kunna dessa fakta sammanfattas under den allmänna bestämningen, att de skola känneteckna ett behov av rättsskydd, jfr WREDE I s. 228. Vid den negativa fastställsetalan

Med hänsyn till det sist sagda vore man böjd att antaga, att den konkreta talerätten som processuellt begrepp vore av ringa praktiskt värde. Onekligt är också, att talemöjligheten spelar en i viss mening vida större roll. Det ges dock omständigheter, under vilka den konkreta talerätten utdifferentieras från talemöjligheten och når sådan processuell relevans, att den blir av direkt betydelse även för domstolen. Ett exempel erbjuder preskriptionens verkan. Denna uttryckes av svensk lag på det sättet, att borgenären förlorat sin talan mot gäldenären.¹ Detta bör tolkas så, att den konkreta talerätten gått förlorad för borgenären, utan att dock hans abstrakta talemöjlighet rönt samma öde. Preskriptionen orsakar ingen brist i processförutsättningarna, den hindrar icke dom i sak, men den hindrar parten från att få dom i enlighet med ett för honom eljes gynnsamt processmaterial. När på detta sätt talerätten kommer att söndras från talemöjligheten, förtunnas tydligen samtidigt denna i motsvarande mån. Vi få ett nytt begrepp: en möjlighet att vara part utan att tillgodonjuta talerättens förmåner. Ytterligare ett exempel på samma företeelse erbjuder enligt min mening domstolsdomens processuella rättskraftverkan. Denna skall nedan göras till föremål för utförligare behandling.²

Anledningen till att jag så länge dröjt vid begreppen talerätt och talemöjlighet är, att skiljeavtalets och skiljedomens processuella verkningar kunna anknytas till dessa begrepp. Skiljeavtal och skiljedom visa sig vara processuella rättsfakta, som upphäva talemöjlighet och talerätt eller grunda sådan hos domstol eller exekutiv myndighet.

gör ju käranden icke gällande, att han själv har viss rätt; talerätten grundar sig allenast på rättsskydds-(rättsvisshets-)behovet. De talerättsgrundande fakta utgöra processförutsättningar. Följaktligen sammanfalla här begreppen talemöjlighet och konkret talerätt.

¹ K. F. $\frac{1}{3}$ 1862, § 2. Jfr PLÓSZ s. 42 och ovan s. 15 not 3.

² Se nedan § 7.

§ 2.

Godmansförfarande och skiljemannaförfarande. Privaträttslig skiljedom och »förslag till förlikning».

Det utmärkande för skiljemannaförfarandet kan i största allmänhet sägas vara, att parternas mellanhavande hänskjutes till bedömning av annan enskild person. Är det för viss fråga stadgat i lag, att den skall prövas på detta sätt, måste skiljemannen anses grunda sin auktoritet på lagbudet, även om parterna själva ha att utse skiljemannen.¹ På motsvarande sätt har man att bedöma det fall, då domstol beslutat, att skiljemannaförfarande skall äga rum.² Annorlunda är förhållandet, då skiljemannaförfarandets grund är parternas avtal, ett *skiljeavtal*. Den befogenhet skiljemannen här äger, härledes principiellt från parternas mandat.³

¹ Jfr 10: 29, 1 RB. — Ofta stadgas, att valet skall ske i överensstämmelse med § 3 skjml., jfr t. ex. lagen $1\frac{1}{6}$ 1907 om nyttjanderätt till fast egendom, kap. 2 § 8; lag $2\frac{3}{6}$ 1918 om rätt i vissa fall för nyttjanderättshavare att inlösa under nyttjanderätt upplåtet område, § 5.

² Jfr LUNDSTEDT Utl. dom s. 25—6.

³ Jfr TRYGGER i FJT sid. 264—5. — Det obligatoriska skiljemannaförfarandet uppvisar en mångfald typer, jfr för finsk rätt FREY s. 213 o. f. På dessa frågor kunna vi här icke närmare ingå. — I vissa fall kan gränsen mellan skiljeavtal och prorogationsavtal vara svävande, t. ex. då frågor hänskjutas till av myndighet auktoriserade permanenta skiljenämnder. Dessa kunna äga en ställning, som närmar sig en specialdomstol, jfr förslaget hos NUSSBAUM, Denkschrift s. 19 o. f. — Om skiljemannaförfarande på grund av ensidigt förfogande, t. ex. testamente, se FREY s. 210 o. f.

Syftet med föreliggande framställning är att söka belysa några punkter i skiljeavtalets och den därpå grundade skiljedomens verkningar i de fall, då skiljemannaförfarandet är underkastat föreskrifterna i gällande svenska skiljemannalag. Det obligatoriska skiljemannaförfarandet komma vi följaktligen att lämna ur räkningen. Men icke blott detta utan även det på avtal grundade skiljemannaförfarande, varå skiljemannalagen icke är tillämplig, faller utom vår uppgift.

Den praktiska betydelsen av huruvida ett förfarande kan anses höra under skiljemannalagens tillämpningsområde eller ej visar sig framför allt i den olika rättsliga kraften hos det avgörande, som betecknar förfarandets avslutande. Är detta avgörande att hänföra till skiljemannalagens skiljedom, regleras dess verkan genom samma lags 14 §. Blott de i detta lagrum upptagna klanderskäl — vi bortse från nullitetsanledningar — kunna åberopas mot beslutet och detta blott under viss kortare tid. Klander »på materiella skäl» är uteslutet. Som i annat sammanhang skall utredas, ha vi här att göra med en processuell verkan; vi kunna tillsvidare kalla densamma skiljedomens preklusionsverkan. Ett beslut som faller utom skiljemannalagens reglering saknar, såvida icke särskilda föreskrifter ingripa, denna verkan.

Den uppgift, som närmast föreligger oss, är tvåfaldig. Den innefattar dels att särskilja det på avtal grundade skiljemannaförfarandet från närliggande rättsinstitut, dels att inom skiljemannainstitutet draga gränsen mellan det skiljemannaförfarande, som är hänförligt under skiljemannalagens tillämpningsområde, och det, som icke är detta. Det första av dessa spørsmål skall emellertid blott upptagas i den mera begränsade formen av ett försök att fastställa en gränslinje mellan skiljemannaförfarandet och det mycket likartade förfarande, som vi här för enkelhetens skull kunna benämna godmansförfarande. Vanligen beskrives det senare så, att fak-

tiska frågor överlämnas åt gode mäns prövning, därvid meningen icke är att lösa en tvist i en viss punkt utan att förekomma en dylik genom att åt tredje man såsom sakkunnig lämna bestämmanderätten. Tredje mans uttalande blir i sådant fall bindande för parterna men icke definitivt utan kan klandras på grund av objektiv obillighet.¹

Till stöd för gränsbestämningen ha vi att anlita skiljemannalagens egen beskrivning på skiljeavtal i allmänhet. Detta kännetecknas som ett avtal, varigenom parterna till avgörande av skiljemän hänskjuta en fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, så ock fråga om ersättning för skada, som någon tillfogat annan genom brott, såvida tvist om denna fråga uppstått eller kan förutses. I nyss återgivna karaktäristik av godmansförfarandet fästa vi till en början huvudvikten på bestämningen, att förfarandets syfte är att *förekomma en tvist*. Detta är utan tvivel något, som ger oss en gräns mot skiljemannaförfarandet. Lagen förutsätter uppenbarligen, att den fråga, som avses i ett skiljeavtal, är eller blir föremål för tvist. Där tvistigheten saknas, där saknar också skiljemannainstitutet tillämplighet. Om därför köpare och säljare i all sämja överlämnat till tredje man att bestämma köpeskillingens belopp,² kunna vi icke antaga, att denna tredje man är skiljeman. Han är »god man». Parterna ha lämnat det mellan dem slutna avtalet i en viss punkt ofullständigt. Det framtida utfyllandet av denna lucka med tredje mans tillhjälp är ett företag, som ligger helt inom privaträttens ramar och intet har att skaffa med skiljemannaförfarandet.³

¹ Jfr TRYGGER TIR s. 14; FREY s. 64—5.

² Jfr ALMÉN, Om köp och byte av lös egendom, 2 uppl. I, 1917, s. 80; tyska BGB §§ 317—19.

³ Så HELLWIG II s. 104—5. När emellertid HELLWIG skärper motgången därhän, att gode männen äga rättsgestaltande men skiljemännen rent deklarativ uppgift, kan jag icke biträda denna formulering. Som av det nedan i § 9 utvecklade framgår, kunna skiljemännen i regel icke fränkännas en viss rättsgestaltande befogenhet.

Därnäst vore det kännetecknande för godmansförfarandet, att det avsåge prövning av en faktisk fråga i motsats mot en rättslig.¹ Man torde här avse samma skillnad mellan faktisk och rättslig, som man eljes plägar uppdraga mellan *quæstio facti* och *quæstio juris*. Ett exempel på ett faktiskt spörsmål erbjuder frågan om ett föremåls vikt eller rymd. De operationer tredje man företager för att konstatera dessa egenskaper hos en sak ha säkerligen blott ett minimum av juridisk bestämning. Man kan därför också beskriva en faktisk fråga därmed, att för dess bedömande erfordras användande av allmänna erfarenhetssatser,² häri inbegripet varjehanda tekniskt specialvetande men icke egentliga rättssatser. Ligger det i en dylik frågas natur något som gör, att tredje mans utlåtande däröver bör presumeras vara ett godmansutslag men icke en skiljedom? Frågan är för generellt avfattad för att kunna omedelbart besvaras. Vi måste skilja på två olika fall. Det ena är, då det ifrågakomna faktum är ett omedelbart rättsfaktum, det andra, då det är ett medelbart rättsfaktum. De fall, då faktum är rättsligen irrelevant, ha vi ingen anledning att befatta oss med. Att faktum är omedelbart rättsfaktum är att förstå på det sättet, att rättsföljder skola direkt härledas från faktums egenskaper: Om den enligt parternas avtal levererade sakens vikt är den eller den, är avtalet uppfyllt eljes icke. En partsdisposition över faktums egenskaper som naket faktum är icke tänkbar.³ Faktum *är*; och häri kunna parterna varken göra från eller till. Om bestämmandet av faktums egenskaper överlämnas till tredje man, är hans mandat i motsvarande mån in-

¹ Jfr KOHLER s. 259; WOLFF s. 22, 28.

² Detta plägar understundom anföras som utmärkande för godmansförfarandet; jfr LAWS s. 441: Gode mannen behöver i motsats mot skiljemannen icke använda sig av den vanliga juridiska apparaten med bevisning och argumentering utan har att göra sin uppskattning »according to his own skill, knowledge and experience».

³ Jfr FREY s. 89.

skränk. Han kan konstatera, hur faktum är; hans ut-sago blir ett bevismedel härom, intet annat.¹ Här är såväl skiljemanna- som godmansförfarande i ovan använda betydelse uteslutet. Vi röra oss på ett område, som ligger vid sidan av frågan om gränsen mellan dessa båda institut. Är åter faktum medelbart rättsfaktum, gestaltar sig saken annorlunda. Med uttrycket medelbart rättsfaktum har jag velat utsäga, att rättsföljden icke härflyter direkt ur faktum självt utan ur tredje mans omdöme om faktum. Egenskapen av omedelbar rättslig relevans har överflyttats från faktum till omdömet. Denna överflyttning åvägbringas exempelvis genom att parterna förklara sig bundna av tredje mannens uttalande. Är emellertid detta tredje mans uttalande självt rättsfaktum, och äro rättsföljderna ur detta såsom här förutsättes underkastade parternas disposition, då kan den fråga parterna överlämnat till tredje mannen trots sin »faktiska» natur sägas vara en »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas».² Men på detta sätt anger lagen skiljemannaförfarandets föremål. Att frågan är en »faktisk» fråga utesluter följaktligen i och för sig icke att den går till skiljedom.³ Här-

¹ Uttrycket bevismedel må här användas i den överflyttade betydelsen av bevismedel i parternas utomprocessuella förhållande. Det kan förmodas, att SCHMIDT s. 152 med »Schiedsgutachter» åsyftar en dylik tredje man. Denne skulle icke ha att fastställa någon förpliktelse. Härmed dock oförenliga ex. s. 152 not 2.

² Jfr ex. ovan i texten; här: tredje mans uttalande om sakens vikt avgör, om avtalet riktigt fullgjorts eller ej. — Det är svårt att se någon real skillnad mellan detta fall och det, då parterna under påpekande av att viktfrågan är den tvistiga frågan givit tredje mannen uppdraget i den *formen*, att han har att avgöra, *om avtalet fullgjorts* enligt sitt innehåll. Det förefaller emellertid, som om man ville tillägga denna formella skillnad betydelse, i det att det senare alternativet vore villkor för att ett verkligt skiljeavtal skulle anses föreligga, jfr FREY s. 90. Några övertygande skäl för denna uppfattning synas ej kunna härledas ur sakens natur.

³ Det bestrides ej heller i litteraturen, att faktiska frågor kunna göras till föremål för skiljeavtal, se TRYGGER, TFR, s. 15; att man

till kan läggas, att det i det konkreta fallet nästan undantagslöst är förbundet med stora svårigheter att avgöra, huruvida en fråga har faktisk eller rättslig natur.¹ Ett försök att på nu berörda omständigheter grunda en gränsbestämning kan därför icke anbefallas.²

Det måste givetvis ofta i det konkreta fallet bereda svårigheter att avgöra, om parterna avsett att lämna ett rättsförhållande ofullbordat till framtida komplettering genom tredje man, eller om enligt deras mening en verklig tvist föreligger och därmed ett skiljeavtal. I många fall kan dock rättsförhållandets egen natur härvidlag ge ledning. Skall exempelvis den ena parten fullgöra en prestation, som icke vid avtalets ingående utan först vid en framtida tidpunkt kan bestämmas, och skall detta bestämmande då ske genom tredje man, talar allt för att vi ha att göra med ett godmansförfarande.

dock är böjd för att härtill knyta särskilda villkor framgår av föregående not.

¹ Jfr DELIN s. 148 och ENGSTRÖMER s. 10 not 1. — Ett exempel på svårigheten att särskilja rättsliga och faktiska begrepp erbjuder för övrigt det ovan använda exemplet. Det torde nämligen åtminstone vid ett ytligt betraktande icke utan vidare förefalla självklart, att frågan om ett avtal fullgjorts eller ej innefattar en rättslig fråga, jfr AFZELIUS, Om parts ed, 2 uppl., 1915, s. 118 not 2.

² Så ock HELLWIG II s. 105. — Är det i texten anförda riktigt, finnes ingen grund att uppehålla presumptionen, att ett hänskjutande till tredje man av en faktisk fråga skulle avse att få till stånd ett godmansavgörande (Jfr TRYGGER TfR s. 15). Däremot kunna skäl tala för, att parterna avsett varken skiljemanna- eller godmansavgörande utan blott ett sakkunnigutlåtande som bevismedel. — Som stöd för uppfattningen, att en frågas »faktiska» natur principiellt är irrelevant för skillnaden mellan godmans- och skiljemannaförfarande, kan åberopas den svenska rättens ställning till skadeståndsuppskattning genom tredje man. Är icke frågan om skadeståndsplikten tvistig, ha vi här att göra med en »faktisk» fråga, jfr KOHLER s. 259, 260—1. Skjml. antyder ej, att frågan i dess nu angivna begränsning icke kunde vara föremål för skiljeavtal; den talar helt allmänt om »fråga om ersättning för skada». Ej heller antydes i praxis något dylikt, se rf. i H 1898 s. 499, 1905 s. 476. — Följaktligen kan ej heller en »arbitrageklausul» hänföras till godmansavtalen med den av WOLFF s. 28 använda motiveringen, att den avser att åvägbringa en »Tatsachenfeststellung».

Ej ens ordvalet, att tredje mannen är skiljeman och hans utslag skiljedom, som ej kan klandras, bör kunna göra skillnad häri.¹ Ett mycket närliggande exempel erbjuda entreprenadkontrakt rörande företag av sådant omfång eller sådan natur, att parterna icke kunna förväntas ha träffat föreskrifter i alla detaljfrågor. Ha de utsett en kontrollant, efter vilkens anvisningar detaljarbetet skall utföras, får kontrollantens utlåtande antagas vara ett godmansutslag.² Har däremot en dylik kontrollant tilldelats uppgiften att avsyna arbete, efter det att det fullgjorts, kunna vi icke utgå ifrån, att hans uttalande kompletterar parternas avtal.³ Vi få i stället presumera, att han då är skiljeman.⁴

Vår uppgift är icke att närmare granska godmansförfarandet. I förbigående skall blott anmärkas, att, då parterna lämna ett rättsförhållande ofullständigt till framtida komplettering under medverkan av tredje man, kan denna medverkan taga andra former än ett godmansförfarande sådant som ovan åsyftats. Där hade parterna givit tredje mannen en bestämmanderätt, som gjorde hans uttalande till en del av parternas avtal med samma bindande kraft som detta. En dylik anordning är icke nödvändig. Tredje mannens befogenhet kan ju inskränkas exempelvis till att efter avsyning avge för-

¹ Dylika bestämmelser återfinnas ej sällan i brandförsäkringsvillkor; där de avse uppskattning av brandskada. — Jfr HELLWIG II s. 105: I den tyska försäkringslagstiftningen påträffas bestämmelsen, att, då fråga om särskilda förutsättningar för skadeersättning eller dess storlek skall fastställas av »sakkunnige», kan dessas utslag ersättas av domstols dom, när det uppenbarligen avsevärt avviker från det verkliga sakläget, jfr WOLFF s. 33 not 12.

² Jfr TRYGGER TfR s. 15 not 1 och rf. i H 1919 s. 396 (särsk. s. 398; avtalets formulering som vidsträckt kompromissklausul omkastar här presumptionen).

³ Jfr rf. i H 1913 s. 191 (§ 17 i det ref. kontraktet).

⁴ Annorlunda FREY s. 65: Gode mannens funktion kan vara deklarativ, nämligen då han äger bestämma, om en prestation är kontraktsevenlig eller icke. — Det alternativ, som här skulle kunna ifrågakomma, är sakkunnigutlåtande som bevismedel.

slag till detaljöverenskommelse, som parterna förbehållit sig att själva bekräfta. I vilketdera fallet gäller, att här är fråga om blott privaträttsliga transaktioner. Deras verkan bör icke utsträckas till processen. Vi böra således ej heller antaga, att godmansavtalet har processhindrande verkan.¹

Det egentliga skiljemannaförfarandet har till ändamål att låta tredje man pröva en privaträttslig fråga, varom råder tvist, oavsett om den är klädd i formen av en »faktisk» fråga eller icke. Intill dess denna prövning företagits, verkar skiljeavtalet som hinder för rättegång rörande samma fråga. Som redan antytts, falla emellertid vissa former av skiljemannaförfarande utom skiljemannalagens tillämpningsområde. Av grundläggande betydelse är här föreskriften i 2 § andra stycket skiljemannalagen, att denna lag icke äger tillämpning på skiljeavtal, som innefatta förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen. Vid sidan av detta stadgande förefaller vid ett första påseende 2 § första stycket skäligen onödigt: Slutet skiljeavtal utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen, skola de anses ha utfäst sig att åtnöjas med densamma. Ty vad parterna skola anses ha utfäst äger ingen betydelse vid sidan av den omständigheten, att avsaknaden av förbehåll enligt andra stycket medför lagens tillämplighet å förfarandet. Genom att ge föreskriften i första stycket en bokstavstrogen tolkning har man emellertid förlänat denna en självständig betydelse, i det man därvid nått fram till en eljes icke självfallen skärpning av andra styckets bestämmelser. Man inlägger nämligen i förstnämnda stadgandet, att allenast det *uttryckliga* förbehållet upphäver presumtionen, att parterna utfäst sig att nöjas.² En följd härav måste bliva, att jämväl det andra stycket tolkas därhän, att från lagens tillämpningsområde ute-

¹ För tysk rätt gäller, att § 274 CPO (nedan s. 82) icke anses tillämplig på godmansavtal, STEIN I s. 633. Jfr SCHMIDT s. 156.

² TRYGGER TFR s. 11—12.

slutas blott de skiljeavtal, vari parterna uttryckligen förbehållit sig klanderrätt.

Nu berörda stadgande i skiljemannalagen liksom tolkningen av detsamma utgå från, att skiljemannaförfarandet kan tänkas innefatta endast två typer: det som leder till skiljedom enligt 14 § och det som endast resulterar i ett »förslag till förlikning».¹ En skiljedom av sistnämnda slag äger alls ingen bindande verkan mellan parterna. Ett klander av en dylik skiljedom behöver icke föranleda domstolen att uttala sig om skiljedomens giltighet eller ogiltighet, men skall medföra, att själva sakfrågan direkt upptages till prövning.² Skiljedomen betecknar strängt taget blott den tidpunkt, då det hittills bestående processhindret bortfaller. Det torde kunna sägas, att uttrycket »klander» här användes i en föga riktig bemärkelse.

Det som ovan yttrats om godmansförfarandet inbjuder emellertid till analogier. Vi föranledas att uppställa frågan, om icke även ett skiljemannaförfarande vore tänkbart, som ändades med en privaträttsligt bindande skiljedom, en skiljedom, som icke sloges till marken, med mindre den visades vara »objektivt obillig», men som å andra sidan på grund av begränsningen i sin bindande kraft icke kunde sägas vara delaktig av preklusionsverkan enligt 14 §. Svaret måste bliva, att ett dylikt skiljemannaförfarande mycket väl kan tänkas; det är för övrigt som nedan skall visas i vissa rättssystem en realitet. En dylik skiljedom uppbares helt av parternas avtalsvilja; den är icke blott och bart ett *förslag* till förlikning, den är en verklig »medelbar förlikning».³ Talan därå är klander på materiella skäl i egent-

¹ TRYGGER TfR s. 4; FJT s. 251. — Jfr NEHRMAN, Inledning til then svenska Processum Civilem, 1751, s. 371. Förslag 1822, motiver s. 157. SCHREVELIUS s. 8.

² TRYGGER TfR s. 7—8. Jfr rf. i H 1906 s. 469.

³ Samtidigt ligger i förlikningsmomentet, eftersom förlikningen förutsätter tvist, skillnaden mot godmansförfarandet.

lig mening. Det är icke min avsikt att söka visa, att denna privaträttsliga skiljedom är av större direkt praktisk betydelse i svensk rätt. Däremot torde den erbjuda ett visst teoretiskt intresse. Som i annat sammanhang skall beröras,¹ utgör nämligen denna skiljedom den privaträttsliga stommen även i de flesta skiljedomar enligt skiljemannalagen, något som föranleder ytterligare konsekvenser, särskilt för uppfattningen av skiljedomens betydelse i den internationella samfärdseln.^{2, 3}

Av skäl som redan framgått måste det vara förenat med vissa svårigheter att i svensk rätt uppvisa exempel på en fristående privaträttslig skiljedom. En uttrycklig avsägelse av klanderrätten i det begränsade omfång, den privaträttsliga skiljedomen förutsätter, är natur-

¹ Se nedan § 9.

² En mellanform mellan »förslag till förlikning» och »privaträttslig skiljedom» kan konstrueras: parterna ha förbehållit sig obegränsad klanderrätt under viss tid. Underlåtenhet att anställa talan inom denna tid kan dock här uppfattas som en efterföljande ratihabitionsakt; skiljedomens innehåll blir innehållet i en omedelbar förlikning, jfr FREY s. 73.

³ Uttrycket *arbitrator* som motsats mot *arbiter*, skiljeman, möter oss som använd beteckning på de flesta godesmän och skiljemän vi hittills befattat oss med. *Arbitrator* kallas såväl en värderingsman, vilkens uttalande är allenast ett bevismedel (jfr ovan s. 21 not 1), som en god man i egentlig mening (HELLWIG II s. 104), och i svensk rätt även skiljeman, som avger förslag till förlikning, *laudum simplex* (NEHRMAN a. a. s. 371; SCHREVELIUS s. 8). I romersk rätt synes skillnaden mellan *arbiter* och *arbitrator*, när den så småningom vann beaktande, ha bestämts ur andra synpunkter än vi här lagt till grund, jfr WOLFF s. 20; FREY s. 152. — Det bör anmärkas, att institutet »förslag till förlikning» icke förefaller ha tillvunnit sig nämnvärt beaktande i gällande utländsk rätt. HAGERUP finner avtal därom icke »otänkbart», därvid han hänvisar till att ett sådant avtal vunnit en viss mellanstatlig betydelse, 3, II s. 437 not 2. I tysk rätt anses en klausul i skiljeavtalet, som öppnar »Rechtsmittelzug» till domstol, göra hela skiljeavtalet ogiltigt, HELLWIG II s. 118 not 2, jfr STEIN II s. 910. I ä. tysk rätt kunde däremot skiljedomen överklagas, WACH, Handb. s. 66, en ståndpunkt som den franska rätten ännu intager, Code de procédure civile art. 1023. Rätten att använda rättsmedel kan emellertid avsägas, art. 1010.

ligtvis sällsynt. Den är dock ingalunda otänkbar. Vi skola av det följande erfara, att dansk rätt icke känner annan skiljedom än den privaträttsliga. I anslutning härtill ligger det nära till hands att föreslå det exemplet, att parterna av någon anledning i skiljeavtalet säga ifrån, att beträffande klander av skiljedomen skola i dansk rätt tillämpade regler lända till efterrättelse.

Men även där dylikt förbehåll saknas, kunde under vissa förekommande omständigheter en privaträttslig skiljedom förmodas fylla ett behov för den svenska rättens del. Man kan tänka på de fall, då parterna i skiljeavtalet uttryckligen sätta ur kraft någon av skiljemannalagens bindande föreskrifter. Bland dessa innehålla åtskilliga de allmänna villkoren för att en avsägelse av talemöjlighet över huvud skall få äga rum.¹ Sådana föreskrifter kunna ej sättas ur kraft; ett dylikt försök gör avtalet ogiltigt. I andra fall äro däremot lagens bindande föreskrifter närmast avsedda att skapa lämpliga förutsättningar för inträdet av skiljedomens preklusionsverkningar, så exempelvis den i 13 § meddelade formföreskriften. Förklara emellertid parterna på förhand, att de ämna åtnöjas med en skiljedom av annan form², kan man ur sakens natur icke härleda någon anledning varför de icke skulle vara bundna av sitt avtal. Men skiljemannaförfarandet måste då flyttas ut ur den genom skiljemannalagen skapade ramen. Det förblir ett skiljemannaförfarande, men ett sådant som blott leder till en privaträttslig skiljedom.

Söka vi vidga synkretsen och se förhållandet mellan statlig rättsskipning och skiljemannaförfarande i stort, måste vi finna, att skiljemannaförfarandet är en nödfallsutväg, framtvingen av en oförmlig rättegångsordning.³

¹ Jfr nedan s. 61 o. f.

² Jfr rf. i H 1901 s. 507.

³ Jfr DELIN s. 78—81, som utsträcker tankegången därhän, att skiljemannainstitutet kan förväntas framträda starkare, när en genomgripande ändring i rättsordningen över huvud är påkallad.

I samma mån rättsskipningen fyller rimliga anspråk på framför allt snabbhet, i samma mån kommer skiljemanna-institutet att förlora i betydelse. Vi befinna oss nu i en period, då nödläget är utpräglat; bøjelsen för skiljemannaavgöranden är mycket stor. Lätt nog leder emellertid även detta till olägenheter. Ingalunda alltid få »äran och samvetet» diktera skiljemännens beslut.¹ Tydligt är då, att en strävan växer fram i motsatt riktning mot den förra, en strävan till möjlighet att hos domstolarne få uppenbart orimliga skiljedomar korrigerade. Och denna utväg ges i de fall, då man kan antaga, att blott privaträttsligt bindande skiljedom varit av parterna avsedd. Följaktligen bör man ej förneka, att parterna i många fall gärna såge, att de utan att mötas av särskilda svårigheter kunde binda sig blott till en dylik skiljedom. Ett visst stöd för detta påstående erbjuder måhända UNDÉN's yttrande angående skiljenämnds utslag i kollektiva avtalsförhållanden. Han finner den konsekvensen ofrånkomlig, att fall kunna förekomma, då en av skiljenämnd avkunnad skiljedom icke är bindande, därför att nämnden icke följt den allmänna normen att göra fastställelsen under hänsyn till övriga avtalsvillkor och med iakttagande av billighetens fordringar.² Saken skulle i dessa fall kunna dragas inför domstol.

Det är emellertid tydligt, att den hittills antagna tolkningen av 2 § skiljemannalagen står i vägen för möjligheten att bereda plats åt den privaträttsliga skiljedomen i de fall, där den kunde tänkas få praktisk betydelse. Härför erfordrades, att det till densamma syftande förfarandet vore undantaget från skiljemannalagens reglering. Eljes blir lagens 14 § tillämplig och skiljedomen tillagd preklusiv verkan. Men exempelvis par-

¹ Ett exempel OERTMANN s. 123, not 47.

² Kollektivavtalet, 1912, s. 151. Av det sammanhang, vari detta yttrande fälles, framgår emellertid, att UNDÉN närmast haft uppmärksamheten riktad på vad vi i det föregående benämnt godmansavgöranden.

ternas avtalsenliga åsidosättande av föreskriften i 13 § kan icke anses innefatta uttryckligt förbehåll om klanderrätt; följaktligen vore skiljemannalagen tillämplig och avtalet antingen i denna del eller i sin helhet ogillt.

Det är som redan berörts närmast andra paragrafens första stycke som skapar hindret. Föreskriften i det andra stycket medger däremot ensam för sig betraktad en tolkning, som vore förenlig med vad vi här förut utvecklat. Stadgandet kan nämligen tydas på det sättet, att skiljemannalagen träder ur tillämpning, så snart klanderrätt förbehållits i vidare omfattning än 14 § medger, och detta oavsett om förbehållet är uttryckligt eller eljes framgår av omständigheterna. I nyssnämnda exempel skulle parternas avtal om åsidosättande av den i 13 § föreskrivna formfordran betraktas som en dylik omständighet, och förfarandet skulle därmed falla utanför lagens tillämpningsområde.

Hindret i paragrafens första stycke kunna vi däremot icke undgå utan att i viss mån göra våld på lagens mening. Det är naturligen alltid högst tvivelaktigt, om ett sådant är tillrådligt. Vad som i detta fallet kan rättfärdiga ett försök i den riktningen är emellertid den omständigheten, att rättssäkerhetens krav synas bättre tillgodosedda genom en vidhjärtad tolkning än genom en sträng bokstavstolkning.

Hyser man denna åsikt, bör man i § 2 första stycket icke inlägga mer än följande presumtion till förmån för den med preklusiv verkan utrustade skiljedomen: Förbehåll om vidare klanderrätt än 14 § medger skall icke anses vara förhanden med mindre omständigheterna visa, att ett sådant förbehåll varit avsett.

Ytterligare en tolkning av första stycket, varigenom berörda hinder kunde undvikas, är möjlig, om man vill pressa lagtextens »åtnöjas». Detta ord behöver i och för sig icke beteckna mer, än att parterna binda sig vid skiljedomens avgörande i den omfattning, som eljes brukar vara resultat av en privaträttslig disposition: skilje-

domen blir privaträttsligt bindande. Lagstället komme då att meddela en bestämmelse, som skulle falla helt utom vad skiljemannalagen har varit avsedd att reglera; det skulle nämligen uttala, att skiljedomen vid avsaknad av förbehåll om klanderrätt i avtalet vore att bedöma som privaträttsligt bindande och icke blott som ett förslag till förlikning. Föreskriftens plats i denna lag skulle då närmast vara att tillskriva ett redaktionsfel.

Till fullständigande av vad ovan yttrats om privaträttslig skiljedom må en översikt meddelas över skiljemannainstitutets konstruktion i dansk och hittills gällande norsk¹ rätt, sådan denna konstruktion kan uppfattas med ledning av tillgängliga framställningar. Nämda rättssystem äro i avsaknad av andra allmänna föreskrifter om skiljedom än dem, som återfinnas i den gamla Norske (Danske) Lov² 1—6—1. Denna lags föreskrifter ha följande innebörd: Om parterna hänskjuta sin sak och tvist till dannemän som skiljedomare, antingen med eller utan »Opmand», skall det, som dessa säga och döma, så långt deras fullmakt tillåter dem det, stå fast och kan icke instämmas till någon domstol för att underkännas; Kungen dock sin sak förbehållen.

Ur detta stadgande utläser man, att skiljedomen skall vara bindande. Men doktrinen inlägger i denna bundenhet blott en privaträttslig sådan. Skiljedomen har samma verkan som ett kontrakt, och domstolen kan lika litet göra någon förändring däri, som i ett annat kontrakt.³ HAGERUP uttrycker detta så, att skiljedomen skapat en ny grundval för rättigheten.⁴ Ur

¹ Den nya norska rättegångslagen §§ 452—473 har givit skiljemannainstitutet i norsk rätt en helt annan natur än den i texten beskrivna.

² Kong Christian Den Femtis Norske Lov ¹⁵/₄ 1687. (Almindelig Norsk Lovsamling, udg. af P. I. Paulsen m. fl., Bd I, Kra 1905, s. 53.)

³ NELLEMANN s. 50; jfr MUNCH-PETERSEN s. 480.

⁴ HAGERUP I, I s. 118.

processuell synpunkt betyder den omständigheten, att skiljedomen blott är privaträttsligt bindande, att någon preklusiv verkan av densamma icke låter sig påvisas. Möjligheterna att klandra skiljedomen äro icke formellt kringskurna. Sålunda kan, då den i skiljedomen vinnande parten hos domstol yrkar utfå vad skiljedomen tillägger honom, motparten möta honom med vilken invändning som helst, vilken han anser böra motivera skiljedomens ogiltighet. Och då den i skiljedomen tappande parten i trots av skiljedomen hos motparten utsöker vad han anser vara sin rätt, och motparten med stöd av skiljedomen yrkar talans ogillande, måste domstolen sakligt pröva varje replik, vari käranden gör gällande, att skiljedomen ej bör lända till efterrättelse.¹ Men i olikhet mot en skiljedom, som blott är förslag till förlikning, visar den privaträttsligt bindande skiljedomen på det sättet en bindande verkan, att part är *framgångsrik* i sitt bestridande av skiljedomen, blott då han mot densamma kan åberopa grunder, som göra skiljedomen som privaträttsärende ogiltig. Här är domstolen liksom eljes bunden vid privaträttens grundsatser. Det avgörande blir då, huruvida skiljemannaförfarandet haft ett förlopp, som svarar emot parternas avsikter vid skiljeavtalets ingående. Då parterna i allmänhet icke förutsättas ha velat binda skiljemännen till att strängt beakta gällande lag, blir följdén, att skiljemännens underlåtenhet att göra detta icke kan medföra skiljedomens ogiltighet. Men detta blott som allmän regel. Ingen förmenar parterna att i skiljeavtalet säga ifrån, att skiljemännen skola beakta lag. Och i den mån det kan visas, att de i denna del frånvikit sin instruktion, är det också möjligt för part att få skiljedomen hävd.²

Men även om parterna ej i normalfallet anses ha velat binda skiljemännen till beaktande av sträng lag, förut-

¹ Jfr NELLEMANN s. 51; HAGERUP I, I s. 117.

² HAGERUP I, I s. 116; NELLEMANN s. 48—9; jfr MUNCH-PETERSEN s. 477.

sättas de dock ha avsett, att skiljemännen skola beakta billighetsskäl och i övrigt döma efter bästa förstånd och samvete. Följaktligen kan deras bevisliga partiskhet medföra, att part får skiljedomen fränkänd bindande verkan. Om man säger partiskhet, eller att skiljedomen fällts mot bättre vetande, torde komma på ett ut.¹ Objektivt sett framträder tydligen denna grund för skiljedomens hävande så, att skiljedomen befinnes vara obillig eller orättvis.² Uppenbar obillighet och orättvisa äro typiska materiella klanderskäl.

Även i dansk och norsk doktrin förekomma uppräknings av klanderskäl, det vill säga anledningar, som med framgång åberopas för att få skiljedomen kraftlös.³ Dessa uppräknings synas dock, oaktat till innehållet påminnande om den svenska skiljemannalagens 14 §, böra tilläggas en annan betydelse än den, som är utmärkande för nämnda paragraf. Ty förstnämnda uppräknings kan blott innebära en exemplifiering; den kan jämföras med den svenska avtalslagens kapitel om rättshandlingars ogiltighet. 14 § skiljemannalagen har sin stora betydelse åter däri, att den en gång för alla avskiljer en viss grupp klanderanledningar såsom över huvud taget otillåtlige. Den så att säga bryter ut ur mängden av materiella klanderanledningar vad som har övervägande formell natur och gör därav ett fåtal tillåtlige klanderanledningar: klander »på formella skäl».⁴

¹ NELLEMANN s. 48 not 1; MUNCH-PETERSEN s. 482.

² Jfr NELLEMANN a. st.

³ Jfr NELLEMANN s. 51; HAGERUP I, I s. 117; MUNCH-PETERSEN s. 481—2.

⁴ Det torde vara svårt att utan en mera ingående undersökning bestämma omfånget av den av dansk-norsk rätt erkända klander-möjligheten. Man kan emellertid spåra en tydlig stråvan efter att kringskåra den i möjligaste mån. HAGERUP I, I s. 111 med not 2, framhåller sålunda, att skiljemannaförfarandet åsyftar »en endelig fastsættelse» av tvisten, och han framhåller detta t. o. m. som en skillnad mot godmansförfarandet, vilket avser att åvågabrigna ett utslag, som kan angripas vid bevis om obillighet. MUNCH-PETERSEN

Likställes skiljedomen med den vanliga privata rätts-handeln, blir en konsekvens, att, om rättssystemet icke tillåter, att ett avtals giltighet eller ogiltighet göres gällande i en särskild fastställelseprocess, borde ej heller skiljedomen kunna göras till föremål för en särskild klanderprocess.¹ Vad äldre dansk rätt angår, synes för dess del rättsenligheten av särskilt klander å skiljedom i visst fall satts i fråga.² Denna ståndpunkt är emellertid numera övergiven och klandertalan sålunda utan inskränkning tillåten.³ I den mån denna utveckling icke motsvaras av en allmän benägenhet att tillåta fastställelse-talan, kan man här spåra begynnelsen till en särskild processrättslig verkan hos skiljedomen.

Vi ha här sysslat med skiljedomens betydelse inför domstol. I naturligt samband med det utvecklade står, att skiljedomen varken i Danmark eller Norge är exekutionstitel.⁴

s. 482 säger, att man icke utan att allt för starkt inkräkta på skiljemannaförfarandets praktiska funktion kan öppna klandervägen blott därför, att skiljemännen upplysas ha utgått från en oriktig faktisk grund. HAGERUP I, I s. 117 karakteriserar de användbara invändningarna mot skiljedomen som *exceptio (replia) doli sive compromissi non rite adimpleti*. I realiteten torde nu berörda tendens medföra, att skiljedomens bindande kraft enligt dansk—norsk rätt i regel kommer att föga skilja sig från den, som tillkommer skiljedom enligt sv. skjml. Är detta antagande riktigt, har skiljedomen jämväl i nämnda rättssystem ernått en viss preklusionsverkan, ett tillskott i styrka av processuell natur, vilket ej kan härledas ur parternas avtalsvilja. Se vidare härom nedan § 9, särsk. s. 130 not 2.

¹ Jfr HAGERUP I, I s. 117 not 9.

² NELLEMANN s. 52.

³ HAGERUP I, I s. 117; MUNCH-PETERSEN s. 482.

⁴ MUNCH-PETERSEN s. 480 och BANG i Elfte Nordiska juristmö-
tets förhandlingar, 1920, s. 209; HAGERUP I, I s. 118.

ANDRA KAPITLET

SKILJEAVTALET

§ 3.

Skiljeavtalets betydelse för talerätt och talemöjlighet.

Skiljeavtalet är under den tid det består ett processhinder. Inledes process rörande fråga, som avses i avtalet, visar sig följaktligen dess verkan däri, att det hindrar processrättsförhållandets utveckling till fullgiltighet. Processen avbrytes med att talan avvisas.

Det är dock ej fullt riktigt att säga, att skiljeavtalet ensamt ger upphov till domstolens skyldighet att avvisa målet. Därtill fordras ock en partshandling: invändningen om skiljeavtalet.¹ I processen kommer för övrigt invändningen och det till dess understödjande hopbragta processmaterialet att helt undanskymma det utomprocessuella skiljeavtalet. Vi kunna här icke se detta fristående. Det är därför lämpligare, att vi i detta sammanhang använda oss av vår ovan omtalade utomprocessuella synvinkel och sätta avtalets verkan i relation till begreppen talerätt och talemöjlighet.²

Då WACH vill beskriva naturen av skiljeavtalets här ifrågakvarande verkningar, framhåller han, att det icke förvandlar en obligatio från civilis till naturalis; det innefattar däremot en avsägelse av rättsskyddsanspråket som domsskydd.³ Enligt det uttryckssätt vi förut be-

¹ FREY s. 102; jfr rf. i H 1899 s. 538. Om invändningen se vidare nedan § 6.

² Jfr ovan s. 16.

³ Handb. s. 72, 67. Liknande TRYGGER TfR s. 6; jfr HELLWIG I s. 252; DEGENKOLB s. 42.

gagnat skulle dock motsvarande tanke närmast klädas i den formen, att skiljeavtalet säges innebära en avsägelse av viss talerätt. Därmed är emellertid frågan icke fullständigt klargjord. Vi måste, som inledningsvis framhölls, räkna med att en talan kan föras även av den, som saknar verklig talerätt. Även för hans del har skiljeavtalet betydelse. Det innebär ett avskärande inom vissa gränser även av hans faktiska möjlighet att processa; skiljeavtalet upphäver själva talemöjligheten¹, skapar en brist i processförutsättningarna.

BÜLOW har, som förut nämnts, ställt sig avvisande mot en differentiering av talebefogenheten över huvud. Han ser i denna en personlig rättsegenskap, en statusfråga. Men över en statusfråga kan man principiellt icke disponera.² Följaktligen måste skiljeavtalets verkan sedd som ett ingrepp i en dylik rättslig egenskap framstå som något principvidrigt.

Så som vi fattat talemöjligheten kan det måhända synas främmande att göra frågan om dess existens till en statusfråga i egentlig mening. Detta hindrar oss dock ej att beträffande huvudsaken biträda nyss återgivna slutsats. Talemöjligheten är ett praktiskt nödvändigt komplement till talerätten. Avskäres talemöjligheten är också den konkreta talerätten utan värde. Vi vända uppmärksamheten mot det fall, då part har en verklig talerätt och genom avsägelse av talemöjligheten tills vidare realiter fränhänder sig densamma. Detta innebär, att han med för domstolen bindande verkan avsäger sig en honom av staten tilldelad rättighet mot samma domstol, eller om man ser till förhållandet mellan staten och domstolen, sätter ur kraft vad som eljes är domstolens ämbetsplikt, nämligen att pröva och döma i saken. Denna plikt var ålagd domstolen, för att staten på detta sätt

¹ Jfr WACH i der Rechtsschutzanspruch (ovan s. 10 not 1) s. 20: skiljeavtalet utesluter die rechtliche Klagemöglichkeit.

² BÜLOW Gest.R. s. 37—8.

skulle fylla sin uppgift som rättsstat.¹ Partens avsägelse ställer honom, om man vill använda ett starkt uttryck, i viss privatangelägenhet utom rättssamhället. Det är ingalunda självfallet, att staten skall finna en dylik anordning vara förenlig med sin uppgift. Sålunda tillerkände den romerska rätten icke skiljeavtalet processhindrande verkan.² Denna innebar en inskränkning i statsmakten, vilken inskränkning, som BÜLOW yttrar, »den strängare, jag skulle vilja säga över statshöghetens integritet stoltare vakande romerska rätten icke velat vidkännas».³

BÜLOW förmenar, att den moderna lagstiftningens mot skiljeavtalet välvilliga hållning skulle kunna härledas från böjelsen att som ett axiom tillägga partsavtalet en för processrättsföreskrifterna »derogatorisk kraft».⁴ Troligen kunna dock starkare krafter påvisas, som fört skiljeavtalet fram till den ställning det nu har.⁵ I vilket fall som helst torde det böra fastslås, att det från statens sida betraktat icke synes vara för handen någon anledning att lämna skiljeavtalet ett alltför fritt spelrum. Det ligger icke i sakens natur, att den grundsats om avtalsfrihet, som inom privaträtten arbetat sig fram, skulle utan vidare göras tillämplig å skiljeavtalet.⁶

¹ Jfr ovan s. 11—12.

² DELIN s. 99; HELLWIG II s. 103.

³ Klage s. 215.

⁴ Disp. Civ. s. 68. — Att uppfattningen om civilprocessrätten som en instruktion, se ovan s. 6, skulle, som BÜLOW a. a. s. 50 antyder, gynna upprätthållandet av ett dylikt »axiom» synes däremot svårt att förstå.

⁵ Jfr ovan s. 27.

⁶ Jfr HAGERUP 3, II s. 439. Denna synpunkt har HAYUM s. 2—3 icke upptagit. — Skiljeavtal enligt engelsk rätt plägar innehålla en uttrycklig utfästelse av part att ej »bring or prosecute any action in any court against the other, or against the arbitrator, concerning the matters in difference», se formulär hos SLATER s. 192. Icke desto mindre framhålles det, att skiljeavtalet ej får ha till uppgift att oust the jurisdiction of the court, LAWS s. 445. Detta är här särdeles begripligt, om man beaktar, att domstolen enligt engelsk rätt äger en mycket vidsträckt

Med den principiella åskådning som nu framförts vore det naturligen mest förenligt att fordra, att lagstiftningen utstakade noggranna gränser för skiljeavtalets verkningar eller åtminstone gjorde ett direkt uttalande i frågan. Detta kan emellertid den svenska lagstiftningen icke sägas ha gjort. Denna synes snarare utgå från den uppfattningen som självklar, att parternas avtal i nu berörda avseende är bindande för domstolen.¹

När vi i det föregående talat om skiljeavtalets betydelse för talerätt och talemöjlighet, ha vi givetvis i första hand haft för ögonen verkningarna för den part, som i eventuell rättegång uppträder som käreande. Saken kan emellertid också komma att ligga så, att det är svarandens talemöjlighet som hotas genom skiljeavtalet. Svaranden kan i pågående rättegång till sitt försvar åberopa en moträttighet, som enligt avtal hör under skiljemäns bedömande. Det vanligaste fallet torde vara, att han erbjuder kvittning med en genfordran, varom skiljeavtal är ingånget. Man har understundom förnekat, att käranden här med framgång skulle kunna framställa replik om skiljeavtalet.² Det är dock svårt att inse, varför skiljeavtalet icke skulle utöva samma verkan på partens talerätt, då han intager svarandeställning, som det skulle ha

befogenhet att ingripa i skiljemannaförfarandet oavsett avtalets bestämmelser, jfr prop. 384 s. 9.

¹ Jfr § 1 p. 2 och § 10 skjml. samt Förslag 1822, kap. 32, § 6: Anmäla parter, att tvist, som vid domstol anhängig är, under skiljemän skjuten blivit, låte rätten saken vila den tid, som för skiljesmannatgården utstakad är. — Jfr även KALLENBERG 1901 års I. s. 29.

² HAFFNER s. 32 anser i detta fall käranden icke ha tillgång till »Einrede des Schiedsvertrags». NELLEMANN s. 45 återger en dom, där en liknande tanke funnit uttryck. Själv finner han riktigheten häri mycket tvivelaktig. MUNCH-PETERSEN s. 472 anser, att domstolen utestänges från prövning av en under skiljeavtalet innefattad fordran, även då den göres gällande som »Modkrav». — För engelsk rätt framhålles, att »counterclaim» vari framföres en till skiljemäns prövning hörande sak kan avbrytas på grund av att skiljeavtalet åberopas, LAWS s. 451.

gjort, om han fört en fristående kärandetalan om samma fordran. För den svenska rättens del torde det därför kunna göras gällande, att även den kvittningsvis framlagda rättigheten som föremål för skiljeavtal bör undandragas domstolens prövning. Denna åsikt synes jämväl upprätthållen i praxis.¹ Hit torde ock följande situation kunna hänföras. Enligt § 5 p. 7 i växelpromulgationslagen kan växelgäldenär i växelprocessen begagna sådan invändning, till vilken han kan vara befogad på grund av sitt omedelbara förhållande till käranden. Om alltså ett köpeavtal ingås, vilket av köparen likvideras med växelaccept, kan köparen mot det av säljaren anställda växelkravet invända, exempelvis att det förelåg fel i varan, och denna invändning skall av växeldomstolen beaktas.² Växeltransaktionen torde emellertid åtminstone för svensk rättsuppfattning stå så fristående i förhållande till köpeavtalet, att en dylik invändning närmast ter sig som om svaranden gjorde gällande en självständig moträttighet. Följden härav är, att, om en kompromissklausul var knuten till köpeavtalet, denna kommer att avskära svarandens möjlighet att få sin invändning beaktad. Däremot kan man icke antaga, att, som det någon gång påståtts, denna kompromissklausul skulle kunna hindra kärandens talan i växelprocessen.³

Likartade privaträttsliga anspråk kunna framföras i olika processformer. En fråga, som enligt lagen kan vara föremål för giltigt skiljeavtal, en »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas», kan följaktligen, beroende på de talerätsbestämmande fakta, som i olika fall kunna vara för handen, komma att prövas antingen i den allmänna civilprocessens form eller i ett

¹ Se rf. i Sv. J. T. 1917 s. 41; H 1919 s. 545.

² Jfr rf. i H 1913 s. 200; 1894 s. 631.

³ Så HÄFFNER s. 36: Säljarens talan på grund av växeln tillhör skiljemännens prövning.

extraordinärt förfarande eller i specialprocess.¹ Ej ens straffprocessen är utesluten. Den svenska rätten betraktar nämligen som straffprocess varje rättegångsförfarande, som avser att utkräva en påföljd av en brottslig gärning. En dylik påföljd kan emellertid vara av fullständigt privaträttslig natur och falla under nyssnämnda grupp av frågor »av tvistemåls beskaffenhet».²

Det spörsmål, som här möter oss, är: Gäller skiljeavtalets processhinderande verkan blott i viss eller vissa rättegångsformer men ej i alla?

När vi här tala om rättegångsformer, tänka vi närmast på sådant förfarande, som går ut på judiciell fastställelse av vad som är rätt, men icke på ett förfarande, som endast åsyftar verkställighet. Det kommer dock att visa sig lämpligt att nedan beröra även sistnämnda process, exekutivprocessen. Tills vidare sysselsätta vi oss emellertid med processen i inskränkt mening.³ Det förtjänar måhända särskilt anmärkas, att lagsökningsförfarandet, trots att det försiggår inför överexekutor, bör räknas hit. Jag lägger härvid huvudvikten vid att förfarandet vid gynnsam utgång för borgenären avslutas med ett utlåtande i sak, åläggande av betalningsskyldighet, § 28 utsökningslagen, och att den egentliga verkställigheten framstår som ett på parts förnyade åtgärd beroende, från det förra skilt förfarande, se utsökningslagen § 54. Däremot böra åtgärderna för vinnande av provisoriska säkerhetsåtgärder enligt 8 kapitlet utsökningslagen hänföras till den rena exekutivprocessen. Konkursförfarandet intager en mellanställning. Fastställelsemomentet blir starkt framträdande, då stridiga anspråk finnas; eljes stiger realisationsmomentet i förgrunden.

Som allmän regel torde kunna uppställas, att skiljeavtal med avseende å viss tvistefråga avskär talan rörande

¹ Jfr KALLENBERG Civ. proc. s. 68—70.

² KALLENBERG a. a. s. 29.

³ KALLENBERG a. a. s. 7.

denna fråga i alla processformer, som gå ut på judiciell fastställelse,¹ oavsett om processformen är mer eller mindre avvikande från den allmänna civilprocessen.²

Vad straffprocessen angår är regeln uttalad i lagen, då den som föremål för skiljeavtal särskilt utsätter »fråga om ersättning för skada, som någon tillfogat annan genom brott».³ Även stadgandena om lagsökningförfarandet göra det otvivelaktigt, att styrkt invändning om skiljeavtal kommer att avbryta förfarandet.⁴

Att tvistig fordran i konkurs kan hänskjutas till avgörande av skiljemän kan enligt min mening ej dragas i tvivelsmål. Svårigheten ligger emellertid i huru ett skiljeavtal skall komma till stånd under medverkan av konkursborgenärerna. »Konkursprocessen är en process ej blott mellan varje borgenär för sig och gäldenären utan även mellan borgenärerna inbördes.»⁵ Det kan här erinras om den äldre lagberedningens förslag att låta »konkurssak» skjutas under skiljemän, »där borgenärer, vilkas fordringar tillsammans utgöra mer än halva beloppet av vad å inställedagen bevakat blivit, därom sig förena.»⁶ — Av vida större praktisk betydelse än det under konkursen slutna skiljeavtalet är naturligtvis det av konkursgäldenären före konkursen ingångna skiljeavtalet, om nämligen detta som regel skall anses bindande

¹ Bestämmandet av huruvida en fråga kan utgöra föremål för skiljeavtal över huvud ävensom individualiseringen av tvistefrågan i det konkreta fallet ske oberoende av vilken eller vilka processformer som stå till buds, se nedan s. 65 o. f. (I nyssberörda exempel från växelprocessen är tvist rörande köpeavtalet en tvistefråga, tvist rörande växeln en annan.)

² Jfr FREY s. 88—9; HAYUM s. 22.

³ § 1 p. 1 skjml.

⁴ Jfr §§ 12 och 23 UL; FREY s. 103. Invändning om skiljeavtal är ett sådant jäv, som faller under § 8 i lag om handräckning för fordrans utfående ²⁶/₄ 1907. Jfr Mahnverfahren i tysk rätt, HAYUM s. 62—3.

⁵ Rf. i H 1913 s. 194 (Just.R. v. Seths yttrande).

⁶ Förslag 1849, kap. 32 § 3, motiven s. 48—9.

för konkursboet. Sistberörda spørsmål innefattas i frågan om möjligheten av succession i skiljeavtalet och kan icke upptagas till undersökning i detta sammanhang. Här skall blott anmärkas, att FREY förklarar konkursgäldenärens före konkursen ingångna skiljeavtal icke utgöra hinder för den däri åsyftade tvistens handläggning av konkursdomstolen, därest tvisten nu angår betalnings- och förmånsrätt i konkursen, detta med motivering, att sådan tvist ovillkorligen skall prövas och avgöras i den ordning konkurslagen föreskriver.¹ Denna motivering står i strid med vad här ovan utvecklats och synes icke övertygande. FREYS åsikt i denna punkt har också motsagts av GRANFELT.² För den svenska rättens del kan härjämte antecknas ett plenaravgörande av Högsta domstolen, där konkursborgenärens talan på underkännande av fordran, vilken i konkursen bevakats under åberopande av skiljedom, ogillats, oaktat skiljedomen grundade sig på ett konkursgäldenärens skiljeavtal, vars tillämpning påkallats först efter konkursens början.³

Det förefaller ligga i sakens natur, att skiljeavtalets processhinderande verkan ej kan utsträckas även till den rena exekutivprocessen. Man har dock ifrågasatt, huruvida skiljeavtalet icke kan utgöra hinder för anlitaandet av processuella säkerhetsåtgärder.⁴ Frågan har, som var att vänta, besvarats nekande. Härmed är dock spørsmålet om skiljeavtalets betydelse för dessa åtgärder icke uttömmande besvarat. Om vi nämligen i detta sammanhang beakta vissa föreskrifter i utsökningslagen, skola vi finna, att skiljeavtalet åtminstone tidigare ägt en medelbar, men för dessa åtgärders praktiska användbarhet synnerligen betydelsefull verkan. Före 1912 års ändringar i utsökningslagen stadgades nämligen i § 154, att kvarstad, skingsringsförbud eller rese-

¹ s. 84.

² F. J. T. 1912 s. 81—2.

³ Rf. i H 1913 s. 191.

⁴ FREY s. 102—4. Jfr HAYUM s. 63; STEIN II s. 901.

förbud skulle gå åter, om icke den, som vunnit kvarstaden eller förbudet, inom viss tid »sin fordran kräft» genom lagsökning eller instämt talan till domstol eller fullföljt anhängiggjord talan. Är borgenären utestängd från dessa möjligheter, vilket ju är fallet, då han slutit skiljeavtal om det ifrågakomna anspråket, kommer åtgärden att gå tillbaka efter kort tid och har därmed förlorat sitt praktiska värde. Visserligen har FREY vid tolkningen av den finska utsökningslagen, som i denna punkt överensstämmer med det återgivna svenska stadgandet, gjort gällande, att skiljemannaförfarandet här efter lagens mening bör likställas med domstolsprocessen och sålunda kvarstad och förbud bliva bestående, om det genom åtgärden skyddade anspråket inom den ut-satta tiden styrkes vara föremål för skiljemäns handläggning.¹ För den svenska rättens del synes dock denna tolkning icke ha varit godkänd; en lagändring har nämligen vidtagits i syfte att undanröja just de olägenheter, som uppkommit därigenom, att påkallande av skiljedom icke förmått vidmakthålla det skydd, som handräkningsåtgärden skulle bereda.

Det är av ett visst intresse att taga del av statsmyndigheternas uttalanden i denna fråga. Initiativet till lagändringen togs av enskild motionär vid 1910 års riksdag. I sin skrivelse till konungen med anledning av motionen fann riksdagen visserligen, att påpekade förhållandet rent principiellt sett icke behövde betecknas som oegentligt.² Själva skiljeavtalet vore en fri viljeakt, där parterna finge anses ha med full insikt om dess konsekvenser underkastat sig en eller annan med förfarandet förknippad olägenhet mot vinsten av högre skattade fördelar. Det funnes också olikheter i domarens och skiljemannens ställning, vilka kunde tänkas göra lagstiftaren mindre benägen att låta en provisorisk säkerhetsåtgärd äga fortfarande bestånd i avbidan på

¹ s. 103—4.

² Riksdagens skrivelse n:o 30.

skiljedomens meddelande. Skiljedomsförfarandet hade emellertid vunnit en allt större utbredning, och även lagen själv hade i många fall föreskrivit prövning och slitande av rättstvister genom skiljemän. Frågan vore sålunda av stor praktisk betydelse, och riksdagen anslöt sig därför till tanken, att påkallande av skiljedom måtte givas verkan att vidmakthålla kvarstad eller förbud. En lagändring genomfördes såsom nämnts sedermera för vinnande av det av riksdagen uttalade önskemålet;¹ de nya bestämmelserna inflöto då i 188 § utsökningslagen. I denna paragraf upptagas sålunda numera bland åtgärder, som vidmakthålla kvarstad eller förbud, att den berättigade, om han enligt avtal är förpliktad att låta sin talan prövas av skiljemän, inom viss tid skriftligen påkallar skiljedom med uppgift å den eller de frågor, om vilka skiljedom äskas, samt, där parterna var för sig skola välja skiljemän, skriftligen underrättar motparten om sitt val.

Jämte det skiljeavtalet har betydelse som processhinder, ger det samtidigt upphov till särskild talerätt i ett par avseenden. Närmast är att tänka på rätten till fastställelsestalan rörande dess eget bestånd. Skiljeavtalet kan här sägas vara ett talerättsgrundande faktum.² Denna verkan av avtalet kan man utläsa av uttrycket i 11 § skiljemannalagen: »därest tvist om skiljeavtalets giltighet eller tillämplighet — varder anhängig-gjord vid domstol.»³

I samband härmed anmärkes, att utländska lagstiftningar i vissa fall ålägga domstol att giva handräckning till underlättande av skiljemannaförfarandets genom-

¹ Se K. prop. n:o 57 till 1912 års riksdag.

² Se ovan s. 15 not 4.

³ TRYGGER TfR s. 275—6.

I nya norska rättegångslagen § 458 är särskilt uttalat, att parterna kunna bringa spörsmålet om skiljeavtalet är »faldt bort» inför domstol. — Jfr FREY s. 110.

förande, t. ex. genom avhörande av vittnen eller företagande av andra domstolshandlingar.¹ Dylika bestämmelser saknas dock i svensk rätt. En ersättning härför finnes emellertid i föreskrifterna om vittnesförhör för dödsfalls skull i 17 kapitlet 23 § rättegångsbalken.²

Slutligen möjliggöra vissa skiljeavtal en talan hos överexekutor, nämligen en talan som går ut på antingen att överexekutor skall utse skiljeman eller att han skall förlänga tiden, inom vilken skiljemannaåtgärden skall vara avslutad. För att skiljeavtalet skall kunna läggas till grund för ansökan härom, måste det dock vara på visst sätt beskaffat.³

Se vi först till möjligheten att påkalla överexekutors medhjälp för utseende av skiljeman, förutsätter denna, dels att icke redan i skiljeavtalet alla de skiljemän »nämnts», som skola medverka, dels att parterna icke däri genom särskild överenskommelse uteslutit överexekutors befogenhet.⁴ För att sökandens talan skall bifallas fordras härpå ytterligare, att behov för ett här avsett ingripande föreligger och yttrar sig på i lagen angivet sätt. Ett sådant fall är för handen, då part har att utse skiljeman och underlåter att fullgöra vad honom åligger, eller då skiljemän, som skola tillkalla annan skiljeman, icke kunna förena sig om valet, § 9 skiljemannalagen jämförd med § 6. Ett annat fall avses i § 8 första stycket: skiljeman har redan blivit utsedd, det må nu ha skett genom parts val eller annorledes blott han ej är nämnd i skiljeavtalet, men har av sagt sig uppdraget eller deltagar

¹ Tyska CPO § 1036; österr. CPO § 589; nya norska rättegångslagen § 462.

² I de äldre svenska förslagen funnos däremot särskilda för skiljemannaförfarandet avsedda föreskrifter rörande domstols skyldighet att meddela handräckning. Förslag 1822 kap. 32 § 8; Förslag 1849 kap. 32 § 9.

³ Jfr rf. i H 1913 s. 415. — Överexekutors uppfattning om skiljeavtalet är icke prejudicierande för domstols prövning, TRYCKER TfR s. 27—8, 252—4; § 11 a sista p. skjml.

⁴ § 8 st. 1 skjml.; jfr prop. 384 s. 19.

icke i skiljemännens arbete på sätt för dess vederbörliga fortgång kräves. Nu blir det tydligen fråga om att sätta annan i sådan skiljemans ställe. Överexekutors befogenhet är dock här beroende av att icke de i paragrafens andra stycke skildrade omständigheterna föreligga.

Lagen fordrar, att tiden, inom vilken skiljemannaåtgärden skall vara avslutad, är bestämd. Om tidens längd kunna parterna fritt överenskomma. Finnes dylik uttrycklig överenskommelse, kan förlängning av tiden genom överexekutor icke ifrågakomma.¹ För det motsatta fallet inträder lagens subsidiärt givna föreskrift, att skiljedom skall meddelas inom sex månader. Den på detta sätt bestämda tiden kan under de förutsättningar 11 § anger av överexekutor förlängas.

Behörig för talan om skiljemans tillsättande eller tids förlängning är överexekutor i den ort, där endera parten har sitt bo och hemvist.² För att undvika de vådor, som konkurrensen mellan två överexekutorer innebär, har man i lagen infört bestämmelsen, att överexekutor icke må giva beslut över ansökan i sådant ärende, med mindre sökandens motpart lämnats tillfälle att yttra sig.³

¹ Jfr prop. 384 s. 19.

² § 8 st. 1 skjml.

³ § 11 a st. 1 skjml.; jfr prop. 384 s. 20—1. — Endast beslut, vari överexekutor vägrat utse skiljeman, kan överklagas, § 11 a st. 2 skjml.

§ 4.

Skiljeavtalet och privaträtten.

I föregående paragraf har talats om skiljeavtalets processuella verkningar. Vi hade därvid tydligen byggt på det allmänna betraktelsesättet, att bakom dessa verkningar stode ett avtal, något som givit upphov till ett avtalsförhållande mellan parterna. Ett rättsligt förhållande enskilda inbördes hänföra vi, som tidigare påpekats, till privaträtten. Det privaträttsliga innehåll, som med denna tankegång skall tillkomma skiljeavtalet, kan fattas negativt och positivt: parterna äro förpliktade gent emot varandra att å ena sidan underlåta att anställa rättegång rörande den i avtalet omhandlade tvistefrågan och å andra sidan då tvist blir aktuell medverka till att ett skiljemannaförfarande för dess lösande blir igångsatt och slutfört.

Många förespråkare finnas för den uppfattningen, att skiljeavtalet principiellt är privaträttsligt.¹ Ett flertal författare ha emellertid icke funnit det riktigt, att skiljeavtalet på detta sätt förlades inom privaträtten. De ha velat göra detsamma i dess helhet till en processuell företeelse. Man har därvid påvisat avtalets obestridligt processuella ändamål. Redan avtalets processhinderande verkan kan motivera, att det betecknas som ett processuellt rättsärende.² Processhindret är ju dock blott ett av

¹ WACH Handb. s. 67: Skiljeavtalet är som förut ett rent privat och privaträttsligt ärende.

² Jfr FREY s. 46.

medlen för att möjliggöra ett längre bort liggande syfte: sakens avgörande genom de på grund av skiljeavtalet utsedda skiljemännen. Skiljeavtalets huvudändamål kan därför med KOHLER allmänt uttryckas så, att det avser att skapa ett processurrogat.¹ BÜLOW har uttryckt sig ännu tydligare, i det han förklarar skiljeavtalet innehålla en rättslig anordning, genom vilken de till skiljemän utsedda personerna förlänas domförhet (Gerichtsbarkeit), varigenom alltså en specialdomstol skapas.² Den rättsliga bundenheten vid skiljeavtalet och övertagandet av skiljemannauppdraget vore av rent statsrättslig natur; skiljeavtalet vore intet privaträttsavtal.³ HELLWIG motiverar ingående sin uppfattning, att skiljeavtalet icke är ett privaträttsligt utan ett processuellt avtal. Huvudvikten torde han lägga på att skiljedomen har rent processuell verkan; följaktligen är avtalets föremål icke det privaträttsförhållande, som avses däri, utan striden om detta förhållande.⁴ Den bakomliggande tankegången torde vara densamma, som FREY uttrycker på följande sätt, sedan han omtalat, att skiljedomen är exigibel utan särskild underkastelseklausul: »Men om skiljedomens rättsverkan regleras av processrätten, torde skiljeavtalet, vars ändamål det är att åstadkomma skiljedomen och att medelbart genom denna uppnå ifrågavarande processrättsliga verkan, i konsekvens med vad som tidigare framhållits, svårligen kunna hänföras till civilrätten utan fastmera böra räknas till processrätten.»⁵

Som redan tidigare antytts, är denna fråga icke blott av terminologisk natur. Vi skola här uppehålla oss vid några konsekvenser, som två av nyssberörda författare

¹ s. 219—20.

² Klage s. 219.

³ a. a. s. 220 med noten.

⁴ II s. 103—4; jfr STEIN II s. 899: Skiljeavtalet är processrättsligt därför, att det angår den processuella behandlingen av det mellan parterna bestående rättsförhållandet.

⁵ s. 77.

dragit av sin ståndpunkt, nämligen i fråga om avtalets verkningar mellan parterna och förutsättningarna för avtalets uppkomst och bestånd. Om verkningarna yttrar sålunda HELLWIG, att avtalet binder parterna; det giver skiljenämnden en makt över dem. Men skiljeavtalet förpliktar icke parterna till prestationer.¹ Parts åliggande att utse skiljeman² är ingen förpliktelse, vars uppfyllande kan framtvingas i vanlig domstolsväg. Det är en befogenhet att handla i eget intresse, vid äventyr att eljes domstol förrättar valet.³ Därför kan det ej heller vara tal om att motparten skulle kunna frånträda avtalet på grund av partens försummelse i detta hänseende.⁴ Villkoren för skiljeavtalets bestånd bestämmas eljes av civilrätten, emedan tyska civilprocesslagen hänvisar till denna, men icke därför att avtalet verkligen är privaträttsligt.⁵ FREY gör gällande ett betraktelsesätt, som i stort sett överensstämmer med HELLWIGS.⁶ Men han går längre. Eftersom skiljeavtalet är ett processuellt rättsärende, kan det icke upphävas på rent privaträttsliga grunder, som t. ex. på grund av villfarelse eller bristande causa.⁷

Som vi se, möta vi åtskilliga påtagliga följder av det »processuella» åskådningssättet, däribland några av synbarligen mycket stor betydelse. Man har dock för visso berättigad anledning att ställa sig tveksam angående

¹ II s. 114.

² I det följande utgå vi ifrån, därest annat ej särskilt framhålles, att parterna icke lagt valet av samtliga skiljemän i tredje mans hand.

³ II s. 111—12. Liknande KOHLER s. 176. — Enligt tyska CPO § 1029 har domstol i detta fall motsvarande befogenhet som överexekutor enligt svenska skjml.

⁴ II s. 112. HELLWIG anser emellertid, att part kan i domstolsväg framtvinga den rätt tyska CPO § 1027 ger honom att hos motparten begära uppsättande av en skriftlig urkund över avtalet, II s. 113.

⁵ II s. 113 med not 35.

⁶ s. 105—7.

⁷ s. 114—5.

riktigheten av de återgivna slutledningarna. Kan man väl rimligen förvänta, att den omständigheten, att skiljedom är exigibel, skall giva ett oomtvistligt stöd för slutsatsen, att skiljeavtalet binder även vilseledd part? Snarare hade man väl hoppats, att skärpta fordringar uppställts för rättsenligheten av ett avtal, när detta har följder, som i betydighet vida överstiga den vanliga privaträttshandeln. Härpå kunde visserligen svaras, att det som ligger mellan skiljeavtalet och skiljedomen, förfarandet inför skiljemännen, innefattade särskilda garantier för att parts rätt bleve tillgodosedd. Någon dylik omständighet har dock ej åberopats till styrkande av den slutsats, vi nu vända oss emot.

Den tankegång, varåt FREY givit ett klart uttryck och som även torde föresväva HELLWIG, bygger säkerligen på en överskattning av det processuella syftets betydelse för rubriceringen av de transaktioner, som förbereda detta syftes uppnående. Vi skola söka undvika att i detta sammanhang stödja oss på den skillnad mellan processrättsliga och privaträttsliga företeelser, som vi förut hållit oss till, utan vädja i ett par exempel till det vanliga betraktelsesättet. Som det ena exemplet välja vi en urkund, som är exigibel enligt § 794 n:o 5 i den tyska processlagen. Härom anmärker WACH, att utfärdandet av en urkund icke erhåller »publicistisk» natur, därför att urkunden är exigibel enligt nämnda lagrum.¹ Det andra exemplet erbjuder oss växeln. Dess företrädare framför annat skuldbrev grundas bland annat på de processuella förmåner, som äro förenade med densamma. Härigenom flyttas dock icke växeltransaktionen ut ur privaträttens ram. Med tanke härpå bör man kunna säga åtminstone så mycket, att även ganska tydliga processuella verkningar hos ett rättsinstitut icke för det allmänna medvetandet göra det nödvändigt att överföra detsamma i dess helhet till processen.

¹ Handb. s. 67. Jfr KOHLER s. 169-170.

Det måste förebringas en särskild bevisning angående behovet och lämpligheten av en dylik överflyttning. Men för skiljeavtalets del har man, som nedan framgår, icke kunnat visa, att en genomförd processuell uppfattning av skiljeavtalsförhållandet ens är möjlig, ännu mindre att den är lämplig.

Tendensen i berörda processuella riktning är att till det minsta möjliga förtunna de privaträttsliga relationerna, förhållandena mellan parterna inbördes. Något måste det dock vara, som håller parterna i en viss rättslig bundenhet. Man föresvävas då förmodligen av tanken på skiljemännen som uppbärare av en genom skiljeavtalet grundad domsmakt över parterna. Därmed får man till stånd ett med processrättsförhållandet likartat förhållande.¹ Det måste dock aktgivas därpå, att skiljemän i regel utses först sedan skiljeavtalet varit gällande någon tid. Före valet kunna de till skiljemän påtänkta personerna omöjligen uppfattas som bärare av någon skiljeavtalet sammanhållande domsmakt. Under denna tid utövar skiljeavtalet dock sin processhinderande verkan. En ur avtalet härledd rättslig bundenhet för parterna är sålunda för handen, oavsett om val av skiljemän företagits eller ej. Följaktligen måste skiljeavtalets verkan vara något fristående i förhållande till skiljemännens relationer till parterna.

Vi skola härefter söka granska spörsmålet för den svenska rättens del från den synpunkt, som i denna framställning fått vara bestämmande för åtskillnaden mellan begreppen processuell och privaträttslig. Om skiljemännens ställning som uppbärare av skiljeavtalsförhållandet är då blott att säga, att skiljemännens befogenhet förutsätter ett särskilt bemyndigande från parternas sida, att det härigenom skapade förhållandet icke är något förhållande mellan parterna och offentlig

¹ Jfr ovan s. 8. WACH Handb. s. 67 förnekar, att skiljeavtalet har positiv »publicistisk» betydelse i den meningen, att det i förening med *receptum* grundar domförhet.

domstol utan mellan parterna och annan enskild, skiljemannen, och att följaktligen detta förhållande är privaträttsligt och icke processuellt. Sålunda kan det ej heller meddela skiljeavtalet någon processuell egenskap.

Skulle vi med fasthållande av vår egen utgångspunkt vilja tillägga skiljeavtalet enbart processuell verkan, skulle detta innebära, att skiljeavtalet visserligen skapade en formell grundval för skiljedomen men detta utan att tilläggas några andra verkningar över huvud taget än dem, som i föregående paragraf beskrivits. Lyckades vi fastslå möjligheten härav, kunde vi för visso säga oss ha genomfört ett strängt processuellt betraktelsesätt. Avtalet skulle kort uttryckt innebära en avsägelse av viss talemöjlighet och dessutom under särskilda förutsättningar giva upphov till en talerätt hos överexekutor¹ men skulle icke övrigt bringa någon relation mellan parterna, vilken kunde göra skäl för namnet rättsförhållande, inga ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Tankeexperimentet är visserligen tämligen verklighetsfrämmande, men vi skola dock söka utföra det. Det innebär, såvitt jag kan se, endast ett konsekvent fullföljande från vår egen utgångspunkt av den tankegång, varpå HELLWIG och FREY slagit in.

Föreligger intet rättsförhållande mellan parterna, sakna vi med andra ord avtalsinnehåll, ha vi naturligtvis ej heller något behov av avtalsstiftande handlingar, sammanstående viljeförklaringar och dylikt. »Skiljeavtalet» skulle uppkomma genom ensidiga, mot domstol och överexekutor riktade handlingar, utomprocessuella processhandlingar av part.

Se vi blott på de särskilda förutsättningar, varunder talerätten hos överexekutor kan utövas, förefaller det sagda icke orimligt. Efter parts ensidiga påkallande av skiljedom och oerrättelse till motparten om sitt val av skiljeman förlöper viss tid utan åtgärd från motpartens

¹ Här kan bortses från övriga i § 3 beskrivna verkningar.

sida, och därefter inträder överexekutors rätt att utse skiljeman. Vi få dock ej förbise en viktig sak. För att berörda omständigheter skola ha någon som helst betydelse fordras ju, att bakom dem står ett skiljeavtal. Vi tvingas alltså att först söka göra klart för oss, hur ett dylikt skall komma till genom processhandlingar utom process. Jag kan icke se att svaret blir annat, än att »avtalet» skulle innebära allenast ett faktiskt sammanträffande till tiden av utomprocessuella processhandlingar.

Betraktar man närmast den i skiljeavtalet liggande avsägelsen av talemöjlighet, och vill man söka motsvarigheter annorstädes till en dylik avhändelse genom ensidig partshandling, kan det visas på exempelvis parts uraktlåtenhet att vädja mot underrätts dom. Härigenom kringskäres hans möjlighet att föra talan i överrätten. Detta tilldrager sig dock i en hittills pågående process. Svårare är att uppvisa någon utomprocessuell motsvarighet, en ensidig mot domstol riktad akt, alltså en akt, som uppenbarligen ej har karaktär av avtalshandling,¹ och som medför talemöjlighetens bortfallande. Mähända kan det erinras om bestämmelserna i lagen ⁵/₇, 1884, där ogift kvinna ges tillfälle att genom anmälan hos domstol »avsäga sig myndighetens utövning».

För vanlig uppfattning måste en åskådning, som vill ställa skiljeavtalet under nu antydd synvinkel, framstå som i hög grad konstlad. Är den dessutom obehövlig, är domen över densamma fälld. Den leder oss för övrigt in i varjehanda svårigheter. De analogier vi sökt framdraga ha icke besvarat spørsmålet: när äro dessa utomprocessuella processhandlingar rättsenliga, och när äro de det icke? Privaträttens regler för avtals giltighet kunna ej förutsättas vara tillämpliga.² Processrättens

¹ Eventuellt giltig utfästelse att ej vädja kan ej anlitas som jämförelse, ty här har man att göra med rättshandlingar parterna emellan. Om dylik utfästelse och vadeuppsägning jfr KALLENBERG De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen, 1915, s. 113 o. f.

² Jfr FREY ovan s. 51 not 7.

regler äro åter avfattade för helt andra situationer. Dess system med preklusionsföreskrifter, som avskära olika befogenheter utan hänsyn till misstag och liknande omständigheter, inbjuder icke i den här avsedda frågan till analogisk tillämpning.

Kommer så härtill, att skiljemannalagen förutsätter, att parterna genom att träffa överenskommelse i vissa detaljfrågor kunna sätta ur kraft lagens egna föreskrifter om hur skiljemannaförfarandet skall genomföras. Skulle vi även häri kunna se blott ensidiga avsägelseakter med verkan att undanskjuta lagens föreskrifter men icke därutöver skapa någon förpliktelse för parterna enligt överenskommelsens innehåll? Man kan icke stanna vid ett sådant antagande. Som å annat ställe skall visas, bör man i lagstiftningen söka inlägga en strävan att förhindra, att part avsäger sig talemöjligheten, utan att samtidigt garantier skapas för att ett skiljemannaförfarande verkligen kommer till stånd.¹ Skulle en överenskommelse blott givas ovan förutsatt negativ verkan, vore denna lagstiftningens strävan förgäves. Man måste sålunda stanna vid att en dylik överenskommelse åstadkommer en bundenhet för parterna att genomföra de anordningar, som avses bliva en följd därav. Den skiljer sig icke från ett annat avtal, varken med hänsyn till sitt innehåll eller villkoren för sin tillkomst. I den del ett skiljeavtal innesluter en sådan särskild överenskommelse har det ett avtalsinnehåll. Men har man kommit därhän, torde det bliva svårt att förebringa något härkraftigt skäl, varför avtalet i den del det upptager lagens subsidiära föreskrifter icke skulle bedömas på samma sätt.

Vi behöva för övrigt icke gå längre tillbaka än till tiden för skiljemannalagens tillkomst för att finna skiljeavtalet alldeles otvivelaktigt uppfattat som ett vanligt avtal. Tredskades part att fullgöra sina plikter med avseende å förfarandets genomförande, kunde han av mot-

¹ Se nedan s. 63—4.

parten dragas inför domstol, där hans skyldigheter domfästes.¹ Att genom skiljemannalagens tillkomst någon principiell ändring häri skulle ha skett kan icke vara troligt. Visserligen möjliggjordes därigenom, att överexekutor i vissa fall kunde utse skiljeman. Detta kan dock ej betyda mer, än att den talerätt part förut ägt vid domstol mot sin tredskande motpart numera fick, låt vara med modifierat innehåll, utövas hos överexekutor för undvikande av omgång.² Det är samma tanke, som låtit lagstiftaren skapa lagsökningsförfarandet. Men öppnandet av denna talerätt kan i sig självt ej behöva medföra, att part på denna punkt befrias från avtalsenliga förpliktelser. Detta vore att göra obstruktionen till ett alternativ, som från lagens synpunkt vore lika välkommet som att part redbart fullgjorde, vad han åtagit sig. Intet i lagen tyder på en dylik uppfattning.

I skiljeavtalet böra vi alltså enligt vad vi funnit inlägga ett innehåll av rättigheter och förpliktelser gällande mellan parterna inbördes. Det är det avtalsinnehåll som nämndes i inledningen till denna paragraf. I och med det att vi fastslagit detta, ha vi återfört skiljeavtalet till privaträtten.

Även där man principiellt synes vilja tillerkänna skiljeavtalet privaträttslig natur,³ har man understundom lagt i dagen en viss tvekan, om fullgörandet av de avtalsenliga förpliktelserna skulle kunna framtvingas genom vanlig domstolsprocess. Det förefaller åtminstone ligga nära till hands att så utlägga TRYGGER's yttrande med avseende å val av skiljemän, då han finner starka skäl tala för att i de fall, då överexekutor på grund av parternas avtal icke är behörig att ingripa, en skiljenämnd kan komma till stånd, endast när valen av skiljemän fullgöras i enlighet med avtalets bestämmelser.⁴ Natur-

¹ TRYGGER TfR s. 245. Jfr FREY s. 108; rf. i H 1897 s. 391.

² Se ovan s. 47.

³ Se nedan s. 58 not 5.

⁴ TfR s. 256. Ligger valrätten i utomstående tredje mans hand,

ligtvis torde i de flesta fall domstolsvägen te sig praktiskt olämplig. Att den ovillkorligen skulle vara utesluten kan jag däremot icke antaga. En sådan åsikt skulle föra oss betänkligt nära den uppfattning, vi ovan sökt motbevisa. För vissa noggrant angivna fall¹ har tillgång till en efter praktiska krav avpassad talan av summarisk natur öppnats hos överexekutor, men därav följer icke, att i andra eller ens i dessa fall talemöjligheten hos domstol skulle vara stängd.²

Vanliga civilrättsliga regler bliva i konsekvens med det sagda avgörande för frågan om förutsättningarna för skiljeavtalets uppkomst och upplösning.³ I detta sammanhang erinras om HELLWIG's ovannämnda påstående för tysk rätts del, att det ej kunde vara tal om rätt för part att på grund av motpartens tredska frånträda avtalet. Den svenska skiljemannalagen har i § 10 ett uttryckligt stadgande av motsatt innebörd.^{4, 5}

måste i vad rör honom TRYGGERS uttalande äga giltighet, såvida tredje mannen icke av särskild grund är förpliktad företaga valet.

¹ Att utsträcka överexekutors behörighet genom analogisk tolkning kan icke tillrådas, så även TRYGGER a. a. s. 256.

² Överensstämmande tankegång för tysk rätts del bl. a. hos WACH Handb. s. 73, STEIN (trots hans terminologi, ovan s. 50 not 4) II s. 901, (jfr HELLWIG II s. 112 not 22), HAYUM s. 56, jfr SCHMIDT s. 156 not 2.

³ Jfr NUSSBAUM, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908, s. 72—3: Processuella rättsärenden, till vilka skiljeavtalet hör, falla icke under de allmänna reglerna för handlingar i process; deras giltighet skall bedömas enligt privaträtten.

⁴ Stadgandet hänför sig till de båda fall, då part bestritt yrkande om skiljeavtalets tillämpning, eller part, »som skolat välja skiljeman, ej fullgjort vad honom i sådant avseende ålegat». TRYGGER TfR s. 256—7 låter skiljeavtalet förlora sin processhindrande verkan även i andra fall, där skiljemän icke utsetts såsom i skiljeavtalet bestämts (ovan s. 57). Det torde ej vara alldeles otvivelaktigt, att 10 § kan tolkas vidhjärtat, jfr lagrådets yttrande i prop. 384 s. 33. Då man likväl i denna § närmast kan se ett uttryck för en civilrättslig tanke, rätten att häva avtalet på grund av motpartens avtalsstridiga beteende, har den vidare tolkningen skäl för sig.

⁵ HELLWIG's allmänna uppfattning om skiljemannainstitutet har

I romersk rätt erhöll skiljeavtalet som förut nämnts icke direkt processuell (processhindrande) verkan.¹ De enda rättsföljder för parterna, skiljeavtalet gav upphov till, voro de privaträttsliga, men ej ens dessa annat än på en omväg. Det vanligaste var härvid att till det i sig självt rättsligt irrelevanta skiljeavtalet knyta poenalt stipulationer, varigenom den part, som underlät att ställa sig skiljedomen till efterrättelse, blev skyldig att utgiva visst vite.² Med underlåtenhet att efterkomma skiljedomen likställdes, att part icke fullgjorde vad på honom ankom att få skiljedomen till stånd.³

Den romerska rättens tankegång är väl skönjbar i engelsk rätt. I och med tillkomsten av 1889 års engelska skiljemannalag⁴ utplånades visserligen till största delen likheterna i vad rör de skiljeavtal, som höra hemma under lagens tillämpningsområde. Men skiljeavtal, som ej äro skriftliga,⁵ falla i regel utom lagen, och för dessa gälla fortfarande de lagbud, som förut länt till efterrättelse. Enligt dessa var skiljeavtalets direkta processuella ver-

tydliga OERTMANN's gillande, s. 125—7; för den »materiellrättsliga» uppfattningen uttala sig bl. a. WACH (ovan s. 49 not 1); SCHMIDT s. 152 o. f.; HAYUM s. 109. Se vidare litteraturförteckning hos OERTMANN s. 126 not 50 a.

Vad angår den skandinaviska doktrinen uppfattning kan sägas, att åtminstone hittills åtskilliga författare stått främmande för den FREY-HELLWIG'ska konstruktionen. Se TRYGGER TFR och UL särskilt s. 148 (» — ett privaträttsligt rättsförhållande, och såsom sådant måste den på skiljeavtalet och skiljedomen grundade rättsregleringen otvivelaktigt betraktas»); KALLENBERG Civ. proc. s. 23—6 (särsk. not 25); LUNDSTEDT Utl. dom. s. 23; WREDE I s. 38; (Annorlunda GRANFELT, Elfte Nordiska juristmötets förhandlingar, 1920, s. 202). Finsk praxis, se FREY s. 108. ALEXANDERSON s. 42—4 går icke närmare in på frågan. Den dansk-norska doktrinen ställning har hittills varit given, då skiljedomen saknat processuell verkan.

¹ DELIN s. 99.

² DELIN s. 91.

³ DELIN s. 99; — FREY s. 72.

⁴ Arbitration Act 1889. (52 & 53 Vict. c. 49).

⁵ Jfr Arbitration Act sec. 27.

kan svag. Avtalet var icke fullständigt, utan att skiljeman nämnts, och skiljemannens bemyndigande kunde ensidigt återkallas av en av parterna.¹ Ett höjande av avtalets processuella verkan kunde dock vinnas däri- genom, att avtalet gjordes till »a rule of Court». Detta medförde, att ett återkallande av avtalet innebar straff- bar sidvördnad mot domstolen.² Men härutöver med- förde återkallandet skadeståndsskyldighet gent emot motparten för avtalsbrott, eller ock hade den avtals- brytande parten att utgiva det vite, som regelbundet plägade utfästas.³ Avtalets verkningar lågo sålunda huvudsakligen på det privaträttsliga området. Uti 1889 års skiljemannalag meddelades för där avsedda skilje- avtal bland annat bestämmelse om att skiljeavtalet under vissa omständigheter kunde verka processhind- rande⁴ och att domstol i vissa fall hade att företaga val av skiljeman i parternas ställe.⁵ Intetdera synes ha för den engelska uppfattningen berövat avtalet dess avtals- karaktär, ty det skriftliga skiljeavtalet betraktas fort- farande som ett kontrakt mellan parterna rörande vissa plikter, vilket bör uppfyllas av dem på samma sätt som ett vanligt kontrakt.⁶

¹ LAWS s. 445, 441, 448.

² LAWS s. 448. — Uttrycket »a rule of Court» återfinnes även i skiljeavtal, nämnda i de svenska prejudikatsamlingarna, se rf. i H 1898 s. 586, 1899 s. 184.

³ LAWS s. 448.

⁴ Se nedan s. 82. LAWS s. 445.

⁵ Se prop. 384 s. 9.

⁶ SLATER s. 10.

§ 5.

Skiljeavtalets individualisering. Tvisteföremålet.

Skiljeavtalet innebär enligt vad ovan utvecklats en avsägelse av möjligheten att föra talan. Man kunde tänka sig, att en dylik avsägelse gäves en helt allmän innebörd: en person avsade sig gent emot annan utan inskränkning möjligheten att för framtiden processa med honom rörande eventuellt uppkommande tvistefrågor. Vi ha emellertid redan påvisat, att avsägelse av talerätt eller möjlighet att göra sådan gällande icke för staten framstår som principiellt önskvärd.¹ Följaktligen måste vi kunna utgå ifrån, att en allmän avsägelse av talemöjligheten icke är giltig. Avsägelse av talemöjlighet bör vara tillåten endast under iakttagande av vissa villkor, som minska med densamma förbundna vådor eller eljes inskränka dess räckvidd. Först är då att tänka på den möjligheten, att parterna med utfästelsen att ej gå till domstol förknippa en överenskommelse, som garanterar, att de från domstolsvägen undantagna tvisterna dock komma att vinna ett avgörande om också blott på privat väg: parterna anordna ett skiljemannaförfarande. Därpå kunna följa andra inskränkningar. Avtalets giltighet kan begränsas till viss tid, eller det kan inskränkas till att gälla blott viss angiven tvistefråga.

Man måste av ovan antydda principiella grunder antaga, att lagstiftningen snarare varit angelägen om

¹ Se ovan s. 39.

att uppställa flera än färre villkor för taleavsägelsens giltighet. Därför kunna vi också omedelbart lämna den allmänt hållna avsägelsen ur räkningen som ogiltig, även där den kombineras med en utfästelse, att alla avsedda tvister skola ställas under skiljemäns prövning.¹ Avsägelsen måste på visst sätt individualiseras genom anknytning till en angiven tvist. Frågan blir nu åter, om måhända avsägelsens individualisering är tillräcklig för att göra den giltig i lagens ögon, så att det med andra ord icke därutöver fordras, att tvisten hänskjutes till skiljemän. I det fall, då avsägelsen är begränsad till viss tid, synes man obetingat vilja godkänna dess giltighet, även utan att sådant hänskjutande skett.² Och det är måhända icke möjligt att fränkänna ett *pactum de non petendo ad diem* giltig verkan i svensk rätt. Det är dock icke alldeles klart, att denna verkan nödvändigtvis måste betraktas som ett avskärande av talemöjligheten. Det vore ur principiell synpunkt önskvärt att ej behöva antaga en sådan verkan. Och här står oss också den utvägen öppen att inskränka verkningarna av detta *pactum* till den uteslutande privaträttsliga påföljden, att tidpunkten för en viss omtvistad rättighets övergång till realisationskrävande anspråk framskjutes. Förfalldagen för en fordran framflyttas.³ Det kan med fog sägas, att den praktiska betydelsen av huruvida man väljer det ena betraktelsesättet eller det andra är skäligen ringa. En formell skillnad är dock påvisbar. Betraktas detta avtal som en avsägelse av talemöjlighet, skapar det processhinder, medför talans avvisande; ger man det allenast privaträttslig verkan, blir den i strid däremot anhängiggjorda talan sakligt prövad på vanligt sätt och avgjord med rättskraftig dom av innehåll, att käromålet för närvarande icke kan

¹ Jfr TRYGGER TfR s. 17; HAGERUP 3, II s. 439; MUNCH-PETERSEN s. 471.

² FREY s. 99.

³ Jfr BÜLOW, Prozesseinreden s. 79, 81.

bifallas. Vi ställa oss helst på den ståndpunkten, att avtalet icke har processhinderande verkan. Frånkänna vi emellertid avtalet om ett uppskov med rättegång sådan verkan, kunna vi icke antaga, att ett avtal om att för all framtid underlåta process rörande viss fråga vore gynnsammare ställt. Kan avtalet ej tolkas privaträttsligt, det vill säga som ett avstående av anspråk, bör det frånkännas giltighet.¹

Den individualiserade taleavsägelsen fordrar för sin giltighet som sådan att kompletteras med en överenskommelse om att ett skiljemannaförfarande skall komma till stånd.² Som utredningen i § 2 här ovan visar, får detta dock icke tolkas så strängt, att denna överenskommelse måste avse att resultera i ett avgörande med sådan bindande kraft, som skiljemannalagen förutsätter. Skiljedomens betydelse kan till och med inskränkas därhän, att skiljedomen säges blott vara ett förslag till förlikning.³ Icke desto mindre bör man tillmäta avtalet om en särskild verksamhet för en lösning i tvisten avgörande betydelse för frågan om taleavsägelsens giltighet. Med den tankegång, vi här följt, är detta ofrånkomligt.

Ett indicium på att den svenska lagstiftningen även

¹ Delvis annorlunda KOHLER s. 144.

Man kan skilja avsägelse av den konkreta talerätten från avsägelse av den talerätten omslutande talemöjligheten, jfr ovan s. 15. I förra fallet skapas en obligatio naturalis såsom vid preskription, i senare fallet ett processhinder. Båda formerna av avsägelse böra betraktas som principiellt otillåtna. Allenast privaträtten utgör objekt för privat rättshandel. En sak för sig är, att denna automatiskt medför förändring i den konkreta talerätten. Därav följer ej, att talerätten fristående från anspråket kan göras till föremål för disposition. — Jfr ock nedan s. 132.

² Föreskriften i 11 § skjml. har icke till ändamål att i första hand bestämma *skiljeavtalets* giltighetstid. Den avser tiden »inom vilken skiljemannaåtgärden skall vara avslutad». Den i §:n subsidiärt bestämda tidsfristen börjar, med undantag för det fall, att skiljeavtalet är skriftligt och avser redan existent tvist, att löpa först vid påkallandet, jfr st. 2 p. 1.

³ Jfr FREY s. 99.

rent praktiskt vill skapa garantier för att taleavsägelsen icke skall stå fristående finner jag i § 3 skiljemannalagen. Där framgår, att lagens subsidiära föreskrift om skiljenämndens sammansättning och formerna för utseendet av skiljemän träder i tillämpning, såvida parterna icke träffat erforderlig överenskommelse i ämnet redan i *skiljeavtalet*. Härigenom uteslutes, att ett skiljeavtal varå lagen är tillämplig över huvud taget kan tillkomma, utan att samtidigt åtminstone de nödvändigaste förutsättningarna för en positiv verksamhet åvägbringas.¹

I det föregående ha vi låtit en viss tvist individualisera skiljeavtalet. Men tvisten själv individualiseras genom sitt föremål. Vad som utvecklats har sålunda givit oss en bild jämväl av tvisteföremålets ställning å ena sidan till avsägelsen av talemöjligheten, å andra sidan till det positiva momentet i skiljeavtalet. Tvisteföremålet har i det förra avseendet uppgiften att individualisera avsägelsen; i det senare åter är det föremålet för en utfästelse av parterna att medverka till att det under givna förutsättningar underkastas skiljemäns bedömande. Med det sistnämnda för ögonen kan man i anslutning till det vanliga språkbruket säga, att tvisteföremålet är skiljeavtalets föremål.²

Tvisteföremålet är här som i vanlig civilprocess ett privaträttsligt förhållande.³ Att detta privaträttsliga förhållande är skiljeavtalets föremål får dock icke tolkas så, att skiljedomen nödvändigtvis skall behöva innebära en privaträttslig gestaltning av samma rättstörhållande. Avtalet och dess föremål stå icke i detta samband. Vi

¹ Även då särskilt förbehåll i skiljeavtalet gjorts, att skiljemännen skola utses i enlighet med en senare överenskommelse, måste § 3 bli tillämplig. För tysk rätts del hävdar HELLWIG II s. 111, att förbehållet medför, att något skiljeavtal ännu ej kommit till stånd. Jfr FREY s. 95.

² Jfr FREY s. 85.

³ Huru detta rättsförhållande kan vara avhängigt av en »faktisk» fråga, se särskilt ovan s. 21.

skola i den kommande framställningen söka uppvisa fall, då en skiljedomens privaträttsliga verkan på det tvistiga rättsförhållandet uppenbarligen är utesluten.¹ Här kunna vi icke fördjupa oss i denna fråga utan få inskränka oss till en mycket förenklad bild: Skiljeavtalet förhåller sig i sådan händelse till sitt föremål ungefär som låneavtalet till den lånade saken. Strängt taget kan också från denna synpunkt föremålets betydelse närmast karaktäriseras som ett individualiserande av avtalet.

I skiljemannalagens § 1 angivas som möjliga föremål för skiljeavtal »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, så ock fråga om ersättning för skada, som någon tillfogat annan genom brott». För att det tvistiga privaträttsförhållandet skall kunna göras till föremål för skiljeavtal erfordras sålunda, att parterna kunna förlikningsvis förfoga över detsamma. Däri ligger, dels att rättsförhållandet över huvud taget är underkastat enskildes dispositionsrätt, dels att dispositionsrätten i nämnda omfattning tillkommer de avtalande parterna. Betydelsen av det senare, subjektiva villkoret anser jag mig här icke kunna ingå på. Frågan om, huru ett rättsförhållande objektivt sett skall vara beskaffat för att kunna stå under enskildes disposition, skall ej heller föranleda någon längre utredning. Blott följande må anmärkas.

Man har påstått, att ett av domstol avdömt rättsförhållande så långt rättskraften sträcker sig icke kan utgöra föremål för skiljeavtal.² Denna regel synes välgrundad. Domstolarna skola upprätthålla den fällda domen; en däri underkänd rättighet bör aldrig vinna beaktande av dem. Kunde emellertid denna rättighet hänskjutas till skiljemäns bedömande, öppnades möjlighet att upphäva denna verkan. En formellt oklanderlig skiljedom kunde komma att stå motstridig mot dom-

¹ Se nedan § 9.

² FREY s. 85—6.

stolsdomen. Och även skiljedomen skall av domstol i kommande process upprätthållas.¹ Denna kollision bör tydligen undvikas.² Här kan erinras om att lagkommittén på sin tid föreslog ett särskilt stadgande i den fråga, vi nu berört. Man gick dock ej så långt, att man förbjöd hänskjutande till skiljemän av en sak, som förut prövats av domstol; man nöjde sig med föreskriften, att skiljemannadom ej fick innehålla, att domstolens beslut fastställdes eller ändrades, utan skiljemännen skulle avgöra tvisten, såsom hade den ej förr anhängig varit.³ Äldre lagberedningen lät emellertid stadgandet utgå ur sitt motsvarande förslag »huvudsakligen» av det skäl, att en i allmänhet medgiven rättighet att underkasta av domstol avgjord sak ny prövning av skiljemän »icke osannolikt skulle kunna i tidens längd föranleda till osäkerhet i rättsförhållanden genom ovissheten om betydelsen och verkan av domstolarnas lagakraftvunna domar».⁴

Vidare har man beaktat, att skiljeavtal ofta användas för att möjliggöra exigibla avgöranden i frågor, uppkomna ur transaktioner, vilkas laglighet är tvivelaktig, exempelvis differensaffärer.⁵ Lagen förutsätter emellertid tydligen, att tvisteföremålet är ett *rättsförhållande*. Erkänner lagen icke möjligheten av att detta slag av transaktioner kunna grunda rättsliga förhållanden över huvud taget, kommer ett dylikt skiljeavtal att sakna i rättsligt hänseende bestämbar föremål och följaktligen bliva ogiltigt.⁶

¹ Se nedan § 8.

² FREY a. st. motiverar regeln därmed, att den rättighet som är tvisteföremål skall vara ägnad att utgöra föremål för en process. Här för fordrades, att den åtminstone i någon mån vore oviss eller tvistig, ett villkor som ej vore för handen, om rättigheten fastställdes genom dom.

³ Förslag 1822, kap. 32, § 7.

⁴ Förslag 1849, motiven s. 50.

⁵ FREY s. 162.

⁶ FREY s. 162—3. Huruvida den grundläggande transaktionen är

Ett skiljeavtal kan icke anses slutet, förrän parterna i förhållande till varandra fixerat det privaträttsförhållande, som är dess föremål. Detta gäller vare sig avtalet syftar å tvist som redan uppstått¹ eller framtida tvist.² Härvidlag gör det ingen skillnad, att i senare fallet rättsförhållandet ännu icke är underkastat tvist och möjligen aldrig blir det eller blir det blott i vissa delar.³ Vi kunna i varje fall utgå ifrån som en gemensam regel, att det färdiga skiljeavtalet skall innehålla beteckning å tvisteföremålet i betydelsen av det privaträttsförhållande, som är eller förväntas bli föremål för tvist, och angiva detta så noga, att det kan särskiljas från varje annat rättsförhållande.⁴ Härför fordras en beskrivning av rättsförhållandet, vilken dels möjliggör en rättslig rubricering därav, dels kommer detsamma att under rubriken framstå som individualiserat.

En följd av vår motiverade grundåskådning är, att vi som huvudregel för skiljeavtalets tolkning uppställa satsen, att det bör tolkas restriktivt.⁵ Tillfälle att använda denna regel erbjödes ofta, när det gäller bestämmandet av skiljeavtalets föremål. Ett exempel har re-

rättslig i den i texten använda särskilda bemärkelsen eller icke, tvisteföremålet *rättsförhållande* eller icke, bör ej kunna avgöras av skiljemän utan förbehållas domstol. Annorlunda HÄFFNER s. 42—3.

¹ TRYGGER FJT s. 261 fordrar för att tvist skall anses existent, ej blott att parterna vid skiljeavtalets ingående visat sig vara av olika mening, utan även att de fixerat, vari tvisten mellan dem består.

² Jfr § 1 st. 2 skjml.; tyska CPO § 1026; österr. CPO § 577 st. 2; finska UL kap. 3 § 16; nya norska rättegångslagen § 452 st. 1. Om fransk och engelsk rätt, se nedan s. 73 not 3, 70 not 2. — Tvisteföremål vid framtida tvist anses även ett rättsförhållande kunna vara, som vid avtalets ingående ej uppkommit men förväntas uppkomma, FREY s. 91—2.

³ Vid skiljeavtal om framtida tvist beteckna vi sålunda med uttrycket tvisteföremål hela det rättsförhållande inom vars ram tvisten förväntas uppkomma. Att i detta fall en ytterligare individualisering är förutsättning för giltig skiljedom, framgår nedan s. 110.

⁴ Jfr WACH Handb. s. 67—8. Om modifikationer i denna regel, se nedan i texten.

⁵ Jfr FREY s. 94.

dan tidigare berörts. Vi framhöllo nämligen, att, om ett köpeavtal med kompromissklausul likviderades med en växel, hade klausulen ingen betydelse för växeltransaktionen.¹ Skiljeavtalets föremål är det genom köpet grundade rättsförhållandet; förhållandet på grund av växeln är i viss bemärkelse rättsligen skilt därifrån. Skall växel-talan undandragas domstolens prövning, fordras det ett särskilt skiljeavtal härom.

Man har påstått, att skiljemän skulle äga pröva kvittningsyrkande, även om kvittningsfordran icke innefattades under det i skiljeavtalet avsedda tvisteföremålet.² Även denna mening står i strid med vår nyss anförda grundsats. Kvittningsfordran är ett rättsförhållande, som icke kan göras till föremål för skiljedom under andra förutsättningar än rättsförhållanden i övrigt. Antingen skall denna fordran utgöra ett element i ett större rättskomplex, vilket angivits som skiljeavtalets föremål,³ eller ock skall den i avtalet ha upptagits som självständigt tvisteföremål. Endast på detta villkor kan kvittningsfordran lagligen bringas under skiljemännens bedömande. Uteslutet är, att det kunde ske genom det blott tillfälliga samband med en skiljeavtal underkastad fråga, att kvittningsinvändning framställes inför skiljemännen. En sådan åsikt saknar stöd av lag likaväl som den meningen, att skiljemännen eljes vore befogade att pröva och avgöra en fråga, varom skiljeavtal ej är slutet.⁴

¹ Se ovan s. 41.

² HAFNER s. 31. — KOHLER s. 212 inlägger, vill det synas, redan i skiljeavtalet rätt för skiljemännen att pröva kvittningsinvändning. Undantag blott då sådan rätt däri uttryckligen fränkänts dem.

³ Jfr FREY s. 147; KLEINFELLER, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Berlin 1910, s. 759.

⁴ En sak för sig är, att parterna genom att i det konkreta fallet inför skiljenämnden förhandla om kvittningsfordran möjligen kunna anses ha genom konkludenta handlingar ingått skiljeavtal härom. Denna möjlighet är emellertid utesluten, när den ena parten bestrider skiljemännens behörighet. Vidare måste § 5 skjml. beaktas.

I detta sammanhang må nämnas ett förhållande, som i engelsk rätt gjorts till föremål för följande synpunkter: Om en skiljedom skall avges rörande ersättning för skada genom olovlig handling, vore det väl icke tillåtet att i skiljedomen ålägga den ersättningsskyldige att fullgöra skadeståndsplikten så, att han skall vara den ersättningsberättigades tjänstehjon under viss tid eller avstå äganderätten till fastighet. Däremot skulle skiljedomen kunna ålägga honom att gottgöra den skadelidande med en häst eller ett fat vin. En nyare doktrinar emellertid åt uppfattningen, att skadeståndet alltid bör bestämmas i penningar.¹ Ett liknande spörsmål torde väl sällan bliva aktuellt i svensk rätt; det har dock visst principiellt intresse. I allmänhet bestämmas arten av prestation och motprestation av själva det rättsförhållande, som individualiserar tvisten. Understundom är detta icke fallet, och hit bör måhända ofta föras just fråga om ersättning för skada. För den allmänna uppfattningen står det klart, att här avses att bestämma ett ersättningsbelopp i penningar. Och detta måste också vara det riktiga. Den rubbning i parternas rättsfär, som kan bliva en följd av skiljedomen, skall vara av parterna förutsedd. Överflyttas äganderätt till individuella föremål från den ena parten till den andra, utan att en sådan möjlighet framgår av skiljeavtalet, ha skiljemännen därigenom ingripit i parternas rättsförhållanden djupare, än deras bemyndigande tillåter. De ha inryckt under skiljedomen vad som icke rätteligen kan hänföras till skiljeavtalets föremål.

Vi ha utgått ifrån, att det är en gemensam fordran på alla skiljeavtal, oavsett om de äro av det ena eller andra slaget, att de skola angiva ett bestämt rättsförhållande som tvisteföremål. Det ges emellertid fall, då det synes tvivelaktigt, om denna regel kan upprätthållas. Vi möta exempelvis ett skiljeavtal av den for-

¹ SLATER s. 109—10.

men, att parterna till skiljemän hänskjuta samtliga inbördes mellanhavanden, som grunda sig på faktiska förhållanden uppkomna intill viss förfluten dag.¹ I regel plägar ju ett rättsförhållandes uppkomstgrund betraktas som ett av de viktigaste hjälpmedlen för dess individualisering. Detta förutsätter dock uppenbarligen, att ingen tvekan kan råda rörande grunden själv. Men har denna icke bestämts närmare än i nu nämnda skiljeavtal skett, kan den givetvis icke utgöra stöd för en individualisering i vanlig mening.

Skulle ett dylikt skiljeavtal godkännas, stode vi tydligen inför en modifikation av vår huvudregel. Å andra sidan är det ej utan vidare klart, att vi våga underkänna avtalet.² I själva verket torde en medelväg vara det riktiga. Det som ovan återgivits som ett skiljeavtal bör betraktas blott som en förberedelse till ett dylikt. Kompletteras avtalet på ett sådant sätt, att individualiseringen kan anses genomförd, blir det fullgiltigt. Det skall med andra ord kunna visas, att parterna varit eniga om att under denna formulering innefatta som tvistiga vissa individuella rättsförhållanden. Men det måste fasthållas, att individualiseringen är ett led i parternas avtal, att alltså densamma icke kan genomföras ensidigt av en part t. ex. genom påkallandet av skiljedom rörande viss fråga under hänvisning till att den härflyter av en faktisk grund, som uppkommit före den i avtalet uppgivna dagen.

Vi lämna härefter nu berörda spörsmål och skola sysselsätta oss särskilt med skiljeavtal, som avse framtida tvist. Fordran på individualisering av tvisteföre-

¹ Jfr rf. i H 1906 s. 420.

² Jfr rf. i H 1911 s. 71 och 1909 not. A 369. — Observeras bör överensstämmelsen mellan sistberörda avtal och den engelska rättens »general submission». Detta skiljeavtal omfattar »all matters in dispute between the parties» och synes vara mycket vanligt, SLATER s. 30; jfr KOHLER s. 198—9; jfr ock den romerska rättens *compromissum plenum*, DELIN s. 162, 164—7; WEIZSÄCKER, Das Römische Schiedsrichteramt, Tübingen 1879, s. 44.

målet kan här vara fylld, även om skiljeavtalets egen ordalydelse är tämligen allmänt hållen. Så är fallet med den i ett huvudavtal insatta kompromissklausulen: även om däri sägs, att *alla* tvister mellan parterna skola gå till skiljemän,¹ måste man av klausulens egenskap att sammanhänga med huvudavtalet draga slutsatsen, att blott de ur detta härrörande tvisterna avses. Huvudavtalet är det i skiljeavtalet »angivna» tvisteföremålet. Nu möta vi emellertid en verklig modifikation i vår regel, att skiljeavtalet skall bestämt ange tvisteföremålet. Denna modifikation föranledes av den vedertagna tolkningen av innebörden i den hänvisning, som i ett skiljeavtal rörande framtida tvist skall göras till visst rättsförhållande som dess föremål. Det visar sig nämligen, att det angivna rättsförhållandet och tvisteföremålet² icke kunna anses vara obetingat identiska. Vi taga som exempel den vanligaste formen detta skiljeavtal har såsom kompromissklausul: tvister i anledning (rörande tolkningen) av detta kontrakt skola avgöras av skiljemän.³

Kompromissklausulen måste trots sitt formella samband med huvudavtalet betraktas som en i förhållande till detta självständig överenskommelse mellan parterna. De avtalsstiftande handlingarna kunna ge till resultat, att ett skiljeavtal kommer till stånd, oaktat särskilda förutsättningar för huvudavtalets fulla giltighet brista. Har huvudavtalet från början varit giltigt men sedermera förfallit, kan skiljeavtalet fortfarande bestå.⁴ Denna fråga har dock ytterligare en sida. Huvudavtalets ogiltighet kan nämligen tänkas föranleda, att skiljeavtalet kommer

¹ Jfr rf. i H 1902 s. 401.

² Detta tages fortfarande i samma vida bemärkelse som ovan; jfr s. 67 not 3.

³ Jfr rf. i H 1900 s. 347; 1919 s. 396.

⁴ Jfr KOHLER s. 179—82 och rf. i H 1910 s. 187: J:s krav på sjukhjälp av sjukkassa har av domstol avvisats från prövning på grund av kompromissklausul i kassans stadgar, oaktat J. numera utträtt ur kassan.

att sakna föremål och för *den* skull bliva utan verkan. Vi kunna här särskilja två varandra motsatta uppfattningar.

Enligt en tolkning betyder den återgivna klausulen, att skiljeavtalets föremål är det *giltiga* huvudkontraktet. Förutsättning för klausulens tillämplighet vore, att detta kontraktsförhållande verkligen uppstått och fortfarande bestode som giltigt i den form vari parterna åsyftat det. Här råder fullständig identitet mellan det i klausulen angivna rättsförhållandet och tvisteföremålet. Den genom avtalet avskurna talemöjligheten vore den, som innefattade talan på grundval av det giltiga kontraktet.

En annan tolkning gives, och den är vidare. Den härför under klausulen tvister, vilkas lösning icke bygges på förutsättningen, att huvudavtalet består som fullgiltigt. Skiljemännen ha att döma angående t. ex. frågan, huruvida de särskilda villkor, som betingat detta avtals uppkomst, eller omständigheter, som kunnat upplösa avtalet, inträffat; deras uppgift är alltså att själva avgöra, huruvida huvudavtalet skall anses giltigt eller ej, en uppgift som tydligen icke kan ha avtalets giltighet till sin förutsättning. De döma till och med om den skadeståndsskyldighet, som kan åvila part just därför att huvudavtalet var ogiltigt.¹ Denna tolkning ersätter det giltiga huvudavtalet som tvisteföremål med ett bakomliggande vagare rättsförhållande. Detta kan dock icke bestämmas på annat sätt än genom hänvisning till huvudavtalet, sådant parterna åsyftat att det skulle gestalta sig. Man får tänka sig, att parternas avtalshandlingar med syfte att åvägabringa ett giltigt avtal i alla händelser skapat rättsförhållanden mellan dem, och att dessa rättsförhållanden ha sin bestämning just genom parternas syfte.² De ytterligare handlingar parterna kunna företaga inom avtalssyftets ram ge upphov till nya grupper av liknande rättsförhållanden. Även

¹ Jfr rf. i H 1919 s. 497; HAFNER s. 34—5; SLATER s. 13.

² Liknande uttalande av Badisches Oberhofgericht, cit. av KOHLER s. 180.

om dessa rättsförhållanden av olika anledningar icke kunna sammanbindas till den konkreta avtalsgestalt, som parterna åsyftat, utgöra de dock en i viss mån individualiserad enhet. Denna är skiljeavtalets föremål, ty tvist som angår densamma, är »tvist härflytande av» det i kompromissklausulen angivna huvudavtalet.

Den senare tolkningen torde vara den i modern rätt allmänt vedertagna.¹ För densamma tala otvivelaktigt praktiska skäl. Mot densamma kan möjligen anföras, att den förstorar de olägenheter, som i allmänhet äro förenade med ett skiljeavtal rörande framtida tvist, nämligen att part vid avtalets ingående svårligen kan överblicka vidden av sin avsägelse av talemöjligheten. Praxis erbjuder talrika exempel på det förhållandet, att part, när frågan om skiljemannaförfarande blir aktuell, söker göra gällande, att tvisten icke hörde under avtalet.² I många fall kan man väl häri se blott ett försök att undkomma verkningarna av en skiljedom, som gått vederbörande emot. I många fall åter torde part vara i god tro, då han förmenar, att kompromissklausulen, sådan han fattat den, haft en inskränktare innebörd.³

¹ Jfr rf. i H 1886, s. 398; 1901 s. 204.

² Jfr rf. i H 1896 s. 170; 1897 s. 391; 1899 s. 317.

³ Under sådana förhållanden kan det starkt ifrågasättas, huruvida en lagstiftningens särskilda uppmuntran åt kompromissklausulens användande är så särdeles välbetänkt, jfr K. K. ang. villkor och bestämmelser för statens egnahemslånerörelse ²⁷/₆ 1919, § 17, K. K. om beagnande av kronans jordägareandel i gruva ²⁰/₁₀ 1899, § 13. Glädjande nog ha röster höjts för återhållsamhet i berörda avseende och även syntts ha vunnit gehör, KÖERSNER i Sv. J. T. 1918 s. 350; 1919 s. 42. Enligt notis i dagspressen (juli 1919) har i betänkandet ¹⁵/₈ 1916 med förslag till leveransförordning den tidigare bestämmelsen om obligatorisk skiljedom borttagits. — Beaktansvärd är den franska rättens åskådning: Kompromissklausulen är ett »löfte utan värde i lagens ögon, ty det innefattar en uppoffring, vars vidd parterna i det ögonblick, då de kanske lättsinnigt avgiva det, icke känna», GARSONNET, *Traité de procédure*, VII, Paris 1897, s. 352—3; jfr *Code de procédure civile*, annoté par TISSIER m. fl., II, Paris 1904, s. 1116; KOHLER s. 199.

Ovanberörda undantag från regeln, att skiljeavtalet skall tolkas restriktivt, får dock ej inverka på denna regels upprätthållande i övrigt. Om exempelvis efter ingåendet av ett huvudavtal parterna träffa en ny överenskommelse i samma ämne, faller denna utom föremålet för en i det första avtalet intagen kompromissklausul.¹ Vidare måste naturligen parternas egen vilja beaktas, där de uttryckligen givit skiljeavtalet en inskränktare innebörd än den vanliga.² Det kan dock vara förenat med stora svårigheter att utläsa den verkliga meningen även ur sådana kompromissklausuler, vilka i tämligen oförändrad form kommit i flitigt bruk. Ett dylikt fall har nyligen berörts i fackpressen, nämligen klausulen i köpeavtal, att i händelse av tvist köparen icke äger tillbakavisa någon del av varorna eller vägra betalning därför, utan tvisten skall hänskjutas till skiljemän.³ ALMSTRAND⁴ återger samma klausul i en mera svårtydd variant: »Tvister i anledning av förestående kontrakt, vilka dock ej få hindra varans mottagande och betalande, skola avgöras av skiljemän». Under hänvisning till ändamålet med denna klausul framhåller ALMSTRAND, att det i relativsatsen inskjutna ledet av densamma bör fattas som en fristående tilläggsbestämmelse till köpeavtalet. Säljaren hade härmed velat försäkra sig om att köparen under alla förhållanden skulle vara skyldig att mottaga varan och betala den. Men det vore icke avsikten att beröva skiljemännen rätt att i sitt avgörande upptaga även frågan om betalningen. Besläktad är den vid handelsköp »efter type» förekommande klausulen: köparen är skyldig att mottaga varan och åtnöja sig med den gottgörelse, som eventuellt arbitrage lämnar.⁵

¹ Jfr rf. i H 1910 s. 227; gränsfall i rf. i H. 1919 s. 497.

² Jfr rf. i H 1898 s. 499; 1905 s. 23, 476.

³ Jfr rf. i H 1899 s. 184.

⁴ Sv. J. T. 1919 s. 377.

⁵ Jfr rf. i H 1901 s. 204. (I ref. rättsfallet hade skiljemännens befoget ökat genom särskild kompromissklausul.)

Ett och samma rättsförhållande individualiserar avsägelsen av talemöjligheten och är avsett att i den mån tvist därom är eller blir aktuell göras till föremål för skiljemännens verksamhet. Den sida av skiljeavtalet, som utgör grunden för denna verksamhet, parternas utfästelse att medverka till skiljemannaförfarandets genomförande, kan med andra ord sägas vara kongruent med skiljeavtalets processhinderande sida. Understundom komma dock företeelser till synes, vilka kunna tydas som överskott på endera sidan. Här skall blott beröras ett fall, där processhindret kan sägas sträcka sig längre än det enligt vad nu sades rätteligen borde.

§ 148 i tyska civilprocesslagen har följande innebörd: När avgörandet av en vid domstol anhängig tvist A är helt eller delvis beroende av existensen eller icke-existensen av ett rättsförhållande B, som utgör föremål för en annan anhängig rättstvist, kan domstolen förordna om uppskov i målet om A till dess B avgjorts. Sambandet mellan A och B är tydligen det man plägar uttrycka med att B är av prejudicierande betydelse för A.¹ Tysk doktrin tolkar detta lagrum så, att domstolen kan — ej måste — meddela uppskov med A, även när B är föremål för prövning av skiljemän.² Skiljeavtalets processhinderande verkan kan således i viss bemärkelse utsträckas över sitt avsedda område B även till A.

Är detta en slutsats, som är bindande även i svensk rätt? Frågan synes ej vara utan praktisk betydelse. Ett gemensamt svar för alla här tänkbara fall kan ej ges. Sambandet mellan A och B kan vara växlande och försvara olika behandling. Man kan anlägga den rent praktiska synen på saken, att man ej låter en mindre betydande fråga B hindra avgörandet av en mera betydande A.³ Här får skiljeavtalet rörande B vika, vilket ju

¹ Jfr nya norska rättegångslagen § 107.

² STEIN I s. 387; KOHLER s. 146 not 34. — Annan åsikt HAYUM s. 65.

³ Ex.: tvist om byggnadsentreprenad i dess helhet, där vissa detaljer skolat avsynas och bedömas av skiljeman.

ej är förenat med någon större våda. Dock synes även den utvägen stå öppen att meddela uppskov för A i avbidan på skiljedom om B. I så fall bör en analog tillämpning av 24 kapitlet 2 § rättegångsbalken tillgripas: Uppskovsdomen skall förelägga »viss dag och vite», då skiljeavtalets tillämpning skall vara påkallad eller skiljedomen fälld.

§ 6.

Invändningen om skiljeavtalet.

Domstol har icke att ex officio beakta ingånget skiljeavtal. Dess uppmärksamhet måste fästas på detta genom en särskild partshandling, invändningen om skiljeavtalet.¹ Den processuella betydelse, som tillagts skiljeavtalet, gör det otvivelaktigt, att denna invändning bör betraktas som en processinvändning. Reglerna om dess behandling och verkan i rättegången äro att söka i 16 kapitlet rättegångsbalken.

Invändningen kan framställas såväl som invändning i egentlig mening från svarandesidan som ock i formen av replik från kärandesidan.² Vi skola till en början syssla med det vanligaste fallet, nämligen då det är svaren, som framställer invändningen.

Inom doktrinen har förfäktats, att invändningen om skiljeavtalet icke bör likställas med invändning enligt 16: 2 om domstols obehörighet. En obehörighet i detta ords riktiga bemärkelse skulle ej föreligga. Följaktligen vore invändningen ej heller bunden vid den för exceptio fori i samma lagrum föreskrivna preklusionstid, och om invändningen ogillats medelst beslut under rättegången, finge beslutet ej särskilt överklagas.³

Vad angår frågan, om invändningens första framställande är knutet till viss preklusionstid, förefaller det,

¹ FREY s. 102. Jfr rf. i H 1899 s. 538.

² Jfr ovan s. 40—1.

³ KALLENBERG 1901 års l. s. 28—9; jfr TRYCKER TfR s. 244—5.

som om doktrinen uppfattning icke hade vunnit medhåll i praxis. Det synes tvärtom, som hade Högsta domstolen ställt sig på den ståndpunkten, att preklusionsstadgandet i 16: 2 här vore tillämpligt.¹

De lege ferenda vore väl intet att invända häremot. För att få en riktig uppfattning om frågan, bör man ett ögonblick släppa rent processrättsliga analogier och se på skiljeavtalet såsom privaträttsligt rättsärende. Liksom andra avtal kan detta upplösas genom konkludenta handlingar. Till sådana har man tydligen, åtminstone under vissa förutsättningar, att räkna, att den ena parten till domstol instämmer i skiljeavtalet avsedd fråga och den andra parten i processen underlåter att göra domstolen uppmärksam på skiljeavtalet.² Huruvida denna underlåtenhet redan i ett tidigt skede av processen kan anses konstituera en skiljeavtalet upplösande handling blir med detta betraktelsesätt en fråga, som får prövas i varje särskilt fall med hänsyn tagen till vad som kan förmenas ha varit parternas avsikt. Härifrån är icke steget långt till presumptionen, att ingåendet på förhandling i huvudsaken måste fattas som en konkludent handling med nyssnämnd betydelse.³ Och denna presumtion omvandlas härpå till den formella regeln, att underlåtenhet att framställa invändningen vid det första rättegångstillfället, då parten är tillstädes, medför preklusion av rätten att göra avtalet gällande.

Även om man sålunda kan leda sig fram till skäl, som tala för att invändningen om skiljeavtal i nu berörda avseende likställes med invändning enligt 16: 2, kan man dock vara tämligen tveksam rörande domstolarnas befogenhet att på egen hand draga dessa konsekvenser.

¹ Se rf. i H 1908 s. 482; 1910 s. 509. Referaten tillåta dock i intetdera fallet några fullt säkra slutsatser angående H. D:s ställning till i texten omhandlade fråga. Särskilt i det senare rf. synes invändningens ogillande kunna vara motiverat även av andra skäl.

² FREY s. 112.

³ Med stöd av § 39 i tyska CPO kommer KOHLER s. 216 till liknande resultat för tysk rätt (före 1898, se nedan i texten s. 82).

Ogillas invändningen i underrätt, har den tydligen ej förmått bibringa skiljeavtalet omedelbar processrättslig relevans. Den utvägen står dock öppen, att rättelse häri kan vinnas hos högre rätt. För invändning enligt 16: 2 gäller, att möjligheten att få frågan hänskjuten till hovrätt är beroende av att part anmäler missnöje jämlikt 16: 3, andra stycket, och fullföljer särskild talan, allt under förutsättning, att domstolen ej samma dag meddelar slutligt yttrande eller dömer till värjemålsed. Att viss preklusionsfrist kan vara stadgad för invändningens första framställande gör det dock ingalunda otvivelaktigt, att även överklagandet är föremål för preklusionsbestämmelser på sätt nu nämndes. Betraktas emellertid 16: 2 som tillämplig i ett hänseende, torde man ej kunna undgå att fortsätta analogien.

Framställandet av invändningen för med sig skyldighet för domstolen att meddela särskilt beslut däröver. Härföre fordras ingen analogi från 16: 2 och 3; även om invändningen icke likställes med en sådan, som i nämnda lagrum avses, så är den i varje fall en sådan, som förutses i 16: 7; en invändning, vars egen beskaffenhet kräver dylikt beslut.

Hänföres åter invändningen till dem, varå 16: 2 och 3 skola tillämpas, gäller härutöver, att, om den av underrätt ogillats och part anmält missnöje, domstolen väl får fortsätta med målets handläggning även efter den dag, beslutet i invändningsfrågan gavs; men målet kan på motpartens begäran göras vilande, och det får ej slutdömas, innan hovrätten utlåtit sig i invändningsfrågan eller det visats, att klagan ej fullföljts.¹

Den doktrin, som enligt vad ovan sagts bestred, att preklusionsbestämmelsen i 16: 2 vore tillämplig på skiljeavtalsinvändningen, har helt naturligt förnekat, att till denna kunde knytas nyssnämnda följder. Invändningen vore icke processhinderande i denna mening.²

¹ 16: 4.

² KALLENBERG a. a. s. 29.

Det föregående visar vanskligheten av att söka fastslå, vad som för närvarande är gällande svensk rätt i detta ämne. Analogien med 16: 2 är icke nödvändig. Under sådana förhållanden förefaller det vara riktigast att godtaga den av doktrinen hittills förfäktade åsikten. Invändning om skiljeavtal är en sådan, som avses i 16: 7 och faller icke under 16: 2. Skall en lagstiftning av så pass sent dato som den 14 juni 1901 ha avsett annat, torde det ha vunnit klart uttryck i lagtexten.

Vi vända oss nu till det fall, då invändningen om skiljeavtalet framkommer från kärandens sida i form av replik i anledning av att svaranden till sitt försvar framdragit en moträttighet, vilken hör under skiljemäns bedömande.

Var det tvivelaktigt, huruvida 16: 2 skulle analogt tillämpas på svarandens invändning om skiljeavtalet, måste detta tvivel här övergå till visshet, att sådan tillämplighet ej kan komma i fråga. En granskning i detalj bestyrker detta. Skulle kärandens rätt att framställa replik om avtalet prekluderas, skulle man tvingas att skapa en alldeles ny tidsbestämmelse; repliken skulle framställas vid samma rättegångstillfälle, då svaranden först åberopade sin moträttighet, eller, om käranden ej då var tillstädes, vid första rättegångstillfälle därefter, då han iakttog inställelse. Åtskilliga skäl skulle dock tala emot en dylik föreskrift. Käranden har icke genom delgivning av någon stämning från svarandens sida på förhand kunnat sätta sig in i vad moträttigheten innebär. Och tillfälle härtill erbjudes honom ej heller alltid under den muntliga förhandlingen inför domstolen. Moträttigheten kan exempelvis åberopas i en rättegångsskrift, som tages till rättens protokoll utan att därförinnan föredragas. Att käranden icke genast åberopar skiljeavtalet kan i sådant fall ej tydas som bevis på en avsikt från hans sida att låta det falla. Vidare finnes ingen anledning, varför domstolen skulle i särskilt beslut taga ståndpunkt till eventuellt framställd replik, förrän den har att slutpröva målet i dess helhet. Kärandens replik gör ej

svarandens materiella invändning aktuellare än den varit före repliken. Om sålunda domstolen ej behöver meddela särskilt beslut, bortfaller grunden för missnöjesanmälan. Ännu mindre kan naturligtvis någon analog tillämpning av 16: 4 ifrågakomma.¹

Oberoende av från vilken sida skiljeavtalets existens göres gällande, kan givetvis motparten bestrida den. Rörande den incidentförhandling, som blir en följd av ett dylikt bestridande, är intet särskilt att erinra. Det uppstår en vanlig tvist om avtalets bestånd som privaträttsligt förhållande. Här skall dock anmärkas, ehuru hörande till annat sammanhang, att domstolens beslut över invändningsfrågan icke synes förhindra en särskild ny process om skiljeavtalets giltighet. Vi må tänka på det fall, då invändningen framställes av svaranden mot kärandens talan i huvudsaken. Har invändningen ogillats, är visserligen frågan om skiljeavtalets bestånd eller icke bestånd för framtiden utan praktisk betydelse för den sak, som bragts inför domstol. Domstolsdomen kommer, såvida intet annat hinder yppas för processen, att träda i skiljedomens ställe. Nu kan dock skiljeavtalet omfatta annat och mera än det som dragits inför rätta. Frågan om skiljeavtalets bestånd i dessa delar kan då senare komma upp, och den är icke avgjord genom domstolens ogillande av invändningen. Omvänt medför icke invändningens gillande, det vill säga domstolens förklaring att skiljeavtalet består, något hinder för att denna fråga i annat sammanhang ånyo kan bli föremål för domstolsprövning, t. ex. då klander anställes mot en på avtalet grundad skiljedom under påstående om skiljeavtalets ogiltighet.² Till stöd för åsikten, att invändningsbeslutet bör erhålla denna inskränkta betydelse, kan åberopas, att detta beslut rörande en processuell

¹ Jfr rf. i Sv. J. T. 1917 s. 41.

² I tysk rätt förfäktar STEIN II s. 921 samma mening. Motsatt åsikt hyser HELLWIG II s. 115: Gillas invändningen, ligger häri ett bindande avgörande över skiljeavtalet.

fråga icke bör tilläggas större kraft än det ägt, om det innefattat ett avgörande över en »moträttighet», som framförts till försvar i processen. En dylik rättighet anses, som i det följande skall beröras, ej falla under domens rättskraft.¹

Ovan har anmärkts, att huvudregeln om skiljeavtalets processhindrande verkan endast indirekt finnes uttalad i svensk rätt, och att berättigad tvekan måste råda angående den processuella behandlingen och verkan av invändningen om skiljeavtalet. Detta ger anledning till en kortfattad jämförelse med några främmande lagstiftningar.

I den tyska civilprocesslagen säges uttryckligen, att invändningen om skiljeavtalet är processhindrande i lagens mening.² Detta stadgande inflöt genom lagändring år 1898. Därförinnan ansågs invändningen icke vara processhindrande, dock skulle den givetvis beaktas enligt sitt innehåll.³

Den engelska Arbitration Act innehåller en tämligen utförlig redogörelse för behandlingen av invändningen om sakens hänskjutande till skiljemän. Om någon, som är bunden av skiljeavtal,⁴ börjar en rättegång mot medkontrahenten rörande den fråga, som skolat gå till skiljedom, kan denna part framställa invändning om att processen icke bör fortgå (apply to that Court to stay

¹ Se nedan s. 98.

² § 274 CPO. — Enligt denna § gäller om de processhindrande invändningarna, att de skola framställas samtidigt och innan svaret inlåter sig på huvudsaken. Under vissa förutsättningar modifieras regeln, se sistast. av samma §.

³ Man ansåg sig nämligen icke kunna hänföra invändningen om skiljeavtal till den redan förut i lagen upptagna invändningen om Unzulässigkeit des Rechtswegs, se STEIN I s. 633; HELLWIG II s. 103. Invändningen uppfattades därför ofta som en sakinvändning, se SCHMIDT s. 660 not 1. Denna åsikt företrädde t. ex. av HAYUM s. 60. Redan härförinnan framhölls dock invändningens natur av processinvändning, WACH Handb. s. 72.

⁴ Submission, skriftligt skiljeavtal.

the proceedings). Invändningen skall framställas på visst tidigt stadium i processen, nämligen innan sistnämnda part själv företager några egentliga rättegångshandlingar (steps in the proceedings). För att invändningen skall kunna medföra rättegångens avstannande fordras enligt lagen ytterligare två särskilda villkor: dels att parten såväl vid tiden för processens början som allt fortfarande är benägen att fullgöra vad på honom ankommer för skiljemannaförfarandets behöriga gång, dels att det ej finnes något vägande skäl mot att saken går till skiljedom (no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the submission).¹ Vad det förre av dessa villkor angår, bör framhållas, att parten måste bestyrka sin beredvillighet att medverka till skiljemannaförfarandets genomförande. Eljes lämnas invändningen obeaktad. Han har därför att för detta ändamål vid framställandet av invändningen bifoga ett edligt intyg (affidavit) rörande denna omständighet.² Utredningen om att det eljes kan föreligga skäl mot att saken går till skiljedom åligger där emot motparten.³

Den nya norska lagen om rättegång i tvistemål ytttrar: Utan samtycke av motparten kan en rättstvist icke anhängiggöras hos domstol, när den enligt avtal skall avgöras genom skiljedom.⁴

¹ Arbitration Act, sec. 4.

² LAWS s. 453.

³ LAWS a. st. Den fråga, som här förutsättes kunna komma upp, torde närmast motsvara den för svensk rätts del nyss berörda tvisten om skiljeavtalets giltighet. Fullt jämförliga synas de båda frågorna dock ej vara. Även engelsk rätt känner ett särskilt avgörande om skiljeavtals ogiltighet — den omnämner »revocation» av skiljeavtalet, ett återkallande som fordrar domstols tillstånd och meddelas, då avtalet av en eller annan anledning anses böra förfalla. Nära överensstämmelse råder mellan de skäl, som föranleda avslag å parts ansökan om »stay the proceedings» och dem, som medföra tillåtelse till »revocation». Jfr LAWS s. 453.

⁴ § 452, 3.

TREDJE KAPITLET

SKILJEDOMEN

§ 7.

Den i civilprocess meddelade domens rättskraft.

Både lagstiftning¹ och doktrin² ha givit uttryck för uppfattningen, att skiljedomens rättsverkan kan likställas med domstolsdomens materiella rättskraft. Det torde därför vara lämpligt att här ägna någon uppmärksamhet åt domstolsdomens på detta sätt betecknade verkningar,³ innan vi ingå på en redogörelse för skiljedomen.

Domens rättskraft ligger, säger man, däruti, att domen har en auktoritativ verkan, i det att den på ett bindande sätt och tillika definitivt reglerar det privaträttsliga förhållandet mellan parterna.⁴

Bakom detta uttryckssätt döljer sig otvivelaktigt tanken, att domen äger omedelbar privaträttslig verkan.⁵ Man har bestritt, att denna tanke vore riktig; domens verkan skulle vara uteslutande processuell. För den privaträttsliga uppfattningen framstår den »riktiga» domen som ett förstärkande av den omprocessade privaträttigheten, och den »oriktiga» tillägges förmågan att förändra det materiella rättsläget, skapa en *causa*

¹ Se nedan s. 125 not 1.

² Jfr FREY s. 182.

³ Vi förutsätta i det följande, att domen har ernått s. k. formell rättskraft.

⁴ WREDE II s. 225.

⁵ Om WREDE's ställning i denna fråga se II s. 234 not 7 och LUNDSTEDT, Gränserna s. 8 o. f.

för förvärv och förlust av rättigheter.¹ Man kan för domens verkan här använda det gemensamma uttrycks sättet, att domen verkar konstitutivt i privaträttsligt hänseende.² Den processrättsliga åskådningen låter rättskraften inskränka sig till en rent processuell verkan: en domstolens framtida bundenhet av den rättskraftiga domen.³ Denna bundenhet vore i och för sig tillräcklig för att göra den i domen meddelade fastställelsen definitiv och giva parterna ett effektivt rättsskydd.⁴ Den senare meningen skall i det följande läggas till grund. Vi ha ingen anledning att här ingå på principiella skäl till stöd för densamma utan överlåta på den följande utredningen att avgöra, i vad mån denna vår ståndpunkt kunnat vara oss till nytta som teoretisk grundval. Är rättskraften till sin natur ett processuellt institut, behöver detta emellertid icke nödvändigtvis innebära, att ej lagstiftningen därutöver kan ha tillagt domen privaträttsligt konstitutiv verkan. I vissa fall är det ofrånkomligt, att man har att räkna därmed, nämligen då fråga är om de så kallade konstitutiva domarna. Huruvida en dylik privaträttslig verkan kan iakttagas även eljes skall på sitt ställe nedan beröras.⁵ En dylik verkan bör dock hållas skild från den egentliga processuella rättskraften. I denna paragraf skola vi sysselsätta oss allenast med den senare.

Den processuella verkan vartill man kan hänvisa bestod enligt det nyss sagda i en domstolens bundenhet i en kommande process. Vi ha i det föregående i allmänhet sett domstolens processuella bundenhet från partens sida, det vill säga såsom parten tillkommande processuella rättigheter. Vi skola söka genomföra samma betraktelsesätt här och komma därvid att sätta domens

¹ HELLWIG I s. 780.

² Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 14.

³ HELLWIG I s. 777; LUNDSTEDT a. a. s. 10.

⁴ Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 21.

⁵ Se nedan s. 133.

processuella rättskraftsverkan i relation till de tidigare använda begreppen talemöjlighet och talerätt.

När det gäller den svensk-finska rätten ligger detta betraktelsesätt till synes mycket nära. Domen utgör nämligen processhinder för en kommande process mellan samma parter om samma sak.¹ Den åstadkommer en på visst sätt individualiserad konsumtion av parts talemöjlighet. Grund för individualiseringen är den privaträttighet, som var den förra processens föremål.^{2, 3}

Om sålunda *vinnande* part, oavsett käre eller svarande, anhängiggör ny rättegång om identiskt samma sak, som faller under den tidigare domen, kommer hans talan även om eljes alla processförutsättningar äro för handen att avvisas.⁴ Nu säger det sig emellertid självt, att den nya talan praktiskt taget aldrig kommer upp i en med den förra fullkomligt identisk form. Part har ingen anledning att åsamka sig kostnader och obehag för att söka få en ny med den förra likalydande dom. Detta innebär emellertid ej, att det aldrig skulle förekomma nya, av den vinnande parten anställda processer, där det förra avgörandet blir relevant. I den tidigare domen har exempelvis en kapitalfordran fastställts, och i en senare rättegång yrkar nämnda part som käre utfående av ränta. Det vore ju meningslöst att här avvisa honom. Tvärtom utdömes räntan under återopande av den förra domen. Även här talar man om rättskraftsverkan. Man säger att rättskraften, då den förra domen på detta sätt lägges till grund för ett nytt avgörande, yttrar sig i sin »positiva funktion».

Vi utgå i det följande ifrån, att vi ha att göra med ett dylikt fall, där partsställningen är den nyssnämnda och rättskraften kommer till synes i sin positiva funktion.

¹ WREDE I s. 299; HUSBERG s. 69; jfr rf. i H 1911 s. 16.

² Se härom vidare nedan s. 94, 97 o. f.

³ Konsumtionen av talemöjligheten, rättskraftens negativa sida, torde vila på den romerskrättsliga uppfattningen om konsumtion av parts actio, LUNDSTEDT a. a. s. 23 noten.

⁴ HUSBERG s. 70.

Först och främst finna vi, att den påtagliga processuella verkan, som vi kallat konsumtion av talemöjligheten, här fallit bort. Det blir nödvändigt att söka ett annat processuellt uttryck för rättskraftsverkan. Frågan är, om den allmänna formeln, att den förra domen binder domstolen, härför är tillfyllest. Den är obestriddligen riktig, men den är enligt min mening för vid för att låta oss få en inblick i det för rättskraftsverkan säregna. Domstolen är nämligen under hela rättegången bunden av processuella förpliktelser till parterna. Varje steg i processen betyder en ny form av bundenhet för domaren. Käranden förebringa exempelvis bevisning genom vittnen. »Tu vittnen äro fullt bevis, där i de sammanstämman.» Här föreligger otvivelaktigt en bundenhet för domaren att beakta en dylik vittnesutsaga. Emellertid är denna bundenhet artskild från den bundenhet, ett för domstolen företett lagakraftståndet dombrev med relevant innehåll skapar för densamma. Det är först då vi fått ett grepp på det som kännetecknar denna sistnämnda bundenhet till skillnad från annan processuell bundenhet som vi nått fram till en riktig karaktäristik av rättskraften.

För att få uttryck för detta särmärke måste man i första hand beakta motpartens, i vårt fall svarandens, ställning. Gent emot en vittnesutsaga kan han förebringa motbevisning, som, även om den i det tänkta fallet ej kan utan vidare göra utsagan betydelselös, dock kan modifiera domstolens bundenhet därefter, att befogenhet till fri bevisprövning inträder.¹ Domens innehåll står däremot orubbligt fast gent emot dylika försök. Svaranden som den i förra rättegången tappande parten är här kringskuren i sina möjligheter att komma domsutsagan till livs. Dessa möjligheter bestå eljes kort uttryckt i befogenhet att åberopa faktiska grunder, som komma kärandens talan att framstå som ogrundad² och att i händelse av be-

¹ Jfr ENGSTRÖMER s. 236 o. f.

² Eller moträttigheter; om dessa se nedan s. 98.

hov förebringa bevisning för dessa grunder. Domen har berövat svaranden möjligheten att vinna beaktande hos domstolen vare sig för argumenteringen eller bevisningen. Invändningar och bevisning äro genom domen prekluderade i vad de ha avseende å den rättighet, som i förra processen var processföremål.¹

Rätten att få framföra processmaterial och att få det beaktat — få dom enligt processmaterialet — ha vi emellertid förut framställt som *talerättens* innehåll. Vi kunna alltså sammanfatta nyssberörda preklusionsverkningar under uttrycket, att svarandens talerätt inom ramen av hans i förra processen förda talan prekluderats.

Vi ha tidigare uppehållit oss vid begreppet konkret talerätt och därvid påvisat, att denna som regel icke äger direkt processuell relevans. Den döljer sig bakom den allmänna talemöjligheten, möjligheten att, behörigen eller obehörigen, utöva en talerätts funktioner.² Här föreligger emellertid ett av de undantagsfall, då den konkreta talerätten utdifferentialieras ur talemöjligheten och vid sidan av denna når omedelbar processuell betydelse. Vi skola söka förtydliga denna tankegång, fortfarande med blicken fäst på det fall, då den i förra processen vinnande parten som käreande har öppnat den nya, där sålunda rättskraften kommer att visa sig i sin positiva funktion.

Under den tidigare rättegången rådde från domstolens synpunkt sett ovisshet angående frågan, om på den ena eller andra partens sida en konkret talerätt förefanns eller ej. Efter domen föreligger visshet i denna fråga. I vad part vunnit talan, har existensen av en motsvarande talerätt fastslagits. Denna talerätt kan

¹ Principiellt bör det sagda äga giltighet, oavsett om den tappande parten i förra rättegången intog ställningen av käreande eller svarande, jfr HELLWIG I s. 784, 798—9, 807. WREDES uttalande II s. 240 synes icke behöva tolkas så, att undantag från regelns tillämpning inträder, då parten i förra rättegången intog svarandeställning.

² Se ovan s. 15—16.

vara en nyskapelse av domen, om denna nämligen från förprocessuell synvinkel är oriktig. I så fall saknar talerätten privaträttsligt underlag, men detta är numera utan betydelse för dess egenskap att vara en konkret processuell rätt.¹ Domen verkar konstitutivt med avseende å talerätten. I den del åter som part tappar fastslås genom domen, att han för framtiden icke har en konkret talerätt.

I den senare processen har följaktligen domstolen att utgå ifrån, icke att båda parterna ha en eventuell talerätt, utan att den vinnande har och den tappande icke har en sådan. I samma process kommer den tidigare domsutsagan att ingå i processmaterialet. En särskild borgen härför skapas av regeln, att domens verkan skall av domstolen iakttagas ex officio. Den vinnandes konkreta talerätt, som enligt vår allmänna formel skulle innebära rätt till dom i denna nya process i överensstämmelse med processmaterialet, kommer därför städse att ha ett bestämt innehåll: rätt till dom i enlighet med den förra domen. Härmed äro vi åter tillbaka till det vanliga uttrycket för rättskraftens verkan: Domstol i kommande process är bunden av den tidigare domen. Det som gör den vinnandes rätt till dom särskilt värdefull, eller om man vill uttrycka saken så, det som ger denna rätt försteget framför andra processuella rättigheter, är emellertid som ovan visats, att den icke kan lida något intrång från den tappandes sida. Då domen fastslagit, att denne saknar talerätt, har därmed också domstolen i den senare rättegången uteslutits från möjligheten att lämna beaktande åt hans försök att utöva talerättens funktioner.

Men sistnämnda part har dock icke avhänts *tale-*

¹ Domen kan dock ej anses skapa en förut obefintlig processföretsättning. Den öppnar t. ex. icke för frikänd svarande möjlighet till negativ fastställsetalan. Blir emellertid rättegångsvägen fri, kommer värdet av talerätten till synes. — Här skulle följaktligen föreligga ett undantag från vad ovan s. 15 not 4, slutet, yttrats.

möjligheten. En blick på hur den senare rättegången i varje fall måste gestalta sig visar oss detta. Den tappande parten, i vårt exempel svarande i denna rättegång, kan icke avvisas. Om talemöjligheten fullständigt frånhänts honom, skulle detta dock vara en nödvändig följd och innebära den otänkbara konsekvensen, att kåranden i strid mot den kontradiktoriska principen fick föra talan ensam. Svaranden kvarstår emellertid i partsställning. Följden av att talerätten utdifferentierades ur talemöjligheten och för den tappande förintades blev densamma, som vi i annat sammanhang¹ bevittnat: Parten behåller väl talemöjligheten, men denna förtunnas till en abstrakt möjlighet att vara part i processen utan att tillgodonjuta talerättens förmåner. Och då, såsom här närmast har förutsatts, den nya processens föremål endast delvis sammanfaller med den tidigare, kommer tydligen förlusten av talerätten icke att hindra utövandet av talerättens funktioner i den senare processen i annan mån än partens nya talan sammanfaller med hans tidigare.

Vi hade utgått från att den senare processen väckts av den i förra rättegången vinnande parten. Vi böra nu ägna några ord åt det fallet, då den i förra rättegången *tappande* parten i den nya rättegången uppträder som kårande.

För detta fall är den svenska rättens ståndpunkt så som den i allmänhet torde genomföras åtminstone principiellt sett förenad med vissa olägenheter. Rättskraftsverkan innebure ju i första hand konsumtion av talemöjligheten. En i strid mot den förra domen anhängiggjord talan skall avvisas.² Nu gäller emellertid naturligen för detta fall liksom för det vi ovan omordat, att part icke gärna stämmer om identiskt samma sak, som i förra rättegången var före. Han söker tvärtom komma fram med anspråk, som till synes äro självständiga,

¹ Ovan s. 16.

² Jfr rf. i H 1911 s. 16.

ehuru de vid närmare undersökning befinnas avhängiga av utgången i förra målet. Denna avhängighet kan givetvis vara mer eller mindre medelbar. Men då det i varje fall icke råder identitet mellan den nya och den avgjorda talan, kommer konsumtionen av talemöjligheten, vilken konsumtion individualiserades av sistnämnda talan, icke att i den nya återfinna sitt föremål. Vi kunna tänka oss, att den förra rättegången underkände kapitalskulden, och att tappande part i ny rättegång kräver ränta. Att räntetalan i anseende till den tidigare rättegångens utfall icke kan bifallas, är utan vidare klart. I ett sådant fall som detta torde man vara benägen att låta rättskraften komma till synes i dess negativa funktion i meningen av konsumtion av talemöjligheten: man avvisar den senare talan. Oaktat de båda processföremålen ligga varandra så nära, kan jag ej finna annat än att ett dylikt avvisande är oriktigt. Konsumtionen av talemöjlighet måste äga fasta gränser, och dessa gränser ha fastställts genom den förra domen. Rätten till kapital och rätten till ränta äro som tvisteföremål formellt två skilda frågor. Den senare är icke prövad i rättegångsväg, och talans avvisande betyder här principiellt rättsförvägran.

Men även om man för det valda exemplets del skulle kunna medgiva, att på grund av processföremålets natur den senare talan kan anses om icke identisk med den förra så dock innesluten inom densamma, så förekomma likväl fall, där föremålen för de båda processerna ligga så avlägset från varandra, att det först efter ingående saklig prövning av privaträttsliga förbindelseled kan utrönas, att det första avgörandet är av prejudice-rande betydelse för den senare rättegången.¹ Att denna prövning ändas med en dom, som enligt sitt innehåll säger, att frågan icke upptages till saklig prövning, kan ej vara principiellt riktigt.²

¹ Jfr KALLENBERG 1901 års 1. s. 96.

² Jfr rf. i H 1913 s. 200 (ogillande i st. f. avvisande).

Det förefaller mig naturligare att även här konsekvent fullfölja den tankegång, som ovan utvecklats för det fall, att partsförhållandena voro omkastade. Domen skulle icke tilläggas verkan att avskära talemöjligheten, skapa processhinder, utan dess processuella verkan skulle inskränkas till fastställandet av att den vinnande ägde och att den tappande saknade konkret talerätt med avseende å den fråga, som avgjordes i domen. I tillämpningen skulle detta här leda till följande resultat. Kärandens talan i den nya processen avvisas icke utan upptages till saklig prövning. Men befinnes det vara en förutsättning för bifall till denna talan, att den fråga, som var före i den tidigare rättegången, löses på annat sätt än där skedde, kommer käromålet att ogillas. Ty den konsumtion av talerätten, som blev en följd av domen, medför en motsvarande *inskränkning* av talemöjligheten även i den senare rättegången och omöjliggör härigenom hopbringandet av ett för en gynnsam dom erforderligt processmaterial.

Bortelimineras på nu förordat sätt rättskraftens »negativa» funktion i meningen av konsumtion av talemöjligheten,¹ skulle vi som antytts kunna göra det som

¹ Som stöd för åsikten, att domen äger processhinderande verkan eller som det också kan uttryckas, att invändningen om rättskraften hänför sig till processförutsättningarna, åberopar WREDE i sitt arbete *Processinvändningarna*, 1884, s. 117 dels bestämmelsen i (den numera upphävda) 25: 21 RB, att till rättegångsfel höra, att den dom är ändrad, som vunnit laga kraft, dels 28: 1 RB. Den förra bestämmelsen kan dock, enligt vad WREDE själv vidgår, för sig betraktad ej anses säga mer, än att domaren förbjudes att fälla en sådan dom, som strider mot en annan. Och 28: 1 kan, såvitt jag ser, lika litet som föreskrifterna i 29 kap. sägas ålägga domaren att avvisa saken. Om 29 kap. hänvisas till ovan s. 14. I båda fallen ålägges part böter, men detta kan ej vara bestämmande för det processuella förfarandet, vars gestaltning ju omhänderhaves av domstolen. 29: 2 förutsätter uttryckligen, att böterna ådömas, sedan dom i sak låtit den ena parten framstå som tappande, och det torde vara svårt att visa något skäl varför icke 28: 1 skulle kunna tolkas i överensstämmelse härmed, ehuru den sakliga domens innehåll här kan bli det motsatta, om nämligen det är vinnande

ovan på tal om rättskraftens positiva funktion utvecklats till gemensam regel för rättskraftsverkan över huvud. I negativ formulering skulle denna regel kort kunna sammanfattas så: rättskraften innebär preklusion av den tappandes talerätt inom ramen av hans i processen förda talan men ej av hans talemöjlighet.

Denna preklusionsverkan betyder, som vi ha sett, praktiskt, att vissa partshandlingar — argumentering, bevis — i den nya processen bliva utan processrättslig relevans. De utlösa icke den reaktion från domstolens sida de eljest skulle ha gjort.¹

Preklusionen drabbade den tappandes talerätt sådan den individualiserats i den förra rättegången. Därav följer utan vidare, att i den mån tidigare åberopade talegrunder, invändningsfakta och bevisning kunna bli av betydelse för en annan, genom annat tvisteföremål individualiserad och i förhållande till den förra fristående talan, måste de kunna ånyo beaktas. Käranden har t. ex. som köpare yrkat köpeavtalets fullgörande, men

part som stämt på nytt. Av §:ns fortsättning framgår emellertid, att lagstiftaren närmast tänkt på tappande part, i vilket fall jämförelsen med 29: 2 ligger ännu närmare. Vill man behålla domens processhinderande verkan, bör denna inskränkas till det fall, då fullständig identitet mellan den nya och den avdömda talan råder. Då detta fall, som i texten sagts, endast sällan torde förekomma, är regeln skäligen onödig. — I tysk rätt synes domen ej tillerkännas verkan av processhinder, FREY s. 47.

¹ Det är uppenbart, att bortfallandet av domens processhinderande verkan icke behöver medföra, att frågan om rättskraften blir en privaträttslig fråga, att med andra ord invändningen om rättskraften blir en sakinvändning. Den är icke en processinvändning, om man som KALLENBERG 1901 års I. s. 68 med en sådan förstår ett påstående, som går ut på att avvärja processen i dess helhet. Däremot är den en processuell invändning i den meningen, att en omständighet åberopas, »som gör någon viss processuell akt i nämnda process oberättigad eller betydelselös», a. a. s. 67 och 69. — En konsekvens av vår tankegång är, att preskriptionsinvändning som innebärande en invändning om den konkreta talerättens förlust är en processuell invändning, jfr ovan s. 16. Annan mening TRYGGER, Kommentrar till lag om handräckning åt utländsk domstol, 1901, s. 47 not 3.

svarandens bestridande av att köp kommit till stånd har tagits för gott. Käranden är icke i en senare rättegång hindrad från att åberopa sin i förra rättegången anförda argumentering och bevisning till stöd för rätt att av svaranden utfå ersättning för kostnader, som han i förlitande på köpeavtalets existens lagt ut till svarandens förmån. Detta dock under förutsättning, att icke processmaterialet och domen ge vid handen, att även denna fråga fallit under det första domsavgörandet. Slutligen erinras om regeln, att preklusion icke kan drabba omständigheter, som inträffat så sent, att de ej kunnat göras gällande i processen.¹

Den genom domen åvägabragta talerättsregleringen är avsedd att vara orubblig för framtiden. Detta är garantien för att det i domen träffade avgörandet skall bli definitivt. Under vissa omständigheter kan dock preklusionen av talerätten hävas och part återförsättas i den belägenhet vari han varit före dess inträde. Detta sker genom framgångsrik ansökan om återbrytande av dom. Vilka de särskilda anledningar skola vara, som kunna möjliggöra användandet av denna utväg, är väl i svensk rätt i motsats mot vad för vissa utländska lagstiftningar gäller,² ej noga angivet. Frågan är ställd till konungens prövning för varje enskilt fall.³

Den talerätt vi i det föregående rört oss med — kärandens och svarandens, den vinnandes eller den

¹ WREDE II s. 237—8.

² Jfr SINDBALLES översikt s. 91 o. f.

³ 31 kap. RB. — Läger man rättskraftens tyngdpunkt i dess preklusionsverkan, ligger det nära till hands att finna beröringspunkter mellan begreppen formell och materiell rättskraft: den förra betecknar preklusion i den tidigare och den senare preklusion i den nya processen. — Möjligheten till återbrytande av lagakraftvunnen dom betyder en inskränkning i preklusionsverkan. I en förenklad formel kunde rättskraftens verkan sammanfattas sålunda: rättskraften hindrar domstolen i en kommande process att utan konungens särskilda tillstånd beakta »nya skäl» (talegrunder, invändningar, bevisning) mot den

tappandes — individualiseras som redan antytts genom föremålet för den tidigare processen. Detta är städse ett uppgivet privaträttsligt förhållande mellan parterna.¹

Nu kunna emellertid i processen rättsförhållanden framföras från båda sidor. Svaranden kan för att värja sig tillgripa en egen rättighet, en moträttighet. Det är emellertid blott det å kändesidan påstådda rättsförhållandet, föremålet för kändens talan, vi här behöva beakta. Svarandens moträttighet träffas enligt vedertagen uppfattning icke av rättskraften; den är icke processföremål eller, som vi hellre skulle säga, den talerätt som eljes kan grundas å moträttigheten lämnas oberörd av domen.²

Det kan icke antagas, att ett anspråk tänkt som fristående i förhållande till den rättighet, varav det är en funktion, kan vara processföremål. Domen får icke träffa avgörande över allenast det nakna petitum.³ Vi måste söka oss fram till rättigheten som det egentliga processföremålet.⁴ Frågan om, vilken denna rättighet är, spörsmålet om rättskraftens objektiva gränser, erbjuder emellertid i det konkreta fallet avsevärda svårigheter. Identiskt lika anspråk kunna ha sitt upphov i helt olika rättigheter. Det blir processens egen utveckling, däri framställda yrkanden och domens uttalande, som få ge de erforderliga upplysningarna. Vi kunna

tidigare domen. — SINDBALLE har vid jämförelse mellan domen och en del privaträttsliga »Afgørelser» funnit, att de senare kunna angripas på åtskilliga grunder, som sakna motsvarighet bland dem som möjliggöra tillgång till extraordinära rättsmedel mot en dom. Han ser häri ett överskott i styrka å domens sida, vilket han kallar för rättskraftens excess, s. 89.

¹ WREDE I s. 216; II s. 234.

² WREDE II s. 240. RABENIUS Sv. J. T. 1918 s. 181 påpekar, att regeln är föremål för modifikationer i det fall, då kändens talan bifallits. Jfr ock HELLWIG I s. 796--7.

³ WREDE II s. 236.

⁴ En fullgörelsetalan skulle sålunda städse innefatta en fastställelsetalan. Jfr WREDE II s. 240.

taga ett exempel. Käranden yrkar upplåtande av besittning till byggnad på grund av arrende. Är nu svaranden i processen fastighetens ägare och han som sådan bestrider, att käranden över huvud har någon arrenderätt, kommer processen uppenbarligen att röra sig om denna senare fråga som huvudsak. Om processmaterialet visar, att arrenderätten verkligen kunnat göras till föremål för saklig prövning, och prövningens resultat redovisas i domen, synes man kunna antaga, att frågan om arrendeförhållandets existens varit det verkliga processföremålet. Det vore eljes möjligt för käranden att, oaktat han alls ingen arrenderätt hade, processa med svaranden om än den ena, än den andra av en arrenderätts funktioner. För att hindra detta bör svaranden tillerkännas rätten att trots sin ställning som svarandepart få sin negativa fastställsetalan angående arrenderätten i dess helhet slutgiltigt prövad.¹

Men processen kan taga en annan vändning. Svaranden kan ha inriktat sin talan t. ex. på att uppvisa, att de ifrågavarande byggnaderna icke falla under vad som omtalas i det vid domstolen företedda arrendekontraktet. Detta rör ju icke spörsmålet om kontraktet som sådant är giltigt eller ej. Arrenderätten blir icke föremål för någon som helst prövning. Det skulle då, synes det, ligga en motsägelse i att betrakta den som processföremål. Det är riktigare att anse besittningsrätten isolerad vara detta.

Det torde ofta nog inträffa, att processföremålet befinnes vara en dylik strängt kringskuren rättighet. En hyresgäst kan processa med sin hyresvärd om rätten att få köksspisnen lagad², och denna rätt kan ensam utgöra processföremålet, medan hyresförhållandet i dess helhet kommer att ligga därutom.

Att söka uppställa några allmänna regler för bedömandet av vad i den tidigare processen var det egentliga

¹ Jfr WREDE II s. 235, 239; SINDBALLE s. 125—9.

² Jfr CARLSON Sv. J. T. 1917 s. 357.

processföremålet torde vara lönlöst. Frågan synes höra till dem, där omständigheterna i det särskilda fallet böra tillmätas avgörande betydelse.¹

Vidare förtjänar anmärkas, att, även om man i visst fall är på det klara med vilken rättighet är processföremål — det är exempelvis äganderätt —, kan man likväl häri inlägga olika tolkningar. Närmast ligger det naturligen att låta äganderätten här så nära som möjligt ansluta sig till det civilrättsliga äganderättsbegreppet. Men ofta framhålles, att processens föremål blott är rättigheten, *stödd på den grund*, som i processen åberopats för densamma. Detta innebär, att samma rättighet ånyo kan göras till föremål för process, blott man inför en ny grund: i förra processen åberopades köp, i den senare hävd. Vi få härmed ett processföremål betydligt avvikande från den civilrättsliga äganderätten, nämligen det inskränktare begreppet äganderätt på viss grund. Det förefaller, som om svensk rätt icke skulle känna en dylik begränsning av processföremålet.²

¹ Jfr WREDE II s. 239—40.

Enligt 30: 5 RB är fullföljd från hovrätt till H. D. utesluten, då »värdet av vad parten i hovrätten tappat» uppenbarligen icke uppgår till 1500 kr. Det synes ligga i sakens natur, att detta värde bör vara det verkliga tvisteföremålets värde. I propositionen angående den lagändring, varigenom berörda stadgande tillkom, yttrar justitieministern, att uppskattningen skall ske efter *domslutet* men ej efter domskälen (prop. n:o 4 till 1915 års riksd. s. 45). Detta står dock icke väl i överensstämmelse med nyssnämnda grundsats, ty domslutet, svaret på det nakna petitum, kan ej utan vidare antagas redovisa värdet av den rättighet, som är processföremål. Undantagsstadgandet i 30: 13 p. 2 synes dock i detta sammanhang böra beaktas. — Den ofta använda motsättningen mellan domslut och domskäl är av föga gagn, om man anser processens föremål vara privaträttigheten och ej blott petitum. Ty vilken denna rättighet är framgår av de senare men ej av det förra. Domskälen innehålla härförutom i regel en uppräknings av omständigheter, som åtminstone delvis utsättas för den enligt vad i det föregående utvecklats för rättskraften utmärkande konsumtionen. — Om domsavfattningens betydelse för individualiseringen av tvisteföremålet jfr T. E. i Sv. J. T. 1919 s. 120.

² WREDE II s. 238 talar för densamma. Den i texten återgivna

Inskränktes processföremålet till ett så starkt beskuret rättsförhållande som ovan för vissa fall ifrågasatts, kommer domens preklusionsverkan visserligen att härigenom lida faktisk minskning i omfånget. Den uteslutes dock ej.

För att vinna en överblick över spörsmålet om rättskraftens subjektiva gränser skola vi till en början anknyta till det försök som ovan gjorts att bestämma rättskraftens natur. Vi måste då finna, att denna i och för sig icke kan förklara en utsträckning av domens verkan till en utom partsförhållandet stående tredje man.

Om A:s fordran hos C utdömts och A därpå vänder sig med process mot C:s borgesman B för att utfå beloppet, kan A:s i domen fastslagna konkreta talerätt icke här vara honom till någon nytta. Den rätten innebär endast rätt att i händelse av behov få ny dom *mot C* i överensstämmelse med den förra. Härur kan ingen processuell rätt härledas av betydelse för processen mellan A och B.¹ Skall alltså domstolen i den senare processen på något sätt vara bunden av domen mellan A och C, betyder detta, att till den rättskraftsverkan, vi hittills tagit i beräkning, lägges något mera, nämligen en fristående av den tidigare processens partsförhållande oberoende förpliktelse för domstolen att beakta denna dom.

Nu utgår man visserligen ifrån som huvudregel, att domen gäller blott mellan parterna,² vilket ju skulle innebära, att rättskraften inskränktes till den talerättsreglering för parterna, varom vi här förut talat. Man har dock icke kunnat stanna vid detta. Som nyssanförd exempel visar, kan domens *sakliga* innehåll ofta vara sådant, att det måste antagas medföra, att tredje mans ställning beröres, och man har åtminstone i vissa fall varit nödsakad att medge, att tredje man verkligen

meningen företrädes av TRYGGER, Kommentrar till lag ang. ändrad lydelse av 11 kap. RB, 1900, s. 20—1; Jfr SINDBALLE s. 8 o. 20.

¹ Liknande LUNDSTEDT a. a. s. 46.

² WREDE II s. 243.

träffas av rättskraften. För vissa tredje män gäller alltså, att i process, där de äro parter, domstolens bundenhet får det tillskott som nyss åsyftades. Emellertid råder åtskillig meningsskiljaktighet rörande frågan, vilka de fall äro, då en dylik verkan i tredjemansprocessen kommer till synes.

Först och främst måste vi söka göra klart för oss innebörden av det tillskott i bundenhet, som ålägges domstolen och yttrar sig i tredjemansprocessen. Bundenhet här kan innefatta ett mer eller ett mindre. Vi skola tills vidare uppehålla oss vid det senare. Under anknytning till exemplet ovan kan detta beskrivas på följande sätt. Domstolen har i den nya processen att utgå ifrån, att C på det sätt den tidigare domen utsäger nu häftar i skuld till A. I ordet *nu* ligger emellertid en mycket stark begränsning, som motiverar, att denna bundenhet kan kallas »ett mindre». Ty därmed är sagt, att domstolen i den senare processen icke behöver utgå ifrån, att skulden förefanns före processen. Domstolen har följaktligen rätt att antaga deklARATIONEN i den förra domen vara felaktig såtillvida, att den icke återger det verkliga rättsförhållandet, sådant det förelåg oberoende av denna process. Då domstolen däremot samtidigt måste förutsätta, att deklARATIONEN återger rättsförhållandet sådant det *efter* domen gestaltar sig, tillägger den tydligen den förra domen konstitutiv verkan. Men detta gäller blott så att säga domstolarna emellan. Det ingår i den senare domstolens processuella bundenhet att betrakta en tidigare dom som konstitutiv, men detta betyder icke, att domen verkligen har konstitutiv betydelse för privaträttigheten. En följd av allt detta blir emellertid, att tredje mannen B, när frågan om hans rättsställning i förhållande till A och C kommer före i processen, är oförhindrad att för sin del visa, att hans förpliktelse skall bedömas efter rättsförhållandet mellan A och C sådant det var

före processen, men icke efter som det från domstolens synpunkt måste te sig efter den förra domen.¹

Men domstolens bundenhet i den senare processen kan ock tänkas vara starkare. Den kan nämligen också fattas så, att domstolen skall utgå ifrån att C såväl nu står i skuld hos A som ock att hans skuld redan därförut verkligen existerade så som domen nu deklarerar. Domstolen vore med andra ord skyldig att utgå ifrån, att den tidigare domen vore *riktig*. I detta fall kan tydligen B i sin rättsställning bliva orubbligt prejudicerad genom domen. — I allmänhet torde man med rättskraftsverkan mot tredje man åsyfta en dylik starkare bundenhet.

Enligt den förra av de två meningarna kommer som synes domens verkan mot B att bedömas efter privaträttsliga grunder. Domen får den verkan mot honom som en hans intressen berörande privaträttsreglering mellan A och C skulle ha haft. Även om domen ej är konstitutiv, skall domstol betrakta den så, och man torde icke kunna förmena också B att själv anlägga samma synpunkt. Att domen skulle sträcka sin direkta verkan till honom blir här tänkbart, endast då den utomprocessuella, privaträttsliga situationen nödvändiggör detta, såsom då B ställt sin egen rätt i fullständigt beroende av huru parterna A och C med avvikande från ett tidigare rättsläge på egen hand ordna sina mellanhavanden eller ock en dylik avhängighet på grund av faktiska omständigheter är ofrånkomlig.² Av egen kraft sträcker domen icke sina verkningar utom partsförhållandet, ty domens betydelse har såsom det pri-

¹ SINDBALLE s. 141, 150.

² Jfr LUNDSTEDT's ex. a. a. s. 56: A och B äro ägare till fastighet, till vars förmån servitut i process mellan A och C ålägges C:s fastighet. Trots att B ej deltog i processen, är servitutet även för hans del fastställt. Äro tvärt om A och B ägare till *prædium serviens*, och i process, där B ej deltagit, servitutet fastställes, är möjlighet att få domen overksam förvarad åt honom genom 25: 10 RB. — Jfr WREDE II s. 248; LUNDSTEDT a. a. s. 58—9.

vata rättsärendets begränsats härtill.¹ Men just därför ligger ingen fara i att fullfölja tanken, att den ena domstolen skall betrakta den andras dom som konstitutiv, därhän, att detta får gälla utan undantag i alla kommande processer. Rättskraften kan ges ett »absolut» omfång.

Den nu utvecklade åskådningen torde i grund och botten vara en direkt konsekvens av förhandlingsmaximens betydelse i civilprocessen. Det är otvivelaktigt riktigt att som skäl för rättskraftens begränsning till parterna framhålla, att domens innehåll på grund av förhandlingsmaximens användning till väsentliga stycken blir beroende av parternas åtgöranden, vilket vid en utsträckning till tredje man av rättskraften i dess större styrka måste utsätta denne för fara.² Den begränsning, som ovan givits domsnormen, avvärjer denna fara. Men i samma mån som förhandlingsmaximen undantränges, minskas nödvändigheten att låta domens verkan mot tredje man bestämmas efter privaträttsliga regler. Skapas särskilda garantier för domens *riktighet*, finns intet hinder för en formell utsträckning till »absolut» omfång även av rättskraften i dess nämnda större styrka, d. v. s. domstolen skall i kommande tredjemansprocesser utgå ifrån, att den förra domens deklaration återger rättsförhållandet icke blott som det nu *är* utan som det redan före domen *var*. Exempel erbjuder statusprocessen.³

Det förefaller mig vara ändamålsenligare att — om vi bortse från sistberörda processform — konstruera rättskraftens verkan mot tredje man på det sätt, att domstolen ålägges den mindre graden av bundenhet i

¹ Jfr FREY s. 52. Detta gäller också i fråga om s. k. absoluta rättigheter. Domens till parterna begränsade verkan kan här uttryckas i SINDBALLES formulering, att domen avgör, att den tappandes rätt icke står i vägen för den vinnandes, s. 130, 141. — Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 45; WREDE II s. 250.

² Jfr HELLWIG I s. 801—2; LUNDSTEDT a. a. s. 30—1.

³ Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 61 not 1.

alla tredjemansprocesser, än att, vilket är det andra alternativet, föreskriva den större bundenheten i vissa särskilt angivna sådana. I det förra fallet fordrar man av domstolarna, att de skola betrakta varandras domar som om de hade konstitutiv verkan. Även från rent processuell synpunkt synes icke mer vara att invända häremot än emot en uppfattning, som ålägger domstolen att i vissa fall utgå från att domen är *riktig* och i andra fall alls icke taga hänsyn till densamma. Ty det förra måste bäst överensstämma med hela rättskraftsinstitutets syfte. Rättskraften avser att innefatta garantier för att domens utsaga skall i den allmänna samfärdseln så beaktas, som om bakom densamma verkligen finnes den privaträttighet domen enligt sin ordalydelse fastslår. Om nu lagstiftningen av olika skäl avstått från att låta domen själv konstituera privaträttigheten och nöjt sig med att skapa en processuell ram för densamma, rättskraftsverkan, kan man dock ej anse troligt, att den velat skära till denna ram så snävt, att den icke skulle täcka alla de fall, där privaträttigheten, om den vore en realitet, skulle bli relevant.¹

Till slut ytterligare en anmärkning. Förklara vi domstolen bunden att i tredjemansprocessen beakta

¹ I tillämpningen torde de olika åsikterna ej skilja sig särdeles från varandra. Jfr MUNCH-PETERSEN s. 388. Han finner skillnaden mellan MENDELSSOHN-BARTHOLDY's teori, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900, vilken varit förebilden för det i texten utvecklade, och den uppfattning, som vill låta rättskraften principiellt gälla blott mellan parterna (d. v. s. avböjer tanken på rättskraftens absoluta omfång men som undantag medger dess utsträckning till vissa tredje män), icke vara synnerligen stor i praktiken.

WREDE II s. 245 anser domens rättskraft inträda endast mellan parterna. I fortsättningen ansluter sig WREDE emellertid till MENDELSSOHN-BARTHOLDY. I likhet med denne stöder sig WREDE på satsen, att domens avgörande måste av envar erkännas och respekteras som norm för rättsförhållandet mellan parterna, II s. 246. Som LUNDSTEDT a. a. s. 47 o. f. visat, tarvar emellertid denna sats själv bevisning och är därför näppeligen tillräcklig grund för en teori. Teorins använd-

en tidigare dom, som vore den konstitutiv för den omprocessade rättigheten, måste vi räkna med att samma regel också bör kunna tillämpas i en ny process även mellan de ursprungliga parterna. Huru står detta tillsammans med det som vi i det föregående utvecklat rörande domens verkan att fastslå existensen och icke-existensen av parts talerätt? Svaret blir följande. Regeln, att domstolen skall i den senare processen lägga den tidigare domen till grund, som vore den av konstitutiv verkan, säger oss om *naturen* av domens verkan för parterna icke mer än den allmänna sats vi förut utgått ifrån, nämligen att domstolen är bunden gent emot parterna att upprätthålla den för dem tidigare meddelade domen. Det bör fasthållas, att vi icke tillagt domen verklig konstitutiv betydelse, därför att domstolen ålagts att beakta den som om den hade det. Det är alltjämt fråga om en domstolens formella bundenhet, och förklaringen av dess natur måste ligga i det processuella planet. Den undersökning vi gjort rörande innebörden av rättskraftens processuella verkan för parterna rubbas sålunda icke till sitt resultat av att regeln ges en ny formulering.

Liksom vi sökt utreda betydelsen av domens processuella verkan för parterna, kunna vi också söka giva ett processuellt uttryck åt domstolens bundenhet i tredjemansprocessen, vilken bundenhet hittills beskrivits med ovannämnda allmänna formel. Vi skulle då till en början finna, att svensk rätt icke vore främmande för att även låta tredje man, där han anses träffad av domens rättskraft, drabbas av en den utsträckta rättskraftens negativa funktion, d. v. s. talan i tredjemansprocessen avvisas. Även här böra vi dock fullfölja samma tankegång

barhet beror dock i detta som i andra fall mindre på bevisningen än på dess ändamålsenlighet. Härvidlag lider den motsatta åsikten, som i texten antytts, bl. a. av den svagheten, att enighet icke kunnat uppnås angående frågan, vilka de fall äro, då utsträckning av rättskraft till tredje man kan ifrågakomma, jfr LUNDSTEDT a. a. s. 34.

som tidigare. Har tredje mans rättsställning enligt här förut angivna regler prejudicerats på grund av hans ställning till tappande part, bör man räkna med en *inskränkning* i hans talemöjlighet, svarande mot en även för tredje man gällande konsumtion av talerätt, nämligen av den som skulle användas till att visa, att rättsförhållandet mellan parterna i den tidigare processen icke *nu* är sådant, som domen anger.

§ 8.

Skiljedomens processuella verkningar.

När i det följande talas om skiljedomen, bortses från skiljemäns beslut rörande kostnaderna i förfarandet¹ ävensom från ett sådant skiljemannautslag, varigenom skiljemän förklarar sig obehöriga att upptaga huvudsaken, tvisteföremålet, till prövning.²

Då man avhandlar frågan om domstolsdomens materiella rättskraft, plägar man mera sällan ägna någon större uppmärksamhet åt möjligheten att angripa domen genom ansökning om dess återbrytande. I själva verket anger emellertid denna möjlighet måttet på domens preklusionsverkan.³ Att man i allmänhet kan bortse därifrån beror naturligen i första hand på att denna möjlighet är så strängt kringskuren, att den praktiskt taget är utesluten. Och även om i det konkreta fallet möjligheten föreligger, får den betydelse för domen, först då part genom särskilt förfarande hos konungen utverkat återbrytandet. Intill dess detta skett, är domen i alla avseenden fullt verksam.

För skiljedomens del gestaltar sig saken annorlunda. Inledningsvis torde det vara tillräckligt att hänvisa till att, då i process en part åberopar densamma, motparten är oförhindrad att i samma process söka visa, att skiljedomen är en nullitet. Och detta angrepp på skilje-

¹ Om kostnaderna jfr FREY s. 173.

² Om dylikt beslut se HÄFFNER s. 51.

³ Jfr ovan s. 97.

domen är icke någon sällsynt undantagsföreteelse; ty att en skiljedom är nullitetsbehäftad är något, som man åtminstone mycket ofta har att räkna med.

Det må tillåtas mig att vid försöket att klargöra skiljedomens processuella verkningar ännu en gång gå tillbaka till motsatsen mellan de två synpunkterna: den utomprocessuella och domstolens.

Från utomprocessuell synpunkt är skiljedomen antingen felfri eller felaktig.

Den felfria skiljedomen uppvisar två former. Den ena är den, som från början är fullt oklanderlig, det vill säga varken behäftad med nullitetsfel eller så beskaffad, att den med framgång kan göras till föremål för klander. Den andra är den, som, utan att vara nullitetsbehäftad, från början lidit av sådant fel, som kunnat göras gällande genom klander. Har sådant klander icke väckts, är i och med klandertidens utgång även denna skiljedom i lagens ögon felfri.¹

För att en skiljedom icke skall vara en nullitet fordras följande.²

Den skall stödja sig på ett giltigt skiljeavtal.³ Detta följer, som vi förut utvecklat, vanliga civilrättsliga regler. Det kan ha varit ogiltigt redan från början, exempelvis på grund av misstag eller då dess föremål är något »som ej enligt lag må skjutas under skiljemän». Det kan ha blivit ogiltigt sedermera, såsom då det förfallit på grund av att den för dess giltighet utsatta tiden utlöpt.

Skiljedomen får icke gå utanför de gränser, detta avtal utstakat. Ej i subjektivt hänseende: den får ej

¹ Har klandertalan väckts och ogillats, kommer domstolsdomens processuella verkan att spela in; se nedan i texten.

² Se § 15 skjml. — Den i texten följande framställningen av nullitets- och klanderskäl är givetvis blott översiktlig.

³ Här bortses naturligtvis från sådana skiljeavtal som icke åsyfta skiljedom enligt skjml.

angå andras rätt än deras, som äro parter i avtalet. Ej i objektivt hänseende: den får ej innebära avgörande över andra rättigheter än dem, som innefattas under det i skiljeavtalet individualiserade tvisteföremålet.

Lagen förutsätter, att det egentliga skiljemannaförfarandet inledes därigenom, att skiljeavtalets tillämpning påkallas av endera parten.¹ Särskilt viktigt är detta vid avtal rörande framtida tvist. På något sätt måste konstateras, att tvisten uppstått. Och eftersom denna säkerligen icke kommer att angå hela det i skiljeavtalet som förutsatt tvisteföremål angivna rättsförhållandet utan endast viss eller vissa punkter däri, har det föreskrivits, att den part som påkallar ett sådant avtals tillämpning skall meddela motparten uppgift på den eller de frågor, om vilka skiljedom äskas.²

Detta påkallande³ av skiljeavtalets tillämpning har ansetts som nödvändig förutsättning för att skiljedomen skall kunna bliva giltig. Medan sålunda skiljeavtalet utgör den breda grunden för skiljemannaförfarandet, skapar den nu berörda åtgärden en i regel mera begränsad, ny men lika oundgänglig grund för detsamma. De skiljemän, som gå utanför den på detta sätt bestämda uppgiften, ha »överskridit sitt uppdrag».⁴

Vidare måste de personer, som meddela skiljedomen, ha ägt bemyndigande att vara verksamma som skiljemän. Att icke vem som helst kan sätta sig till doms mellan personer, som slutit skiljeavtal och påkallat dess tillämpning, är utan vidare klart. Däremot är icke lika klart, var gränsen går mellan den obehörighet, som föranleder nullitet, och den, som blott ger upphov

¹ § 5 skjml. Jfr TRYCKER TfR s. 263 o. f.

² Så ock då skiljeavtalet ej är skriftligt, § 5 skjml.

³ Skiljemännens protokoll eller egna anteckningar äga ej vitsord, att behörigt påkallande skett, rf. i H 1902 s. 27, 438.

⁴ Se TRYCKER TfR s. 282 och UL s. 143 not 2. — Detta är parternas åtgärder för att bestämma »objektiva gränser» för skiljemännens avgörande. Dessa gränser kunna av skiljemännen ehuru oriktigt ytterligare inskränkas, § 16 skjml.

till en klanderanledning. Den finska rättens stadganden i denna fråga synes FREY tolka så, att varje fel i skiljemans bemyndigande utgör nullitetsorsak.¹ Detta torde icke överensstämma med svensk rättsuppfattning. Särskilt måste man här taga hänsyn till de fall, då skiljeman tillsatts av överexekutor. I det enskilda fallet kan det erbjuda avsevärda svårigheter att avgöra, om valrätt inträtt för denne eller ej.² En felbedömning å överexekutors sida kan ej anses vara utesluten, men det skulle icke vara överensstämmande med god ordning att låta denna verka som nullitetsskäl. Har myndighet tillsatt skiljeman, ligger häri en så stark garanti för hans behörighet, att den som påstår motsatsen bör kännas skyldig att öppna särskild klanderprocess. Möjligen kunde följande regel uppställas: Felaktighet i skiljemans bemyndigande utgör nullitetsskäl i alla de fall, då icke myndighet på sätt nyss berörts verkställt valet.³

Slutligen erfordras, att skiljemannautslaget givits den i 13 § skiljemannalagen föreskrivna formen. Skiljedomens skall vara skriftligen avfattad och undertecknad av skiljemännen eller de flesta av dem med intyg, att den, vilkens underskrift saknas, deltagit i tvistens avgörande.⁴

Klanderanledningarna äro enligt skiljemannalagen:

¹ s. 205.

² Jfr ovan s. 47—8.

³ Denna regel inrycker under nullitetsfallen mer än TRYGGER hänför dit. Han synes anse, att fel i bemyndigandet i regel blott skapa klanderskäl, se TfR s. 277. — Med i texten sistberörda fall vore man benägen att likställa det, att part eller annan, som enligt skiljeavtalet varit valberättigad, utsett skiljeman efter det vederbörandes valrätt på grund av skjml:s bestämmelser övergått på överexekutor. Har emellertid hänvändelse till denne alls icke skett, torde ej ens klanderanledning här föreligga. Har åter dylik hänvändelse skett och överexekutor vägrat utse skiljeman, kan detta beslut överklagas, jfr ovan s. 48 not 3. Blir beslutet ständande, torde härigenom klandertalan på nu avsedd grund vara prejudicerad.

⁴ Jfr TRYGGER TfR s. 274 och 283; rf. i H 1908 s. 552; 1912 s. 263. Till dessa rf. TRYGGER UL s. 142 not 3. — Som ytterligare nullitetsanledning kan upptagas omständighet som nämnes i § 15 p. 2 skjml.

att skiljeman var jävig eller av annan orsak obehörig, eller att annan felaktighet ägt rum i avseende på ärendets behandling.¹

Skiljemans jävighet, den måhända praktiskt mest viktiga av klanderanledningarna, är föremål för bestämmelserna i 4 § skiljemannalagen. De fall, då skiljemans obehörighet eljes är klanderanledning, få vi i konsekvens med vad nyss sades bestämma annorlunda än FREY. Enligt denne författare är skiljeman »av annan orsak obehörig», då han saknar processuell handlingsförmåga eller annan för skiljemannavärvets utförande av lagen föreskriven allmän egenskap.² Det viktigaste fallet av obehörighet, snart sagt det enda man här behöver räkna med, är däremot för oss det, då överexekutor utsett skiljeman, utan att förutsättningarna för inträdet av överexekutors valrätt voro för handen.³

Skiljemannalagen ger blott knapphändigt besked i frågan, hur skiljemannaförfarandet rätteligen bör gestaltas. Vi berörde nyss regeln om påkallande av skiljeavtals tillämpning. Liksom vidtagandet av denna åtgärd över huvud var en nödvändig förutsättning för att undvika skiljedomens nullitet, är användandet av skriftlig form vid angivandet av tvistefrågorna, där sådant angivande enligt lagen skall äga rum, ett nödvändigt villkor för att icke en anledning till klandertalan skall uppstå.⁴ Åsidosättande av bestämmelsen, att samtliga skiljemän skola deltaga i tvists avgörande och att beslutet skall bestämmas av skiljemännens majoritet, skapar ock klanderskäl.⁵

¹ § 14 skjml.

² s. 205. Enligt nya norska rättegångslagen gör dylik omständighet skiljedomen ogiltig *ipso jure*, HAGERUP 3, II s. 445.

³ Jfr ovan s. 111 not 3.

⁴ Jfr § 5 p. 2 skjml.; TRYGGER TfR s. 282.

⁵ Jfr § 12 p. 1 och 2 skjml.; TRYGGER TfR s. 278—9. TRYGGER anser emellertid skiljedomen vara en nullitet, om icke samtliga skiljemän deltagit i tvistens avgörande. Skiljemännen skulle då ha överskridit sitt uppdrag, TfR s. 283. Vanligen torde en skiljemans utevaro

Föreskrifterna rörande förfarandet har doktrinen sökt fullständiga med den regeln, att den ena parten icke får givas någon förmån, som fränkännes den andra. Om sålunda den ena parten höres inför skiljenämnden, bör även den andra lämnas tillfälle att yttra sig. Än vidare skulle en parts begäran att få förebringa något inför skiljemännen — om det tydligen icke skedde blott för att fördröja saken — icke avslås. Grova oförligheter, såsom att skiljemän höra parter eller vittnen på ed, måste undvikas.¹

Skiljemannalagens ovan återgivna föreskrifter kunna i visst omfång ersättas med vad parterna genom avtal själva bestämma.² Dessa kompletterande avtal kunna göras så detaljrika, som parterna finna för gott. De få karaktären av en instruktion, som skiljemännen kunna vika ifrån blott med risk att deras skiljedom vid klander blir upphävd. De överenskomna föreskrifterna kunna emellertid blott avse skiljemannaförfarandets formella sida.³

draga med sig, att skiljedomen ej kan avfattas i den i 13 § föreskrivna formen. Men otänkbart är ju ej, att en vid det avgörande sammanträdet frånvarande skiljeman sedermera undertecknar skiljedomen. — Eftersättandet av det nya stadgandet i § 9 a torde ej kunna vara klanderskäl.

¹ Se TRYGGER TfR s. 268—9. — I fråga om ed må anmärkas följande: HAGERUP 3, II s. 442 bestrider, att skiljeman kan mottaga ed. För dansk rätt förefaller saken ej vara otvivelaktig: NELLEMANN s. 49. Skiljemän kunna mottaga ed, om sådan frivilligt lämnas. MUNCH-PETERSEN s. 476 synes ej heller finna sådant otänkbart. I engelsk rätt tillåtas skiljemän att höra parter och vittnen på ed, såvida ej parterna i skiljeavtalet uttryckt en annan önskan, Arbitration Act, sec. 7 (a). — Jfr FREY s. 157—8.

² Så § 12 p. 2. Huruvida parternas kompletterande avtal för att vinna beaktande i olika fall skall inryckas »i skiljeavtalet» eller kan träffas i en efterföljande överenskommelse lämnas här åsido.

³ Gå de härutöver, t. ex. om de innehålla, att skiljemännen skola döma efter sträng lag, torde här föreligga en omständighet, vilken bör fattas som förbehåll om vidare klanderrätt än 14 § skjml. medger och sålunda gör skjml. otillämplig; jfr ovan s. 29, 31.

I tysk rätt finnes ett stadgande, att skiljedom kan hävas på grund av att förfarandet var »unzulässig»,¹ ett uttryckssätt, som ju påminner om »annan felaktighet» med avseende på ärendets behandling. Man har tvistat om häri skulle inläggas, att en avvikelse från av parterna meddelade detaljföreskrifter skulle göra förfarandet ogiltigt, eller om det blott vore väsentliga fel eller rättare vad vi skulle kalla nullitetsskäl, som åsyftades med denna bestämmelse.² För den svenska rättens del är det otvivelaktigt, att även mindre avvikelser ge upphov till klanderanledningar.³

Härmed avsluta vi översikten över omständigheter, som kunna skapa nullitetsskäl eller klanderanledningar. Det bör särskilt framhävas, att felaktighet hos skiljedomen i lagens mening endast kan föranledas av orsaker, som kunna hänföras till skiljemannaförfarandets formella sida. Klander är möjligt endast på formella men ej på materiella grunder. Fel i förfarandet, som utan att kunna sägas vara formella, skulle göra skiljedomen från vanlig privaträttslig synpunkt, sålunda som privaträttsärende betraktad, ogiltigt,⁴ tillmätas här ej betydelse. Ett klander, som stöder sig på att skiljedomen skulle vara uppenbart orättvis eller obillig lämnas följaktligen utan avseende.⁵

Den felfria skiljedomen har i huvudsak samma processuella verkningar som domstolsdomen. Den skapar

¹ CPO § 1041, 1.

² HELLWIG II s. 127 intager förstnämnda, STEIN II s. 914, 919 sistnämnda ståndpunkt. T. o. m. den förra åsikten gör dock den begränsningen, att fråga skall vara om »överenskomna, väsentliga föreskrifter angående förfarandet», HELLWIG a. st.

³ Rörande det finska förslaget yttrar TRYGGER F J T s. 268, att dess formulering ej får tolkas så, att en behandling av saken, som strede mot vad parterna bestämt, icke skulle vara sådant fel, som berättigade till skiljedomens hävande. — I engelsk rätt framhålles, att åsidosättande av skiljeavtalets föreskrifter med avseende å formaliteter gör skiljedomen ogill, SLATER s. 69, jfr s. 53.

⁴ Se ovan s. 31—2.

⁵ Jfr TRYGGER TfR s. 276.

en konkret talerätt för den vinnande parten, och den står i vägen för utövningen av en därmed oförenlig talerätt från den tappandes sida. Den vinnande har alltså en processuell rätt mot domstol i kommande rättegång att få en dom i överensstämmelse med skiljedomen. Mera sällan torde emellertid denna rätt komma att utövas i form av talan på fullgörelse av själva skiljedomens innehåll. Till en början måste vi nämligen finna, att, om skiljemannaförfarandet gällt en fråga som av viss anledning icke kunnat gå till domstol, till exempel ett fastställelseproblem, skapar skiljedomen icke i sig själv de speciella processförutsättningar, som öppna domstolsvägen,¹ så att man på grundval av skiljedomen kan få en fastställelse om huvudsaken.² I övriga fall torde skiljedomens exigibilitet vara den processuella verkan, varav part begagnar sig. Endast i undantagsfall kunna vi sålunda förvänta en talan av part hos domstol om dom med samma innehåll som skiljedomen. Där emellertid sådant undantagsfall i praxis förekommit, synas domstolarna åtminstone hittills obenägna att direkt uttala sig om själva sakfrågan.³ Den uppfattning om *domstolsdomens* negativa verkan, som måste anses gällande i svensk rätt, gör detta fullt förklarligt. Vi ha dock i det föregående vänt oss mot denna uppfattning, och vad då yttrades äger givetvis tillämpning jämväl å skiljedomen.⁴ Man må jämföra det vida mera praktiska fallet,

¹ Jfr ovan s. 92 not 1. — Annorlunda med avseende å fråga, som skiljemännen förbigått, § 16 p. 1 skjml., TRYGGER TfR s. 284. Se ock § 16 p. 2 skjml.

² Däremot anser FREY s. 208 fastställsetalan angående skiljedomens egen felfrihet möjlig.

³ Se rf. i H 1901 s. 204. C stämmer på fullgörande av skiljedom. Svaranden A klandrar genstämningsvis skiljedomen. H. D. bifaller på det sätt C:s yrkande, att A:s klander ogillas.

⁴ Se ovan s. 93—5. FREY s. 208 anser skiljedomen skapa processhinder och vill avvisa fullgörelsetalan. TRYGGER TfR s. 277 finner fullgörelsetalan tillåten, där klandertid saknas (ä. svensk rätt). — Till stöd för det i texten utvecklade kan möjligen hänvisas till rf. i H 1898

att skiljedomen icke avser identiskt samma fråga, som blivit domstolssak, utan ett prejudicerande rättsförhållande. Att då skiljedomen, den ostridigt felfria skiljedomen, godtages och lägges till grund som en domstols dom, torde vara otvivelaktigt.

Här som vid domstolsdomen framträda likväl verkningarna tydligast, om man betraktar den tappande partens ställning. Den felfria skiljedomen prekluderar hans talerätt i sak. Var den tappande borgenär med en tvistig fordran, som i skiljedomen underkändes, kan han icke i en domstolsprocess få sin argumentering för denna fordrans bestånd beaktad.

I vissa hänseenden kan man påvisa olikheter mellan domstolsdomens och skiljedomens verkan. För skiljedomen gäller sålunda icke någon bestämmelse motsvarande 25 kapitlet 10 § rättegångsbalken.¹ Enligt detta lagrum kan i visst fall utomstående tredje man bliva bunden av domstols dom, om han underlåter att söka ändring däri inom ett år, från det densamma blev honom kunnig. Skiljedomen kan icke taga åt sig en dylik kraft mot utomstående.² Vidare sakna föreskrifterna om återbrytande av dom tillämplighet å skiljedomen.

Den felaktiga skiljedomen har icke den verkan, för vilken vi nu redogjort. Felaktig är en skiljedom enligt det föregående, om den är nullitetsbehäftad och då den lider av sådant fel, som kan angripas genom klander-talan, och tiden för sådan talans förande ej utlöpt.³ Man har i litteraturen velat skarpt skilja den nullitets-

s. 499. Rf. i H 1907 s. 261 och 1899 s. 184 kunna däremot ej åberopas. Här är fråga om utländsk skiljedom, och sådan har ej processuell verkan, se nedan s. 144—5.

¹ Jfr ovan s. 103 not 2.

² FREY s. 207. — Beträffande skiljedomens verkan mot tredje man äro i övrigt samma regler att tillämpa som ovan s. 101—5 utvecklats. En utsträckning av rättskraft i dess »större styrka» är här givetvis alltid otänkbar.

³ Rörande det fall, att sådan talan väckts, jfr nedan i texten.

behäftade skiljedomen från den som kan klandras. Den förra vore juridiskt sett lika blottad på verklighet, som om en vederbörligen undertecknad skiljedom aldrig avgivits av skiljemännen,¹ medan den senare vore en rättslig realitet, som skall såsom befintlig beaktas intill dess den undanröjts genom klandertalan.² Och det är obestridligt, att man kan påvisa mycket viktiga olikheter mellan de båda fallen. Att klanderanledningarna efter viss tid förlora sin för skiljedomen ödesdigra verkan måste tolkas så, att här föreligger en mindre grad av felaktighet. Därmed sammanhänger den rent faktiska omständigheten, att klanderanledningarna i regel lättare torde undgå uppmärksamhet än nullitetsfelen. Vidare förutsätter lagen uppenbarligen, att även den med klanderfel men icke med nullitetsfel behäftade skiljedomen äger exigibilitet.³ Men från dessa omständigheter synes man icke böra draga den vittgående slutsatsen, att en dylik skiljedom även i allt annat skall likställas med den felfria. Från exempelvis en fordrans exigibilitet kan man icke sluta till dess laglighet i övrigt; en erinran om institutet handräckning för fordrans utfående är tillräcklig för att bestyrka detta. Även klanderanledningar göra skiljedomen olaglig, intill dess talan därå prekluderats. »Lagligt stånde, olagligt återgånge.» Klanderfel och nullitetsfel gå in under samma rättsliga begrepp: anledningar till ogiltighet, motsatsen till rättsenlighet. Tankegången vinner stöd vid jämförelse med utländsk rätt. Gränsen mellan nullitetsfel och andra fel finnes nämligen vara tämligen olika uppfattad, om ens försök att draga någon gräns gjorts.⁴ Slutsatsen blir, att i

¹ TRYGGER FJT s. 270.

² TRYGGER TfR s. 277.

³ Jfr nedan s. 140.

⁴ Utgår man från vilka faktiska omständigheter enligt *skjml.* fattas som klanderskäl och som nullitetsskäl, kan om tysk och norsk rätt sägas följande. I tysk rätt sammanfattas i en uppräknings felaktigheter i skiljedomen utan hänsyn till skillnad mellan klander- och nullitetsanledningar, § 1041 CPO; jfr STEIN II s. 919. Enligt nya

intetdera fallet den olagliga skiljedomen kan tilläggas några som helst verkningar utöver dem lagstiftaren särskilt utpekade.

För gällande svensk rätt med dess korta klandertid kan det nu anförda synas icke äga större betydelse. I det följande kommer det likväl att lämnas oss tillfälle att draga några konsekvenser därav. Den första hör till detta sammanhang: Instämnes under klandertiden talan i huvudsaken, där skiljedomen åberopas, exempelvis fullgörelsetalan, och göres det från motsidan gällande, att skiljedomen är behäftad med klanderfel, får domstolen icke lägga skiljedomen till grund för sitt avgörande, som vore den felfri.¹ Vad ovan har sagts innebär emellertid blott, att skillnaden mellan en nullitetsbehäftad och en med klanderfel behäftad skiljedom icke skall skärpas utöver vad lagen härom själv påbjuder. Däremot måste givetvis de olikheter uppräthållas, som positivt rätt stadgat. Hit hör, att klanderfel, som i annat sammanhang skall beröras, icke i motsats till nullitetsfel kunna tagas under prövning i process om själva huvudsaken. I vårt fall erbjuder sig därför ingen annan utväg, än att domstolen hänvisar parterna att i särskild rättegång utföra klandertalan. Huvudsaken får göras vilande, intill dess sådan klandertalan avgjorts eller, om parterna avstått från sådan process, klandertiden gått till ända.

I det föregående ha vi utgått ifrån, att vi vetat, att skiljedomen i det konkreta fallet var felfri eller felaktig. När frågan om skiljedomens verkningar komma upp i en viss process, står saken från domstolens synpunkt sett

norska rättegångslagen prekluderas även nullitetsskäl, se t. ex. § 468, 2 jfrd med § 469, st.2; jfr ock HAGERUP 3, II s. 446. — Teorin har för övrigt ej varit helt främmande för tanken, att även nullitet principiellt vore att göra gällande genom särskild talan, jfr BERGENDAL, De svenska rättsmedlens historia, 1916, s. 49.

¹ Som analogi kan åberopas, att testamente icke får läggas till grund för lagfart, innan det »blivit ståndande»; jfr 18:3 AB och § 6 m. I lagfartsförordningen.

i regel helt annorlunda. Skiljedomen, företedd för domstolen, framstår som en handling i den för en skiljedom föreskrivna formen. Men medan en domstols dombrev, såvida ej alldeles extraordinära omständigheter tillstöta, självt ger besked om sin processuella relevans, kan den handling som innefattar skiljedomen icke lämna ett oemotsägligt uttalande om sin motsvarande verkan. Ty den beror ju på skiljedomens privaträttsliga föregående. I stället för att åstadkomma avsedd »rättskraftsverkan», kan den föranleda en incidentstrid rörande sin egen felfrihet. Först när denna strid är utagerad och skiljedomen befunnen felfri, när dess processuella relevans upp till domstolsdomens. Med nu berörda omständigheter sammanhänger, att skiljedomen icke kan av domstolen beaktas *ex officio*.¹

Lagstiftningen har träffat anordningar för att denna tvist skall kunna utföras i särskild rättegång: klanderprocess och särskild nullitetstalan. Av skiljemannalagens ordalag att döma, är, som redan antytts, denna väg den enda på vilken klanderskäl kunna göras gällande.² Invändning eller replik i process om huvudsaken, det i skiljedomen avdömda rättsförhållandet, kunna icke ersätta klandertalan. Så är däremot, vilket ju följer av nullitetsbegreppets innebörd, icke förhållandet med avseende å nullitetsskäl.³ Det råder dock ingen tvekan om att särskild nullitetstalan är tillåten.⁴ Detta torde för övrigt

¹ HELLWIG II s. 124. Detta oaktat skiljedomen enligt tysk rätt skall deponeras hos domstol, § 1039 CPO; jfr nya norska rättegångslagen, § 465, 2 st. Österr. CPO låter depositionen ske även hos enskild, § 593. Detta anser NUSSBAUM, Denkschrift, s. 27—8 vara att gå för långt; skiljedomens rättskraftsverkningar torde göra »amtliche Verwahrung notwendig». — FREY s. 179 anser, att skiljedom bör beaktas *ex officio*.

² 14 § skjml.: Vill part hava skiljedom hävd — äge han draga frågan därom under domstols prövning, så framt han instämmer sin talan —. För nya norska rättegångslagen jfr HAGERUP 3, II s. 446.

³ § 15 skjml.

⁴ TRYGGER TfR s. 283.

vara en följd redan därav, att skiljeavtalet kan göras till föremål för särskild fastställelseprocess.¹

Klander- och nullitetstalan avse skiljedomens undanröjande, den förra på grund av omständighet som är hänförlig till klanderanledningarna, den senare på grund av nullitetsskäl. I intetdera fallet har domstolen att ingå på huvudsaken. Undanröjande av skiljedomen för frågan tillbaka till samma läge som om ingen skiljedom kommit till.² Klandertalan står öppen blott under förut omnämnda klandertid, nittio dagar från det skiljedomen delgavs part.³ För nullitetstalan finnes ingen motsvarande tidsbegränsning. Enligt vad förut sagts är talan mot skiljedomen på materiella grunder utesluten.

Efter vad vi i det föregående utvecklat måste det framstå som oegentligt att angiva talans syfte som skiljedomens undanröjande. Vad man härmed vill nå kan icke principiellt vara undanröjande av den felfria skiljedomen utan den felaktiga, och denna är icke någon laglig skiljedom. Och man kan ej undanröja något som ej finns. Därför har man också ofta reserverat termen undanröja för klandertalan, under förmenande att det här men ej vid föreliggande nullitet⁴ fanns något att åsidosätta. Med de åsikter, för vilka vi ovan gjort oss till talemän, kunna vi emellertid icke göra denna skillnad. Föremålet för undanröjandet är i intetdera fallet en skiljedom i rättslig bemärkelse utan en skiljedomsliknande företeelse. Det är viktigt att fasthålla detta. Skiljedom

¹ Se ovan s. 46.

² Jfr TRYGGER TfR s. 281 och ABRAHAMSSON, Landslagen med anmärkningar, 1726, s. 232.

³ Det är skiljedomen i huvudskrift eller bestyrkt avskrift, som skall delgivas, § 14 skjml. — Den i engelsk rätt utsatta klandertiden (se nedan i texten) börjar löpa från det parterna erhållit »notice» från skiljemannen om skiljedomen, SLATER s. 71. Formulär hos SLATER s. 198 till en dylik notice: » — my award lies at my chambers — — ready to be delivered.»

⁴ FREY s. 203: Parts talan på fastställande av skiljedoms nullitet är en ren fastställsetalan.

som föremål för klander eller nullitetstalan är ett begrepp av en helt annan innebörd än den lagliga skiljedomen.

Här betyder skiljedom processuellt blott ett faktum, som kan ge upphov till klander eller nullitetstalan, ett talerättsgrundande faktum.¹ Huru mycket fordras för att en skiljedom i denna bemärkelse skall föreligga? Vi kunna fordra en handling av den form som föreskrives i 13 § skiljemannalagen, eller rättare, en handling så avfattad, att icke av handlingen själv framgår, att denna form är åsidosatt. Det skall finnas en viss sannolikhet för att den innefattar en skiljedom enligt skiljemannalagen. Man kan knappast fordra något mera; till och med denna fordran kan tänkas vara för sträng. Vill man uttrycka fordringarna på skiljedomen som talerättsgrundande faktum mera allmänt, skulle det kunna ske med anknytning till vad som brukar sägas om villkoren för fastställsetalan:² En handling som i anseende till övriga förekommande omständigheter skapar ett rättsligt intresse för viss person att få uttalande om dess ogiltighet som skiljedom. Man kunde möjligen vilja föreslå, att villkoren bestämdes olika för klander- och för nullitetstalan. Tillgång till klander öppnades blott, när skiljedomen ej vore en nullitet. En dylik åtskillnad är dock av praktiska skäl otänkbar³ och meningslös och står i strid med den tankegång, vi förut utvecklat.

Syftet med talan kan följaktligen uttryckas på följande sätt. Part avser att få ett uttalande om att en viss handling icke är en skiljedom. I ett dylikt uttalande ligger ett undanröjande av den rättsliga bestämdhet hos handlingen i fråga, som består däri, att den kan befaras ge upphov till för parten menliga rättsverkningar. Vid nulliteten äro dessa tämligen oberäkneliga; då blott klanderfel föreligga äro de fullt påtagliga: skiljedomen är exigibel och blir vid klandertidens utgång felfri.⁴

¹ Se ovan s. 15 not 4.

² Se ovan a. st.

³ Jfr rf. i H 1905 s. 476.

⁴ Jfr HELLWIG II s. 125. (I huvudsak emellertid av helt annan

Klandertalan och nullitetstalan ha här ställts sida vid sida. Ytterligare några konsekvenser av denna samhörighet framgå av följande.

Om till en början part klandrar skiljedom under åberopande av en viss klandergrund, skall han männe förmenas att efter klandertidens utgång i processen anföra en annan klandergrund? Frågan synes böra besvaras nekande. Klanderprocessen måste, med den ställning svensk rätt intager, vara behörigen igångsatt även utan att någon särskild klandergrund anges i stämningen.¹ Den tillfälligheten att sådan nämnts bör ej tolkas som en begränsning till talan på denna grund. Men denna tankegång bör föras vidare. Även om den under klandertiden anhängiggjorda talan stödes icke på klander- utan på nullitetsskäl, böra här klanderskäl få anföras efter klandertidens utgång. Rätten till undanröjande av skiljedomen är en och densamma, oberoende av vilka grunder som åberopas för den. Preklusionsstadgandet i 14 § skiljemannalagen kan naturligen ej eftersättas; men det bör ges en med dess ordalydelse icke oförenlig vidhjärtad tolkning: rätten att anföra klanderskäl är förvarad, om antingen klander- eller nullitetstalan instämts före klandertidens utgång.

Göra vi emellertid rätten till undanröjande i dess helhet till processföremål, måste rättskraftens omfång bestämmas i enlighet därmed. Detta innebure en praktisk fördel. För den kommande huvudprocess, där skiljedomen hade att göra sina verkningar i denna egenskap gällande, skulle en ogillad klander- eller nullitetstalan städse betyda, att all tvist om skiljedomens egen riktighet vore utesluten.² Skiljedomen hade även praktiskt nått domstolsdomens betydelse.

mening). — Har undanröjande skett, är skiljedomens olaglighet ju konstaterad. Den avklädes alla rättsliga verkningar, även exigibiliteten. I likhet med TRYCKER UL s. 152 not 2 har jag därför svårt att förstå H. D:s ställning i rf. i H 1906 s. 482.

¹ Jfr ovan s. 100.

² Annorlunda tysk doktrin, HELLWIG II s. 125. På ny grund

Det behöver ej särskilt framhållas, att bestämmelserna om förutsättningarna för talan på undanröjande av skiljedom, om begränsning av talerätten, uteslutande av materiella klanderskäl och preklusion av formella, böra betraktas som rent processuella.¹ Vidare följer det av tidigare utvecklade grundsatser, att denna talerätt icke är föremål för parternas avtalsenliga disposition. Att en avsägelse av talerätten här vore tillåten har lagen nämligen ej antytt.^{2, 3}

Efter denna undersökning av klander- och nullitets-talan och det skiljedomsbegrepp vi där mött återvända vi till den från utomprocessuell synpunkt felfria skiljedomen. Vi skola söka helt kortfattat åskådliggöra dess öden i en pågående rättegång om den i skiljedomen avgjorda huvudsaken. Det är redan nämnt, att part måste åberopa skiljedomen, för att den över huvud taget skall vinna beaktande. Har klandertalan mot skiljedomen förts och ogillats, bereder oss skiljedomen ingen ytterligare svårighet. Föreligger ej detta fall, måste vi antaga, att den i skiljedomen tappande nu söker göra gällande, att

kan ny talan föras. — Den i texten intagna ståndpunkten innebär, att, om en nullitetsbehäftad skiljedom klandras utan åberopande av nullitetsfelet, och klandret ogillas, blir skiljedomen att för framtiden anse som gill. Detta torde icke stå i överensstämmelse med uppfattningen i praxis, jfr TRYGGER's yttrande i rf. i H 1905 s. 476 (»i denna sak»). Hur främmande förstnämnda åsikt än kan förefalla, synas dock praktiska skäl tala för den. Jfr f. ö. utgången om A, sedan B krävt honom på en betalad skuld, väcker negativ fastställsetalan enligt § 6 preskriptionsförordningen men tappar. Se angående sistnämnda fråga WREDE II s. 241.

¹ Annorlunda HAYUM s. 110: Die Bestimmungen über Anfechtung des Schiedspruchs aber gehören in das bürgerliche Gesetzbuch.

² Jfr FREY s. 204. Enligt nya norska rättegångslagen kunna parterna icke avsäga sig rätten att åberopa »ugyldighetsgrunde, som de ikke har kjendskap til» § 471. — I engelsk rätt förefaller det, som om parterna kunde avsäga sig rätten att göra gällande »misconduct» å skiljemannens sida, LAWS s. 481.

³ Om forum för klandertalan se TRYGGER Tfr s. 280.

skiljedomen är felaktig. Åberopas vid invändningen klanderfel, är saken skäligen enkel, ty som vi förut antytt föranleder detta rättegångens avbrytande under den tid, klanderskålen kunna ha någon betydelse. Återstår då blott det fall, att nullitetsinvändning framställes.

Är det den vinnande parten som stämmer på skiljedomens fullgörande, medför svarandens invändning om nullitet hos skiljedomen en särskild förhandling härom. Åberopar käranden såsom här antages som enda grund för sin talan skiljedomen, saknar svaranden intresse av att inrikta sitt försvar annorlunda. Käranden förmenar sig blott utkräva en processuell rätt till dom i överensstämmelse med skiljedomen, en rätt som denna skapat. Kan svaranden visa, att skiljedomen är nullitetsbehäftad och sålunda icke givit käranden denna rätt, är grunden för kärandens talan undanryckt. Huvudparten av rättegången ägnas åt denna till sin natur processuella fråga. Ogillas emellertid nullitetsinvändningen inträder skiljedomens rättskraftsverkningar. Dessa innebära till sin negativa riktning, att svarandens talerätt i huvudsaken är förlorad; vad han anfört mot kärandens talan lämnas följaktligen obeaktat.

Kärar åter den tappande parten, gör han detta direkt ur det rättsförhållande, som var skiljedomens föremål. På svarandens invändning om skiljedomen, svarar käranden med replik om nullitet. Svarandens invändning går ut på att kärandens talerätt är prekluderad genom skiljedomen. Situationen blir densamma som i förra fallet, blott med omkastad partsställning. Ett ogillande av nullitetsrepliken betyder, att käranden saknar talerätt; hans talan ogillas.

Den från utomprocessuell synpunkt felfria skiljedomens »rättskraft» är sålunda i sina praktiska verkningar betydligt modifierad genom möjligheten, att i samma rättegång, där denna verkan skall framträda, tvist kan uppstå om skiljedomen själv. Härvid får ej bortses från den ur reglerna om klandertalan härledda begränsningen av

denna möjlighet. Materiella och även formella klander-skäl äro uteslutna; blott nullitetsskäl kunna åberopas. Redan i incidenttvisten om skiljedomen själv visar sig sålunda en kraftig preklusion. Men först efter det gynnsamma slutförandet av denna tvist framträder klart skiljedomens andra och huvudsakliga preklusionsverkan: den att avskära den tappandes talerätt i huvudsaken.

Jämförd med domstolsdomen har skiljedomen, som av det nu anförda torde framgå, rent praktiskt sett en betydligt mera osäker processuell verkan. Det är därför föga riktigt att som ett sammanfattande omdöme om skiljedomen säga, att den har samma verkan som en lagakraftständer domstolsdom.¹ Särdeles träffande framhåller TRYGGER detta på tal om den i finska förslaget till reform av rättegångsväsendet upptagna bestämmelsen, att skiljedom skall gälla för parterna såsom laga kraft ägande dom.² TRYGGER finner, att detta säger för mycket och för obestämt. Bäst vore att låta skiljedomen utan särskild föreskrift gälla för vad som framgår dels av att den icke är en laga kraft ägande dom dels av att den ej av materiella och, efter viss tid, ej heller på formella skäl kan överklagas.³

Skiljedomen upplöser skiljeavtalet med avseende å den till skiljemännen hänskjutna frågan. Men detta gäller endast om den är felfri.⁴ Avtalet blir sålunda

¹ Jfr tyska CPO § 1040; nya norska rättegångslagen § 464 st. 2.

² Finska förslaget § 408.

³ F J T s. 272—3.

⁴ Jfr TRYGGER TfR s. 281. I tysk rätt anses skiljeavtalet upplöst även av en ogiltig skiljedom, HAYUM s. 75; STEIN II s. 901; HELLWIG II s. 117. —

En sak för sig är frågan, om skiljedomen upplöser skiljemännens mandat, även om den är ogill. Hit hör också frågan, om skiljemän äga att meddela förklaring av sin skiljedom, jfr TRYGGER TfR s. 284. För engelsk rätt se SLATER s. 71, 118. I Arbitration Act sec. 7 (c) är uttryckligt stadgat, att skrivfel och dylikt i skiljedomen få rättas av skiljemännen.

bestående vid sidan av den nullitetsbehäftade skiljedomen, om ej särskilda omständigheter medfört dess förfallande. Härur kunde man vänta sig komplikationer. Dessa komma dock ej att befinnas vara olösliga. Klart är, att skiljeavtalet icke är avsett att hindra klandertalan eller nullitetstalan. Det enda, det skulle kunna lägga hinder i vägen för, är talan i sak. Som vi sett börjar emellertid denna, när spörsmålet om skiljedomens felaktighet över huvud taget bringas på tal, med en incidenttvist rörande denna fråga. Denna tvist kan tydligen ej heller hindras av skiljeavtalet. Slutar denna tvist med ett gillande av skiljedomen, är ju skiljeavtalet från domstolens synpunkt härmed upplöst, och skiljedomens verkningar bliva aktuella. Vid en motsatt utgång av incidenttvisten beror det på omständigheterna, om skiljeavtalets verkan skall inträda eller ej. Till en början kan ju grunden till skiljedomens nullitet vara just den, att skiljeavtalet var ogiltigt. Detta fall måste sålunda först lämnas ur räkningen. Härefter bör man skilja på de fall, då i skiljedomen vinnande part stämt om skiljedomens fullgörande och då tappande part stämt i huvudsaken. Stöder sig käranden i förstnämnda fall allenast på skiljedomen, bör dess nullitet tydligen medföra talans ogillande. Denna talan ligger ej inom avtalets föremål.¹ Men kärandens talan kan också ställas så, att han som alternativ grund för densamma åberopar jämväl annat än skiljedomen, han kärar med andra ord samtidigt direkt ur det bakomliggande rättsförhållandet.² Här föreligger ju alltid möjligheten, att kärandens talan kunde trots skiljedomens nullitet bifallas. Följaktligen skulle invändning om skiljeavtalet kunna äga betydelse för avvärjande av denna eventualitet. Framställer sålunda svaranden invändning ej blott om skiljedomens nullitet utan ock om skiljeavtalet, skulle processen teoretiskt sett kunna avslutas med ett

¹ Jfr TRYCKER TfR s. 277.

² Jfr rf. i H 1907 s. 261.

ogillande av karendens talan i vad den stödes på skiljedomen och ett avvisande av densamma i övrigt. Vad som genom domen skall ernås, kan tydligen vinnas genom att målet i dess helhet avvisas. Är det åter den i skiljedomen tappande parten som stämt i huvudsaken och visat nullitet hos skiljedomen, synes även här dom i sak kunna avvärjas genom att svaranden åberopar skiljeavtalet. I såväl det ena som det andra fallet torde dock gälla, att särskild invändning om skiljeavtalet måste framställas, för att detta skall kunna beaktas.

Ofta synas väl doktrin och lagstiftning ha ägnat ringa uppmärksamhet åt sambandet mellan skiljedomens rättskraftsverkan och möjligheten att i den ena eller andra formen klandra skiljedomen, men det har å andra sidan icke sagnats författare, som beaktat detta samband. Då WACH för tysk rätt påpekar, att klander-möjligheten är avsevärt mycket större, då fråga är om skiljedomen än den är vid den lagakraftvunna domstolsdomen, gör han ju blott en iakttagelse, som ligger i öppen dag. Men han påvisar även, att detta innebär en skillnad i domens och skiljedomens rättskraftsverkan. Och han yttrar, sedan han konstaterat, att meddelad »Vollstreckungsurteil» inskränker möjligheten att klandra skiljedomen: Här visar det sig, att »verkställighetsdomen icke blott förlänar skiljedomen exigitet utan också stegrad rättskraftsverkan».¹ SCHMIDT har upptagit WACH's synpunkter, då han gör gällande, att skiljedomens fastställande verkan är svagare än domstolsdomens. Vidkommande stadgandet i den tyska civilprocesslagen, att skiljedomen mellan parterna har en rättskraftig domstolsdoms verkan, yttrar denne författare, att detta är direkt vilseledande.²

Skiljedomens verkan, sådan den i *tyska* rättegångslagen reglerats, är avsevärt svagare än enligt svensk

¹ Handb. s. 75—6.

² s. 157, 159.

rätt. Därvid behöver man ej närmast tänka på att skiljedomen icke är exekutionstitel utan måste göras till föremål för Vollstreckungsklage och Vollstreckungsurteil för att kunna verkställas.¹ Även skiljedomens preklusiva verkningar äro betydligt mindre utpräg- lade. Lagen uppräknar väl en del klandergrunder, som kunna sägas åtminstone påminna om dem, som den svenska skiljemannalagen upptagit; den preklusionsverkan, som inträder redan vid skiljedomens gi- vande, är sålunda jämförlig med vad för svensk rätt gäller.² Men denna preklusionsverkan stegras icke som här automatiskt, vid viss tids utgång; som nyss an- tyddes stegras den först i och med att verkställighets- domen ågått. Klanderanledningarna äro synbarligen icke i första hand tänkta som skäl, vilka skola göras gällande i särskild klanderprocess, utan de förutses skola framställas som invändningar i verkställighets- processen.³ För att få preklusionsverkan ökad till den högre graden plägar man även för sådana skiljedomar, som ej kunna vara föremål för exekution, utverka verk- ställighetsdom.⁴

Verkställighetstalan är principiellt en talan på full- görelse av skiljedomen.

Den *engelska* skiljedomen representerar i viss mån en annan typ. Den preklusion, som inträder redan vid skiljedomens avgivande, är icke så formellt begränsad som för svensk rätt gäller. Lagens beskrivning på klan- deranledningarna är formulerad på detta sätt: dom- stolen har att förklara skiljedomen ogill, om skiljeman gjort sig skyldig till försummelse eller oförstånd (mis-

¹ CPO § 1042.

² Sålunda är obillighet ingen klanderanledning, STEIN II s. 920. — Jfr ovan s. 32 och nedan s. 130 not 2.

³ Jfr § 1042 st. 2 CPO. Dock kan också direkt klanderprocess anställas, WACH s. 76.

⁴ HÄFFNER s. 56. — Verkställighetens preklusiva betydelse har understundom förfäktats även för svensk rätts del, se TRYGGER TIR s. 277, UL s. 148—50.

conducted himself), eller om skiljedomen tillkommit på ett felaktigt sätt (has been improperly procured).¹ Någon särskild benägenhet att tolka detta stadgande restriktivt kan väl knappast påvisas i praxis, om än de formella klanderskålen taga ett framstående rum.² Sidoordnat med klanderinstitutet finnes en möjlighet att utverka domstolens beslut på att avgjorda frågor skola återsändas till skiljemännen för förnyat övervägande. Domstolens prövningsrätt synes i detta fall ej vara av lagen bunden inom några särskilda gränser.³

Rättigheten att anställa klandertalan är även i engelsk rätt begränsad till viss tid.⁴

Finsk lag förtjänar också att nämnas. Föreskrifterna om skiljedomen äro givna i samband med reglerandet av dess exigibilitet.⁵ Många stadganden påminna om den svenska skiljemannalagen. Vad man emellertid särskilt fäster sig vid är frånvaron av preklusionstiden nittio dagar. Klandertalan på formella skäl — materiellt klander är lika litet tillåtet i finsk som svensk rätt — står alltså öppen under obegränsad tid.⁶

Beträffande nu gällande *dansk* och *norsk* rätt hänvisas till vad tidigare yttrats.⁷

¹ Arbitration Act, sec. 11 (2).

² Jfr SLATER s. 125 o. f. — Det betonas i engelsk litteratur, att »setting aside the award» fordrar »serious legal misconduct» från skiljemannens sida, såvida man icke kan spåra »improper motive» hos honom, SLATER s. 130.

³ Arbitration Act, sec. 10 (1) — Domstolen får ej själv »alter» eller »amend» skiljedom, SLATER s. 73. Skiljemans påstådda misstag i en rättsfråga anses ej motivera ett återsändande, SLATER s. 121.

⁴ Rules of Supreme Court, 64, cit. hos SLATER s. 167.

⁵ UL kap. 3 § 16.

⁶ FREY s. 207—8.

⁷ Se ovan s. 30—3.

§ 9.

Skiljedomen och privaträtten.

En jämförelse mellan skiljemannalagens med processuell verkan utrustade skiljedom och den privaträttsligt bindande skiljedomen skall ge vid handen, att de i process synbarligen förete alldeles likartade rättsföljder. Äro de var och en på sitt sätt felfria, och några andra skiljedomar beakta vi icke i detta sammanhang, läggas de till grund för domstolens avgörande. Härifrån få vi likväl icke draga slutsatsen, att verkningarna i det ena och det andra fallet äro av samma natur. Avgörande härför är verkningarnas principiella grund, och denna är icke densamma. Den privaträttsliga skiljedomen är verksam därför, att den mätt med privaträttslig måttstock är felfri: den uppbäres av parternas avtalsvilja.¹ Den processrättsliga skiljedomen åter är felfri även i de fall, där den från privaträttslig synvinkel måste te sig felaktig. Detta är innebörden av att den icke kan klandras på materiella grunder. Dess formella felfrihet är till fyllest för att åvägabringa dess verkningar i process. Här kunna vi icke härleda skiljedomens kraft från parternas avtalsvilja, detta icke ens om de »utfäst sig att åtnöjas med» skiljedomen; ty en dylik utfästelse bör icke förutsättas i sig själv medföra en så långt gående orubblighet som den berörda.² Vi tvingas

¹ Jfr ovan s. 25 o. f.

² Se ovan s. 29—30. — WACH vill däremot härleda skiljedomens bindande kraft direkt ur parternas avtalsvilja, Handb. s. 74. — Jfr parternas bundenhet av ett godmansavgörande, ovan s. 19. Ett

att söka härleda denna verkan direkt från statsmakten;¹ därmed har skiljedomen fått en offentligrättslig bestämning. Och då vi skola närmare utföra denna tanke, erbjuder sig osökt analogien med domstolsdomen: skiljedomens verkan innefattar en från privaträttigheten fristående processuell talerätsreglering.

Konstruktionen vilar på antagandet, att privaträttigheten kan tänkas såsom något från den processuella rättsföljden skilt. En verklig talerätt skulle kunna tilldelas en person, utan att han äger den motsvarande privaträttigheten, och den skulle kunna avhändas honom, trots att den senare är för handen. Att ett dylikt betraktelsesätt icke är doktrinen främmande, torde vara tydligt; vi kunna hänvisa exempelvis på det förhållandet, att den preskriberade fordran alltjämt anses kvarstå som en rättslig realitet.² Vilken juridisk bestämning kan då den privaträttighet ges, vilken berövats talerätten? Föga torde man vinna genom att taga tillflykten till ett »metafysiskt» rättighetsbegrepp.³ Det är nödvändigt att göra begreppet mera gripbart. Vi kunna med någon förändring av NORDLING's⁴ definition be-

dylikt avgörande kan klandras på grund av objektiv obillighet, även om parterna förbundit sig att rätta sig därefter, FREY s. 65. Parts verkliga avsikt med en sådan utfästelse kan förnuftigtvis aldrig vara, att han ämnar ställa sig skyddslös mot tredje mans rena godtycke. I teorin har man väl antagit, att parterna kunna överenskomma, att även ett efter gode mannens fullt fria skön träffat beslut är bindande (tyska B G B § 319, 2, *arbitrium merum*). Men man avböjer tillämpningen i praxis. Antingen betraktar man ett avtal med sådant innehåll som stridande mot goda seder och därför ogiltigt, eller ock tolkar man det trots allt som avsåge det ett avgörande inom billighetens rämärken, WOLFF s. 32.

¹ Jfr FREY s. 175—6.

² Jfr FEHR s. 284.

³ Jfr ovan s. 10; uttrycket »metafysisk» torde för övrigt, som BÜLOW Klage s. 227 not 2 påpekar, vara tämligen obegripligt som juridisk begreppsbestämning.

⁴ s. 113. — Jfr TRYGGER, Skriftliga bevis, 1887, s. 7.

skriva privaträttigheten som ett faktiskt maktförhållande, tänkt som omgivet med en viss helgd på grund av överensstämmelse med rättsordningen. I helgden inlägga vi ett värdeomdöme från medmänniskors sida, vilket är oberoende av domstols uttalande i ett konkret fall. Rättigheten konstitueras genom det faktiska förhållandets godkännande som rättsligt av en allmän, på lagen grundad mening. Det allmänna rättsmedvetandet i betydelsen av det folkmedvetande, som i sig upptagit den gällande rättens bestämmelser, det juridiskt skolade rättsmedvetandet, får ytterst ge utslaget, om rättigheten existerar eller ej. Naturligtvis ger icke heller denna bestämning oss några oomtvistliga hållpunkter; å andra sidan torde det icke kunna bestridas, att ofta i en föreliggande tvist en självständig rättslig »allmän opinion» kommer till synes rörande frågan, var den verkliga rättigheten finnes.¹ Kan rättighetsbegreppet bestämmas på detta eller liknande sätt, blir rättigheten som sådan till sin existens oberoende av den till densamma knutna talerättens öde. Privaträtten och dess processuella ram kunna skiljas från varandra.

Det är givetvis icke från rättsordningens synpunkt önskvärt, att för visst fall sådant särskiljande inträffar. Den processuella talerätten är avsedd att komplettera privaträttigheten men icke att föra en självständig tillvaro. Därför är också domstolsförfarandet, processen, kringgärdat av garantier, avsedda att möjliggöra överensstämmelse mellan den talerätsreglering, som blir domens följd, och det verkliga rättsläget. Detta syfte tjäna de höga fordringarna på domares kvalifikation, domareed, forbundet förfarande. Väl är det sant, att förhandlingsmaximens tillämpning i ett enskilt fall kan motverka detta syfte, en omständighet, som måste tagas i beräkning vid bestämmandet av domens verkan mot utomstående tredje man. Men i stort sett

¹ Jfr SCHMIDT s. 18.

måste sägas, att domstolsprocessen verkar i enlighet med sitt syfte. Den i domen innefattade processuella regleringen kommer att stå i överensstämmelse med, icke avvika från den förprocessuella privaträttigheten.

Även om man på detta sätt principiellt låter processuell verkan och privaträttighet stå som två från varandra skilda företeelser, kan man dock ej underlåta att räkna med att de faktiskt öva en ömsesidig inverkan på varandra. Här skall blott flyktigt beröras denna verkan i en riktning. Det synes nämligen vara ofrånkomligt, att domen understundom genom sin processuella verkan medelbart blir av konstitutiv betydelse för privaträtten. I viss mån kan detta alltid sägas vara förhållandet med de oriktiga domarna, eftersom ju privaträtten under tidernas lopp så småningom nödgas att anpassa sig efter den i domen angivna ramen.¹ Men detta kan jämväl inträffa mera oförmedlat. Man må beakta de i praxis ingalunda ovanliga fallen, då parternas privaträttsliga transaktioner icke fylla fordringarna på juridisk begreppsklarhet. Parterna ha handlat i föreställningens form: part har ådagalagt sin överlåtelsevilja, men lämnat öppet om han avsåg testamente eller gåva. Man bör icke förneka, att ett visst rättsläge här skapats, men det är inom viss latitud obestämt. Vid prövningen av en dylik fråga måste domstolen stanna vid ett juridiskt begrepp; domen för då efter sin ordalydelse rättsförhållandet framom den punkt, där parterna lämnat det. Här synes det ligga mycket nära till hands att förmoda rättsgestaltning automatiskt inträda som reflex av domens processuella verkan.

Återvända vi härefter till skiljemannalagens skiljedomar, finna vi genast, att de flesta av domstolsprocessens garantier för utlåtandets riktighet här saknas. Vis-

¹ Jfr HELLWIG I s. 780; FREY s. 55—6. — Vi kunna bortse från de konstitutiva domarna, där den processuella regleringen med nödvändighet måste stå i överensstämmelse med det genom domen skapade privata rättsläget.

serligen lämnas föreskrifter om i vilka fall en skiljeman skall betraktas som jävig. Dessa föreskrifter kunna dock göras ineffektiva.¹ Om några särskilda kvalifikationer för skiljemannavärvets utövande talas eljes ej. Bestämmelserna om förfarandets gestaltande äro få, och av dem äro blott vissa undantagna från att kunna åsidosättas genom parternas disposition.² Skiljemännen avkrävas icke någon försäkran, som kunde likställas med domareed.³

Härur kunna vi omedelbart draga slutsatsen, att skiljemännens uppgift icke sammanfaller med domstolens. Lagen kan icke ha ålagt skiljemännen att ut säga, vad som är sträng rätt, utan att ha tillsett, att skiljemännen vore i stånd att lösa en dylik uppgift. Man har därför också uppställt den i sakens natur liggande regeln, att skiljemännen icke äro bundna av sträng rätt, utan ha att taga hänsyn till vad billigheten kräver.⁴ Den

¹ Jfr 4 § sista stycket skjml.

² Jfr ovan s. 113. Omdömet gäller icke engelsk rätt, där förfarandet skall gå i ett »quasi-judicial manner», LAWS s. 440. Typisk är den ställning skiljeman intager gent emot vittnen, jfr ovan s. 113 not 1, »being supported by all the authority of the High Court of Justice», SLATER s. 58. Kostnaderna för förfarandet taxeras på det officiella sättet genom en taxing-master, SLATER s. 105. — Även enligt fransk rätt följer förfarandet rättegångens former, om ej parterna avtalat annat, Code de procédure civile art. 1009.

³ »Kan eller vill parten ej tro den, som han till god Man har utsett, med mindre han svärjer; gör han mycket klokare, om han ej anförtror honom saken», NEHRMAN, Inl. til then sw. Processum civilem, 1751, s. 367.

⁴ FREY s. 159—161. Annorlunda HELLOWIG II s. 103: Processdomarens och skiljemännens uppgift är densamma. Det är oriktigt att säga, att skiljemännen icke vore bundna av lag utan ägde döma »nach billigem Ermessen». På frågan, vilken som har rätt, kan det blott ges ett svar, och detta har också skiljemannen att ge. — OERTMANN, som ansluter sig här till, gör också gällande, att rättsordningen icke saknar medel att tvinga skiljemännen att beakta lag. Han hänvisar till § 336 i tyska strafflagen, där skiljeman hotas med straff, om han uppsåtligen gör sig skyldig till »Beugung des Rechtes». Vidare hänvisar han på § 1041 N:o 6 CPO, där restitutionstalan mot skiljedom är tillåten, under vars förutsättningar inginge, att domare på straffbart

rörelsefrihet skiljemännen härigenom tillagts, kan i korthet sägas innebära följande. Skiljemännen äro obundna av rättsordningens yttersta konsekvenser, vilka äro ofrånkomliga för en med begrepp arbetande juridik. Men skiljemännen få å andra sidan icke gå utöver denna rättsordning på ett sätt, som skulle strida mot dess grundläggande principer.¹

Om skiljemännen hålla sig inom denna latitud, är deras avgörande riktigt. Vi kunna säga detta därför, att rättsmedvetandet här intager en bestämd ståndpunkt. Det hallstämplar en obillig skiljedom som oriktig, medan ett skiljemannaavgörande efter billighet vinner dess gillande. Fullt klart framträder detta, om vi beakta en skiljedom som faller utom skiljemannalagens reglering: den privaträttsligt bindande skiljedomen. Här blir rättsmedvetandets uppfattning av omedelbar rättslig relevans.² Och samtidigt få vi den för övrigt enda möjliga förklaringen till att avgörandet inom latituden uppfattas som riktigt: I denna del uppbäres det av parternas vilja. Parterna ha i skiljeavtalet givit skiljemännen mandat att med avvikande från vad som är sträng rätt gestalta deras privaträttsliga mellanvarande inom billighetens rāmärken. Så långt, men heller icke därutöver, uppbäres skiljedomen av parternas uttryckliga eller underförstådda utfästelse att åtnöjas med densamma.

sätt eftersatt tjänsteplikt mot part. Slutligen synes OERTMANN vilja låta en skiljedom underkastas »Anfechtung» på grund av »Unzulässigkeit», om skiljemannen handlat som god man, d. v. s. med åsidosättande av lag företagit en gestaltning av rättsförhållandet, s. 118—20, 134—5, 144—7. Även OERTMANN måste dock medge, att ett »äkta skiljeavtal» även kan som biverkningar avse att ge skiljemännen ställning som godmän, s. 143. Svensk rätt torde stå främmande för den av HELLWIG och OERTMANN uttalade åsikten. Jfr emellertid LAGKOMMITTÉN, Förslag 1822, motiven s. 159: Det är således klart, att skiljemännen skola följa lag, där parterna ej själva uttryckligen överlätit saken till deras gottfinnande.

¹ Jfr FREY s. 160.

² Jfr ovan s. 32.

Nu är emellertid verkan av en skiljedom enligt skiljemannalagen i det konkreta fallet icke beroende av om den är obillig eller ej. Skiljemännen kunna gå utom sitt privaträttsliga mandat på det sättet, att de icke låta billigheten utan det rena godtycket vara avgörande för sitt beslut. Skiljedomens verkan utåt rubbas ej härav. Men rättsgestaltning i det omfång skiljedomen anger är här utesluten, eftersom någon privaträttslig grundval för en dylik saknas. Skiljedomens verkan vilar här uteslutande på att den äger en självständig processuell betydelse.¹

En skiljedom som stödes av billighetens grundsatser kan däremot tydligen anses äga en tvåfaldig verkan. Å ena sidan skapar den en processuell reglering, å andra sidan verkar den rättsgestaltande.² Mot den processuella ramen kommer att svara en verklig privaträttighet.

Som förutsättning för skiljedomens existens över huvud är skiljeavtalet en förutsättning för skiljedomens verkningar i så väl den ena som den andra riktningen. Dess betydelse för skiljedomens processuella verkan är inskränkt därtill, att det utgör en rent formell grund därför. Är avtalet som giltigt avtal³ förhanden, så är grunden skapad, men verkningarna utveckla sig på ett sätt, som delvis faller utanför avtalsinnehållet. Skiljedomens privaträttsliga, rättsgestaltande verkan måste däremot direkt härledas ur detta.

Vi ha utgått ifrån, att skiljemännen äga att döma efter billighet och sålunda äga befogenhet till rättsgestaltning inom den härmed angivna latituden.⁴ Det

¹ HAYUM s. 15 går därför för långt, då han synes för alla fall vilja tillägga skiljedomen »praktisch lediglich constitutive, nicht deklarative Bedeutung».

² Jfr TRYGGER F J T s. 265. — ALTENRATH s. 33, 36 bestrider, att vid sidan av den processuella verkan hos skiljedomen i följd av skiljeavtalet kan inträda en särskild verkan.

³ Jfr ovan § 4.

⁴ Denna regel bestyrkes ock därav, att skiljedomen ej behöver

ligger nära att härtill foga en presumtion, nämligen den, att skiljemännen verkligen i det förekommande fallet icke i sitt avgörande gå utanför denna latitud. Denna presumtion innebär då också det, att man i regel i varje skiljedom ser icke blott grunden till processuella verkningar utan också den »medelbara förlikningen», privaträttsregleringen.

föres med motivering. — Enligt tysk rätt skall skiljedomen motiveras; bestämmelsen härom är dock dispositiv, § 1041 CPO.

§ 10.

Skiljedomens exigibilitet.

I 1734 års lag hade stadgandet om skiljedomens exigibilitet följande lydelse: Haver man å båda sidor skjutit det, som tvist är om, under goda män, och utfäst sig, att nöjas åt deras slut; gånge då det till utmätning. Stadgandet var innefattat som § 15 i utsökningsbalkens fjärde kapitel. Enligt sin överskrift handlade detta kapitel »om utmätning å skuldebrev, klara förskrivningar, och goda mäns utslag». Nu gällande utsökningslag har inryckt föreskriften om skiljedoms verkställighet i det kapitel, som enligt överskriften angår »verkställighet av dom i tvistemål, så ock av beslut i utsökningsmål». Det torde innebära en avvikelse från vanlig terminologi att å skiljedom använda beteckningen »dom i tvistemål», ty härmed åsyftar man åtminstone i de flesta fall domstolsdom, och det låge nära till hands att antaga, att kapitelrubriken, som ju också talar om beslut i utsökningsmål, avfattats mindre med tanke på skiljedomen själv än på det överexekutors förordnande, som enligt 46 § skall meddelas om verkställigheten.¹ Detta påpekas blott därför, att genom denna omständighet uppmärksamheten riktas på att sistnämnda förordnande kunde betraktas som den verkliga exekutionstiteln. Exekutionstitel i konkret bemärkelse kan nämligen fattas som den urkund, som med ett minimum av pröv-

¹ Meningen torde dock vara, att skiljedom ingår under uttrycket dom, jfr § 54 UL.

ning omedelbart kan läggas till grund för den så att säga mekaniska verkställighetsåtgärden.¹ Detta villkor fyller skiljedomen i varje fall icke i sig själv utan först i förening med överexekutors förordnande.² Skiljedomen i det rena verkställighetsstadiet erbjuder likväl mindre intresse än den gör som förutsättning för nämnda förordnandes meddelande. Fattad såsom en inför överexekutor som skiljedom åberopad handling, bör skiljedomen här närmast betraktas som ett talerättsgrundande faktum.³ Om vid prövningen härav överexekutor finner vissa omständigheter vara för handen, är han skyldig att på grundval av denna handling giva det begärda förordnandet.⁴

46 § utsökningslagen stadgar: Finnes därvid, att parterne under skiljemännen skjutit den fråga, varom skiljemännen dömt, samt att skiljeavtalet slutits utan förbehåll om rätt för parterne att klandra skiljedomen, och förekommer icke någon omständighet, på grund varav skiljedomen är ogill, ändå att talan mot densamma icke föres, förordne överexekutor, att skiljedomen verkställas må; och gånge den sedan i verket lika som domstols laga kraft ägande dom, där ej av högre myndighet eller av domstol, där talan mot skiljedomen är anhängig, anordnes förordnat varder.

Härur kunna följande villkor för exigibiliteten utläsas.

Det åberopade beslutet skall visa sig vara en skilje-

¹ Jfr SCHMIDT s. 875.

² Jfr § 54 UL.

³ Jfr ovan s. 121.

⁴ Förfarandet kunde betraktas som ett med lagsökningsförfarandet besläktat förfarande på grundval av skiljedomen. — Vid förarbetena till 1877 års UL hade den tanken varit uppe att låta detta förfarande bli en verklig lagsökningsprocess, där skiljedomen likställdes med annan handling, som kan grunda en dylik, se K. prop. N:o 2 till 1877 års riksd., H. D:s uttalande s. 16. Härigenom hade givetvis skiljedomen fått behålla det samband med »annor klar förskrivning», som den ägt i 1734 års lag.

dom över huvud, icke en uppenbar nullitet. Detta är det första och allmänna villkoret; angående detsamma behöver hänvisas blott till vad sakens natur kräver.¹ I lagtexten hänсыftas därå genom satserna »att parterne under skiljemännen skjutit den fråga, varom skiljemännen dömt» och »förekommer icke någon omständighet, på grund varav skiljedomen är ogill ändå att talan mot densamma icke föres».

Det andra villkoret är inneslutet i stadgandet, att skiljeavtalet ingåtts utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen. Denna förutsättning skärper det förra allmänna villkoret. Stadgandet i 46 § omredigerades vid skiljemannalagens tillkomst, och man måste följaktligen utgå ifrån, att föreskrifterna på det ena och det andra stället äro avsedda att stå i överensstämmelse med varandra. Motsvarigheten till bestämmelsen om frånvaron av förbehåll finna vi i 2 § skiljemannalagen. I dess andra stycke sägs, att skiljemannalagen icke äger tillämpning på skiljeavtal, som innefattar förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen. Lagens mening måste vara den, att exigibilitet kan åkomma endast en skiljedom, grundad på ett under skiljemannalagens reglering fallande skiljeavtal och skiljemannaförfarande, en skiljedom alltså, som till formen är sådan 13 § skiljemannalagen föreskriver² och dessutom icke kan mot bestämmelsen i 14 § samma lag klandras på materiella skäl. 46 § har icke gått så långt, att den fordrar, att skiljedomen skall vara felfri, bedömd efter skiljemannalagens bestämmelser. Det framgår av lagställets formulering, att även en felaktig skiljedom kan verkställas, om felaktigheten nämligen är hänförlig till vad skiljemannalagen anger som klanderanledningar till motsats mot nullitetsskäl.³

¹ Jfr TRYGGER UL s. 144, 151—2.

² Avvikelse härifrån är en speciell nullitetsanledning enligt skjml., se ovan s. 111.

³ Se ovan s. 117.

Av det sagda följer utan vidare, att en skiljedom icke är exigibel, om skiljeavtalet och det därpå grundade förfarandet falla utom skiljemannalagens tillämpningsområde. När detta inträffar ha vi ovan sökt utreda.¹ Vi försökte där framhålla det lämpliga i att den bokstavstroga tolkningen av 2 § skiljemannalagen modifierades i den riktningen, att även ett skiljeavtal utan uttryckligt förbehåll om klanderrätt kunde undandragas från lagens tillämpningsområde, blott parternas avsikter i sådan riktning eljes tydligt ådagalagts.² En allenast privaträttsligt bindande skiljedom vore sålunda icke exigibel, även om dess grund vore ett avtal utan uttryckligt förbehåll och den själv vore avfattad i en form som tillfredsställde stadgandet i 13 § skiljemannalagen, med andra ord oaktat de formella betingelserna för tillämpning av 46 § utsökningslagen vore för handen.

Nu kan det invändas, att allt talet om den privaträttsliga skiljedomen för svensk rätts del saknar betydelse, eftersom hittills rådande rättsuppfattning icke visat något tecken till att medgiva en sådan tolkning av 2 § skiljemannalagen, som ovan föreslagits. Härpå svaras, att, även om så är förhållandet, måste vi likväl taga ståndpunkt till detta institut på grund av dess teoretiska och därmed medelbart praktiska betydelse. Det möter oss nämligen, då fråga blir att inom riket verkställa utländsk

¹ Se s. 24 o. f.

² Det kan anmärkas, att även i andra fall en alltför bokstavstrogen tolkning synes otillfredsställande. Det inträffar nämligen, att skiljeavtalet understundom medger part rätt att hos en högre skiljenämndsinstans överklaga domen. Efter orden innefattar avtalet då »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Skillnaden mot vanliga skiljedomar är här, förefaller det, blott den, att icke en skiljedom kan anses meddelad redan i och med den första skiljenämndsinstansens beslut. Men har den högre skiljenämnden meddelat slutligt utslag, synes en exigibel skiljedom vara »given». Utlöper eljes den privaträttsligt utfästa klandertiden, jfr ovan s. 26 not 2. — Den nya norska rättegångslagen har förutsatt en skiljenämnd som högre instans, § 466. — Jfr rf. i H 1901 s. 507.

skiljedom. Detta ligger i öppen dag, när det gäller en skiljedom, vars verkningar bestämmas av exempelvis dansk rätt. Denna känner ju ingen annan skiljedom än den privaträttsliga.¹ Vi få här en omedelbar tillämpning av vår nyss utvecklade regel: en privaträttslig skiljedom är *icke* exigibel enligt 46 § utsökningslagen. Men detta var blott ett specialfall. Vi skola undersöka, om härur kan vinnas en generell regel.

Är vår utgångspunkt riktig, att skiljedomens preklusiva verkningar äro av processuell natur, då äro också reglerna för dessa verkningar underkastade samma begränsning som gäller för processrätten över huvud: processrättens tillämplighet i rummet bestämmas av territorialitetsprincipen.² Det är alltså uteslutet, att en svensk domstol skulle beakta preklusionsreglerna i en utländsk processlag, vi välja som exempel den engelska Arbitration Act.³ Omvänt gäller då naturligen, att engelsk domstol ej kan förväntas beakta preklusionsreglerna i svenska skiljemannalagens 14 §.⁴

Nu synes det ingalunda vara omöjligt, att en och samma skiljedom, samma av skiljemän meddelade beslut, kan bliva relevant inför olika staters domstolar, att sålunda exempelvis den i skiljedomen vinnande parten finner sig äga möjlighet att välja mellan in- och utländsk domstol för utförande av fullgörelsetalan.⁵ Det kan dock tydligen icke vara lämpligt att samma skiljedom utan begränsning skulle kunna ömsa sin processuella omklädnad, preklusionsverkningarna, sin bindande kraft, blott genom det faktiska förhållandet att den komme att

¹ Se ovan s. 30 o. f.

² Jfr LUNDSTEDT Utl. dom s. 36; FEHR s. 303—4; REUTERSKIÖLD Handbok i svensk privat internationell rätt, 1907, s. 44.

³ Kompletterad med Rules of Supreme Court, Order 64, ovan s. 129 not 4.

⁴ WREDE I s. 59—60 synes utgå från en modifierad territorialitetsgrundsats.

⁵ Jfr REUTERSKIÖLD a. a. s. 46.

åberopas vid det ena eller andra eller tredje landets domstolar.¹ Vi få sålunda försöka knyta skiljedomen till ett visst lands processlagstiftning. I första hand vore man benägen att här bygga på vad parterna kunde antagas i detta avseende ha åsyftat. Man skulle alltså söka utläsa detta ur skiljeavtalet. Att parterna över huvud taget skulle ha bestämmanderätt i denna rent processuella fråga kan väl ej anses utan vidare otvivelaktigt. Men då vi i vad rör svensk rätt givit dem rättighet att genom sitt avtal bryta hela skiljemannaförfarandet ut från skiljemannalagens tillämpningsområde, kunna vi näppeligen förneka dem rätten att infoga förfarandet i en annan, låt vara utländsk processuell ram. Nu torde man emellertid förgäves forska i ett skiljeavtal efter en bestämmelse, som kunde tjäna till belysning av parternas ställning till nu ifrågavarande spörsmål. Med skiljeavtalet avse de ju att stänga domstolsvägen både i in- och utlandet; denna avtalets negativa riktning måste för parterna undanskymma tanken på att anknyta det till ett visst lands processsystem.² Om alltså skiljeavtalet

¹ Vi förutsätta, att beslutets form icke eljes lägger hinder i vägen. — Till exempel kan väljas en med formalitetsfel behäftad skiljedom, som enligt ett lands lag blivit felfri på grund av klanderetidens utlöpande, medan enligt ett annat lands lag klandermöjligheten ännu står öppen (jfr skjml. och finska UL).

² Man må tänka på en kompromissklausul i ett svenskt-engelskt köpeavtal. För eventuella framtida tvister kan tydligen såväl svensk som engelsk domstol förväntas vara behörig. Detta hindrar naturligen dock ej parterna från att särskilt bestämma, att en skiljedom i varje fall skall tilläggas verkningar efter t. ex. engelsk rätt. — Att parterna hänskjutit tvisten till permanent skiljenämnd i det ena eller andra landet kan i och för sig ej skapa någon presumtion i nu förevarande fråga. Härvid torde ofta rena tillfälligheter vara bestämmande. Jfr rf. i Sv. J. T. 1917 s. 41, där enligt ett skiljeavtal tvist skulle avgöras av Köpenhamns »Bedømmelses og Voldgiftsudvalg for Kornhandelen», och enligt ett annat avtal mellan samma parter tvist skulle gå till »Stockholms skiljenämnd för spannmålshandeln». — Det har berättats mig om ett liknande skiljeavtal, där två svenska köpmän hänskjutit framtida tvister till en skiljenämnd i San Francisco.

enligt förmodan icke ger någon ledning, få vi tillgripa en annan regel. Jag föreslår den enklast möjliga: skiljedomens processuella verkningar regleras av processrätten i den stat, inom vilken den meddelats. I praktisk tillämpning betyder detta, att en skiljedom, som avkunnats på svenskt territorium och ej på grund av förbehåll i skiljeavtalet om klanderrätt är utesluten från skiljemannalagens tillämpning, när den kommer inför svensk domstol bedömes efter lagens 14 §. Och alla skiljedomar, som meddelats annorstädes, betraktas vid svensk domstol som utländska och — detta är det viktiga — undandragas från sagda lagrumms tillämpning.¹ Är denna tankegång riktig i vad rör skiljedomens preklusionsverkningar, bör den tydligen i anslutning till vad ovan sagts äga motsvarande giltighet med avseende å exigibiliteten: skiljedomar, varå svensk domstol ej tillämpar 14 § skiljemannalagen, äro icke exigibla enligt

¹ Regeln kan, synes det, betraktas som en konsekvens av territorialitetsprincipen. Det tillskott i styrka, som genom preklusionsverkan härledes från staten, fordrar som underlag inhemska rättsfakta. — ALEXANDERSON s. 43 anser, att tämlig enighet råder om att skiljedomens nationalitet ej kan avgöras genom platsen för dess avgivande. Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 19 not 34. Själv anser LUNDSTEDT a. a. s. 23 det vara felaktigt att över huvud taget uppställa frågan, om skiljedomen är svensk eller utländsk. Och däremot är intet att invända i vad rör skiljedomens *privaträttsliga* sida. Men den har i regel också en processuell, och det är för dess skull lokaliseringen är nödvändig. — FREY s. 191—2, till vilken GRANFELT synes ansluta sig (Elfte Nordiska juristmötets förhandlingar, 1920, s. 202), vill bestämma en skiljedoms nationalitet på det sättet, att man som utländsk betraktar endast den skiljedom, som enligt parternas i skiljeavtalet uttryckta vilja varit avsedd att ersätta utländsk domstols dom. Jfr HÆGER, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt, Berlin 1910, s. 74. Att regeln åtminstone i denna formulering icke kan vara av värde för det stora flertalet hithörande fall framgår av exemplet i början av föregående not. Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 21 not 38. Om svårigheterna att för *skiljeavtalets* del fastslå det gällande statutet och däri söka någon ledning, se LUNDSTEDT a. a. s. 20—1. Jfr ock nedan s. 146 not 1.

I tysk rätt gives viss betydelse åt det förhållandet, att skiljedomen deponerats vid tysk domstol, HELLWIG II s. 131.

46 § utsökningslagen.¹ Men vi kunna komma längre än till detta blott negativa resultat.

Följden av att en i England avkunnad skiljedom skulle anses reglerad av den engelska processrätten var i första hand den, att när skiljedomen kommer inför svensk domstol får denna icke tillämpa de svenska preklusionsreglerna därå.² Det praktiska argumentet för riktigheten av denna uppfattning är naturligen, att en i England given skiljedom måste förmodas angå en engelsk part och att denne skulle löpa fara för rättsförlust genom inträdet av preklusionsregler, som han ej kunnat räkna med. Men svensk domstol är utesluten ej blott från att i detta fall beakta de svenska preklusionsreglerna; ännu mindre kan domstolen mot territorialitetsprincipen tillämpa de engelska preklusionsreglerna.³ Vår subtraktion har lett till resultatet, att skiljedomen i detta fall avklätts all preklusiv verkan. Hela den processuella ramen har fallit bort.

Man frågar sig nu: finns det då någon rättsligt relevant skiljedom att räkna med längre? I det föregående har framhållits, att även den med preklusionsverkan omgärdade skiljedomen i regel får presumeras bära på en privaträttslig stomme.⁴ Avklädd processuella verkningar står skiljedomen kvar som privaträttsligt bindande. Då sålunda parterna i ett engelskt skiljeavtal utfästa sig att anse skiljedomen »final and binding» för sig,⁵ synes denna utfästelse icke förlora sin privaträttsliga verkan, därför att de preklusiva verkningarna försvinna.

¹ Jfr TRYGGER UL s. 153. — Annan mening LUNDSTEDT a. a. s. 18.

² Jfr WACH Handb. s. 249.

³ Detta bör gälla även i det fall, då parterna uttryckligen förklarar engelsk rätt tillämplig å skiljedomen. Härigenom kunna de vinna, att *engelskt* forum ej behöver tveka om de inhemska preklusionsreglernas tillämplighet och att *svenskt* forum, även om skiljedomen meddelats i Sverige, ej tillämpar 14 § skjml. Men de kunna ej binda svensk domstol att vara verksam enligt engelsk processrätt.

⁴ Jfr ovan s. 137; LUNDSTEDT a. a. s. 23.

⁵ Arbitration Act, Sched. I, h.

Vi få alltså i positiv formulering den regeln: Utländsk skiljedom, som kommer inför svensk domstol, skall bedömas som en privaträttsligt bindande skiljedom. Den kan läggas till grund för domstols dom efter prövning av de omständigheter, som äro avgörande för en dylik skiljedoms giltighet. Härom må hänvisas till vad tidigare anförts. Här anmärkes blott, att parterna kunna i större eller mindre omfattning ha lagt till grund en främmande skiljemannalagstiftnings regler om skiljeavtalet självt och om förfarandets formella sida och därigenom gjort iakttagandet av dessa föreskrifter till villkor jämväl för skiljedomens giltighet som blott privaträttslig. Detta blir en fråga om tolkning av skiljeavtalet.¹

I ett rättsfall har Högsta domstolen biträtt mening, att en i Köpenhamn av två svenskar, två tyskar och en dansk meddelad skiljedom mellan tysk och svensk part var exigibel mot den senare enligt 46 § utsökningslagen.² Såvitt tillgängligt referat visar, hade parterna som ju var att vänta icke berört frågan, vilket lands processrätt skulle äga tillämpning å domen. Från början synes man alltså ha haft att välja mellan svensk, tysk eller dansk processrätt som skiljedomens hemlandsrätt. Högsta domstolen likställde i varje fall skiljedomen med en ostridigt svensk sådan. Hade den svenska parten vunnit och sökt exekution i Tyskland, hade han, om skiljedomen varit felfri enligt tysk rätt och behandlats som tysk skiljedom³, kunnat i särskild Vollstreckungsklage

¹ Se LUNDSTEDT a. a. s. 24; jfr ock TRYGGER UL s. 153; WACH Handb. s. 250; rf. i H 1899 s. 184; 1907 s. 261. — Att skiljeavtalet hänvisar på visst lands lag som bestämmande för förfarandet, kan däremot ej tilläggas betydelse för den ovan s. 143—4 omhandlade fråga, jfr s. 143 not 2. — Den frågan tränger sig fram, om skiljedomen, då den går ut på fastställandet av en fordran, kan läggas till grund för lagsökning. Frågan synes böra besvaras nekande, jfr TRYGGER UL s. 39—40.

² Rf. i H 1914 s. 266.

³ Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 18 not 30.

utverka Vollstreckungsurteil. Men det bör beaktas, att denna icke meddelas, om någon klandergrund är för handen. Detta skapar en bestämd skillnad mot de svenska exigibilitetsförutsättningarna. Redan denna omständighet synes i och för sig kunna motivera en benägenhet att avböja domstolens uppfattning. Fortsättes den inslagna vägen, skola vi säkerligen alltför ofta få bevittna, att utländska medborgare som vinnande parter i skiljedom mot svensk medborgare äro bättre ställda än de varit, om den tappande varit deras landsman. Den svenska utsökningslagens 46 § har, som redan antytts, ingalunda motsvarighet i alla utländska lagstiftningar.¹ Svensk rätt uppställer mycket måttliga formella fordringar på en skiljedom för att den skall kunna verkställas och har därmed möjliggjort, att snart sagt varje utländsk skiljedom kan motsvara dessa villkor. Som motvikt häremot bör man, synes det, låta den på främmande stats område givna skiljedomen undergå en realprövning inför domstol, innan den kan verkställas.²

¹ Den *finska* bestämmelsen i 3: 16 UL är i huvudsak överensstämmande med den svenska 46 § UL; i nya *norska* exekutionslagen är visserligen skiljedom »tvangsgrundlag», § 3: 4, men begäran om exekution skall framställas hos »namsretten» ej »namsmanden», § 29: 1, jfr § 30 st. 2, 1. Enligt *engelska* Arbitration Act kan skiljedom verkställas som domstolsdom under förutsättning av domstolens tillstånd, sec. 12; *österrikiska* Exek. O. medger verkställighet efter ett beslutsförfarande inför domstol; jfr § 1 N:o 16, § 54 sista p., CPO § 594; *tyska* CPO fordrar åter särskild process inför domstolen, § 1042; *dansk och nu gällande norsk* rätt fränkänner skiljedomen all direkt exigibilitet, se ovan s. 33.

² Jfr LUNDSTEDT a. a. s. 19.



