

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>

INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[VIII]

PROCESSUELLA
GRUNDBEGREPP OCH
ALLMÄNNA
PROCESSPRINCIPER

NÅGRA PROBLEM INOM
DEN ALLMÄNNA PROCESSRÄTTSLÄRAN

AV
PER OLOF EKELOF

STOCKHOLM
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

FÖRORD

Det föreliggande arbetet var ursprungligen avsett att utgöra inledningskapitlet i en systematisk framställning av den svenska processrätten. Jag har nämligen kommit till den uppfattningen att universitetsstudierna i detta ämne skulle i hög grad underlättas, om det funnes en lärobok i vilken civil- och straffprocessen behandlades i ett sammanhang. I RB regleras ju till stor del båda processarterna genom likalydande eller gemensamma stadganden. Och i den mån detta icke är fallet, tror jag inlärandet härav skulle underlättas genom att den ena processarten ställdes i relation till den andra.

Civilprocessen hade jag redan behandlat i ett kompendium. Till en början ägnade jag mig därför åt de kapitel i RB, som enbart angå straffprocessen. Sedan detta arbete slutförts, tog jag itu med inledningen, som skulle behandla en del allmänna frågor, vilka äro gemensamma för båda processarterna. Då en sådan inledning ingick i kompendiet och jag dessutom ägnat några uppsatser åt vissa där behandlade problem, trodde jag denna del av arbetet ej skulle vålla så stora svårigheter.

Detta visade sig emellertid vara ett misstag. Framställningen i kompendiet, som i stort sett återgav allmänt accepterade åsikter, fann jag vid närmare eftertanke vara ohållbar på vissa väsentliga punkter. Jag beslöt mig då för att i stället behandla dessa frågor i en monografi. Att utveckla mina nya åsikter på det begränsade utrymme, som stode till buds i en lärobok, tilltrorde jag mig ej.

Det föreliggande arbetet gör inte pretention på att vara någon allmän processrättslära. Väsentligen behandlas här endast sådana frågor, angående vilka jag trott mig ha något nytt att komma med. En del andra problem finnas väl berörda i framställningen, men detta har skett endast i förbigående.

Vad angår avdelningen om de processuella grundbegreppen lider denna av att jag på grund av bristande filosofisk skolning ej förmått mera ingående analysera vissa logiska och

semantiska problem, som ha betydelse för de juridiskt betonade delarna av framställningen. Det är min förhoppning att någon, som härutinnan är bättre utrustad än jag, måtte intressera sig för dessa frågor.

Det största bekymret har den historiska avdelningen berett mig. Jag begynte mina universitetsstudier med att läsa historia och har alltsedan dess bevarat en stark misstro mot alla generaliseringar inom denna vetenskap. Men vad jag gör i detta arbete är just att generalisera! Därtill kommer att denna del av boken i mycket ringa grad grundar sig på några primärforskningar. I allt väsentligt bygger den på allmänna framställningar av processrättens historia, av vilka dessutom endast en del författats av personer med rättshistorisk skolning. På grund härutav förefaller det mig ofrånkomligt att det jag säger måste vara behäftat med åtskilliga oriktigheter.

Att jag ändock inte velat avstå från denna del av framställningen, sammanhänger med att jag genom mina rättshistoriska studier — hur ytliga dessa än ha varit — trott mig ha fått ett vidare perspektiv på problemen inom gällande rätt. Och jag har tänkt mig att detta även kunde gälla andra, som ha ett djupare intresse för vår rättskipning. Ur denna synpunkt kanske ändock min rättshistoriska exposé kan vara av något värde.

Jag har under arbetet på denna bok ofta tvekat om hur utförliga litteraturhänvisningar jag borde införa i notapparat. Denna hade kunnat göras praktiskt taget hur omfattande som helst, ty för de behandlade problemen har den utländska doktrinen samma intresse som den svenska. Resultatet har blivit att jag ingalunda citerat all litteratur som begagnats och att urvalet till en del skett på måfå. Arbeten, som blivit mindre uppmärksammade, hoppas jag mig dock ha fått med.

Av Institutet för rättsvetenskaplig forskning har jag åtnjutit ekonomiskt understöd för de forskningar, som ligga till grund för detta arbete. Härför ber jag att få framföra min stora tacksamhet.

Uppsala i augusti 1955.

Per Olof Ekelöf

INNEHÅLL

Förord	Sid. 1
Innehåll	3

I. PROCESSUELLA GRUNDBEGREPP

1. Olika slags definitioner inom juridiken	7
2. Rättsregel, rättsfaktum och rättsföljd	12
3. Ekvivalenta rättsregler	14
A. Berättigande och förpliktande rättsregler	14
B. Kategoriska och hypotetiska rättsföljder	15
C. Rättsregler som innehålla och sådana som icke innehålla en rät- tighetsterm	16
D. Primära och sekundära rättsregler	18
E. Handlingsregler för medborgarna och för rätten	18
4. Rätten och parterna	23
5. Processsubjekt, processhandling och processmaterial	27
6. Kännetecken och identitetskriterier	39
7. Yrkandet och dess föremål	54
8. Grunden och dess återopande	56
9. Saken	64
10. Saken och den materiella rätten	70
11. Talan	77
12. Identitetsfrågor	86
A. Grundens identitet	86
B. Sakens identitet	99
C. Yrkandets, käromålets och åtalets identitet	112

II. PROCESSRÄTTSLIGA NORMER

1. Inledning	122
2. Tvingande och dispositiv processrätt	123
3. Tillåtande, subsidiära och dispositiva regler	136
4. Obligatoriska och fakultativa regler	143

III. KORTFATTAD HISTORISK ÖVERBLICK

1. Inledning	153
2. Romersk rätt	159
3. Forngermansk rätt	163
4. Civilprocessen under medeltiden och nyare tiden	165
A. Den kanonisk-italienska processen	165
B. Den gemeinrättsliga processen	170
C. Den preussiska »Allgemeine Gerichtsordnung»	172
D. Den franska »Code de procédure civile»	174

E. Den tyska Zivilprozessordnung	177
F. Den österrikiska Zivilprozessordnung	179
G. Den sovjetryska och den nationalsocialistiska civilprocessen	181
H. Den svenska civilprocessen	184
5. Straffprocessen under medeltiden och nyare tiden	187
A. Den inkvisitoriska processen i Italien och Tyskland	187
B. Den akusatoriska processen i England och Frankrike	191
C. Den svenska straffprocessen	198
D. Straffprocessen enligt »La difesa sociale»	201

IV. ALLMÄNNA PROCESSPRINCIPER RÖRANDE RÄTTENS OCH PARTERNAS INFLYTANDE I RÄTTEGÅNGEN

1. Allmänna rättsprinciper och suggestiva slagord	207
2. Official- och förhandlingsprinciperna	214
A. Gönners uppfattning	214
B. Kallenbergs uppfattning	218
C. Andra uppfattningar rörande tvistemål	227
D. Brottmål	231
E. Förfarandet	240
F. Official- och förhandlingsprinciperna med ny innebörd	245
3. Legalitets- och delegationsprinciperna	268
Citerad litteratur	286
Förkortningar	292

I. PROCESSUELLA GRUNDBEGREPP

1. OLIKA SLAGS DEFINITIONER INOM JURIDIKEN

Man talar om juridiska grundbegrepp. Främst avses väl därmed begrepp, som begagnas inom alla olika rättsområden. Som exempel kan nämnas rättighet, förpliktelse, rättsregel, rättsfaktum och rättsföljd. Men på detta sätt betecknar man också begrepp, vilkas betydelse väsentligen begränsar sig till visst eller vissa rättsområden. Som exempel kan nämnas avtal och brott. I det följande skola vi sysselsätta oss med några sådana begrepp som begagnas inom processrätten.

De flesta termer, som beteckna juridiska grundbegrepp, förekomma även i vanligt språkbruk. Här ha de emellertid en vag innebörd och äro ofta även mångtydiga. Ett juridiskt grundbegrepp bör ha ett mera fixerat innehåll. Man brukar säga att den ifrågavarande termen härvid begagnas i en specifik juridisk-teknisk betydelse. Härigenom kommer begreppet i regel att få ett mera begränsat omfång än i vanligt språkbruk.¹

Avsikten med att på detta sätt använda vanliga ord i en särskild betydelse är naturligtvis att underlätta lagskrivning och rättstillämpning. Lagen kan göras mera kortfattad, såvida man kan räkna med att de som begagna den, fatta vissa i den-

¹ Uppställandet av en juridisk-teknisk definition på en term, som förekommer i dagligt tal, utgör vad Carnap (s. 3 f) kallar för en »explication». En sådan är enligt Carnap ingen exakt beskrivning av den mening, i vilken en term används i vanligt språkbruk. En explikation bör överhuvudtaget ej värderas efter dess sanningshalt utan efter dess användbarhet inom en viss teknik eller vetenskap. Som framgår av följande uttalande anser han dock att man på explikationer kan uppställa vissa allmänna fordringar: »A concept must fulfil the following requirements in order to be an adequate explicatum for a given explicandum: (1) similarity to the explicandum, (2) exactness, (3) fruitfulness, (4) simplicity.» Angående de krav, som ställas på en explikation, se även Naess s. 80 f.

samma ofta förekommande ord i viss bestämd betydelse. Och att detta blir fallet bidrar verksamt till enhetligheten inom rättstillämpningen.

Under sådana omständigheter kunde man tycka att t.ex. en framställning av gällande svensk processrätt borde inledas med en serie definitioner av sådana termer som rättegång, part, sak, yrkande, grund och bevis. Och dessa definitioner skulle ange den betydelse i vilken termerna begagnas i RB. Här möter emellertid flera svårigheter. Är det fråga om den betydelse, i vilken lagens upphovsmän *ansett sig* ha använt termerna i fråga? I så fall är uppgiften hopplös. Ofta ha dessa ej gjort sig några klara föreställningar härom och då detta varit förhållandet, går det sällan i efterhand att med någon rimlig grad av säkerhet fastställa vilken uppfattning de haft då de utarbetade lagen.

Men kan man då inte lägga lagens *rätta* tillämpning till grund för definitionerna? Detta kunde tänkas ske på följande sätt. Genom tolkning av ett stadgande fastställer man dess *tillämpningsområde*. Helst bör detta sammanfalla med stadgandets *betydelse*, ty då kan detta alltid tillämpas enligt sin ordalydelse och man slipper laborera med restriktiv och extensiv tolkning, analogislut samt andra dylika konsgrepp. För att detta skall kunna undvikas måste emellertid i allmänhet åtminstone vissa i stadgandet ingående ord användas i en teknisk betydelse. Härtill borde i första hand utväljas de ord som beteckna juridiska grundbegrepp.

Resultatet av ett sådant tillvägagångssätt måste emellertid bli att man erhåller flera olika definitioner på dessa termer. Ja, det kan rent av hända att man finner ett ord ha en särskild betydelse på varje ställe i lagen, där det förekommer. Och visserligen kan antalet sådana betydelser reduceras genom att man på detta sätt behandlar ett större antal av de ord, varav lagtexten är sammansatt. Men dessa bör dock helst icke vara flera än att man med lätthet kan lära sig dem och hålla deras betydelse i minnet.

Därtill kommer emellertid att definitionerna kunna uppställas först som ett slutresultat av

tolkningsarbetet. Det är så dags, det. Vid tolkningen av ett stadgande måste man alltid utgå från en viss betydelse av detsamma, om denna ock kan vara vag och osäker. Det är naturligtvis på detta stadium i arbetet som man skulle ha användning för definitionerna. Genom att vissa ord, som förekomma i lagtexten, fattas i en mera fixerad betydelse, kommer man att få en fastare utgångspunkt för tolkningsarbetet.

Visserligen är det inte nödvändigt att man inom rättstillämpningen rör sig med några sådana definitioner. Man kan också utgå enbart från den betydelse lagtexten har enligt vanligt språkbruk. Men ett sådant tillvägagångssätt är mången gång både mödosammare och osäkrare. Detta sammanhänger därmed att lagens upphovsman kan ha förutsatt att vissa ord komma att fattas i en mera fixerad betydelse även om de ej undersökt vilken denna är. Som exempel kan nämnas följande två stadganden i RB: »återkallar käranden sin talan, sedan svaranden ingått i svaromål, och är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, skall om svaranden yrkar det, målet dock prövas» samt »Dom äge, sedan tid för talan utgått, rättskraft, såvitt därigenom avgjorts den sak, varom talan väckts».

Dessa stadganden sakna nästan helt gripbar mening om termerna »talan», »sak» och »mål» fattas i den vaga och obestämda betydelse de ha i vanligt språkbruk. Att så är förhållandet sammanhänger med den lagskrivningsteknik som kommit till användning. En kasuistisk lagtext kan man begripa även om de begagnade orden, isolerade vart och ett för sig, äro skäligen obestämda till sin innebörd. Men ju abstraktare lagen avfattats, ju större blir risken för missuppfattningar, såvida det allmänna språkbruket läggs till grund för lagtextens innebörd. Denna olägenhet kan elimineras genom att vissa ord, som förekomma i lagen, fattas i en mera fixerad och speciellt juridisk betydelse.

Emellertid gäller det att här undgå inte bara Scylla utan även Charybdis. Särskilt i äldre tiders juridik lät man definitionerna på olika juridiska grundbegrepp bli bestämmande för lagens tillämpning i konkreta fall. Åtminstone borde desamma läggas till grund för en »teoretiskt» riktig framställning av gäl-

lande rätt. Att man sedan av billighetsskäl eller andra hänsyn gjorde avsteg härifrån i särskilda fall var en annan sak.

Detta tillvägagångssätt utgjorde ett viktigt element i den s.k. begreppsjurisprudensen. Man tänkte sig kunna deducera begreppens innehåll ur vissa allmännare begrepp och på så sätt skänka metoden ett drag av objektivitet och allmängiltighet. Genom att begreppsjurisprudensen kommit ur modet, förefaller det som intresset för definitioner inom juridiken svalnat. Åtminstone har jag trott mig spåra en tilltagande obenägenhet hos rättsvetenskapsmännen att definiera de grundbegrepp, som de begagna i sin verksamhet. Det tror jag är att kasta ut barnet med badvattnet. Om man blott uppmärksammar att definitionerna ej böra begagnas till något annat än att skapa vissa fasta utgångspunkter för tolkningsarbetet, så äro desamma värdefulla hjälpmedel inom rättstillämpningen.

Det skulle alltså vara fråga om att uppställa *preliminära standarddefinitioner*, vilka man kan begagna sig av, då man bedömer lagtextens betydelse som en *utgångspunkt för tolkningen av densamma*. Men hur skall man då gå till väga vid uppställandet av sådana definitioner? Jag tror man härvid inte enbart bör fästa avseende vid den betydelse i vilken termerna faktiskt blivit begagnade i lagen, i motiven härtill, i praxis eller den juridiska doktrinen. Mången gång är det överhuvudtaget inte möjligt att fastställa någon enhetlig sådan betydelse. Och då så kan ske, är det icke säkert att den är lämplig som utgångspunkt vid rättstillämpningen. Vad man bör försöka åstadkomma är *förslag till definitioner*, vilka äro ändamålsenliga ur denna synpunkt.²

²S. k. normativa definitioner i motsats till deskriptiva sådana. Se *Ofstad i TfR 1952 s. 38 f.* och *Naess s. 144*. Från den senares framställning må här följande återges (s. 166): »The words most convenient to sum up (rather unprecisely) what speaks in favour of a normative definition, seem to me to be the following: A decision to use »a» for »b» is wise, justified, wellmotivated, adequately motivated, well founded etc.» *Robinson* (se särskilt s. 61) använder beteckningarna »stipulative and lexical definitions». Angående det förra slaget framhåller denne s. 60: »The ele-

Å andra sidan är det klart att man vid uppställandet av dessa preliminära standarddefinitioner i hög grad måste bygga på den juridiska traditionen samt de föreställningar, som lagens upphovsmän kunna ha haft i sitt arbete. Annars kan resultatet bli en allmän språkförbistring inom juridiken. Men även andra ändamålssynpunkter böra uppmärksammas. Den juridiskt-tekniska betydelsen bör åtminstone på det hela taget falla inom ramen för den innebörd med vilken termerna begagnas i vanligt språkbruk. »Det juridiska språket» får icke alltför mycket avvika härifrån, ty då blir juridiken ett för menige man obegripligt frimureri. Vidare böra definitionerna ej vara för komplicerade, liksom en och samma term helst bör användas endast i en enda juridisk-teknisk betydelse. Ser man sig tvungen att laborera med flera sådana, bör helst en ha karaktär av huvudbetydelse. I jämförelse härmed är det av mindre vikt om innebörden av definiens är fullt klar och fixerad.³

De preliminära standarddefinitionerna få inte förväxlas med definitioner av ett annat slag som man också begagnar sig av inom juridiken. Man anger härvid ett stadgandes tillämpningsområde genom att säga ett eller flera i stadgandet förekommande ord i detta sammanhang ha en specifik innebörd. Något nödtvång att uttrycka sig på detta sätt föreligger givetvis inte. Man kan i stället säga t.ex. att stadgandet äger analog tillämpning på vissa situationer, som falla utanför den betydelse stadgandet har enligt vanligt språkbruk eller rörande vilka man — på grund av lagtextens vaga avfattning — ej kan fastställa hur därmed för-

ment of deliberate, arbitrary, selfconscious choice of a name for a certain thing, or of a thing for a certain name, is the essential and constant element in what I am calling 'stipulate definition', the element which I believe is important to realize and distinguish. Whether this individual choice agrees with or differs from common usage of the word defined, and whether there is any common usage of it or not, is irrelevant to the essence of stipulation.» Härtill må endast fogas den reflexionen att om en juridisk term allmänt används i en viss betydelse, detta är en viktig omständighet att beakta vid valet mellan olika normativa definitioner av den ifrågakvarande termen.

³ Jfr Naess s. 162 f.

håller sig. Men mången gång beskrivs ett stadgandes tillämpningsområde enklast genom en rekommendation om att ett i lagtexten förekommande ord måtte fattas i en speciell betydelse.

Några definitioner av detta slag komma vi ej att sysselsätta oss med i det följande. Vad det på sin höjd kan bli fråga om är att uppmärksamma några nära till hands liggande, praktiskt betydelsefulla tolkningsproblem. Härtill kan det nämligen vara lämpligt att ta hänsyn vid uppställande av de preliminära standarddefinitionerna. Att dessa sedermera kunna behöva modifieras och kompletteras är uppenbart.

Slutligen skulle jag vilja erinra om svårigheten att begagna en term enbart i den betydelse, som man själv rekommenderat såsom varande den ändamålsenligaste. En sak är att uppställa en definition, en annan att konsekvent fasthålla vid densamma. Det senare brukar vara långt svårare än det förra. Ingenting är vanligare i juridiska framställningar än att författaren springer ifrån sina egna definitioner. Och så kommer det väl att bli även i denna.⁴

2. RÄTTSREGEL, RÄTTSAKTUM OCH RÄTTSFÖLJD

Längre fram i detta arbete skola vi försöka definiera vissa processuella grundbegrepp. Härvid måste vi begagna oss av vissa ännu allmännare rättsbegrepp, främst rättsregel, rättsfaktum och rättsföljd. Att uppställa några definitioner härpå kan inte ifrågakomma i detta sammanhang. Dessa begrepp höra ju till de mest omstridda inom den allmänna rättsläran. Jag får åtnöja mig med ett par korta antydningar, som äro nödvändiga för den kommande framställningen.¹

De satser, som bruka betecknas som *r ä t t s r e g l e r* eller rättsnormer, ange att något under viss betingelse skall eller må ske. En rättsregel kan sålunda ges hypotetisk form, varvid den

⁴ Jfr Robinson s. 77.

¹ En något utförligare behandling av dessa problem finns i en av mig författad uppsats i TfR 1945 s. 220 ff.

kommer att bestå av tvenne satser, förbundna med konjunktionen om — så. Försatsen innehåller ett påstående om det betingande sakförhållandet, vilket jag betecknar som *r ä t t s f a k t u m*. Eftersatsen är däremot intet påstående och kan sålunda varken verifieras eller falsifieras. Den är över huvud taget icke någon »teoretisk» sats utan en »praktisk» sådan. Satser av detta slag användas i övrigt för att uttrycka frågor, befallningar, värderingar och annat dylikt.

Låt oss som exempel använda rättsregeln »Om det föreligger en försträckning, så skall gäldenären betala på förfallodagen». Satsen »det föreligger en försträckning» är ett påstående, medan detta icke är fallet med satsen »gäldenären skall betala på förfallodagen». »Gäldenärens betalning på förfallodagen» är visserligen ett sakförhållande, men eftersatsen utgör intet påstående därom. Den utsäger ju icke att gäldenären kommer att betala utan att han *s k a l l* göra detta.

I den ovannämnda rättsregeln utgöres rättsfaktum tydligen av en försträckning. Men varuti består då *r ä t t s f ö l j d e n* eller försträckningens »juridiska betydelse», som man också brukar säga? Som rättsföljden vill jag beteckna det som i rättsregeln *a n k n y t s* till rättsfaktum. Detta är tydligen icke gäldenärens betalning på förfallodagen utan att han *s k a l l* betala skulden vid denna tidpunkt. Att ett rättssubjekt »skall» och att det »må» utföra viss handling utgöra olika rättsföljder. Antag emellertid att en gäldenär betalar sin skuld på förfallodagen. Jag säger rättsföljden då ha blivit *s a t i s f i e r a d*.

Är »rättsföljden» endast en annan beteckning på rättsregelns eftersats eller utgöres densamma av ett påbud, ett förbud eller en tillåtelse, som eftersatsen uttrycker? Hur därmed förhåller sig sammanhänger med frågan om praktiska satser ha någon »mening» motsvarande den som tillkommer teoretiska satser. Detta är en omstridd fråga, varom jag ej har någon bestämd uppfattning. Jag förutsätter emellertid i detta arbete att praktiska satser ha »mening» i någon rimlig betydelse av detta ord, ehuru jag är oförmögen att karakterisera densamma. Från denna utgångspunkt skulle eftersatsen i en rättsregel kunna betecknas som »rättsföljdssatsen». Oliklydande sådana

satser kunna uttrycka en och samma rättsföljd. Som exempel kan nämnas satserna »gäldenären skall betala på förfallodagen» och »gäldenären är förpliktad att betala på förfallodagen». Härmed ha vi emellertid kommit över på något som skall närmare behandlas under nästa rubrik.

3. EKVIVALENTA RÄTTSREGLER

Med att två rättsregler äro juridiskt ekvivalenta menar jag att de fylla samma juridiska funktion. Sådana regler kunna skilja sig från varandra både med avseende på rättsfaktum och rättsföljd, men trots detta kan den ena utbytas mot den andra utan att detta medför någon ändring av gällande rätt. I vissa sådana fall synes man mig — i någon rimlig betydelse av detta uttryck — kunna säga att de båda rättsreglerna ha samma »mening», i andra förefaller denna karakteristik vara mindre träffande. Vi behöva emellertid inte gå in härpå i detta sammanhang. Ekvivalensförhållandenas praktiska betydelse inom juridiken är nämligen oberoende av hur därmed förhåller sig. Att olika uttryckssätt kommit till användning kan medföra att man tror skillnaden vara av annat slag än formell. Genom en analys av ekvivalensförhållandena får man klart för sig att så ej är fallet. I det följande skola vi beröra några olika slag av sådana förhållanden.

A. Berättigande och förpliktande rättsregler

Enligt en rättsregel är ett rättssubjekt endera berättigat eller förpliktadt till något. Allteftersom det ena eller andra är förhållandet, säger man reglerna vara berättigande respektive förpliktande. En regel av det senare slaget uttrycker endera ett påbud eller ett förbud. Vid påbud utnyttjas ofta något av hjälpverben »skall» eller »bör», medan »må ej» används för att uttrycka förbud. Även imperativa verbformer begagnas i samma betydelse som att någon »är förpliktadt» att företa eller underlåta viss handling.

Att någon är berättigad (behörig, befogad) att företa viss handling innebär en *tillåtelse*. Sådana uttryckas ofta genom att det ifrågavarande rättssubjektet säges »kunna», »må» eller »äga» företa handlingen.

Mellan satser om tillåtelse, påbud och förbud föreligger det vissa »logiska» sammanhang.¹ Vad som är förbjudet, är icke tillåtet. Och vad som är tillåtet, är varken förbjudet eller påbjudet. Är det förbjudet att underlåta något, så är detta påbjudet. Och är en handling icke påbjuden, så är det endera tillåtet eller påbjudet att underlåta densamma.

Vidare förtjänar det uppmärksammas att regler, enligt vilka någon är berättigad, alltid kunna ersättas med regler om att någon *annan* är förpliktad. Då man företar dylika substitutioner finner man att uttrycket »någon är berättigad till något» har olika innebörd i olika fall. Att »A är berättigad till en prestation från B» betyder detsamma som att »B är förpliktad att utföra prestationen». Att »man är berättigad att plocka bär på annans mark» innebär detsamma som att andra äro förbjudna att hindra sådan verksamhet samt att utöva någon sanktion däremot. Att »en fastighetsägare är berättigad att bebygga sin fastighet» betecknar någonting motsvarande men därutöver att andra även äro förbjudna att själva bebygga fastigheten. Och att »en ägare är berättigad att överlåta sin egendom» innebär detsamma som att det beteende, som andra haft att iaktta emot överlåtaren, skall efter en överlåtelse istället iakttas mot förvärvaren.²

B. Kategoriska och hypotetiska rättsföljder

Det ekvivalensförhållande, som vi nu skola sysselsätta oss med är utomordentligt enkelt. Detsamma framgår av en jämförelse mellan följande två rättsregler:

1) Om det föreligger en försträckning och förfallodagen inträtt, så skall gäldenären betala.

¹ von Wright s. 36 f och Hall s. 132 f, särskilt s. 153 not 1.

² I viss utsträckning ligga dessa ekvivalensförhållanden till grund för Hohfelds bekanta analys av rättighetsbegreppet.

2) Om det föreligger en försträckning, så skall, då förfallodagen inträtt, gäldenären betala.

Den under 2) angivna regeln erbjuder ett exempel på att en rättsföljd kan vara *hypotetisk* i den meningen att dess giltighet betingas av ett ytterligare rättsfaktum än det som redovisas i rättsregelns försats. Detta uttryckssätt är vanligt förekommande i juridiskt språkbruk. Detsamma möjliggör att man överhuvudtaget kan tala om rättsföljderna av ett kontrakt eller en försträckning. Vidare äro de rättsföljder, som sammanfattas under exempelvis beteckningen äganderätt, till stor del hypotetiska i nu nämnd betydelse. Som exempel kan nämnas att om någon culpöst skadar egendom, han skall ersätta ägaren dennes förlust.

C. Rättsregler som innehålla och sådana som icke innehålla en rättighetsterm

Termer, som beteckna visst slags rättigheter eller rättsförhållanden, ha kommit till en speciell användning inom juridiken. Som exempel härpå må anföras följande två rättsregler.

1) Om en fordran (fordringsrättighet) föreligger, skall gäldenären betala på förfallodagen.

2) Om en försträckning föreligger, har en fordran uppstått.

Jag har i annat sammanhang framställt den teorien att termen fordran i den förra rättsregeln skulle beteckna ett komplext rättsfaktum och i den senare ett komplex av rättsföljder.³ I den under 1) angivna regeln skulle rättsfaktum bestå i det sakförhållandet, att antingen en försträckning, en skadegörelse, ett olikviderat köp eller något annat dylikt s.k. rättsgrundande faktum samt varken svek, tvång, betalning, preskription eller något annat s.k. rättshindrande eller rättsupphävande faktum föreligger. Och i den under 2) angivna regeln skulle termen fordran beteckna en kumulation av ett flertal rättsföljder såsom t.ex. att gäldenären skall betala på

³ Se den i SvJT 1953 s. 529 not 1 angivna litteraturen.

förfallodagen, att om fordringen är förfallen, borgenären kan använda densamma till kvittning samt att om han skulle avlida, fordringen övergår på hans arvingar.⁴

Innebörden av denna teori kan sägas vara att en rättsregel, enligt vilken viss omständighet medför att en rättighet av visst slag uppkommer eller enligt vilken en sådan rättighet har viss angiven rättsföljd, är ekvivalent med en annan regel, där i det förra fallet rättsföljden och i det senare rättsfaktum beskrivits på ett mera specificerat sätt. Dessa ekvivalensförhållanden förtjäna att särskilt uppmärksammas inom processrätten, där kategorierna rättsfaktum och rättsföljd komma till flitigare användning än inom andra rättsområden. Antag att en kärande som de »omständigheter», varpå han stöder sitt yrkande om fastställelse av en servitutsrätt, åberopar dels ett servitutsavtal dels ock att han har »äganderätt» till den härskande fastigheten.⁵ Innebörden härav framstår klar om man vet att »äganderätt» kan beteckna ett komplex av rättsfakta. Låt oss vidare anta att käromålet bifalles och rätten sålunda fastställer att den tjänande fastigheten belastas med det ifråga-

⁴ Ross, som anser termen rättighet sakna mening, har kritiserat min teori angående rättighetsbegreppet i SvJT 1953 s. 537 f. Han diskuterar på detta ställe praktiska slutledningar, där termen äganderätt förekommer i båda premisserna. Som Ross påpekar kommer en av dessa att bli analytisk, såvida den ifrågavarande termen antas vara meningsfull och beteckna densamma på båda ställena. Detta visar, menar han, att det ej är fråga om någon »äkta slutledning» utan om en »språklig omskrivning» (s. 539). Utmärkande för en sådan slutledning skulle vara att premisserna ej utsäga någonting mera än slutsatsen (s. 538).

Jag kan ej finna att detta utgör något bevis för att en term som t.ex. äganderätt skulle sakna mening. Låt oss ta följande slutledning:

- (1) Denna tresiding är en triangel
- (2) En triangel har en vinkelsumma av 180°
- (3) Denna tresiding har en vinkelsumma av 180° .

Eftersom egenskapen av att ha en vinkelsumma av 180° ingår i triangelns begrepp, är satsen (2) analytisk. Och premisserna utsäga ej något annat än vad som återfinnes i slutsatsen. Men termen triangel är icke desto mindre meningsfull.

⁵ Jfr 42: 2 st. 1 mom. 1.

varande servitutet. Sedan domen vunnit laga kraft är det denna och icke servitutsavtalet som utgör grunden för kärandens servitutsrätt. Vad detta innebär är svårbegripligt, om man ej vet att med »servitutsrätten» kan avses vissa rättsföljder.

D. Primära och sekundära rättsregler

Det är vanligt förekommande att mellan två rättsregler råder ett sådant sammanhang, att i den enas rättsfaktum ingår det sakförhållandet att rättsföljden i den andra ej blivit satisfierad. Den senare regeln brukar då betecknas som *p r i m ä r* i förhållande till den förra som *s e k u n d ä r*.⁶ Som exempel kan nämnas följande två rättsregler:

1) Om någon haft egendom till låns, skall han återlämna denna oskadad.

2) Om någon haft egendom till låns och icke återlämnar densamma oskadad, skall han betala skadestånd.

Dessa båda regler kunna icke utan vidare betraktas som ekvivalenta i här angiven mening. Visserligen »implicerar» den senare regeln den under 1) angivna. Däremot gäller inte motsatsen. Av innehållet i den primära förpliktelsen kan man ej dra några slutsatser angående innehållet i den sekundära. I vårt exempel kunde man ju tänka sig att den under 2) angivna regeln hade till rättsföljd att låntagaren skulle lämna annan likvärdig egendom av samma slag eller utstå visst straff. Endast under den förutsättningen att ingen annan sanktion än skadestånd kan ifrågakomma, kunna i vårt exempel den primära och den sekundära regeln betraktas som ekvivalenta i här angiven bemärkelse.

E. Handlingsregler för medborgarna och för rätten

Enligt en uppfattning skilja sig rättsregler från andra sociala normer genom det sätt varpå de äro s a n k t i o n e r a-

⁶ Thon s. 59.

d e. Att regeln »om det föreligger en försträckning och förfallodagen inträtt, så skall gäldenären betala» är en gällanderättsregel, kan i så fall synas förutsätta att detsamma är fallet med regeln »om det föreligger en försträckning, förfallodagen inträtt och gäldenären ej har betalt, så skall denne utsättas för en rättslig sanktion». I vårt exempel utgöres denna av att borgenären kan utverka att gäldenären förpliktas betala skulden och att domen läggs till grund för utmätning i hans egendom. Under förutsättning att den e n d a sanktion, som härvid kan ifrågakomma, utgöres av ett sådant betalningstvång, kan det förefalla som om regeln om betalningsförpliktelsen vore ekvivalent med den härmed korresponderande sanktionsregeln.

Mot detta resonemang finns emellertid en vägande invändning. Som vi senare skola närmare beröra, utgör icke civilprocessen en förutsättningslös undersökning av det materiella rättsläget.⁷ Domen skall grundas på processmaterialet och detta avgränsas av parternas yrkanden, åberopanden och erkännanden samt deras framställningar rörande bevisupptagning i målet. Reglerna härom bidra visserligen till att säkra en riktig utgång av processer ö v e r h u v u d t a g e t samt därmed indirekt till att gäldenärer frivilligt göra rätt för sig. Men detta är någonting annat än att rätten skall lägga den ovannämnda sanktionsregeln till grund för sin dom i målet. Det förefaller sålunda som om denna överhuvudtaget icke vore någon gällande rättsregel.

Emellertid må man lägga märke till att då man påstår att en viss regel ingår i gällande rätt, man härvid nästan alltid a b s t r a h e r a r från vissa andra gällande rättsregler. Som exempel kan nämnas att regeln »föreligger en försträckning och har förfallodagen inträtt, så skall gäldenären betala», strängt taget äger giltighet endast om icke betalning redan skett och det ej heller föreligger några preskriptionsgrundande omständigheter. Då ett sakförhållande säges ha viss rättsföljd förhåller det sig nästan alltid så att detta är riktigt endast u n -

⁷ Se nedan s. 73.

der vissa ytterligare, ej redovisade betingelser.

På samma sätt kan man i det här berörda fallet abstrahera från sådana processrättsliga regler som berörts i det föregående. Låt oss emellertid anta att i ett kravmål gäldenären förnekat försträckningen men denna uppenbarligen blivit styrkt i målet. Gäldenären skall då förpliktas betala, men på vilken regel skall rätten grunda denna utgång av målet? Lagen innehåller intet stadgande för kravmål av den innebörden att om det föreligger en försträckning och förfallodagen inträtt, gäldenären skall förpliktas betala. Å andra sidan måste uppenbarligen en regel med detta innehåll anses ingå i gällande rätt. Annars kan rätten inte döma i målet.

Tydligen menar man att den berörda handlingsregeln för rätten impliceras av motsvarande handlingsregel för gäldenären. Och det förhåller sig väl också på det sättet att — under förutsättning att ingen annan sanktion än betalningstvång kan ifrågakomma — de båda reglerna äro ekvivalenta i här angiven bemärkelse. Den ena kan utbytas mot den andra utan att detta medför någon ändring av gällande rätt.⁸

Detta förhållande kastar ljus över det omstridda problemet om skillnaden mellan den materiella rätten (civilrätt, straffrätt) samt processrätten.⁹ Man kanske finner det ligga närmast till hands att anse den förra innehålla regler för medborgarna i deras handel och vandel och den senare för rätten och parterna i en rättegång. I vad angår processrätten förhåller det sig också i viss utsträckning på detta sätt. Reglerna om t.ex. uppskov med huvudförhandling och omröstning till dom behöva vi ej ta någon hänsyn till, då det är fråga om att ingå eller fullgöra ett avtal. Men annor-

⁸ Jfr Ross s. 45.

⁹ I utländsk rätt finns detta problem berört bl. a. hos Grimm, M.: *Über das Verhältnis von Recht und Process i Judicium* (3) 1931 s. 181 ff, Neuner, R.: *Privatrecht und Prozess-recht* (1925) och Binder, J.: *Prozess und Recht* (1927) samt i svensk rätt hos Olivecrona, K.: *Bevisskyldigheten och den materiella rätten* (1930).

lunda förhåller det sig t.ex. med reglerna om tredskodom eller om bevisbördan för betalning. En köpare, som krävs på köpeskillingen men gärna skulle vilja slippa ifrån att betala denna, gör klokt i att överväga innebörden av dessa regler. Men kan man då säga att även om vissa processuella regler ha en sådan betydelse, dessa dock aldrig som de materiella utgöra handlingsmönster för hur vi b ö r a bete oss mot vår nästa. Nej, inte heller detta gäller generellt. Har rätten förpliktat en gäldenär att betala och domen vunnit laga kraft, är det denna som är bestämmande för hur gäldenären bör bete sig mot borgenären. Och regeln härom — eller om civildomens rättskraft, som man brukar säga — återfinna vi i rättegångsbalken.

Processuella regler kunna sålunda på olika sätt ha betydelse utanför processen. Av större intresse i förevarande sammanhang är emellertid det tidigare påpekade förhållandet att en dom i allmänhet måste grundas på en regel, som hänföres till »den materiella rätten». I viss utsträckning är denna också utformad som handlingsregler för domstolen. Som exempel kan nämnas bestämmelserna i Strafflagen angående olika brott. Och visserligen har en annan lagskrivningsteknik kommit till användning inom specialstraffrätten. Som exempel härpå kan nämnas att Vägrafikförordningen innehåller en serie påbud och förbud, kompletterade med regler om bestraffning av dem som bryta häremot. Men dessa påbud och förbud äro icke ekvivalenta med några handlingsregler för rätten. Detta är endast fallet med regler om vad den har att iaktta, som begått ett brott av det ena eller andra slaget. Men några straffrättsliga regler med den innebörden ingå ej i gällande rätt. Ingen kan ju underkasta sig ett straff utan att ha blivit dömd därtill! Härav följer att en strafflag måste innehålla handlingsregler för rätten.

Annorlunda förhåller det sig med civilrätten. Här är också det vanliga att rättsreglerna ges formen av handlingsregler för medborgarna. Men det finns undantag härifrån. Ett exempel erbjuder Lösöreköpsförordningen 4 §, där det heter att oberoende av köpeavhandlingens registrering »domaren äge

pröva avhandlingens giltighet». ¹⁰ Det kunde här uppenbarligen lika väl ha hetat att ett simulerat lösöreköp är ogiltigt och sålunda ej behöver respekteras av säljarens borgenärer även om det blivit registrerat.

Särskilt må uppmärksammas att detta även gäller de s.k. bevisbördereglerna. Vid uppställandet av civil- och straffrättsliga regler brukar man abstrahera från frågan hur sannolikt det måste vara i det enskilda fallet, att olika relevanta rättsfakta föreligga. Ibland ger emellertid en sådan regel besked även på den punkten. Antag att en köpare hävt köpet på grund av säljarens mora. Har köparen härvid lidit skada, »njute han ersättning av säljaren, med mindre det visas, att dröjsmålet icke kan tillräknas denne som försummelse» (Köplagen 23 §). Som förutsättning för skadeståndsskyldighet stadgas här att det icke föreligger fullt bevis för casus på säljarens sida. Av stadgandet kan man emellertid dra den slutsatsen att detta också utgör en förutsättning för att säljaren skall kunna förpliktas ersätta skadan. ¹¹

Om bevisbördereglerna ha »materiellrättslig» eller »processrättslig» natur förefaller under sådana omständigheter vara en systematisk fråga utan större betydelse. ¹² Detsamma gäller reglerna om domens rättskraft. Dessa kunna formuleras både som handlingsregler för hur parterna skola efter rättegången bete sig mot varandra och såsom regler om hur rätten skall förfara i en framtida process, där samma fråga, som bedömts i den tidigare tvisten, är av relevans.

Att det inom doktrinen hävdats — och även fortfarande häv-

¹⁰ Ett annat exempel erbjuder återvinningsreglerna i Konkurslagen. En sats som »gånge det avtal på talan av konkursboet åter» förefaller efter sin ordalydelse innebära att rätten på talan av boet under de i stadgandet angivna förutsättningarna skall döma till återgång av avtalet.

¹¹ Andra bevisbörderegler ha formulerats som handlingsregler för rätten. Se t.ex. KL § 29 st. 3. Som exempel på en bevisbörderegler, som uppenbarligen är formulerad som en handlingsregel för medborgarna må anföras Kommissionslagen 63 § (»vore tredje man pliktig att till kommissionären fullgöra avtalet, så vitt det ej visas — — —»)

¹² Se emellertid nedan s. 75.

das — en annan mening, sammanhänger säkerligen med vissa föreställningar angående rättighetsbegreppet. Antag att man menar att det genom en försträckning skapas ett visst något, som vi kalla för fordran och vilket utgör grund för att gäldenären skall betala på förfallodagen. Likvideras icke skulden och borgenären väcker talan, måste rätten enligt detta betraktelsesätt fastställa om det föreligger någon sådan »fordran», ty i annat fall saknas varje grund för att bifalla käromålet.¹³ Materialet för rättens bedömande utgöres härvid dels av bevisningen i målet dels av de regler som lagen innehåller om hur fordringar uppkomma, förändras och upphöra. Dessa regler, de materiella, måste naturligtvis — under nu angivna förutsättning — anses ha en helt annan karaktär än de som reglera det förfarande, i vilket frågan om rättighetens existens upptas till bedömande och eventuellt löses. De förra skulle kunna jämföras med de naturlagar, som en fysiker begagnar sig av då han bedömer resultatet av ett experiment, de senare med de principer efter vilka själva experimentet utföres.

Det oriktiga i ett sådant betraktelsesätt framstår klart, om man inser att vad vi mena — eller åtminstone böra mena — med en term som fordran, endera är vissa rättsfakta eller ock de rättsföljder, som äro anknutna därtill enligt gällande rätt.

4. RÄTTEN OCH PARTERNA

För det processuella förfarandet används beteckningen rättegång. Härmed synonyma termer äro process och



¹³ Kallenberg säger i SvJT 1944 s. 371 »att alla domar innehålla — — — ett omdöme, huruvida den rättighet, som kärandens talan avser, äger bestånd eller ej». Och i SvJT 1945, s. 262 säger han att domaren måste avge ett »omdöme om förhandenvaron av förutsättningarna för bifall till kärandens talan eller, vilket härmed är att likställa, ett omdöme angående den omprocessade rättighetens bestånd».

mål, ehuru, som vi senare skola beröra, den sistnämnda termen även används i en annan betydelse.¹

Till en rättegång hör en domstol och minst tvenne parter. För den förra använder lagen beteckningen »rätten». Det är denna som avgör målet. Förberedande åtgärder kunna däremot ankomma på en lagfaren ledamot av rätten eller annan domstolstjänsteman. Som exempel kan nämnas den ledamot som i högre instans förordnats som referent i målet. I första instans omhänderhas förberedelsen däremot av »rätten», ehuru denna härvid är domför med en lagfaren ledamot. I förhållande till vanligt språkbruk använder lagen sålunda termen »rätten» i en mera preciserad och delvis även speciell betydelse.

Vad därefter angår parterna, måste det i en rättegång — i olikhet med förfaranden inom förvaltningen och den frivilliga rättsvården — alltid förekomma minst tvenne sådana. Den ena parten betecknas som den andras motpart eller vederdeloman.² Även då parterna äro flera än två, har varje part en eller flera motparter. Parter, som ha gemensam motpart, sägas vara varandras medparter.³ Det finns emellertid mål med flera parter, där samtliga äro varandras motparter. Som exempel kan nämnas då var och en av tre parter gör gällande bättre rätt till samma sak.⁴

Men vilka äro då parterna i en process? Man skulle kunna säga att RB begagnar sig av ett »formellt» partsbegrepp. Avgörande är i första hand stämningsansökningens innehåll. Part är den i vars namn denna ansökan göres samt den gentemot vilken stämning sökes.⁵ Såväl under rättegången som i domen betecknas dessa som parterna i processen. Den förres partsställning är sålunda oberoende av om han är berättigad att föra den ifråga-varande talan liksom av huruvida rättsläget verkligen är så

¹ Se nedan s. 65.

² 4: 13 mom. 6.

³ 14: 8 st. 2 och 18: 9.

⁴ 14: 4.

⁵ G. Steiner säger i »Der Parteibegriff im Privatklageverfahren» (1931) s. 19 parterna vara »Inhaber der Parteirollen».

beskaffat som han gör gällande. Och skulle ena parten under processen överlåta det, varom tvistas, så medför detta icke utan vidare att han upphör att vara part.⁶

I äldre processdoktrin antogs partsbegreppet däremot vara »materiellt».⁷ Endast den som var subjekt i ett omtvistat rättsförhållande, ansågs kunna vara part i en process. Men uppenbarligen har man inom juridiken aldrig begagnat termen i denna betydelse. Det behövs något uttryck för att beteckna de båda i processen mest verksamma rättssubjekten, alldeles oberoende av om det består något sådant rättsförhållande, varom det tvistas i processen.

Härav följer att en persons ställning av part i en rättegång även är oberoende av huruvida käromålet skall avvisas på grund av någon brist, som vidlåder parten ifråga. En part kan sakna »partsbehörighet» eller »talerätt». Som exempel kan nämnas att en borgenär klandrat ett bolagsstämmobeslut enligt ABL § 138. Då bolagsborgenär ej tillerkännes talerätt enligt detta stadgande, skall käromålet avvisas. Men borgenären är icke desto mindre part i målet.

I första instans betecknas i tvistemål de båda parterna som k ä r a n d e n och s v a r a n d e n. För att underlätta en framställning, som avser båda processarterna, kommer jag att använda dessa termer även för straffprocessens del. Så sker emellertid icke i lagen. För kärandeparten i ett brottmål används alltid beteckningen å k l a g a r e n respektive m å l s ä g a n d e n, medan svarandeparten betecknas som den m i s s t ä n k t e eller ock — sedan åtal väckts — den t i l l t a l a d e.

I utländsk doktrin är det emellertid ett mycket omstritt problem huruvida man överhuvudtaget bör tala om några parter inom s t r a f f p r o c e s s e n.⁸ Anledningen härtil

⁶ 13: 7.

⁷ Se härom Kallenberg I s. 503 n. 3 och Nagler i Rechtsgang 1 (1913) s. 56 f.

⁸ Se t.ex. Binding II s. 207 f, H. Mayer s. 324 f, v. Hippel s. 7 och 224 f jämte Kern s. 59 å ena samt Gerland s. 39 f och Eb. Schmidt s. 61 f å andra sidan; se även Trygger s. 8 och Hurwitz s. 39 f och 206 f.

synes främst vara att medan de båda parterna i ett tvistemål i stort sett ha samma rättigheter och plikter, åklagaren intar en helt annan processuell ställning än den tilltalade. Mellan dessa råder ingen »Waffengleichheit», som förhållandet träffande brukar karakteriseras i tysk doktrin. Detta utgör emellertid ingen anledning att ej anse ett brottmål vara en »Parteiprozess», såvida man håller sig till det rent formella partsbegrepp, som berörts i det föregående. Hur frågan bör besvaras är i så fall enbart beroende av huruvida den som söker stämning samt den tilltalade i RB betecknas som parterna i målet. Detta är förhållandet och i motiven framhålls uttryckligen att »parterna i ett brottmål äro å ena sidan åklagaren eller målsäganden och å den andra den tilltalade».⁹ Då det i 36:1 stadgas att »envar, som icke är part i målet, må höras som vittne», ha sålunda även åklagaren och den tilltalade uteslutits från behörigheten att vittna.

Inom doktrinen ansåg man tidigare staten vara käreandepart i brottmål samt åklagaren och målsäganden dennas representeranter.¹⁰ RB begagnar sig icke av någon sådan konstruktion. Denna bygger på den uppfattningen att staten har ett »straffanspråk» mot gärningsmannen. Men även om man accepterar detta språkbruk, följer därav att staten är part endast såvida det härvid är fråga om ett materiellt partsbegrepp.

Däremot kunde man tänka sig att vid allmänt åtal staten borde betecknas som käreandepart, enär åklagaren utför åtalet som ett tjänsteåliggande. En offentlig myndighet borde i så fall aldrig betecknas som part utan som ställföreträdare för det allmänna. Detta överensstämmer icke med juridiskt språkbruk, ehuru det förekommer att i tvistemål »kronan» betecknas som part.¹¹ När det ena eller andra av dessa båda uttryckssätt är att föredra kan här inte bli föremål för någon utredning.^{11a}

Slutligen må påpekas att motviljan mot att beteckna åklaga-

⁹ SOU 1938: 44 s. 29 samt t.ex. 45:17, 46:7 och 51:1. Jfr Hurwitz s. 42 f.

¹⁰ Se t.ex. Trygger s. 83 f. Angående tysk doktrin se Nagler s. 131.

¹¹ Jfr 10:2 och 33:19.

^{11a} Jfr Hessler i FT 15 (1952) s. 303 f och von Steyern i SvJT 1942 s. 350.

ren och den tilltalade som parter kan sammanhånga med att man anser även den moderna straffprocessen vara mer eller mindre inkvisitorisk.¹² I den rena inkvisitionsprocessen förekom ju icke några parter. Detta förtjänar att uppmärksammas, enär man brukar räkna även förundersökningen till straffprocessen.

I RB kap. 23 talas ej om några parter utan endast om undersökningsledaren och den misstänkte. Och visserligen brukar man säga att vissa »partsbefogenheter» tillkomma den senare även under förundersökningen, men själva partsbegreppet reserveras dock för det följande förfarandet inför domstolen. Ett rättssubjekt betecknas tydligen som part endast om förfarandet försiggår inför en myndighet, som har att handlägga en tvist mellan den förre och ett annat rättssubjekt. Detta är icke fallet under förundersökningen. Här stå endast en myndighet och en privatperson emot varandra.

5. PROCESSSUBJEKT, PROCESSHANDLING OCH PROCESSMATERIAL

Termen processsubjekt eller rättegångssubjekt, som man naturligtvis också kan säga, begagnas icke i RB. Däremot förekommer den i den processrättsliga litteraturen och brukar definieras i läroböcker och andra systematiska framställningar. Med hänsyn härtill och då den ifrågavarande termen kommer till flitig användning i det följande, skall jag något beröra dess innebörd.

I litteraturen bruka endast domstolen och parterna betecknas som processsubjekt.¹ Detta uttryckssätt sammanhänger med uppfattningen att processen är ett rättsförhållande.² Processsubjekten äro de i processen deltagande

¹² Nagler s. 118.

¹ Kallenberg I s. 122, Wrede I s. 377, Sauer s. 132 och Kern, s. 59.

² Se t.ex. Kallenberg I s. 122 not 3 och 1097 f, särskilt s. 1135 not 58.

personer, som stå i ett sådant förhållande till varandra.³ Frågan är emellertid vad man menar med att processen är ett rättsförhållande. Antag att ett sådant anses föreligga, så snart en rättsregel äger tillämpning. I denna mening är processen givetvis ett rättsförhållande eller snarare ett konglomerat av sådana. Men alla i processen deltagande rättssubjekt måste ju betraktas som »parter» i ett eller flera sådana rättsförhållanden. Även för t.ex. rättegångsombud och vittnen gälla ju vissa rättsregler i processen.

Uttrycket rättsförhållande begagnas främst inom obligationsrätten. Man säger att genom ett avtal ett rättsförhållande uppkommit mellan kontraktsparterna. I allmänhet används detta uttryck som sammanfattande beteckning på de rättsföljder av avtalet, vilka endast avse kontrahenterna och sålunda ej angå tredjeman. Att i analogi härmed säga processen vara ett rättsförhållande mellan rätten och parterna förefaller mig missvisande. De rättsföljder, som gälla för dessa under processens olika stadier, äro på det hela taget av annat slag än rättsföljderna av ett kontrakt. Och inte heller kan jag finna att karakteristiken av processen som ett rättsförhållande underlättar behandlingen av sådana institut som kumulation och partsuccession.⁴

Men finns det då något annat skäl att reservera termen processsubjekt för rätten och parterna? Som vi tidigare påpekat förekomma dessa i varje process liksom de naturligtvis typiskt sett äro de i förfarandet mest verksamma rättssubjekten. Men något större behov av att ha en gemensam beteckning just för rätten och parterna föreligger icke. För den förras och de senares verksamhet i processen gälla i stort sett olika regler. Däremot kunde man ju tänka sig att som processsubjekt beteckna endast käranden och svaranden. Men som en gemensam beteckning på dessa har man ju redan termen part.

Då en rättegång kan sägas bestå av ett komplex av hand-

³Hellwig I s. 395 f. Rosenberg s. 6 f, Schönke s. 6 f och Nikisch s. 16 f.

⁴Jfr Nikisch s. 17.

lingar, sammanhänger användningen av termen processsubjekt med den betydelse i vilken man begagnar termen *processeller rättegångshandling*. Denna har kommit till användning i RB, men så sparsamt att man härav ej kan dra några slutsatser om den innebörd, i vilken termen lämpligen bör begagnas.⁵ Vad därefter angår doktrinen, brukar inom denna beteckningen processhandling reserveras för verksamhet, som utföres av processsubjekten samt dessas representanter.⁶ Vad t.ex. ett vittne eller en sakkunnig företar i rättegången skulle alltså icke vara några processhandlingar. Det kan jag inte finna vara en praktisk terminologi. För vittnesmål och parts utsaga under sanningsförsäkran gälla dock i stor utsträckning samma regler. Och detsamma gäller parts yrkande om ersättning för sina rättegångskostnader samt vittnets för sin inställelse i målet.

Under sådana omständigheter finner jag det lämpligast att beteckna varje verksamhet, vilken utövas inom ramen för det processuella förfarandet och därigenom ingår i »handläggningen»⁷ av målet som en processhandling. Men vad skall man då kalla de rättssubjekt som kunna vara verksamma på detta sätt? Inom tysk doktrin används beteckningen »processdeltagare».⁸ Man skiljer mellan processsubjekten och övriga »Prozessbeteiligten», ehuru gränsdragningen häremellan är föremål för delade meningar. Sålunda beteckna vissa forskare den tilltalade som processsubjekt, medan andra anse honom vara endast processdeltagare.⁹

Saknas anledning att hänföra rätten och parterna under en särskild beteckning, framstår denna nomenklatur som onödigt invecklad. Jag skulle därför vilja föreslå att alla de, som på något sätt kunna delta i handläggningen, kallas för processsubjekt. Hit räknar jag sålunda

⁵ Se t.ex. 12: 17, 14: 8 st. 2 och 14: 11 st. 1.

⁶ Se t.ex. Schönke s. 118 och Kallenberg I s. 1199 ff.

⁷ Se Gärde s. 15 och 47.

⁸ Se t.ex. Beling s. 118 f, v. Hippel s. 230 f och Eb. Schmidt s. 50.

⁹ Eb. Schmidt s. 52.

icke blott domstolen och parterna utan även t.ex. rättens ordförande, en referent, intervenienter, ställföreträdare, rättegångsombud, försvarare, målsägande, vittnen och sakkunniga.

Av det föregående har framgått att det finns processhandlingar av många olika slag. Att närmare gå in på den omstridda frågan hur dessa böra systematiseras kan här icke ifrågakomma.¹⁰ Vid en sådan systematik måste man nämligen ta hänsyn till skillnader mellan olika processhandlingar ej blott i avseende på deras innehåll utan även rörande deras rättsliga betydelse och de regler som gälla härvidlag. Som exempel kan nämnas frågor om processhandlingars ogiltighet på grund av svek, misstag och annat dylikt samt i vilken utsträckning sådana handlingar kunna ändras, rättas, kompletteras och återkallas. För vissa fall innehåller RB uttryckliga stadganden härom,¹¹ medan det i andra kan vara föremål för tvekan om vad som är gällande rätt. Som exempel kan nämnas frågan om det står kändan fritt att återkalla ett medgivande, om så kan ske endast under vissa omständigheter eller om sådant återkallande helt saknar rättslig betydelse.¹²

Med hänsyn till den följande framställningen måste vi emellertid företa en viss »grovsystematik» av processhandlingarna. Först och främst kan man skilja mellan *verbalakter* (förklaringar, påståenden, frågor o.s.v.) samt *realakter*.¹³

¹⁰ De flesta systematiska översiktsarbeten i processrätt innehålla mer eller mindre omfattande avsnitt under rubriken »Processhandlingar». Se t.ex. Kallenberg I s. 1194, Wrede I s. 376, Skeie: Civilprocessen s. 400, Hellwig I s. 423, Goldschmidt s. 120, Rosenberg s. 225 och Schönke s. 118. Av monografiska framställningar må nämnas Nussbaum, A: »Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse» (1908), Siegert, Karl: »Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung» (1929) och Niese, W: »Doppelfunktionelle Prozesshandlungen» (1950) samt uppsatser av Kern i Festschrift für Otto Lenel (1921), Walسمann i Arch. 102 (1907) och Lange i Z 53 (1928).

¹¹ Se t.ex. 12: 9 st. 2, 12: 17, 13: 3 och 5, 17: 15, 20: 9 och 12, 32: 7, 42: 3, 43: 10 och 11, 45: 5 och 50: 25.

¹² Se å ena sidan Motiven s. 151 och Gärde s. 480 samt å andra sidan mitt Kompendium II s. 50.

¹³ Se t.ex. Hammerich s. 96.

Som exempel på handlingar av detta senare slag kunna nämnas en delgivning, parts ingivande av ett skriftligt bevis samt ett processsubjekts inställelse till förhandling. De allra flesta processhandlingar äro emellertid verbalakter och jag skulle tro den nu berörda indelningen vara av ringa systematiskt värde.

Större intresse har däremot frågan om vissa processhandlingar utgöra *rättshandlingar*, medan andra sakna denna karaktär. Hur därmed förhåller sig är naturligtvis beroende på vad man menar med en rättshandling. En processhandling kan vara en »materiell» rättshandling i den meningen att den har vissa rättsföljder *oberoende av hur processen än avslutas*. Som exempel kan nämnas att ett förlikningsanbud som framställts under en rättegång är bindande på samma sätt som vanliga anbud samt att delgivning av stämning är preskriptionsavbrytande. Och ehuru jag själv är av annan uppfattning må här nämnas att man ansett även ett medgivande och en kvittningsinvändning ha samma betydelse som motsvarande rättshandlingar utom process. Uppenbarligen kan detta emellertid gälla endast ett fåtal processhandlingar. De flestas betydelse måste vara helt begränsad till den pågående processen. Som exempel kan nämnas återkallande av talan. Emellertid kan man fråga sig, om ej ett sådant skulle kunna karakteriseras som en »*processuell*» *rättshandling*. Ett återkallande av talan har åtminstone under vissa förhållanden den rättsföljden att rätten skall avskriva målet. Och det är ju i regel detta resultat, som käranden vill åstadkomma med sitt återkallande.

Kallenberg, som uttalat sig i frågan, säger sig med rättshandling förstå »en viljeförklaring, som enligt sitt innehåll har till syfte att framkalla viss rättslig verkan».¹⁴ Åtminstone för processrättsligt bruk synes mig detta rättshandlingsbegrepp vara alltför specificerat. Tag just ett återkallande

¹⁴ Kallenberg I s. 627 och 1225 (kurs av mig). Han anser detta rättshandlingsbegrepp överensstämma med det i motiven till avtalslagen begagnade [Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar (1914) s. 116]. Där uppställs emellertid intet krav på att viljeförklaringens juridiska betydelse skall framgå av dess innehåll. Jfr Kallenberg I s. 547 not 6.

av talan! Kallenberg menar tydligen att ett sådant återkallande är en rättshandling i den berörda betydelsen.¹⁵ Enbart av förklaringens innehåll kan man emellertid icke utläsa huruvida kåranden vill att rätten skall avvisa eller ogilla hans talan. Då det förra är möjligt i gällande rätt, kan man visserligen in dubio utgå från att detta är kårandens avsikt. Men motsvarande gäller ju alla processhandlingar som ha betydelse genom sina rättsföljder. Äro dessa bekanta för det handlande rättssubjektet, är det med hänsyn härtill denne företar processhandlingen.

Men kan man inte säga processhandlingar vara rättshandlingar, vilka »ha till syfte att framkalla viss rättslig verkan». Enligt denna definition skulle väl kårandens återkallande av talan men däremot icke hans yrkande i målet vara en rättshandling.¹⁶ Häremot kan visserligen invändas att lagen till det förhållandet att kåranden framställt ett bestämt yrkande anknutit åtskilliga rättsföljder. Som exempel kan nämnas att rätten i dispositiva tvistemål får döma över vad kåranden yrkat men varken över annat eller mera än detta. Men det är dock icke främst detta resultat som kåranden vill uppnå med sitt yrkande utan att rätten skall meddela dom med det i yrkandet angivna innehållet. Och att rätten skall bifalla käromålet kan icke med skäl betecknas som en till yrkandet anknuten rättsföljd, ty utgången av processen är ju icke beroende enbart av yrkandet utan på hela processmaterialets beskaffenhet.

Emellertid synes det mig tvivelaktigt om man vid en systematisk indelning av processhandlingarna ö v e r h u v u d t a g e t bör fästa något avseende vid det verksamma processsubjektets avsikt eller syfte med vad han företar sig. Denna psykiska realitet har nämligen icke alls samma betydelse inom processrätten som inom civil- och straffrätten. Vad rätten velat åstadkomma med sina avgöranden i målet influerar icke alls

¹⁵ A.a. s. 1239.

¹⁶ Det är inom doktrinen vanligt förekommande, att man skiljer mellan »yrkanden» och »processuella rättshandlingar». Se t.ex. W r e d e I s. 398, H e l l w i g s. 426 och S c h ö n k e s. 125.

på dessas rättsliga betydelse.¹⁷ Och motsvarande gäller i stort sett även processhandlingar företagna av andra processsubjekt. Har part utfört viss verksamhet i processen, är icke partens avsikt härmed eller vad motparten insett eller bort inse härom utan endast handlingens innehåll bestämmande för dess rättsliga betydelse.¹⁸ Ätminstone i princip anses de civilrättsliga reglerna om rättshandlingars ogiltighet icke vara tillämpliga inom processrätten.¹⁹ Dessa motsvaras här av olika regler om ändring, rättande, komplettering och återkallande av en företagen processhandling.²⁰ Rätten härtill är i princip oberoende av den avsikt med vilken handlingen företagits.²¹

Under sådana omständigheter kunde man tänka sig att i stället fästa avseende vid huruvida det över huvudtaget är genom sina rättsföljder, som en processhandling har betydelse i målet. Då processen är ett förfarande, kan man nämligen tänka sig att en processhandling kan fylla en viktig uppgift i detta utan att några rättsföljder äro anknutna till densamma.

Det förefaller mig dock icke som om gränsdragningen kan genomföras på detta sätt. Antag att rättens ordförande eller ena parten riktar en fråga till ett vittne samt att denne besvarar frågan. Även till dessa processhandlingar äro otvivelaktigt vissa rättsföljder anknutna. Vittnet är förpliktat att besvara frågan och kan genom vite och häkte tillhållas att fullgöra denna skyldighet. Rättens ledamöter skola vid sakfrågans bedömande uppmärksamma vittnesmålets bevisvärde.

¹⁷ Se dock 17:15 och 30:13. Dessa bestämmelser äga icke tillämpning, om domen avfattats i överensstämmelser med rättens intentioner.

¹⁸ Kallenberg I s. 1202 och Hammerich s. 112.

¹⁹ Kallenberg I s. 1245 f, Wrede I s. 404 f, Eb. Schmidt s. 97 f och Schönke s. 119.

²⁰ Se ovan s. 30.

²¹ Se dock 43:10. — Sådana processuella utfästelser, varom stadgas t.ex. i 10:16, 18:5 st. 3 och 49:1 st. 3 inta måhända en särställning i här nämnda hänseenden. Civilrättsliga regler skulle sålunda åtminstone i viss utsträckning äga tillämpning i dessa fall (se SvJT 1953:42). Det är emellertid omtvistat huruvida sådana utfästelser böra anses utgöra processhandlingar. Se Niese s. 85.

Å andra sidan är det icke främst genom dessa rättsföljder, som frågan och svaret äro av intresse i processen utan därigenom att de bidra till utredningen. Under sådana omständigheter ligger det nära till hands att indela processhandlingarna i sådana, vartill viktiga rättsföljder äro anknutna, och sådana, vilkas processuella funktion väsentligen är oberoende av deras »juridiska betydelse».

Ett belysande exempel på skillnaden häremellan erbjuda yrkanden av olika slag. Att i ett skadeståndsmål käranden, som gör ett hederligt intryck, yrkar ersättning med 1.000 kr., har ett visst värde som bevis för att skadan har denna omfattning. Men yrkandet har därutöver den viktiga rättsföljden, att rätten på grund av detsamma kan förplikta svaranden att betala ett skadestånd som uppgår till men icke överstiger det nämnda beloppet. Annorlunda förhåller det sig med t.ex. ett yrkande om att käromålet måtte avvisas på grund av res judicata. Processhinder skola ju i princip beaktas oberoende av yrkande. Dettas betydelse begränsar sig därför till att göra rätten uppmärksam på ett förhållande, som denna även härförutan bort ta hänsyn till. Men detta innebär ej att sådana yrkanden sakna större betydelse. Ofta ligger det till på det sättet, att den tidigare domen skulle ha undgått rättens uppmärksamhet, såvida svaranden ej åberopar densamma som grund för att käromålet måtte avvisas.

Till processhandlingar av detta senare slag hör sålunda icke blott sådant som förebringande av bevisning, rättens materiella processledning samt parternas sakframställning och plädering utan även i stor utsträckning dessas yrkanden. Härav framgår att den här diskuterade indelningen icke sammanfaller med den som grundar sig på skillnaden mellan viljeförklaringar och utsagor (påståenden).²² Att bygga systematiken härpå finner jag för min del mindre välbetänkt. Många verbalakter uttrycka på en gång kunskap och vilja.

²² Hagerup (I s. 385) säger verbalakterna »kan være enten udtryk for parternes blotte viden eller for deres vilje» och Kern (Pro-

Påstår den tilltalade att han vid brottstillfället befann sig på en helt annan plats, vill han i allmänhet att rätten skall lägga denna uppgift till grund för sitt bedömande av sakfrågan i målet. Hans påstående kan då fattas även som en begäran här-om. Det visar sig också att meningarna äro ganska delade om vilka processhandlingar som äro att hänföra till den ena eller andra kategorien. De flesta finna det väl självklart att medgivandet icke är en utsaga utan en verbalakt, som uttrycker vilja. Men Kallenberg hävdar den motsatta ståndpunkten.²³

Av särskilt intresse i detta sammanhang äro sådana processhandlingar som åberopanden och erkännanden. Inom doktrinen bruka dessa karakteriseras som utsagor och sålunda inte anses vara några yrkanden eller viljeförklaringar.²⁴ Enligt den av mig förordade systematiken måste man göra skillnad mellan olika fall. Antag att i ett kravmål svaranden åberopar att han betalt skulden. Som tidigare påpekats kan ett sådant uttalande ha ett visst bevisvärde i målet. Men åberopandet utgör också en nödvändig förutsättning för att rätten skall kunna ogilla käromålet på den grund att fordringen blivit likviderad. Detta innebär att till denna processhandling anknutits en rättsföljd av utomordentlig betydelse för processens hela struktur. Annorlunda förhåller det sig däremot med åberopandet av ett bevisfaktum (indicium) samt med den tilltalades åberopande av motfakta och hans erkännanden i brottmål. Dennes erkännande av vad åklagaren lägger honom till last har naturligtvis ofta ett betydande bevisvärde. Men rätten är på intet sätt »bunden» av erkännandet. Den skall pröva dettas riktighet och frikänna den tilltalade, om

zesshandlungen s. 59) skiljer mellan »Tathandlungen, Wissenserklärungen und Willenserklärungen». Schönke (s. 125) skiljer mellan »Anträge, Behauptungen und Willenserklärungen». Till de sistnämnda räknar han »alle Partei-handlungen, an die sich Rechtsfolgen knüpfen». Men detta gäller ju även ett petitum i tvistemål. Och återkallande av talan, som Schönke hänför till viljeförklaringarna, kan ju sägas uttrycka ett yrkande av käranden att rätten måtte avskriva målet.

²³ Kallenberg I s. 1219 ff.

²⁴ Wrede I s. 406 not 11, Hellwig I s. 437 och Rosenberg s. 263 f; se även Hammerich s. 99.

denne trots sitt erkännande befinnes icke ha förövat den åtalade gärningen.

Värdet av den här föreslagna systematiken kan ej bedömas utan mera ingående undersökningar.²⁵ Det synes mig emellertid uppenbart att hänförandet av t.ex. ett yrkande till den ena eller andra gruppen innebär en betydelsefull karakteristik av detsamma. Frågor om processhandlingars ogiltighet och i vad mån desamma äro bindande för det handlande processsubjektet förefalla endast kunna ha betydelse för handlingar, vilka äro av vikt genom sina rättsföljder. Att gränsen mellan de båda grupperna är flytande och att det därför är tveksamt vart vissa processhandlingar böra hänföras, tror jag ej behöver vålla några större olägenheter. Det är ju icke meningen att den här föreslagna indelningen skall läggas till grund för någon rättstillämpning.

Det är inte lätt att finna några träffande beteckningar på de båda slagen av processhandlingar, som berörts i det föregående. Man kan icke beteckna dem, som ha betydelse genom sina rättsföljder, för processuella rättsfakta, ty sådana bestå ju icke endast av processhandlingar.²⁶ Jag har stannat för att kalla de handlingar, som äro av detta slag, för *processuella rättshandlingar*. De likna nämligen så till vida de civilrättsliga rättshandlingarna att de i regel företas med tanke på den effekt, som framgår av deras rättsliga betydelse. För de processhandlingar, vilkas processuella funktion väsentligen är oberoende av deras rättsföljder, har jag icke kunnat finna någon lämplig beteckning.

²⁵ Här må i all korthet påpekas att densamma ej sammanfaller med Goldschmidts (s. 120) mycket uppmärksammade indelning av processhandlingarna i »Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen». Till de förra, som omedelbart påverka processmaterialet, räknar denne »Anträge, Behauptungen und Beweisführungen» och till de senare »alle übrigen Prozesshandlungen». Till den förra gruppen hänför Goldschmidt sålunda t.ex. åberopandet av ett indicium och till den senare återkallande av talan. Se även Goldschmidt: Prozess s. 364 f och 456 f, Rosenberg s. 262 samt Niese s. 89 ff.

²⁶ Som exempel kan nämnas jävsgrundande omständigheter samt överlåtelse av res litigiosa.

Slutligen må här även sägas några ord om vad man menar med processmaterialet i en rättegång.²⁷ Detta är ett i processuella framställningar flitigt använt uttryck. Som Kallenberg påpekat begagnas detsamma emellertid i flera olika betydelser. Man kan därmed avse innehållet i alla de verbalakter och resultatet av alla de realakter, vilka över huvud taget förekommit under processen. Då man talar om »processmaterialet» tänkes detta emellertid i allmänhet stå i en bestämd relation till ett avgörande, som rätten har att fatta. Processmaterial i denna mening är endast sådant som rätten har att uppmärksamma vid meddelande av det ifrågavarande avgörandet och kan lägga till grund för detsamma. 17:2 st. 1 p. 2 kan sålunda sägas stadga om vad som utgör processmaterial för domen i målet. Då man talar om »processmaterialet» i en rättegång, så avses därmed i regel endast denna del därav.

I förhållande till domen skulle sålunda i princip det som förekommit under förberedelsen ej utgöra processmaterial. Detta är ej heller fallet med en vittnesattest, som bifogats en kvarstadsansökan i ett kravmål. Däremot utgör attesten processmaterial i förhållande till rättens beslut rörande yrkandet om kvarstad.

Alla omständigheter, som »införts» under huvudförhandlingen, ingå ej i processmaterialet för domen. Som exempel kan nämnas att rättens ordförande i ett dispositivt mål frågar ena parten, om han åberopar visst rättsfaktum, som varit på tal under förberedelsen. Att denna fråga besvaras nekande medför att omständigheten icke i dess egenskap av rättsfaktum kommer att ingå i processmaterialet. Och att part »inskränker sin talan» medför att processmaterialet reduceras till sitt omfång.

Som Kallenberg påpekat räknas stundom endast fakta till processmaterialet. Men tag t.ex. kärandens petitum i dispositiva mål. Vilket domslut rätten skall meddela i målet är ju beroende icke enbart på relevanta fakta utan även på parternas yrkanden rörande själva saken. Emellertid kan ett yrkande

²⁷ Se Kallenberg II s. 5.

också hänföra sig till en fråga, som rätten avgör ex officio. Som exempel kan nämnas yrkande om uppskov. Jag skulle vilja räkna ett sådant till processmaterialet emedan parternas önskemål ingå bland de omständigheter, vartill rätten bör ta hänsyn vid uppskovsfrågans bedömande.

Annorlunda skulle jag vilja bedöma det fallet att svaranden yrkar målets avvisande på grund av ett tvingande processhinder. Detta yrkande berikar ej processmaterialet för beslutet i avvisningsfrågan, ty svarandens önskemål saknar i detta fall betydelse för frågans bedömande. Men hur förhåller det sig då med processhindret? Tydligt kan inte åberopandet medföra att detta ingår i processmaterialet. Däremot kan så anses vara fallet på den grund att processhindret skall beaktas ex officio.

Att allt, som rätten skall uppmärksamma ex officio, ingår i processmaterialet, är emellertid en uppfattning som knappast kan upprätthållas. Tag t.ex. rätts- och erfarenhetssatser. Hela lagboken kan ju inte anses tillhöra processmaterialet i varenda rättegång! Å andra sidan förefaller detta innefatta även andra rättsregler än sådana som verkligen äger tillämpning i målet. Som exempel kan nämnas ett stadgande som svaranden åberopat i sin argumentation, men vars innebörd rätten menar honom ha missuppfattat. En möjlighet vore att till processmaterialet hänföra endast de rätts- och erfarenhetssatser, som varit föremål för parternas argumentation eller åtminstone för rättens överläggning i målet. Men i så fall vore det avgörande icke vad rätten skall beakta ex officio utan vad som faktiskt förevarit i målet.

Jag kan inte finna någon definition på termen processmaterial, som lämpar sig för användning i ett sådant fall som detta. Det torde också vara mindre vanligt förekommande att termen begagnas rörande det som rätten skall beakta ex officio.²⁸

²⁸ Ett exempel härpå erbjuder följande uttalande av Gärde (s. 179): »Den argumentation, som vid förberedelsen (i underrätten) förekommit i sakfrågan, torde icke böra utgöra processmaterial (vid målets avgörande på handlingarna i hovrätten).»

6. KÄNNETECKEN OCH IDENTITETSKRITERIER

I detta och följande avsnitt av framställningen skola vi behandla några mycket omstridda processuella grundbegrepp: yrkande, grund, talan och sak. Dessa ha särskilt i tysk doktrin varit föremål för en livlig debatt, som ännu fortgår med oförminskad styrka.¹ Så gott som varje mera betydande tysk processualist har uttalat sig i frågan. Men någon enighet har man inte uppnått. Meningsskiljaktighet föreligger ej blott mellan olika forskare utan det förekommer även att samme rättsvetenskapsman modifierar sin ståndpunkt från en tid till en annan.² Och i domstolspraxis återspeglas denna åsiktsförbistring; stadganden, där de ovannämnda termerna förekomma, ha blivit föremål för skiftande tillämpning.

Dessa förhållanden äro av ett visst intresse även för den svenska rättens del. Tysk processrättsvetenskap har i förvarande hänseende i hög grad påverkat vår svenska. Kallenberg's beroende av samtida tyska auktoriteter är särskilt påfallande just på detta område. Härigenom har den tyska doktrinen indirekt kommit att påverka utformningen av RB. Dennas upphovsmän kunna emellertid även ha tagit direkt intryck av den terminologi och de uttryckssätt som återfinnas i de tyska processlagarna. Detta medför att de problem, som de tyska rättsvetenskapsmännen behandlat, ha ungefär samma aktualitet i svensk rätt som i tysk.

¹ I vad angår civilprocessen må särskilt hänvisas till det sista arbetet i frågan: Schwab, K. H.: *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München 1954. Detta innehåller utmärkta referat av de uppfattningar, som på sistone tilldragit sig den största uppmärksamheten. Utöver de av Schwab refererade författarna må här nämnas Behrends (*Die Anspruchshäufung im Zivilprozess*), Mayer (*Anspruch und Rechtskraft*), Robinow (*Zur Lehre von Streitgegenstand*), Kleinfeller i Arch. 137 (1933) s. 129, Fischer i Z 57 (1933) s. 340 och Blo Meyer i Z 65 (1952) s. 56. Nikischs recension av Schwabs arbete i Archiv für die civilistische Praxis 1955 är det senaste inlägget i debatten.

² Ett särskilt påfallande exempel härpå utgör den ledande tyske processualisten Rosenberg. Se härom Schwab s. 28 f och Nikisch i Arch. 155 (1955) s. 272.

Som närmare skall beröras i det följande har man emellertid i denna debatt icke klart skiljt mellan å ena sidan frågan om vad de ovannämnda termerna betyda eller m.a.o. vilka processuella företeelser, som betecknas härmed, samt å andra sidan vilka identitetskriterier som gälla för dessa företeelser. Man har mer eller mindre kontaminerat t.ex. begreppet »sak» med begreppet »samma sak». Härigenom har frågan om vad termerna beteckna, kommit att bli sig mer komplicerad än den i verkligheten är. Det förhåller sig nämligen på det sättet att medan detta problem sällan vållar några svårigheter inom rättstillämpningen, tillhöra de ifrågavarande identitetsfrågorna processrättens mest svårlösta spörsmål.³ Antag att käranden under en rättegång modifierar sitt yrkande eller åberopar ny omständighet till stöd för detsamma. Om detta går för sig är enligt RB i olika avseenden beroende av huruvida processhandlingen medför att det blir fråga om ett »annat yrkande», en »annan talan», en »annan grund» eller en »annan sak». Även vid jämförelse mellan olika processer kunna sådana identitetsfrågor få betydelse. I två rättegångar kunna yrkandet, grunden, talan eller saken vara mer eller mindre överensstämmande. Huruvida det härvid trots den föreliggande avvikelser är fråga om respektive »samma» yrkande, grund, talan eller sak i båda processerna, har betydelse för åtskilliga problem inom instituten res judicata och litis pendens.

Men utgöra spörsmål av detta slag inte i själva verket rena skenproblem? Låt oss ta frågan om grundens identitet som exempel. En åklagare har väckt åtal för stöld och åberopar först vid huvudförhandlingen att gärningen förövats medelst inbrott. Härmed har han gjort gällande ett nytt gärningsmoment, vilket innebär detsamma som att grunden för åtalet i

³ Det finns även andra identitetsspörsmål i processrätten, men de förefalla ha vållat mindre svårighet. Som exempel kan nämnas problemet om vad som i 50:25 st. 3 menas med »bevis, som ej tidigare förebragts». Man kan emellertid fråga sig huruvida ett vittne, som i hovrätten åberopas som upplysningskälla rörande andra omständigheter än de, varom han yttrat sig i underrätten, är ett sådant bevis.

viss utsträckning förändrats. Någon identitet i strängt logisk mening föreligger det tydligen inte mellan innehållet i stämningsansökningen och det som åklagaren åberopar under huvudförhandlingen. Under sådana förhållanden kan det synas oegentligt att påstå åtalet fortfarande avse samma gärning.

Å andra sidan uttrycka vi oss uppenbarligen på detta sätt, något som sammanhänger med en allmänt accepterad föreställning om förhållandet mellan en företeelse (ett ting) och dess egenskaper. Antag att ett hus blivit reparerat och därigenom förändrats i viss omfattning. Trots detta anse vi det i regel vara fråga om samma hus. Endast under särskilda förhållanden — t.ex. om reparationen varit mycket genomgripande — mena vi denna ha medfört att det gamla huset försvunnit och ersatts med ett nytt.

Denna användning av tingbegreppet följer inga fasta regler. Termen ting förefaller sakna gripbar mening. Berövar man tinget dess egenskaper, återstår ingenting. Ej heller kan någon viss egenskap betraktas som »bärare» av de övriga. Det förefaller under sådana omständigheter föga troligt att en analys av tingbegreppet skulle leda till några intressanta slutsatser rörande innebörden av uttrycket »samma ting». Angående detta framhåller Marc-Wogau: »Der Ausdruck 'ein und derselbe Gegenstand' konnotiert keine Bestimmung der Gegenstände, von denen er prädiziert wird. Wir wollen ihn deswegen als ein nichtssagendes Etikett auffassen, das Paaren oder Gruppen von qualitativ differenten Gegenständen sozusagen angeheftet wird, und zwar unter Bedingungen, die in verschiedenen Situationen verschieden sein können — —»⁴

Då vi trots viss förändring mena det ändå vara fråga om »ett och detsamma», grundas föreställningen härom alltid på viss överensstämmelse eller visst sammanhang mellan det som identifieras. Men ibland fästa vi härvid främst avseende vid tids-, rums- och kausalrelationer, andra gånger vid överensstämmande kvalitativa eller kvantitativa egenskaper. Vad som

⁴ Marc-Wogau, s. 101 jfrt med s. 14 ff.

på detta sätt utgör grunden för att vi anse det trots förändringen vara fråga om ett och samma ting, kallar jag för tingets *identitetskriterium*. Förblir detta oförändrat, är det fråga om samma ting, medan annars det gamla tinget ersatts med ett nytt sådant. Olika sådana kriterier kunna emellertid komma till användning rörande ting av samma slag. Antag att man utfrågar en arkitekt, en byggnadsingeniör och en husmor om huruvida ombyggnaden av ett hus medfört förändring med avseende på dettas identitet. Helt säkert skulle de härvid inte tillämpa samma identitetskriterier.⁵

Det finns olika slags identitetsproblem. Vi säga två böcker utgöra »samma bok», om de överensstämma till sitt innehåll.⁶ Sådan *artidentitet* är tydligen någonting annat än den *genidentitet* vi studerat i exemplet med det reparerade huset.⁷ Antag emellertid att käranden i ett skade-

⁵ I Byggnadsstadgan har det befunnits nödvändigt att införa bestämmelser om vilka »ändringar av befintlig byggnad, som är att hänföra till nybyggnad». § 169 i 1947 års stadga anger ett flertal omständigheter som härvid kunna medföra en ändring av byggnadens identitet.

⁶ Jfr Langford s. 116 f.

⁷ Termen *genidentitet* förefaller första gången ha använts av Kurt Lewin i hans arbete »Der Begriff der Genese»; jfr Hartshorne s. 242. Angående *genidentitet* inom naturvetenskaperna må här återges följande uttalanden av Lewin: »Genidentität bedeutet keineswegs 'vollkommene' Gleichheit. Sie ist vielmehr im Prinzip unabhängig von allen bestimmten Gleichheiten überhaupt. Es sei a_1 genidentisch mit a_2 . Dann kann zwischen a_1 und a_2 sowohl Gleichheit wie Ungleichheit der Lage, der räumlichen Gestalt, der chemischen Struktur bestehen; beide Körper können alle Unterschiede der Aggregatzustandes aufweisen, ja sie können im Prinzip in jeder ihrer physikalischen Eigenschaften Unterschiede zeigen.» (s. 11) — — — »Die Gleichheit ist eine Beziehung der 'Eigenschaften' von Dingen, während die Genidentität eine Beziehung der 'Dinge' selbst ist. Das hängt damit zusammen, dass Genidentität im Gegensatz zur Gleichheit auf Existenz geht und Existenz keine 'Eigenschaft' eines Dinges ist. Genidentität lässt sich nie von irgendwelchen Eigenschaften aussagen, sie bedeutet auch nicht die Bezogenheit verschiedener Eigenschaften auf ein einziges Ding, wie sie für die Unterscheidung von 'Substanz' und 'Akzidenz' massgebend zu sein pflegt, sondern ist eine Beziehung zwischen verschiedenen existierenden Dingen als solchen, eine 'Existentialbeziehung'. Umgekehrt lässt sich die Gleichheit

ståndsmål nedsätter sitt yrkande från 1.000 till 800 kr. Detta anses icke innebära någon »ändring av talan».⁸ Men är det i detta fall fråga om genidentitet i samma mening som i exemplet med huset? Framställandet av ett yrkande är ju någonting momentant och på grund därav oföränderligt. Emellertid må man lägga märke till att en begäran säges utgöra en upprepning av en tidigare sådan, då den förra har samma innehåll (föremål) som den senare. Och även då innehållet ej överensstämmer till alla delar, anser man det ofta vara fråga om en upprepning av samma begäran och ej om en ny sådan. Man synes mig under sådana omständigheter kunna säga att det mellan de båda yrkandena föreligger en om genidentitet erinrande form av identitet.

Mera komplicerat ligger det till med avseende på grundens identitet t.ex. i det tidigare som exempel nämnda brottmålet. En stöld har ju förövats endera med eller utan inbrott. *Tertium non datur*. Tydligen måste det vara så att ett identitetsproblem uppstår, då något befinnes ha tillgått på annat sätt än vi hitintills antagit. Man kan då fråga sig om härigenom endast vår kunskap ökats om en förut känd företeelse, eller om vi måste revidera vår uppfattning även såtillvida att vi medge det i själva verket förelegat en annan företeelse än vi tidigare antagit.

Låt oss till belysning av detta problem variera exemplet med huset, som underkastats en reparation. Antag att någon hört talas om att vissa mindre omfattande reparationer ha beslutats, men ej vet om dessa redan blivit utförda. Han kan då tydligen fastställa att vare sig reparationerna utförts eller icke, det fortfarande är fråga om samma hus. Identitetsproblemet är

oder Ungleichheit immer nur von den Eigenschaften und nicht von der Existenz aussagen; sie sind 'Eigenschaftbeziehungen'.» (s. 16) — — — »Die Rolle, die der Begriff der Genidentität für die Begriffsbildung einer Wissenschaft spielt, ist durch folgenden Sachverhalt gekennzeichnet: Genidentitätsreihen sind jene Reihen, kraft derer die 'genetischen Definitionen' von Dingen und Geschehnissen innerhalb einer Wissenschaft durch die definierenden die definierten Gebilde bestimmen» (s. 202).

⁸ RB 13: 3 st. 3.

här tydligen detsamma, som då det gäller att avgöra, om en utförd reparation medfört att det blivit fråga om ett annat hus. Man tycks mig under sådana omständigheter kunna säga att det i exemplet med stölden är fråga om en med genidentitet analog identitet.

Inom processrätten får man emellertid att göra även med ett identitetsproblem av helt annat slag än genidentiteten. Antag att en byggnad är så egendomligt beskaffad att man kan fråga sig om den utgör ett hus eller två sammanbyggda sådana. Härvid kan det tänkas att man åtminstone delvis tillämpar andra identitetskriterier än då frågan är om det uppstått ett annat hus genom en restaurering av detsamma. Som vi få se i det följande uppstå identitetsproblem av detta slag då man skall bedöma om det i en process föreligger endast ett mål eller en kumulation av flera.

Vi övergå nu till frågan om hur det som kännetecknar visst slags företeelser förhåller sig till det identitetskriterium, som gäller härför.⁹ Skulle en förändring vara så vittgående, att det uppstår en företeelse av helt annat slag, kan det givetvis ej längre vara fråga om »samma» företeelse av just detta slag. Ett hus har såsom sådant förlorat sin identitet, då det omdanats till den grad, att det ej längre har karaktären av ett hus. Men vidare måste det som vi kallat för företeelsens identitetskriterium förbli oförändrat. Antag emellertid att det territorium, som en stat upptar, är ett kriterium på dennas identitet. Tydligen fästa vi härvid icke något avseende vid huruvida territoriet undergått några smärre förändringar. Ja, vi kunna rent av mena att statens identitet är beroende av att denna fortfarande har »samma territorium». Bedömandet av ett identitetsproblem kan på detta sätt vara avhängigt av hur man bedömer ett annat sådant.

⁹ Langford s. 115 kallar de förra »applicability criteria» och de senare »diversity criteria». Hartshorne s. 244 kallar identitetskriterierna för tingets »essential qualities». Det förefaller mig vara ett mindre lyckat uttryckssätt. Med »essential qualities» kan man väl även förstå innehållet i det begrepp, varunder tinget faller.

Vidare må uppmärksammas att, ehuru ett identitetskriterium alltid måste vara utmärkande för den ifrågavarande företeelsen, det icke förefaller vara nödvändigt att kriteriet tillhör denna i den meningen att det utgör ett *däri ingående element*. Detsamma kan lika väl utgöras av en *relation*, i vilken företeelsen står till annat verkligt.¹⁰ Som exempel kan nämnas det fallet att en fabrik inrymts i en byggnad, som tidigare använts som bostadshus. Vi kunna då säga att det icke längre är fråga om »samma hus».¹¹

Detta sistnämnda förhållande tror jag det är viktigt att uppmärksamma, om man vill skaffa sig en riktig uppfattning av identitetsproblemen inom processrätten. Låt mig demonstrera detta med ett exempel. I sin kommentar till RB gör Gärde gällande att vållande till annans död och dråp aldrig kunna

¹⁰ Detta problem sammanhänger med distinktionen mellan »inre» och »yttre» relationer (se Moore, särskilt s. 287 f och Russel s. 373). Någon klar gränsdragning häremellan förefaller emellertid svår att företa (jfr Ewing s. 189 f). Mig synes den ifrågavarande distinktionen sammanhänga med vår uppdelning av verkligheten i ting och andra företeelser. De verklighetsbestämningar, som tillsammans anses konstituera ett visst hus, utgöra dettas »inre» egenskaper. Som exempel kan nämnas att huset har en höjd av 20 meter, vilket väl kan betecknas som en relationsegenskap. Annorlunda förhåller det sig däremot i regel med den användning huset fått. Oavsett vilken denna är, mena vi huset kunna ha exakt samma »inre» egenskaper. Användningen betraktas alltså *ur denna synpunkt* som en »yttre relation», vari huset står till annat verkligt. Men detta hindrar oss ej — då huset fått en helt annan användning än tidigare — att anse det numera vara fråga om »ett annat hus», och detta är fallet även om husets »inre» egenskaper ej undergått någon som helst förändring. Det skulle alltså förhålla sig så att vad som är »inre» och »yttre» i förhållande till ett visst ting bedöms oberoende av kriterierna för tingets identitet. Bortfallet av en »inre» relation innebär visserligen alltid att tinget förändrats. Men därför behöver det ej bli frågan om ett annat ting. Och bortfallet av en »yttre» relation medför visserligen ingen förändring med avseende på de egenskaper, vilka vi hänföra till det ifrågavarande tinget. Men vi kunna ändock anse att det härigenom blivit fråga om ett »annat» ting, exakt likartat med det tidigare existerande.

¹¹ Enligt den ovan s. 42 not 5 berörda bestämmelsen i Byggnadsstadgan är »byggnadens inredande helt eller delvis till väsentligt annat ändamål än det, vartill byggnaden förut varit använd» att hänföra till »nybyggnad».

utgöra samma gärning, medan »vid mindre svåra brott, där skillnaden mellan uppsåt och vårdslöshet icke är så framträdande, en annan lösning kan vara berättigad, t. ex. i fråga om falskdeklaration och vårdslös deklaration».¹² Här förefaller Gärde fästa avseende vid hur mycket grovare brottet blir, om gärningsmannen handlat av uppsåt och ej av vårdslöshet. Då jag första gången läste detta uttalande, fann jag detsamma helt orimligt. Jag utgick från att identitetskriteriet måste vara något som utgör en del av själva gärningen. Att det straff, denna förskyller enligt strafflagen, härvid skulle kunna vara av betydelse, föreföll mig uteslutet av logiska skäl. Men så förhåller det sig ej. Hur grov gärningen är, utgör en relationsegenskap, som mycket väl kan tjäna som identitetskriterium. Och säkerligen överensstämmer Gärdes uppfattning med allmänhetens syn på problemet. Jag tror de flesta äro benägna att fästa ganska stort avseende vid huruvida skillnaden med avseende på den brottsliga gärningens grovhet är stor eller ringa. Men därmed är naturligtvis inte sagt att detta kriterium bör läggas till grund för tillämpningen av 30: 9 och 45: 5. Själv hyser jag tvivelsmål om detta kan anses vara förenligt med den utformning resningsreglerna erhållit i RB, men det är en fråga vi ej skola beröra i detta sammanhang.¹³

På detta sätt har man emellertid inte resonerat inom doktrinen. Utan närmare överväganden har man utgått från att det som utgör identitetskriterium för en processuell företeelse, måste utgöra en »inre egenskap» hos denna. Detta har medfört att de processuella grundbegreppen mer än vad som är erforderligt, kommit att avvika från motsvarande begrepp i det vanliga språkbruket och blivit onödigt invecklade. Undviker man att förfara på detta sätt, behöver det ej vålla några större svårigheter att avgöra vad vi inom processrätten mena med sådana termer som yrkande, talan, grund och sak.¹⁴

¹² Gärde s. 402.

¹³ Se härom Welamson s. 194.

¹⁴ I SvJT 1950 s. 522 karakteriserar jag däremot detta problem som »fruktansvärt svårt». Jag hade då ännu icke insett att detta berodde på den här påpekade kontaminationen av två olika problemställningar.

Innan vi gå närmare in på hur dessa frågor behandlats i doktrinen måste vi emellertid först beröra ett annat förhållande, som medfört att problemställningen ytterligare komplicerats. Jag tänker på läran om processföremålet. Enligt denna uppvisar föremålet för alla rättegångar, tillhörande viss processtyp, vissa gemensamma drag och att fastställa dessa anses vara en central uppgift för processrättsvetenskapen. Som exempel kunna nämnas uppfattningarna att föremålet för en civilprocess alltid är en rättighet eller en rättsföljd och för en straffprocess en såsom brottslig betecknad gärning.

Vad som utgör processens föremål har varit ett av processrättens mest omstridda problem. Som exempel kan nämnas debatten om detsamma i straffprocessen utgöres av den åtalade gärningen eller ett staten tillkommande straffanspråk.¹⁵ Delvis torde detta sammanhånga med att processföremålet ansetts böra konstrueras på ett sådant sätt, att däri den ifrågavarande processartens allmänna struktur kommer till uttryck. Agge har sålunda gjort gällande att rättens bundenhet av kärandens yrkande i tvistemål och dess motsvarande obundenhet i brottmål skulle vara »ett konsekvent uttryck för processföremålets olika innebörd i de skilda processarterna».¹⁶ Jag skulle vilja ifrågasätta om det är någon mening med att utnyttja den här berörda konstruktionen på detta sätt. Att rätten är obunden av åklagarens yrkande rörande påföljden förefaller inte vara någon konsekvens av att föremålet för en straffprocess är den åtalade gärningen och ej ett anspråk på att gärningsmannen skall straffas härför.

Dessutom må man lägga märke till att i vanligt språkbruk termen processföremål används i en viss om ock ganska vag betydelse. Det kan inte vara lämpligt att den inom juridiken

Över huvud taget träffar den kritik, som här riktas mot andra författare, i lika hög grad mitt tidigare författarskap rörande identitetsfrågorna inom processrätten.

¹⁵ Se Welamson s. 16 och 74 samt där citerad litteratur, särskilt Palmgren s. 48 ff.

¹⁶ Agge i Festskrift för Granfelt s. 3 och i SvJT 1937 s. 618 f samt Straffprocessrätt II s. 48.

begagnas i en härifrån helt avvikande innebörd. Men det synes mig bli fallet, om man menar föremålet för en straffprocess vara den åtalade gärningen. Med denna uppfattning skulle påföljdsfrågan i ett brottmål ej tillhöra dennas »föremål». Men åtminstone för en lekman förefaller bedömandet härav vara av minst lika stor betydelse som avgörandet av skuldfrågan. Det synes mig därför vara på goda grunder som RB betecknar föremålet för en straffprocess som »fråga om ansvar för brott» och ej som »fråga om förefintligheten av brottslig gärning».¹⁷

Ändock understryka motiven till RB att föremålet för en straffprocess är den åtalade gärningen och ingenting annat.¹⁸ Och att denna fråga icke skulle vara av enbart teoretiskt intresse har framhållits inom doktrinen. Sålunda har Agge menat det »vara av största vikt för straffprocessens systematiska uppbyggnad och för vissa praktiska rättsfrågors lösande att läran om det konkreta processföremålet uppmärksammas och utvecklas».¹⁹ Jag skulle tro detta vara en vanligt förekommande uppfattning. Det bruk man inom processrätten gjort av processföremålet hänför sig emellertid väsentligen till dettas *identitet*, vilket förtjänar att särskilt uppmärksammas i förevarande sammanhang. Man har ansett kumulation förutsätta att processen har flera föremål, ändring av talan att den får ett annat sådant samt såväl *res judicata* som *litis pendens* att två processer ha samma föremål. Och härvid har man i regel utgått från att samma identitetskriterier skulle gälla oavsett vilket processuellt institut det är fråga om. Som exempel kan nämnas det fallet att käranden yrkar bättre rätt till en fastighet samt som grund härför åberopar ett skifte. Antag nu att processföremålet anses förbli detsamma även om käranden skulle alternativt grunda sitt yrkande på ett bytesavtal. Man menar konsekvensen i så fall fordra, att om käranden endast åberopat den förra grunden och käromålet ogillats samt han väckt ny

¹⁷ Se t.ex. 20: 1.

¹⁸ Motiven s. 392.

¹⁹ Agge i Festskrift för Granfelt s. 1; se även Tirkkonen i SvJT 1941 s. 723.

talán på den andra grunden, de båda processerna anses ha samma föremål.

Måhända baseras detta åskådningssätt på att man funnit det orimligt att processens avslutande skulle medföra att denna fick »ett annat föremål» än den haft under processen. Men så får man naturligtvis inte se saken. Antag att man i res judicatafallet använder sig av ett annat identitetskriterium än vid ändring av talan. Anledningen härtill kan icke vara att processen tillhör det förgångna utan det motiveras av att skilda ändamålssynpunkter göra sig gällande inom de båda instituten. Att detta kan påverka identitetsfrågans bedömning är inte någonting egendomligt. Vilka identitetskriterier man begagnar sig av är ofta beroende på det aktuella intresseläget. Antag att planerna för en viss byggnadsverksamhet ändras. Om man menar denna härigenom har fått ett nytt föremål kan vara beroende på huruvida man bedömer frågan ur byggnadstekniska eller estetiska synpunkter.

Även för närvarande är den uppfattningen härskande, att identitetsfrågorna inom processrätten böra underkastas en enhetlig bedömning.²⁰ Men de flesta forskare, som dela denna uppfattning, ha medvetet eller omedvetet gjort mer eller mindre vittgående undantag härifrån.²¹ Enligt min mening kan den ifrågavarande konstruktionen ej heller läggas till grund för någon ändamålsenlig utformning av de här berörda processuella instituten.²² Processföremålet har varit ett av begreppsjurisprudensens älsklingsbarn, men detsamma utgör också ett skolexempel på det förfelade i denna metod. Och den väsentligaste olägenheten av denna konstruktion har bestått i att en enhetlig bedömning av de processuella identitetsproblemen har ansetts utgöra en konsekvens av densamma.

²⁰ Se senast *Lent* i Z 65 (1952) s. 316 och *Schwab* s. 2 och 13. Numera finns dock den uppfattningen företrädd inom tysk doktrin att begreppet processföremål kan bestämmas på olika sätt i vad avser olika processuella institut samt att man härvid bör laborera med olika kriterier för dess identitet. Se t.ex. *Sauer* s. 104 och *Blomeyer* i Z 65 (1952) s. 58.

²¹ Se *Schwab* s. 73.

²² Se *Welamson* s. 109.

Som exempel på hur fast förankrad den kritiserade uppfattningen är även bland praktiska jurister, må här följande kontrovers anföras. Jag har gjort gällande att man i praxis använder sig av olika kriterier för gärningens identitet vid tillämpningen av å ena sidan 30: 3 och å andra sidan 30: 9 och 45: 5.²³ Angående denna fråga framhåller RÅ i rättsfallet NJA 1954: 240 (s. 259): »Det förefaller inte nödvändigt att tolka gärningsbegreppet i dessa lagrum olika för att motivera regeln att domstolen inte finge ingå i prövning av gärningsmoment som inte åberopats av åklagaren. Man kunde nämligen också se saken så, att begreppet gärning i 30: 3 — tolkat på samma sätt som i 30: 9 och 45: 5 — angåve den yttersta gränsen för domstolens prövningsbefogenhet, men att denna befogenhet med hänsyn till den ackusatoriska principen måste ges en ytterligare inskränkning, nämligen den att domstolen inte finge grunda sin dom på ett gärningsmoment som inte åberopats.» Men redan detta förbud ger ju vid handen vad som är »den yttersta gränsen för domstolens prövningsbefogenhet». Och i vad mån rätten är skyldig att pröva åklagarens åberopanden framgår av 45: 5 och 51: 24 st. 2. Trots att 30: 3 p. 1 vid första påseende förefaller vara ett av de viktigaste i RB, skulle detsamma sålunda kunna strykas utan att det därigenom inträdde någon förändring av gällande rätt. Tydligt finner RÅ denna konsekvens mindre stötande än att det i skilda sammanhang skulle gälla olika kriterier för gärningens identitet.

Meningsskiljaktigheterna rörande processens föremål bero väsentligen på svårigheten att avgöra vilket identitetskriterium som bör komma till användning. Rent axiomatiskt har man nämligen utgått från att detta måste utgöra ett moment i processföremålet. Som exempel kan nämnas Kallenbergs uttalanden härom i »Svensk civilprocessrätt». I de tidigare delarna av detta arbete säges föremålet för en civilprocess vara en rättighet och kriterierna för dennas identitet vara bestämmande även för processföremålets.²⁴ Som exempel nämnes

²³ SvJT 1954 s. 362.

²⁴ A.a. I s. 876 ff, särskilt s. 885 och 889 f.

att om A två gånger väckt talan om bättre rätt till en fastighet, dessa processer ha samma föremål, även om kändanden åberopar olika grunder till stöd för sina yrkanden.²⁵ Vid sin behandling av civildomens rättskraft i andra delen av det ifrågavarande arbetet stannade Kallenberg emellertid för den uppfattningen, att då t.ex. en talan om bättre rätt ogillats, kändanden kan väcka samma talan på nytt, såvida han härvid åberopar en annan grund. Härtill fogar han följande reflexion: »Eftersom det vid prövningen av, huruvida en rättighet är förhanden, är fråga om en av den objektiva rätten till ett faktum (eller ett komplex av fakta) knuten rättslig verkan, ingår det faktum, varpå rättigheten grundas, i själva processföremålet — — —.»²⁶ Att Kallenberg ändrat ståndpunkt i identitetsfrågan medförde tydligen att han ansåg sig också böra ändra uppfattning om vad som utgör föremålet för en civilprocess. Omedvetet har han tydligen utgått från att det som utgör ett kriterium på processföremålets identitet måste ingå i detta, utgöra en del därav.²⁷

Ett liknande åskådningssätt återfinns hos Olivecrona i hans uppsats »Grunden och saken», ehuru denne tagit avstånd från läran om processföremålet. Han säger: »Bestämmelserna i 13: 3 och 17: 11 korrespondera med varandra. I båda lagrummen är 'sakens' identitet av central betydelse. Meningen måste vara den, att frågan om sakens identitet skall bedömas på samma sätt vid tillämpning av båda lagrummen.»²⁸ De lege ferenda kunde man visserligen tänka sig en annan ordning. Men för min del, säger Olivecrona, »betraktar jag alla försök att 'tolka' ordet 'sak' olika i de båda lagrummen såsom godtyckliga».²⁹

²⁵ A.a. II s. 353 f.

²⁶ A.a. II s. 1406; spärr. av mig.

²⁷ Annorlunda Hagströmer I s. 695 angående handlingens identitet. Denne framhåller härom: »Fastän man till handlingen blott räknar själva handlandet, kan man förlägga enhetskriteriet till effekten, med andra ord betrakta som en handling det handlande, som givit upphov till en enhetlig effekt, i dess egenskap av upphov härtill.»

²⁸ A.a. s. 7.

²⁹ A.a. s. 8; (spärr. av mig).

Olivecrona menar alltså att den som tillämpar olika kriterier för sakens identitet vid ändring av talan och res judicata, begagnar ordet sak i tvenne olika betydelser. Detta kan emellertid vara riktigt endast om identitetskriteriet utgör ett moment i saken. Så är också förhållandet enligt Olivecrona. Saken anser han utgöras av kärandens yrkande jämte den härför återopade grunden och sakens identitet menar han vara beroende av att grunden väsentligen är densamma.³⁰ Tanken att detta skulle kunna vara fallet även om grunden icke utgör ett moment i saken, förefaller vara Olivecrona helt främmande.

Även tysk doktrin erbjuder exempel på detta sätt att resonera. De flesta tyska författare anse processföremålets identitet endast i vissa fall (t.ex. i skuldfordringsmål) vara beroende av vilken grund som återopats. Det finns emellertid ett betydelsefullt undantag: den ledande kommentaren till ZPO, vilken i praxis åtnjuter en utomordentlig auktoritet. I Stein-Jonas, som denna kommentar brukar kallas, göres gällande att en annan grund alltid medför att det blir fråga om ett annat processföremål.³¹ Härmed korresponderar kommentarens upp-

³⁰ A.a. s. 21 f.

³¹ A.a. § 253 III 2. Ungefär samma uppfattning har tidigare hävdats av Rosenberg. Se i Festgabe für R. Schmidt II (1932) s. 267 och i Z 57 (1932—33) s. 314. På det förra stället framhåller han sålunda följande: »Die Bestimmungsmerkmale des prozessualen Anspruchs (d.v.s. processföremålets) sind der Antrag, der erkennen lässt, was der Kläger mit der Klage erreichen will, und der Sachverhalt oder das historische Ereignis, mit dem er den Antrag begründet. Diese beiden Merkmale entscheiden daher über die Frage der Identität mehrerer prozessualer Ansprüche — — —.» I den sista upplagan av sin lärobok (s. 395 f) gör Rosenberg däremot gällande att processföremålet endast utgöres av kärandens »Klagebegehren». Och han tillägger: »Der Sachverhalt gehört nicht in den Begriff des Streitgegenstandes. Der Sachverhalt dient nur der Individualisierung des prozessualen Anspruchs. — — — Der Sachverhalt hat keine Bedeutung für den Streitgegenstand, denn sonst würden, wenn die Klage auf mehrere Sachverhalte (= Lebensvorgänge) gestützt wird, mehrere prozessuale Ansprüche vorliegen, und dies ist nicht der Fall. Die Klage wird nicht geändert, wenn derselbe Antrag auf einen neuen Sachverhalt gestützt wird» (spärr. av mig). Av dessa båda uttalanden är enligt min mening det första hållbart ur logisk synpunkt och det senare ohållbart. Processföremålets identitet kan vara beroende av

fattning om vad som utgör processens föremål på ett påfallande sätt. »Sachverhalt und Antrag sind stets gleichwertige und gleichwichtige Bestandteile des Streitgegenstandes», säger Schwab träffande om kommentarens uppfattning på denna punkt.³² Andra författare karakterisera däremot processföremålet enbart som »Rechtsschutzanspruch», »Rechtsfolge», »Rechtsbehauptung», »Klagebegehren», eller någonting annat dylikt. Deras meningar om dess närmare innebörd gå emellertid mer eller mindre isär. Undersöker man anledningarna härtill finner man att även dessa åsiktsmotsättningar väsentligen bero på olika uppfattningar om kriterierna för processföremålets identitet. Som exempel kan nämnas debatten om det är kärandens »Rechtsbehauptung» eller dennes »Klagebegehren», som utgör processens föremål.³³ Enligt den förra uppfattningen är detta gemensamt för en fastställelse- och en fullgörelseprocess angående samma fordran, medan enligt den senare uppfattningen dessa båda rättegångar ha olika föremål. Nu råder det emellertid enighet om att en fastställsetalan ej medför att en samtidig fullgörelsetalan angående samma fordran skall avvisas på grund av litispendens. Detta har anförts som skäl för att processföremålet är kärandens »Klagebegehren» och inte hans »Rechtsbehauptung». Sådillvida är detta visserligen riktigt att det vid fullgörelse- och fastställsetalan angående samma fordran icke kan vara fråga om olika »Rechtsbehauptungen». Men däremot utgör det förhållandet, att processerna härvid ha olika föremål, intet bevis för att detta är kärandens talan (Klagebegehren). Enligt RB systematiseras en övergång från fastställelse- till fullgörelsetalan ej såsom ett tillåtet fall av »taleändring». Till grund för lagens avfattning ligger tydligen den åsikten att, e h u r u k ä r a n d e n s t a-

grundens, även om denna ej skulle utgöra en del av processföremålet, men av att så är förhållandet följer icke att grunden har någon betydelse för identitetsfrågans bedömande. (Se däremot Nikisch i Arch. 154 (155) s. 279 not 7).

³² Se Schwab s. 53 f.

³³ Se Lent i Z 65 (1952) s. 328 f med där anförd litteratur samt Schwab s. 186 f och Nikisch i Arch. 154 (1955) s. 276 f.

lan härvid förändrat karaktär, detta dock icke inverkar på dennas identitet.

Under sådana omständigheter kan man fråga sig om det som i doktrinen kallas för processens föremål egentligen fyller någon annan funktion än att utgöra kriterium på »sakens» och »käromålets» identitet.³⁴ Till detta problem få vi tillfälle att återkomma i det följande.

7. YRKANDET OCH DESS FÖREMÅL

Av det föregående kan den slutsatsen dras att man bör skilja mellan det som k ä n n e t e c k n a r de processuella företeelser, som vi kalla för yrkandet, grunden, saken och talan, samt de identitetskriterier, som gälla härför. Vi börja med den förra frågan och undersöka först vad man menar med ett yrkande.

Enligt doktrinen används termen »yrkande» för att beteckna en till rätten riktad begäran om att denna måtte företa en processhandling med visst angivet innehåll, t.ex. meddela visst avgörande.¹ Detta förefaller såtillvida riktigt att det en part vill uppnå med sitt yrkande i regel är viss aktivitet från rättens sida. Men samtidigt må understrykas att yrkandet ofta säges vara riktat till motparten. Som exempel kan nämnas 15: 1, där det talas om att »part yrkat betalning för fordran» samt 13: 3 st. 1 mom. 1, som reglerar det fallet att käranden »kräver annan fullgörelse än den, varom talan väckts».²

Detta språkbruk kan sammanhänga med att, då part yrkar

³⁴ Denna funktion hos processföremålet framkommer särskilt klart i följande uttalande hos Schwab s. 190 (jfr s. 87): »Der Sachverhalt ist kein Teil des Streitgegenstands. Wäre dies richtig, so müsste in allen Fällen die Mehrheit von Sachverhalten eine Klagenhäufung und der Wechsel von Sachverhalten eine Klageänderung bewirken. Dies trifft aber nicht zu — —.»

¹ Se t.ex. Kallenberg I s. 1216, Wrede I s. 399, Olivecrona: Grunden s. 9, Rosenberg s. 262 och Eb. Schmidt s. 101.

² Uppenbarligen är »kräver» här synonymt med »yrkar».

att rätten måtte meddela visst avgörande, yrkandets föremål lika väl kan sägas vara innehållet i avgörandet som meddelandet av detta. Som exempel kan nämnas att part »yrkar uppskov» i målet. Antag nu att vad parten vill uppnå med sitt yrkande är att rätten meddelar ett till motparten riktat direktiv. Det ställer sig då naturligt att säga yrkandet ha till föremål den handling motparten skall utföra enligt direktivet.³ I så fall uttrycker man sig emellertid som om yrkandet riktar sig till motparten och icke till rätten.⁴

Man brukar skilja mellan processuella yrkanden och yrkandet angående själva saken, även kallat »petitum» eller »påståendet». Med det senare avses parts yrkande att rätten måtte meddela dom med visst angivet domslut. Alla andra yrkanden betecknas som processuella. I det följande skola vi endast sysselsätta oss med yrkandet beträffande själva saken, som vi beteckna som »yrkandet», såvida detta ej kan föranleda något missförstånd. I annat fall använda vi termen petitum, då det är fråga om ett tvistemål.⁵ Yrkandet i ett brottmål att rätten måtte döma den tilltalade till någon brottspåföljd, brukar kallas för *ansvarsyrkandet*.

Då man talar om »yrkandet» i den nu berörda betydelsen, är det i regel frågan om det yrkande *käranden* framställer i målet. Särskilt i tvistemål förekommer det emellertid att även svaranden säges framställa ett yrkande. Denne kan endera

³ Kallenberg säger i Rättsmedlen s. 138 att »yrkandet angiver den prestation, till vars fullgörande parten vill ha motparten förpliktad». Se vidare min framställning i SvJT 1950 s. 524 och 535.

⁴ Det finns emellertid yrkanden som enbart rikta sig till motparten. Som exempel kan nämnas yrkande om att denne måtte förete visst skriftligt bevis. Detta är någonting annat än att parten yrkar att rätten måtte förelägga motparten att förete beviset. Se 35:6 och 38:5.

⁵ Att kalla petitum för »påståendet» förefaller mig däremot mindre lyckat, då denna term även används för att beteckna en utsaga (påståendet om något). Förmodligen har termen denna senare betydelse i 9:3 och 18:6 (jfr Motiven s. 232). I tysk rätt förekommer det att »Sachantrag» och »Hauptantrag» användas som beteckningar på petitum. Se t.ex. Hellwig I s. 428, Schönke s. 125 och Rosenberg Z 57 (1932—33) s. 316. Jfr nedan s. 64 not 4 angående det svenska uttrycket »huvudsaken».

med g i v a eller b e s t r i d a k ä r a n d e n s y r k a n d e.⁶ Ett bestridande kan sägas innebära att svaranden yrkar att käromålet måtte ogillas.

Att detta överensstämmer med vanligt juridiskt språkbruk synes mig uppenbart. Däremot är det mera tvivelaktigt om lagen kan anses bygga på denna terminologi. Då det i 6: 4 och 5 samt 17: 7 talas om »parternas yrkanden och invändningar» förefaller svarandens bestridande ej vara innefattat i det förra av dessa båda uttryck.⁷

8. GRUNDEN OCH DESS ÅBEROPANDE

Som motivering för ett yrkande kan part åberopa fakta, erfarenhetssatser och rättsregler. De processhandlingar, varigenom detta sker, brukar betecknas som å b e r o p a n d e n. Ett sådant kan sägas vara ett slags yrkande. Svarandens åberopande av betalning innebär ett yrkande om att rätten måtte grunda sitt ogillande av käromålet på det förhållandet att betalning skett. I klarhetens intresse bör man emellertid undvika att uttrycka sig på detta sätt. Då det i 30: 3 talas om åklagarens »yrkande beträffande brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum», kan detta förklaras av att rätten i domslutet skall ange ej blott påföljden utan även brottets karaktär och det lagrum, som tillämpats.

I RB används termen åberopa emellertid även som en synonym till yrka i den här begagnade mer inskränkta betydelsen. Bl.a. är detta fallet, då det talas om att part »åberopar viss bevisning». Detta uttryck betecknar icke endast att parten åberopar den ifrågavarande bevisningen som stöd för sin talan utan även att parten yrkar, att densamma måtte få förebringas i målet.¹

I detta sammanhang skola vi endast sysselsätta oss med

⁶ 43: 7 st. 1.

⁷ Se SvJT 1947 s. 241 f. Att det i 10: 17 st. 2 talas om »yrkande om kvittning» kan förklaras av kvittningsinvändningens säregna natur. I detta fall begär ju svaranden en dom, som tillerkänner även honom likvid för en fordran.

¹ Se t.ex. 35: 13 st. 2, 36: 24 st. 2, 42: 8, 45: 4 st. 1 mom. 4 och 50: 4 st. 2.

parts åberopande i den mån detta till föremål har ett faktum. Härför använder RB beteckningen *omständighet*. Motiven skiljer mellan *medelbart* och *omedelbart relevanta* sådana.² Detta är en distinktion av utomordentlig betydelse för lagens rätta tillämpning. Med att en omständighet är av omedelbar relevans i ett mål menas att densamma har betydelse genom någon rättsföljd som enligt gällande rätt är anknuten därtill. En medelbart relevant omständighet har däremot — direkt eller indirekt — betydelse som bevis för en omständighet av det förra slaget. Det är sålunda genom sitt bevisvärde som de medelbart relevanta omständigheterna äro av betydelse i målet. Som exempel kan nämnas att medan i ett kravmål försträckningen är av omedelbar relevans, skuldebrevet endast har en medelbar sådan.

I detta arbete betecknas omedelbart relevanta fakta som *rättsfakta* och medelbart relevanta som *bevisfakta*.³ Angående de senare må särskilt uppmärksammas, att det ej är nödvändigt att desamma gjorts till föremål för någon särskild bevisande verksamhet i processen. Ena partens minspel, medan den andra yttrar sig, kan vara ett bevisfaktum av relevans i målet. Alla s.k. indicier äro sålunda bevisfakta. Vidare må uppmärksammas att ett vittnes berättelse inför rätta samt den iakttagelse av *factum probandum*, som vittnet härvid återger, utgöra olika bevisfakta. Och slutligen förtjänar det även påpekas att ett sakförhållande mycket väl kan ha betydelse både som rättsfaktum och som bevisfaktum för ett annat i målet relevant rättsfaktum. Som exempel kan nämnas att i brottmål det objektiva rekvisitet brukar vara det viktigaste beviset för att även det subjektiva rekvisitet är uppfyllt.

Lagen har inga fullt tydliga beteckningar för vad som här kallats rättsfakta och bevisfakta. Uttrycken omedelbart och medelbart relevanta fakta förekomma bara i motiven. I stadganden som endast angå rättsfakta förekomma emellertid vissa lokutioner som beteckning härför. Som exempel kan nämnas

² Se t.ex. Motiven s. 194.

³ Jfr Gärde s. 166.

»omständighet till grund (stöd) för talan»,⁴ »omständighet av omedelbar betydelse för utgången»⁵ och »omständighet, varav utgången beror».⁶ Under sådana förhållanden torde man åtminstone i princip böra utgå från att då det rätt och slätt talas om »omständigheter», därmed avses såväl rättsfakta som bevisfakta. Emellertid kan ifrågasättas om ej vissa lagstadganden böra tillämpas så som om termen omständighet endast betecknade rättsfaktum.⁷

Vissa omständigheter, som käranden åberopar till stöd för sitt petitum i målet, betecknas som grunden för käromålet. Som exempel kan nämnas 14: 1, där det talas om »flera käromål, som stödja sig på väsentligen samma grund». Jag skulle tro innebörden härav vara att väsentligen samma omständigheter åberopas till stöd för båda käromålen. Inom straffprocessen betecknas däremot grunden för ett åtal alltid som »gärningen» eller »brottet».⁸ Förmodligen sammanhänger detta med att medan grunden i tvistemål kan vara av den mest olikartade beskaffenhet, den i brottmål alltid utgöres av en såsom brottslig betecknad handling.

Emellertid används termen grund i lagen även i en vidare och mindre fixerad betydelse. Därmed avses då även annat, varmed part motiverar ett yrkande, än de rättsfakta han stöder sig på. Som exempel kan nämnas 50: 4 st. 1 mom. 2, där det talas om »grunderna för parts vadetalan». Därmed avses överhuvudtaget de skäl, som vadekäranden anför som stöd för sitt yrkande att hovrätten måtte ändra underrättens dom. Hit hör sålunda såväl bevisfakta som tillämpliga erfarenhetssatser och rättsregler. Även termen omständighet kan ibland fattas i en sådan vidare bemärkelse.⁹

⁴ Se t.ex. 13: 3 st. 3, 17: 3, 42: 2 st. 1 mom 1 och 45: 5 st. 3.

⁵ 16: 2 st. 2 p. 3.

⁶ 18: 3 st. 2; se även 45: 4 st. 1 mom. 3.

⁷ Som exempel kan nämnas 35: 3, 43: 10 och 50: 25 st. 3. Angående förstnämnda lagstadgande se SvJT 1941 s. 129 och 137. Se vidare Hassler i SvJT 1940 s. 155 f.

⁸ Se t.ex. 30: 3 och 45: 3 st. 1.

⁹ Se Hassler i SvJT 1940 s. 156 f.

På några ställen i rättegångsbalken har termen »skäl» kommit till användning. Som exempel kan nämnas 40:7 st. 3 (skäl och omständigheter) samt 43:2 st. 1 mom. 3 och 11 st. 1 (nya skäl och bevis). Dessa stadganden böra säkerligen tillämpas, som om med »skäl» även avsåges erfarenhetssatser och rättsregler. I detta sammanhang må vidare erinras om termen »domskäl».¹⁰ Därmed avses motiveringen för domslutet överhuvudtaget. Själva det rättsfaktum, varå slutet grundas, kan lämpligen betecknas som »domsgrunden».

Skulle s v a r a n d e n icke medge svaromålet, åberopar naturligtvis även han något till stöd för sitt yrkande. Åberopandet härav kallar jag för en i n v ä n d n i n g. Av sådana finns det två olika slag: p r o c e s s i n v ä n d n i n g a r eller åberopande av ett r ä t t e g å n g s h i n d e r¹¹ samt s a k i n v ä n d n i n g a r.¹² Ett processhinder har till rättsföljd att käromålet skall a v v i s a s, medan en befogad sakinvändning medför att detsamma helt eller delvis skall o g i l l a s.

Det finns tre olika slags sakinvändningar. Svaranden kan åberopa

- a) att enligt gällande rätt de av kâranden åberopade omständigheterna överhuvudtaget icke kunna läggas till grund för ett bifall av käromålet (r ä t t s i n v ä n d n i n g),
- b) att den av kâranden åberopade grunden helt eller delvis icke existerar (f ö r n e k a n d e),^{13a}
- c) att det föreligger ett s. k. m o t f a k t u m.^{13b}

¹⁰ Se 17:7 st. 1 mom. 4 och 30:5 st. 1 mom. 4. I 16:3 st. 1 betecknas detsamma som »skälen».

¹¹ 34:3 p. 2.

¹² Denna systematik har numera helt undanträngt den från kanonisk rätt härstammande indelningen av invändningarna i dilatoriska och peremptoriska. Som dilatoriska räknades ej blott processinvändningar utan även t.ex. en invändning om att förfallodagen ej inträtt och som peremptoriska ej blott sakinvändningar utan även t.ex. exceptio rei judicatae (Se Engelm ann s. 467 f, N e h r m a n: Civilprocessen s. 186 f och S c h r e v e l i u s s. 197).

^{13a} Vid förnekande av ett rättsfaktum är det alltså fråga om ett åberopande av detta sakförhållandes icke-existens. Jfr E b. S c h m i d t s. 102.

^{13b} Denna term har lancerats av Olivecrona.

Som exempel kan nämnas det fallet att en köpare väcker talan mot säljaren om att denne måtte förpliktas att genom reparation göra det försålda godset fullvärdigt. Säljaren kan i detta mål tänkas som grund för sitt bestridande åberopa

- a) att enligt köplagen fel i vara ej ger köparen rätt till reparation utan endast att häva köpet eller fordra avdrag på köpeskillingen (rättsinvändning),
- b) att godset ej var bristfälligt vid försäljningen (förnekande),
- c) att enligt kontrahenternas överenskommelse godset sålts i befintligt skick (åberopande av ett motfaktum).^{13c}

Även inom straffprocessen förekomma invändningar av dessa tre olika slag. Den tilltalade kan invända

- a) att den åtalade gärningen ej är brottslig,
- b) att han ej förövat densamma eller
- c) att det föreligger ett motfaktum (t.ex. nödvärn eller otillräknelighet).

Som framgår av det ovanstående använder jag termerna bestridande och förnekande i olika betydelser. Medan *b e s t r i d a n d e* betecknar svarandens yrkande att käromålet måtte ogillas, innebär ett *f ö r n e k a n d e* att part åberopar icke-existensen av ett rättsfaktum, vars existens motparten åberopat till stöd för sin talan. Man skulle alltså kunna säga att ett förnekande utgör motsatsen till ett *e r k ä n n a n d e* av den ifrågavarande omständigheten.

Denna terminologi synes mig överensstämma med den lagen begagnar sig av i 43:7 st. 1 och 46:6 st. 1.¹⁴ Men i juridiskt språkbruk användas förneka och bestrida ofta som synonymer. Och Kallenberg menar med bestridande vad som här kallats för förnekande, medan han för åberopande av ett motfaktum reserverar beteckningen sakinvändning.¹⁵ Enligt denna termi-

^{13c} Vad svaranden åberopar i en sakinvändning betecknas i 42:7 st. 1 mom. 3 som »grunden för hans bestridande». Jfr Gärde s. 587 f.

¹⁴ En förutsättning härför är dock att det senare lagrummets ordalydelse ej anses omfatta det fallet att den tilltalade bestrider åtalet på den grund att gärningen ej är brottslig eller det föreligger något motfaktum såsom t.ex. preskription eller nödvärn.

¹⁵ Kallenberg II s. 373 f samt Wrede II s. 33 f. Denna betydelse av termen invändning överensstämmer med den användning ordet »excep-

nologi utgör bestridandet sålunda ett åberopande av en på visst sätt beskaffad grund för svarandens yrkande att käromålet måtte ogillas.¹⁶ Jag kan ej finna detta språkbruk praktiskt. Vad man har behov av är olika termer för att beteckna svarandens yrkande och åberopande samt de olika slagen av sådant åberopande. Det må emellertid påpekas att den här förordade terminologien icke överensstämmer med den i 17:7 st. 1 mom. 3 begagnade, där det talas om »parternas yrkanden och invändningar samt de omständigheter, varå de grundats». Vad »invändning» här än kan anses betyda, förefaller detta icke vara åberopande av grunden för ett bestridande.¹⁷

Vad slutligen angår termen *mot faktum* skulle man därmed kunna avse ett rättsfaktum, vars existens medför att ett annat sådant faktum ej har den rättsliga betydelse det annars skulle ha. Som exempel kan nämnas en straffrihetsgrund i förhållande till den åtalade gärningen samt svek och betalning i förhållande till det avtal respektive den försträckning, varpå kåranden grundar sitt yrkande.

Med denna uppfattning kommer emellertid en invändning mången gång att kunna uppfattas både som ett förnekande och som ett åberopande av ett motfaktum. Som exempel kan nämnas att en tilltalad åberopar att han vid brottets förövande varit under 15 år, då åklagaren redan i stämningsansökningen påstått motsatsen. Ett annat exempel erbjuder det fallet att en långgivare yrkar skadestånd av låntagaren och som grund här-

tio» erhöi i kanonisk rätt (Engelmann s. 467). I formularprocessen användes detta däremot som bekant för att beteckna den del av pretorns formula, vari angavs ett motfaktum. Det var härvid fråga om sådana mera speciella motfakta, som fingo beaktas av judex endast om de på svarandens yrkande in jure upptagits i pretorns formula (Wenger s. 127 f och 145). Det romerskrättsliga exceptio motsvarade sålunda endast åberopande av vissa motfakta. Angående förhållandena i den senromerska cognitionsprocessen se Wenger s. 280 f.

¹⁶ Så uttryckligen Wrede II s. 34.

¹⁷ Jfr SvJT 1947 s. 241 f. Däremot förefaller det mig vanligt förekommande att termen invändning används för att beteckna svarandens åberopande överhuvudtaget. Angående tyskt språkbruk se Rosenberg s. 470 f, Schöнке s. 201 f samt Sauer s. 145 och 158 f, angående franskt se Morel s. 49 f och Glasson I s. 573 f.

för åberopar att den senare culpost vållat att den utlånade egendomen skadats. Låntagarens invändning att skadan orsakats genom ren olyckshändelse skulle härvid kunna uppfattas såväl som ett förnekande av ett moment i grunden som ett åberopande av ett motfaktum.

En utväg ur detta dilemma är att termerna grund och motfaktum användas med en mera materiell innebörd. Man skulle kunna indela rättsfakta i tvenne grupper. Rättsfakta av det ena slaget skulle ingå i grunden för kärandens talan och kunna bli föremål för svarandens förnekande. Andra sakförhållanden, som denne åberopar, skulle vara motfakta. Detta skulle sålunda vara fallet även om sakförhållandets icke-existens tidigare åberopats av käranden.¹⁸

Men hur skall man då kunna avgöra om ett faktum är av det ena eller andra av de nu berörda slagen? Ja, en möjlighet vore att till grunden hänföra endast sådana omständigheter, som käranden är skyldig att åberopa redan i stämningsansökningsöskningen.¹⁹ I så fall skulle i de ovan nämnda exemplen den tilltalades minderårighet vara ett motfaktum, medan låntagarens vårdslöshet utgjorde ett moment i grunden för käromålet. Angående det senare fallet må nämligen uppmärksammas betydelsen av att svaranden på ett så tidigt stadium som möjligt får kännedom om på vad sätt käranden anser honom ha vållat skadan. Annars kan svaranden ej avge fullständigt svaromål och man riskerar uppskov under förberedelsen. Stämningsansökningsöskningen måste därför anses »otjänlig som grund för rättegången», såvida käranden ej däri redovisar den uppfattning han eventuellt kan ha i culpa-frågan.

Man skulle emellertid även kunna bygga indelningen i grunder och motfakta på reglerna om den s. k. »Behauptungslast».^{19a} I brottmål får rätten som bekant inte döma över

¹⁸ Se Rosenberg: Beweislast s. 51 vid not 3 och s. 75 vid not 4.

¹⁹ 42: 2—4, 45: 4 och 47: 2—4.

^{19a} Se härom Olivecrona: Bevisskyldigheten s. 159, Utökning s. 121 f och i SvJT 1944 s. 738, Stjernquist s. 29 och 135 samt Bolding s. 110 f och i Försäkringsfallet s. 20 f.

några andra gärningsmoment än dem åklagaren åberopat till stöd för sitt ansvarsyrkande. Då i övrigt något krav på åberopande icke upprätthålles inom straffprocessen, skulle alla omständigheter, som medföra brottslighetens eller straffbarhetens bortfallande, vara motfakta. Vad därefter angår tvistemålen, är det möjligt att 17: 3 p. 2 bör ges den innebörden, att domen endast må grundas på omständigheter, vilka åberopats av den part, som har bevisbördan här för.²⁰ I så fall skulle, även om långivaren i stämningsansökningen åberopar att låntagaren förfarit vårdslöst, detta dock icke utgöra något moment i grunden för käromålet. Då låntagaren har bevisbördan för att skadan uppkommit utan hans vållande,^{20a} kunde nämligen detta sakförhållande läggas till grund för ett ogillande av käromålet endast för den händelse låntagaren åberopat att han vore skuldfri.^{20b}

Man kan ha delade meningar om vilken av dessa indelningsgrunder, som är att föredra.²¹ För min del skulle jag tro att man har mest användning av den förstnämnda. Antag att talan väckts om återgång eller ogiltighet av ett avtal. Det vore bra orimligt att i sådana fall anse endast avtalet utgöra grund för käromålet. Dit måste även räknas de omständigheter, som medföra att avtalet skall återgå respektive att detsamma är

²⁰ Härav följer att om denna part ej åberopat omständigheten, så skall som domskäl icke anföras att parten ej styrkt omständigheten utan att han »ej ens åberopat» densamma. Och vid tillämpning av den s.k. överviktsprincipen får man väl anse, att om åberopande framställts endast av ena parten, rätten skall — oavsett vilken av parterna detta är — grunda domen på det förhållandet att åberopande ej framställts av motparten.

^{20a} NJA 1952: 535 och 1953: 409.

^{20b} Detta problem får mycket liten praktisk betydelse, såvida rätten utövar en stark materiell processledning. De speciella förhållandena vid parts utevaro och då part åberopar något till sin egen nackdel kunna här ej beröras.

²¹ I de fall, då ingen av dessa indelningsgrunder äga tillämpning, förefaller det mig meningslöst att upprätthålla någon skillnad mellan grunder och motfakta. Som exempel kan nämnas vid den utmätningssmannen åliggande prövningen av vad som utgör utmätningssgäldenärens egendom. Se emellertid Olivecrona: Utsökning s. 121 f, särskilt s. 132 f.

ogiltigt. Och detta gäller alldeles oavsett hur det förhåller sig med bevisbördan härför. Det förefaller mig också uppenbart att det är i denna betydelse som termen grund begagnas i t.ex. 13:3 st. 1 mom. 3 och 14:1.

Slutligen skulle jag vilja påpeka att det stundom kan vara svårt att avgöra vilka omständigheter part öv e r h u v u d t a g e t åberopat till stöd för sin talan. Antag att kändanden i stämningsansökningen eller i sin sakframställning under huvudförhandlingen givit en bred framställning av hur tvisten uppkommit. Allt vad som ingår häruti behöver naturligtvis ej utgöra omständigheter av ovan nämnt slag. Men stundom klargöres ej i rättegången om kändanden till stöd för sin talan åberopar allt vad som sagts eller bara en del därav.²²

9. SAKEN

»Rättens avgörande av saken sker genom dom», heter det i 17:1 och 30:1. Här förefaller termen sak beteckna »frågan om kändandens yrkande skall bifallas eller ogillas».¹ Andra i lagen begagnade beteckningar härför är »t v i s t e n» och »f r å g a n».²

Som saken skulle man sålunda icke beteckna allt som rätten har att bedöma i processen.³ Ätminstone måste man räkna med möjligheten att rätten avgör frågor, vilka falla utanför saken.⁴ Sådana betecknas i RB som »rättegångsfrågor».⁵ Andra härmed

²² Se t.ex. HovR:ns dom i NJA 1952: 535 samt HD:s dom i NJA 1950: 647.

¹ Se SvJT 1950 s. 526. — Denna betydelse av termen är användbar även i 42:20 st. 2, där det talas om att »saken finnes uppenbar». Särskilt må uppmärksammas att termen sak är lika gångbar inom straff- som inom civilprocessen. Som ytterligare exempel på termens begagnande i vad angår brottmål må nämnas 21:3 st. 3, 45:14 st. 1 och 46:15 st. 2 och 3.

² Se t.ex. 10:17, 13:6 och 17:11 st. 3.

³ Se däremot B l o m e y e r i Z 66 s. 60.

⁴ I äldre svensk rätt användes även uttrycket »huvudsaken»; se t.ex. UL § 212 och K a l l e n b e r g I s. 1102. Jfr ZPO § 39 (Hauptsache).

⁵ 42:13 och 20 st. 1 samt 45:14 st. 1.

synonyma beteckningar är »fråga som hör till rättegången» och »fråga, som ej avser själva saken».⁶ Som sådana betraktas alla frågor vilka skola bedömas enligt RB. Som exempel kan nämnas frågor om processhinder, om vilken bevisning som kan förebringas och om organiserandet av själva handläggningen. Bland rättegångsfrågorna intar den förstnämnda gruppen en särställning.⁷

I 34: 1 karakteriseras frågor om processhinder som »frågor om hinder för målets upptagande». Vid första påseende kan detta uttryckssätt förefalla egendomligt, ty även prövningen av en sådan fråga måste ju ske »i målet». Liksom ÄRB använder emellertid RB termerna »mål» och »sak» som synonymer, varvid de än beteckna själva processen, än användas i den här berörda betydelsen.⁸

Enligt RB:s terminologi skulle sålunda fråga om processhinder eller m.a.o. om kändens talan skall avvisas eller dom meddelas i målet, falla utanför »saken». Detta stämmer med vår definition på sistnämnda term. Fråga om processhinder kan ju karakteriseras som fråga om rätten skall avvisa käromålet eller meddela ett avgörande angående saken. Men är det då i förevarande hänseende någon skillnad mellan frågor av detta slag och andra rättegångsfrågor, vilka vi beteckna som *processuella incideringar*. Som exempel härpå må nämnas en fråga om svaranden skall föreläggas att förete ett skriftligt bevis. Denna kan ha betydelse för avgörande endera av fråga om processhinder eller av själva »saken». I det senare fallet kan man säga frågan bli utredd och avgjord inom ramen för »handläggningen av saken», men i förhållande till denna framstår den dock som en självständig fråga. Vad som

⁶ Se t.ex. 16: 2 st. 1, 29: 2 st. 1, 50: 21 st. 4 och 51: 21 st. 3.

⁷ I dansk rätt används uttrycken »sagens formalitet og dens realitet». Men med »formaliteten» förefaller man framförallt mena frågor om processhinder. Se t.ex. Rpl § 345.

⁸ Se Kallenberg I s. 250 not 35 och i SvJT 1940 s. 4 samt 12: 5, 14: 6, 17: 1 p. 2, 32: 5, 35: 1, 42: 16, 51: 8, 54: 13 och 55: 12 st. 3. I vissa av dessa stadganden är meningen oberoende av huruvida termerna fattas i den ena eller andra betydelsen.

ställer frågor om processhinder i en särklass skulle sålunda endast vara att utredningen och bedömandet därav anses falla utanför handläggningen av saken.

Här må särskilt uppmärksammas att bedömandet av en rättegångsfråga, som ingår i handläggningen av saken, kan påverka avgörandet av denna. Tag exemplet med editionsföreläggandet. Finner rätten svaranden ej vara skyldig förete den skriftliga handlingen, kanske kändanden icke kan prestera den erforderliga bevisningen för sin talan. Trots detta anses bedömandet av frågan om editionsföreläggandet ej utgöra ett moment i själva saken.

Man skiljer mellan »sakfrågan» och »rättsfrågan» i en rättegång.⁹ Här används ordet »sak» i en helt annan betydelse än i ovan berörda stadganden. I 50:21 st. 3 talas om »mål, vari fråga är om allenast rättstillämpningen». Dessa utmärkas av att »sakfrågan» är ostridig mellan parterna. Uppenbarligen kan härmed icke avses frågan om kändandens talan skall bifallas eller ogillas. Hur gränsen bör dras mellan sakfråga och rättsfråga är emellertid ett invecklat spörsmål som vi ej kunna ge oss i kast med i detta sammanhang.¹⁰ Man kunde anse att i brottmål sakfrågan utgöres av »skuldfrågan» och rättsfrågan av »påföljdsfrågan». I så fall skulle rättsliga spörsmål ingå även i sakfrågan. Antag emellertid att med sakfrågan endast menas »bevisfrågan» i betydelsen av spörsmålet om med vilken grad av sannolikhet olika i målet relevanta rättsfakta blivit bevisade. Man skulle kunna tänka sig att sådana bevisvärderingsfrågor ej ansågos tillhöra »saken». Till denna skulle i så fall endast hänföras frågan om i målet bevisade eller ostridiga rättsfakta utgöra grund för att bifalla käromålet. Det synes mig emellertid icke vara förhållandet. Som motivering för att bevisvärderingen bör anses utgöra ett moment i saken kan också anföras att bevis- och rättsfrågor kunna vara så sammanvävda med varandra, att de måste bedömas i ett sammanhang. Antag att

⁹ Se t.ex. Kallenberg: Rättsmedlen s. 12.

¹⁰ Se Bolding s. 33 ff.

käranden i ett bilmål åberopar att svaranden kört för fort under förhandenvarande omständigheter. Vilken hastighet som härvid varit tillåten är en rättsfråga. Att bedöma detta är emellertid i allmänhet omöjligt utan att tränga in i bevismaterialet liksom omvänt ett bedömande av detta förutsätter att man vet vad som skall bevisas eller m.a.o. hur hög hastighet som är tillåten.

Ett invecklat spörsmål är vart man skall hänföra de s.k. prejudiciella frågorna.¹¹ I 13:2 st. 2 stadgas om det fallet att »sakens prövning beror av frågan, huruvida visst rättsförhållande består eller icke består». Som exempel kan nämnas att ett skadeståndsyrkande bestrides på den grund att käranden ej skulle vara ägare till det skadade föremålet.

Vid första påseende kan detta sätt att uttrycka sig verka förbryllande. Vad käranden yrkar är ju inte att domstolen skall fastställa hans äganderätt utan att svaranden skall förpliktas ersätta den inträffade skadan. Och »rättsfrågan» i målet består ju endast av spörsmålet om de rättsfakta, som åberopats och endera äro bevisade eller erkända, utgöra tillräcklig grund att bifalla detta yrkande. Frågan om kärandens äganderätt förefaller under sådana omständigheter icke kunna vara av relevans i processen.

Emellertid må man lägga märke till att käranden som grund för sin talan åberopar icke blott skadegörelsen utan även sin äganderätt till det skadade föremålet. Tillhör detta icke honom utan någon annan, skall käromålet ogillas. Med min syn på äganderättsbegreppet innebär detta detsamma som att äganderätten i betydelse av »komplext rättsfaktum» i större eller mindre utsträckning får relevans i målet. Däremot förefaller detta icke vara förhållandet med äganderätten i betydelsen av de rättsföljder som äro härtill anknutna.

Då man talar om kärandens äganderätt som en prejudicialfråga resonerar man emellertid icke på detta sätt. Antag att denna avgörs till förmån för käranden. Härmed har fastslagits att svaranden skall ersätta skadan, om han vållat

¹¹ Se Kallenberg II s. 224 f och 1321.

denna, ty detta är ju en av de rättsföljder, som vi sammanfatta under beteckningen kärandens »äganderätt» till saken ifråga. Och under denna individuellt utformade rättsnorm subsumeras sedan själva skadegörelsen som rättsfaktum. Liksom på en omväg blir sålunda även äganderätten såsom ett komplex av rättsföljder av betydelse i målet. Och det ter sig som om rätten hade att bedöma dels en äganderätts- dels en skadestandsfråga, av vilka den förra är prejudiciell i förhållande till den senare.

En radikal tillämpning av detta betraktelsesätt medför att då alla prejudiciella frågor avgjorts, det står fullkomligt klart vilken utgång målet skall få. Detta blir sålunda förhållandet om i ovannämnda exempel även frågorna om svarandens handling, om kausalrelationen mellan denna och skadan samt om den senares omfattning och värde behandlas som prejudiciella i förhållande till själva saken. Så brukar man emellertid inte resonera. Jag har det intrycket att man som prejudicialfrågor behandlar endast sådana spörsmål, som kunna göras till föremål för särskild talan. Detta är exempelvis fallet med äganderättsfrågan i det ovan anförda exemplet. Däremot skulle man icke anse skuldfrågan i ett brottmål vara av prejudiciell natur. Antag emellertid att lagen tillät rätten att meddela mellandom över denna fråga. Det är tänkbart att man då skulle beteckna denna som prejudiciell i förhållande till själva saken i brottmålet. I så fall skulle det för prejudicialfrågor utmärkande inte vara att de kunde bli föremål för särskild talan utan att en sådan ensam för sig kunde avgöras genom dom.¹²

I det föregående ha vi utgått från att en prejudicialfråga visserligen utreds och bedöms inom ramen för handläggningen av saken, men betraktas som ett i förhållande till detta självständigt spörsmål. Betraktelsesättet skulle sålunda vara det samma som med avseende på rättegångsfrågor, vilka ej avse

¹² 17:5 st. 2 ger ingen vägledning för denna frågas bedömande. En »skyldighet att fullgöra» bör nämligen kunna göras till föremål för fastställsetalan enligt 13:2.

processhinder eller enbart ha betydelse för handläggningen härav. Det är denna terminologi, som begagnas inom den traditionella res judicata-läran. Bedömandet av en prejudicialfråga säges innebära endast ett »domskäl» i förhållande till avgörandet av själva saken.

Å andra sidan ha prejudicialfrågorna uppenbarligen starkare anknytning till denna än rättegångsfrågorna. Som vi sett behöver man icke nödvändigtvis räkna med några från saken skilda prejudicialfrågor. Att så ändock i viss utsträckning är fallet, beror enbart på att man vant sig vid att på visst sätt uppdelade de frågor, vilka samtliga lika väl kunna uppfattas som olika delar av saken.¹³ Det kan också ifrågasättas om icke vissa lagstadganden utformats på grundval av detta senare betraktelsesätt. Som exempel kan nämnas 42: 20 st. 1, där det stadgas om att särskild huvudförhandling må utsättas för behandling av »del av saken, som må avgöras särskilt». Enligt motiven skulle detta vara möjligt även med avseende på en »skyldighet att fullgöra», varöver man avser att meddela mellandom enligt 17: 5 st. 2. I detta fall har käranden emellertid endast väckt fullgörelsetalan och sålunda icke därutöver någon talan om fastställelse av själva prestationsskyldigheten. En förutsättning för att lagtextens betydelse skall täcka även det nu berörda fallet är sålunda att en prejudicialfråga alltid utgör en »del av saken», ehuru särskild huvudförhandling må utsättas angående sådan fråga endast då densamma kan avgöras genom mellandom.¹⁴

¹³ Härav framgår att jag ej kan biträda Gihls uppfattning (TfR 1950 s. 133 f och 1955 s. 16 f samt Jus Gentium 1950 s. 41 f) att den rättstillämpning som läggs till grund för prövningen av en prejudicialfråga skulle vara av annan art än den som kommer till användning vid avgörandet av själva saken.

¹⁴ Detta resonemang förutsätter att »saken» i 42: 20 st. 1 icke betecknar processen utan en däri behandlad fråga. Detta synes mig emellertid vara den rimligaste tolkningen, ty man säger icke att man »för behandlingen av en process» uppdelar handläggningen på visst sätt.

10. SAKEN OCH DEN MATERIELLA RÄTTEN

Antag att det pågår en rättegång och någon vill veta vad som utgör »saken» i denna. Om han får till svar, att saken består i frågan om käromålet skall bifallas eller ogillas, så är han givetvis ej nöjd därmed. Vad han vill veta är några egenskaper, som saken har just i den föreliggande processen. Dessa måste tydligen bestå i spörsmål, varav processens utgång är beroende.

Hur ingående frågan kan besvaras, är naturligtvis beroende på när densamma framställles. Sker detta, då målet är moget för avdömande, kan svaret bli högst specificerat. Som exempel kan nämnas att målets utgång är beroende av bedömandet av indiciebevisning. Ställs frågan däremot redan innan målet varit föremål för någon handläggning, kan upplysning ges endast om vissa frågor, som sannolikt komma under bedömande i målet. Antag att svaret blir att »saken» angår betalning. Man kan då dra vissa slutsatser rörande rättsfrågan i målet. Detta blir i högre grad fallet, om man jämväl får veta att käranden åberopar en försträckning som grund för sitt käromål. Och då kan man dessutom göra sig en viss föreställning om vilka bevisfrågor som kunna komma upp i processen. Får man kännedom även om svarandens invändningar, kunna ytterligare slutsatser dras rörande sakens karaktär.

RB innehåller åtskilliga stadganden, i vilka det är fråga om en dylik — mer eller mindre ingående — karakteristik av »saken». I 6: 3 p. 5 stadgas att protokoll skall innehålla »kort beteckning av saken». Som exempel på beteckningar av detta slag, vilka förekomma i praxis, kunna nämnas »skadestånd», »bättre rätt till lös egendom» och »stöld». Av intresse i detta sammanhang äro även forumreglerna i 10 kapitlet. Där talas t.ex. om »tvist på grund av förmyndares förvaltning», »talan i anledning av skadegörande handling», »tvist om arv» och »tvist om äganderätt till fast egendom». Och vad angår brottmålen förtjäna lokutionerna »fråga om ansvar för brott» i 20: 1, »talan om ansvar för falskt åtal» i 19: 4 och »talan om enskilt anspråk i anledning av brott» i 22: 1 att uppmärksammas. Slutligen må även erinras om det på flera ställen i lagen

använda uttrycket, att »saken är sådan, att förlikning därom (ej) är tillåten».

Några av de ovan återgivna lokutionerna synas förutsätta att en rättighet, ett anspråk, en förpliktelse eller något annat dylikt skulle bli föremål för prövning i rättegången. Särskilt i den civilprocessuella doktrinen är det också en vanligt förekommande uppfattning att en sådan realitet eller ett påstående därom utgör processens »f ö r e m å l».¹ Som ytterligare exempel på detta uttryckssätt må här anföras 15: 1, där det talas om »part som yrkat betalning för fordran» och 17: 4 p. 2, där det stadgas att »över huvudfordran och fordran, som åberopas till kvittning, må dömas allenast i ett sammanhang». Här tänks saken tydligen bestå i en fordran eller rättare i frågan om en viss angiven fordran föreligger (äger giltighet) eller icke.

Detta uttryckssätt anknyter till civilrättslig terminologi. Tanken är tydligen att föremålet för civilprocess skall vara ett civilrättsligt spörsmål.² Saken är en »materiell» eller »materiellrättslig» fråga i motsats till de olika rättegångsfrågor, som till äventyrs äro av betydelse i processen.

Självfallet menar man inte att rätten endast skulle ha att bedöma om den ena eller andra materiella rättsregeln äger giltighet. I en process är det ju alltid fråga om vad som i ett k o n k r e t fall är rätt. Det är ju också i sådana fall man talar om att viss rättighet eller förpliktelse föreligger. Saken skulle sålunda bestå icke i en fråga om »objektiv» utan om »subjektiv» rätt. Härvid sammanhänger det tidigare påpekade förhållandet att till prövningen av saken även hör bedömandet av b e v i s f r å g o r. För att kunna avgöra om en viss rättighet föreligger,

¹ Se t. ex. Kallenberg I s. 876 och Wrede I s. 34. Se även Nikisch: Streitgegenstand s. 14: »Den Gegenstand des Rechtsstreits bildet z.B. die Behauptung des Klägers, dass der Beklagte ihm aus einem bestimmten Tatbestande 100 RM. schulde, dass er Eigentümer einer bestimmten Sache sei, dass ihm ein Recht auf Scheidung seiner Ehe zustehe usw.»

² Skeie: Civilprosess I s. 47 säger att »domstolens opgave er — å avgjøre spørsmål om rettigheter og plikter». Och Kallenberg II s. 1368 framhåller att »genom en dom fastställes en viss individuell rättighets bestånd eller icke-bestånd».

måste man ju alltid känna till hur det förhåller sig med existensen av vissa sakförhållanden.

Vidare må uppmärksammas att saken åtminstone i regel ej består endast av en fråga om den närmare beskaffenheten av en existerande rättighet. Att en sådan föreligger, utgör ingen processförutsättning. Man måste därför räkna med den möjligheten att rätten ogillar käromålet på den grund att käranden inte har någon rättighet. Åtminstone inom modern doktrin brukar också framhåvas att föremålet för en civilprocess är en påstådd rättighet eller m.a.o. frågan om dennas existens.³

Hur förhåller sig då denna uppfattning till tanken att saken är frågan om käromålet skall bifallas eller ogillas? Ja, de båda åsikterna förefalla förenliga, såvida man får anta dels att i varje tvistemål frågan om huruvida viss rättighet eller förpliktelse existerar eller icke-existerar är av relevans, dels ock att målets utgång helt bestäms av hur rätten bedömer denna fråga. Vore detta förhållandet, skulle den nu ifrågavarande definitionen bygga på andra — och mer intressanta — egenskaper hos »saken» än den i föregående avsnitt uppställda definitionen.

Men låt oss nu närmare skärskåda den ovan berörda uppfattningen om civilprocessens »föremål». I rättegången skulle undersökas om käranden har den rätt han påstår och utredningen härav redovisas i domen. Men vad innebär då detta? Har domstolen att avgöra först, om åberopade rättsfakta ge stöd för uppfattningen att denna rättighet existerar, och sedan — för den händelse detta visade sig vara fallet — om rättigheten utgör tillräcklig grund för att bifalla kärandens yrkande?⁴ Att se saken på det sättet innebär en högst primitiv hypostasering av rättighetsbegreppet. Däremot kunde det ju tänkas

³ Se t. ex. Rosenberg s. 391.

⁴ Se det i SvJT 1950 s. 527 not 1 återgivna uttalandet av Nikisch. Och Kleinfeller säger i Arch. 137 (1933) s. 138: »Der Anspruch als das Recht, etwas vom Gegner zu verlangen, bezeichnet den Grund des Begehrens (= Antrags); dagegen den Grund des behaupteten Anspruchs bildet die Tatsachenbehauptung — — —.» Denna uppfattning har även satt spår inom lagstiftningen. Som exempel kan nämnas Tvml § 300, enligt vil-

att frågan om yrkandet skall bifallas helt enkelt är identisk med en materiellrättslig fråga om huruvida viss rättighet existerar eller icke.⁵ Detta skulle innebära att förutsättningarna för att käromålet skall bifallas vore desamma som betingade rättighetens existens samt vice versa. Som Olivecrona i olika sammanhang understrukit är detta emellertid inte alls förhållandet.⁶

Olivecrona påpekar att den ifrågavarande uppfattningen är helt orimlig, då domen grundas på parts utevaro, eftergivande av talan eller medgivande därav. Att svaranden uteblivit t.ex. i ett kravmål har ju i och för sig ingen som helst betydelse för hans betalningsförpliktelse utan därtill anknyts endast den rättsföljden att käromålet skall bifallas. Men även om domstolen ingår på ett bedömande av »det materiella rättsläget», som man brukar säga, är den i viss utsträckning beroende av parternas initiativ i processen, vilket kan medföra att frågeställningen i processen kommer att mer eller mindre avvika från den rent materiellrättsliga. Härvidlag är det tillräckligt att hänvisa till bestämmelserna i 17: 3 samt 35: 3 och 6. Och vad angår brottmålen, är rätten visserligen mera obunden i dylika mål, men den kan dock icke döma den tilltalade för visst brott, såvida åklagaren icke skulle åberopa samtliga subjektiva och objektiva momenter i brottsrekvisitet.

I vad mån »frågan om käromålet skall bifallas eller ogillas» överensstämmer med en materiellrättslig fråga är sålunda beroende på processmaterialets beskaffenhet. Mången gång är det endast vissa brottsstycken av den senare som kommer under bedömande i rättegången. Den materiellrättsliga frågan kan endast sägas i en viss mening k o r r e s p o n d e r a

ken en stämningsansökan skall innehålla såväl »en bestemt angivelse av det krav, som saksøgeren gør gjældende, og de omstændigheter, han støtter det paa» som »den paa stand, han nedlægger» (spärr. av mig).

⁵ § 327 i Entwurf einer ZPO (1931) har följande lydelse: »Urteile sind Rechtskraft nur insoweit fähig, als über die durch Klage geltend gemachte Rechtsfolge entschieden ist.»

⁶ Olivecrona: Domen s. 41 ff och i SvJT 1944 s. 734 f.

med frågan om käromålet skall bifallas eller ogillas. Huruvida de sammanfalla kan man sällan med säkerhet avgöra och det är något som helt är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Detta må uppmärksammas, enär termen »saken» stundom används för att beteckna den materiellrättsliga frågan. Antag att ett käromål bifallits på grund av svarandens medgivande eller hans utevaro. Det torde icke strida mot rådande juridiskt språkbruk att säga domen i sådana fall ha meddelats utan prövning av »saken». Detta är också riktigt i den meningen att den materiella frågan, vid medgivande icke alls och vid tredskodom endast i mycket ringa utsträckning, kommit under bedömande i målet. Men påståendet är uppenbarligen falskt om man med saken menar frågan om käromålet skall bifallas eller ogillas.

Som en undersökning av en materiellrättslig fråga i allmänhet utförs i praktiken är emellertid överensstämmelsen här emellan och prövningen av den därmed korresponderande »saken» i fall av process större än som framgått av det föregående. Antag att A uppdrar åt en advokat att undersöka om B är skyldig att betala honom 1.000 kr. på grund av en försträckning. B har nämligen invänt att en utbetalning till A inneburit likvid för denna fordran. Härvid beaktar advokaten visserligen alla relevanta rättsfakta, som komma till hans kännedom. Men förmodligen undersöker han icke med någon större grundlighet om det till äventyrs föreligger några andra motfakta än den betalning B åberopat. Och då det gäller att insamla bevisning härom, gör advokaten ej heller några övermänskliga ansträngningar. Ehuru han i sin verksamhet icke behöver ta hänsyn till några formella regler, baseras dock hans bedömande av frågan på ett material, vilket är på ungefär samma sätt begränsat som i en rättegång.

Av särskilt intresse är att skärskåda advokatens situation, om han trots allvarliga ansträngningar ej kan klarlägga omständigheterna kring B:s betalning. Låt oss anta att han finner det antagligt att denna utgjort likvid för den ifrågavarande skulden, men att han icke kan uppbringa någon starkare bevisning härför. Vilket besked skall han då ge A? Ja, han kan

svara att det icke är honom möjligt att ge något säkert svar på frågan om B är skyldig A de 1.000 kr. Han kan vidare upplysa A om att, då gäldenären har bevisbördan för betalning och måste prestera fullt bevis härför, övervägande skäl tala för att A skulle vinna en eventuell process. Men utgör detta också tillräcklig grund för att säga undersökningen ha visat att B är skyldig A 1.000 kr.? Ur logisk synpunkt finns ingenting att invända häremot.⁷ Men av socialmoraliska och suggestionstekniska skäl bör man undvika ett uttryckssätt som ger sken av att borgenären skulle ha någon rätt till dubbelbetalning. Att »fordra betalning för gäld som redan är gulden» faller ju rent av under strafflagen.⁸

Även förhållandet mellan domen och den materiellrättsliga frågan förtjänar att uppmärksammas i detta sammanhang. Som vi sett kan domen ej betraktas som ett besvarande av denna. Men ändock föreligger ett visst samband dememellan. Antag att i det ovannämnda exemplet A väcker talan mot B samt att denna bifalles. Vidare anta vi att denna dom är »materiellt riktig». Jag menar därmed att utgången överensstämmer med det resultat man skulle ha uppnått, om alla relevanta fakta varit kända och lagen tillämpats riktigt på dessa.⁹ I så fall var B skyldig betala A det yrkade beloppet även innan domen vunnit laga kraft. Man skulle också kunna säga att satsen »B skall betala A 1.000 kr.» betecknar en rättsföljd, som ägt giltighet även före denna tidpunkt. Jag kallar densamma för den med käromålet korresponderande (materiella) rättsföljden. Vidare kommer jag att tala om den med saken korresponderande (materiella) frågan. Denna utgöres tydligen av spörsmålet om den ifrågavarande rättsföljden äger giltighet eller icke. Hur härmed förhåller sig framstår alltid i en process som mer eller mindre problematiskt. Men rättsföljdens innehåll kan tydligen utläsas av kärandens yrkande.

⁷ Jfr ovan s. 22.

⁸ SL 22: 6.

⁹ Jfr Welamson s. 17 not 9.

Det finns emellertid andra fall i vilka det åtminstone vid första påseende förefaller mindre naturligt att laborera med dessa begrepp. Vissa rättsområden äro undandragna parternas fria förfoganderätt, medan samtidigt rättsförhållandet dem emellan kan förändras genom dom. »Angår målet rättsförhållande, som enligt lag ej må bestämmas annorledes än genom dom», heter det i 18:2. Som exempel kan nämnas ett mål angående äktenskapsskillnad. Nu talar man visserligen om att ena maken kan ha en »rätt till skilsmässa», men därmed menas icke att den andra är förpliktad t.ex. att upphöra med samlivet. I princip inträder denna förpliktelse först genom att skillnadsdomen vunnit laga kraft.¹⁰

Liknande äro förhållandena inom straffprocessen. I princip kan ingen underkasta sig ett straff utan att han blivit dömd därtill. Talar man om att staten har ett »straffanspråk» mot gärningsmannen eller att denne står ett »straffrättsligt ansvar för sin gärning», avses sålunda icke därmed en denne åvilande förpliktelse gentemot det allmänna. Först då straffdomen vunnit laga kraft, kan man säga det föreligga en förpliktelse för honom att underkasta sig straffet.

Emellertid må man lägga märke till, att i samma mening som yrkandet i ett kravmål korresponderar med rättsföljden att gäldenären skall betala, korresponderar detsamma även med rättsföljden att rätten under vissa betingelser skall förplikta gäldenären att betala.¹¹ Anknytande härtill skulle man kunna göra gällande att med käromålet i en skillnadsprocess korresponderar den rättsföljden att rätten under vissa betingelser skall döma till skilsmässa och med åtalet i ett brottmål att den tilltalade under vissa betingelser skall ådömas straff. Att säga den förre ha en »rätt till skilsmässa» och staten »ett straffanspråk» synes mig däremot vara ett mindre nöjaktigt sätt att uttrycka dessa förhållanden. Det-

¹⁰ I GB 11:3 angives rättsföljden med satsen »varde på talan av endera maken dömt till äktenskapsskillnad», medan i GB 11:8 ena maken säges gentemot den andre ha en »rätt till äktenskapsskillnad».

¹¹ Se ovan s. 19 f.

samma kan föranleda det missförståndet, att det skulle föreligga några härmed korresponderande förpliktelser för den andra maken respektive gärningsmannen.

Av det föregående har framgått att relationen mellan en process och vad som här kallats »den med saken korresponderande materiella frågan» icke blott är ganska lösliig utan även komplicerad. Någon anledning att beteckna denna fråga som processens föremål finns det enligt min mening icke. Där emot kan i konkreta fall ett angivande av den med käromålet korresponderande rättsföljden tjäna som en beskrivning av »sakens» närmare innebörd.¹² Påståendet att tvisten rör sig om en penningefordran är härvidlag likvärdigt med uppgiften, att kåranden framställt yrkande om betalning. Detsamma är fallet med påståendena att det är fråga om en skadeståndsfordran och att kåranden yrkar betalning på grund av att svaranden vållat honom skada. Vidare kan »den med käromålet korresponderande rättsföljden» tjäna som kriterium på sakens och käromålets identitet. Detta få vi tillfälle att återkomma till i det följande.¹³

11. TALAN

Av de här behandlade processuella grundbegreppen förefaller mig »talan» vara det mest svårbestämbara. I många sammanhang kan »talan» utbytas mot »yrkande» utan att meningen därmed blir en annan. Som exempel kan nämnas uttrycken »talan om åläggande för svaranden att fullgöra något» i 13: 1, »återkallar kåranden sin talan» i 13: 5 och »de omständigheter, varå han grundar sin talan» i 42: 2.¹ Vidare betecknas

¹² Se ovan s. 70.

¹³ Se nedan s. 103 f.

¹ Nikisch säger på s. 9 i sitt arbete »Der Streitgegenstand» att »man die Worte Klage, Klageantrag und Rechtsbehauptung oder die Bezeichnung, die man sonst noch für die Rechtsbehauptung zu verwenden pflegt, gelegentlich miteinander vertauschen kann, ohne geradezu missverständlich zu werden».

i RB föremålet för svarandens medgivande omväxlande som kärandens yrkande och dennes talan eller käromålet.² Och i vad angår straffprocessen må erinras om uttrycket »talan om ansvar».

Emellertid är det uppenbart att termerna »talan» och »yrkande» ej äro synonyma. Man säger att käranden i ett mål framställt yrkande om t.ex. kvarstad, uppskov eller ersättning för rättegångskostnader, men ej att han för talan därom. Som kärandens »talan» betecknas endast hans *p e t i t u m* i målet, yrkandet om att rätten måtte meddela dom med visst angivet domslut. »Framställandet av en talan vid domstol innebär i allmänhet ett yrkande till domstolen att erhålla en dom av visst innehåll», säger *W r e d e*.³ Och från Kallenberg må här återges uttalandet att »kärändens begäran till domstolen, hans *t a l a n*, vanligen går ut på att ernå åläggande för motparten att fullgöra en prestation».⁴

Även *s v a r a n d e n* brukar sägas föra en talan i målet.⁵ I tvistemål begagnas dock detta uttryckssätt främst då käromålet bestrides.⁶ Som tidigare berörts kan bestridandet sägas innebära ett yrkande om att käromålet måtte ogillas. Det är detta yrkande som också betecknas som svarandens talan. I vissa stadganden används termen dock enbart för att beteckna kärändens yrkande. Som exempel kan nämnas bestämmelsen i 13: 4 om att »talan skall väckas genom stämning».

Inom civilprocessen begagnas *k ä r o m å l e t* och *s v a r o m å l e t* som beteckningar för respektive kärändens och svarandens talan.⁷ Och inom straffprocessen betecknas kärändens ansvarstalan som *å t a l e t*. Däremot finns det ingen särskild beteckning för den misstänktes talan i brottmål, vilket sannolikt sammanhänger med att denne i den inkvisitoriska processen överhuvudtaget icke ansågs föra någon talan. Då det för-

² 12: 14 st. 1 p. 4, 17: 4 p. 3, 42: 7 st. 1 mom. 2, 44: 8 st. 1 och 50: 21 st. 1.

³ *W r e d e* I s. 35.

⁴ *Kallenberg* I s. 10.

⁵ *Kallenberg* I s. 853.

⁶ Se t.ex. 17: 3 p. 2.

⁷ Se t.ex. 44: 8.

håller sig på motsatt sätt inom den akusatoriska processen, synes det mig önskvärt att ha en särskild term för att beteckna den misstänktes talan. Som en sådan skulle man kunna begagna termen *försvaret*.

Emellertid skulle man kunna ifrågasätta om inte med en parts talan menas dennes yrkande *jämte* någonting annat. Även under denna förutsättning borde ju termen stundom kunna utbytas mot yrkande utan att satsens mening därmed förändrades. Detta måste tydligen vara förhållandet, då det som termen betecknar utöver yrkandet, saknar betydelse i det föreliggande sammanhanget. Frågan är emellertid vad detta »andra» i så fall skulle vara. Flera olika möjligheter äro tänkbara.

1. Enligt Kallenberg »går en talan antingen ut på vinnande av allenast en rättsfastställelse eller åsyftar, förutom en rättsfastställelse, tillika ett uttalande i domen, som gör denna till en exekutionstitel — — —».⁸ Låt oss ta detta uttalande till utgångspunkt för en diskussion av frågan, om t.ex. en fullgörelsetalan innefattar kändens petitum samt därutöver ett yrkande om att den dom som meddelas i målet måtte vara *exigibel*. Ja, visserligen säger man inte att känden framställt ett »fullgörelseyrkande» utan att han väckt en »fullgörelsetalan».⁹ Men håller man sig till vad som verkligen försiggår i en process är det uppenbart att känden icke framställer något särskilt yrkande angående domens *exigibilitet*. Som exempel må nämnas det fallet att känden i ett kravmål yrkar att svaranden måtte förpliktas betala honom 1.000 kr. Då en dom med detta innehåll är *exigibel*, framstår det som en verklighetsfrämmande konstruktion att säga käromålet innefatta något yrkande utöver detta petitum.

2. En annan möjlighet vore att med kändens talan menades kändens yrkande *jämte* hans påstående att den därmed korresponderande rättsföljden äger giltighet. Kallenberg har gjort gällande att »be-

⁸ A. a. I s. 894.

⁹ Jfr 13: 1.

greppet talan inrymmer två moment: dels ett angivande av det rättsliga mellanvarande som karakteriseras såsom processföremål, dels ock kändens anhållan beträffande detta mellanvarande, hans angivande av hvad han begär med afseende å detsamma, av det skydd därför, som han påkallar, eller m.a.o. av vad han vill, att domen skall gå ut på. Genom det första av dessa moment skiljer sig begreppet talan från begreppet yrkande (petitum) som icke upptar mer än det senare momentet». ¹⁰ Liknande uttalanden äro vanligt förekommande även i tysk doktrin. ¹¹

Även denna uppfattning förefaller mig emellertid vara en verklighetsfrämmande konstruktion. Lagen uppställer intet krav på att kändens skall uttala sig om den ifrågavarande rättsföljden. Det »angivande» Kallenberg talar om, utgör enligt RB ett element i kändens argumentation i rättsfrågan. Jag kan ej heller finna att lagen innehåller några stadganden, vilkas innebörd förutsätter att termen talan begagnas i den nu berörda betydelsen.

3. Vi övergå härefter till uppfattningen att kändens talan skulle bestå i dennes yrkande jämte åberopandet av grunden härför. Olivecrona har gjort gällande att termen har denna betydelse i RB kap. 13. ¹² Som motive-ring härför anför han följande: »Lagen förutsätter i 13: 3 st. 3 att talan i vissa fall ändras genom åberopande av nya grunder, ehuru yrkandet förblir oförändrat. Om kändens talan vore identisk med hans yrkande, skulle ändring av talan föreligga blott vid ändring av yrkandet.»

Emot denna uppfattning må först invändas att densamma

¹⁰ Kallenberg I s. 854; jfr Olivecrona: Domen s. 242.

¹¹ Hellwig: Lehrbuch III s. 18: »Jede Klage muss eine konkrete Rechtsbehauptung enthalten». Lent i Z 65 (1952) s. 318: »In jedem Klagebegehren, dem Verlangen nach einer bestimmten Entscheidung liegt die Behauptung, dass dem Kläger ein entsprechendes materielles Recht zur Seite steht.» Nikisch: Streitgegenstand s. 2: »Jede Klage muss, wenn sie überhaupt als Klage angesprochen werden soll, eine Rechtsbehauptung enthalten.»

¹² Olivecrona: Grunden s. 2, 9 och 11 not 12.

strider mot slutorden i det av Olivecrona anförda stadgandet. Man kan inte säga kâranden »åberopa ny omständighet till stöd för sin talan», såvida åberopandet ingår som ett moment i hans talan.¹³ Men vidare må uppmärksammas att med »ändring av talan» i 13: 3 icke menas en modifikation därav utan en ändring av talans *i d e n t i t e t*, så att det blir fråga om en *a n n a n t a l a n* än tillförne. Att icke varje modifikation av en talan anses medföra en »ändring» av densamma, framgår av vad som sägs i paragrafens tredje stycke rörande kârandens »inskränkning av sin talan». På ett motsvarande sätt förhåller det sig med det av Olivecrona behandlade fallet, att kâranden ändrar talan genom att åberopa en ny grund härför. Som exempel kan nämnas att kâranden under förberedelsen i ett kravmål åberopar en annan försträckning som grund för sitt yrkande än den som angivits i stämningsansökningen. Härigenom förändras talans identitet, men detta utgör intet bevis för att åberopandet utgör ett element i kârandens talan, ty som vi tidigare berört kan något vartill en företeelse står i relation fungera som kriterium på dennas identitet.¹⁴

Mera tveksamt förefaller mig det nu berörda problemet vara inom straffprocessen. Man talar ju om »åtal för brott» och säger »åklagaren äga tala å brott».¹⁵ Menar man härvid med åklagarens åtal eller talan hans åberopande av gärningen som grund för ansvarsyrkandet? Nej, det kan inte vara fallet, ty åberopas denna enbart som stöd för ett skadeståndsyrkande, föreligger intet åtal. Däremot förefaller dessa lokutioner för-

¹³ Man kunde visserligen tänka sig att termen talan skulle ha olika juridiskt-tekniska betydelser i början och slutet av 13:3 st. 3. Men då kommer termen att användas i onödigt många sådana betydelser. En annan möjlighet är att använda uttrycken »till stöd för» och »på grund av» med en speciell innebörd, då de sammanställas med ordet talan. Men i så fall avlägsnar man sig alltför mycket från vanligt språkbruk.

¹⁴ Även Kallenbergs ovan under 2) redovisade ståndpunkt kan bero på uppfattningen att kriteriet för käromålets identitet med nödvändighet måste utgöras av ett moment i samma käromål. Enligt Kallenberg (II s. 356 f) innebär det nämligen en ändring av talan att kâranden gör gällande en annan rättighet än tidigare i målet.

¹⁵ 19: 2 och 20: 2 st. 1.

enliga med uppfattningen att ett åtal är åberopande av en gärning jämte ett härpå grundat ansvarsyrkande.^{15a} Å andra sidan är denna begreppsbestämning oförenlig med ett sådant uttryck som »åberopande av ny omständighet till stöd för åtalet».¹⁶

Förmodligen sammanhänger detta vacklande språkbruk med att ansvarsyrkandet ej behöver preciseras och överhuvudtaget har långt mindre betydelse än kärandens petitum i tvistemål. Detta har medfört att man inom straffprocessen icke lika skarpt som inom civilprocessen skiljer mellan yrkande och åberopande. I RB heter det icke att viss gärning åberopas som stöd för ett åtal utan att detta »avser» eller »gäller» den ifrågasvarande gärningen.¹⁷ Man uttrycker sig sålunda som om ansvarsyrkandet på något sätt omfattade även åberopandet av gärningen. Enligt min mening är emellertid denna terminologi ej ägnad att åstadkomma systematisk ordning och reda inom straffprocessen.¹⁸

Av det föregående har framgått att det — åtminstone inom civilprocessen — inte finns något skäl att anta käromålet beteckna yrkandet jämte något annat. Däremot betyder termen i vissa sammanhang något var med yrkandet står i relation. Man skulle sålunda kunna ifrågasätta om ej densamma stundom begagnas för att beteckna saken. Som exempel kan nämnas att medan det i 13:2 st. 2 talas om »sakens prövning beror av viss annan fråga», 17:5 st. 1 reglerar det fallet att »prövningen av viss talan beror av annan talan,

^{15a} Att åklagaren under rättegången avstår från att yrka ansvar för visst moment i den åtalade gärningen, skulle enligt motiven till 45:5 st. 3 innebära en »inskränkning av talan».

¹⁶ 45:5 st. 3.

¹⁷ 45:5 st. 1 och 51:24 st. 2; se även 30:3.

¹⁸ En av mina elever gjorde i en uppsats gällande att det ovan vid not 16 anförda stadgandet icke avsåge momenter i brottsrekvisitet utan bevisfakta (t.ex. vittnesmål och indicier). Som skäl härför anförde han, att då ett åtal innefattar ett åberopande av de omständigheter, som tillsammans konstituerar den brottsliga gärningen, endast bevisfakta kunna sägas bli åberopade »till stöd för åtalet».

som handläggs i samma rättegång».¹⁹ Här förefaller man med »talan» mena frågan om ett käromål skall bifallas eller ogillas. Emellertid synes man mig med begagnande av ett mer ellip-tiskt uttryckssätt även kunna säga att det är käromålet som prövas i rättegången. Som demonstration härav kan anföras forumreglerna i 10 kap., där objektet för olika tvistemål om-växlande anges som »tvist om något» och »talan om något». Dessa regler äro emellertid av intresse även ur en annan syn-punkt. Man kunde tycka att med tvist i detta sammanhang menades »saken». Härmed överensstämmer också att medan talan säges skola »väckas» vid viss domstol, det i 10:10 för-klaras att tvist om fast egendom skall »upptagas» av den rätt, där fastigheten ligger. Emellertid stadga andra forumregler om att tvist av visst slag skall eller må »väckas» vid ett bestämt forum.²⁰ Och lagen begagnar sig också av lokutionen »rätten må upptaga viss talan».²¹ Detta språkbruk kan fattas på olika sätt. Den tolkning, som förefaller mig ligga närmast till hands, är att uttrycken »saken», »tvisten» och »kärandens talan» om-växlande används för att beteckna dennes yrkande och frågan om detta skall bifallas eller ogillas.²²

Då man med käromålet kan avse saken i processen, kunde det tänkas att termen även användes för att beteckna vad vi kallat för den med käromålet korresponderande r ä t t s f ö l j -den. RB innehåller visserligen icke något stadgande, där denna tolkning kan anses påkallad. Men annorlunda förhåller det sig med en del civilrättsliga stadganden, enligt vilka ett

¹⁹ Se även lokutionerna »prövning av talan» i 13:6 och »prövning av mål» i 32:5.

²⁰ Se t.ex. 10:7, 11 och 13.

²¹ Se 10:14 och 19:1 st. 3; jfr Hassler i Festskrift för Herlitz (1955) s. 136.

²² Detta förklarar att de två sista orden i lokutionen »talan om saken (anspråket)» kunna strykas utan ändring av meningen. I 17:11 st. 1 skulle det sålunda lika väl ha kunnat heta »Dom äge rättskraft, såvitt därigenom avgjorts den talan som väckts» och i 42:18 »dom i anledning av talan som medgivits» (jfr 42:7 st. 1 mom. 2 och 44:8 st. 1). — Även i tysk doktrin förekommer det att termerna »Anspruch» (saken) och »Kla-gebegehren» (talan) säges vara synonyma. Se t.ex. Lent s. 15.

berättigat rättssubjekt under vissa betingelser »förlorar sin talan» eller »sin rätt till talan».²³ Antag att svaranden i ett kravmål invänder att fordringen är preskriberad och att käranden på grund därutav förlorat sin talan. Visar sig denna invändning vara befogad, skall käromålet icke avvisas utan ogillas.²⁴ Den ifrågavarande lokutionen uppfattas sålunda icke som ett förbud för rätten att uppta kärandens yrkande till prövning utan anses innebära att vissa materiella rättsföljder upphört att gälla. Att man ser saken på det sättet kan synas egendomligt med hänsyn till det av lagen begagnade uttrycksättet. Möjligen kan detta föras tillbaka på en mer eller mindre medveten reception av det romersk-rättsliga begreppet »actio». Fehr har emellertid gjort gällande att i äldre svensk rätt »talan» och »fordran» använts som synonymer.²⁵

Emellertid kan man ifrågasätta om icke termen talan också begagnas i en betydelse, helt artskild från de i det föregående berörda. För ÄRB:s del har Kallenberg gjort gällande detta vara fallet med termerna käromål och svaromål. Han anser dessa i vissa stadganden vara synonyma med »talan», medan de i andra beteckna »den fulla utveckling af parts talan, som denne anser nödvändig eller dock lämplig för vinnande af bifall till densamma».²⁶ I termen käromål skulle sålunda kunna innefattas ej blott kärandens yrkande och åberopandet av grunden härför utan dennes hela argumentation för att rätten måtte bifalla hans yrkande.

²³ Se t.ex. Preskriptionsförordningen § 2, NJB 2: 41, FAL § 15, TL 7: 5 och Bilansvarighetslagen § 10. I GB 11: 24 st. 3 säges anspråk på skadestånd skola »vid talans förlust» framställas i skillnadsmålet.

²⁴ Se mitt kompendium över civilprocessen II s. 19.

²⁵ Fehr s. 275. — Det här berörda uttrycksättet förekommer även i utländsk rätt. I BGB § 1571 heter det sålunda: »Die Ehescheidungsklage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Eintritte des Scheidungsgrundes zehn Jahre verstrichen sind.» Detta stadgande är dock numera ersatt av § 50 mom. 2 i Ehegesetz, där det istället heter: »Die Scheidung ist nicht mehr zulässig — — —.» I fransk rätt används termen »action» än som synonym med »demande» (yrkandet) än i betydelsen av talerätt (droit d'action). Se Morel s. 25 och Glasson I s. 415 f och 464 f.

²⁶ Kallenberg II s. 364 f.

Denna Kallenbergs uppfattning förtjänar uppmärksammas även för RB:s del. I 43: 7 st. 1 säges att »parterna skola utveckla sin talan» och i 46: 6 st. 2 att »åklagaren skall utveckla åtalet». Och i 43: 9 och 46: 10 stadgas om »parternas slutförande av sin talan». Vidare må erinras om det sätt varpå termen svaromål används i 42: 7. I vissa andra stadganden förefaller »talan» rent av användas för att beteckna parts processföring överhuvudtaget. Som exempel kan nämnas »parts talan må föras genom ombud» och »den misstänkte äge själv föra sin talan».²⁷

I dessa stadganden kan »talan» tydligen inte vara synonym med »yrkande». Ätminstone är detta icke fallet, såvida det i varje särskilt sammanhang förekommande verbet fattas i sin sedvanliga innebörd. Vad termen talan kan »betyda» i dessa olika stadganden skola vi emellertid här icke befatta oss med. Vid tillämpningen av dessa torde ordet utan olägenhet kunna fattas i den vaga innebörd, som detsamma har i vanligt språkbruk. En annan fråga är om tillämpningsområdet för det ena eller andra av dessa stadganden lämpligen bör beskrivas genom en på just detta ställe användbar juridisk-teknisk definition av termen talan.²⁸

Att de nu berörda termerna äro mångtydiga — och i vissa betydelser även vaga — manar till särskild försiktighet vid tillämpningen av de stadganden i vilka de förekomma. Genom att redan vid första påseende utgå från att en sådan term används i en viss bestämd betydelse, kan man komma att utesluta den rimligaste tolkningen av stadgandet. Som exempel kan nämnas 13: 5, som tillerkänner svaranden rätt till dom då »käranden återkallar sin talan, sedan svaranden ingått i svaromål». Fattas denna sistnämnda term i samma allmänna betydelse som den har i 42: 7, skulle svaranden ha rätt till dom även om käromålet avvisas t.ex. på grund av en foruminvändning, medan motsatsen är fallet, såvida svaranden antas ha »ingått i svaromål» först då han bestrider käromålet och sålunda framställer en sakinvändning.

²⁷ 12: 1 och 21: 1.

²⁸ Jfr ovan s. 11 f.

En liknande tolkningssvårighet erbjuder 10:14 st. 3, enligt vilket »genkärörmål upptages vid den rätt, som upptagit huvudkärörmålet». Antag att detta redan vid första inställelse avvisas på grund av processhinder. Rätten har då »upptagit» huvudkärörmålet i den meningen att den börjat handlägga detsamma. Menas med »huvudkärörmålet» däremot själva saken, kan rätten ej anses ha »upptagit» detsamma förrän den kommit in på frågan om den ursprunglige kärandens talan skall bifallas eller ogillas.²⁹

12. IDENTITETSFRÅGOR

Under denna rubrik skola vi närmare beröra frågorna om grundens, sakens, yrkandets och kärörmålets identitet. Härvid kommer jag att hålla mig inom den ram för framställningen, som angivits i förordet. Vilka identitetskriterier, som böra begagnas i olika fall, skola vi sålunda ej yttra oss om. Härför kan dessutom anföras det skälet, att dessa frågor utgöra några av processrättens mest omdebatterade spörsmål, som endast kunna lösas inom ramen för de skilda processuella institut, för vilkas utformning de äro av betydelse. I det följande skola vi alltså begränsa oss till att undersöka de olika identitetsproblemens allmänna karaktär samt vilka kriterier som överhuvudtaget ifrågakomma till användning i olika fall.

A. Grundens identitet

För att kunna bedöma om åberopandet i en rättegång av en ny omständighet medför att det blir fråga om en annan grund, måste man först fastställa varuti denna ditintills bestått. Som vi framhållit i annat sammanhang vållar detta stundom svårigheter. Man måste skilja mellan omständigheter, vilka åberopas till stöd för kärörmålet, och sådana som åberopas endast som

²⁹ Som tidigare påpekats på s. 65 betecknas i RB rättsgångshinder som »hinder för målets upptagande till prövning». Se 34:1, 42:4 st. 2, 45:8 samt Petrén i SvJT 1951 s. 60.

bevis för andra fakta eller tjäna till att åskådliggöra hur tvisten uppkommit.¹ Men vidare ingå uppenbarligen icke alla rättsfakta, som kåranden åberopar till stöd för sin talan, i »grunden» härför.² Som exempel kan nämnas det fallet att kåranden i stämningsansökningen åberopat endast en mer än tio år gammal försträckning samt att han vid första inställsen därjämte åberopar ett preskriptionsavbrott. Detta utgör ett motfaktum gentemot svarandens preskriptionsinvändning, ty kåranden har ju ingen anledning att åberopa preskriptionsavbrottet, om ej svaranden gör någon sådan invändning.

Problemet om grundens identitet har väckt största uppmärksamheten inom *s t r a f f p r o c e s s e n*. Grunden för ett åtal utgöres ju av den åtalade gärningen och i RB anknyta flera viktiga lagstadganden till det förhållandet att det är fråga om samma eller annan gärning.³ Vid undersökning av dessa har man funnit olika identitetskriterier böra komma till användning vid tillämpningen av 30:3 och de övriga stadgandena.⁴ Men har man då kunnat i någon överskådlig formel ange vilka kriterier, som gälla i dessa olika fall? Ja, med avseende på 30:3 har man lyckats härmed, enär detta stadgande i praxis ansetts innebära att rätten inte får döma över någon omständighet (moment i brottsrekvisit) som åklagaren ej åberopat. Identitetskriteriet skulle sålunda i detta fall bestå i samtliga de omständigheter, som denne åberopat till grund för åtalet. Under sådana förhållanden innebär det emellertid en onödig komplikation i uttryckssättet att såsom sker i 30:3 anknyta rättsföljden till gärningens identitet som rättsfaktum. Innebörden i detta stadgande har Olivecrona angett vara att »domen ej får avse något annat än vad som upptagits i (åklagarens) gärningsbeskrivning».⁵ Detta uttryckssätt förefaller mig vara att föredra framför det av lagen begagnade. Att anknyta rättsföljder till att något förblir identiskt kan vara lämpligt endast

¹ Se ovan s. 64.

² Se ovan s. 62 f.

³ Se t.ex. 30:3 och 9, 45:1 st. 3, 45:5 och 51:24 st. 2.

⁴ Se SvJT 1954 s. 362.

⁵ Olivecrona: *Straffprocessen* s. 112

om identiteten är oberoende av att det föreligger vissa olikheter mellan det som identifieras. Är detta icke förhållandet, stå nämligen mera exakta uttryckssätt till buds.

Vad därefter angår de övriga stadganden, enligt vilka gärningens identitet är av betydelse, har Welamson underkastat 30: 9 en grundlig undersökning i sitt arbete »Om brottmålsdomens rättskraft». Att åklagaren i processen nr 2 åberopar en ny omständighet betecknar han som en »avvikelsesituation» och han genomgår ett stort antal dylika fall, i vilka det nya åtalet enligt hans mening skall avvisas. Han frågar sålunda icke efter vad som måste vara gemensamt för att det nya åtalet skall avvisas, utan i stället efter de olikheter mellan grunderna i de båda processerna som äro förenliga härmed. Vilka omständigheter som tjäna som identitetskriterium i olika situationer, går därför ej att utan vidare utläsa ur Welamsons avhandling. Denna innehåller ej heller något försök att sammanfatta resultatet av undersökningen i en eller flera formler.⁶ En sådan sammanfattning — om den nu är möjlig att genomföra — tror jag lämpligen borde anknyta till kriterierna för gärningens identitet och ej till de avvikelser, som äro förenliga härmed.

Inom civilprocessen har frågan om grundens identitet varit långt mindre uppmärksammat än inom straffprocessen. De motsvarande civilprocessuella bestämmelserna i RB anknyta inga rättsföljder till grundens identitet utan endast till yrkandets, käromålets och sakens. I mitt kompendium över civilprocessen har jag emellertid gjort gällande att domens rättskraft i en senare process skulle vara beroende dels av rättsföljdens dels av grundens identitet.⁷ Angående kriterierna för den senare hänvisar jag endast till att frågan varit föga uppmärksammat inom doktrinen och åtnöjer mig med att anföra en del kasuistik.⁸

Mera ingående har Olivecrona behandlat spörsmålet om

⁶ Jfr Welamson s. 266, där han ifrågasätter möjligheten härav.

⁷ I s. 270.

⁸ A.a. s. 287.

kriterierna för grundens identitet i sin nyligen utgivna uppsats »Grunden och saken». Han menar detta spörsmål ha betydelse ej blott inom rättskraftsläran utan även med avseende på ändring av talan. Hans uppfattning skulle kunna sägas vara att det är fråga om samma grund, då det endast rör sig om »olika versioner av visst händelseförlopp», »när det nya som åberopas endast har karaktären av modifikationer i eller tilllägg till det ursprungligen åberopade saksammanhanget».⁹ Vidare säges den nya omständigheten ej få innefatta någon »v ä s e n t l i g förändring i det åberopade saksammanhanget»; gemensamhet måste föreligga med avseende på »huvudfaktum» eller »den huvudsakliga grunden», som Olivecrona också uttrycker saken.¹⁰ Däremot skulle det vara irrelevant om den nya omständigheten står i något samband med det tidigare åberopade händelseförloppet. Att densamma härrör sig från en helt annan tidpunkt än detta medför ej i och för sig att det blir fråga om en ny grund.¹¹

Av särskilt intresse i detta sammanhang är det av Olivecrona åberopade väsentlighetsrekvisitet. Det skulle vara fråga om samma grund, såvida väsentligen samma omständigheter åberopas vid båda tillfällena. Då så är fallet kan käranden emellertid sägas ha åberopat »väsentligen samma grund», en lokution som förekommer i 13: 3 st. 1 mom. 3 och i 14: 1 och 2. Ställer man frågan på det sättet, har man eliminerat frågan om grundens identitet, och det är säkerligen också Olivecronas avsikt att ej alls laborera med denna kategori inom civilprocessen.^{11a} Han undersöker endast i vilken omfattning de båda grunderna måste överensstämma för att ändring av talan skall vara tillåten respektive ny talan otillåten. Huruvida grunden

⁹ A.a. s. 22.

¹⁰ A.a. s. 21, 25 och 34.

¹¹ Olivecronas uppfattning erinrar om den av Rosenberg i hans tidigare skrifter hävdade åsikten att det skulle komma an på huruvida det vore fråga om samma »konkreter Lebensvorgang» eller »historisches Ereignis».

^{11a} I de ovannämnda lagstadgandena är det uppenbarligen icke fråga om en och samma grund utan om flera grunder, som »väsentligen» sammanfalla.

härvid förblir »identisk», går han överhuvudtaget inte in på i sin framställning. Emellertid må man lägga märke till att det här endast är fråga om en skillnad i uttryckssättet. Kriterierna för vad som är »väsentligen samma grund» måste naturligtvis vara desamma som för att det råder »identitet» med avseende på grunden. Och det ena uttryckssättet ger ej bättre vägledning än det andra. Uttrycket »väsentligen samma grund» är icke mindre vagt än »samma grund».¹²

Härefter skola vi uppta frågan om något, vartill grunden står i relation, har begagnats som identitetskriterium för denna. Det ligger närmast till hands att härvid tänka på grundens subsumtion under tillämpliga lagbud. Att anknyta härtill har varit ett inom civilprocessen flitigt utnyttjat tillvägagångssätt. Att en ny omständighet medför att ett annat lagrum blir tillämpligt, har man ansett vara av betydelse ur identitetssynpunkt. Härvid skulle det avgörande dock icke vara om det bleve fråga om en annan grund utan om den nya omständigheten medförde någon ändring med avseende på »rättighetens» eller »anspråkets» identitet. Vi behandla därför det ifrågavarande spörsmålet icke i detta sammanhang utan först under rubriken »Sakens identitet».¹³

Vad därefter angår straffprocessen ha vi tidigare påpekat att Gärde anser gärningens identitet i viss utsträckning vara beroende av huruvida den nya omständigheten medför att det blir fråga om ett brott av betydligt grövre art.¹⁴ Men hur förhålla sig då begreppen »gärning» och »brott» till varandra? Welamson säger att i vissa lagrum »termen gärning betecknar ett faktiskt förhållande, som icke förändras genom att det betraktas ur olika rättsliga synpunkter och subsumeras under olika lagrum».¹⁵ Men kan man säga ett »faktiskt förhållande» förändras genom att det betraktas ur en annan synpunkt än tidigare? Ja, vad Welamson kan ha menat är väl att den straffrättsliga kvalificeringen icke utgör något

¹² Se emellertid nedan s. 97 angående 30:9.

¹³ Se nedan s. 99 f.

¹⁴ Se ovan s. 45 f.

¹⁵ Welamson s. 93.

i gärningen ingående element.¹⁷ Det finns gärningar, som ej äro brottsliga, och att en gärning subsumeras under det ena eller andra straffbudet påverkar på intet sätt dess karaktär.

Annorlunda förhåller det sig med begreppet *b r o t t*. Ett sådant består av en handling som faller under strafflagen och termen brott är sålunda synonym med uttrycket »brottslig gärning».^{17b} Härav följer att en gärning, som ej är straffbelagd, inte är något brott. Och till brottets »inre» egenskaper hänföra vi dess straffrättsliga rubricering.

Låt oss nu övergå till frågan om samma eller olika identitetskriterier komma till användning vid bedömande av gärningens och av brottets identitet. Avgörande härför kan inte vara den ovan påpekade skillnaden mellan begreppen gärning och brott. Visserligen kommer Welamson i sitt arbete till det resultatet att »avvikelser med hänsyn enbart till den rättsliga subsumtionen icke upphäva gärningsidentiteten».¹⁸ Men som vi sett tillmäter Gärde avvikelser av detta slag en viss betydelse. Och ingen skulle väl vilja göra gällande att en straffbar verksamhet alltid innefattar lika många brott som det finns straffstadganden, varunder verksamheten kan subsumeras. Men därmed är å andra sidan inte sagt att kriterierna för brottets identitet äro desamma som för gärningens.

Som exempel på detta problem kan nämnas SL 1: 3, där det stadgas att »ingen må utan Konungens förordnande åtalas för *b r o t t*, för vilket han utom riket undergått straff». I motsvarande stadgande i Straffrättskommitténs förslag till Brottsbalk (23: 10) har ordet »brott» utbytt mot »gärning». Anledningen härtill förefaller ha varit det sätt varpå domstolarna tillämpat SL 1: 3 i rättsfallet NJA 1951: 113. Förhållandet var här det att en norsk affärsman utan Konungens förordnande åtalats för vissa valutatransaktioner, för vilka han tidigare straffats i Norge. Hovrätten fann i sin av högsta domstolen fastställda dom sådant förordnande ej erforderligt. Som mo-

¹⁷ Jfr ovan s. 45.

^{17b} Se Agge: Straffrättens allmänna del s. 25 samt 45: 4 st. 1 mom. 3.

¹⁸ Welamson s. 164 f.

tivering härför anfördes: Den tilltalade »är nu åtalad för försels¹⁹ mot den svenska valutaordningen, och dessa äro icke identiska med dem för vilka han fällts till ansvar i Norge».

Strahl, som kommenterat detta rättsfall, menar att »för domstolarnas ståndpunkt talar att ett brott i allmänhet i lagstiftningen betyder vad som faller under en brottsbeskrivning», men att man kommer »till ett sakligt mera tilltalande resultat, om man låter ordet brott i 1:3 betyda det faktiska beteende för vilket dömts till straff».²⁰ Häremot må invändas att man med »brottet» i förevarande sammanhang rimligtvis icke kan mena någonting annat än just detta beteende. Frågeställningen bör i stället vara: efter vilka kriterier skall man bedöma om åtalet i Sverige avser »samma» brott, som avdömts i Norge. Skall man härvid endast ta hänsyn till att det var fråga om exakt samma valutatransaktioner eller bör man även göra en jämförelse mellan det straffbud, enligt vilken den tilltalade fällts i Norge, och det motsvarande svenska lagstadgandet? Straffrättskommittén anser tydligen att användningen av ordet gärning i stället för ordet brott ger en anvisning om att det förra tillvägagångssättet är det riktiga.

Men det ovannämnda rättsfallet är intressant även ur en annan synpunkt. Domstolarna kunna ju ej ha menat att en gärning härvid utgör lika många brott som det finns straffstadganden, under vilka detsamma kan subsumeras. Eftersom lex fori alltid tillämpas i brottmål, skulle i så fall Konungens tillstånd aldrig vara erforderligt och SL 1:3 således vara ett meningslöst stadgande! Det är tydligen inte själva straffbuden, som äro avgörande för frågans bedömning, utan något som har samband med dessa. Straffrättskommittén menar det avgörande kunna vara om de olika straffbuden ha olika »skyddsobjekt».²¹ Och Strahl säger om det ovannämnda rättsfallet att »man för att försvara domstolarnas ståndpunkt möjligen kan vilja anföra, att den norska straffbestämmelsen avsåg att skydda den norska valutalagstiftningen, medan det svenska

¹⁹ Spärr. av mig.

²⁰ SvJT 1953 s. 557.

²¹ SOU 1953: 14 s. 461.

straffbudet hade avseende på den svenska motsvarande lagstiftningen».²² Därmed har man emellertid begagnat sig av ett identitetskriterium, som ej ingår i brottet som ett därtill hörande element utan utgöres av något vartill brottet står i relation.

Liknande synpunkter skulle alltså här göra sig gällande som inom den straffrättsliga *k o n k u r r e n s l ä r a n*. Reglerna i SL kap. 4 anknyta ju till det förhållandet att någon förövat flera brott och lagen förutsätter att detta kan ha skett genom »samma handling». Avgörande härför är icke enbart, om denna kan subsumeras under flera straffbud respektive flera gånger under samma straffbud. Man skiljer ju mellan brottskonkurrens å ena sidan samt skenbar och verklig lagkonkurrens å den andra. Att gå in på skillnaden häremellan kan emellertid ej ifrågakomma i denna framställning.²³ De inom konkurrensläran använda kriterierna för brottets identitet äro inte blott subtila utan även utomordentligt invecklade och låta sig sannolikt ej sammanfattas i någon enkel formel.²⁴

Används i RB ordet brott i sådant sammanhang att de inom konkurrensläran begagnade identitetskriterierna böra komma till användning? Säkerligen är så fallet i 20: 4 st. 1, där såsom förutsättning för åtalsrätten angives att »en handling inne-

²² Jfr Agge: Straffrättens allmänna del s. 73.

²³ Se Welamson s. 103 och Strahl s. 166 f.

²⁴ Hagströmer s. 685 anser brottets identitet vara beroende av »den för den föreliggande brottsligheten karakteristiska rättskränkningens enhet». Här faller Hagströmer tillbaka på läran om brottsobjektet. Denna fyller emellertid här — liksom i andra sammanhang — ingen annan funktion än att ge en förtäckt antydning om syftemålet med kriminaliseringen. Det i verkligheten avgörande måste vara om det finns skäl att utdöma förhöjt straff enligt konkurrensreglerna i SL kap. 4. Befinnes detta ej vara fallet, rubriceras situationen som ett fall av strafflagskonkurrens. Vad som särskilt komplicerat problemet har emellertid varit att man skilt mellan frågan om gärningsmannen gjort sig skyldig till enkel respektive flerfaldig brottslighet och om han begått ett eller flera brott. Detta har inneburit att frågan om brottets identitet gjorts beroende av tvenne identitetskriterier. Först har man haft att avgöra, huruvida det föreläge enkel eller flerfaldig brottslighet samt därefter — såvida det senare befunnits vara fallet — huruvida denna bestode i ett eller flera brott.

fattar flera brott» samt i 20: 11, där det talas om att det »ifråga om samma brott äro flera målsägande». Möjligen är detta även förhållandet enligt 45: 3, som handlar om det fallet att »åtal samtidigt väckes mot någon för flera brott».²⁵ Antag att A och B angivit en person för att ha bedragit dem genom en och samma tidningsannons.²⁶ Åklagaren, som finner sig ej ha tillräcklig bevisning för att A blivit vilseledd, åtalar endast det gentemot B föröfvade bedrägeriet. A väcker då själv åtal några dagar efter det åklagaren ingivit sin stämningsansökan. Ur res judicata-synpunkt får man väl anse det här vara fråga om samma gärning.²⁷ Sedan det allmänna åtalet bedömts, kan A sålunda icke väcka åtal för det mot honom föröfvade bedrägeriet. Det förefaller under sådana omständigheter vara en rimlig lösning på problemet att dennes åtal icke avvisas på grund av *litis pendens* utan att de båda målen sammanslås till ett, vilket också är möjligt, då det i 45: 3 talas om »åtal för flera brott». Om det i stället stått »flera gärningar», hade det däremot varit mera tvivelaktigt om detta gått för sig.²⁸

I allmänhet torde emellertid ordet brott begagnas i RB i sådana sammanhang att några identitetsfrågor ej kunna uppkomma. Som exempel kan nämnas uttrycken »fråga om ansvar för brott» och »har någon genom brott blivit dödad». Detsamma är förhållandet med 58: 2 och 3, där såsom förutsättning för resning anges att »brottet» skulle ha hänförts under mildare respektive väsentligt strängare straffbestämmelse. Visserligen förutsätter resning att det är fråga om samma gärning, som bedömts i den dom, mot vilken resning sökes, men det finns ingen anledning att anse detta spörsmål ha reglerats

²⁵ Motsvarande stadgande i tysk rätt (StPO § 3) och i norsk rätt (Strprl § 133) tala om »flera brottsliga handlingar» medan Rpl § 705 använder lokutionen »flera förbrytelser».

²⁶ Enligt Strahl s. 167 föreligger här ett fall av brottskonkurrens (tvenne bedrägeribrott begångna genom samma handling). Jfr Wetter s. 158.

²⁷ Jfr Welamson s. 132 f.

²⁸ Emot denna tolkning kan emellertid invändas att det i regeln om *litis pendens* i 45: 1 st. 3 talas om gärning och icke om brott. Jfr 20: 8 st. 2.

genom ordalydelsen i de båda ovannämnda lagstadgandena.²⁹

Slutligen må här erinras om att Welamson gjort gällande att gärningens identitet i vissa fall skulle vara beroende av huruvida det som lagts den tilltalade till last tillsammans utgör ett brott eller icke.³⁰ Som exempel kan nämnas att en person fällts för att utan trafikillstånd ha bedrivit yrkesmässig biltrafik. Sedermera upptäcks att han även tidigare gjort sig skyldig här till. Enligt Welamson skulle man ur rättskraftsynpunkt anse det härvid vara fråga om samma gärning, såvida bilägarens beteende skulle ha bedömts som ett enda brott i det fall att denne på en gång blivit lagförd för vad han vid de olika tillfällena låtit komma sig till last. Kriterierna för gärningens identitet skulle sålunda i detta fall vara desamma som för brottets.

Vi skola nu övergå till ett helt annat spørsmål. Olivecrona har framställt den svenska straffprocessen utan att begagna sig av föreställningen om gärningens identitet. Detta sker genom att låta jämförelsen istället avse olika »gärningsbeskrivningar», t.ex. dem som ingå i stämningsansökningen och i åklagarens sakframställning under huvudförhandlingen eller i rättens motivering av domslutet.³¹

Ur logisk synpunkt synes det mig icke finnas något att invända mot detta uttryckssätt. Rättens prövning kan lika väl sägas omfatta gärningsbeskrivningens sanning som den beskrivna gärningens existens. Men vad skulle det av Olivecrona lancerade uttryckssättet då ha för fördelar? Möjligen är det samma avsett förhindra att man vid identitetsfrågans bedömande tar hänsyn till huruvida den nya omständigheten kan anses ha inträffat i verkligheten.³² Att åklagaren vid åtal för stöld i efterhand åberopar att brottet förövats medelst inbrott skulle i så fall ej medföra att gärningen bleve en annan, såvida det funnes skäl att anta den tilltalade verkligen begått inbrott.

²⁹ Jfr Welamson s. 104 not 40.

³⁰ Welamson s. 259 f.

³¹ Olivecrona: Straffprocessrätt s. 112, 126 f, 221 och 312.

³² A.a. s. 127 f.

Så får man naturligtvis inte se saken.³³ Vad som i detta fall skall jämföras är endast innehållet i åklagarens båda gärningsbeskrivningar eller m.a.o. hans åberopanden vid olika tillfällen under processen. I vad mån detta överensstämmer med verkligheten saknar helt betydelse för identitetsfrågans bedömning, ty genom dennas besvarande skall rätten få klarhet i vad den har att pröva i målet. Det kan ju rent av förhålla sig på det sättet att det överhuvudtaget icke skett något tillgrepp och att åklagarens gärningsbeskrivningar sålunda till alla delar är oriktiga.³⁴ Identitetsfrågan måste kunna avgöras även i ett sådant fall.

Risken för att någon skulle resonera på detta sätt tror jag dock inte är särskilt stor.³⁵ Därtill kommer emellertid att det av Olivecrona föreslagna uttryckssättet kan tänkas medföra missförstånd i ett annat avseende. Framhävandet av att jämförelsen skall avse icke gärningarna utan gärningsbeskrivningarna, kan föranleda den uppfattningen, att det uttryckssätt, som kommit till användning, skulle vara av betydelse.³⁶ Men detta är naturligtvis icke meningen. Vad som skall jämföras är endast innehållet i de båda beskrivningarna eller m.a.o. de beskrivna händelseförloppen.

Då innehållet i en gärningsbeskrivning alltid måste vara en gärning, kan man emellertid under sådana omständigheter fråga sig om icke dennas identitet blir avgörande även enligt Olivecronas uppfattning. Huruvida åklagaren i det ovan anförda exemplet kommit med en ny gärningsbeskrivning eller endast upprepat den i stämningsansökningen intagna förefaller vara beroende av huruvida inbrottsmomentet medför att det

³³ Se Keetsin Liu s. 8 f.

³⁴ För dylika fall synes mig Olivecronas karakteristik av gärningsbeskrivningen som »en rekonstruktion av det verkliga händelseförloppet» vara mindre träffande.

³⁵ Gärde säger i Festskrift för Schlyter s. 136: »Att med ordet 'gärning' avses åklagarens framställning av det yttre skeendet — ej detta skeende sådant det i verkligheten kan ha gestaltat sig — torde vara uppenbart.»

³⁶ Se den av Olivecrona a.a. å s. 129 företagna omformuleringen av 30:9; se även s. 221 överst.

blir fråga om en ny gärning. Åberopandets identitet skulle m.a.o. vara beroende av samma kriterier som den åberopade gärningens.

Så betraktar emellertid icke Olivecrona detta problem. Han avser icke att ersätta gärningens identitet med åberopandets utan att eliminera alla ordinära identitetsföreställningar.³⁷ Liksom då det gäller motsvarande problem inom civilprocessen ställer han frågan på följande sätt: Är avvikelserna mellan de båda gärningsbeskrivningarna (eller m.a.o. de däri skildrade händelseförloppen) väsentlig eller icke.³⁸

På grundval av detta betraktelsesätt har Olivecrona omformulerat de lagstadganden, som anknyta till lokutionen samma eller annan gärning. Som vi tidigare berört i annat sammanhang säger han 30:3 innebära att »domen ej får avse något annat än som upptagits i (åklagarens) gärningsbeskrivning».³⁹ Detta kan ej utläsas av lagtexten, enär denna ej anger vilket identitetskriterium som är tillämpligt. Och Olivecronas uppfattning kan visserligen lika väl uttryckas genom en till lagtexten anknuten legaldefinition om att varje ny omständighet medför att det blir fråga om en annan gärning. Med detta blir mer omständligt än den av honom föreslagna formuleringen.

Mindre väl förefaller mig Olivecrona ha lyckats med sin omformulering av rättskraftsregeln i 30:9. Förslaget har följande lydelse: »Sedan åtal för en på visst sätt beskriven gärning prövats i dom, får ej åtal mot samma person för en på väsentligen likartat sätt beskriven gärning upptagas till prövning.»⁴⁰ I ett avseende ger denna lokution visserligen bättre vägledning än lagtexten. Man får ju veta att res judicata icke förutsätter att gärningen i processen nr 1 till alla delar överensstäm-

³⁷ Olivecrona betecknar tvenne gärningsbeskrivningar som identiska endast då de ha exakt samma innehåll (se t.ex. a.a. s. 128). Att just i detta fall anknyta till identitetsföreställningen förefaller emellertid mindre lämpligt (se ovan s. 87 f.).

³⁸ Se särskilt a.a. s. 128 och 222; jfr ovan s. 89 f.

³⁹ A.a. s. 112.

⁴⁰ A.a. s. 129.

mer med gärningen i processen nr 2. Men densamma är i vissa fall direkt missvisande. Antag att A åtalats för att ha våldtagit B på aftonen den 3/4, men att åtalet ogillas på grund av alibibebisning. Sedan åtalas A för att ha våldtagit B på aftonen den 10/4. Gör åklagaren härvid gällande att han i den första processen feldaterat gärningen, är saken säkerligen res judicata. Detta är däremot icke fallet om åklagaren menar den tilltalade våldtagit B såväl den 3/4 som den 10/4.⁴¹ Åtalet för den senare våldtäkten skall då uppenbarligen upptas till prövning i sak. Detta brott utgör ju under dessa omständigheter en helt annan gärning än som varit under bedömande i den första processen. Däremot kan åklagaren även i detta fall ha åtalat en »på väsentligen likartat sätt beskriven gärning» som i processen nr 1.⁴² Ja, detta kan rent av vara fallet i lika hög grad som i det föregående exemplet, där han förklarade sig i den föregående processen ha feldaterat den åtalade gärningen.

Slutligen må påpekas att hur man än de lege ferenda ställer sig till det av Olivecrona lancerade uttryckssättet, så kan ett begagnande härav vid tillämpningen av RB lätt föranleda missförstånd. Stadgandet att »väckt åtal icke må ändras» anser Olivecrona innebära detsamma som att »en förändrad gärningsbeskrivning icke skall upptas till prövning».⁴³ Som vi sett medför enligt Olivecronas åsikt varje ny omständighet, som åklagaren åberopar till stöd för åtalet, en sådan »förändring».⁴⁴ Men enligt lagens terminologi utgör detta icke alltid ändring av åtal. Åtalets identitet är beroende av gärningens och lagen utgår från att det icke alltid blir fråga om en ny gärning, då åklagaren åberopar en ny omständighet till stöd för sitt ansvarsyrkande.⁴⁵

⁴¹ A kan exempelvis numera ha erkänt båda brotten.

⁴² Jfr Keetsin Liu s. 65 f.

⁴³ A.a. s. 221.

⁴⁴ Se dock även Olivecrona: Grunden s. 21 (det finstilla stycket).

⁴⁵ Se t.ex. 45: 5 st. 3 och 51: 24 st. 2.

B. Sakens identitet

I de straffprocessuella avsnitten i RB anknyttas inga rättsföljder till »sakens» eller »frågans» identitet. Detta är däremot fallet på flera ställen i de civilprocessuella kapitlen.⁴⁶ Vilka identitetskriterier, som här skola komma till användning, råder det delade meningar om.

Enligt Olivecrona bör uttrycket »saken» i 13:3 och 17:11 fattas på det sättet, att därmed förstås »yrkandet och det åberopade saksammanhanget i förening».⁴⁷ Med dennes syn på identitetsproblemens natur skulle jag tro detta innebära att kriterierna för sakens identitet måste vara att söka i kärandens yrkande och den grund, som åberopas till stöd härför. I fråga om 13:3 st. 3 p. 2 gör Olivecrona sålunda gällande, att avgörande för sakens identitet här är huruvida den nya omständigheten medför en väsentlig ändring med avseende på det åberopade saksammanhanget eller icke. Mig förefaller denna uppfattning svårförenlig med lagens ordalydelse. Man frågar sig varför ej lagens upphovsmän i så fall anknutit till grundens i stället för sakens identitet. Men härom är ej fråga i detta sammanhang.

Antag att det uppstått tvist mellan två affärsmän angående innebörden av vissa delar av ett omfattande kontrakt samt att denna tvist biläggs genom ett förlikningsavtal. Sedermera väcker den ene affärsmannen talan mot den andre angående en viss prestation och åberopar härvid förlikningsavtalet. Svaranden invänder, att den nu aktuella frågan ej regleras av detta utan av det ursprungliga kontraktet. Käranden, som finner denna uppfattning vara icke blott oriktig utan även ofördelaktig ur sin synpunkt, åberopar då kontraktet i andra hand som alternativ grund för sin talan.

Om jag förstått Olivecrona rätt menar han detta innebära en förbjuden ändring av talan, enär det är fråga om en helt ny grund.⁴⁸ Käranden har under sådana omständigheter intet

⁴⁶ 13:3 st. 3, 13:6, 14:3 och 17:11 st. 3.

⁴⁷ Grunden s. 21.

⁴⁸ Se Grunden s. 32.

annat val än att fortsätta processen samt, om han förlorar denna, väcka samma talan på nytt, denna gång grundad på förlikningen. Återkalla sin talan kan han tydligen icke, ty då gör svaranden givetvis sin rätt till dom gällande och käromålet kommer sannolikt att ogillas.

Att någonting sådant vore gällande rätt skulle jag för min del inte vilja anta, om ej ordalydelsen i 13: 3 st. 3 uteslöte den motsatta tolkningen. Visserligen är det riktigt, att kâranden ingalunda alltid ställs i en så ogynnsam situation som i det här berörda fallet.⁴⁹ Men att den nya grunden avvisas, medför dock ofta ökade rättegångskostnader för parterna och jag tror Olivecrona överdriver olägenheterna av att kâranden får åberopa en helt ny grund under processen. Åtminstone äro dessa typiskt sett ej så mycket mer besvärande än de som uppstå, då denne åberopar en ny omständighet, vilken utgör enbart ett tillägg till något som tidigare åberopats. Då det ligger till på detta sätt torde nämligen ofta just det som kvarstår av den ursprungliga grunden, vara ostridigt mellan parterna. Men ej heller härpå skall jag ingå i detta sammanhang.⁵⁰

Däremot skola vi här uppmärksamma ett annat praktiskt

⁴⁹ Det kan emellertid också hända att kâranden ställs ännu ogynnsammare än i detta fall. Som exempel kan nämnas att ett testamente klandrats på grund av formfel samt att, då det befinnes tvivelaktigt om något sådant föreligger, kâranden alternativt åberopar testators rubbade själsverksamhet. Har klandertiden då utlupit, skulle kâranden överhuvudtaget ej kunna göra den senare grunden gällande, såvida denna anses »väsentligen» skilja sig från den först åberopade.

⁵⁰ Man har härvid att väga olika olägenheter mot varandra. Å ena sidan har man olägenheten av att kâranden endera i stämningsansökningen åberopar flera grunder, varav en eller flera endast »för säkerhets skull», eller ock tvingas väcka ännu en talan mot svaranden. Å andra sidan har man olägenheten av att en helt ny grund åberopas under processen. Härvid får man skilja mellan olika fall. Det nya åberopandet kan komma a) under förberedelsen, b) under huvudförhandlingen, c) i vadeinlagen. Risker för ett sådant åberopande är icke densamma i dessa tre fall och olägenheterna äro också varierande. Vidare må uppmärksammas att dessa äro större i fallet c), då förfarandet i andra instans är skriftligt än då detsamma som i gällande rätt utgör en upprepning av förfarandet i underrätten.

fall. En hyresvärd har yrkat betalning för hyra under tiden 1/1—1/4, men hans talan har ogillats på grund av att hyresavtalet ej skulle vara bindande. Han väcker ny talan och yrkar härvid att svaranden skall förpliktas betala hyran för tiden 1/4—1/7. Som bekant skall denna talan ej avvisas på grund av *res judicata*.

I dessa båda mål framställs exakt likalydande yrkanden och grunderna kunna ej anses väsentligen skilja sig från varandra. Enda skillnaden är ju att hyresvärden i processen nr 2 som förfallodag åberopade 1/4 i stället för 1/1. Det förefaller mig under sådana omständigheter svårt att uttrycka rättskraftsregeln endast med utnyttjande av yrkandet och grunden som identitetskriterier. Anknytes domens rättskraft till »sakens» identitet, måste kriteriet härför tydligen vara någonting annat.

Inom doktrinen har man i allmänhet lagt konstruktionen av *civilprocessens föremål* till grund för frågans bedömning. »Saken» antas beteckna detta föremål, vilket åtminstone i något äldre doktrin ansågs bestå av den rättighet, som käranden gjorde gällande i processen.⁵¹ Det vore alltså på kriterierna för dennas identitet det komme an.⁵² Kumulation skulle enligt denna uppfattning förutsätta att käranden gör flera rättigheter gällande i rättegången och ändring av talan att ett nytt åberopande eller yrkande medför att det blir fråga om en annan rättighet. Vidare antogs *litis pendens* och *res judicata* förutsätta att samma rättighet utgör processföremål i två processer.

Det är numera allmänt erkänt att denna uppfattning leder

⁵¹ Jfr ovan s. 71 f.

⁵² Ett mycket klart exempel härpå återfinnes i Hagerup's *Civilprocess* I s. 361. Här jämföres det fallet att käranden alternativt grundar sitt yrkande att utbekomma en sak på hävd och legat med det att han härför åberopar köp (från svaranden) respektive »äganderätt». Då i förra fallet hävden och legatet utgöra grunder för samma *rei vindicatio*, är det enligt Hagerup här fråga om endast ett »retskrav» (en sak). Annorlunda skulle det däremot förhålla sig i det senare fallet, ty här kumuleras en *actio emti* med en *rei vindicatio*.

till opraktiska resultat. Detta beror emellertid inte enbart på att de ifrågavarande instituten fylla en så olikartad funktion att olika identitetskriterier böra komma till användning, utan sammanhänger även med att den indelning i rättigheter av olika slag, som företagits inom civilrätten, uppenbarligen tillskapats för helt andra syftemål än det här är fråga om.

Antag att käranden i ett mål yrkar förpliktande för svaranden att riva ett hus. Som grund åberopas i stämningsansöknings servitut, medan käranden under förberedelsen alternativt stöder sitt yrkande även på ett avtal, enligt vilket svaranden förbundit sig att riva byggnaden. Enligt *Kallenberg* är det härvid icke fråga om samma rättighet utan om två olika sådana, ett servitutsanspråk och ett kontraktsanspråk.⁵³

Man kan fråga sig hur *Kallenberg* kan vara så säker på den saken. Ja, såvitt jag kan förstå måste påståendet grundas på det förhållandet att reglerna om servitut och om avtal anses tillhöra olika delar av civilrätten. Antag att det istället varit fråga om en tvist om bättre rätt till en fastighet, i vilken käranden först åberopade ett skifte och därefter ett bytesavtal som grund för sitt yrkande. Enligt den härskande uppfattningen medför detta icke några förändringar med avseende på processens föremål. Kärandens äganderätt förblir densamma oberoende av vilken grund han åberopar i processen. Säkerligen sammanhänger detta med att man inom civilrätten behandlar de olika äganderättstitlarna i ett sammanhang.⁵⁴

Inom doktrinen har emellertid även en helt annan metod för att bedöma frågan om rättighetens identitet kommit till

⁵³ *Kallenberg* I s. 886 och II s. 1374 f samt *Rättsmedlen* s. 149 f. Jfr *Lent*: *Gesetzeskonkurrenz* I s. 155: »Zwischen zwei Personen können zwei Schuldverhältnisse desselben Inhalts bestehen, z.B. auf Zahlung von 1.000 Mark aus Kauf und aus einem über den Kaufpreis ausgestellten Wechsel... Jedes Schuldverhältnis hat nur einen Entstehungsgrund...».

⁵⁴ Angående kriterierna för olika rättigheters identitet (individualisering) se *Hellwig*: *Anspruch und Klagrecht* s. 77 f och *Lent*: *Gesetzeskonkurrenz* I s. 145 f.

användning. Antag att i ett mål om äktenskapsskillnad käranden grundar sin talan såväl på grov misshandel som på otrohet. Består processföremålet här av en eller två olika »rättigheter till rättsändring?» K a l l e n b e r g säger »det senare vara för svenska rättens del det riktiga, särskilt med hänsyn till omfattningen av domens rättskraft i dessa mål».⁵⁵ Han anser nämligen att ett ogillande av skilsmässotalan på grund av övergivande ej utgör något hinder för att den förorättade maken väcker ny sådan talan, såvida till stöd härför åberopas någon annan skilsmässogrund. Och i överensstämmelse med läran om processföremålet menar Kallenberg detta förutsätta att käranden gör gällande olika rättigheter i den första och den andra rättegången.

I detta fall lägger Kallenberg tydligen processuella ändamålssynpunkter till grund för frågans bedömande. Kriterierna för rättighetens identitet äro icke längre vissa konstaterbara fakta utan de konstrueras allt efter ändamålsenlighetens krav. Men därmed har läran om processföremålet förlorat varje substantiellt innehåll och tjänar endast som en sammanfattande beskrivning av vissa processuella regler.

Emellertid skulle man kunna tänka sig att kriterierna för sakens identitet hade civilrättslig karaktär, fastän de ej sammanföle med kriterierna för den med saken korresponderande rättighetens identitet. Antag att i ett mål angående bättre rätt till en fastighet käranden åberopar ett skifte som grund för sin talan. Sedan denna ogillats, framställer han ett likalydande yrkande i en ny rättegång och åberopar härvid ett bytesavtal som grund. Jämför härmed det fallet att käranden i stället yrkat att svaranden måtte förpliktas betala 1.000 kr. och att han som grund åberopat i den första processen en försträckning och i den andra en helt annan försträckning eller ett olikviderat köp. Trots att yrkandena äro likalydande även i detta

⁵⁵ Kallenberg: Rättsmedlen s. 143; se även samme författare i Civilprocessen I s. 890 och II s. 1418.

fall, föreligger tydligen en avgörande olikhet häremellan och det föregående fallet. I äganderättsexemplet »satisfieras»⁵⁶ de båda grundernas rättsliga betydelse genom ett och samma be- teende från svarandens sida. Så är icke fallet i det senare exemplet. Förhåller det sig som käranden säger, är svaranden ju skyldig honom icke ettusen utan tvåtusen kronor. Detta innebär att en satisfaktion av den ena grundens rättsliga betydelse saknar varje relevans ivad angår den andra grunden.

Jag skulle tro att skillnaden häremellan har ganska stor processuell betydelse. Frågan är bara hur man skall uttrycka den berörda olikheten. Jag har stannat för att begagna det här tidigare uppställda begreppet: den med käromålet korresponderande materiella rättsföljden.⁵⁷ I äganderättsexemplet säger jag de båda käromålen korrespondera med samma rättsföljd, medan i det senare exemplet det första käromålet korresponderar med en annan — ehuru likadan — rättsföljd än det senare käromålet gör.⁵⁸ Jag vill emellertid särskilt understryka att avgörande för rättsföljdens identitet enligt denna terminologi enbart är det ovan påpekade förhållandet. Två grunder kunna mycket väl ha samma rättsföljd, ehuru det enligt den civilrättsliga systematiken är fråga om två olika rättigheter.⁵⁹ Ja, detta är ganska vanligt förekommande. Som exempel kan nämnas det här tidigare berörda fallet i vilket käranden anförde två olika grunder för att svaranden måtte förpliktas riva ett hus.

Min tanke är nu att rättsföljden skulle kunna vara användbar som kriterium på sakens identitet. Emot denna uppfatt-

⁵⁶ Angående innebörden av detta uttryck se ovan s. 13.

⁵⁷ Jfr ovan s. 75.

⁵⁸ Man skulle lika väl kunna anknyta till den med saken korresponderande materiella frågan. Det förefaller mig emellertid enklare att uttrycka vad som avses, såvida anknytningen istället sker till rättsföljden. Jfr emellertid nedan s. 110 f.

⁵⁹ Schwa b s. 9: »Keineswegs entspricht jedem materiellen Recht eine eigene nur für dieses materielle Recht bestimmte Rechtsfolge. Mehrere materielle Rechte können vielmehr die gleiche Rechtsfolge haben.»

ning kunna åtskilliga invändningar tänkas. En av dessa skulle kunna utformas på följande sätt. Rättsföljden är intet sakförhållande i vanlig mening utan en norm. Nu kan man skilja mellan påbud, förbud och tillåtelser. Vidare kunna normer skilja sig från varandra med avseende på de beteenden, varom de handla. Men i exemplet med de båda kravmålen föreligger någon sådan olikhet varken i det ena eller det andra avseendet. Att A betalar B 1.000 kr. skiljer sig ju icke på något sätt från varje annan sådan betalning.

Frågan om rättsföljdens identitet kan tydligen icke avgöras utan att innehållet i kärandens åberopanden och yrkanden sätts i relation till g ä l l a n d e c i v i l r ä t t. Antag att som grunder i ett kravmål åberopas såväl ett olikviderat köp som en i samband därmed utfärdad varuväxel. Att det härvid är fråga om tvenne grunder för en och samma rättsföljd, beror uppenbarligen på att växeln enligt gällande rätt icke grundar någon betalningsförpliktelse utöver den som åvilar svaranden på grund av köpet. Påståendet att det är fråga om samma rättsföljd utgör sålunda egentligen en karaktéristik a v d e c i v i l r ä t t s l i g a r e g l e r, s o m ä g a t i l l l ä m p n i n g.

Häremot kan icke invändas att man vid identitetsfrågans bedömande icke vet om de av käranden åberopade grunderna existerat i verkligheten. Såsom ovan påpekats är det innehållet i kärandens åberopanden och yrkanden som skall sättas i relation till gällande civilrätt. Detta kan ske oberoende av de åberopade grundernas existens. Att en företeelse existerar utgör ju ingen egenskap hos densamma.

Låt oss emellertid ta följande exempel. I en fastighetstvist åberopar käranden som grund först ett skifte och sedan ett muntligt köpeavtal. Enligt gällande rätt medför som bekant ett sådant icke äganderättens övergång. Kan man då begagna den här rekommenderade metoden för bedömande av sakens identitet? Med avseende på den ena grunden finns det ju ingen civilrättslig regel, till vilken densamma kan sättas i relation! I detta fall får man tydligen utgå från den uppfattning av gällande rätt, som ligger till grund för kärandens åberopande.

Och ur den här ifrågavarande synpunkten är ett muntligt köpeavtal uppenbarligen likvärdigt med ett skriftligt sådant.

Men strider inte begagnandet av rättsföljden som identitets-kriterium mot regeln om att rätten är obunden av parternas rättsliga deduktioner?⁶⁰ Nej det är icke fallet. Rätten är endast bunden av kändandens yrkanden och åberopanden. Frågan om en ny grund medför någon ändring även med avseende på rättsföljden bedömer rätten oberoende av vad parterna har för mening härom.⁶¹

I överensstämmelse med programmet för denna undersökning skola vi ej ge oss in på frågan, i vilken utsträckning rättsföljdens identitet bör läggas till grund för tillämpningen av de stadganden i RB, vilka förutsätta att det är fråga om samma eller annan sak eller fråga. Däremot må påpekas att då flera grunder ha samma rättsföljd dessa komma att betecknas som *k o n k u r r e r a n d e*.⁶² Utmärkande för dessa är således att svaranden ej kan vara förpliktad till en prestation enligt den ena grunden och d ä r u t ö v e r till en annan prestation enligt den andra.⁶³ Vidare må påpekas att konkurrerande grunder

⁶⁰ Jfr Rosenberg i Z 57 (1932—33) s. 79 f och Olivecrona i Grunden s. 20.

⁶¹ Schwab s. 18 f.

⁶² Hit höra även sådana fall som inom doktrinen karakteriserats som *anspråkskonkurrens*. Se t.ex. Kallenberg I s. 989 med not 20 och II s. 1374 samt Agge: Rättskraft s. 223 ff. Enligt min mening finns det ingen anledning att inom processrätten skilja mellan det fallet att kändanden åberopar flera grunder till stöd för samma anspråk och det att han gör gällande flera »självständiga anspråk, som gå ut på en och samma prestation». Till grund för denna distinktion ligger tydligen civilrättens indelning av rättsliga företeelser i rättigheter av olika slag.

⁶³ Skulle kändanden som stöd för ett betalningsyrkande alternativt åberopa två olika försträckningar, är det tydligen icke fråga om några konkurrerande grunder i nu avsedd bemärkelse. I tysk rätt anses en på detta sätt grundad talan skola avvisas. Se Rosenberg s. 433 och Nikisch: Lehrbuch s. 175. Ett mera praktiskt exempel på detta problem erbjuder det fallet att kändanden, som anser sig vid ett och samma tillfälle ha till svaranden försålt två olika bilar för vardera 5.000 kr., alternativt åberopar båda kontrakten som grund för ett betalningsyrkande på 5.000 kr. I detta fall kan man emellertid ifrågasätta om ej 13:3 st. 1 mom. 3 p. 2 äger analog tillämpning (nytt yrkande på väsentligen samma grund).

äro endera kumulative eller alternativa. I förra fallet kunna de existera jämte varandra, medan i det senare den enas existens utesluter den andras. Som exempel på kumulative grunder kan nämnas formfel och själslig abnormitet som grunder för testamentes ogiltighet. Vidare må nämnas det fallet att en påkörd fotgängare åberopar att olyckshändelsen orsakats såväl av att bilisten kört för fort som av att bilens bromsinrättning varit otillfredsställande, eller att som stöd för ett skadeståndsyrkande åberopas såväl svarandens culpa som dennes ansvar för anställds culpa eller s.k. strikt ansvar.

Som exempel på alternativa grunder för en rättshandlings ogiltighet kan nämnas tvång och svek. En rättshandling kan inte vara såväl framtvingen medelst våld som framkallad genom svikligt förledande. Men detta utgör intet hinder för kärandens åberopande att endera det ena eller det andra varit förhållandet. Vidare må anföras de fallen att en säljare som stöd för sitt yrkande om betalning alternativt åberopar avtalet med köparen samt att detta är ogiltigt på grund av köparens omyndighet (FB 9: 7 st. 1) eller att han i första hand åberopar att överenskommelsen omfattat även prisets storlek samt i andra hand att det yrkade beloppet är skäligt (köplagen § 5).⁶⁴

Som framgår av dessa olika exempel äro konkurrerande grunder ofta delvis sammanfallande och tillhöra samma saksammanhang. Men detta utgör inte någon nödvändig förutsättning för att det skall vara fråga om samma rättsföljd. Som exempel kan nämnas olika äganderättstitlar samt en skadegörelse och svarandens senare avgivna löfte att ersätta den skada han vållat. Härav följer att man vid utnyttjande av rättsföljden som kriterium på sakens identitet slipper att ge sig i kast med det vanskliga spørsmålet om åberopandet av en ny omständighet medför eller icke medför att det blir fråga om en annan grund.⁶⁵ I jämförelse härmed är det i allmänhet långt enklare att avgöra om någon förändring inträtt med avseende på rättsföljdens identitet, ehuru någon gång även be-

⁶⁴ Se även det av Olivecrona i Grunden s. 14 återgivna rättsfallet.

⁶⁵ Schwab s. 117 och Lent i Z 63 (1943) s. 20 och 65 (1952) s. 350 f. NJA 1955: 352 erbjuder ett belysande exempel på detta problem.

dömandet härav kan vålla svårigheter. Vi skola i det följande beröra ett par sådana fall.

1. Vad som i denna framställning betecknats som »den med käromålet korresponderande rättsföljden» kan vara ett visst bestämt komplex av rättsföljder. Som exempel må nämnas att kâranden yrkar att rätten måtte fastställa att han har »bättre rätt» än svaranden till en fastighet eller att han har en begränsad sakrätt i denna. Dessa yrkanden korrespondera uppenbarligen med ett stort antal rättsföljder, som sammanfattas under en gemensam beteckning. När så är förhållandet får bedömas enligt den civilrättsliga systematiken. Antag att kâranden yrkar återställande av en lös sak jämte viss ersättning för att han under viss tid varit berövad besittningen till densamma. Härmed korresponderar tvenne rättsföljder, enär desamma inom civilrätten icke sammanfattas till ett komplex av sådana.

Ett komplex av rättsföljder kan naturligtvis mer eller mindre avvika från ett annat sådant komplex. I regel anser man det väl härvid vara fråga om olika »rättsföljder». Som exempel kan nämnas en persons äganderätt respektive hans nyttjanderätt till en och samma sak. Men stundom äro avvikelserna så obetydliga eller av så ringa praktisk vikt att man känner sig tveksam om det ej bör anses vara fråga om samma rättsföljd. Som exempel kan nämnas det fallet att en negativ fastställelse-talan alternativt grundas på att en skuld betalats och att den preskriberats. Som bekant kvarstår efter preskription vissa praktiskt mindre betydelsefulla rättsföljder.

2. I det föregående ha vi utgått från att ett ändrat yrkande medför en ändring även med avseende på den därmed korresponderande rättsföljdens identitet. Man kan emellertid fråga sig om detta gäller även vid rent kvantitativa avvikelser. I allmänhet är så visserligen förhållandet. Som exempel kan nämnas att kâranden i ett skadeståndsmål yrkar högre ersättning än i stämningsansökningen och som grund härför uppger att han lidit även en annan skada än den, som där angivits. Ett annat exempel erbjuder det fallet att hyresvärden i en hyrestvist yrkar ett högre belopp, enär ytterligare hyra för-

fallit till betalning, sedan talan väcktes. I dessa fall medför tydligen det förändrade yrkandet att härmed korresponderar ytterligare en rättsföljd.

Men antag att käranden i ett skadeståndsmål, sedan han i stämningsansökningen yrkat 800 kr. i ersättning för sveda och värk, säger sig ha uppskattat denna skada till för lågt belopp och i anledning härav höjer detta till 1.000 kr. Har härmed en annan rättsföljd kommit att korrespondera med käromålet? Att påstå något sådant tror jag skulle alltför mycket avvika från vanligt språkbruk. Skiftande meningar enbart rörande värderingen av viss skada anses angå samma skadeståndsförpliktelse eller samma anspråk.⁶⁶

3. Vi övergå härefter till det fallet att tvenne rättsföljds-satser handla om beteenden som *kvalitativt* skilja sig från varandra. Det kan förefalla självklart att det då är fråga om olika rättsföljder.⁶⁷ Som exempel kan nämnas att »A skall återlämna en viss sak till B» och att »A skall betala B 1.000 kr.»

Emellertid kan det föreligga en sådan relation mellan tvenne förpliktelser att det kan ifrågasättas om man ej bör säga det föreligga endast en rättsföljd. Särskilt är detta fallet vid s.k. *alternativa yrkanden*. Som exempel kan nämnas den situationen att säljaren vid fel i vara finner det tveksamt om felet är att anse som ringa eller ej. Detta kan föranleda honom att i första hand yrka återgång av köpet och i andra hand avdrag å köpeskillingen.⁶⁸ Man kan emellertid även tänka sig att sedan yrkandet om återgång ogillats, säljaren väcker ny talan om avdrag på köpeskillingen.

I sådana fall kan det ligga till på det sättet att en *valrätt* tillkommer käranden. Är felet icke av ringa beskaffenhet, slår det ju säljaren fritt om han vill häva köpet eller kräva avdrag på köpeskillingen. En liknande situation föreligger då föremålet för det ena yrkandet säges utgöra en »surrugatpresta-

⁶⁶ L e n t: Gesetzeskonkurrenz II s. 49 f och Nikisch: Streitgegenstand s. 121.

⁶⁷ Nikisch a.a. s. 119 f.

⁶⁸ Köplagen 42 § 1 st. 1 och 2 p. I tysk rätt säges det i sådana fall föreligga »eine eventuelle Anspruchshäufung». Se t.ex. Nikisch s. 174.

tion» i förhållande till föremålet för det andra. Som exempel kan nämnas yrkande om restitution av en lös sak och om ersättning för dennas värde. Härvid kan kändanden tänkas framställa alternativa yrkanden om att svaranden förpliktas återställa saken och att denne förpliktas ersätta dess värde, t.ex. för den händelse saken ej finns i behåll.⁶⁹ Det finnes emellertid andra situationer i vilka kändanden icke kan tänkas ha någon valrätt. Ett exempel härpå är att kändanden i första hand yrkar att rätten måtte fastställa att han på grund av visst avtal blivit ägare till en sak och i andra hand — för den händelse detta befinnes icke vara fallet — att han genom avtalet fått nyttjanderätt till saken. Även i situationer av nu nämnt slag kan man naturligtvis tänka sig att de båda yrkandena framställas i olika processer.

Utmärkande för alla dessa fall⁷⁰ är att de båda yrkandena ur kändandens synpunkt utgöra olika medel att tillfredsställa samma eller ungefär samma intresse. Detta sammanhänger därmed att svaranden ej kan vara skyldig att satsifiera mer än den ena rättsföljden, en situation som erinrar om den som vi funnit föreligga vid konkurrerande grunder för samma yrkande. Under sådana omständigheter kan det förefalla naturligt att även i de nu berörda fallen tala om en enda rättsföljd. Emellertid synes ett sådant uttryckssätt alltför mycket avvika från vanligt språkbruk. Jag skulle därför vilja föreslå att man vid kvalitativa avvikelser mellan tvenne yrkanden alltid anser dessa korrespondera med olika rättsföljder.

4. Slutligen må här uppmärksammas det fallet att emot varandra stå en positiv fastställelsealan och en negativ sådan med motsatt innehåll. Antag att kändanden yrkat fastställelse av ett mulbetesservitut samt att svaranden väcker genkärsmål om att detta icke tillkommer kändanden. RB synes förutsätta att saken är densamma i dessa båda mål.⁷¹ Detta stämmer

⁶⁹ 13:1 mom. 2.

⁷⁰ Ytterligare exempel finns återgivna hos Behrends s. 55 ff.

⁷¹ 14:3.

också med det här diskuterade identitetskriteriet. Antag att svaranden gör gällande att servitutet upphört enligt en överenskommelse mellan parterna. Då är det visserligen dennas juridiska betydelse som korresponderar med genkäröålet. Men den med saken korresponderande materiellrättsliga frågan är gemensam i båda målen. Frågan om servitutet har giltighet är densamma som frågan om detta saknar giltighet.⁷²

Vid *litis pendens* och *res judicata* kunna härmed analoga situationer uppstå. Antag att sedan ett kravmål bifallits, gäldenären väcker negativ fastställsetalan om att den ifrågavarande skulden ej åvilar honom. Detta käromål skall avvisas på grund av *res judicata*. Menar man detta bero på att »saken» är densamma i båda processerna, förefaller kriteriet på dess identitet utgöras av den med saken korresponderande materiella frågan.

Innan jag lämnar spørsmålet om sakens identitet, vill jag än en gång understryka att det ej varit min mening att göra några uttalanden angående det här berörda kriteriets användbarhet vid RB:s tillämpning. Vidare förefaller det mig troligt att, även om man gör ett visst bruk av detsamma, jämväl andra kriterier måste komma till användning. Ett exempel härpå har jag berört i annat sammanhang.⁷³ Jag framhåller där att man vid tillämpningen av 13: 6 och 17: 11 st. 3 synes böra i en viss utsträckning ta hänsyn även till vilken slags talan som förs i de båda målen. Antag att en borgenär, sedan hans talan bifallits mot gäldenären, ånyo väcker talan mot denne rörande betalningsförpliktelsen. Det är här icke likgiltigt om det första käromålet varit en fullgörelsetalan och det senare en fastställsetalan eller om det förhållit sig tvärtom. I det förra fallet skall den senast väckta talan avvisas och i det senare fallet i regel bifallas. Liknande problem uppstå vid *litis pendens*.⁷⁴

⁷² Jfr ovan s. 75 och 104.

⁷³ SvJT 1950 s. 543 och 545.

⁷⁴ Se Motiven s. 168.

Menar man att även dylika spörsmål regleras genom de ovannämnda lagstadgandena, måste tydligen arten av den förda talan inbegripas i kriteriet på sakens identitet.⁷⁵ Nu är det en händelse, som ser ut som en tanke, att båda de berörda stadgandena icke anknyta till att »saken» utan till att »frågan» är densamma i båda processerna. Vi ha tidigare gjort gällande att dessa båda ord beteckna ett och detsamma. Men skulle det då rent av förhålla sig så att i viss utsträckning andra identitetskriterier böra komma till användning, då lagen använder termen »frågan» än då det talas om »saken»?

C. Yrkandets, käromålets och åtalets identitet

Frågan om yrkandets identitet ter sig helt annorlunda än frågan om grundens. Medan en »grund» är ett av käranden åberopat sakförhållande är yrkandet en processhandling. Yrkandet är sålunda icke någonting med grunden utan med åberopandet kommensurabelt. Vad som motsvarar grunden är yrkandets innehåll eller föremål, som man också kan säga. Detta utgöres av rättens meddelande av dom med visst angivet domslut. Såsom tidigare påpekats kan emellertid det som yrkandet går ut på lika väl sägas vara själva domslutet eller dettas innehåll, t.ex. att svaranden skall utföra viss prestation.⁷⁶

Under sådana omständigheter kunde man tycka att frågan om yrkandets identitet ej skulle vålla några svårigheter. Tvenne processhandlingar förefaller ju ej kunna vara identiska i någon rimlig betydelse av detta uttryck. Som vi tidigare påpekat kan ett yrkande emellertid innebära en upprepning av ett tidigare.⁷⁷ Som exempel kan nämnas det fallet att käranden såväl i stämningsansökningen som vid huvudförhandlingen yrkat att svaranden måtte förpliktas betala 1.000 kronor. Ehuru det här föreligger tvenne processhand-

⁷⁵ Rosenberg s. 456 menar fullgörelsetalan ha ett annat »Streitgegenstand» än motsvarande fastställsetalan.

⁷⁶ Se ovan s. 54 f.

⁷⁷ Se ovan s. 42 f.

lingar, kan man säga det vara fråga om samma yrkande. Som identitetskriterium begagnas härvid yrkandets föremål eller m.a.o. det yrkade domslutet.

Låt oss därefter undersöka det fallet att samme kärende i två olika mål mot samme svarande yrkar att denne måtte förpliktas betala 1.000 kr. Säkert kan man uppvisa exempel på att kärenden härvid säges framställa »samma» yrkande i båda rättegångarna. Men uppmärksammar man att yrkandets föremål strängt taget är rättens meddelande av en dom med visst innehåll, framstår detta uttryckssätt som missvisande. Det är här fråga om tvenne olika yrkanden, enär dessa till föremål ha skilda — ehuru likalydande — domslut.

Antag att kärenden under en rättegång yrkar annat, mera eller mindre än han gjort i stämningsansökningen. Som exempel kan nämnas att han först yrkar att rätten måtte fastställa att han är ägare till viss sak och sedan att han har nyttjanderätt därtill eller att kärenden i ett skadeståndsmål höjer ersättningsbeloppet från 500 kr. till 1.000 kr. Är det härvid fråga om ett »nytt yrkande» eller om ett upprepande av samma yrkande med ett i viss utsträckning förändrat innehåll. Det förra uttryckssättet förefaller mig vara det vanliga och det förekommer också i lagen.⁷⁸ Men uttrycker man sig på detta sätt även om ändringen är obetydlig, t.ex. då kärenden utökar sitt skadeståndsyrkande med några tiar eller i

⁷⁸ Se 13:3 st. 1 p. 3. Även i fransk rätt talar man om »une demande nouvelle» i denna betydelse. Morel (s. 287 not 1) finner emellertid detta uttryckssätt vara otillfredsställande. Han menar detsamma innebära »qu'on confond la demande avec la prétention que la demande soumet au tribunal» (s. 44). Vad som kan ändras i processen skulle inte vara yrkandet utan endast »l'objet de la demande» eller »la prétention du demandeur», som Morel i det citerade uttalandet kallar yrkandets föremål. Detta säger Morel vara »la mesure que l'on demande au juge, reconnaissance d'un droit, établissement d'une situation nouvelle (divorce, séparation de biens), condamnation du défendeur». Morels terminologiska bekymmer finner sin förklaring i att han ej insett vad det innebär att något är identitetskriterium för någonting annat. Som exempel på det av Morel rekommenderade uttryckssättet kan emellertid nämnas RB 13:3 st. 1 mom. 1.

efterhand framställer ett räntheyrkande av samma storlek? Ja, det förefaller mig så. Åtminstone skulle jag vilja förorda denna terminologi. Varje ändring med avseende på yrkandets innehåll påverkar dess identitet.

Låt oss därefter skärskåda följande situation. I ett kravmål, där käranden yrkat 1.000 kr., åberopar han vid huvudförhandlingen en helt annan försträckning som grund härför än som skett i stämningsansökningen. Har käranden därmed även framställt ett annat yrkande? Som vi senare skall få se, är det ej orimligt att säga detta vara fallet. Men jag tror ej att man i allmänhet uttrycker sig på detta sätt. Man säger käranden ha åberopat tvenne olika grunder som stöd för samma yrkande.⁷⁹ I det följande komma vi att begagna detta uttryckssätt.

Frågan om yrkandets identitet har betydelse även vid *k u m u l a t i o n*. Antag att käranden yrkat att svaranden skall förpliktas att dels upphöra med viss verksamhet dels ock ersätta den skada som uppstått härigenom. Man säger honom i ett sådant fall ha framställt tvenne yrkanden. Åtminstone i princip anses prestationer, som *k v a l i t a t i v t* skilja sig från varandra, vara föremål för skilda yrkanden.

Låt oss därefter anta att käranden i ett mål angående personskada yrkar i ersättning 500 kr. för förlorad arbetsförtjänst samt 500 kr. för sveda och värk. I tysk doktrin förekommer det att käranden i ett sådant fall säges ha yrkat två olika »avgöranden» (*Entscheidungen*), varav man drar den slutsatsen att han framställt två yrkanden.⁸⁰ Detta resonemang förefaller mig bygga på en fiktion. Åtminstone blir detta fallet, om det samma överföres på svensk rätt. I stämningsansökningen anger käranden sitt yrkande till 1.000 kr. och vid bifall härtill förpliktas svaranden i domslutet att betala detta belopp. I överensstämmelse härmed säger jag endast ett yrkande ha framställts i målet.

Vi skola nu övergå till att granska kriterierna för »*k ä r o m å l e t s*» identitet. Beteckna käromålet och kärandens talan

⁷⁹ Överensstämmande *Olivecrona* i *Grunden* s. 2.

⁸⁰ Se t.ex. *Lent* s. 209 och *Schwab* s. 92; jfr nedan s. 118 f.

detsamma som dennes yrkande, kunde man tycka att de ovan berörda kriterierna för dettas identitet borde gälla även käromålets. Som närmare skall beröras i det följande förefaller detta emellertid inte vara förhållandet. Trots att termerna yrkande och talan betyda detsamma, är detta icke fallet med uttrycken »samma yrkande» och »samma talan», enär olika identitetskriterier komma till användning. I vissa fall kan det tänkas att käromålets identitet är beroende av om den därmed korresponderande rättsföljden förblir densamma eller icke.

Som exempel härpå kan nämnas reglerna i 13:3 angående »ändring av talan». Härmed avses ej varje förändring av talan utan endast en ändring av dennas identitet. Som vi tidigare påpekat blir i annat fall det i paragrafens tredje stycke begagnade uttryckssättet svårbegripligt.⁸¹ Där säges först att en »inskränkning» av talan beträffande samma sak ej medför någon ändring däri.⁸² Men vad är det då som förblir oförändrat, om kåranden nedsätter t.ex. ett yrkande om ersättning för sveda och värk till ett lägre belopp? Jo, den med käromålet korresponderande rättsföljden. Motsvarande gäller den andra punkten i tredje stycket, såvida även här sakens identitet anses vara beroende av rättsföljdens. Kåranden skulle i så fall vara befogad att åberopa en ny omständighet, såvida det därigenom icke bleve fråga om någon ny rättsföljd.

Vad därefter angår de i paragrafens första stycke angivna fallen av tillåten taleändring äro dessa på det hela taget sådana, angående vilka vi funnit övervägande skäl tala för att det nya yrkandet anses korrespondera med en annan rättsföljd än den som korresponderar med det ursprungliga käromålet.⁸³ Det finns emellertid ett fall som vållar svårigheter. Antag att kåranden i ett skadeståndsmål säger sig vilja yrka ett högre belopp utan att han härför åberopar några nya omständig-

⁸¹ Se ovan s. 81.

⁸² Olivecrona (Grunden s. 5) menar att här »en legal fiktion» kommit till användning. Mig synes det troligare att ordinära identitetsföreställningar legat till grund för lagtextens utformning.

⁸³ Jfr ovan s. 108 f.

heter. I ZPO § 268 mom. 2 upptas detta fall bland dem, vilka »nicht als eine Änderung der Klage anzusehen sind». Detta är däremot icke fallet i RB 13: 3 och det är väl uppenbart att 1 st. 3 mom. 2 p. måste anses äga tillämpning i det här anförda exemplet.⁸⁴ Som praktisk motivering härför kan anföras att andra stycket i paragrafen bör tillämpas i detta fall, vartill det inte finns något skäl, då käranden nedsätter sitt yrkande. Ordalydelsen i 13: 3 st. 1 mom. 3 p. 2 lägger ej heller några hinder i vägen för att tillämpa denna bestämmelse i detta fall, såvida varje förändring av yrkandets innehåll anses medföra en ändring av dess identitet. Förklarar sig käranden yrka 100 kr. mer i ersättning för sveda och värk än han angivit i stämningsansökningen, har han framställt ett »nytt yrkande».

Andra exempel på det nu berörda problemet erbjuda reglerna om kumulation eller »förening av mål», som det heter i rubriken till 14 kap. Det ligger nära till hands att anse »mål» härvid vara detsamma som »sak». Att »flera saker handläggas i en rättegång» är emellertid ett uttryckssätt, som ej begagnas i RB. Däremot talas om »del av saken», varmed bl.a. avses ett mål, som behandlas tillsammans med ett eller flera andra.⁸⁵ Vidare må uppmärksammas lokutionerna att »samtidigt väckts flera käromål», »i saken (i rättegången) äro flera käromål», och »i en rättegång mer än en talan».⁸⁶

Hur skall man då kunna avgöra om det i en rättegång föreligger flera käromål eller endast ett sådant? De kriterier vi här uppställt för yrkandets identitet kunna tydligen icke ensamt vara avgörande. Det kan vara fråga om flera käromål även då käranden framställt ett enda yrkande, t.ex. att svaranden skall förpliktas betala 1.000 kr. Men ej heller grunden

⁸⁴ Se mitt arbete Ändring av talan s. 22 f.

⁸⁵ 42: 20 st. 1 och 45: 14 st. 1. Den berörda lokutionen må ej förväxlas med »del i saken» (se t.ex. 4: 13 p. 1 och 14: 8 st. 2). Att »någon har del i saken» förutsätter ej att flera mål handläggas i ett förfarande. Måhända betecknas härmed en sådan relation mellan saken och ett rättssubjekt, att någon av reglerna i 14: 2, 4 eller 5 äga tillämpning, såvida rättssubjektet uppträder som part i processen.

⁸⁶ 14: 2, 16: 2 st. 1 samt 17: 4 och 5 st. 1.

är ensamt avgörande. Man måste skilja mellan det fallet att käranden väckt flera käromål och att han åberopar flera grunder för samma käromål. Som exempel på den senare situationen kan nämnas att en vindikant åberopar tvenne olika äganderättstitlar till stöd för sitt yrkande samt att en säljare alternativt åberopar en varuväxel och det bakomliggande köpet till stöd för krav på likvid för den försålda varan.⁸⁷

Att man i dessa fall anser det föreligga endast ett käromål sammanhänger säkerligen med att det är fråga om en och samma rättsföljd i här avsedd bemärkelse. Som ett ytterligare exempel härpå kan nämnas det fallet att en säljare grundar sitt betalningsyrkande i första hand på köpet och i andra hand — för den händelse svaranden befinnes ha varit omyndig vid köpets ingående — på dettas ogiltighet och svarandens obehöriga vinst.⁸⁸ I tysk doktrin förekommer det emellertid att dylika fall anses innebära ett fall av kumulation av tvenne käromål, s.k. alternative (eventuelle) Klagenhäufung. Anledningen härtill skulle vara att det är fråga om tvenne olika »anspråk». Liksom sakens identitet anses beroende på rättighetens, gäller detta även talans identitet. Civilrättsligt menar man ju anspråk på köpelikvid och sådana som grundas på obehörig vinst vara artskilda.⁸⁹

Vid kumulation förefaller det emellertid inte nödvändigt att utnyttja rättsföljden som identitetskriterium. Man må näm-

⁸⁷ Någon deldom kan icke ifrågakomma i sådana fall. Antag att växeln befinnes vara förfalskad och att rätten i en deldom åberopar detta som stöd för ett ogillande av kärandens betalningsyrkande. Då rätten härmed utlätit sig över hela kärandens yrkande, skulle köpet under sådana omständigheter ej kunna komma under bedömande i målet.

⁸⁸ FB 9: 7 st. 1.

⁸⁹ Se t.ex. Hellwig s. 320 f, Rosenberg i Z 57 (1932—33) s. 316, Nikisch s. 175 och Stein-Jonas § 260 II A. Den förste tyske rättsvetenskapsman, som konsekvent tagit avstånd från detta betraktelsesätt, är Schwab (se dock denne s. 92 jfrt med s. 109 f). Hos Nikisch kan iakttagas en utveckling i motsatt riktning (jfr framställningen i hans »Streitgegenstand» med s. 172—184 i hans »Zivilprozessrecht»; se härom Schwab s. 46 f.

ligen lägga märke till att de ovan berörda fallen utmärkas därav att enbart en del av de omständigheter, som käranden åberopar, kunna utgöra tillräcklig grund för bifall av hela käromålet. Det förhåller sig på motsatt sätt, då yrkandet korresponderar icke med en utan flera rättsföljder. Som exempel kan nämnas att käranden yrkar 1.000 kr. i skadestånd, varav 500 kr. avser ersättning för förlorad arbetsförtjänst och 500 kr. för sjukvårdskostnader. De båda skadorna ha här betydelse endast för var sin del av yrkandet. Att man anser det vara fråga om flera käromål synes sammanhänga härmed. Ett yrkande skulle sålunda utgöra flera käromål, då åtminstone någon av käranden åberopad omständighet har avseende endast på en del av yrkandet.^{89a} Och kriteriet för käromålets identitet skulle i detta fall vara att samtliga de omständigheter, som han åberopar, ha betydelse för hela det framställda yrkandet.^{89b}

Av det föregående tycks man kunna dra den slutsatsen att ehuru »kärändens yrkande» och »käromålet» begagnas som synonyma uttryck och sålunda referera sig på samma sakförhållande, kriterierna för yrkandets identitet dock icke äro desamma som för käromålets. Å andra sidan får man räkna med att praktiskt taget ingen är medveten om detta språkbruk.⁹⁰ Och under sådana omständigheter förekommer det säkerligen avvikelser från detsamma. Låt oss ta det fallet att käranden yrkar 1.000 kr. i ett kravmål och som grund härför åberopar

^{89a} Det finns emellertid fall, om vilka man känner tvekan till vilken grupp de äro att hänföra. Som exempel kan nämnas att den skadade legat på sjukhus och därvid fått betala såväl avgift för vårdplatsen, läkarens arvode som den av denne ordinerade medicinen. Yrkas ersättning för allt detta, kan man fråga sig om käranden framställer tre käromål eller endast ett sådant.

^{89b} Det vore en intressant uppgift att undersöka, om ett motsvarande identitetskriterium vore användbart med avseende på instituten ändring av talan, litis pendens och res judicata.

⁹⁰ Observera emellertid följande uttalande av L e n t i Gesetzeskonkurrenz II s. 96: »Der Kläger, der mehrere Rechte behauptet, stellt ein mehrfaches Klagebegehren (d.v.s. talan) auch wenn er nur einen Antrag stellt.»

tvenne försträckningar på vardera 500 kr. Det finns helt säkert de, som även vid närmare eftertanke mena att käranden härvid framställt icke ett utan flera yrkanden, ehuru detta uttrycks-sätt torde vara mindre vanligt förekommande.⁹¹ I tysk doktrin förekommer det att man i sådana fall säger »der Antrag nur scheinbar ein einheitlicher zu sein» och att »in Wirklichkeit zwei verschiedene, nur scheinbar einheitliche Anträge gestellt worden sind».⁹² Av dogmatiska skäl vill man framhäva att det är fråga om tvenne skilda yrkanden. Men av hänsyn till det allmänna språkbruket går man dock med på att »skenbart» ett yrkande föreligger.

Innan jag lämnar de nu behandlade semantiska frågorna skulle jag vilja understryka att min undersökning endast är avsedd vara en analys av rådande juridiskt språkbruk, särskilt som detta kommit till uttryck i RB. Att föreslå något bättre sådant ligger utanför ramen för denna framställning. Dock kan jag inte undertrycka den reflexionen att man även med begagnande av ordinära identitetsföreställningar skulle kunna uttrycka sig enklare. Enligt 13: 3 st. 3 p. 2 är käromålets identitet beroende av sakens. Antag nu att dennas identitet i sin tur bestäms av rättsföljdens. Detta erinrar om kinesiska askar, där varje ny ask, som man får fram, gömmer på ännu en i sitt innanmäte. Hur vore det om man istället sade: »Käranden må åberopa ny omständighet till stöd för sitt yrkande, såvida det icke därigenom blir fråga om en annan rättsföljd.» Antalet identitetsfrågor hade härmed reducerats från tre till en. Och en motsvarande förenkling kan ske om man med Olivecrona istället anser sakens identitet i detta fall vara beroende av grundens. Dennes uppfattning av det berörda stadgandets innebörd överensstämmer med den här föreslagna omformuleringen, såvida ordet »rättsföljd» utbytes mot ordet »grund», varvid kriteriet för dennas identitet skulle bestå däruti, att de åberopade omständigheterna väsentligen förbli desamma.

⁹¹ Detsamma begagnas i 18: 4 st. 1 (i samma mål äro flera yrkanden).

⁹² Sch w a b s. 64, 89, 109 och 190; se även N i k i s c h: Streitgegenstand s. 90; jfr ovan s. 114.

Vad slutligen angår förhållandena i brottmål, må härvidlag först uppmärksammas att åklagaren ej behöver framställa något specificerat ansvarsyrkande. Frågan om dettas identitet har därför inte någon större betydelse inom straffprocessen. En tilltalad är naturligtvis föremål för flera ansvarsyrkanden, såvida han uppträder som tilltalad i mer än en rättegång. Men i en och samma process är åklagarens ansvarsyrkande oberoende av om denne yrkar den ena eller andra brottspåföljden. Antag att åklagaren i hovrätten menar brottet förskylla frihetsstraff, medan han i underrätten ansett det vara tillräckligt om den tilltalade fälls till böter. Han anses icke därmed ha ändrat sitt ansvarsyrkande.⁹³

Å andra sidan laborerar man i straffprocessen med åtalets identitet på ett motsvarande sätt som med käromålets inom civilprocessen. Bestämmande för om det är fråga om samma eller annat åtal äro kriterierna för gärningens eller m.a.o. grundens identitet. Att åklagaren utvidgar åtalet till att avse annan gärning karakteriseras i lagen som »ändring av åtal» och »ändring av talan».⁹⁴ En förändrad gärningsbeskrivning, som ej medför att det blir fråga om en annan gärning, anses däremot endast innebära att åklagaren åberopat en ny omständighet till stöd för samma åtal (s.k. åtalsjustering).

I RB behandlas ej det fallet att åklagaren åberopar alternativa grunder för sitt ansvarsyrkande. Som exempel kan nämnas det fallet att detta grundas på att den misstänkte med avseende på viss egendom gjort sig skyldig till endera stöld eller häleri. I praxis förekommer det att åklagarens åberopande är på detta sätt obestämt. Vad som åberopas alternativt är härvid i allmänhet endast olika omständigheter med avseende på samma gärning.^{94a} Men det kan också tänkas att åklagaren åberopar olika gärningar, av vilka den misstänkte endast kan ha begått den ena. Han kan då sägas ha väckt tvenne åtal, som äro alternativa i förhållande till varandra.^{94b}

⁹³ Jfr ovan s. 113 f.

⁹⁴ 45: 5 och 51: 24 st. 2.

^{94a} Se NJA 1955: 359.

^{94b} Se SvJT 1955: 67.

Även bestämmelserna i 45:3 angående k u m u l a t i o n bygga på den uppfattningen att det i en rättegång kan föras mer än ett åtal mot en och samma person.⁹⁵ I första stycket av denna paragraf talas om »åtal mot någon för flera brott» och här till anknäyer stadgandet i andra stycket att »även i annat fall än nu sagts flera åtal må handläggas i samma rättegång». Som vi berört i det föregående är emellertid här åtalets identitet icke beroende av gärningens utan av brottets.⁹⁶

⁹⁵ Se även 19:6.

⁹⁶ Se ovan s. 94.

II. PROCESSRÄTTSLIGA NORMER

1. INLEDNING

En processlags språkliga utformning erbjuder i stort sett samma problem som en civillags eller en strafflags. Den kan vara mera kasuistiskt avfattad som t.ex. RB i 1734 års lag eller också kan dess stadganden vara mera abstrakta, som fallet är med den nuvarande rättegångsbalken. Vidare kan lagtexten vara uppdelad i ett större eller mindre antal meningar. Vad som i vissa utländska processlagar utgör en enda mening, är sålunda i RB ofta uppdelat på flera sådana. Undantag från en huvudregel brukar sålunda upptas i en särskild mening. Och har flera rättsfakta samma rättsliga betydelse, händer det att denna uttryckligen anknyts endast till ett av dessa samt att i en annan mening stadgas t.ex. »att vad nu sagts gälle ock» de övriga rättsfakta.¹ Samma resultat kan åstadkommas genom regler om att en i lagen förekommande term »anses» eller »skall anses» ha viss innebörd. Vissa sådana stadganden ställer det sig emellertid naturligare att fatta såsom legala definitioner.² Tydligen kunna alla sådana stadganden, som de nu berörda, utan ändring av gällande rätt elimineras ur lagtexten genom omredigering av de övriga lagstadganden där termen förekommer.³

Sådana lagskrivningstekniska problem, som antytts i det föregående, komma vi ej att sysselsätta oss med i det följande. Däremot skola vi närmare beröra några särdrag hos de processrättsliga reglerna, som sammanhänga med att processen är ett förfarande. En rättegång består ju av processhandlingar,

¹ Se t.ex. 9: 4, 17: 14 st. 2 p. 2, 20: 15 och 21: 3 st. 2 p. 4.

² Jämför med varandra de i 10: 1 st. 2 och 18 p. 1, 13: 3 st. 3, 19: 1 st. 1 p. 3, 21: 3 st. 2 p. 3, 31: 10 st. 1 p. 2 samt 33: 14 upptagna stadgandena.

³ Jfr min uppsats i Tfr 1945 s. 229,

företagna av rätten, parterna eller andra processsubjekt. Lagen stadgar dels om rätt eller plikt för olika processsubjekt att under angivna förutsättningar företa processhandlingar av skilda slag, dels ock om de rättsföljder, som äro anknutna härtill. I vad mån det härvid är fråga om rätt eller plikt är av stor praktisk betydelse. Detsamma gäller spörsmålen i vilken utsträckning ifrågavarande rättssubjekt utgöres av rätten eller parterna samt hur utförligt och klart fixerade de ifrågavarande förutsättningarna angivits i lagen. En processordnings allmänna karaktär bestämmes i hög grad av hur lagen i dessa hänseenden är beskaffad och det finns ett visst samband här emellan och vissa s. k. allmänna processprinciper, som vi skola beröra i den sista avdelningen av detta arbete.

2. TVINGANDE OCH DISPOSITIV PROCESSRÄTT

Rättens processhandlingar skola vi beröra först i det sista avsnittet av denna avdelning. Här är det alltså endast fråga om processhandlingar, företagna av andra processsubjekt, främst *parterna*. Inom doktrinen räknar man allmänt med att en processrättsregel med avseende på dessa kan vara endera tvingande eller dispositiv. Skillnaden häremellan skulle vara att lagen i det senare men icke det förra fallet tillerkänner parterna en viss bestämmanderätt i processen. Som exempel kan nämnas att de i 10:17 uppräknade forumreglerna anses vara tvingande, medan man säger bestämmelserna i 10:16 och 18 medföra att t.ex. regeln om forum domicilii är dispositiv i tvistemål.

De tvingande reglerna betecknas även som *absoluta*.⁴ Denna terminologi finner jag för min del mindre lämplig. I vanligt språkbruk användas »absolut» som korrelerat till »relativ», men de dispositiva reglerna kunna icke sägas vara »relativa» i någon rimlig betydelse av detta ord. Och inte heller är

⁴ Bülow s. 8, Kallenberg I s. 71 och Wrede I s. 60.

det utan vidare begripligt att med en »absolut» rättsregel menas en sådan som är tvingande mot parterna.^{4a}

I det följande skola vi undersöka den närmare innebörden av att en processrättsregel är tvingande respektive dispositiv. Skillnaden häremellan kan synas vara densamma som mellan en tvingande reglering av ett processuellt problem och en dispositiv reglering härav. Tills vidare utgå vi från att detta är fallet och komma sålunda att syssla med skillnaden mellan tvingande och dispositiv processrätt över huvud taget (*j u s c o g e n s e t j u s d i s p o s i t i v u m*). Frågan om hur de regler böra betecknas, som tillsammans utgöra en dispositiv reglering av ett processuellt problem, komma vi däremot att behandla först i det närmast följande avsnittet av framställningen. Detta spörsmål har nämligen varit speciellt omstritt inom doktrinen.

Bülow, som skrivit en berömd uppsats om dispositiv och tvingande processrätt, uttalar sig om den förra på följande sätt: »Das dispositive Recht gestattet den Beteiligten die eigene rechtliche Normirung der Rechtsbeziehung in der Weise, dass sie ermächtigt werden, innerhalb bestimmter rechtlicher Schranken zwischen mehreren Möglichkeiten rechtlicher Normirung zu wählen: das objektive Recht stellt hier für den Tatbestand keine einzig und ausschliesslich zulässige Rechtsregelung auf, sondern ordnet an, dass für den Tatbestand diejenige Bestimmung rechtlich gelten solle, welche die Interessenten innerhalb der Ermächtigungsgrenzen treffen.»⁵

Enligt Bülow utmärks den dispositiva processrätten sålunda av att parterna ha en viss bestämmanderätt i processen. I lagen kan detta komma till uttryck på flera olika sätt. Låt oss först uppmärksamma stadganden som ha formen av h a n d-

^{4a} Däremot skulle man kunna tänka sig att som absoluta beteckna de regler, vilka äro såväl tvingande som obligatoriska (jfr nedan s. 145). Något större behov av detta beteckningssätt torde emellertid ej föreligga.

⁵ Bülow s. 9.

lingsregler för rätten. Att en sådan är dispositiv kan inte innebära något annat än att en processhandling, som t.ex. ena parten efter gottfinnande kan företa eller underlåta, utgör ett moment i rättsfaktum. Det beror ju då på detta rättssubjekt, om rätten skall (må) eller icke må förfara som det anges i den till regeln hörande rättsföljden.

Men vad slags processhandling kan det härvid vara fråga om? Ja, det fall som ligger närmast till hands är väl att densamma består i ett samtycke till eller ett yrkande att rätten förfar som det anges i den ifrågavarande rättsregeln. RB innehåller ett flertal sådana stadganden. Härvid kan behörigheten att framställa det ifrågavarande yrkandet eller »dispositionsrätten», som man brukar säga, tillkomma endera vardera parten för sig, båda parterna tillsammans, den ene av dessa (t.ex. käranden) eller slutligen något annat processsubjekt, t.ex. en intervenient eller ett vittne.

Exempel på det första fallet erbjuda 10:20 st. 1 (yrkande om hänvisning till behörig underrätt), 17:5 st. 2 (begäran om mellandom) och 35:13 st. 2 (yrkande om återupptagning av bevisning i hovrätten). Om dispositionsrätt, som tillkommer båda parterna tillsammans stadgas bl.a. i 17:6 (begäran om stadfästelse av förlikning), 42:20 st. 2 (samtycke till s.k. liten huvudförhandling) och 50:21 st. 3 (begäran om avgörande på handlingarna). Vidare må här erinras om att parterna kunna sluta bindande avtal i vissa processuella frågor: 10:16 (prorogationsavtal), 18:5 st. 3 (klausul i förlikningsavtal angående rättegångskostnadernas fördelning) och 49:1 st. 3 p. 2 (ömsesidig utfästelse att ej vädja). Och en disposition, företagen av ena parten har betydelse enligt 15:5 st. 2 (yrkande av käranden om säkerhetsåtgärd), 19:7 (framställning av åklagaren om överflyttning av målet till annan domstol), 27:9 och 16 (yrkande av åklagaren om ingrepp i brev- och telefonhemligheten) samt 44:2 och 4 (yrkande om tredsdom av den tillstädeskomne parten). Slutligen må som exempel på dispositionsrätt till-

kommande annan än part anföras 13:7 st. 1 (förvärvaren) och 36:3 och 6 (vittne).⁶

Förhåller sig vederbörande part passiv i sådana fall som berörts i det föregående, skall rätten tydligen icke lägga det ifrågavarande stadgandet till grund för sitt handlande i processen.⁷ Partens passivitet kan härvid bero på försummelse eller bristande lagkunskap. Men det kan ju också hända att parten efter moget övervägande beslutar sig för att vara passiv och då framstår hans underlåtenhet som ett sätt att disponera i processen. Inom doktrinen brukar också framhållas att underlåtenhet att framställa visst yrkande kan ha karaktären av en dispositionsakt.⁸ Härvid förefaller man emellertid endast ha sådana fall i tankarna, där lagen uttryckligen anknyter till en dylik passivitet från parts sida. Som exempel kan nämnas 10:18 (om ej svaranden i rätt tid gjort invändning) och 50:21 st. 2 (om ej båda parterna begärt huvudförhandling). Uppenbarligen är det även här fråga om dispositiv processrätt. Stadganden av denna typ skilja sig emellertid från de tidigare berörda endast med avseende på uttryckssättet. I 10:18 hade det lika väl kunnat heta att kärandens talan skall avvisas, då densamma instämts till fel forum och svaranden i rätt tid gjort invändning härom.

Den ifrågavarande processhandlingen behöver emellertid inte nödvändigtvis vara ett yrkande. I 14:3 stadgas som förutsättning för kumulation att »svaranden till gemensam handläggning väckt talan mot käranden» och i 50:28 för undanröjande av underrättens dom att rättegångsfelet »åberopats» av part. Även i dessa fall kan ju part »dis-

⁶ Vissa lagstadganden torde böra tillämpas, som om däri uppställts krav på yrkande. Sålunda synes det mig icke ifrågakomma att rätten enligt 17:14 st. 1 förordnar om förtida verkställighet utan att käranden framställt yrkande härom.

⁷ Ett undantag härifrån utgöra stadganden, i vilka som förutsättning för rättsföljdens giltighet anges att antingen visst yrkande framställts eller visst annat förhållande föreligger. Se t.ex. 35:13 st. 2 och 42:20 st. 2.

⁸ Bülow s. 29, Kallenberg I s. 76, Hellwig I s. 8 och Goldschmidt: Rechtslage s. 303.

ponera» över stadgandets tillämplighet i processen genom att företa eller underlåta en processhandling. Och ur här ifrågasvarande synpunkt är denna tydligen kommensurabel med ett yrkande. Lagen kunde ju också lika väl i 14:3 ha krävt, att den som väckt genkäröålet, uttryckligen påyrkat en förening av de båda målen.

Emellertid är det icke alltid som parts dispositionsrätt framgår av ett lagstadgande, som formulerats som en handlingsregel för rätten. I RB förekomma även stadganden, som ha formen av handlingsregler för det dispositiönsberättigade processsubjektet och enligt vilka detta »må» eller »äge» företa viss processhandling.⁹ Som exempel kan nämnas 12:1 st. 1 (talan må föras genom ombud), 13:3 st. 1 p. 2 (käröande äge ändra talan), 14:11 st. 1 (intervenient äge företaga rättegångshandling), 20:5 (brott må av målsäganden angivas) och 22:1 (skadeståndstalan må föras i samband med åtalet). Samma funktion fyller en del andra uttryckssätt, som kommit till användning i lagen: 10:1 (laga domstol är), 12:14 (fullmakt medför behörighet för ombudet att — —), 13:5 (återkallar käröanden sin talan), 35:6 (det ankommer på parterna att sörja för bevisningen) och 45:1 (vill åklagaren väcka talan). I vissa fall utgör samtycke av ett processsubjekt förutsättning för att ett annat »må» företa viss processhandling. Som exempel kan nämnas 13:7 st. 2 (förvärvaren må inträda i svaröandens ställe i målet, om käröanden samtycker därtill) och 36:12 st. 3 (vittne må utbyta ed mot försäkran, om båda parterna samtycka därtill).

Angående sådana stadganden må först uppmärksammas att det endera är underförstått, vilka rättsföljder den ifrågasvarande processhandlingen har, eller ock stadgas häröm på annat ställe i lagen. Men i så fall kan man uppnå samma resultat genom ett stadgande om att rätten skall eller må arrangera på visst sätt i processen, såvida part företar processhand-

⁹ Ibland används hjälpverbet »kan» i samma betydelse. Se t.ex. 12:18 st. 1. I dansk och norsk rätt är detta uttryckssätt det vanligen begagnade. »Må» används där i samma betydelse som det svenska »skall». Se t.ex. Tvml § 22 och Rpl § 343.

lingen ifråga. En dylik handlingsregel för rätten implicerar ju att parten är berättigad företa processhandlingen. I de senast uppmärksammade fallen är det sålunda fråga om dispositiv rätt i samma bemärkelse som i de här tidigare berörda.

Vissa regler, enligt vilka part »må» företa viss processhandling, ha emellertid en annan karaktär. Som exempel kunna nämnas åklagarens yrkande rörande påföljden, svarandens yrkande att rätten måtte avvisa käromålet på grund av ett tvingande processhinder samt parternas rätt enligt 43:9 och 46:10 att »anföra vad de till slutförande av sin talan akta nödigt» (den s.k. pläderingen). I dessa fall är det inte fråga om några »processuella rättshandlingar» i den mening vi här fattat detta uttryck.¹⁰ Domstolen är visserligen förpliktad att uppmärksamma vad part har att säga och pröva hans synpunkter vid avvisningsfrågans bedömande respektive målets avgörande. Men dennes aktivitet utgör icke härvid någon förutsättning för att rätten t.ex. skall företa viss processhandling. Detta medför att en omformulering av ett sådant stadgande som 43:9 till en handlingsregel för rätten är omöjlig eller åtminstone ter sig högst konstlad.

Det synes mig tveksamt om man bör säga det vara fråga om dispositiv processrätt även i fall av detta slag. Visserligen kan part efter gottfinnande plädera eller överlämna målet till rättens avgörande omedelbart efter bevisupptagningen. Men detta innebär ju icke att parten har någon »dispositionsrätt» över processens gestaltande.

Å andra sidan kunna partsbefogenheter av nu nämnt slag vara av mycket stor praktisk betydelse i processen. Genom sin plädering kan part komma att fästa rättens uppmärksamhet vid relevanta bevisfrågor samt argument av betydelse för lagens rätta tillämpning, som den annars måhända skulle förbigå. Anses det här inte vara fråga om dispositiv processrätt, komma emellertid detta slags processhandlingar att falla utanför den grundläggande systematiken och det uppstår risk för att de bli mindre uppmärksammade än de processuella rätts-

¹⁰ Jfr ovan s. 36.

handlingarna, av vilka många äro av långt mindre vikt för processinstitutionens förmåga att fylla sin samhällsfunktion. Av detta skäl skulle jag vilja tala om dispositiv processrätt i alla de fall, då part efter gottfinnande kan företa eller underlåta viss processhandling, och sålunda även när denna icke utgör någon »dispositionsakt», något medel varigenom parten kan dirigera rättens beteende i rättegången.

Slutligen må några ord även ägnas frågan om de handlingsregler för parterna, som vi berört i det föregående, äro på något sätt s a n k t i o n e r a d e. Detta kan inte sägas vara fallet, om ordet sanktion fattas i dess vanliga innebörd. Påståendet att part må företa viss processhandling eller m.a.o. att han är berättigad härtill, är inte förenligt med att han träffas av någon »påföljd», då han beter sig på annat sätt. Men därmed är naturligtvis inte sagt att det inte finns några incitament, som medföra att processhandlingen i regel företas, då skäl härtill föreligga. Att part ej åberopar viss grund för sin talan, vartill han har tillgång, eller underlåter att förebringa bevisning härom, kan leda till att han av denna anledning förlorar målet.¹¹ Även t.ex. parts erkännande och utevaror kunna betraktas ur denna synvinkel. Part kan efter gottfinnande erkänna eller förneka en av motparten åberopad omständighet respektive inställa sig till eller utebli från en förhandling, vartill han kallats. Åtminstone i tvistemål står parten själv risken för att hans erkännande eller utevaror länders honom till men. Rätten prövar ju ej erkännandets riktighet liksom den uteblivne riskerar att bli dömd tredsковis. Och härvidlag förhåller det sig visserligen annorlunda i brottmål. Rätten får icke lägga enbart erkännandet eller utevaron till grund för någon dom i målet. Men ett sådant beteende leder ibland till att åtalet bifalles på en utredning, som visserligen utgör tillräcklig grund härför, men som icke desto mindre ger en skev bild av vad som förevarit.

¹¹ I tysk doktrin brukar man säga att i sådana fall en processuell »Last» (jfr det svenska uttrycket »bevisbörda») åvilar parten, se Hellwig I s. 400 f, R. Schmidt s. 350 f och Nikisch s. 201 f.

Vi övergå härnäst till frågan vad man menar med en tvingande reglering av ett processuellt problem. Bülow framhåller härom: »Das absolute Recht lässt für den zu regelnden Tatbestand bloss eine einzige, schon von ihm selber genau bezeichnete Regelung gelten, folgeweise ist eine andere Regelung durch die Interessenten nicht zulässig.»¹² När är detta fallet inom processrätten? Kallenberg säger på tal härom att »rättssatsens absoluta karaktär visar sig därutinnan, att domstolen måste ex officio se till, att regeln iakttages; dess tillämpning är alltså icke beroende av yrkande i sådant avseende från parts sida».¹³ Som exempel kan nämnas 42:9. Rätten äger förordna om muntlig förberedelse även om ingen av parterna framställt yrkande här- om, ja t.o.m. om båda parterna begära att förberedelsen skall vara skriftlig.¹⁴ Varje handlingsregel för rätten, enligt vilken varken parts yrkande eller annan av part företagen process- handling har betydelse som rättsfaktum, är tvingande gentemot dem. Fast regeln naturligtvis kan ha denna karaktär med avseende endast på ena parten. Som exempel kan nämnas att rätten på kärandens yrkande skall företa viss processhand- ling. Och motsvarande gäller naturligtvis även sådana stad- ganden, som formulerats som handlingsregler för part. Jag säger lagen i sådana fall vara dispositiv till förmån för den ena parten och tvingande gentemot den andra.

En på detta sätt beskaffad processuell regel är tydligen dispositiv i ett avseende och tvingande i ett annat. Så kan en regel emellertid vara beskaffad även i andra hänseenden.¹⁵ Det

¹² Bülow s. 9.

¹³ Kallenberg I s. 71 (spärr. av mig). »Ex officio» betyder här, som Kallenberg påpekar, ej »på ämbetets vägnar» utan »av egen drift» (proprio motu).

¹⁴ Stundom framhålls uttryckligen att rätten äger meddela visst be- slut »även om yrkande därom ej framställts». Se t.ex. 18:7, 31:5 36:23 och 50:26. Det är härvid fråga endera om undantag från ett på annat ställe i lagen intaget generellt krav på yrkande eller ock om fall, där man av annat skäl kunde vänta sig att regeln vore dispositiv.

¹⁵ Jfr Stämmler i Arch. 69 (1886) s. 23.

tvingande momentet kan bestå i en formföreskrift. Som exempel kan nämnas kravet på skriftlig form för prorogationsavtal. 10:16 är såtillvida dispositivt, att parterna ej äro tvungna att avtala om forum. Vilja parterna sluta ett sådant avtal, måste de emellertid ställa sig formföreskriften till efterrättelse. Över denna äga de ingen dispositionsrätt. Till formföreskrifterna kan man även hänföra bestämmelser om att part måste företa en processhandling vid visst tillfälle eller inom viss frist. Som exempel på dylika tidsbestämmelser kan anföras 34:2. Vill svaranden framställa en foruminvändning, måste detta i princip ske redan vid första inställesen.

Emellertid kan lagen stadga om vissa förutsättningar för en processhandling utan att det härvid är fråga om någon formföreskrift i ovan nämnd bemärkelse. Som exempel kan nämnas 13:3 st. 1 mom. 1—3, varest angivas de olika förutsättningar, under vilka kåranden kan ändra sitt yrkande. Ur nu ifrågavarande synvinkel äro dessa bestämmelser likvärdiga med formföreskrifterna i 13:3 st. 2 och 13:4 st. 2, som stadga när det nya yrkandet får framställas samt hur detta skall ske. I båda fallen är det fråga om förutsättningar, över vilka varken kåranden eller svaranden äger någon rätt att disponera. Institutet ändring av talan är endast såtillvida dispositiv rätt, att kåranden efter gottfinnande kan framställa ett tillåtet nytt yrkande eller underlåta detta.

Vidare kan lagen stadga att en processhandling skall ha visst innehåll. Som exempel kan nämnas reglerna i 42:2 och 45:4 om vad en stämningsansökan skall innehålla. Dessa stadganden äro emellertid av intresse även ur en annan synpunkt. I det föregående ha vi utgått från att föreskrifter av nu ifrågavarande slag finnas infogade i den dispositiva regeln. Men de kunna naturligtvis lika väl utformas som självständiga stadganden om vad part skall iaktta, såvida han vill företa viss processhandling. Föreskrifterna om innehållet i en stämningsansökan ha utformats på detta sätt och att desamma böra betecknas som tvingande kan det väl inte råda någon tvekan om. Men vilket uttryckssätt bör man begagna, då den

andra lagskrivningstekniska metoden kommit till användning? Jag har stannat för att i dylika fall beteckna föreskrifterna som tvingande momenter i den dispositiva regeln.

Slutligen må erinras om att lagen stundom tillerkänner part rätt att välja mellan olika sätt att företa en processhandling. Exempel härpå erbjuda 12: 8, enligt vilket stadgande part skall giva sitt ombud fullmakt endera muntligen inför rätten eller ock skriftligen samt 13: 4 st. 2, som stadgar att ändring av talan må ske på ettdera av dessa sätt. Som framgår av dessa stadganden kommer omväxlande hjälpverben »skall» och »må» till användning i sådana fall.

Sådana tvingande föreskrifter som berörts i det föregående, måste naturligtvis vara på något sätt sanktionerade. Den mest utnyttjade sanktionen består däruti att processhandlingen är ogiltig, såvida någon av de lagstadgade förutsättningarna skulle brista. Rätten skall ej fästa något avseende vid densamma och att den förfar på motsatt sätt kan leda till att dess beslut upphävs efter besvär eller att domen undanröjes på grund av domvilla. Är det möjligt att rätta till felet i efterhand, kan detta visserligen gå för sig, men endast då lagen innehåller något särskilt stadgande härom.¹⁶

Även skadeståndssanktionen utnyttjas emellertid i viss utsträckning inom processrätten. Detta sker genom justering av den rättegångskostnadsersättning som utdömes i målet. Som exempel kan nämnas att part i ett tvistemål åberopar ny bevisning under huvudförhandlingen. Enligt 42: 8 skall part redan under förberedelsen uppgiva sina bevis. Men som framgår av 43: 2 st. 1 mom. 3 och 11 st. 1 p. 2 kan han under huvudförhandlingen åberopa nya sådana. Detta är visserligen icke möjligt om han dröjt med åberopandet t.ex. för att överrumpla motparten (43: 10). Men rätten får ej avvisa den nya bevisningen endast därför att parten av förbi-seende eller slarv underlåtit att åberopa densamma under förberedelsen. Något sådant medför ingen annan olägenhet för denne än att han under alla omständigheter får stå för de

¹⁶ Se ovan s. 30.

ökade rättegångskostnader, som hans försummelse kan medföra för honom själv och motparten.¹⁷

Vad skall man dra för konsekvenser av dessa förhållanden med avseende på det här behandlade terminologiska problemet? Härvidlag må först lagens ordval uppmärksammas. 42: 8 har formulerats som en tvingande regel (»skall»). Med hänsyn till innehållet i 43: 10 förefaller detta också befogat; part kan ju ej välja mellan att anmäla sin bevisning under förberedelsen och att vänta därmed. Men å andra sidan är 42: 8 icke tvingande i s a m m a g r a d som t.ex. 34: 2, enligt vilken en för sent framställd forminvändning saknar varje rättslig betydelse. Som vi sett kan bevisning i viss utsträckning införas även senare under processen. Och härvid medför dröjsmålet ingen annan olägenhet för parten än att han kan få stå för vissa kostnader även om hans talan skulle b i f a l l a s.

Av ett visst intresse i detta sammanhang är även 42: 2 st. 3, enligt vilket käranden till stämningsansökningen »bör» foga de skriftliga bevis, som innehas av honom.¹⁸ Att det här står »bör» och icke »skall», anser Gärde medföra att om käranden försummat vad som ankommer på honom i nämnda hänseende, så äger ändock icke 42: 3 och 4 tillämpning och stämningsansökningen skulle sålunda icke kunna avvisas.¹⁹ Men även med denna tolkning förefaller det mig rimligt att anse käranden, om han underlåtit att till stämningsansökningen foga t.ex. det kontrakt, varom tvisten rör sig, och härigenom vållat uppskov under förberedelsen, böra stå för den ökning av rättegångskostnaderna som uppstått på detta sätt.

Indelningen i tvingande och dispositiv processrätt passar inte särskilt bra för sådana fall, som berörts i det föregående. Vilket modalt hjälpverb, som kommit till användning, kan man tydligen inte låta vara avgörande. Det är på sanktionen det kommer an, men är denna föga effektiv, kunna de föreskrifter, som det här är fråga om, lika väl kallas tvingande

¹⁷ 18: 6 och 8; se däremot 36: 25 st. 2.

¹⁸ Se även 38: 1 st. 1 p. 1, 42: 7 st. 2 och 21: 7 st. 2 jfrft med 31: 4 st. 2.

¹⁹ Gärde s. 578.

som dispositiva. Måhända är det mest rättvisande att säga det i sådana fall vara fråga om s v a g t tvingande processrätt.

I RB har emellertid inte blott skadeståndstväng utan även böter, vite, hämtning och häkte kommit till användning. Dessa sanktioner användas främst för att säkerställa utredningen. Ett vittne, som ej inställer sig på kallelse, fälls till böter eller vite och även hämtning kan ifrågakomma. Vägrar vittne att avlägga ed eller avgiva vittnesmål kan vite eller häkte tillgripas. Vissa av dessa tvångsmedel komma till användning även mot part. Som exempel kan nämnas att part föreläggs personlig inställelse vid äventyr av vite samt att svaranden i indispositiva tvistemål och brottmål även kan hämtas. Vidare må erinras om de straffprocessuella tvångsmedlen samt om att parts underlåtenhet att fullgöra editionsplikt kan leda till att den ifrågavarande handlingen framskaffas genom handräckning.

Handlingsregler, som sanktionerats på detta sätt, äro uppenbarligen tvingande. Rättens föreläggande förutsätter ju inte något samtycke från det processsubjekt, som föreläggandet avser. Vidare må uppmärksammas, att det icke här är fråga om några tvingande föreskrifter, som lika väl kunna infogas i en dispositiv regel. Vad som stadgas är ju att part skall företa viss processhandling, ej att, om han vill företa en sådan, detta skall ske på visst sätt. Lagen talar också i dessa fall omväxlande om att handlingen »skall» företas och att det föreligger »skyldighet» härtill.²⁰

En sådan helt tvingande reglering av ett processuellt problem kommer till användning, då man måste räkna med att det ifrågavarande processsubjektet kan vilja undvika en aktivitet, som är av vikt för att processen skall kunna fylla sin funktion. Detta gäller icke blott vittnen utan även part. Anledningen till att part föreläggs personlig inställelse kan vara att han i motpartens intresse behöver höras som upplysningsperson. Under sådana omständigheter kunna

²⁰ Se t.ex. 11: 5, 21: 2 och 38: 4.

reglerna härom icke sanktioneras på samma sätt som de tvingande föreskrifter vi berört i det föregående. Att en part ej införskaffar erforderlig bevisning för sin talan, kan medföra att han förlorar målet. Att han ej inställer sig personligen kan däremot leda till att han vinner detsamma, enär motparten ej blir i tillfälle att korsförhöra honom.

Ur denna synpunkt är tredskodom som påföljd på utevaro av särskilt intresse. Vi ha tidigare gjort gällande, att regeln om inställelse till förhandling är dispositiv i förmögenhetsrättsliga tvistemål, enär part kan fritt välja mellan att utföra sin talan och låta sig dömas tredskovis.²¹ Genom en tredskodom uppnår emellertid motparten i allmänhet sitt syftemål med processen. Detta medför att några särskilda sanktioner för att säkerställa parts inställelse i motpartens intresse inte äro behövliga. Riskens för tredskodom är fullt effektiv som sanktion mot att part genom att utebli försöker förhåla processen. I mål, där tredskodom ej kan ifrågakomma, måste däremot andra tvångsmedel tillgripas.²² I indispositiva tvistemål föreläggs svaranden och i brottmål den tilltalade att komma till städes vid äventyr av vite och även hämtning kan ifrågakomma.

Ur en liknande synpunkt kan man betrakta de i 9:1—3 intagna straffstadgandena. Regeln om att part äger åberopa omständigheter till stöd för sin talan frestar till missbruk. Part kan t.ex. mot bättre vetande göra »uppenbart ogrundade» åberopanden. I allmänhet upptäcks detta av rätten, varvid åberopandet lämnas utan avseende och parten får stå för den ökning av rättegångskostnaderna, som hans oriktiga åberopande kan ha medfört. Detta har emellertid inte ansetts vara tillräckligt som sanktion mot dylika missbruk av processinstitutionen. Åtgärder av detta slag ha därför i viss utsträckning kriminaliserats för det fall de företagits i syfte att förhåla rättegången.

²¹ Se ovan s. 129.

²² Jfr L e n t i Z 1954 s. 347.

3. TILLÅTANDE, SUBSIDIÄRA OCH DISPOSITIVA REGLER

Av det föregående, där vi behandlat skillnaden mellan dispositiv och tvingande processrätt, har det gramgått vad man menar med att en processuell regel är tvingande. Däremot ha vi ej gått in på frågan om den motsvarande användningen av ordet dispositiv. Denna, som är mera invecklad, skola vi syssla med i det följande.

Antag att enligt ett stadgande parternas samfälliga yrkanden utgöra en förutsättning för att viss rättsföljd skall äga giltighet i processen. Någonting annat måste då gälla, om sådana yrkanden icke framställts. Vi anta att rätten i detta fall enligt ett annat lagstadgande skall företa viss processhandling. Ett moment i det till denna regel hörande rättsfaktum består tydligen däruti, att parterna icke framställt sådana yrkanden, som berörts i det föregående. Stadganden av denna typ ha betecknats som *subsidiära* i förhållande till stadganden av det förra slaget, som kallats för *tillåtande*.²³

Såväl det tillåtande som det därmed korresponderande subsidiära stadgandet utgöra tydligen elementer i en dispositiv reglering av ett processuellt problem och i det föregående ha vi utan att närmare ingå på saken betecknat dem båda som dispositiva. Emellertid är denna terminologi icke den vanligen begagnade. Sålunda brukar inom civilrätten endast de subsidiära reglerna kallas för dispositiva. Som exempel kan anföras ett ofta citerat uttalande av Windscheid. Denne säger sig med tvingande rättsregler mena de som »zur Anwendung kommen, auch wenn die Personen, für welche sie gegeben sind, erklären, dass sie nicht zur Anwendung kommen sollen» och med dispositiva de som »es gefallen lassen, dass das betreffende Rechtsverhältnis durch Privatwillkür anders geordnet werde».²⁴ Här-

²³ Wrede I s. 62 och Kallenberg I s. 70. I tysk doktrin användes för de tillåtna reglerna uttrycket »ermächtigende», medan de subsidiära även betecknas som »ergänzende» eller »nachgiebige». Se t.ex. Enneccerus s. 103 f, R. Schmidt s. 144, Rosenberg s. 25 och Schönke s. 11.

²⁴ Windscheid s. 69.

med avser Windscheid tydligen de subsidiära reglerna, ty det är ju från dessas tillämpning som parterna kunna dispensera. Man skulle emellertid under sådana omständigheter kunna ifrågasätta om ej »dispensiva» regler varit en mera klargörande beteckning.²⁵

Nu förhåller det sig på det sättet att vissa processualister utan vidare övertagit denna civilrättsliga terminologi.²⁶ Andra, som t.ex. Bülow, ha däremot tagit avstånd från densamma och beteckna den tillåtande regeln som dispositiv,²⁷ medan åter andra intagit en tredje, förmedlande ståndpunkt och anse den tillåtande jämte den därmed korresponderande subsidiära regeln tillsammans utgöra en dispositiv sådan.²⁸

Ur språklig synpunkt förefaller dessa olika sätt att använda termen vara ungefär likvärdiga. Parterna kunna lika väl sägas »disponera» över den tillåtande som över den därmed korresponderande subsidiära regeln. Skillnaden är ju endast, att den förra vinner tillämpning vid partens aktivitet, medan den senare skall tillämpas vid hans passivitet. För de olika åsikterna i frågan måste tydligen andra synpunkter än rent språkliga ha varit avgörande.

Till en början må uppmärksammas att det är omstritt huruvida vissa civilrättsliga regler, som åtminstone enligt ordalydelsen av Windscheids definition skulle vara dispositiva, verkligen böra betecknas som sådana. Termen dispositiv har vunnit användning framför allt inom avtalsrätten. Sålunda brukar köplagens stadganden karakteriseras som dispositiva. Dessa äro emellertid inte endast subsidiära i Windscheids

²⁵ Enligt Dernburg s. 53 not 6 skulle uttrycket dispositiv lag vara avlett av satsen »leges, quae disponunt tantum, non cogunt». Termen disponera skulle sålunda ha förändrat betydelse med avseende på det verksamma subjektet. Tidigare tänkte man sig icke parterna utan lagen som »den disponerande». Se även v. Tuhr I s. 25 not 103. — Ordet »dispositivus» (av lat. dispositus, perf. part. av disponere) förekom i medeltidslatinet och betydde där »förberedande». Se Svenska akademis Ordbok över svenska språket, band 6 B spalt 1618.

²⁶ Se t.ex. Hellwig: System I s. 7 och Hagerup s. 70.

²⁷ Bülow s. 73 och 75 samt Kallenberg I s. 72 med not 3.

²⁸ Richard Schmidt s. 144, Rosenberg s. 25 och Wrede I s. 60.

mening utan kunna därjämte i en viss mening sägas »komplettera» eller »supplera» det som parterna avtalat. Reglerna i köplagen gälla endast för den händelse det föreligger ett köp och stadga sålunda om härtill anknutna rättsföljder, vilka gälla utöver dem som framgå av parternas viljeförklaringar.

RB torde inte innehålla många sådana »supplerande» subsidiära regler.²⁹ Emellertid har även civilrättsliga regler av ett annat slag betecknats som subsidiära eller dispositiva. Sålunda har arvsordningen med undantag för laglotsreglerna ansetts ha denna karaktär, enär arvlåtaren kan disponera över sin kvarlåtenskap genom testamente.³⁰ I detta fall »supplerar» tydligen icke den dispositiva regeln den rättsliga betydelsen av en viljeförklaring på här tidigare nämnt sätt. Arvslagens regler gälla ju just för det fallet att arvlåtaren över huvud taget icke uttryckt någon vilja om vem hans kvarlåtenskap skall tillfalla.

Denna sistnämnda användning av termerna subsidiär och dispositiv har utsatts för kritik.³¹ Inom svensk civilrätt förefaller också dessa uttryck åtminstone väsentligen användas i den tidigare berörda, mer begränsade betydelsen. Däremot ligger det till på motsatt sätt inom processrätten. Man säger regeln om forum domicilii vara subsidiär eller dispositiv, där-

²⁹ Ett exempel erbjuder 12:14 st. 1 mom. 6—7 jfrt med 12:15 st. 1.

³⁰ Se t.ex. Bülow s. 45, Stammler i Arch. 69 (1886) s. 22, Wrede I s. 60, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI (1922) s. 1140, Regelsberger I s. 129 och Enneccerus I s. 105.

³¹ Se särskilt Ehrlich s. 1 ff [a.m. Hölder i dennes recension av Ehrlichs arbete i KritVJschr 42 (1900) s. 477 f]. Ehrlichs framställning är dock motsäggande. Han tager avstånd från uppfattningen att »das Verjährungsfrist nicht zwingend sei, weil die Verjährung erleichtert, insbesondere die Verjährungsfrist abgekürzt, werden kann» (s. 7 jfrt med s. 255). Mig synes regeln om tioårspreskription kunna betecknas som dispositiv av samma skäl som köplagen. — Vidare må här återges följande uttalande av Crome (I s. 69 not 21): »Es ist verfehlt zu sagen, das ganze Intestaterbrecht sei dispositiv, weil es nicht eintritt, soweit der Erblasser eine Verfügung von Todeswegen hinterlassen hat. Es bezieht sich nur auf den Fall des Absterbens ohne solche Verfügung» (spärrat av mig).

för att parterna kunna sätta den ur kraft genom avtal samt regeln om domens rättskraft ha samma karaktär i förhållande till rätten att överklaga.³²

Vad därefter angår de *tillåtande* stadgandena, handla dessa tydligen om parternas processhandlingar. Som vi tidigare påpekat finns det olika typer av dylika stadganden.³³ Endera stadgas i RB att part under vissa förutsättningar »må» eller »äger» företa viss processhandling, eller ock att rätten på yrkande av part skall vara på visst sätt verksam i rättegången. Men att kalla stadganden av detta senare slag för »tillåtande», förefaller egendomligt ur språklig synpunkt. Å andra sidan finns det ingen anledning att i förevarande sammanhang skilja mellan stadganden av det ena och andra slaget. Skillnaden dem emellan hänför sig ju endast till uttryckssättet. Som exempel kan nämnas 13: 3 st. 1 mom. 3 att »käranden äger framställa nytt yrkande, såvitt det stöder sig på väsentligen samma grund». I stället kunde det ha stått att då käranden framställer nytt yrkande på en sådan grund, rätten skall behandla det-samma som om det funnits intaget i stämningsansökningen. Att man ej valt denna formulering kan helt enkelt bero på att den rättsliga betydelsen av en tillåten taleändring framstår som självklar.

Låt oss under sådana omständigheter åtminstone tills vidare beteckna stadganden av båda de nu berörda typerna som »till-låtande». En jämförelse mellan en sådan regel och den därmed korresponderande subsidiära regeln visar att även dessa skilja sig från varandra endast med avseende på uttryckssättet. I 17: 6 heter det: »Förlikas parterna om det, varom tvistas, och begära de, att rätten stadfäster förlikningen, skall det ske genom dom.» Den härmed korresponderande subsidiära regeln kan formuleras på följande sätt: »Förlikas parterna om det varom tvistas, skall målet avskrivas, såvida de ej begära att rätten stadfäster förlikningen.» Båda dessa stadganden ge uttryckligen besked om parternas dispositionsrätt. Skillnaden

³² Se t.ex. Bülow s. 82, Kallenberg I s. 73 samt Wrede I s. 61.

³³ Se ovan s. 127 f.

dememellan hänför sig endast till frågan hur rätten skall bete sig. Enligt det senare stadgandet är det underförstått vad rätten skall göra då stadfästelse yrkas och enligt det förra vad som skall ske, då detta icke yrkas. Att lagen innehåller det tillåtande stadgandet motiveras säkerligen endast av att det framstår som mera tveksamt att stadfästelse skall ske genom dom än att målet skall avskrivas, då förlikningen ej åtföljes av yrkanden om stadfästelse.

Ibland har det emellertid ansetts nödvändigt att i lagen uppta såväl den tillåtande som den subsidiära regeln. Som exempel kan nämnas 44: 2 st. 1.³⁴ Enligt detta lagrum förutsätter tredskodom att den tillstädeskomne parten yrkar att målet måtte avgöras på detta sätt. Därefter heter det: »Yrkas ej tredskodom, skall målet avskrivas.» De lege ferenda skulle man naturligtvis ha kunnat kräva yrkande även i detta fall och då hade ingen av reglerna framstått som subsidiär i förhållande till den andra. Men det hade varit en onödigt omständlig reglering.

I 44: 2 st. 1 stadgas sålunda egentligen om en val rätt för den tillstädeskomne parten. Att han ej framställer något yrkande, kan ju bero på att han föredrar att målet avskrives. Även hans passivitet kan sålunda betraktas som en dispositionsakt.³⁵ Från denna utgångspunkt framstår 44: 2 st. 1 p. 2 som tillåtande och regeln om tredskodom som subsidiär. Det är på det sättet man resonerar, då 10: 1 säges vara en subsidiär regel. Har målet instämts till fel forum kan svaranden disponera över regelns tillämplighet genom att underlåta att framställa foruminvändning. Men man kan likaväl säga svaranden utöva sin dispositionsrätt genom att framställa sådan invändning. Som subsidiär framstår då regeln om att målet skall upptas vid den domstol där talan väckts. Och 10: 1 får från denna utgångspunkt karaktär av ett element i den tillåtande regel, som korresponderar härmed.

Tvärtom vad man i allmänhet antagit skulle distinktionerna

³⁴ Se även 22: 6 st. 1 samt 50: 13 jfrt med 50: 21.

³⁵ Jfr ovan s. 126.

tillåtande och subsidiär regel sålunda sakna gripbar mening inom processrätten. För skillnaden häremellan finns det intet fast kriterium som fallet är inom avtalsrätten, där de regler, vilka »supplera» en viljeförklaring, betecknas som subsidiära. Förhållandena inom processrätten äro däremot analoga med det tidigare från successionsrätten anförda exemplet. Som vi tidigare påpekat supplera icke arvslagens regler någon viljeförklaring från arvlåtarens sida och denne kan lika väl sägas disponera över sin kvarlåtenskap genom underlåtenhet att upprätta testamente som genom att företa en sådan rättshandling.

Men mellan avtalsrätten och dessa andra fall föreligger även en annan olikhet. Som vi sett i det föregående kan man inom processrätten ha behov av regler såväl om betydelsen av att part företagit viss dispositionsakt som om betydelsen av att denne underlåtit detta. Motsvarande gäller icke inom avtalsrätten. Innehållet i ett avtal bestämma kontrahenterna efter gottfinnande. Och det framstår som självklart att en överenskommelse i princip har den rättsliga betydelse som framgår av dess innehåll.³⁶ Detta förklarar att obligationsrättsliga lagar inte bruka innehålla några tillåtande regler eller att man kunnat nöja sig med ett så innehållslöst »blankettstadgande» som t.ex. 1 § i köplagen.³⁷ Vad man här har behov av är att skilja mellan tvingande och subsidiära regler och då har det framstått som naturligt att beteckna de senare som dispositiva.³⁸

Men vilka processuella regler böra då betecknas som *dispositiva*? Som framgått av det föregående kan man lika väl beteckna den ena som den andra av två sådana regler, vilka korrespondera på här berört sätt, som subsidiär respektive tillåtande. Detta kunde tas till intäkt för att det av de tidigare nämnda tre uppfattningarna är den förmedlande som har mest skäl för sig.³⁹ Med en dispositiv processrättsregel skulle man

³⁶ *Stammeler* s. 56.

³⁷ Se *Enneccerus* I s. 103.

³⁸ Angående det föregående jfr *Wach* i *Arch.* 64 (1881) s. 221 f.

³⁹ Se ovan s. 136 f.

mena båda de korresponderande reglerna tillsammans. Häremot kan emellertid invändas att den ena regeln ofta är underförstådd i lagen samt att, då så ej är fallet, reglerna stundom återfinnas på olika ställen i denna. Man skulle i sådana fall ej kunna använda uttrycket »dispositivt lagstadgande», vilket förefaller vara en olägenhet.

Under sådana omständigheter återstår endast den möjligheten att som dispositivt beteckna varje lagstadgande, vars tillämplighet är beroende av huruvida part framställt visst yrkande eller företagit viss annan processhandling. Med denna terminologi skulle exempelvis såväl 10:1 som 10:16 och 18 vara dispositiva, ehuru på olika sätt.

Detta innebär att termen dispositiv användes i ganska vid betydelse. Påståendet att ett stadgande är dispositivt utsäger ingenting om visst yrkande eller dettas underlåtande utgör en förutsättning för att de i stadgandet angivna rättsföljderna äga giltighet i processen. Vidare må här erinras om att dispositionsrätten kan tillkomma endera vardera parten för sig, båda parterna tillsammans, en viss av dessa eller något annat processsubjekt med undantag för rätten. Det kan synas tvivelaktigt om det finns skäl att begagna en juridisk-teknisk term i denna vida betydelse. Denna fråga kan emellertid endast bedömas i samband med de spörsmål, som vi komma att sysselsätta oss med i sista avdelningen av detta arbete.

Vidare kan emellertid invändas att uttrycket dispositiv kommer att användas i en annan betydelse än den inom civilrätten brukliga. Olägenheterna härav behöver jag ej närmare gå in på. Dessa kunde tas till intäkt för att termerna dispositiv och tvingande borde utrensas ur den processrättsliga vokabulären och ersättas med andra beteckningar. De enda substitut som jag härvid kan tänka mig äro termerna fakultativ och obligatorisk. Till denna fråga få vi tillfälle att återkomma i det följande avsnittet.

4. OBLIGATORISKA OCH FAKULTATIVA REGLER

Den skillnad vi i det föregående funnit föreligga mellan regler som äro tvingande mot parterna och dispositiva till förmån för dessa, har sin motsvarighet i vad angår domstolen. Denna är visserligen alltid bunden av varje förutsättning som lagen uppställer för dess handlande, vare sig denna består i en processhandling, företagen av part eller i något annat sakförhållande. Men rättsföljden i en handlingsregel för rätten kan vara så konstruerad att domstolen ändock erhåller ett visst mått av handlingsfrihet. En jämförelse mellan 50: 26 st. 1 och 2 är härvidlag belysande. Enligt det första av dessa stadganden skall hovrätten undanröja underrättens dom, då underrätten gjort sig skyldig till någon sådan domvilla, som anges i 59: 1 mom. 1—4, medan hovrätten enligt andra stycket äge företa sådant undanröjande, då annat grovt rättegångsfel förekommit. Fäster man avseende endast vid lagens språkliga utformning, skulle man kunna säga att lagen i det förra fallet förpliktar och i det senare berättigar hovrätten att under angivna förutsättningar undanröja underrättens dom. Regler av det förra slaget kallar jag *obligatoriska* och av det senare slaget *fakultativa*.

Lagen begagnar flera olika uttryckssätt för att ange att ett stadgande är obligatoriskt respektive fakultativt. I stort sett äro dessa desamma som kommit till användning för att ange den tvingande respektive dispositiva karaktären hos stadganden som utformats som handlingsregler för parterna. I stället för att rätten »äge» företa viss processhandling, kan det sålunda heta att rätten »må» göra detta.⁴⁰ Vidare förekommer det att lagen tillerkänner rätten behörighet att välja mellan olika i lagen angivna tillvägagångssätt.⁴¹ Ett förbud för rätten brukar uttryckas med »må ej»⁴² och i stället för att rätten »skall» företa viss processhandling kan det stå att den »har

⁴⁰ Se t.ex. 14: 6, 17: 5 st. 2, 24: 1 st. 1, 42: 14 st. 1 p. 3, 44: 3 st. 2 och 45: 11.

⁴¹ Se t.ex. 18: 4 st. 1, 19: 1 st. 2 och 42: 9.

⁴² Se t.ex. 35: 6 p. 3.

att» göra detta.⁴³ Även imperativa verbformer som t.ex. »meddele», »förordne», »bestämme» och »förelägg» ha kommit till flitig användning.⁴⁴ I stadganden angående straff begagnas de i straffrättsliga lagar vanligt förekommande uttrycken »dömes till» och »straffes med».⁴⁵

Vidare må i detta sammanhang påpekas att orden »må» och »äge» icke alltid innebära att rätten är behörig att förhålla sig passiv eller att avslå parts begäran. Stundom avses att rätten under angivna omständigheter har att välja mellan det den »äger» göra samt ett annat i ett mera generellt stadgande reglerat tillvägagångssätt.⁴⁶ Och regeln i 54:10 st. 1, att »prövningstillstånd må allenast meddelas» under vissa där angivna omständigheter, förklaras av att 54:12 stadgar om ytterligare villkor för meddelande av sådant tillstånd.⁴⁷ Även uttrycket »må upptagas» i 13:1 och 2 kan möjligen förklaras på detta sätt. En fastställelsestalan får ju ej upptagas t.ex. om den väckts vid fel forum eller saken är res judicata. Föreligger ej något sådant processhinder, skulle rätten däremot vara förpliktad uppta en fastställelsestalan, som väckts under de i 13:2 angivna förutsättningarna.⁴⁸

Slutligen må erinras om att lagtexten ej belastas med handlingsregler för rätten, då sådana klart framgå av andra lagstadganden. Sålunda implicerar en handlingsregel för part ofta en regel om hur rätten skall förfara, då part företagit den i lagen beskrivna processhandlingen. Som exempel kan nämnas regeln i 10:8 om att skadeståndstalan må väckas vid forum delicti. I sådana fall har man att utgå från att den motsvarande regeln för rätten är obligatorisk. Rätten skall uppta ett

⁴³ Se t.ex. 43:4 p. 2.

⁴⁴ Se t.ex. 17:15 st. 1, 32:2 st. 1, 34:3 p. 2 och 45:13.

⁴⁵ Se t.ex. 9:1—3 och 36:20 st. 1 p. 1.

⁴⁶ Se t.ex. 8:7 st. 1 p. 2, 19:1 st. 2, 44:3 st. 2 och 45:10 st. 2. I 24:17 st. 1 p. 1 är ordet »endast» uppenbarligen underförstått. Trots sin fakultativa form är stadgandet sålunda till sin mening obligatoriskt (förbud för rätten att upptaga häkttningsfråga ex officio).

⁴⁷ Se även 38:4 p. 1.

⁴⁸ Se även 24:1 st. 1 jfrt med 24:3.

skadeståndsmål, som anhängiggjorts vid detta forum. Vissa stadganden ha för övrigt en sådan språklig form att de likaväl kunna uppfattas som handlingsregler för rätten som för parterna. Som exempel kan nämnas 10:1 samt 18:1 och 9 st. 1 p. 1.

Såväl obligatoriska som fakultativa regler äro endera tvingande eller dispositiva. Som exempel kan nämnas: 42:6 st. 1 (obligatorisk och tvingande), 13:5 st. 1 (obligatorisk och dispositiv till förmån för svaranden), 14:6 (fakultativ och tvingande mot båda parterna) samt 50:21 st. 3 (fakultativ och dispositiv till förmån för båda parterna). Den tanken ligger då nära till hands att man i stället borde använda samma termer med avseende på rätten och parterna. En obligatorisk regel kan ju sägas vara tvingande mot rätten och en fakultativ regel dispositiv till förmån för denna.

I själva verket är denna terminologi den vanliga inom doktrinen. Sålunda säger Kallenberg det vara en mycket viktig fråga, »huruvida såsom dispositiva skola betecknas blott sådana rättssatser, som lämna parterna bestämmanderätt, eller även de rättssatser, som överlåta regleringen åt domaren», och han anser »båda kategorierna vara att hänföra till den dispositiva rätten».⁴⁹ Denna uppfattning förefaller också vara den härskande i tysk doktrin.⁵⁰

Å andra sidan framhäva vissa forskare att »partsdispositiva» och »domstolsdispositiva» normer endast ha det gemensamt att de delegera bestämmanderätten i processen till ett där verksamt rättssubjekt. I övrigt skulle dessa båda grupper av processrättsregler vara av helt olikartad natur. Och även uttrycket »tvingande processrätt» skulle sålunda användas i tvenne olika bemärkelser, allteftersom det är rätten eller parterna som fränkännas dispositionsrätt.⁵¹ Mera sällan drar man

⁴⁹ Kallenberg I s. 73 f med not 3.

⁵⁰ Se t.ex. R. Schmidt s. 144, Hellwig I s. 8 f, Schönke s. 11 och Nikisch s. 26; se även Sperl I s. 14 och Hagerup I s. 70 f.

⁵¹ Bülow framhåller s. 2 att »die prozessrechtliche Gebundenheit der Parteien von Grund anders geartet ist, wie die der Gerichte». Se även sam-
10—537478. Ekelöf.

emellertid några terminologiska konsekvenser av dessa skiljaktigheter. Pollak utgör härvidlag ett undantag.⁵² Han skiljer å ena sidan mellan »zwingende und nachgiebige Normen» samt å andra sidan mellan »vollständige und Ermessensnormen». Den förra indelningen har avseende på reglernas förhållande till parterna, medan den senare angår deras förhållande till rätten och sålunda motsvarar vår indelning i obligatoriska och fakultativa regler.

Men vad skulle då vara den principiella skillnaden mellan en fakultativ och en dispositiv regel? Ja, vad man härvid framför allt fäst avseende vid är att den »frihet», som tillerkännes rätten, är av annat slag och mer begränsad än den som tillkommer part. Stadgar lagen att t.ex. svarandeparten i ett tvistemål eller den tilltalade i ett brottmål »må» eller »äger» företa viss processhandling, kan parten efter gottfinnande företa handlingen eller underlåta detta. Anledningen till att han förfar på det ena eller andra sättet är åtminstone i princip utan betydelse. Att en processhandling företagits i syfte att dölja det verkliga sakläget eller att försvåra motpartens processföring och rättens processledning, medför icke att den är ogiltig annat än då lagen för särskilt fall stadgat här-om.⁵³

Annorlunda förhåller det sig med de fakultativa reglerna. Att rätten »må» företa viss processhandling, innebär icke att den kan företa eller underlåta handlingen efter gottfinnande utan endast att den har att efter f r i t t s k ö n bedöma denna fråga. Antag att under en huvudförhandling uppstår fråga om uppskov. Den domare, som härvid läte sig influeras av politiska eller personliga sympatier, gjorde sig skyldig till tjänstefel.⁵⁴

me författare s. 81 f, Goldschmidt: Zivilprozessrecht s. 23 och Rechtslage s. 303 f samt Rosenberg s. 25.

⁵² Pollak s. 95 f.

⁵³ 43: 10 e contrario.

⁵⁴ Jfr v. Laun i Z 42 (1910), särskilt s. 14—18. På sid. 13 i denna uppsats säger v. Laun träffande att »die Freiheit des Richters liege im Spiel-

En jämförelse mellan en fakultativ regel och en sådan generalklausul, som finns införd i 4:13 mom. 9, är i detta hänseende belysande.⁵⁵ Häremellan föreligger visserligen den skillnaden, att medan rätten enligt detta stadgande kan jäva en ledamot på någon annan grund än dem som uppräknas i lagen, ordet »må» i ett fakultativt stadgande icke ger rätten någon behörighet att gå utöver dettas ordalydelse utan endast att underlåta en tillämpning, ehuru den föreliggande situationen överensstämmer med den i stadgandet beskrivna. Men i övrigt ha en generalklausul och en fakultativ regel samma karaktär. Varken den ena eller den andra ger rätten samma frihet som tillkommer lagstiftaren. Varje lagstadgande — hur det än må vara formulerat — skall tillämpas i överensstämmelse med sitt ändamål. Att rätten under vissa bestämda omständigheter »må» företa viss processhandling, kan sägas innebära detsamma som att den, då dessa jämte vissa andra i lagen icke redovisade omständigheter föreligga, skall företa processhandlingen samt att den i annat fall ej må göra detta.

Men innebär icke detta att skillnaden mellan obligatoriska och fakultativa stadganden försvinner för den händelse man tillämpar lagen i överensstämmelse med den teleologiska metoden?⁵⁶ Även med avseende på de förra kan ju en tillämpning efter ordalydelsen komma i konflikt med lagens ändamål. Och enligt den nämnda metoden skall ju rätten i sådana fall ej följa stadgandet utan förfara på annat sätt.

Emellertid må man lägga märke till att även enligt den teleologiska metoden lagen skall tillämpas efter sin ordalydelse å sedvanligt förekommande typfall. En avvikelse är tillåten endast då det föreligger särskilda — i lagen ej redovisade — omständigheter, som medföra att en tillämpning efter ordalydelsen kommer i strid med lagens ändamål. Vid fakultativa stadganden är rättens fria skön ej begränsat

raume, der dem Ermessen, nicht dem Willen, eingeräumt sei». Se även Hult s. 33 f.

⁵⁵ Se även 43:2 st. 1 mom. 4.

⁵⁶ Se mitt arbete »Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?» s. 21 ff.

på detta sätt. Frågan om när rätten är behörig att handla enligt sådana stadganden skall visserligen avgöras på vanligt sätt. Men rätten är ej förpliktad att tillämpa desamma ens i sådana vanligt förekommande fall, som utan varje tvekan kunna subsumeras under stadgandenas ordalydelse.⁵⁷ Visserligen finns det fakultativa stadganden, vilka rätten bör följa utom i mycket sällsynt förekommande undantagsfall. Som exempel må nämnas bestämmelsen i 58: 1 angående resning i tvistemål.⁵⁸ De flesta dylika regler böra emellertid tillämpas endast då detta motiveras av särskilda, i lagen ej angivna omständigheter. Som exempel kan anföras reglerna om deldom och mellandom i 17: 4 och 5.

Av det föregående följer att den frihet i bedömningen, som rätten erhåller genom ett fakultativt stadgande, icke upphör genom att detta göres obligatoriskt, såvida däri samtidigt inskjutes en klausul, som appellerar till rättens fria skön. Belysande i detta hänseende är 16: 2 st. 2 p. 3 (»skola de, såvitt sakens beskaffenhet det påfordrar»). I Processlagberedningens förslag hette det här i stället: »må efter sakens beskaffenhet». Ändringen säges i propositionen ha skett »i förtydligande syfte»⁵⁹ och torde ha föranletts av ett uttalande av en ledamot i lagrådet. Denne säger att »det — trots lagtextens avfattning — ej kan vara avsett att domstolarna skulle äga fri valrätt mellan de båda metoderna; meningen är tydligen att särskilda omröstningar skola äga rum, så snart den i paragrafen angivna förutsättningen är för handen».⁶⁰ Härtill skulle jag vilja foga den reflexionen att uttrycket »efter sakens beskaffenhet» är så innehållslöst, att meningen ej ändras om ordet »må» ersättes med »skall».

⁵⁷ En jämförelse mellan ett obligatoriskt och ett fakultativt stadgande, som reglera varandra närstående frågor, är härvidlag belysande. Se t.ex. 15: 6 st. 1 p. 1 och st. 2, 18: 6 och 7, 36: 19 p. 1 och 2 samt 58: 1 och 59: 1.

⁵⁸ Se Gärde s. 851. Detsamma, om ock i mindre grad, torde gälla t.ex. 15: 1 och 43: 10.

⁵⁹ Motiven s. 198.

⁶⁰ Motiven s. 196.

Däremot kan man ifrågasätta om den i propositionen företagna ändringen verkligen innebär endast ett förtydligande av processlagberedningens förslag. Detta ger ingen antydan om någon huvudregel eller hur man bör förfara i tveksamma fall, något som däremot synes vara förhållandet med den gällande lagtexten. Ordet »påfordrar» kunde åberopas som stöd för att man i sådana fall bör underlåta särskilda omröstningar.⁶¹ Det är mig emellertid obekant huruvida detta varit syftet med det »förtydligande» som företogs i propositionen. Och för min del finner jag denna begränsning av stadgandets tillämpningsområde mindre ändamålsenlig.

Av det föregående har framgått att ett »skall»-stadgande kan vara så vagt avfattat, att det åtminstone ej spelar någon större roll om det i stället stode »må».⁶² Som exempel på klausuler, som medföra detta resultat, kan — utöver den ovan berörda — nämnas »i den mån det erfordras», »om det finnes lämpligt», »om hinder ej möter» samt »med hänsyn till omständigheterna».⁶³ Och i lagen förekommer även andra i hög grad opreciserade förutsättningar för att rätten skall handla på visst sätt.⁶⁴ Man kan ha delade meningar om ett på detta sätt beskaffat »skall»-stadgande bör kallas för obligatoriskt eller fakultativt. Självt skulle jag vilja fästa avseende vid den

⁶¹ Jfr 24:1 st. 3, av vilket det klart framgår att häktning skall ske, om ej starka skäl tala för »att anledning därtill saknas»; se även 17:5 st. 2 p. 2; jfr nedan s. 151.

⁶² Ett lagstadgande, som innehåller en utpräglad vag beskrivning av rättsfaktum, har kallats för »arbiträrt» eller »elastiskt». Se Dernburg I s. 52.

⁶³ Se t.ex. 17:13 st. 1, 21:1 st. 1 p. 2, 34:3 p. 2, 43:13 st. 2 p. 2. Valet av modalt hjälpverb kan i dessa stadganden ej motiveras av att stadgandena åtminstone i regel skulle äga tillämpning å vad som här kallats sedvanligt förekommande typfall. Som ett exempel där detta uppenbarligen icke är fallet må anföras 17:13 st. 1. Möjligen har man att finna förklaringen i det förhållandet att det i lagen beskrivna förfarandet är mer betungande för rätten än motsatt tillvägagångssätt.

⁶⁴ Se t.ex. 14:9 (saken rör hans rätt), 21:3 st. 3 (den misstänktes rätt icke kunna utan biträde tillvaratas), 43:13 st. 2 p. 2 (finnes vara av betydelse i målet och hinder därför ej föreligger) samt 59:1 mom. 3 (lider förfång).

grad av bundenhet som stadgandena ge uttryck åt och sålunda beteckna dem som fakultativa.⁶⁵ Detta medför emellertid att det i vissa fall måste bli tveksamt vilken etikett som bör användas.⁶⁶

Även i »må»-stadganden förekomma klausuler, som appellera till rättens fria skön. Man kan fråga sig vilken funktion dessa fylla. Härvidlag må först erinras om att lagen alltid stadgar vissa mer eller mindre klart angivna förutsättningar (processuella rättsfakta) för tillämpningen av en fakultativ regel. Sådana kunna betecknas som dennas *obligatoriska momenter*.⁶⁷ Brister en sådan förutsättning, är ju rätten såsom tidigare påpekats förhindrad att förfara på det sätt som anges i regelns rättsföljd. Att det står »må» och icke »skall» ger rätten endast behörighet att handla på annat sätt, då förutsättningarna föreligga.

Antag nu att det stadgas att rätten må förfara på visst sätt, »om det finnes lämpligt», »när skäl därtill äro», eller »då omständigheterna föranleda därtill». Ibland anknyts en sådan klausul till några mer eller mindre klart fixerade förutsättningar,⁶⁸ andra gånger förekomma de ensamma i ett lagstadgande.⁶⁹ Denna skillnad saknar betydelse i förevarande sammanhang, enär i det senare fallet dylika förutsättningar framgå av andra stadganden. Däremot finns det anledning att fråga sig huruvida regelns fakultativa karaktär influeras av dylika klausuler eller om de saklöst kunna strykas. Vid första påseende synes det senare vara förhållandet. Men det kunde ju tänkas att de hade till uppgift att ge en antydning om att rätten bör utnyttja sin behörighet restriktivt. Huruvida detta i alla

⁶⁵ Det förekommer naturligtvis icke att rättsföljden är på motsvarande sätt obestämd. På sin höjd förekomma sådana vaga tidsbestämningar som »utan dröjsmål» och »så snart lämpligen kan ske». Se t.ex. 45: 12 st. 1 och 46: 11 st. 1 p. 3.

⁶⁶ 24: 1 st. 3 betecknas av Olivecrona (Straffprocess s. 170) som »halvobligatoriskt».

⁶⁷ Jfr ovan s. 131 f.

⁶⁸ 15: 6 st. 2 samt 22: 3 och 5.

⁶⁹ 14: 10 p. 3, 17: 14 st. 1, 43: 7 st. 2, 49: 11 st. 2 och 50: 26 st. 2.

olika fall utgör en rimlig tolkning av dylika klausuler, kunna vi dock ej gå in på i detta sammanhang.

Däremot förekommer det andra klausuler i fakultativa stadganden, vilka uppenbarligen fylla den nu berörda funktionen. Som exempel kan nämnas regler enligt vilka rätten må företa viss processhandling, »om synnerliga skäl äro därtill».⁷⁰ Denna fras är såtillvida icke utan mening att genom densamma uppställs ett bestämt krav på skälens styrka. Föreskriften skulle kunna karakteriseras som en »in dubio-regel», som ger besked om hur rätten skall förfara, då skälen för och emot en tillämpning av det ifrågavarande stadgandet väga mera jämnt.⁷¹

En liknande funktion torde tillkomma stadganden enligt vilka rätten »bör» företa viss processhandling.⁷² Att man begagnat hjälpverbet »bör» i stället för »må» kan väl inte fattas annat än som en antydning om att rätten måtte avvika från regeln endast då särskilt starka eller åtminstone klart övervägande skäl tala härför.

Ett visst intresse i detta sammanhang ha även sådana stadganden som 19: 1 st. 3, enligt vilket åtal må upptas vid vissa fora »om rätten med hänsyn till utredningen, kostnader och andra omständigheter finner det lämpligt».⁷³ Ej heller här

⁷⁰ Se t.ex. 19: 7, 31: 2 p. 1 och 35: 13 st. 2 p. 2; se även 13: 3 st. 2 p. 1, 33: 4 st. 1 p. 2 och 50: 25 st. 3 p. 2. Jfr ovan s. 149 angående krav på skälens styrka i »skall»-regler.

⁷¹ Jfr Bolding s. 40.

⁷² Se t.ex. 1: 5 st. 3 p. 2, 28: 4 st. 1 p. 2, 33: 21, 36: 17 st. 2 p. 1 och 3, 40: 3, 42: 17 och 42: 19 st. 2. I 42: 17 är »bör» kombinerad med klausulen »om det är lämpligt». I en del andra stadganden förefaller på grund av andra tillägg »bör» kunna utbytas mot »skall» utan att meningen ändras. Som exempel kan nämnas 21: 5 st. 1 p. 2 (företrädesvis), 23: 4 st. 1 p. 2 (onödigt) och 43: 8 st. 2 (om ej särskilda skäl annat föranleda).

I tysk rätt motsvaras det svenska »skall» av »muss» samt »bör» av »soll». Stadganden av det förra slaget ha kallats imperativa eller obligatoriska och av det senare slaget instruktionella. Emellertid anses det att många stadganden, i vilka det står »soll», skola tillämpas som om det stode »muss». Se Heilbut i Arch. 69 (1886) s. 331 f och Wach: Handbuch s. 297 f.

⁷³ Se även t.ex. 42: 9 p. 2 och 45: 2 st. 2. Sådana stadganden synes mig kunna karakteriseras som »regler, vilka hänvisa domaren till ett sköns-

anges något rättsfaktum som utgör förutsättning för stadgandets tillämpning. Däremot uppräknas några omständigheter, som skola beaktas vid den fakultativa prövningen. Att dessa ha denna karaktär och ej utgöra några rättsfakta i egentlig mening medför att det ej strider mot lagens ordalydelse att uppta målet där den tilltalade vistas, då detta både är till men för utredningen och vållar ökade kostnader. Som exempel kan nämnas det fallet att svaranden av hälsoskäl har svårigheter att inställa sig vid forum delicti.

Slutligen må erinras därom att rätten att överklaga domstols beslut är helt oberoende av om detta grundar sig på en obligatorisk eller en fakultativ regel. Som skäl för att beslutet måtte ändras kan sålunda mycket väl anföras att domstolen oriktigt utövat det fria skön, som tillkommer densamma enligt en regel av det senare slaget. Som exempel må nämnas att rätten avslagit ansökan om kvarstad eller om förtida verkställighet samt att rätten vägrat en tilltalad, som blivit frikänd, ersättning av allmänna medel för de kostnader denne haft i målet.

Den överensstämmelse vi i det föregående funnit föreligga mellan obligatoriska och fakultativa stadganden har ingen motsvarighet i fråga om tvingande och dispositiva regler. Borttagandet av en tvingande föreskrift medför visserligen ökade möjligheter för parterna att handla efter gottfinnande. Men detta blir icke fallet därigenom att lagens handlingsregler för parterna äro vagt avfattade. Enligt 13:3 st. 1 mom. 3 äger kâranden framställa nytt yrkande, såvitt det stöder sig »på väsentligen samma grund» och enligt 42:2 st. 1 mom. 1 skall en stämningsansökan innehålla uppgift å »de omständigheter, varå kâranden grundar sin talan». Man kan ha delade meningar om hur de citerade uttrycken äro att fatta. Men det tillkommer icke kâranden utan rätten att avgöra den saken. Antag att den förre framställer ett nytt yrkande samt menar grunden härför vara väsentligen densamma som den i stäm-

mässigt avgörande men samtidigt giva honom ett direktiv med på vägen, en viss måttstock för hans skön, en standard för hans värdering» (Hult s. 31 jfrt med s. 37).

ningsansökningen återopade. Även om denna uppfattning har vissa skäl för sig, skall rätten avvisa det nya yrkandet, såvida den finner lagen böra tolkas på annat sätt.

Emot vad som här framhållits angående skillnaden mellan dispositiva och fakultativa regler skulle emellertid kunna invändas att då å k l a g a r e n har att pröva alla frågor på sitt tjänsteansvar, regler som äro dispositiva till förmån för denne, ej kunna innebära att han får handla efter gottfinnande. Det kan under sådana omständigheter förefalla oegentligt att beteckna ett sådant stadgande som dispositivt.⁷⁴

Tag emellertid ett sådant stadgande som 45:5 st. 1, enligt vilket åklagaren må i första instans utvidga åtalet till att avse en annan gärning. Trots att han härvid icke äger att handla efter gottfinnande, skulle jag vilja beteckna detta stadgande som dispositivt till förmån för åklagaren. Man må nämligen uppmärksamma att detsamma är fakultativt (för rätten). Och det kunde verka förvillande om man med avseende på åklagaren använde termerna i andra betydelser än inom civilprocessen samt med avseende på målsäganden och den tilltalade. Ja, betecknade man det ovannämnda stadgandet som fakultativt, borde väl detsamma strängt taget också ske med motsvarande civilprocessuella stadgande, då Kronan uppträder som kärande i tvistemål.

Vidare må uppmärksammas att rättens förhållande till parts dispositioner är oberoende av huruvida denne är en privatperson eller en statsfunktionär, som för talan i tjänsten. Skulle åklagaren vägra att återopa viss omständighet till stöd för åtalet eller nedlägga detta, så kan ej rätten göra något åt den saken. Och uppstår fråga om en ny omständighet påverkar gärningens identitet, är det icke åklagaren utan rätten, som har att bedöma detta. Dessa förhållanden synas mig kunna återopas som skäl för den här förordade terminologien. Genom att handlingsreglerna för åklagaren betecknas som dispositiva och ej som fakultativa, framhävs den i akusatorisk process

⁷⁴ H e i n z e s. 270 och 294 f; jfr ovan s. 146.

så viktiga avgränsningen mellan åklagarens och rättens kompetens i rättegången.

Annorlunda förhåller det sig däremot då åklagaren är verksam, icke som processpart utan i annan tjänsteutövning, t.ex. som förundersökningsledare. Enär förundersökningen är inkvisitorisk, kan åklagaren i detta fall sägas på en gång fungera som domare och kändepart. Härav följer att man t.ex. i 23 kap. icke kan skilja mellan fakultativa och dispositiva regler på samma sätt som under själva domstolsprocessen. Ett stadgande, enligt vilket förundersökningsledaren under vissa förutsättningar »må» företa viss åtgärd bör enligt min mening alltid betecknas som fakultativt.⁷⁵ Bestämmanderätten tillägges ju det rättssubjekt, som leder förundersökningen.

Någoting liknande gäller regler om åklagarens rätt att väcka talan. Enligt 20: 4 »må» åklagaren under vissa omständigheter väcka åtal för angivelsebrott, ehuru angivelse ej skett eller den misstänkte undantagits från angivelsen. Som skäl för att beteckna även denna regel som dispositiv kan anföras, att man med »fakultativ» i detta sammanhang kunde avse att åtalets upptagande till prövning vore beroende av rättens skönsmässiga bedömning. Då någoting sådant icke förekommer i gällande rätt, tycker jag det emellertid vara naturligare att i en framställning av åklagarens åtalsrätt tala om fakultativa åtalsregler än om dispositiva sådana.⁷⁶ Det är ju icke som processpart åklagaren väcker talan. Större tvekan föranleder det fallet att åklagaren väcker talan om skadestånd på grund av brott till gemensam handläggning med det tidigare väckta åtalet för brottet.⁷⁷ Jag skulle emellertid även i detta fall vilja använda termen fakultativ.

Låt oss nu överblicka resultatet av den här företagna jämförelsen mellan dispositiva och fakultativa processrättsregler.

⁷⁵ Se t.ex. 23: 6 och 10 st. 2 p. 1.

⁷⁶ Däremot kunde man tänka sig att säga regeln om allmänt åtal för angivelsebrott vara dispositiv till förmån för målsäganden.

⁷⁷ 45: 5 st. 2 jfrt med 22: 2 st. 1 p. 1.

Densamma förefaller mig ej utgöra något starkare stöd för att dessa böra betecknas med olika termer. Då överensstämmelsen mellan de båda grupperna av regler ändock är så stor och någon på en gång klar och enkel gränsdragning icke förefaller vara möjlig, kunde man snarast tycka att de borde betecknas med samma term, vare sig denna är »dispositiv» eller »fakultativ». Emellertid finns det ett skäl för den här förordade terminologien som vi komma att närmare beröra först i den sista avdelningen av detta arbete. De lege ferenda framstår dispositiv och fakultativ reglering av ett processuellt problem som konkurrerande medel för att möjliggöra en smidig anpassning av handläggningen efter omständigheterna i den enskilda processen. Och vi skola finna en processordnings allmänna struktur vara i hög grad beroende av huruvida man härvidlag väsentligen litar till det ena eller det andra medlet eller till äventyrs kombinerar dem på det sättet att samma stadganden äro såväl dispositiva som fakultativa. Vad dessa båda termer beteckna synes mig på grund härutav vara av fundamental betydelse inom den processrättsliga systematiken och detta utgör mitt huvudskäl för den här förordade terminologien.

Därtill kommer emellertid en annan sak. Då man skall lösa ett processuellt problem i praktiken, är det ofta av vikt att fastställa vilken behörighet som tillkommer rätten respektive parterna. Detta är inte alltid så lätt, enär skiftande uttrycks-sätt kommit till användning⁷⁸ och frågan måhända måste lösas genom en sammanställning av stadganden, som fått sin plats på skilda håll i lagen.⁷⁹ Under sådana omständigheter måste

⁷⁸ Såväl 43:10 som 50:25 st. 3 p. 1 äro tvingande, men medan det förra stadgandet till sin form är fakultativt, är det senare obligatoriskt. Det sistnämnda framgår därutav att om part företar en processhandling, som han »ej må» företa, rätten är förhindrad att fästa avseende vid densamma. Vidare må erinras om att av reglerna om forum connexitatis i brottmål, 19:3 är dispositivt (må väckas) och 19:6 fakultativt (må upptagas). Och kumulationsregeln i 45:3 st. 2 är icke dispositiv utan fakultativ (må handläggas).

⁷⁹ En jämförelse mellan å ena sidan 10:1 och 10:16—18 samt å andra sidan 19:1 och 9 är härvidlag av intresse. Se även 15:1 och 5 st. 2 samt 18:1 och 14 st. 1.

det vara en viktig uppgift för t.ex. en kommentar över RB att uppmärksamma läsaren på gällande rätts beskaffenhet i förevarande hänseende. Detta underlättas av att termerna dispositiv, tvingande, fakultativ och obligatorisk begagnas i här angivna betydelser. Använder man endast de båda förstnämnda termerna måste man alltid tillägga om ifrågavarande stadgande är t.ex. tvingande gentemot part eller gentemot rätten. I hastigheten kan läsaren härvid komma att fästa större avseende vid ordet tvingande än vid det viktiga förhållandet gentemot vem stadgandet är tvingande.

Man skulle emellertid kunna invända att det inte tjänar stort till att komma med sådana här terminologiska förslag, enär chansen är så liten att de slå igenom i praktiken. För närvarande torde å ena sidan tvingande och obligatorisk samt å andra sidan dispositiv och fakultativ i stor utsträckning användas som synonymer. Säkerligen är det inte lätt att åstadkomma någon ändring härutinnan. Vådan av att använda allmänt begagnade uttryckssätt i nya juridisk-tekniska betydelser är också uppenbar. Det är säkerligen med goda skäl som RB:s upphovsmän varit återhållsamma i detta hänseende. Då man företagit dylika nyskapelser, visar det sig också att dessa ej alltid bli tillbörligen uppmärksammade av domstolsjuristerna. Åtminstone har jag trott mig finna detta vara fallet med uttrycken »på grund av brott» och »i anledning av brott», som i RB användas i olika tekniska betydelser.⁸⁰ I hur mycket högre grad måste icke detsamma gälla en terminologisk nyhet, lance-

⁸⁰ Frågan är om ens lagens upphovsmän kunnat hålla dessa fullt aktuella för sig. Sålunda skulle jag vilja ifrågasätta om det icke i 22:7 borde ha stått »i anledning av» i stället för »på grund av». De skäl, som anförts för att stadgandet skulle äga tillämpning, t.ex. på en skadeståndstalan, som väckts av ett försäkringsbolag, finner jag för min del ohållbara. Se *Gärde* s. 286 och *Olivecrona* s. 260. Den enda vägen, som leder till detta resultat, utgöres av ett analogislut, baserat på ändamålsskäl. — En annan terminologisk nyhet i RB utgör användningen av uttrycken »upptagande» och »förebringande» av bevisning. Att ett förhörsprotokoll uppläses inför rätten, utgör intet »upptagande» av bevisning i lagens mening (*Gärde* s. 474). Jag måste tillstå att det dröjde ganska länge innan jag upptäckte att lagen begagnar sig av detta språkbruk.

rad av en enskild rättsvetenskapsman! Man måste räkna med att densamma blir kritiserad av andra rättsvetenskapsmän och negligerad av domstolsjuristerna. Blir så förhållandet, kan man ha åstadkommit mer ohägn än nytta, ty att terminologien skiftar inom den juridiska litteraturen försvårar icke obetydligt dennas användning i det praktiska rättslivet.

Å andra sidan får man även akta sig för motsatt ytterlighet. Terminologien har stor betydelse inom juridiken och varje sådan kan förbättras. En förutsättning för att så blir fallet är dock att det framställs några förslag i detta hänseende. Och även om förslagen ej bli accepterade, kunna de dock ha det goda med sig att de ge incitament till framställande av bättre sådana.

III. KORTFATTAD HISTORISK ÖVERBLICK

1. INLEDNING

I det föregående ha vi skilt mellan å ena sidan tvingande och dispositiva och å andra sidan obligatoriska och fakultativa processregler. Det vanliga är att en processlag innehåller stadganden av alla dessa slag. Vissa äro tvingande och obligatoriska, andra tvingande och fakultativa o.s.v. Vid en jämförelse mellan olika processlagar finner man emellertid exempel på att samma processuella problem har lösts genom regler av skilda slag. En tvingande och obligatorisk regel kan i en annan processordning motsvaras av en regel som t.ex. är dispositiv och fakultativ.

Det händer också att medan i en processordning regler av viss typ dominera — eller åtminstone ett stort antal praktiskt viktiga processuella problem lösts genom sådana regler — det härvidlag förhåller sig annorlunda i en annan processordning. Och i ett och samma land kunna reglerna rörande mål av visst slag ha en annan karaktär än de regler, som avse andra slags mål. Som exempel kan nämnas att tvingande regler dominera inom straffprocessen och dispositiva inom civilprocessen.

De gällande processordningarna i de västeuropeiska kulturländerna äro varandra emellertid ganska lika i nu berörda hänseenden. Visst finns det olikheter, men dessa äro mera sällan av större praktisk betydelse. Och åtminstone vissa skillnader sammanhånga med att medan ett land kan ha skaffat sig en helt ny processordning, ett annat hitintills nöjt sig med partiella reformer. På detta område kan man nämligen räkna med utpräglade moderiktningar. Jag bevistade för något år sedan en internationell juridisk kongress, där man diskuterade domarens s.k. materiella processledning i dispositiva tvistemål. Trots att dennas intensitet för närvarande är ganska olika i olika länder, förklarade sig alla de deltagande vara eniga om

att rätten borde utöva en stark sådan ledning i processen. Hade denna diskussion förts för t.ex. 100 år sedan, skulle säkerligen enigheten ha varit lika stor om att rätten borde vara högst återhållsam i det ifrågavarande hänseendet.

Att på detta sätt härskande uppfattningar skiftat från en tid till en annan har i hög grad satt sin prägel på processinstitutionens utvecklingshistoria. I det följande skola vi ge en summarisk överblick av denna utveckling inom den västerländska kulturkretsen från antiken till våra dagar. Meningen är att vi senare skola anknyta till denna framställning vid behandlingen av huvudprinciperna rörande rättens och parternas inflytande i processen.

2. ROMERSK RÄTT

Liksom inom andra rättsområden har inom processen den klassiska romerska rätten starkt påverkat den senare europeiska rättsutvecklingen. I förevarande sammanhang är den romerska processrätten emellertid av intresse främst ur en annan synvinkel. Under antiken genomgår densamma förändringar, vilka framför allt utmärkas därutav att parternas verksamhet i processen minskar och rättens ökar i betydelse.

Vad först angår *civilprocessen* var denna under republiken och principatet uppdelad i tvenne skarpt åtskilda stadier, vilka i vissa avseenden erinra om förberedelsen och huvudförhandlingen i gällande svensk rätt. Såväl under det förberedande förfarandet inför pretorn (*in jure*) som under den därpå följande handläggningen inför judex (*in judicio*, *apud judicem*), voro parterna de dominerande i processen. Stämningen ankom på kåranden och ungefär på samma sätt som i modern civilprocess bestämde parterna genom sina yrkanden, medgivanden och åberopanden vad som skulle prövas i målet.¹ Judex utsågs genom parternas samstämmiga val² och

¹Engelmann s. 390.

²Engelmann s. 261 och Wenger s. 130 med not 11.

in judicio ankom det på dessa att införa bevisningen och sörja för dennas upptagande; sålunda var det parterna och icke rätten som ledde vittnesförhören.³ Pretorns befogenhet bestod väsentligen i att på grundval av parternas yrkanden och åberopanden avgöra om målet kunde hänskjutas till avgörande in judicio och judex hade till huvuduppgift att bedöma den av parterna åvägabragta bevisningen.⁴

För parternas processhandlingar gällde stränga formföreskrifter. Särskilt var detta fallet i den s.k. *l e g i s a c t i o n s - p r o c e s s e n*. Vid den muntliga utvecklingen av sin talan måste parterna noggrant iaktta den traditionella ritualen och fraseologien; varje avvikelse medförde processförlust. Denna formalism — som äger sin motsvarighet inom andra primitiva processordningar — vidmakthölls visserligen icke i *f o r m u l a r p r o c e s s e n*, men uppdelningen av förfarandet i tvenne stadier bevarades och »*litis contestatio*» var fortfarande av grundläggande betydelse för den senare handläggningen apud *judicem*. Judex var sålunda strängt bunden av den »formula» pretorn meddelat och kändanden kunde icke in judicio ändra det yrkande han framställt in *jure*. Detsamma gällde sådana rättsfakta, som kunde komma under bedömande in judicio endast om de funnos införda i pretorns formula.⁵

Däremot synes i övrigt såväl pretorn som domaren ha varit ganska obundna i sin verksamhet i rättegången. I formularprocessen fastställde pretorn den skriftliga formeln efter en formlös debatt med parterna rörande dessas grunder och yrkanden.⁶ Och härvid var denne som bekant icke strängt begränsad till de formler, som redan vunnit allmänt erkännande. Pretorns rättsskapande befogenheter gingo utöver dem som i modern rätt tillkommer domaren vid tillämpning av lag och prejudikat.⁷ Vad därefter angår förfarandet apud *judicem*

³ Wenger s. 193 samt Engelmann s. 361 och 391.

⁴ Lemosse s. 131 f.

⁵ Grenander s. 18, Wenger s. 127 f och 145 samt Engelmann s. 408 f jfrt med s. 348 f och 353.

⁶ Engelmann s. 407 och Annerstedts, 10.

⁷ Se härom Hambro s. 14 f.

organiserade judex bevisupptagningen och pläderingen som han fann för gott, och han prövade bevisningens värde utan att vara bunden av några legala regler.⁸

Vid sidan av den nu beskrivna processformen, som betecknades som »ordo judiciorum privatorum» fanns även en annan, kallad för »e x t r a o r d i n a r i a c o g n i t i o». I denna juridiktion förekom icke någon uppdelning av processen i tvenne stadier och under kejsartiden kom densamma att omhändertas av kejsarliga ämbetsmän. Cognitionsprocessen begagnades till en början mest i provinserna, men under dominatet utträngde den helt den gamla formularprocessen.⁹

Även i den nu berörda rättsskipningen hade käranden initiativet till rättegången och parternas åberopanden och yrkanden bestämde gränserna för rättens prövning.¹⁰ Men i den cognitionsprocess, som blev den ordinära rättegångsformen under dominatet, var det rätten som ombesörjde delgivningen av stämningen, den bestämde hur målet skulle handläggas, ledde bevisupptagningen och kunde i viss utsträckning även komplettera den utredning som parterna förebragt.¹¹

Samtidigt med denna utveckling uppluckrades de för parternas processhandlingar gällande formföreskrifterna. Förfarandet in jure och in judicio flyter samman och litiskontestationen blir en formalitet utan reell betydelse.¹² Parterna tillåtas sålunda att ändra sina yrkanden och åberopanden under hela processen.¹³ I stället underkastas rättens verksamhet nya obligatoriska regler. Krav uppställs på att processmaterialet skall nedtecknas i skrift och inom bevisprövningen

⁸ R. Schmidt s. 46 och Wenger s. 192.

⁹ Särskilt betydelsefull var härvid den processreform som under Diocletianus genomfördes år 294. Se Engelmann s. 318.

¹⁰ Engelmann s. 390 vid not 3.

¹¹ Wenger s. 259 och 291 vid not 67, Annerstedt s. 13 f, Grenander s. 33 f samt Lemosse s. 240 f.

¹² Engelmann s. 325 f.

¹³ Grenander s. 31 f, Wenger s. 281 f samt Engelmann s. 30 och 323. Processinvändningar kunde dock framställas endast i början av processen (Engelmann s. 408).

börjar man tillämpa den legala bevisteorien.¹⁴ Som kontroll över domstolarnas sätt att fylla sina uppgifter införs rättsmedel av olika slag. Allt detta samverkar till att förlänga processerna och klagomål börjar höjas över rättsskipningens omständlighet och långsamhet.¹⁵

Vad därefter angår den romerska straffrättsskipningen,¹⁶ må först uppmärksammas att även under Roms storhetstid de flesta brott voro belagda med privatstraff (bot). Gentemot dessa »*delicta privata*» fördes talan i den för tvistemål gällande ordningen. Det fanns emellertid även en speciell brottmålsprocess för de s.k. *crimina legitima* eller *publica*, vilka sonades med kropps- och livsstraff eller landsförvisning och dit mord och dråp samt en del grövre brott mot det allmänna räknades. Mot slutet av den republikanska tiden kom denna rättsskipning att omhändertas av de s.k. *quæstiones perpetuæ*. Dessa domstolar bestodo av en pretor eller särskilt förordnad *judex* som ordförande samt några tiotal genom lottning utsedda medborgare som bisittare. Processen var till formen ackusatorisk (*accusatio*) och varje medborgare var åtalsberättigad (*actio popularis*). Rättens prövning omfattade endast frågan om den tilltalade förövat just den gärning åklagaren beskrivit i sitt åtal. Under förhandlingen inför rätta förhöll sig domstolen passiv. Parterna pläderade, förebragte bevisning och förhörde inkallade vittnen. Rättens bevisvärdering var obunden av legala regler. Tortyr förekom endast mot slavar.

Under principatet och dominatet undergår den romerska straffprocessen genomgripande förändringar, erinrande om dem som vi studerat inom civilprocessen. Under beteckningen »*crimina extraordinaria*» kommo i stigande omfattning även *delicta privata* (t.ex. stöld och ärekränkning) att åtalas inför de speciella brottmålsdomstolarna.¹⁷ Som domare fungerade kejsrerliga ämbetsmän och lekmannabisittarna

¹⁴ Wenger s. 280 f och Engelmann s. 385.

¹⁵ Wenger s. 291, Engelmann s. 366 f.

¹⁶ Glaser I s. 59 f, Gerland s. 12 f och von Hippel s. 16 f.

¹⁷ v. Hippel: Deutsches Strafrecht I s. 68 och 71.

försvinna. Rättegångarna inledas även genom allmänt åtal och domstolarna uppta mål t.o.m. enbart på angivelse. Förfarandet är ej i samma omfattning offentligt som tidigare, detsamma blir mindre formbundet, rätten anses ej bunden av åklagarens gärningsbeskrivning och införskaffar själv utredning. Å andra sidan protokolleras handläggningen och domen kan överklagas i högre rätt. Man börjar tillämpa den legala bevisteorien och begagna tortyr även mot andra än slavar.

3. FORNGERMANSK RÄTT

I den medeltida processen kan man spåra inflytanden ej blott från romersk utan även från forngermansk rätt. Emellertid vet man föga om hur rättstvister slitits inom de olika germanstammarna, innan dessa kommo under romerskt kulturinflytande. En påverkan från detta håll kan spåras redan i de äldsta germanska rättsordningar, som vi känna till. Men vissa ursprungliga drag har man dock trott sig kunna fastställa.¹⁸

I den forngermanska processen gjordes ingen principiell skillnad mellan brottmål och tvistemål, ehuru proceduren i övrigt kunde vara ganska skiftande allt efter vad tvisten rörde sig om. I förhållande till romersk och senare europeisk process företer framför allt bevisrätten säregna drag. Bevisningen var ej inriktad på fakta utan en bevisprestation var en processhandling, varigenom målet avgjordes, och den hade sålunda i detta hänseende samma verkan som i gällande civilprocessrätt tillkommer eftergivande och medgivande av käromålet.¹⁹ Detta egendomliga förhållande sammanhängde med bevisningens »ensidighet»; det ankom endast på den part som hade »bevisvitsord» att införa bevisning i målet. Och denna bestod av en i lagen noggrant angiven bevisprestation. Som exempel kan nämnas den bevisning genom edgärdsmän, som vi känna från våra landskapslagar. Detta institut är säkerligen av gammalt

¹⁸ Schröder—Künssberg s. 90.

¹⁹ Jfr Engelmann s. 127 och 154, Engströmer s. 32 f, Eb. Schmidt: Geschichte s. 32 och Millar s. 12 f.

datum. Bakom detsamma skymtar det germanska ättesamhället, där en rättslig tvist utspelades icke mellan de närmast intresserade personerna utan mellan dessas ätter.

En sådan process framstår som högst primitiv vid jämförelse med t.ex. den romerska formularprocessen. Pretorns fastställande av den formula, som skulle läggas till grund för domen i målet, hade i germansk rätt sin motsvarighet i rättens avgörande av vilken part som hade bevisvitsord och på vad sätt denne skulle bevisa sin talan.²⁰ Men genom detta avgörande — den s.k. bevisdomen — var ju rättens andel i handläggningen praktiskt taget avslutad. Den på judex ankommande bevisvärderingen hade i germansk rätt ingen annan motsvarighet än rättens konstaterande av huruvida den ifrågavarande parten fullgjorde den på honom ankommande bevisprestationen eller icke.

I den forngermanska processen utgjordes sålunda den huvudsakliga verksamheten av parternas mer eller mindre formbundna processhandlingar. Man skulle kunna likna densamma vid en rättslig tvekamp, där rätten övervakade att endast tillåtna angrepps- och försvarsmedel kommo till användning samt efter stridens slut fastställde vilken av parterna, som avgått med segern. På domstolen ankom ingen bevisvärdering utan endast rättstillämpning och om någon processledande verksamhet i egentlig mening kunde det på grund av processens formbundenhet ej heller bli fråga.

Av det föregående har framgått att det var tvenne vitt skilda processsystem som under folkvandringstiden och vikingatiden konfronterades med varandra. Medan i den romerska processen parternas dominans hade upphört och dessas processhandlingar befriats från den gamla formbundenheten, var det just dessa egenskaper som utmärkte den germanska processen. Enligt romarrätten var domaren dominus litis och tog aktiv del i utredningen, medan hans germanske kollega åtnöjde sig med att »säga lagen» och konstatera vilka processhandlingar parterna utförde i målet.

²⁰ R. Schmidt s. 57.

4. CIVILPROCESSEN UNDER MEDELTIDEN OCH NYARE TIDEN

A. *Den kanonisk-italienska processen*

Då det romerska riket upplöstes under folkvandringstiden, sönderföll även den romerska rättsordningen. De olika germanstammarna, som blevo bofasta på romerskt område, bibehöllo sina egna rättssedvänjor, men så småningom uppblendades dessa med romerska rättsregler.²¹ Detta blev också förhållandet inom processrätten. Som exempel kan nämnas »Lex Visigothorum» och »Edictus Langobardorum», båda från 600-talet. Enligt dessa lagar var det konungen, som utsåg domarna, och dessa voro aktivt verkamma i processen på ett sätt som erinrar om den romerska cognitionsprocessen. Också bevisrätten uppvisar romersk-rättsliga drag. I den västgotiska processen tilläts motbevisning och domstolen värderade bevisningens sanningsvärde. Och även i longobardisk process infördes rätt till motbevisning i vissa slags mål, ehuru domstolen vid motstridande bevisning icke bedömde denna, utan lät målet avgöras genom envig.²² Slitandet av rättstvister genom tvekamp och ordalier förekom överallt i Europa under den tidigare medeltiden.

Den frankiska och karolingiska rätten, som särskilt kom att påverka utvecklingen i England efter den normanniska erövringen, uppvisar liknande drag. I Karl den stores rike förekom kungliga domstolar, som ex officio införskaffade utredning. Ja, t.ex. i jordatvister mellan en enskild och det allmänna kunde processen t.o.m. vara inkvisitorisk till sin form. Den förre hade att som enda part processa inför en kunglig domstol, som samtidigt företrädde det allmännas rätt och dömde i målet.

²¹ R. Schmidt s. 58 f, Goldschmidt s. 10 f, Engelmann s. 184 f och 419 f, Troller s. 34 vid not 19 och Westman s. 9 f.

²² Bethmann-Hollweg IV s. 243 f och 378 f samt V s. 363 f.

Emellertid blevo icke de nu berörda tendenserna bestämmande för den följande utvecklingen. Under högmedeltiden skapades i Italien en ny civilprocess, som visserligen även den övertog regler såväl från germansk som romersk rätt, men som dock väsentligen utgör en självständig nyskapelse.²³

Förutsättningen härför var den starka kulturutvecklingen i de norditalienska städerna under högmedeltiden, såväl på det materiella som andliga området. Näringslivet, särskilt handeln, blomstrade och de första europeiska universiteten sågo dagen. Behov uppstod av en mera rationellt uppbyggd civilprocess än det konglomerat av germanska och romerska processregler, som tillämpats under de gångna århundradenas primitivare förhållanden.

Rättsvetenskapen bidrog verksamt till skapandet av den nya processen. Det är under denna epok som rättsskolorna i Bologna ha sin blomstringstid. Man studerade både Corpus juris och longobardiska rättskällor och i detta arbete togo såväl »legister» som »canonister» del. På processens område blev de senares verksamhet av särskild betydelse. Den kanoniska civilprocessen kom att tjäna som en »gemeinrättslig» process inom det världsliga rättegångsväsendet. De processstatuter, som utfärdades i olika städer, framstodo som lokala varianter av den processordning, som tillämpades vid de kyrkliga domstolarna.

I denna civilprocess — vilken i det följande kommer att betecknas som den *kanonisk-italienska* — spelade parternas processhandlingar en dominerande roll. I stämningsansökningen, som var skriftlig och som delgavs genom rättens försorg, skulle käranden uppge den rättighet han gjorde gällande; grunden behövde anges endast om detta erfordrades för rättighetens individualisering. I sitt svaromål uppgav svaranden — om han ej hade någon processinvändning att framställa — huruvida han bestred eller medgav. Därefter följde parternas åberopande av rättsfakta, som efter de härvid begagnade

²³ Engelmann s. 417 f., R. Schmidt s. 69 f., Hammerich s. 22 f. och Troller s. 34 och 40 f.

begynnelseorden »pono quod» kallades »*positiones*».²⁴ På varje *positio* skulle motparten avge en *responsio*, som innehöll ett erkännande eller ett förnekande. Härefter följde åberopandet av bevis för varje rättsfaktum, som befunnits tvistigt (*articulus*), varvid även angavs vilka frågor som skulle ställas till vittnena. Efter bevisningsupptagningen, som ombesörjdes av rätten utan att parterna ens voro närvarande, fingo dessa tillfälle till muntlig plädering inför domstolen. Rätten hade att bedöma bevisningens sanningsvärde, men var härvid i minsta detalj bunden av legala regler. Enligt tidens skolastiska grundsyn borde domslutet kunna grundas på lagen och processmaterialet med samma säkerhet som slutsatsen följer av premisserna i ett aritmetiskt teorem.

Parterna voro bundna av stränga formföreskrifter. Sedan svaranden avgivit sitt svaromål, kunde denne ej framställa några processinvändningar och kåranden icke ändra eller återkalla sin talan. Vidare fingo processhandlingar av olika slag ej förekomma vid samma rättegångstillfälle. Vid ett sådant framställdes processinvändningar, vid ett annat behandlades dessa, vid ett tredje åberopades grunden för käromålet, vid ett fjärde framställdes invändningar häremot o.s.v. Detta medförde att förfarandet blev utomordentligt omständligt, särskilt som olika grunder och invändningar skulle handläggas var för sig och det icke förekom någon preklusion av rätten att framföra nya omständigheter och bevis. Detta var möjligt även i högre rätt.

Rättens uppgift begränsade sig väsentligen till rättstillämpningen (*jura novit curia*). Ansvar för processmaterialet åvilade enbart parterna. Sentenserna »*ne eat judex ultra petita partium*» och »*judex judicare debet secundum allegata et probata a partibus et non secundum conscientiam suam*» härröra från denna tid. Och rättens processledning var starkt begränsad (»*ne procedat judex ex officio*»). Genom frågor (*interrogationes*) kunde den undanröja oklarheter och uppenbara misstag, men den fick ej bistå parterna i andra avseenden. Vittnena

²⁴ Härav kommer den i litteraturen stundom begagnade beteckningen »*positionalförfarande*».

tingo utfrågas endast om det parterna hade begärt. Och domen skulle grundas endast på det material som fanns upptaget i protokollet (*quod non est in actis, non est in mundo*). Denna regel utgjorde ett incitament för parterna att utföra sin talan skriftligen, vilket ytterligare reducerade kontakten mellan dem och domstolen.

För domstolens passivitet, som stod i så uppenbar motsättning till förhållandena i den romerska cognitionsprocessen, hade man en förebild i den germanska rätten. Att domarna ej anförtroddes några mera vittgående befogenheter överensstämde emellertid även med den katolska kyrkans pessimistiska uppfattning om människans natur.²⁵ Och säkerligen motsvarade denna ordning ett aktuellt behov. Då det i de norditalienska städerna rådde våldsamma motsättningar mellan olika stånd och partier, förelåg risk för att domarna voro partiska i sin ämbetsutövning. Ur denna synpunkt var det en fördel att rätten saknade inflytande på processmaterialets gestaltande och utformningen av förfarandet samt att dess bevisvärdering klavbands genom den legala bevisteorien. Formsträngheten tjänade som hämsko icke blott på parternas lidelser utan även på ingripanden från rättens sida. Och protokolleringstvånget möjliggjorde kontroll av att rätten ej överskred sina befogenheter.

Från dessa utgångspunkter hade man utformat en processordning, som i stringens och konsekvens saknar motsvarighet i äldre rätt. Bland skolastikens tankeskapelser är den kanonisk-italienska civilprocessen en av de märkligaste. Flera av de principer, varpå den byggde, ha sedermera aldrig övergivits inom europeisk civilprocess.²⁶ Men tillfredsställa det norditalienska handelslivets krav på en god rättsskipning kunde denna rättegångsordning inte. Förfarandet var för omständligt, processerna blevo kostsamma och långvariga och en illvillig part hade trots allt stora möjligheter att sabotera rättegången.

²⁵ Troller s. 34.

²⁶ Från gällande svensk rätt kunna nämnas de i 17:3 och 36:6 intagna bestämmelserna.

Dessa olägenheter sökte man övervinna genom olika reformer. Av dessa är det framför allt tvenne som ha intresse i förevarande sammanhang. Den ena bestod däruti att i stället för att parternas åberopanden skulle följa successivt efter varandra vid olika rättegångstillfällen, utsattes *p r e k l u s i v a f r i s t e r* härför. Käranden skulle i stämningen åberopa grunden för sin talan även i mål där detta ej erfordrades för rättighetens individualisering. Sedan fick svaranden viss tid på sig att framställa sina invändningar. Därmed hade man börjat tillämpa vad som sedermera kom att kallas för *e v e n t u a l p r i n c i p e n*. Enligt denna är käranden skyldig att på en gång framställa sina angreppsmedel liksom svaranden sedermera sina försvarsmedel.²⁷ Detta gäller även t.ex. konkurrerande grunder. Viss eller vissa grunder åberopas »in omnem eventum», d.v.s. under den hypotetiska förutsättningen, att yrkandet ej bifalles på en annan av de åberopade grunderna.

Eventualprincipen innebär tydligen att man medelst *t v i n g a n d e* och *o b l i g a t o r i s k a t i d s b e s t ä m m e l s e r* försöker förenkla och förkorta rättegången samt hindra parterna att förhala denna. Detta resultat sökte man emellertid uppnå även på en annan väg. Man minskade på formsträngheten och överlät åt rätten att organisera förfarandet efter omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa tendenser präglade bl.a. en av påven Clemens V år 1306 för den kanoniska civilprocessen utfärdad dekretal, som efter sin upphovsman och sitt begynnelseord kallats för »*C l e m e n t i n a s a e p e*». Enligt denna skulle processen organiseras »*simpliciter et de plano ac sine strepiter et figura judicii*». Stämningsansöknings behövde ej vara skriftlig och rätten kunde efter sitt fria skön å ena sidan förhöra parterna och på annat sätt komplettera utredningen samt å andra sidan minska antalet terminer och begränsa bevisupptagningen. Här sökte man så-

²⁷ Den i 34:2 intagna bestämmelsen utgör en tillämpning av eventualprincipen. Däremot synes det mig missvisande att säga detta vara fallet även med avseende på 43:10; detta stadgande förutsätter ju att den åberopande parten gjort sig skyldig till sviklig processföring.

ledes främst genom fakultativa regler möjliggöra en förenkling av processen.

Clementina saepe var ursprungligen avsedd att användas endast i mål angående mindre värden. Inom den världsliga rättsskipningen modifierades emellertid den tidigare berörda »ordo solennis judiciorum» i överensstämmelse med de idéer, varpå Clementina saepe byggde. Härigenom kom den kanonisk-italienska processen att bättre motsvara det praktiska livets krav. Men någon bestående förändring innebar detta ej. Under nyare tiden upphörde domstolarna att utnyttja sina processledande befogenheter liksom processen åter blev mera formbunden. Och det var främst »ordo solennis judiciorum», som blev föremål för den reception i andra länder, vilken vi skola beröra i det följande.²⁸

B. *Den gemeinrättsliga processen*²⁹

Vad vi här kallat för den kanonisk-italienska processen kom att påverka utvecklingen i praktiskt taget alla europeiska länder. Särskilt blev så förhållandet i Tyskland. Detta kan synas egendomligt eftersom den inhemska rättsskipningen i detta land hade en så helt avvikande struktur. Mot slutet av medeltiden visade sig emellertid den germanska processen helt otidsenlig även i Tyskland. Och den politiska splittringen försvårade en omdaning av densamma. Dessa förhållanden beredde jordmånen för en reception av den kanonisk-italienska processen. Då man recipierade den romerska civilrätten ställde det sig också naturligt att begagna en härför avpassad rättsskipning. Den processrättsliga receptionen började emellertid tidigare än den civilrättsliga. Redan på 1300-talet tillämpades kanonisk process vid världsliga domstolar i södra Tyskland.

Något som verksamt bidrog till denna reception var att den nya processen kom att tillämpas vid rikets högsta domstol,

²⁸ Bülow s. 21.

²⁹ Grenander s. 41 f, Schwartz s. 23 f, R. Schmidt s. 82 f och Engelmann s. 30 f och 507 f samt Troller s. 86 f.

Reichskammergericht, som från 1495 var en permanent institution i det tyska rättslivet. De lägre domstolarna tvingas att anpassa sin procedur efter den högsta instansens. Härigenom uppkom den s.k. *gemeinrättsliga processen*. Under 1600-talet tillämpades denna i större delen av riket, ehuru vissa avvikelser förekommo på grund av lokala statuter i olika länder. Endast i Sachsen visade sig den inhemska rättsskipningen mera motståndskraftig. I vissa delar av Tyskland tillämpades den *gemeinrättsliga processen* ända till 1877, då en modern processordning infördes i det nyskapade kejsarriket.

Den *gemeinrättsliga processen* skiljer sig från den tidigare beskrivna kanoniska främst genom sin *skriftlighet*. Den senare var visserligen såtillvida skriftlig, att domen skulle grundas på processmaterialet så som detta fanns beskrivet i rättens protokoll. I den *gemeinrättsliga processen* kom emellertid härtill att parterna också skulle utföra sin talan skriftligen. De muntliga förhandlingarna försvunno fullständigt, något som försvårade processledande initiativ från rättens sida.

För att påskynda rättegången voro parternas åberopanden av rättsfakta underkastade *eventualprincipen*. Vidare berikades den *gemeinrättsliga processen* efter sachsisk förebild med det s.k. *bevisinterlokutet*, som kan föras tillbaka på den bevisdom, som förekom i äldre germansk rätt. Bevisinterlokutet meddelades sedan parterna framställt sina yrkanden och åberopat grunderna härför. I detsamma fastställdes vilka rättsfakta som voro tvistiga (*thema probandum*), vem av parterna som hade bevisbördan härför (*onus probandi*) samt inom vilken tid parterna skulle uppgiva sina bevis (*dilatio probatorialis*). Bevisinterlokutet kunde överklagas och sedan detsamma vunnit laga kraft, var det definitivt fastslaget vilka rättsfakta som voro av relevans i målet.

Trots upprepade reformer kom den *gemeinrättsliga processen* aldrig att väl fylla sin uppgift. Särskilt bedrövligt var det beställt i Reichskammergericht. Goethe har givit en drastisk beskrivning därav i *Dichtung und Wahrheit*: »Ein ungeheuerer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da

die siebzehn Assessoren nicht einmal imstande waren, das Laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich angehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden, und das Doppelte kam hinzu.»

Men även där förhållandena voro bättre än i Reichskammergericht, visade sig den gemeinrättsliga processen vara behäftad med svåra brister. Eventualprincipen medförde en anhopning av processmaterial, som sedermera ofta visade sig sakna betydelse i processen. Och bevisinterloket tvang rätten att fatta ståndpunkt till bevisbördans fördelning mellan parterna, innan den genom bevisningen fått närmare inblick i målet och även då det sedermera visade sig att domen ej behövde grundas på någon bevisbörderegeln. Vidare medförde processens uppdelning på olika stadier och bristen på processledning att proceduren blev tungrodd och långsam. På grundligheten fanns det visserligen ingenting att anmärka, men skriftligheten och den onaturliga uppdelningen av processmaterialet medförde att man ändock inte fick någon större garanti för att rättens bedömande var riktigt.

C. Den preussiska »Allgemeine Gerichtsordnung»³⁰

Missnöjet med den gemeinrättsliga processen medförde att under 1700-talet rättsskipningen reformerades i vissa av de mera betydande tyska staterna. Den upplysta despotismen fann här ett tacksamt verksamhetsfält för sin reformiver. Särskilt beslutsamt gick man tillväga i Preussen, där Fredrik Vilhelm I och Fredrik II togo personlig del i lagstiftningsarbetet. Detta avslutades med »Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten» (A.G.O.) av 1793, som utgör en av de intressantaste företeelserna i civilprocessens historia och är av speciellt intresse i förevarande sammanhang.

Förfarandets invecklade beskaffenhet och rättens passivitet hade i Preussen medfört att advokaterna fått ett dominerande

³⁰ Schwartz s. 467 f och 576 f, Schmidt s. 93 f, Engelmann s. 590 f och Troller s. 44.

inflytande inom civilrättsskipningen. På högsta ort menade man att dessa missbrukade sin ställning och gav dem en väsentlig del av skulden för att processen var så osäker, dyrbar och långsam. Utövandet av advokatyrket förbjöds och parterna hänvisades till att anlita en domstolstjänsteman för den händelse de behövde hjälp med utförande av sin talan.

Man åtnöjde sig emellertid icke härmed utan reformerade även själva förfarandet. Denna del av reformen byggde på samma idéer som Clementina saepe, men dessa fullföljdes med större konsekvens av den preussiske lagstiftaren än som skett i det påvliga dekretet. Man inskränkte skriftligheten och formbundenheten samt ökade rättens inflytande.³¹ Genom muntliga förhör först med kåranden och svaranden var för sig samt sedan med båda parterna tillsammans skulle en av rättens ledamöter klarlägga vad tvisten rörde sig om och hjälpa parterna att fixera sina grunder och yrkanden. Resultatet härav (*status causae* och *controversiae*) nedtecknades i en promemoria, varefter följde parternas uppgivande av bevisningen och domarens upptagande av denna. Därefter avgjordes målet på handlingarna i fullsutten rätt.

Även under den senare delen av processen skulle rätten vara aktivt verksam. Den ansvarade nämligen för utredningens fullständighet och var befogad att *ex officio* komplettera parternas bevisning.³² Rätten skulle »mit seiner Untersuchung nicht eher ablassen und ermüden, als bis alle vorkommende erhebliche Thatsachen vollständig aufgeklärt, oder doch alle dazu nur irgend vorhandene Mittel angewendet und erschöpft worden».³³ Vidare förtjänar det uppmärksammas att parterna kunde under hela processen åberopa nya omständigheter och införa nya bevis, såvida dessa på något sätt sammanhänge med det tidigare införda processmaterialet.³⁴ Eventualprincipen tillämpades sålunda endast i mycket begränsad utsträckning och något bevisinterlokut förekom ej. Däremot vidmakthölls den

³¹ Se t.ex. A.G.O. Inledningen § 14.

³² A.G.O. Inledningen § 17 och Titel X § 5 b.

³³ A.G.O. Titel X § 2.

³⁴ A.G.O. Titel XII § 6; se även Titel X § 3.

legala bevisteorien. Att anförtro åt domarna att fritt värdera bevisningen vågade man sig icke på.

A.G.O. kom inte att motsvara förväntningarna. Parterna betraktade med misstro såväl den rannsakande domaren som de domstolstjänstemän de erhölet som biträden. Självfallet var det också svårt för domaren att vidmakthålla sin objektivitet under de successiva konferenserna med kåranden och svaranden i början av processen. Till misstron bidrog också förfarandets hemlighet. Men vidare saknade ju den utredande domaren varje förhandskunskap om målet samtidigt som parterna berövats den hjälp de tidigare erhölet genom sina rättskunniga ombud. Detta medförde att utredningen blev besvärlig och tidskrävande. Man kunde inte förhindra att nya omständigheter framkommo först under bevisupptagningen och då måste utredningen kompletteras.

Det dröjde inte heller länge förrän den nya processen underkastades genomgripande modifikationer. Genom lagändringar 1833 och 1846 blev det tillåtet för parterna att låta sig företrädas av advokater och utredningen i målet blev mera beroende på parternas aktivitet än tidigare varit fallet. Rättens möjlighet att gestalta processen efter sitt fria skön inskränktes och eventualprincipen kom åter till heders.

Det preussiska experimentet blev sålunda av kort varaktighet och detsamma kom under den följande tiden att åberopas som ett varnande exempel. Som vi skola beröra i det följande ha emellertid de idéer, varpå den byggde, fått förnyad aktualitet i våra dagar.

D. *Den franska »Code de procédure civile»*³⁵

Även i Frankrike påverkades den världsliga rättsskipningen under medeltiden av kanonisk-italiensk rätt. Någon formlig reception därav som i Tyskland kom dock aldrig till stånd. I stället skapades en säregen fransk process, som till vissa

³⁵ Engelm ann s. 645 f; se även Siösteen: Om den franska civilprocessen och dess brister.

delar var av kanoniskt ursprung och i andra avseenden överensstämde med den inhemska »feodala» rättsskipningen, vilken var germansk till sin grundstruktur. Resultatet blev en rättsgång som var mindre omständlig och formbunden än den kanoniska och där parternas muntliga utveckling av sin talan spelade större roll. Liksom i Italien kommo rättskunniga ombud till användning, men förfarandets muntlighet medförde den uppdelning av arbetsuppgifterna på ombud av olika slag, som är så utmärkande även för modern fransk process.

Att utvecklingen i Frankrike sålunda blev en helt annan än i Tyskland berodde delvis på ingripanden från konungamakten, som redan under medeltiden hade en stark ställning i detta land. Så blev i än högre grad fallet under nyare tiden och på Colberts initiativ tillkom år 1667 en civilprocesslag för det franska riket, som bar titeln »Ordonnance civile touchant la réformation de la justice». Denna lag — vanligen kallad »Code Louis» — kom sedermera att stå mönster för den ännu gällande »Code de procédure civile» av 1806. Ja, man har velat göra gällande att detta napoleonska lagverk icke skulle vara något annat än »en ny, en smula förbättrad upplaga» av Code Louis. Hur därmed än må förhålla sig, förefaller Code de procédure civile — bortsett från införandet av fri bevisprövning — icke vara någon särskilt originell lagstiftningsprodukt. I stort sett innebar densamma att man efter revolutionstidens kaotiska förhållanden återgick till den ordning, som praktiserats under l'ancien régime.

Ett studium enbart av den franska civilprocesslagen ger en ganska skev bild av hur fransk rättsskipning försiggår i praktiken. Lagen ger inte intryck av att de franska domarna skulle vara särskilt passiva.³⁶ Som exempel må nämnas att rätten kan ex officio förordna om upptagande av vittnesbevisning samt att part skall inställa sig personligen.³⁷ Domstolarna ha emellertid föga begagnat sig av vad man kallat för »la souveraineté (le pouvoir discrétionnaire) du juge». Principen om »la

³⁶ Jfr framställningen hos Annerstedt s. 20.

³⁷ C. pr. c. art. 119 och 254.

neutralité du juge» har ansetts motivera att rätten förhåller sig i stort sett passiv och låter initiativet i processen tillkomma parterna i deras egenskap av »les maîtres du litige». »Domaren medverkar i rättegången, men leder icke densamma», har det träffande sagts om den franska civilprocessen. Och den berömde processualisten Tissier har givit följande drastiska karakteristik av densamma: »On a dépeint parfois le juge de la procédure français comme une sorte d'automate à qui l'on fournit les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement.»

Att en dylik ordning måste ha sina olägenheter är uppenbart. Det har också länge klagats över att den franska civilprocessen är långsam och dyrbar. Å andra sidan har »Code de procédure civile» tillämpats under ett och ett halvt sekel och, som vi senare skola beröra, under 1800-talet framstått som ett mönster för reformsträvandena i andra länder. Att den franska processordningen visat en sådan livsduglighet, sammanhänger med det franska advokatväsendet. Om densamma fungerar bra eller dåligt är nämligen väsentligen beroende av den energi, omsorg och ansvarskänsla varmed avouéerna och advokaterna fylla sina uppgifter.

Särskilt avouéernas verksamhet är av intresse i förevarande sammanhang. Dessa, som tillsättas av republikens president och betraktas som tjänstemän, ha hand om den förberedande skriftväxlingen. Denna sker genom »l'acte d'avoué à avoué», d.v.s. rättegångsskrifterna passera aldrig domstolen utan sändas direkt till motpartens avoué. Skriftväxlingen avslutas genom att avouéerna fixera sina klienters talan i de s.k. »conclusions motivées (définitives)», vilka delges domstolen. Sedan följer en muntlig förhandling, vilken består av advokaternas »plaidoiries». Erfordras det någon bevisupptagning, sker denna på parts initiativ inför en för ändamålet förordnad domare innan den slutliga förhandlingen inför fullsuttan rätt.

Den franska civilprocessen brukar betecknas som formbunden. Även om densamma ej bygger på eventualprincipen, innehåller lagen dock ett stort antal bestämmelser, som avse att förhindra ett förhållande av rättegången. Men dessa spela ej

någon större roll, eftersom rätten brukar ingripa endast på yrkande av motparten och avouéerna äro mindre benägna att utnyttja en kollegas försummelse till att förskaffa sin klient någon processuell förmån.

En reformering av den franska civilprocessen har länge varit under debatt. Åren 1935 och 1944 ha också vissa partiella reformer kommit till stånd. Här skola vi endast beröra en av dessa, som uppenbarligen utformats efter utländska förebilder och vilken är av särskilt intresse i förevarande sammanhang. I varje mål förordnas »un juge chargé de suivre la procédure», som omhänderhar en »dossier», i vilka ett exemplar av parternas rättegångsskrifter och andra handlingar i målet skola deponeras. Den ifrågavarande domaren har till uppgift att övervaka målets beredande till huvudförhandlingen samt att till denna upprätta en rapport över parternas yrkanden, grunder och bevismedel. För att påskynda handläggningen kan han kalla avouéerna och, då sådana utsetts, advokaterna till överläggningar. Och han är befogad att — även ex officio — föranstalta om bevisupptagning. Något tvång kan han dock inte utöva på parternas ombud och ansvaret för att utredningen förs framåt åvilar sålunda fortfarande dessa. Trots detta borde reformen ha kunnat få ganska stor praktisk betydelse. Så har dock icke blivit fallet och detta förklaras åtminstone delvis av att domarna ej kunnat ägna tillräckligt av sin arbetstid åt de nya arbetsuppgifterna.

E. *Den tyska Zivilprozessordnung*³⁸

Den franska Code de procédure civile var under 1800-talet processen »på modet» och utgjorde förebild för de reformer, som genomfördes i andra länder. Särskilt blev så förhållandet i Tyskland, där man även hade erfarenhet av hur den franska rättsskipningen fungerade i praktiken. Napoleon hade nämligen infört fransk rätt i västra Rhenlandet och härmed hade man funnit sig så väl tillrätta, att den av erövraren påtvingade

³⁸ E n g e l m a n n s. 603 ff.

ordningen bibehölls efter befrielsen. Därtill kom att man i liberala kretsar var tilltalad av den franska processens offentlighet och fria bevisprövning samt av att parterna utövade det dominerande inflytandet i rättegången. Medan A.G.O. betraktades som ett utslag av den förhatliga absolutismen, framstod Code de procédure civile som »det fria borgerskapets process» och man såg i densamma en skapelse av den stora revolutionen. Som vi sett var detta visserligen en sanning med modifikation, men uppenbarligen harmonierade den franska civilprocessen bättre med den liberala trossatsen »laissez faire, laissez aller» än både den gemeinrättsliga och den preussiska processen. Man betraktade parterna som tvenne »rättskonkurrenter» och menade rättsskipningen bäst fylla sin uppgift, om varje part för sig finge så fritt som möjligt tillvarata sina intressen i processen.

I överensstämmelse med denna åskådning utformades ZPO, som år 1877 antogs av riksdagen i det nyskapade tyska kejsarriket — »in der letzten Blütezeit des extrem individualistischen Liberalismus».³⁹ Parternas processhandlingar dominera i denna processordning och rätten intar en tillbakadragen ställning under hela rättegången. »Reinhaltung des Richteramtes» var vid denna tid ett populärt slagord bland tyska jurister. Man menade därmed att domstolens verksamhet såvitt möjligt borde begränsas till bevisupptagning, bevisbedömning och rätts-tillämpning. Vad som skulle bli föremål för rättens prövning och hur handläggningen skulle organiseras borde i stort sett parterna bestämma. Man införde emellertid icke systemet med två slags advokater. Och processen var mera formbunden än den franska.⁴⁰

Liksom i fransk rätt bestod förfarandet av en förberedande skriftväxling och därpå följande muntlig förhandling. Bevisningen skulle emellertid upptas under denna. Muntlighetsprincipen tillämpades rigoröst. Däremot fanns inga garantier för att handläggningen kunde koncentreras till en enda eller några få förhandlingar. Något bevisinterlokut förekom icke och ej

³⁹ R ü m e l i n s. 8.

⁴⁰ R. S c h m i d t s. 128 f och d e B o o r s. 25 f.

heller tillämpades eventualprincipen. Käranden tilläts ändra talan, såvida svaranden gick med därpå, och dennes försenade åberopanden skulle avvisas endast under förutsättning att detta påyrkades av käranden och svaranden handlat svikligen eller av grov oaktsamhet.

Det dröjde inte länge förrän den nya processen utsattes för kritik. Man fann densamma alltför formalistisk och långsam. Och domstolarna anklagades för att ha utnyttjat förhandlingsprincipen som en »Ruhekissen des Richters». Alltsedan sekelskiftet har man försökt råda bot på dessa olägenheter genom partiella reformer av vilka de mest genomgripande äro från 1924 och 1933. Utmärkande för dessa ha varit att man minskat formsträngheten och parternas inflytande medan rättens processledning förstärkts. Antalet dispositiva regler har minskats medan de fakultativa ökat i antal. Som förebild för reformerna har framför allt den österrikiska civilprocessen tjänat.

F. *Den österrikiska Zivilprozessordnung*⁴¹

Under upplysningstiden genomfördes i Österrike en omfattande processreform. Denna byggde dock inte på några nya idéer som den samtida preussiska reformen. Rättegången var skriftlig och dominerades av parternas processhandlingar. För att dessa ej skulle missbruka sin maktställning tillämpades eventualprincipen och vidare hade man bibehållit det gemensamt rättsliga bevisinterlokutet.

Denna processordning ersattes 1895 med en ny (ÖZPO), vilken skulle få stor betydelse för den följande utvecklingen. Den österrikiska rätten kom att stå mönster för de senare reformerna av den tyska processen. Och detsamma gäller mer eller mindre alla andra processreformer i Europa under innevarande sekel, bl.a. även den svenska.⁴²

Att den österrikiska civilprocesslagen kunnat få denna be-

⁴¹ Engelm ann s. 628 ff, Schwartz s. 671 f och Troller s. 51 f.

⁴² Angående den österrikiska civilprocesslagens inflytande på dansk och norsk processlagstiftning se H. Munch-Petersen i Festschrift für Franz Klein (1914) s. 251.

tydelse sammanhänger säkerligen med att dess skapare, Franz Klein, hade en förunderlig skarpblick för processens samhällsfunktion och för betydelsen av att rättsskipningen organiseras i samklang med den för tillfället rådande samhällsåskådningen. »Der Individualismus hat allem Anscheine nach wieder seinen Höhepunkt überschritten, es hat sich gezeigt, dass, sobald die kulturelle Entwicklung über eine gewisse Stufe hinaus in die Weite und Tiefe wächst, durch die Summierung der Einzeltriebe allein für die individuellen Solidaritätsinteressen und für das Gedeihen des Ganzen nötige ordnende und leitende Energie nicht erzieht wird. Unter dieser Erkenntnis hat sich in der Gewerbe- und Handelspolitik und in den meisten übrigen Zweigen der Wirtschaftspolitik manches geändert, die Vertragsfreiheit und die Eigentumsbefugnisse haben Beschränkungen erfahren, eine ganze neue Kategorie staatlicher, behördlicher Einmischung in das Wirtschaftsleben, die autoritäre Sozialpolitik ist entstanden. Bei der jüngsten Neugestaltung des deutschen Rechtes haben dieselben Tendenzen im Bereiche des Privatrechts eine Kraftprobe im grösseren Stile geliefert, und schon das Streben, in den verschiedenen Schichten und Teilen ein gleiches Niveau herzustellen, das die Gesellschaft in immerwährender Bewegung hält, macht eine Fortsetzung dieser Entwicklung in das Gebiet des Prozesses wahrscheinlich.»⁴³

Från dessa utgångspunkter skapade Klein sin »sociala process», som framför allt utmärkes av att rätten har en långt mer vittgående processledning i formellt och materiellt avseende än enligt andra i slutet av 1800-talet gällande processordningar. Skillnaderna mellan ÖZPO och ZPO i dennas ursprungliga avfattning är härvidlag påfallande. Som exempel kan nämnas att medan enligt den senare parterna kunde överenskomma om att förlänga en frist eller framflytta en termin, det enligt den förra lagen ankommer på rätten att bestämma härom.⁴⁴ I ÖZPO § 128 st. 1 p. 2 heter det sålunda uttryckligen: »Eine Verlängerung von Fristen durch Überein-

⁴³ Klein: Zeit- und Geistesströmungen s. 27.

⁴⁴ ZPO §§ 202 och 205 jäfrt med ÖZPO §§ 128 och 134.

kommen der Parteien ist unzulässig.» Vidare må anföras att medan vittnesmål och editionsförelägganden enligt ZPO förutsatte yrkande av part, rätten enligt ÖZPO kan ex officio förordna om dylik bevisning, såvida ej båda parterna sätta sig däremot. Och domstolen skall fästa parternas uppmärksamhet vid rättsfakta och bevisning, som ej åberopats men som kan antas vara av relevans i målet.⁴⁵

I jämförelse med de flesta andra processordningar är den österrikiska föga formbunden. Eventualprincipen tillämpas icke och kåranden kan ändra sin talan såväl med svarandens som med rättens medgivande. Förberedelsen sker i princip genom skriftväxling, men vid behov kan rätten ersätta denna med muntlig förhandling. Koncentrationsgrundsatsen är icke strängt genomförd; domen får grundas även på vad som förekommit vid andra förhandlingar än den, vid vilken målet överlämnas till rättens avgörande.⁴⁶ Och under den muntliga handläggningen får man visserligen icke ingiva eller uppläsa några rättegångsskrifter, men ett åberopat skriftligt bevis utgör processmaterial även om det ej upplästs vid någon förhandling.⁴⁷

G. Den sovjetryska och den nationalsocialistiska civilprocessen

Under den första tiden efter den ryska revolutionen ansågo de k o m m u n i s t i s k a juristerna att civilprocessen var en kapitalistisk institution och såsom sådan dömd att försvinna. Denna uppfattning övergavs emellertid snart och 1923 tillkom en ny civilprocesslag för den ryska sovjetrepubliken (RZPO), vilken som bekant är den ledande inom Sovjetunionen.⁴⁸ Liknande lagar ha sedermera utfärdats i de övriga sovjetrepublikerna. Och i den mån man hunnit reformera civilprocessen

⁴⁵ Se Neumann s. 786.

⁴⁶ ÖZPO § 138 och 193 st. 2.

⁴⁷ ÖZPO § 177.

⁴⁸ Schultz s. 327 f, Berman s. 207 f och Gsovski I s. 233 f och 836 f. En engelsk översättning av den ryska civilprocesslagen i dennas lydelse den 1/7 1947 finns återgiven i Gsovski II s. 553 f.

i de folkdemokratier, som ej tillhöra USSR, präglas densamma av samma principer som den ryska. Som exempel kan nämnas en tjeckoslovakisk civilprocesslag av 1950 (TZPO) och en ungersk av 1952 (UZPO).⁴⁹ Kommunisterna fästa numera stort avseende vid rättsskipningen. Särskilt understryks dennas folkuppfostrande betydelse.⁵⁰

Enligt 1923 års civilprocesslag kunna parterna vara verk-samma i ungefär samma utsträckning som enligt västerländska processordningar. De ha tillfälle att utveckla sin talan och att förebringa bevisning. Däremot är rätten i långt mindre grad bunden av deras åtgöranden än vad som är fallet i västerlandet. Visserligen kan rätten icke ex officio uppta förmögenhetsrättsliga tvister.⁵¹ Men den är obunden av parternas yrkanden och åberopanden. Rätten kan tilldöma käranden mer än han yrkat, bortse från svarandens erkännanden och medgivanden samt t.o.m. förkasta en förlikning, som är till nackdel för den ekonomiskt svagare parten.⁵² Vidare kan den ex officio införskaffa bevisning och lagen förutsätter att den söker efter bästa förmåga utreda de förhållanden, som äro av relevans i målet.⁵³

Parterna ha ej något inflytande på utformningen av det processuella förfarandet. Detta är mycket formlöst. Rätten kan i hög grad gestalta rättegången efter omständigheterna i det enskilda fallet och ej heller parterna bindas av några tyngande formföreskrifter. Som exempel kan nämnas att det ej existerar

⁴⁹ I utrikesdepartementets arkiv finnas den förra lagen i engelsk översättning samt en sammanfattning på engelska av den senare lagen (akterna R 131 Ec och Eu).

⁵⁰ »By all their activities the courts shall educate the citizens of the USSR in the spirit of devotion to the motherland and the cause of socialism, in the spirit of strict and undeviating observance of Sovjet laws, of care for socialist property, of labor discipline, of honesty toward public and social duty, of respect for the rules of socialist commonlife» (artikel 3 i 1938 års lag om domstolarna; cit. efter Berman s. 212).

⁵¹ RZPO § 2. Däremot är allmänna åklagaren befogad ej blott att intervensera i tvistemål utan även att väcka talan angående enskildas angelägenheter, såvida detta motiveras av statens eller arbetarklassens intressen. Se även UZPO § 2 och TZPO § 6.

⁵² RZPO §§ 2, 5 och 179. Se även UZPO §§ 4 och 148 samt TZPO § 76.

⁵³ RZPO §§ 5, 118 och 140. Se även UZPO § 163 och TZPO § 88 st. 2.

något förbud mot att åberopa nya grunder och att ändra yrkanden.⁵⁴ Däremot kan rätten avvisa bevisning, som åberopas först vid huvudförhandlingen, såvida parten ej har något godtagbart skäl för sitt dröjsmål med bevisningens införande i målet.⁵⁵

Vi skola härafter med några ord beröra förhållandena i Tyskland under åren 1933—1945. Nationalsocialisterna planerade genomgripande förändringar av sitt lands rättsväsen. Detta skulle reformeras i nationalsocialistisk anda. »Der Gemeinschaftsgedanke» och »der Führergrundsatz» uppställdes som ledande rättsprinciper. Man hann dock endast med en del partiella reformer. Kriget fördröjde reformarbetet och nederlaget gjorde definitivt slut på detsamma.

Ej heller inom civilprocessen hann man realisera sina planer. Den år 1933 genomförda reformen byggde på ett förslag, som hade utarbetats under Weimarrepubliken. Men under 1930-talet och de första krigsåren fördes i de tyska tidskrifterna en mycket livlig debatt angående den tilltänkta civilprocessreformen.⁵⁶ Mycket olika meningar framfördes. En del äldre processualister försvarade den bestående ordningen. Och bland reformvännerna voro åsikterna delade om hur radikalt man borde gå fram.

Vad den nationalsocialistiska kritiken framför allt riktade sig mot var de begränsningar ZPO stadgade för rättens initiativ och handlingsfrihet. Förhandlingsmaximen karakteriserades som »eine getarnte, gegen den Richter gerichtete Kneblungsmaxime» och man uppställde krav på att domaren måtte tillerkännas »autoritäre Führung des Prozesses». Allmän enighet rådde om att rätten även i dispositiva mål borde vara förpliktad att ex officio komplettera den av parterna införda bevisningen, såvida denna befanns vara otillräcklig och annan bevisning stod att uppbringa. Vissa författare ville därjämte låta rätten beakta även andra rättsfakta än de som åberopats

⁵⁴ RZPO § 2. Se även UZPO § 146 och TZPO §§ 72 och 183.

⁵⁵ RZPO § 106.

⁵⁶ Se min uppsats i SvJT 1941 s. 106 f.

av part, samt bedöma parts erkännande på samma sätt som den tilltalades i brottmål. Enligt de mest radikala reformplanerna skulle civilprocessen omdanas till ett slags frivillig rättsvård. Civilmål skulle icke anhängiggöras genom stämning utan på samma sätt som vanliga ansökningsärenden. Svarandens medgivande skulle inte vara bindande och tredskodom ej få förekomma. Det i ärendet meddelade beslutet skulle vara gällande även mot tredjeman. I gengäld skulle rätten tillse att alla intressenter fingo tillfälle att yttra sig i ärendet.

Likheten mellan dessa reformförslag och den sovjetryska civilprocessen är påfallande. Visserligen finns det väl ingen anledning att anta någon påverkan från detta håll. Men nationalsocialisterna och kommunisterna ha ju en likartad uppfattning om förhållandet mellan individ och samhälle. Måhända utgör detta förklaringen till att även deras åsikter inom civilprocessen företer vissa överensstämmelser.

H. *Den svenska civilprocessen*⁵⁷

Av det föregående har framgått att under olika tider skilda uppfattningar gjort sig gällande om hur en god civilprocess bör vara beskaffad. Dessa skiftande åskådningar ha naturligtvis påverkat förhållandena även i vårt land. Men utvecklingen har här på det hela taget varit mera kontinuerlig än på kontinenten och rättsskipningen har sålunda mera sällan underkastats några radikala omdaningar.

Ännu på 1600-talet företedde den svenska underrättsprocessen ganska primitiva drag, vilket väl sammanhängde med att under de närmast föregående århundradena de sociala och ekonomiska förhållandena ej hade undergått så genomgripande förändringar som på kontinenten. Som exempel kan nämnas att det var först 1695 som bevisning genom edgårdsmän helt och hållet avskaffades.

1734 års lag medförde inga större förändringar inom den svenska rättsskipningen. Dess upphovsmän förefalla ha

⁵⁷ Angående äldre svensk rätt se särskilt M a t z s. 6—105.

varit främmande för tanken att lägga några allmänna principer till grund för utformningen av ÄRB och denna utgjorde på det hela taget endast en kodifikation av den domstolspraxis, som rådde i början av 1700-talet. Processen var föga formbunden. Det förefaller som man tänkt sig att såväl parterna som rätten skulle ha inflytande på rättegångens yttre gestaltande och processmaterialets införskaffande. Men lagens kasuistiska stadganden lämnar läsaren ofta i tvivelsmål om vilka uppgifter som härvidlag tillkommo det ena och andra processsubjektet. Samma regler gällde i stort sett för brott- och tvistemål, processen var muntlig, men kunde också organiseras som en skriftväxling, advokater voro tillåtna, men det rådde varken advokattvång eller advokatmonopol, rätten kunde ta aktiv del i utredningen, men det förefaller som man tänkt detta åtminstone väsentligen skulle ske genom uppmaningar och förelägganden till parterna. Slutligen må tilläggas att ÄRB ej byggde på eventualprincipen samt att det icke förekom något bevisinterlokut.

Om en dylik processordning fungerar väl eller illa beror helt på om man i praxis förmår anpassa densamma efter de för tillfället rådande förhållandena. Som helhetsomdöme kan man väl säga att det gick ganska bra på landsbygden och i småstäderna, där livsförhållandena ej undergingo så stora förändringar och där domarna intogo en patriarkalisk attityd till den rättssökande allmänheten. Sämre gick det i de större städerna. Här vann under adertonhundratalet skriftligheten alltmera insteg och uppskovsväsendet florerade. Rätten blev mera passiv utan att detta kompensrades av någon större driftighet från parternas sida. Advokatväsendet förblev ju länge utvecklats här i landet.

Delvis torde denna ogynnsamma utveckling ha berott på utländsk påverkan. Man tog under 1800-talet intryck av den på kontinenten härskande uppfattningen att rätten skulle inta en passiv attityd under rättegången. Domaren borde inte längre »rannsaka i tvistemål», som det hette i debatten rörande denna fråga. Visserligen inträdde en reaktion häremot vid sekelskiftet, som även den influerades av utländska förebilder. De

föreställningar, som präglade den österrikiska civilprocessen, gav i Sverige upphov till en rörelse, som under slagordet »processreform utan lagändring» sökte råda bot på de svåraste bristerna i vår dåtida civilrättsskipning.

Vad därefter angår vår gällande rättegångsbalk, är det påfallande hur vittgående befogenheter denna tillerkänner rätten. Härvidlag är skillnaden mellan RB samt domstolarnas praxis under 1800-talet och början av detta sekel påfallande. Lagen tillmäter icke parternas yrkanden någon utslagsgivande betydelse för utsättande av terminer och frister och detsamma gäller frågor om uppskov i målet. RB förefaller rent av innehålla färre dispositiva handlingsregler för rätten än ÖZPO. Som exempel kan nämnas att enligt den österrikiska lagen käranden kan ändra talan med svarandens medgivande samt parterna kunna överenskomma om vilandeförklaring av målet.⁵⁸ Påfallande är också den utsträckning i vilka dispositiva stadganden rörande förfarandet jämväl äro fakultativa. Rättsföljdens inträde göres beroende ej blott av parternas utan även av rättens samtycke.⁵⁹ Däremot äro dennas befogenheter med avseende på processmaterialet mera begränsade. I dispositiva mål äger rätten ej inkalla vittnen eller meddela editionsförelägganden. Och angående rättens materiella processledning under förberedelsen saknas bestämmelser. Det förefaller som man här följt traditionen från den gamla rättegångsbalken, vilken som vi sett i stor utsträckning överlät åt praxis att anpassa rättsskipningen efter de för tillfället rådande åskådningarna och förhållandena i samhället.

Själva förfarandet är enligt RB mera formbundet än enligt den gamla lagen. Men detsamma är också fallet i förhållande till exempelvis fransk och österrikisk rätt. Visserligen tillämpas icke eventualprincipen.⁶⁰ En part som haft skäl att anse sig vara tillräckligt betjänt med att endast åberopa visst rättsfaktum eller viss bevisning, kan vid behov komma med nya åberopanden i efterhand, ja detta är t.o.m. möjligt då dröjs-

⁵⁸ ÖZPO §§ 235 st. 2 och 168; jfr RB 13: 3 och 32: 5.

⁵⁹ Se t.ex. 17: 5 st. 2 p. 1, 42: 20 st. 2 och 50: 21 st. 2 och 3.

⁶⁰ Jfr ovan s. 169 not 27.

målet beror på hans försummelse.⁶¹ Förberedelsens muntlighet och rättens materiella processledning har tydligen ansetts utgöra tillräcklig garanti för processmaterialets klarläggande redan i början av rättegången. Men den vikt man fäst vid bevisomedelbarheten och den därav motiverade koncentrationen av huvudförhandlingen, har medfört ett flertal tvingande, obligatoriska stadganden i 42 och 43 kapitlet. Som exempel kan nämnas reglerna om rättegångens uppdelning i förberedelse och huvudförhandling, om att muntlig förberedelse har företräde framför skriftlig sådan, om det material, varpå domen får grundas, om förbudet mot ingivande och uppläsning av rättegångsskrifter samt om uppskov under huvudförhandlingen. I de kontinentala processordningarna äro motsvarande regler på det hela taget mindre rigorösa. Till detta förhållande få vi tillfälle att återkomma i den följande framställningen.

5. STRAFFPROCESSEN UNDER MEDELTIDEN OCH NYARE TIDEN

A. Den inkvisitoriska processen i Italien och Tyskland

Straffprocessen kom under medeltiden att utvecklas i en helt annan riktning än civilprocessen. Av det föregående har framgått att hur den senare än skiftat under olika tider och i olika länder, har den dock alltid varit organiserad som ett förfarande, där utöver rätten minst tvenne parter varit verk samma som processsubjekt. I motsats härtill har den kontinentala straffprocessen ända in på 1800- och 1900-talen varit inkvisitorisk, d.v.s. den har saknat kärandepart. Rätten har haft att besörja även de arbetsuppgifter, som i en ackusatorisk process ankomma på åklagaren.

Orsakerna till uppkomsten av den inkvisitoriska processen och anledningarna till dess vidmakthållande under så lång tid

⁶¹ Försummelsen kan dock påverka fördelningen av rättegångskostnader-na. Se 18: 6. För det fall parten handlat dolöst se 9: 3 och 43: 10.

skall här icke närmare beröras.⁶² Uppenbart är emellertid att åtalsrätten icke kunde i längden, såsom fallet var i den forn-germanska rätten, förbehållas målsäganden. Under mer komplicerade samhällsförhållanden kriminaliseras ett flertal handlingar, som ej riktar sig mot någon bestämd person. Men även vid brott, som medföra en personlig kränkning, kom incitamentet för målsäganden att åtala redan under medeltiden att försvagas. Den kristna livsåskådningen och ändrade samhällsförhållanden medförde att straffet ej på samma sätt som tidigare uppfattades som en upprättelse av den kränktes ära. Men vidare blevo straffen i stor utsträckning offentliga. Ett bifall till åtalet medförde icke längre någon ekonomisk vinning för målsäganden.

Under sådana omständigheter kunde straffrättsskipningen bli effektiv endast om det ålåg en myndighet att ta initiativ till lagföringen. Därmed var visserligen icke givet att denna måste vara just den domstol, som skulle dömma i målet. Men detta är dock den lösning på problemet som ligger närmast till hands. Den andra möjligheten — att uppdelat det allmännas uppgifter inom straffrättsskipningen på domstol och åklagare — är mera komplicerad och har dessutom något konstlat över sig. Man kan knappast tänka sig att rättegången ordnas på detta sätt, om icke den inkvisitoriska formen av någon anledning befunnits mindre tillfredsställande. Ett studium av det allmänna åtalets historia visar också att det till en början brukat vara icke processuella utan fiskaliska skäl som föranlett statsmakten att uppträda som kärandepart i vanliga brottmål. Från vår egen rättshistoria kan konungens andel i böter härvid anföras som exempel.

Även för utvecklingen inom straffprocessen fick den kanoniska rätten stor betydelse.⁶³ Under medeltiden utövade den katolska kyrkan en omfattande straffrättsskipning ej blott mot sina egna tjänare utan även mot lekmän. Till en början var denna process ackusatorisk, offentlig, muntlig och

⁶² Se R. Schmidt: Die Herkunft des Inquisitionsprocesses. I Festschrift der Universität Freiburg (1902).

⁶³ Glaser I s. 69 f, v. Hippel s. 20 f och Gerland s. 18 f.

omedelbar. Men så småningom förändrade den — under inflytande av den senromerska straffprocessen — karaktär. Då åtal ej fullföljdes med tillbörlig kraft, började de kyrkliga domstolarna uppta mål även på rykte om brott och på angivelse. Denna ordning godkändes på den fjärde Lateransynoden år 1215. I de fall, då åtal väckts, kom detta att få betydelse endast som initialakt; den åtalande deltog ej i utredningen under rättegången. Denna inleddes med en *inquisitio generalis* (*praeparatoria*), som övergick i en *inquisitio specialis* (*solennis*), då misstankarna riktade sig mot en bestämd person.⁶⁴ Även dennes aktivitet begränsades och tortyr började användas, särskilt mot kättare. Processen blev hemlig och till grund för målets avgörande lades protokollen över bevisupptagningen. Liksom i tvistemål anknöt man icke till den germanska utan till den romerska bevisrätten. Trots att den legala bevisteorien tillämpades även inom straffrättsskipningen, innebar detta ett stort framsteg i jämförelse med den germanska processen. Man åtnöjde sig icke med några formella bevisprestationer utan till rättegången hörde en undersökning av vad som förevarit. Det är på detta förhållande användningen av ordet »*inquisitio*» ursprungligen hänför sig. Som inkvisitoriskt betecknades under den äldre medeltiden varje förfarande som gick ut på en utforskning av sanningen.

Liksom den kanoniska civilprocessen kom den kanoniska straffprocessen att recipieras vid de världsliga domstolarna. I Italien var receptionen genomförd redan omkring år 1300 medan den nya ordningen först under senmedeltiden började tillämpas i Tyskland. Vad som i hög grad bidrog till receptionen i detta land var att Karl V:s »*Peinliche Halsgerichtsordnung*» av 1532 (*Constitutio Criminalis Carolina*) väsentligen byggde på kanonisk-italiensk rätt. I lagen framställs visserligen åtal som den ordinära initialakten, men det förutsätts inte att den åtalande utför någon verksamhet under processen. Och den muntliga och offentliga förhandling inför fullsutten rätt, varmed rättegången avslutades, var en

⁶⁴ Att rätten ledde även spaningen, sammanhängande med dåtidens primitiva polisorganisation.

formalitet. Tyngdpunkten i denna utgjordes av den hemliga bevisupptagningen, särskilt förhören med den misstänkte. Denna del av processen kom att omhänderhas av en ensamdomare, den s.k. inkvirenten. Bevismaterialet nedtecknades i ett protokoll som sedan lades till grund för domen i målet.

Till skydd för den misstänkte sökte man emellertid på olika sätt binda rättens verksamhet i processen och dess bedömande av processmaterialet. All bevisning skulle protokolleras och dess värde bedömas enligt legala regler. Detta innebar bl.a. att rätten ej kunde fälla på indicier, vilket i sin tur medförde att tortyren fick stor betydelse som bevismedel. Sådan fick användas först sedan den misstänkte haft möjlighet till motbevisning samt endast då det för hans skuld förelåg starka skäl, vilka dock icke voro tillräckliga enligt de legala bevisvärderelserna. Var rättsfrågan invecklad, skulle akten i målet sändas för yttrande till en högre domstol eller en juridisk fakultet. Denna s.k. »Aktenversendung», den omständliga proceduren jämte kravet på att bevisningen skulle protokolleras medförde att straffrättsskipningen fungerade mycket långsamt.

Försök att övervinna denna olägenhet resulterade emellertid i att förfarandet blir alltmera f o r m l ö s t.⁶⁵ Den senare delen av processen, inquisitio specialis, förlorar i betydelse. Tyngdpunkten kom att ligga på det förberedande förfarandet, som ej var närmare reglerat i lagen. Till denna utveckling bidrog även avskaffandet av tortyren.⁶⁶ Då man bibehöll den legala bevisteorien, framstod nämligen även efter denna reform erkännandet som »regina probationum». Kunde man ej förmå gärningsmannen att erkänna, gick denne ofta fri. Därför ansågs det nödvändigt att ge inkvirenten fullständigt fria händer vid utforskandet av sanningen. Den misstänkte berövades varje möjlighet till försvar, han hölls i okunnighet om vad som framkom under utredningen och han blev sålunda enbart ett objekt för inkvirentens undersökning. Ja, som ersättning för

⁶⁵ Eb. S c h m i d t: Geschichte s. 179.

⁶⁶ Preussen var härvid föregångslandet. Fredrik den store förbjöd användandet av tortyr fyra dagar efter sitt regeringstillträde år 1740.

tortyren utsattes han för särskilda straff, om han ljög eller på annat sätt försvårade utredningen. Trots detta visade det sig mången gång omöjligt att i mål, där rätten var övertygad om den misstänktes skuld, åstadkomma en bevisning som tillfredsställde den legala bevisteoriens krav. Man ansåg sig i sådana fall icke kunna tillerkänna en frikännande dom någon rättskraft (*absolutio ab instantia*) och vid viss ehuru otillräcklig bevisning för den misstänktes skuld, kunde denne dömas till lägre straff än brottet förskyllde (*poena extraordinaria*, *Verdachtstrafen*).

Detta system underkastades under den sista tiden av dess tillämpning vissa modifikation. I en del stater uppluckrades den legala bevisteorien såtillvida, att rätten kunde fria även vid en bevisning för den misstänktes skuld, som var tillräcklig enligt den legala bevisteorien. Förfarandet blev åter mera formbundet och på sina håll tilläts den misstänkte att ha försvarare. I allt väsentligt bibehöll emellertid den inkvisitoriska processen sin gamla struktur ända tills den avskaffades på mitten av 1800-talet.

B. *Den ackusatoriska processen i England och Frankrike*

För reformsträvandena under 1800-talet framstod den i Frankrike gällande straffprocessen⁶⁷ som förebildlig. I detta land hade utvecklingen länge förlöpt i liknande banor som i andra kontinentala länder. Under senmedeltiden kom sålunda den kanonisk-italienska processen att bli normerande. På 1600-talet företogs liksom inom civilprocessen ett omfattande lagstiftningsarbete. Detta resulterade i en »*Ordonnance sur la Procédure criminelle*» av 1670, som ännu var gällande då den stora revolutionen utbröt.

Emellertid uppvisar den franska straffprocessen vissa särdrag, som fingo betydelse för den följande utvecklingen. Redan under 1400-talet uppträdde »*les procureurs du roi*» som statliga åklagarmyndigheter. Åtal kunde väckas av en sådan åklagare lika väl som av målsäganden. Och även då rätten ex

⁶⁷ Glaser s. 145 f, Donnedieu de Vabres s. 579 f, Garraud I s. 41 f.

officio tog initiativet till rättegången, hade den förre rätt att yttra sig. Handläggningen var mera formbunden än t.ex. i Tyskland och den misstänkte hade vissa möjligheter att försvara sig. Innan den fullsuttna rätten tog del av handlingarna i målet, hade åklagaren och den misstänkte rätt att yttra sig skriftligen. Och handläggningen avslutades med att den misstänkte förhördes inför fullsutten rätt (l'interrogatoire sur la salette), varvid denne även kunde framföra motbevisning.

Detta innebar dock icke att den franska straffprocessen under l'ancien régime gav den misstänkte större trygghet än i andra kontinentala länder. I början av processen undanhöll man honom vad misstanken gällde, han hade ej rätt till biträde av försvarare och hans motbevisning upptogs i allmänhet på ett så sent stadium av processen, att rätten redan bildat sig en uppfattning av hans skuld. Den i Frankrike begagnade tortyren var inte mindre fruktansvärd än annorstädes. Straffprocessen var också en av de samhällsinstitutioner, som utsattes för den hårdaste kritiken från upplysningsfilosofernas sida. För dessa framstod i stället den engelska straffprocessen som förebildlig. »En France, le Code criminel paraît dirigé pour la perte des citoyens; en Angleterre, pour leur sauvegarde», sade Voltaire.

I England⁶⁸ hade det kanonisk-italienska inflytandet varit betydligt svagare än på kontinenten och rättsskipningen kom att bevara vissa drag, som utmärkte den forngermanska processen. Skillnaden mellan brottmål och tvistemål var mindre påfallande och parternas aktivitet dominerade i rättegången, oavsett vad denna rörde sig om.

Att vissa germanska rättstraditioner vidmakthöllos i England berodde framför allt på jury systemet. Under medeltiden ingick ett lekmannaelement även i de kontinentala domstolarna. Men detta försvann så småningom. Receptionen av främmande rätt försvårade lekmännens deltagande i rättsskipningen. I England utvecklades däremot den inhemska

⁶⁸ Stephen I—III, R. Schmidt s. 118 ff och Petersen s. 97 f.

rätten kontinuerligt utan någon starkare påverkan utifrån.

För juryinstitutionens tillkomst synes den frankiska rätten — som normannerna förde med sig till England — ha varit av betydelse. I frankisk rätt förekom nämligen lekmannanämnder, som tillsattes för att utreda sakläget i rättstvister. Juryn var ursprungligen ett med partsed, ordalier och tvekamp konkurrerande bevismedel och jurymännen valdes bland dem som kände till vad som förevarit mellan parterna. I början av nyare tiden hade juryn emellertid blivit en del av domstolen; bevisningen upptogs i dess närvaro och bedömdes av jurymännen. Utvecklingen var sålunda likartad den som vi känna från den svenska nämndens historia.

Genom att juryn intog en central ställning i den engelska processen, kom rättegångens offentlighet, muntlighet och omedelbarhet att vidmakthållas. Och straffprocessen förblev ackusatorisk. Men att juryn blev en ordinarie del av domstolen medförde också att den primitiva germanska bevisrätten ersattes med ett system, enligt vilket vardera parten bereddes tillfälle att med tillgängliga bevis försöka övertyga juryn om riktigheten i dess påståenden. Utredningen av vad som faktiskt förevarit kom att i den engelska processen spela lika stor roll som i den kanoniska. Ja, den gick ett steg längre genom att acceptera den fria bevisvärderingens princip. Den kanoniska rättens invecklade bevisvärderingsregler kunde man inte förstå någon lekmannajury att tillämpa. Däremot utvecklades det säregna system av jävsregler (*inadmissibility*), vilka till stor del kvarstå även i gällande engelsk rätt. Härigenom ville man uppnå att särskilt svårbedömbart bevisning undanhölls den osakkunniga juryn.

Numera begagnas jury praktiskt taget bara i brottmål, men förr var sådan vanligt förekommande även i tvistemål. Detta medförde att »the trial» tedde sig ganska likartad i mål av båda slagen. Då avgörandet av sakfrågan helt ankom på jurymännen men dessa voro såväl oförmögna som obenägna att ta aktiv del i utredningen, blev målets utgång oftast beroende av vilken part som kunde åvägabringa den mest övertygande bevisningen. Härigenom kommo parternas aktivitet att dominera

i processen.⁶⁹ De anlidade rättskunniga ombud och liksom i Frankrike omhänderhades målets beredande samt talans utförande vid huvudförhandlingen av ombud av olika slag (solicitors och barristers). Vad som skulle försiggå under denna senare del av processen var i detalj reglerat, men parterna besvärades dock icke av några tyngande formföreskrifter. Domarens uppgift begränsade sig till att övervaka de processuella reglernas iakttagande samt att avgöra rättsfrågan i målet.⁷⁰ Partsombuden förhörde vittnena och så småningom utvecklades den korsförhörsteknik, som är så utmärkande för engelsk rättsskipning. Korsförhöret skulle underlätta för den osakkunniga juryn att riktigt värdera vittnesutsagorna.

Jurysystemet medförde att målen måste på något sätt beredas, innan bevisningen underställdes juryns bedömande. Vad först angår tvistemålen blev förberedelsen i dessa så småningom skriftlig och rätten avhöll sig från all processledande verksamhet.⁷¹ I stället var denna del av rättegången strängt formbunden och blev under nyare tiden utomordentligt invecklad. »The pleading» var en hel vetenskap, som en solicitor måste behärska. Åberopanden av olika slags rättsfakta skulle framställas på skilda stadier av förberedelsen och en försummelse härav ledde till preklusion, om motparten påtalade förhållandet. Mot slutet av 1800-talet omdanades denna del av processen högst väsentligt. Många av de gamla formbestämmelserna avskaffades eller förenklades. Istället tillades rätten mycket vittgående processledande befogenheter.⁷² Det är påfallande i vilken utsträckning reglerna rörande förfarandet i gällande engelska processlagar äro tvingande och fakultativa. Vidare kan rätten i viss utsträckning ex officio införa nya rättsfakta i målet.⁷³ Mer begränsat är dess inflytan-

⁶⁹ Ännu på 1600-talet hade dock den tilltalade i grövre brottmål ingen rätt att föra motbevisning och anlita försvarare. Se Stephen I s. 350.

⁷⁰ I brottmål säges domaren dock böra fungera även som »the counsel of the prisoner» och övervaka att dennes lagliga intressen tillgodoses.

⁷¹ Engelmann s. 19 f, 34 f och 60 f, Millar s. 31 f samt Pollock s. 32 f och 73 f.

⁷² Engelmann s. 20 f och 26 f.

⁷³ A.a. s. 21.

de i vad angår bevisningen. Enligt engelsk rätt behöva parterna inte uppgiva sin bevisning förrän vid huvudförhandlingen («evidence shall never be pleaded»).

Ett säreget inslag i den engelska civilprocessen utgjorde förr i tiden rättsskipningen vid »Chancery court». En del av de där tillämpade processreglerna hade övertagits från kanonisk rätt, vilket sammanhängde med att lordkanslern under medeltiden brukade vara en hög prelat. Någon jury förekom icke och processen var helt skriftlig. Den var icke så formbunden som vid de domstolar, vilka tillämpade common law, och rätten utövade en viss processledning. Dessa särdrag modifierades emellertid under nyare tiden och proceduren vid »the court of Chancery» fick rykte om sig att vara både omständlig och långsam. Domstolen var i början av 1800-talet den engelska rättsskipningens sorgebarn och dess verksamhet utsattes för samhällskritikernas ironiska och hånfulla kommentarer.

Vad därefter angår *b r o t t m å l e n s* beredande till huvudförhandlingen, medförde den engelska åtalsrättens säregna utformning att detta blev ett svårlöst problem. Enligt engelsk rättsåskådning har endast staten rätt att väcka åtal (plea of the crown), men trots detta förekomma statsanställda åklagare endast i mycket ringa omfattning. Varje medborgare är berättigad att utöva kronans åtalsrätt (actio popularis). Att detta system över huvud taget kan fungera, sammanhänger med att polisen tar hand om utredningen och med att den åtalande erhåller rättegångsombud på det allmännas bekostnad. I praktiken behöver en åtalande privatperson sålunda icke vara mera aktiv i processen än en angivare. Dessutom kan naturligtvis även polisen utnyttja den åtalsrätt, som tillkommer dess tjänstemän lika väl som alla andra engelska medborgare.

Även rättens andel i målens beredande skiljer sig från den på kontinenten tillämpade ordningen. Åtalsfrågan bedöms av en eller två domare, vilka inte alls delta i utredningen. Vid en offentlig förhandling får den åtalande parten framlägga sin bevisning. Den tilltalade kan låta sig höras och framlägga motbevisning. Men det står honom fritt att förhålla sig helt passiv

och spara sitt försvar till en eventuell huvudförhandling. Sedan vittnena korsförhörts och annan bevisning upptagits, avgör domaren om det föreligger tillräckliga skäl att hänvisa målet till huvudförhandling.

Annorlunda var denna prövning ordnad ännu i början av 1800-talet. Den misstänkte inställdes då inför en fredsdomare vilken fungerade som undersökningsledare. Denne tog aktiv del i utredningen och förfarandet erinrade om den inkvisitoriska processen på kontinenten, ehuru tortyr ej fick komma till användning.⁷⁴ Fann fredsdomaren tillräckliga skäl för åtal, underkastades denna fråga ytterligare prövning av en särskild åtalsjury (grand jury). Inför denna förekom ingen förhandling utan juryn tog endast del av den åtalandes bevisning. Fann även åtalsjuryn tillräckliga skäl föreligga för åtal, hänvisades målet till »trial», där skuldfrågan avgjordes av en jury med annan sammansättning, den s.k. »petty jury». Systemet med åtalsjury avskaffades i England 1933, men det förekommer ännu i U.S.A.

Av det föregående har framgått hur den straffprocess var organiserad som de franska upplysningsfilosoferna funno fördömlig. Det var också denna, som under den stora revolutionen kom att stå som mönster för reformarbetet. Den engelska straffprocessen recipierades i väsentliga delar. Man införde *actio popularis*, förberedande förhör inför en fredsdomare, åtalsjury samt en offentlig huvudförhandling, där skuldfrågan skulle bedömas av en annan jury i överensstämmelse med den fria bevisvärderingens princip.

Den nya ordningen fungerade illa. Reaktionen kom snabbt och kulminerade i *Code d'instruction criminelle* av 1808. Denna utgör en kompromiss mellan processen under l'ancien régime och det engelska systemet. Åtalsjuryn avskaffades och frågan om bevisningen var tillräcklig för målets upptagande till huvudförhandling överläts åt en *undersökningsdomare* (juge d'instruction). Då endast denne kan besluta om tvångsmedel, får han ofta överta undersökningen

⁷⁴ Stephen I s. 216 f och Orfield s. 53 f.

utan att det tidigare skett någon grundligare polisutredning. Undersökningsdomarens handläggning av målet liknade i hög grad den tidigare delen av inquisitio specialis under l'ancien régime. Visserligen tas initiativet till förundersökningen av åklagaren och någon tortyr är icke tillåten. Men åklagaren för ingen talan utan det är undersökningsdomaren, som förhör den misstänkte, upptar annan bevisning och beslutar om komplettering av bevismaterialet. Detta protokolleras och undersökningsdomaren fattar sin ståndpunkt på grundval av protokollets innehåll. Förfarandet är hemligt, den misstänkte saknar försvarare, får icke vara närvarande under vittnesförhören, och behöver ej underrättas om vad som framkommer under utredningen. Däremot kan åklagaren i detalj följa undersökningsdomarens verksamhet och innan förundersökningen avslutas har han tillfälle att framföra sin uppfattning i åtalsfrågan.

Systemet med undersökningsdomare motiverades av hänsyn till den misstänktes trygghet. Alternativet var att låta åklagaren leda förundersökningen. Man ansåg risk föreligga att den som hade att utföra åtalet ej skulle vara tillräckligt objektiv vid bevismaterialets införskaffande och åtalsfrågans bedömande. Å andra sidan fann man det nödvändigt att ge den misstänkte ställning av ett rent undersökningsobjekt under förundersökningen. Att denne redan från början kunde sörja för sitt försvar, skulle ge en nekande gärningsman alltför stor chans att undgå bestraffning. Denna uppfattning har sedermera icke vidmakthållits. Genom upprepade reformer har den misstänkte erhållit alltmera vittgående befogenheter under förundersökningen.

Vad därefter angår huvudförhandlingen må uppmärksammas att rättens ordförande tar en mera aktiv del däri än enligt engelsk rätt. Det är denne som förhör den tilltalade och inkallade vittnen. Åklagarens och försvararens verksamhet är väsentligen begränsad till den plädering som följer på bevisupptagningen.

I ett avseende innehöll »Code d'instruction criminelle» en originell nyskapelse, churu man även härvidlag kunde anknyta

till traditionen från l'ancien régime. Actio popularis ersattes med offentligt åtal, utövat av statsanställda åklagare, vilka skulle tillhöra en hierarkiskt organiserad kår (le ministère public). Denna ordning, som recipierades i de flesta europeiska länder, kom att i hög grad underlätta övergången från inkvisitorisk till ackusatorisk process. Genom införandet av en särskild åklagarmyndighet hade man fått garanti för att ansvarstalan fördes med tillhörig energi i brottmål, något som i sin tur möjliggjorde att den domstol, som dömde i målet, kunde förhålla sig ungefär lika passiv som rätten i ett tvistemål. Det fanns ju en annan myndighet, som sörjde för utredningen och dennas framläggande inför rätta. Därtill kom att man först härigenom fann möjlighet att tillerkänna den misstänkte ungefär samma befogenheter som en svarandepart i ett tvistemål. Att infoga ett effektivt försvar i en inkvisitorisk process vållar stora svårigheter. Det låter sig inte göra att låta den misstänkte uppträda som motpart till domstolen. Denna kommer härvid i en motsatsställning till den misstänkte, vilket kan påverka dess objektivitet.

C. Den svenska straffprocessen

Som tidigare påpekats kom »Code d'instruction criminelle» att begagnas som förebild vid införandet av ackusatorisk straffprocess i andra europeiska länder. Och här har liksom i Frankrike den misstänkte under innevarande sekel tillerkänts ökade befogenheter vid förundersökningen. Det skulle dock föra för långt att redogöra för dessa processordningar och vi få därför åtnöja oss med att beröra utvecklingen i vårt eget land, som även på detta område uppvisar en del säregna drag.⁷⁵

⁷⁵ I det nationalsocialistiska Tyskland framfördes förslag om att reformera straffprocessen i inkvisitorisk riktning. Efter förundersökningen, som skulle omhändertas av åklagaren, tänkte man sig en offentlig och omedelbar huvudförhandling, där åklagaren ej skulle föra någon talan och den misstänkte ha ställning av undersökningsobjekt. I ett av en stat-

Liksom i England kunde den germanska traditionen hävda sig bättre här i landet än på kontinenten. Handläggningen av brottmål och tvistemål har varit mera överensstämmande och domstolarna ha endast under vissa tider och i mycket begränsad omfattning upptagit brottmål ex officio. Å andra sidan har den svenske brottmålsdomaren, sedan processen blivit ackusatorisk på kontinenten, framstått som mer aktivt verksam än sina utländska kollegor. En väsentlig anledning härtill var den bristfälliga organisationen av kriminalpolisen och åklagarväsendet. Man kunde ej lita på att den av åklagaren förebragta utredningen var fullständig och åklagarna utövade ej heller någon större aktivitet under rättens sammanträden. Dessa gestaltade sig som en »rannsaking», där rättens ordförande förhörde den tilltalade och vittnena samt förordnade om komplettering av utredningen.

Enligt den efter processreformen tillämpade ordningen intar rätten en mer passiv hållning. En förutsättning härför har varit att åklagarna blivit mer kompetenta att sköta sina uppgifter och att de tilltalade vid behov erhålla rättskunniga försvarare. Systemet med undersökningsdomare har ej införts, utan åklagaren handhar hela förundersökningen. Denna är alltså »inkvisitoriskt» organiserad, ehuru den misstänkte har vissa »partsrättigheter» och avgörandet av en del frågor överlämnats åt rätten. Vidare må uppmärksammas att det är åkla-

lig kommitté år 1936 avgivet förslag avvisades emellertid denna lösning på problemet och föreslogs att den ackusatoriska processformen skulle bibehållas. Ja, man ville rent av avskaffa vissa inkvisitoriska moment i StPO. Systemet med undersökningsdomare skulle upphöra och förundersökningen organiseras ungefär som enligt gällande svensk rätt. Vidare ville man avskaffa den prövning, som rätten enligt StPO skall innan huvudförhandlingen underkasta frågan, om det föreligger tillräckliga skäl för åtal (se Gallas i ZStW 58 [1939] s. 624 f). — Ett härom erinrande förslag har framlagts i Frankrike efter kriget. Även enligt detta skulle förundersökningen ledas av åklagaren. Undersökningsdomaren skulle endast avgöra vissa frågor om tvångsmedel o.dyl. samt bedöma åtalsfrågan på grundval av det under förundersökningen frambragta bevismaterialet (se Donnedieu de Vabres i Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé 1949 s. 499 f). Det verkar sålunda som om systemet med undersökningsdomare sett sina bästa dagar.

garen och icke domstolen som avgör om bevisningen är tillräcklig för målets upptagande till huvudförhandling. Sedan åtalet väckts, vidtar en av rätten ledd förberedelse, som man dock med hänsyn till den föregående förundersökningen ansett sig kunna göra mindre ingående än i tvistemål. Den följande huvudförhandlingen är muntlig, koncentrerad och omedelbar.

Bortser man från förundersökningen, är likheten med den i tvistemål tillämpade ordningen påfallande. Man kan inte säga att rätten typiskt sett uppträder mera aktivt i brottmål än i tvistemål. Vid huvudförhandlingen är det åklagaren och försvararen som förhör vittnena. Och visserligen kunde man av lagen få det intrycket att förhöret med den tilltalade skall ledas av rättens ordförande. Men om den tilltalade utsätts för något regelrätt förhör, är det brukligt att han utfrågas av åklagaren och försvararen. Vidare är rätten såtillvida bunden av åtalet, att den ej får döma över någon annan gärning än den som åtalet avser. Denna princip tillämpas i praxis mera rigoröst än vad fallet är på de flesta håll utomlands. Och visserligen kan rätten ex officio införskaffa bevisning, föranstalta om tvångsmedel och meddela åklagaren föreläggande att fullständiga förundersökningen, men sådana initiativ torde nästan undantagslöst grundas på en genomläsning av förundersökningsprotokollet eller på någon uppgift, som givits vid huvudförhandlingen. Att rätten aktivt efterforskar nya bevis torde vara mycket sällsynt. Och över huvud taget utövar denna sina befogenheter s.a.s. i efterhand, genom att komplettera det av åklagaren och försvararen förebragta materialet.

Rätten skall ex officio beakta grunder för brottslighetens och straffbarhetens bortfallande och är obunden av parternas yrkanden angående påföljdens art och intensitet. I och för sig utgör detta visserligen intet skäl för att parternas aktivitet skulle vara mer begränsad rörande påföljdsfrågan än då det gäller skuldfrågan. Men i praktiken är dock så förhållandet. Materialet för den förras bedömande — t.ex. utlåtanden över personundersökning eller sinnesundersökning — införskaffas i regel ex officio. Och visserligen bruka åklagaren och särskilt försvararen beröra denna fråga i sin plädering. Men det finns

ingen garanti för att parterna få del av de ifrågavarande utlåtandena i god tid före huvudförhandlingen. Och skulle den tilltalade förneka vissa uppgifter som lämnas t.ex. i utlåtandet över personundersökningen, torde detta sällan föranleda någon utredning angående uppgifternas sanningsenlighet.

D. *Straffprocessen enligt »La difesa sociale»*

Att olika principer tillämpas för handläggningen av skuldfrågan och av påföljdsfrågan kan väcka förvåning. Varför skall den förra utredas främst genom parternas och den senare främst genom rättens aktivitet? Möjligen är denna skillnad historiskt betingad. Då man hade fixa straff, avgjordes påföljdsfrågan enbart genom rättstillämpning. Och visserligen inträdde en förändring härutinnan, då rätten skulle utmäta straff inom en latitud. Men försvårande och förmildrande omständigheter bli väl i allmänhet tillräckligt belysta genom utredningen av själva brottet. Hela problemet synes ha fått aktualitet först genom införandet av villkorlig dom och de olika individualpreventiva påföljder, som äro alternativa med straff. För att kunna bedöma om någon dylik påföljd bör komma till användning, måste rätten ha ett rikhaltigt material rörande den tilltalades person och levnadsomständigheter, vilket i stort sett saknar betydelse för avgörandet av skuldfrågan. Detta förhållande kunde tas till intäkt för att utredningen av påföljdsfrågan borde i högre grad anförtros parterna än som för närvarande är fallet. Mig veterligt har emellertid detta icke gjorts gällande. Tvärtom förefaller utvecklingen gå i motsatt riktning.

Att brottspåföljderna helt borde utformas efter individualpreventiva synpunkter är ju en idé, som framför allt förfäktats av den s.k. positiva skolan. Dennas anhängare ha även intresserat sig för reformfrågor inom straffprocessen.⁷⁶ Hur de ville modifiera den gällande ordningen skola vi dock icke gå in på. För närvarande förefaller nämligen en efterföljare till

⁷⁶ Se t. ex. Ferri s. 431 f.

den positiva skolan ha fått större inflytande än denna. Jag tänker på »La difesa sociale», en rörelse som startats av den italienske advokaten Gramatica. Visserligen föreligger det vissa åsiktsskillnader mellan de båda skolorna, men dessa äro av mindre intresse i förevarande sammanhang.⁷⁷ Åtminstone då det gäller grövre brott bör nämligen även enligt »La difesa sociale» påföljden i det enskilda fallet ej avpassas efter brottets grovhet utan utformas på sådant sätt att den bäst bidrar till den ifrågavarande gärningsmannens »resocialisering».

Inom »La difesa sociale» har man visat stort intresse för en genomgripande omdaning av straffprocessen, ehuru något program härför ännu icke utarbetats. Vad man har att hålla sig till är därför endast en del uttalanden i böcker och tidskriftsartiklar,⁷⁸ vilkas författare anslutit sig till den ifrågavarande rörelsen. Jag skall i det följande redogöra för några av de viktigaste tankegångarna i denna litteratur, vilka äro av intresse i detta sammanhang. Det bör emellertid förutskickas att i vissa frågor meningarna äro delade samt att de uttalanden, det är fråga om, kunna vara ganska allmänt och vagt formulerade.

Då det gäller handläggningen av skuldfrågan förefaller man på det hela taget acceptera den rådande ordningen.⁷⁹ Man drar sålunda icke den slutsatsen av sin individualpreventiva grundåskådning att straffrättsliga påföljder få tillgripas även mot personer, vilkas farlighet manifesterat sig på annat sätt än genom begångna brott. Och visserligen ha röster höjts för att handläggningen av skuldfrågan skulle vara hemlig och lekmanneelementet inom straffrättsskipningen avskaffas.⁸⁰ Men

⁷⁷ Se Strahl i SvJT 1955 s. 28 f och Ancel i NTK 43 (1955) s. 99 f.

⁷⁸ Ancel: Le procès pénal s. 17 f och La défense sociale s. 135 f, Ancel—Herzog s. 135 f, 273 f och 399 f, Graven i Schweizerisches Zeitschrift für Strafrecht 65 (1950) s. 82 f samt Versele i Revue de Droit pénal et de Criminologie 28 (1947—1948) s. 440 f, i Rivista di Difesa sociale 5 (1951) s. 58 f och i Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé 1952 s. 567.

⁷⁹ Se t.ex. Ancel—Herzog s. 405 f.

⁸⁰ Se Versele i Revue de sc. crim. 1952 s. 578 och Graven s. 89 f och 180 f.

detta förefaller inte vara några mera allmänt omfattade åsikter.

Däremot synes enighet råda om att handläggningen av påföljdsfrågan bör reformeras. Som mönster härför uppställa vissa författare förfarandet vid de ungdomsdomstolar, som finnas inrättade på olika håll utomlands. Detta brukar nämligen vara mindre formbundet och även i övrigt mer eller mindre avvikande från förhållandena inom den ordinära straffrättsskipningen.⁸¹ Röster ha också höjts för att påföljdsfrågan skall handläggas av en administrativ myndighet eller att åklagaren och försvararen under denna del av processen skola ersättas av personer med läkar- eller socialvårdsutbildning.⁸²

I allmänhet är man emellertid icke så radikal. Men man understryker att rätten bör leda utredningen av den misstänktes person och levnadsomständigheter.⁸³ Ur denna synpunkt ansluter man sig till systemet med undersökningsdomare, vilket annars blivit ganska kritiserat i våra dagar.⁸⁴ Ja, då undersökningsdomaren har den bästa kännedomen om den misstänktes person, anses han böra delta även i målets avgörande.⁸⁵ Vidare vill man modifiera åklagarens och försvararens ställning i processen. Dessa böra vara rättens medhjälpare i den »vetenskapliga» undersökning av den misstänktes person, vilken skall läggas till grund för bedömandet av påföljdsfrågan.⁸⁶ Försvararen skall inte yrka på att ingreppet blir så lindrigt som möjligt utan har att förorda den påföljd, som enligt hans uppfattning säkrast »resocialiserar» den tilltalade.⁸⁷ I samband härmed förtjänar det uppmärksammas att rätten

⁸¹ Ancel—Herzog s. 278, Ancel s. 140, Ancel: *Le procès pénal* s. 23 och Graven s. 197.

⁸² Se Versele i *Revue de sc. crim.* 1952 s. 578 och 580 samt Ancel: *Le procès pénal* s. 25.

⁸³ Ancel—Herzog s. 404 f och Versele i *Revue de droit pénal* 1947—48 s. 449.

⁸⁴ Se ovan s. 198 not 75.

⁸⁵ Graven s. 179 och Ancel s. 140.

⁸⁶ Graven s. 172 och 183 f och Ancel—Herzog s. 281 f.

⁸⁷ Ancel—Herzog s. 158.

icke blott skall kunna förordna om handläggning inom lyckta dörrar utan även hindra den tilltalade att ta del av bevismateriet i påföljdsfrågan, såvida hans kännedom härom kan väntas inverka deprimerande på honom eller på annat sätt motverka hans resocialisering.⁸⁸

Försvararen anses emellertid alltfört ha en viktig uppgift att fylla inom utredningen av påföljdsfrågan och man vill på olika sätt aktivera hans deltagande häri. Han tillerkännes rätt att följa den av undersökningsdomaren ledda personundersökningen och ta aktiv del däri.⁸⁹ Vidare skola åklagaren och försvararen i god tid delges redogörelsen för undersökningens resultat. Och har rätten förordnat om läkarundersökning, skall den misstänkte kunna utse ytterligare en läkare och rätten sedan höra de båda läkarna mot varandra.⁹⁰

Invändningen att ett »teamwork», en »collaboration» mellan rätten, åklagaren och försvararen ändock skulle medföra risker för den misstänktes trygghet, bemöts med påståendet att det i den »sociala» straffprocess, som man vill förverkliga, ej kommer att föreligga någon intressemotsättning mellan det allmänna och gärningsmannen. Även den senare skulle ha intresse av att så verksamma medel som möjligt kommo till användning för hans »resocialisering».⁹¹ Detta tror jag såtillvida är illusion som gärningsmannen i allmänhet kommer att visa sig mer intresserad av att de ingrepp, för vilka han utsättes, bli lindriga än att de bli effektiva. Men tydligen anser man reaktionssystemets ändrade karaktär motivera att straffprocessen göres mindre formbunden⁹² och på vissa punkter modifieras i »inkvisitorisk» riktning, ehuru syftet är ett helt annat än det som uppbar den gamla inkvisitionsprocessen.

⁸⁸ Versèle i Rivista 1951 s. 79, Ancel s. 140 f, Ancel—Herzog s. 156 och Versèle i Revue de sc. crim. 1952 s. 574 och 581. Versèle understryker att försvararen »ne serait simplement un conseil, mais un véritable tuteur, un représentant légal» (Rivista 1951 s. 80).

⁸⁹ Versèle i Revue de sc. crim. 1952 s. 586.

⁹⁰ Versèle i Rivista 1951 s. 80 och Ancel—Herzog s. 155.

⁹¹ Ancel—Herzog s. 406 f.

⁹² Versèle i Revue de sc. crim. s. 577.

Denna motiverades med att skuldfrågan bäst utreddes genom en av rätten ledd undersökning. Nu är däremot motivet att en sådan är lämplig för utredningen av påföljdsfrågan. Måhända är det bl.a. detta Ancel haft i tankarna, då han angående den »sociala» straffprocessen fäller följande — åtminstone vid första påseende — egendomliga påstående: »Dans une telle procédure ou dans une procédure animée d'un tel esprit, on peut même dire que la vieille opposition de la procédure inquisitoire et la procédure accusatoire perd à peu près toute signification.»⁹³

Flera av de här berörda författarna säga handläggningen av påföljdsfrågan höra ske liksom på en »juridisk klinik». Det är väl också sannolikt att ej blott förhållandena vid ungdomsdomstolarna utan även inom sjuk- och socialvården tjänat som förebilder för deras förslag. Även här förekomma ju allvarliga ingrepp i en medborgares liv, t.ex. tvångsintagning för vård på en anstalt. Men ändock brukar inte frågor härom handläggas efter samma principer som i en straffprocess. Endera är förfarandet rent inkvisitoriskt — som t.ex. enligt den svenska sinnessjuklagen — eller ock är detsamma organiserat som en förvaltningsprocess, där parternas verksamhet icke är lika dominerande som inom straffrättsskipningen. Som exempel kan nämnas länsstyrelsernas handläggning av ärenden om intagning på alkoholistanstalt.

Det kan väl inte heller förnekas att en ackusatorisk handläggning är lättare att genomföra med avseende på skuldfrågan än rörande påföljdsfrågan. Att det material, som redovisas efter en personundersökning, skulle införskaffas av parterna och bli föremål för kontradiktorisk handläggning, komme säkerligen att i hög grad förlänga processerna. Och skall det vara någon mening med en debatt mellan åklagare och försvarare angående tillförlitligheten av ett utlåtande rörande den tilltalades sinnesbeskaffenhet, måste dessa äga viss psykiatrisk och psykologisk skolning. Å andra sidan är det säkerligen möjligt att organisera en straffprocess, i vilken parterna

⁹³ Ancel s. 141.

äro lika aktivt verksamma rörande påföljdsfrågan som med avseende på skuldfrågan samt där dessa även rörande den förra tillvarata mot varandra stridiga intressen. Huruvida den tilltalades trygghet under handläggningen av den förra frågan skall tillgodoses på detta eller något annat sätt synes mig vara det för närvarande mest brännande spörsmålet inom modern straffprocess.⁹⁴

⁹⁴ Jfr min uppsats »Mellandom i brottmål» i SvJT 1954 s. 67 f.

IV. ALLMÄNNA PROCESSPRINCIPER RÖRANDE RÄTTENS OCH PARTERNAS INFLYTANDE I RÄTTEGÅNGEN

1. ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER OCH SUGGESTIVA SLAGORD

Uppställandet av allmänna rättsprinciper har spelat och spelar fortfarande stor roll inom rättsvetenskapen. Att så måste vara fallet med den naturrättsligt inriktade doktrinen är uppenbart. I förhållande till den positiva rätten framstå naturrättens regler som allmänna rättsprinciper. Mera anmärkningsvärt är att många rättsvetenskapsmän, som ta avstånd från naturrätten, i utformandet av sådana principer se en av sina viktigaste arbetsuppgifter. Vid ett besök i England för några år sedan sammanträffade jag med en av detta lands främsta rättsvetenskapsmän. Denne frågade mig i vilket ämne jag var professor. Då han fått veta detta, utbrast han: »A rather dull subject, isn't it?» Något pikerad frågade jag honom varför han ansåg det. Hans svar blev: »In procedure you have no broad principles of law.»

Men vad är det då som betecknas som »allmänna rättsprinciper»? Äro dessa gällande rättsregler eller någonting annat? Härvidlag må först uppmärksammas att det finns lagstadganden, som anses återge allmänna rättsprinciper. Som exempel kan nämnas stadgandena i 5:1 st. 1 om förhandlings offentlighet, i 17:2 st. 1 p. 1 och 30:2 st. 1 p. 1, som fastslå den s.k. omedelbarhetsprincipen och 35:1 st. 1, som enligt motiven »uttrycka principen om fri bevisprövning».

Annorlunda förhåller det sig med de processprinciper som skola behandlas i det följande. Skulle man fråga en svensk jurist om t.ex. förhandlingsprincipen finns intagen i RB, finge man säkerligen ett nekande svar. Däremot är det ej ovanligt att olika lagstadganden sägas »ha sin grund i», »präglas av» eller »utgöra en tillämpning av» denna princip. Vad detta innebär torde man emellertid sällan göra klart för sig.

Vid utformningen av en icke lagfäst princip kan man tänka sig gå tillväga på olika sätt. Man kan uppställa det kravet att principen skall kunna begagnas som en gällande rättsregel. Detta innebär ej att densamma måste gälla utan undantag.¹ RB innehåller ju åtskilliga stadganden, som utgöra undantag från de ovannämnda i lagen intagna principerna. Men om man inom rättstillämpningen skall kunna hämta någon vägledning av en allmän rättsprincip, måste denna uppfylla vissa krav. Den får inte vara vag och opreciserad till sitt innehåll. Vidare bör den utgöra en sammanfattning av några praktiskt viktiga rättsregler, eller ange någon egenskap som utmärker dessa. Vad man vill uppnå med en allmän rättsprincip av nu nämnt slag måste ju vara en förenkling av regelsystemet genom att i principen sammanfattas sådant som finns intaget på olika ställen i lagen.²

Naturligtvis behöver en allmän rättsprincip av nu nämnt slag icke präglade gällande rätt eller någon del därav. Som exempel kan nämnas den legala bevisteorien i motsats till principen om fri bevisprövning. Men man tänker sig då att principen ifråga gäller enligt något annat regelsystem eller att den är av intresse de lege ferenda.

En allmän processprincip kan emellertid också vara så utformad, att man på sin höjd kan tänka sig att densamma i vissa hänseenden präglar en rättsordning. Den är i så fall föga lämpad att läggas till grund för någon rättstillämpning.^{2a} Dess värde begränsar sig till att ge anvisning på visst tekniskt tillvägagångssätt, som kan begagnas vid lösandet av processuella problem.³ En sådan princip kan vara av intresse

¹ Eb. Schmidt s. 145: »Bei der Erörterung aller Prozessprincipien spielen ihre Ausnahmen eine bedeutsame Rolle.»

² Stein s. 86 talar om »die unter dem Namen der Verhandlungsmaxime zusammengefassten Rechtsätze».

^{2a} Wach säger i Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 2 (1893) s. 478: »Die Verhandlungsmaxime ist kein Rechtssatz sondern ein allgemeiner Rechtsgedanke.»

³ Niese s. 19 säger att »die Verfahrensgrundsätze wertvolle Leitgedanken für die Ausgestaltung des Verfahrens und seiner einzelnen Einrichtungen sind».

de lege ferenda liksom den kan användas för att beskriva hur visst eller vissa sådana problem lösts i gällande rätt. Typiska exempel på principer av detta slag erbjuda de om rättens formella och materiella processledning.

Det finns naturligtvis ingenting som hindrar att man laborerar med allmänna rättsprinciper av båda de berörda typerna. Men man gör klokt i att hålla deras olikartade karaktär i minnet. Genom att analysera en princip av det här först berörda slaget kan man fastställa hur gällande rätt i visst avseende är beskaffad, medan detta icke är fallet med principer av det senare slaget. Detta förtjänar att uppmärksammas då allmänna rättsprinciper åberopas som argument i tolkningsfrågor. Låt mig ge några exempel härpå från rättsvetenskapliga arbeten, utgivna under de allra sista åren. Hemming-Sjöberg säger i sin uppsats »Förhör inför rätta», »att det bättre överensstämmer med processens hela struktur, med förhandlingsprincipen och det ackusatoriska systemet, att vittnesförhören anförtros åt parterna».⁴ I sin uppsats i »Festskrift tillägnad Karl Schlyter» framhåller Gärde: »En följd av den ackusatoriska principen är icke blott att åtal erfordras för inledande av en straffprocess utan även att allenast åklagaren resp. målsäganden tillkommer befogenhet att uppdraga ramen för processen, såvitt angår den gärning, vilken lägges den tilltalade till last som brott.»⁵ Och han finner den närmare innebörden härav vara att rätten ej får beakta »andra straffbara element än dem åklagaren gjort gällande».⁶ Slutligen må här även anföras att Olivecrona i »Festskrift för Granfelt» menar det skulle »strida mot RB:s starka tendens att uppehålla koncentrationsgrundsatsen» att kåranden tillåtes åberopa »ett i förhållande till framställningen i stämningen fristående händelseförlopp».⁷ Däremot skulle, om jag förstått Olivecrona rätt, denna anmärkning ej kunna riktas mot att kåranden åberopar nya omständigheter, som ha »karaktären av modifikationer i eller

⁴ I Math s Heuman: Brottets beivrande s. 302.

⁵ S. 135.

⁶ Jfr Olivecrona: Straffprocess s. 312.

⁷ Olivecrona: Grunden s. 13.

tillägg till det ursprungligen åberopade saksammanhanget».

Angående resonemang av detta slag må först uppmärksammas den användning man gjort av allmänna rättsprinciper inom den naturrättsligt inriktade doktrinen. Man har menat sig ur sådana principer kunna deducera rättsregler, som tillhöra den positiva rätten. Är denna kodifierad, tänkes lagens stadganden vara konsekvenser av en eller flera allmänna principer, varifrån lagstiftaren utgått och i överensstämmelse med vilka de olika stadgandena böra tolkas. »Es wird erfordert, dass die Art der Einleitung und die Ordnung des ganzes Verfahrens auf einem allgemeinen Grundsatz ruhe, und dieser mit den Ansprüchen der Vernunft übereinstimme», säger Gönner i sin processrätt från början av förra seklet, vilken vi skola återkomma till i det följande.⁸ Och så sent som 1879 skriver den svenske juristen Grenander: »De särskilda reglerna för förfarandet i dess särskilda delar böra, för att i sin sammanfattning bilda en process r ä t t, vila på en viss förfarandet i det hela genomgående p r i n c i p, och en sådan blir här av ännu större vikt, emedan med den mängd av skiftande förhållanden, å vilka en positiv processrätts formella regler skola göras gällande, vid deras tillämpning kanske ännu mer, än annars inom rättsskipningen, mångfaldiga frågor nödvändigtvis måste uppstå, för vilkas rätta lösning domaren ej äger annan ledning än denna allmänna princip.»⁹

Det förefaller mig uteslutet att de ovan citerade moderna författarna skulle dela denna Grenanders uppfattning rörande rättstillämpningens natur. Överhuvudtaget tror jag inte de uppfattat den ackusatoriska principen, förhandlings- och koncentrationsprincipen som gällande rätt i någon rimlig innebörd av detta uttryck. Men om dessa principer endast beteckna tekniska tillvägagångssätt, som obestriddligen prägla lagens utformning i vissa hänseenden, hur kan då en sådan princip åberopas som stöd för att även ett invecklat och omstritt tolkningsproblem bör lösas enligt den ifrågavarande principen? Vad frågan rör sig om tycks ju just vara huruvida

⁸ G ö n n e r s. 175.

⁹ G r e n a n d e r s. 6.

det finns något skäl att föredra just denna lösning på problemet? Ja, skulle man fråga författarna själva vad deras argumentation har för karaktär, kan jag tänka mig att de skulle säga denna utgöra en elliptiskt uttryckt sammanfattning av vissa mer eller mindre komplicerade ändamålsföreställningar. Det är också klart att man icke alltid kan i detalj utveckla de praktiska skäl, varpå man stöder sin uppfattning, att ett lagstadgande bör tillämpas på ett visst bestämt sätt. Framställningen skulle härigenom bli alltför omständlig och tungrodd. Genom åberopandet av en allmän rättsprincip ger man läsaren åtminstone en ungefärlig uppfattning om de ändamålsföreställningar, på vilka slutsatsen bygger. Som exempel kan nämnas att skälen för att bevisningens införande bör ankomma på parterna, i viss utsträckning även kunna åberopas som stöd för att det är dessa och icke rätten, som bör leda vittnesförhören.

Emellertid skulle jag i detta sammanhang vilja fästa uppmärksamheten vid ett sätt att resonera, som jag tror är vanligt förekommande även bland moderna jurister. Antag att vissa lagstadganden gå att sammanfatta under en allmän rättsprincip. Antag vidare att man skall lösa en i lagen icke uttryckligen reglerad fråga, som har viss likhet med dem som lösts genom de ovannämnda stadgandena. Man finner då ett särskilt stöd för en analog tillämpning av dessa däruti, att desamma kunna sammanfattas under en allmän rättsprincip.

Nu är det klart att ett sådant resonemang kan ha fog för sig om de olika stadgandena uppbäras av ett gemensamt ändamål och detta är relevant även med avseende på det föreliggande spörsmålet. Emellertid kan man ej utan vidare utgå från att så är förhållandet. Det kan mellan ett flertal stadganden föreligga viss överensstämmelse såväl med avseende på rättsfaktum som rättsföljd utan att det därutöver råder någon gemensamhet i fråga om ratio legis. Och ju allmänna en rättsprincip är, ju osannolikare är det att det skulle råda en dylik gemenskap mellan alla de stadganden, som kunna hänföras till den ifrågavarande principen.

Vid åberopandet av allmänna processprinciper som argu-

ment i rättstillämpningsfrågor föreligger alltså en viss risk för att olika relevanta ändamål icke tillbörligen analyseras och vägas mot varandra.¹⁰ En bidragande omständighet härtill kan vara att dessa principer icke blott tjäna juristerna som medel att ordna och överblicka mängden av rättsregler utan även begagnas som starkt känslomättade slagord. Binding talar om »die prozessgestaltende Kraft gewisser Idéen, die man zur Würde von Prozessprinzipien erhoben hat».¹¹ Och Fritz von Hippel säger förhandlingsprincipen ha varit »die wohl bedeutendste geistige Triebkraft in der Zivilprozesslehre und dem Prozessleben des 19. Jahrhunderts».¹²

Men hur kan uppställandet av allmänna processprinciper fylla en sådan funktion? Rättsskipningen förefaller ju vara en så teknisk angelägenhet, att en debatt t.ex. om förhandlings- och undersökningsprincipernas inbördes företräden borde kunna föras utan något starkare känslengagemang. Att så ändock icke alltid är fallet torde sammanhänga med att dessa principer mer eller mindre medvetet inordnas i ett vidare ideologiskt sammanhang.

Att det råder ett visst samband mellan processprinciper och allmän samhällsåskådning är ett sedan länge uppmärksammat förhållande.¹³ Som framgått av den historiska översikten ha under autoritära regimer krav framställts på att rätten skall vara dominus litis, medan demokratiska rörelser hävdad den motsatta principen och verkat för att bestämmanderätten i processen måtte tillkomma parterna. Visserligen har så ingalunda alltid varit förhållandet. Och självfallet är det härvid endast fråga om en av de faktorer som påverkat utvecklingen. Men densamma förefaller mig värd särskild uppmärksamhet just i förevarande sammanhang. Om rättsskipningen också är av mindre vikt än landets styrelse och dess näringsliv, så ter sig densamma dock icke enbart som en rent teknisk angelägenhet. Den enskilde räknar med att domstolarna kunna kom-

¹⁰ Jfr F. v. Hippel s. 183 och 188.

¹¹ Binding II s. 170.

¹² S. 169.

¹³ Se min uppsats i SvJT 1941 s. 106 f och Kompendium I s. 51 f.

ma att ödesdigert ingripa i hans liv. Hägrar för människorna ett nytt och bättre samhälle, är det därför inte underligt, om de mena att de nya idéerna böra genomsyra även rättsskipningen. För den politiskt engagerade framstår förhandlingsprincipen som en liberal och undersökningsprincipen som en autoritär eller socialistisk idé. I ett nyligen utkommet tyskt arbete säges att den gällande tyska civilprocessen »immer noch stark die liberale Luft der Entstehungszeit der ZPO atmet». Och kravet på reformer i överensstämmelse med undersökningsprincipen betraktas som utslag av »einem echten demokratischen Sozialismus». ¹⁴

Nu räkna vi rättsvetenskapsmän gärna med att vi i vårt arbete kunna begagna allmänna rättsprinciper som juridiskt-tekniska hjälpmedel utan att bli offer för deras suggestionskraft. Vi mena att vår intellektualism och vår avskildhet från dagspolitiska meningsbrytningar skydda oss däremot. Men frågan är om någon kan göra sig helt fri därifrån. Antag att en person skulle stå upp och föreslå att vår straffprocess skulle reformeras i »inkvisitorisk» riktning. Helt spontant reagera de flesta avböjande inför ett sådant förslag. Beror inte detta åtminstone delvis på att förr i tiden kyrkofurstar och enväldiga monarker utnyttjat den inkvisitoriska straffprocessen som ett medel att hävda sin makt och att densamma förbindes med föreställningen om pressande förhör inom lyckta dörrar, om tortyr och allsköns annat djävulskap? Och bidrar inte här till det förhållandet, att den ackusatoriska principen — den inkvisitoriskas motsats — inordnats bland de frihetsidéer, som vi uppfatta som »demokratiska», en av vår tids mest suggestiva honnörsbeteckningar? Den här tidigare citerade schweiziske kriminalisten Graven inleder sin uppsats »Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales» med följande dityramb: »La procédure pénale actuelle toujours greffée sur la procédure traditionnelle de type inquisitorial, est un étonnant, un incompréhensible anachronisme.» Vad Graven i det följande kritiserar synes mig

¹⁴ Bo e h m e r I s. 114 f.

emellertid framför allt vara sådana drag i vår tids straffprocess, som brukar hänföras till dennas ackusatoriska karaktär! Det patos han härvid utvecklar hämtar sin näring ur uppfattningen att denna straffprocess ej är tillräckligt »social» — en värdering som helt visst varit den ackusatoriska principens förkämpar helt främmande. Men tydligen har Graven icke ställt sig frågan om ej en inkvisitorisk ordning kunde tänkas stå bättre i överensstämmelse med hans uppfattning att de som begått brott ej böra straffas utan endast omhändertas för den vård, varav de kunna vara i behov. Måhända beror detta på att ordet inkvisitorisk en gång för alla fått en pejorativ innebörd.

2. OFFICIAL- OCH FÖRHANDLINGSPRINCIPERNA

A. Gönners uppfattning

Nicolaus von Gönner, en prominent tysk jurist från början av förra seklet, förefaller ha varit den förste, som inom den civilprocessuella doktrinen intresserat sig för de problem, som vi nu skola sysselsätta oss med.¹⁵ Vi börja med en tämligen utförlig redogörelse för hans uppfattning, enär denna blivit i hög grad bestämmande för den följande utvecklingen. Det mesta som senare skrivits om de processuella huvudprinciperna har endast inneburit en närmare precisering av Gönners ståndpunkt och vissa modifikationer av densamma.

Gönner synes ha varit en jurist med sinne för praktiska realiteter. Ändamålsenlighetens krav spelar stor roll i hans framställning. Men han var också starkt influerad av den på hans tid förhärskande naturrättsliga metoden. Det mänskliga förnuftet (»die Vernunft») och sakens natur (»die Natur der Sache») utgöra rättskällor, vilka komma till flitig användning i hans argumentation.¹⁶ Gönner skiljer sålunda mellan sådana

¹⁵ Med tvistemål avses i det följande endast dispositiva sådana.

¹⁶ Jag kan i detta sammanhang ej gå in på skillnaden och överensstämmelsen mellan naturrättslig och teleologisk argumentation.

regler, som på grund av sakens natur böra gälla enligt varje processordning, och sådana som endast ha sin grund i positiv rätt.¹⁷ Till de förra hänför han att i tvistemål talan icke kan upptas ex officio utan måste väckas av den som påstår sig berättigad samt att rätten är bunden av svarandens medgivande.¹⁸ Vidare förefaller det som om Gönner hit även räknar reglerna om att rätten ej får tilldöma kåranden något, som denne ej yrkat, eller grunda domen på något rättsfaktum, som ej åberopats.¹⁹ Och han menar det höra till en »förnuftig» process att båda parterna beredas tillfälle att framställa yrkanden, åberopa grunder och bevis samt argumentera för sin talan.²⁰ Slutligen förtjänar det även uppmärksammas att Gönner finner det självklart, att »alles, was von der Reflexion des Richters abhängt der Willkür der Parteien entzogen ist».²¹ Hit hänför han rättstillämpning och bevisvärdering, ehuru han dock anser rätten bunden av parternas uttryckliga avtal rörande bevisvärdet av visst angivet medelbart relevant faktum.²²

I övrigt menar Gönner det icke vara möjligt att av processens natur dra några slutsatser rörande domstolens och parternas inflytande i rättegången. Som exempel nämnas frågorna om vem som skall förebringa bevisningen och besluta om processens yttre förlopp.²³ Härvidlag kan aktiviteten och bestämmanderätten lika väl tillkomma parterna (»nichts von Amtswegen») som rätten (»alles von Amtswegen»)²⁴ Det enda krav som Gönner härvidlag uppställer är att en positiv pro-

¹⁷ Se t.ex. G ö n n e r s. 123.

¹⁸ A.a. s. 122 och 126.

¹⁹ Detta kan dock inte med full säkerhet utläsas av hans framställning. Se a.a. s. 136, 143 och 188.

²⁰ A.a. s. 124 f, 136 f och 224 f.

²¹ A.a. s. 241.

²² A.a. s. 261.

²³ A.a. s. 182 och 185. G ö n n e r säger att satsen »Judex ex officio non procedit nicht nur wirksam in Rücksicht auf das Entstehen eines Rechtsstreits, sondern allgemeine Maxime für alle Teile des ganzen Verfahrens vom Anfange des Rechtsstreits bis zu seinem Ende wird». Jfr H a m m e r i c h s. 15.

²⁴ A.a. s. 191.

cessordning måste bygga endera på förhandlings- eller undersökningsmaximen, som han betecknar de båda principer det här är fråga om. »Die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens muss auf einem allgemeinen Grundsatz ruhen, und dieser allgemeine Grundsatz muss mit reinen Vernunftsätzen übereinstimmen», säger han emfatiskt.²⁵ Detta hindrar visserligen icke att undantag kunna ifrågakomma. Som exempel härpå nämnes att rätten kan ex officio hålla syn och införskaffa sakkunnigbevisning enligt en processordning, som bygger på den förra principen, och att den är bunden av parts erkännande enligt en lag för vilken undersökningsprincipen ligger till grund. Från sådana singulära undantag får man emellertid bortse då det gäller att avgöra »welche von den beiden Maximen in dem gerichtlichen Verfahren die herrschende sei».²⁶

Gönner menar förhandlingsprincipen vara att föredra ur vissa praktiska synpunkter och undersökningsprincipen ur andra sådana. Och han lämnar därhän vilken som bäst fyller ändamålsenlighetens krav.²⁷ Däremot nedlägger han mycken möda på att visa att båda principerna äro förnuftiga, stå i överensstämmelse med sakens natur. Då det gäller förhandlingsprincipen utgöres beviset härför att densamma kan härledas ur parternas civilrättsliga förfoganderätt över processföremålet.²⁸ Och angående undersökningsprincipen framhålles att denna utgör en konsekvens av statens vilja att skydda parternas rätt samt av dessas önskan att så blir fallet. Gönner hyser nämligen den orimliga uppfattningen, att var och en som vill hävda sin rätt, också måste vilja varje medel som bidrar till detta ändamåls förverkligande.²⁹

Hur kan det komma sig att Gönner hävdar just dessa uppfattningar? Med hans sätt att resonera kunde han ju lika väl ha kommit till det rent motsatta resultatet. Härvidlag må först uppmärksammas att Gönners framställning, ehuru måttfull

²⁵ A.a. s. 177.

²⁶ A.a. s. 192 f.

²⁷ A.a. s. 212.

²⁸ A.a. s. 182 och 185.

²⁹ A.a. s. 184 f, 187 och 191.

och konciliant till formen, är starkt polemisk till sitt innehåll. Han känner sig ha ett ärende, nämligen att försvara den preussiska civilprocessen (A.G.O.) gentemot den kritik, som gemeinrättsliga jurister riktat mot densamma från naturrättsliga utgångspunkter. Uppenbarligen har Gönner avpassat förhandlingsprincipen efter den gemeinrättsliga processen och undersökningsprincipen efter A.G.O.³⁰ Och de regler, som gälla enligt båda rättsordningarna, återfinnas hos Gönner som konsekvenser av processens sanna natur. Det är därför inte underligt att resultatet av hans naturrättsliga spekulationer överensstämmer med den tyska rätten såsom denna var beskaffad vid tiden för hans författarskap. Ekvationen går nästan alltför bra ihop!

En konfrontation av Gönners lära med det rättshistoriska material vi redovisat i det föregående visar också att densamma ingalunda äger någon generell giltighet. Det har funnits och finns processordningar, som avvika från det som Gönner innefattade i processens »natur», t.ex. rörande åberopandets och medgivandets betydelse i processen. Vidare finns det processlagar, vilka till en del präglas av förhandlings- och till en del av undersökningsprincipen, så som Gönner fattade dessas innebörd. Som exempel kan nämnas den gällande svenska civilprocessen. I denna kunna endast parterna införa bevisning, medan rätten på det hela organiserar det processuella förfarandet ex officio. Vidare må erinras om att i modern civilprocess domstolen kan fritt utnyttja den förebragta bevisningens bevisvärde. Gönner utgår från att detta är fallet endast enligt undersökningsprincipen.³¹ Enligt förhandlingsprincipen finge rätten dra några slutsatser av ett vittnesmål endast rörande det rättsfaktum för vars existens vittnet åberopats som bevis. Även detta drag i förhandlingsprincipen hade Gönner hämtat från den gemeinrättsliga processen.

Till sist skulle jag vilja fästa uppmärksamheten vid vad Gönner menar med parternas »Verhandlungen». Hit räknar han endast sådana partshandlingar, som utgöra nödvän-

³⁰ A.a. s. 180; se även Mittermaier I—II s. 73.

³¹ Gönner s. 214.

diga betingelser för rättens verksamhet i processen.³² Då A.G.O. förutsätter att även parterna införskaffa processmaterial och på olika sätt söker befordra denna aktivitet, anser han sålunda detta icke innebära några avsteg från undersökningsprincipen.³³ Parternas processhandlingar äro härvid inga »Verhandlungen» utan endast »Beförderungsmittel, wodurch die Untersuchung des Richters erleichtert wird».³⁴ Och skillnaden mellan förhandlings- och undersökningsprincipen är sålunda i själva verket endast den att enligt den senare rätten kan även av egen drift vara verksam i processen.

B. Kallenberg's uppfattning

I tysk doktrin utspann sig under 1800-talet en livlig debatt angående de processuella huvudprinciperna i tvistemål, som uppmärksammades även inom utländsk processrättsdoktrin. Ett undantag härifrån utgöra visserligen Frankrike och de anglosaxiska länderna, där man över huvud taget fäst mycket litet vikt vid att utforma några principer rörande rättens och parternas inflytande i processen.³⁵ Men t.ex. i Norden, där rättsvetenskapen stod under starkt tyskt inflytande, visade man stort intresse för den tyska diskussionen. Som exempel kan nämnas att Hammerichs arbete »Forhandlingsmaximen», som utkom 1910, innehåller en redovisning av de väsentligaste meningsmotsättningarna inom tidigare och samtida tysk doktrin. I följande avsnitt komma vi att i någon mån beröra dessa olika uppfattningar. Först skola vi emellertid mera ingående sysselsätta oss med Kallenberg's behandling av frågan.

Kallenberg var som bekant starkt influerad av tysk civilprocess och tysk processdoktrin. Hans storstilade arbete »Svensk civilprocessrätt» utmärks framför allt därutav att han i den

³² A.a. s. 192.

³³ A.a. s. 198 f.

³⁴ A.a. s. 191.

³⁵ Se Hammerich s. 137.

ålderdomliga och kasuistiska rättegångsbalken sökte interpolera så mycket stoff från ZPO och tysk doktrin, som kunde anses förenligt med lagens ordalydelse. Denna verksamhet fick stor betydelse i svensk domstolspraxis, där Kallenberg's arbete förefaller ha fått flitig användning. En rättshistorisk undersökning skulle säkerligen visa, att det på denna omväg förekom en formlig reception av tyska processregler i svensk praxis under de första decennierna av detta århundrade. Härtill bidrog den grundlighet varmed Kallenberg gick tillväga i sin undersökning. Han förefaller visserligen ha varit särskilt influerad av Hellwig — den ledande tyske processualisten i början av seklet — men han studerade dock de olika meningsbrytningarna inom tysk doktrin och sökte bilda sig en självständig uppfattning om vilka uppfattningar, som hade mest skäl för sig.

Kallenberg's behandling av det här berörda problemet överensstämmer på vissa väsentliga punkter med Gönners sätt att angripa detsamma. Även han anser att vissa regler, som tillerkänna parterna dominans i processen, kunna härledas på logisk väg, medan andra endast kunna grundas på ändamåls-skäl. Och liksom Gönner hänför han enbart de senare till förhandlingsprincipen; regler av det förra slaget sammanfattas under beteckningen *dispositionsprincipen*, en term som under slutet av 1800-talet vunnit burskap inom tysk doktrin. Till denna hänför Kallenberg sålunda bl.a. att en civilprocess förutsätter ett yrkande från kärandens sida samt att detta — liksom kärandens återkallande och eftergivande och svarandens medgivande av käromålet — är bindande för rätten.³⁶ Vidare räknas hit att parterna ha rätt att »anföra fakta och förebringa bevis»³⁷ liksom reglerna om att rätten är bunden av kärandens åberopande av grunden för sin talan samt av parternas erkännanden.³⁸

Men hur härleder då Kallenberg dessa regler? Ja, han säger

³⁶ Kallenberg II s. 25 f; jfr s. 42 not 5.

³⁷ Detta synes Kallenberg emellertid även hänföra till »den kontradiktorska principen». Jfr a.a. s. 7 f och s. 27.

³⁸ A.a. s. 15.

»dispositionsprincipen innefatta delvis regler, som äro en omedelbar konsekvens av den materiella dispositionsrätten, ja egentligen i viss mån ej annat än en yttring av samma rätt, till en del regler, som helt vila på processuell grund».³⁹ Av ovan nämnda regler förefaller Kallenberg emellertid endast hänföra den om erkännandet till den senare gruppen. Ehuru ett sådant skulle vara »en medelbar disposition över den omprocessade rätten», är det Kallenegrs uppfattning, att man på sin höjd kan anse regeln om erkännandets bindande kraft icke stå i strid med parternas materiella dispositionsrätt.⁴⁰

Kallenegrs framställning kan icke sägas vara naturrättsligt färgad på samma sätt som Gönners. Men vad menar han då med att t.ex. rättens bundenhet av svarandens medgivande »är en konsekvens av», »kan härledas ur», »logiskt beror på» dennes materiella dispositionsrätt över tvisteföremålet? Om något konsekvensförhållande i logisk mening förefaller det ej kunna vara fråga. Att dispositionsrätten betecknas som »materiell» kan väl inte innebära något annat än att densamma icke innefattar några processuella befogenheter.

Man skulle kunna tänka sig att Kallenegrs åberopande av den materiella dispositionsrätten som grund för medgivandets bindande kraft vore att fatta som en vag antydning om vissa ändamålsskäl som tala för att ett medgivande har en sådan rättslig betydelse. Det är ju önskvärdt att en svarande, som anser kâranden ha den rätt han påstår eller menar det vara omöjligt eller alltför kostsamt att bevisa motsatsen, kan åstadkomma ett snabbt slut på processen. Men medför då icke rättens bundenhet av medgivandet otrygghet för svaranden? Vid bedömande härav måste man ta hänsyn till dennes materiella förfoganderätt. Kan han genom allehanda materiella dispositioner spoliera sin rätt, spelar det i jämförelse härmed mycket liten roll att så även kan ske genom ett medgivande i process. Svarandes position i dess totalitet skulle icke bli tryggare genom att domstolen kontrollerade att medgivandet icke vore förhastat.

³⁹ A.a. s. 12.

⁴⁰ A.a. s. 30 f.

I Kallenbergs framställning finns det emellertid ingen an-tydan om att han resonerat på detta sätt. Förmodligen har hans bevisföring karaktären av ren begreppsjurisprudens. Här-på tyder åtminstone följande uttalande rörande avgränsningen av dispositionsprincipens tillämpningsområde. Han säger att »frågan om vem som skall taga initiativet till och vara verk-sam för anskaffandet av det material, på basis varav pröv-ningen av den omprocessade rättens existens skall äga rum, otvivelaktigt ej har sådan innebörd, att den lo-giskt beror av nämnda dispositionsrätt». Och han tillägger att »det är en ren lämplighets-fråga om man skall välja det ena eller det andra av de båda alternativen».⁴¹

Hur fången Kallenberg i själva verket är i sin begreppsjuri-diska konstruktion framgår av hans sätt att behandla frågan om rättens befogenhet att ex officio beakta rättsfakta. Han anser sig på parternas materiella dispositionsrätt endast kunna grunda en bundenhet för rätten att ej ta hänsyn till någon annan grund än den käranden åberopat till stöd för sin talan. Angående motfakta skulle sålunda någon sådan slutsats ej kunna dras. Som skäl härför åberopar han att av parternas materiella dispositionsrätt endast följer att rätten ej får be-fatta sig med någon annan rättighet än den käranden gjort gällande i målet. Till »rättigheten» skulle nämligen grunden härför höra, men ej frånvaron av relevanta motfakta.⁴²

Märklig är också Kallenbergs behandling av frågan om par-terna kunna binda rätten i fråga om rätts- och erfaren-hetssatser. Angående de senare säger han »en partsdis-position enligt sakens natur vara utesluten; parterna kunna icke rimligtvis äga bestämma, att en viss sats skall gälla såsom

⁴¹ A.a. s. 42; jfr s. 37 och 80 (spärr. av mig). Inom den tyskspråkiga dok-trinen hävdas däremot av flera ledande forskare, att ej heller förhand-lingsprincipen motiveras av ändamålsenlighetens krav utan liksom dis-positionsprincipen har sin »grund» i parternas materiella dispositions-rätt. Se härom *Blumenstein* s. 133 f, vilken själv ansluter sig till denna uppfattning.

⁴² A.a. s. 14 f; jfr s. 27.

vore den av erfarenheten given, eller att domstolen icke får taga hänsyn till en viss erfarenhetssats». ⁴³ Det är självklart att en erfarenhetssats' sanning är oberoende av vad parterna överenskomma härom. Men det synes mig lika självfallet, att liksom rätten är skyldig att godta fakta, vilka äro ostridiga mellan parterna, lagen skulle ha kunnat innehålla ett motsvarande stadgande rörande erfarenhetssatser.

Vad därefter angår målets rättsliga bedömning finner Kallenberg »det vara höjt över allt tvivel, att parterna icke äga bestämma, att en viss regel skall såsom rättsregel komma till användning på det i rättegången förebragta materialet». ⁴⁴ Enligt t.ex. Hammerich ⁴⁵ skulle det däremot vara inkonsekvent att anse det följa av parternas materiella förfoganderätt att parterna kunna hindra rätten att beakta visst rättsfaktum men inte viss rättsregel. Mig synes det förhålla sig så att den ena uppfattningen är precis lika godtycklig som den andra. Råder det inget konsekvensförhållande mellan parternas materiella och processuella dispositionsrätt, är det lika förfelat att helt som att delvis härleda den senare ur den förra.

I det föregående har påpekats att Kallenberg anser dispositionsprincipen bl.a. innebära att parterna kunna förebringa bevisning. Att detta enbart skulle ankomma på dem och sålunda icke alls på domstolen hänför han däremot till förhandlingsprincipen, vars motsats undersökningsprincipen sålunda skulle innebära att rätten må eller skall införa bevisning ex officio. Av dessa begreppsdistinktioner följer att även i en process, som präglas av undersökningsprincipen, den regeln kan gälla att parterna ha rätt att förebringa bevisning. ⁴⁶

Kallenberg menar förhandlingsprincipen böra tillämpas i dispositiva tvistemål. Såsom ovan antytts grundar han denna uppfattning på teleologiska skäl. ⁴⁷ Undersökningsprincipen

⁴³ A.a. s. 37.

⁴⁴ A.a. s. 36.

⁴⁵ Hammerich s. 65 f; jfr s. 128.

⁴⁶ Kallenberg a.a. s. 43.

⁴⁷ A.a. s. 44 f och 81.

säges äventyra rättens opartiskhet, medföra ökade kostnader och inverka förslappande på parternas initiativkraft i processen.

Till förhandlingsprincipen hänför Kallenberg även det förhållandet att rätten icke äger »införa några nya fakta» i processen.⁴⁸ Härmed sammanhänger den praktiskt viktiga frågan hur vittgående rättens s.k. materiella processledning bör vara i dispositiva tvistemål. Antag att domaren under förberedelsen i målet finner svaranden ha gjort en hopplös invändning men att viss annan sådan synes stå honom till buds. Det är en praktiskt utomordentligt viktig men också mycket omstridd fråga om domaren i detta läge skall delge parterna sin uppfattning. Kallenberg hyser härvidlag den uppfattningen att så skall ske med avseende på den framförda invändningen men att domaren ej får fästa svarandens uppmärksamhet vid det motfaktum, som denne själv ej kommit att tänka på.⁴⁹ En dylik »mellanlösning» på problemet synes mig svår att motivera ur praktisk synpunkt. Men man kan förstå hur Kallenberg kommit fram till denna uppfattning. Å ena sidan understryker han vikten av en »effektiv materiell processledning» i tvistemål.⁵⁰ Men å andra sidan anser han förhandlingsprincipen gälla i dessa. Genom att rätten inte får »införa» några nya fakta i processen, är den förhindrad att fästa svarandens uppmärksamhet vid möjligheten att det föreligger visst motfaktum, som denne ej åberopat. Kallenberg framhåller också om den materiella processledning, som han tillerkänner rätten, att densamma »ej betecknar någon verklig inskränkning i förhandlingsprincipen; den har karaktären av en domarverksamhet av supplerande natur vid sidan av den verksamhet, som parterna i enlighet med förhandlingsprincipen utveckla».⁵¹

Kallenberg räknar sålunda icke en mera begränsad materiell processledning till undersökningsprincipen. Men under vilken

⁴⁸ A.a. 40, 48 och 81.

⁴⁹ Jfr a.a. s. 64 f och 69; se även s. 85 rörande bevisningen.

⁵⁰ A.a. s. 74 f.

⁵¹ A.a. s. 47.

princip skall en sådan verksamhet då hänföras? Eftersom varje materiell processledning utövas oberoende av yrkande eller alltså *ex officio*, kunde man anse densamma vara ett utslag av *officialprincipen*. Denna spelar emellertid ingen som helst roll i Kallenberg's framställning. Förmodligen delade han den inom doktrinen vanliga uppfattningen att denna princip utgör motsatsen till *dispositionsprincipen* eller m.a.o. att rätten ej är bunden av parts yrkanden, åberopanden, erkännanden o.s.v.⁵² Under sådana omständigheter är det klart, att rättens materiella processledning ej kan ha något med *officialprincipen* att skaffa.

Angående Kallenberg's användning av termerna *dispositions-*, *förhandlings-* och *undersökningsprincipen* må vidare uppmärksammas att han till dessa principer inte hänför några regler angående det *processuella förfarandets yttre förlopp*. Satsen »*ne procedat iudex ex officio*» ges av Kallenberg en sådan innebörd att densamma inte alls berör detta problem.⁵³ Här föreligger sålunda en olikhet mellan honom och Gönner.⁵⁴ Då det gäller *dispositionsprincipen* anför Kallenberg följande motivering för sin ståndpunkt: »Av parternas materiella förfoganderätt följer icke att de äga någon förfoganderätt över processförutsättningarna eller över förfarandet i yttre måtto. Då processen är en statsfunktion, kan det uppenbarligen icke vara för staten likgiltigt, under vilka betingelser eller på vad sätt verksamheten utövas.»⁵⁵ Man kunde tycka att detta borde gälla även de regler som Kallenberg hänför till *dispositionsprincipen*. Inte kan det väl vara staten likgiltigt, om rätten är bunden av parts medgivande och erkännande eller om så icke är förhållandet? Reglerna härom äro ju av fundamental betydelse för processens sätt att fungera.

⁵² Se t.ex. Wrede I s. 76 f, Granfelt: *Officialprincipen* I s. 2 och Sjöström s. 4.

⁵³ Kallenberg a.a. s. 24; se däremot t.ex. Wach: *Vorträge* s. 54 f.

⁵⁴ Se ovan s. 215.

⁵⁵ A.a. s. 38.

Men hänför då Kallenberg icke reglerna angående själva förfarandet under några allmänna principer? Jo, han skiljer mellan regler som angå processdriften och sådana, som tillerkänna rätten formell processledning. Med processdrift menar Kallenberg en verksamhet i processen »vars omedelbara betydelse består i dess relation till frågan om processens fortgång».⁵⁶ Hit räknar han bl.a. regler om delgivning, uppskov, vilandeförklaring, överklagande och återkallande av talan.⁵⁷ Regler, som avse förfarandets »yttre gång» eller m.a.o. dettas »ändamålsenliga ordnande» utan att angå processdriften, hänför Kallenberg däremot till rättens formella processledning.⁵⁸

Men vad anför Kallenberg då för skäl att skilja mellan processdrift och formell processledning? Jo, han säger att »medan den senare tillkommer domstolen» så kan »processdriften icke begränsas till att omfatta allenast domstolshandlingar».⁵⁹ Kallenberg har tydligen tagit intryck av den i tysk doktrin förekommande indelningen av processdriften i »Amts (Offizial)-betrieb» och »Parteibetrieb». Enligt den förra bestämmer rätten ex officio angående t.ex. uppskov medan enligt den senare målet får uppskjutas endast på yrkande av ena eller båda parterna. Med avseende på processens fortgång motsvara dessa principer sålunda dem, som vi tidigare berört rörande processmaterialet. Dispositions- och förhandlingsprincipen samt principen om »partsdrift» tillerkänna parterna bestämmanderätten, medan denna tillkommer domstolen enligt official- och undersökningsprincipen samt principen om »domstolsdrift».

Då det gäller regler rörande förfarandets yttre förlopp, vilka ej angå processdriften, genomför Kallenberg däremot icke någon sådan systematik. Om någon »parternas formella pro-

⁵⁶ A.a. s. 186.

⁵⁷ A.a. I s. 1214 f och II s. 191 ff. Återkallande av talan förefaller Kallenberg emellertid även hänföra till dispositionsprincipen. Se a.a. II s. 24.

⁵⁸ A.a. II s. 46 n. 7 och 188 f.

⁵⁹ A.a. s. 189.

cessledning» är det icke fråga i hans framställning. Antag emellertid att ett kravmål instämts till fel forum men att svaranden underlåter att göra foruminvändning. Antag att båda parterna samtycka till att ett vittne höres utan ed.⁶⁰ Eller antag att då käranden återkallat sin talan, svaranden utnyttjar den rätt till dom, som RB tillerkänner honom.⁶¹ I alla dessa fall tillkommer det part att bestämma om processens yttre förlopp. Som vi sett anser Kallenberg emellertid det härvid vara fråga varken om en tillämpning av dispositions- eller förhandlingsprincipen.⁶² Regler av nu berört slag hänför han över huvud taget icke under någon princip. Detta måste enligt min mening betraktas som en brist i den Kallenbergska systematiken.

Överhuvudtaget förefaller Kallenbergs framställning av de processuella huvudprinciperna höra till de minst lyckade delarna av hans verk. Anledningen härtill torde vara de förfelade förutsättningar från vilka han utgår. Som vi sett skiljer Kallenberg liksom Gönner mellan principer som kunna härledas på logisk väg och sådana som kunna motiveras endast med ändamålsskäl. För Gönners systematik trodde vi oss emellertid ha funnit det i verkligheten avgörande motivet i att densamma skulle klargöra överensstämmelser och olikheter mellan den gemeinrättsliga processen och A.G.O. En liknande förklaring ligger nära till hands med avseende på Kallenberg. Denne stod inför svårigheten att avgöra rättens och parternas andel i processmaterialets införskaffande enligt den knapphändiga och kasuistiska rättegångsbalken i 1734 års lag. Sådant som Kallenberg ansåg uppenbarligen falla under de senares beslutanderätt, hänförde han till dispositionsprincipen, som grundades på logisk väg. Vad som var mera tvivelaktigt

⁶⁰ ÅRB 17: 17 och RB 36: 12 st. 3.

⁶¹ 13: 5 st. 1.

⁶² Endast frågan, om rätten skall ex officio utreda fakta, som ha betydelse för bedömandet av processuella frågor, hänför Kallenberg till motsättningen mellan förhandlings- och undersökningsprincipen. Se a.a. s. 85 ff.

menade han däremot angå motsättningen mellan förhandlings- och undersökningsprincipen, för vilkas tillämpning endast ändamålsskäl skulle kunna åberopas.

C. Andra uppfattningar rörande tvistemål

I praktiskt taget varenda systematisk framställning av civilprocessen uppställas vissa huvudprinciper rörande parternas och rättens inflytande i processen. Angående dessas innebörd och hur de böra betecknas, har man dock inte kunnat uppnå någon enighet. Och att gå in på alla dessa skiftande uppfattningar kan här inte komma ifråga. Vad som behövs för den följande framställningen är dessutom endast en kortfattad översikt av de väsentligaste skiljaktigheterna.

Först i ett senare avsnitt skola vi beröra processens yttre förlopp. I detta sammanhang blir det sålunda endast fråga om principer, som ha avseende på processmaterialet. Som vi sett av det föregående föreligger härvidlag den viktiga skillnaden mellan Gönner och Kallenberg, att medan den senare uppställer fyra, den förre rör sig endast med två principer. Vissa forskare ha på denna punkt vidhållit Gönners systematik, medan andra anslutit sig till samma uppfattning som Kallenberg.

En del svenska författare från senare delen av förra seklet laborerar liksom Gönner endast med förhandlings- och undersökningsprinciperna. Som exempel kunna nämnas Schrevelius, Annerstedt och Grenander.⁶³ Detsamma är inom tysk doktrin fallet med Wetzell, vilken var den siste som utgav en systematisk framställning av den gemeinrättsliga processen.⁶⁴ Liknande uppfattningar ha emellertid hävdats i auktoritativa tyska arbeten även under den tid ZPO varit i kraft. I Stier—Somlos bekanta »Handwörterbuch der Rechtswissenschaft» framställas termerna förhandlings- och dispositionsprincipen samt

⁶³ Schrevelius s. 80 f, Annerstedt s. 2 och Grenander s. 6; se även Broomé s. 111.

⁶⁴ Wetzell s. 516 f.

undersöknings- och officialprincipen som synonyma.⁶⁵ Det samma gäller den ledande kommentaren till ZPO, Stein—Jonas, vars sista upplaga redigerats av Schönke.⁶⁶ Andra författare identifiera ej förhandlings- med dispositionsprincipen och undersöknings- med officialprincipen, men anse dem hänföra sig till olika sidor av samma sak. Som exempel kan nämnas följande uttalande av Engelmann angående förhållandet mellan de båda förstnämnda principerna: »Nur eine Seite, und wie man sagt, die Kehrseite der Dispositionsmaxime bildet die Verhandlungsmaxime. Während jene nach dem Wortlaute des Namens, den man ihr gegeben, die Handlungen der Parteien charakterisiert, bestimmt diese das der Verfügungsfreiheit der Parteien entsprechende Verhalten des Richters.»⁶⁷ Och Birkmeyer framhåller: »Wie die Dispositionsmaxime den Parteien erlaubt zu disponieren, so verbietet die Verhandlungsmaxime dem Richter, durch prozessuales Vorgehen seinerseits in die Dispositionsbefugnis der Parteien störend einzugreifen — — — Im Strafprozess gilt das Officialprincip, welches den Beteiligten jede Disposition über den Strafanspruch verbietet. Das Kehrbild derselben ist die Pflicht des Gerichts, alles von sich aus zu tun, um den Strafanspruch, so wie sie wirklich ist, festzustellen. Wir können dieses Kehrbild des Officialprinzips, im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime, die Untersuchungsmaxime (Inquisitionsprinzip) nennen.»⁶⁸

Författare, som uppställa endast två principer, beteckna emellertid icke alltid dessa på samma sätt som Gönner. Heinze använder beteckningarna dispositions- och officialprincipen.⁶⁹ Och särskilt hos något äldre tyska auktorer är det vanligt förekommande att förhandlings- och officialprincipen uppställas som varandras motsatser.⁷⁰ Även en så modern för-

⁶⁵ Stier—Somlo IV s. 418.

⁶⁶ Stein—Jonas: vor § 128 II 2; se även Schultzenstein s. 305, Goldschmidt s. 44 och Schönke s. 24 f.

⁶⁷ Engelmann: Civilprozess I s. 171.

⁶⁸ Birkmeyer s. 135 och 136.

⁶⁹ Heinze s. 274.

⁷⁰ Wach: Vorträge s. 53 och 62, Schwarz s. 397, Hellwig s. 411,

fattare som Lent begagnar sig emellertid av denna terminologi.⁷¹ Visserligen hänför denne reglerna om att rätten ej får bedöma någon annan talan än den käranden väckt eller gå utöver dennes yrkande icke till förhandlings- utan till dispositionsprincipen. Men undersökningsprincipen spelar ingen roll i hans framställning.

Vanligen använder man sig emellertid inom modern doktrin av fyra principer, ehuru gränsen mellan å ena sidan dispositions- och förhandlingsprinciperna samt å andra sidan official- och undersökningsprinciperna brukar dras på annat sätt än hos Kallenberg. Som ett första exempel härpå må nämnas dansk processdoktrin. Liksom Kallenberg beklagar sig Munch-Petersen i sitt stora arbete »Den danske Retspleje» över att man inom doktrinen sammanblandat förhandlings- och dispositionsprinciperna och han menar detta sammanhånga med »Misbrug av Viljesfiktionen». Han säger: »Dispositionsmaximen forudsætter en bestemt tilkendegivet Vilje hos Parterne, og den sætter da Grænser for, hvad Dommeren maa gøre mod Parternes Vilje. Forhandlingsmaximen udelukker derimod Dommerens Virksomhed, u d e n at Parterne behøver at have udtalt nogen Vilje i saa Henseende, j a s e l v om de maaske positivt maatte ønske hans Medvirkning.»⁷² Härav följer att rättens bundenhet av parternas yrkanden, åberopanden och erkännanden i regel utgör en konsekvens av förhandlingsprincipen.⁷³ Emellertid kan man ju tänka sig att part uttryckligen förklarat, att rätten ej måtte gå utöver hans yrkande eller grunda domen på något annat rättsfaktum än han åberopat respektive att rätten måtte godta det sakförhållande som han erkänt. Då inträder rättens bundenhet enligt dispositionsprincipen.⁷⁴

Som systematik av gällande dansk rätt måste Munch-Peter-

Kisch i DJZ 1936 s. 916, Stein: Grundriss s. 37, Bauhofer s. 453 och Blumenstein s. 3.

⁷¹ Lent: Lehrbuch s. 18 f och i Z 63 (1943) s. 25.

⁷² Munch-Petersen II s. 260.

⁷³ A.a. s. 252 f.

⁷⁴ A.a. s. 238 f; se även Hammerich s. 131 not 7.

sens framställning anses förfelad. Är åberopandets rättsliga betydelse oberoende av huruvida parten uttryckt någon vilja om att domstolen ej måtte beakta andra grunder för hans yrkande, så saknar en sådan viljeförklaring karaktär av rättsfaktum. Det finns då inte heller någon anledning att lägga förefintligheten respektive frånvaron av en sådan vilja till grund för systematiken. Måhända har Munch-Petersen varit ett offer för den gamla läran om viljans rättsskapande makt. Menar man obligationer inträda endera på grund av viljeförklaring eller på grund av lag samt att det förra alltid är förhållandet då rättsföljden motsvaras av en härpå riktad viljeförklaring, så ställer det sig naturligt att avsöndra de fall, där part uttryckligen statuerat någon begränsning av rättens verksamhet i processen.

Huruvida Hurwitz delar Munch-Petersens grundsyn kan ej med säkerhet utläsas av framställningen i »Tvistemaal».⁷⁵ Han begagnar ej termen dispositionsmaximen utan talar i stället om »dispositiv processrätt» och under denna rubrik behandlar han parternas bestämmanderätt över processens yttre organisation och förlopp men däremot icke rättens bundenhet av dessas petita, åberopanden och erkännanden. Reglerna härom hänföras enbart till förhandlingsprincipen.⁷⁶ Måhända har Hurwitz funnit Munch-Petersens »dubbla bokföring» av dessa processhandlingar alltför subtil och invecklad. Resultatet har emellertid blivit att han till förhandlingsprincipen hänför det mesta som Kallenberg betraktar som utslag av dispositionsprincipen.

I övrigt må här framhållas att även författare som i själva uppläggningsen av problemet överensstämmer med Kallenberg, i allmänhet dra gränsen mellan dispositions- och förhandlingsprincipen på ett annat sätt än denne. Sålunda hänför Afzelius rättens bundenhet av parternas yrkanden och åberopanden till förhandlingsprincipen.⁷⁷ Inom tysk doktrin är särskilt det

⁷⁵ Hurwitz: *Tvistemaal* s. 107, 118 och 131.

⁷⁶ A.a. s. 120 f.

⁷⁷ Afzelius a.a. s. 34 jfrft med s. 13. Det är emellertid möjligt att Afzelius härmed endast avser att rätten icke får fästa partens uppmärksamhet på de handlingar som inte omfattas av förhandlingsprincipen.

senare vanligt förekommande. Motsättningen mellan förhandlings- och undersökningsprinciperna säges avse frågan, huruvida enbart parterna eller därutöver även rätten har ansvaret för »die Beschaffung des Tatsachenstoffes», vartill hänföres ej blott bevisningen utan även rättsfakta.⁷⁸ Undantag brukar endast göras för rättsfakta, som ha betydelse för sakens identitet.⁷⁹ Att rätten icke får bifalla ett kravmål på grundval av en annan försträckning än den käranden åberopat, hänföres till dispositionsprincipen. Att en talan om bättre rätt icke får bifallas på grund av hävd, då käranden endast åberopat köp, hänföres däremot till förhandlingsprincipen.

Med denna uppfattning ställer det sig naturligt att hänföra även erkännandets bindande kraft till förhandlingsprincipen. En part kan »disponera» över rättsfakta ej blott genom att underlåta att åberopa ett för honom fördelaktigt faktum utan även genom att erkänna ett av motparten åberopat sakförhållande. Det förefaller också vara det vanliga inom tysk doktrin att hänföra erkännandets bindande kraft till förhandlingsprincipen.⁸⁰

D. Brottmål

Även inom straffprocessen utgör rättens förhållande till parterna ett centralt problem. Straffprocessens allmänna struktur är i lika hög grad som civilprocessens beroende av huruvida den förras eller de senares verksamhet dominerar i rättegången. Det skulle under sådana omständigheter underlätta över-

samhet vid möjligheten att åberopa en annan grund eller framställa ett annat yrkande. Se även Gärde s. 174; jfr Rümelin s. 27 och Augdahl s. 4.

⁷⁸ Se t.ex. R. Schmidt s. 417 f. Typiskt är även följande uttalande av Bernhardt s. 13: »Nach der Verhandlungsmaxime kann das Gericht nur die Tatsachen als Grundlage seiner Entscheidung verwerten, die von den Parteien vorgebracht sind, so dass diese für den Ausgang der Verfahrung die Verantwortung tragen. Eine Erforschung des Sachverhalts von Amtswegen ist unzulässig.» Se även Sperl I s. 360.

⁷⁹ Se t.ex. Kisch i DJZ 1936 s. 916, Nikisch s. 191 och Schröder s. 174 f.

⁸⁰ Se t.ex. Canstein s. 198, Rosenberg s. 280, Lent s. 19 och Guldener I s. 112; se emellertid även Kleinfeller s. 19 f.

blicken av och en jämförelse mellan de båda processarterna, om man kunde begagna sig av samma processprinciper vid beskrivningen av deras struktur. Det är dock mera sällan som de inom civilprocessen uppställda principerna kommit till användning inom den straffrättsliga litteraturen. I stället har man laborerat med tvenne andra processprinciper, som inte förekomma i civilprocessuella framställningar. Jag tänker på den inkvisitoriska och den ackusatoriska principen. Även dessa ha emellertid använts i skiftande betydelser.

Först må uppmärksammas att uttrycken »inkvisitorisk och ackusatorisk straffprocess» begagnats som sammanfattningar av ett flertal olika processprinciper. Man har menat den inkvisitoriska processen utmärkas ej blott av att det inte finns någon åklagare och av den misstänktes ställning av undersökningsobjekt, utan även av förfarandets hemlighet, medelbarhet och skriftlighet samt av att den legala bevisteorien präglar bevisrätten. Ja, stundom framhålles t.o.m. användningen av tortyr och annat fysiskt tvång som ett för denna processart karakteristiskt drag. I motsats härtill anses den ackusatoriska processen kännetecknas av sitt tvåpartsförhållande, av att rätten intar en mera passiv attityd och den misstänkte bereds tillfälle att effektivt försvara sig, av att ett lekmanneelement ingår i domstolen, av förfarandets offentlighet, muntlighet och omedelbarhet samt av att bevisprövningen är fri.⁸¹

Vid denna användning av termerna har man i allmänhet vissa historiskt givna processordningar i tankarna. Den gemeinrättsliga straffprocessen säges vara »inkvisitorisk» i

⁸¹ Se t.ex. Glaser s. 28 f, Vidal s. 886, Hurwitz s. 35 f, Sjöström s. 21, Westring i SvJT 1922:229 f, Trygger s. 28 och Gärde i Festskrift för Schlyter s. 135 f. Meningarna äro emellertid delade om hur mycket som bör hänföras under de berörda beteckningarna. Som exempel kan nämnas att Glaser (s. 40) anser frågan om bevisprövningens frihet ej ha något att göra med processens inkvisitoriska respektive ackusatoriska karaktär samt att Trygger s. 34 f menar det vara förenligt med den inkvisitoriska principen att även den misstänkte och en kändepart kunna införa processmaterial.

motsats till den »akusatoriska» engelska rättskipningen. De väsentligaste olikheterna häremellan sammanfattas under beteckningarna inkvisitorisk och akusatorisk. Man talar emellertid också om »inkvisitoriska drag» i en såsom akusatorisk betecknad straffprocess samt vice versa. Sålunda säger Sjöström sakens »lämnande till framtiden» (*absolutio ab instantia*) enligt RB 17: 32 i 1734 års lag utgöra ett inkvisitoriskt element i den gamla svensk-finska straffprocessen.⁸² Härvid tänkes sålunda en sådan kunna vara mer eller mindre »rent» inkvisitorisk eller akusatorisk.⁸³ I doktrinen brukar också framhållas att de flesta processordningar haft denna karaktär och sålunda utgjort mer eller mindre utpräglade mellanformer.⁸⁴ Ja, man har rent av laborerat med en inkvisitorisk och en akusatorisk »idealprocess», vilka aldrig existerat i verkligheten. Belysande är härvid Glasers uttalande, »dass der akusatorische und der inkvisitorische Prozess in ihrer vollen Reinheit nicht verwirklicht werden können, dass nur der niedersten Prozessgestaltungen sich dieser Reinheit nähern, dass nur die g e s c h i c h t l i c h e Betrachtung einen historischen Typus des akusatorischen und des inkvisitorischen Strafprozesses ergibt, und dass der Strafprozess einer gegebenen Epoche fast immer nur ein Überwiegen bald des einen, bald des anderen Typus zeigt».⁸⁵ Även följande uttalande av Hurwitz är av intresse i detta sammanhang: »Anklageproces—inkvissionsproces har deres væsentlige betydning som slagord, der udtrykker modstående tendenser indenfor strafferetsplejen, dels formelt med hensyn til funktionsdelningen, dels materielt med hensyn til sigtedes beføjelser som processubjekt.»⁸⁶

⁸² Sjöström s. 24.

⁸³ Trygger s. 30 f talar om den inkvisitoriska respektive akusatoriska principen »genomförd i sin ytterlighet».

⁸⁴ I fransk doktrin anses *Code d'instruction criminelle* representera »une système mixte». Se t.ex. Garraud I s. 21 och Vidal s. 887; se även Westring i SvJT 1922 s. 232 och Hurwitz s. 32.

⁸⁵ Glaser s. 26 not 1; jfr s. 23.

⁸⁶ Hurwitz s. 36.

Vid användning av termerna inkvisitorisk och ackusatorisk i nu angivna betydelser förefaller det mindre lämpligt att begagna desamma i sammansättning med ordet »princip». Där- emot kan man tänka sig att såsom inkvisitorisk och ackusa- torisk beteckna viss eller vissa principer, som prägla de ovan berörda typerna av straffrättskipning. En möjlighet är att — i anknytning till innebörden av det latinska ordet »accusator» — använda termerna enbart rörande frågan om det finns någon kärandepart i processen. Med att en straffprocess är inkvisitorisk skulle man i så fall avse att det icke finns någon sådan part.⁸⁷ I denna mening är förundersök- ningen i gällande svensk rätt inkvisitorisk.⁸⁸ Med att rätte- gången har denna karaktär är det tydligen förenligt att vissa partsbefogenheter tillkomma den misstänkte t.ex. rätt att in- föra bevisning och att låta sig biträdas av en försvarare, såsom fallet också varit enligt vissa processordningar, vilka beteck- nats som inkvisitoriska.⁸⁹ Man skulle kunna säga att härmed icke avsåges något annat än att straffprocessen i visst avseende är organiserad som ett förvaltningsärende. Uttrycker man sig på det sättet, menar man dock tvåpartsförhållandet vara något för processförfarandet essentiellt och den inkvisitoriska pro- cessen sålunda icke vara något sådant förfarande i egentlig mening.⁹⁰

Motsvarande skulle gälla termen ackusatorisk. Av att en straffprocess är av detta slag skulle man ej kunna dra några slutsatser angående åklagarens befogenheter. Det kunde mycket väl ankomma på rätten att införskaffa utredningen och åklagaren endast ha till uppgift att framställa yrkanden och plädera i målet.

Inom doktrinen förekommer det att termerna inkvisitorisk och ackusatorisk användas på detta sätt. Man säger desamma endast ange processens »yttre form» och ej ha avseende på

⁸⁷ Jfr Rosenfeld s. 41.

⁸⁸ Jfr Olivecrona s. 146.

⁸⁹ Se ovan s. 191.

⁹⁰ Se Lohsing s. 57 vid not 5.

förhållandet mellan rätten och parterna under rättegången.⁹¹ Härvid torde man dock i regel förutsätta att några icke alltför blygsamma befogenheter tillkomma åklagaren. Särskilt brukar härvid avseende fästas vid åklagarens rätt att väcka åtal.⁹² Det var väl framför allt detta man hade i tankarna, då den något äldre svenska straffrättskipningen enligt 1734 års lag karakteriserades som »inkvisitorisk i ackusatoriska former».⁹³ Härmed torde man emellertid även ha avsett att densamma var en sådan »blandprocess», som vi berört i det föregående.

Emellertid begagnas inom straffprocessrätten även de processuella principer, som vi känna från den civilprocessuella doktrinen. Sålunda är det vanligt att *o f f i c i a l p r i n c i p e n* säges gälla inom straffrättskipningen, oberoende av huruvida förfarandet är inkvisitoriskt eller ackusatoriskt till sin form.⁹⁴ Innebörden härav är emellertid skiftande. Som grund för att även ackusatorisk process utgör ett officialförfarande åberopa vissa författare att allmänna åklagaren är en tjänsteman, som väcker och utför talan »*ex officio*».⁹⁵ Man understryker att straffprocessen ej förändrat karaktär i detta hänseende därför att den inkvisitoriske domarens befogenheter uppdelats på

⁹¹ Se t.ex. Binding s. 175 f och 197, Birkmeyer s. 137 samt Heinze s. 274 not 2. Hammerich (s. 132) säger att såväl civilprocessen som den ackusatoriska straffprocessen utmärkas av sin »Forhandlingsform» och understryker att denna ej må förväxlas med »Forhandlingsmaximen», som bara gäller i tvistemål.

⁹² Jfr Hurwitz s. 33 f, som för den ackusatoriska principen använder beteckningen »Anklagegrundsætningen». Av intresse är även följande uttalande av Hagerup (Straffprocesret s. 3): »I henseende til dommernes stilling har strafforfølgningen dels været lagt i hans haand, dels har han været stillet udenfor enhver andel i anklagen. Denne siste modsætning har man betegnet ved udtrykkene undersøgelses- og anklageprincip (eller rettere undersøgelses- og anklage-form).»

⁹³ Se t.ex. Westring i SvJT 1922 s. 233.

⁹⁴ Binding s. 211, Birkmeyer s. 137, Rosenfeld s. 42, Lohsing s. 57 och Trygger s. 29.

⁹⁵ Se t.ex. Heinze s. 275, R. Schmidt s. 381, Sauer s. 77 och Kern s. 37; jfr Dillén s. 27 f.

tvenne statsorgan: åklagaren och rätten.⁹⁶ Däremot anses dispositionsprincipen ha gällt i forngermansk straffprocess liksom detta i modern rätt är fallet i fråga om målsägande- och angivelsebrott.⁹⁷

Nu är det klart att åklagarens verksamhet i stort sett måste ske *ex officio*, d.v.s. oberoende av yrkanden t.ex. från målsäganden eller den misstänkte. Att säga detta vara ett utslag av officialprincipen förefaller mig dock vara en olycklig terminologi. Resultatet blir att denna princip kommer att gälla både rättens och åklagarens verksamhet i processen. Man kan då ej använda densamma för att beskriva förhållandet mellan rätten och parterna. Påståendet att t.ex. i svensk straffprocess ett problem lösts i överensstämmelse med officialprincipen skulle ej utsäga någonting annat än att bestämmanderätten tillkomme endera rätten eller åklagaren.⁹⁸

Vi ha mött ett liknande problem vid behandlingen av processrättssatserna.⁹⁹ Då gällde det frågan om ett stadgande att åklagaren må företa viss processhandling borde betecknas som dispositivt eller fakultativt. I vad angår åklagarens verksamhet i själva rättegången stannade vi för det förra uttryckssättet. Detta borde nämligen användas som beteckning på stadganden enligt vilka bestämmanderätten tillkom part. Och vi funno det härvidlag sakna betydelse, om denne är ett privat rättssubjekt eller en tjänsteman, som utför sin talan som ett tjänsteåliggande.

⁹⁶ Lohsing s. 57 karakteriserar den akusatoriska principen som »Grundsatz der Trennung der Funktionen».

⁹⁷ Se t.ex. Roeder s. 23. Graf Dohna s. 59 säger att genom införande av offentligt åtal »Offizialprinzip und Akkusationsprinzip, ursprünglich Gegensätze, nunmehr ihre Verschmelzung erfahren haben». Nehrmann (s. 18 f och 22 f) betecknar straffprocessen som »akusatorisk» endast då målsäganden för talan; det allmänna åtalet är för honom en »inkvisitorisk» institution.

⁹⁸ Se t.ex. Eb. Schmidt s. 150. Däremot säger sig Gärde i Festskrift för Schlyter s. 143 »med officialprincipen endast avse domstolens ställning i processen». Och under denna rubrik behandlar han endast regler enligt vilka rätten har att handla oberoende av parts yrkande.

⁹⁹ Se ovan s. 153 f.

Å andra sidan äro förhållandena mellan rätten och kändeparten inom straffprocessen inte oberoende av huruvida målsäganden eller allmänna åklagaren för talan. Som exempel kan nämnas att enligt RB den förre men ej den senare kan nedlägga åtalet även i högre rätt samt att i mål om målsägandebrott rättens befogenhet att förebringa bevisning är begränsad på samma sätt som i tvistemål.¹⁰⁰ Men sådana skillnader förekomma ju även inom civilprocessen t.ex. mellan dispositiva och indispositiva mål. Jag tror ingen skulle vilja ta detta till intäkt för den uppfattningen, att de allmänna processprinciperna borde användas i olika betydelser t.ex. i fråga om kravmål och mål rörande äktenskapsskillnad.

Vidare vill jag visst inte förneka att man kan ha behov av någon generell beteckning för det förhållandet att i ackusatorisk process åtal kan väckas av en myndighet, som har att utföra sin talan som ett tjänsteåliggande. Tvärtom är detta en omständighet av utomordentlig betydelse för straffrättskipningens effektivitet. Men som beteckning härför kan man ju använda t.ex. »principen om offentlig åtal» i motsats till principen som privat sådant.¹⁰¹

Vi skola nu övergå till de principer som inom straffprocessen användas för att beskriva förhållandet mellan rätten och parterna, varvid vi endast komma att sysselsätta oss med ackusatorisk process, där åklagaren för talan. Förbistringen inom doktrinen är här ännu större än i vad angår civilprocessen. Författare som på detta område laborera med flera än två motsatta processprinciper säga väl i allmänhet att officialprincipen gäller inom straffprocessen. Att rätten icke får bedöma någon annan gärning än den åklagaren åtalat brukar icke hänföras till dispositionsprincipen utan till den »ackusatoriska» principen.¹⁰² Men å andra sidan spelar officialprincipen i nu ifråga-

¹⁰⁰ 20: 9 st. 1, 20: 12 och 35: 6.

¹⁰¹ Gerland s. 107 talar om »Offizialklageverfahren», Munch-Petersen Vs. 14 om »Statsanklageprincipet».

¹⁰² Se t.ex. Eb. Schmidt s. 148, Roeder s. 26 och Kern s. 42.

varande sammanhang icke någon större roll inom den straffprocessrättsliga litteraturen. Vissa författare hänföra dit t.ex. rättens obundenhet av åklagarens påföljdsyrkande och den tilltalades erkännande,¹⁰³ men dessa regler betraktas också som utslag av vissa principer, som vi nu skola befatta oss med.

Ibland säges undersöknings- ibland förhandlingsprincipen gälla i modern straffprocess.¹⁰⁴ Dessa uttryck ha dock icke kommit till någon flitigare användning.¹⁰⁵ I stället begagnas de ackusatoriska och inkvisitoriska principerna som synonymer till förhandlings- och undersökningsprinciperna eller åtminstone som dessas »motsvarigheter» inom straffprocessen.¹⁰⁶ Men härvid gör man ingen skarp skillnad mellan denna användning av orden ackusatorisk och inkvisitorisk och den i vilken dessa begagnas i sammansättningen med ordet »process».¹⁰⁷ Den nu berörda terminologien leder också stundom till ganska förbluffande resultat. Att rätten kan ex officio införskaffa bevisning i brottmål säges vara ett »inkvisitoriskt» element i straffprocessen.¹⁰⁸ I Tryggers framställning blir vår gamla straffprocess rent av i sina huvuddrag »inkvisitorisk»; att rätten i viss utsträckning kan oberoende av parts åberopande beakta rättsfakta hänför denne icke till official- utan till inkvisitionsprincipen.¹⁰⁹

¹⁰³ Se t.ex. Trygger s. 7 och 33; jfr Gärde i Festskrift för Schlyter s. 143 f.

¹⁰⁴ Sauer s. 64. Då Processlagberedningen i SOU 1938 s. 23 säger att »straffprocessen i stort sett liksom civilprocessen bygger på förhandlingsprincipen», förefaller beredningen ha tänkt på parternas bevisande och argumenterande verksamhet i rättegången.

¹⁰⁵ Munch-Petersen V s. 10 åtnöjer sig med att understryka att förhandlingsprincipen icke gäller i brottmål.

¹⁰⁶ Grenander s. 7. Trygger s. 28 och Westring i SvJT 1922 s. 234 f; se även Glaser s. 26.

¹⁰⁷ Se ovan s. 232 f.

¹⁰⁸ Trygger s. 48 och Sjöström s. 23 f. Och från engelsk rätt kan återges följande uttalande av Kenny s. 570 not 1: »The old 'inquisitorial' character of our criminal trials survives in the rule that in criminal trials a judge can call a witness»; se även Glaser s. 145 n. 14.

¹⁰⁹ Trygger 47 f och 50 f.

Andra författare begagna i dessa sammanhang varken undersöknings- eller inkvisitionsprinciperna utan tala om »den materiella sanningens princip».¹¹⁰ Detta uttryckssätt sammanhänger sannolikt med den ursprungliga betydelsen av ordet »inkvisitorisk». Som vi tidigare berört menade man härmed under medeltiden varje förfarande, som var inriktat på utredningen av sanningen med härför tjänliga medel.¹¹¹ Det inkvisitoriska förfarandet skulle alltså kännetecknas av att lagen ej uppställer några hinder för denna utredning, vilket också anses vara innebörden i den »materiella sanningens princip».

Emellertid medför detta att den ifrågavarande principen kommer att skifta innebörd allt efter de hinder för rättens efterforskning, som man har i tankarna. Densamma används ibland för att beteckna motsatsen till sådan »formell bevisning», som förekom t.ex. i forngermansk rätt,¹¹² ibland till den »legala bevisteori», som präglade den kanoniska och geminnrättsliga processen.¹¹³ I moderna framställningar begagnas den emellertid framför allt för att utmärka rättens obundenhet av parternas yrkanden, åberopanden och erkännanden samt dess befogenhet att ex officio införskaffa bevisning. En konsekvens härav synes vara att de motsatta förhållandena i tvistemål borde hänföras till »den formella sanningens princip». Detta monstruösa uttryckssätt var också vanligt förekommande i äldre doktrin, medan det numera förefaller vara statt på avskrivning.¹¹⁴ Man får hoppas att så kommer bli fallet även med den materiella sanningens princip inom straffprocessrätten.

Angående denna princip skulle jag slutligen vilja tillägga att det inom modern straffprocess finns skäl att anse rättens ansvar för domens riktighet vara ganska olika i fråga om

¹¹⁰ Se Glaser s. 34, Eb. Schmidt s. 151, Lohsing s. 54 och Roeder s. 31. Som synonymer till den materiella sanningens princip förekomma i tysk doktrin även uttrycken »Instruktionsprinzip» och »Ermittlungsgrundsatz». Se Kern s. 48 f, v. Hippel s. 313 och Eb. Schmidt s. 151.

¹¹¹ Se ovan s. 189; jfr Niese s. 19.

¹¹² Se t.ex. Binding s. 189.

¹¹³ Se t.ex. Sjöström s. 18 och Sauer s. 69 f.

¹¹⁴ Se emellertid t.ex. Lohsing s. 55 och Sauer s. 67 f.

fällande och friande domar. Föreligger det tillräcklig bevisning mot en tilltalad som förnekar brottet, åligger det rätten att kontrollera att det ej finns ytterligare bevisning, som talar för hans oskuld. Däremot bör rätten visa större återhållsamhet vid efterforskande av bevisning för den tilltalades skuld. I båda fallen äventyrar visserligen rättens aktivitet dess förmåga att objektivt värdera bevisningen. Men enligt modern uppfattning är det långt viktigare att ingen oskyldig döms till straff än att en och annan brottsling går fri på grund av bristande bevisning.¹¹⁵ Så såg man ej på saken förr i tiden. På grund av svårigheten att över huvud taget överbevisa brottslingar om deras skuld kunde man ej kosta på sig en sådan hänsyn till den misstänktes trygghet. En förbättrad kriminalpolis och en effektivare kriminalteknik ha utgjort de främsta förutsättningarna för straffprocessens humanisering.

E. Förfarandet

Inom doktrinen brukar man mer eller mindre konsekvent skilja mellan regler rörande processmaterialet och sådana som reglera själva »proceduren» eller rättegångens »yttre gestaltande», som man också säger. Regler av det förra slaget avgöra vilka processsubjekt som få införa processmaterial i rättegången och i vilken utsträckning rätten skall ta hänsyn till detta vid målets avgörande. Hit höra alltså sådana frågor, som vi berört i de föregående avsnitten av framställningen. Alla andra regler hänför jag till »f ö r f a r a n d e t». Att laborera med dettas »inre och yttre förlopp» finner jag för min del inte bidra till klarheten.

Hur i detalj gränsen skall dras mellan de båda grupperna av regler har varit föremål för delade meningar. Att t.ex. regler om processhinder, kumulation, handläggningens uppdelning på olika stadier, uppskov, kallelser och delgivning angå för-

¹¹⁵ Denna värdering har även tillmätts betydelse vid utformningen av de regler, som bruka sammanfattas under beteckningen *f a v o r d e f e n t i o n i s*. Dessa anses av Glaser I s. 43 innebära inskränkningar i »den materiella sanningens princip».

farandet är uppenbart. Men är detta också fallet med reglerna om väckande och återkallande av talan? Dessa behandlas t.ex. av Hagerup och Schröder i samband med reglerna om förfarandet medan t.ex. Kallenberg berör dem tillsammans med reglerna om processmaterialet.¹¹⁶ Ur systematisk synpunkt synes mig den förra uppfattningen ha mest skäl för sig. En annan kontroversiell fråga är vart man skall hänföra reglerna om hur och av vem vittnesförhör böra ledas. Kallenberg säger »den formella processledningen omfatta domarens förhör med vittnen och sakkunniga».¹¹⁷ Kleinfeller förefaller däremot vara av annan mening.¹¹⁸ Mig synes reglerna om vem som skall leda förhöret och hur frågorna skola ställas, angå förfarandet, medan t.ex. inskränkningar i vittnesplikten avse processmaterialet. För min del fäster jag emellertid inte något större avseende vid hur gränsen dras mellan de båda grupperna av regler.

I vad angår rättens förhållande till parterna är frågeställningen i stort sett densamma då det gäller förfarandet som med avseende på processmaterialet. Rätten fattar beslut om vad som skall ske i processen, men lagen kan stadga, att visst beslut förutsätter att part yrkat härom. Är så icke förhållandet, fattas beslutet ex officio, vare sig den härvid tillämpliga regeln är obligatorisk eller fakultativ.

Hänföras även regler rörande förfarandet till de allmänna processprinciper, som vi berört i det föregående? I så fall skulle enligt dispositions- eller förhandlingsprincipen parterna bestämma om förfarandets utformning i olika avseenden, medan official- eller undersökningsprincipen bl.a. skulle innebära att rätten oberoende av parternas yrkanden beslöt i sådana frågor.

Tidigare har påpekats att Gönner fattade de av honom uppställda principerna i denna vida bemärkelse.¹¹⁹ Men detta har

¹¹⁶ Hagerup I s. 401, Schröder s. 172 och Kallenberg II s. 14 och 24.

¹¹⁷ Kallenberg II s. 198 och 206.

¹¹⁸ Kleinfeller s. 195; se även Engelmänn s. 23 vid not 5.

¹¹⁹ Se ovan s. 215.

skett även inom den senare doktrinen. Som Troller framhåller angående förhandlingsprincipen, har denna använts »bald zur Bezeichnung der Parteiherrschaft über den Prozesstoff, bald mit Einbeziehung des Parteibetriebes und der Verbindlichkeiten der Parteibegehren».¹²⁰ Som exempel på den senare uppfattningen kan anföras följande uttalande av Wach angående förhandlingsprincipens innebörd: »Kein Prozessbeginn ohne Antrag, keine Prozessfortsetzung wider den Willen der Parteien, keine Oktroyierung prozessualer oder materieller Vorteile, keine Officialbeschaffung von Prozesstoff.»¹²¹ »Ne procedat iudex ex officio» anser Wach innebära att parterna bestämma ej blott över omfattningen av sin talan utan även över t.ex. terminer och frister. Och från den straffprocessuella litteraturen kan nämnas att Lohsing anser domstolens bestämmanderätt i uppskovsfrågor vara ett utslag av officialprincipen. Att denna gäller inom straffprocessen innebär bl. a. att där råder »Amtsbetrieb» och icke »Parteibetrieb».¹²² Slutligen kan från nordisk doktrin nämnas att Munch-Petersen bl.a. hänför kärandens valrätt mellan flera fora till dispositionsprincipen.¹²³

Andra författare låta däremot de här berörda processprinciperna endast avse reglerna om processmaterialet. Som vi sett är detta fallet med Kallenberg.¹²⁴ Detsamma gäller Granfelt, som understryker att den formella processledningen »icke innebär tillämpning av officialprincipen».¹²⁵ Vidare må här återges ett uttalande av Kleinfeller att »der Prozessbetrieb durch die Parteien seine Grundlage weder in dem Verhandlungsgrundsatz noch im Dispositionsgrundsatz hat».¹²⁶

Å andra sidan bruka författare, som äro av denna uppfattning, vid sin behandling av rättens förhållande till parterna, beröra regler om processmaterialet och förfarandet i ett sam-

¹²⁰ Troller s. 31 f.

¹²¹ Wach: Vorträge s. 53.

¹²² Lohsing s. 54.

¹²³ Munch-Petersen II s. 240; se även Afzelius s. 13 ff.

¹²⁴ Se ovan s. 224 f.

¹²⁵ Granfelt: Officialprincipen I s. 4.

¹²⁶ Kleinfeller s. 200; se även Hammerich s. 57 f och 128 f.

manhang. Under rubriken »Das Dispositionsrecht der Parteien im Civilprozeß» behandlar sålunda Canstein »der freie Prozessbetrieb, die Dispositionsmaxime und die Verhandlungsmaxime im Gegensatz zu dem Officialbetrieb, der Officialmaxime und der Inquisitionsmaxime». ¹²⁷ Och Sperl framhåller: »Wie dem Inquisitionsprincip der Richter- oder Officialbetrieb des Verfahrens entspricht, ebenso (entspricht) der Verhandlungsmaxime der Parteienbetrieb.» ¹²⁸ Slutligen må även anföras att Schröder i sin uppsats »Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozess» behandlar denna fråga med avseende på (1) förfarandets yttre förlopp, (2) processföremålet och (3) bevismedlen.

Av det föregående har framgått att man inom tysk doktrin använder beteckningarna »Parteibetrieb» och »Official (Amts-, Richter-)betrieb» för att beteckna varandra motsatta principer rörande förfarandet. Denna systematik har upptagits inom nordisk doktrin. Munch-Petersen talar om »Partsvirksomheds- og Dommervirksomhedsgrundsætningerne» och som tidigare nämnts räknar Kallenberg med att »processdriften» ankommer endera på rätten eller parterna. ¹²⁹

Innebörden av dessa uttryck är emellertid icke blott vag utan även varierande hos olika författare. Vissa begagna dem i samma begränsade betydelse som Kallenberg. Till processdriften hänföras endast regler, som äro av omedelbar betydelse för processens fortgång såsom t.ex. om delgivning, uppskov och vilandeförklaring. ¹³⁰ Andra författare låta däremot densamma inbegripa även allehanda andra regler angående förfarandet. ¹³¹ Denna åsiktsmotsättning gör sig även gällande vid användningen av uttrycket »rättens formella pro-

¹²⁷ Cansteins s. 334; se även Munch-Petersen II s. 224 f, Sauer s. 78 och Boehmer s. 111.

¹²⁸ Sperl I s. 359.

¹²⁹ Munch-Petersen II s. 245 samt ovan s. 225.

¹³⁰ Rosenberg s. 276 f.

¹³¹ Se t.ex. Wach: Vorträge s. 63 och 69 samt Engelmann s. 21 ff (med stort antal hänvisningar till tysk litteratur); Hagerup I s. 400 f räknar processens igångsättande till processdriften.

cessledning». Enligt den förra uppfattningen hänför sig denna till andra frågor än sådana som falla inom processdriften, medan enligt den senare rättens processledning begränsar tillämpningen av principen om »Parteibetrieb».¹³² Liksom rättens materiella processledning ej hänföres till undersökningsprincipen utan endast framställles som en modifikation av förhandlingsprincipen, anses samma förhållande råda mellan rättens formella processledning samt principen om partsdrift.

Det finns emellertid författare som över huvud taget ej begagna sig av termerna »Partei- und Amtsbetrieb». Rättens inflytande på förfarandet i alla dess olika faser karakteriseras de som »formell processledning».¹³³ Parternas inflytande på förfarandet hänföres i dessa framställningar ej under någon bestämd processprincip. På sin höjd framhålles att det härvid är fråga om »dispositiv processrätt» eller något dylikt. Man talar sålunda icke om någon »parternas processledning». Det låter sig ju också sägas att parterna aldrig »leda» processen utan endast framställa yrkanden om att rätten måtte leda denna på visst sätt.

Angående rättens formella processledning må slutligen framhållas att denna enligt vissa författaresh mening är reglerad endast genom fakultativa stadganden.¹³⁴ Det skulle alltså ej vara fråga om någon sådan processledning, då rätten förordnar t.ex. om kumulation enligt 14:1 eller hindrar part att uppläsa en rättegångsskrift under huvudförhandlingen (43:5). Men även i sådana fall förordnar ju rätten om förfarandets gestaltning oberoende av yrkande från parts sida. Även då förordnandet ges enligt en obligatorisk regel är det rätten som bestämmer vad som skall ske i processen utan att parterna ha något inflytande härpå. Fast man får väl å andra sidan erkänna att ordet »ledning» ger intryck av att det givits åtmin-

¹³² Se särskilt Engelm ann s. 23.

¹³³ Se t.ex. Klein s. 307, Levin s. 37 f och 69 f samt Sch önke s. 121.

¹³⁴ Sjöström s. 25 f och Munch-Petersen II s. 245; se däremot Lewin s. 45 och Rosenberg s. 252 ff.

stone något utrymme för rättens fria skön och att denna icke endast gestaltar processen så som det föreskrivits i lagen.

Av det föregående skulle jag vilja dra den slutsatsen, att om man över huvud taget vill röra sig med några generella principer, som endast avse det nu berörda området, så bör man använda begreppen »partsdrift» och »domstolsdrift» på förfarandet i dess helhet. Den svenska RB innehåller ett flertal dispositiva regler, som icke angå processmaterialet men icke heller avse processdriften i den inskränkta mening, i vilken Kallenberg begagnar denna term.¹³⁵ Enligt dessa regler tillkommer bestämmanderätten parterna och reglerna böra därför hänföras till någon princip, enligt vilken dessa ha inflytande över förfarandets utformning. Jag sammanför därför även dessa stadganden under »partsdriftsprincipen». Stadganden, enligt vilka rätten gestaltar förfarandet ex officio, betraktar jag däremot som utslag av »principen om domstolsdrift». Uttryckssätten äro otympliga, det må medges, men de ha dock en viss anknytning till en inom doktrinen förekommande terminologi.

F. Official- och förhandlingsprinciperna med ny innebörd

Av de föregående avsnitten i detta kapitel har framgått att man inom doktrinen uppställt olika principer rörande rättens och parternas inflytande i processen samt att man härvid även använt samma beteckningar i olika betydelser. Detta har naturligtvis sina olägenheter. Talar en författare om »förhandlingsprincipen» kan man ej utgå från att innebörden härav är densamma som på ett annat håll inom litteraturen, utan man måste undersöka med vilken mening just den ifrågavarande författaren använder termen. Ofta har emellertid denne ej funnit anledning att ange någon explicit definition därpå. Och även om så är fallet, kan man ej lita på att han konsekvent begagnar termen i denna betydelse. Använda andra författare samma term med en mer eller mindre avvikande innebörd, är

¹³⁵ Se t.ex. 10: 16 och 18, 17: 5 st 2, 36: 12 st. 3, 42: 20 st. 2, 50: 21 st. 2 och 3 samt 50: 28 (jfr 51: 28); jfr ovan s. 225 f.

det lätt hänt att man påverkas härav och i vissa sammanhang avviker från den egna definitionen.

Man kan under sådana omständigheter fråga sig om icke uppställandet av allmänna principer medför mer ohägn än nytta. Hur därmed förhåller sig torde delvis vara beroende av vad slags principer det är fråga om. Vi ha tidigare berört att det finns sådana, som motsvaras av ett enda lagstadgande, medan andra utgöra sammanfattningar av ett större eller mindre antal rättsregler. Som exempel på principer av det förre slaget ha vi nämnt dem om förhandlings offentlighet och om fri bevisprövning.¹³⁶ Laborerar man inom doktrinen med några sådana principer med avseende på rättens och parternas inflytande i processen? Jag skulle knappast tro det. Men låt oss som ett tankeexperiment applicera Kallenbergs uppfattning av förhandlingsprincipens innebörd på den gällande svenska rätten. Regeln i 17: 3 att »dom ej må grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan», skulle Kallenberg säkerligen ha hänfört till dispositionsprincipen. I vad mån rätten, t.ex. under förberedelsen i underrätt, äger införa sådana omständigheter i rättegången är på grund av lagens tystnad en omstridd fråga, men densamma synes man mig lämpligen böra hänföras till rättens materiella processledning.¹³⁷ Återstår då endast det i 35: 6 stadgade förbudet för rätten att ex officio förebringa bevisning i dispositiva mål. Att beteckna denna regel som »förhandlingsprincipen» kan jag dock för min del inte finna välbetänkt. Anledningen härtill är icke att förbudet ej gäller generellt utan endast med avseende på vittnesbevisning och rörande editionsföreläggan-

¹³⁶ Se ovan s. 205.

¹³⁷ Se 42: 11 p. 3 och 42: 15. Enligt 43: 4 p. 3 skall rätten under huvudförhandlingen »genom frågor och erinringar söka avhjälpa otydlighet eller ofullständighet i gjorda uttalanden». Det framhålls i Motiven (s. 539) att »rätten härvid i viss utsträckning kan komma att föranleda parterna att åberopa omständigheter, som tidigare förbigåtts» (spärr. av mig). Och i sin kommentar till detta stadgande säger Gärde (s. 614) att »rättens verksamhet för att bestämma tvistens föremål och åstadkomma en fullständig utredning måste till huvudsaklig del komma att hänföra sig till förberedelsen».

den. Även exempelvis offentlighetsprincipen gäller ju icke utan ett flertal undantag. Men genom att 35: 6 anses reglera i vilken omfattning förhandlings- eller undersökningsprinciperna gälla inom den allmänna processen, ger man sken av att detta stadgande skulle fylla en mycket viktig uppgift i processen. Hur delade åsikterna än äro angående dessa principers innebörd, anse väl alla motsättningen dem emellan vara betydelsefull. Enligt min mening är det emellertid ingalunda säkert att den svenska processen skulle nämnvärt förändras, om 35: 6 skulle erhålla en annan lydelse än paragrafen nu har.

Låt mig något närmare utveckla skälen härför. Vad först angår de dispositiva tvistemålen, har frågan lösts på tre olika sätt inom modern civilprocess. Enligt vissa lagar kan rätten ex officio förebringa all slags bevisning även i sådana mål.¹³⁸ Enligt andra göres härvid rörande vittnesbevisning och skriftliga bevis undantag för det fallet att båda parterna motsätta sig bevisupptagningen.¹³⁹ Och slutligen förekommer det förbud för rätten att överhuvudtaget införa bevisning av visst slag, t.ex. vittnesbevisning.¹⁴⁰

¹³⁸ C.p.r.c § 254 och UZPO (1911) § 288. Vidare är så förhållandet i Schweiz enligt den federala och åtskilliga kantonala processordningar (Guldener I s. 115 med not 16). Se även ovan s. 182 ang. civilprocessen i kommunistiska stater.

¹³⁹ ÖZPO § 183 st. 2, PZPO (1930) §§ 244 och 282 samt Tvml § 190. Enligt österrikisk rätt förutsätter dock en upptagning ex officio av skriftlig bevisning att part åberopat den ifrågavarande handlingen som bevisfaktum. — I propositionen till ÖZPO hade föreslagits att rätten utan inskränkning skulle kunna införskaffa bevisning ex officio. Under riksdagsbehandlingen gjordes emellertid gällande att parterna borde ha rätt att utesluta viss bevisning. »Eine Menge von nicht übersehbaren Verhältnissen des Privatlebens, Rücksichten auf Tatsachen des Familienlebens etc. kommen hier in Betracht» (Materialien zu den österreichischen Civilprozessgesetzen I s. 776. Wien 1897.).

¹⁴⁰ Så är fallet t.ex. enligt tysk, italiensk, dansk och svensk rätt. Angående dansk rätt se Munch-Petersen II s. 257 och Hurwitz: Tvistemaal s. 126; angående italiensk se Codice di Procedura civile § 115 st. 1. Enligt Stein-Jonas: vor § 128 III 2 c och Schöнке s. 253 skulle domstolen numera enligt tysk rätt kunna föranstalta om skriftlig bevisning ex officio; se emellertid även Rosenberg s. 545.

I och för sig tror jag det spelar mycket liten roll vilken lösning av detta problem lagstiftaren väljer. Vad som har praktisk betydelse är däremot den omfattning, i vilken rätten skall vara verksam för bevismaterialets komplettering. Man kan här tänka sig flera olika möjligheter. 1) Domaren skall, oberoende av vad parterna anfört, efterforska om det finns någon annan bevisning än den av dem åberopade. 2) Han skall göra detta, men endast på grundval av det av parterna förebragta processmaterialet.¹⁴¹ 3) Han skall inte företa några egentliga efterforskningar utan begränsa sig till sådana nya bevis, som han kommer att tänka på, då han tar del av processmaterialet. 4) Han har över huvud taget ej att befatta sig med någon annan bevisning än den parterna förebringa.

Det nu berörda problemet har relevans, även om rätten ej får införskaffa bevisning ex officio, nämligen för den händelse den äger fästa parternas uppmärksamhet vid bevis som de förbisett.¹⁴² Den under 4) nämnda lösningen saknar tydligen betydelse även då detta är fallet och ej blott då rätten ex officio äger införskaffa bevisning. Och vad angår lösningarna nr 1 och 2, inge dessa ungefär samma betänkligheter i båda fallen. Genom att ägna sig åt att efterforska ny bevisning, distraheras domaren i sin övriga — och väsentligen viktigare — verksamhet under rättegången samt riskerar att bibringa sig förutfattade meningar i bevisfrågorna. Detta är däremot icke — eller åtminstone i avsevärt mindre grad —

Vittnesmål kunna däremot upptas endast på parts yrkande. I detta sammanhang må noteras att precis samma lösning på problemet föreslogs av Processkommissionen (III s. 150) för svensk rätts del.

¹⁴¹ K a n n framhåller i sin kommentar till PZPO av 1930 (s. 108) att »die Gerichte mit der unter Umständen sehr schwierigen und verantwortlichen Aufgabe belastet sind, die Parteierklärungen sowie den Inhalt der Akten und Beiakten daraufhin zu durchmustern, inwieweit sie Anhaltspunkte zu Erhebung von Beweisen über erhebliche Streitpunkte liefern, die von seiten der Parteien nicht angetreten worden sind».

¹⁴² Enligt Processkommissionen (III s. 60) borde »domstolen genom frågor till parterna kunna föranleda dessa att införskaffa bevismedel, som de förut måhända förbisett, men domstolen själv bör icke äga införa bevismedel i större omfattning än som i lagen är uttryckligen medgivet».

fallet enligt lösningen under 3.¹⁴³ Antag nu att denna överensstämmer med gällande rätt. Det spelar då mycket liten roll om domstolen kan förebbringa den nya bevisningen ex officio eller icke. Är detta ej fallet, skall domaren påpeka dess existens och möjliga betydelse för parterna, varvid i allmänhet någon av dessa åberopar beviset ifråga. Frågan ställs på sin spets endast då detta av någon anledning ej blir förhållandet. Härvidlag må emellertid uppmärksammas att rätten, då den införskaffar bevisning ex officio, måste beakta att parter och vittnen ej åsamkas orimliga kostnader eller andra olägenheter. Vad som återstår är egentligen endast det fallet att ingendera parten vill åberopa t.ex. ett vittne, som förefaller kunna ge värdefulla upplysningar men vars vittnesmål ej är helt till fördel för någon av parterna. Detta torde vara mycket sällsynt förekommande.

På liknande sätt ter sig problemet i brottmål. Man skulle kunna tänka sig att »undersökningsprincipen» innebure att det främst ankomme på rätten att införskaffa bevisning. Men så går det ju icke till i gällande rätt. Det är i första hand parterna som äro verksamma i detta hänseende och rätten endast kompletterar det av dessa förebragta materialet, då så befinnes erforderligt.¹⁴⁴ Denna ordning motiveras ej blott av att parterna äro de som bäst känna till vad det finns för bevisning. Att rätten efterforskar sådan måste särskilt väcka betänkligheter i brottmål, där bevisfrågorna så ofta äro invecklade och en oriktig bedömning härav kan leda till att en oskyldig blir fälld till straff.

Men i så fall kan man fråga sig hur rätten bör utnyttja sin befogenhet att ex officio komplettera parternas utredning. Att rätten efter en flyktig genomläsning av förundersökningspro-

¹⁴³ Emot denna kan man ej heller invända att rättens initiativ ger sken av att domstolen toge parti för ena parten. Detta kan förhindras genom att den materiella processledningen utföres taktfullt. Härvidlag må även uppmärksammas att det i allmänhet är omöjligt att avgöra vilken part som kommer att dra nytta av den nya bevisningen. Slutligen må här även erinras om att parterna ha sanningsplikt i processen (43: 6 st. 1). En part kan då rimligen icke beklaga sig över att utredningen blir så fullständig som förhållandena tillåta.

¹⁴⁴ Se ordalydelsen av 35: 6 p. 2.

tokollet inkallar ett där nämnt vittne, som ej åberopats i stämningsansökningen, eller förelägger åklagaren att på en eller annan punkt fullständiga förundersökningen, vållar väl ej så stora betänkligheter. På samma sätt skulle jag vilja bedöma det fallet att bevisningen befunnits otillräcklig och rätten förordnar om uppskov för upptagning av ytterligare sådan, som framkommit under huvudförhandlingen. Men antag att härvid någon dylik bevisning icke framkommit. Skall rätten då börja förhöra åklagaren om hur förundersökningen gått till och över huvud taget försöka utröna om man skulle kunna få fram någon ytterligare utredning? Möjligen kan detta anses försvarligt, då bevisningen mot en tilltalad, som förnekar, är tillräcklig, men rätten har en känsla av att det kan finnas bevisning för hans oskuld, som ej framkommit i målet. Men så vitt möjligt bör rätten undvika att vara aktiv på detta sätt. Då bevisvärderingen är av sådan central betydelse i brottmål, där den tilltalade förnekar, bör rätten underlåta allt som äventyrar dess förmåga att objektivt bedöma bevismaterialet. Helst bör dess materiella processledning ej vara mera vittgående än i tvistemål. Ja, idealet vore otvivelaktigt i mål av nu ifrågavarande slag, att rätten icke ens toge del av protokollet från förundersökningen och att förberedelsen organiserades på samma sätt som i tvistemål.¹⁴⁵ Hur fast domarens föresats än är att ej låta sig bibringas några förutfattade meningar av de uppgifter som lämnas i detta protokoll, torde nämligen i viss utsträckning så ändock bli förhållandet. Men det är klart att en sådan ordning för brottmålsens handläggning är mera omständlig och kostsam än den nuvarande, liksom den också ställer större krav på åklagare och försvarare.

Den nu berörda problematiken hade ingen aktualitet i tysk rätt på den tid, då Gönner uppställde förhandlings- och undersökningsprinciperna som varandra motsatta grundsatser rörande herraväldet i processen. I den dåtida tyska straffprocessen var »inkvisiten» ett undersökningsobjekt och all utredning i målet skedde på »inkvirentens» initiativ. Och

¹⁴⁵ Jfr 47: 6 och Behm s. 29 f.

visserligen gällde rena motsatsen härtill inom den gemeinrättsliga civilprocessen. Men där var rätten icke blott förhindrad att införskaffa bevisning *ex officio*, utan förfarandets skriftlighet omöjliggjorde också varje effektiv processledning från dess sida. En reaktion häremot utgjorde den preussiska civilprocessen, enligt vilken rätten skulle utöva en stark sådan ledning. Men här kände man å andra sidan inga som helst betänkligheter mot att rätten engagerade sig i utredningen. Som vi sett skulle rätten genom muntliga förhör med parterna utröna varpå dessas talan kunde grundas och vad det fanns för bevis härför. Rätten skulle utöva en efterforskande verksamhet, som gick vida utöver ej blott den materiella processledning, som i våra dagar rekommenderas i tvistemål, utan även den som förekommer i brottmål.

Sedan Gönners dagar har det blåst många vindar. På sistone har man inom tysk doktrin börjat tala om en »Strafprozessualisierung des Zivilprozesses» och en »Zivilprozessualisierung des Strafprozesses».¹⁴⁶ Inom båda processarterna borde parterna vara de i främsta rummet aktiva, men rätten utöva en supplerande verksamhet av skiftande intensitet och omfattning. Och härvid borde det — så långt detta nu är möjligt och rimligt — åvägbringas en förtroendefull »arbetsgemenskap» mellan rätten och parterna.¹⁴⁷ Dessa idéer kunna allra minst vi svenskar känna oss främmande för, ty hos oss har ju, som tidigare påpekats, handläggningen av tvistemål och brottmål alltid varit mera överensstämmande än i andra länder, liksom rättskipningen i våra häradsrätter ännu in i våra dagar bevarat ett patriarkaliskt drag.

Under sådana förhållanden tror jag det är oklokt att beskriva den i 35:6 stadgade skillnaden mellan brottmål och dispositiva tvistemål som en motsättning mellan tvenne motsatta processprinciper, som endast har avseende på detta problem. Den tanken ligger ju nära till hands att enligt »förhandlingsprincipen» rätten ö v e r h u v u d t a g e t ej har

¹⁴⁶ Se t.ex. Sauer: Grundlagen s. 663.

¹⁴⁷ Sperl I s. 361, Entwurf s. 258, Lent s. 24 och Rosenberg s. 278; se även Hagerup I s. 401.

något ansvar för sakfrågans utredning, medan den skulle vara förpliktad att själv utforska sanningen i mål, som präglas av »undersökningsprincipen». Det föregående har emellertid visat att skillnaden mellan de båda processarterna är långt mera subtil och väsentligen hänför sig till frågan på vad sätt och i vilken omfattning rätten bör kontrollera om det av parterna åvägabragta materialet behöver fullständigas.

Låt oss härefter övergå till frågan om de berörda principerna böra begagnas som sammanfattande beteckningar på ett större antal rättsregler. Det är ju så principerna främst använts inom doktrinen. Regler, som överensstämma i visst hänseende, sammanföras under en gemensam princip. Man kunde sålunda tänka sig att till undersöknings- eller officialprincipen hänföra alla regler enligt vilka rätten handlar oberoende av parts yrkande. Det vanliga torde emellertid vara att man hit endast räknar vissa sådana regler, nämligen de enligt vilka rätten intar en dominerande maktställning i rättegången. Man tänker sig att de principer det här är fråga om, skola ange vilket processsubjekt som har bestämmanderätten i processen.¹⁴⁸ Enligt official- och undersökningsprinciperna tillkommer denna domstolen, enligt dispositions- och förhandlingsprinciperna parterna. En följd härav blir emellertid att regler, som ej gå att passa in i detta schema, överhuvud ej hänföras till någon allmän processprincip. Typiskt härför är det sätt, varpå man behandlat den materiella processledningen. Som vi sett menar Kallenberg det stå i överensstämmelse med förhandlingsprincipen, att rätten äger påpeka för käranden att hans talan ej kan bifallas på den av honom åberopade grunden.¹⁴⁹ Tanken att ett sådant initiativ från rättens sida borde hänföras till undersöknings- eller officialprincipen är honom helt främmande. Och ändock är rättens initiativ i detta fall oberoende av parts yrkande. På samma sätt förhåller det sig i tysk doktrin. Där säges den materiella processledningen innebära en »Ergänzung», »Ab-

¹⁴⁸ Särskilt klart framträder denna tankegång hos Planck I s. 194.

¹⁴⁹ Se ovan s. 223.

schwächung» eller »Eindämmerung» av förhandlingsprincipen, men man hänför ej densamma till den motsatta principen, ty denna antas innebära att rätten är behörig att ex officio berika processmaterialet.¹⁵⁰ Liksom Kallenberg tillmäter man den materiella processledningen en utomordentlig betydelse inom modern civilprocess, men man känner sig så bunden av den hävdvunna systematiken, att man ej kommer sig för att hänföra detta initiativ från rättens sida till någon processprincip.¹⁵¹

En bidragande orsak till detta förhållande kan tänkas vara att en processprincip anses skola ha ett klart fixerat innehåll, medan man som materiell processledning betecknar ingripanden från rättens sida av mycket varierande intensitet och omfattning. Vi ha tidigare berört detta förhållande i vad angår bevisningen. Detsamma är inte mindre påfallande med avseende på r ä t t s f a k t a. Antag att sådana måste åberopas för att ingå i processmaterialet, men att rätten härvidlag skall utöva viss materiell processledning. Denna kan då tänkas vara av olika omfattning. Rätten kan tänkas vara behörig att påpeka, att den av parten åberopade grunden förefaller otrolig eller icke har den rättsliga betydelse, som parten förutsätter, att parten, för att få sin talan bifallen, måhända bör åberopa viss ytterligare omständighet utöver dem, varpå han har grundat sin talan, att vad som framkommit ger vid handen att part kan åberopa en annan grund, som endast delvis sammanfaller med den åberopade eller att det finns en grund, som helt skiljer sig från denna. Av dessa olika möjligheter framstår den förstnämnda som en u r p r a k t i s k s y n p u n k t mindre betydelsefull avvikelse från den »rena» förhandlingsprincipen, medan man med den senast nämnda uppnår praktiskt taget samma resultat som med den »rena» undersökningsprincipen.¹⁵²

Enligt min mening utgör detta emellertid intet skäl att ej hänföra den materiella processledningen till undersöknings-

¹⁵⁰ R. Schmidt s. 426, Levin s. 34, Schultzenstein s. 321, Schröder s. 177 och Troller s. 39.

¹⁵¹ Blumenstein (s. 133) säger uttryckligen att rättens processledning »von den Prozessmaximen unabhängig ist».

¹⁵² Jfr Schultzenstein s. 341.

eller officialprincipen. Oavsett vilken lösning av problemet man stannar för, är det dock här fråga om en verksamhet i processen, som rätten utövar oberoende av parts yrkande. Och räknas rättens efterforskan verksamhet till den materiella processledningen, måste man erkänna att frågan om dennas intensitet är av långt större praktisk betydelse än frågan om rätten får beakta rättsfakta ex officio. Enligt min mening utgör det förra spörsmålet rent av ett av huvudproblemen inom vår civilprocess. Rättens materiella processledning är ju ett av de medel som kan begagnas för att åstadkomma en snabbare rättskipning och nedbringa processkostnaderna. Och just dessas omfattning utgör ju för närvarande ett allvarligt problem. Den enda verkligt radikala lösningen härpå är att handläggningen redan i första instans medför en tillfredsställande utredning även i invecklade mål. En sådan ordning förutsätter emellertid att rätten i viss utsträckning hjälper till att få tvistens karaktär så väl belyst som möjligt är. Även en skicklig advokat kan lätt förbise någon omständighet som kan åberopas till stöd för hans klients talan.¹⁵³ Och häremot kan enligt min mening ej med skäl invändas att rättens initiativ skulle skämma bort advokaterna och komma dessa att sämre förbereda sina klienters talan.¹⁵⁴ Gentemot försumliga advokater finns det andra medel att tillgripa.

Synpunkter, liknande dem som här anförts rörande den materiella processledningen, kunna anläggas på p l ä d e

¹⁵³ Ett dylikt förbiseende sammanhänger ofta med att advokaten felbedömt vilken rättsregel som är tillämplig eller vilken innebörd denna har. Angående sådana fall må uppmärksammas att lagstiftaren ej velat i tvistemål belasta parterna med något krav på att dessa skola åberopa någon rättsregel till stöd för deras talan. Men praktiskt taget är det just detta man gör, då man begär att part skall utan varje hjälp från rättens sida åberopa just de omständigheter, som äga relevans enligt den tillämpliga rättsregeln. Detta innebär enligt min mening att ställa alldeles för stora krav på parternas rättskunskap och kombinationsförmåga. Såvida det i 17:3 p. 2 intagna stadgandet skall åstadkomma mer nytta än ohägn, måste detsamma kombineras med en vittgående materiell processledning från rättens sida. Jfr *Lent i Z* (1943) s. 29.

¹⁵⁴ Se *Hammerich* s. 134 och *Troller* s. 61.

ringen. Det har ofta slagit mig med vilken likgiltighet svenska advokater och domare kunna betrakta denna del av processen. Måhända sammanhänger detta med att även enligt processlagar, som i hög grad präglas av förhandlingsprincipen, bevisvärderingen och rättstillämpningen undandragits parternas dispositionsrätt.¹⁵⁵ »Narra mihi factum, narro tibi jus». »Jura novit curia». Detta har medfört att parternas rätt till plädering varken hänföres till dispositions- eller förhandlingsprincipen. Ibland betraktas den däremot som ett utslag av den »kontradiktoriska» principen (*audiatur et altera pars*).¹⁵⁶ Vad som hänföres här till är emellertid högst varierande.¹⁵⁷ Vissa författare avse med den kontradiktoriska principen enbart att »ingen må dömas ohörd», d.v.s. att båda parterna skola beredas tillfälle att utföra sin talan i den omfattning detta är tillåtet. Andra hänföra hit parts rätt att framställa åberopanden och yrkanden och införa bevisning samt att få kännedom om hur motparten utvecklat sin talan i dessa hänseenden, men nämna i detta sammanhang icke pläderingen. Överhuvudtaget har man inom doktrinen ägnat den kontradiktoriska principen långt mindre intresse än dispositions- och förhandlingsprinciperna.

Måhända ha dessa förhållanden bidragit till att skapa den uppfattningen att för advokaterna pläderingen är en arbetsuppgift av sekundär betydelse i förhållande till yrkanden, åberopanden och förebringande av bevisning, samt att de böra vara återhållsamma med att ta domstolens tid i anspråk här för. Själv är jag av rent motsatt mening. I invecklade mål är pläderingen advokatens viktigaste och svåraste arbetsuppgift. Han skall icke blott anföra rättsfall och uttalanden i litteraturen, vilka stöda hans klients talan, utan även i detalj utveckla de skäl som tala för att bevisningen bör bedömas och lagen tillämpas i överensstämmelse med denna ståndpunkt. Att sa-

¹⁵⁵ I svensk rätt känner jag ej till något annat undantag härifrån än § 7 i lagen om tryckfrihetsmål.

¹⁵⁶ Kallenberg II s. 8 f.

¹⁵⁷ Hassler s. 31, Wrede I s. 74 f och 80 f, Munch-Petersen II s. 261, Hagerup I s. 40 f, R. Schmidt s. 416 f och Stein: Grundriss s. 35.

ken blir bäst belyst genom att vardera parten är verksam i sitt intresse, gäller inte bara bevisningens förebringande utan även sakförhållanden av betydelse för dennas bedömande (t.ex. erfarenhetssatser) eller för lagens rätta tillämpning (»rätts-tillämpningsfakta»). Idealet är att rätten endast behöver undersöka de skäl som anförts från ömse håll och avgöra vilka som väga tyngst. Att detta ideal skulle helt realiseras, kan man visserligen aldrig räkna med. Men det är ett ideal att sträva efter, ty en utförlig plädering underlättar för rätten att riktigt bedöma målet, något som i sin tur minskar behovet av överklagande till högre instans.

Av det föregående kan den slutsatsen dras, att om man överhuvudtaget skall begagna sig av några allmänna principer rörande rättens och parternas inflytande i processen, så bör dit hänföras vissa regler, som hitintills inte underordnats någon dylik princip. Å andra sidan skulle jag vilja göra gällande att det inte är praktiskt att anse vissa bestämda rättsregler vara konstitutiva element i en dylik princip. Antag att man menar förhandlingsprincipen innebära att rätten får beakta endast åberopade rättsfakta, är bunden av parts erkännande samt att den icke får införskaffa bevisning ex officio. Under denna förutsättning blir principens användbarhet i rättshistoriska och komparativa framställningar högst begränsad. I svensk praxis före processreformen förekom det i växlande omfattning att rätten även i dispositiva tvistemål beaktade rättsfakta utan att dessa uttryckligen åberopats. Detta skulle anses medföra att äldre svensk rätt icke präglades av förhandlingsprincipen! Eller vad skall man säga om gällande österrikisk rätt, där rätten kan ex officio införskaffa all slags bevisning, såvida parterna ej sätta sig däremot? Pollak säger att ÖZPO »einen Mittelweg zwischen Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime eingeschlagen hat».¹⁵⁸ Begagnar man dessa principer på nu nämnt sätt, torde man finna att, hur man än definierar dem, så kommer de flesta historiskt givna processordningar att utgöra dylika hybridformer.

¹⁵⁸ P o l l a k s. 478.

Liknande svårigheter uppkomma då det gäller att beskriva olika processarter inom samma rättsordning. Det är en vanlig uppfattning att official- och undersökningsprinciperna gälla i brottmål och indispositiva tvistemål. Men i mångt och mycket äga härvid samma regler tillämpning som i dispositiva tvistemål. Käranden måste väcka talan och denna kan återkallas. Rätten beaktar icke någon annan grund för käromålet än den käranden åberopat. Och i indispositiva tvistemål får den ej heller gå utöver parts yrkande. Å andra sidan skall rätten ex officio beakta motfakta, är ej bunden av svarandens erkännande och medgivande samt skall vid behov föranstalta om ytterligare bevisning.¹⁵⁹ Och i brottmål är rätten ej heller bunden av kärandens yrkande rörande påföljden. Man kan under sådana omständigheter fråga sig om man inte också i dessa fall borde säga lagstiftaren ha valt en »medelväg» mellan tvenne varandra motsatta principer.¹⁶⁰

Av det föregående skulle jag vilja dra den slutsatsen att om man över huvud taget skall uppställa några allmänna principer rörande rättens och parternas inflytande i processen, så böra

¹⁵⁹ Huruvida rätten alltid kan ex officio införskaffa bevisning till förmån för käranden i indispositiva mål, synes mig tvivelaktigt. Antag att talan om äktenskapsskillnad grundats på äktenskapsbrott, att vid huvudförhandlingens slut bevisningen härför befinnes otillräcklig, men att av förhandlingen framgått att det finns även annan bevisning, som stöder kärandens talan. Kan rätten verkligen i ett sådant fall besluta uppskov för ytterligare bevisupptagning, även om käranden ej begär detta? Mig synes det naturligare att käromålet ogillades. Se angående tysk rätt å ena sidan Stein s. 92 f och å andra sidan Stein—Jonas § 622 II: 2 st. 1.

¹⁶⁰ I detta sammanhang förtjänar även processhindren att uppmärksammas. Sådana skola ju i princip beaktas oberoende av huruvida svaranden framställer någon processinvändning (34:1 st. 2). Men skall rätten också ex officio införskaffa utredning angående hindret (se Gärde s. 483)? Man skulle ju kunna tänka sig att käromålet avvisades, såvida kärandenej bevisar den motsvarande processförutsättningen (jfr Kallenberg II s. 86 f). Som exempel kan nämnas de i 13:1 p. 4 stadgade förutsättningarna för talan om fullgörelse, då förfallodagen ännu ej inträtt. Det synes mig svårt att uppbringa något praktiskt skäl för att rätten i detta fall skulle ex officio utreda om det är »för käranden av vikt, att fullgörelse sker å rätt tid». Angående tysk rätt se Rosenberg s. 283 f samt Stein—Jonas: vor § 128 III 4 c och § 256 IV 6.

dessa vara strängt formella. Indelningsgrunden bör vara vissa vanligt förekommande egenskaper hos processregler. Påståendet att en viss princip präglar en processordning, ger under sådana omständigheter visserligen icke upplysning om att det ena eller andra problemet lösts i överensstämmelse med principen ifråga. Men i gengäld kunna principerna begagnas för att karakterisera processregler av alla olika slag och oavsett vilken processordning de tillhöra.

Vid konstruktionen av de olika processprinciperna synes det lämpligt att utgå från skillnaden mellan tvingande och dispositiva regler, varvid vi till en början tänka oss dessa utformade som *handlingsregler för rätten*. Till de förra ha vi hänfört alla regler, enligt vilka rätten handlar *ex officio* eller m.a.o. oberoende av parts yrkande.¹⁶¹ Hit hör sålunda icke endast regler, enligt vilka rätten fattar för parterna bindande beslut, utan även regler rörande rättens påpekanden och frågor inom ramen för dess materiella processledning, om ordförandens förhör av vittnen, angående delgivning m.m. — allt under förutsättning att rätten må eller skall företa den ifrågavarande processhandlingen oberoende av yrkande. I alla dessa fall är det fråga om regler, som i ett eller annat avseende tillerkänna rätten inflytande i processen.

Motsatsen härtill utgöra dispositiva regler, enligt vilka rätten endast på *parts yrkande* må eller skall företa viss processhandling. Dessa böra uppenbarligen hänföras under en annan princip än de ovannämnda tvingande reglerna. Emellertid ha vi såsom dispositiva betecknat även regler, vilka icke kunna formuleras på detta sätt utan *endast som handlingsregler för parterna*.¹⁶² Från den gällande svenska rätten kunna nämnas reglerna om parts sakframställning och plädering under huvudförhandlingen, påföljdsyrkandet i brottmål samt överhuvudtaget parts yrkande i alla de fall, där rätten bestämmer oberoende av om ett sådant framställts eller icke. Jag skulle vilja hänföra även regler angående sådana pro-

¹⁶¹ Se ovan s. 130.

¹⁶² Se ovan s. 128.

cesshandlingar under samma princip som andra dispositiva regler. I nu ifrågavarande fall medför visserligen icke partens utnyttjande av sin behörighet att den på något sätt dirigerar rättens verksamhet i processen. Men vill man skaffa sig en överblick av parternas inflytande i denna, måste man ta hänsyn även till dispositiva regler av detta senare slag.¹⁶³

Om denna indelning av processreglerna läggs till grund för principernas utformning, komma dessa särskilt att i ett hänseende avvika från dem vi lärt känna från doktrinen. Som framgått av det föregående har man där sökt uppställa principer rörande »herraväldet» i processen. Enligt dispositions- och förhandlingsprincipen tillkommer beslutanderätten och aktiviteten i processen *u t e s l u t a n d e* parterna. Och undersökningsprincipen innebär att *ä v e n* rätten kan införa rättsfakta och förebringa bevisning i målet.¹⁶⁴ Dessa principer ge ingen rättvisande bild av rättens och parternas inflytande i processen. Ett processsubjekt kan ha ett betydande inflytande rörande viss fråga, ehuru beslutanderätten tillkommer ett annat processsubjekt. Som exempel har här tidigare nämnts att rätten är bunden av parternas åberopanden samtidigt som den har att utöva en mer eller mindre vittgående materiell pro-

¹⁶³ Ett belysande exempel härpå erbjuder svarandens yrkande att käromålet måtte avvisas på grund av ett tvingande processhinder. De flesta dylika hinder äro så beskaffade, att rätten kommer att sakna kännedom därom, såvida invändning ej framställles. Ehuru processhindren skola beaktas *ex officio*, är parts rätt att framställa invändning således av utomordentligt stor betydelse. Även då målet instämts i strid med en *t v i n g a n d e* forumregel, gäller enligt 34:2 p. 3 att om svaranden ej gjort foruminvändning inom stadgad frist, så »vare hans rätt därtill förfallen». Ur praktisk synpunkt har det tydligen stor betydelse om detta stadgande tas till intäkt för att en för sent framförd invändning utan vidare skall avvisas eller om rätten, trots stadgandets lydelse, skall uppta invändningen till bedömande.

¹⁶⁴ *Blumenstein* (se särskilt s. 3, 108, 125 och 132) anser visserligen rättens införande av nytt processmaterial vara förenligt med förhandlingsprincipen. Men då menar han officialprincipen innebära att detta ankommer *e n b a r t* på rätten och att parternas aktivitet är begränsad till att framställa önskemål om att rätten *t. ex.* skall införskaffa ny bevisning.

cessledning samt att parterna ha rätt till plädering samtidigt som domstolen såväl i sak- som rättsfrågan är obunden av deras argumentation.

Vidare må uppmärksammas att de uppställda principerna ej utgöra varandras motsatser på samma sätt som dispositions- och officialprinciperna respektive förhandlings- och undersökningsprinciperna. Att beslutanderätten i en fråga tillkommer parterna utesluter ju ej att rätten genom sin processledning kan påverka hur frågan avgörs i målet. Eller antag att rättsfakta och bevis kunna tillföras processmaterialet såväl genom rättens som parternas initiativ. Den förras behörighet i detta hänseende hänföres till den ena och de senares behörighet till den andra av de här uppställda principerna.

I själva verket ha dessa principer endast avseende på vilka processhandlingar som å ena sidan rätten må eller skall företa ex officio och å andra sidan parterna kunna företa efter gottfinnande. Principerna ge ej någon fullständig upplysning om vilken betydelse som tillkommer de olika processhandlingarna i rättegången. Att rätten äger införa nya rättsfakta hänför jag till principen om rättens inflytande, oberoende av huruvida parts åberopande utgör en nödvändig förutsättning för att sådana fakta komma att tillhöra processmaterialet. Och åklagarens hänförande av brottet under visst lagrum utgör ett utslag av den motsatta principen, oavsett om rätten är bunden härav eller kan fälla den tilltalade till ansvar även enligt ett annat lagrum. Vet man i vilken omfattning båda principerna prägla gällande rätt, kan man emellertid bedöma den betydelse som tillkommer olika processhandlingar i rättegången.

Med den här förordade indelningsgrunden finns det inte någon anledning att laborera med andra principer inom straffprocessen än inom civilprocessen. Själva problemställningen är exakt densamma inom båda områdena. Man gör därför klokt i att icke använda de inkvisitoriska och ackusatoriska principerna som beteckningar för rättens respektive parternas inflytande i processen. Med ackusatorisk

och inkvisitorisk straffprocess kan man lämpligen mena sådana, där det finns respektive icke finns en kärandepart, vilken har vissa processuella befogenheter. I den meningen kan man tala om den kanoniska inkvisitionsprocessen eller säga att engelsk straffprocess alltid varit ackusatorisk.

Även för regler rörande förfarandet passar den här föreslagna indelningsgrunden. Dessa skulle sålunda komma att inordnas under samma principer som reglerna rörande processmaterialet. Med en sådan systematik slipper man ge sig i kast med den svåra gränsdragningen mellan de båda grupperna av regler.¹⁶⁵ Anledningen till att man förfarit på annat sätt inom modern doktrin torde framförallt vara att officialdrift kommit på modet inom den ordinära civilprocessen. I sådana mål skulle sålunda varandra motsatta principer gälla rörande processmaterialet och förfarandet. Enligt den här förordade systematiken blir detta icke fallet. Som vi sett i det föregående kan en part ha inflytande på processmaterialets gestaltande samtidigt som bestämmanderätten härvidlag tillkommer ett annat processsubjekt. På precis samma sätt förhåller det sig med avseende på förfarandet.¹⁶⁶ Att RB på det hela taget överlämnat åt rätten att ex officio reglera detta, får ju inte tas till intäkt för att parterna ej skulle ha något inflytande på utformningen av förfarandet. Tvärtom bör rätten aldrig fatta några viktigare beslut därom utan att först ha hört parternas önskemål. Ja, domstolen bör ställa sig dessa till efterrättelse, om ej särskilda skäl tala däremot. Övergången från partsdrift till officialdrift innebär ej alls den radikala omdaning, som ändringarna i lagtexten ge intryck av. Det är framförallt på detta område som den tidigare berörda idén om en »arbetsgemenskap» mellan rätten och parterna gör sig gällande.

¹⁶⁵ Se ovan s. 240 f.

¹⁶⁶ Ej heller föreligger den olikheten att helt andra ändamålssynpunkter göra sig gällande, då det är fråga om förfarandet. Som exempel kan nämnas att kostnadssynpunkten har relevans med avseende på regler rörande såväl förfarandet som processmaterialet.

Vi skola nu övergå till frågan hur man bör beteckna de båda här uppställda principerna rörande rättens och parternas inflytande i processen. Vill man hålla sig till den traditionella nomenklaturen, ha vi att välja mellan att kalla dem respektive undersöknings- eller officialprincipen samt förhandlings- eller dispositionsprincipen.

Vad först angår »undersökningsprincipen» finner jag för min del denna term föga lämplig. Å ena sidan har densamma använts som synonym till »inkvisitionsprincipen», vilket kan leda till missförstånd.¹⁶⁷ Å andra sidan ger själva ordet »undersökning» ingen antydning om principens innebörd. Ej blott rättens utan även parternas verksamhet i processen kan ju betraktas som led i en »undersökning» av saken. Att man härmed kommit att beteckna en rättskipning, som karakteriseras av rättens verksamhet ex officio, sammanhänger säkerligen med den betydelse, vari ordet »inquisitio» ursprungligen användes inom processrätten. Som tidigare påpekats, avsågs därmed en ordning, vilken i motsats till den forngermanska processen var inriktad på att fastställa vad som förevarit, något som man tänkte sig kunna ske endast genom att rätten tog hand om utredningen.

Annorlunda förhåller det sig med officialprincipen. Denna har inom doktrinen använts just för att beteckna att rättens verksamhet är oberoende av parternas yrkanden. Huruvida lagen påbjudit verksamheten eller lämnat åt rätten att utöva denna efter fritt skön har ansetts irrelevant.¹⁶⁸ Ej heller tror jag jurister i allmänhet fäster något avseende vid huruvida det härvid är fråga om rättens införande av processmaterial eller dess ingripande rörande själva förfarandet. Under sådana omständigheter förefaller det mig lämpligt att kalla den här uppställda principen om rättens inflytande i processen för officialprincipen.

Vad därefter angår principen om parternas inflytande i processen, må uppmärksammas att vi hit hänfört icke enbart regler om att rätten på parts yrkande skall eller må företa

¹⁶⁷ Se ovan s. 238.

¹⁶⁸ Sjöström s. 27.

viss processhandling utan även t.ex. regler om att parterna ha rätt till plädering och att framställa yrkanden i frågor, som rätten bedömer ex officio. Det kan under sådana omständigheter icke vara lämpligt att härför begagna beteckningen »dispositionsprincipen». Denna ger ju intryck av att parterna kunna »disponera» i processen i den meningen att de dirigera rättens verksamhet. Det är ju också främst i den betydelsen som termen använts inom doktrinen.

Åtminstone tror jag det är lämpligare att använda »förhandlingsprincipen» som beteckning för parternas inflytande i processen.¹⁶⁹ Visserligen torde ordet »förhandling» i dess vanliga betydelse icke ge någon antydning om vad det här är fråga om. I modernt språkbruk används detsamma framför allt i betydelsen av en överläggning eller underhandling, som är avsedd att leda fram till en överenskommelse; som exempel kan nämnas uttryck som fredsförhandling, affärs- och förlikningsförhandling. Men man kan ju också karakterisera handläggningen av ett mål som »domstolsförhandling» och detta sker väl endast, om parterna åtminstone i viss utsträckning ta aktiv del i handläggningen. I RB avses sålunda med »förhandling» den handläggning som sker på ett »domstolssammanträde vid vilket parter och andra äga vara tillstådes och utöva processuell verksamhet».¹⁷⁰ Jag skulle också tro att de flesta jurister med ordet »förhandlingsprincip» just förbinda föreställningen om att parterna äro aktiva i processen. Däremot tror jag inte man menar det vara oförenligt med denna princip att rätten kan utöva en mer eller mindre vittgående materiell processledning eller rent av komplettera utredningen ex officio. Och att termen fattas i den högst speciella och begränsade betydelse

¹⁶⁹ Hurwitz diskuterar i sitt arbete »Tvistemaal» (s. 118) om man ej borde begagna uttrycket »Partsvirksomhetsprincipen», men han finner detta olämpligt, enär det använts för att beteckna vad som här kallats för »partsdrift». Jfr Munch-Petersen II s. 245 vid not 3. Hamnerich (s. 129) diskuterar om man i stället för förhandlings- och dispositionsprinciperna borde tala om »Ansvarigheds- og Raadighedsprinciperne», men stannar också för att vidmakthålla den traditionella terminologien.

¹⁷⁰ Gärde s. 47 f.

som exempelvis hos Kallenberg, torde vara sällsynt förekommande.¹⁷¹

Men vartill kan man då i juridiska framställningar begagna dessa uttryck i de mycket allmänna betydelser, som det här är fråga om? Kan man säga att en viss processordning helt och hållet präglas av den ena eller den andra av dessa principer? Detta är möjligt i mycket begränsad omfattning. Vissa inkvisitoriska straffprocessordningar ha inneburit en så gott som restlös tillämpning av officialprincipen.¹⁷² Att den misstänkte behandlas enbart som ett undersökningsobjekt innebär ju att han inte har någon befogenhet att vara verksam till sitt försvar. En process, som helt och hållet präglas av förhandlingsprincipen, har jag däremot svårt att tänka mig. Låt oss ta vårt nuvarande skiljemannaförfarande. Detta skulle ju kunna betecknas som en »konventionalprocess».¹⁷³ Enligt Skiljemannalagen § 13 gäller som allmän princip att »skiljemännen hava att tillämpa vad parterna må hava föreskrivit om förfarandet». Antag nu att vissa regler i lagen, som äro tvingande,¹⁷⁴ upphävdes samt att parterna även kunde disponera över de erfarenhetssatser och rättsregler, som rätten har att lägga till grund för målets avgörande.¹⁷⁵ Skulle i så fall officialprincipen över huvud taget äga någon tillämpning inom skiljemannaförfarandet? Ja, helt visst. Man måste ju räkna med möjligheten att parterna ha delade meningar t.ex. om handläggningen skall uppskjutas eller om vilken erfarenhets-sats rätten skall lägga till grund för bevisvärderingen. Skulle målet i ett sådant läge avskrivas, förlorade ju skiljemannaförfarandet varje praktisk betydelse. Endera måste lagen bestämma vad skiljemännen skola göra i en sådan situation eller också måste detta ha överlämnats åt deras fria skön. Vare sig

¹⁷¹ Jfr ovan s. 222 f.

¹⁷² Se ovan s. 187 f.

¹⁷³ Jfr Wach: Vorträge s. 53 och i Arch. 64 (1881) s. 220 samt Kallenberg I s. 74.

¹⁷⁴ Se Skiljemannalagen § 20.

¹⁷⁵ Jfr Berglund s. 113, Dillén: Skiljeavtalet s. 74 f och i SvJT 1933 s. 29 not 3 samt Tirkkonen s. 54.

det ena eller andra är fallet, komma skiljemännen att handla i överensstämmelse med officialprincipen. Visserligen kunde man tänka sig att de så till vida voro bundna av parternas yrkanden att de endast hade att välja mellan parternas motstridiga uppfattningar. Men vilken av dessa skiljemännen skulle godta, kunde uppenbarligen icke göras beroende av parts yrkande.

Härav följer emellertid icke att de här uppställda processprinciperna ej kunna begagnas vid karakteristiken av en processordning. Sålunda låter det sig sägas att den gemeinrättsliga civilprocessen i *a v s e v ä r d o m f a t t n i n g* präglades av förhandlingsprincipen och att i jämförelse härmed officialprincipen fått större utrymme i moderna civilprocessordningar som t.ex. den österrikiska och den svenska. Härmed avses emellertid inte enbart, att rätten enligt dessa senare i högre grad kan organisera förfarandet ex officio utan även t.ex. att den skall utöva en stark materiell processledning under förberedelsen.¹⁷⁶ På motsvarande sätt kunna de båda principerna begagnas vid en jämförelse mellan den svenska straffprocessen före och efter processreformen. Denna har medfört en ökad tillämpning av förhandlingsprincipen på officialprincipens bekostnad. Härmed avses icke enbart att rätten i högre grad blivit bunden av åklagarens åberopande av grunden för åtalet samt att vittnesförhören i allmänhet omhänderhas av parterna utan även det förhållandet att rättens efterforskande verksamhet försvagats samt att parternas införande av bevisning liksom utvecklandet av deras talan under huvudförhandlingen kommit att spela större roll än tidigare.

Denna användning av de båda principerna överensstämmer i viss mån med den som kommit de ackusatoriska och inkvisitoriska principerna till del inom den straffprocessuella dok-

¹⁷⁶ Bauhofer s. 457 framhåller att »die Aufklärungspflicht des Richters — richtig verstanden — den Hauptanwendungsfall des Officialprinzips im heutigen Zivilprozess bildet und dem Streite über Verhandlungs- und Officialmaximen viel von seiner praktischen Bedeutung nimmt» (spärr. av mig). Med officialmaximen menar Bauhofer här detsamma som vanligen betecknas som undersökningsprincipen.

trinen.¹⁷⁷ Men häremellan föreligger även en påfallande olikhet. Som vi sett ha de sistnämnda principerna använts som beteckningar för olika konglomerat av rättsregler, vilka icke ha några gemensamma egenskaper. Så är däremot fallet med de rättsregler, som jag hänför till official- respektive förhandlingsprincipen. Enligt alla regler, som jag hänför till den förra principen, skall eller kan rätten företa viss processhandling oberoende av parts yrkande och enligt alla regler, som hänförs till den senare, må part företa viss processhandling. Å andra sidan ge de båda principerna ingen som helst upplysning om vad ifrågavarande regler i övrigt ha för innehåll.

De av mig uppställda principerna äro sålunda strängt taget icke någonting annat än anvisningar om hur processuella problem i visst avseende kunna lösas och också ha lösts i olika processordningar. Som sådana förefaller mig principerna ha ett visst systematiskt värde, enär motsättningen dememellan är av så central betydelse inom varje processordning. Att detta är förhållandet hoppas jag ha framgått av den historiska överblick som jag givit i det föregående — hur ytlig och rapsodisk denna än må vara.

Härmed vill jag ej ha sagt att det inte kan finnas skäl att även laborera med principer vilka äro av en mera begränsad räckvidd än de som här kallats för förhandlings- och official-principerna. De som härvid främst kommer i åtanke äro sådana som ange vilket processsubjekt *b e s t ä m m a n d e r ä t t e n* tillkommer i rättegången. I olika slags mål äro ju parterna i skiftande omfattning herrar över *p r o c e s s m a t e r i a l e t*. De kunna genom sina processhandlingar »disponera» häröver och på så sätt dirigera rättens verksamhet i processen. Vill man ha någon beteckning härför, skulle jag vilja rekommendera »*d i s p o s i t i o n s p r i n c i p e n*». Enligt min mening finns det ingen anledning att göra någon skillnad mellan t.ex. rättens bundenhet av parternas yrkanden och åberopanden och dessas herravälde över bevisningen. Även rörande denna bestämma parterna vad rätten har att bedöma

¹⁷⁷ Se ovan s. 232.

i målet.^{177a} De kunna »disponera» häröver t.ex. genom att underlåta att förebringa viss bevisning.¹⁷⁸

Vidare kan man ha behov av särskilda principer rörande rättens och parternas herravälde över *f ö r f a r a n d e t*. Här för ha vi tidigare rekommenderat uttrycken »domstolsdrift» och »partsdrift».¹⁷⁹ Den förra utesluter icke att parterna beredas tillfälle att framställa yrkanden om hur förfarandet skall organiseras, liksom den senare är förenlig med att rätten ger parterna anvisningar om hur de bäst kunna tillvarata sina intressen i avseende på målets handläggning. Men råder det domstolsdrift, är det rätten som bestämmer ex officio hur förfarandet skall organiseras, medan motsatsen gäller vid partsdrift.

Slutligen må påpekas att man även kan uppställa principer, som ange en viss bestämd kombination av regler, av vilka en del falla under official- och andra under förhandlingsprincipen. Som exempel härpå kan nämnas »instruktionsprincipen», vilken använts för att beteckna en förening av stark materiell processledning med parternas herravälde över processmaterialet. Enligt denna princip har rätten möjlighet att påverka dettas innehåll och omfattning, men något sådant får endast ske s.a.s. via parterna, genom att rätten ger incitament till att part inför nytt material i processen.¹⁸⁰

^{177a} Buchholz framhåller i J.W. 66 (1937) s. 2745: »Der Verhandlungsgrundsatz ist im Grunde genommen nur ein Ausfluss des Verfügungsgrundsatzes (Dispositionsmaxime), und zwar die auf den Tatsachenvortrag bezogene Seite des Verfügungsgrundsatzes.»

¹⁷⁸ Jfr Hammerich s. 30.

¹⁷⁹ Se ovan s. 245.

¹⁸⁰ Se t.ex. Schultzenstein s. 306, Munch-Petersen II s. 249 och Hurwitz: Tvistemaal s. 120. »Instruktionsprincipen» förefaller emellertid att användas för att beteckna materiell processledning av ganska olika art och intensitet.

3. LEGALITETS- OCH DELEGATIONSPRINCIPERNA

En processlag kan endera i detalj reglera rättegångens olika faser eller ock — i större eller mindre utsträckning — överlämna åt det ena eller andra processsubjektet att bestämma härom. Som framgått av den historiska överblicken är en processordnings allmänna struktur i hög grad beroende av hur det förhåller sig härmed. Jag skulle tro att detta problem är av lika fundamental betydelse som motsättningen mellan official- och förhandlingsprincipen.

Inom doktrinen finner man också det spörsmål, som vi nu skola sysselsätta oss med, berört inom ramen för skilda processuella institut. Däremot har detsamma sällan underkastats någon principiell undersökning, avseende hela processen. Jag känner endast ett arbete, i vilket detta kan sägas vara fallet och där sker det endast inledningsvis vid behandlingen av vissa lagstiftningsfrågor, som voro aktuella i Tyskland på 1930-talet. Detta är de Boors monografi: »Die Auflockerung des Zivilprozesses.» Denne skiljer mellan »solche Normen, die in bestimmten Situationen ein bestimmtes Verhalten bindend vorschreiben (Verfahrensnormen im engeren Sinne) und solche, die den einzelnen Beteiligten Gestaltungsmacht zuteilen (Zuteilungsnormen)».¹⁸¹ För att beteckna motsättningen här emellan kommer jag att begagna uttrycken *legalitets- och delegationsprincipen*. Den förra termen begagnas redan i den här ifrågavarande betydelsen, ehuru enbart rörande åklagarens åtalsrätt, och i det senare fallet kan lagen sägas ha »delegerat» bestämmanderätten i processen till det ena eller andra processsubjektet.¹⁸²

Mot denna terminologi skulle kunna invändas, att som ovan påpekats »legalitetsprincipen» redan används i en mera spe-

¹⁸¹ De Boor s. 17 f. Med »Auflockerung» av processen menar denne att regler av det förra slaget ersättas med regler av det senare slaget (a.a. s. 7).

¹⁸² Bülow s. 39 säger det i detta fall föreligga »eine objektivrechtliche Ermächtigung des Prozesssubjekts zur eigenen Prozessrechtsbestimmung»; jfr a.a. s. 45.

ciell betydelse inom straffprocessrätten samt att dess motsats där betecknas som »opportunitetsprincipen». Med den förre avses som bekant att åklagaren under vissa omständigheter är förpliktad att åtala, medan enligt den senare denne kan efter en friare bedömning av åtalsfrågan underlåta att åtala gärningsmannen. Att beteckna denna motsättning med uttrycken legalitets- och opportunitetsprincipen förefaller emellertid vara ett språkbruk, som är statt på avskrivning. Hurwitz har föreslagit att man i stället skulle tala om »principperne om absolut och relativ påtalepligt» och Olivecrona har anslutit sig till denna terminologi.¹⁸³ Själv skulle jag föredra uttrycken obligatoriskt och fakultativt åtal, men härpå kommer det icke an i detta sammanhang.¹⁸⁴ Huvudsaken är att »legalitetsprincipen» är »ledig» för användning i en annan juridisk-teknisk betydelse än den hitintills begagnade.¹⁸⁵

Låt oss nu närmare undersöka legalitets- och delegationsprincipernas innebörd. Vid första påseende kan det synas som motsättningen dem emellan är densamma som mellan »jus strictum et jus æquum». Att rätten kan efter fritt skön bedöma det enskilda fallet brukar ju karakteriseras som »jus æquum». Och om det härvid är fråga om ett processuellt eller materiellt rättsligt spörsmål förefaller vara utan betydelse. Emellertid må man lägga märke till att bestämmanderätten i processen även kan delegeras till part eller båda parterna tillsammans. Inom civilrätten motsvaras denna ordning av att lagen anknyter rättsföljder till rättshandlingar av olika slag. Och detta brukar man ej beteckna som ett utslag av »jus æquum». På sin höjd hänföres hit det förhållandet att rätten skall lägga kontrahenternas verkliga avsikt med sin överenskommelse till grund för sitt bedömande av dennas rättsliga betydelse.¹⁸⁶

Jag tror det skulle vara klargörande att skärskåda de båda

¹⁸³ Hurwitz s. 311 och Olivecrona s. 41.

¹⁸⁴ Se här ovan s. 153.

¹⁸⁵ Det förekommer att termen används i den av mig förordade, vidare betydelsen. Som exempel kan nämnas att Olivecrona (Grunden s. 2) säger lagstiftaren i 13: 3 »tillämpat en legalitetsprincip» (spärr. av mig).

¹⁸⁶ Jfr Enneccerus I s. 107.

principerna först ur rättens och sedan ur parternas synvinkel. Handlingsregler för rätten präglas av legalitets- respektive delegationsprincipen allt eftersom de äro obligatoriska eller fakultativa. Som vi tidigare påpekat är emellertid gränsen häremellan flytande. Lagen kan tillerkänna rätten valrätt mellan olika handlingssätt, obligatoriska regler kunna vara vaga eller rent av ha karaktären av generalklausuler och de »obligatoriska momenten» i en fakultativ regel kunna vara så utformade att det blir förhållandevis ringa plats för rättens fria skön.¹⁸⁷ En handlingsregel för rätten kan sålunda i större eller mindre utsträckning präglas av legalitets- respektive delegationsprincipen.

Antag att lagen stadgar att rätten skall eller att den må utöva viss materiell processledning. I det senare fallet har åt rätten överlämnats att efter fritt skön avgöra i vilken omfattning den skall utöva någon sådan verksamhet i processen. Jag skulle emellertid inte vilja hänföra detta under delegationsprincipen. Det förefaller mig nämligen vara missvisande att säga lagen innehålla en »delegation», såvida icke föremålet härför är hur rättegången skall gestaltas i visst avseende. Enligt min mening bör denna term reserveras för de fall i vilka lagen överlämnat åt rätten att b e s t ä m m a över endera processmaterialets omfattning eller utformningen av förfarandet.

Särskilt intresse ha i detta sammanhang sådana handlingsregler för rätten som äro d i s p o s i t i v a. Antag att rätten under vissa angivna omständigheter skall på parts yrkande företa viss processhandling. En sådan regel är obligatorisk, ty rätten är ju »bunden» av kravet på yrkande. Ur rättens synvinkel har yrkandet samma karaktär som de övriga omständigheter, vilka nämnas i regeln som förutsättningar för den ifrågavarande processhandlingens företagande. Det är också vanligt förekommande att kravet på yrkande framställts som exempel på processuell »formalism».¹⁸⁸ Enligt vår systematik

¹⁸⁷ Se ovan s. 147 ff; jfr de Boor s. 17 f.

¹⁸⁸ Se t.ex. Troller s. 40 och de Boor s. 13 f och 25. Den senare ger följande karakteristik av den uppluckring, som i förhållande till äldre

utgör detsamma emellertid ett utslag av delegationsprincipen. Av att lagen löst ett problem i överensstämmelse med denna följer nämligen icke att bestämmanderätten tillkommer något visst processsubjekt.¹⁸⁹ Som exempel må nämnas att rätten äger uppta bevisning endast på parts yrkande. Detta innebär att lagen till parternas avgörande överlämnat frågan om vilken bevisning som skall upptas i målet.

Det är nu egentligen självklart att delegation till ett processsubjekt alltid måste innebära att andra processsubjekt bli beroende av det förras handlande. Detta hindrar emellertid inte att samtidigt en delegation kan ha kommit även dessa till del. Som vi tidigare påpekat förekommer det i moderna processlagar stadganden enligt vilka rätten må företa viss processhandling på yrkande av ena eller båda parterna.¹⁹⁰ Man skulle kunna säga att i sådana fall lagen delegerat bestämmanderätten till rättens och endera partens eller båda parternas samstämmiga avgörande. För viss anordning i rättegången förutsattes att samtliga dessa processsubjekt äro överens om dess lämplighet.

Vi övergå därefter att skärskåda problemet ur parternas synvinkel. Varje regel, enligt vilken part må eller äger företa viss processhandling, innebär i en viss mening en delegation till denne. Som exempel kan nämnas parternas rätt att i brottmål framställa yrkanden rörande påföljden. De kunna ju själva bestämma om och vad de skola yrka. Men jag skulle ändå inte vilja hänföra detta fall under delegationsprincipen. Liksom en delegation till rätten innebär att denna själv bestämmer över processmaterialet och förfarandet, bör en delegation till parterna innebära någonting motsvarande.¹⁹¹

tysk rätt utmärkte ZPO i dess ursprungliga lydelse: »Die Parteien werden freigestellt, der Richter wird teils unmittelbar durch gesetzliche Norm, teils mittelbar durch den Parteiwillen gebunden.»

¹⁸⁹ 36:3 och 6 erbjuda exempel på att bestämmanderätten tilldelats vittne.

¹⁹⁰ Se ovan s. 186. Som exempel kan nämnas 15:1, 17:5 st. 2, 19:7, 33:4 st. 1 p. 2 och 50:21 st. 2 och 3; se ock 36:17 st. 1 p. 2 (med rättens tillstånd må vittne höras av parterna).

¹⁹¹ Se ovan s. 270.

Lagen måste ha överlämnat åt dessa att avgöra vad som skall utgöra processmaterial eller hur förfarandet skall utformas. Detta är fallet i den omfattning en processordning präglas av vad som här kallats för dispositionsprincipen och principen om partsdrift.¹⁹²

Tvingande regler innehålla ingen delegation till parterna. Som exempel kan nämnas 11: 5. Lagen har delegerat till rätten att efter ett förhållandevis fritt skön avgöra om part skall föreläggas att inställa sig personligen. Vidare kan motparten framställa yrkande härom, liksom parten själv kan framställa önskemål om att slippa sådan inställelse. Men varken den förres yrkande eller den senares samtycke utgör någon förutsättning för rättens förordnande om att parten skall infinna sig personligen. Om någon delegation till parterna är det sålunda icke fråga i detta fall.

Som vi tidigare berört ha emellertid tvingande bestämmelser i allmänhet en annan karaktär än det ovan omnämnda stadgandet. Lagen bestämmer vissa förutsättningar för parternas processhandlingar eller vad dessa skola innehålla. Även sådana föreskrifter innebära en tillämpning av legalitetsprincipen. Det står parten fritt att företa eller underlåta en processhandling, men beslutar han sig för det förra, uppnår han det avsedda syftet endast om han iakttar lagens bestämmelser.

Av det föregående har framgått att en »uppluckring» av en processlag — i den mening de Boor talar härom — kan ske icke blott genom införande av nya fakultativa och dispositiva regler utan även genom avskaffande av obligatoriska och tvingande bestämmelser, t.ex. processuella formföreskrifter av olika slag. Det är främst dessa man tänker på, då det talas om processrättens »formalism». Avskaffandet av formföreskrifter medför att rätten och parterna bli mera obundna i fråga om sättet att utföra en processhandling och tidpunkten härför. En sådan reform innebär sålunda minskad legalitet och ökad delegation av bestämmanderätten till det ena eller andra processsubjektet. Detta kan emellertid

¹⁹² Se ovan s. 266 f.

även åstadkommas genom att formföreskrifterna sanktioneras på ett svagare sätt. Som exempel kan nämnas att en avvikelse från en sådan föreskrift ej längre leder till att processhandlingen blir ogiltig utan endast påverkar fördelningen av rättegångskostnaderna.¹⁹³

Det kan råda delade meningar om hur mycket man skall hänföra till motsättningen mellan legalitets- och delegationsprincipen. Det förekommer att skillnaden mellan den legala bevisteorien och den fria bevisvärderingen betraktas ur denna synvinkel. Man kan vidare säga att latitudsystemet inom straffrätten innebär att avgörandet av påföljdsfrågan inom vissa gränser delegerats till rätten. På samma sätt kan man betrakta alla friare former av rättstillämpning. Men då ha vi kommit in på områden, som inte brukas hänföras till processrätten.

Motsättningen mellan de nu berörda principerna kontamineras ofta med motsättningen mellan official- och förhandlingsprinciperna. Sålunda ställer Wach förhandlingsprincipen — såsom innebärande att bestämmanderätten delegerats till parterna — i motsättning till en reglering genom obligatoriska och fakultativa regler. Dessa sägas vara motiverade av »officialintresset», behovet av ordning och reda i processen.¹⁹⁴ Men detta utgör ju motivet för alla formföreskrifter, också för dem som avse parternas processhandlingar. Och även rättens gestaltande av förfarandet efter sitt fria skön medför ju vissa risker för ordningen och redan i processen. Andra författare betrakta delegationsproblemet enbart ur rättens synvinkel. Eftersom parternas dispositioner binda rätten, kommer under sådana omständigheter hela problemet att begränsa sig till frågan om lagen bör innehålla några fakultativa regler.

Enligt min mening gör man klokt i att hålla de båda problemställningarna särskilda från varandra. En process, som präglas av officialprincipen, har en helt olikartad struktur om obligatoriska eller fakultativa regler dominera inom densam-

¹⁹³ Jfr ovan s. 132 f.

¹⁹⁴ W a c h: Vorträge s. 52 f och 62.

ma. Motsvarande gäller förekomsten av formföreskrifter i en processlag, som präglas av förhandlingsprincipen. Å andra sidan råder det visst samband mellan de båda principerna. Vid »uppluckring» av en strikt ordning kan det ifrågakomma att delegera bestämmanderätten endera till domstolen eller till parterna, varvid man i förra fallet litar till officialprincipen och i det senare till förhandlingsprincipen. Vi komma i det följande något in härpå i samband med en redovisning av några allmänna ändamålssynpunkter, som kunna åberopas till stöd för respektive legalitets- och delegationsprincipen.

Att processlagen präglas av legalitetsprincipen leder till ordning och reda inom rättskipningen. Detta medför i sin tur att rätten och parterna kunna förutse vad som kommer att hända under rättegången samt därmed också på förhand avgöra vilka processhandlingar, som böra företas, och förbereda dessa. Vidare brukar framhållas att en strikt ordning försvårar för parterna att missbruka processinstitutionen och underlättar en kontroll av att rätten väl fyller sina uppgifter. Legalitetsprincipen gagnar »rättssäkerheten».¹⁹⁵ »Optima lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis». »Formen är godtyckets svurne fiende och frihetens tvillingsyster», har Ihering sagt. »Les formes sont la garantie nécessaire de l'interêt particulier; des formes à l'arbitraire il n'y a pas de milieu; c'étaient des temps barbares que ceux où le roi, assis au pied d'un arbre, jugeait sans formalités», är ett uttalande som tillskrives Napoleon.¹⁹⁶ Att rättskipningen i primitiva samhällen i allmänhet skulle ha karaktären av »kadijustis» är visserligen oriktigt. Men Napoleons uttalande tyder på sympati för vad vi här kallat legalitetsprincipen.

Å andra sidan förtjänar det uppmärksammas att rättssäkerhetsproblemet icke har samma karaktär i processrätten som inom civil- och straffrätten. För affärslivet har det den största betydelse att en kontrahent kan förutse hur en domstol kom-

¹⁹⁵ Se t.ex. P o l l a k: *Judicium I* (1928) s. 73.

¹⁹⁶ Återgivet i Garsonnet et C é z a r - B r u: *Traité de Procédure* (1912) II s. 9.

mer att bedöma hans egna och motpartens affärstransaktioner. Blir det process, är det däremot icke lika nödvändigt, att han vet t.ex. att motparten ej kan införa någon ny bevisning under huvudförhandlingen. Huvudsaken är att han själv blir i tillfälle att vid behov införa ytterligare motbevisning. Att rätten under processens förlopp organiserar denna efter de föreliggande förhållandena kan ge lika god trygghet som om legalitetsprincipen vunnit tillämpning. Ja, en strikt reglering kan rent av ha den olägenheten, att en hänsynslös part har lättare att skaffa sig otillbörliga fördelar på motpartens bekostnad än om rätten ingriper reglerande i det enskilda fallet.

Vi komma härmed över på *d e l e g a t i o n s p r i n c i p e n s* fördelar. Bülow har härom i sin här tidigare flera gånger citerade uppsats »Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung» fällt följande träffande och expressiva uttalande: »Keine Gesetzgebungskunst und kein noch so voluminöses und casuistisches Prozessgesetzgebungswerk könnte es je fertig bringen, für jede der unendlich mannigfachen Prozessinstitutionen und -constellationen, die sich ereignen können, im voraus eine bis ins einzelne genügende bestimmte, mit mathematischer Sicherheit fungierende Rechtsregel herzustellen. Der Satz: 'Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur' bewährt sich auch bei der Prozessgesetzgebung auf Schritt und Tritt.»¹⁹⁷ Delegationsprincipen möjliggör en anpassning av processen efter omständigheterna i det enskilda fallet, som är ovärderligt för åstadkommande av en rättskipning, som är säker, snabb och billig. Vad som främst talar emot en radikal tillämpning av denna princip är emellertid att den ställer så stora krav på rätten och parterna. Även domare äro människor; deras intelligens är begränsad och deras karaktär kan vara bristfällig. Och vad angår parterna, måste man räkna med att dessas intresse i saken försvårar för dem att bedöma problemen objektivt och att de

¹⁹⁷ B ü l o w s. 15; se även s. 44.

rent av kunna vara förblindade av rättspatos och indignation.

Särskilt visar erfarenheten att det har sina vådor att i högre grad delegera bestämmanderätten enbart till parterna. Antag att dessa kunna överenskomma rörande förfarandet, t.ex. om uppskov i målet och den tidpunkt till vilken handläggningen skall uppskjutas. På den gamla rättegångsbalkens tid bidrog detta system till att rättskipningen blev långsam och därmed även onödigt kostsam. Visserligen kunde det hända att båda parterna voro intresserade av att tvisten finge ett snabbt slut, men härvid var detta icke alltid i samma omfattning fallet med deras rättegångsombud.

Rörande vissa andra frågor är det dessutom ganska meningslöst att låta parternas samstämmiga vilja vara avgörande, enär dessa så sällan komma överens. Som exempel kan nämnas regeln att käranden får ändra talan, om svaranden går med därpå. En taleändring är mera sällan till fördel även för denne och därför vägrar han sitt samtycke. Men att låta käranden fritt ändra sin talan har också sina olägenheter. Denne slappnar till i sin processföring och svaranden tvingas ideligen att anpassa sitt försvar efter kärandens nya åberopanden och yrkanden.

Det finns två olika sätt att råda bot på dessa olägenheter. Endera kan man införa tvingande föreskrifter för parterna.¹⁹⁸ Det var den ordning som praktiserades inom den kanoniska och gemeinrättsliga processen. Som exempel kan nämnas eventualprincipen och systemet med bevisinterlokut. Man åstadkom härigenom ordning och reda i processen och parterna tvungos att utnyttja de preklusiva frister, som lagen stadgade. Men liksom alltid vid anlitande av legalitetsprincipen blev processen stel och omständlig.

Det andra sättet att lösa frågan är att delegera ökade befogenheter till rättn. En radikal användning härav är icke att rekommendera, det visar inkvisitionsprocessens historia. Clementina sæpe, A.G.O. samt modern civil- och straffprocess uppvisa exempel på en mera försiktig tillämpning av delega-

¹⁹⁸ Jfr Annerstedt s. 6.

tionsprincipen. Men även A.G.O. gick härvidlag för långt. Domarens efterforskning var tidskrävande, därför att han ej kände till saken på förhand, och parterna blevo irriterade över att ej själva få bestämma i processen. Dessutom är det en illusion att tro domarna vara så mycket mer intresserade av rättskipningens snabbhet än advokaterna. Går det för sig att skjuta på saken, finna bekväma och tveksamma domare alltid något skäl därtill. Och att i efterhand konstatera om rättens processledning varit bristfällig, vållar ofta svårigheter.

En kombination av legalitet samt delegation till parterna och till rätten måste alltså vara det ändamålsenligaste. Och olika sådana kombinationsmöjligheter förtjäna företräde i olika fall. Detta gäller såväl med avseende på processmaterialet som förfarandet. Som exempel på det förre kan nämnas reglerna om ändring av talan. Både i tvistemål och brottmål kan en sådan komma till stånd endast på k ä r a n d e n s initiativ. Sådantillvida gäller delegationsprincipen. Däremot saknar enligt RB s v a r a n d e n s samtycke — i olikhet med utländsk civilprocess och svensk praxis före processreformen — betydelse som förutsättning för taleändringens tillåtlighet. Någon delegation till denne förekommer sålunda icke. Vad därefter angår delegation till r ä t t e n, är ändring av talan i brottmål i hög grad underkastad dennas fria bedömande, medan detta är fallet i tvistemål endast i ett praktiskt mindre betydelsefullt hänseende.¹⁹⁹ I stället göres i 13: 3 k ä r a n d e n s rätt att ändra talan beroende av olika i detalj beskrivna förutsättningar. Här har alltså lagstiftaren väsentligen löst frågan i överensstämmelse med legalitetsprincipen.

Vad därefter angår förfarandet kan nämnas som exempel att i tvistemål frågan om det skall vara muntlig eller skriftlig förberedelse i rätt hög grad överlämnats till rättens skönsrättsliga bedömning, att parterna tillerkänts medinflytande då det gäller att avgöra om huvudförhandling skall hållas i omedelbar anslutning till förberedelsen samt att förutsättningarna för måls avgörande på handlingarna i hovrätten

¹⁹⁹ 45: 5 st. 1 och 13: 3 st. 2.

utförligt angivits i lagen samtidigt som stadgandena härom äro fakultativa och delvis även dispositiva.

Vidare må här erinras om det tidigare påpekade förhållandet att RB uppvisar en striktare reglering av förfarandet än såväl den äldre svenska rätten som en del mera moderna civilprocesslagar.²⁰⁰ Då muntlig handläggning kom på modet under 1800-talet, tänkte man sig icke att utvecklingen skulle gå i denna riktning. Den äldre kontinentala civilprocessens formstränghet sattes i förbindelse med dess skriftlighet. Genom den muntliga handläggningen bragtes rätten i närmare kontakt med parterna och dessa med varandra. Rätten kunde utöva viss processledning och i övrigt menade man att allt skulle gå väl, om parterna lämnades så stor frihet som möjligt att tillvarata sina motstående intressen och att överenskomma hur rättegången bäst skulle ordnas.

Det visade sig att man härvid haft en överdriven tilltro till de fria krafternas spel. Reaktionen tog sig emellertid icke blott uttryck i att rätten tillerkändes ökade processledande befogenheter utan även i en tilltagande användning av legalitetsprincipen. Ytterst sammanhänger väl detta med den fria bevisvärderingen. Denna förutsätter en passiv och upphöjd attityd hos domstolen. Engagerar sig rätten alltför djupt i efterforskande och dirigerande verksamhet, minskas dess förmåga att objektivt bedöma bevismaterialet. Men fri bevisvärdering förutsätter även bevisomedelbarhet, som i sin tur nödvändiggör en höggradig koncentration av huvudförhandlingen. Detta skall garanteras av den strikta ordning för målets handläggning, som återfinnes i RB kap. 42—47.²⁰¹ Vid ett studium av dessa kapitel kan man ej frigöra sig från det intrycket att lagens upphovsmän tilltrott varken parterna eller rätten tillräckligt sinne för vikten av handläggningens koncentration under huvudförhandlingen. Och helt säkert har detta skett med goda skäl. Så har man då inom modern processlagstiftning, trots allt tal om vikten av att rätten och parterna kunna under förtroendefullt samarbete anpassa processen efter omständig-

²⁰⁰ Se ovan s. 186 f.

²⁰¹ Jfr De Boor s. 69.

heterna i det enskilda fallet, litat till legalitetsprincipen för att säkerställa något som anses vara ett nödvändigt inslag i varje god process.

Däremot förefaller det mig diskutabelt om man icke på vissa andra områden inom civilprocessen, där legalitetsprincipen alltid suttit i högsätet, gjort alltför flitigt bruk av densamma. Jag tänker på sådana frågor som om domstolarnas sammanfattning, antalet instanser och handläggningens offentlighet. Att härvidlag ingen anpassning kan ske efter parternas önskemål i det enskilda fallet förefaller mig medföra vissa olägenheter. Utgöra icke dessa förhållanden den främsta anledningen till att skiljemannaförfarandet funnit en så flitig användning?²⁰² Detta har varit fallet även under vissa tidigare epoker av processens historia och alltid har ett sådant sakernas tillstånd sammanhängt med brister i den ordinära rättskipningen och med svårigheter att anpassa denna efter affärlivets skiftande behov. Man kan fråga sig om det är rimligt att då det svenska samhället håller sig med en så dyrbar och välorganiserad statlig rättskipning, denna ej skall begagnas för att bedöma även de svåraste och ur ekonomisk synpunkt viktigaste målen. Ur denna synpunkt framstår det flitiga utnyttjandet av skiljemannaförfarandet som en onödig merutgift för det svenska folkhushållet.

Även i andra hänseenden kan ifrågasättas om det i gällande rätt föreligger en ändamålsenlig avvägning dels mellan legalitet och delegation överhuvudtaget dels mellan delegation till rätten och till parterna. En jämförelse mellan vissa bestämmelser i tvistemål samt motsvarande bestämmelser i brottmål är härvid belysande. Det är vanligare förekommande inom civil- än inom straffprocessen att parts yrkande eller samtycke har betydelse som rättsfaktum. Och detta gäller inte blott processmaterialet utan även förfarandet. Särskilt påfallande är att den tilltalades yrkande så sällan tillerkänns någon rättslig betydelse.²⁰³ Det enda praktiskt viktiga undantaget härifrån synes mig vara dennes överklagande av dom

²⁰² Jfr Ahrnberg i SvJT 1950 s. 495.

²⁰³ Ett exempel härpå erbjuder 36:12 st. 2.

eller beslut. I motsats till vad som gäller i tvistemål äro sålunda samtliga forumregler tvingande mot den tilltalade. Även åklagarens möjlighet att disponera är emellertid i vissa hänseenden mer begränsad än kärandens i tvistemål. Som exempel kan påpekas att denne icke kan återkalla åtalet i högre rätt.²⁰⁴ Slutligen må nämnas att enligt 51: 28 hovrätten skall ex officio beakta lindriga rättegångsfel, som förekommit under handläggningen i underrätten, medan detta i tvistemål sker endast på parts yrkande (50: 28).²⁰⁵

Däremot kan man inte säga att förfarandet i brottmål i högre grad än i tvistemål präglas av legalitetsprincipen. Skillnaden är i stället den att bestämmanderätten delegerats till rätten och icke till parterna. Medan samtliga forumregler i tvistemål äro obligatoriska, äro i brottmål åtskilliga fakultativa.²⁰⁶ Samma skillnad föreligger mellan de båda processarterna i fråga om ändring av talan.²⁰⁷ Och reglerna om kumulation av åtal och talan om enskilt anspråk äro också fakultativa.²⁰⁸

Det förefaller mig tvivelaktigt om det i alla dessa fall finns bärande skäl för att ha olika regler i tvistemål och brottmål. Måhända är det här åtminstone delvis fråga om relikter från den tid, då i brottmål ansvaret för utredningen i högre grad åvilade rätten än vad som är fallet inom modern straffprocess. Till stöd för att fränkänna den tilltalades dispositioner rättslig betydelse brukar emellertid även åberopas den s.k. passivitetsprincipen. Denne skall ej lida något förfång av att han försummar sitt försvar. Men jag skulle vilja ifrågasätta om detta utgör något bärande skäl för att fränkänna den tilltalade varje inflytande på t.ex. forumfrågornas bedömning. I detta liksom i andra här berörda fall variera förhållandena i olika moderna processordningar och man får det intrycket att dessas författare aldrig trängt till botten med

²⁰⁴ 20: 9 st. 1.

²⁰⁵ Se även 51: 21 st. 2 jfrt med 50: 21 st. 2.

²⁰⁶ 19: 1 st. 2 och 3, 3 st. 2, 5 st. 2, 6 samt 7.

²⁰⁷ Se ovan s. 277.

²⁰⁸ 22: 1, 3, 5 och 7 jfrt med 14: 1, 2 och 5.

frågan i vilken utsträckning man kan ha gemensamma bestämmelser för båda processarterna och på så sätt förenkla lagtexten och underlätta rättstillämpningen.²⁰⁹

Slutligen skall här beröras en svårighet vid gränsdragningen mellan legalitets- och delegationsprincipen som sammanhänger med det sätt varpå vissa tvingande regler äro s a n k t i o n e r a d e. Vi ha tidigare karakteriserat vissa sådana som s v a g t t v i n g a n d e samt som exempel härpå anført 42: 8, enligt vilket stadgande parterna skola uppgiva sin bevisning redan under förberedelsen.²¹⁰ Anledningen härtill var att detta stadgande är så bristfälligt sanktionerat. I än högre grad gäller detta motsvarande stadgande i brottmål, 45: 10. Den tilltalade behöver i regel inte räkna med några olägenheter av att han spar t.ex. en alibibevisning till huvudförhandlingen i syfte att härigenom förhåla rättegången eller överrumpla åklagaren. 9: 3 gäller icke i brottmål och 46 kap. innehåller ingen motsvarighet till 43: 10. Det enda den tilltalade riskerar med ett dylikt handlingssätt är att få betala de ökade rättegångskostnader, som hans beteende medfört, även för den händelse han skulle frikännas.²¹¹ Man kan ifrågasätta om detta utgör tillräckligt skäl för att anse 45: 10 vara ett utslag av legalitetsprincipen. Den juridiska systematiken kan väl ej ha till uppgift att framhäva en ideal ordning, för vars förverkligande det inte finns några garantier. Densamma skall avse »gällande» rättsregler och ej fromma önskemål! Men å andra sidan bjuder det emot att säga lagen ha delegerat till den tilltalade att införa sin bevisning när helst han vill under rättegången. Ingen anser det ju önskvärt att denne utnyttjar sin ställning i processen på det ovan angivna sättet.

Emellertid är det nu berörda problemet mera komplicerat än så och jag kan här inte fördjupa mig i detsamma. Man kan

²⁰⁹ Som exempel kan nämnas att forumreglerna i brottmål såväl enligt dansk som norsk rätt äro dispositiva till förmån för den tilltalade (Rpl § 704 och Strprl § 141).

²¹⁰ Se ovan s. 133 f.

²¹¹ 31: 4; se G ä r d e s. 421 och 660.

fråga sig vad som menas med »sanktioner» i detta sammanhang. Bör man ej även räkna dit det förhållandet att en försvarare, som biträder den tilltalade i hans svikliga processföring, riskerar att bli avvisad från målet samt utsatt för disciplinära åtgärder?²¹² Och enbart det förhållandet, att lagen ålägger den tilltalade att anmäla sin bevisning redan i bevisuppgiften, har naturligtvis en suggestiv effekt, hur bristfälligt stadgandet än är »sanktionerat». Sociologiskt ligger det väl till så att ett dylikt stadgande, som ingår i ett system av i övrigt väl sanktionerade regler, liksom får del av dessas genomslagskraft i det sociala fältet.

Som ett ytterligare exempel på den här berörda komplikationen må anföras reglerna om parts s a n n i n g s p l i k t. I princip kan part som stöd för sin talan åberopa vilka omständigheter han finner för gott. I den utsträckning han är underkastad sanningsplikt, gäller emellertid härvidlag vissa inskränkningar, vilka kunna betraktas som ett utslag av legalitetsprincipen. Liksom en tidsbestämmelse begränsar parts möjlighet att åberopa nya omständigheter, medför sanningsplikten att denne över huvud taget icke må åberopa sådant som han vet strida mot det verkliga förhållandet.

För t v i s t e m å l e n s del regleras parts sanningsplikt i 43: 6 st. 1. Detta stadgande är mycket bristfälligt sanktionerat. Även i detta fall riskerar visserligen ombud, som bryter mot lagen, att bli utsatt för här tidigare berörda åtgärder.²¹³ Men parten själv kan endast straffas i det fall varom talas i 9: 3²¹⁴ och fördelningen av rättegångskostnaderna påverkas endast under de i 18: 6 berörda förhållandena. Bör man under sådana omständigheter inordna partens »sanningsplikt» under legalitetsprincipen?

Än mer tveksamt förefaller detta vara med avseende på den tilltalade i b r o t t m å l. 43: 6 st. 1 saknar motsvarighet

²¹² Se 12: 2 och 5 jfrt med 21: 3 st. 2 p. 4 samt 8: 7.

²¹³ Se ovan denna sida.

²¹⁴ »Processbedrägeri» är icke något brott enligt strafflagen. Se Ekeberg: *Förmögenhetsbrotten* (1945) s. 196 och Honkasalo i *Festskrift för Ekeberg* s. 294 f.

inom straffprocessen och 9:3 gäller endast i tvistemål. Vad därefter angår 31:4, framhålles följande i Gärdes kommentar: »Att tilltalad mot bättre vetande förtigit eller förnekat omständighet, som gjorts gällande mot honom, torde icke kunna läggas honom till last i kostnadshänseende; däremot torde ersättning kunna åläggas i anledning av vilseledande uppgifter, varigenom rättegången fördyrats.»²¹⁵ Den skillnad som här göres mellan ett oriktigt förnekande och andra oriktiga påståenden synes mig visserligen svår att motivera. Men tydligt är att enligt kommentaren en medvetet oriktig uppgift av det förra slaget inte ens i rättegångskostnadshänseende leder till något men för den tilltalade.

Däremot är det möjligt att det åligger försvararen en mera vittgående sanningsplikt. Visserligen är denna ej alls av samma omfattning som åklagarens. Märker åklagaren vid huvudförhandlingen att det finns omständigheter och bevis, som tala för den tilltalades oskuld men vilka icke uppmärksammas i målet, är han förpliktad att påpeka detta (den s.k. objektivitetsprincipen).²¹⁶ I annat fall gör han sig skyldig till tjänstefel. Försvararen har icke någon sådan positiv sanningsplikt. »Försvarare skall med nit och omsorg tillvarata den misstänktes rätt och i detta syfte verka för sakens riktiga upplysning», heter det i 21:7. Men antag att försvararen känner sig övertygad om den tilltalades skuld, ehuru denne enständigt förnekar. Med hänsyn till det citerade stadgandets formulering kan man ifrågasätta om försvararen verkligen i detta läge äger anföra skäl och bevis, som tala för den misstänktes oskuld, hur oklanderliga dessa än må vara i och för sig.²¹⁷ Men skulle en advokat, som förfar på detta sätt,

²¹⁵ Gärde s. 421.

²¹⁶ 20:2 st. 3 och 23:4 st. 1 p. 1 ex analogia; jfr Heuman s. 126.

²¹⁷ Olivecrona (s. 95) säger att detta »icke torde vara förenligt med svensk uppfattning». Åtminstone de lege ferenda är jag av den meningen, att försvararen icke blott borde ha rätt utan även plikt att anföra allt som stöder den tilltalades version av det omedelbart relevanta händelseförloppet. Hans åsikt om dennas sanningshalt skulle alltså sakna varje betydelse för hans sanningsplikt, som endast skulle gälla de omständigheter och bevis, som försvararen åberopar. Försvararen skulle — även om han

kunna utsättas för några disciplinära åtgärder, då frågan om omfånget av försvarares sanningsplikt är så omstridd?²¹⁸ Är detta icke fallet, skulle de garantier för att part håller sig till sanningen, som vi funnit föreligga i tvistemål, nästan helt saknas i vad angår svarandeparten i brottmål. Och angående denne skulle det sålunda finnas speciellt starka skäl att säga delegationsprincipen ha vunnit tillämpning.

Även reglerna om parts sanningsplikt erbjuda tydligen exempel på att gränsdragningen mellan legalitets- och delegationsprinciperna vållar svårigheter i vissa fall. Och för min del känner jag en ännu större obenägenhet i detta fall än i det tidigare berörda att tala om en »delegation» till parterna. Förmodligen sammanhänger detta med att kravet på sanningsenlighet intar en rangplats i vår livsåskådning och stödes av starka moraliska sanktioner.²¹⁹

Det nu berörda problemet sammanhänger med en djupgående svårighet inom modern process. Som vi sett i det föregående finns det skäl att anse en vittgående delegation till parterna böra kombineras med tvingande formföreskrifter och viss processledande verksamhet från rättens sida. De förra tynga emellertid processen och den senare innebär risker för rättens objektivitet. Det ligger då nära till hands att söka med särskilda medel sporra parternas ansvars känsla och aktivitet i processen. Under senare delen av 1800-talet gjordes gällande att i tvistemål den medvetna processlögnen vore ett tillåtet medel att åstadkomma ett materiellt riktigt slut på processen.²²⁰ Detta är visserligen en numera helt övergiven uppfattning. Men hårt trängda gäldenärer komma alltid att utsättas för frestelsen att söka förbättra sin situation genom oriktiga

anser sig veta att den tilltalade är skyldig — få åberopa ett vittne till brottet, som säger sig ej kunna identifiera den tilltalade med gärningsmannen, såvida försvararen inte har någon anledning att tro att vittnet uttalar sig mot bättre vetande.

²¹⁸ Se senast diskussionen i TSA 1953 s. 295 samt 1954 s. 15, 101 och 157.

²¹⁹ Jfr *Lent* i Z 67 (1954) s. 352.

²²⁰ Se t.ex. de i festskriften för Leo Rosenberg (1949) s. 28 återgivna uttalandena av *Adolf Wach*.

uppgifter och allehanda knep i processen. En effektiv bekämpning av dylikt beteende förutsätter långt kraftigare sanktioner än som anses försvarligt på detta område.

Denna problematik gör sig i ännu högre grad gällande inom straffprocessen. Den traditionella uppfattningen är att den misstänkte ej skall lida något förfång av en oskicklig eller sviklig processföring utan att utredningens effektivitet i stället skall säkerställas genom förundersökningen och allehanda processuella tvångsmedel, som stå till åklagarens och rättens förfogande. Men i viss utsträckning bygger RB även på den tilltalades aktivitet i rättegången. Jag behöver bara erinra om att han avfordras en bevisuppgift i underrätten och ett genmäle i hovrätten. Vissa sanktioner kunna även tillgripas mot en vårdslös eller sviklig processföring från hans sida.²²¹ Men uppenbarligen har lagen här sökt kompromissa mellan två helt motstridande intressen. Å ena sidan kan förhandlingsprincipen ej vinna den tillämpning i brottmål, som är önskvärt, om man ej i viss utsträckning litat till den tilltalades aktivitet och ansvarskänsla. Å andra sidan vill man ej tillgripa några effektiva sanktioner för att frammana en sådan inställning från dennes sida. Den tilltalade kan vara deprimerad av åtalet och han kan hindras i sin verksamhet av att han är häktad eller utsatts för andra tvångsmedel. Vidare kan en nekande gärningsmans hela strävan gå ut på att försvåra utredningen. På grund härutav får man räkna med att en vittgående tillämpning av förhandlingsprincipen ej blott komplicerar brottmålets handläggning utan även ökar risken för oriktiga straffdomar.

Med så motstridande tendenser inom rättskipningen är det icke lätt att åstadkomma en klar och rättvisande systematik. Framhåvs den ideala ordningen, riskerar man att ge en skev bild av rättslivets realiteter. Läger man däremot enbart dessa till grund för systematiken, verkar denna cynisk och man motverkar genomförandet av en ordning, om vars lämplighet alla äro ense.

²²¹ 9: 2 och 31: 4.

CITERAD LITTERATUR

I regel har den begagnade litteraturen citerats med angivande endast av författarnamnet. Tidskriftsuppsatser, till vilka hänvisning skett, ha i allmänhet ej upptagits i denna förteckning.

Afzelius, Ivar: Grunddragen av rättegångsförfarandet i tvistemål. Sthlm 1886.

Agge, Ivar: Läran om civildomens rättskraft. Diss. Sthlm 1932.

Agge, Ivar: Straffprocessrätt I—II. Kompendium. Uppsala 1935—1936.
(cit.: Straffprocessrätt).

Agge, Ivar: Den svenska Straffrättens allmänna del i huvuddrag I—II. Sthlm 1944—48. (cit.: Straffrättens allmänna del).

Agge, Ivar: Något om processföremålet och dess bestämmande enligt svensk rätt. I Festskrift för Hj. Granfelt. Helsingfors 1934.

Alexanderson, Nils: Den svenska tryckfrihetsprocessen. Sthlm 1907.

Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten. Berlin 1793.
(cit.: A.G.O.).

Ancel, Marc: La défense sociale nouvelle. Paris 1954.

Ancel, Marc: Le procès pénal et l'examen scientifique des délinquants. Melun 1952. (cit.: Le procès pénal).

Ancel, Marc och Herzog, J.-B.: L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant. Paris 1954.

Annerstedt, L.: Om domarens processledande verksamhet. Sthlm 1875.

Augdahl, Per: Norsk Civilprosess. 2 uppl. Trondheim 1951.

Bauhofer, A.: Zur Geschichte der Verhandlungs- und Officialmaxime im züricherischen Zivilprozess. I ZSchwR 42 (1923).

Behm, Olof: Processreform eller paragrafer. Sthlm 1940.

Behrends, H.: Die Anspruchshäufung im Zivilprozess. Berlin 1935.

Beling, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozessrecht. Berlin 1928.

Berglund, Hadar: Om skiljeavtal och skiljedom. Uppsala 1920.

Berman, Harold J.: Justice in Russia. Cambr. Mass. 1950.

Bernhardt, Wolfgang: Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess. I Festschriften für Rosenberg. Berlin 1949.

von Bethmann-Hollweg, M. A.: Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. IV—V. Bonn 1868—1871.

Binding, Karl: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen II. München 1915.

Birkmeyer, Karl: Deutsches Strafprozessrecht. Berlin 1898.

Blumenstein, Max.: Die Bedeutung der Officialmaxime in der bernischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege. Diss. Bern 1935.

Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I. Tübingen 1950.

- Bolding, Per Olof*: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Uppsala 1951.
Bolding, Per Olof: Har försäkringsfallet inträffat? Sthlm 1952.
(cit.: Försäkringsfallet).
- de Boor, H. O.*: Die Auflockerung des Zivilprozesses. Tübingen 1939.
Broomé, G.: Allmänna civilprocessen. 2 uppl. Lund 1890.
Bülow, Oskar: Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. I Arch. 64 (1881).
von Canstein, Raban: Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses. Wien 1877.
- Carnap, Rudolf*: Logical Foundations of Probability. London 1951.
Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts I. Leipzig 1900.
Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht I. Halle 1902.
Dillén, Nils: Straffprocessrätt. Sthlm 1947.
Dillén, Nils: Bidrag till läran om skiljeavtalet. Diss. Sthlm 1933.
(cit.: Skiljeavtalet).
- Donnedieu de Vabres, H.*: Droit Criminel. 3 uppl. Paris 1947.
Ehrlich, Eugen: Das zwingende und nichtszwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1899.
Ekelöf, Per Olof: Förrättningarna för ändring av talan i tvistemål. Uppsala 1941.
Ekelöf, Per Olof: Civilprocessen I—III. 2 uppl. Kompendium. Uppsala 1951—1952. (cit.: Kompendium).
- Engelmann, Arthur m.fl.*: A History of continental civil procedure. Boston 1927.
Engelmann, Arthur: Der Civilprozess I. Breslau 1889. (cit.: Civilprozess).
Engströmer, Thore: Vittnesbeviset. Uppsala 1911.
Enneccerus, E. m.fl.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I:1. Marburg 1911.
- Entwurf einer Zivilprozessordnung. Berlin 1931. (cit.: Entwurf).
Esmein, A.: Histoire de la Procédure criminelle. Paris 1882.
Ewing, A. C.: Idealism. London 1934.
Fehr, Martin: Bidrag till läran om fordringspreskription enligt svensk rätt. Uppsala 1913.
- Ferri, Henri*: La Sociologie criminelle. Paris 1893.
Garraud, R.: Traité d'instruction criminelle I. Paris 1907.
Gerland, Heinrich: Der deutsche Strafprozess. Berlin 1927.
Glaser, Julius: Handbuch des Strafprozesses I. Leipzig 1883.
Glasson, E. och Tissier, A.: Procédure civile I. 3 uppl. Paris 1925.
Goldschmidt, James: Zivilprozessrecht. 2 uppl. Berlin 1932.
Goldschmidt, James: Der Prozess als Rechtslage. Berlin 1925.
(cit.: Rechtslage).
- Granfelt, O. Hj.*: Officialprincipen I—II. Helsingfors 1912—15.
Grenander, B. Kr.: Ur förhandlingsprincipens historia. Sthlm 1879.
Gsovski, Vladimir: Soviet civil law I—II. Ann Arbor 1948.

- Guldener, Max*: Das schweizerische Zivilprozessrecht I—II. Zürich 1947—48.
- Gärde, N. m.fl.*: Nya Rättegångsbalken. Med kommentar. Sthlm 1949.
- von Gönner, N.*: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I. 2 uppl. Erlangen 1804.
- Hagerup, Francis*: Den norske Civilproces I. Oslo 1918.
- Hagerup, Francis*: Lærebog i Straffepocesret. 2 uppl. Oslo 1930. (cit.: Straffepocesret).
- Hagströmer, Johan*: Svensk Straffrätt I. Uppsala 1901—1905.
- Hall, E. W.*: What is value? London 1952.
- Hambro, Edvard*: Nyere Forskningsresultater vedkommende den klassiske romerske civilprocess. Oslo 1933.
- Hammerich, K. Fr.*: Forhandlingsmaximen. København 1910.
- Hartshorne, Charles*: Strict and genetic identity. I Structure, method and meaning. Essays in Honor of Henry M. Sheffer. New York 1951.
- Hassler, Ake*: Den nya rättegångsbalken I. Lund 1947.
- Heilbut, Iwan*: »Müssen» und »Sollen». I Arch. 69 (1886).
- Heinze*: Dispositionsprinzip und Officialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform. I Goltdammers Archiv 24 (1876).
- Hellwig, Konrad*: System des deutschen Zivilprozessrechts I. Leipzig 1912.
- Hellwig, Konrad*: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900. (cit.: Anspruch).
- Hellwig, Konrad*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts III. Leipzig 1909. (cit.: Lehrbuch).
- Henkel, Heinrich*: Strafverfahrensrecht. Hildesheim 1950.
- Heuman, Maths m.fl.*: Brottets beivrande. Sthlm 1952.
- von Hippel, Fritz*: Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess. Frankfurt am Main 1939. (cit.: F. v. Hippel).
- von Hippel, Robert*: Der deutsche Strafprozess. Marburg 1941.
- von Hippel, Robert*: Deutsches Strafrecht I. Berlin 1925. (cit.: Strafrecht).
- Hohfeld, W. N.*: Fundamental legal conceptions. New Haven, Conn. 1923.
- Hult, Phillips*: Juridisk debatt. Uppsala 1952.
- Hurwitz, Stephan*: Den danske Strafferetspleje. København 1949.
- Hurwitz, Stephan*: Tvistemaal. København 1941. (cit.: Tvistemaal).
- Höpfner, W.*: Einheit und Mehrheit der Verbrechen I—II. Berlin 1901.
- Kallenberg, E.*: Svensk Civilprocessrätt I—II. Lund 1923—1939.
- Kallenberg, E.*: Rättsmedlen. 2 uppl. Lund 1922. (cit.: Rättsmedlen).
- Kann, Richard*: Die polnische Zivilprozessordnung. Berlin 1933.
- Keetsin Liu*: Der Begriff der Identität der Tat. Diss. München 1927.
- Kenny, C. S.*: Outlines of criminal law. Cambridge 1945.
- Kern, Eduard*: Strafverfahrensrecht. München 1951.
- Kern, Eduard*: Zur Lehre von den Prozesshandlungen im Strafprozess. I Festschrift für Otto Lenel. Leipzig 1921. (cit.: Prozesshandlungen).
- Klein, Franz*: Der Zivilprozess Österreichs. Berlin 1927.

- Klein, Franz*: Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Dresden 1902.
(cit.: Zeit- und Geistesströmungen).
- Kleinfeller, Georg*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2 uppl.
Berlin 1910.
- Langford, C. H.*: The institutional use of The. I Philosophy and Phenomenological Research 10 (1950).
- von Laun, Rudolf*: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig 1910.
- Lemosse, Maxime*: Cognition. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique. Thèse. Paris 1944.
- Lent, Friedrich*: Zivilprozessrecht. 3 uppl. Berlin 1949.
- Lent, Friedrich*: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess I—II. Leipzig 1912—1916. (cit.: Gesetzeskonkurrenz).
- Levin, L.*: Richterliche Prozessleitung und Sitzungspolizei. Berlin 1913.
- Lewin, Kurt*: Der Begriff der Genese in Physik, Biologie und Entwicklungsgeschichte. Berlin 1922.
- Lohsing, Ernst*: Österreichisches Strafprozessrechts. 4 uppl. Wien 1952.
- Löwe, E. och Rosenberg, W.*: Die Strafprozessordnung. 9 uppl. Berlin 1934.
- Marc-Wogau, K.*: Die Theorie der Sinnesdaten. Uppsala 1945.
- Matz, Siegfried*: Om underdomarens materiella processledning. Sthlm 1919.
- Mayer, Hellmuth*: Zum Aufbau des Strafprozesses. I Der Gerichtsaal 104 (1934).
- Mayer, Karl*: Anspruch und Rechtskraft. Stuttgart 1930.
- Millar, R. W.*: Civil Procedure of the trial court in historical perspective. New York 1952.
- Mittermaier, E. J. A.*: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess I—II. Bonn 1822.
- Moore, G. E.*: Philosophical Studies. London 1922.
- Morel, René*: Procédure civile. 2 uppl. Paris 1949.
- Motiven till Rättsgångsbalken av 18/6 1942. I NJA II 1943. (cit.: Motiven).
- Munch-Petersen, H.*: Den danske Retspleje I, II och V. 2 uppl. København 1923—26.
- Næss, Arne*: Interpretation and preciseness. Oslo 1953.
- Nagler, Johannes*: Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren. I Rechtsgang 1 (1913).
- Nehrman, D.*: Inledning til then swenska processum criminalem. Sthlm 1759.
- Nehrman, David*: Inledning til then swenska processum civilem. Sthlm 1751. (cit.: Civilprocessen).
- Neumann, Georg*: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I. 4 uppl. Wien 1927.
- Niese, Werner*: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Göttingen 1950.
- Nikisch, Arthur*: Zivilprozessrecht. Tübingen 1950.

- Nikisch, Arthur*: Der Streitgegenstand im Zivilprozess. Tübingen 1935.
(cit.: Streitgegenstand).
- Nilsson-Stjernquist, Per*: Om handräckningsutslag. Diss. Lund 1946.
- Olivecrona, Karl*: Rättegången i Brottmål enligt RB. Sthlm 1953.
- Olivecrona, Karl*: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930. (cit.: Bevisskyldigheten).
- Olivecrona, Karl*: Grunden och saken. Stockholm 1954. (cit.: Grunden).
- Olivecrona, Karl*: Domen i tvistemål. Lund 1943. (cit.: Domen)
- Olivecrona, Karl*: Utsökning. 2 uppl. Lund 1955. (cit.: Utsökning).
- Orfield, L. B.*: Criminal Procedure from arrest to appeal. New York 1947.
- Palmgren, Bo*: Målsägandens åtalsrätt. Helsingfors 1939.
- Peters, Karl*: Strafprozess. Karlsruhe 1952.
- Petersen, Theodor*: Retsliv og Retspleje i England. København 1949.
- Planck, Julius Wilhelm*: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I: 1. Nördlingen 1887.
- Pollak, Rudolf*: System des österreichischen Zivilprozessrechtes. Wien 1932.
- Pollock, Frederick*: The expansion of the common law. London 1904.
- Regelsberger, Ferdinand*: Pandekten I. Leipzig 1893.
- Robinow, Johannes*: Zur Lehre vom Streitgegenstand. Diss. Hamburg 1934.
- Robinson, Richard*: Definition. Oxford 1950.
- Roeder, Hermann*: System des österreichischen Strafverfahrensrechtes. Innsbruck 1951.
- Rosenberg, Leo*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 6 uppl. Berlin 1954.
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast. 3 uppl. Berlin 1953. (cit.: Beweislast).
- Rosenfeld, E. H.*: Reichs-Strafprozess. Berlin 1909.
- Ross, Alf*: Om Ret og Retfærdighed. København 1953.
- Russel, Bertrand*: Logical atomism. I Contemporary british philosophy I. London 1925.
- Rümelin, Max*: Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege. Tübingen 1926.
- Sauer, Wilhelm*: Allgemeine Prozessrechtslehre. Berlin 1951.
- Sauer, Wilhelm*: Grundlagen des Prozessrechts. 2 uppl. Stuttgart 1929. (cit.: Grundlagen).
- Schmidt, Eberhard*: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung I. Göttingen 1952. (cit.: Eb. Schmidt).
- Schmidt, Eberhard*: Einführung in die Geschichte des deutschen Strafrechtspflege. Göttingen 1947. (cit.: Eb. Schmidt: Geschichte).
- Schmidt, Richard*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2 uppl. Leipzig 1906. (cit.: R. Schmidt).
- Schrevelius, Fredrik*: Lärobok i civilprocess. Lund 1853.

- Schröder, Horst*: Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozess. I Annuario di Diritto comparato, ser. II (16) 1943.
- Schröder, R. och von Künssberg, E.*: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7 uppl. Leipzig 1932.
- Schultz, Lothar*: Russische Rechtsgeschichte. Schauenburg 1951.
- Schultzenstein, Max*: Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozessarten. I Z 43 (1913).
- Schwab, Karl Heinz*: Der Streitgegenstand im Zivilprozess. Berlin 1954.
- Schwartz, J. C.*: Vierhundert Jahre deutscher Civilprocess-Gesetzgebung. Berlin 1898.
- von Schwerin, Claudius*: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1934.
- Schönke, Adolf*: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 7 uppl. Karlsruhe 1951.
- Schönke, Adolf*: Grundsätze des Zivilprozesses in rechtvergleichender Betrachtung. I ZAkDR 3 (1936).
- Siebert, Karl*: Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung. Berlin 1929.
- Siösteen, Nils*: Om den franska civilprocessen och dess brister. Örebro 1923.
- Sjöström, Bertil*: Om formell processledning. Helsingfors 1925.
- Skeie, Jon*: Den norske civilprocess I. Oslo 1939.
- Sperl, Hans*: Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I. Leipzig 1930.
- Stammler, Rudolf*: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
- Stang, Emil*: Rettergangsmåten i straffesaker. 3 uppl. Oslo 1951.
- Stein, Friedrich*: Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.
- Stein, Friedrich*: Grundriss des Zivilprozessrechts und Konkursrechts. Tübingen 1928. (cit.: Grundriss).
- Stein—Jonas*: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 18 uppl. Tübingen 1953.
- Stephen, James F.*: A History of the criminal law of England I—III. London 1883.
- Thon, August*: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
- Tirkkonen, Tauno*: Skiljemannaförfarandet. I stencil. Sthlm 1952.
- Tissier, A.*: Le rôle social et économique des règles de la procédure civile. I Études économiques et sociales 12 (1911).
- Troller, Alois*: Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus. Basel 1945.
- Trygger, Ernst*: Svensk straffprocessrätt. Kompendium. Uppsala 1926.
- von Tuhr, Andreas*: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I. Leipzig 1910.
- Vidal, Georges*: Cours de droit criminel II. Paris 1949.
- Vierhaus, Felix*: Über die sozialen und wirtschaftlichen Aufgaben der Zivilprozessgesetzgebung. Berlin 1903.
- Wach, Adolf*: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I. Leipzig 1885.

- Wach, Adolf*: Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung. 2 uppl. Bonn 1896. (cit.: Vorträge).
- Wach, Adolf*: Struktur des Strafprozesses. I Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Karl Binding. Leipzig 1914.
- Wach, Adolf*: Das Geständnis. I Arch. 64 (1885).
- Welamson, Lars*: Om brottmålsdomens rättskraft. Diss. Sthlm 1949.
- Wenger, Leopold*: Institutionen des römischen Zivilprozessrechts. München 1925.
- Westman, K. G.*: Den svenska nämnden I. Sthlm 1912.
- Westring, Hj.*: Straffprocessens ledande grundsatser. I SvJT 1922.
- Wetter, F.*: Allmän straffrätt. Kompendium. Uppsala 1932.
- Wetzell, G. W.*: System des ordentlichen Civilprozesses. 3 uppl. Leipzig 1878.
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts I. 7 uppl. Frankfurt 1891.
- Wolff, Karl*: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. 2 uppl. Wien 1947.
- Wrede, R. A.*: Civilprocessrätt I. 4 uppl. Helsingfors 1953.
- Wrede, R. A.*: Civilprocessrätt II. 3 uppl. Helsingfors 1923.
- von Wright, G. H.*: An Essay in modal logic. Amsterdam 1951.

FÖRKORTNINGAR

- Arch. = Archiv für die civilistische Praxis
- DJZ = Deutsche Juristenzeitung
- JFT = Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
- JW = Juristische Wochenschrift
- KritVjschr = Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
- NTK = Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
- SvJT = Svensk Juristtidning
- TfR = Tidskrift for Retsvidenskab
- Z = Zeitschrift für (deutschen) Zivilprozess
- ZAkDR = Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
- ZSchwR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht
- ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



