

SVENSK CIVILPROCESSRÄTT

AV

E. KALLENBERG

I.

ANDRA UPPLAGAN



LUND 1923

CARL BLOMS BOKTRYCKERI

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

eISBN: 9789198899863

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.271>



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

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

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

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>

FÖRSTA AVDELNINGEN.

Inledande framställning.

KAPITEL I.

Begreppet civilprocess.

§ 1.

Allmän bestämning av civilprocessens väsen och ändamål.¹

I. Den materiella rätten, i objektiv mening, verkar på en gång såsom lära och makt². Såsom lära verkar den genom att giva upplysning om gränserna för de mänskliga maktområdena; såsom en makt framstår, i den mån rätten ålägger förpliktelser, den vilja, som i densamma kommer till uttryck. Ovisshet kan emellertid uppstå i fråga om de faktiska omständigheter, som betinga förenämnda gränser, för att nu icke tala

¹ Jfr *Nehrman*, *Processus civilis* Cap. II; *Schrevelius*, *Civilprocess* §§ 1 och 4; *Wrede*, *Civilprocessrätt* §§ 1 och 4; *Civilprocessen*, dess begrepp och gränser, i *Tidskr. utg. av Jur. För:n i Finland* 1886; *Granfelt*, *Straffprocessrätt I* (1908) sid. 1—6; *Frey*, *Skiljemannainstitutet enligt finsk civilprocessrätt* (1911) § 2. *Nellemen*, *Civilprocessens almindelige Deel* (3:dje uppl. 1887) § 1; *Hagerup*, *Civilprocess* § 1; *Munch-Petersen*, *Den danske Retspleje I* (1917) § 1; *Drechsler*, *Über die Begriffe Civilprozess und Rechtsstreit* i *Archiv für die civilistische Praxis* 1879; *Wach*, *Handbuch* § 1; *Der Rechtsschutzanspruch* i *Zeitschr. für deutschen Civilprocess* Bd 32 (1904) särsk. sid. 5 f.; *Bülow*, *Klage und Urteil* i *Zeitschr. f. d. Civilprozess* Bd 31 (1903) särsk. sid. 245, 265 ff.; *Degenkolb*, *Der Streit über den Klagrechtsbegriff* i *Beiträge zum Civilprozess* (1905) sid. 24—27.

² Så har *Merkel*, *Juristische Encyclopädie* (1885), m. fl. uttryckt det.

därom, att själva normerna kunna lida av otydlighet eller ofullständighet, och den lärdom, som rätten under sådana förhållanden giver, är icke tillräcklig. Och vidare kan den etiska makt, som rätten i och för sig utövar, visa sig overksam. Med hänsyn härtill kräves det, om rätten icke skall i stor utsträckning förbliva en tom bokstav utan verkligen gälla, vid sidan därav en rättsinrättning för dess hävdande. Det måste framför allt finnas yttre maktmedel, riktade mot dem, som icke frivilligt inrätta sitt leverne efter rättens bud. Det yttre fysiska tvånget kan således sägas ligga i rättsordningens eget väsen; rättsordningen är en tvångsordning³. Tvång är nödigt icke blott emot den, som befinner sig i medveten opposition mot rätten eller vars vilja företer en sådan rättsstridighet, att statens straffande verksamhet uppkallas; tvång måste kunna utövas redan i fall av en blott objektiv oöverensstämmelse mellan det faktiska och det rättsenliga tillståndet, t. o. m. i fall, då oöverensstämmelsen icke har sin grund i en så kvalificerad vilja, som man betecknar med termen skuld.

Till de medel, av vilka staten betjänar sig för upprätthållande av rättsordningen, hör processen.

II. Man kan använda ordet *rättsvård* i en så vidsträckt betydelse, att därmed avses all verksamhet, statens eller de enskildes, för den konkreta privaträttsordningens upprätthållande ävensom därjämte den verksamhet, som från statens sida utvecklas för privaträttsordningens gestaltande eller utveckling. Då rätt förutsätter samhälle, och då man knappast ens i fråga om de mest primitiva samhällsstadier kan tänka sig ett av samhällsmakten helt och hållet okontrollerat *rättsförsvar* från de enskildes sida, kan väl näppeligen med fog påstås, att *självhjäl*p ursprungligen var den i strängaste mening enda formen av den rättsvård, som har till syfte rättsordningens upprätthållande. I varje fall hade rättsvården ursprungligen i det väsentliga karaktären av självhjäl. Hurusom under utvecklingens gång

³ Satsen har dock, som bekant, i verkligheten ej giltighet på hela det rättsliga området; märk folkrätten och åtskilliga statsrättsliga regler.

rättsvården småningom övergick från de enskilde till statsmakten, tillhör det rättshistorien att uppvisa. Rättsvården har i allt väsentligt blivit en statsfunktion.

Emellertid kan staten icke förbehålla sig all verksamhet för privaträttsordningens upprätthållande. Staten kunde göra detta endast om det vore den möjligt att förhindra all orätt, men detta är ej möjligt, och om också möjligheten vore given, så kunde staten icke rimligtvis sätta en så vittomfattande prevention såsom sin uppgift, eftersom genomförandet av ett sådant syfte skulle betyda den individuella frihetens undergång.

I två olika avseenden kan en *tvingande* verksamhet i rättens tjänst tänkas tillkomma de enskilde: dels kunna de äga förhindra rättsstridig rubbning av det bestående rättstillståndet, och dels kunna de äga åvägabringa rättelse, sedan en sådan rubbning ägt rum.

I samma mån som statsmakten vinner i styrka och utvecklas i organisativt hänseende, upphör de enskildes rätt att efter inträdd rubbning i rättstillståndet återställa vad som varit eller neutralisera följderna av rättskränkning, till dess slutligen i den moderna rättsstaten den offentliga makten så gott som helt och hållet övertager denna sida av rättsvården ⁴. Gränsen mellan otillåten självtagt och sådana fall, i vilka en person har befogenhet att undanröja verkningarna av ett obehörigt ingrepp i hans rättssfär, är emellertid ej alltid lätt att draga. I allmänhet torde kunna sägas, att om ett rättsstridigt besittningstagande ägt rum självhjälp för återställande av det rubbade besittningsförhållandet har karaktären av otillåten självtagt. Men om ett obehörigt angrepp på annans rättssfär icke ännu fortskridit så

⁴ I svensk rätt innehåller, som bekant, 10: 20 Strl. ett allmänt förbud för den enskilde att själv taga sig rätt. Vidare må hänvisas till § 16 m. 6 Pr.F. till Strl. som dock medger några, mycket strängt begränsade, undantag från förbudet att självvilligt återtaga besittningen av orättmätigt avhänd sak. Vad särskilt beträffar fast egendom, se 10: 6 BB. I sammanhang med förbudet att själv taga sig rätt är att märka § 191 U.L., som öppnar en bekvämare utväg än vanlig rättegång att få ett rubbat besittnings- eller annat förhållande återställt.

långt, att ett besittningsförhållande uppstått, kan man icke anse den angripne vara skyldig att överksam finna sig i angreppet. Att avgöra, huruvida ett obehörigt ingrepp medfört ett besittningstagande eller ej, är ej alltid lätt. Utredningen av hit hörande spörsmål tillhör huvudsakligen saksrätten ⁵.

Att det över huvud måste vara förbjudet att framtvunga en prestation, som man har att fordra av annan, ligger i öppen dag. Avvikelser från denna grundsats kunna dock för vår rätts del i viss mån sägas bestå i de fall, i vilka självpantning är medgiven. Dessutom må erinras om de fall, i vilka personer stå till varandra i ett förhållande av över- och underordning, så beskaffat, att den överordnade kan med makt göra sin vilja gällande.

Vad angår rätten att förhindra rättskränkning, så kan, såsom redan antytts, staten aldrig helt och hållet frångå den enskilde denna rätt. Till förekommande av missbruk måste dock ifrågavarande rätt knytas till vissa bestämda förutsättningar. Ämnet behandlas vanligen i straffrätten under rubriken nödvärn ⁶.

III. Den rättsvårdande verksamhet, som staten genom sina organ utvecklar, är till en väsentlig del *rättskipning* ⁷. För så vitt fråga är om rättsvård på det privaträttsliga området, har man att med rättskipning förstå den verksamhet, som har till syfte att *skydda* privaträttsliga intressen och som sålunda tjänar till privaträttsordningens *upprätthållande*. Genom sitt nämnda syfte skiljer sig rättskipningen från en andra huvudgren av statens rättsvårdande verksamhet, nämligen den s. k. *frivilliga rättsvården* (varom mera nedan i denna §).

⁵ Se härom, bland andra, *Nelleman*, anf. arb. § 6.

⁶ Det bör av sammanhanget vara uppenbart, att man här ej har att tänka på det förhållandet, att en person kan i utövningen av en honom tillkommande rättighet vidtaga åtgärder till förekommande av, att rättigheten kränkes, t. ex. inhägnat ett jordområde. Jag har i texten endast yttrat mig om den rätt till en *tvingande* verksamhet mot annan, som tillkommer den enskilde.

⁷ Ang. begreppet rättskipning se vidare nedan i § 3.

Rättskipning utövas icke blott inom privaträttens utan även inom den offentliga rättens område och icke blott genom process utan även genom förvaltningen, vars huvuduppgift emellertid icke är rättskipning. Gränsbestämningen emellan process och förvaltning erbjuder, då man försöker närmare genomföra den, stora svårigheter; ämnet behandlas här nedan i § 3.

Statens rättsvårdande verksamhet kan sägas vara antingen preventiv eller repressiv. Den preventiva rättsvården går, såsom benämningen antyder, ut på att förebygga ingrepp i eller över huvud störande inflytelser på rättsordningen. Den repressiva rättsvården består i reaktion i fall, då det yppat sig en oöverensstämmelse mellan det faktiska och det rättsliga tillståndet.

Det är vid den processuella rättskipningen huvudsakligen fråga om repressiv rättsvård, utan att dock själva begreppsbestämningen kan göras så trång, att preventiv rättsvård uteslutes därifrån. I sistnämnda avseende behöver blott hänvisas till vad nedan under IV, 3 yttras om process såsom medel att undanröja rättsovisshet ävensom erinras om de i vår utskenningslag reglerade provisoriska säkerhetsåtgärderna: kvarstad, skingrings- och reseförbud ⁸.

IV. *Process* är, såsom det föregående giver vid handen, ett förfarande, i och genom vilket rättskipning utövas. Detta förfarande är ett lagligen reglerat förfarande.

Man skiljer mellan två huvudarter av process. Frånsett den särskilda ståndpunkt, som svensk rätt intager och som i en senare § blir föremål för närmare undersökning, är den begreppsliga skillnaden emellan de båda processarterna den, att civilprocessen har till föremål ett privaträttsligt eller åtminstone

⁸ Gränsen emellan repressiv och preventiv rättsvård kan dragas på annat sätt än ovan i texten skett. Man kan nämligen till den förra hänföra den rättsvårdande verksamhet, som äger rum redan då det blott yppat sig en fara för rättstillståndet och innan ännu det kommit till en verklig oöverensstämmelse mellan det faktiska och det rättsliga tillståndet. Om man antager denna gränsbestämning, blir det vid rättskipningen endast fråga om repressiv rättsvård.

icke-straffrättsligt förhållande, under det att straffprocessens föremål är statens straffanspråk mot den, som begått brott⁹. Genom båda arterna av process är staten verksam för privaträttsordningens upprätthållande, men den är det på olika sätt: i civilprocessen omedelbart, i straffprocessen (för så vitt en relation till privaträttsordningen över huvud är i fråga) medelbart.

De uppgifter, som staten i processen fullföljer, äro, vad angår både civil- och straffprocess, av tvenne väsentligen olika slag: dels att fastställa vad som är rätt och dels att, om så erfordras, tvångsvis realisera vad som fastställts vara rätt. Fastställelse och exekution äro således de båda processuella huvudsyftena. Man får emellertid icke föreställa sig, att båda dessa funktioner äro väsentliga för begreppet process i den mening, att, där den ena av dem saknas, process ej föreligger. Fastställelse kan sägas vara den specifikt processuella funktionen, men icke ens denna är ett nödvändigt led i varje process. Det kan förekomma exekution utan föregående rättsfastställelse; exempel därpå lämna i svensk rätt de i 8 kap. Utsökn.l. nämnda handräckningsåtgärderna. Å andra sidan kan man ännu mindre påstå, att exekution är ett nödvändigt processled. Dels hava icke alla domar det innehåll, att det finnes rum för verkställighet av domen; detta är förhållandet i de olika fall, i vilka domen icke innefattar något som helst förpliktigande för ena parten att prestera något till den andra (i positiv eller negativ riktning). Och dels kommer ej någon exekution i fråga i de många fall, då part frivilligt ställer sig till efterrättelse vad honom i domen ålagts.

Begreppet process tillägger man en vidsträcktare och en mera begränsad innebörd. Process i ordets mera omfattande betydelse inrymmer både fastställelse och exekution. Med process i inskräinktare mening förstår man däremot allenast det förfarande, som har till ändamål fastställelse genom dom; det exekutiva förfarandet faller således utom detta trängre process-

⁹ Jfr emellertid § 2 not. 1 i detta arbete.

begrepp. Enligt svensk rätt råder olikhet mellan process i trängre mening och exekution icke blott i anseende till ändamål och, såsom ju sakens natur bjuder, förfarandets yttre gestaltning utan jämväl därutinnan, att olika statsorgan äro betrodda med den ena och andra funktionen. Processen i trängre mening är förlagd till domstolarna, medan det exekutiva förfarandet handhaves av myndigheter, vilka jämväl hava uppgifter inom förvaltningens område. Vad det senare angår, må dock erinras, att prövningen i högre instans av vad de exekutiva myndigheterna åtgjort, tillhör domstol, hovrätt och högsta domstolen; jfr utsökningslagen.

Föreliggande arbete har till föremål allenast *civilprocessen i trängre mening*.

Då civilprocessen i det föregående karaktäriserats såsom det förfarande, i och genom vilket staten är omedelbart verksam för privaträttsordningens upprätthållande, så är därmed naturligtvis icke sagt, att det processuella förfarandet i det särskilda fallet avser skydd för rättsordningen över huvud; processen har i varje särskilt fall till föremål ett visst konkret förhållande och avser att bereda skydd för det rättsintresse, som däri kommer till uttryck. Själva processinstitutionen såsom sådan har man däremot att ställa i relation till rättsordningen in toto.

En sammanfattning av allt vad som ovan yttrats till utveckling av civilprocessens begrepp giver följande bestämning: civilprocess i trängre mening är det lagligen reglerade förfarande, i och genom vilket domstol, såsom statens organ, i ett givet fall av privaträttslig natur har att fastställa vad som överensstämmer med den objektiva rätten och sålunda meddela rättsskydd ¹⁰. Denna bestämning bör emellertid modifie-

¹⁰ Enligt denna bestämning syftar ordet process på det processuella förfarandet in concreto. Detta torde vara den vanliga användningen; ej sällan brukas dock ordet som beteckning för själva processinstitutionen eller ock för rättskipningen. Det förekommer ock exempel på och har tidigare varit mycket vanligt, att begreppen process och processrätt identifierats; så t. ex. *Nelleman*, anf. arb. § 1. Med avseende å detta identi-

ras så till vida, som civilprocessen ej nödvändigt behöver röra ett fall av *privaträttslig* natur. Enligt gällande principer för

fierande är det av intresse att erinra sig *Bülow's* uttalande i avhandlingen *Dispositives Civilprozessrecht* etc. i *Archiv für die civ. Praxis* Bd 64 (1881) sid. 2. Han påpekar, att man länge varit van att uppfatta civilprocessordningen mera som en administrativ arbetsordning än som en rättsinrättning, jämbördig med de övriga delarna av rättsordningen, och att denna åskådning ända till senaste tid funnit sitt "naiva uttryck" däri, att man vid sidan av privaträtt, straffrätt m. m. ställt processen utan att tilldela den *rättspredikat*.

Det råder inom den moderna processdoktrinen ej enighet om vad man bör sätta som processens huvudändamål. Jag anser för min del, i likhet med många processualister (*Wach, Hellwig, Wrede, Granfelt* m. fl.), att detta ändamål är *rättsskydd*. Att hålla fram åstadkommandet av *rättssvisshet* som det huvudsakliga processändamålet, ja över huvud som självständigt processändamål (så *Bülow*, i *Klage und Urteil*, m. fl.), kan jag sålunda icke finna riktigt. Rättssvisshet är ej självändamål, endast medel för rättsskydd. Partens talan avser säkerligen icke erhållande av rättssvisshet i vidare mån, än sådan visshet är av nöden för vinnande av rättsskydd, och staten kan över huvud icke anses i civilprocessen fullfölja ett av den enskildes rättsskyddsintresse oberoende intresse av att åstadkomma rättssvisshet. Vad det senare angår, så betonas på flera håll (se sålunda, bland andra, *Lehmann*, *Der Prozessvergleich* 1911, sid. 132 f. och inom den nordiska litteraturen *Frey*, *anf. arb.*), att rättsordningen till sitt väsen är fridsordning, att bevarandet av rättsfriden är det egentliga processändamålet, och att, då staten meddelar rättsskydd, detta sker i nyssnämnda processändamåls tjänst. Man framhåller, att den åsikt, som i beredandet av rättsskydd ser processens ändamål, icke är förenlig med åtskilliga i processlagarna förefintliga regler, som i stället för att utgöra en garanti för rättens seger snarare innebära en fara för parten vid hans strävan att ernå rättsskydd (t. ex. form- och fatalieföreskrifter, inskränkningar i rätten att fullfölja talan m. m.). Framför allt har man härvid fäst sig vid institutet domens rättskraft, som man anser otvetydigt ådagalägga, att processens grundtanke är *rättsfridens* bevarande och icke hänsyn till det privata rättsskyddsintresset. Detta intresse får maka åt sig på många punkter. Den nutida civilprocessen anser man sålunda byggd på en kompromiss emellan de båda syftena, att meddela skydd för privata rättsintressen och att bevara rättsfriden. — Hur berättigat det än må vara att vid bestämmandet av processens uppgift icke förbise samhällssynpunkten, processens egenskap att vara ett nödvändigt medel för samhällsfridens upprätthållande, så synes man mig likväl icke härpå kunna grunda något tillfyllestgörande argument mot att sätta som civilprocessens ändamål skydd för privata rättsintressen.

rättskipningens fördelning mellan domstolar och administrativa myndigheter är regeln den, att privaträttsliga förhållanden bedömas av domstol, offentligrättsliga förhållanden av administrativ myndighet, men regeln är icke undantagslös¹¹. Då jag i det följande blott talar om privaträttsliga förhållanden såsom föremål för civilprocessen, är, såframt annat ej uttryckligen säges, meningen ej att utesluta sådana offentligrättsliga förhållanden, som kunna vara föremål för civilprocessuell rättskipning.

Det resultat, till vilket jag kommit, skall nu i åtskilliga avseenden belysas och vidare utföras.

1) Det har betonats, att processen är ett förfarande, i och genom vilket ett statsorgan, en domstol, är verksam. Ej samtliga de handlingar, vilka tillsammans bilda det processuella förfarandet, företagas emellertid av domstolen. Den fullständiga utredningen härav bildar en mycket omfattande del av processrättens system och företages huvudsakligen i den avdel-

Statens uppgift i fråga om rättskipningen kan icke vara att bevara rättsfriden på bekostnad av rätten; rättsfriden kan endast bevaras på det sätt, att bestående rätt skyddas. De processuella lagstadganden, vilka man åberopat som bevis för att rättsskyddsintresset får stå tillbaka för rättsfridsintresset, böra icke, så vitt jag kan finna, bedömas från denna synpunkt. De böra uppfattas såsom led i hela processinrättningen, vilken lagstiftaren gestaltar med tanke på att vinna största möjliga trygghet för att den verkliga rätten kommer till heders, med iakttagande dock därjämte av de krav på en god rättskipning, som jämte fordran på dess säkerhet måste uppställas, nämligen kraven på snabbhet och billighet. Att vissa processregler i särskilda fall kunna visa sig hinderliga eller rent av skadliga för rättens seger, kan ej härvid komma i betraktande; avgörande är nämligen, huruvida dessa regler i allmänhet tillgodose ovannämnda krav på en god rättskipning eller, rättare sagt, huruvida lagstiftaren ansett dem göra detta. Vad särskilt beträffar domens rättskraft, så kan jag ej finna, att man med fog kan anse, att detta institut är oförklarligt från rättsskyddssynpunkten. Det står dock fast, att även om ett ändlost processande vore medgivet någon absolut säkerhet för att rättsskyddssyftet vunnes ej föreläge, och, vad viktigare är, detta syfte skulle helt och hållet förfelas, om ej en gräns och en ej allt för vid gräns för rätten att processa bleve satt.

¹¹ Jfr. § 3 i detta arbete.

ning därav, som avser att redogöra för själva förfarandet och dess olika moment. Här kan blott följande framhållas. Domstolen träder i verksamhet endast på begäran av den enskilde, som påstår sig vara i behov av rättsskydd och i sådant syfte påkallar domstolens avgörande (käranden). Rättsskydd kan enligt sakens natur begäras allenast i förhållande till någon viss annan person (svaranden). Då nu förfarandet, såsom utan vidare inses, måste vara byggt på den förutsättningen, att det består en intresse motsats emellan den, som begär rättsskydd, och den, gentemot vilken skydd begäres, och då detta innebär, att vardera parten måste hava tillfälle att bevaka sitt intresse (den kontradiktoriska principen), är det givet, att det processuella förfarandet inrymmer icke blott en verksamhet från domstolens sida utan även handlingar av parterna. Den gemensamma, sammanfattande benämningen för all den av domstolen och parterna utvecklade verksamheten är process ¹².

2) Den ovan uttalade satsen, att civilprocessen har till föremål ett privaträttsligt förhållande, behöver redan nu något närmare utvecklas. Den part, som tager initiativet till rättegången, käranden, framställer i regeln ett påstående om rätt, och det gäller alltså att i processen avgöra, huruvida denna påstådda rätt består eller ej. Vanligen utgöres den påstådda rätten av ett anspråk i privaträttslig mening, d. v. s. en rättighet att fordra en prestation, vilken är förfallen, och kärandens begäran till domstolen, hans *talán*, går ut på att ernå ett åläggande för motparten att fullgöra prestationen. Kärandens *talán* behöver emellertid ej nödvändigt innefatta ett påstående om rätt; hans *talán* kan även innefatta påstående om frihet från en förpliktelse. I vilket fall som helst är det dock fråga

¹² *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 19 f., skiljer emellan process, rättskipning och rättegång och bestämmer förhållandet emellan dessa begrepp så, att de båda senare beteckna olika sidor av processen, rättskipning domstolens verksamhet i process, rättegång parternas verksamhet däri. Denna distinktion emellan process och rättegång är för nutida svensk uppfattning ganska främmande. Enligt vårt juridiska språkbruk betyder rättegång alldeles detsamma som process.

om skydd för privaträttsliga *intressen*, och man kan, om man vill hava en beteckning på civilprocessens föremål, som sammanfattar allt, lämpligen använda ordet *interesse*.

Det framgår av det nu sagda — vad som för övrigt är självklart — att då processens föremål säges vara ett rättsförhållande därmed ej menas annat, än att domstolen har att pröva ett framställt påstående om ett rättsförhållande. Att icke för process kan förutsättas ett i verkligheten existerande rättsförhållande, ligger i öppen dag.

Då civilprocessen säges hava till föremål ett privaträttsligt förhållande, får detta ej förstås så, som om all den verksamhet, som utvecklas i processen, omedelbart rör sig om detta rättsförhållande. Enligt processlagen måste vissa förutsättningar föreligga, för att ett giltigt förfarande rörande nämnda rättsförhållande (*huvudsaken*) skall kunna äga rum, och redan det förfarande, som avser att utröna eller innefattar prövning av en sådan förutsättnings existens, är process. Process i modern mening är alltså icke detsamma som den klassiska romerska processrättens *judicium*.

3) Processens ändamål är, enligt vad ovan angivits, meddelande av rättsskydd. När helst behov av rättsskydd förefinnes, är ock principiellt sett förutsättningen för process given. Man är numera tämligen allmänt ense om, att det står i fullaste överensstämmelse med processinstitutets uppgift att tillåta process i fall, då ingen anledning till reaktion mot rättsstridighet är för handen, utan där det blott är fråga om att få fastslaget, hur det i ett visst rättsligt avseende förhåller sig. Skall processinstitutet kunna fullt tjäna sitt ändamål, måste process kunna inledas ej blott, då någon förmenar, att en annan verkligen överträtt gränserna för sin maktsfär, utan under vissa förutsättningar redan i det fall, att ovisshet råder i fråga om gränserna för en persons maktsfär i förhållande till en annan person. Ett klarläggande av dessa gränser kan obestriddligen vara nödvändigt till skydd för individens egen rättsliga handlingsfrihet och mot ingrepp från annans sida.

Processens uteslutande uppgift kan följaktligen icke sägas

vara reaktion mot rättskränkning¹³. I själva verket framgår detta redan av vad ovan under 2) sagts därom, att processens föremål ej nödvändigt behöver vara ett privaträttsligt *anspråk*.

4) Av den lämnade bestämningen på processbegreppet framgår, att processens ändamål är rent och omedelbart praktiskt, detta att förstå så, att processen avser att fastställa vad som är rätt med avseende å ett visst konkret förhållande; eller, för att uttrycka saken ännu tydligare, domstolens uppgift i en process kan icke vara att abstrakt avgöra ett rättsspörsmål utan dess uppgift är att tillämpa den objektiva rätten på ett *verkligt* fall och auktoritativt fastställa vad som är rätt i detta fall. Domstol har således att vägra sin medverkan, då denna påkallas i syfte att erhålla ett allmänt uttalande om vad den objektiva rätten stadgar i ett visst avseende. Detta gäller ej endast, när rättegångsformen öppet anlitas för vinnande av ett responsum, utan även när detta syfte maskeras, men det dock blir uppenbart, att det sakförhållande, med avseende å vilket parterna äska domstolens avgörande, är helt och hållet diktat. Tydligt är, att det icke härvid kommer an på vad som är parternas motiv för att processa; har processen till underlag ett förhållande mellan parterna, som är i behov av rättslig reglering, så föreligger ej processmissbruk, även om denna reglering i och för sig är parterna likgiltig och vad som intresserar dem blott är den abstrakta rättsfrågan.

Från vad nu anförts har man att särskälla frågan om domstolsbeslutens betydelse vid avgörandet av framtida likartade fall, som komma under domstolarnas prövning. Det är den gamla, mycket omdebatterade frågan om prejudikatens bindande verkan, som jag härmed kommit in på¹⁴. Att det

¹³ Sådan var den äldre uppfattningen. Se t. ex. *Schrevelius*, anf. arb. sid. 13, som, på tal om skillnaden emellan civil och kriminell process, yttrar att man "i allmänhet kan säga, att all process har sin grund i en rättslesion, ty såsom sådan kan även blotta vägrandet att låta en annan rätt vederfaras med skäl anses".

¹⁴ Begreppet prejudikat bör i korthet närmare bestämmas. Svenska jurister torde vara ense om att såsom prejudikat beteckna endast de avgöranden, som träffas av högsta instansen, och däremot är ej något väsentligt

över huvud är möjligt att tillerkänna ett domstolsavgörande bindande verkan för kommande fall ligger i öppen dag. Visser-

att invända. Enligt vanligt, så att säga, populärjuridiskt föreställningssätt har begreppet en så vidsträckt innebörd, att det inrymmer *alla* högsta instansens utslag. Denna bestämning kan omöjligt godkännas. Endast det utslag förtjänar namnet prejudikat, som innefattar en principiell lösning av ett rättsspörsmål; jfr *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 249 f. not. 7. På sina håll har man ock beaktat detta; se sålunda några uttalanden inom HD, särskilt av Justitier. Lindhagen, vid granskningen av det förslag, som ligger till grund för stadgan ^{21/1} 1876 ang. måls handläggning i vissa fall av K. Maj:ts högsta domstols avdelningar samfällt (uppsatsen N:r 3 i Avdeln. II av Nytt jur. arkiv 1:sta årg.), samt R. Wærn, Anteckningar rörande rättsgångssättet i Sverige (tryckt i Sveriges Advokatsamfunds förhandlingar 1911). Ett utslag, vars motivering smyger sig efter omständigheterna i det särskilda fallet eller, för att begagna ett annat yttryck, vari "rättsfrågan är insvept i målets detaljer" (Justitier. Lindhagen) — rättsfallssamlingarna lämna exempel i mängd; de redogöra för många rättsfall men innehålla ett vida mindre antal prejudikat — är icke ett prejudikat; domaren har ju själv genom det sätt, varpå han avfattat premisserna till sitt domslut, givit tillkänna, att han icke vill genom något principuttalande binda sig för framtiden. (Jfr uppgiften hos Bentzon, Retskilderne, 1900—1907, s. 104, att Højesteret i Danmark, som lägger stor vikt på att icke frångå sina egna prejudikat, ofta i motiveringen för sina domar nöjer sig med att framhålla de föreliggande omständigheterna för att sålunda hava fria händer i kommande likartade fall.) En domstol, som vill, att dess avgörande skall utgöra prejudikat, får över huvud icke såsom bestämmande för domslutet hålla fram *det* hos det konkreta fallet, varigenom detta skiljer sig från alla andra fall; det gäller att fästa sig vid det typiska, att bedöma fallet efter en regel, som passar för en viss *grupp* av besläktade fall, och att låta denna regel komma till synes i avgörandet. Man må emellertid icke föreställa sig, att den principiella lösning, som giver ett utslag karaktären av prejudikat, alltid nödvändigt måste komma till synes i utslagets motivering; ännu mindre får man uppställa fordran på en vetenskaplig eller i varje fall på en vetenskapligt fullständig motivering. Domstolens uppfattning i en princip- eller tolkningsfråga kan, utan att motiveringen därom lämnar besked, omedelbart framgå av den rättstillämpning, som innefattas i själva domslutet. Detta är särskilt beträffande processrättsliga spörsmål ofta fallet, t. ex. då det gäller tillämpning av formella föreskrifter eller fataliestedganden, men kan naturligtvis även eljest, i frågor av civil- eller straffrättslig natur, vara fallet. När helst den princip- eller tolkningsfråga, till vilken domstolen har att taga ställning, är av tivelaktig och mera komplicerad natur, bör dock ett utslag för att fullt vara värt namnet prejudikat angiva

ligen innefattar domen endast en tillämpning av objektiv rätt på ett visst konkret fall, men domsfastställelsen vilar på premisser, som kunna få betydelse utöver det föreliggande fallet. Erinrar man sig, att rättssatserna angiva vad som är rätt under vissa hypotetiska faktiska förutsättningar, så inser man genast, att domarens uppgift vid dömandet är dels att fastställa de faktiska omständigheter, som i det konkreta fallet komma i betraktande (avgörandet av *quæstio facti*), dels att subsumera fakta under en passande rättssats (avgörandet av *quæstio juris*) och dels att fastställa de rättsliga följderna ¹⁵. För att kunna avgöra *quæstio juris* måste domstolen ha gjort

ej blott den uppfattning, som domstolen lägger till grund för sitt bedömande, utan även skälen för denna uppfattning. Endast under denna förutsättning kan utslaget verkligen övertyga, och ett prejudikat bör verka i främsta rummet på övertygelsens väg; den auktoritativa fastställelse, som utslaget innehåller, angår endast frågan om vad som är rätt i det särskilda fallet.

Till förebyggande av möjlig missuppfattning vill jag uttryckligen betona, att förestående uttalanden icke ha något att göra med frågan om högsta instansens främsta uppgift. Meningen har varit att fastställa vad begreppet prejudikat innebär, icke att påstå högsta instansens främsta uppgift vara att skapa prejudikat. För min del är jag, utan någon tvekan, av den åsikten, att dömande, ett riktigt avgörande av de konkreta fallen måste, vad angår den tid, som varit, och den tid, som är, sättas som den svenska högsta instansens viktigaste uppgift; prejudikathildning är en visserligen mycket viktig men dock sekundär uppgift. Min uppfattning i detta ämne har jag uttalat och vidare utvecklat i min bok om Rättsmedlen sid. 249 f. not. 7.

¹⁵ Det är tydligtvis icke min mening att påstå, att domarens uppgift alltid inskränker sig till en enkel subsumtion av sakförhållandet under en i lag omedelbart given rättssats. Frånsett att i de fall, där en sådan rättssats är till finnandes, subsumtionen ingalunda alltid är enkel, detta med hänsyn därtill, att klargörandet av innehållet i lagbudet och dess relation till det föreliggande sakläget i och för sig kan vara förbundet med mycken möda, är det ju så, att i talrika fall i tvistemålen det saknas en i lagen omedelbart given rättssats att använda som översats; den erforderliga översatsen måste domaren själv bilda. Jfr här nedan not. 24. Men i vilket fall som helst har det domstolsavgörande, som ej är rent godtyckligt, karaktären av en subsumtionsoperation. Med orätt har man förnekat, att denna uppfattning har allmän giltighet.

sig reda för, efter vilken rättssats fallet bör bedömas, och hur det stadgande, som är på fallet tillämpligt, bör tolkas. Domstolens uppfattning härutinnan, är av beskaffenhet att kunna läggas till grund för prövningen av kommande likartade fall ¹⁶. Det kan naturligtvis icke påstås vara stridande mot processens begrepp att tillägga prejudikat förbindande verkan för framtiden, och det må särskilt betonas, att det ej står i strid med processens ovan framhållna praktiska ändamål. Men det torde vara obestridligt, att man i saknad av positiv bestämelse därom icke äger tillerkänna prejudikat någon juridisk förpliktande verkan ¹⁷. Denna ståndpunkt är säkert ock den lyck-

¹⁶ Det må anmärkas, att prejudikatens betydelse icke är inskränkt därtill, att de bringa rättsnormer och principer till uttryck. De äro även av betydelse genom att giva exempel på de konkreta fallens subsumtion under regeln. Sådana exempel äro, såsom *Bentzon*, Retskidlerne sid. 101 f. framhåller, vägledande vid bedömandet av de rättsstiftande fakta och av bevisningen, och särskilt lämna de ledning i fråga om rätten för domaren att fritt pröva i de fall, där en rättsregel giver domaren sådan frihet.

¹⁷ Att prejudikat enligt svensk rätt äga *juridiskt förbindande* verkan, torde knappast antagas av någon, hur stor betydelse man än i praxis tillskriver dem. De åsikter i detta avseende, som uttalades inom HD vid granskningen av förslaget till den i en föregående not omnämnda stadgan av 1876, äga ännu i dag giltighet. Se ock några under åren närmast före nämnda stadgas tillkomst publicerade uppsatser: 1) Huru vitt bör man vid lagskipningen göra avseende på praxis? av —t— i Juridiska föreningens tidskrift Bd 8 sid. 14 ff.; 2) Om præjudikater, av —oo— i Naumanns tidskrift för 1873; 3) Om enhet i domslut och om s. k. præjudikater, av —t— jämväl i Naumanns tidskrift för 1873; ävensom Justitieombudsmannens ämbetsberättelse 1873 sid. 48 ff. Jfr ock *Blomberg*, Om Sveriges högsta domstols statsrättsliga ställning och betydelse (Upsala universitets årsskrift 1880) sid. 74 f. Ändamålet med den genom 1876 års stadga (numera gäller stadgan av ¹¹/₆ 1920) införda anordningen med måls prövning av HD in pleno under vissa förutsättningar var närmast att avhjälpa en överklagad brist på enhet och konsekvens i den av HD själv utövade rättskipningen men ingalunda att upphöja prejudikaten till bindande normer för framtida fall. Stadgans eget innehåll giver ej heller vid handen, att en ändrad uppfattning av prejudikatens betydelse däri gjort sig gällande. Åtminstone är av detta innehåll klart, att HD:s egna ledamöter icke äro bundna av prejudikat, och det saknar stöd av lag att i detta hänseende göra någon skillnad emellan dem och domare i lägre instans. Det finnes så mycket

ligaste. Den motsatta skulle utgöra en fara för den rättsutveckling, som i vetenskapen och särskilt i praxis har den drivande kraften, och kunde lätteligen leda därtill, att den fria och ingående undersökningen av varje särskilt fall med hänsyn till dess individualitet ersattes av en schablonmässig inregistrering av fallen under etiketter, som givits genom tidigare prejudikat. Även utan att det statueras en förpliktelse att följa den rättsåskådning, som i prejudikaten kommit till uttryck,

mindre anledning att göra detta, som man kan — något som även plägas ske — stödja påståendet, att prejudikat icke ha bindande kraft, på lagrum, nämligen 1:7 och 11 RB, enligt vilka domaren skall döma efter lagen, vars rätta mening och grund det åligger honom att noga pröva och som han är förbunden att efter bästa förstånd och samvete tillämpa; se ock 24:3 RB ävensom 47 § RF. HD:s plenarbeslut äro lika litet som andra beslut av samma domstol bindande. Inom den svenska doktrinen torde råda enighet därom, att prejudikat icke binda. Se sålunda, utom andra, *Nehrman*, *Processus civilis* sid. 221 § 16, *Schrevelius*, *Lärobok i civilrätt* del 1 (3:dje uppl. utg. av *Humbla*, 1872) sid. 44 och, mycket bestämt *Nordling*, *Anteckningar efter föreläsningar i svensk civilrätt*, Allm. delen sid. 35 f. I Finland har principen om domstolarnas obundenhet av prejudikat med ännu större skärpa betonats. Se sålunda *Montgomery*, *Handbok i Finlands allm. privaträtt* (1889) sid. 20 ff. (särsk. sid. 25 f.) samt *Wrede* i *Tidskr.*, utg. av *Jur. För:n* i Finland, 1894 sid. 366 f.; av *Calonius* mot bruket av prejudikat till stöd vid dömandet (*Opera omnia* III sid. 121 f.) riktade uttalanden uppgivas hava väsentligt bidragit till denna ståndpunkt.

Emellertid har utvecklingen i vårt land gått i den riktning, att prejudikatens betydelse faktiskt snarare stegrats än minskats. Detta torde sammanhänga därmed, att samhällsförhållandena och såsom en följd därav jämväl rättsspörsmålen blivit allt mera komplicerade, och att på lagstiftningens område det under de senare decennierna utvecklats en rik verksamhet, som givit upphov till många nya, till en del mycket omfattande lagar. De lägre instanserna behöva under dessa omständigheter i allt högre grad stödet av högsta instansens rättskipning och bliva på samma gång allt mera beroende därav. Till ytterligare ökning av prejudikatens betydelse torde 1915 års fullföljdslagstiftning bidraga genom vad i 30:13 RB stadgas om fullföljdstillstånd i fall, då det för enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning är av synnerlig vikt, att talan fullföljes till högsta instansen; jfr därom *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 271 f.

ernå dessa enligt sakens egen natur, såsom erfarenheten och nogsamt ådagalagt, all den betydelse som vederbör¹⁸.

5) Skall processen kunna fylla sin uppgift att genom fastställelse meddela rättsskydd, så måste det processuella förfarandet i varje fall — förutsatt att de av processlagen uppställda betingelserna för prövning av det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål, äro för handen — utmynna i en dom, som innefattar en fastställelse i fråga om detta rättsförhållande. Domstolen måste giva någondera av parterna, kåranden eller svaranden, rätt och kan icke avsluta processen med ett *non-liquet*-uttalande; hellre än att rättsovisshet skall råda, måste staten i sin rättskipande verksamhet taga risken, att de sakliga avgöranden, som dess organ, domstolarna, meddela, ej alltid träffa det rätta¹⁹. Lika litet som domstolen

¹⁸ De faktorer, som härvid äro verksamma, ligga så tämligen i öppen dag och äro ofta inom litteraturen framhållna; se t. ex. *R. Lagus*, Om prejudikaters betydelse (1860), och *Montgomery*, anf. arb. sid. 20 f. Djupast sett beror prejudikatens betydelse på den "tendens till regelmässighet" (så uttrycker *Bentzon*, Retskilderne, det), som rättskipningen äger och måste äga, ty utan denna tendens bleve det oeftergivliga kravet på rätts-säkerhet ej tillgodosett.

¹⁹ Tanken, att domaren är skyldig att döma och ej får undskylla sig med bristen på lag, är uttryckligen uttalad i 39:de domareregeln sista punkten: "När någon tivelaktig sak framkommer, där man haver intet om skrivet, antingen i stads- eller landslagen, ej heller är landssed där man kan döma efter, där må man ju höra gode mäns råd och döma efter sitt yttersta förstånd och samvete, att saken må ju åtskild vara, ty så kräver domarens ämbete, att han tråtor åtskilja skall." Tillika torde kunna hänvisas till vad i rättegångsordinantien av 1614 p. 7 säges om det fall, att någon har orsak sig "Rättelös at klaga och kan bewijsa, at honom åth Tinget Rätten förwägras"; därunder kan föras ej blott vrång dom utan även det fall, att domaren, utan någon processuell anledning, undandraget sig att lämna ett sakligt besked. Skyldigheten för domaren att alltid döma i sak förutsätter — fränsett den formella möjligheten att ogilla kårandens talan i varje fall, då domaren anser positiv rätt icke innehålla en bestämmelse, på vilken samma talan kan med säkerhet stödjas — att det aldrig saknas någon tillämplig rättsnorm. Denna förutsättning innebär givetvis icke, att den positiva rätten är fullständig i den mening, att det städse finnes en viss omedelbart eller ens per analogiam tillämplig rättssats. Ang. hit-

får sluta med ett *non liquet* på den grund, att den finner den objektiva rätten oklar eller ofullständig, lika litet får domstolen låta det bero vid en sådan utgång av det skäl, att den anser saksammanhanget ej vara utrett. Vad det senare angår må nämnas, att de grundsatser, som i processen tillämpas i fråga om åberopande och bevisande av relevanta fakta, göra det möjligt för domstolarna att alltid lämna avgöranden i sak.

6) Processens ändamål är icke att inverka gestaltande på rättsordningen genom att stifta ny subjektiv rätt eller ändra eller upphäva förut bestående rätt. Detta är i det föregående angivet därmed, att processändamålet sagts vara fastställelse av vad som är rätt. Emellertid kräver förhållandet belysning med hänsyn till de s. k. konstitutiva (rättsgestaltande) domarna (t. ex. äktenskapsskillnadsdom)²⁰. Det kan synas tvivelaktigt och är också omtvistat, huru man skall uppfatta den verksamhet, som staten genom domstolarna utvecklar i de fall, då förfarandet inför domstol utmynnar i en konstitutiv dom: såsom frivillig rättsvård (se nedan) eller process. För så vitt den rättsändring, som domen åstadkommer, har sin grund i en ena parten gentemot den andra tillkommande verklig rättighet att få till stånd rättsändringen, vilken rättighet för sin uppfyllelse måste rättegångsvägen göras gällande, föreligger process. Domen är i dessa fall ej blott rättsgestaltande; den innefattar därjämte en fastställelse av nämnda rättighets existens. Då sålunda den rättsgestaltning, som den konstitutiva domen åvägabringer, endast är medel för skydd av bestående rätt, torde det ej med fog kunna bestridas, att domstolarnas verksamhet

hörande spörsmål se här nedan not. 24 och jfr där citerad litteratur. — Vad beträffar främmande lagstiftning, erinras om det i franska code civil, art. 4, förekommande stadgandet, som uttryckligen förbjuder domaren att sluta med ett *non liquet*: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

²⁰ Se ang. konstitutiva domar *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 135 f.

i förevarande fall är ej blott till formen utan även till sitt väsensinnehåll process²¹.

Den omständigheten, att domar kunna vara oriktiga och sålunda, åtminstone rent praktiskt sett, verka rättsgestaltande, står tydligtvis icke i strid med vad här ovan yttrats om processens ändamål²². Att process ej är ett fullkomligt medel för meddelande av rättsskydd, kan ej föranleda en annan bestämning av vad som är ändamålet med process.

I detta sammanhang kan ock lämpligen uppmärksammas den inom processrättsvetenskapen omstridda frågan, om civilprocessen eftersträvar "materiell" sanning eller nöjer sig med vad man kallat "formell" sanning. Att såsom processens mål måste sättas utforskande av den materiella sanningen, kan efter vår mening icke betvivlas; det följer i grunden av den uppfattning om processändamålet, som här förut utvecklats. Då man påstått, att civilprocessen avser endast vinnande av en formell sanning, har det berott huvudsakligen därpå, att man fäst sig vid, att processrätten inrymmer regler, som ej tillåta domaren att fritt följa sin övertygelse om sanningen i målet utan förplikta honom till att grunda domen på fakta, vilkas riktighet han måhända betvivlar. Om man betänker, att från lagstiftarens synpunkt sett sanningen icke behöver sammanfalla med vad domaren håller för sant²³, och att lagstiftaren tydligtvis velat anordna processen så, att den i stort sett giver de bästa garantier för att den materiella rätten kom-

²¹ Jfr *Wach* i *Zeitschrift für d. Civilprozess* Bd 32 sid. 6 f.; *Hellwig*, *System* sid. 41 f.

²² Det är omtvistat, huruvida man verkligen bör tillägga oriktig dom rättsgestaltande effekt. Till detta spörsmål, vars utredande hör till läran om domen, skall ej nu tagas ställning. Se några antydningar i min artikel domens *rättskraft* i *Nordisk Familjebok*.

²³ Begreppet materiell sanning synes *Wach*, *Vorträge über die Reichs-civilprocessordnung* (1896) sid. 235, identifiera med domarens övertygelse om vad som är sant. Däremot *Pagenstecher*, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft* (1904) sid. 149 ff. Se ock i detta ämne *Schmidt*, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts* (Zweite Aufl., 1910) sid. 435.

mer till heders, torde påståendet om formell sanning såsom processens mål icke gärna kunna upprätthållas.

7) Det är icke i processen fråga om produktion av ny objektiv rätt utan om tillämpning av redan bestående sådan rätt. Att icke de rättsgrundsatser, som domstolarna i sina domar bringa till användning, äro bindande med hänsyn till framtida likartade fall, har ovan på tal om prejudikatens betydelse framhållits. Men domen bör ej heller med hänsyn till det särskilda fall, som prövningen avser, uppfattas såsom en *lex in casu*. Hur betydelsefull än domarens uppgift att finna den rättsnorm, som in casu bör användas vid avgörandet av *quæstio juris*, är eller kan vara, så bör den dock väsentligen ses från den synpunkten, att det för domaren gäller icke att, låt vara på grundvalen av den givna objektiva rätten, till skapa en ny regel för det särskilda fallet utan att finna den regel för fallet, som redan innefattas i den objektiva rätten. Domaren är m. a. o. icke lagstiftare in casu utan lagtillämpare. Domarens uppgift bör för övrigt, principiellt, icke bestämmas så, att den säges bestå i vare sig lagtillämpning eller lagbildning in concreto; domarens uppgift är att *skipa rätt* i det särskilda fallet, d. v. s. att uttala och fastställa vad som är och skall vara rätt m. avs. å detta fall. I varje händelse — vilken åsikt man nu än må hysa angående innebörden av domarens verksamhet ²⁴ — kan man icke påstå processens ändamål vara att skapa objektiv rätt.

²⁴ Riktigheten av den uppfattning, som uttalats i texten, är icke oomtvistad, och det skall gärna medgivas, att goda skäl kunna anföras till stöd för en annan syn på ifrågavarande spörsmål. Ämnet, som är av betydande omfattning, kan här endast med några få ord till sin innebörd belysas. Det gäller i själva verket att taga ställning till den kamp, som föres emellan en äldre och en nyare riktning inom rättsvetenskapen. Till en väsentlig del är det dock vid denna kamp i sista hand ej fråga om annat än olika teoretiska formuleringar; till den del detta ej är fallet, angår meningsskiljaktigheten de metoder, vilka domstolarna hava att använda för att vid prövningen av de särskilda fallen finna de tillämpliga rättsnormerna.

Till en början må, utöver vad redan i texten blivit antytt, ännu något närmare bestämmas, vad det här berörda ämnet innebär. Att domstols-

V. Om man, såsom här skett, med process förstår statens

praxis kan giva upphov åt sedvanerätt, är i allmänhet erkänt (se därom § 6 av detta arbete), och så till vida kan man naturligtvis alltid tala om domstolarnas verksamhet såsom en rättsskapande faktor: att skapa objektiv rätt har dock ej därmed påståtts vara en uppgift för domstolarna. Den fråga, som nu är före, har emellertid ej att göra med frågan om praxis såsom källa till sedvanerätt. Meningen är att undersöka, huruvida man bör, om ock ingalunda alltid så likväl i stor omfattning, karaktärisera domstolens verksamhet för finnande av den rättssats, under vilken sakläget i det konkreta fallet skall subsumeras, såsom rättsskapande. Tydligt torde vara, att i den mån man anser lösningen av domstolens uppgift att döma kräva ett skapande av objektiv rätt för fallet i fråga, man jämväl åtminstone så till vida kan sägas omfatta åsikten, att domstolens uppgift är att skapa objektiv rätt, som rättsbildning är ett nödvändigt medel för lösningen av förstnämnda uppgift.

Bülow's bekanta skrift: *Gesetz und Richteramt* (1885) har givit en kraftig och mycket uppmärksammanad anstöt till den moderna process-teoriens sysslande med undersökningar om domaremakts andel i rättsutvecklingen. Enligt *Bülow's* uppfattning (se, förutom det nyss citerade arbetet, hans avhandling *Klage und Urteil* särsk. sid. 266 ff.) är processen icke blott, icke ens i främsta rummet, till för att *skydda* privaträtten; processinstituten förmenar *B.* vara huvudsakligen till för att *komplettera* privaträtten. Privaträttsordningen är enl. *B.* icke färdig med de abstrakta rättsregler, som den objektiva rätten innehåller. I alla de fall, då de enskilde icke utan vidare inrätta sig efter dessa regler, kommer processen till med uppgift att fastställa vad som är rätt, och domstolens uppgift härvid fattas av *B.* såsom varande i väsentlig mån av självständig och rättsskapande natur. — De spörsmål, som här äro berörda, ha senare inom rättsvetenskapen blivit föremål för den allra livligaste diskussion och framkallat en mycket omfångsrik litteratur. Jag hänvisar här blott till några få hithörande skrifter: *Goos*, *Foreläsningar* over den almindelige Retslære (1889—1892) § 5; *Reuterskiöld*, *Lagskipning och lagstiftning*, i *Tidsskr. for Retsvidenskab* för 1902 sid. 149—183; *Bentzon*, *Retskilderne* särsk. §§ 11—13; *Heck*, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912) samt *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* i *Archiv f. d. civ. Praxis* för 1914 sid. 1—318; *Hagerup*, *Nogle Ord om Forholdet mellem positiv Ret og Retsanvendelse*, i *Tidsskr. for Retsvidenskab* för 1915 sid. 16—77 och *Sjögren*, *Domaremakt och rättsutveckling*, i *sistn. tidskrift* för 1916 sid. 325—373.

Man kan överhuvud i förevarande ämne skilja mellan tre olika riktningar inom rättsvetenskapen: 1) en äldre riktning, som uppfattar domarens verksamhet vid avgörandet av de särskilda fallen såsom en

genom domstolarna utövade rättskipande verksamhet, så är

subsumtionsoperation, 2) den s. k. frirättsskolan (i trängre mening), och 3) den reformrörelse, som man betecknat med namnet intressejurisprudens. Frirättsskolan vill tillerkänna domaren befogenhet att avgöra varje fall fritt efter dess säregna individualitet, även med frångående av vad positiv rätt stadgar. Den uppställer dock huvudsakligen krav *de lege ferenda*, och man påstår ingalunda i allmänhet, att enligt gällande rätt domaren äger öppet sätta sig över lagen. Dock är rörelsen även i vissa mindre extrema yttringar icke uteslutande en *de-lege-ferenda*-rörelse. Den går längre, för så vitt man, såsom på sina håll är förhållandet, anser domaren vara fri, i den mån ej ett tydligt lagbud föreligger. Det inses lätt, att denna ståndpunkt, om man gör allvar av densamma, erhåller en mycket stor räckvidd; domaren blir oberoende av hela den stora grupp rättsatser, som vinnas genom analogi. (I detta sammanhang är det av intresse att erinra sig de frirättsliga tendenser, som tydligt tagit sig uttryck i några av domarereglerna. Se sålunda 8:de regeln: "En god och beskedlig domare är bättre än en god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten"; och i synnerhet 13:de regeln: "Den menige mans bästa är den yppersta lagen, och därför det som finnes den menige man till nytta vara, det bör hållas för lag, ändock att beskriven lag efter orden synes annorlunda lyda". Hur vackra och riktiga dessa uttalanden än kunna tyckas vara, så torde det dock vid närmare begrundande av deras innehåll befinnas, att den anmaning till individualisering vid rättskipningen, som här lämnas, går längre än som enligt härskande och säkerligen riktig uppfattning är tillrådligt.)

Medan frirättsskolans ståndpunkt varken *de lege lata* eller (med hänsyn till dess för rättssäkerheten vådliga konsekvenser) *de lege ferenda* torde kunna påräkna något mera allmänt medhåll i vårt land, förtjänar den riktning, som betecknats såsom intressejurisprudens, och dess motsatsförhållande till den äldre riktningen så mycket större uppmärksamhet. Man bör icke rättvisligen föreställa sig denna motsats så, som om den berodde därpå, att den äldre riktningen fattat och fattar domarens uppgift såsom en enkel, allenast av vederbörlig lagkunskap betingad subsumtion av det faktiska under en i positiv rätt omedelbart given rättsats. Att den positiva rätten inrymmer, förutom sitt innehåll av omedelbart givna rättsatser, jämväl en stor och ännu mera omfattande fond av rättsatser, som icke kunna omedelbart åtkommas utan som det kräver en särskild verksamhet från domarens sida att bringa i dagen (den positiva rättens medelbara innehåll), är icke någon upptäckt i våra dagar. I stort sett kan divergensen sägas bestå i en olika uppfattning om, efter vilka principer domaren har att för sig klargöra den positiva rättens så väl omedelbara som medelbara innehåll. Särskilt har detta medelbara innehåll varit föremål för undersökning från intressejurisprudensens sida; denna undersökning rör

därmed utan vidare givet, att skiljemannaförfarande (kom-

vad man ock plägar kalla de rättstomma rummen eller luckorna i rätten. Det har t. o. m. yttrats, att reformrörelsen beror på insikten om, att den positiva rätten företer luckor (se *Heck*, Gesetzesauslegung sid. 21 och § 14, där begreppet luckor i rätten ingående undersökes). För intressejurisprudensen kan det väsentligen utmärkande, enklast uttryckt, sägas vara, att domstolarna skola till grund för sin rättsanvändning lägga synpunkten: tillgodoseende av de *intressen*, som i positiv rätt vunnit erkännande. Man betonar starkt, att såväl tolkningen i trängre mening av positiv rätt, d. v. s. klargörandet av det omedelbara rättsinnehållet, som ock kompletteringen av rätten, fyllandet av luckorna, skall hava karaktären av intresseforskning. Visserligen får domaren icke sätta sig över den positiva rätten utan är i allo därav bunden (huruvida och i vad mån ett s. k. beriktigande av lagen får förekomma, är ett särskilt ämne, om vilket en del meningsskiljaktighet råder), men medan den äldre traditionella tolkningsläran lägger en huvudvikt på de språkliga och logiska hjälpmedlen eller på lagstiftarens subjektiva föreställningar och syften, kommer det enligt intressejurisprudensen vid utrönandet av rättsinnehållet väsentligen an på att komma till klarhet om själva de bakom rättsbuden liggande intressen, som lagstiftaren velat tillgodose; man yrkar, att domaren skall vid avgörandet av de särskilda fallen utgå från det förhandenvarande intresseläget och bedöma detta med ledning av de värdeomdömen, som kommit till uttryck i den positiva rätten. Att intressejurisprudensen med denna sin uppfattning skall vara böjd för att starkt framhålla domarens självständighet och det skapande elementet i hans verksamhet, ligger i öppen dag. Vad som tidigare benämnts och uppfattats såsom *tolkning* av redan varande positiv rätt, karaktäriseras nu såsom *rättsbildning*; domaren säges skapa objektiv rätt.

För min del tror jag det vara rent teoretiskt sett mindre riktigt att anlägga denna senare *huvudsynpunkt* på domstolarnas verksamhet. Även med det fullaste erkännande av domstolarnas andel i rättsutvecklingen, av den självständighet i omdöme, som de därvid måste utveckla, och av det berättigade i att framhålla det skapande elementet i domarearbetet, så synes man mig dock icke kunna häri se det avgörande för karaktärstiken. Detta ligger i domarens bundenhet av positiv rätt, en bundenhet icke blott vid lagens omedelbara utan även vid dess medelbara innehåll. Man må fästa aldrig så mycket avseende vid den synpunkten, att dömandet i stor omfattning innebär en komplettering av lagen, så får dock ej härför förbises, att det är fråga om en komplettering i lagens egen anda. De rättsnormer, som domaren tillämpar, uppsöker han ej bortom den positiva rättens område; de bildas tvärtom väsentligen av material, som denna rätt lämnar. Och skulle verkliga fall kunna förekomma, i vilka positiv rätt

promiss) icke är process²⁵. Skiljemän handla nämligen icke på statens vägnar, de avgöra ej tvisten på grund av dess domsrätt utan äro att betrakta såsom parternas förtroendemän²⁶.

lämnar domaren fullständigt utan ledning (det kan icke påvisas något omedelbart tillämpligt rättsbud, för extensiv eller restriktiv tolkning av något bud finnes ej fog, ingen norm kan vinnas genom analogi — lag- eller rättsanalogi — den historiska utvecklingens riktlinjer giva ingen fingervisning, m. a. o. med anlitande av lagtolkningens i vidare mening alla erkända metoder och hjälpmedel står ej något resultat att vinna), så äro dock dylika fall, i vilka domaren kan i egentligaste bemärkelse hava att skapa objektiv rätt, så sällsynta, att man ej efter dem kan bestämma sin ståndpunkt till förevarande spörsmål.

I enlighet med vad sålunda utvecklats håller jag fast vid vad som framgår av uttalandena i texten, att nämligen en helhetskaraktäristik av domarens verksamhet måste gå ut på, att domaren är tillämpare av redan given objektiv rätt icke skapare av ny rätt. Även om man emellertid skulle vilja lägga huvudvikten på det självständiga och skapande i domarekallet, så står likväl fast, att ändamålet med domstolens processuella verksamhet och därmed även processens eget ändamål icke kan sägas vara skapandet av objektiv rätt. Rättsproduktion (in concreto) är icke något självständigt och slutligt processändamål; i den mån man kan och vill tala om sådan produktion, spelar den, såsom ovan redan antytts, endast rollen av medel för vinnande av processändamålet.

²⁵ Med några ord må i detta sammanhang angivas skillnaden emellan förlikning och skiljeavtal. Medan förlikning är ett avtal, varigenom parterna själva avgöra en dem emellan uppkommen rättstvist eller rättsovisshet, är skiljeavtal ett avtal, varigenom parterna hänskjuta ett sådant dem emellan uppkommet mellanvarande till skiljemans avgörande. I ena som i andra fallet har den uppgörelse, som kommer till stånd, sin grund i parternas avtal, men medan vid förlikning själva avtalet omedelbart reglerar deras mellanvarande, giver vid kompromiss parternas avtal endast upphov till ett förfarande, som utmynnar i ett av annan person (skiljemannen) meddelat avgörande. Då skiljeavtalet i olikhet med förlikning icke i och för sig inverkar på det materiella rättsförhållandet emellan parterna, synes det, såsom lätt ledande till förbiseende av den väsentliga skillnaden, vara oriktigt eller åtminstone mindre lämpligt att karaktärisera skiljeavtal som en medelbar eller som en suspensivt betingad förlikning. Se i ämnet *Wach*, *Handbuch* § 7; *Trygger*, *Skiljeavtal och skiljemannaförfarande enligt svensk rätt*, i *Tidsskr. för Retsvidenskab* för 1895 särsk. sid. 21; *Frey*, *Skiljemannainstitutet* sid. 61 ff.

²⁶ Av den omständigheten, att skiljemannaförfarandet icke är ett förfarande, i och genom vilket *staten* utövar sin rättskipande verksamhet,

Dessutom kan man ej tillägga skiljemannaförfarandet samma ändamål som processen. I process har domaren att med tillämpning av den objektiva rätten fastställa vad som är rätt mellan parterna. Skiljemän äro däremot icke vid sin prövning bundna av den positiva rättens bud; de äga avgöra tvisten efter rena billighetssynpunkter ²⁷.

VI. Förhållandet emellan process (*jurisdictio contentiosa*) och frivillig rättsvård (*jurisdictio voluntaria*) har redan ovan under IV, 6 på tal om de konstitutiva domarna antytts. Den principiella olikheten ligger i de olika ändamålen. I processen tager staten befattning med den konkreta privaträttsord-

alltså icke är process i den bemärkelse, som tillagts processbegreppet sådant det här bestämts, följer ännu icke, att skiljeavtal och skiljemannaförfarande äro företeelser, som helt falla utom processrättens område. Även om man lägger all vederbörlig vikt på skiljeavtalets privaträttsliga natur, så får å andra sidan icke förbises, att detta avtal jämväl har en rent processrättslig verkan — en negativ verkan, bestående däri, att sådant avtal betager ena parten rätt att mot den andres bestridande för tvistens slitande anlita rättegångsvägen — och med hänsyn härtill ävensom till de andra verkningar av processrättslig natur, som anknyta sig till kompromiss, särskilt till kompromissdomen, höra ifrågavarande avtal och det därpå grundade skiljemannaförfarandet processrätten till. Av ändamålsenlighetshänsyn synas i varje fall stadgandena angående skiljemannaförfarandet böra finna sin behandling inom processrätten. Se i svensk rätt lag om skiljemän 28 Okt. 1887 och 46 § UL. Jfr i ämnet särskilt *Bülow*, i *Klage und Urteil* sid. 218—220.

²⁷ Med hänsyn härtill är det, så vitt jag kan finna, icke strängt riktigt att karaktärisera skiljemannaförbundet som ett rättsskyddsförfarande, såsom *Hellwig*, *Lehrbuch* I sid. 57 gör. Skiljemannaförfarande är väl liksom process ett medel för slitande av tvist, men det kan icke på samma sätt som process sägas vara medel för rättsordningens upprätthållande. Jfr *Frey*, *anf. arb. Granfelt*, (se uttalanden i *Tidskr. utg. av Jur. För:n i Finland* 1912 sid. 76—79 och i anmälan av förra upplagan av detta arbete i samma tidskr. 1918) ser i skiljemannaförfarandet ett rättsskyddsförfarande och betonar starkt dess processuella karaktär. Emellertid torde det vara tydligt, att de åsikter ang. skiljemannaförfarandet, vilka jag här uttalat och vilka jag allt fortfarande omfattar, icke låta det framstå såsom en inkonsekvens eller lägga några teoretiska hinder i vägen för att vid regleringen av detta förfarande, i den mån det är ändamålsenligt, tillämpa processuella principer och regler.

ningen för dess skyddande, under det att vid den frivilliga rättsvården ändamålet är att inverka gestaltande på privaträttsordningen, vare sig nydanande, omgestaltande eller upphävande ²⁸.

²⁸ Se härom särsk. *Wach*, Handbuch § 6. *Granfelt*, Frivillig rättsvård, i Tidskr. utg. av Jur. För:n i Finland år 1919 sid. 1 ff, bestämmer den principiella skillnaden emellan civilprocess och frivillig rättsvård sålunda, att den förras syfte är repressiv rättsvård, fastställande av vad som är rätt i ett givet fall på grund av ett verkligt konkret behov av rättsskydd, medan åter den frivilliga rättsvårdens ändamål är preventiv rättsvård, d. v. s., närmare bestämt, att skydda privaträttsliga intressen mot ännu ej för handen varande, men i framtiden möjliga rättskränkningar genom att skapa, ändra eller döda rättigheter. Grunden till att författaren ej vill utan vidare stanna vid den bestämningen, att civilprocessen avser den konkreta rättsordningens upprätthållande, den frivilliga rättsvården åter dess gestaltande och vidare utvecklande, ligger däri, att författaren sammanställer å ena sidan den process, vari talan föres om vinnande av en konstitutiv dom (jfr vad här ovan sid. 18 därom säges), och å andra sidan de fall, då en akt av frivillig rättsvård beror på en materiell rätt, vilken genom denna akt vinner realisation, t. ex. meddelande av inteckning tvångsvis. I avseende å dessa med varandra jämförda företeelser anser författaren, att en begreppslig skillnad ej kan göras enligt den lämnade bestämningen emellan civilprocess och frivillig rättsvård. — Det må medgivas, att den begreppsbestämning, till vilken jag för min del anslutit mig, just på den punkt, som *Granfelt* framhållit och även jag (ovan sid. 18) redan haft uppmärksamheten riktad på, kan synas icke bestå provet. Jag håller dock före, att man över huvud vinner en klarare inblick i väsensskillnaden emellan civilprocess och frivillig rättsvård genom denna bestämning än genom den av *Granfelt* förordade. Vid den frivilliga rättsvården är det städse fråga om rättsgestaltning, låt vara att förhållandet kan vara det, att denna rättsvård kommer till stånd på grund av en materiell rätt, som därvid göres gällande och vinner fastställelse; det väsentliga, det som gör den frivilliga rättsvården till vad den är, utgöres dock alltid av rättsgestaltningen. I civilprocessen är alltid rättsfastställelsen det väsentliga, låt vara att domen, vari fastställelsen innefattas, jämväl kan vara rättsgestaltande (den konstitutiva domen). Det konstitutiva elementet i nyssnämnda dom är för övrigt, enligt mitt sätt att uppfatta saken, ett för civilprocessen i trängre mening främmande element; det är ej fastställelse utan exekution. Från de synpunkter, som nu sålunda förts fram, förmenar jag, att den här hävdade gränsbestämningen emellan civilprocess i trängre mening (om begreppet civilprocess i den vidare mening, som inbegriper även exekution, är det ej fråga) och frivillig

Till den frivilliga rättsvården höra, enligt svensk rätt så väl som enligt främmande rättssystem, en stor mängd angelägenheter; en del av dem handhaves av domstolarna, en annan del av andra statsorgan. Särskilt viktiga hithörande angelägenheter äro: inskrivningsväsendet i dess olika grenar (främst märkes här förandet av fastighetsböcker), statens förmyndarevård, dess medverkan vid gestaltningen av statusförhållandena, såsom äktenskaps ingående, persons förklarande för död, m. m. De till domstolarna förlagda hithörande angelägenheterna gå under namnet *ärenden* (i trängre mening)²⁹. Rättegångsbalken reglerar över huvud endast förfarandet i rättegångsmål, ej i ärenden³⁰, dock gäller detta ej utan undantag. Sålunda innehåller 25 kap., som handlar om sättet för fullföljd av talan mot underrätts beslut, föreskrift jämväl om sättet för överklagande av underrätts beslut i ärende, liksom ock 30 kap., innehåller motsvarande bestämmelse angående fullföljd mot hovrätts utslag, varjämte nämnda två kapitels stadganden om vad vid fullföljd av talan skall iakttagas ävensom om förfarandet i högre rätt omfatta även ärenden.

De civila rättegångsmålen benämnas flerstädes i vår lag *tvistemål*³¹, men denna benämning är (liksom ock den i processdoktrinen sedan gammalt använda beteckningen *jurisdictio contentiosa*) vilseledande, ty man får icke föreställa sig, att processen med nödvändighet har till föremål ett *omtvistat* rättsförhållande. I process råder i regeln tvist emellan parterna, men nödvändigt är det icke. Process förutsätter väl ett angrepp, men svaranden, den angripne, behöver icke för-

rättsvård till fullo låter sig upprätthålla. Beträffande *Granfelts* bestämning av begreppet frivillig rättsvård skulle jag till det sagda vilja lägga, att den synes mig knappast ge en naturlig förklaring av det begreppsväsentliga i en sådan företeelse, som dödande av inteckning.

²⁹ Se sålunda 25:2 och 30:1 RB ävensom rubriken till kap. 27 i samma balk. Jfr *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 33 f.

³⁰ Obs. dock att rättegångsbalken i dess ursprungliga lydelse i kap. 7 upptog bestämmelser "om inteckningar och huru därmed förhållas skall".

³¹ Se sålunda 10:7; 11:1; 25:1; 30:1 RB; rubriken till 26 kap. RB; rubriken till 3 kap. utskökningslagen m. m., m. m.

svara sig; även om han vid rätten genast obetingat medgiver karendens anspråk, föreligger process. Att rättegångens inledande föregåtts av bestridande från svarandens sida, är ännu mindre nödvändigt; blott för frågan om ersättning för rättegångskostnaderna är denna omständighet av betydelse ³².

Lika litet som förefintligheten av tvist är en begreppsbestämning på process, lika litet är frånvaron av tvist ett känne-
märke på frivillig rättsvård. Även vid denna senare art av statens rättsvård kan prövning av tvistiga rättsförhållanden förekomma.

§ 2.

Skillnaden emellan civilprocess och straffprocess.

I. Den begreppsliga skillnaden emellan civil- och straffprocess har i föregående § av min framställning (sid. 5 f.) angivits vara den, att civilprocessen har till föremål ett privaträttsligt förhållande, medan straffprocessens föremål utgöres av statens straffanspråk. Det förhållande, som genom brott grundas mellan staten och den brottslige, har till innehåll ett anspråk från statens sida gentemot den brottslige på straff till den art och omfattning, som den objektiva straffrätten giver vid handen, och detta anspråk åsyftas, då man principiellt drager gränsen emellan de båda processarterna ¹.

³² Se i ämnet, bland många andra, *Kohler*, Prozess als Rechtsverhältniss (1888) sid. 11 f.

¹ I modern straffrättsvetenskap betonas, som bekant, kravet på tillgodoseende av individualpreventionssyftet synnerligen starkt, så starkt, att man under vissa förutsättningar ej anser det vara tillräckligt eller lämpligt att reagera med straff mot brottet utan vid sidan av straffet ställer *skyddsåtgärder*. Där en strafflag ställt sig på denna ståndpunkt, möter frågan, huruvida man bör anse det förfarande, i vilket staten gör gällande ett anspråk på en sådan reaktion mot den brottslige, som består i skyddsåtgärd, utgöra straffprocess i ordets trängre, i texten utvecklade begreppsliga betydelse. Det torde vara tydligt, att svaret måste bli nekande, om man skarpt accentuerar och strängt håller fast vid, att skyddsåtgärd har en annan karaktär än straff och intager i förhållande till detta en fullt självständig ställning. Icke förty kan, efter min mening, ej annat ifrågasättas än att till en *enda* vid sidan av civilprocessen stående processart

Emellertid kan en brottslig handling giva upphov till andra anspråk än straffanspråk. Den framstår ofta såsom rättsstiftande faktum även på civilrättens område; bland dessa av ett brott härflytande privata rättigheter är främst att märka rättigheten till skadestånd. I överensstämmelse med vad ovan angivits vara det principenliga skulle nu mål, vari fråga är (och endast är) om civil påföljd av brott, vara att karaktärisera såsom tvistemål (civila rättegångsmål), men det är otvivelaktigt, att svensk rätt intager en annan ståndpunkt. Enligt svensk rätt är varje mål, i vilket talan avser att utkräva någon påföljd av en brottslig gärning, vare sig straff, skadestånd eller annan påföljd, av brottsmåls natur. Det kommer alltså, vid bestämmandet av skillnaden emellan civil- och straffprocess enligt vår rätt, an på anspråkets grund, icke på dess innehåll; grundas ett anspråk på brottslig gärning, så — även om anspråket icke går ut på straff — föreligger ett brottmål.

Något lagstadgande, som fastställer, att ovan nämnda princip skall ligga till grund för särskiljandet mellan tvistemål och brottmål, gives icke. Det må härvid till en början fram-

hänföra alla de processer, som ha till föremål ett genom brott uppkommet offentligrättsligt förhållande mellan staten och den brottslige, vare sig det anspråk av staten, som däri innefattas, går ut på straff eller skyddsåtgärd. Vad som talar för ett sådant sammanförande övergår dock i betydelse väsentligen vad som kan anföras till stöd för ett särskiljande, låt vara att en del av de processuella regler, som gälla för *straffprocessen* i egentligaste mening, icke skulle lämpa sig för en skyddsåtgärdsprocess. Ett utbytande av benämningen straffprocess mot det förut vanliga namnet kriminalprocess synes hava goda skäl för sig, därest lagstiftningen skulle upptaga tanken att reagera mot brotten med skyddsåtgärder jämte straff och tillerkänna den förra reaktionsarten en avsevärd och självständig ställning vid sidan av straffsystemet. (Obs. att vår gällande svenska strafflag i 5:3 lämnat rum för en skyddsåtgärd, näml. tvångsuppfostran. Denna skyddsåtgärd kan dock icke ådömas omedelbart; domstolen har att i första hand döma till straff och därtill knyta förordnande, att den dömda skall, i stället för att undergå straffet, insättas i allmän uppfostringsanstalt. Se för övrigt kap. 8 (Om skyddsåtgärder) i Förslag till strafflag, allmänna delen, m. m., avgivna av strafflagskommissionen, 1923. Uttalanden i det här behandlade ämnet förekomma, inom svensk litteratur, hos *Wetter*, *Den villkorliga domen* (1912) sid. 28 ff.

hållas, att den omständigheten, att vår lag hyllar *adhæsiions-* och icke *separations-*grundsatsen, ej utgör något verkligt bevis i förevarande hänseende. Den förra grundsatsen innebär, att anspråk på ersättning för skada (eller annan civil påföljd) av brott² får framställas i sammanhang därmed, att yrkande göres om straff för brottet; separationsgrundsatsen åter tillstodjer icke en dylik förening av olikartade anspråk i samma rättegång. Vår rätt ej endast tillåter en sammanknytning av straff- och skadeståndsanspråk utan anser otvivelaktigt anspråkens förening i en rättegång vara det normala³. Då ett

² För korthetens skull nämna vi i det följande endast skadeståndsanspråk och avse, då vi tala om skadeståndsmål, samtliga mål ang. privaträttsliga anspråk, grundade på brott.

³ Att *adhæsiionsgrundsatsen* gäller enligt svensk rätt, därom torde icke finnas mer än en mening i svensk teori och praxis. Dock finnes det icke något lagrum, som otvetydigt fastslår denna grundsats. Oftast åberopas såsom för frågan avgörande 10:12 RB. Med skadestånd, som enligt lagrummet är att hänföra till "det, som av någon huvudsak flyter", anser man då åsyftas ej endast s. k. processuell skada utan även skada genom brott; av denna tolkning följer, att även talan om skadestånd av sistnämnda slag är att anse såsom ett accessorium till talan om straff, och att för särskilt utkrävande av sådant skadestånd förutsättes, att man förbehållit sig att särskilt därå kära. Emellertid är det mycket tvivelaktigt, huruvida man bör anse, att med skadestånd i 10:12 RB avses annat än ersättning för processuell skada. Jag har för min del tidigare antagit, att även skada genom brott är att inbegripa under stadgandet (se min avhandling, Om forum i brottmål, 1896, sid. 244 och 256; se ock sammaledes *Ask*, De allmänna underrätternas inbördes behörighet i tvistemål, 1896, sid. 136 f.; *Skarstedt*, Om straffprocessuella tvångsmedel I, 1895, sid. 203 ff., m. fl.), men senare uppgivit denna mening; jfr mitt arbete om Rättsmedlen sid. 161 not 51; jfr ock rättsfall i Nytt jur. arkiv 1915 sid. 84. Uttrycket: det som av någon huvudsak flyter, är en fullt passande beteckning för en sådan skada och kostnad, som har sitt upphov av själva rättegången, d. v. s. processuell skada och rättegångskostnad, men passar mindre väl för att beteckna skada genom brott; denna kan ej naturligen, i likhet med rättegångskostnad, sägas flyta av någon huvudsak. Det är ganska tydligt, att med orden skadestånd och rättegångskostnad i 10:12 RB avses detsamma som med orden kostnad och skada i 21:2 RB, och goda skäl tala för riktigheten av den mening, som särskilt *Montan* (i sin uppsats, Rättegångskostnadsersättning, som skall gäldas av flera gemensamt, i Smärre juridiska uppsatser, 1893) sökt göra gällande, att nämligen

straff- och ett skadeståndsyrkande sålunda förenas, behandlas det senare i likhet med det förra i straffprocessens former. Men häri ligger — och det är denna punkt, som i detta sammanhang intresserar — icke någon utsträckning av begreppet brottmål till fall, som strängt principenligt icke höra under detta begrepp, ty ifrågavarande förhållande finner sin tillräckliga förklaring från den synpunkten, att det förfarande, som är föreskrivet för det viktigare anspråket, uttränger det förfarande, som det mindre viktiga synes på grund av sin innebörd kräva. Man kan följaktligen icke därav, att skadeståndstalan, knuten till talan om ansvar, är underkastad straffprocessens regler, draga den slutsatsen, att skadeståndstalan, som grundas på brottslig gärning, i och för sig betraktas såsom varande av brottmåls natur.

Att adhæsiionsgrundsatsens tillämpning i avseende å straff- och skadeståndsanspråk, som grundas på samma brottsliga gärning, icke utgör något tillräckligt bevis för att skadeståndsmål i och för sig äro brottmål, framgår yttermera därav, att adhæsiionsgrundsatsen finner användning icke blott så, att privaträttsliga frågor (skadeståndsfrågor) behandlas i straffprocessens former såsom accessorium till en ansvarstalan, utan även omvänt så, att rent kriminella frågor (ansvarsfrågor) kunna såsom accessorium till en civil sak vinna behandling i civilprocessens former. Och vad detta senare beträffar ligger det i öppen dag, att man icke därav kan draga den slutsatsen, att lagstiftaren velat hava vissa ansvarsfrågor uppfattade såsom i och för sig av civilprocessuell natur. Den användning av adhæsiionsgrund-

skada i nyssnämnda två lagrum liksom i 26: 1 (ursprungl. lydelsen) och 29: 1 RB betyder allenast processuell skada och icke därjämte skada genom brott. Ett vida säkrare stöd för antagandet, att adhæsiionsgrundsatsen gäller enligt vår rätt, lämnar 25: 5 RB, sådant lagrummet lydde enligt 1734 års lag. Innehållet i detta lagrum gör det alldeles uppenbart, att det där är fråga om fullföljd av talan i mål, vari på grund av brott yrkats så väl ansvar som skadestånd. Se för övrigt ang. adhæsiionsgrundsatsen, förutom den ovan i denna not anförda litteratur, *Nehrman*, Inledning til then swenska processum criminalem, (1759) Cap. II; *Schrevelius*, Civilprocess § 6; *Wrede*, Civilprocessrätt § 7; *Granfelt*, Straffprocessrätt sid. 216 ff.

satsen, som nu åsyftas, beror på ett stadgande i det numera upphävida kapitlet om lagmansting, 3: 4 RB⁴. Enligt den ännu gällande princip, som i detta stadgande kommit till uttryck, skall en ansvarsfråga betraktas såsom accessorium till en civil sak och behandlas enligt de processuella regler, som på denna äro tillämpliga, under följande förutsättningar: det skall vara fråga om brott, som har sitt upphov av en civil sak, lämpligen kan handläggas gemensamt med den civila saken och icke är att bestraffa svårare än med böter. Förutsättningen, att brottet skall hava sitt upphov av en civil sak, torde träffa in ej endast på sådana fall, i vilka själva den civila rättegången kan sägas giva upphov åt ett brott⁵, utan även på vissa fall, i vilka en person med hänsyn till ett rent civilrättsligt sakförhållande, varom en rättegång rör sig, gjort sig skyldig till en förseelse⁶.

Ehuru således, efter vad i det föregående blivit påvisat, icke den omständigheten, att adhæsiionsgrundsatsen är antagen i vår rätt, gör det otvivelaktigt, att principen för särskiljandet emellan civil- och straffprocess är den ovan angivna, enligt vilken talan om ersättning för skada genom brott konstituerar en straffprocess, även om icke sådan talan förekommer i sam-

⁴ Jfr ang. detta stadgande *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 30—32. Se vidare *Nehrman*, Processus civilis Cap. II § 7, och Inledning til processum criminalem Cap. II § 12, samt *Granfelt*, Straffprocessrätt sid. 216 ff.

Ifrågavarande stadgande i 3: 4 lyder: Hafver någon vädjadt i then sak, theri ett mindre brott kommit, som af then sitt ursprung fått och hafver en nära gemenskap thermed; ther må brottmålet följa saken åt, och döme Lagman öfver them båda. Är thet annat brott, eller sådant, at then brottslige ej med penningar böta må; tå äger ej Lagman thet uppta.”

⁵ Förutom de rent processuella ansvarsfrågor, vilka angivas i 16: 10 RB såsom föremål för beslut under rättegången, komma här i betraktande sådana föreseelser som dombrott, rättegångsmissbruk och smädligt skrivsätt.

⁶ Se t. ex. 11: 3 HB, enligt vilket lagrum ingen må för egen eller annans skuldfordran, utom i vissa fall, hålla det inne, som han till låns fått; överträdelse härav straffas med böter, 10 daler. Långivarens talan om återfående av det utlånade är av rent civil natur, och målet är tvistemål; långivarens jämlikt nämnda lagrum i målet framställda ansvarsyrkande är med stöd av den princip, som uttalats i 3: 4 RB, att uppfatta och behandla såsom accessorium till den civila talan.

manhang med ansvarstalan, så står det dock fast, att vår rätt intager denna ståndpunkt. Framför allt komma härvid historiska skäl i betraktande. För den äldre mera privaträttsliga uppfattningen av straffet faller det sig naturligtast att, i den mån en gräns skall dragas mellan civil- och straffprocess, låta anspråkets grund, icke dess innehåll vara bestämmande, och från denna äldre uppfattning har 1734 års lagstiftare ännu icke fullt frigjort sig. Utan att närmare ingå härpå⁷, må det vara nog att här för övrigt hänvisas till, att nästan alla svenska teoretici hylla den här hävdade åsikten om skillnaden emellan de båda processarterna⁸, att samma mening numera allmänt

⁷ Se härom närmare *min* avhandling, Om forum i brottmål sid. 243 ff.

⁸ Se — förutom de här ovan under denna § anförda arbetena av mig ävensom av *Ask* och *Skarstedt* — *Trygger*, Kommentar till lag ang. ändrad lydelse av 11 kap. RB (1900) sid. 2, 77 f.; Kommentar till lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken den 14 Juni 1901, första häftet (1902) sid. 14; *Winroth*, Strödda uppsatser IV, Om skadestånd (1907) sid. 344, 347. Av äldre författare märkes särskilt *Nehrman*, som är av samma mening, vilket är ett synnerligen kraftigt stöd för dess riktighet. I *Processus civilis* Cap. II § 7 uttalar sig *Nehrman* visserligen något svävande, men vad han yttrar i ämnet i Inledning til processum criminalem Cap. II §§ 9—11 gör hans ställning till förevarande fråga fullt klar. Den ståndpunkt, som *Schrevelius* intager, framgår ej tydligt av vad han i sin *Lärobok* i civilprocess § 6 säger om skillnaden emellan civil och kriminell process; en jämförelse med vad han yttrar å sid. 17 ang. indelningen i tvistemål och brottmål torde dock ådagalägga, att han anser yrkandets grund, straffbar gärning eller ej, vara det enda avgörande. *Broomé*, *Civilprocessen* sid. 276 f., uttalar ej någon bestämd mening men yttrar sig på sådant sätt, att hans åsikt snarast synes vara den, att endast sådana mål, i vilka ansvar yrkas, äro att anse som brottmål.

För finska rättens del antaga *Wrede*, *Civilprocessrätt* § 7, och *Granfelt*, *Straffprocessrätt* sid. 216 ff., att alla mål, i vilka anspråket (vare sig det går ut på straff eller civil påföljd) grundas på brottslig gärning, äro brottmål. *Wrede* hänvisar härvid till stadgad praxis. Jfr emellertid den diskussion i ämnet, som förts inom Jur. Föreningen i Finland, *Förns tidskrift* 1872; olika meningar ang. förevarande fråga uttalades därvid.

Reformförslagen på processrättens område ha jämväl utgått därifrån, att anspråkets grund, icke dess innehåll, enligt gällande svensk rätt bestämmer skillnaden emellan civil- och straffprocess, och häri har man ej velat göra någon ändring. Se sålunda Lagkommittén och äldre Lagberedningen

omfattas i praxis⁹, och att den svenske lagstiftaren efter tillkomsten av 1734 års lag byggt lagstadganden på den förutsättningen, att det gives brottmål, däri talan om ansvar ej föres¹⁰.

Den omständigheten, att straffet för ett brott preskriberats, eller att laga kraftälgande dom i straffrögan föreligger, kan icke enligt vår rätt tillerkännas den verkan, att skadeståndsmålet mister sin egenskap av brottmål och antager karaktären av vanligt tvistemål¹¹.

Vid bedömandet av skadeståndsmåls egenskap av tvistemål eller brottmål har man att uppmärksamma, att sådant mål icke

kap. 3 RB senare delen och motiverna därtill samt Nya Lagberedningen, Principbetänkandet III kap. 2 § 4 m. 1 och motiv sid. 181 ff., ävensom Förslag till lag ang. vissa bestämmelser om rättegöngen i brottmål (1884) kap. 1 §§ 10—14 och motiv sid. 34 f. Nya Lagberedningen motiverar sin ståndpunkt därmed, att "skadeståndsfrögan huvudsakligen innehåller ett kriminellt moment, i det att frögan ytterst beror därpå, huruvida ett brott är begången eller ej. Intill dess det blivit genom laga kraftälgande beslut avgjort, huru det förhåller sig med brottets verklighet och den tilltalades skuld, måste allt sådant bliva föremål för undersökning, även där fröga är endast om skadestånd." De finska förslagen till reform av rättegångsväsendet (1901) ha däremot mera strängt principenligt genomfört skillnaden emellan civilprocess och straffprocess: mål angående privaträttsliga anspråk, som härröra av brott, äro tvistemål, men det är dock medgivet att fullfölja sådant anspråk tillsammans med brottmålet; se Förslag II §§ 1 och 2 samt III § 2 och kap. 29. I motiven till III § 2 uttalas, att gällande rätts ståndpunkt att behandla vissa privaträttsliga anspråk såsom brottmål redan med nuvarande rättegångsordning saknar tillräckliga skäl och skulle med en ny straffprocesslag, avpassad efter de fordringar, som betingas av brottmålsens egendomliga natur, bliva synnerligen olämplig.

⁹ Se rättsfall i Nytt jur. arkiv 1889 sid. 457; 1893 sid. 153; 1894 sid. 3; 1897 sid. 4; 1905 sid. 46; 1907 sid. 108; 1912 sid. 525 m. fl.

¹⁰ Se sålunda 10: 29 m. 7 och 27: 19 p. 2 RB enligt lagen den 14 Juni 1901, 11: 33 RB enligt dess lydelse i lagen av den 10 Juli 1899 ävensom § 2 i lagen av sistnämnda dag ang. påföljd i vissa fall av parts uteblivande i brottmål och motiveringen för dessa stadganden. Se ock 7 kap. 4 § i lagen^{12/11} 1915 om äktenskaps ingående och upplösning (numera 15: 4 GB) samt Lagberedningens motivering för detta lagrum.

¹¹ Se därom närmare *min* avhandling, Om forum i brottmål sid. 251—253.

under annan förutsättning kan betraktas som brottmål, än att en förment brottslig gärning ligger *den till last, mot vilken yrkandet om skadestånd är riktat*. Gör kåranden gällande en svaranden åliggande civilrättslig ansvarighet för skada, som annan förorsakat — exempel på sådana fall lämnar lagen den 12 Mars 1886 om ansvarighet för skada i följd av järnvägsdrift — kan det mål, vari ansvarsskyldigheten göres gällande, icke tilläggas brottmålssegenskap, även om den handling, som förorsakat skadan, är ett brott.

II. En huvudfråga beträffande gränsbestämningen emellan civilprocess och straffprocess är denna: kommer det vid bedömandet av, huruvida den grund, varpå kåranden stöder sin talan, utgöres av en brottslig gärning eller ej, an på kårandens karaktäristik av gärningen eller på vad lag därom bestämmer? ¹² Med andra ord, kan en kårande vare sig genom att känneteckna en handling såsom brottslig åstadkomma, att målet blir brottmål, även om handlingen icke i verkligheten hemfaller under strafflagen, eller genom att underlåta att känneteckna en brottslig handling såsom brottslig åstadkomma, att målet blir civilt, eller skall domstolen ingå i prövning av förhållandet härutinnan, så att målets behandling såsom brottmål eller tvistemål kommer att bero på, huruvida handlingen befinnes enligt lag kunna giva upphov åt ett straffanspråk eller ej? Man torde vid utredningen av detta spörsmål böra skilja mellan olika fall.

1) Om kåranden blott yrkar *ansvar* för en handling, som han förmenar vara brottslig, måste målet i allo betraktas och behandlas som brottmål. Därom torde alla vara ense; man kan uppenbarligen icke anse ett mål för civilt, som endast rör sig om ett ansvarsyrkande.

2) Om ej straff utan blott ersättning för skada yrkas, bör domstolens prövning av målets verkliga beskaffenhet vara

¹² Jfr ang. denna fråga *Nehrman*, Inledning til processum criminalem Cap. II §§ 9—12; *min* avhandling, Om forum i brottmål sid. 253—255; *Ask*, De allmänna underrätternas behörighet i tvistemål sid. 139 ff; Juridiska fören:s i Finland tidskrift för 1891 sid. 101 ff; *Granfelt*, Straffprocessrätt sid. 216 ff.

avgörande. För ämnets ytterligare klarläggande synes man emellertid böra skärskåda följande två alternativ, vart för sig.

a) Den handling, varpå skadeståndsanspråket grundas, har icke av kåranden kännetecknats såsom brottslig. Såvida förutsättningarna för saklig prövning äro för handen, provas skadeståndsyrkandet och bifalles resp. ogillas utan avseende därå, om handlingen är belagd med straff eller ej. En förutsättning för prövning är, att målet anhängiggjorts vid rätt forum. Behörig är, om handlingen verkligen skulle vara brottslig, forum delicti och, om handlingen icke skulle vara brottslig, forum personæ, dock att, vad angår det senare, 10: 28 RB äger tillämpning ¹³.

b) Handlingen har av kåranden kännetecknats såsom brottslig, utan att dock ansvar yrkats. Fallet torde böra bedömas på samma sätt som det ovan under a) upptagna. Tvivelaktigt kan det emellertid synas vara, huruvida — förutsatt att målet anhängiggjorts vid rätt forum och de formella förutsättningarna för saklig prövning i övrigt föreligga — talan kan bifallas i fall, då handlingen givit upphov åt ett skadeståndsanspråk men dock icke är brottslig. Då kåranden icke yrkat ansvar, bör dock efter min mening den omständigheten, att han karaktäriserat handlingen såsom brottslig, icke tillerkännas någon betydelse ¹⁴. Denna åsikt torde i varje fall vara den i praktiskt avseende mest tilltalande.

¹³ Vad i texten yttrats innebär, att talan, därest handlingen är brottslig, icke kan i sak provas, såframt talan anhängiggjorts vid annat forum än forum delicti, och omvänt, att talan, därest handlingen icke är brottslig, icke kan i sak provas, så framt talan anhängiggjorts vid annat än civilt forum och svaranden vederbörligen gjort invändning om domstolens obehörighet.

¹⁴ Här möter ett ej alldeles otvivelaktigt spörsmål om forum. Målet är enligt domstolens uppfattning av tvistemåls-, icke av brottmålsnatur; kan man nu, då kåranden själv kännetecknat handlingen såsom brottslig, anse 10: 28 och 16: 2 RB tillämpliga? Frågan innebär, huruvida man bör kräva av svaranden, att han anställer prövning ang. målets verkliga beskaffenhet vid påföljd, att han, om han i likhet med kåranden oriktigt anser målet vara av brottmålsnatur och på den grund finner sig kunna underlåta

3) Käranden yrkar både straff och skadestånd (eller annan civil påföljd). Detta fall torde över huvud bedömas så, att kärandens ansvarsyrkande konstituerar ett brottmål, i vilket skadeståndsyrkandet ingår såsom accessorium till ansvarsyrkandet. Målet i dess helhet anses sålunda som brottmål, även om det icke är fråga om en handling, som verkligen är brottslig¹⁵. Denna uppfattning är otvivelaktigt i det stora hela riktigt enligt vår rätt. I allmänhet torde man dock hålla före, att undantag bör göras, om målet är *huvudsakligen* civilt, och detta anser man i anslutning till *Nehrman*¹⁶ vara fallet, då fråga är om ansvar för ett mindre brott, som har sitt upphov av en civil sak. Det är säkerligen riktigt, att då ansvar yrkas för ett brott, som har sitt upphov av en civil sak, ansvarsfrågan under vissa

att vederbörligen göra invändning om forum, försitter sin invändningsrätt och den domstol, där målet anhängiggjorts, är att anse för behörig. Frågan bör besvaras jakande. Stadgandet i 10:29 m. 7, att domstolen skall ex officio pröva sin behörighet när fråga är om ansvar eller annan påföljd för brott, torde — vad beträffar mål, däri fråga är om civil påföljd — få anses allenast åsyfta påföljd av handling, som verkligen är med straff belagd. Ett jakande svar innebär ingen obillighet mot svaranden; han kan ej gärna ha någon olägenhet av, att skadeståndsanspråket, då han underlåtit att framställa exceptio fori, prövas av annan domstol än hans forum personæ, i regeln av den domstol, som skulle varit behörig, om handlingen varit ett brott.

¹⁵ Eftersom domstolen först när handläggningen slutförts ingår i prövning av, huruvida handlingen verkligen är i lagen med straff belagd, kan givetvis målets behandling som brottmål icke över huvud göras beroende av handlingens egenskap att verkligen vara straffbar.

¹⁶ *Nehrman*, Inledning til processum criminalem Cap. II § 12, säger med hänvisning till 3:4 RB, att om ett mindre brott kommer av något tvistemål actio är civilis och brottmålet följer saken åt. Exempel säger *Nehrman* förekomma i varje balk och hänvisar, l. c. ävensom i Inledning til then svenska jurisprudentiam criminalem (1756) sid. 35 § 51, till åtskilliga lagrum, såsom 5:5 och 6 JB, 10:1 JB, 11:3 HB m. fl. *Nehrmans* uttalanden ligga väsentligen till grund för det uttalande i en hithörande fråga, som avgivits av centralavdelningen inom Juridiska föreningen i Finland (För:s tidskrift för 1891 sid. 101 ff), ävensom för den framställning i ämnet, som lämnats av *Ask*, anf. arb. sid. 141 ff. Jfr ock *Schrevelius*, Civilprocess § 61.

förutsättningar (se ovan sid. 31 f.) bör betraktas som accessorium till den civila saken, men i anseende till de hithörande fallens natur¹⁷ kan man ej alltid strängt taget anse, att här är fråga om undantag från regeln, att då käranden yrkar både straff och civil påföljd på grund av en förment brottslig gärning målet i dess helhet är att bedöma såsom brottmål. Åtminstone kan man ej tala om undantag, då det brott, varför ansvar yrkas, har sitt upphov av själva den civila rättegången, ty här avse det civila yrkandet och straffyrkandet ej samma sakförhållande; detsamma torde ock i allmänhet vara fallet, då ett brott på det sätt har sitt upphov av en civil sak, att svaranden med hänsyn till ett rent civilrättsligt sakförhållande, varom rättegången rör sig, gjort sig skyldig till en förseelse¹⁸. Tydligt torde vidare vara, att den omständigheten, att käranden framkommer med ett ansvarspåstående, som saknar stöd av lag, i ett mål, där den av honom förda talan är grundad på ett till sin natur rent civilrättsligt sakförhållande och går ut på en civil påföljd därav, icke kan under alla förhållanden verka, att målet bör betraktas som brottmål. Att här giva en regel, som låter sig mekaniskt tillämpas, torde ej vara möjligt. Ett moment, som givetvis är av betydelse vid bedömandet av, huruvida det civila yrkandet eller ansvarsyrkandet skall anses som huvudsak, är den grad av bestämdhet, som ansvarsyr-

¹⁷ Se ovan vid noterna 4, 5 och 6.

¹⁸ Då långivaren yrkar återbekommande av den utlånta saken och tillika enl. 11:3 HB påstår ansvar å svaranden för innehållande av saken, så grundas förstnämnda yrkande, som är av rent civilrättslig natur, därpå, att svaranden erhållit saken till låns; ansvarsfrågan åter grundas på svarandens lagstridiga innehållande av saken till säkerhet för skuldfordran. De båda yrkandena ha uppenbarligen icke samma grund. Enahanda är förhållandet i exempelvis ett annat av Nehrman åberopat fall: bördetalan och ansvarstalan enl. 5:5 el. 6 JB. Däremot stödjade det civila yrkandet och ansvarsyrkandet sig på samma sakförhållande, då enl. 10:1 JB talan föres om ogiltigförklarande av försäljning, som någon gjort utan fullmakt, och om ansvar för transaktionen. Att likväl i detta sista fall målet med hänsyn därtill, att den civila påföljden är huvudsak, bör bedömas som tvistemål och ansvarsfrågan som ett accessorium, kan icke betvivlas.

kandet äger; ett allmänt hållet uttalande av kändanden, att han yrkar ansvar å svaranden för vad denne låtit komma sig till last, kan ofta ej förtjäna något vidare avseende.

I anslutning till det föregående bör den frågan uppmärksammas, huru i mål, där ansvar yrkas för förment brottslig gärning och tillika yrkande om ersättning för skada av gärningen framställs, domstolen skall förfara beträffande det senare yrkandet, om det förra ogillas. Bör domstolen bifalla ersättningsyrkandet, om den finner, att det, ehuru den till grund åberopade gärningen ej är brottslig, likväl är befogat? Frågan, som ofta varit föremål för prövning i praxis, har tidigare städse bevarats så, att ersättningsyrkandet icke kan i den ordning det blivit väckt bifallas, såframt ansvarsyrkandet ogillas, men senare har uppfattningen härom ändrats och åtminstone inom högsta instansen har en nästan enhällig mening besvarat frågan på motsatt sätt¹⁹. Spörsmålet synes mig icke vara lätt att komma till rätta med och förtjäna det grundligaste övervägande.

Det finnes mycket, som talar för den numera i praxis härskande åsikten. Den förefaller vara den mest praktiska; kändanden, som befinnes hava ett ersättningsanspråk, låt vara att den gärning, som givit upphov därtill, icke är brottslig, kommer i det av honom redan anhängiggjorda målet till sin rätt och undgår den omgång och kostnad, som äro förenade

¹⁹ Se rättsfall i N. J. A. 1902 sid. 66 och 422; 1903 sid. 569; 1904 sid. 497; 1906 sid. 253; 1907 sid. 65; 1912 sid. 245; m. fl. Rättsfallen av 1906 och 1907 utvisa, att inom HD *Trygger* (som redan tidigare vid föreläsningar i straffprocess enligt däröver förda anteckningar yttrat sig i samma riktning) uttalat den mening, att ett i samband med yrkande om ansvar för förment brottslig gärning framställt, på samma gärning grundat ersättningsyrkande icke kan i den ordning det blivit väckt "*upptagas till bedömande*", då gärningen befunnits icke vara av beskaffenhet att föranleda ansvar. Rättsfallet av 1912, i vilket vid prövningen i hovrätten båda meningarna haft anhängare, visar, att den redan förut i högsta instansen allmänt omfattade meningen har svårt att göra sig gällande. Se vidare ang förevarande fråga *mitt* arbete, om Rättsmedlen sid. 157 f. not 44.

med att anhängiggöra ny rättegång i ersättningsfrågan²⁰. Vidare vill det synas, som om en riktig uppfattning av förhållandet emellan en handlings kriminella och civila påföljder (straff och skadestånd) förde till ifrågavarande resultat. Detta förhållande är icke att uppfatta så, som om skadestånd vore en följd av straffet eller, m. a. o., straffet vore gärningens primära och skadeståndet dess sekundära påföljd. Båda dessa påföljder äro i lika grad primära; båda ha sin grund i gärningens egenkap att vara ett tillräkneligt, rättsstridigt ingrepp i annans rättssfär, vartill beträffande skadestånd kommer gärningens skadebringande beskaffenhet. Skadestånd synes därför icke i annan mening kunna anses som accessorium till straff, än att båda påföljderna anknyta sig till samma faktiska förlopp, därvid straffanspråket tillägges större vikt än skadeståndsanspråket; och det ligger nära till hands att antaga, att vad domstolen i mål, däri både straff och skadestånd yrkats, har att pröva är den till grund för yrkandena åberopade gärningen och detta så, att det ena yrkandet kan bifallas oberoende av det andra.

Det sagda innefattar, så vitt vi kunna finna, mycket beaktansvärda synpunkter *de lege ferenda*, men det torde icke vara avgörande *de lege lata*. Detta torde bliva tydligt, om man gör klart för sig vad det innebär, att domstolen har att pröva icke den frågan allenast, huruvida svaranden gjort sig skyldig till en *brottslig* handling, som givit upphov till ett skadeståndsanspråk, utan över huvud frågan, huruvida svaranden låtit något komma sig till last, som, vare sig brottsligt eller ej, givit käranden ett anspråk på skadestånd. Det skulle otviveltäktigt innebära, att käranden kunde giva skadeståndsmålet karaktären av ett civilt mål genom att grunda sitt yrkande icke på en brottslig handling utan på en skadegörande handling, likgiltigt om brottslig eller ej. Enligt svensk rätt är det nu emellertid tvivelsutan så, att varje yrkande, som grundas på en

²⁰ Förnämligast av detta skäl har jag för min del tidigare omfattat den mening, som numera trängt igenom i högsta instansen; se rättsfall i N. J. A. 1904 sid. 497.

brottslig gärning, konstituerar ett brottmål, medan den talan, som grundas på en icke-brottslig gärning, konstituerar ett tvistemål. Denna distinktion emellan civil- och straffprocess kan en kärande ej omintetgöra genom att föra en talan, som gör det till en uppgift för domstolen att pröva den till grund åberopade gärningen utan avseende därå, om den är brottslig eller ej. Då käranden, såsom nu förutsättes, yrkar både straff och skadestånd på grund av samma gärning, kan man ej komma ifrån, att det är fråga om ett kriminellt skadeståndsanspråk. Vad som kan synas ovisst är blott, om det icke därjämte är i målet fråga om ett civilt skadeståndsanspråk. Förhållandet skulle då, efter vad det synes mig, vara att uppfatta så, att kärandens yrkande om skadestånd grundas i första hand därpå, att brottslig gärning är begången, men eventuellt även därpå, att svaranden gjort sig skyldig till något, som, fastän ej brottsligt, dock föranleder skadestånd. I rättegången skulle följaktligen tre olika anspråk vara kumulerade: ett straffanspråk, ett kriminellt och ett civilt skadeståndsanspråk. En sådan kumulation är säkerligen ej enligt svensk rätt tillåten²¹. Kumulation av ett kriminellt och ett civilt skadeståndsanspråk, grundade på ett och samma sakförhållande, vore onekligen i och för sig en ganska egendomlig företeelse och är för vår rätt okänd. Ej heller kumulation av ett straffanspråk och ett *civilt* skadeståndsanspråk stämmer med svensk rätt. Ett skadeståndsanspråk kan väl behandlas tillsammans med ett ansvarsyrkande — och lagstiftaren har, såsom förut nämnts, tänkt sig en sådan gemensam behandling som det normala — men detta

²¹ Förutsättning för en sådan kumulation skulle i varje fall städse vara, att domstolen vore behörig beträffande ansvarsyrkandet och det kriminella skadeståndsanspråket såsom forum delicti och beträffande det civila skadeståndsanspråket såsom forum personæ. Svensk rätt känner ej (bortsett från det speciella fallet i 10: 27 RB) något forum delicti (ett gärningsortens forum) för mål, däri talan grundas på rättsstridig handling, likgiltigt om handlingen är belagd med straff eller faller inom det civilt orättas område. Detta är säkerligen en brist. Annorlunda enligt åtskilliga utländska nyare processlagar, t. ex. tyska, danska och norska.

kan endast ske under den förutsättning, att det förra anspråket är att betrakta såsom accessorium till det senare, och denna egenskap har enligt gällande rätt blott det *kriminella* skadeståndsanspråket, d. v. s. det, som grundas på en förment brottslig gärning²². Slutligen må framhållas, att den åsikt, enligt vilken skadeståndsyrkandet kan bifallas, ehuru ansvarsyrkandet ogillas, leder till från gällande rätts synpunkt sett betänkliga konsekvenser beträffande fullföljden. Anser man, att klagan över utslaget, till den del därigenom dömts över civilt skadeståndsanspråk, bör föras med användande av civilprocessens rättsmedel, men att klagan över utslaget i övriga delar skall föras med användande av straffprocessuellt rättsmedel, blir resultatet, att olika rättsmedel komma till användning mot olika delar av samma utslag. Detta resultat är oantagligt, och de i 25 kap. RB givna reglerna angående sättet för fullföljd av talan lämna ej heller något stöd härför; de fall, då enligt 25: 5 olika delar av samma utslag överklagas genom olika rättsmedel, äro, såsom genast inses, av helt annan art än ifrågavarande fall. Det enda alternativ, som torde kunna ifrågakomma, är att fullfölja talan genom besvär, vare sig utslaget i dess helhet eller till någon del överklagas. Även detta alternativ förefaller egendomligt med hänsyn till det fall, att endast ersättningsfrågan drages under högre rätt²³.

²² Det finnes icke något stadgande i rättegångsbalken, som talar för, att ett civilt mål kan kumuleras med ett brottmål på det sätt, att straffprocessens former vinna tillämpning på förfarandet i dess helhet. Under antagande, att vår rätts gränsbestämning emellan civil- och straffprocess är den i detta arbete och för övrigt allmänt av svenska jurister antagna, vill det dock synas, som om man icke utan otvetydigt stöd i lagen skulle hava rätt att anse en dylik kumulation tillåtlig; att den icke står väl tillsammans med nämnda gränsbestämning lärer nog ej kunna förnekas.

²³ I praxis (se sålunda rättsfallet i Nytt jur. arkiv av 1904 sid. 497) har, då domstolen, jämte det ansvarsyrkandet ogillats, bifallit ersättningsyrkandet och talan i sistnämnda del fullföljts genom besvär, ändringsökandet upptagits till prövning. Detta betyder, att talan mot ett utslag beträffande ett yrkande, som domstolen förklarat icke kunna bifallas såsom kriminellt men bifallit såsom civilt, fullföljes genom straffprocessuellt

Jag kommer, enligt vad det föregående giver vid handen, till det resultat, att om det faktum, varpå kärandens talan om ansvar och skadestånd stöder sig, icke är en brottslig gärning, denna talan i allo, ej endast beträffande ansvaret utan även i vad den rör skadeståndet, måste ogillas, oberoende

rättsmedel. Riktigt kan detta vara endast under den förutsättning, att vår rätt ej mindre tillstodjer förening i ett förfarande av ett ansvarsyrkande och ett ersättningsyrkande, som, om det anhängiggjorts för sig, skulle konstituerat ett tvistemål, än även låter ersättningsyrkandet såsom accessorium till ansvarsyrkandet behandlas i straffprocessens former. Att nämnda förutsättning icke består enligt gällande svensk rätt med dess principiella distinktion emellan civil- och straffprocess, har ovan tillräckligt utvecklats.

En fråga, som icke får förväxlas med den i texten behandlade ang. *gällande* rätts ståndpunkt beträffande förevarande spörsmål, är den, huruvida denna ståndpunkt i och för sig förtjänar gillande. Den frågan sammanhänger åter oskiljaktigt med den ang. gränsbestämningen emellan de båda processarterna. Enligt min mening är gällande rätt i denna del föga tillfredsställande, vare sig man ser saken praktiskt eller rent teoretiskt. Vad det för en part, som lidit skada genom annans åtgörande, kommer an på är att få ersättning sig tillerkänd, och betingelserna därför kunna vara givna, fastän gärningen ej är ett brott. Den vanliga, av Nya Lagberedningen (se ovan not 8) givna motiveringen för behandlingen av fråga om ersättning för skada av brott enligt reglerna för rättegångsordningen i brottmål (att nämligen skadestandsfrågan är beroende av, huruvida ett brott är begånget eller ej, och således huvudsakligen innehåller ett kriminellt moment) synes ej vara bindande. Låter man domstolen pröva skadestandsfrågan utan hänsyn därtill, om grunden är en brottslig gärning eller ej, så har domstolen icke någon anledning att i sin dom beröra frågan om handlingens brottslighet, och det finnes icke något avsevärt intresse, som bjuder att uppfatta målet annorledes än såsom ett rent civilt mål. Det enda riktiga synes mig således vara — och vid en reform av vår processrätt bör efter min mening denna princip iakttagas — att mål ang. privaträttsliga anspråk, som grundas på brott, anses och behandlas som tvistemål. Dock bör det ej vara den ersättningsyrkande parten betaget att framställa sitt ersättningsyrkande tillsammans med yrkande om ansvar och få båda yrkandena handlagda i ett gemensamt processuellt förfarande enligt straffprocessens regler. Finska förslagets bestämmelser i ämnet äro över huvud att förorda.

därav, om domstolen anser ersättningsyrkandet i och för sig berättigat ²⁴.

²⁴ Att endast förklara ersättningsanspråket icke kunna upptagas till prövning är efter min mening icke riktigt. Ersättningsanspråket har framställts såsom ett kriminellt anspråk, och kåranden har rätt att fordra, att det i sin nämnda egenskap prövas. Anspråkets ogillande betager naturligtvis icke kåranden rätten att i civilprocessuell väg väcka talan om ersättning.

Min ståndpunkt beträffande det ifrågavarande i texten behandlade spörsmålet vill jag med anledning av några uttalanden i en anmälan av förra upplagan av detta arbete, av *v. Seth* i Sv. Juristtidn. 1919 sid. 93 ff., i visst avseende ännu närmare belysa. Anmälaren sammanställer min lösning av det ovan under 2 b) (sid. 36) behandlade fallet (kåranden framställer anspråk på ersättning för skada av en handling, som han visserligen kännetecknar såsom brottslig men dock icke påstår ansvar för) med det resultat, vartill jag kommit beträffande ifrågavarande spörsmål. Om i förra fallet skadeståndsanspråket finnes kunna bifallas, måste detta enligt anmälarens mening bero därpå, att man tillägger kårandens "på kriminell basis" byggda talan innebörden att omfatta alternativt jämväl ett civilt skadeståndsanspråk och håller en dylik "kumulation" för tillåten. Därmed låter enligt anmälarens uppfattning ej väl förena sig, att för det fall, då även ansvarsyrkande framställles, anse, såsom jag gör, att om ansvarsyrkandet ogillas, jämväl skadeståndsyckandet måste ogillas, oavsett att domstolen finner detta senare yrkande i och för sig befogat. — Min i texten utvecklade ståndpunkt är emellertid ej fullt riktigt återgiven i dessa anmärkningar. Utgångspunkten för min framställning är den, att enligt svensk rätt ett skadeståndsyckande, som grundas på en brottslig gärning, konstituerar ett brottmål. Det kommer nu an på att avgöra, om man vid bedömandet av gärningens brottslighet får taga hänsyn blott till lagens stadgande eller jämväl till kårandens karaktäristik av gärningen. Enligt min uppfattning, som jag förmenar framgår av vad ovan i texten under 2 (sid. 35 f.) utvecklats, är städse, då ansvar ej yrkats, målets verkliga beskaffenhet, alltså uteslutande lagens stadgande, avgörande, utan skillnad härvid däremellan, om kåranden kännetecknat gärningen såsom brottslig eller ej. I det under 2 b) behandlade fallet för kåranden alltså enligt mitt omdöme endast och allenast en civil ersättningstalan; och om någon kumulation av en kriminell och en civil ersättningstalan är ej fråga. Från det resultat, vartill jag kommit beträffande detta spörsmål, har jag därför ej kunnat draga den slutsatsen, att jämväl då ansvar yrkas skadeståndsanspråket kan, utan hinder av ansvarsyrkandets underkännande, bifallas. Om den bindande kraften *de lege lata* hos de argument, med

III. Då ett brottmål inrymmer en civilrättslig fråga av *prejudiciell* natur, d. v. s. utgången av brottmålet är beroende på föregående prövning av ett civilt rättsförhållande, möter spörsmålet, huruvida domstolen i brottmålet får avgöra den prejudiciella frågan eller skall hänvisa densamma till särskilt utförande i tvistemålsväg²⁵. I svensk rätt saknas en allmän bestämmelse härom; det finnes blott en bestämmelse för några särskilda fall, nämligen den i 10: 6 BB givna, av vilken, enligt den tolkning man i vårt land allmänt giver lagrummet, framgår, att, då i mål angående intagor eller annan åverkan frågan om äganderätten till marken är omtvistad, denna fråga hänvisas till särskild rättegång. Man har säkert icke rätt att i nämnda lagbud se uttrycket för en allmän princip angående behandlingen av civila prejudicialfrågor i brottmål; stadgandet i 10: 6 BB är fasthellre att uppfatta som ett specialstadgande, avseende fast egendom. Bortsett från detsamma torde kunna uppställas som allmän regel, att domstolen äger i brottmål pröva den prejudiciella frågan²⁶; till stöd därför kan åberopas § 16 mom. 5 Prom. F. till Str.l. (lika med 49: 2 Missg. B.), varav synes, att i mål angående innehav av stulet gods den tilltalade äger förebringa bevisning till styrkande av sitt påstående, att godset är honom tillhörigt. Det kan dock icke anses vara domstolen betaget att i mål, som icke angå häktad, om den anser det lämpligare, hänvisa den prejudiciella frågan till särskild rätte-

vilka jag sökt motivera min ståndpunkt, är jag allt fortfarande övertygad. Att denna ståndpunkt *de lege ferenda* icke är tilltalande, torde jag med all nödig skärpa ha framhållit.

²⁵ Se i detta ämne *Nya Lagberedningen*, Principbetänkandet III sid. 184—186; finska förslagen till reform av rättegångsväsendet av 1901 III § 3 med motiv; *Granfelt*, Straffprocessrätt sid. 224—227 och den där åberopade diskussionen inom Jur. För:n i Finland (För:ns tidskrift för 1894); och jfr. vad särskilt angår tolkningen av 10: 6 BB, *Lundstedt*, Om biintervention (1911—1912) sid. 113 noten; *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 131 noten; ävensom rättsfall i Nytt jur. arkiv 1883 sid. 444; 1885 sid. 307; 1912 sid. 245; 1913 sid. 260.

²⁶ Naturligtvis kan frågan i och för sig icke genom denna prövning bli *res judicata*.

gång och låta brottmålet vila i avbidan på den civila rättsgångens slutförande.

IV. Den olika beskaffenheten hos de rättsförhållanden, som civilprocessen och straffprocessen i trängre mening (d. v. s. processen angående straffanspråk) ha till föremål, betingar väsentligen olika principer för det processuella förfarandet. Utgångspunkten är här den, att parterna äga fritt förfoga över det privata rättsförhållande, varom civilprocessen rör sig, medan en motsvarande disposition över statens straffanspråk icke kan få förekomma. Med denna grundskillnad sammanhänger en vittgående olikhet särskilt i metoden för anskaffande av processmaterial, och att domarens ställning över huvud ej gärna kan vara densamma i tvistemål och i de brottmål, om vilka nu är fråga. Dessa omständigheter och deras klart uppfattade och i detalj utförda konsekvenser ha i modern utländsk rätt medfört, att straffprocessen avskiljts från civilprocessen och gjorts till en självständig rättsdisciplin, som regleras i en särskild fristående lag. Det ligger i sakens natur, att även i gällande svensk rätt väsensskillnaden emellan tvistemål och ifrågavarande trängre grupp av brottmål är erkänd och iakttagen, men för övrigt är det antydda särskiljandet mellan processarterna icke genomfört. Rättegångsbalken är gemensam huvudkälla för dem båda. Förhållandet torde böra uppfattas så, att rättegångsbalken är närmast avsedd för tvistemålen men tillämplig även på brottmålen, i den mån annat ej är uttryckligen stadgat eller en tillämpning skulle stå i strid med gällande grundåskådningar på straffrättens område.

Beträffande den nu framhållna skillnaden emellan tviste- och brottmål må emellertid erinras, att den ej gör sig gällande i fråga om alla tvistemål utan undantag. Det gives tvistemål, i vilka det offentliga intresset framträder med sådan styrka, att disposition från parternas sida över tvistemålet ej kan medgivas och särskilda rättegångsregler, avvikande från de vanliga, äro erforderliga. Sådana mål äro, bland andra, äktenskapsmålen, angående vilkas processuella behandling kap. 15 i nya GB innehåller föreskrifter. En del av dessa mål äro av brottmåls,

en annan del av tvistemåls natur, men rättegångsreglerna äro, utan avseende härå, över huvud desamma för båda kategorierna ²⁷.

Det är uppenbart, att den omständigheten, att privaträttsliga anspråk, som grundas på brott, behandlas enligt straffprocessens former, icke kan utöva något inflytande på parternas dispositionsrätt över sådana anspråk eller medföra tillämpning av straffprocessuella grundsatser, som äro byggda därpå, att det består ett självständigt offentligt intresse i processens utgång, vilket måste tillgodoses, t. ex. principen om domarens initiativ till anskaffande av processmaterial; jfr ang. parternas dispositionsrätt över skadeståndsanspråk 20: 4 RB ²⁸. Beträffande förfarandet gäller för övrigt, att brottmål, däri talan om ansvar ej föres, hemfalla under samma regler, som brottmål, vilka angå ansvarstalan, såframt ej annat uttryckligen bestämts, såsom i 11: 33 RB och i § 2 av lagen den 10 Juli 1899 ang. påföljd i vissa fall av parts uteblivande i brottmål.

§ 3.

Skillnaden emellan civilprocess och förvaltning ¹.

I. Statens hela verksamhet för vinnande av sina syften söker man stundom uttömmande angiva genom att uppställa

²⁷ Äktenskapsrätten lämnar exempel på tvistemål, i vilka allmän åklagare å tjänstens vägnar för kärandetalan. Jämlikt 10: 1 st. 3 GB är i vissa fall allmän åklagare pliktig föra talan om äktenskaps återgång. Något brott behöver ej i sådant fall vara begånget (makarna kunna hava varit i god tro), men detta oaktat har föreskriften om allm. åklagares skyldighet att anställa talan tillämpning.

²⁸ Jfr 15: 9 st. 2 GB.

¹ Se *Bergfalk*, Anmärkningar om justis och administration m. m. i tidskriften *Frey* för 1842 sid. 15—35; *Rabenius*, Den administrativa rättsskipningen, i *Förhandlingar vid andra nordiska juristmötet* 1875; *Blomberg*, i *Nordisk Retsencyklopedi* V sid. 1 och *Svensk Statsrätt* (1904) § 1; *Naumann*, *Sveriges Statsförfattningsrätt* II (1880) kap. 12 § 9; *Nellemann*, *Civilprocessens alm. Deel* §§ 11—13; *Wach*, *Handbuch* § 8; *Hagerup*, *Civilproces* § 2; *Wrede*, *Civilprocessrätt* § 8; *Laband*, *Das Staatsrecht des*

begreppen lagstiftning och förvaltning. Ett så vittomfattande förvaltningsbegrepp har dock knappast något verkligt teoretiskt berättigande eller någon praktisk betydelse. Då det gäller att draga en gräns emellan civilprocess och förvaltning, tages ordet förvaltning i en trängre betydelse.

Bortses från det ovannämnda förvaltningsbegreppet, med vilket jag ej i det följande räknar, har man anledning att skilja mellan två olika förvaltningsbegrepp, vilka ganska sällan fullt klart och tillräckligt särhållas. Man kan tala om förvaltning i motsats till dels "justis" dels rättskipning, och begreppet har, allt efter som den ena eller andra motsättningen är i fråga, en vidare eller trängre innebörd.

1) Stanna vi först vid motsättningen emellan justis och förvaltning, så erinras därom, att den moderna staten icke är blott rättsstat. Den har andra uppgifter än att blott upprätthålla rättsordningen; den har att sörja för försvar mot yttre fiender och över huvud att söka befrämja folkets andliga och materiella väl.

Den statens verksamhet, som har till omedelbart syfte att skydda de enskildes (fysiska och juridiska personers) rättsintressen, kan man, i brist på en bättre benämning, beteckna såsom justis². I den mån staten har sin egen självständiga, från de enskildes skilda och vid sidan av dem stående rättssfär hör, väl att märka, skyddandet av densamma jämväl till justisen.

Med förvaltning, såsom ett med justis sidoordnat begrepp, förstå vi däremot statens verksamhet för vinnande av syften, som omedelbart befrämja det helas väl. Staten uppträder härvid såsom samhällsmakt, omedelbart befordrande offentliga in-

deutschen Reiches II (5 uppl. 1911) § 64; *Hammar skjöld*, Betänkande om inrättande av en administrativ högsta domstol eller regeringsrätt (1907); *Reuterskiöld*, Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt I (1914) § 29.

² *Bergfalk*, bland andra, använder denna beteckning. Enligt denna bestämning av begreppet justis ingår ej därunder straffrättskipningen; denna faller under det i motsats därtill uppställda begreppet förvaltning.

tressen. Det tages väl inom förvaltningen, enligt den nu lämnade begreppsbestämningen, hänsyn till den enskildes intresse, men detta betraktas som en del av det allmännas intresse och icke som ett självständigt och likberättigat intresse. Alla frågor om statens i dess överhöghet grundade rättigheter och förpliktelser eller, såsom man också torde kunna säga, alla frågor om statens rätt och plikt mot den enskilde i hans egenskap av samhällsmedlem höra hit.

2) Den verksamhet, som ovan under 1) betecknats såsom förvaltning i en vidare mening, är av två olika slag: rättskipning och förvaltning i trängre mening. Rättskipningen är till en huvudsaklig del justis men faller delvis inom förenämnda vidare förvaltningsbegrepp. Vår uppgift blir nu närmast att undersöka begreppet rättskipning³ — därvid uppenbarligen skillnad ej göres emellan administrativ rättskipning och sådan rättskipning, som har karaktären av justis — för att därifrån särskilja förvaltningen i trängre mening.

I sin verksamhet för befordrande av samhällets och dess medlemmars väl (förvaltningen i vidare mening) kommer staten i många fall icke i beröring med enskilda personers rättsfärer. Endast där detta är fallet och där således fråga kan uppstå om rätt eller plikt för den enskilde, finnes rum för rättskipning. För begreppet rättskipning (den må höra till justisen eller administrationen) ligger det väsentliga däri, att existensen av en rättighet eller en förpliktelse utgör föremål för prövning⁴. Om denna prövning gäller, att den har karaktären av en subsumtionsoperation, bestående däri, att den prövande under en översats, som innefattas i den objektiva rätten, subsumerar sakförhållandet i det konkreta fallet och drager den slutsats, som rättsnormen påbjuder⁵. Oaktat den ofta vittgående diskretionära prövningsrätt, som själva rättssatsen kan tillerkänna den prövande eller som kan tillkomma honom vid

³ Jfr ovan sid. 4 f.

⁴ Det faller genast i ögonen, att jag här rör mig med ett rättskipningsbegrepp, som ej inrymmer exekution. Jfr ovan sid. 5 f.

⁵ Jfr ovan sid. 14.

fastställandet av sakförhållandet (det faktiska), är han dock väsentligen bunden; han får icke döma som han vill utan skall döma som lag bjuder.

Annorlunda förhåller det sig med den verksamhet, som utgör förvaltning i trängre mening. Det är ej härvid fråga om ett fastställande av rätt eller plikt, om en handling, som begreppsligen har karaktären av en slutledningsoperation. Den handlande är sålunda icke bunden på samma sätt som, efter vad nyss nämnts, den, vilken skipar rätt⁶; han har att huvudsakligen låta sig bestämmas av ändamålsenlighetshänsyn, vilka äro föremål för hans fria beprövande. Därmed är dock icke uteslutet, att han kan vara pliktig att vid sitt handlande hålla sig inom vissa lagligen fastställda gränser. Den omständigheten, att i ett ärende det är fråga om rättstillämpning, giver icke i och för sig myndighetens verksamhet egenskapen av rättskipning. Även i ärenden, som höra till förvaltningen i trängre mening, kunna frågor av rent rättslig natur ingå, t. ex. i befordringsärenden frågor om sökandens kompetens, om laga former iakttagits m. m.⁷. Huvudföremålet för prövningen i dessa ärenden är dock icke frågan om existensen av en verklig rättighet eller förpliktelse, och den huvudsakliga prövningen har ej den karaktär, som ovan beträffande rättskipningen angivits.

3) De begrepp, som ovan ställts i motsats till varandra, ha bestämts objektivt, d. v. s. enligt den sakliga innebörden hos de ifrågavarande statsfunktionerna. Ett spörsmål, som icke får förväxlas med den lämnade begreppsutredningen, är det angående de allmänna domstolarnas och de administrativa myndigheternas olika kompetensområden. Begreppsbestämningarna ha gjorts utan avseende därå, om en angelägenhet handhas av domstol eller administrativ myndighet. Om man med hänsyn till svenska förhållanden söker göra klart för sig, i vad mån gränsen emellan domstolarnas och förvaltningsmyndighe-

⁶ Jfr i ämnet *Laband*, anf. arb. sid. 178 f.

⁷ Jfr Betänkandet om inrättande av regeringsrätt sid. 182 ff.

ternas kompetensområden sammanfaller med gränsbestämningen mellan vare sig justis och förvaltning eller rättskipning och förvaltning (i trängre mening), finner man snart, att gränserna gå i sär. Arbetsfördelningen är i stort sett den, att domstolarna handhava straffrättskipningen⁸ och rättskipningen på det privaträttsliga området, förvaltningsmyndigheterna den administrativa rättskipningen och de rena förvaltningsärendena. Om någon strängt genomförd princip kan dock ej härvid vara tal. Rättskipning även på det offentligträttsliga området ankommer på domstolarna, och inom deras kompetenssfär falla även en del rena förvaltningsbestyr. Att ingående redogöra härför, ligger alldeles utom ramen för vår uppgift. Endast den fördelning av *rättskipningen*, som äger rum emellan domstolarna och förvaltningsmyndigheterna, har anspråk på närmare granskning.

I 10: 26 RB stadgas, att de mål, som röra den allmänna hushållningen i riket, kronans varjehanda ingälder eller någons ämbete och tjänst och fel däri, prövas och dömas av dem, som konungen har betrott vård och inseende däröver. Detta stadgande ådagalägger, att domsrätt i vissa mål åtminstone vid tiden för 1734 års lags tillkomst tillhörde andra myndigheter än domstolarna, och angiver i allmänhet beskaffenheten hos de mål, vilka skulle utgöra föremål för denna domsrätt. Man kan sålunda säga, att rättegångsbalken själv omedelbart giver anledning till att söka något närmare bestämma området för domstolarnas rättskipning till skillnad från området för förvaltningsmyndigheternas domsrätt.

4) Det må härvid till en början erinras, att jag ovan⁹ bestämt begreppet civilprocess så, att därunder inrymmes all den icke-straffrättsliga rättskipning, som utövas av domstolarna. Med civilprocess förstås följaktligen icke det förfarande allenast, som avser skydd för privaträttsliga intressen, utan därunder inbegripes även den domstolsrättskipning, som rör sig

⁸ Obs. emellertid den disciplinära straffrättskipningen.

⁹ Se sid. 7—9.

på det offentligträttsliga (icke-straffrättsliga) området. Att inskränka civilprocessbegreppet till att omfatta endast privaträttsliga förhållanden, kan ej gärna ifrågasättas; domstolarnas dömande verksamhet är nämligen i dessa mål ej av annan natur än i de övriga mål, som äro i fråga.

Till den vida övervägande delen har emellertid, enligt vad nedan vidare utföres, civilprocessen till föremål privaträttsliga förhållanden, och civilprocessuell rättskipning på det offentligt-rättsliga området framstår såsom undantag. Uppgiften att draga gränsen emellan civilprocessen och den rättskipning, som handhas av administrativ myndighet, uppgår sålunda huvudsakligen i en undersökning av skillnaden emellan privaträtt och offentlig rätt.

Av gammalt har man ansett ifrågavarande skillnad ligga i rättsförhållandets innehåll eller, närmare bestämt, i ändamålet, i rättighetens resp. förpliktelsens syftning på det allmänna eller på individen. I denna anda äro de romerska juristernas begreppsbestämningar hållna; de skilja nämligen emellan *jus*, *quod ad statum rei publicæ pertinet* och *jus, quod ad singulorum utilitatem spectat*. Över dessa bestämningar har man i själva verket ännu i dag knappast kommit¹⁰; utredningarna i ämnet variera samma tanke eller söka vidare utveckla densamma. Väsensolikheten emellan offentlig rätt och privaträtt torde bäst kunna angivas så, att den offentliga rätten hänföra sig till förhållanden, i vilka enskild person är såsom samhällsmedlem berättigad eller förpliktad gentemot det hela, staten¹¹, medan privaträtten angår förhållanden, i vilka personer såsom fullföljande sina egna, av statslivet icke omedelbart berörda

¹⁰ Detta gäller även den mycket instruktiva och särskilt av processualister uppmärksammade framställning, som lämnats av *Wach*, anf. arb. sid. 93 ff.

¹¹ Man kan ock säga, att det här är fråga om förhållanden, vilka samlivets förutsättningar och krav framkalla mellan de enskilde, å ena sidan, samt stat och samhälle med dess olika organ och verksamhetskretsar, å andra sidan; så *Montgomery*, Handbok i Finlands allmänna privaträtt sid. 1.

syften komma till varandra. Att icke alla förhållanden, i vilka staten står såsom berättigad eller förpliktad gentemot enskild person, äro att karaktärisera som offentligträttsliga, framgår otvetydigt av det sagda. Det fordras, att den enskilde i sin egenskap av samhällsmedlem står i relation till staten eller, för att beakta rättsförhållandets andra subjektssida, att staten såsom den enskilde överordnad samhällsmakt är subjekt i rättsförhållandet¹². Det är för övrigt med avseende å en del rättsförhållanden ingalunda lätt att avgöra, huruvida förhållandet är av offentligträttslig eller privaträttslig natur. Fullt fasta hållpunkter för bedömande härav saknas, och detta torde kunna sägas ligga i sakens egen natur, om man nämligen betänker, att indelningen i privaträtt och offentlig rätt icke betyder en motsats, som är absolut, utan beror, strängt taget, allenast på en gradskillnad. Samhällets intresse är icke begränsat till den offentliga rätten, det spelar även in i privaträtten. Icke blott gör det sig gällande så till vida, som det bjuder, att de privata förhållandena över huvud rättsligen regleras, alltså upphöjas till rättsförhållanden och icke h. o. h. överlämnas å det individuella godtycket; det sträcker sig längre och kräver, att privaträttsordningen erhåller en viss gestaltning¹³. Vad det senare angår må erinras, att då det helas väl betingas av delarnas det ej kan vara samhället nog, att privaträttsordningen över huvud består; det kan ej vara samhället likgiltigt, *huru* dess medlemmars privata förhållanden äro ordnade. Med denna relativitet i motsättningen emellan offentlig rätt och privaträtt sammanhänger, att gränsen växlar, allt efter som uppfattningen om det allmänna intressets betydelse

¹² Då staten genom vederbörande ämbetsmyndighet träffar avtal med enskild man ang. t. ex. leverans av järnvägsmateriel till statsbanorna, uppkommer emellan kontrahenterna ett privaträttsligt förhållande, ett förhållande, vari de stå likställda gentemot varandra. Av annan beskaffenhet är t. ex. det förhållande, som har till innehåll den enskildes skyldighet att göra militärtjänst, att betala skatt m. m. dyl.

¹³ Se ang. skillnaden emellan offentlig rätt och privaträtt *Merkel*, *Juristische Encyclopädie* sid. 52 ff.

med hänsyn till rättsförhållandena undergår förändring. Därmed sammanhänger ock, att många förhållanden hava en blandad karaktär: det offentliga intresset gör sig så starkt gällande, att man ej kan påstå förhållandet vara rent privaträttsligt, men å andra sidan framträder detta intresse icke med sådan styrka, att det giver förhållandet en fullständig prägel av offentligt. En sådan blandad prägel kunna de förhållanden sägas äga, som i anseende till vissa moment äro underkastade individernas fria rådighet, medan andra moment äro med hänsyn till det helas väl nog normerade, t. ex. förhållandet emellan arbetsgivare och arbetare med fäst avseende å minderårigas användande i arbete m. m.; se lag den 29 Juni 1912 om arbetarskydd.

Man torde av det föregående finna, att skillnaden emellan offentlig rätt och privaträtt är såsom princip för bestämmande av gränsen emellan civilprocess och administrativ myndighets rättskipning ganska svävande. Denna skillnad har ej heller genom något allmänt stadgande i svensk rätt gjorts till norm för ifrågavarande gränsbestämning. Faktiskt är dock enligt gällande lagar och författningar rättskipningen, med bortseende från straffrättskipningen, fördelad emellan domstolar och administrativa myndigheter sålunda, att rättskipningen handhaves på det privaträttsliga området av de förra och på det offentligt-rättsliga området av de senare. Det är icke här fråga om en regel utan undantag, men utvecklingen har gått i den riktning, att undantagen blivit allt färre. Åtskilliga mål av väsentligen privaträttslig natur, vilkas prövning tidigare ålegat administrativa myndigheter, ha överflyttats till de allmänna domstolarna; i synnerhet komma härvid i betraktande förordningar av den 17 April 1828 och den 10 Augusti 1877¹⁴. Å andra sidan torde emellertid om en del mål, vilka enligt positiv rätt ligga

¹⁴ Ang. denna lagstiftning se Betänkande rörande rättsfrågors skiljande från de administrativa verken, avgivet den 6 April 1820 av Lagkommittén samt särskilda kommitterade för styrelseverkens reglering och de ekonomiska författningarnas överseende (tryckt Stockholm 1823) ävensom *Naumanns* tidskrift 1873 sid. 727 ff. och 1874 sid. 1 ff. Se ock ang. den omfattning, vari överflyttning ägt rum, *Broomé*, Civilprocessen § 9.

inom domstolarnas kompetenssfär, kunna påstås att de äro av väsentligen offentligrättslig innebörd¹⁵. Det ligger dock ej någon praktisk vikt uppå att ingå i undersökning härav. Av större intresse är frågan, huruvida domstol eller administrativ myndighet har behörighet att upptaga mål, om vilka positiv rätt ej giver något besked i sådant avseende. Frågan angår ej, såsom lätteligen inses, privaträttsliga tvister — att dessa höra domstolarna till, kan ej vara föremål för tvivel — utan endast tvister angående offentligrättsliga förhållanden. Beträffande dessa senare torde enligt svensk rätt gälla, att när helst ett förhållande av offentligrättslig natur givit upphov åt tvist, i vilken tvänne parter stå emot varandra, den ene såsom berättigad gentemot den andre såsom förpliktad, och vars bedömande uteslutande har karaktären av rättstillämpning, tvisten faller inom domstolarnas kompetensområde, såvida icke positiv rätt (därunder inbegripes även sådan rätt, som har sin källa i stadig praxis) undandragit målet domstolarnas prövning¹⁶. Att denna mening, för vilken 10: 26 RB torde kunna anses lämna ett visst stöd, även omfattas av praxis, framgår av de rättsfall, i vilka domstolarna upptagit till prövning tvister om ämbets- och tjänstemäns rätt till lön eller pension¹⁷.

¹⁵ Se sålunda vissa av de i förordn. 17 April 1828 ang. upphörande av styrelseverkens domsrätt uppräknade mål, såsom p. 3 och åtminstone i vissa fall p. 10. Ang. de senare se *J. Ernberg*, Betänkande om särskild instansordning för mål ang. avlöningsförmåner och pension m. m. (1915) sid. 12.

¹⁶ Denna åsikt antager jag i det väsentliga överensstämma med den i Betänkandet om särskild instansordning för mål ang. avlöningsförmåner m. m. sid. 4 uttalade mening, att det definitivt bindande avgörandet i fråga om *rättsanspråk* tillkommer domstol, såvida ej annat är uttryckligen stadgat.

¹⁷ Se Nytt jur. arkiv 1899 s. 178; 1907 s. 188; 1910 s. 277; 1912 s. 168 m. fl. — Sedan länge har inom rättsvetenskapen den frågan uppmärksamrats, huru man har att bedöma förhållandet emellan staten samt dess ämbets- och tjänstemän. Skall man anse, att statsintresset behärskar hela detta förhållande, alltså icke blott den sida därav, som angår statstjänarens plikter mot staten, utan jämväl den sida, som rörer statstjänarens rätt till lön, eller skall man anse nämnda rätt vara av privaträttslig

Det må till sist beträffande gränsen emellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas behörighet i rättskipnings-avseende framhållas, att denna icke sammanfaller med skillnaden emellan civillagstiftning, å ena, samt administrativ och ekonomisk lagstiftning, å andra sidan¹⁸. Vi sakna därför anledning att ingå på de försök som gjorts att klargöra sistnämnda i statsrättsligt avseende viktiga skillnad; jfr §§ 87 och 89 R. F.¹⁹.

natur? I det förra fallet är förhållandet i dess helhet offentligrättsligt, i det senare av blandad natur. För båda meningarna tala beaktansvärda skäl. Statstjänarens rätt till lön är enligt den förra meningen en rätt, som väsentligen bör ses icke från den synpunkten, att den tillkommer honom för hans egen skull, utan såsom en förmån, som staten i sitt eget intresse förlänar, och denna rätt har icke sin grund i ett privaträttsligt kontrakt utan i en ensidig statsakt, utnämningen, konstitutioalet eller förordnandet. Detta sätt att uppfatta förhållandet torde hos oss tidigare ha varit det vanliga; se sålunda det i nästföregående not citerade betänkandet sid. 3. För övrigt må i ämnet hänvisas till, bland andra, *Nellemann*, anf. arb. sid. 79 f, 90 ff, *Wach*, anf. arb. sid. 95 f.

Enligt lagen 26 Maj 1909 om K. Maj:ts regeringsrätt § 2 m. 4 höra mål om avlöningsförmåner till regeringsrättens upptagande, något som emellertid icke ansetts medföra rubbning i de allmänna domstolarnas kompetens att upptaga tvister av ifrågavarande slag; se det nyssciterade betänkandet sid. 5.

¹⁸ Att nämnda skillnad vore ledande princip för utstakandet av gränsen emellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas kompetensområden har påståtts av en av de kommitterade, som avgivit det i not 14 här ovan citerade betänkandet.

¹⁹ Se därom *Naumann*, Sveriges Statsförfattningsrätt Bd 2 (1880) kap. 12 § 9; *Broomé*, Civilprocessen § 9; *Malmgren*, Sveriges Grundlagar, vid de ovan citerade §§:na.

Det kan i detta sammanhang förtjäna erinras om några i Kungl. Maj:ts stadfästelse år 1736 å allmänna lagen förekommande uttalanden. Däri säges, att lagen ej innehåller det, som till särskilt förordnande domsäten hörer eller vad ekonomi- och politiförordningar angår, vilka efter förefallande omständigheter finnas mera förändring vara underkastade. Och vidare framhålles, att med all görlig omsorg och åhuga arbetats uppå, att i lagen alla de nödigaste stycken måge finnas, som till det enskilda levernet i ett väl beställt rike höra och uti rättegångs- och utsökningsmål kunna till rättesnöre tjäna. Av dessa uttalanden framgår, att till de allmänna domstolarna höra alla tvister rörande ämnen, som regleras genom

5) Parter kunna icke genom överenskommelse sig emellan åstadkomma, att domstol blir behörig att upptaga mål, som enligt reglerna hör till förvaltningsmyndighet, eller tvärtom, och lika litet kan detta resultat vinnas genom parts underlåtenhet att göra invändning om bristande kompetens. Det åligger myndigheten, domstol resp. förvaltningsmyndighet, att ex officio pröva sin behörighet. Jfr § 29 m. 1, §§ 31 och 32 i 10 kap. RB.

II. Om avgörandet av kompetenskonflikter emellan domstolar och administrativa myndigheter innehåller svensk rätt ej något stadgande, vid vilket förhållande hithörande spörsmål måste bedömas med ledning av de allmänna grundsatser, som behärska den svenska rätts- och samhällsförfattningen ²⁰.

Först må begreppet kompetenskonflikt bestämmas. Med kompetenskonflikt emellan myndigheter förstår man det förhållandet, att myndigheterna äro av olika mening angående behörigheten att avgöra ett mål. Konflikten kan vara antingen positiv eller negativ. Den är av det förra slaget, då myndigheterna tillägga vardera sig själv behörighet i fråga om samma mål, och negativ, om vardera myndigheten fränkänner sig behörighet under antagande, att den andra myndigheten är behörig ²¹.

Förhållandet emellan domstolar och administrativa myndigheter är i Sverige icke ett förhållande av över- och underordning utan ett sidoordnat förhållande. De äro oavhängiga av varandra, var inom sin sfär. Härav, och då annat ej är särskilt stadgat, följer, att domstol icke har någon befogenhet att avgöra över administrativ myndighets kompetens eller tvärtom; vardera äger i detta hänseende för sin egen del avgöranderätt. Vederbörande, som anser, att t. ex. K. Bfhde icke är behörig att taga befattning med ett mål eller utan fog undan-

1734 års lag, förutsatt att ej annat uttryckligen föreskrivits. Att man emellertid bör draga ännu vidare gränser för domstolarnas kompetensområde, därom se ovan i texten.

²⁰ Se, förutom i not 1 anförd litteratur, *Broomé*, Civilprocessen § 10.

²¹ Jfr *min* avhandling, Om forum i brottmål sid. 236 ff.

dragit sig prövning, har att klaga hos överordnad administrativ myndighet, och missnöje över, att domstol upptagit eller vägrat att upptaga mål till prövning, fullföljes i högre rätt.

Med det nu sagda står den frågan i sammanhang, huruvida en domstol skall skjuta ett mål från sig, därför att målet redan är anhängigt hos administrativ myndighet. Denna fråga kan ej besvaras på samma sätt som motsvarande spörsmål med avseende å två domstolar. Om ett och samma mål anhängiggöres vid två domstolar, åligger det den av domstolarna, till vilken målet sist instämts, att avvisa det utan saklig prövning; se 25: 21 RB i 1734 års lag²². Denna regel gäller icke beträffande förhållandet emellan domstol och administrativ myndighet. Det kan icke ifrågasättas, att den omständigheten, att administrativ myndighet redan fått befattning med ett mål, skulle betaga domstolen rättigheten eller befria densamma från plikten att pröva sin egen behörighet att upptaga samma mål; stadgandet i 25: 21 RB handlar icke om förevarande fall. I brist på positivt stadgande kan man ej heller uppställa den regeln, att administrativ myndighet skall böja sig för domstol och avvisa ett mål blott därför, att domstol börjat handlägga detsamma.

Liksom domstol icke därav, att administrativ myndighet förut upptagit ett mål, hindras från att själv, därest domstolen förmenar sig vara därtill behörig, upptaga samma mål, likaså är domstol vid sin prövning av en sak icke bunden av beslut, som administrativ myndighet förut kan hava meddelat. Anser domstolen den administrativa myndigheten hava överskridit gränserna för sin befogenhet, så kan och bör domstolen, med bortseende från det administrativa beslutet, avgöra saken enligt sin uppfattning²³. Det är uppenbart, att denna grundsats gäller icke blott, då samma förhållande, som prövats av administrativ myndighet, utgör det huvudsakliga föremålet för dom-

²² Bland nullitetsgrunderna har här upptagits, att domstol dömt, då saken varit instämd till annan domstol.

²³ Denna mening har godkänts i rättsfall, ref. i N. J. A. 1883 sid. 276.

stolens prövning, utan även, då den fråga, som genom förvaltningsmyndigheten blivit avgjord, har allenast prejudiciell betydelse för bedömande av det rättsförhållande, som utgör processens föremål. Annorlunda ställer det sig, om den av förvaltningsmyndigheten prövade frågan enligt lag hemfaller under sådan myndighets definitiva och allsidiga avgörande. Förvaltningsmyndighetens beslut länder naturligtvis i sådant fall domstolen till efterrättelse; domstolen får således icke inlåta sig på en prövning av beslutets materiella laglighet, och givetvis kan det ännu mindre ifrågasättas, att domstolen skulle kunna ingå i prövning av de ändamålsenlighetshänsyn, som varit bestämmande för förvaltningsmyndigheten.

Det behöver knappast sägas, att domstolens rätt och plikt att, med bortseende från ett av förvaltningsmyndighet fattat beslut angående en fråga, som faller utom dess behörighetssfär, bedöma en föreliggande sak icke innebär någon befogenhet för domstolen att upphäva beslutet. Befogenhet härtill tillkommer endast överordnad administrativ myndighet.

Vår rätt anvisar, såsom ovan antyddes, ej någon utväg till avvärjande av de olägenheter, till vilka kompetenskonflikter, positiva eller negativa, kunna giva upphov. Behovet av en särskild konfliktsdomstol har sedan länge varit uppmärksammat och flera gånger framhållits men har ännu ej blivit tillgodosett ²⁴.

Med *kompetenskonflikter* emellan domstol och administrativ myndighet får man ej förväxla sådana konflikter, som ha sin grund däri, att mål kunna bli föremål för prövning från såväl den ena som den andra myndighetens sida. Då såväl domstolen som den administrativa myndigheten är behörig och ej annat ifrågasättes, föreligger ej här någon stridighet beträffande kompetensen. Konflikten kan endast bestå däri, att myndigheterna vid sin prövning komma till olika

²⁴ Se härom Betänkandet om inrättandet av en regeringsrätt sid. 254 f.

resultat ²⁵. Med avseende å dessa fall gäller såsom regel, att det slutgiltiga avgörandet tillkommer domstol. De olägenheter, som kunna vara förknippade med ifrågavarande konflikter, kan man givetvis ej undgå genom inrättande av en domstol med behörighet att lösa kompetenskonflikter emellan domstolar och administrativa myndigheter; olägenheterna måste förebyggas därigenom, att målen helt undandragas det ena slaget av myndigheter ²⁶.

III. Ännu enligt § 12 i Instr. för landshövdingarna den 10 Nov. 1855 ålåg K. Bfhde, var inom sitt län, en viss uppsikt över underdomstolarna inom länet ²⁷. Då det övervakande, som sålunda ålagts K. Bfhde, endast avsåg iakttagande av en del föreskrifter, som angick den yttre ordningen, kunde ifrågavarande förhållande icke anses innefatta något undantag från principen om domstols och administrativ myndighets oavhängighet av varandra. Nämda instruktion är numera upphävd genom Instr. den 12 April 1918 för landshövdingarna i rikets län samt de vid länsstyrelserna anställda tjänstemän. Vad § 12 i 1855 års instr. innehöll har ej upptagits i den nu gällande författningen i vidare mån, än att det i § 9 ålagts

²⁵ Med avseende å mål ang. avlöningsförmåner innehåller det här citerade betänkandet om särskild instansordning för sådana mål en utredning ang. föreliggande konfliktmöjligheter.

²⁶ I åtskilliga fall kunna olägenheter uppstå därav, att samma rättsfråga prövas så väl av administrativ myndighet som av domstol, vilka komma till olika resultat. Obs. t. ex. följande fall: Å stämma med delägarna i ett aktiebolag beslutas ändring av bolagsordningen; ansökning om registrering av beslutet avslås på den grund, att lagstadgade villkor för fattande av giltigt beslut i det ifrågavarande avseendet anses icke vara uppfyllda; klander av bolagsstämmobeslutet, till stöd för vilket klander åberopas samma grund, som registreringsmyndigheten funnit avgörande, ogillas emellertid av domstol.

²⁷ Se därom redan 1: 2 UB, vilket lagrum, på samma gång som K. B. däri förbjöds att befatta sig med det, som domareämbetet tillhör, gav K. B. "makt att tillse, det lag och rätt vid underrätterna tillbörligen skipad varder".

länsstyrelsen en viss skyldighet att övervaka, det underdomare inom föreskriven tid företaga rannsaking med häktad person och behörigen iakttaga gällande föreskrifter om avlämnande av saköreslängd och övriga handlingar, som böra av underdomare till länsstyrelsen översändas.

KAPITEL II.

Civilprocessrätten.

A. Civilprocessrättens begrepp och ställning i rättssystemet samt indelningar därav. Olika slag av processrättssatser. Civilprocessrättens källor.

§ 4.

Begreppet civilprocessrätt. Civilprocessrättens ställning i rättssystemet¹. Indelningar av civilprocessrätten.

I. Man bör icke fatta begreppet civilprocessrätt så, som om därunder skulle inrymmas allenast de rättssatser, vilka reglera det formella förfarande, som man benämner civilprocess². Givetvis inbegriper civilprocessrätten mer än reglerna angående själva de handlingar — i anseende till förut-sättningar, form och verkan — vilka man med hänsyn till deras gemensamma syfte uppfattar såsom tillhopa bildande ett helt, ett förfarande. Det är, åtminstone enligt min mening, otvivelaktigt, att man till civilprocessrätten måste hänföra dels

¹ Se härom *Nellemann*, Civilprocessens almindelige Deel § 1; *Wach*, Handbuch § 9; *Hagerup*, Civilproces § 3; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 9; *Hellwig*, System §§ 1—3.

² *Schrevelius*, Civilprocess § 4, framhåller att med process "egentligen" avses endast det formella förfarandet (*modus procedendi*), men att ordet vanligen tages något vidsträcktare, så att därunder även innefattas "de ämnen, som härmed stå i ett närmare sammanhang, såsom de under processen verksamma offentliga auktoriteter, parternas och deras fullmäktiges rättsförhållanden o. s. v." Uppenbarligen förstår *Schrevelius* här med process detsamma som processrätt. (Ang. identifieringen av begreppen process och processrätt se ovan § 1 not 9).

den del av den objektiva rätten, som bestämmer sammansättningen av, verkningskretsen för och arbetsfördelningen emellan de organ, domstolarna, genom vilka staten utövar den processuella rättsvården (här gäller det att draga gränserna emellan civilprocessrätten och andra grenar av den offentliga rätten, stats- och förvaltningsrätten), dels de föreskrifter, som angå parterna, å ena sidan den, som anropar domstolen om rättsskydd, käranden, å andra sidan den, mot vilken rättsskydd begäres, svaranden, såvitt deras processuella ställning är i fråga, dels ock de föreskrifter, som angå de rättsliga relationer, rättigheter och plikter, till vilka det processuella förfarandet giver eller kan giva upphov i främsta rummet för domstolen och parterna men även för andra däri indragna personer. Att denna sistnämnda grupp av rättsregler och särskilt de rättsregler, som ha avseende å det s. k. processrättsförhållandet, dess uppkomst, innehåll och utveckling, måste räknas till civilprocessrätten, ligger i öppen dag. Men det bör ej heller gärna kunna förnekas, att man ej i civilprocessrätten, i varje fall icke vid dess vetenskapliga och systematiska behandling, kan inskränka sig till att medtaga vad som angår de processuella handlingarna och de därmed i sammanhang stående rättsliga relationerna mellan de handlande; man måste även tänka på de handlande själva och de kvalifikationer hos dem, som utgöra betingelser för handlingarnas rättsliga giltighet. Gör man detta, så erhåller begreppet civilprocessrätt den här angivna omfattningen.

II. a) En äldre indelning av den objektiva rätten ställde mot varandra å ena sidan statsrätten, å andra sidan privaträtten. Denna senare huvudavdelning av rätten uppdelade man vidare i tre huvuddiscipliner: civilrätt, straffrätt (eller, enligt den äldre, vanligare benämningen, kriminalrätt)³ och process-

³ Man har, m. h. t. den moderna straffrättsvetenskapens krav på reaktion mot brott genom skyddsåtgärder jämte straff, framhållit, att den äldre benämningen kriminalrätt är mera adekvat än den nyare benämningen straffrätt. Så inom svensk litteratur *Wetter*, Den villkorliga domen sid. 31 f. Jfr här ovan § 2 not 1.

rätt ⁴. Den uppfattning, som ligger till grund för detta system, är numera allmänt övergiven. Rättsvetenskapen skiljer nu mellan offentlig rätt och privaträtt samt identifierar därvid privaträtt med civilrätt och låter den offentliga rätten omfatta rättens hela övriga gebit. Enligt denna modernare och riktigare uppfattning faller alltså, jämte straffrätten, även processrätten — och detta i anseende till båda huvudarterna av process, civilprocessen ej mindre än straffprocessen — under begreppet offentlig rätt.

Medan vad beträffar straffrätten dess hemortsrätt inom den offentliga rätten sedan länge är obestridd, har den riktiga åsikten om processrättens ställning inom rättssystemet haft svårare att fullt tränga igenom. Detta gäller dock egentligen blott civilprocessrätten, ty vad angår straffprocessen har med insikten om den offentligträttsliga karaktären hos det anspråk, straffanspråket, som utgör denna processarts föremål, följt erkännandet av straffprocessrättens offentligträttsliga natur ⁵.

Att man velat inordna civilprocessrätten under privaträtten,

⁴ Se sålunda *Schrevelius*, Lärobok i civilrätt del 1 (3:dje uppl. utgiven med "nödiga ändringar och tillägg", av *Humbla*, 1872) § 3.

⁵ *Schrevelius*, anf. arb. sid. 4 anmärker, att civilprocessen även kan betraktas som en del av civilrätten och kriminalprocessen som en del av kriminalrätten.

Med avseende å processrättens ställning inom rättssystemet torde böra nämnas, att inom den *internationella* rättens område den *internationella* processrätten hänföres till internationell *privaträtt*; se därom nedan under § 7 i detta arbete. Denna omständighet är emellertid ej uttryck för en annan uppfattning i det ämne, som ovan i texten undersökes, än den där hävdade. Enligt vad också ganska allmänt uttryckligen erkännes inom den internationellrättsliga litteraturen, är det här blott fråga om en bristfällig terminologi. Man ställer på den internationella rättens område, givetvis icke utan fog, mot folkrätten all annan internationell rätt, men har för denna andra huvudavdelning valt en sammanfattande beteckning, som är vilseledande så till vida, som därunder inrymmas discipliner, å ena sidan civilrätt, å andra sidan straff- och processrätt, som behärskas av väsentligen olika principer.

har, för så vitt andra än rent historiska skäl spelat in ⁶, väsentligen berott därpå, att civilprocessens föremål är ett privaträttsligt förhållande, och att dess ändamål är skyddande av privat rätt. Men varken den ena eller den andra synpunkten kan tillmätas någon avgörande vikt ⁷. Däremot äro för ifrågasvarande rättsdisciplins karaktäriserande som offentlig rätt följande skäl avgörande. Civilprocessens ändamål kan väl i de särskilda fallen sägas närmast vara skyddande av privata rättintressen, men det får dock ej förbises, att själva processinstitutet, i stort sett, även tjäna ett mera omfattande och betydelsefullare syfte nämligen hela rättsordningens upprätthållande och rättsfridens bevarande ⁸. Det offentliga intresse, som bär upp

⁶ Den äldre rättsvetenskapens uppfattning av civilprocessrätten som en del av privaträtten (*formell* privaträtt till skillnad från *materiell* privaträtt) bottnar i den romerska rätten, i den innerliga förening av materiell rätt och processrätt, som kom till uttryck i det pretoriska ediktet. Denna romerskrättsliga ståndpunkt, som kan karaktäriseras så, att man, såsom någonstades torde ha sagts, såg den materiella rätten genom processuella glasögon, blev helt naturligt länge bestämmande för den vetenskapliga systematiseringen.

⁷ Härvid är att märka följande. Civilprocessen är i allmänhet icke — detta gäller även enligt svensk rätt — strängt begränsad till privaträttsliga förhållanden; även vissa tvister av offentligrättslig natur handläggas i civilprocessuell ordning. Civilprocessens ändamål att skydda privat rätt kan ej heller betinga hithörande rättsdisciplins inordnande under privaträtten, ty även administrationen tjäna i vissa fall närmast privata intressen. Jfr ang. det sagda § 3 ovan i detta arbete.

Uppenbarligen bör det icke vara tal om att låta platsen, där ett stadgande givits, d. v. s. den omständigheten, huruvida det förekommer i civillag eller processlag, bestämma dess hänförelse till privat- eller processrätt. I 1734 års lag ha ingalunda inre grunder, av beskaffenhet att kunna godkännas, genomgående varit avgörande för stadgandenas placering; lagstiftaren har sålunda t. ex. behandlat inregistrationsväsendet i rättegångsbalken och upptagit bestämmelserna om konkurs i handelsbalken. Exempel på processrättsliga stadgandens förekomst i civillag lämna nya giftermålsbalken, som i 15 kap. upptagit åtskilliga bestämmelser om rättegång i äktenskapsmål, delvis mycket avvikande från den ordinära civilprocessens regler.

⁸ Jfr därom ovan § 1 not 10.

processinstituten, är sålunda det starkast möjliga. Vidare kommer i betraktande, att processen är en statsfunktion; det är i processen i främsta rummet staten själv, som genom sina därtill utsedda organ är verksam. Och de rättsliga relationer, till vilka processen giver upphov, utgöras av rättigheter och plikter emellan domstolen i dess nyssnämnda egenskap av statsorgan, å ena sidan, samt part eller annan i rättegången indragen person, å andra sidan. Att en rättsdisciplin, som har till föremål ett institut med sådana huvudbestämningar som de nyss angivna, har egenskapen av offentlig rätt, torde ligga i öppen dag.

b) Huru man i detalj skall draga gränsen emellan å ena sidan processrätten samt å andra sidan stats- och förvaltningsrätten, är en fråga av väsentligen teoretisk-systematisk natur och saknar praktisk betydelse. Så mycket synes vara givet, att grundsatserna om domstolarnas grundlagsenliga ställning höra statsrätten till, samt att man har att inom förvaltningsrätten behandla sådana spörsmål som om domarepersonalens rätt till lön, pension, semester o. dyl. Över huvud torde man kunna uppställa som en huvudsynpunkt för ifrågavarande gränsbestämning, att till processrätten höra alla normer, som icke uteslutande bestämma det interna förhållandet emellan staten och domaren eller i övrigt avse rent inre justitieförvaltningsangelägenheter⁹ (t. ex. överflyttning av ett område från en domsaga till en annan) utan som bereda rättskipningsgarantier, vilka den enskilde äger som sin rätt göra gällande; så t. ex. har otvivelaktigt parten ett verkligt rättsanspråk på, att domstolen, som dömer över hans sak, är sammansatt på lagbestämt sätt, att domarena ha vissa bestämda kvalifikationer m. m.

c) Vad angår den principiella gränsen emellan civilprocessrätt och privaträtt, så har man att utgå från skillnaden emellan det materiella rättsförhållandet, för vilket skydd genom

⁹ Man plägar bestämma justitieförvaltningen såsom den gren av förvaltningen, vilken har att sörja för de yttre betingelserna för rättskipningen men icke har omedelbart med själva rättskipningen att göra.

process påkallas, och de frågor, som ha avseende å, huruvida skydd kan erhållas och på vad sätt det meddelas. Till privaträtten höra de normer, som angå det materiella rättsförhållandet, dess uppkomst, innehåll, förändring och upphörande; processrättsliga äro åter de regler, som angå rättsskyddets förutsättningar, innehåll och form.

Med ledning av denna princip kan det i allmänhet ej vålla svårigheter att avgöra, vilka regler tillhöra den ena eller andra av ifrågavarande två rättsdiscipliner. I några avseenden ha emellertid mycken tvekan och meningsskiljaktighet yppat sig, nämligen i fråga om den s. k. saklegitimationen, bevisbördans fördelning emellan parterna och domens rättskraft. Utredningen angående den rättsliga naturen hos de regler, som angå dessa frågor, lämnas lämpligast vid behandlingen av respektive institut ¹⁰.

Den praktiska betydelsen av en riktig gränsbestämning emellan civilprocessrätt och privaträtt framträder, då det gäller att bestämma rättssatsernas tillämplighet med hänsyn till tid och rum. Olika grundsatser äro nämligen i detta hänseende gällande för privat- och processrätten, varom vidare blir tal nedan i § 7.

III. Utan vare sig teoretisk eller praktisk betydelse är den stundom gjorda indelningen i *formell* och *materiell* processrätt ¹¹. Till den förra har man hänfört de regler, som angå former och fatalier samt tid och ställe för de processuella handlingarnas företagande, medan man låtit den materiella processrätten omfatta reglerna angående domstolens och parternas inbördes förhållande, alltså processrättsförhållandet med de rättigheter och plikter, som däri inbegripas. Denna indelning, som för övrigt icke kan strängt genomföras, lämpar sig uppenbarligen icke att läggas till grund för processrättens systematiska behandling.

¹⁰ Jfr ang. saklegitimationsfrågan *mitt* arbete Svensk Civilprocessrätt III § 34 samt ang. bevisbördans fördelning *min* avhandling om Beviskyldighet och presumtioner i Tidsskrift for Retsvidenskab 1899.

¹¹ Jfr *Hagerup*, Civilproces sid. 25 (2:dra uppl.).

Detsamma torde kunna sägas om de försök man gjort att efter civilrättssystematikens mönster skilja mellan en allmän och en speciell del inom processrättens system¹². Det saknas en teoretiskt bärande och praktiskt genomförbar princip för bestämmande av vad man skall hänföra till den ena och andra delen.

Av verklig betydelse åtminstone vid behandlingen av svensk civilprocessrätt äro däremot följande åtskillnader. Man kan till en början lämpligen fästa sig vid skillnaden emellan allmänna domstolar och specialdomstolar. Med de förra avses sådana domstolar, som ha att taga befattning med alla mål, vilka icke äro särskilt undantagna; med den senare benämningen åsyftar man sådana på särskilt sätt organiserade domstolar, som ha sig anvisade allenast någon eller några särskilda grupper av mål. Framställningen av de regler, som angå specialdomstolarnas organisation och det vid dem förekommande, på särskilt sätt gestaltade förfarandet, hålles lämpligen skild från läran om de allmänna domstolarna och processen vid dem. Vidare är det så, att för vissa av de mål, som handläggas vid de allmänna domstolarna, ett från det vanliga avvikande förfarande är föreskrivet. Man kan i enlighet härmed skilja mellan ordinär och extraordinär process vid de allmänna domstolarna¹³.

¹² Se t. ex. *Nellemann*, Civilprocessens almindelige Deel § 3.

¹³ Den bestämning av begreppet extraordinär civilprocess, som lämnats ovan i texten, står i överensstämmelse med den innebörd, som man numera allmänt tillägger detta begrepp. Annorlunda ha en del äldre processualister fattat motsatsen emellan ordinär och extraordinär civilprocess. Se sålunda *Schrevelius*, Civilprocess §§ 7 och 178. Enligt denne författare är för den extraordinära processen utmärkande icke det, att förfarandet förete avvikelser från det vanliga förfarandet, utan det, att förfarandet är anlagt på ernående av ett skyndsammare avgörande. Extraordinär process blir sålunda detsamma som summarisk process. Med fasthållande av den i texten lämnade bestämningen är däremot summarisk process en extraordinär process av särskilt slag, nämligen en sådan extraordinär process, som genom en eller annan anordning, t. ex. inskränkning i parternas rätt att förebringa processmaterial, söker åstadkomma större skyndsamhet.

I svensk rätt behandlar den allmänna rättegångslagen, rättegångsbalken, över huvud endast den ordinära processen vid de allmänna domstolarna. De extraordinära förfarings-sätten utgöra föremål för bestämmelser i särskilda författningar¹⁴. Ett extraordinärt förfarande är, vad beträffar nyss-nämnda domstolar, stadgat för följande grupper av tvistemål: äktenskapsmål (enl. kap. 15 i nya giftermålsbalken), mål ang. fastställande av faderskap och underhållsskyldighet (enl. lagen^{14/6} 1917 om barn utom äktenskapet), mål ang. äktenskaplig börd (enl. lagen^{14/6} 1917 om äktenskaplig börd), konkurs-växel- och sjörättsmål samt expropriationsmål.

Någon i mera utpräglad mening *summarisk* process vid de allmänna domstolarna känner ej svensk rätt. Man kan dock, om man så vill, såsom *summarisk* karaktärisera processen i

Då man talar om extraordinär process, avser man ett förfarande, som förete så pass stora skiljaktigheter från det ordinära förfarandet, att man kan anse en särskild processart föreligga; så ock *Schrevelius*, anf. arb. sid. 14 f, och *Wrede*, Civilprocessrätt I § 5. Huru betydande olikheterna skola vara, kan naturligtvis icke genom någon allmän formel angivas. Exempelvis må framhållas, att det för svensk rättsuppfattning är främmande att med anledning av stadgandena i 24: 2 RB angående mål, däri vidlyftiga räkningar förekomma, inordna dessa mål under rubriken extraordinär civilprocess, och ej heller har man från sådan synpunkt betraktat de tvister om arv efter frälsemän m. m., som enligt 8: 2 RB skolat upptagas av hovrätt såsom första instans. (Se emellertid *Broomé*, Civilprocessen, som i sin framställning ställer de av hovrätt såsom första instans upptagna målen vid sidan av växel- och expropriationsmål).

Enligt vad av framställningen i texten framgår, ha vi ej under begreppet extraordinär process hänfört det förfarande, som äger rum vid specialdomstolar. Man kan naturligtvis också taga begreppet i den omfattning, att därunder ingår även nämnda förfarande, och således karaktärisera t. ex. förfarandet vid ägodelningsrätt såsom en art av extraordinär civilprocess. Så *Wrede*, Civilprocessrätt I § 5.

¹⁴ Det bör emellertid erinras, att i rättegångsbalken jämväl förekomma bestämmelser, som äro tillämpliga i avseende å mål, vilka man anser falla inom den extraordinära civilprocessens område; så äro de stadganden, som angå sättet för fullföljd av talan och över huvud rätts-medelsförfarandet, tillämpliga å de i 25: 1 andra stycket nämnda mål, som tillhöra den extraordinära civilprocessen.

växelmål i betraktande av de i § 5 av Pr. F. till växellagen den 7 Maj 1880 givna bestämmelser, som ha till syfte att förkorta förfarandet.

§ 5.

Olika slag av processrättssatser ¹.

I. Den objektiva processrätten, som, efter vad förut framhållits, bestämmer det processuella rättsskyddets förutsättningar, innehåll och form, är i alla avseenden, även i fråga om det processuella förfarandets gestaltning, ovillkorligen bindande för de personer, som äro verksamma i processen, i främsta rummet domstolen och parterna. Det sagda gäller alla processrättssatser, och det är följaktligen så till vida förfelat att skilja mellan två olika kategorier, omfattande den ena sådana rättsatser, som äro, och den andra sådana, som icke äro ovillkorligen bindande. Då man, såsom ofta sker, gör en dylik åtskillnad eller talar om en starkare och svagare förbindande kraft hos rättssatserna, är det i själva verket något annat, som åsyftas. Man tänker på den olika grad av frihet att reglera förhållandena, som den objektiva rätten själv tillerkänner vederbörande intressenter. Vissa förhållanden kunna vara så noga och så bjudande reglerade i lagen, att det icke finnes rum för någon de enskildes bestämmanderätt; beträffande andra förhållanden kan lagen lämna regleringen åt de enskilde inom mer eller mindre vida gränser och själv avhålla sig från reglering i vidare mån eller dock endast *subsidiärt* — för den händelse vederbörande icke skulle begagna sig av sin bestämmanderätt — normera förhållandet i fråga. Att lagbuden av det ena och andra slaget äro med hänsyn till vad de bestämma lika bindande, inses lätt, men lika tydligt är, att här dock är fråga om en olikhet med hänsyn till lagbudens innehåll, som har den

¹ Se härom, bland andra, *Bülow*, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, i *Archiv für die civ. Praxis* Bd 64 (1881), och jfr därmed *Wach*, dels i avhandlingen *Das Geständnis* i nyssciterade tidskrift Bd 64 sid. 220 ff., dels i *Handbuch* § 15.

största betydelse och kräver det noggrannaste skärskådande. Denna olikhet kommer till uttryck i den inom rättsvetenskapen vedertagna indelningen av rättssatserna i *absoluta* och *dispositiva*.

II. Såsom redan av det föregående torde framgå, äro de rättssatser *absoluta*, vilka innehålla en reglering, den där oefftergivligen måste iakttagas, i ty att det icke medgivits dem, som ha med det reglerade förhållandet att göra, att ordna detta på annat sätt, än den ifrågavarande rättssatsen angiver. Denna rättssatsens absoluta karaktär visar sig därutinnan, att domstolen måste *ex officio* se till, att regeln iakttages²; dess tillämpning är alltså icke beroende av yrkande i sådant avseende från parts sida.

III. Benämningen *dispositiv* rättssats kan lätt väcka den föreställningen, att man här har att göra med regler, över vilkas iakttagande de enskilde äga disponera, att således för den dispositiva regeln till skillnad från den absoluta är utmärkande, att den förra kan genom åtgörande från parts eller båda parternas sida, bestående vare sig i uttrycklig viljeförklaring eller blott i underlåtenhet att vederbörligen påyrka regelns tillämpning, försättas ur tillämpning. Den gamla bland domarareglerna upptagna satsen: "förord bryta lag", synes vara grundad på denna föreställning. Emellertid är, såsom numera

² Uttrycket *ex officio* må med några ord till sin innebörd belysas. Det är i och för sig intetsägende. Allt vad domstol i denna sin egenskap gör, det gör den *ex officio*, d. v. s. på ämbetets vägnar. Uttrycket får givetvis icke en fylligare betydelse, om man, såsom stundom sker, tillägger predikatet *nobilis* och säger *ex nobili officio*. Emellertid är inom rättsvetenskapen, ej blott svensk utan även utländsk, sedan gammalt vedertaget att använda uttrycket i betydelsen av: eget initiativ (*proprio motu*); man vill därmed utmärka, att domstolen vidtager en åtgärd i uppfyllelse av en domstolen åliggande plikt och utan att anmaning från parts sida är villkor för åtgärdens vidtagande. (Om betydelsen av en sådan anmaning i fall, då domstolen är skyldig att handla *ex officio*, se med avseende å ett särskilt fall — betydelsen av *exceptio fori* i mål, där behörigheten prövas *ex officio* — *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag del 1 sid. 48—56.)

(efter *Bülow's* utredning av ämnet) allmänt inses och erkännes, denna tankegång oriktig. Vad lagen bestämmer, äger ingen sätta sig över. Men ett lagbud kan innehålla, att bestämmanderätt tillkommer de enskilde. En dispositiv rättssats är just en sådan rättssats, som överlåter regleringen av ett förhållande åt vederbörande intressenter. Då dessa träffa ett avgörande, sker det alltså icke mot lag utan med stöd av lag. Den rätta uppfattningen härav kan dock försvåras därav, att den dispositiva rättssatsen ej alltid är uttryckigen uttalad. Lagstiftaren, som, för den händelse vederbörande icke begagna sig av sin bestämmanderätt, själv vill reglera förhållandet, inskränker sig till att uttala denna subsidiära regel (se ovan). Då man nu blott fäst sig vid denna regel men samtidigt insett, att det står i vederbörande intressenters makt att annorledes ordna förhållandet, har det föreställningssätt, som ligger bakom talet om att förord bryter lag, lätt kunnat vinna insteg; den subsidiära regeln, som ju ej är ofrånkomlig, har fått namnet dispositiv, i stället för att detta namn fasthellre bort givas åt den icke uttryckligen uttalade rättssats, som tillägger de enskilde bestämmanderätt³. Vida lättare kan den rätta uppfattningen göra

³ Man är ej inom litteraturen enig om, vad med uttrycket dispositiv rättssats skall förstås. *Bülow*, anf. anf., förstår därmed den rättssats, som lämnar regleringen av ett förhållande åt vederbörande intressenter; och i denna betydelse, som enligt min mening är den lämpligaste, har jag här använt uttrycket. Såsom ovan i texten antytts, förekommer jämväl — och detta torde t. o. m. vara det vanligaste — att man såsom dispositiv betecknar en av lagstiftaren given *subsidiär* regel. En tredje begreppsbestämning lämnas av *Wrede*, Civilprocessrätt § 10, som kallar de rättssatser dispositiva eller supplerande, "hvilka inom vissa gränser tillåta en reglering av ett faktiskt eller rättsligt förhållande genom enskilda personers vilja samt innehålla föreskrift därom endast för det fall, att en dylik reglering af förhållandet genom enskild vilja icke kommer till stånd". Enligt denna begreppsbestämning består således en dispositiv rättssats av två satser, en tillåtande, vilken bemyndigar den eller de enskilda att ordna förhållandet på sätt de finna lämpligt, och en subsidiär rättssats; se sålunda *Wrede*, anf. arb. sid. 51 f. Det ligger i öppen dag, att den, som begagnar sig av sistnämnda begreppsbestämning, måste i åtskilliga avseenden uttala sig på annat sätt i förevarande ämne än den,

sig gällande i de fall, då såsom i processlagen i stor utsträckning är fallet, både den dispositiva och den subsidiära rättsatsen äro uttryckligen uttalade.

Då av den avfattning en rättssats erhållit icke framgår, huruvida man har att göra med en absolut regel eller med ett fall, i vilket vederbörande äga träffa en annan reglering än rättssatsen innehåller, har man vid avgörandet i detta hänseende att i främsta rummet taga hänsyn till, om rättssatsen är avsedd att huvudsakligen tillgodose ett enskilt eller ett offentligt intresse. Är det förra fallet, måste snarast antagas, att en viss valfrihet är parterna given, medan i det senare fallet antagandet snarast måste gå i motsatt riktning. Dock må framhållas, att den angivna synpunkten icke behöver vara avgörande; även i fall, där ett offentligt intresse med övervägande styrka framträder, kan lagstiftaren av andra hänsyn, t. ex. för att fritaga domstolarna från den börda, som en officialprövningsplikt utgör, ha inrymt parterna bestämmanderätt.

Medan på privaträttens område den förfoganderätt, som upplåtits genom en dispositiv rättssats, tillkommer de enskilde i egentlig mening (d. v. s. privata rättssubjekt), är det inom processrätten vid uppställandet av motsatsen emellan absolut och dispositiv rätt icke fråga allenast om en förfoganderätt för parterna utan även om den frihet att gestalta processen, som kan tillkomma domaren. Den del av den dispositiva processrätten, som har detta sistnämnda innehåll, spelar den största rollen och erhåller större betydelse i samma mån som den moderna muntlighetsprincipen genomtränger det processuella förfarandet. Det är i detta sammanhang tillräckligt att erinra

som opererar med den i detta arbete använda bestämningen; i synnerhet är att märka, att man med den ena och andra utgångspunkten kommer till skilda resultat i fråga om den dispositiva rättens omfattning. En mycket viktig, med det nu sagda sammanhängande olikhet angår frågan, huruvida såsom dispositiva skola betecknas blott sådana rättssatser, som lämna parterna bestämmanderätt, eller även de rättssatser, som överlåta regleringen åt domaren; enligt min utveckling av ämnet äro båda kategorierna att hänföra till den dispositiva rätten.

om den ökade befogenheten för domaren att utöva en processledande verksamhet och att fritt pröva bevisningen ⁴. Att inom processrätten, särskilt den moderna rätten, som lagt muntlighetsprincipen till grund för förfarandets anordning, de rättsatser, som lämna domaren frihet att gestalta förfarandet, måste intaga ett ej ringa rum, inses lätt. Processlagstiftaren kan icke lägga an på att förutse alla möjliga fall, och, även om sådant vore möjligt, kan icke lagen lämpligen göras så kasuistisk, att alla situationer beaktas. Det ligger då nära till hands att åt statens eget organ, domstolen, anförtro förfarandets närmare utformning efter omständigheterna i det särskilda fallet, och eftersom domaren härvid alltid är pliktig att handla, föreligger ej här samma nödvändighet att uppställa en subsidär rättsats som i de fall, då förfoganderätt lämnats åt parterna. Uppenbart är, att domaren aldrig kan få godtyckligt begagna sin makt; han skall, där ej hans handlingssätt i själva verket är bundet av de allmänna principer, som kommit till uttryck i lagen, låta sig leda av objektiva lämplighetshänsyn. Emellertid må å andra sidan framhållas, att domarens rådighet över processen icke rimligen kan sträcka sig över vissa icke alltför rymligt utmätta gränser; det offentliga intresse, som bär upp rättsskipningen och tvingande kräver garantier för att denna uppfyller sitt ändamål, förbjuder att helt och hållet eller ens till någon övervägande del lämna förfarandets gestaltande åt domarens prövning. De absoluta processrättsatserna måste, även under den förutsättning, att domstolsorganisationen är så betryggande som möjligt, vara i avgjord majoritet.

Den synpunkt, som nu sist antytts, framträder med ännu större styrka i fråga om upplåtande åt parterna av förfoganderätt över processen. Det gives icke, plägar man säga, någon konventionalprocess. Men det förhåller sig icke blott så, att parterna, om de vilja få en rättstvist avgjord genom process, äro i saknad av rätten att helt eller väsentligen efter sin vilja

⁴ Jfr beträffande processledningens förhållande till principerna om skriftlighet och muntlighet *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 205—212.

ordna processen; deras rätt i sådant hänseende är ganska begränsad, jämförd ej blott med det område, som behärskas av absoluta processrättssatser, utan även med omfattningen av den bestämmanderätt, som domstolen äger. Dock kan sägas, att den processrättsliga utvecklingen företer en viss tendens att tillerkänna parterna ett större mått av förfoganderätt; i de fall, där en förskjutning i sådan riktning skett, har detta huvudsakligen haft sin grund i ändrad uppfattning om vikten av det offentliga intresse, som tidigare ansetts påkalla absoluta rättsatser. Inom den svenska processrätten ha vi sålunda att särskilt fästa uppmärksamheten på den utveckling, som genom senare lagstiftning ägt rum därutinnan, att området för de dispositiva s. k. processförutsättningarna utvidgats på bekostnad av de absoluta: reglerna angående tid för delgivning av stämning ha förlorat den delvis absoluta karaktär, som de tidigare ägde ⁵, och forareglerna ha i stor utsträckning upphört att vara absoluta ⁶.

Jag har icke för avsikt att här uppräknat och undersöka alla de till den ordinära civilprocessen hänförliga stadganden, som äro av dispositiv natur; de olika lagbuden finna sin behandling inom de olika delar av processrättens system, till vilka de höra. Men en översikt över ifrågavarande stadganden synes dock böra i den mån lämnas, att de olika typerna framhållas. I synnerhet gäller det härvid att angiva de olika sätt, på vilka parternas förfoganderätt kan vara anordnad.

Den frihet att handla och pröva, som i rättegångsbalken är förlänad domaren, kommer till uttryck på olika sätt. Det är ej sällan så, att lagen utan vidare tillägg uppdrager åt domaren att efter sitt fria beprövande vidtaga en viss åtgärd eller bedöma en föreliggande fråga; se sålunda de lagrum, som medgiva domaren fri prövning av bevisningen (17: 1, 8, 24 och 25), samt

⁵ Se RB 11: 32, andra stycket, sådant lagrummet lyder enligt den lag av 1899, som givit 11 kap. dess nuvarande lydelse.

⁶ Se RB 10: 28—32, sådana lagrummen lyda enligt 1901 års rättegångslag, och jfr *mina* Föreläsningar över nämnda lag del 1 sid. 15 ff. ävensom § 29 i mitt arbete Svensk Civilprocessrätt II.

därförutom t. ex. 26: 15 (om utsättande av muntligt förhör) och 27: 5 (om kommunikation av besvär). Stundom uppdrages åt domaren att handla efter omständigheterna (12: 1; 24: 1 p. 1; 27: 6, 3:dje st.) eller att handla på visst sätt, om han finner skäl därtill (14: 3, 2:dra st.; 27: 6, 2:dra st.; 26: 12; i det sista lagrummet heter det: synnerliga skäl) eller att förfara som han finner lämpligt (16: 4 p. 2; 26: 15 p. 1; 27: 18). Det förekommer ock exempel på, att domaren hänvisas att i ett visst fall handla efter dess beskaffenhet (16: 7). Beträffande tiden för vidtagande av en åtgärd lämnar lagen stundom domaren den frihet, som ligger däri, att det anbefalles honom att handla "så snart ske kan" (16: 3, 1:sta st.). Till det sagda skall blott läggas ett påpekande av, att den processledande befogenhet, som tillkommer den svenske domaren, ingalunda i alla avseenden är befäst genom uttryckliga stadganden i lag; man måste lita till lagens anda och säker tradition. Ett närmare utförande härav har ej här sin rätta plats.

Vad beträffar parternas förfoganderätt, så fordras i några lagrum åsämjande dem emellan; se sålunda 4: 2 p. 3; 17: 14, 17 och 26; 18: 2 och 3 p. 2, varvid emellertid angående ett par av dessa lagrum är att märka, att parternas överenskommelse är verksam, endast om domstolens samtycke kommer till⁷. I vissa fall förhåller det sig med parternas bestämmanderätt på det sätt, att, om ena parten underlåter att göra anmärkning mot vad andra parten, med frångående av vad lagen föreskriver, åtgjort, sistnämnda parts handling är giltig; jfr 10: 28 och 11: 32 RB⁸. Vår lagstiftning lämnar även exempel på, att parts underlåtenhet att vederbörligen göra invändning kan

⁷ I 17: 17 kräves strängt taget ej åsämjande av parterna om eftergivande av vittneseden, utan det kräves, att både kåranden och svaranden giver vittnet eden upp. Den olikhet, som kan innefattas häri, lämnas i detta sammanhang därhän.

⁸ Det bör beträffande partens underlåtenhet att göra invändning i dessa fall märkas, att underlåtenheten i och för sig är avgörande, och att det således ej kommer an på, om underlåtenheten är uttryck för en vilja eller ej.

öva inflytande på domstolens sammansättning; se § 9 i lagen den 20 Juni 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål. I åtskilliga lagrum har part berättigats att handla på ett visst annat sätt än som är föreskrivet genom en annan regel, som fastslår vad som närmast bör anses vara det normala tillvägagångssättet; se 11: 2, 9 första st., 11, 12 och 13; 15: 1 p. 4⁹. Nära dessa sistnämnda stadganden stå de rättssatser, vilka satt tillämpningen av ett visst förfarande i beroende av en parts yrkande såsom 4: 2 p. 1; 14: 4 och 6 p. 2; 16: 4 p. 2.

I sådana fall, där part äger en processuell befogenhet, som han efter sitt gottfinnande kan begagna eller lämna obegagnad, måste den frihet, som sålunda tillkommer parten, åtminstone under den förutsättning sägas ha sin grund i en dispositiv rättssats, att partens valrätt hänför sig till ett förhållande, som ingår i ett inlett processuellt förfarande och således kräver reglering¹⁰. Såsom exempel må nämnas den rättssats,

⁹ Dessa rättssatser ha väsentligen samma innebörd som de, vilka uttryckligen lämna part valrätt emellan olika alternativ, t. ex. de foraregler, som tillåta kårande att välja emellan olika fora (10: 4 m. fl.). Den omständigheten, att det ena alternativet icke är subsidiärt i förhållande till det andra, kan efter min uppfattning icke betaga ifrågavarande rättssatser karaktären av dispositiva; annorlunda *Wrede*, Civilprocessrätt I l. c., i enlighet med den av författaren lämnade bestämningen av begreppet dispositiv rättssats. Det väsentliga är, att det medgives parten en viss rörelsefrihet, låt vara att denna är trångt begränsad. Från de rättssatser, om vilka här är fråga, har man att skilja sådana satser som äro blott och bart berättigande, t. ex. 11: 20.

¹⁰ Det synes mig däremot icke vara riktigt att, om denna förutsättning brister, hänföra parts frihet i nämnda avseende till förefintligheten av en (dispositiv) rättssats. Sålunda torde man icke böra tala om, att det består någon särskild rättssats, som överlåter åt den enskilde att efter sitt fria beprövande anhängiggöra rättegång. Den befogenhet, varom här är fråga, är ett utflöde av den allmänna handlingsförmågan, som enligt rättsordningen tillkommer varje med vissa kvalifikationer utrustad individ; jfr *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 114 not. 6. (På det privaträttsliga området har den här tillbakavisade uppfattningen sin mot svarighet i åsikten, att befogenheten över huvud att företaga rättshandlingar, såsom att avsluta avtal, står den enskilde till buds på grund av

som överlåter åt vardera parten för sig att fullfölja talan till högre rätt mot lägre rätts beslut och bestämmer rättsföljden såväl av partens klagan som av hans underåtenhet att klaga ¹¹.

Därav, att part med stöd av en dispositiv rättsats äger begagna eller underlåta att begagna en processuell befogenhet, får man enligt min mening icke utan vidare draga den slutsatsen, att part kan med bindande verkan avsäga sig samma befogenhet. Det senare är en fråga, vars besvarande är beroende på beskaffenheten av det intresse, som bär upp rättsatsen ¹².

IV. Med avseende å verkan av rättsatsernas åsidosättande består en väsentlig olikhet emellan privaträtten och processrätten ¹³. Den ogiltighet, vartill på det privaträttsliga området överträdandet av en rättsregel giver upphov, har i stor utsträckning karaktären av en absolut ogiltighet, av en s. k. nullitet ipso jure. Av en annan beskaffenhet är den ogiltighet, varmed processrätten i allmänhet opererar. Principen är och måste här vara den, att ett fel, varmed rättegången är behäftad, icke har till följd, att det beslut, vari rättegången utmynnat, är att anse som utan vidare ogiltigt ¹⁴. Beslutet

honom genom objektiv rätt av dispositiv natur givet bemyndigande i sådant avseende. På denna ståndpunkt står *Bülow*, anf. arb.).

¹¹ Jfr t. ex. 26: 1, 3:dje st. RB: Vädjas ej så, som nu är föreskrivet, stånde utslaget fast.

¹² Jfr mitt arbete om Rättsmedlen § 9 särsk. not. 8. Vad jag där huvudsakligen vänder mig emot är den mening, som därav, att part kan efter sitt gottfinnande fullfölja talan till högre rätt eller underlåta detta, vill sluta till, att part kan med bindande verkan avsäga sig befogenheten att fullfölja talan. Man får ej tillerkänna en sådan avsägelse giltighet, såframt ett offentligt intresse bjuder, att part skall äga valrätt i ifrågavarande hänseende. Huruvida ett dylikt intresse föreligger, kan visserligen vara föremål för meningsskiljaktighet. Efter min mening bör (de lege ferenda) en utfästelse att ej fullfölja talan kunna vara bindande.

¹³ Därom se inom den nordiska litteraturen *Wrede*, Processinvändningarna sid. 144 ff, och Om domars ogiltighet, i *Tidsskr. f. Retsv.* 1920, ävensom *Sven Bergendal*, Bidrag till de svenska rättsmedlens historia (1916) särsk. sid. 47 ff.

¹⁴ Huruvida och, i fall av jakande svar, i vilka fall man inom process-

måste i vederbörlig ordning överklagas och felet på denna väg göras gällande. Om ej beslutet sålunda beivras, blir det lika giltigt och orubbligt som ett beslut i en rättegång, i vilken ej något fel förelupit. Att processrätten lämpligen måste intaga denna ståndpunkt, inses lätt. Den är påbjuden av process-institutets eget ändamål, beredande av rättsskydd, vilket ändamål ej kan vinnas utan den säkerhet, som ligger däri, att domstolens avgörande är definitivt och icke kan rubbas genom påvisande av fel i det processuella förfarandet.

Det bör för övrigt i detta sammanhang framhållas, att processlagstiftaren genom det utrymme han lämnar de dispositiva rättssatserna kringskär möjligheterna för att förfarande och dom skola kunna anfäktas såsom behäftade med fel¹⁵.

Rättegångsfelen kunna med hänsyn till betydelse och verkan särskiljas i olika kategorier¹⁶. Vissa fel äro av den art, att vid vederbörligen förd klagan högre rätt har att undanröja domen och den föregående handläggningen i den mån den beröres av felet. Några till denna grupp hörande fel äro av så svårartad natur, att parten äger med anlitande av ett särskilt extraordinärt rättsmedel (s. k. nullitetsbesvär) fordra domens undanröjande¹⁷. En andra grupp rättegångsfel föranleda ej domens undanröjande. På vad sätt felet av högre rätt, dit målet fullföljts, beaktas, beror av felets beskaffenhet: vissa fel äro sådana, att rättelse ej är av nöden, andra sådana, att

rätten har att räkna med en nullitet ipso jure, kan ej på denna plats bliva föremål för någon närmare utredning. Det är anledning att ytterligare uppmärksamma ämnet inom läran om processförsättningarna. Blott det må erinras, att man icke kan såsom undantag från ovannämnda princip beteckna det förhållandet, att ett avgörande, som träffats av personer, vilka icke ha någon som helst behörighet att uppträda såsom domare och över huvud ej ha någon anknytning till domstolsväsendet, saknar varje processrättslig betydelse; avgörandet har icke någon domskaraktär.

¹⁵ Denna synpunkt betonas starkt av *Bülow*, anf. arb. sid. 23 ff.

¹⁶ Jfr härom *Trygger*, Kommentar till lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken den 14 Juni 1901 häft. 1 sid. 39—42 samt *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 176.

¹⁷ Se därom *mitt* arbete om Rättsmedlen § 25.

den högre rätten helt enkelt underlåter att till grund för sin prövning av målet lägga det med fel behäftade processmaterial, andra åter så beskaffade, att den högre rätten själv kan bota felet eller möjligen sörja för dess botande genom att återförvisa målet till den lägre rätten.

§ 6.

Den svenska civilprocessrättens källor¹.

I. Förstår man, vilket jag för min del gör, med rättskällor de olika sätt, på vilka rättsreglerna komma till, eller, för att på annat i grunden liktydligt sätt men i viss mån något närmare bestämma begreppet, de fakta, som giva upphov till dessa regler², så har man att såsom källor till den gällande

¹ Jfr *Schrevelius*, Lärobok i civilrätt del 1 (3:dje uppl., utg. av *Humbla*) § 4, §§ 13—16; *Aubert*, Om den dömmende Magts Virksomhed som Kilde til Udviklingen av vor Ret ved Siden av Lovgivningsvirksomheden i (norskt) Ugeblad for Lovkyndighed 1865; samme förf., De norske Retskilder (1877) § 2; *Kreüger*, Huru må man forstå 2 mom. av 11 § i 1 kap. RB i 1734 års lag, i Naumanns Tidsskr. 1882; *Montgomery*, Handbok kap. 2; *Hertzberg* i Nordisk Retsencyklopedi Bd I: De nordiske Retskilder, § 4, kap. 15; *Nordling*, Anteckningar efter föreläsningar i svensk civilrätt, Allmänna delen sid. 30—36; *Wrede*, Försök till tolkning av 1 kap. RB, i Tidskr. utg. av Jur. För:n i Finland 1894 sid. 348—367; samt Civilprocessrätt § 3; *Bentzon*, Retskilderne særsk. §§ 8—13. Ang. sedvana och sedvannerätt se ock uttalanden av *Hagerup*, Det psykologiske Grundlag for Retten, i Tidskr. for Retsv. 1907 sid. 1—14. Jfr tillika ovan § 1 not. 24 och där anförd litteratur.

² Se sålunda, bland de i not. 1 citerade författarna, *Aubert*, *Hertzberg* och *Nordling*. I en därifrån i viss mån skild betydelse toges ordet rättskälla av *Montgomery* och *Wrede* (se, betr. sistn. förf., det först citerade arbetet sid. 349). *Montgomery* bestämmer rättskälla såsom varje till innehåll och form förpliktigande vittnesbörd om tillvaron av en rättsats, och enl. *Wrede* är rättskälla formen och uttrycket för rättsnormen, den gestalt, vari den kläder sig. Enligt båda de sistnämnda författarna äro således, vilket också av dem uttryckligen framhålles, rättskällorna de yttre medlen för inhämtande av kännedom om gällande rättsregler. *Schrevelius*, anf. arb. § 4 (se ock Civilprocess § 12) tillägger ordet rättskälla en mycket vidare innebörd; han synes därmed förstå över huvud

svenska civilprocessrätten — liksom för övrigt till svensk rätt över huvud — beteckna lagstiftning och sedvana³. Lagstift-

samtliga de medel, genom vilka man ernår kunskap om gällande rätt. Till rättskällorna räknar han således även äldre, upphävida lagar, för så vitt studiet av dem är av betydelse för kunskapen om gällande rätt, och vidare teori och praxis, vilka senare angivas såsom källa till den så kallade juristrätten. Schrevelius torde emellertid icke anknyta något fullt fixerat begrepp till ordet rättskälla; han yttrar åtminstone i det i not. 1 anförda arbetet § 16, att meningen med att upplaga teori och praxis bland rättskällorna icke är annan än den, att de, som gjort rättsvetenskapen till sitt huvudyrke, genom sin större sakkännedom nödvändigt måste ha ett större inflytande än andra på fortbildningen av ett folks rätt.

³ Det vanliga är att angiva som rättskällor lag (icke lagstiftning) och sedvana. Detta är naturligtvis alldeles riktigt, så framt man med rättskälla förstår detsamma som *Montgomery* och *Wrede* (se nästföregående not), men om man bestämmer begreppet så som skett ovan i texten, måste man beteckna såsom rättskälla icke lag utan lagstiftning. Angående innebörden av ordet lag må för övrigt anmärkas följande. Det användes otvivelaktigt i två olika bemärkelser: dels förstår man därmed *all* objektiv rätt (alltså både den rätt, som härflyter ur lagstiftningen såsom rättskälla, och den rätt, vars källa är sedvanan) — se sålunda 24:3 RB: All dom bör fästas på skäl och lag, samt § 47 RF: Rikets hovrätter och alla andra domstolar skola efter lag och laga stadgar döma; jfr ock 1 kap. 2 § i 1717 års förslag till rättegångsbalk: Lag är domarens rättesnöre, därför skall han icke döma efter eget godtycke utan efter lag och stadgar samt landsens skäligen sedvänja — dels avser man därmed den del av den objektiva rätten, som står i motsats till sedvanerätten och omfattar de föreskrifter, vilka utgöras av uttryckliga viljeförklaringar, avgivna av den lagstiftande makten; se 1:11 RB. Se för övrigt ang. de olika betydelseerna av ordet lag *Montgomery*, anf. arb. sid. 29. Vidare må framhållas, att ordet lag även har en trängre, rent statsrättslig innebörd, i det att därmed åsyftas föreskrifter, som häröra från konung och riksdag såsom gemensamt innehavare av den lagstiftande makten; lag står härvid i motsats till förordning, stadga, instruktion m. m. varmed avses föreskrifter, som emanera från endera av konung eller riksdag; jfr *Reuterskiöld* i Tidsskr. f. Retsv. 1902 sid. 178 f.; *Hagman*, Sveriges Grundlagar, Handbok (1902) sid. 107 f.

Att här såsom rättskällor upptagas endast lagstiftning och sedvana, står i överensstämmelse med 1:11 RB och beror därpå, att enligt min uppfattning endast det är att karaktärisera såsom rättskälla i egentlig mening, vilket giver upphov åt bindande föreskrifter. En annan

ning är källan till den ena och den i vår tid ojämförligt viktigaste och mest omfattande delen av den objektiva rätten nämligen lagen; sedvana är källan till sedvanerätt. Processlag och processsedvanerätt äro således den svenska processrättens båda grenar och angiva tillsammans uttömmande hela den objektiva processrätten; jfr 1: 11 RB, som emellertid icke handlar om allenast processrätt utan om den objektiva rätten i allmänhet. Vid ifrågavarande indelning är, vilket ytterligare må framhållas, indelningsgrunden de olika tillkomstsätten för de till den ena och den andra rättsgrenen hörande reglerna. Skillnaden ligger däremot icke i formen, vari rättsatserna föreligga, och kommer alltså icke till adekvat uttryck genom den ofta förekommande motsättningen emellan skriven rätt och sedvanerätt. Då även de sedvanerättsliga reglerna kunna föreligga i skrift, kan grunden till att man sålunda ställer lagen under benämningen skriven rätt mot sedvanerätten⁴ icke vara någon annan än den, att lagen fastställas i skriftlig form.

II. Vad angår lagstiftningen såsom processrättskälla, så hava vi ännu i dag i rättegångsbalken av 1734 års lagbok den lag, som innehåller huvuddelen av de processrättsatser, vilka

ståndpunkt intages av dansk teori. Se sålunda *Bentzon*, anf. arb. § 8, som bestämmer rättskällorna såsom omständigheter, vilka lämna upplysning om vad som är rättsregel i varje särskilt fall. Därunder innefattas främst den principala källan, lagen, vilken är ovillkorligt bindande, men vidare allt, som utan att binda dock vägleder domaren vid den konkreta rättsbildningen; såsom sådana vägledande och *subsidiära* rättskällor upptagas sedvana, praxis samt analogi och sakens natur. Om sedvana och praxis talas vidare här nedan. Vad beträffar analogi och sakens natur, så utgöra de enligt min mening icke källor för en vid sidan av lag och sedvanerätt stående rätt utan metoder för framläggande av den objektiva rättens (lagens och sedvanerättens) medelbara innehåll; jfr framställningen § 1 not 24.

Även inom svensk teori har den uppfattning funnit anhängare, att lagstiftning och sedvana icke äro de enda rättskällorna; se sålunda *Reuterskiöld*, anf. arb.

⁴ Se sålunda 1: 11 RB, där det talas om "landssed" till skillnad från "beskrifven lag".

avse den ordinära processen i trängre mening⁵. Framför allt må uppmärksammas, att den svenska processen allt fortfarande är byggd på de huvudprinciper, åt vilka 1734 års lagstiftare givit uttryck i rättegångsbalken. De ändringar, som denna lag undergått genom senare lagstiftning eller sedvanerätt, äro, huru omfattande de än i och för sig te sig, dock icke av den betydelse, att de kunna sägas hava lagt nya grunder för vår process⁶.

Rättegångsbalken har över huvud samma allmänna skaplynne som övriga balkar i 1734 års lag. Den utmärker sig sålunda därigenom, att den ofta i stället för att öppet giva regler, avsedda för alla fall av en viss typ, anknyter sina föreskrifter till specialfall. Härav har blivit en följd, att lagen förefaller vara mindre uttömmande än den i själva verket är, och att rik användning finnes för analogisk tolkning. Ett strängt

⁵ Att man skiljer emellan ett trängre och ett vidare processbegrepp, se ovan § 1 under IV.

⁶ En jämförelse mellan rättsutvecklingen på det processrättsliga området i vårt land, å ena sidan, och våra grannland Danmark och Norge, å andra sidan, är här av högt intresse. Den danska processrätt, som ersatts av den för ej länge sedan antagna nya danska processlagen, var enligt sedvanerätt, grundad på hävdvunnen praxis, och enligt senare lagstiftning i väsentliga stycken, särskilt beträffande det formella förfarandet, en väsentligen annan än processrätten enligt Christian V:s danska lag. Vid underrätterna hade i civilprocessen muntligheten utträngts av skriftlighet och domarens processledning fått vika för en allt mer konsekvent genomförd förhandlingsprincip. I samma riktning hade i Norge utvecklingen avlägsnat sig från processordningen enligt Christian V:s norska lag. Se härom *Nelleman*, Civilprocessens almindelige Deel § 4; *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje I § 2; *Hagerup*, Civilproces § 10. I vårt land ha de processuella huvudgrundsatserna om muntlig förhandlingsform och processledning från domarens sida vid underrätterna vida kraftigare stått emot de tendenser till utveckling i motsatt riktning, till vilka dels själva processordningen enligt 1734 års lag bär inom sig fröet dels andra omständigheter givit upphov. Häri ser jag för min del den djupaste grunden till, att tanken på en genomgripande reform av processen gjort sig med mindre styrka gällande hos oss än i grannlanden, vilket haft till följd, att, medan reformen här ännu måste sägas befinna sig på förberedelsens stadium, grannlanden redan äro i besittning av nya, på tidsenligare principer byggda processlagar.

genomfört system kan man ej vänta att finna och finner ej heller i rättegångsbalken. Dock vare ingalunda härmed sagt, att icke stoffet är ordnat efter en viss och naturlig plan. I stort sett kan man säga, att en första avdelning (de tio första kapitlen) handlar om domstolsinrättningen, en därpå följande andra avdelning (kap. 11—21) om förfarandet, särskilt vid underrätt, och den återstående delen av lagen om rättsmedlen och rättsmedelsförfarandet.

Vad närmare angår den omfattning, vari rättegångsbalken, sådan den ursprungligen var, undergått ändring genom senare lagstiftning, så kan det icke rimligen ifrågakomma att här uppräknat alla de olika författningar, som komma i betraktande. De allra viktigaste av dessa författningar skola emellertid angivas. På domstolsväsendets område förtjänar i främsta rummet anmärkas förordningen den 18 April 1849, som avskaffat lagmans- och kämnarsrätterna och sålunda minskat instansernas antal till tre; vidare erinras om förordningen den 17 Maj 1872, med därtill sig anslutande författningar, varigenom häradsrätternas sammanträdesordning väsentligen omreglerats, ävensom om lagen den 7 Maj 1918 om särskilda tingssammanträden för handläggning av vissa mål och ärenden. Beträffande förfarandet ha vi att anteckna tre lagar av större omfattning: lagen den 10 Juli 1899, som givit 11 kap. (om stämning) ny lydelse, lagen den 4 Juni 1901, som utom annat av mindre betydelse, dels givit nya bestämmelser om behandlingen av processuella invändningar och om rätten att föra särskild talan mot beslut, som meddelats under rättegången (ny lydelse av 16 kap.), dels reviderat hela den del av rättegångsbalken, som handlar om de ordinära devolutiva rättsmedlen och förfarandet i högre instans, samt slutligen lagen den 14 Maj 1915, som i stor utsträckning begränsat rätten att fullfölja talan till högsta instansen och sålunda, så långt reglerna om denna begränsning räckta, ersatt treinstanssystemet med tvåinstanssystem ⁷.

⁷ Av de nämnda lagarna är 1901 års lag till omfattningen den ojämförligt mest betydande. Angående förhållandet emellan denna lag och äldre rätt se *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag sid. 4—7.

III. Om betingelserna för uppkomsten av sedvanerätt och om grunden till dess förpliktigande kraft råder ej enighet inom rättsvetenskapen, och man torde kunna påstå, att i dessa ämnen definitiva resultat ännu ej vunnits. På tvistefrågorna saknar jag i allmänhet anledning att här närmare ingå. Framställningen kan endast avse sedvanan såsom källa till gällande svensk processrätt.

I 1: 11 RB upptages landssed såsom rättskälla. Det torde vara ganska antagligt, att här närmast avses en partikulär sedvänja, en sådan "sed, som är gällande i ett särskildt land eller landskap"⁸, och det torde kunna tagas för givet, att lagstiftaren icke tänkt på en sedvana, som framträder såsom domstolspraxis. Huru därmed än må förhålla sig, så dels är det uppenbart, att en allmän sedvänja icke mindre än en partikulär kan hava karaktären av rättskälla, och dels bör det ej betvivlas, att rättsnormer kunna uppkomma uteslutande genom praxis, alltså genom en praxis, som icke har stöd i någon landssed. Det kan ju i och för sig synas ganska likgiltigt, om man betecknar en sådan praxis såsom sedvänja och den därav uppkomna rätten såsom sedvanerätt eller ej, men då betingelserna för rättsproduktion genom praxis icke, så vitt jag kan finna, äro andra än betingelserna för produktion av sedvanerätt genom landssed, är det fullt befogat att känneteckna ifrågavarande praxis såsom en art av rättssedvänja och därav uppkommen rätt såsom sedvanerätt⁹.

⁸ Så *Schrevelius*, anf. arb. sid. 39.

⁹ Enligt en åsikt — se sålunda *Reuterskiöld*, anf. arb. sid. 163 ff. — kan visserligen sedvanerätt uppkomma uteslutande genom praxis, men däremot kan ej landssed utan domstols medverkan skapa sådan rätt. Denna åsikt, som grundas därpå, att domaren enligt 1: 11 RB äger tillse, att landsseden ej har oskäl med sig, och, om så skulle befinnas, har att åsidosätta densamma, förtjänar efter min mening ej gillande. Därav, att domaren äger och måste äga pröva, huruvida en landssed uppfyller betingelserna för att vara giltig rättssedvänja, följer icke, att denna domarens prövning är medverkande orsak till landssedens förpliktande kraft; prövningen av rättens existens sätter ej en betingelse för dess existens.

På processrättens område kan, såsom lätt inses, sedvanerätt icke numera gärna uppkomma därigenom, att allmänheten eller en viss krets inom denna utbildar en processuell sed. Processens karaktär av statsfunktion för med sig, att den produktion av processrätt, varom på sedvanans väg kan bliva fråga, egentligen endast kan utgå från domstolarna och hava sin källa i deras praxis. Förloppet är detta: uppkommen praxis, vanligen stödd på eller av prejudikat, blir stadig, övergår till en verklig rättssedvänja och giver sålunda upphov till sedvanerätt.

Praxis, även om den är stadig, kan, såsom av det sagda framgår, ej i och för sig vara en verklig rättskälla¹⁰. Endast den praxis, som uppfyller villkoren för att kunna erkännas såsom bindande sedvana, är rättskälla, och därför fordras, i likhet med vad fallet i enahanda avseende är med landssed, att en allmän, långvarig och stadig tillämpning av en viss regel ägt rum, vilken tillämpning varit buren av övertygelse om, att regeln är rättsligt bindande (*ex opinione obligationis*).

¹⁰ Såsom redan förut utvecklats (§ 1 not. 17), måste man principiellt fasthålla att domstolarna äro berättigade och pliktiga att obundna av prejudikat och, jag tillägger nu, av praxis avgöra varje särskilt fall. Faktiskt ställer det sig dock så, att prejudikat och praxis spela en utomordentlig stor roll, ja i verkligheten är beträffande den hållning, som underordnade domstolar intaga till den av högsta instansen följda praxis, förhållandet föga olikt vad det skulle vara, om denna praxis vore bindande. Vad praxis över huvud betyder, torde man knappast kunna angiva bättre än det skett i följande yttrande av Goos, Indledning til den danske Strafferet (1875) sid. 109 noten: "Förstår man med gällande rätt den rätt, som verkligen på en given tidpunkt användes, är praxis allt. Förstår man däremot med detta uttryck de rättsnormer, som hava krav på att gälla, är praxis som sådan intet." — I detta sammanhang må även rättsvetenskapen med några ord uppmärksammas. Att rättsvetenskapen icke har karaktären av rättskälla i den bemärkelse ordet här tagits, ligger i öppen dag. Hur stor vikt rättsvetenskapen än kan hava ej blott för framläggandet av positiv rätts innehåll utan även för rättsutvecklingen, så kan den dock ej omedelbart skapa rättsnormer. Rättsskapande kan den vara allenast medelbart, d. v. s. därigenom, att dess satser sanktioneras av lagstiftningen eller på sedvanans väg bli sedvanerätt. Härtill kommer den betydelse rättsvetenskapen kan äga såsom påverkande praxis.

I vilken omfattning sedvana kan vara rättsskapande, är omtvistat. Frågan gäller, huruvida sedvanan kan skapa rätt endast på områden, där lag saknas, eller jämväl *contra legem*. Att antaga det senare, d. v. s. att tillerkänna sedvanan lagändrande förmåga, synes stå i strid med 1: 11 RB, som bjuder domaren att, där beskriven lag ej finnes, rätta sin dom efter landssed, som ej har oskäl med sig. Inom den svenska rätts-teorien är man i allmänhet av den åsikten, att detta lagstadgande innebär, att sedvanan endast kan vara *subsidiär* rättskälla, alltså endast kan fylla luckor i lagen¹¹. Ehuru avfattningen synes göra riktigheten av denna mening otvivelaktig, torde det dock med fog kunna ifrågasättas, huruvida lagstiftaren verkligen velat taga ställning till det principiella spörsmålet om möjligheten av lagändring genom sedvana och icke velat allenast i allmänhet säga, att domaren icke har att åberopa sedvana i fall, där han har lag att tillgå. Det är i varje händelse obestriddt, att efter 1734 års lags tillkomst domstolspraxis på processrättens område givit upphov till normer, vilka strida mot stadganden i lagen men av domstolarna tillämpas såsom gällande rätt. Uppkomsten av en i strid med lag stående, på domstolspraxis grundad sedvanerätt har nog i många fall sin orsak i missförstånd av lagen¹², men detta är visst icke alltid förhållandet. För att finna detta behöver man blott

¹¹ Se sålunda *Abrahamsson's* Anmärkningar till Landslagen sid. 130 anm. p: "Där lag är, bör lag och icke sedvänja följas"; *Nehrman*, Inledning til then swenska Jurisprudentiam civilem (1729) 1 Afdeln. 2 kap. §§ 33—39; *Montgomery*, Handbok sid. 62. *Nehrmans* uppfattning, att landssed kan vara rättskälla endast i sådana mål, där skriven lag ej finnes, sammanhänger med den åsikt han i överensstämmelse med då härskande teori omfattade ang. grunden till sedvanerättens förpliktande kraft, nämligen att denna grund är lagstiftarens stillatigande bifall; jfr därom *Montgomerys* framställn. sid. 44 ff. Att sedvana kan skapa rätt *contra legem*, antages av *Schrevelius*, anf. arb. sid. 39.

¹² Missförstånd av lagen hindrar icke uppkomsten av sedvanerätt. Jfr därom *Zitelmann*, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, i *Archiv f. d. civ. Praxis* 1883 sid. 323—468, som t. o. m. uppkastar frågan, huruvida icke all sedvanerätt måste bero på rättsvillfarelse. Att denna fråga dock bör besvaras nekande, torde vara säkert; jfr därom ovan i texten.

erinna sig indiciebeviset; medan 1734 års lag (se 17: 30 RB) i överensstämmelse med den s. k. legala bevisteorien så tydligt, att missuppfattning ej rimligen är möjlig, fränkänt *bindande omständigheter och liknelser* (indicier) förmågan att ensamma utgöra fullt bevis, har domstolspraxis av sådan beskaffenhet, att man näppeligen kan undgå att i densamma se en bindande rättsedvänja, frångått lagens ståndpunkt i denna del och tvekar ej att med stöd av blott indicier anse fullt bevis föreligga. Ett annat stadgande, som torde kunna påstås vara genom sedvane-rätt, grundad på domstolspraxis, försatt ur tillämpning, är det i 14: 1 RB givna. Den inskränkning beträffande rätten att utföra talan skriftligen, som i sistnämnda lagrum är föreskriven, upprätthålles ej, och den tanken är säkert domstolarna fullständigt främmande, att de skulle äga befogenhet att upprätthålla sagda inskränkning.

Beträffande frågan, huruvida en praxis, som beror på missförstånd av lag, kan skapa rätt, som ändrar lagen, torde en viss åtskillnad böra göras. Om missförståndet består i oriktig tolkning av ett visst lagrum, har frågan besvarats så, att praxis icke kan bli bindande¹³. Svaret torde vara riktigt,

¹³ Så, inom den nordiska litteraturen, *Wrede* i det cit. arbetet i Tidsskr., utg. av Jur. För:n i Finl. sid. 366 f., och *Reuterskiöld*, anf. arb. sid. 166. *Wrede* stöder sin åsikt i frågan därpå, att enligt 1: 11 RB lands-sed får tillämpas endast "där beskriven lag ej finnes", varav slutas, att praxis, som hänför sig blott till tolkning av något lagrum, icke kan betraktas såsom landssed. Om emellertid stridigheten emellan praxis och lag är alldeles uppenbar och således är fullt medveten för lagskiparen, utgör enligt *Wredes* mening denna praxis en bindande sedvana. Att göra en sådan skillnad emellan medveten och omedveten stridighet och anse, att det i förra fallet men icke i det senare föreligger sedvanerätt, torde icke utan vidare kunna anses tillåtet.

Av vad i texten anförts framgår, att enligt min uppfattning sedvane-rätt kan uppkomma av en praxis, som står i strid, t. o. m. i direkt och uppenbar strid med ett lagbud. Man har till förklaring av att sådant är möjligt med rätta hänvisat till följande (se härom *Hagerup* i Tidsskr. f. Retsvidenskab 1915 sid. 25 f.). Ett lagbud kan upphöra att verka motiverande på mänskliga handlingar, och detta inträffar förr eller senare, när den föreställningen blir härskande, att budet icke stämmer med den

så att följaktligen domstolarna, så snart de komma till bättre insikt, äro både berättigade och pliktiga att tillämpa lagstadgandet i överensstämmelse med sin ändrade uppfattning. Grunden till, att av oriktig tolkning icke kan bliva sedvanerätt, torde böra sökas däri, att den betingelse för en sådan rättsbildning, som består i övertygelse om regelns bindande natur, icke är vederbörligen till finnandes. Att domstolarna tillämpa regeln har sin orsak däri, att de förmena densamma innefattas i det lagstadgande, vars tolkning det gäller; då regeln sålunda icke i någon mån tillägges en självständig tillvaro såsom bindande norm utan kommer till användning uteslutande därför, att den anses vara av lagstiftaren påbjuden, kan regeln ej rimligtvis tillämpas, efter det man insett sitt misstag beträffande innebörden av det ifrågavarande lagstadgandet. Annorlunda synes man böra bedöma frågan om betydelsen av praxis såsom rättsskälla, då praxis beror icke på oriktig tolkning av ett visst lagstadgande utan på missförstånd av lagens medelbara innehåll: tillämpningen av en viss regel har sin grund i oriktig analogi eller uppfattning om vad sakens natur bjuder eller, omvänt, det föreligger en underlåtenhet att, där det bort ske, använda analogi. I dessa fall kan regeln tvivelsutan erhålla karaktären av sedvanerätt¹⁴. Svensk processrätt torde lämna

moraliska känslans krav. Då ett rättsbud sålunda förlorat sin förmåga att bestämma domarens handlande, är det *de facto* dött. Det är, såsom *Hagerup* riktigt framhåller, en stor skillnad emellan att på detta sätt erkänna, att domaren är en människa, som vid sitt handlande följer allmänna psykologiska och etiska lagar, och att tillerkänna honom rätt att sätta sig till doms över ett lagbuds rättfärdighet och ändamålsenlighet. — Man torde finna, att denna förklaring väl påvisar, huru ett lagbud kan försättas ur tillämpning, men däremot icke uppvisar, huru det kan ersättas av en annan regel och denna erhålla rättslig valör. Detta sista spörsmål är det centrala inom läran om sedvanerätten och, efter vad redan antytts, fortfarande föremål för mycken meningsskiljaktighet. Ang. grunden till rättssedvanans förpliktande kraft se särsk. *Goos*, *Almindelig Retslære* I sid. 121 ff.

¹⁴ Skillnaden emellan missförstånd av lagens s. k. medelbara innehåll och oriktig tolkning i trängre mening är givetvis icke en väsens- utan endast en gradskillnad. Men denna gradskillnad torde dock vara så be-

exempel på uppkomsten av en dylik sedvanerätt. Av 12: 2 sista punkten RB bör man efter min mening kunna draga den slutsatsen, att kâranden är bunden vid den av honom anhängiggjorda processen, så att han icke äger utan samtycke av svaranden återkalla sin talan. Praxis går emellertid i annan riktning; man finner kâranden även mot svarandens bestridande berättigad till sådan återkallelse i första instansen ¹⁵. Denna praxis är så gammal och stadig, att den torde böra anses hava riktat vår processrätt med en ny bindande regel.

Huruvida en sedvanemässig underlåtenhet att tillämpa en viss rättsregel, utan att en annan regel sättes i stället (*desuetudo*), kan hava verkan att upphäva denna, är en inom doktrinen omtvistad fråga ¹⁶. Svaret synes mig böra vara jakande. Bestämmelsen i 12: 2 RB ¹⁷ om bötespåföljd för kârande, som utebliver vid första rättegångstillfället under det att svaranden tillstådeskommer, kan anföras såsom exempel. Underrätterna ha sedan länge upphört att tillämpa denna bötesföreskrift, och försök av underrätt att använda regeln skulle icke godkännas av högre rätt; den enda betydelse stadgandet ännu äger torde vara den, att högre rätt i händelse av åtal mot den domare, som bötfällt, efter all sannolikhet icke skulle ådöma honom ansvar. Ett annat exempel kan hämtas från 17: 30 RB, i vad lagrummet angår den omfattning, vari värjemålsed kan ådömas. Medan lagen endast förbjuder värjemålsed i saker, som gå å liv, har praxis vida därutöver begränsat edens användningsområde inom straffprocessen. Förutsatt att det här över

tydande, att den motiverar den olika lösning, som antagits i texten. I de fall, i vilka praxis ansetts kunna vara rättskälla, har den tillämpade regeln en annan och mera fristående ställning till lagens omedelbart givna innehåll än vad förhållandet är med avseende å den regel, som vinnes genom tolkning i trängre mening, och det skapande elementet i domarens verksamhet framträder med vida större styrka. Det synes mig i enlighet härmed böra antagas, att i de förra fallen alla betingelser för uppkomsten av sedvanerätt kunna föreligga.

¹⁵ Se därom *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 120—124 noten.

¹⁶ Härom se *Hertzberg*, anf. arb. sid. 192; *Bentzon*, anf. arb. § 10.

¹⁷ Obs. att denna bestämmelse är absolut.

huvud föreligger en sedvanerättslig bildning, vilket jag är böjd att antaga, skiljer sig *desuetudo* i det sistnämnda exemplet från samma företeelse i det förra därutinnan, att det nu är fråga icke om ett fullständigt utan allenast om ett partiellt icke-bruk av ett lagstadgande. I båda de ifrågavarande fallen är grunden till regelns bortfallande att söka i ändrad rättsuppfattning och icke i ändrade faktiska förhållanden.

Rättegångsväsendet är säkerligen numera det viktigaste området för bildning av sedvanerätt, och denna bildning sker, såsom redan antytts, genom praxis. Dock är, om jag ej miss-tager mig, praxis endast till en mindre del av betydelse på det sätt, att den producerar regler, som utgöra *bindande* normer. Den insats, som praxis gör i utvecklingen på det processuella området, torde huvudsakligast bestå däri, att det i sådana fall, där dispositiva lagbud lämna domstolarna rörelsefrihet, utbildar sig ett visst bruk. De regler, som på detta sätt uppkomma och följas, ligga inom de gränser, som lagen själv uppdrager för domstolarnas bestämmanderätt, och kunna icke i allmänhet, även om praxis är gammal och stadig, anses såsom vid sidan av lagen stående, bindande beståndsdelar av den objektiva rätten. Lagens dispositiva bud äga fortfarande bestånd, och domstolarna äro fortfarande berättigade att begagna sig av den frihet vid regleringen av processen, som lagbuden förläna dem, låt vara att den sed, som utbildat sig, kan hava vunnit den styrka, att domstolarna faktiskt knappast avvika därifrån¹⁸.

¹⁸ I detta sammanhang kan det fall förtjäna uppmärksammas, att ett lagbud lämnar domstol rätt att rent diskretionärt bestämma, huruvida en viss i lagrummet angiven åtgärd skall vidtagas eller ej. Skulle det nu komma ur bruk att vidtaga åtgärden, uppstår spørgsmålet, om den genom lagbudet upplåtna rätten att vidtaga åtgärden skall anses hava genom *desuetudo* upphört. Tvivelsutan kan man i dylikt fall tänka sig förhållandet sådant; grunden till icke-bruket kan ligga i en så avgjord ändring i rättsuppfattningen, att det icke längre kan vara berättigat att tillämpa lagbudet. Om institutet vrångeod må i detta sammanhang erinras; se 14: 9 RB. Sedan länge har denna ed ej funnit någon användning. Ut-talanden inom litteraturen vittna härom. Se sålunda *Lindblad*, *Läran om bevisning inför rätta* (1842) § 31, som säger, att "vrångeod lærer numera

Slutligen skall blott framhållas, att på processens område regler följas i praxis, vilka icke komma till uttryck i formliga beslut.

B. De processuella rättssatsernas tillämplighet i anseende till tid och rum.

§ 7.

Allmänna anmärkningar.

Det gäller i denna avdelning av framställningen att i stora drag uppdraga gränserna för processrättssatsernas herravälde i anseende till tid och rum.

I. Beträffande processrättens giltighet till tiden så är min uppgift blott att bestämma, vilken rätt — äldre eller yngre — som skall tillämpas, då lagstiftningen undergår förändring ¹.

II. De regler, som angå processrättens giltighet i anseende till rummet, bilda den internationella processrätten, som inom rättssystematiken plägar upptagas såsom en del av den internationella privaträtten ².

hafva kommit nästan alldeles ur bruk vid våra domstolar"; *Schrevelius*, Civilprocess § 89, som talar om denna "numera föga brukliga ed"; *Broomé*, Civilprocessen s. 255, som uppgiver, att eden numera kommit alldeles ur bruk; *Afzelius*, Om parts ed (1879) sid. 61, som lämnar samma upplysning som *Broomé*.

¹ Till läran om rättsreglernas herravälde i tiden höra jämväl de allmänna frågorna: 1) när börjar deras giltighet? och 2) när upphör den? Här är ej platsen att ingå i behandling av dessa frågor.

² Av litteraturen i ämnet hänvisar jag här till *Kreüger*, Hufvuddragen af utlänningars rättsförhållande i Sverige, i Naumanns Tidskrift för 1876 sid. 213 ff.; *Wach*, Handbuch § 19; *Weiss*, Manuel de droit international privé (deuxième édition 1899); *v. Bar* i Kohler-Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd II (1914); *Hagerup*, Civilproces § 13; *Boye*, Overblik over den internationale Privatrets Stilling i Nutiden, særlig om Nationalitetsprincipet, i Tidsskr. f. Retsv. 1902; *Synnestvedt*, Le droit international privé de la Scandinavie (1904); *Wrede*, Civilprocessrätt I § 12; *Reuterskiöld*, Handbok i svensk privat internationell rätt (1907); *Feder-*

Den internationella privaträtten utgöres av rättsregler, som i äldre rättsvetenskap fått sin egentliga eller i varje fall mera utförliga behandling icke såsom en självständig rättsdisciplin utan inom respektive civil-, straff- och processrätt under rubriken: gränserna för rättssatsernas tillämpningsområde i rummet, el. dyl.; det har därvid varit vanligt att anknyta framställningen till redogörelsen för rättssatsernas tidsgränser ³. Vad särskilt beträffar processrätten, så har den omständigheten, att den internationella privaträtten i senare tider med allt större styrka framträtt såsom ett rättsgebit för sig och blivit föremål för en intensivare vetenskaplig bearbetning, icke medfört, att man i de större, hela processrättssystemet omfattande vetenskapliga arbetena förbigått hithörande rättsregler ⁴. Och detta är efter vårt omdöme lätt förklarligt och riktigt, ty sammanhanget emellan hithörande internationella regler och processrätten är så intimt, att en fullständig systematisk framställning av den senare ej gärna kan alldeles utelämnas de förra ⁵.

spiel, Den internationale Privatrecht i Danmark (1909); *Hellwig*, System §§ 11 och 13; *Ekström*, Sju internationellt privaträttsliga uppsatser (Helsingfors 1920) särsk. sid. 33—41.

³ Se sålunda för civilrättens del t. ex. *Schrevelius*, Lärobok i civilrätt § 12; *Montgomery*, Handbok kap. VI.

⁴ Se t. ex., inom den nordiska litteraturen, *Hagerups* och *Wredes* här citerade arbeten.

⁵ Därmed skall icke förnekas, att en enhetlig behandling av samtliga till den internationella privaträtten (såväl civil- som ock straff- och processrätt) hörande regler är icke blott önskvärd utan nödvändig; se sålunda v. *Bar*, anf. arb. sid. 226 f., *Reuterskiöld*, anf. arb. sid. 4. Men denna enhetliga behandling torde icke utesluta, att även de tre rättsdisciplinerna civil-, straff- och processrätt syssla var och en för sig med ifrågavarande regler. Det ovan i texten antydda intima sammanhanget emellan de internationella privaträttsreglerna och de materiella rättssatser, vilkas lokala giltighet de förra bestämma, talar härför. Det bör ej heller förbises, att det vid saknaden av en rikligare flödande lagstiftning såsom källa för den internationella privaträtten är i stor omfattning nödvändigt att lita till "sakens natur" för att finna hithörande regler, och sakens natur framgår till en väsentlig del av en ingående prövning av de rättssatser, om vilkas lokala giltighet fråga är. Härtill kan läggas, att en oundgänglig förutsättning för, att en behandling av allt vad man plägar inrymma i begreppet

Den internationella privaträtten kan sägas ha till uppgift att draga gränser för inhemsk rätts kompetens och, där denna upphör, anvisa kompetent utländsk rätt eller, såsom man jämväl kan uttrycka det, att angiva, vilken av flera lagstiftningar, de där kunna komma i betraktande, är tillämplig med avseende å ett visst (resp. privat-, straff- eller processrättsligt) förhållande. Det är således i denna rättsdisciplin fråga om att bestämma *lagstiftningarnas* inbördes kompetens. Detta måste man emellertid noga akta sig för att tillägga samma betydelse som den, vari man använder uttrycket domstolarnas kompetens⁶. Den internationella privaträtten i en stat uppträder icke med anspråk på att med bindande verkan för de olika staterna fastställa grunder för bedömandet av, vilken stats lagstiftning skall komma till användning vid prövningen av en sak, och ännu mindre innefatta ifrågavarande s. k. *internationella* rättsregler ett åläggande från statens sida för annan stat att genom sina domstolar upptaga saken till prövning. En stats internationella privaträtt reglerar på det sätt lagstiftningarnas inbördes kompetens, att den anvisar sina egna domstolar, efter vilken av olika tänkbara lagstiftningar — den egna eller någon främmande — prövningen av en föreliggande rättsfråga skall företagas. I detta sammanhang vill jag ock särskilt framhålla, att enligt min uppfattning den internationella privaträttens normer icke ha folkrättslig giltighet och auktoritet; de äro väsentligen att uppfatta som en beståndsdel av landets inre nationella rätt⁷. Det gives icke *en* enda och universell inter-

internationell privaträtt såsom ett ämne för sig skall bliva verkligt fruktbarande, är, att denna behandling är grundad på djupgående insikter i alla tre ifrågavarande materiella rättsdiscipliner. Sådana insikter torde sällan eller aldrig vara hos en person förenade. På folkrättsliga synpunkter enbart kan man ej bygga den internationella privaträtten, det må ej förbises.

⁶ Jfr *Federspiel*, anf. arb. sid. 208 not. 1.

⁷ Detta synes man kunna säga utan att misskänna riktigheten av *v. Bar's* uttalande, anf. arb. sid. 235, att för varje stat, som icke vill undandraga sina undersåtar en ordnad rättslig samfärdsel med utlandet, "ett visst hänsynstagande till utländsk rätt är en obetingad rättsplikt redan

nationell privaträtt, utan varje land har sin egen internationella privaträtt. De regler angående processrättssatsernas orsgränser, som nedan angivas, äro således *svensk* internationell processrätt.

Den internationella privaträttens regler pläga vanligen inom ämnets litteratur betecknas som kollisionssnormer eller, närmare bestämt, som normer, vilka lösa kollisioner emellan olika rättsordningar genom att anvisa var och en dess kompetensområde. Mot beteckningen är icke något väsentligt att invända⁸, blott man erinrar sig, att det för en domstol i ett givet fall icke är fråga om lösningen av någon verklig konflikt, då ju nämligen domstolen endast har att tillämpa sitt eget lands ifrågavarande kompetensregler (låt vara att dessa kunna hänvisa till främmande bestämmelser i ämnet). Den konflikt, om vilken det är tal, framstår först då man, såsom det uttryckts, ser lagstiftningarna "i fågelperspektiv"⁹.

Enligt vad det ovan sagda giver vid handen är den internationella privaträtten i eminentaste mening formell och icke materiell rätt. Dess uppgift är icke att sakligt reglera utan

enligt folkrättsliga grundsatser". Se ock *v. Bar*, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts (1892) sid. 4 f. Det gives dock i varje fall, så vitt jag kan finna, icke på utvecklingens nuvarande ståndpunkt "något folkrättsligt imperativ", som förbinder staterna till att efter vissa allmänna grundsatser ordna sin internationella privaträtt, låt vara att utvecklingen i stort sett måhända kan sägas gå i riktning åt att utdana en internationell privaträtt, som är enhetlig och allmängiltig och har folkrättslig karaktär. Källan till ifrågavarande rätt är således att söka i de särskilda staternas nationella rätt, därvid dock naturligtvis icke får förbises den grundval för nationell lagstiftning på området, som ligger i internationella traktater. Någon anledning till att här gå närmare in på den kontrovers angående den internationella privaträttens natur, som består emellan de s. k. internationalistiska och nationalistiska teorierna, föreligger ej. Jfr i ämnet inom den nordiska litteraturen *Boye*, anf. arb.; *Reuterskiöld*, anf. arb. § 1; *Federspiel*, anf. arb. § 21; *Undén*, Studier i internationell äktenskapsrätt I (1913) sid. 1—4.

⁸ Se emellertid ang. densamma *v. Bar*, i Kohler-Holtzendorff's Enzyklopädie s. 226 f.

⁹ *Federspiel*, anf. arb. sid. 186.

blott att angiva, vilka (d. ä. till vilken lagstiftning hörande) saknormer skola tillämpas¹⁰. Om man fasthåller därvid, är det över huvud ej svårt att hålla de normer, som bilda den internationella privaträtten, i sår från antydda saknormer. Man finner då, att sådana till ett lands lagstiftning hörande bestämmelser, som angå utlännningar till skillnad från landets egna medborgare, icke äro att hänföra till den internationella privaträtten. För att hålla oss till det processrättsliga gebitet, så hör i enlighet härmed lagen den 19 Nov. 1886 ang. skyldighet för utländsk man att i rättegång vid svensk domstol mot inländsk man ställa borgen för kostnad och skada icke till svensk *internationell* processrätt. Ej heller kan dit hänföras en sådan bestämmelse som den, vilken är given i art. 14 av 1896 års, av Sverige biträdda Haagkonvention (art. 20 i 1905 års konvention), att nämligen — så vitt nu rörer Sveriges förpliktelse på grund av förevarande bestämmelse — utlännning, som är part i rättegång vid svensk domstol, skall i fråga om kostnadsfri rättshjälp vara likställd med svensk undersåte¹¹. Syftet med denna bestämmelse är icke att fastställa, att svensk (ej utländsk) processrätt skall vara tillämplig rörande nämnda fråga, utan syftet är att fastställa, att den svenska processrätt, som i ämnet skall gälla för utlännning, skall hava samma innehåll som den för svenskar i ämnet gällande rätt.

Begreppet internationell privaträtt bör emellertid icke strängt begränsas till att blott omfatta rent formella regler angående lagstiftningarnas inbördes kompetens. Med en sådan

¹⁰ Processrätten är, jämförd med den *internationella* processrätten, att betrakta som materiell rätt.

¹¹ Att denna bestämmelse i Haagkonventionen icke till en början föranledde någon särskild svensk lagstiftning, berodde, enligt vad chefen för justitiedepartementet i propos. n:r 23 vid 1899 års riksdag framhöll, därpå, att kostnadsfri rättshjälp i den begränsade omfattning, vari vår lagstiftning tidigare medgav dylik förmån, tillkom in- och utlännningar utan åtskillnad. Se numera § 16 i lagen den 19 juni 1919 om fri rättegång, jämte k. kung. ⁸/₁ och ⁴/₁₁ 1921, vari förordnats, att medborgare i vissa uppräknade stater skola i fråga om rätt till fri rättegång vara likställda med svensk medborgare.

begränsning vore det måhända ej fullt klart, att därunder inginge de regler, som bestämma, vilken stats domstolar äro behöriga att upptaga ett rättsförhållande till prövning, och de regler, som röra skyldighet för domstolar eller andra myndigheter i en stat att på begäran av myndighet i annan stat lämna denna rättshjälp, skulle ej komma med. Dessa regler plägar man dock och bör man otvivelaktigt hänföra till den internationella rätten.

Till sist må påpekas, att det i 24: 3 RB förekommande stadgande, som innehåller, att utländsk lag ej får i dom åbe-ropas, icke bör fattas och veterligen ej heller någonsin har fattats så, som om dess mening vore att under alla förhållanden förbjuda domstolarna att tillämpa utländsk rätt¹². Dess innebörd måste anses vara blott den, att utländsk rätt icke får tillämpas vid prövningen av ett förhållande, som faller under svensk rätt. Av innehållet i det lagrum, vari stadgandet är inrymt, framgår, att lagstiftaren därmed närmast avsett att utesluta obehörig tillämpning av utländsk rätt på det *materiella* rättsförhållande, som i varje fall utgör processföremål, men uppenbart är, att samma regel, närmare begränsad på sätt nyss skett, jämväl har användning beträffande beslut i processuella frågor och i allmänhet vid domstolarnas handhavande av det processuella förfarandet. Över huvud kan på det processuella området sägas gälla, att tillämpning av utländsk rätt i vida mindre omfattning kommer i fråga än vad fallet är inom civilrätten.

III. De regler, som bestämma civilprocessrättssatsernas giltighet till tid och rum, äro grundade på andra principer än motsvarande normer för privaträttens del. På det privaträtts-

¹² Jfr ang. detta stadgande Lagkom:s förslag till allmän civillag (1838) 8: 10 RB och motiv sid. 270; Lagbered:ns förslag till RB (1849) 8: 11; *Lindblad*, Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag (1842) sid. 53—55; *Schrevelius*, Lärobok i civilrätt del 1 sid. 29; *Naumann* i N. T. för 1864 sid. 711; *Montgomery*, Handbok sid. 145—147; *Synnestvedt*, anf. arb. sid. 207—210. Stadgandet har, såsom allmänt är antaget, tillkommit huvudsakligen för att förhindra obehörig tillämpning av romersk rätt.

förhållande, som utgör processföremål, måste domaren enligt den grundsats, som fränkänner civillag tillbakaverkande kraft, ej sällan tillämpa lag, som tidigare gällt men sedermera upphävt, medan i fråga om processen någon egentlig motsvarighet till nämnda grundsats icke förekommer eller påkallar användning av äldre lag. De privata rättsförhållandena äro i stor utsträckning till sin natur sådana, att de kunna betinga bedömande efter utländsk rätt, under det att de processuella frågorna, såsom ovan redan nämnades, med vida mindre omfattande undantag äro att bedöma enligt *lex fori*. Vad sålunda antytts ådagalägger i sin mån vikten av en skarp gränsbestämning emellan civilrätt och processrätt.

§ 8.

De processuella rättssatsernas tillämplighet i tiden ¹.

I. Regeln är, att en processlag har tillämplighet på alla processer, som föras efter det lagen trätt i kraft. Det ligger härvid ingen vikt uppå, när det materiella rättsförhållande, som utgör processens föremål, uppkommit, om före eller efter tiden för den nya processlagens ikraftträdande; en viss materiell rättssituation kan nämligen väl i viss mening sägas giva upphov åt anspråk på rättsskydd men icke åt anspråk på rättsskydd enligt en bestämd rättegångsordning.

Att den ovannämnda regeln gäller för sådana fall, i vilka en process tager sin början först efter ny processlags ikraftträdande, så att följaktligen den nya lagen kan reglera processen i dess helhet, ligger i öppen dag. Men regeln har giltighet även i avseende å process, som pågår då den nya lagen träder i kraft; å de delar av processen, som falla efter detta tidsmoment, är den nya lagen tillämplig. Det sagda innebär,

¹ Se i ämnet *Schrevelius*, Civilprocess § 10; *Wrede*, Civilprocessrätt § 11; *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag del 1 sid. 8—13; *Wach*, Handbuch § 8; *Hagerup*, Civilproces § 14; *Hellwig*, System §§ 11 och 12.

såsom genast inses, att olika processlagar kunna komma till användning på olika delar av samma process.

En ny processlag är, i enlighet med vad ovan angivits, tillämplig icke blott i den mån den föreskriver nya former för handläggningen, t. ex. muntlighet i stället för skriftlighet eller ett nytt rättsmedelssystem, utan även så vitt den innehåller andra bestämmelser av processuell natur, t. ex. angående parts- eller processhabilitet, fullmäktigskap, rätten att framställa vissa invändningar eller att föra vissa bevis eller rätten att i högre domstol fullfölja talan mot lägre domstols beslut. Beträffande bevisskyldigheten har annan mening uttalats². Man har sagt, att om en ny lag gör ändring i fråga om bevisbördans fördelning emellan parterna, den nya lagen icke får tillämpas på äldre rättsförhållanden; det vore nämligen orättfärdigt att för rättsförlust utsätta den, som i förlitande på äldre lag, enligt vilken det icke ålåg honom att bevisa, försummat att förse sig med bevismedel. Emellertid bör man hålla fast vid, att för så vitt det verkligen är fråga om rent processuella normer för bevisskyldigheten — och icke om bestämmelser, som angå förutsättningar för själva det materiella rättsförhållandet — man icke är berättigad att göra undantag från den allmänna regeln.

Den här uppställda principen angående processlags giltigtid i tiden betyder icke, att sådan lag har retroaktiv verkan. Därom vore tal endast för den händelse regeln innebure, att verkan av en process, som försiggått, eller av en särskild processuell handling, som företagits, medan äldre lag ännu gällde, upphävdes genom ny lag, som beträffande dylik verkan avvek från den äldre lagen; men så är det icke. De rättsliga verkningar, som ha sin grund i äldre processer eller särskilda processhandlingar, beröras ej av ny lag. Denna grundsats bör i synnerhet uppmärksammas med hänsyn till processer, som pågå då lagändring äger rum. Är sålunda rättegång enligt äldre lag vederbörligen anhängiggjord, så är

² Se sålunda inom svensk litteratur *Schrevelius*, anf. arb. sid. 21.

den omständigheten utan betydelse, att innan rättegången slutförts en ny lag, som uppställer andra krav på inledande av rättegång, träder i kraft. Och har talan anhängiggjorts vid en domstol, som enligt då gällande stadganden var behörig, så mister ej domstolen sin behörighet genom en lagändring, som fränkänner det förhållande, som grundlagt behörigheten, betydelse i sådant avseende³. Ifrågavarande grundsats äger emellertid giltighet ej allenast i avseende å rättegångens inledande utan även och ej mindre beträffande verkan av senare under rättegången företagna handlingar. Ed, ålagd enligt äldre lag, skall sålunda, även om ny lag icke tillstädjer ed i sådant fall som det förevarande, avläggas enligt den äldre lagen. Är befogenheten att framkomma med påståenden, invändningar eller bevis enligt äldre lag försutten, sker ej ändring härutinnan genom ny lag, som ej inskränker parts befogenhet i nämnda hänseende.

II. De principer, som i det föregående angivits, äro härledda av sakens natur och gälla även utan stödet av uttrycklig lag. I den mån en ny processlag själv genom uttryckliga bestämmelser reglerar övergången från äldre till ny lag, lärer naturligtvis vad sålunda är föreskrivet till efterrättelse. Sådana övergångsbestämmelser äro särskilt påkallade beträffande processer, som pågå när den nya lagen träder i kraft, och då oreda och svårigheter lätt skulle uppkomma, om man enligt den ovan utvecklade principen hade att tillämpa den nya lagen på ännu återstående delar av pågående rättegång, måste övergångsbestämmelserna ofta lämpligen gå i den riktningen, att de påbjuda fortsatt handläggning enligt den äldre lagen.

Se vi på nyare svenska processlagar, så erbjuda den till omfattningen största av dem, lagen den 14 Juni 1901 om ändring i vissa delar av rättegångsbalken, och den till densamma sig anslutande lagen av samma dag om vad iakttagas

³ Jfr 10:13 RB, som emellertid förklarar för avgörande icke det moment, till vilken anhängigheten anknyter sig, utan tidpunkten, då den stämde "begynt i saken svara". Obs. ock, att i detta lagrum icke är fråga om lagändring utan om faktiska ändringar.

skall i avseende å införande av förstnämnda lag mest av intresse i förevarande ämne. Man finner av § 1 i sagda promulgationslag⁴, att såsom huvudregel uppställts, att mål, som vid tiden för lagens ikraftträdande äro anhängiga, skola behandlas enligt äldre lag. Därifrån ha dock gjorts vittgående undantag. Enligt vad i sådant avseende stadgats, har brytningen emellan äldre och ny lag icke inträtt så länge målet handlagts vid den domstol, där det var anhängigt den dag, då lagen trädde i kraft, utan först vid målets övergång till högre rätt. Stadgandena gå nämligen ut på, att mål, som anhängiggjorts före dagen för lagens ikraftträdande, skall behandlas efter äldre lag ända till dess utslag eller beslut meddelas, men att därefter, i fråga om formen för ändringssökande liksom även i fråga om förfarandet i högre rätt, tillämning av den nya lagen skall inträda. Vad angår lagen den 14 Maj 1915 om ändrad lydelse av 30 kap. rättegångsbalken, genom vilken lag rätten till fullföljd av talan mot hovrätts beslut i stor omfattning inskränkts samt även i övrigt formerna och villkoren för ändringssökande undergått betydande ändringar, så skall det komma an på, när hovrättens beslut meddelats: har det skett innan lagen trädde i kraft, skall i fråga om fullföljd av talan äldre lag tillämpas; om det åter skett senare, skall nya lagen lända till efterrättelse.

I vad mån de hittills nämnda övergångsbestämmelserna avvika från vad som i brist på stadgande skulle gälla, inses lätt.

Något svårare kan det synas vara att avgöra, i vad mån övergångsbestämmelsen i lagen den 10 Juli 1899, som givit 11 kap. RB dess nuvarande lydelse, är principiellt sett av undantagsnatur. Sedan dagen för lagens ikraftträdande angivits, heter det: ”dock att nu gällande föreskrifter om stämningstid skola lända till efterrättelse i mål, däri stämning före nämnda dag delgifvits”. Det riktiga torde vara att anse, att om ingen bestämmelse i denna punkt varit given avgörande skulle varit, när den i stämningen utsatta inställedagen i målet infallit,

⁴ Jfr därom närmare *mina* i not. 1 citerade Föreläsningar sid. 9 ff.

och detta så, att när helst denna dag legat till tiden efter dagen för ikraftträdandet de nya föreskrifterna om stämningstid skolat tillämpas. Den ståndpunkt stadgandet härutinnan intager synes vara lämpligare ⁵.

§ 9.

De processuella rättssatsernas tillämplighet i rummet ¹.

Svensk domstol, vid vilken en rättegångshandling skall företagas eller till sin verkan prövas — utan skillnad, i senare avseendet, mellan här i riket och utomlands företagna handlingar — har att efter *svensk internationell processrätt* avgöra, huruvida svensk eller utländsk processrätt skall äga tillämpning. Det är en grundsats, som uppenbarligen måste vara undantagslös ².

Vill man söka bestämma den omfattning, vari reglering genom den internationella processrätten sålunda äger rum, torde man kunna säga, att denna rätt avgör, vilken lagstiftning är tillämplig i fråga om ett processuellt förfarandes eller en särskild processuell handlings förutsättningar, form och verkan. Därvid må emellertid ej förbises, att man, om man vill begagna denna formulering, måste under förutsättningar inbegripa sådana ämnen som partshabilitet, processhabilitet, ställföreträdarskap och processlegitimation. Vad angår dessa ämnen, torde det emellertid vara lämpligast att till redogörelsen för

⁵ Se uttalanden i ämnet av *Trygger*, Kommentar till lag ang. ändrad lydelse av 11 kap. RB sid. 94 ff.; samt *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 56.

¹ Se den i not. 2 till § 7 anmärkta litteratur.

² Regeln kunde ej heller, för den händelse en svensk internationell processrättsnorm skulle i stället för att själv avgöra kompetensspörsmålet hänvisa till utländsk kollisionsnorm att träffa avgörandet, sägas i egentlig mening lida undantag. Ang. innebörden av principen om återförvisning (resp. vidareförvisning) i den internationella privaträtten hänvisas till litteraturen, se t. ex. *Reuterskiöld* anf. arb. § 9; *Federspiel*, anf. arb. § 26; *Undén*, Återförvisningsläran i internationell privaträtt, i Svensk Juristtidn. 1922 sid. 246—256.

nämnda särskilda institut uppskjuta framställningen av de internationella processrättsregler, som till dem hänföra sig.

I ett avseende stämmer den internationella processrätten i alla land överens: själva det formella förfarandet rättar sig efter lagen i det land, som processdomstolen tillhör. Det kan ej gärna vara annorlunda, ty en stat kan över huvud ej tänkas skola meddela rättsskydd genom sina organ i andra former än den själv fastställt.

Då vi härefter gå närmare in på ämnet, skilja vi för överskådlighetens skull mellan processer vid svensk och processer vid utländsk domstol.

I. a) Vad beträffar de förra, må först den för övrigt i och för sig självklara satsen framhållas, att en sak icke kan upptagas till prövning vid svensk domstol, såframt icke det enligt vår rätts kompetensregler finnes behörig domstol här i riket. Samma grundsats gäller givetvis beträffande företagande vid svensk domstol av en särskild processuell handling. Vad det här egentligen gäller att klargöra är, huruvida eller i vad mån vid tillämpningen av de givna kompetensreglerna den omständigheten, att det rättsförhållande, som utgör processföremål, står i relation till utlänning såsom subjekt eller eljest till utlandet, har att inverka på bedömandet av behörigheten. Foraregler, som i detta sammanhang i synnerhet förtjäna uppmärksammas, äro de i 10: 1 andra st. RB upptagna stadgandena angående forum för mål mot utländsk man. Med avseende särskilt å stadgandet om forum deprehensionis (forum, "där han anträffas") möter frågan, om man bör fatta detta stadgande så, som om genom detsamma vore fastslaget, att varje talan mot utlänning, av beskaffenhet att enligt vår lags kompetensbestämmelser höra till det allmänna personliga forum, kan instämmas till forum deprehensionis. Det kan icke utan vidare antagas, att stadgandet har denna innebörd; jämväl den meningen har uttalats, att föreskrifterna i 10: 1 andra st. RB "mindre angiva de fall, då talerätt verkligt finnes, än de beteckna den yttersta gränsen för utövningen av en privat

internationell talerättsmöjlighet i Sverige”³. Någon närmare utredning av hithörande spörsmål kan ej lämpligen äga rum i detta sammanhang. Jag sparar framställningen till den avdelning, som skall behandla forareglerna.

b) I fråga om processer, som äro anhängiga vid svensk domstol, är, så vitt angår till sådana processer hörande *inom riket* företagna handlingar, svensk processrätt uteslutande tillämplig. Härvid har man ej att göra skillnad vare sig mellan handlingar, som företagas inför domstol, och andra till processen hörande handlingar (såsom delgivningar) eller, beträffande de förra, mellan handlingar, som företagas av eller inför *processdomstolen*, och handlingar, som företagas av eller inför annan svensk domstol (såsom vittnesförhör vid annan domstol). Likaledes må erinras, att grundsatsen är oberoende av parts nationalitet och därav, huruvida svensk eller utländsk rätt skall tillämpas vid prövningen av det omprocessade privaträttsförhållandet.

Vad angår bevisrätten förtjäna några spörsmål särskilt framhållas. Den omständigheten, att det omprocessade materiella rättsförhållandet skall bedömas enligt utländsk lag, kan uppenbarligen icke medföra, att andra bevismedel än de, som svensk processrätt över huvud erkänner, få komma till användning. En annan fråga är, huruvida dessa bevismedel utan inskränkning få användas, oavsett att rättsförhållandet är sådant, att det enligt den utländska lagstiftning, som därå i materiellträttsligt hänseende skall tillämpas, icke får styrkas annorledes än genom något visst bevismedel⁴. Det antages av många, att såframt en dylik föreskrift (såsom, efter vad man antager, den i not 4 nämnda franska) kan anses ha den be-

³ *Reuterskiöld*, anf. arb. sid. 43. Se för övrigt *Kreüger*, anf. arb. sid. 213 ff.; *Synnestvedt*, anf. arb. sid. 194—196.

⁴ Så t. ex. få enligt fransk rätt (code civil art. 1341) transaktioner angående penningbelopp eller värden, som överstiga 150 frcs, icke bevisas genom vittnen utan endast genom urkund. Det härtill sig anknyttande internationellträttsliga spörsmålet är allmänt uppmärksammat i litteraturen; så sålunda, bland andra, *Weiss*, anf. arb. sid. 629; *v. Bar*, anf. arb. sid. 264; *Hagerup*, anf. arb. sid. 97 ff.; *Reuterskiöld* anf. arb. sid. 47.

tydelsen, att därigenom i själva verket statueras en betingelse för uppkomsten av en materiell förpliktelse (alltså en föreskrift i denna mening), den utländska lagens inskränkning beträffande sättet att bevisa måste iakttagas; och eftersom det i sådant fall är fråga om ett stadgande av materiellrättslig räckvidd, synes denna uppfattning förtjäna gillande. Skulle däremot den utländska lagstiftningens bestämmelse angående sättet att bevisa icke hava någon materiellrättslig betydelse utan vara av rent processuell natur, måste processdomstolen tillämpa sitt eget lands lag (*lex fori*). — Antaga vi, att *lex fori*, beträffande sättet att styrka ett visst rättsförhållande, står på den ståndpunkten, att vissa bevismedel äro uteslutna, medan åter den utländska lagstiftning, som på rättsförhållandet i materiellrättsligt hänseende är tillämplig, icke känner någon motsvarande inskränkning, synes det icke kunna försvaras att låta de av *lex fori* uppställda inskränkningarna komma till användning⁵, dock gäller naturligtvis den ovan angivna regeln, att inga andra bevismedel få förebringas än sådana, som *lex fori* över huvud godkänner.

Vad angår bevisbördans fördelning mellan parterna i avseende å det omprocessade materiella rättsförhållandet anser jag, att, om detta skall bedömas efter utländsk lag, de särskilda regler, som den utländska lagen (= den lag, som reglerar det materiella rättsförhållandet) därom kan innehålla, måste följas⁶. Däremot bör man visserligen hålla fast vid, att de allmänna processuella grundsatser angående bevisskyldigheten, som *lex fori* uppställer, skola iakttagas.

c) Medan förut varit tal om inom riket företagna, till processer, som föras vid svensk domstol, hörande handlingar, kommer nu i ordningen att se till, hur det ställer sig med *utomlands företagna* handlingar, som äro bestämda för här i riket

⁵ Se sålunda Weiss, anf. arb. sid. 629; Reuterskiöld, anf. arb. sid. 47.

⁶ Jfr Weiss, anf. arb. sid. 628 f.; v. Bar, anf. arb. sid. 264. Reuterskiöld, anf. arb. sid. 47, synes däremot hålla före att *lex fori* alltid är tillämplig.

förda processer. Huvudregeln är densamma. Dessa handlingar äro att bedöma enligt svensk processrätt, detta även i formellt avseende ⁷. Från regeln finnas dock undantag, huvudsakligen tillkomna genom senare tiders lagstiftning.

Först må hänvisas till första stycket av 11: 9 RB, sådant lagrummet numera lyder enligt lag av den 29 Juni 1912 ⁸. Delgivning av stämning å svarande, som vistas å ort utom riket, må ske i enlighet med lagen å utrikes orten. Före 1912 års lagändring fanns, bortsett från det i 11: 9 RB (sådant lagrummet tidigare lydde) medgivna, till mera exceptionella förutsättningar knutna, extraordinära sättet att delgiva stämning åt utrikes vistande svarande, ej något annat sätt att delgiva stämning utrikes än det i 11: 7 föreskrivna ordinära: stämningshandlingens överlämnande i huvudskrift eller besannad avskrift till svaranden. Det genom 1912 års lag tillkomna första stycket av 11: 9 RB är således byggt på den, otvivelaktigt riktiga, uppfattningen, att det, för att regeln *locus regit actum* ⁹ skulle äga tillämpning beträffande sättet för delgivning av stämning utrikes, krävdes uttrycklig lagbestämmelse. Med avseende å ifrågavarande stadgande i 11: 9 må ytterligare blott anmärkas, att iakttagande av den utländska lagens bestämmelse vid delgivning utrikes icke är obligatoriskt; delgivningen kan även ske enligt stadgandet i 11: 7.

Från regeln om utomlands företagna handlingars bedömande enligt svensk processrätt märkas vidare de undantag,

⁷ Så ock *Trygger*, Kommentar till lag om handräckning åt utländsk domstol m. m. (1901) sid. 32; *Synnestvedt*, anf. arb. sid. 284 f.

⁸ Se ang. denna lag K. propos. N:r 25 till 1912 års riksdag. Jfr med avs. å bestämmelsen i RB 11:9 första stycket art. 1—7 i 1905 års Haagkonvention samt 11:20 RB och K. K. den 5 Maj 1899 ang. biträde av KB för delgivning av rättegångshandlingar i vissa främmande stater.

⁹ Satsen innebär, att en handling är i formellt avseende giltig, om den på handlingsorten gällande lagen iakttagits. Regeln kan enligt *v. Bar*, anf. arb. sid. 243, icke tilläggas imperativ utan blott fakultativ karaktär, då den nämligen tillkommit allenast för att underlätta den rättsliga samfärdseln. Ang. denna regels betydelse och uppkomst m. m. se för övrigt uttalanden hos, bland andra, *Ekström*, anf. arb. sid. 69 ff.

som framgå av K. Br. den 20 Maj 1824 angående i Norge bosatta, till vittnen vid svensk domstol återopade personers avhörande i Norge ävensom av lagen den 6 Mars 1899 om vittnesförhör vid utländsk domstol, vilken lag är föranledd av 1896 års, av Sverige biträdda Haagkonvention¹⁰. Det är otvivelaktigt, att nämnda båda författningar giva uttryck åt den uppfattningen, att ett i enlighet med endera av dem vid utländsk domstol verkställt vittnesförhör icke, då det bedömes av den svenska processdomstolen, kan anses vara i formellt avseende bristfälligt, om den utländska lagens föreskrifter iakttagits. Att vittnesmålets verkan prövas av den svenska domstolen på grundvalen av svensk rätt, ligger i öppen dag; 1824 års brev innehåller ett uttalande härom¹¹.

¹⁰ Ang. denna lag se *Trygger*, Kommentar till lag om handräckning m. m.

¹¹ Angående verkan av vittnesförhör vid utländsk domstol jfr ett rättsfall i N. J. A. 1896 sid. 316.

Beträffande formen för utomlands upptagna bevis yttrar *Reuterskiöld* utan någon inskränkning, anf. arb. sid. 48, att den rättar sig efter det lands lag, där bevisupptagandet ägt rum; beviset skulle alltså i formellt avseende vara giltigt, om denna lags regler iakttagits. Denna grundsats (som av en del utländska författare antagits gälla; se sålunda *Synnestvedt*, anf. arb. sid. 290 f.; i nya norska loven om domstolen finnes, § 51, bestämmelse i sådant hänseende) anser jag icke äga giltighet för svensk rätts del. (v. *Seth* vänder sig i sin anmälan av första uppl. av detta arbete — i Sv. Juristtidn. 1919 sid. 95 f. — i viss mån mot min uppfattning härutinnan). De rättsfall, som *Reuterskiöld*, l. c. not. 2, återopar till stöd för sin mening, ha, så vitt jag kan finna, icke någon beviskraft i detta hänseende. Snarare kunde rättsfallet i N. J. A. 1896 sid. 316 användas som stöd för ifrågakomna mening, men det är med hänsyn till dels de för målet säregna omständigheterna, dels det sätt, varpå högsta instansens utslag i målet avfattats, säkert icke riktigt, att av detta rättsfall draga några mera vittgående slutsatser. Bortsett från vad som, enligt framställningen i texten, framgår av de där anmärkta författningarna — K. Br. 1824 och lagen 1899 — är det enligt min mening otvivelaktigt, att regeln om bedömande enligt svensk processrätt av utomlands företagna, för här i riket förd process bestämda handlingar i formellt avseende icke lider undantag beträffande utomlands upptagna bevis. Att detta är svensk rätts ståndpunkt, vinner stöd därav, att 1899 års lag om vittnesförhör vid utländsk

Slutligen må beträffande företagande utrikes av handlingar, som hänföra sig till process vid svensk domstol, erinras om det förhållandet, att svensk i utlandet anställd ämbetsmyndighet härvid kan vara verksam. Företrädesvis kommer här i betraktande delgivning, som verkställas av svensk konsultjänsteman; jfr 11: 38 RB ¹².

II. Då handlingar, som ha avseende å en utomlands anhängig process, företagas av eller inför svensk domstol; måste svensk processrätt komma till användning. Följande är emellertid härvid att uppmärksamma.

Enligt art. 10 i 1896 års Haagkonvention (art. 14 i 1905 års konvention) ¹³ skall, då judiciell myndighet i en av de fördragsslutande staterna har att på begäran av judiciell myndighet i annan av dessa stater vidtaga någon åtgärd, som avser handräckning i rättegång, den förra myndigheten därvid i fråga om de former, som böra iakttagas, tillämpa sitt eget lands lagar, dock, att där användning av viss form begärts av den myndighet, som gjort framställningen, denna form skall iakttagas, såframt den icke är förbjuden i det lands lagstiftning, till vilket framställningen skett ¹⁴. Konventionen av 1896 har

domstol synes utgå från att, där ej annorlunda är stadgat, en vid utländsk domstol företagen, för svensk process bestämd bevishandling icke är, bedömd av svensk domstol, i formellt avseende giltig, med mindre den tillfredsställer svensk lags formföreskrifter.

Det torde vara tydligt, att ett i utlandet fört bevis kan, om det också icke är enligt svensk processrätt formellt giltigt, av svensk domstol beaktas såsom ett indicium.

¹² Ang. den befogenhet, som tillkommer svenska staten, att låta utrikes verkställa delgivning av handlingar genom sina egna diplomatiska eller konsulära tjänstemän märkes art. 6 i 1905 års Haagkonvention. Se vidare, i fråga om vidtagande av handräckningsåtgärder, art. 15 i samma konvention. — För övrigt kan hänvisas till KK 5/6 1899 ang. biträde av KB för delgivning av rättegångshandlingar i vissa främmande stater.

¹³ Haagkonventionen av 1905 har, enligt vad i ingressen anges, tillkommit "i ändamål att förse konventionen den 14 Nov. 1896 med de genom erfarenheten vunna förbättringar".

¹⁴ Beträffande avfattningen i sistnämnda del avvika de båda konventionerna från varandra. I art. 14 av 1905 års konvention heter det:

föranlett lagen den 6 Mars 1899 om handräckning åt utländsk domstol¹⁵, vilken lag, i anslutning till 1905 års konvention, i vissa delar undergått ändring genom lag av den 23 April 1909.

Handräckningslagen av 1899, som handlar om skyldighet för svensk domstol att på begäran av utländsk domstol vidtaga åtgärd, hörande till pågående rättegång vid den utländska domstolen (§ 1 i lagen angiver sådana åtgärder), har i § 5 givit huvudregeln angående förfarandet vid den svenska handräckningsdomstolen: i fråga om ärendets behandling skall lända till efterrättelse vad om rättegång vid svensk domstol finnes stadgat¹⁶. Emellertid gör lagen vissa undantag från eller modifierationer i nämnda regel. Sådana undantag framgå av stadgandena i § 8 och angå skyldigheten att vittna samt frågan om vittnes jävighet, vilka spörsmål delvis äro att bedöma enligt lagen i det land, där den utländska domstolen är¹⁷. Vidare märkas de undantag från regeln, om vilka stadgas i § 9 första stycket. Dessa sistnämnda gå ut därpå, att i fall, då den utländska domstolen hemställt, att vid eds avläggande andra ordalag skola användas än de i svensk lag stadgade eller att därvid eljest skall förfaras annorledes än svensk lag föreskriver, denna hemställan må efterkommas under vissa förutsättningar, nämligen dels att den, av vilken eden kräves, är villig att sålunda fullgöra eden, och dels att den svenska handräckningsdomstolen prövar att det må ske. Och slutligen ha vi att hänvisa "så framt den *icke strider mot* lagstiftningen i det land, till vilket framställningen skett".

¹⁵ Ang. denna lag se *Trygger*, Kommentrar till lag om handräckning m. m.

¹⁶ Huvudsynpunkten i ämnet är den, att inländsk domstol, som på begäran av utländsk domstol tillhandagår denna, därvid icke handlar såsom den utländska domstolens mandatar eller fullmäktig eller under utövning av främmande jurisdiktionsrätt; den inländska domstolen är i handräckningsärendet verksam med stöd av sin egen inhemska rätt och såsom organ för den egna staten. Jfr härom *Bülow* i *Archiv i f. die civ. Praxis* Bd 64 sid. 51—61.

¹⁷ Se § 8 i lagen, de i K. propos. N:r 23 till 1899 års riksdag förekommande uttalandena ang. ifrågavarande stadganden samt *Tryggers* kommentar till §:n.

till innehållet i § 9 andra stycket: innefattar den utländska domstolens framställning eljest begäran, att visst förfarande skall iakttagas vid verkställande av äskad åtgärd, skall den begäran efterkommas, där det ej är i svensk lag förbjudet. Det är i detta stadgande icke fråga om något egentligt undantag från regeln om tillämpning av svensk lag; stadgandet innefattar blott ett medgivande att gestalta förfarandet i enlighet med vad den utländska domstolen i sådant hänseende påkallat, såframt detta är förenligt med svensk rättegångsordning¹⁸. Ingen bestämmelse i svensk lag, av beskaffenhet att vara ovillkorligen bindande och alltså böra av svensk domstol ex officio iakttagas, får således med anledning av den utländska domstolens hemställan frångås.

De bestämmelser i 1899 års handräckningslag, vilka i det föregående omnämnts, röra tillämpning av utländsk rätt vid handläggning av handräckningsärenden. Därifrån har man att särskälla en annan i samma lag förekommande bestämmelse, som jämväl förtjänar att i detta sammanhang framhållas. I § 7 behandlas det fall, att den utländska domstolens framställning avser parts hörande på ed och det ej utsatts vad under eden skall bekräftas eller förnekas. För detta fall har stadgats, att domstolen skall anställa förhör med parten angående den omständighet, varom upplysning äskas; vidare föreskrifter angående tillvägagångssättet vid partsförhöret äro i anslutning därtill givna. Lagstiftaren har här för att tillmötesgå främmande stats behov av rättshjälp upptagit i svensk rätt för ifrågakvarande fall ett institut, som för svensk rätt i övrigt är okänt; en sådan form av partsed, som den här omförmälda, ingår nämligen ej eljest i svensk processrätt¹⁹. Lagrummet

¹⁸ Jfr motiveringen i den kungl. propos. Då den svenska domstolen härvid tillmötesgår den utländska domstolens framställning, tillämpar den svensk rätt av dispositiv natur. Jfr ovan § 5.

¹⁹ Institutets upptagande i lagen har föranletts av österrikiska civilprocessordningens bestämmelser, §§ 371—383, ang. Beweis durch Vernehmung der Parteien. — Att märka är, att enligt 1899 års handräckningslag part icke kan *tvingas* att avgiva någon utsaga eller att beediga denna; jfr § 6.

föreskriver, såsom man finner, icke tillämpning av utländsk rätt; det är ej fråga om annat än svensk rätt, men denna är anmärkningsvärd genom sitt säregna, från ordinär svensk civilprocessrätt avvikande innehåll.

III. Vidkommande utländska processer och deras verkan för oss möta de viktiga spörsmålen, om en saks anhängighet vid utländsk domstol har verkan av lispendens med hänsyn till svensk domstol, samt om utländsk doms rättskraft och exigibilitet.

I svensk rätt finnas ej några bestämmelser, som direkt angå utländska domars rättskraft.

Däremot innehåller vår lagstiftning stadganden, som för-läna sådana domar exigibilitet. Dessa stadganden innehållas i följande författningar:

K. F. den 15 juni 1861 om verkställighet i Sverige av domar och utslag, meddelade av domstol i konungariket Danmark ²⁰;

²⁰ Denna förordning är grundad på en den 25 April 1861 mellan Sverige och Danmark avslutad konvention ang. ömsesidig verkställighet av domar och utslag meddelade i Sverige eller Danmark (S. F. S. 1861 N:r 28). Förordningen medger, att domar och utslag, meddelade av domstol i Danmark, må, "så vitt de stadga annat än straff" (det är alltså icke fråga allenast om beslut i mål, vilka enligt svensk rättsuppfattning äro av tvistemåls natur) "bringas till verkställighet genom utmätning"; vissa andra avgöranden än domstols beslut må ock, enligt vad förordningen närmare angiver, exekveras. Då det såväl i § 1 som ock sedan genomgående i förordningen talas om verkställighet genom utmätning (i konventionens danska text liksom ock i motsvarande danska lag heter det Execution i Gods), och då utmätning är sättet för tvångsrealisation av en betalningsskyldighet, ligger det antagandet nära, att förordningen icke medger annan verkställighet än sådan, som sker genom utmätning. Vid närmare undersökning torde det emellertid visa sig, att detta antagande icke håller stånd. Ser man först på förarbetena till förordningen, så innehålla de ej något, som tyder på, att avsikten varit att begränsa verkställigheten till realisation av en betalningsskyldighet; se Underdånigt betänkande av svenska och norska kommittén för utarbetande av förslag till förordningar om verkställighet i det ena av de förenade rikena av domar, meddelade i det andra (1857); K. propos. N:r 117 till riksdagen 1859—1860 med därvid fogade handlingar och Lagutskottets betänkande

lag den 6 Mars 1899 om verkställighet i visst fall av utländsk domstols beslut; och

N:r 61. I förstnämnda betänkande framhålles, att den verkställighet, som ansetts böra i vartdera riket beviljas, icke skulle omfatta annat än gods men icke bestå i personalexekution (bysättning). I nämnda lagutskotts-betänkande (liksom redan i propos:n) talas om, att behovet av en sådan lag som den ifrågavarande framkallas icke blott "av den egentliga affärsrörelsens krav utan lika mycket av de övriga rättsförhållanden, som lätteligen uppstå mellan individer av de särskilda staterna. Dessa rättsförhållanden kräva nämligen ett skydd av lagarna, som dock är alltför ofullständigt så länge verkställighet endast kan ske inom det land den dömande myndigheten tillhör". Av kanske ännu större betydelse vid undersökningen av förevarande spörsmål är det emellertid att erinra sig, att begreppet utmätning enligt utsökningsbalken av 1734 års lag (som gällde då 1861 års förordn. tillkom) icke hade så begränsad omfattning som enligt nu gällande utsökningslag; därunder inbegreps ej blott realisation av betalningsskyldighet utan jämväl åtminstone den verkställighet, som avser realisation av en förpliktelse att utgiva viss lös egendom; jfr utsökningsbalken, särsk. kap. 3, samt *Nehrman*, Processus civilis kap. 31 (särsk. sid. 426 § 44), och *Wrede*, Anteckningar enligt föreläsningar över utsökningsväsendet (1903) sid. 260. Det bör ock uppmärksammas, att en passus i 1861 års förordning antyder, att det ej är fråga blott om utkrävande av betalning; jag syftar på orden i § 6: "så vitt fråga är om penningars utgörande". Med hänsyn till det sagda torde starka skäl tala för att tillägga 1861 års förordning sådan räckvidd, att förutom den verkställighet, som består i vad vi nu kalla utmätning, även uttagande i exekutiv väg av viss lös egendom kan här i riket äga rum enligt denna förordning. Men man synes mig böra gå längre och antaga, att över huvud all *direkt* exekution (d. v. s. sådan exekution, som kan komma till stånd omedelbart genom den exekutiva åtgärden och icke kräver den förpliktades medverkan) här är medgiven. Vida tvivelaktigare ställer sig frågan om den *indirekta* exekutionen, alltså om användande av tvångsmedel mot den förpliktade. På de olika spörsmål, som här möta och kräva en mera utförlig behandling, kan jag ej här ingå. Det må slutligen framhållas, att den i Danmark på grund av ifrågavarande konvention utfärdade lagen icke torde tolkas så, som om den avsåge endast realisation av betalningsskyldighet, en omständighet, som jämväl utgör ett starkt skäl för att icke stanna vid den restriktiva tolkning, mot vilken jag här uttalat mig; se en uppsats av *M. Sander*, Bidrag til Fortolkningen af Mellemrigsloven 19 Febr. 1861, i Ugeskrift for Retsvæsen 1885, samt, särsk. *Alexanderson*, Under vilka förutsättningar bör verkställighet av dom eller skiljedom, meddelad i något av de nordiska länderna, kunna erhållas i de övriga? (Över-

lag den 22 November 1907 i anledning av Sveriges anslutning till den internationella godstrafikkonventionen, §§ 4 och 5 ^{21, 22, 23}.

läggningsämne vid det elfte nordiska juristmötet i Stockholm 1919. Se de tryckta förhandlingarna vid detta juristmöte). — Den danska processrätt, som gällde vid 1861 års förordnings tillkomst, har nu ersatts av Loven om Rettens Pleje ^{11/4} 1916. I § 479 av denna lag har förklarats, att lagen ^{19/2} 1861 fortfarande skall äga giltighet; dessutom må hänvisas till § 248 i Retsplejeloven, vari bland andra bestämmelser om forum för mål mot utlänningar märkes den, att beträffande forum för mål mot svensk underståte det skall förbliva vid lagen ^{19/2} 1861.

Ang. förhållandet emellan 1861 års förordning samt lagen ^{9/3} 1899 om verkställighet i visst fall av utländsk domstols beslut och lagen ^{22/11} 1907 i anledning av Sveriges anslutning till den internationella godstrafikkonventionen, se § 4 i 1899 års lag och § 6 i 1907 års lag: vad i nämnda båda lagar är stadgat skall ej utgöra hinder för tillämpning av 1861 års förordning.

²¹ Lagen ^{9/3} 1899 har sin grund däri, att genom 1896 års Haagkonvention bestämts dels i art. 11, att undersåte i en av de fördragsslutande staterna, med hemvist i någon av dem, icke må såsom kårande eller mellankommande part vid domstol i en annan av dessa stater på grund av sin egenskap av utlänning eller i följd av saknaden av hemvist eller uppehållsort inom landet förpliktas att ställa borgen eller annan säkerhet, och dels i art. 12, att dom varigenom i en av de fördragsslutande staterna rättgångskostnad ådömts kårande eller mellankommande part, som är fritagen från ställande av säkerhet, skall i en var av de övriga fördragsslutande staterna göras verkställbar av därtill enligt landets lag behörig myndighet. Jfr art. 17—19 i 1905 års konvention. I anslutning till dessa bestämmelser äro i 1899 års lag föreskrifter meddelade ang. verkställighet i Sverige av utländsk domstols beslut, varigenom skyldighet att gälda rättgångskostnad ålagts. Ang. den reciprocitet, som i lagen uppställles såsom villkor för att konungen må tillerkänna exibilitet åt beslut av domstolar i främmande stat, se § 1 i lagen samt *Trygger*, Kommentar till lag om handräckning m. m. sid. 45 f. och *Reuterskiöld*, Handbok sid. 64 f.

²² Lagen av 1907 är grundad på det internationella fördraget ^{14/10} 1890 ang. godsbefordring å järnväg; Sveriges anslutning till fördraget är undertecknat ^{11/10} och ^{1/11} 1907. (Se S. F. S. 1908 N:r 38.)

²³ Här må ock hänvisas till lag ^{8/7} 1904 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap m. m. kap. 3 §§ 4—7 (enligt den lydelse kap. erhållit genom lag 12 Nov. 1915). De nämnda lagrummen röra emellertid domar av konstitutiv natur, som icke påkalla någon verkställighet.

En granskning av de i dessa författningar givna stadgandena angående verkställighet av utländsk dom ådagalägger, att man har att skilja mellan å ena sidan 1861 års förordning och 1899 års lag samt å andra sidan 1907 års lag. Den, som vill erhålla verkställighet enligt någondera av de båda förstnämnda författningarna, har att vända sig till exekutiv myndighet. I fråga om behörigheten att meddela verkställighet enligt 1861 års förordning gälla, jämlikt § 8 i denna förordning, samma regler som beträffande verkställighet å svenska domar. Framställning om erhållande av verkställighet enligt 1899 års lag skall, såsom § 2 i lagen stadgar, göras hos överexekutor. Däremot uppställa §§ 4 och 5 i 1907 års lag såsom villkor för verkställighet, att den utländska domstolens beslut efter därom gjord vederbörlig ansökning blivit stadfäst av Svea hovrätt ²⁴.

Den olikhet beträffande rätten att erhålla verkställighet, som råder emellan 1861 års förordning och 1899 års lag, å ena, samt 1907 års lag, å andra sidan, består således däri, att man har att för verkställighet vända sig enligt de båda förra författningarna till exekutiv myndighet och enligt den sistnämnda författningen till domstol. Man kan ju, om man så vill, tala om omedelbar verkställighet i de båda förra fal-

²⁴ Enligt § 5 må stadfästelse ej meddelas utan så är, dels att enligt de i den internationella godstrafikkonventionen stadgade grunder det tillkommit domstol i den stat, där beslutet meddelats, att målet upptaga, dels ock att, enligt lagen i sagda stat, beslutet äger laga kraft och vid den tid, då ansökning om stadfästelse göres, fortfarande får därstädes verkställas. Ang. de grunder, till vilka § 5 hänvisar, se art. 27 och 53 i det internationella fördraget.

Bestämmelsen i § 4 om verkställighet efter stadfästelse korresponderar med art. 56 i det internationella fördraget, som innehåller, bland annat, att domar, som på grund av bestämmelserna i fördraget blivit av vederbörlig domstol fällda, vare sig efter det parterna förhandlat i mål eller treds kovis, och som enligt de för domstolen gällande lagar få verkställas, skola gå i verkställighet i samtliga de kontraherande staterna under de villkor och med iakttagande av de former, som föreskrivas i varje särskilt lands lag, *utan att likväl någon prövning av domens materiella innehåll må äga rum.*

len och medelbar verkställighet i det tredje fallet²⁵, men att märka är, att denna skillnad i realiteten är utan någon mera väsentlig betydelse, ty enligt ingen av de tre författningarna förutsättes för verkställighet prövning av det materiella rättsförhållande, varöfver den utländska domstolen dömt, eller får sådan prövning förekomma. Även den prövning, som domstolen enligt 1907 års lag har att anställa, innan den stadfäster den utländska domstolens beslut, avser endast frågor av formell natur²⁶ och skiljer sig föga från den prövning, som åligger exekutiv myndighet vid ansökan om verkställighet enligt vare sig 1861 års förordning eller 1899 års lag.

Det synes mig vara otvivelaktigt, att utländska domar, vilka ej genom uttrycklig lag förlänats exigibilitet, icke kunna här i riket verkställas, vare sig så, att parten vänder sig omedelbart till exekutiv myndighet för erhållande av verkställighet²⁷, eller så, att verkställighet grundas på domstols stadfästelse av den utländska domen, vilken stadfästelse föregås av en uteslutande formell prövning, sådan som den i 1907 års lag föreskrivna. Huruvida utländsk dom, varom nu är fråga, kan på det sätt leda till verkställighet, att den vinnande parten instämmer sin motpart till behörig svensk domstol under yrkande, att anspråket måtte på grund av den utländska domens innehåll utdömas, varefter domstolen på sagda grund bifaller yrkandet²⁸, är ett spörsmål, vars besvarande beror på vad

²⁵ Se sålunda *Lundstedt*, Om utländsk civildoms rättskraft i Sverige (1915) sid. 9 ff.

²⁶ Se ovan not. 24.

²⁷ Därom torde alla vara ense. Se *Lundstedts* nyss citerade arbete sid. 41 f. (särsk. sid. 42 not 77 och där anförd litteratur).

²⁸ Den roll, som den utländska domen härvid spelar, bör, enligt min mening, principiellt sett bestämt skiljas från det *exequatursystem*, som är antaget i 1907 års lag. Denna skillnad upprätthålles knappast med tillräcklig skärpa i *Lundstedts* framställning anf. arb. sid. 11 f. Gärna skall dock medgivas, att den praktiska betydelsen av skillnaden icke är mycket stor. Med rätta påpekas dock av *Getz*, i förhandlingarna på 7:de nordiska juristmötet sid. 89 f., att, även om utländsk doms rättskraft erkännes, det dock, såframt stadgande om exigibilitet saknas, kan inträffa, att den utländska domen icke kan leda till verkställighet;

man överhuvud anser om utländska domars *rättskraft* här i riket.

Beträffande verkan av utländsk dom gäller det ingalunda allenast att klargöra spörsmålet om dess exigibilitet, om ock frågan härom är den i praktiskt avseende mest framträdande. En dom kan till innehållet vara sådan, att det ej finnes något att exekvera. Och även om rum finnes för exekution, uttömmar sig domens verkan ingalunda i dess egenkap att vara en exekutionstitel; domen kan åberopas i kvittningsavseende eller invändningsvis för att mota ett anspråk, som står i strid med vad domen fastställt såsom rätt ²⁹.

Vad då angår utländska domars rättskraft, så intaga de konstitutiva domarna en särskild ställning. De måste säkerligen här i riket tilläggas bindande verkan; synpunkten härvid är den, att deras gestaltande inverkan på rättsordningen är ett faktum, som närmast är att likställa med effekten av ett rättsärende, och som man lika litet som dylik effekt, den där hör utlandet till, skäligen kan undgå att erkänna ³⁰.

Bortse vi från de konstitutiva domarna, så torde för de övrigas del svaret icke kunna vålla någon tvekan, så vitt frågan

detta blir fallet, om det icke finnes behörig domstol, där talan grundad på domen kan anhängiggöras. Se ock *Lundstedt*, anf. arb. sid. 12 f.

²⁹ Frågan om verkan av utländsk domstol tillhör således icke enbart exekutionsläran. Denna fråga kan fasthellre anses huvudsakligen tillhöra framställningen om domens rättskraft. Att ämnet väsentligen har sin plats inom sistnämnda område av processrättens system, beror dock icke blott på vad ovan i texten antytts; därtill kommer den mera praktiska synpunkten, att då utländsk dom tillerkännes rättskraft jämväl exekution kan komma till stånd här i riket, nämligen på det sätt, som ovan vid not. 28 är nämnt.

³⁰ Se i ämnet *Lundstedt*, anf. arb. sid. 14—17. Beträffande positiv svensk rätt är att hänvisa till lagen ⁸/₇ 1904 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap m. m. 3: 4—7.

Anledning att uppmärksamma frågan om verkan av utländska *skiljedomar* har jag ej i detta sammanhang. Se i ämnet *Trygger*, Kommentar till utsökningslagen (2:dra uppl. 1916) sid. 153; *Lundstedt*, anf. arb. sid. 17—26. Blott det må framhållas, att man icke, åtminstone icke med någon säkerhet, kan av den ställning, som frågan om erkännande av utländsk skiljedom intager i rättstillämpningen, sluta till att samma uppfattning är rådande beträffande egentliga domar.

gäller de utländska domar, som i enlighet med vad ovan är angivet kunna verkställas här i riket. Därav, att en dom är exigibel, kan man sluta till, att den har rättskraft; slutsatsens riktighet torde utan vidare motivering vara uppenbar. Emellertid må beträffande ifrågavarande domskategori uppmärksamheten fästas på en omständighet, som eljest lätteligen kan förbises. Såsom förut är nämnt, kan en dansk dom enligt 1861 års förordning här verkställas, och likaså kan enligt 1907 års lag verkställighet åkomma utländsk domstols beslut, varigenom på grund av bestämmelserna i den internationella godstrafikkonventionen någon ålagts betalningsskyldighet eller annan förpliktelse. Antaga vi nu, att dansk domstol *ogillat* därstädes förd talan om ådömande av betalningsskyldighet, så är visserligen domens innehåll ej sådant, att verkställighet kan följa, men icke dess mindre möter frågan om domens rättskraft, och denna fråga kan i detta fall sägas i viss mån vara mera framträdande, än om domsresultatet blivit det motsatta. Frågan gäller, om det av den danska domstolen ogillade anspråket är att anse som även här i riket med bindande verkan underkänt. Om så är förhållandet, kan icke det i Danmark ogillade anspråket vid svensk domstol göras till föremål för ny prövning; den vinnande parten är definitivt fredad genom den danska domen. Spörsmålet tvekar jag ej att besvara så, att domen måste här tillerkännas rättskraft med därav följande konsekvenser. Då en dansk dom, som bifaller ett anspråk, har rättskraft, kan ej antagas annat, än att jämväl den danska dom, som ogillar ett anspråk, äger rättskraft, detta i enlighet med den grundsats, som man måste anse hava giltighet i svensk rätt, att nämligen avgörandet av, huruvida bindande verkan tillkommer ett domstolsbeslut, icke kan ställas i beroende av den utgång prövningen av käromålet erhållit ³¹. Tänka vi härefter på motsvarande spörsmål angående utländsk dom, som avses i 1907 års lag, så synes den omständigheten kräva beaktande, att för verkställighet uppställes såsom förutsättning, att domen blivit stadfäst. Man skulle kunna vilja göra gällande, att utan sådan stadfästelse, som lagen före-

³¹ Jfr *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 123 noten.

skriver, rättskraft icke kan tilläggas domen. Frågan, som visserligen är av tvivelaktig natur, är jag ej böjd för att besvara på sätt nyss antyddes. Någon behörighet att meddela stadfästelse å en dom, som ogillat yrkande om åläggande av betalningsskyldighet eller annan förpliktelse, tillkommer icke enligt lagen Svea hovrätt. Det rätta synes mig vara, att domen äger bindande verkan utan någon särskild stadfästelse, dock endast så framt de betingelser för stadfästelse föreligga, som i § 5 andra stycket angivas, i den mån de kunna vara av betydelse med avseende å en dom av ifrågavarande innehåll; och prövningen härav tillkommer den domstol, där den utländska domen åberopas.

I avseende å de utländska domar, som icke här äro exigibla (omedebart eller efter exequatur), kan man ej av den omständigheten, att de sålunda sakna exigibilitet, draga den slutsatsen, att de jämväl sakna rättskraft ³². Så vitt jag kan finna, måste vid bristen på lagstadgande i ämnet svaret på frågan grundas på en undersökning av rättskraftens natur ³³. Att ej utred-

³² Jfr ovan vid not. 28. *Wrede*, Civilprocessrätt I (2:dra uppl.) sid. 61, anser sig tvärtom böra av finsk rätts ståndpunkt att icke medgiva verkställighet av utländsk dom sluta till, att finsk rätt ej heller tillerkänner utländsk dom rättskraft. (Uttalandet är något modifierat i 3:dje uppl. sid. 62 f.). Däremot *Lundstedt*, anf. arb. sid. 38.

³³ *Lundstedt* har i sitt här citerade arbete på grundvalen av sin i andra arbeten uttalade uppfattning om rättskraftens natur undersökt förevarande fråga. För övrigt må här, vad nordisk litteratur angår, hänvisas till *Hansen*, Hvilken Virkning bør der tillægges civile Domme, avsatte av udenlandske Domstole (Bilaga V i Förhandlingar på 7:de nordiska juristmötet), samt den på nämnda juristmöte i ämnet förda diskussionen.

Ett villkor för staternas inbördes erkännande av varandras domar synes mig böra vara, att samma lag kommer till användning, vare sig rättsförhållandet bedömes av det ena eller andra landets domstolar. Så länge en stat över huvud icke vill erkänna främmande lagar såsom normer, vilka böra tillämpas även av statens egna domstolar, kan helt naturligt tanken på erkännande av främmande domar ej göra sig gällande. Med avseende å detta nu sagda må följande framhållas. Det nyss angivna villkoret för erkännande av främmande domar föreligger i viss mån vad angår de på ett högre plan av civilisation stående staterna (att ej vår svenska rätt förbjuder tillämpning av främmande lag, är förut antytt sid. 97), dock ingalunda fullt, ty gemensamma, av alla dessa stater godtagna grundsatser för bestämmande av, efter vilket lands lagstiftning ett

ningen av begreppet domens rättskraft kan anställas här, ligger i öppen dag. Först i sammanhang med denna utredning kan

rättsförhållande skall bedömas, äro ännu ej genomgående tillfinnandes, om ock i stort sett utvecklingen kan sägas gå i riktning ditåt. Man må emellertid ej föreställa sig, att med erkännandet av utländsk lag följer som given konsekvens erkännandet av utländsk dom; därom vidare nedan.

Det har gjorts åtskilliga försök att principiellt begrunda regeln om utländsk doms rättskraft. Dessa försök ha för mig i detta sammanhang intresse endast för så vitt de avse att visa, att en sådan regel är grundad i sakens egen natur och därför gällande även i saknad av stadgande i lag. Frågan, huruvida utländsk dom *bör* äga rättskraft (alltså de lege ferenda synpunkterna), kommer ej här i och för sig i betraktande; att den, åtminstone under vissa betingelser, som här ej kunna närmare undersökas, måste besvaras jakande, kan efter min mening ej betvivlas. De flesta hithörande teorier äro sådana, att de knappast förtjäna, att man ägnar dem någon vidare uppmärksamhet; deras teoretiska ohållbarhet faller så tämligen genast i ögonen. Se om dem t ex. *Hansen*, anf. arb. sid. 10 ff., *Lundstedt*, anf. arb. sid. 26 ff. Detta gäller uppenbarligen om sådana teorier, som att vägran att erkänna utländsk dom är ett ingrepp i den främmande statens jurisdiktionsrätt, eller att domen grundlägger en obligation, och likaså om kvasikontraktsteorien, enligt vilken domens bindande verkan föres tillbaka till ett kvasiavtal emellan parterna. Mera respekt kräver, redan på grund av de förnämsta anhängarnas ansedda namn, den teori, som stödjer sig på en analogi mellan lag och dom; vid sidan av lagen såsom *lex generalis* ställes domen såsom en *lex specialis*. Jämte likheten mellan lag och dom finnes emellertid, såsom ofta framhållits inom litteraturen, en högst väsentlig och lätt insedd olikhet, varför jag för min del ej kan finna, att denna teori lyckats finna en tillräckligt solid grund för sin uppfattning om utländsk doms rättskraft; närmare kan ej här ingås på saken. Jag skall till sist blott stanna vid den åsikt i ämnet, som för svenska rättsens del uttalats av *Reuterskiöld*, Handbok sid. 70 f. Denne författare säger, att det genom en utländsk dom, som vunnit laga kraft, fastställda rättsförhållandet måste "principiellt anses såsom sådant även i övriga länder och domen såsom fastställelseakt följaktligen internationellt erkännas, förutsatt att domstolen erkännes vara internationellt behörig i saken". Erkännandet av ett genom dom fastställt rättsförhållande betyder, enligt författarens åsikt, "ej annat än att förhållandet i fråga anses ha den rättsliga karaktär och betydelse, som tillkommer ett utländskt rättsförhållande av dylikt slag, och att någon vidare prövning av förhållandets rättsliga beskaffenhet genom annat lands myndigheter ej kan äga rum". Så vitt jag kan finna, är den för övrigt icke fullt otvetydiga motiveringen ej hållbar under annan förutsättning, än att man tillägger domen (även utländsk dom) karaktären av rättstitel. Om man gör det, så kan visserligen erkännandet av domen sägas icke betyda annat, än att

jag således för min del lämna det slutliga svaret på förevarande fråga³⁴. Endast det må redan här nämnas, att en grundsynpunkt enligt min mening måste vara den, att domar, alltså även utländska domar äro processuella akter.

Det återstår nu endast att behandla frågan, huruvida en saks anhängighet vid utländsk domstol har verkan av *lis pendens* för svensk domstol. Ett jakande svar betyder, att svensk domstol, till vilken en sak, som redan är anhängig vid utländsk domstol, instämnes, skall ex officio eller med bifall till en av svaranden framställd *exceptio litis pendentis* avvisa saken utan prövning; ett nekande svar betyder däremot, att den svenska domstolen skall utan avseende å den i utlandet om samma sak förda rättegången ingå i prövning av saken. Avgörande måste vara, huruvida dom av den utländska domstol, vid vilken saken är anhängig, kan ernå rättskraft eller ej. Om det förra är fallet, så synes man icke kunna undgå att erkänna som en konsekvens, att från den svenska domstolens synpunkt sett *lis pendens* är för handen. Tillåte man nämligen processande vid domstol här i riket om samma sak, som är föremål för rättegång vid domstol i ett främmande land, vars domar här göra saken till res judicata, så bleve följden den, att särskilda, kanske mot varandra stridande domar komme att föreligga, av vilka den ena icke kunde tillmätas större rättslig giltighet

det rättsförhållande, som i domen prövats, anses ha "den rättsliga karaktär och betydelse, som tillkommer ett utländskt rättsförhållande". Om man däremot avvisar teorien om domen såsom rättstitel och fasthåller vid domfastställsens processuella natur, så måste man ock såsom icke bärkraftigt avvisa det i författarens motivering innefattade påståendet, att erkännande av utländsk dom, innefattande prövning av ett visst materiellt rättsförhållande, är detsamma som att erkänna ett utländskt rättsförhållande, vars existens (resp. icke-existens) icke är satt i fråga. — Ang. den nordiska teoriens ställning till förevarande spörsmål, se några uttalanden av *Alexandersson*, a. a. sid. 16 f.; själv inlåter sig författaren ej på något försök att besvara frågan om grund för erkännande av utländsk doms rättskraft.

³⁴ Inom svensk doktrin har man hittills varit i det närmaste enig om, att utländska domar ej här äga rättskraft; *Reuterskiöld* (se nästföregående not) av annan mening. Se litteraturhänvisningarna hos *Lundstedt*, anf. arb. sid. 42 not. 77 samt *Alexandersson*, a. a. sid. 30. Svensk praxis står på samma ståndpunkt som den inom doktrinen förhärskande uppfattningen. Se rättsfall i N. J. A. 1894 sid. 96; 1913 sid. 326.

än den andra, och denna konsekvens är oantaglig. Å andra sidan torde vara otvivelaktigt, att, om den dom, vari den utländska rättegången utmynnar, icke kan ernå rättskraft här i riket, nämnda rättegång icke för den svenska domstolen kan spela rollen av lis pendens och således här hindra process. Då den utländska rättegången icke kan leda till ett resultat, som här tillerkännes bindande verkan, vore det givetvis ej försvarligt att med hänvisning till samma rättegång avvisa den, som vill i rättegångsväg göra sitt anspråk gällande ³⁵.

IV. För svenska staten, liksom för främmande stater, gäller såsom en självklar, av statssuveränitetens begränsning framgående grundsats, att rättsskipningen utövas endast på statens eget område. Härifrån består emellertid sedan gammalt det undantag, som begreppet konsularjurisdiktion innebär. Enligt § 1 i lagen den 5 Juni 1909 om konsularjurisdiktion skall svensk lag tillämpas "vid utövning av den konsularjurisdiktion, som på grund av traktat eller sedvänja tillkommer Sverige i vissa icke kristna länder, så vitt förhållandena å orten medgiva samt ej annat enligt denna lag eller eljest är stadgat". Det stadgas vidare i §:n, att "svensk lag, som gäller allenast med avseende å förhållanden inom riket, kan av konungen förklaras äga motsvarande tillämpning i område, där konsularjurisdiktion tillkommer Sverige". På lagens innehåll i övrigt skall jag ej här ingå; liksom jag ej heller skall här söka lämna någon utredning angående de traktater eller den sedvänja, vartill i den anförda lagbestämmelsen hänvisas.

³⁵ *Reuterskiöld*, Handbok sid. 46, säger — utan att göra den distinktion, som jag här ovan förmenat vara av sakens natur påkallad — att svensk rätt icke erkänner lis pendens vad angår förhållandet emellan utländsk och svensk rättegång. Han anser, att detta framgår av § 9 i K. F. ^{35/6} 1861 om verkställighet i Sverige av domar och utslag, meddelade av domstol i konungariket Danmark; författaren lägger härvid vikt på, att i senare hälften av §:n talan mot dansk undersåte tillåtit vid svensk domstol, "utan att förbehåll gjorts för det fall, att saken redan är under behandling vid den danska domstolen". Denna slutledning är enligt min uppfattning alldeles icke befogad; lagstiftaren har, även om han delat min åsikt i ämnet, icke haft någon som helst anledning att i ifrågavarande §, som handlar om forum, göra nämnda förbehåll.

ANDRA AVDELNINGEN.

Domstolarna.

KAPITEL I.

Om domstolsväsendet i allmänhet.

§ 10.

Inledande anmärkningar ¹.

I. En process förutsätter med nödvändighet domstol och parter ². Dessa sammanfattas ofta under den gemensamma benämningen processsubjekten ³. I denna avdelning av vår framställning skall talas om domstolarna, medan närmast följande avdelning skall handla om parterna. Läran om domstolarna hör ej uteslutande till processrättsdisciplinen utan faller delvis inom stats- och förvaltningsrättens områden. Hur man härutinnan bör draga gränsen emellan dessa grenar av rätten, kan i flera avseenden med fog vålla meningsskiljaktighet och

¹ *Nehrman*, Processus civilis kap. III och V; *Schrevelius*, Civilprocess §§ 19 och 25; *Broomé*, Civilprocessen § 1; *mitt arbete* Om forum i brottmål sid. 1—4; *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag del 1 sid. 14 f.; *Wrede*, Civilprocessrätt I §§ 17, 18 och 19.

² Se ovan sid. 9 f.

³ Processsubjekt äro, om endast domstol och parter så betecknas, ej andra än de, som äro givna i och med själva processbegreppet, subjekten i det s. k. processrättsförhållandet. I en annan och vidare bemärkelse tages begreppet processsubjekt, t. ex. av *Lundstedt*, Om biintervention sid. 117, som tillerkänner även biintervenient egenskapen av processsubjekt; avgörande härför är, att biintervenienten, enligt författarens åsikt, har i processföringen (m. h. t. befogenheten att självständigt utföra processhandlingar) samma ställning som en part.

är säkerligen på några punkter en smaksak. Vissa synpunkter för en sådan gränsbestämning äro i det föregående angivna ⁴.

II. Med rättskipning avses både den verksamhet, som staten utövar i processen i trängre mening, och den verksamhet, som staten utövar vid exekution ⁵; i synnerhet åsyftas dock förstnämnda verksamhet. Den makt, som staten förlänat vissa myndigheter att skipa rätt, är vad man kallat jurisdiktion (*jurisdictio*) ⁶. Allteftersom man tager ordet rättskipning i den vidare eller i den nyss antydda trängre betydelsen, erhåller begreppet jurisdiktion en motsvarande vidare eller mera begränsad innebörd. Det vanliga torde vara, att med jurisdiktion menas detsamma som domsrätt, och därmed avses närmast den verksamhet, som staten utvecklar i processen i trängre mening, dock icke allenast själva dömandet utan över huvud alla de av domstolen företagna handlingar, som ingå i det processuella förfarandet ⁷.

III. Domstolarna äro de organ, genom vilka staten utövar sin domsrätt. Att ett flertal domstolar måste finnas, följer av de inom den processuella rättskipningens område fallande uppgifternas mängd och olikartade beskaffenhet ävensom av statsterritoriets utsträckning. Den avdelning av processrättens system, som handlar om domstolarna, kommer sålunda att omfatta ej mindre en framställning av de grunder,

⁴ Se ovan § 4.

⁵ Se ovan § 1 under III och IV.

⁶ Andra betydelser av ordet jurisdiktion lämnas här åsido. Blott må nämnas, att det icke sällan användes såsom liktydigt med domstols rättskipningsdistrikt; se sålunda t. ex. Nya Lagberedningens Principbetänkande I, kap. 1 § 4 i förslagen, där det talas om, att varje krets (domkrets) skall utgöra särskild jurisdiktion.

⁷ Ännu mera stämmande med svensk juridisk terminologi torde dock vara att utsträcka betydelsen av ordet domsrätt så mycket, att därunder innefattas ej blott domstolarnas befattningsmed processer i trängre mening utan även deras prövningsrätt beträffande utskökningsmål och angelägenheter, tillhörande den frivilliga rättsvården. Se sålunda RF § 17: Konungens domsrätt skall uppdragas etc.; ang. innebörden av uttrycket "konungens domsrätt" må för övrigt hänvisas till *Hagman*, Sveriges Grundlagar, Handbok sid. 42 samt *Malmgren* Sveriges Grundlagar sid. 21. *Wrede*, anf. arb. I sid. 90, låter domsrätten innefatta ej blott den dömande utan jämväl den verkställande makten.

enligt vilka domstolarna äro bildade, läran om deras *inre organisation*, än även en framställning av de regler, enligt vilka de processuella uppgifterna fördelas mellan domstolarna, läran om deras *yttre organisation*. Till framställningen om domstolarnas inre organisation kan man, med särskild hänsyn till positiv svensk rätt, lämpligen anknyta redogörelsen för reglerna om domstolarnas sammanträden: tid och ställe därför m. m. dyl.

Man har att skilja mellan domstolarna såsom ämbetsverk, såsom led i statens förvaltningsapparat, och domstolarna såsom rättskipningsorgan; ordet domstol tages i såväl ena som andra betydelsen. Denna skillnads innebörd framträder klart i fråga om de kollegiala domstolar, som bestå av flere avdelningar, t. ex. våra hovrätter. Då man i allmänhet talar om, exempelvis, Svea hovrätt, avser man ämbetsverket; man tänker på institutionen i dess helhet med alla dess funktionärer. Något annat åsyftas, då man talar om, att en rättegång är anhängig vid Svea hovrätt. Det är då den dömande myndigheten, rättskipningsorganet, *domstolen* i en trängre mening, som är i fråga, och denna utgöres ej av ämbetsverket i dess helhet. Den åt hovrätten anförtrodda domsrätten utövas nämligen i varje särskilt fall icke av hela verket utan av en avdelning (division) därav; det är alltså i varje fall en avdelning av ämbetsverket, som utgör *domstolen*. — Beträffande den här nämnda skillnaden må vidare framhållas, att en domstol såsom ämbetsverk inrymmer eller åtminstone kan inrymma, förutom själva domarena, ej blott tjänstemän, som utan att själva döma likväl direkt medverka vid domsrättens utövning, såsom i hovrätterna fiskaler och notarier, utan även sådana tjänstemän, vilkas samband med rättskipningen är mera avlägset, såsom skrivbiträden och vaktmästare.

Tänka vi härefter uteslutande på domstolarna såsom rättskipningsorgan⁸, så gäller det att uppmärksamma skillnaden emellan domstolen och de enskilda domarena. Det är domstolen såsom sådan, som är statens rättskipningsorgan, icke de personer, var för sig, av vilka domstolen är sammansatt.

⁸ Ordet domstol i ordets ovan nämnda trängre och egentliga betydelse är härvid i fråga.

Denna tanke kommer till uttryck däri, att vid meningsskiljaktighet inom en av flere personer bildad domstol den mening, som segrar, blir gällande och framstår såsom ett avgörande av *domstolen*, icke av en pluralitet inom denna.

I det nyss sagda gör ej den omständigheten något undantag, att i en kollegial domstol en av domarena i egenskap av ordförande i viss mån intager och måste intaga en särskild ställning: det är genom honom kollegiet meddelar sig med parter och andra i en rättegång uppträdande personer eller med den menighet, som kan övervara domstolens förhandlingar, och han vidtager åtskilliga åtgärder, som ha avseende å den rent yttre ordningen, såsom förhandlingarnas öppnande och avslutande, bestämmande av ordningsföljden vid avhörande av vittnen m. m. Vare sig ordföranden härvid stöder sig på ett beslut av kollegiet eller handlar utan sådant stöd, är han i sin ordförandeställning att anse såsom organ för domstolen.

Tydligt är, att fränsett den ställning, som i en kollegial domstol en av ledamöterna intager såsom ordförande, någon av ledamöterna (vare sig ordföranden eller annan) kan hava åligganden, så att säga omedelbart i sin egenskap av stats-tjänare inom domstolsväsendets område och icke såsom ledamot av eller, närmare bestämt, organ för domstolen. Detta är i stor utsträckning fallet med häradshövding.

Till de domstolar, som bestå av flere än en domare, anknyter sig begreppet *domförhet*; se rubriken till 23 kap. och 23:1 RB. Med domförhet avses det förhållandet, att enligt lagen ett visst minimiantal domare (domfört antal) måste deltaga i utövningen av den åt en domstol anförtrödda domsrätten, för att domstolens åtgöranden skola vara giltiga; beträffande påföljden av, att ett mindre antal deltager, se 25: 21 RB (sådant lagrummet lydde i 1734 års lag) och jfr ovan sid 78 ff. Det må särskilt påpekas, att begreppet domförhet endast har avseende å ett visst minimum domare, ej å ett maximiantal, låt vara att ett visst maximum kan böra iakttagas.

IV. I § 4 här ovan har den vedertagna indelningen av domstolarna i allmänna domstolar och specialdomstolar omnämnts och till sin innebörd bestämts. I detta arbete ha vi ej att göra med specialdomstolarna.

Enligt en annan indelningsgrund skiljer man emellan ordinarie och extraordinarie domstolar. De förras domsrätt är en gång för alla genom föreskrifter i lag till sin omfattning fastställd; en extraordinär domstol är åter en sådan, som stöder sin behörighet på en för det särskilda fallet utan hänsyn till lagens kompetensregler givna bestämmelse. Denna indelning spelar emellertid ej någon roll enligt svensk rätt; tillsättandet av extraordinära domstolar är nämligen förbjudet genom stadgandet i RF § 16 sista punkten⁹. Den civilprocessuella rättskipningen utövas i vårt land allenast av domstolar, som utgöra fasta och ständiga institutioner i samhällsförfattningen.

V. Domstolarnas statsrättsliga ställning kommer väsentligen till uttryck i den, även i rent processrättsligt avseende (m. h. t. dess vikt såsom garanti för rättskipningens säkerhet) utomordentligt betydelsefulla principen, att domstolarna vid utövningen av sin domsrätt endast äro bundna av lagen, alltså varken skyldiga eller berättigade att med bortseende från lagen, sådan den enligt domarens övertygelse skall tolkas, rätta sig efter befallningar eller anvisningar från vem de än må utgå¹⁰; se RF 47 § ävensom RB 1: 7 och 11 samt 24: 3 och jfr för övrigt ang. domstolarnas förhållande till konungen RF § 16 samt ang. deras förhållande till riksdagen RF §§ 90 och 104

⁹ "Konungen låte en hvar blifva dömd af den domstol, hvarunder han rätteligen hörer och lyder." Stadgandet har sin källa i § 16 av 1772 års RF, där det förklarades, att alla kommissioner, deputationer med domsrätt eller extraordinarie domstolar, vare sig tillsatta av konung eller ständer, hädanefter skulle vara avskaffade, såsom befodringsmedel till envælde och tyranni. Ang. ifrågavarande grundlagsbud och dess historik se *Hagman*, anf. arb. sid. 39 f., ävensom *Fahlbeck*, Regeringsformen i historisk belysning (1910) sid. 69.

¹⁰ Om betydelsen av prejudikat och praxis har förut i §§ 1 och 6 varit tal. Beträffande principen om domstols oavhängighet av administrativ myndighet, se framställningen i § 3.

På de viktiga statsrättsliga spörsmålen om domares prövningsrätt betr. en författnings grundlagsenliga tillkomst eller innehåll skola vi här ej ingå; se därom *Naumann*, Sveriges Statsförfattningsrätt, kap. 39 § 2; *Broomé*, Civilprocessen § 11; *Blomberg*, Om Sveriges högsta domstols statsrättsliga ställning och betydelse, i Ups. univ:s årsskrift för 1880, sid. 79 f.; *Malmgren*, Sveriges Grundlagar sid. 43 f.

och RO § 46. Till värn för domarens självständighet tjänar den i RF § 36 uttalade grundsatsen om deras oavsättlighet ¹¹.

¹¹ I RF § 36 talas om, att domare icke kunna, utan medelst rannsaking och dom, av konungen avsättas från sina innehavande sysslor eller, utan efter egna ansökningar, till andra tjänster befordras eller flyttas. Uppenbart är, att den garanti, som härigenom beretts domare, består icke blott gentemot konungen utan över huvud gentemot alla myndigheter. Trygghet gentemot riksdagen är tillförsäkrad domarena genom RF § 90. Från oavsättlighetsgrundsatsen är dock, som bekant, undantag gjort betr. högsta domstolens ledamöter genom RF § 103.

RF § 36 har, såsom man påpekat (se därom *Broomé*, Några anmärkningar om den svenske domarens inamovibilitet, i Lunds univ:s årsskrift för 1869), tryggt domare mot sådana åtgärder från regeringens sida, som äro för honom ofördelaktiga, men en fara för domarens oberoende kan också ligga däri, att regeringen har i sin hand att fresta honom med belöningar, och häremot reser ej § 36 något hinder. Att söka garantier jämväl i denna riktning, vore dock tvivelsutan att gå för långt.

Tvivelaktigt kan det synas vara, huruvida § 36 skall anses åsyfta alla domare, eller om vissa kategorier böra anses falla utom dess räckvidd. Antager man det förra, så blir lagrummet tillämpligt på sådana domare som nämndemän, handelskunnige ledamöter i rådstuvurätt (enligt lagen ^{20/6} 1905) m. fl. på viss tid utsedde. Att dessa äro domare, och att de (för den tid de äro utsedde) kunna sägas bekläda domareämbete torde vara obestridligt. Jfr. Str.l. 10:1 andra st. och obs., att stadgandet i RB 8:2 p. 7 om hovrätt såsom forum för mål ang. "underdomares ämbetsbrott" även angår orätt dömande av domare, som tillhör någon av nämnda kategorier; jfr ock kap. 9 RB (rubriken och särsk. § 2) samt rättsfall i N. J. A. 1878 sid. 9. Vill man utesluta dem, så blir frågan, var man skall draga gränsen för paragrafens tillämpningsområde. Man kan icke gärna bestämma gränsen så, att man medtager endast domare, som äro utnämnda av konungen, ty därigenom uteslöte man alla andra rådmän än rådmännen i Stockholm (se RF § 31), och det kan icke rimligtvis ifrågasättas att göra en sådan skillnad emellan rådmän i å ena sidan Stockholm, å andra sidan övriga städer. *Hagman*, anf. arb. sid. 88, anmärker vid § 36, att paragrafen avser endast statstjänare (därvid han hänvisar till ordet "andra"), och att nämndemän ej äro "i konungens eller rikets tjänst". Det senare må visserligen formellt sett vara riktigt (jfr 1:2 RB), men i realiteten kan man näppe-ligen göra någon egentlig skillnad emellan illiterata rådmän och t. ex. nämndemän (vi förbise icke härvid, att de förra ha fullmakt av K. B. och äro tillsatta för alltid — det sista gäller för övrigt även om ledamöter i ägodelningsrätt — medan de senare äro utsedda för viss tid). Det torde knappast böra anses uteslutet att tolka § 36 så, att man därunder

Domare äro för fel och försummelse i ämbetet underkastade ansvar; se 25 kap. Str.l. Uppenbart är, att i kollegial domstol endast domare, som biträtt den mening, vilken infattas i domstolens beslut, är ansvarig för samma beslut; ang. ansvarigheten för nämndemän och ledamöter i rådstuvurätt jfr §§ 13 och 14 här nedan.

Konungen vakar genom sin "högste ombudsman", justitiekanslern, över rättvisans handhavande, och åligger det justitiekanslern att beivra fel, som av domare blivitt begångna; se § 27 RF och § 3 i instr. ²⁵/₁₀ 1918 för justitiekanslersämbetet. Såsom riksdagens ombud har justitieombudsmannen att utöva tillsyn över lagarnas efterlevnad av domare samt vederbörligen tilltala dem, som begått någon olaglighet eller underlåtit att behörigen fullgöra sina ämbetsplikter; se § 96 RF och instr. ¹⁴/₅ 1915 för riksdagens justitieombudsman.

I sammanhang med den kontroll, som, enligt vad ovan är antytt, av statsmakterna utövas över domare, vartill för de under hovrätt lydande domarena kommer den av hovrätten handhavda uppsikten (se 8: 1 RB), står den viktiga grundsatsen, att enskild part icke äger anställa åtal mot domare för fel eller brott i ämbetet. Part, som förmenar sig vara förorättad, äger göra anmälan om förhållandet hos justitiekanslern eller justitieombudsmannen eller, vad angår domare, som lyder under hovrätt, hos vederbörande hovrätt; se härom, förutom nyssciterade instruktioner, K. Förkl. ²³/₃ 1807 p. 40. Vad i övrigt angår forum för åtal mot domare med vad mera, som angår sådant åtal, hänvisas till straffprocessrätten.

hänför alla, som inneha domareställning, om ock naturligtvis det icke kan betvivlas, att paragrafen skrivits med tanke blott på domare, vid vars tillsättande konungen eller underordnad statsmyndighet medverkat. För övrigt ligger det icke någon praktisk vikt uppå, om man i förevarande hänseende fattar § 36 på ena eller andra sättet. Även om man anser stadgandet ej vara tillämpligt på sådana domare, som grunda sin behörighet på val av kommunal församling, måste nämligen icke dess mindre antagas gälla, att de icke under sin funktionstid kunna av någon statsmyndighet godtyckligt avlägsnas från domaretjänsten, lika litet för övrigt som de äro underkastade sådan behandling från den församlings sida, som valt dem. Se ock numera *Malmgren*, Sveriges Grundlagars sid. 36.

§ 11.

Huvudprinciper för domstolarnas besättning¹.

I. Här möter först skillnaden emellan domstolar, besatta med en enda lagfaren domare, och domstolar, bestående av flere sådana domare².

¹ Se härom Nya Lagberedningens Principbetänkande del 1 (Om domstolsförfattningen); (finska) Förslag till reform av rättegångsväsendet av 1901 del 1 (Förslag till lag om domstolarna).

² Med *lagfarne* domare (uttrycket förekommer t. ex i lagen ²⁰/₆ 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål) förstås rättskunnige domare.

Man formulerar ofta den frågan, som nu föreligger, så, att man säger densamma gälla, huruvida domstolarna böra vara enmansdomstolar eller kollegiala domstolar. Enligt den innebörd skillnaden härvid erhåller bliva alla domstolar med blott *en* lagfaren domare enmansdomstolar, låt vara att i domstolen vid sidan av denne sitta lekmän, och endast sådana domstolar, som äro besatta med mer än *en* lagfaren ledamot, kollegiala; häradsrätter och rådstuvurätter med illiterata rådmän äro i enlighet med denna bestämning enmansdomstolar. Ifrågakomna bestämning är emellertid knappast lämplig, ty dels är indelningsgrunden i och för sig sådan, att domstolar, som bestå av allenast lekmän, ej komma med (ex. därpå lämna de franska handelsdomstolarna), och dels har indelningen, vad särskilt angår svenska förhållanden, det emot sig, att, såsom nyss nämndes, våra rådstuvurätter med illiterata rådmän skulle vara att karaktärisera såsom enmansdomstolar, vilket är stridande mot det allmänna föreställningssättet, som säkerligen ej vill göra någon skillnad i rubriceringen emellan olika kategorier rådstuvurätter. I betraktande av det sagda synes det lämpligaste vara att tillägga begreppet enmansdomstol den betydelse, som själva ordet angiver, eller betydelsen av domstol, som består av endast *en* man, och beteckna alla andra domstolar såsom kollegiala; kollegial blir sålunda varje domstol, som är så sammansatt, att domen framgår som resultat av fleras gemensamma prövning. [Antingen kunna de flera, som utgöra domstolen, pröva gemensamt, eller ock kan förhållandet vara det, att de bilda olika avdelningar, av vilka vardera har sitt särskilda prövningsgebit. Exempel på det senare lämnar jurydomstolen; för domstolar av denna typ har man i tysk doktrin använt benämningen *sammansatta* domstolar; se sålunda *Kisch*, Unsere Gerichte und ihre Reform (1908) sid. 20. Begreppet kollegialitet täcker ej ifrågakomna typ. Endast med hänsyn till det förhållandet, att flera pröva *gemensamt*, talar man om kollegialitet; kollegial är således vår svenska rådstuvurätt men även häradsrätten, ty häradshövding och nämnd pröva

Frågan, om domstolarna böra vara organiserade på ena eller andra sättet, har egentligen endast avseende å domstolarna i första instans. Vad beträffar domstolar i högre instans, så kan näppeligen ifrågasättas annat, än att de skola besättas med flere lagfarne ledamöter. Endast en sådan sammansättning erbjuder tillfredsställande betingelser för lösningen av de särskilda uppgifter, som åligga en överdomstol: att öva kritik och avgöra rena rättsspörsmål (jfr vad nedan säges).

Då frågan sålunda begränsas till att avse endast domstolarna i första instans, finner man snart, att visserligen en del allmänna synpunkter kunna göras gällande till förmån för den ena och andra organisationen, men att svaret dock ej kan slutgiltigt givas in abstracto. Huru underrättsorganisationen i ett land bör vara gestaltad, är beroende av åtskilliga omständigheter, främst av de grunder, efter vilka det processuella förfarandet är anordnat³. Från antydda faktorer bortser jag till en början och söker endast bestämma, vilka förutsättningar för en riktig prövning den ena och andra domstolstypen i och för sig besitter.

1) Den åsikten är allmänt omfattad, att en domstol, som utgöres av ett collegium av jurister, är domstolen med endast en lagfaren domare överlägsen i förmåga att lösa mera invecklade rättsfrågor; och att det förhåller sig så, synes icke med fog kunna bestridas⁴. Härtill kan läggas, att collegiet jämväl beträffande prövningen av det faktiska åtminstone så till vida har företräde framför den ensamme domaren, som det bereder

gemensamt. Jfr ock sålunda den bestämning, som lämnats av Nya Lagberedningen, Principbetänkandet I sid. 18 f.].

³ Uppenbart är att en viss domstolsorganisation ej kan genomföras i ett land, med mindre landets ekonomiska resurser och tillika tillgång på tillräckligt kvalificerade arbetskrafter möjliggöra en sådan organisation. Till sådana betingelser har jag ej här anledning att taga hänsyn. Till grund för undersökningen lägges endast juridiska synpunkter.

⁴ I finska förslaget sid. 37 går den kommitté, som utarbetat förslaget, längre och uttalar såsom sin bestämda övertygelse, att "domstolar med endast en lagfaren medlem sakna nödiga förutsättningar att kunna på ett tillfredsställande sätt lösa svårare och mera invecklade rättsfrågor".

större trygghet för, att icke någon omständighet av vikt blir förbisedd eller missuppfattad; ”fyra ögon se mer än två”. För utvecklingen av de rent personliga egenskaper hos domaren, som göra honom till en god domare, medför ock kollegialiteten sina fördelar. Arbetet i kollegial rätt skärper den kritiska förmågan och stegrar, enligt vad erfarenheten otvetydigt ådagalägger, sinnet för noggrannhet och ordentlighet; det är, vad det sistnämnda angår, den ömsesidiga kontrollen ledamöterna emellan som övar sin verkan.

Å andra sidan må man icke föreställa sig, att enmansprincipen är i alla avseenden underlägsen. Tvärtom kan man snarare på några viktiga punkter konstatera en överlägsenhet. En domare, som är ensam, arbetar gärna raskare, och förfarandet inför honom gestaltar sig enklare. Den ensamma ställningen höjer känslan av ansvar, vilket åter bidrager till att hålla intresset för domareuppgiften vid makt; att domaren är hänvisad till sig själv, innebär ock vissa moment, som äro särskilt ägnade att rikta hans erfarenhet och göra den mera allsidig. Enmansprincipens goda sidor komma dock företrädesvis till synes, om man sammanställer den med det, praktiskt taget, därifrån oskiljaktiga förhållandet, att det rättsskipningsdistrikt, som anvisas en enmansdomstol, är vida mindre till omfånget än kollegialdomstolens distrikt. Ensamdomaren förvärvar sålunda lätt en personal- och lokalkännedom, som ej gärna är till finnandes hos samtliga domarena i en kollegial rätt eller ens hos någon av dem; till den prövning, som kräver eller vinner på en dylik kännedom, går han därför ofta med större förutsättningar än kollegialdomstolen. Hans större förtrogenhet med personer och förhållanden inom domsagan gör det för honom lättare att utöva en kraftig och riktig processledande verksamhet och gör honom tillika i högre grad skickad till att medla mellan parterna och åstadkomma förlikningar.

2) Emellertid kan man, såsom redan nämnts, icke från rent abstrakta synpunkter bedöma frågan, huru ett lands domstolar böra vara organiserade. För att påvisa detta skall jag ingå i en kortfattad undersökning av de krav på domstolsorganisation, som sammanhänger med de i nyare utländska

processordningar mer eller mindre konsekvent genomförda principerna: muntlighet och bevisomedelbarhet.

Ehuru här ej är rätta platsen att ingående redogöra för dessa principer med deras vittgående och ingripande konsekvenser i olika riktningar⁵, må redan nu till vinnande av nödig grund för den avsedda framställningen principernas innebörd angivas.

Processen är i modern mening muntlig, då avgörandet träffas omedelbart, d. v. s. utan förmedling av skrift, på grundvalen av muntlig förhandling. Denna bestämmning av begreppet muntlighet innefattar två moment: dels skall förhandlingsformen vara muntlig, d. ä. förhandlingen endast ske i det talade ordets form, och dels skall uppfattningen av det talade ordet omedelbart ligga till grund för avgörandet. Alltså får, vad det senare angår, det talade icke upptecknas med den verkan, att allenast eller dock närmast och huvudsakligen läsning av skriften bestämmer omdömet⁶.

Den muntlighet, som ovan antytts, avser, såsom av det sagda framgår, förhandlingen, därmed jag här förstår parternas framställning och utveckling av saken inför domstolen⁷. Vid sidan av begreppet muntlighet, begränsat på detta sätt, har begreppet omedelbarhet sin självständiga betydelse i fråga om bevisningen⁸. Kravet på den omedelbarhet, varom således

⁵ Den närmare framställningen av muntlighets- och bevisomedelbarhetsprinciperna uppskjutes till den avdelning av systemet, som handlar om det processuella förfarandet; såsom inledning till redogörelsen för förfarandet i alla dess detaljer kan lämpligen sättas en översikt av förfarandets huvudprinciper, bland vilka muntlighet och bevisomedelbarhet intaga en förgrundsställning.

⁶ Muntlig förhandling förekommer ännu i avsevärd utsträckning vid de svenska underrätterna, särskilt vid häradsrätterna, men då allt som anföres av vikt för avgörandet skall protokolleras och domen grundas på vad protokollet innehåller, är det ej här fråga om muntlighet utan om skriftlighet i modern mening.

⁷ Det synes mindre lämpligt att, såsom ofta sker, låta begreppet muntlighet omfatta jämväl bevisningen. Alla bevismedel äro ju ej av den art, att det kan bli tal om muntlighet (så skriftliga bevis och syn). Se vidare *mina* uttalanden härom i Tidsskr. f. Retsv. 1921 sid. 155 f.

⁸ Däremot icke vad angår partsförhandlingen, ty redan kravet på muntlighet inbegriper i sig kravet på omedelbarhet.

nu är fråga, innebär, att den bevisande verksamheten skall äga rum vid den domstol, som har att döma i saken (processdomstolen). Alla utsagor av dem, som ha upplysningar att meddela (vittnen, sakkunniga), skola avgivas vid nämnda domstol, och denna har att själv verkställa syn samt granska åberopade skriftliga bevis. Det är dock, då man vill genomföra det moderna kravet på bevisomedelbarhet, ej nog med, att bevisningen föres omedelbart vid processdomstolen; det fordras tillika, för så vitt bevisningen utgöres av muntliga utsagor, att domstolen dömer omedelbart på grundvalen av dessa utsagor.

Då man härefter ser till, vilka konsekvenser muntlighet och bevisomedelbarhet föra med sig med hänsyn till domstolsorganisationen, faller genast i ögonen, att en process, byggd på dessa principer, ställer mycket stora anspråk på domarens förmåga att hastigt och säkert uppfatta. Domaren är härutinnan väsentligen annorlunda ställd i en muntlig än i en skriftlig process. Härav framgår, att nödvändigheten av att i domstolens sammansättning söka garantier för en riktig prövning är ännu större i den muntliga än i den skriftliga processen. Företrädesvis gör denna synpunkt sig gällande beträffande underrätterna. Att det måste vara så, är klart därav, att den tanke, som, oavsett processens karaktär av muntlig eller skriftlig, har ett stort mått av berättigande — den tanken, att tyngdpunkten i en rättegångsordning ligger på underrättsorganisationen och förfarandet vid underrätterna⁹ — i alldeles särskild grad äger sin riktighet, om processen är anordnad enligt muntlighets- och bevisomedelbarhetsgrundsatserna.

Anser man, att ett förfarande, som är baserat på nyssnämnda grundsatser, bereder ökad trygghet för ett avgörande, som träffar det materiellt rätta, så följer därav närmast, att förfarandet ej blott i första utan även i högre instans bör vara

⁹ Rättegångsväsendet bör uppenbarligen vara sådant, att redan prövningen i första instans innefattar fullgoda garantier för ett riktigt resultat, och det bör icke vara så ställt, att part först i högre instans kan förvänta ett bedömande, som förtjänar förtroende. Att denna tanke bör vara ledande, framstår särskilt klart, om man erinrar sig det faktum, att flertalet mål ej fullföljas från första till högre instans.

grundat på dessa principer. Men det inses lätt, att denna tanke är utomordentligt svår att konsekvent genomföra. Dess fullt konsekventa genomförande skulle innebära, att vid fullföljd av talan till högre instans processen därstädes mindre komme att te sig som en fortsättning av processen i lägre instans än som ett anhängiggörande av en ny process om samma sak. Den högre instansens prövning bleve icke en överprövning utan snarare en ny fristående prövning. Det ligger i öppen dag, att en sådan anordning skulle möta mycket stora betänkligheter: stegrade kostnader och besvär för parterna, fara för att utredning och bevisning, som framlagts i lägre instans, icke vidare vore tillgänglig då målet komme till den högre, en betydande ökning av den högre instansens arbetsbörda och såsom följd därav förstärkning av arbetskrafterna därstädes med därav förorsakad ökning i kostnaderna för det allmänna, och slutligen så till vida ett minskande av garantierna för en god rättskipning, som den högre instansens prövning ej erhöle karaktären av en verklig överprövning. I betraktande av dessa omständigheter måste lagstiftningen sörja för, att åtminstone delvis samma material, som legat till grund för den lägre instansens prövning, kan framläggas även för den högre. Denna utväg förutsätter, att i viss omfattning processmaterialet vid underrätten bevaras för framtiden genom att fixeras i skrift; protokollation blir m. a. o. nödvändig. Dock kan protokollationen icke erhålla samma betydelse och omfång som i en skriftlig process. En fullständig protokollation låter nämligen mindre väl förena sig med upprätthållandet av muntlighets- och bevisomedelbarhetsgrundsatserna i den lägre instansen. Och därtill kommer, att en sådan protokollation ej är med hänsyn till möjligheten av målets fullföljande till högre instans av nöden, ty visserligen låter det sig göra att med avseende å förfarandet därstädes modifiera och medgiva undantag från ifrågavarande grundsatser, men fullständigt uppgivas kunna desamma av ovan antydda skäl icke.

Vad nu utvecklats giver vid handen, att regleringen av rättsmedelssystemet bereder alldeles särskilda svårigheter i den moderna processen. Dessa svårigheter framtvunga en lösning i den riktningen, att man inskränker parts rätt att draga saken

under högre rätts prövning, framför allt så, att man begränsar användningen av rättsmedlet *appell*¹⁰. I samma utsträckning som i skriftlig process kan ej i den muntliga appell till högre rätt äga rum; mer än en appellinstans kan icke gärna finnas. Anser man, att det över huvud bör finnas tre instanser, kommer således den sista instansens uppgift att bestå allenast i prövning av — förutom rimligtvis frågan, huruvida laga former iakttagits — rättsfrågan. Begränsningen av rätten till appell för emellertid i sin ordning med sig, att det ligger mycket stor vikt uppå, att underrätterna äro så kvalificerade, att de kunna behörigen fylla de större uppgifter, som sålunda läggas på dem.

Till det sagda kommer den omständigheten, att man i en muntlig process, där av lätt insedda skäl processföringen har en tendens att medföra ökade utgifter och större rent personlig möda för parterna, måste vara särskilt betänkt på att, i synnerhet vad angår mindre mål (därmed i främsta rummet förstås rättegångar angående jämförelsevis mindre betydande värden), göra appellinstansen lätt tillgänglig. Dess domkrets bör helst icke hava en mycket stor utsträckning.

De synpunkter, som här ovan framlagts, hava varit bestämmande vid de reformarbeten på processlagstiftningens område, som sedan mitten av förra århundradet bedrivits i ett flertal europeiska stater och satt frukt i nya lagar eller lagförslag. Man har vid dessa lagstiftningsarbeten därjämte utgått från den åsikten, att den domstol, som utgöres av ett kollegium av jurister, är enmansdomstolen i det stora hela överlägsen. Tankegången vid valet emellan den ena och andra av dessa domstolstyper har i allmänhet varit den, att det i och för sig vore en förmån, om alla rättegångsmål kunde handläggas av kollegiala domstolar, och att, då detta av kostnadsskäl icke låter sig åstadkomma, åtminstone alla mål, som äro mera

¹⁰ Appell är det rättsmedel, som medger att till högre rätts prövning hänskjuta saken i hela dess vidd, såväl "bevisfrågan" som "rättsfrågan"; den högre rätten kan således pröva både de faktiska och de rättsliga förutsättningarna för domens riktighet. För de rättsmedel, som representera den andra vid sidan av appel stående huvudtypen — rättsmedlen revision och kassation — är det karaktäristiska, att till högre rätts prövning endast rättsfrågan kan överlämnas. Se närmare härom *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 12 ff.

betydande, böra förläggas till kollegial domstol. Beträffande de mindre betydande målen slår man sig till ro med, att deras avdömande av sådan domstol icke är av hänsyn till rättsskipningens säkerhet strängt nödvändigt.

I överensstämmelse härmed har den moderna domstolsinrättningen, vad civilprocessen angår, kommit att förete följande för de flesta hithörande lagstiftningar gemensamma huvuddrag. I första instans finnas två slag av domstolar: dels enmansdomstolar, dels, av lagfarna domare sammansatta, kollegiala domstolar. Mot denna anordning svarar en indelning av målen i två klasser: obetydligare och viktigare mål. De förra har man förlagt till enmans-, de senare till de kollegiala domstolarna. Tvisteföremålets värde är huvudgrunden för bestämmandet av gränsen emellan de båda klasserna, dock har man hänfört vissa mål, utan avseende å värdet, till den ena eller andra kategorien, därvid tanken över huvud varit den, att mål, som på grund av tvisteämnets natur äro enkla eller fordra skyndsamhet, böra handläggas av enmansdomstolar, övriga mål av kollegiala domstolar. Förutom uppgiften att döma i första instans ha de kollegiala underrätterna erhållit uppgiften att fungera såsom appellinstans för mål, som i första instans handlagts av enmansdomstol, för så vitt nu över huvud fullföljd är medgiven, vilket med hänsyn till tvistemålets ringhet icke genomgående är fallet¹¹. De högre instanserna äro kollegier av jurister; en för hela landet gemensam högsta domstol finnes

¹¹ En domstolsorganisation med två slags domstolar i första instans, enmans- och kollegiala domstolar, av vilka de senare jämväl fungera såsom appellinstans i förhållande till de förra, finnas i Tyskland, Österrike och Danmark (enl. Lov om Rettens Pleje ¹¹/₄ 1916) ävensom i Frankrike och över huvud i de länder, vilkas civilprocessrätt tillhör den franska typen, såsom Belgien, Holland, Italien m. fl.; dessutom är samma organisation föreslagen i finska förslagen till reform av rättegångsväsendet. Enligt de nya norska lagarna ¹³/₈ 1915 (lov om domstolene och lov om rettegangsmaaten i tvistemaal) är ordningen väsentligen avvikande. Bortsett från forliksraadene, som svara mot förutvarande forlikskommissioner, äro domstolarna i första instans enmansdomstolar (herredes- och byretterne); dock att märka, att lagmandsretterne, vilkas huvuduppgift är att döma i andra instans såsom apelldomstolar, kunna i första hand upptaga tvistemål (med vissa undantag), när båda parterna äro ense därom.

överallt, och vanligen finnas därjämte appellationsdomstolar, som hava ställningen av instans emellan underrätterna och högsta domstolen¹². Beträffande fullföljden till högre rätt gäller, att rättigheten att klaga med användande av rättsmedlet *appell* är begränsad sålunda, att part kan appellera endast *en* gång, till *en* högre instans. Där fullföljd är medgiven en andra gång, är det rättsmedel, som står till buds, av en annan typ än appelltypen¹³. Högsta domstolen är nästan ingenstädes appell-domstol¹⁴ utan revisions- eller kassationsdomstol¹⁵. För övrigt bestå i fråga om den närmare regleringen av instansföljden åtskilliga olikheter emellan de särskilda lagstiftningarna¹⁶.

3) Den framställning, som ovan lämnats, torde hava ådagalagt, att det består ett oskiljaktigt sammanhang emellan domstolsinrättningen och det processuella förfarandet, och att särskilt sambandet emellan domstolsinrättningen och rättsmedelssystemet är intimt. Man kan därför icke skrida till en reform av domstolsinrättningen utan att förut ha för sig klar-

¹² Dylika appellationsdomstolar finnas icke enl. danska processlagen. Domstolsinrättningen omfattar, förutom Underretterne och Landsretterne (vilka senare dels döma i första instans dels utgöra andra instans i förhållande till underrätterna), allenast Højesteret.

¹³ Jfr ovan not. 10. Beträffande dansk rätt märkes emellertid § 435 i lagen, som under villkor av justitieministerns tillstånd medgiver ytterligare appell (Anke) mot Landsrettens dom i en från underrätt dit appellerad sak.

¹⁴ Appelldomstol är Højesteret enl. nya danska lagen.

¹⁵ I Tyskland, Österrike och Norge ävensom enl. finska förslagen är högsta domstolen revisionsdomstol; i Frankrike och de länder, som stå under inflytande av fransk lagstiftning, är nämnda domstol kassationsdomstol.

¹⁶ Ett huvudspörsmål är, huruvida — under förutsättning, att det medgivits att överklaga dom, som kollegial underrätt (i sin egenskap av appellinstans) meddelat i dit från enmansdomstol fullföljt mål — sådan klagan skall föras hos vederbörande appellationsdomstol eller hos högsta domstolen. Enligt det senare alternativet (som är antaget i österrikisk rätt) är högsta domstolen tredje och sista instans i alla mål, som över huvud kunna prövas av tre instanser; enligt det förra alternativet (som valts i finska förslagen) saknas en för hela riket gemensam högsta instans i alla de mål, som i första instans upptagas av enmansdomstol.

gjort, efter vilka regler domstolarna skola arbeta, m. a. o. huru förfarandet skall vara gestaltat, och omvänt gäller, att man icke kan uppgöra regler för förfarandet utan att vara på det klara med, att domstolarna, som skola handhava reglerna, äro skickade därtill.

Har man vid en rättegångsreform att räkna med ett skriftligt förfarande, så finnes för civilprocessens del, efter min mening, ej ens beträffande de större målen något oeftergivligt behov av att övergå från domstolar med *en* lagfaren domare till kollegialdomstolar i första instans¹⁷. Frågan kommer i ett väsentligen annat läge, om (och annat kan ju svårigen antagas) förfarandet skall grundas på de moderna principerna muntlighet och bevisomedelbarhet. Det kan, så vitt jag förmår döma, icke gärna bestridas, att den flerestädes, där processen är muntlig, antagna domstolsinrättningen med två slags domstolar i första instans har för sig goda skäl, i det att nämligen domarekollegiet bereder större garantier för en god rättskipning i de större och viktigare målen än enmansdomstolen, medan å andra sidan denna sistnämnda, med hänsyn till dess lättare tillgänglighet och de mindre utgifter processföring vid densamma förorsakar, till fullo försvarar sin plats beträffande övriga mål¹⁸. Spörsmålet synes icke rättvisligen kunna gälla, huruvida ifrågasvarande moderna domstolsinrättning eller en ordning, som blott har domstolar besatta med en enda jurist i första instans, är att föredraga, utan spörsmålet är detta: är det över huvud

¹⁷ Huruvida detsamma utan undantag kan sägas med avseende å straffprocessen, synes mig allvarligt kunna ifrågasättas. Starka skäl tala för, att brottmål, i vilka fråga är om straff för ett mycket groft brott, icke upptagas av domstolar, i vilka en enda lagfaren domare har säte; värdet av vad som för den tilltalade står på spel, synes fordra den garanti, som ligger däri, att saken prövas av flere jurister.

¹⁸ Det bör icke lämnas oanmärkt, att jämväl en del betänkligheter kunna göras gällande mot ifrågasvarande ordning med två slags domstolar i första instans och en däremot svarande indelning av målen i två klasser: systemet är något invecklat och kan lätt giva upphov till kompetenskonflikter, varjämte det är svårt, för att icke säga omöjligt, att finna fullt tillförlitliga grunder för en sådan klassifikation, att de svårare och viktigare målen hänföras till kollegialdomstol, övriga mål till enmansdomstol.

möjligt och försvarligt att anförtro handhavandet av en muntlig process åt domstolar av sistsagda slag? Där införandet av den modärna domstolsinrättningen stöter på svårigheter, framför allt med hänsyn till kostnaderna, måste den senare frågan uppställas och grundligt tagas i övervägande. Att bestämt besvara densamma nekande, låter sig tydligtvis icke göra, om man tänker på det i England härskande systemet med enmansdomstolar i första instans och vidare på den domstolsinrättning för tvistemålens del, som är antagen i Norge genom 1915 års processlagar. Så mycket torde emellertid vara säkert, att kombinationen muntlig process och domstolar, beklädda med en enda jurist, med nödvändighet kräver, att domaren besitter synnerligen stora förutsättningar för sitt kall, i all synnerhet vad angår de större och merendels mera invecklade målen. Och det synes knappast kunna råda meningsskiljaktighet därom, att våra svenska häradsrätter¹⁹ och rådstuvurätter i de mindre städerna icke för närvarande fylla de anspråk, som man, där processen är muntlig, måste ställa på domstolen.

4) De svenska processreformförslag, som hittills sett dagen, ha icke ifrågasatt någon genomgripande omdaning av domstolsinrättningen, och någon sådan har ej heller påkallats av de principer för förfarandet, som i förslagen förordats. Vad beträffar domstolarna i första instans, så ha både Lagkommittén²⁰ och Lagberedningen²¹ föreslagit bibehållande av båda de nuvarande typerna: för landsbygden domstol, bestående av

¹⁹ Jag tänker härvid särskilt därpå, att häradsrätterna i mycket stor utsträckning äro besatta med unga och oerfarna vikarier. Åtskilligt har ju dock redan åtgjorts för vikariatsfrågans lösning, och man bör ju hoppas, att denna fråga skall visa sig kunna på ett tillfredsställande sätt ordnas.

²⁰ Se Lagkom:s förslag till allmän civillag av 1838, Rättegångsbalken kap. 2 och 3.

²¹ Se förslag till rättegångsbalk av 1849, förra delen kap. 2 och 3. Lagbered:ns förslag i förevarande delar företer vissa olikheter med Lagkom:ns; Bered:n dels ville nedsätta det antal nämndemän, som skulle fordras för fullsutten rätt, till högst fem minst tre, dels tänkte sig beträffande domstolsinrättningen i städerna, såsom regel, att domstolen skulle bestå av domare och nämnd, och såsom undantag, att ett kollegium av lagfarna domare skulle vara domstol.

en lagfaren domare (häradshövdingen) jämte nämnd, och för städerna domstol, bestående av ett kollegium av lagfarna domare, dock skulle de mindre städerna hava domstol, bildad på samma sätt som häradsrätten, eller ock, om stad vore så ringa, att den icke lämpligen kunde hava särskild domstol, lyda under häradsrätt. De nuvarande rådstuvurätterna med lagfaren domare såsom ordförande (borgmästaren) och lekmän såsom bisittare (s. k. illiterata rådmän) ha utmönstrats. Nya lagberedningens förslag till domstolsförfattning företer inga väsentliga avvikelser från Lagkom:ns och Lagbered:ns förslag ²².

II. Det andra huvudspörsmål, som skall behandlas i denna §, angår domstolarnas besättande med lekmän, d. v. s. med personer, av vilka icke kräves någon särskild juridisk utbildning, och vilka — torde man kunna tillägga — icke yrkesmässigt utöva domarekallet ²³. Den undersökning, som i det

²² Se principbetänkandet I särsk. kap. 1—3.

Ännu — vid arbetet på utgivandet av förevarande 2:dra upplaga av detta arbete (våren 1923) — föreligger ej något förslag till domstolsförfattning från dem, som hava hand om det pågående utredningsarbetet ang. rättegångsreformen. I vilken riktning förslaget betr. domstolarna i första instans åtminstone på ett tidigare stadium av arbetet tänkts skola gå, är emellertid antytt i en artikel av *Hellner* i Svensk Juristtidning för 1916, betitlad: Domstolsorganisationen och rättegången i tvistemål i första instans. Man har enl. denna artikel tänkt sig en domstolsinrättning av samma typ som den i flertalet länder med muntlig process antagna och här ovan angivna, alltså två slags domstolar i första instans, dels för den största gruppen av mål domstol, besatt med en jurist (häradsrätt resp. rådstuvurätt), och dels för mål av mera speciell karaktär och för tvister, som angå högre värden, domstol, beklädd med tre jurister (lagmansrätt). Beträffande tvister, som endast med hänsyn till förmögensvärdet skulle hänföras till lagmansrätt, var påtänkt att lämna käranden valrätt emellan ordsdomstolen (häradsrätt resp. rådstuvurätten) och lagmansrätten, så att följaktligen käranden skulle efter sitt förgottfinnande äga vända sig till den ena eller andra domstolen. Hovrätt skulle vara andra instans i förhållande till icke blott lagmansrätt utan även häradsrätt och rådstuvurätt. (I detta sistnämnda hänseende avviker den ifrågasatta ordningen från den i utlandet vanliga ordning, för vilken ovan redogjorts. — Vad som planerats ang. domstolarnas besättande med lekmän anges här nedan.)

²³ Ang. detta ämne ha vi att anteckna *Fahlcrantz*, Rättfärdighet i rättskipning (1903), särsk. sid. 598—657, ävensom av samme författare,

följande ägnas detta spörsmål bygger på den förutsättningen, att det processuella förfarandet är grundat på muntlighets- och bevisomedelbarhetsprinciperna. Det är alltså vad angår svensk rätt, fråga om en undersökning *de lege ferenda* och icke *de lege lata*. I en skriftlig process, sådan som den nuvarande svenska processen, har spörsmålet om lekmäns deltagande i rättskipningen en jämförelsevis mycket underordnad betydelse. Det är ju nämligen i en sådan process ej möjligt för lekmän — i brist på tillförlitlig och tillräckligt uttömmande kunskap om sakförhållandet — att göra någon mera avsevärd insats vid prövningen av målet.

Då den rättstillämpning, som utgör en huvuddel av domstolens uppgift, enligt min mening icke i allmänhet kan anförtros åt allenast lekmän²⁴, går förevarande spörsmål icke ut därpå, huruvida domstolarna böra vara beklädda med lagfarna domare eller lekmän, utan därpå, huruvida den lagfarne domaren bör hava vid sin sida lekmän samt, i händelse denna fråga besvaras jakande, huru lekmanneelementet bör vara organiserat och huru förhållandet emellan fackdomare och lekmän bör ordnas. Det må ock framhållas, att de ingående undersökningar, som man, sedan den stora reformperioden på processrättens område i mitten av förra århundradet tog sin början, har ägnat åt detta ämne, huvudsakligen gällt första instansdomstolarnas sammansättning. Och detta är fullt stämmande med sakens natur; samma skäl, som tala för att organisera de högre instanserna såsom kollegier av jurister, komma även här i betraktande.

Lekmanneelementets användande och ställning inom civilprocessen i skilda länder (1922); och vidare en uppsats av *Engströmer*, Om lekmäns deltagande i rättskipningen, i *Nordisk tidskrift för 1912* sid. 437—449.

²⁴ Undantag kan ifrågasättas beträffande mål, vilkas avgörande kräver särskilda fackinsikter och vilka därför anses böra förläggas till specialdomstol. (Exempel på rena lekmanndomstolar lämna de franska handelsdomstolarna.) De frågor, som angå inrättande av specialdomstolar, har jag ej anledning att här upptaga till behandling. — I en del länder har domsrätt lämnats åt förlikningskommissioner och dessa bekläts med allenast lekmän; så är enl. den nya norska lagstiftningen fallet med forliksraadene (ang. deras domsmyndighet se § 1 i loven om rettergangsmaaten i tvistemaal).

En samverkan emellan fackdomare och lekmän är tänkbar och har historiskt framträtt i två huvudformer. Enligt den ena pröva fackdomare och lekmän tillsammans målet i hela dess vidd. Domstolar av denna typ äro våra svenska häradsrätter samt rådstuvurätter med illiterata rådmän²⁵. Dessa domstolar äro uttryck för olika principer med hänsyn till den befogenhet, som tillkommer varje enskild lekman i rätten, ehuru väl därutinnan råder likhet, att lekmännen såväl i den ena som i den andra av nämnda domstolar, efter vad nyss antyddes, deltaga med fackdomaren i prövningen av saken i dess helhet. I häradsrätten kunna lekmännen (nämnden) sägas i viss mån tillsammans bilda ett kollegium för sig inom rätten; den enskilde lekmannen är nämligen icke i inflytande jämnställd med fackdomaren, utan förhållandet är ordnat så, att om olika meningar yttras inom rätten fackdomarens mening blir avgörande utom för det fall, att alla lekmännen enat sig om annan mening. I rådstuvurätten har däremot varje domare, lekmännen (de illiterata rådmännen) lika väl som fackdomaren, sin röst, så att pluraliteten av de röstande bestämmer avgörandet²⁶. — Den andra huvudformen representeras av jurydomstolen. Utmärkande för denna är den delning av prövningsuppgifterna, som äger rum. Fackdomaren har sin särskilda uppgift, lekmännen (juryn) sin. I brottmålen, som utgöra denna domstols egentliga funktionsområde, har juryn att pröva skuldfrågan, juristen straff-frågan²⁷.

²⁵ Andra exempel på domstolar av sistnämnda typ äro de norska herreds- och byretterne samt lagmandsretterne (i de fall, då lekmän sitta i rätten — se §§ 323 och 324 i loven om rettergangsmaaten i tvistemål) ävensom de tyska Schöffengerichte. De senare äro brottmålsdomstolar.

²⁶ Detta är fallet jämväl med handelskunniga ledamöter i rådstuvurätt (enl. lagen ³⁰/₆ 1905) och likaledes med de lekmän, som skola hava säte och stämma i rådstuvurätt enl. § 314 sjölagen eller § 20 i förordn. ¹⁰/₆ 1884 ang. patent. — De i närmast föregående not omnämnda utländska domstolarna äro ock bildade enl. denna princip.

²⁷ Att angiva fördelningen så, att på den ena sidan kommer prövningen av det faktiska, på den andra sidan prövningen av det rättsliga, är uppenbarligen oriktigt. Prövningen av skuldfrågan inbegriper nämligen viktiga (ja de allra viktigaste) rättsliga spørsmål.

Juryn företer en ej ringa *yttre* likhet med den svenska nämnden.

1) Det är företrädesvis med hänsyn till straffprocessen, som krav på lekmännens deltagande i rättskipningen framställts. Åtskilliga omständigheter ha varit orsak härtill. I straffrättskipningen gäller det i stor omfattning avgöranden, som angå samhällsmedlemmarnes allra viktigaste intresse, och man har i lekmannelementets upptagande i domstolarna ansett sig erhålla en garanti mot godtycklig behandling från de maktägandes sida. Frågan har sålunda mångenstädes kommit att ingå såsom led i ett politiskt program. Även oavsett dylika synpunkter synas de skäl, som tala för att låta lekmän medverka vid rättskipningen, äga större betydelse för straff- än för civilprocessens del. Skillnaden beror därpå, att i brottmål det faktiska, bevisfrågan, merendels träder starkt i förgrunden, medan däremot i civilmålen, särskilt i de större och mera invecklade tvisterna, svårlösta rättsspörsmål ofta yppa sig, under det att fastställandet av det faktiska förloppet icke erbjuder några svårigheter. Och det ligger i öppen dag, att om överhuvudtaget domstolarna skola kunna anses bli bättre kvalificerade genom förstärkning med lekmän detta måste ha sin grund i den nytta dessa förmå göra med hänsyn till sakförhållandets fastställande; tillräckliga förutsättningar för bedömande av rena rättsfrågor av åtminstone något svårare beskaffenhet äga de givetvis icke. Emellertid har dock förevarande ämne ingalunda avseende uteslutande å straffprocessen; det möter även då det gäller att undersöka, huru de domstolar, vilka skola omhändertaga den civila rättskipningen, lämpligast böra vara inrättade, detta så mycket mera som jämväl andra synpunkter än de redan antydda hava anspråk på beaktande. I det följande skola vi i korthet granska vad som kan anföras och huvudsakligen har anförts för och emot lekmäns upptagande i domstolarna. Undersökningen angår blott de civila domstolarna, och den bortser från andra argument än sådana, som verkligen taga sikte på det härvidlag avgörande: är rättskipningen bäst tjänt med rena juristdomstolar eller med domstolar, i vilka både jurister och lekmän hava säte och stämma?

Den väsentliga skillnaden dem emellan framgår emellertid, utan möjlighet till missförstånd, av vad i texten utvecklats.

2) A. Till en början må tillses, i vad mån man med fog kan tala om, att lekmannaelementet bereder ökade förutsättningar för en god prövning. Det är, så vitt jag kan finna, två punkter man härvid företrädesvis har att fästa sig vid: a) frågan om större sakkunskap vid bedömandet av fakta; b) lekmännens böjelse för att individualisera.

Ad a). Lekmännen måste antagas besitta, var och en inom det område, där han lever och är verksam, en kunskap och livserfarenhet, som juristerna med sin speciella utbildning och yrkesutövning ej kunna förväntas skola tillföra domstolen. Ligger nu i en rättegång sakförhållandet på ett område, med vilket lekmännen äro särskilt förtrogna, så har tydligtvis genom deras deltagande i avgörandet säkerheten för en god utgång stegrats. För vissa speciella uppgifter synas lekmän vara särskilt lämpade — överhuvud för prövningen av sådana fall, i vilka det är fråga om att diskretionärt bestämma, vad någon skall bekomma i ersättning eller underhåll — men att dessa fall ej äro de enda, i vilka ett lekmannaelement kan vara till gagn, säger sig själv. Överallt, där sakförhållandet är av den mer eller mindre egenartade beskaffenhet, att en riktig uppfattning därav förutsätter en erfarenhet, vars förvärvande faller utom de gränser, inom vilka fackdomarens verksamhet rör sig, gör det nu framhållna argumentet till förmån för lekmannaelementet sig gällande.

Vid närmare övervägande finner man emellertid lätt, att de skäl för domstolarnas besättning med lekmän, som innefattas i det nu anförda, i själva verket icke ha så stor räckvidd som det kan synas, eller, rättare, att de knappast tala för att göra lekmän till en fast och oföränderlig beståndsdel av de allmänna domstolarna. Det är ingalunda så, att i alla eller ens i flertalet tvistemål någon särskild sakkunskap är av nöden för bedömande av det faktiska, och för så vitt detta icke är förhållandet kan man ej på den grund, om vilken förut varit tal, förorda upptagandet i domstolarna av ett lekmannaelement. Om ej lekmännen tillföra domstolen ett plus av betingelser för en riktig prövning, så innebär deras medverkan om ej annat så åtminstone det, att man använder en större rättskipningsapparat än nöden kräver, och att detta icke är försvarligt, ligger

i öppen dag. Men om också sakförhållandet icke är så beskaffat, att dess uppfattande kräver speciella insikter, så synes likväl säkerheten för en riktig prövning ej kunna annat än ökas därigenom, att man riktar domstolen med den fond av människokännedom och allmän livserfarenhet, som lekmännen representera — den tanken och invändningen mot vad nyss yttrats ligger nära till hands. En sak kan ju nästan alltid ses från olika sidor, och lekmannen, om också ej speciellt sakkunnig, är gärna böjd för att se saken från annan sida än juristen. Denna synpunkt är viktig, dock endast till en mindre del vad angår tvistemålen (t. ex. vissa äktenskapsmål). Sin egentliga betydelse har den beträffande brottmålen; i dem är det verkligen i stor utsträckning endast fråga om att bedöma företeelser med den enkelhet och fördomsfrihet och det allmänförstånd, som äro utmärkande för (den med ej allt för små kvalifikationer utrustade) lekmanndomarens prövning. Saksammanhanget i tvistemålen är däremot mycket ofta, där det ej är av natur att påkalla några speciella insikter, antingen så enkelt, att det är alldeles överflödigt att sätta lekmän vid sidan om yrkesdomaren (t. ex. den stora mängden kravmål) eller ock så invecklat, att det fordras yrkesdomarens stora rutin och vana vid prövningen av de mest skiftande förhållanden att fullt behärska fallet.

Ännu en synpunkt kräver beaktande. Rättskipningen i tvistemål omfattar ett så oerhört område, att själva tanken att besätta en domstol med lekmän, som äga sakkunskap på alla möjliga områden, faller på sin egen orimlighet. Det måste således, om man gör lekmanneelementet till en fast och oföränderlig domstolsbeståndsdel, bliva en ren tillfällighet, om den sakkunskap, varpå det i ett visst fall kommer an, är företrädd i domstolen.

Ad b). I rättskipningen göra två olika tendenser sig gällande: tendensen att följa regel och tendensen att individualisera²⁸. I den mån den förra får råda, tager man vid prövningen av det konkreta fallet fasta på det typiska hos fallet, på det, som gör att fallet kan subsumeras under en viss i lagen omedelbart given regel eller därav härledd princip; man

²⁸ Om dessa olika tendenser i rättskipningen jfr särskilt *Bentzon*, Retskilderne § 8.

har öppet öga för behovet av kontinuitet i rättskipningen, för nödvändigheten av, att i rättssäkerhetens intresse lika fall behandlas lika. Om denna tendens starkt och ensidigt betonas, leder den lätt till en viss torrhet och obillighet, till en strävan att med bortseende från det särskilda fallets egendomligheter låta likheterna mellan detsamma och tidigare avdömda fall vara avgörande. Att hos yrkesdomaren en viss benägenhet för att allt för mycket skatta åt denna tendens ej sällan skall framträda, är ganska naturligt och bekräftas av erfarenheten. Mot denna tendens åstadkommer lekmanneelementet en motvikt. Lekmannen står fri inför det konkreta fallet, han är så mycket säkrare obunden av regler och principer, som han merendels är så tämligen okunnig om deras existens eller närmare innehåll. Han är böjd för att fullt ut individualisera, att låta allt det komma till sin fulla rätt, som man gemenligen sammanfattar under benämningen billighet.

Individualiseringstendensen har det allra största berättigande, men det får å andra sidan ej förbises, att om den ej hålles inom behöriga gränser därav uppstår en kanske ännu större fara för rättskipningen än av en övermäktig tendens till regelmässighet. Lagen skall vara domarens högsta rättesnöre, den får han ej under några förhållanden sätta sig över. Att vid rättskipningen genomföra individualiseringen till dess yttersta konsekvenser, är att sätta sin vilja högre än den i lagen till uttryck komna allmänna folkviljan, och därigenom rubbas själva grundförutsättningen för ett betryggt rättstillstånd. Och man må icke föreställa sig, att den rättskipning, som alldeles behärskas av ifrågavarande tendens, kan försvaras eller åtminstone ursäktas från synpunkten av en högre, över lagen stående rättfärdighet, eller från den synpunkt, som kommer fram i domareregeln vackra ord: den menige mans bästa är den yppersta lagen. Varje domare är ofullkomlig och löper städse faran att göra misstag, men allra mest utsatt härför är den domare, som utan att känna sig ovillkorligen bunden av den objektiva rätten vill blott låta sig ledas av sin subjektiva uppfattning av vad rättfärdighet och billighet bjuda i det särskilda fallet. Det torde vara obestridligt, att lekmanrättskipningens svaga punkt ligger i vad nu utvecklats. Och en överdriven

individualisering från lekmannadomarens sida är så mycket betänkligare, som denne mycket ofta sitter inne med mindre betingelser än yrkesdomaren att objektivt och lidelsefritt se på det föreliggande fallet med alla dess detaljer ²⁹; det är framför allt vanan och övningen att döma, som härutinnan verka utbildande, och tillräcklig sådan vana och övning förvärvar knappast lekmannadomaren.

c) En sammanfattning av vad ovan under a) och b) anförts giver vid handen, att såframt lösningen av frågan om lekmäns medverkan vid rättskipningen i tvistemål skall bestämmas allenast av syftet att åstadkomma de bästa möjliga garantier för avgöranden, som verkligen träffa det materiellt rätta, de problem, som möta, äro dessa: lekmän böra deltaga i avgörandet av mål, i vilka sammanhanget är så beskaffat, att dess bedömande kräver särskild sakkunskap, och det bör sörjas för, att i varje särskilt fall just den sakkunskap är till finnandes, som fallets natur påkallar; vidare bör man söka åstadkomma en sådan samverkan emellan yrkesdomare och lekmän, som är ägnad att på en gång bevara fördelarna av lekmäns deltagande och avlägsna olägenheterna därav. Det vill synas, som om de förra önskemålen skulle kunna tillgodoses genom regler, som gå i den riktningen, att dels domstolarna besättas med lekmän i vissa bestämda mål av mera speciell natur och därutöver i mål, där domstolen finner det önskligt, att lekmän deltaga, dels lekmännen utses särskilt för varje mål med hänsyn till den sakkunskap, som däri är påkallad ³⁰. Angående for-

²⁹ Att de betänkligheter mot lekmannarättskipningen, som här förts fram, icke äro utan grund, därom vittna i synnerhet vissa erfarenheter av utländska jurydomstolars sätt att avgöra frågan om tilltalads skuld; särskilt har man här anledning att tänka på de franska jurydomstolarnas allbekanta bedömande av *crimes passionnels*. (Man må emellertid icke föreställa sig, att juryfrågan är avgjord med en dylik hänvisning till vissa betänkliga företeelser i utländsk jurypraxis. Crimes passionnels täcka icke hela området för en juries prövning, och den omständigheten, att dessa brott av jury i ett land icke bedömas med all önskelig objektivitet, utgör intet bevis för, att de av jury i ett annat land skola bedömas på samma sätt; folktemperamentet är härvid bestämmande.)

³⁰ I en sådan riktning gå bestämmelserna i den norska processlag-

men för samverkan emellan yrkesdomare och lekmän blir tillfälle att nedan yttra några ord.

B. Det är icke tillräckligt, att rättskipningen är god, staten måste också se till, att den omfattas med förtroende av folket. Denna obestriddiga sanning anger en mycket viktig synpunkt för organisationen av domstolarna. Bland de skäl, som tala för domstolarnas besättning med lekmän, finner man städse det resonemanget, att allmänheten hyser ett vida större intresse för och en vida större tillit till rättskipningen, om den handhaves av domstolar, i vilka dess egna representanter hava säte, än om domstolarna äro rena juristdomstolar; de domstolar, i vilka lekmän sitta, bliva i verklig mening folkliga institutioner, och deras domar framstå icke såsom resultat av en för folket främmande juridisk konst utan såsom uttryck för folkets eget rättsmedvetande. Detta resonemang synes grundat på en riktig psykologi och det förefaller a priori sannolikt, att det är riktigt. Frågan är emellertid icke av teoretisk art och kan ej besvaras in abstracto. Varje lagstiftare måste besvara densamma för sin tid och för sitt folk; avgörande måste det resultat bliva, som framgår av en undersökning angående folkopinionen i denna del. Om en sådan undersökning skulle ådagalägga, att en övervägande eller t. o. m. blott en mera utbredd mening inom folket verkligen kräver medverkan av lekmän vid rättskipningen, så bör efter min uppfattning en sådan medverkan anordnas.

Det inses lätt, att det skäl för lekmanrättskipning, varom nu talas, har sin fullt självständiga betydelse vid sidan av de skäl, som ovan under A) utvecklats. Av hänsyn till allmänhetens krav på lekmäns medverkan kan det m. a. o. bliva nödvändigt att upptaga lekmän i domstolarna i större utsträckning än som påkallas av syftet att skapa ökade garantier för rättstiftningen av 1915. Enl. §§ 323 och 324 i loven om rettergangsmaaten for tvistemaal skola domsmænd medverka såväl i herreds- och byretterne som ock i lagmandsretterne dels i vissa angivna mål, näml. i mål, som behandlas vid fastighetsforum, och i mål ang. rättsförhållanden, som höra under sjölagen, dels i andra mål, när någon av parterna fordrar det eller rätten finner det önskligt. Vid avfattandet av reglerna ang. sättet för utseende av domsmännen har ock den synpunkten uppmärksamats, att de, som tillkallas, böra hava den särskilda sakkunskap, som i målet kräves; se § 325 i nämnda lag.

skipningens godhet. Att en lagstiftare dock icke härvid kan gå så långt, att rättskipningen till sin kvalitet avsevärt försämrats, anser jag givet.

3) Förut är nämnt, i vilka olika huvudformer en samverkan emellan yrkesdomare och lekmän kan förekomma. Vardera av dessa huvudformer har sina fördelar och brister. Den domstolstyp, enligt vilken yrkesdomare och lekmän tillsammans pröva målet i hela dess vidd, erbjuder den fördelen, att de båda domstolelementen stå i oavbruten förbindelse och sålunda ha möjlighet att påverka och ömsesidigt komplettera varandra. Å andra sidan har man icke utan fog anmärkt, att den faran ligger nära, att juristen gör sig så kraftigt gällande, att lekmannen mister allt verkligt inflytande på avgörandet och reduceras till en tom dekoration. Vad angår den typ, som jurydomstolen representerar, så äro betingelserna för lekmännens oberoende här till synes vida gynnsammare, men i verkligheten gestaltar sig förhållandet ej så enkelt, som det kan förefalla; juristen och lekmannen ha visserligen var sin särskilda uppgift, men då dessa utgöra delar av samma enhetliga totaluppgift, och då lekmannen är ur stånd till att fullgöra sin uppgift utan stöd av juristens rättskunskap, måste även i jurydomstolen en samverkan äga rum, och det faller sig ej lätt att finna en sådan form därför, som utan att tillintetgöra juryns självständighet dock låter juryn till förekommande av rättsvillfarelser bliva delaktig av yrkesdomarens juridiska insikter.

Den viktigaste anmärkningen mot jurytypen tager emellertid sikte på själva den organisativa grundprincipen: den sönderdelning av saken i tvänne delar, en faktisk och en rättslig, vilka var för sig göras till föremål för prövning, vilas på den oriktiga förutsättningen, att ett bedömande av det faktiska förloppet kan äga rum, utan att på samma gång rättsliga moment ingå i prövningen. Denna anmärkning har en mycket hög grad av berättigande, vad särskilt angår tvistemålen. Av detta skäl och med hänsyn till det förut påpekade förhållandet, att i dessa mål mycket ofta lösningen av rättsfrågorna är vad det egentligen kommer an på, medan fastställandet av det faktiska icke vållar några större tvivelsmål eller svårigheter, förefaller det mig ganska avgjort, att lekmän icke böra i form av

jury deltaga i rättskipningen i tvistemål³¹. I detta avseende torde knappast meningarna i vårt land vara mycket delade³².

4) Det bör till sist framhållas och kraftigt betonas, att de synpunkter, med vilka jag räknat vid den föregående undersökningen, icke uttömma hela ämnet eller ens äro de i första rummet avgörande. Genom enbart teoretiserande kan man ej rimligtvis komma till rätta med de ifrågavarande problemen. Domstolsinrättningen är en utomordentligt viktig del av samhällsförfattningen; den har, där den ej blivit importerad utifrån utan vuxit fram och utvecklats på inhemsk grund, djupa rötter i folkets vanor och åskådningar, ja i hela dess nationella liv. Försiktighet är därför av nöden, om någonstades så på detta område. Lika litet som man bör tveka att reformera, om det

³¹ Av helt annan betydelse och vida svårare att besvara är frågan om jurydomstolar i brottmål. Det är en fråga som kräver det grundligaste överbäggande och har anspråk på en fullt fördomsfri prövning. Utan att i övrigt här ingå på detta spörsmål vill jag blott framhålla, att detsamma endast utgör en del, om ock visserligen en synnerligen viktig del av hela ämnet ang. brottmålsdomstolarnas besättande med lekmän. Ty ingen, ej ens den mest entusiastiske anhängare av juryprincipen, torde vilja påstå, att jury bör användas i *alla* brottmål. Därtill är apparaten alltför komplicerad, omständig och kostsam.

³² Lagkommittén — se dess förslag till allmän civillag av 1838, motiven sid. 258 — har särskilt upptagit till granskning frågan om användande av jury i tvistemål men kommer mycket snart till det resultatet, att juryn över huvud icke är användbar i dessa mål. Kommittén framhåller dock härvid, att den antagit juryinrättningen för vissa fall, för vilka den verkligen lämpar sig. Vad kommittén härmed syftar på är emellertid blott, att den i 28 kap. av sitt förslag till RB upptagit stadganden om, att, därest domstolen skulle pröva någon skyldig att gälda skadestånd och bestämda grunder för beloppets fixerande saknas, frågan skulle överlämnas till särskild, efter vissa angivna grunder utsedd nämnd för avgörande. Vad Lagkommittén sålunda föreslog är ej något väsentligen annat än vad som i stor utsträckning praktiseras av domstolarna: man förordnar, att gode män skola bestämma vad ena parten skall i ersättning utgiva till den andra.

I England har jury funnit användning i civilmål. Jag har ej tillgång till någon statistik beträffande den omfattning, vari man gör bruk av jury i dessa mål, men det uppgives av författare, att civiljuryns betydelse är i starkt avtagande, sedan det numera blivit en frivillig sak för parterna att begagna jury.

står fast, att rättskipningen är bristfällig och att en orsak därtill är att söka i domstolsorganisationen, lika litet bör man skrida till en ingripande domstolsreform utan en sådan tvingande grund. Särskilt må därvid beaktas, att de utländska mönstren endast med stor urskillning kunna tjäna till ledning.

I detta sammanhang kan man ej undgå att uppmärksamma vår svenska häradsrätt. Av alla våra domstolar finnes det säkert ingen, som varit i bästa mening så populär som häradsrätten, och säkert tager man ej miste, om man i nämnden ser den huvudsakliga orsaken därtill. Vill man närmare göra sig reda för de faktorer, som härvid varit verksamma, så träder den omständigheten i förgrunden, att på landsbygden sedan urminnes tider intresset för rättskipningen och förhandlingarna vid tingen varit starkt och levande. Att vid sådant förhållande menigheten satt högt värde på att i domstolen se män, tagna ur dess egen krets, och att detta menighetens eget deltagande i skipandet av lag och rätt förskaffat domstolen ett förtroende, som ingen ren juristdomstol skulle kommit i åtnjutande av, är mycket naturligt. Det anseende, som kommit häradsrätten till del, har dock icke uteslutande haft denna sociala grund; det är obestriddt, att nämnden även från rättslig synpunkt sett varit till stort gagn. Nämndemännens intima kännedom om personer och förhållanden i hemorterna har satt dem i stånd till att tillhandagå med mången värdefull upplysning. Och beträffande de mål, som åtminstone under gången tid utgjort en huvudpart av rättegångarna vid häradsrätt, nämligen mål angående jord- eller lantmannanäringar, ha nämndemännen, som tagits ur jordbrukarnes krets, innehaft en sakkunskap, som gjort det överflödigt att tillkalla särskilda sakkunniga.

Ännu i våra dagar är häradsrätten en domstol, som har att glädja sig åt folkets förtroende och som under nuvarande rättegångsordning i det stora hela väl fyller sin plats i domstolsorganisationen. Det må emellertid ej förbises, att förhållandena på landsbygden i mångt och mycket undergått förändringar. Man kan över huvud säga, att skillnaden emellan stad och landsbygd har en tendens att utplånas; livet på landsbygden blir allt mera rörligt, och det uppstår där en mängd

samhällen — köpingar, municipal- och stationssamhällen — vilka rymma inom sig en ofta betydande industri och vilkas befolkning i sina vanor, åsikter och sysselsättningar föga eller ej alls skilja sig från stadsbefolkningen. Uppenbart är, att denna utveckling måste inverka på de faktorer, som, efter vad ovan antydde, betingat de gynnsamma omdömena om häradsrätten. Intresset för rättskipningen och önskan att taga del däri äro ej längre desamma som förr, och nämndemansupdraget är ej numera så eftersträvat, som det tidigare varit. Rättegångsmålen bli av allt mera skiftande natur, och nämnden kan till följd därav ej i så stor omfattning som förut göra någon särskild sakkunskap gällande. Men även andra omständigheter ha bidragit till, att nämnden kommit att spela en mera undanskjuten och jämförelsevis mindre anseelig roll. Förhandlingen emellan parterna har allt mera antagit karaktären av en skriftväxling, och handläggningen av ett mål är ej koncentrerad till ett enda rättegångstillfälle utan breder merendels ut sig över ett flertal rättegångstillfällen. Detta medför, att en nämndeman — även om han, vilket visst icke alltid är fallet, övervarit hela handläggningen av målet — ej kan hava någon verklig uppfattning av saksammanhanget utan är så gott som helt och hållet hänvisad till det, i regeln till det minsta möjliga reducerade referat, som häradshövdingen jämlikt 23: 2 RB har att lämna då dom i målet skall beslutas. Härtill kommer det ringa inflytande, som nämnden äger enligt bestämmelsen i nyssnämnda lagrum, att endast om alla i nämnden äro ense dess från häradshövdingens skiljaktiga mening blir rådande.

5) Med fäst avseende å allt vad sålunda angående domstolarnas besättande med lekmän ovan anförts, förmenar jag, att det vid en reform av vårt rättegångsväsende, som ersätter det nuvarande skriftliga processförfarandet med ett på muntlighet och bevisomedelbarhet grundat förfarande, näppeligen bör kunna på allvar ifrågasättas att helt och hållet utmönstra lekmannelementet från första domstolen på landsbygden. Utom att en dylik ändring säkerligen skulle hava mot sig en bestämd opinion hos landsbygdens befolkning, skulle den beträffande en stor grupp av mål innebära en kvalitativ försäm-

ring av ifrågavarande domstolar. En annan fråga är, huruvida den nuvarande häradsnämnden bör oförändrad bibehållas. Jag tvekar ej att besvara denna fråga bestämt nekande. Skall ett lekmannelement försvara sin plats i domstolarna och verkligen bereda rättskipningen något gagn, så är det ej tillräckligt, att lekmän sitta i domstolen, de böra hava ett inflytande, som är så stort, att det är i realiteten att räkna med; i annat fall skola lekmännen förr eller senare i anseende till såväl den nytta de göra som den uppskattning, vilken kommer dem till del, förlora varje annan betydelse än den att vara rättsvittnen, och att degradera dem till denna oansenliga ställning varken synes i och för sig riktigt eller torde efter all sannolikhet stämma med den allmänna uppfattningen. I en muntlig process äro lekmän, förutsatt att de ej få att göra med mål, för vilka de över huvud ej lämpa sig, verkligen i stånd till att bilda sig en självständig uppfattning av målet, och under denna förutsättning är för visso den nu gällande regel, som tillerkänner nämndemännen allenast kollegial röst, ej försvarlig.

Anledning till att i detta sammanhang gå in på de ytterligare spörsmål, som i förevarande ämne möta — såsom om antalet lekmän, om varje lekmans röst bör gälla lika mycket som yrkesdomarens, m. m. — har jag för övrigt ej. Det må blott till sist framhållas, att om man över huvud vill upphäva skillnaden i organisatoriskt hänseende mellan första-instans-domstolarna i städerna och på landsbygden, likheten otvivelaktigt bör omfatta jämväl grunderna för domstolarnas besättande med lekmän. Det torde ej numera kunna åberopas hållbara skäl för olikhet emellan stad och landsbygd i detta avseende ³³.

§ 12.

Om den svenska domstolsorganisationen i allmänhet och om landets indelning i rättskipningsdistrikt.

I. De allmänna domstolarna i vårt land äro:

i första instans: på landet *häradsrätter*¹ och i stad *råd-stuvurätter*;

³³ Se vidare nedan sid. 156 f.

¹ Häradsrätt är icke den enda benämningen i vår lag på den dom-

i andra instans: *hovrätter*, till antalet tre: Svea hovrätt i Stockholm, Göta hovrätt i Jönköping och Hovrätten över Skåne och Blekinge i Malmö; samt

i tredje och sista instans: *högsta domstolen*.

I kap. 1 RB, som enligt sin överskrift handlar "om allmänna rätter och domstolar i gemen", omnämnas endast domstolarna i första och andra instans². Grunden till, att högsta instansen ej här medtagits, är att söka i historiska förhållanden. Domsrätten i sista instans, som tillkom konungen³, ansågs ännu vid tiden för 1734 års lags tillkomst såsom något från domstolsrättskipningen väsentligen skilt, och ändringssökande hos konungen mera såsom en extraordinär åtgärd än såsom ett ordinärt sätt att fullfölja talan. Denna uppfattning fortlevde ännu länge efter det, år 1789, konungens domsrätt överlämnats åt högsta domstolen. I realiteten är emellertid ifrågavarande domstol ej annat än tredje och sista instans i domstolsförfattningen, och de rättsmedel, genom vilka talan fullföljes till denna domstol, tillhöra helt och hållet de ordinära rättsmedlens system. Såsom ett minne från svunnen tid utan all reell innebörd kvarstår dock allt fortfarande det förhållandet, att högsta instansen i lagstiftningen omtalas under namnet "konungen" (se sålunda t. ex. 30 kap. RB), och vidare att alla beslut av högsta domstolen, jäml. § 23 RF, skola "utfärdas i konungens namn och med dess höga underskrift eller under dess sekret"⁴.

stol, som i första instans skipar rätt på landet. På några ställen förekommer namnet Tingsrätt; så i 14:2 och 25:9 BB.

² Jfr härom *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 241 f. (särskilt not. 4).

³ Sedan konungen genom 1615 års s. k. rättegångsprocess förbehållit sig högsta domsrätten, utövades den kungliga domsrätten i rådet under konungens presidium, då han var där närvarande. Denna domsrätt, som under 1700-talet utövades av en avdelning av rådet, benämnd justitierevisionen, förblev hos rådet ända till dess högsta domstolen inrättades.

⁴ Ang. begreppet *sekret*, se artikel i Nordisk Familjebok. Genom K. K. ²⁹/1 1908 förordnades, att högsta domstolens beslut, däruti konungen ej deltagit, skulle utfärdas under konungens sekret. *Fahlbeck*, Regeringsformen i historisk belysning sid. 78, yttrar, att sedan det äldre stadgandet i § 21 RF, att konungen skulle äga två röster i de mål, vilkas föredragning och avgörande han funne för gott att övervara i högsta domstolen, år

Domstolarna i första instans sammanfattas i lagen under den gemensamma benämningen *underrätter* ⁵. Domstolarna i andra instans, hovrätterna, betecknas såsom *över* dem stående domstolar ⁶.

II. Domstolarna i andra och tredje instans äro kollegier av jurister; lekmän deltaga ej i rättskipningen i dessa domstolar ⁷.

Vad angår underrätterna, så framgår av den framställning, som lämnats i föregående §, efter vilka principer de äro organiserade. De båda huvudtyperna äro representerade: juristkollegier utan medverkan av lekmän samt lagfaren domare jämte lekmän. Domstolar av den förra typen finnas i större och medelstora städer, domstolar av den senare på landet och i mindre städer. Beträffande dessa senare domstolar erinras om de olika formerna för samverkan emellan den lagfarne domaren och lekmännen. I häradsrätterna ha vi å ena sidan häradshövdingen, å andra sidan nämnden, ett kollegium av lekmän med kollegial röst; i de mindre städernas rådstuvurätter ha vi å ena sidan den lagfarne domaren, å andra sidan lekmän, var med sin röst. Det må emellertid redan nu anmärkas, att i några av dessa sistnämnda rådstuvurätter icke endast ordföranden i rätten, borgmästaren, utan även en annan av rättens

1909 upphävt, konungens underskrift kan förekomma endast vid tronskifte, innan ännu den nye konungens signet blivit färdigt.

⁵ Se 1: 1 RB: Underrätt å landet är häradsrätt; samt 1: 4 RB: Underrätt i stad är rådstuvurätt. Se ock 1: 5; 8: 2; 21: 4 RB m. fl. lagrum.

⁶ Se 1: 5 RB: Över dem äro hovrätter, dit rättegångssaker från underrätterna komma må etc.

I 8: 1 RB kallas hovrätten konungens högsta nämnd. Benämningen är uttryck för den förut antydda uppfattningen, att den kungliga domsmyndigheten ej hade karaktären av egentlig domstolsrättskipning; ursprunget har man att söka i rättegångsordinantien av 1614, som avsåg att göra den då inrättade Svea hovrätt till högsta instans och i översstämmelse därmed kallade hovrätten "vår Konungzlige Hoffrätt och öfwerste Doom".

I utslag av högsta instansen betecknas ofta båda de lägre instanserna såsom underdomstolar.

⁷ Obs. att det endast är fråga om tvistemål.

ledamöter är lagfaren, så att följaktligen lekmanneelementet inskränker sig till en enda ledamot.

För den svenska domstolsförfattningen i hög grad egenomligt är dels över huvud det brokiga utseende, som organisationen av underrätterna företer, dels särskilt den olika organisationen av dessa domstolar i städerna och på landet. Man kan ej undgå att fråga sig, om dessa förhållanden, framför allt bristen på en enhetlig domstolsorganisation för stad och landsbygd, äro i våra dagar tillräckligt sakligt motiverade. Att svaret på denna fråga bör bli nekande, torde man i allmänhet vara ense om⁸, och det torde vara ganska givet, att man vid överbäggande av hithörande spörsmål ej kan komma till annat resultat. Från två olika synpunkter kan man tänka sig ett försvar för den bestående domstolsinrättningen: å ena från den synpunkten, att det bestode en olikhet emellan rättegångsmålen i städerna⁹ och på landsbygden, vilken olikhet skulle betinga olika organiserade domstolar, å andra sidan från den synpunkten, att domstolarna för att omfattas med önskvärt förtroende av folket i städerna och på landet måste vara på olika sätt inrättade med hänsyn till deltagandet av lekmän i rättskipningen och formen för deras deltagande. Varken i ena eller andra avseendet håller ett försvar stånd för kritiken. Visserligen har det tidigare säkerligen varit så, att de tvisteämnen, som gjorts till föremål för rättegång, i stor omfattning varit av annan beskaffenhet i städerna än på landet, men det saknas anledning antaga, att det på denna grund verkligen förefunnits ett rättsligt behov av olika danade domstolar, och för övrigt har skillnaden under utvecklingens gång alltmera minskats, och det torde numera kunna bestämt påstås, att man icke på ifrågasvarande grund kan mot en enhetlig domstolsorganisation göra någon invändning, som förtjänar avseende. Vad beträffar den senare av ovannämnda båda synpunkter, så må det väl icke utan visst fog kunna påstås, att landsbygdens befolkning skattar nämnden så högt, att underrätten på landet bör, såframt ej

⁸ Se ang. detta ämne Nya Lagberedningens principbetänkande I sid. 9—17; finska processreformförslagen I sid. 136 f.

⁹ Och därjämte en olikhet emellan målen i större och mindre städer (detta sagt med hänsyn till de två olika rådstuvurättstyperna).

mycket viktiga skäl tala däremot, vara besatt med lekmän, men å andra sidan möter ej från ifrågavarande synpunkt sett något hinder för att efter enahanda grund besätta underrätten i stad med lekmän. För övrigt må betonas, att skäl sådana som de nu omskrivna icke givit upphov till den nuvarande under-rättsorganisationen. Den svenska domstolsinrättningen — särskilt gäller detta underrätterna — vilar på urgammal historisk grund och är icke produkten av någon målmedveten juridisk spekulation. Emellertid äro de historiska förhållanden, som betingat skillnaden emellan lands- och stadsdomstolar, icke längre för handen.

Den olika domstolsinrättningen i stad och på landet står historiskt i sammanhang med det, ännu i dag bestående, förhållandet, att medan staten ordnar och bekostar domstolsväsendet på landet, städerna själva draga kostnaden för sina domstolar och till följd härav ock äga rätt att, inom vissa gränser, ordna, var och en för sig, sitt domstolsväsende. Det är nästan överflödigt att framhålla, huru fullständigt ohållbar, principiellt sett, denna städernas särställning är. Om det över huvud taget finnes någon samhällelig uppgift, som bör vara staten och staten ensam förbehållen, så är det för visso uppgiften att sörja för rättskipningen. Betänkligheterna mot den rådande ordningen i ifrågavarande avseende äro emellertid icke enbart av principiell natur; denna ordning är även förbunden med betydande praktiska olägenheter ¹⁰. En av dem kan förtjäna att här med några ord beröras. Städerna ha vittgående befogenheter, val- eller förslagsrätt, i fråga om utseende av domare i stadsdomstolarna. Erfarenheten torde hava visat, att vid utövningen av dessa befogenheter andra hänsyn än till skickligheten för domarekallet ej sällan gjort sig gällande. I viss mån kan detta förklaras därav, att de personer, som utgöra stadens domstol, jämväl utgöra ett kollegium, *magistraten*, för handhavande av kommunala förvaltningsbestyr, så att följaktligen avseende ej kan fästas uteslutande å lämpligheten för domarevärv. Att det av nu antydda men även av andra nära liggande skäl icke i och för sig är tillfredsställande att ett och samma

¹⁰ Se därom Nya Lagberedningens uttalanden å det i not. 8 citerade stället.

kollegium är dels domstol dels kommunal förvaltningsmyndighet, torde icke behöva vidare utvecklas.

Ett lands domstolsinrättning bör, såvitt möjligt, ordnas efter grunder, som äga processrättslig giltighet, d. v. s. ordnas så, att de syften, som man plägar uppställa för rättskipningen: säkerhet (däri inbegripes folkets tillit till säkerheten), snabbhet och billighet, bäst tillgodoses; därom kan svårligen råda någon meningsskiljaktighet. Och likaledes torde ej gärna mer än en mening kunna råda därom, att en reform av domstolsväsendet, som vill gå fram efter dessa riktlinjer, måste uppställa som ett mål att åstadkomma en enhetlig domstolsorganisation för stad och landsbygd. Redan Nya Lagberedningen behjärtade detta, efter vad av dess i principbetänkandet lämnade utredning framgår, och att samma tankegång kommer till sin rätt under det nu pågående utredningsarbetet för en genomgripande processreform, ådagalägges av vad angående detta arbete offentliggjorts¹¹ ävensom av vissa till befordrande av reformens genomförande redan vidtagna åtgärder. K. M. har sålunda utfärdat vissa föreskrifter i syfte att verka för indragning av en del rådstuvurätter, näml. sådana, i vilka enl. gällande bestämmelser borgmästaren är ensam lagfaren ledamot eller jämte borgmästaren endast sitter en sådan ledamot¹². Vidare är att märka, att K. M. under de senare åren icke vid beviljandet av stadsrättigheter medgivit de nya städerna egen jurisdiktion¹³.

¹¹ Se den under närmast föregående § i not. 22 citerade uppsatsen av *Hellner*.

¹² Se K. Cirkn till K. B. i länen av ²/₇ 1915 och ⁷/₅ 1918 ang. anstånd med åtgärder för återbesättande av vissa borgmästaretjänster ävensom K. Kung. ³¹/₁₂ 1920 ang. skyldighet för ledamot av eller tjänsteman vid rådhusrätt eller magistrat, som hädanefter utnämnes eller övergår på ny lönestat, att i samband med en allmän organisation av underrätterna eller magistraterna övergå till annan befattning.

¹³ Se ang. dessa ämnen två uppsatser av K. *Schlyter* i Svenska stadsförbundets tidskrift, dels för 1913: "Domstolsreformen och stadsförvaltningens omorganisation", och dels för 1915: "Rättskipning och förvaltning i städer under landsrätt".

Det kan ifrågasättas, huruvida icke städernas särskilda jurisdiktion utgör ett ämne av privilegienatur. I K. Maj:ts försäkran ²³/₂ 1789 för rikets borgerskap och städerna (Modée XIV sid. 292) erhöles de bekräftelse på sina privilegier, fri- och rättigheter; i § 3 blev särskilt dem

III. a) Till grund för rikets indelning i distrikt med avseende å rättskipningen i *första instans* ligger skillnaden emellan stad och land.

Enligt 6:1 RB skall "staden med de egor, som dit lyda och inom dess rågång belägna äro vara rådstufvurätts domsaga" ¹⁴. Från regeln, att varje stad har sin egen domstol, finnas dock flera undantag. Åtskilliga städer lyda under landsrätt ¹⁵, d. v. s. de bilda tillsammans med kringliggande landsbygd ett rättskipningsdistrikt under häradsrätts domvärjo (se

uttryckligen tillförsäkrat att orubbat varda bibehållna vid sin rätt att föreslå borgmästare och välja rådmän. Vad man nu än må anse om ifrågavarande rätts privilegienatur, så står i varje fall fast, att enl. § 114 R. F. konung och riksdag kunna avskaffa denna rätt.

¹⁴ Rådstufvurätts jurisdiktionsområde har under tidernas lopp till omfattningen växlat. Enl. K. Res. den 28 Maj 1688 (Schmedemans Justitieverk s. 1205) skulle "Stadsens Jurisdiction" icke sträcka sig längre än till "stadsporten". Men genom K. M:s Res. för städerna i gemen av 16 Mars 1689 (Schmedeman s. 1231) förklarades, "at the jordeägor, marck, äng och åkrar, som egenteligen höra til Staden, och äre afhyste så at inge Bönder them åbo, skole sortera under Stadsens Jurisdiction; Men ey någre från Staden afskilde eller ey afhyste byar och ägor". Jfr härmed 10:19 RB. Se för övrigt härom *Nehrman*, Processus civilis sid. 113 § 139. Till ämnet hör vidare K. Res. på St. besvär d. 19 Jan. 1757 §18 (Backmans lagsamling vid 10:19 RB). Här säges, att i lagen ej finnes vara tydligt stadgat om rätt domstol, när tvist uppkommer emellan lantbor och invånare i städerna ang. nyttjanderätt av stadsjord m. m., som har sin grund och sig tilldraga kan "på den jord och mark, som efter privilegier och resolutioner antingen inom stadens rågång belägen eller ock städerna till egande utrymme och mulbete donerad och förlänt är, varav irring och klandring uti jurisdictionerna kunnat uppkomma"; fördenskull ville K. M. förordna, "det böra alla de brott och tvistemål, som där sig tilldraga eller hafva sin grund af den jord och mark, hvilken omkring staden belägen därtill hörer och därifrån ej afskild är, den må nyttjas och innehafvas af stadens landtbor eller invånare, vid stadsrätt upptagas och afgöras".

¹⁵ Uttrycket "lyda under landsrätt" har gammal hävd och användes i lagspråk; se § 1 UL och 1:1 RB, sådant lagrummet lyder enl. lag 7/5 1917.

ovan vid not. 13)¹⁶, och två städer (Skanör och Falsterbo) ha gemensam rådstuvurätt¹⁷.

Vad beträffar landsbygdens indelning i rättskipningsdistrikt, så erhåller man kännedom om den rådande ordningen genom att för sig klargöra innebörden av de tre begreppen: *domsaga*, *tingslag* och *härad*. Domsaga är häradshövdingens ämbetsområde; varje domsaga har sin egen häradshövding. Med tingslag förstår man en häradsrätts rättskipningsdistrikt. En domsaga kan omfatta ett eller flere tingslag. Består en domsaga av flere tingslag, så är följaktligen förhållandet det, att inom domsagorna äro lika många häradsrätter som det finnes tingslag, men en och samma person fungerar såsom häradshövding i var och en av dessa häradsrätter. Till grund för indelningen i tingslag ligger den urgamla häradsindelningen. Ett tingslag kan bestå av ett eller flere härad¹⁸.

Denna nu nämnda ordning avviker mycket från vad som gällde enligt våra gamla lagar. Ursprungligen förefanns ej någon skillnad emellan domsaga, tingslag och härad; vart härad hade nämligen sin särskilda tingsstad och häradshövding. I Chr. LL Tingm. B kap. IV finner man sålunda stadgat, att en man ej må hava flere häradshövdingedömen än ett, och av kap. VI i samma balk och lag synes, att en tingsstad skulle finnas i vart härad. I sammanhang därmed, att dels tingen började hållas allt mera sällan och slutligen genom lag in-

¹⁶ Av annan beskaffenhet var det undantag från regeln om särskild rådstuvurätt för varje stad, som förekom enl. K. Brevet till Göta hovrätt av 10 Jan. 1694 (Schmedeman s. 1360) Med anledning av förfrågan från hovrätten, huru det skulle förhållas med appellationer från de små städerna i Halland, Falkenberg, Laholm och Kungsbacka, förordnades, att "i the Städer, som befinnas oförmögne til at löna sin Borgmästare och Betiente, skal then ther näst boende Häradzhöfdingen resa dit och hålla Rådstugu så ofta thet behöfwes".

¹⁷ Två städer, Östhammar och Öregrund, hava gemensam borgmästare.

¹⁸ Häradet har, som man finner av det sagda, ej längre någon omedelbar betydelse i rättskipningshänseende. Ang. förhållandet emellan härad och tingslag märkes stadgandet i § 9 av K. F. ¹⁷/₅ 1872 ang. ändring i vissa fall av gällande bestämmelser om häradsting: "I allt vad till rättegången hörer skall om tingslag gälla vad genom lag eller författningar angående härad stadgat är".

skränktes till tre sammanträden om året och dels det blev vanligt, att häradshövdingarna förvaltade sina ämbeten genom substitut, började flere härad sammanslås till en domsaga¹⁹. Ännu i 2: 1 RB av 1734 års lag är dock stadgat, att häradshövding skall hålla ting i vart härad å rätten tingsstad; härad och tingslag äro således enligt detta stadgande liktydiga begrepp. Bestämmelsen har emellertid icke ansetts utgöra hinder för konungen att i administrativ ordning besluta om sammanslagning av flere härad till ett tingslag²⁰.

Över huvud är det så, att regleringen av jurisdiktionsområdena, såsom delning eller sammanslagning av tingslag eller överförande av område från ett till annat tingslag, faller under konungens administrativa lagstiftningsrätt. Dock går denna rätt ej därhän, att konungen skulle kunna i administrativ väg beröva en stad mot dess vilja dess egen jurisdiktion och förlägga staden under landsrätt²¹. På annat sätt

¹⁹ Abrahamsson anmärker, vid Tingm. B kap. IV, att "nu för tiden äro väl flere härader uti ett häradshöfdingedöme, men ej må en hafva mer än ett häradshöfdingedöme, alldenstund ingen får företräda flere tjänster än en".

²⁰ Vi ha här ett fall, i vilket ett ämne, som att döma av den plats i lagstiftningen, där det vunnit behandling, är att tillägga civillags natur, genom praxis överförs till den administrativa lagstiftningen. Det torde vara uppenbart, att regleringen av domsagornas och tingslagens områden lämpligen bör ligga inom administrationens befogenhet och icke vara bunden vid riksdagens medverkan. I några av lagförslagen har man velat giva lagens sanktion åt den rätt, som konungen nu enl. hävdvunnet bruk faktiskt utövar; se sålunda Förslag till stadga ang. allmänna underdomstolarna på landet m. m. av 1868 § 1, ävensom Nya Lagberedn:s principbetänkande I, förslagen kap. 1 § 2.

²¹ Lika litet torde i administrativ väg kunna förordnas, att stad skall tillsammans med kringliggande landsbygd bilda ett jurisdiktionsområde under rådstuvurätten såsom domstol.

Mig veterligen finnes det ej något exempel på, att K. M. i strid med stadsinvånares önskan förordnat om stads förläggande under landsrätt. I Sv. Förf.saml. för 1836 N:r 9 påträffas ett hithörande fall. Av det här intagna K. Br. till Svea hovrätt ⁵/₃ 1836 inhämtas, att K. M., som under år 1829, med bifall till Östersunds stads invånares begäran, därstädes inrättat ett justitiariat eller Stadsrätt, efter en av åtskilliga stadens invånare gjord och av de flesta övriga biträdd ansökan förordnat, att Justitiariatet skulle upphöra och staden i juridiskt hänseende lyda under

bedömes frågan om inrättande av egen jurisdiktion i samhälle, som erhåller stadsrättighet; det anses ej vara hinder för, att K. M. vid beviljande av stadsrättigheter avslår begäran om egen jurisdiktion (se ovan vid not. 13).

Endast K. M. kan träffa avgörande om förändring av jurisdiktionsområde. Den omständigheten, att ägoutbyte, som fastställts av ägodelningsrätt, ägt rum emellan stadsjord och mark under häradsrätts jurisdiktion, medför alltså ej någon ändring i judiciellt avseende ²².

Slutligen må blott framhållas, att den nu gällande skillnaden emellan stad och landsbygd med hänsyn till den judiciella indelningen är praktiskt sett, enligt vad numera ock allmänt torde inses ²³, föga lämplig. I många fall skulle stad och kringliggande landsbygd ha förmån av att förenas till gemensamt jurisdiktionsområde. Nämda skillnad är säkerligen dömd att försvinna i sammanhang med avskaffandet av olikheten emellan stad och land beträffande domstolsinrättningen.

b) För rättskipningen i *andra instans* är riket indelat i tre rättskipningsdistrikt, lika många som antalet hovrätter. I 8:3 RB uppräknas, särskilt för var hovrätt, vilka delar av riket som höra under hovrätten. Detta har, såvitt nu är i fråga, den betydelsen, att till varje hovrätt såsom andra instans höra de mål, som fullföljas från underrätt, vars rättskipningsdistrikt utgör del av hovrättens domsaga ²⁴.

Brunflo häradsrätt. (Att i detta fall staden miste sin jurisdiktion, berodde, såsom synes, på framställning därom från stadens sida. — Sedermera återfick Östersund sin särskilda domstol; Sv. Förf.saml. 1858 N:r 8.)

Det kan starkt ifrågasättas, huruvida det icke står i strid med lagen (1:4 RB), att K. M. i administrativ ordning föreskriver, låt vara på stadsinvånarnes egen framställning, att stad skall lyda under landsrätt, eller att K. M. vid beviljande av stadsrättighet meddelar enahanda bestämmelse, detta t. o. m., såsom förekommit, med avslag på samhällets ansökan om egen jurisdiktion. Det lärer väl icke kunna bestridas, att det härutinnan formellt föreligger en oöverensstämmelse mellan lagen och den praxis, som utbildat sig och vunnit hävd.

²² Se rättsfall i Naumanns Tidskr. 1883 sid. 552 och jfr *Broomé*, Civilprocessen sid. 110 samt *Ask*, De allm. underrätternas inbördes behörighet i tvistemål (1896) sid. 75.

²³ Se Nya Lagberedn:s principbet. I. c.

²⁴ Jfr 25:9 och 15 RB, sådan lagen ursprungligen lydde.

Emellertid har hovrätt jämväl att såsom första instans upptaga vissa mål, och den i 8:3 RB stadgade fördelningen av rättskipningsdistrikt hovrätterna emellan har därför betydelse även beträffande rättskipningen i första instans.

c) Högsta instansen är en enda. Hela riket är dess domsaga.

KAPITEL II.

Domstolarnas inre organisation.

§ 13.

Häradsrätt ¹.

A. Om häradsrätts sammansättning.

I häradsrätt dömer, enligt 1:1 RB, häradshövding med tolv därtill valde män, vilka tolv kallas häradsnämnd. Härads-
hövdingen skall, efter vad förut är sagt, vara lagfaren, men nämndemännen behöva icke vara lagfarna.

I. Någon framställning av häradsrättens uppkomst och utveckling fram till närvarande tid har jag ej till uppgift att här giva. Några få anmärkningar må dock medtagas till erinran om sammanhanget emellan vad som nu gäller och vad som tidigare varit ².

a) Den äldsta rättskipningen anknöt sig till indelningen i land eller landskap med dess underavdelningar, i Svealand hundare, i Götaland härad. På de ting, som höllos i landet och i hundaret eller häradet, skipades lag och rätt. Bortses från förhållandena i allra äldsta tider, då menigheten själv, i vårt land liksom över huvud hos germanerna, torde hava

¹ *Nehrman*, Processus civilis kap. VII § 85 ff.; *Schrevelius*, Civilprocess § 28; *Broomé*, Civilprocessen sid. 6—14.

² Se *Nordström*, Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia II (1840) sid. 506 ff., 765 ff.; *Schlyter*, Anmärkningar ang. det forna förhållandet mellan domare och nämnd (Juridiska Afhandlingar II, 1879) sid. 210 ff.; *Hjärne*, Om den fornsvenska nämnden, i Ups. univ:s årsskrift för 1872; *Stenberg*, De svenska underrätternas uppkomst, utveckling och omgestaltung (1878); *Uppström*, Översikt av den svenska processens historia (1884).

handhaft rättskipningen på tingen, så utövades i Götalandskapen den dömande makten på häradstinget av häradshövdingen. I Svealandskapen svarade mot häradshövdingen den s. k. domaren. Benämningen häradshövding blev emellertid småningom allmän även i Svealandskapen och har allt sedan Chr.L.L. betecknat domaren och ledaren av förhandlingarna på häradstinget ³.

I Svealagarna framstod redan domaren såsom den där å konungens, innehavarens av högsta makten i staten, vägnar skipade rätt; konungen skulle nämligen dom i händer sätta. Denna konungens rätt hade karaktären av en bekräftelse på det val, som på närmare bestämt sätt förrättades på tingen genom representanter för menigheten. Ehuru Götalagarna ej omtala, huru häradshövdingen skulle utses, saknas anledning antaga annat, än att en valrätt tillkom menigheten; att konungens makt i avseende å utseendet av häradshövding varit större enligt dessa lagar än enligt Svealagarna, är ej antagligt. Chr.L.L. kap. 2 Tingm.B. upptog närmare bestämmelser angående häradshövdingens utseende: en valnämnd, bestående av representanter för tingsmenigheten jämte lagmannen, skulle konungen ”i waal lägga” tre av dem i häradet bodde, varefter konungen nämnde en av de föreslagne. Menighetens valrätt upphörde *de jure* genom vad angående tillsättning av tjänster i allmänhet stadgades i § 40 av 1720 års regeringsform; hovrätten skulle i enlighet med detta lagrum uppsätta tre på förslag, och hade konungen att nämna den han fann skickligast. Jämlikt ännu i dag gällande bestämmelser utnämnes häradshövding av konungen efter förslagsättning av vederbörande hovrätt ⁴.

Angående nämndens ursprung ha olika hypoteser uppställts, vilka dock här måste förbigås. Enligt vår medeltids-

³ Ang. häradshövdingen jfr ock min artikel *häradshövding* i Nordisk Familjebok Bd XII (1910).

⁴ Jfr § 28 RF och arbetsordningarna för hovrätterna. Häradshövdingeämbete tillsattes efter ansökan, som kan ställas vare sig direkt till konungen eller till vederbörande hovrätt. Av dem som sökt i hovrätten, uppsätter denna tre på förslag. Bunden vid hovrens förslag är konungen icke.

rätt hade nämnden karaktären av ett bevismedel. Nämnden hade att, efter inhämtande av upplysningar, edligen yttra sig över den faktiska sidan av saken; det tillkom den att med bindande verkan för domaren säga vad i saken skulle vara att anse som sant ⁵. Med denna nämndens karaktär och uppgift stämde överens, att nämnden tillsattes särskilt för varje mål. Parterna hade enligt åtskilliga stadganden i landskaps- och landslagarna rätt att utse vardera hälften av nämnden, vilken i allmänhet bestod av tolv personer. Ledamöterna i nämnden röstade var för sig; merendels avgjorde pluraliteten ⁶. Nämnd tillsattes icke i alla mål, utan över huvud endast i de viktigare. Utvecklingen gick dock därhän, att nämndemålen antal ökades. Så småningom blev nämnden permanent. Den tillsattes ej längre särskilt för varje mål, och i sammanhang därmed utbildade sig den praxis, att häradshövdingen utsåg nämndemännen ⁷. Den utveckling, nämnden såväl härutinnan som ock i övrigt undergått, är emellertid till de närmare dragen ej uppklarad, och lika litet lära bestämda tider för särskilda moment i denna utveckling kunna fixeras. Förutom nämndens övergång till ständig är i synnerhet att märka utsträckningen av dess befogenhet; den framstår i slutet av 1600-talet såsom utrustad med dömande myndighet i målet i hela dess vidd ⁸.

⁵ Då nämndens framträdande och utveckling i äldsta tider betydde övergång från formellt till materiellt bevissystem, d. v. s. från bevismedel, som utgjordes av formella prestationer, till bevismedel, som verkligen voro ägnade att lämna upplysning om saksammanhanget och övertyga om huru därmed förhöll sig, tillhör redogörelsen för nämndeinstitutet i dess tidigare stadium huvudsakligen den del av processrättens historia, som behandlar bevisrätten.

⁶ Stadgande härom finner man i Chr.L.L. kap. 35, där det säges, att i fall av meningsskiljaktighet inom nämnden: "Hwem siu af nemqd wäria, wari warder; Hwem the ey wäria, wari fälder".

⁷ Se härom *Nehrman* sid. 89 § 86 i hans år 1732 utgivna Inledning till then swenska processum civilem, sid. 92 § 86 i upplagan av 1751, med där förekommande författningshänvisningar.

⁸ Jfr härom *Abrahamssons* anmärkningar till Chr.L.L. sid. 200 f. och 509 i, där han upplyser (se förstn. ställe), att "den åtskillnad, som fordom varit emellan häradshövdingen och nämndens ämbete, är nu för

b) I kap. 1 av 1734 års lag, sådan den ursprungligen lydde, stadgades om nämnden blott, att den skulle bestå av "tolf bönder, som i häradet bo och därtill valde äro"; om sättet för valet förekommo ej några bestämmelser. Praxis var, att häradshövdingen utsåg nämndemän bland de i häradet boende bönderna, och denna praxis fortfor ännu i början av 1800-talet, vilket framgår därav, att K. M. i ett brev av 9 Sept. 1800 till svar å bondeståndets anhållan, att nämndemän måtte få väljas av häradets invånare, yttrade, att det vore betänkligt tillåta ändring i vad lag och praxis hade antagit såsom rätt. Genom K. F. den 18 Dec. 1823⁹ stadgades, att nämnden skulle väljas å sockenstämma av häradets bönder, samt meddelades vidare föreskrifter om valet, om valbarhetsbetingelser m. m. Den gamla grundsatsen, att nämnden skulle representera bondeståndet, var sålunda ännu upprätthållen.

II. Genom K. F. den 19 Juli 1872 erhöilo §§ 1—3 i 1 kap. RB sin nuvarande lydelse, dock att § 1 erhållit ett tillägg och i sammanhang därmed undergått någon ändring i avfattningen genom lag den 7 Maj 1917, varjämte genom en annan lag av samma dag ävensom genom lag den 24 maj 1918 ändring gjorts i § 2. Om häradsrättens organisation gäller nu följande.

tiden upphävd och hörer till hela häradsrätten, både häradshövdingen och nämnden, såväl att rannsaka som att döma".

Att sagda åtskillnad jämförelsevis sent upphört, antager och söker *Nordström*, anf. arb. sid. 851—853, visa. Av särskilt intresse för frågans besvarande synes den ståndpunkt vara, som intagits av 1643 års Lagberedning i dess samma år avgivna lagförslag. I förslaget till Thing Måla Rätt kap. 19 ("Om Doom och Omröstande") säges, att sedan målet blivit slutfört häradshövdingen skulle fråga nämnden, om de "rätt intagit och förstå saken", att han sedan skulle tydligen föreställa dem "knuten, varuti hela trätan består", att han till sist skulle låta nämndemännen omrösta var för sig i viss angiven ordning, att vad sju av nämnden funno gott och skäligt, skulle vara gott och gillt, att om sex av nämnden förklarade någon saklös han skulle vara saklös, samt att häradshövdingen sedan skulle "lag finna och därefter en skriftlig dom författa, den han till nämndens förbättrande skall för den uppläsa och sedan i domboken inteckna". Se dessa förslag hos *Wahlberg*, Åtgärder för lagförbättring 1633—1665 (1878). Man torde kunna taga för givet, att vad sålunda föreslogs icke var avsett att införa något nytt utan att giva form och stadga åt vad som då ännu gällde som rätt.

⁹ Se Backmans lagsamling V sid. 347.

a) Beträffande *häradshövdingen* är här föga att tillägga utöver vad redan är sagt. Såsom innehavare av domare-ämbetet inom domsagan kallas han domhavanden eller domaren ¹⁰.

b) Beträffande *nämnden* ha vi att skilja mellan flere olika frågor.

1) *Utseende av nämndemän*. Nämndemän väljas till ett antal av tolv för vart härad eller tingslag, dock att, jämlikt § 9 i K. F. den 17 Maj 1872, om två eller flere tingslag av konungen förenas till ett, nämndemän likväl skola, därest konungen icke annorledes förordnar, väljas till enahanda antal som tillförene i vart och ett av dessa tingslag, och fördelar häradshövdingen efter samråd med nämnden tjänstgöringen dem emellan. Häradet eller tingslaget skall, enl. K. Br. ¹²/₂ 1824 och Svea hovrätts cirk. ³¹/₁ 1825, i avseende å valet av nämndemän genom häradsrättens försorg fördelas i vissa nämndemansdistrikt. Nämndemännen väljas icke till hela antalet på en gång, utan i den mån plats blir ledig i nämnden förrättas val i den valkrets, för vilken ledigheten inträffat. Valet äger på landet rum å kommunalstämma, med iakttagande därav, att om flere socknar eller socknedelar äro förenade till gemensam valkrets rätten bestämmer, å vilken sockens kommunalstämma valet skall förrättas. I stad, som lyder under landsrätt, skall val förrättas å allmän rådstuga ¹¹.

¹⁰ Redan i instr. för landshövdingarna ²⁸/₁ 1687 (Schmedeman sid. 1098) påbjöds det dem att tillhålla häradshövdingarna att bo inom sin jurisdiction. Ännu landshövdingeinstr. ¹⁰/₁₁ 1855 § 12 upptog en motsvarande bestämmelse. Den återfinnes emellertid ej i nu gällande instr. ¹²/₄ 1918. Skyldighet för domhavanden att bo inom domsagan bör dock otvivelaktigt anses fortfarande föreligga.

¹¹ Bestämmelsen ang. nämndemansval i stad har tillkommit genom ovannämnda lag ⁷/₅ 1917, som ändrat 1:1 RB. Dessförinnan saknades varje stadgande i ämnet. Vid tillkomsten av såväl förordn. ²¹/₃ 1862 om kommunalstyrelse i stad som ock förordn. ¹⁹/₇ 1872 förbisåg man nämligen nödvändigheten av att med hänsyn till det förhållandet, att stad kunde lyda under landsrätt, reglera frågan om nämndemansval för sådan stad. Betr. ifrågavarande lag se k. propos. N:r 37 till 1917 års riksdag, motion N:r 337 inom andra kammaren i anledning av nyssnämnda propos. samt Lagutsk:ts utl. N:r 23.

Av denna bestämmelse angående nämndemansval i stad följer, att stad, varom här är fråga, alltid skall utgöra ett nämndemansdistrikt för sig.

Om rösträtt vid nämndemansval är stadgat, att en var, som är röstberättigad i kommunens allmänna angelägenheter, äger rösträtt inom den valkrets han tillhör, och att varje röstande äger en röst¹². Av vad i förra avseendet är föreskrivet och vid jämförelse med §§ 4 och 8 i förordn. om kommunalstyrelse på landet samt §§ 3 och 9 i förordn. om kommunalstyrelse i stad framgår, att den gamla grundsatsen om nämnden såsom representant allenast för rättskipningsdistriktets allmoge övergivits¹³. — Uppkomma vid nämndemansvalet lika röstetal, skall lotten skilja.

2) *Valbarhet till nämndeman.* I 1: 2 RB uppställas vissa särskilda positiva och negativa valbarhetsbetingelser.

De positiva äro: att vara man^{13 1/2}, att vara bosatt inom valkretsen; att hava uppnått tjugufem års ålder; och att själv äga rösträtt vid nämndemansvalet. Av dessa villkor torde endast det andra i ordningen kräva någon utläggning. Avses med villkoret: bosatt inom valkretsen, att verkligen därstädes

¹² Se 1:1 RB samt § 17 mom. 1 st. 4 i förordn. om kom.-styrelse på landet.

Enl. vad rättsfall i N. J. A. 1909 sid. 634 utvisar, har det ansetts tillåtet att vid nämndemansvalet rösta genom ombud; se § 12 i förordn. om kom.-styrelse på landet.

¹³ Tanken är den, att då nämndens uppgift är att "utöva folkets andel i lagskipningen" och att därvid "representera det allmänna vettet och rättskänslan" rättigheten att välja nämndeman liksom ock valbarheten till nämndeman bör bestämmas huvudsakligen efter samma grunder, som i fråga om kommunaluppdrag i allmänhet äro gällande. Se motiveringen för §§ 5 och 6 i 1868 års förslag till stadga ang. allmänna underdomstolarna å landet samt Lagutskottets utl. N:r 33 vid 1872 års riksdag.

^{13 1/2} Villkoret att vara man är ännu gällande. Genom lag den 22 Juni 1923 innefattande bestämmelser angående kvinnas behörighet att innehava statstjänst och annat allmänt uppdrag — vilken lag skall träda i kraft den dag konungen med riksdagen bestämmer — är emellertid stadgat, att kvinna skall i fråga om behörighet att innehava statstjänst, med vissa angivna undantag, vara likställd med man, ävensom att kvinna skall i fråga om behörighet att innehava allmänt uppdrag, vilket icke är att hänföra till statstjänst, vara likställd med man; se närmare lagen.

ha sin bostad, eller att därstädes vara mantalsskriven? Det är enligt vår mening otvivelaktigt, att det förra alternativet måste antagas. Därför talar möjligen den omständigheten, att det heter bosatt *inom valkretsen*, ett stadgande, som kan i viss mån anses tyda på, att verkligen bostaden avses, men vidare — och detta är mera avgörande — det motiv, som ligger bakom stadgandet. I nämnden bör person- och lokalkännedom från tingslagets alla delar vara företrädd, och denna synpunkt kräver, att en person, som väljes för en valkrets, verkligen bor där; att han är därstädes mantalsskriven, kan ej i och för sig vara tillräckligt ¹⁴.

Med de negativa valbarhetsbetingelserna förstå vi de omständigheter, som utesluta en person från nämndemansuppdraget. Icke valbara äro ¹⁵:

α) Den, som står under förmynderskap eller annans husbondevälde. — Under annans husbondevälde stå lagstadda tjänstehjon, biträden och arbetare, som omförmälas i 15 § av K. F. den 18 Juni 1864 ang. utvidgad näringsfrihet ¹⁶.

β) Den, som är i konkurstillstånd. Obehörigheten varar alltså endast så länge konkursen pågår; i och med konkursens avslutande är, så vitt nu är i fråga, habilitet för handen ¹⁷.

¹⁴ Ang. tolkningen av ordet bosatt kan hänvisas till ett fall i regeringsrättens årsbok för år 1915 sid. 20; fallet angår tillämpning av 13 § i förordn. om kom.-styrelse på landet. Jfr samma årsbok 1917 sid. 154 och 1919 sid. 94.

¹⁵ Inhabilitetsgrunderna ha bestämts efter förebilden av § 14 i förordn. om kom.-styrelse på landet (§:n motsvaras numera av § 13). Se Lagutsk:ts utl. N:r 33 vid 1872 års riksdag och förhandlingarna inom kamrarna.

¹⁶ Enligt § 35 i K. F. 9/6 1871 ang. fattigvården stodo vissa i lagrummet angivna personer under fattigvårdsstyrelsens husbondevälde. Bestämmelser i sådant hänseende återfinnas ej i nu gällande lag 14/6 1918 om fattigvården. Se särsk. § 69 i denna lag och motiveringen därtill i K. Propos. N:r 135 till 1918 års riksdag sid. 427—429. — Hurusom den, som är av allmänna fattigvården omhändertagen för varaktig försörjning, saknar rösträtt i kommunens allmänna angelägenheter, framgår av § 8 i förordn. om kom.-styrelse på landet; han är på sådan grund ej röstberättigad vid nämndemansval och följaktligen ej heller valbar till nämndeman.

¹⁷ 1:2 RB har i denna del erhållit sitt nuvarande innehåll genom lag den 7 Maj 1917. Dessförinnan var stadgat, att den ej skulle vara

γ) Den, som är förklarad ovärdig att i rikets tjänst vidare nyttjas eller eljest på grund av honom ådömd straffpåföljd icke må utöva allmän befattning; vidare den, som genom utslag, vilket ännu icke vunnit laga kraft, är dömd till straffpåföljd, varom sist förmäles, eller som är under framtiden ställd för brott, vilket kan medföra sådan påföljd, och slutligen den, som är dömd ovärdig att föra andras talan inför rätta. — Någon vidare utläggning av dessa stadganden torde näppeligen vara av nöden¹⁸.

δ) Den, som är i konungens eller rikets tjänst. Det huvudsakliga ändamålet med denna bestämmelse lär vara att förebygga, att utövningen av nämndemansbefattningen kommer i kollision med tjänsteåligganden¹⁹.

Utan giltig orsak äger ingen, som blivit vald till nämndeman, undandraga sig befattningen. Skyldig att tjänstgöra i nämnd är icke den, som fyllt sextio år.

Nämndeman väljes för sex år²⁰ men har rätt att avgå efter två år, dock att den, som begagnar sig av denna rätt, likväl skall fortfarande bestrida tjänsten, till dess besked till

valbar, "som all sin egendom till borgenärer avträtt ock icke, på sätt lag förmår, gitter visa, att han är från deras kraf fri". Obehörigheten upphörde således ej på den grund i och för sig, att konkursen avslutats; då det för återvinnande av valbarhet krävdes, att f. d. konkursgäldenären visade sig hava förnöjt sina borgenärer, kunde konkursen medföra inhabilitet för all framtid. Jfr härom konkurslagstiftningskom:ns betänkande av 1911, § 200 i förslag till konkurslag med motiv.

¹⁸ 1:2 RB har i dessa delar erhållit sin nuvarande lydelse genom lagen ²⁴/₅ 1918. Jfr den i 1917 års uppl. av förevarande arbete lämnade utläggningen av stadgandena, sådana de då lydde; ändringarna genom 1918 års lag stå i närmaste överensstämmelse med nämnda utläggning.

¹⁹ Så Lagutsk:ts utl. N:r 12 vid 1868 års riksdag, där utskottet med anledning av väckt motion föreslog en förordning av enahanda innehåll, som 1872 års förordning sedan erhöill.

Rättsfall i N. J. A. 1911 sid. 414 utvisar, att kammarherre ansetts ej vara valbar.

²⁰ Principen om val för viss tid avviker från regeln i 1823 års förordn., enl. vilken valet avsåg all framtid. Förändringen är motiverad därmed, att då uppdraget att vara nämndeman är ett förtroendeuppdrag tillfälle bör lämnas de väljande att efter viss tid giva tillkänna, huruvida den valde fortfarande åtnjuter deras förtroende. Jfr motiveringen för § 7 i 1868 års förslag till stadga.

domaren inkommit, att annan blivit vald. Har någon avgått ur nämnden, är han sedan ej pliktig att mottaga uppdraget förr än efter sex år.

Beträffande rätten att avgå från nämndemansbefattningen innehåller 1: 2 RB, utom vad redan är nämnt, att nämndeman, som flyttar ur valkretsen eller eljest visar giltigt hinder, må av rätten entledigas, ändå att han ej tjänstgjort två år. Vad här säges kan så till vida synas ej fullt klart, som man kan ifrågasätta, huruvida den, som flyttar ur valkretsen, över huvud är berättigad att kvarstå som nämndeman. Såväl lagens avfattning som ock det sammanhang, vari bestämmelsen förekommer, torde göra det antagligt, att här är fråga endast om en rättighet och icke om en skyldighet att avgå ²¹.

3) *Prövning av nämndemansval*. I 1: 3 RB stadgas härom, dels att om någon är missnöjd med nämndemansval han äger däröver hos rätten föra klagan, dock att valet ändå länder till efterrättelse, såframt ej rätten annorlunda förordnar, och dels att rätten äger pröva den valdes behörighet, ändå att klagan ej föres. Man finner härav, att rätten — det vill tydligtvis säga den rätt, i vilken den valde skall tjänstgöra — äger ingå i prövning av nämndemansval dels ex officio, d. ä. oberoende av huruvida klagan föres, och dels med anledning av förd klagan.

Rättens officialprövning kan enligt lagrummet endast avse *den valdes behörighet*, därmed uppenbarligen förstås förefintligheten av de positiva och negativa villkor för valbarhet, som omtalas i 1: 2 RB ²². Tvivelsutan bör man dock något utsträcka området för officialprövningen. Rätten måste an-

²¹ Motsvarande passus i 1: 2 RB enligt förordn. 8/12 1823 lydde: "Den, som kallad varder att i rätten sitta, på sätt nu är sagt, vare pliktig att minst två år den tjänst förrätta, där han ej från orten flyttar eller eljest gitter visa sådana hinder, att rätten prövar skäligt honom dessförrinnan entlediga".

²² I Lagkom:ns förslag till RB, förra delen kap. 2 § 6, är detta ännu tydligare uttryckt: "Klandras nämndemansval, pröve rätten, om det lagligt är: ege ock rätten makt att valet ogilla, ändå klander ej uppstår, där någon blivit till nämndeman utsedd, som ej därtill behörig är, efter ty i 2 § stadgas". (I 2 § fastställas de kvalifikationer, som utgöra villkor för valbarhet.)

ses äga befogenhet att ex officio tillse, även att valet förrättats av därtill behörig församling. Men huruvida i övrigt vid valet rätteligen tillgått, kan allenast på grund av klagan bliva föremål för rättens prövning. Sin officialprövning utövar rätten naturligtvis i främsta rummet, då valet för rätten tillkännagives eller den valde skall första gången taga plats i nämnden, men hinder för rätten att även senare taga behörigheten under omprövning torde ej föreligga. I sammanhang härmed möter frågan, om rätten äger från nämndemansbefattningen skilja den, som visserligen, då han valdes, uppfyllde villkoren för valbarhet men sedermera blivit obehörig²³. Befogenhet härtill anser jag tillkomma rätten.

Vad angår klagan över nämndemansval, så är en var, som är röstberättigad vid nämndemansval, berättigad att klaga, och därjämte måste givetvis klagorätt tillerkännas den, som förmenar sig icke rätteligen hava blivit vald. I fråga om sätt och tid för klagans anställande lända, eftersom valet är en kommunal angelägenhet, bestämmelserna i kommunalförordningarna i tillämpliga delar till efterrättelse. Klagan föres följaktligen genom besvär, vid vilka fogas utdrag av det protokoll, som handlar om valet. Jag är för min del böjd för att antaga, att besvären böra anföras inom 30 dagar, om kommunalstämma valt, och inom 20 dagar, om valet förrättats av allmän rådstuga²⁴. Ehuru det ej är närmare stadgat om ingivande av besvären — det heter i 1:3 RB blott, att den missnöjde äger "hos rätten klagan föra" — så kan ej antagas annat, än att det är tillräckligt, att besvären inom föreskriven tid ingivas till domaren, som därefter hänskjuter ärendet till rättens prövning. Att fordra besvärens ingivande omedelbart till rätten, låter sig ej göra med hänsyn därtill, att rätten kanske ej sammanträder inom besvärstiden.

²³ Obs. dock betr. flyttning ur valkretsen vad ovan yttrats.

²⁴ Grunden till, att jag antagit dessa i kommunalförordningarna föreskrivna tidsbestämmelser för klagan hos KB vara här tillämpliga, är huvudsakligen den, att med annan åsikt klagorätten ej blir till tiden begränsad, vilken konsekvens förefaller mig svårligen kunna godtagas. Att de nämnda tidsbestämmelserna ej äro tillämpliga beträffande ifrågavarande klagan, anser *v. Seth* (Sv. Juristtidn. 1919 sid. 96), som därvid anför bland annat, att praxis icke lär vara böjd att tillämpa dem.

4) Om domfört antal ledamöter i nämnden och om förhållandet emellan häradshövdingen och nämnden. Om det förra stadgas i 23: 1 RB, att å häradsting så ock vid laga syn i jordatvist ej må dömas, där ej sju i nämnden äro. Sju är alltså det minimiantal, utan vilket rätten enligt detta lagrum ej är lagligen sammansatt. Att tolv är maximiantal, framgår av stadgandet i 1: 1 RB, att i häradsrätt dömer häradshövding med tolv män.

Från regeln, att sju nämndemän utgöra domfört antal, gäller undantag beträffande mål och ärenden, som häradsrätt handlägger jämlikt lagen den 7 Maj 1918 om särskilda tings-sammanträden för handläggning av vissa mål och ärenden. Vid sådant sammanträde är häradsrätten domför, ändå att ej flera än tre nämndemän äro i rätten närvarande; se § 1 i nämnda lag²⁵. I senare författningar gå ifrågavarande sammanträden under benämningen sammanträden med tremans-nämnd²⁶. — Jämväl vid handläggning av vissa andra ärenden fordras ej så stort antal nämndemän som sju; någon redogörelse för dessa fall kan ej finna plats här.

Om förhållandet emellan häradshövdingen och nämnden har redan yttrats något (i § 11 under II). Stadgandet därom förekommer i 23: 2 RB. Den ovan lämnade historiken över

²⁵ Det må uttryckligen framhållas, att häradsrätten vid handläggning av de i § 1 av 1918 års lag uppräknade mål och ärenden är domför med tre nämndemän endast då handläggningen äger rum å sådant särskilt tings-sammanträde, som avses i nämnda lag. Ett under förarbetena till lagen uppgjort förslag intog den ståndpunkten, att häradsrätt städse vid handläggning av ifrågavarande mål och ärenden — alltså oavsett om den ägde rum vid allmänt eller vid särskilt sammanträde — skulle vara domför med tre nämndemän.

Förarbetena i 1918 års lag innefattas i K. Propos. N:r 4 till 1918 års riksdag, med därvid fogade bilagor, ävensom i lagutskottets utlåtande N:r 34, med vad mera vid riksdagen i ärendet förekommit.

²⁶ Se sålunda K. K. ²⁵/₁₀ 1918 ang. tings-sammanträden med tremans-nämnd, m. fl. författningar.

Till grund för lagen ⁷/₅ 1918 ligger ett inom justitiedepartementet utarbetat, av Lagrådet under år 1917 granskat förslag, vilket av mig i 1917 års upplaga av detta arbete, sid. 161 f. not 36, omnämnts och kritiskt belysts m. h. t. frågan om lekmäns deltagande i rättskipningen. Till dessa uttalanden tillåter jag mig att här hänvisa.

nämnden gav vid handen, att utvecklingen i slutet av 1600-talet fört därhän, att nämnden fått till uppgift att jämte härads-hövdingen pröva saken i hela dess vidd, således ej blott den faktiska utan även den rättsliga sidan därav. Denna ståndpunkt intog 1734 års lag, som härutinnan ej undergått någon ändring. I 23: 2 talas om, huru det skall förfaras, när *dom* å häradsting skall fällas; häradshövdingen skall enligt lagrummet underrätta nämnden om saken och de skäl däri äro, så ock vad lag i ty fall säger. Lagbudet avser påtagligen närmast det slutliga avgörandet i saken, men nämnden äger likaledes deltaga i avgörandet av frågor, som yppa sig under rättegången och påkalla beslut; det senare har veterligen icke varit föremål för tvivel och kan för övrigt anses framgå av 1: 1 RB. Ifrågasätts kan blott, om nämndens befogenhet sträcker sig även till de ej såsom formliga beslut framträdande förfoganden, vilka inbegripas under domarens processledande verksamhet. Ehuru ej något lagrum utesluter nämndens medverkan härutinnan, torde man dock få anse, att processledningen är häradshövdingens ensak; det ligger alldeles utom ändamålet med lekmäns deltagande i rättskipningen att, såvitt nu är fråga, tillerkänna dem någon avgöranderätt beträffande rättegångens formella sidor. Att det faktiskt är så, att nämnden avhåller sig från ingripande på ifrågavarande område, är allbekant.

I häradsrätt blir enligt 23: 2 nämndens mening gällande, om alla i nämnden äro ense om en mening, som avviker från häradshövdingens. Med *alla i nämnden* avses alla för tillfället tjänstgörande nämndemän, även om dessa utgöra ett mindre antal än tolv²⁷. Föreligger ej en dylik enighet inom nämnden, ”stående vid det, som häradshövding rättvist pröfvar”. Häradshövdingens mening faller alltså utslaget i alla fall, i vilka han ej har emot sig en enhällig nämnd. Med denna princip sammanhänger den ståndpunkt lagen intager i fråga om nämndens ansvar. Nämndeman har ej något ansvar för häradsrättens beslut utom för det fall, att nämnden avgjort saken. Av denna alldeles riktiga ståndpunkt följer, att den

²⁷ Uppenbart är, att i häradsrätt med tremansnämnd nämndens mening gäller, om de tre nämndemännen äro ense.

enskilde nämndemannens åsikt är i och för sig utan rättslig betydelse och således ej behöver antecknas i rättens protokoll; endast om nämnden står enig emot häradshövdingen, måste protokollföring av nämndens uppfattning äga rum.

5) *Närmare om nämndemännens ställning och ansvar.* Samtliga nämndemännen äro likställda. Då nämnden såsom sådan icke har någon funktion utom häradsrätten, är ej behov av ordförande inom nämnden. Titeln häradsdomare, som stundom förlänas den äldste inom nämnden, är ej uttryck för någon särskild ställning utan uteslutande en hederstitel ²⁸.

Emedan nämndeman är domare ²⁹, skall åtal mot nämndeman för "ämbetsbrott" jämlikt 8: 2 p. 7 RB anhängiggöras i hovrätten. Med ämbetsbrott har man dock här att förstå allenast oriktigt dömande. För annan förseelse, vartill nämndeman i denna sin egenskap gör sig skyldig, är hovrätt icke forum i första instans. Åtminstone har man i praxis i ett fall, då nämndeman låtit försummelse komma sig till last — fallet angick ansvar för utevaro från ting utan laga förfall (9: 2 RB) — ansett, att det vore fråga om ett ämne, varmed det icke tillkomme hovrätten att omedelbart taga befattning ³⁰. Av den åsikt, som segrade i detta rättsfall, följer, att h ä r a d s r ä t t skall i första hand döma i mål angående ansvar för nyssnämnda förseelse. Det torde ligga i öppen dag, att häradsrätt dels icke i annan ordning än efter vederbörligt åtal äger fälla nämndeman till ansvar och dels icke äger efter sitt förgottfinnande skilja honom från befattningen ³¹.

²⁸ Annorlunda förhöll sig härmed i vår äldre rätt. Se Chr.L.L. kap. 2 och 5 Tingm.B., där häradsdomare omtalas såsom den, vilken häradshövdingens "dom haver", d. v. s. häradsdomaren var häradshövdingens ordinarie substitut och fungerade vid alla tillfällen, då häradshövdingen ej själv kom till tinget. Men sedan häradshövdingarna förpliktats vid ämbetets förlust att själva förvalta sina ämbeten och vikariatsväsendet ordnats, ändrades detta förhållande, och häradsdomaren är nu, oavsett titeln, likställd med övriga nämndemän. Se härom *Abrahamssons* Anmärkn:ar till L.L. sid. 578 d.

²⁹ Såsom domare betecknas nämndeman i 9 kap. RB; se kapitelrubriken och § 2.

³⁰ Se rättsfall i N. J. A. 1878 sid. 9.

³¹ Jfr rättsfall i N. J. A. 1876 sid. 92. — Häradsrätt äger endast om laga grund för nämndemans skiljande från hans befattning föreligger

6) *Nämndemän, utsedda för visst tillfälle.* Om nämndeman har förfall och häradsrätten utan honom ej är domför, eller om eljest fulltalig nämnd saknas, tillkommer det härads-hövdingen att kalla nämndemän "af dem, som närmast bo och till nämndemän väljas kunna, en eller flere, efter ty som behovet fordrar"; 1: 10 RB. Dessutom är i 13: 4 RB särskild bestämmelse given för det fall, att någon i nämnden jävas; det heter, att häradshövding, om det tarvas, skall sätta annan i hans stad, så länge det målet slites.

c) *Andra vid rättskipningen på landet medverkande personer än häradshövding och nämnd.* Icke alla de under begreppet domsrätt inrymda handlingar, som tillhöra det processuella förfarandet, företagas, vad beträffar rättskipningen på landet, av häradsrätten. En del hithörande handlingar ankomma (eller kunna ankomma) på häradshövdingen ensam, såsom utfärdande av stämning (11: 3 RB), meddelande av fullföljdshänvisning enl. 25: 8 andra st. RB samt mottagande och prövning av vadeanmälan (26: 1—3 RB). Vissa handlingar kunna utföras av andra personer.

1) Då det m. h. t. omfattningen av den arbetsbörda, som åligger häradshövdingarna, i flertalet domsagor icke är dem möjligt att utan hjälp medhinna allt arbete, och då detta till en betydande del är av den art, att biträde däri i allmänhet icke kan lämnas av annan än den, som besitter juridiska kunskaper, är det så och har det sedan länge varit så, att härads-hövdingarna i stor utsträckning använda rättsbildade biträden.

döma honom att mista befattningen. Då jämlikt § 3 (jfrd med § 18) i Prom.f. till Str.l. nämndeman för uteblivande skall dömas till ansvar enligt 25: 17 Str.l., och då straffet enl. sistnämnda lagrum kan bestå i avsättning, kan följaktligen häradsrätt komma i tillfälle att såsom ansvars-påföljd ådöma nämndeman förlust av befattningen.

Häradsrätt äger över huvud icke, så vitt jag kan finna, vid vite tillhålla nämndeman att förrätta sin tjänst. Uteblivande kan ej föranleda annat än ansvarspåföljd, enligt vad nyss nämndes. Skulle däremot nämndeman vägra att avlägga domareed, torde vitesföreläggande kunna användas; se sålunda rättsfall i Naumanns Tidskr. 1875 sid. 398. I lag-förslagen upptogs en allmän bestämmelse om vitesföreläggande för nämndeman, som undandrog sig tjänstgöring; se sålunda Lagkom:n:s och Lagberedn:s förslag till RB, förra delen, resp. 2: 7 samt 2: 11 ävensom 1868 års förslag till stadga 1: 10.

Det är här huvudsakligen fråga om personer, som efter avlagd juridisk examen (och sedan de dessutom låtit inskriva sig i hovrätt, därvid titeln e. o. notarie tilldelas dem) ett eller annat år "till biträde eller för egen information i lagfarenheten"³² tjänstgöra hos häradshövding. Dessa unga jurister, som gemenligen gå under benämningen tingsbiträden, ha blivit en stadig och för rättsväsendets på landet vederbörliga upprätthållande mycket viktig, ja man torde kunna säga en under nuvarande förhållanden oundgänglig institution. Deras uppgift är ingalunda uttömmande angiven därmed, att de äro häradshövdingarna till hjälp i hans ämbetsgöromål. En föga mindre betydelsefull synpunkt är den, att tjänstgöringen lämnar den unge juristen tillfälle att förvärva sig praktisk erfarenhet och förtrogenhet med domarevärv; ur tingsbiträdenas krets tagas sålunda till största delen vikarier för häradshövdingarna, och bland dem, som på denna väg eller genom tjänstgöring i hovrätt eller nedre justitierevisionen förskaffat sig nödiga meriter, rekryteras häradshövdingekåren och domarena i överrätterna.

Nämnda s. k. tingsbiträden ha till för ej länge sedan icke haft någon som helst officiell ställning och icke åtnjutit någon avlöning av statsmedel. De ha, utan undantag, varit domarens rent enskilda biträden. Vad de gjort, det ha de gjort h. o. h. på domarens ansvar. Handlingar, som det enligt lag eller författning åligger domaren att företaga, ha följaktligen icke med laga verkan kunna företagas av domarens biträde, lika litet som å andra sidan handlingar, såsom anmälningar, yrkanden m. m., vilka en rättssökande har att rikta till domaren, i stället kunnat riktas till dennes biträde.

I detta sammanhang må ock uppmärksamheten fästas på en annan för domstolsförhållandena på landet egendomlig omständighet. Det har officiellt icke funnits något domsagekansli³³. Faktiskt har det naturligtvis alltid varit så, att häradshövding haft en lokal, där han och hans biträden varit sysselsatta med ämbetsgöromål, och där han mottagit dem,

³² Se sålunda K. Br. $\frac{1}{2}$ 1758 i Backmans lagsamling V sid. 490 f.

³³ Härav finner t. ex. den i och för sig besynnerliga formuleringen i 26:1 första st. p. 2 sin förklaring: "då häradshövdingen ej träffas i sin bostad".

som sökt honom i ämbetsärenden, men rättsligt skyldig att hålla någon särskild ämbetslokal har häradshövding icke varit och — vad som är vida mera anmärkningsvärt — det har saknats bestämmelser om skyldighet för häradshövding att vara tillgänglig för den rättssökande allmänheten å viss tid och ort eller att, om han ej själv varit att träffa, hava annan i sitt ställe, till vilken allmänheten kunnat vända sig. Att detta förhållande varit synnerligen otillfredsställande, kan knappast vara föremål för meningsskiljaktighet. En annan sak är, att det varit och är förenat med ej ringa svårigheter att inom den nuvarande domstolsinrättningens ram genomföra en fullt tillfredsställande reform i ifrågavarande hänseende.

De här berörda frågorna ha uppmärksammats allt sedan i början på förra århundradet ett arbete i större omfattning på rättegångsväsendets, särskilt domstolsorganisationens förbättrande tog sin början. Reformsträvandena ha haft två olika föremål: dels att tillgodose häradshövdingarnas behov av hjälp i arbetet och dels att åstadkomma ett (officiellt) domsagekansli. På senare tiden har härtill kommit omsorgen om förbättrande av tingsbiträdenas ekonomiska villkor. De förslag, som i dessa ämnen framlagts, ha omsider lett till lagstiftning i ämnet ³⁴.

³⁴ Lagkommittén framlade den 29 Dec. 1825 ett förslag till notariatsinrättning å landet, däri kom:n föreslog, bland annat, som ej hör hit, att i varje domsaga skulle vara minst två, av överrätten efter domarens förslag utnämnde s. k. häradsnotarier, av vilka den ene hade att föra häradsrättens protokoll och ansvara för, att det i rätt tid bleve färdigt till justering, så ock att sörja för expeditionen av protokollsutdrag. Såsom kompetensvillkor för ernående av häradsnotariebeställning uppställdes de prov, som berättiga till inträde i rättegångsverken. Förslaget om anställande av särskilda protokollsförare vid häradsrätterna avstyrktes av Lagberedningen i dess den 16 Dec. 1842 avgivna utlåtande om domstolarnas organisation (sid. 17 ff.) liksom ock av den kommitté, som under år 1868 avgav det här upprepade gånger citerade förslaget till stadga ang. allm. underdomstolarna på landet (sid. 34). Sistnämnda kommitté ville i stället ordna häradshövdingarnas biträdesfråga på det sätt, att hovrätten skulle hava att efter anmälan av vederbörande domare och på dennes förslag för viss tid, ej överstigande ett år varje gång, förordna någon att såsom "biträdande domare" dela tjänstgöringen med domaren; den biträdande domarens arbetsområde bestämdes så, att han ägde efter uppdrag av domaren förrätta vad till domareämbetet hörde med undantag av de lagtima tingen, varjämte han skulle äga att utan särskilt uppdrag om-

Nu gällande författning är stadgan den 22 Juni 1920 med vissa föreskrifter ang. domsagornas förvaltning. Några huvudpunkter av denna stadgas innehåll, så vitt det i detta sammanhang kommer i betraktande, må härefter anföras.

I domsaga kan inrättas en befattning, vars innehavare under namn av *förste notarie* har dels att på eget ansvar utföra

besörja vissa kansligöromål (§§ 12 o. 13 i försl.). Avlöning av statsmedel till biträdande domaren ifrågasattes ej. Kommittéförslaget hann så långt fram som till granskning av HD men avstyrktes av denna och framlades ej för riksdagen. Nästa mera anmärkningsvärda moment i reformsträvandena innefattas i Nya Lagberedningens principbetänkande I kap. 1 §§ 14—16 med motiv sid. 194 ff. Lagberedningen upptog till behandling var för sig de båda frågorna om lättnad i domarens arbetsbörda genom anställande av arbetsbiträde med statstjänstemannaställning och om domsagekansli. Vad det förra angår, så föreslog Beredningen, liksom 1868 års kommitté, anställande av en biträdande domare, men Bered:n:s förslag hade en väsentligen annan innebörd. Biträdande domare tänkte sig Bered:n endast för sådana domsagors del, som icke lämpligen kunde styckas men å andra sidan icke förvaltas av en person; det skulle ankomma på konungen att bestämma, dels huruvida sådan domare borde tillsättas, och dels de domarevärv och övriga bestyr, som skulle av honom på eget ansvar förrättas; avlöningen skulle bestridas av statsmedel. Beträffande domsagekansli föreslog Bered:n, att i varje domsaga skulle finnas ett kansli, som varje helgfri dag å viss allmänneligen kungjord tid skulle vara för rättssökande tillgängligt. I varje domsaga, där biträdande domare ej vore anställd, borde finnas ett av domhavanden för viss tid förordnat kanslibiträde med behörighet att under domarens tillsyn mota inlagor och anmälningar, därom utfärda bevis, ombesörja expeditioners tillhandahållande m. m. dyl.; biträdet skulle ej behöva vara lagfaret. På dessa huvudgrunder var ock Nya Lagberedn:s Förslag till lag ang. domsagas kansli av 1890 byggt, vilket förslag, efter omarbetning och granskning av HD samt ytterligare jämkningar, framlades för 1902 års riksdag men blev på grund av åtskilliga däremot riktade viktiga anmärkningar avslaget. Härefter kommer i betraktande ett av tillkallade sakkunniga den 9 Juli 1912 avgivet Betänkande ang. åtgärder till förbättrande av de hos häradshövdingarna anställda rättsbildade biträdenas avlöningsförhållanden m. m. Detta betänkandes huvudsyfte var, såsom själva titeln angiver, att reglera tingsbiträdenas ställning i ekonomiskt avseende, men även frågan om inrättande av domsagekanslier hade i sammanhang därmed gjorts till föremål för utredning. Slutligen märkes ett inom justitiedepartementet av tillkallade sakkunniga den 31 Juli 1917 avgivet utkast till stadga med vissa föreskrifter ang. domsagornas förvaltning. Detta förslag ledde till stadgan ^{20/6} 1918, som nu ersatts av stadgan ^{22/6} 1920.

vissa på domaren eljest ankommande göromål (uppräknade i § 2), dels ock att under häradshövdingens ledning biträda denne i hans ämbetsgöromål (§ 3). Inrättandet av förste-notarie-befattning förutsätter anmälan av häradshövdingen hos hovrätten om behovet därav. Såframt anmälan skett om anställande i domsagan av förste notarie och häradshövdingen finner, att för domsagans behöriga skötsel ytterligare erfordras rättsbildat biträde, äger han göra anmälan härom hos hovrätten, som förordnar om anställande i domsagan av *andre notarie*. Andre notariens uppgift är att efter häradshövdingens anvisningar och på hans ansvar biträda honom i ämbetsgöromålen (§ 9).

Såväl förste som andre notarie inneha offentlig tjänstemannaställning. De förordnas av hovrätten, i avseende varå är stadgat, att om häradshövdingen föreslagit behörig person, som är villig åtaga sig förordnandet, avvikelse från förslaget ej bör ske, såframt ej synnerliga skäl därtill äro (§§ 4 och 9). Förste notarie skall, innan han inträder i tjänstgöring, hava avlagt domareed; för brott och förseelser i tjänsten svarar han inför hovrätt. Beträffande båda befattningshavarna är vidare stadgat, att om notarie visat sig oskicklig, vårdslös eller försumlig, hovrätten må skilja honom från förordnandet. Dessutom märkes, att båda åtnjuta arvode; förste notarie av statsmedel, andre notarie delvis av statsmedel, delvis av häradshövdingens avlöningsmedel (§§ 29 och 31).

Förutom de ovannämnda befattningshavarna kan i domsaga till biträde åt häradshövdingen finnas ännu en funktionär med offentlig tjänstemannaställning, nämligen *biträdande domare*. Därom har stadgats, att i domsaga, där K. M. efter häradshövdingens och hovrättens hörande finner det för göromålens behöriga gång erforderligt, skall vara anställd biträdande domare, som har att på eget ansvar utföra på domaren ankommande göromål (§ 10). Förordnande för sådan domare meddelas av hovrätten. Området för biträdande domares åligganden anges i varje särskilt fall genom hovrättens förordnande enligt av K. M. bestämda grunder. (Provisoriska grunder för bestämmande av biträdande domares ämbetsåligganden fastställdes genom K. Cirk. ¹⁷/₁₂ 1920 till rikets hovrätter). Där

ej hovrätten för särskilt fall annorlunda bestämt, åligger det honom att ombesörja vissa i § 10 st. 4 angivna göromål. Biträdande domare åtnjuter arvode av statsmedel.

Skulle för domsagas behöriga skötsel erfordras flera rättsbildade biträden än förut nämnts, så ankommer på häradshövdingen att anställa det antal sådana biträden, som han finner nödigt (§ 12). Dessa ytterligare biträden ha icke någon officiell ställning.

Slutligen må framhållas stadgandet, att det i domsaga, där förste notarie är anställd, åligger häradshövdingen att hålla kansli tillgängligt för allmänheten; se vidare innehållet i § 11.

2) Enligt 11: 3 RB äger häradshövding förordna skickliga män att giva stämningar i hans ställe.

Vidare är att märka stadgandet i 26: 1 första st. RB därom, att häradshövding är pliktig skriftligen förordna någon, hos vilken må vädjas, då häradshövdingen ej träffas i sin bostad ³⁵.

Att de personer, som erhållit dylikt förordnande, i utövningen av sitt uppdrag utföra handlingar, som inbegripas i den av statens organ handhavda domsrätten, ligger i öppen dag.

Däremot är man ej berättigad att på samma sätt bedöma de stämningsmän, som omtalas i 11: 37 RB. Enligt vår rätt skall stämning i tvistemål delgivas genom karendens försorg, och stämningsmännen kunna därför ej anses gå domstolen eller domaren tillhanda vid fullgörandet av delgivningsuppdrag, om de ock visserligen kunna i en vidare mening sägas vara vid rättskipningen medverkande offentliga organ.

Offentliga organ med uppgift att lämna rätten biträde äro de tolkar, om vilka lagen den 13 Juni 1902 om tolks anlitan vid domstol innehåller bestämmelser. Det är i denna lag fråga om tolks anlitan vid domstol i allmänhet, och häradsrätt avses ej ensamt.

Slutligen erinras om bestämmelsen i 2: 5 RB, att kronofogde eller länsman alltid bör vara närvarande vid tinget och gå rätten tillhanda i det, som till deras ämbete hör ³⁶. Denna

³⁵ Se ang. detta stadgande *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 91 vid not. 13.

³⁶ Skyldigheten åligger numera landsfiskal; se lag ¹⁴/₆ 1917 om

bestämmelse avser lagtima ting, men enahanda skyldighet förefinnes jämväl beträffande urtima ting³⁷.

B. Om ort och tid för häradsrätts sammanträden samt vissa ordningsföreskrifter.

I. Vad först angår *orten* för hållande av ting, så föreskrives i 2: 1 RB, att ting skall hållas "å rätten tingsstad".

Under vår rätts äldsta period var rätten tingsstad en bestämmd, inom häradet, vanligen i närheten av offerställe eller, senare, kyrka, belägen plats, där ting höllos under bar himmel³⁸. Först under 1400-talet började ting förrättas inomhus, men ännu länge var det ej sällsynt, att tingen i saknad av därför avsedda byggnader höllos i fria luften. Någon skyldighet att bygga och underhålla tingshus ålåg ej menigheterna; de förforo därutinnan var efter sitt gottfinnande. Då de gamla tingsställena ofta voro belägna invid kyrkorna, var det ganska vanligt, att prästgårdarna togos i anspråk för tingen³⁹. Man antager, att mot slutet av 1600-talet tingshus allmänt börjat uppföras. Efter den allmänna beräkningsgrunden för utgörande av skatter och andra allmänna onera på landet, nämligen mantalet, var det jordägarna, som skyldigheten att bygga och underhålla tingshus kom att åligga. Frihet från ifrågavarande skyldighet åtnjöt adeln för sådan jord, som var detta stånd allena förbehållen, vilket förhållande sammanhänge med ståndets forum privilegium i hovrätt, och jämväl prästerskapet antages hava vunnit befrielse från samma onus för sina boställen. De resultat, till vilka utvecklingen överflyttande på landsfiskal av kronofogde åliggande bestyr, instr. ¹⁴/₁₂ 1917 för landsfiskalerna §§ 2 och 15, samt instr. ¹⁴/₁₂ 1917 för landsfogdarna § 9.

³⁷ Se därom förut gällande instr. ¹⁰/₁₁ 1855 för kronofogdarna, § 6, och instr. s. d. för kronolänsmännen, § 4 mom. 3.

³⁸ Se härom särskilt Nya Lagberedn:ns Betänkande om tingshusbyggnadsskyldigheten jämte de ovan i not. 2 citerade arbetena av *Nordström*, *Stenberg* och *Uppström*.

³⁹ Att det varit så, kan man finna därav, att i sjunde punkten av 1675 års privilegier för prästerskapet (Schmedemans Justitieverk sid. 666) stadgades, att i prästgårdarna ting icke finge hållas, med mindre kyrkoherden själv samtyckte därtill.

sålunda lett, vunno lagstiftningens sanktion genom stadgandena i 26: 4 BB, att "tingsbyggning skall hvarv härads bygga efter gårddatalet å vanlig tingsstad, eller där Konungens befallningshavande prövar det för allmogen lägligast, sedan rätten däröfver hörd är", dock skulle sätes- och ladugårdar, avhysta rå- och rörshemman så ock präste- och klockarebol vara fria från denna byggnadsskyldighet ⁴⁰. Vad här föreskrivits har i viktiga delar ändrats. Efter 1734 års lags tillkomst förändrade samhällsförhållanden ha påkallat annan beräkningsgrund för skyldighetens utgörande och kräfft upphävande av privilegierna. Genom 1884 års lag i ämnet bröts med principerna om mantalet såsom beräkningsgrund och om frihet för viss jord från deltagande i ifrågavarande onus, och det föreskrevs, att alla, som inom tingslaget erlade kommunalutskylder, skulle deltaga däri. På denna ståndpunkt har lagstiftningen allt sedan dess kvarstått. Däremot har man frångått den skillnad, som gjordes i 1884 års lag emellan fastighet och andra beskattningsföremål därutinnan, att fastighet betungades mera än övriga skatteobjekt. Skillnaden utjämnades genom senare lagar i ämnet, av 1899 och 1905. Nu gällande lag är av den 5 Juni 1909; enligt denna skola alla de, som inom tingslaget erlägga kommunalutskylder, deltaga i kostnaden för uppförande och underhåll av tingshus efter de grunder, som för sådana utskylders utgörande i allmänhet äro stadgade.

Bestämmelsen i 2: 1 RB, att i *vart* härads bör finnas tingsstad, är, såsom framgår av vad tidigare anförts, numera ej gällande. Härads, som tillsammans bilda ett tingslag, ha gemensamt tingshus. Åtskilliga tingslag ha sitt tingshus beläget utom tingslagets område; av ändamålsenlighetshänsyn har det nämligen blivit ganska vanligt att förlägga tingshusen i närgränsande stad.

Civila rättegångsmål, anhängiga vid häradsrätt, handläggas — fränsett de fall, då mål utsättas att förekomma vid syn på stället (se särsk. 4 kap. J. B. om jordasyn) — vid häradsrättens sammanträde i tingslagets tingshus. Undantag här-

⁴⁰ I 26: 4 är vidare stadgat om tingshus' inredning och om fängelse vid tingsställe. Bestämmelserna om inredningen av tingshus äro numera föråldrade och tillämpas ej längre efter bokstaven; se rättsfall i ämnet.

ifrån består endast enligt lagen den 7 Maj 1918 om särskilda tingssammanträden för handläggning av vissa mål och ärenden, § 7, av vilket lagrum framgår, att sammanträden, som i nämnda lag avses, skola hållas i den ort konungen bestämmer, och att förordnande i sådant hänseende kan gå ut på, att sammanträden skola hållas å annan ort än tingsstället.

II. Beträffande *tiden* för häradsrätts sammanträden har man att först skilja mellan ordinarie, och extraordinarie tings-sammanträden.

a) *Ordinarie tingssammanträden.* Nu gällande huvudbestämmelser innefattas i dels 2: 1 RB, dels K. F. den 17 Maj 1872 med de ändringar denna förordning senare undergått, särskilt genom lag av den 4 Juni 1913, dels ock lag den 7 Maj 1918 om särskilda tingssammanträden för handläggning av vissa mål och ärenden.

1) *Tingsordningen enligt 2: 1 RB (gamla tingsordningen).* En blick på den historiska utvecklingen ⁴¹ visar, att härads-tingen enligt vår medeltidsrätt voro ganska permanenta institutioner, vilket i betraktande av den fåtaliga, över vidsträckta områden spridda befolkningen och de enkla samhällsförhållandena kan synas egendomligt, särskilt om man jämför med den ordning, som senare blev rådande. Under de tre tings-terminer, som inföllo mellan de stora friderna, skörde-, jul- och vårfriden, skulle enligt flera av landskapslagarna ting hållas var sjunde dag. Liknande synes ordningen hava varit enligt Chr.L.L.; av Tingm.B. kap. 8 finner man, att tingstiderna voro tre om året, den första från 20:de dag jul till "niyo wikna Fasto", den andra från Valborgsmässa till midsommardag och den tredje från Michelsmässa till advent, varjämte i kap. 6 samma balk stadgas, att det ej skulle hållas mer än ett ting i veckan ⁴². Under det förfall, vari rättskipningen råkade un-

⁴¹ Se, förutom *Nordströms, Stenbergs* och *Uppströms* arbeten, Lagkom:n:s Betänkande ang. domstolarna av den 31 Mars 1815.

⁴² Lagkom:n i sitt betänkande ang. domstolarna av 1815 inlägger i landslagens stadgande den meningen, att ting skulle hållas en gång i veckan, och betonar starkt, att enligt vår medeltidsrätt domstolarna på landet voro vida oftare tillgängliga än vad senare blev fallet. Lagbered:n i sitt betänkande ang. domstolarna av 1842 framhåller däremot, att lands-

der unionstiden och som fortfor under 1500-talet, blevo dessa stadganden alldeles åsidosatta. För att råda bot på det onda bestämdes därför i § 3 av 1614 års Rätteg.ordinantie, att häradshövdingarne skulle hålla ordinarie ting tre gånger om året, nämligen vid nyår, Valborgsmässa och Michaeli. Jämförd med L.L.:s stadganden betydde, som man finner, föreskriften av 1614 en tillbakagång, ehuru visserligen syftet var att åstadkomma ett bättre tillstånd än det faktiskt rådande. I anslutning till den nya ordning, som sålunda vann insteg, avfattades 2: 1 RB i 1734 års lag.

Enligt 2: 1 RB med däri genom K. Br. den 13 Jan. 1757 gjord ändring skola årligen hållas tre ting: första gång om vintern (vinterting), emellan tjugonde dag jul (13 Jan.) och April månad, andra gång om sommaren (sommarting), emellan Valborgs (1 Maj) och midsommars dag, tredje gången om hösten (hösteting), emellan medio September och Thomasmässan (21 Dec.). I de landskap, där så många ting ej tarvas, hållas färre, efter vad därom förordnas av konungen⁴³. Skulle något län eller härad för sin del åstunda andra årstider till tingens hållande, skall enligt K. Br. 1757 frågan ankomma på ny undersökning, och anhängiggöres ärendet genom ansökning hos hovrätten, som anmäler det hos K. M. Det ankommer på häradshövdingen att med iakttagande av de lagstadgade perioderna bestämma tid för tings hållande.

Gamla tingsordningen tillämpas, enligt vad i § 11 av 1872 års förordn. stadgas, i domsagor, som bestå av tre eller flera tingslag, dock, att det ankommer på konungens prövning, om och i vad mån sådan anordning av tingen, som med förordningen överensstämmer (nya tingsordningen), må i ett eller flera av tingslagen införas. En utsträckning av gamla tingsordningens tillämpningsområde kan komma till stånd därigenom, att i enlighet med § 10 i nämnda förordlagen ingalunda föreskrev hållande av ett ting i veckan, och finner det icke utrönt, att Rättegångsordinantien av 1614 i verkligheten minskade tingens antal.

⁴³ Föreskriften om färre antal ting än tre i landskap, där ej tre fordras, överensstämmer med vad redan i äldre tider iaktogs. Se sålunda redan Helsingelagen samt hänvisningar till äldre författningar hos *Nehrman*, anf. arb. kap. VII § 91.

ning konungen föreskriver, att tingslag, som i förordningen avses, skall undantagas från tillämpningen av däri meddelade stadganden.

Ordet ting betecknar i 2: 1 RB, liksom i därförinnan gällande rätt, ett inom någon av tingsperioderna hållet sammanträde, vilket kan sträcka sig över en eller flera dagar. Att ordet har denna betydelse är i synnerhet tydligt av stadgandet i 2: 2 RB. Det är vanligt och numera även i lag förutsatt (se § 2 i lag ⁷/₅ 1918 om kungörande av tiden för tings början och avslutande m. m.), att sedan handläggningen av målen avslutats det efter någon tids mellanrum hålles ett särskilt sammanträde för tingets avslutande ⁴⁴.

2) *Tingsordningen enligt 1872 års förordning (nya tingsordningen)*. Allt sedan början av förra århundradet ha strävanden att göra häradsrätterna mera permanenta ⁴⁵ i syfte att sålunda ernå en snabbare rättsskipning stått på processlagstiftningens dagordning. Frågan upptogs av Lagkommittén redan i dess betänkande angående domstolarna av den 31 Mars 1815 ⁴⁶, varefter bestämmelser i ifrågavarande syfte inflöto i Lagkommitténs och Lagberedningens förslag till RB förra delen kap. 2. Den lösning, som Kommittén och Beredningen föreslog, var i ett avseende mycket radikal. Frånsett de

⁴⁴ Sådant slutsammanträde bör hållas inom den i 2:1 RB jämte K. Br. av 1757 föreskrivna tid. Domare, som åtalats för dröjsmål med avslutande av ting, har dömts till ansvar därför; se N. J. A. 1880 sid. 99 och jfr N. J. A. 1899 sid. 236. Ifrågavarande slutsammanträde är att anse såsom del av det lagtima tinget; jfr N. J. A. 1889 sid. 399 och se nedan not. 48.

⁴⁵ Begreppet permanent domstol i den betydelse, som nu avses (d. v. s. det gäller frågan, huru ofta domstolen faktiskt är verksam såsom sådan), är tydligitvis ett mycket relativt begrepp. I strängaste mening permanent är ej någon domstol; även de högre instanserna, hovrätt och högsta domstolen, arbeta ej varje dag hela året. Våra rådstuvurätter, även de, som i vanliga fall ej hålla mer än ett sammanträde i veckan, plägar man allmänt anse såsom permanenta domstolar.

⁴⁶ Lagkommittén har här uttalat, att ingen domsaga borde ha mer än ett tingsställe, och att, om denna förändring genomfördes, häradsrätterna borde en dag i varje vecka eller åtminstone en dag i varje månad hålla session, som skulle fortsättas följande dagar, såframt målens antal fordrade det.

mindre bebodda och utvecklade delarna av riket, där gemensligen domsagorna äro vidsträcktare än i övriga landsändar, föreskrev man, att i varje domsaga skulle finnas endast ett tingsställe, så att följaktligen domsaga och tingslag bleve liktydiga begrepp. Under förutsättning, att en omreglering av rättskipningsdistrikten på landet i enlighet härmed komme till stånd, föreslog man, att häradsrätten årligen skulla hålla två lagtima ting, det ena mellan tjugonde dag jul och midsommar, det andra mellan Oktober månads början och jul, samt att under det förra av dessa ting skulle vara sex allmänna "rättegångsdagar" och under det senare tre sådana dagar; mellan två på varandra följande sammanträden under samma ting komme på detta sätt att ligga fyra veckor. Den sålunda föreslagna ordningen innebar ett, vid jämförelse med gamla tingsordningen, mycket betydande framsteg: i det allra största antalet domsagor skulle häradsrätten vara tillgänglig vid nio olika rättegångssammanträden årligen. Ett delvis mindre vittgående reformförslag framfördes i 1868 års förslag till stadga ang. allmänna underdomstolarna på landet. Den kommitté, som utarbetade detta förslag, ansåg sig böra bygga på de bestående förhållandena, enligt vilka domsagorna i riket omfatta ett olika antal tingslag, och utgick därifrån, att en sådan ökning av tingslagssammanträdenas antal som den tidigare föreslagna icke kunde genomföras i andra domsagor än sådana, som bestode av blott ett tingslag⁴⁷. I överensstämmelse med denna uppfattning gjorde kommittén skillnad emellan domsagor med ett, två och flera tingslag; beträffande den sistnämnda kategorien skulle den gamla tingsordningen bibehållas, medan ny ordning med ökat antal ting skulle införas i övriga domsagor, nämligen i domsagor med ett tingslag elva ting och i domsagor med två tingslag sex ting i vardera tingslaget.

Övergå vi härefter till den ordning, som kom till stånd år 1872 och som i anseende till huvudgrunderna ännu är gällande, så må först framhållas, att denna kan sägas huvud-

⁴⁷ Av kommitténs motivering framgår, att den ville åstadkomma en lag, som genast kunde tillämpas, men betraktade såsom ett önskemål, att den reglering av domsagor och tingslag, som de äldre förslagen förutsatte, blev i administrativ ordning genomförd.

sakligen återgiva till en del Lagkommitténs och Lagberedningens förslag samt till en annan del 1868 års stadgeförslag. Detta sistnämndas tanke att göra skillnad emellan olika domsagor allt efter det antal tingslag, som domsaga omfattar, har upptagits. Å andra sidan har begreppet ting erhållit den innebörd, som enligt de förra förslagen skulle tillkomma detta begrepp. Med ting förstås nämligen enligt 1872 års förordning icke *ett* sammanträde utan en serie sammanträden, som hållas under en viss lagbestämd period. Förordningen sammanför nämligen häradsrätts ordinarie allmänna sammanträden under året i två grupper, skilda genom ferier under sommar och jul, och kallar vardera gruppen ett ting⁴⁸. Liksom enligt 1734

⁴⁸ Ting enl. 1872 års förordn. är icke detsamma som en viss tidrymd i den meningen, att *samtliga* de sammanträden, som häradsrätten håller under denna tidrymd, hava lagtima karaktär. Ordet ting är enl. ifrågavarande förordn. en kollektivbeteckning för häradsrättens samtliga under den lagbestämda tidrymden hållna, i förordn. s. k. *allmänna* sammanträden jämte det i § 7 av förordn. omnämnda särskilda sammanträdet för tingets avslutande. Däremot inbegripas ej under lagtima ting av häradsrätt under tiden emellan allmänna sammanträden eller emellan allmänt sammanträde och slutsammanträdet hållna extra sammanträden. (Jfr rättsfall i N. J. A. 1899 sid. 70. Huruvida de särskilda i 1918 års lag omförmälda sammanträdena för handläggning av vissa mål och ärenden ingå under begreppet lagtima ting, är ett spörsmål, som beröres nedan sid. 195.) Detta synes mig icke vara tvivelaktigt, men visserligen är det icke höjt över allt tvivel, huruvida slutsammanträdet bör räknas till det lagtima tinget. *Trygger*, Kommentrar till utsökningslagen sid. 299 not. 4, framhåver, att "till slutsammanträdet må anstå endast med doms *avkunnande* och följaktligen *själfva tingets* formella avslutande", men att sammanträdet i allt övrigt bör anses såsom extra; till stöd för denna mening framhåller författaren ock, att enl. § 7 i 1872 års förordn. slutsammanträdet kan hållas efter utgången av de perioder, som i § 1 av samma förordn. äro bestämda för lagtima tings hållande. För min del kan jag dock icke finna denna argumentation avgörande. Det förefaller onekligen naturligt att till lagtima ting räkna ett sammanträde, som hålles för *tingets* "avslutande", och att följaktligen anse, att häradsrätten icke bör vägra upptaga till handläggning vid sammanträdet sådana angelägenheter, för vilka ett betydande allmänt intresse bjuder att hålla häradsrätten tillgänglig oftast möjligt (såsom lagfarts- och inteckn.-ärenden), och vilka ej jämlikt grunderna för tingsanordningen enl. 1872 års förordn. med bjudande nödvändighet måste uteslutas från ifrågavarande sammanträde (ss. rättegångsmål). För tolkningen av § 20 i lagfartsförordn. och § 63 i inteckn.-

års lag bildar på detta sätt ett ting ett för sig avslutat helt. Orsaken till, att man sålunda såsom ting betecknat icke, vilket kunde synas mest naturligt, varje särskilt sammanträde utan en serie av sammanträden, är förnämligast den, att man icke velat rubba den äldre uppfattningen av tinget såsom ett helt för sig och ändra de lagstadganden, varest bestämmes, att något skall företagas å visst ting ⁴⁹.

Nya tingsordningen skall, enligt § 1 i 1872 års förordn., tillämpas i domsagor, som bestå av ett eller två tingslag. Hurusom dess tillämpningsområde kan vare sig utvidgas eller inskränkas, framgår av vad ovan sagts angående gamla tingsordningens tillämpningsområde.

De lagtima tingen äro två: vårtinget, emellan den 7 Januari och midsommar, samt höstetinget, emellan den 24 Augusti och Tomedag (21 Dec.). Under vartdera tinget skola hållas "allmänna sammanträden".

Antalet allmänna sammanträden är olika i tingslag, som ensamt utgör en domsaga, och i tingslag, som jämte ett annat tingslag bildar en domsaga: under vårtinget sex i det förra och tre i det senare tingslaget samt under höstetinget resp. fyra och två; se §§ 2 och 3. Enligt § 10 äger emellertid konungen förordna, att i dessa tingslag allmänna sammanträden må hållas till större antal (liksom å andra dagar) än nyss omförmäls. Det finnes naturligtvis ej hinder för, att konungen meddelar sådant förordnande beträffande det ena av två tingslag, som tillsammans utgöra en domsaga, men ej beträffande det andra tingslaget.

Beträffande tiderna för de allmänna sammanträdena har 1913 års lag frångått den ordning, som gällde enligt 1872 års förordn. Enligt den senare började sammanträdena på samma dagar i alla de tingslag i hela riket, å vilka förordn. var tillämplig, men numera infalla tiderna enligt ett av tre olika alternativ (se §§ 2 och 3), och förordnar konungen, vilken av

förordn., i vilka båda §§ det stadgas om ärendes företagande endast på lagtima ting, är förevarande fråga i synnerhet av betydelse.

⁴⁹ Se 9:4 AB, 18:1 AB m. fl. Numera är, genom lag av den 27 Juni 1896, allmänt tingssammanträde likställt i vissa fall med häradsting. Ang. denna lag se nedan i texten.

dess sammanträdesturer skall tillämpas i var domsaga. För domsagor, som bestå av två tingslag, bestämmer konungen därjämte, i vilketdera tingslaget tingen först skola börjas; se § 4.

Lagen av 1913⁵⁰ har tillkommit i syfte, att samtida tingsammansäträden inom närbelägna domsagor i möjligaste mån måtte undvikas. Samtidigheten var till nackdel för parterna och deras ombud, i synnerhet de yrkesmässiga utövarne av ombudsmannaskap, advokaterna. Då dessa sistnämnde ofta hava att samtidigt bevaka mål vid olika häradsrätter men ju icke kunna personligen infinna sig å mer än ett ställe, nödgades de å övriga ställen låta sig företrädas av ombud, som ej sällan saknade full kännedom om målet. Detta förhållande hade till följd, att rättegångarna blevo skötta på ett mindre tillfredsställande sätt, särskilt så till vida, som uppskov blevo nödvändiga och rättskipningen sålunda fördröjdes. En annan med 1913 års lag åsyftad fördel är, att det genom de nya bestämmelserna möjliggöres för tingslag, tillhörande olika domsagor, att förena sig om ett gemensamt tingshus. Och slutligen är ännu en synpunkt att beakta. Enligt 1872 års förordn. voro genom stadganden av allmän lags natur tiderna för hållande av allmänna tingsammansäträden så bestämda, att i regel det icke återstod något för administrativ reglering i ämnet. Härutinnan har genom 1913 års lag skett en förskjutning i den riktning, att området för den administrativa regleringen utvidgats.

Om vid allmänt sammanträde tarvas mera än en rättegångsdag, skall sammanträdet fortsättas nästföljande helgfria dagar till dess alla målen förevarit; se § 5.

Till lagtima ting hör, förutom de nämnda allmänna sammanträdena, det särskilda sammanträde, som jäml. § 7 i 1872 års förordn. kan hållas, ej senare än den 20 Juli för vårtinget och December månads slut för höstetinget. Av nyssnämnda lagrum framgår, att ifrågavarande särskilda sammanträde hålles för "doms avkunnande och tingets avslutande". Har ett mål (varmed här måste förstås ej blott rätte-

⁵⁰ Se ang. denna lag K. Propos. N:r 284 till 1913 års riksdag.

gångsmål utan även ärende) blivit slutfört å sista allmänna sammanträdet under tinget men slutligt utslag ej då meddelats, *mdste* ifrågavarande särskilda sammanträde, det s. k. slutsammanträdet, hållas, men skulle det tänkbara fall inträffa, att samtliga mål ej blott slutfördes utan även avdömdes å allmänt sammanträde under tinget, erfordras ej något slutsammanträde, och synes ej heller något sådant sammanträde lagligen kunna hållas. Å slutsammanträdet kunna icke rättgångsmål, vare sig nyinstämde eller uppskjutna, förekomma till behandling ⁵¹, men väl ärenden, hänförliga till *jurisdictio voluntaria*, såsom lagfarts- och inteckningsärenden m. fl.; häradsrätten är pliktig att upptaga sådant ärende, såframt det vid sammanträdet vederbörligen göres anhängigt ⁵².

Enligt lag den 27 Juni 1896 är allmänt tingssammanträde i vissa fall likställt med häradssting ⁵³. Härom är stadgat, att om enligt lag eller författning talan bör anhängiggöras eller

⁵¹ Om likväl rättgångsmål, t. ex. rannsaking med häktad, handlägges vid tillfälle, då ting avslutas, så måste häradsrättens sammanträde, så vitt denna handläggning angår, anses äga extra ordinär, "urtima" karaktär. Dessutom må anmärkas, att då det i § 1 av 1918 års lag om särskilda tingssammanträden stadgas, att sådant sammanträde ej må hållas å eller i omedelbart samband med allmän rättgångsdag, häri ej innefattas förbud mot att hålla dylikt sammanträde å dag, vartill sammanträde för avslutande av lagtima ting utsatts.

⁵² Jfr rättsfall i N. J. A. 1888 sid. 182 och se ovan not. 48.

Vid tillämpningen av § 82 U. L., där i 2:dra st. talas om lagfartsansökning sist å "allmän rättgångsdag för lagfartsärenden", har fråga uppstått, huruvida slutsammanträde bör anses såsom sådan allmän rättgångsdag, och har denna fråga i rättsfall, ref. i N. J. A. 1892 sid. 239, besvarats nekande. *Trygger*, Kommentar till utsökn.l. sid. 299 not. 4, är av den mening, att om man, såsom skett i praxis, över huvud anser, att lagfarts- och inteckningsärenden kunna upptagas å slutsammanträde, man ej kan undgå att erkänna sådant sammanträde såsom allmän rättgångsdag för lagfartsärenden enl. § 82 U.L. Jag är för min del mest höjd för att omfatta samma mening. Under nämnda (enl. min åsikt riktiga — se ovan not. 48) förutsättning är slutsammanträdet faktiskt en dag för handläggning av lagfartsärenden i allmänhet. Huruvida man med den besynnerliga och föga lyckade avfattningen "allmän rättgångsdag för lagfartsärenden" avsett annat, är ovisst men synes i varje fall icke kunna vara avgörande.

⁵³ Se ang. denna lag K. Propos. Nr 14 till 1896 års riksdag.

annan åtgärd vidtagas sist å det ting, som först infaller sedan visst förhållande inträtt eller viss därifrån räknad tid förflutit, skall i tingslag, där ting hållas enl. 1872 års förordn., vad föreskrivet är fullgöras senast å det allmänna tingssammanträde, som först hålles efter det förhållandet inträtt eller den angivna tiden därefter förflutit⁵⁴. Det bör uppmärksammas, att här icke är lämnad någon föreskrift om, att allmänt tingssammanträde är i alla avseenden likställt med ting; det är endast fråga om sådana fall, i vilka det är bestämt, att en handling skall företagas senast å ett ting, som till tiden ställts i relation till en viss tilldragelse. Enligt vad lagen vidare innehåller skall i fall, då det ankommer på rätten eller domaren att förordna om vidtagande av åtgärd å visst ting, i tingslag, där ting hållas enl. 1872 års förordn., förordnandet lämpas efter förut angivna, i förordn. stadgade grunder.

3) *Särskilda tingssammanträden enligt 1918 års lag.* Strävandena att få till stånd en snabbare rättskipning på landet ha icke upphört i och med tillkomsten av 1872 års förordning⁵⁵. Behovet därav har särskilt yppat sig i fråga om städer och andra orter med mera sammanträngd befolkning samt framträtt starkare i samma mån som allt flera städer kommit att lyda under landsrätt (jfr ovan sid. 158—160) samt på landsbygden i allt större omfattning uppstått stadsliknande samhällen, som dock ej åtnjuta stadsrätt. Dessutom har den synpunkten gjort sig gällande, att införandet av tingssammanträden för handläggning av vissa (enklare) mål ävensom av ärenden skulle bidra till lösningen av den viktiga frågan om

⁵⁴ Se ock § 2 i 1918 års lag om särskilda tingssammanträden.

⁵⁵ Följande kan förtjäna här antecknas. I Nya Lagberedn:s principbetänkande I kap. 1 föreslogs inrättande av — jämte de allmänna, för alla slags mål och ärenden avsedda tingen, som skulle hållas till samma antal som enligt gällande rätt — särskilda s. k. inskrivningsting för handläggning uteslutande av lagfarts- och intecknings- samt andra ansökningsärenden. Tanken på inrättande av särskilda inskrivningsting upptogs av Lagberedn, vars förslag till jordabalk II (1908) innehåller ett förslag till lag om inskrivningsting; enligt detta skulle i domsaga, som består av mer än ett tingslag, om konungen prövade nödigt, för inskrivningsärenden hållas särskilda ting till det antal konungen bestämde; häradsrätten skulle å dessa ting vara domför med tre nämndemän.

utvägar att befria domaren från en del av hans arbetsbörda, närmare bestämt den del, som kan anförtros åt mindre kvalificerade arbetskrafter, och sålunda göra det möjligt för honom att mera odelat ägna sig åt de mera krävande arbetsuppgifterna. Lagen av den 7 Maj 1918 om särskilda tingssammanträden för handläggning av vissa mål och ärenden har tillkommit för att tillgodose nu antydda syften. Dock har lagen ej begränsats till att endast gälla tingslag, som omfatta städer eller stadsliknande samhällen; det har ej gjorts någon bestämd inskränkning av området för dess tillämpning.

I lagen stadgas (§ 1), att i tingslag, där konungen med hänsyn till ortsförhållandena så prövar nödigt, häradsrätten skall under eller mellan de lagtima tingen, dock ej å eller i omedelbart samband med allmän rättegångsdag, hålla sammanträde för handläggning allenast av mål och ärenden av vissa i lagrummet uppräknade slag. Bortse vi från hithörande ärenden och brottmål samt tvistemål, som äro att hänföra till den extraordinära civilprocessen, så återstår den kategori av ordinära civilprocessuella mål, som i § 1 under 3) anges sålunda: mål angående penningfordran, som ej avser skadestånd, där grunden för fordringen och tiden för dess tillkomst tydligt och fullständigt angivits i stämningen eller i bilagd räkning. Grunden till dessa tvistemåls förläggande till ifrågasvarande särskilda sammanträden är, förutom ofta behovet av skyndsam handläggning, huvudsakligen dessa måls merendels enkla beskaffenhet. Det bör uppmärksammas, att beträffande förevarande kategori av mål det ej kommer an på, huruvida målet rör sig om ett större eller mindre belopp.

I lagen har, såsom av vad därur anförts framgår, uttryckligen uttalats, att endast mål och ärenden av de uppräknade slagen få handläggas å sådant särskilt tingssammanträde, som i lagen åsyftas. Däremot gäller icke, att dessa mål och ärenden äro hänvisande uteslutande till ifrågasvarande sammanträden; det står en kärande eller sökande fritt att anhängiggöra målet eller ärendet vid lagtima ting resp. vid allmänt tingssammanträde under lagtima ting. I detta sammanhang må tillika — utan att för övrigt de i lagen meddelade reglerna angående målens eller ärendenas handläggning här kunna bli

föremål för någon redogörelse — framhållas, att ett mål endast första gången det förekommer må handläggas å särskilt sammanträde (§ 1 sista st.). Om ett mål, som instämts till särskilt sammanträde, ej kan föras till slut och dom avkunnas å sammanträdet, måste handläggningen fortsättas resp. dom avkunnas å allmän rättegångsdag (se, förutom § 1 sista st., § 5).

Att häradsrätten vid ifrågavarande sammanträden är domför med tre av nämnden, har förut nämnts (se ovan sid. 174).

Särskilda sammanträden enligt 1918 års lag hållas å de tider konungen bestämmer (§ 7 första st.).

Uppenbart är, att ifrågavarande sammanträden äro att hänföra till kategorien ordinarie sammanträden. Huruvida dessa sammanträden, därest de i tingslag, varå nya tingsordningen (enligt 1872 års förordn.) tillämpas, hållas "under" de lagtima tingen, äro att räkna till dessa ting, kan synas vara en i och för sig likgiltig fråga. Otvivelaktigt har lagstiftaren ställt sig på den ståndpunkten, att frågan bör besvaras jakande, härpå tyder avfattningen av några stadganden i lagen ⁵⁶.

4) Om kungörande av tid för hållande av ordinarie tingsammanträden äro bestämmelser givna i lag den 7 Maj 1918 om kungörande av tiden för tings början och avslutande m. m. Lagens innehåll påkallar ej här någon utläggning.

5) Förutom vad ovan anförts angående tiden för häradsrätts lagtima ting gälla vissa regler om tid på dagen, då häradshövding skall infinna sig vid tingsstället, och om tider, då häradsrätt varje särskild sessionsdag har att börja och sluta sin verksamhet; se 2: 3 RB och K. Br. den 27 Maj 1801.

b) *Extraordinarie tingssammanträden*. Därom handlar 4 kap. RB, vars överskrift upptager termen urtima ting och säger ett sådant ting vara ett "särskilt häradsting", d. ä. ett ting, som hålles "utom laga tid", såsom det säges i förslag till RB, vilka föregått 1734 års lag ⁵⁷. Av vad förut blivit anført angående ordinarie tingssammanträden kan man omedelbart sluta sig till, vilka häradsrättssammanträden som hava karak-

⁵⁶ Se § 2 första st. och § 8 andra st.

⁵⁷ Se Förarbetena till Sveriges Rikes Lag, utg. av *Sjögren*: förslaget till RB av 1717 kap. 3 och förslaget till RB av 1723 kap. 4.

tären av extraordinarie eller urtima⁵⁸. Av de bestämmelser om urtima ting, som 4 kap. RB innehåller, hava vi här endast att göra med dem, som angå civila rättegångsmål. Likaså kunna de många föreskrifter om urtima ting, som förekomma i andra delar av lagstiftningen, ej här uppmärksammas.

Enligt 4:2 RB, sådant lagrummet lyder enl. K. F. den 27 Nov. 1854⁵⁹, skall urtima ting hållas, dels då käranden det påkallar och vill "kostnaden hålla", dels ock då parterna inför rätten "åsämjas" om sådant ting.

Det torde vara otvivelaktigt, att käranden äger få utsatt urtima ting ej mindre för första handläggningen av målet, i vilket fall svaranden stämmas till det särskilda tinget, än även för handläggning av uppskjutet mål. Huruvida det för utsättande av urtima ting satta villkoret, att käranden vill "kostnaden hålla", innebär skyldighet för käranden att på förhand ställa säkerhet för kostnaden, är ej klart. Helst skulle jag vilja besvara frågan jakande, men svarets riktighet kan starkt ifrågasättas. Anser man, att säkerhets ställande kan göras till villkor för utsättande av urtima ting i ifrågavarande fall, så synes jämväl säkerhet för kostnaden kunna fordras i fall, då båda parterna äro överens om urtima ting⁶⁰. Om kostnaden för urtima ting, som hålles på kärandens begäran, är vidare stadgat,

⁵⁸ De sammanträden (bortsett härvid från de särskilda, i 1918 års lag avsedda tingssammanträdena), som i tingslag, där nya tingsordningen tillämpas, hållas under tingsperiod emellan de allmänna sammanträdena, torde gemenligen icke benämnas urtima ting utan extra sammanträden, men detta inverkar naturligtvis icke på deras egenskap av urtima ting enl. 4 kap. RB.

⁵⁹ Se Lagutskottets utlåtande N:r 16 vid riksdagen 1853—1854.

⁶⁰ Stadgandena i ämnet i förslagen till RB av 1717 och 1723 giva ej vid handen, att ställande av säkerhet för kostnaden kunnat fordras; lika litet är detta fallet med innehållet i 4:2 RB, sådant lagrummet lydde före 1854 års lagändring. Man finner emellertid, att i § 33 i 1868 års förslag till stadga ang. underdomstolarna på landet upptagits föreskrift om skyldighet för part, som i tvistemål begär urtima ting, att ställa nöjaktig säkerhet för kostnaden, och så vitt man kan se av motiven till det föreslagna lagrummet om urtima ting har nämnda föreskrift icke uppfattats såsom en nyhet, jämförd med gällande rätt. Se ock Nya Lagberedn:s principbetänkande I kap. 1 § 11 i förslagen, där det stadgas, att kostnaden för urtima ting skall, om domhavanden så

att om också svaranden tappar han ej är pliktig gälda "annan kostnad, än den å laga ting göras skulle".

I 4: 2 RB har lagstiftaren icke omnämmt det fall, att *svaranden* begär urtima ting och vill bestrida kostnaden men *käranden* icke vill medgiva sådant tings hållande. Det är knappast möjligt att icke härav och av vad lagrummet för övrigt innehåller draga den, efter vår mening föga tillfredsställande, slutsatsen, att urtima ting på framställning av allenast svaranden (utan kärandens instämmande) icke kan förekomma ⁶¹.

Utom i förut nämnda fall skall ock enl. 4: 3 RB urtima ting hållas för handläggning av "kronans saker och andra allmänna mål", "där så omtränger".

Det åligger, enl. stadganden i 4: 2 och 3, häradshövding att, då han utsätter urtima ting, genast därom underrätta hovrätten och K. B.

III. Det återstår i denna avdelning av framställningen allenast att omnämna några ordningsföreskrifter ang. häradsrätts sammanträden.

Å det lagtima ting, som först på året infaller, skall, innan rätten sätter sig, gudstjänst förrättas; se 2: 3 RB och åtskilliga författn:ar ⁶². I 2: 3 stadgas vidare om skyldighet för häradshövding att, innan handläggningen börjar, lysa ting och tingsfrid ⁶³.

De mål och ärenden, som vid ting eller tingssammanträde förekomma till behandling, skola företagas i viss ord-

fordrar, gäldas i förskott. Måhända kan man även enl. gällande lag våga tillerkänna domaren rätt att fordra förskottsbetalning; till förekommande av missbruk *bör* han äga denna rätt.

⁶¹ Förslagen till RB av 1717 och 1723 och likaså lagförslagen efter tillkomsten av 1734 års lag, Lagkom:n:s och Lagberedn:s förslag, 1868 års ofta citerade förslag ävensom Nya Lagberedn:s förslag i principbet. I, göra beträffande rätten att fordra urtima ting ej skillnad emellan kärande och svarande.

⁶² Anmärkta vid nämnda lagrum i *Westrings* lagedition.

⁶³ Någon särskild betydelse vare sig i straffrättsligt eller annat hänseende tillkommer ej lysandet av tingsfrid. Om brytandet av rättgångsfrid innehöll 1734 års lag straffbestämmelser i 18 kap. Miss.B. Se numera 11 kap. Str.l. §§ 5, 6 och 7.

ning; därom stadgas i 2:3 RB. Om denna ordning, så vitt angår instämnda eller uppskjutna mål, erhåller menigheten kännedom på det sätt, att rättens ordförande, enl. vad i K. K. den 6 Okt. 1882 ang. uppropslistor vid de allmänna domstolarna är stadgat, vid början av varje lagtima ting eller, i domsagor, där 1872 års förordning tillämpas, vid början av varje allmänt sammanträde upprättar och låter å rättens dörr anslå en lista, vari nämnda mål äro för varje rättegångsdag uppförda i den ordning, i vilken han har för avsikt att uppropa dem till handläggning; hinder för domaren att i särskilda fall, då han finner parternas bekvämlighet det fordra, göra ändring i den kungjorda föredragningsordningen finnes dock icke⁶⁴. Det torde vara otvivelaktigt, att uppropslistor skola upprättas jämväl till bestämmande av den ordning, vari instämnda mål, som handläggas vid särskilda tingssammanträden enligt 1918 års lag, skola företagas till behandling, men så vitt jag kunnat finna, saknas närmare bestämmelser härom. K. K. av 1882 är ej så avfattad, att den har tillämpning.

§ 14.

Rådstuvurätt¹.

”Underrätt i stad är rådstuvurätt. Där äga stadens borgmästare och rådmän döma” — så stadgas i 1:4 RB. Att det emellertid består åtskilliga undantag från den regeln, att stad har sin egen domstol, framgår av vad ovan i § 12 under III a är anfördt. Innan jag går närmare in på vad som nu gäller om rådstuvurätt, må i allra största korthet erinras om den

⁶⁴ Avvikelse från uppropslistan får ej äga rum godtyckligt; det ligger i sakens natur och framgår för övrigt av författningen. Se rättsfall i N. J. A. 1887 sid. 343. — Om särskild uppropslista upptagande endast vissa till tingssammanträde instämnda mål, se § 23 i stadgan ^{22/6} 1920 ang. domsagornas förvaltning.

¹ *Nehrman*, Processus civilis kap. VII § 130 ff.; *Schrevelius*, Civilprocess § 29; *Broomé*, Civilprocessen § 2.

historiska utveckling, som ligger bakom den gällande ordningen².

I. De svenska städerna ha av ålder haft sina egna domstolar. Stadens råd (borgmästare och rådmän) eller en avdelning därav i förening med konungens fogde eller hans ombud handhade rättsskipningen redan enligt Bjärköarätten och sedan jämväl enligt allmänna stadslagen, i vilken dessa institutioner framträdde fullt utbildade³; till denna domstol kom i några städer ännu en, av lägre rang, nämligen rätten ute på torget, som bestod av en fogde och två rådmän. Då stadens råd tillika utgjorde den myndighet, som handhade stadens styrelse och förvaltning, finner man, att det ännu i dag bestående förhållandet, att en och samma myndighet är dels domstol (rådstuvurätt) och dels förvaltningsorgan (magistrat) går tillbaka till den medeltida stadsförfattningen. Enligt stadslagen skulle val till rådet förrättas årligen⁴, men rådet blev med tiden mera permanent. Den förra av nämnda båda domstolar, som efter platsen, där den sammanträdde, erhöll benämningen rådstuvurätt, ingick under detta namn såsom ett led i rikets domstolsorganisation enligt 1734 års lag i dess ursprungliga skick och är allt fortfarande underrätt i stad⁵.

² Se härom *Nordström*, Den svenska samhällsförfattningens historia I sid. 327 ff., II sid. 528—530; *Odhner*, Bidrag till svenska stadsförfattningens historia (1861); *Stenberg*, Om de svenska underrätternas uppkomst etc. sid. 33 ff.; *Uppström*, Den svenska processens historia sid. 17, 90 ff.; *Hildebrand*, Svenska statsförfattningens historiska utveckling (1896) §§ 22 och 35.

³ Ang. den allra äldsta stadsbildningen på inhemsk grund utan utländsk påverkan, se *Odhner*, anf. arb. sid. 1 ff. Rådet såsom på en gång dömande och administrerande myndighet är av tyskt (hanseatiskt) ursprung; att dock även ett rent svenskt element bidragit till dess uppkomst, antager *Odhner*, anf. arb. sid. 7 f.

⁴ Ang. valet se M. E. St.L. Kon. B. I och VII. Enligt *Hildebrand*, anf. arb. sid. 158, får man anse, att rådet ursprungligen valts av menigheten. Enl. M. E. St. L. synes emellertid rätten att välja nytt råd ha tillkommit det avgående rådet; fogden skulle vara närvarande vid valet och ägde vid stridigheter emellan de väljande bestämma utgången. Ang. de dunkla bestämmelserna, se *Odhner*, anf. arb. sid. 34 ff.

⁵ Den lägre domstolen, som erhöll stadens kämnerer (ursprungligen uppbördsmän) till bisittare och efter dem fick namnet kämnars-

Rådstuvurätten skulle enligt stadslagen liksom enligt 6: 1 RB, sådant lagrummet ursprungligen lydde, hålla sammanträden tre gånger i veckan ⁶.

Så länge fogden hade säte och stämma i stadsdomstolen, utövade konungen genom denne sin representant inflytande på rättskipningen i städerna. Men småningom upphörde fogdens deltagande i rättskipningen ⁷. I stället fick regeringen i ett annat avseende inflytande, nämligen i fråga om rådsplatsernas besättande. Redan Gustaf Vasa tillsatte i flera städer borgmästare och i Stockholm även rådmän. Sedan därefter städerna till magistraternas avlöning fått åtskilliga tull- och andra inkomster av kronan sig anslagna, började under 1600-talet regeringen att med åsidosättande av städernas rätt utnämna borgmästare, vilka sålunda kommo att bliva kungliga ämbetsmän. I ämnet utfärdades ett K. Brev av den 5 Dec. 1693 (Schmedemans Justitieverk sid. 1353), däri bestämdes, att om K. Maj:t ej funne för gott omedelbart förordna till borgmästare någon "för capacitet och skicklighet bekant" person, så ägde magistraten jämte borgerskapet vid ledighet välja borgmästare; den sålunda valde skulle presenteras landshövdingen, som hade att föreslå honom hos K. Maj:t till fullmakts erhållande, såvida landshövdingen ej funne något mot den valdes person att påminna; på enahanda sätt skulle rådmän utses, dock att, när K. Maj:t ej för dem utfärdade fullmakt, landshövdingen hade att, så framt ej något jäv funnes mot den valde, på magistratens presentation installera honom i ämbetet. Åtskilliga senare författningar upptogo bestämmelser angående städernas ifrågavarande rätt; huvudbestämmelserna återfinnas i K. Res. på St. besv. den 16 Okt. 1723, som ligger till grund för ännu i dag rådande ordning.

II. Gällande huvudbestämmelser om rådstuvurätt — dess

rätt, upptogs i 1734 års lag — se RB 1: 3 i dess ursprungl. lydelse och kap. 5, som hade till överskrift "om kämnarsrätt" — men avskaffades 1849 samtidigt med lagmansrätterna.

⁶ Enl. M. E. St. L. Radst. B. II skulle vara tre rådstuvudagar i varje vecka: måndag, onsdag och lördag. Samma bestämmelse innehöll ursprungligen 6: 1 RB, med tillägget: "så ock oftare, där det tarvas".

⁷ Närmare uppgifter härom hos *Odhner*, anf. arb. sid. 20 f.

sammansättning, sammanträdesordning m. m., som hör hit — förekomma i, förutom 1: 4 RB, som ovan citerades, 6 kap. och 23: 1 av samma balk; kap. 6 har erhållit sin nuvarande lydelse genom K. F. den 18 April 1849 i sammanhang därmed, att kämnarsrätten upphävdes.

Av de anförda ställena i RB framgår beträffande rådstuvurätts *sammansättning* endast, *att* i rådstuvurätt döma borgmästare och rådmän (1: 4), *att* i de städer, där målens antal så fordrar, flera, avdelningar av rådstuvurätten böra vara och göromålen dem emellan fördelas såsom å varje ställe lämpligast finnes, dock att vissa mål och ärenden skola för hela staden höra till en och samma avdelning (6: 2), *samt att* rådstuvurätt är domför, om tre i rätten sitta (23: 1).

Först stannar jag vid stadgandet, att stadens borgmästare och rådmän skola döma i rådstuvurätt. Av detta stadgande, sammanställt med bestämmelsen om domförhet, kan man draga den slutsatsen, att varje rådstuvurätt måste vara besatt med borgmästare och minst två rådmän. Arbetar rådstuvurätt på flera avdelningar, måste det tydligtvis finnas så många domare, att varje avdelning kan besättas med tre ledamöter. Med avseende å dessa rådstuvurätter, som bestå av mer än en avdelning, möter nu spörsmålet, huruvida det är nödvändigt, att samtliga ledamöterna äro, fränsett borgmästaren, rådmän. Det torde icke kunna bestridas, att frågan borde med strängt fasthållande vid lagens bud i 1: 4 RB besvaras jakande. Men man har ingalunda vid organisationen av samtliga ifrågasvarande rådstuvurätter ansett sig förbunden att så strikt tillämpa lagen. Det anses ej vara något hinder för att tillfyllande av det erforderliga antalet domare taga i beräkning de vid många rådstuvurätter, särskilt de större, anställda tjänstemän, såsom stadsnotarier, magistratssekreterare m. fl.

På den omständigheten, att i en del, över huvud mindre städer rådmännen (eller någon av dem) äro icke-lagfarna (illiterata), har förut häntytts. Huru härmed för de särskilda städernas del förhåller sig, ävensom huru dessa städers rådstuvurätter i övrigt, beträffande antalet domare eller lagfarna tjänstemän m. m., äro inrättade, därom finnas ej några allmänna stadganden. Vill man veta, huru en viss stads råd-

stuvurätt är organiserad, måste man gå till de särskilda bestämmelser, som för den staden i ifrågavarande avseende vederbörligen äro meddelade. Detta sammanhänger med det förut påpekade, egendomliga förhållandet, att städerna själva bekosta sin rättsskipning.

Om rådstuvurätts *domförhet* innehöll 23:1 RB i dess ursprungliga lydelse den bestämmelsen, att rådstuvurätt ej skulle vara domför, med mindre fem sütte i rätten. Genom K. F. den 15 Juni 1818 ändrades detta sålunda: rådstuvurätt "vare domför, där tre i rätten sitta"; och i denna del har 23:1 sedan ej undergått någon förändring. Stadgandet är klart därutinnan, att minimiantalet domare är tre. Om ett visst maximiantal, som ej får överskridas, är icke stadgat, och det kan ej antagas, att rättegångens giltighet är beroende av iakttagandet av ett visst maximum ⁸.

⁸ Det torde vara otvivelaktigt, att stadgandet i 23:1 RB om domfört antal icke har avseende å ett maximum, liksom att bestämmelsen i 25:21 RB (ursprungl. lydelsen) ang. doms ogiltighet på grund därav, att rätten ej varit domför, icke är att hänföra hit. Emellertid kan dock med fog den frågan uppkastas, huruvida icke ett maximum bör iakttagas. Den tanken saknar ej berättigande, att det bör råda ett visst förhållande mellan antalet domare i lägre och högre instans. Att denna tanke icke varit lagstiftaren främmande, synes framgå därav, att den år 1818 föreskrivna nedsättningen av domfört antal stod i sammanhang därmed, att genom förordn. ^{19/7} 1815 nedsättning skett beträffande hovrätt. I enlighet härmed borde, då i hovrätt för domförhet fordras allenast fem ledamöter eller t. o. m. blott fyra, om tre äro ense om slutet, femtalet icke överskridas i rådstuvurätt.

Förord:na av 1815 och 1818 äro upptagna i Backmans lagsamling vid 23:1 RB. Ingressen till 1818 års förordn. är upplysande. Grundsatsen om iakttagande av ett visst förhållande mellan domareantalet i lägre och högre rätt är uttalad av Lagkom:n i dess förslag till allmän civillag (1838); i motiven sid. 263 säger Kom:n, att den trott sig böra följa den grundsats, att en högre domstol aldrig må bestå av färre ledamöter än den lägre, vars dom av den förra skall prövas. I enlighet med denna sin åsikt föreslog Kom:n beträffande ej mindre underrätt i stad än även hovrätt vissa minima och maxima; se kap. 3 § 1 och kap. 4 § 1 RB, förra delen. Jfr ock Lagbered:ns förslag (1849) RB förra delen 3:5 samt 4:1. Det kan ock förtjäna anmärkas, att Tablåkom:n betr. 3:1 i Lagkom:ns försl. anmärker såsom en skiljaktighet emellan detta föreslagna lagrum och gällande lag stadgandet, att ej flera än fem finge på en gång sitta i stadens rätt.

Vad angår förhållandet emellan ledamöterna i rådstuvurätt i deras egenskap av domare, så är förut nämnt, att de, oavsett om de äro lagfarna eller ej, hava var sin röst. De äro ock lika ansvariga för beslut, vari de tagit del. Detta är uttryckligen uttalat i K. Br. till samtliga hovrätterna av den 2 Maj 1766 (Backmans lagsamling V sid. 353 f.), vari säges, att om någon part genom orätt dom, vartill borgmästare och rådmän med sina röster bidragit, lidit skada, såväl rådmän som borgmästare böra, då felen äro av lika beskaffenhet, till följd av 1: 12 RB vara lika ansvar underkastade. Grundsatsen gäller icke blott beträffande förhållandet emellan borgmästare och lagfarna bisittare i rätten utan även i avseende å icke-lagfarna ledamöter. Med hänsyn till de sistnämnda innebär denna grundsats obestriddligen en obillighet. Regeln om samtliga ledamöters lika ansvar avser ej åtgöranden, vilka icke åligga rådstuvurätt i dess egentliga egenskap av domstol. Sålunda är stadgat, att då rådstuvurätt försummat att behörigen och i rätt tid till hovrätt insända protokoll och domböcker rådmän skall böta endast hälften mot borgmästaren; se det nyss förut citerade K. Br. av 1766 samt K. Br. den 28 Febr. 1777 (Backmans lagsaml. sid. 379). Såsom skäl härför angiver den förra av dessa författningar huvudsakligen, att det egentligen åligger borgmästaren såsom ordförande i rätten och den där bör tillse, att vid arbetet och sysslorna ordentligen tillgår, att så väl tillhålla stadens sekreterare eller notarius att förfärdiga domboken och protokollen som ock sedermera själv jämte rätten foga anstalt, att de i rätt tid till hovrätten varda insända ⁹.

⁹ Se ang. hithörande spörsmål N. J. A. 1884 sid. 248; 1890 sid. 70; 1903 sid. 335 och 1909 sid. 607. — Det är uppenbart och framgår ock av motiveringen för domstolarnas beslut i anförda rättsfall, att, om enligt lagligen fastställd fördelning av göromålen vid rådstuvurätt visst bestyr åligger någon ledamot eller tjänsteman ensam, endast denne är ansvarig för försummelse. I detta sammanhang må anmärkas rättsfallet i N. J. A. 1887 sid. 343 ang. ansvar för avvikelser vid rådstuvurätt från anslagen uppspropplista. Åtal anställdes endast mot rättens ordförande. I kung. ^{9/10} 1882 ang. uppspropplistor säges, att det icke finnes hinder för "domaren" att i särskilda fall till parternas bekvämlighet göra ändring i föredragningsordningen. Att domaren här betyder detsamma som rättens ord-

III. Beträffande ordningen för tillsättande av domare i städer, som ej lyda under landsrätt, har man att skilja mellan å ena sidan borgmästare i samtliga städer ävensom rådmän (liksom ock magistratssekreterare) i Stockholm samt å andra sidan rådmän i andra städer.

Vad angår den förra kategorien, så innefattas nu gällande regler i §§ 28 och 31 RF samt lag den 14 Mars 1921 om val av borgmästare i stad med magistrat samt av rådmän och magistratssekreterare i Stockholm¹⁰. Konungen utnämner och förser den utnämnde med fullmakt. Därvid är konungen enligt § 31 RF bunden vid ett tremannaförslag, angående vilket i lagrummet stadgas, att i stad bosatta och i dess allmänna angelägenheter röstberättigade män och kvinnor föreslå tre personer, samt att varje röstberättigad äger en röst. Beträffande val för upprättande av förslag till ifrågavarande tjänster komma de bestämmelser, som innehållas i 1921 års lag, till tillämpning. Någon närmare redogörelse för dessa bestämmelser lämnas ej här.

I fråga om tillsättandet av rådmän (ävensom magistratssekreterare) i andra städer än Stockholm gäller, att den städerna tillkommande rätten att välja utövas, i städer med stadsfullmäktige av denna församling och i andra städer av allmän rådstuga; för den, som i behörig ordning valts, utfärdas fullmakt av K. B.¹¹.

Övriga tjänstemän i rådstuvurätt utses av magistraten¹². förande, kan väl icke påstås, men då processledningen, vad den rent yttre ordningen angår, utövas av ordföranden ensam, bör också han ensam drabbas av ansvar för sådan förseelse som den ifrågavarande.

¹⁰ Se ock K. F. ²¹/₃ 1862 om kommunalstyrelse i stad särsk. §§ 4, 9 och 46 samt instr. ¹²/₄ 1918 för landshövdingarna i rikets län m. m., § 34 mom. 1. Rubriken till 1921 års lag ("borgmästare i stad med magistrat") har valts för att utmärka, att lagen ej avser kommunalborgmästare, se K. Propos. N:o 25 till 1921 års riksdag.

Angående förut gällande bestämmelser om tillsättning av borgmästare, så ock av rådmän och magistratssekreterare i Stockholm, se 1917 års upplaga av förevarande arbete sid. 214—216.

¹¹ Se företrädesvis K. Res. på St. besvär ¹⁶/₁₀ 1723, instr. ¹²/₄ 1918 för landshövdingarna m. m. § 34 mom. 2 och förordn. om kom.-styrelse i stad.

¹² Se K. Res. 1723.

IV. Om rådstuvurätts sammanträden innehåller 6: 3 RB det stadgandet, att rådstuvurätt skall hållas var måndag eller, när helgdag å måndag inträffar, nästa söckendag därefter så ock dessemellan så ofta det tarvas och ordföranden därom tillsäger. Det ålägges borgmästare och rådmän att komma till rådstuvan kl. 10.

Angående gudstjänsts hållande hänvisas till bestämmelsen i 6: 4 RB.

Någon föreskrift, motsvarande den i 2: 3 RB för häradsrätt givna, angående den ordning, vari mål och ärenden skola handläggas vid rådstuvurätt, är ej meddelad. Tydligtvis böra de i nyssnämnda lagrum givna reglerna lända till efterrättelse.

Vid rådstuvurätt skall för varje rättegångsdag upprättas och anslås uppropsslista; se ock K. K. den 6 Okt. 1882 ang. uppropsslistor vid de allmänna domstolarna.

V. Vid handläggning av en del mål har rådstuvurätt särskild sammansättning.

1) I främsta rummet kommer här i betraktande lagen den 20 Juni 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål¹³. Enligt vad denna lag innehåller, skola under vissa förutsättningar vid behandling av handelsmål — vilket begrepp närmare bestämmes i § 1 av lagen — inför rådstuvurätt i Stockholm, Göteborg eller Malmö i rätten sitta två av dess lagfarna ledamöter, av vilka den ene skall föra ordet, samt två handelskunniga män. De handelskunniga ledamöterna, vilkas antal bestämmes av konungen särskilt för varje rådstuvurätt, utses jämte ett lika antal suppleanter av stadsfullmäktige för två år. Angående utseendet innehåller § 2 närmare föreskrifter; se vidare därom §§ 4, 5 och 8. Föreskrifter om de handelskunniga ledamöternas och suppleanternas indelning till tjänstgöring meddelas av konungen¹⁴; för övrigt handläggas hithörande frågor

¹³ Lagen är grundad på ett av kommitterade utarbetat förslag, som ingår i riksdagstrycket för 1905. Se vidare k. propos. N:r 73 vid samma riksdag.

¹⁴ Se stadga ^{20/10} 1905 ang. handelskunniga ledamöter vid rådstuvurätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö.

i samma ordning som enahanda frågor beträffande rådmän (§ 7). Villkoren för valbarhet äro angivna i § 3, sådant lagrummet numera lyder enligt lag den 24 Maj 1918¹⁵. Om rätt att avsäga sig uppdraget stadgas i § 4. Handelskunnig ledamot eller suppleant må ej i denna egenskap uppbära arvode (§ 6).

Rådstuvurätten iakttager ej ex officio, att handelsmål handläggas av rätten med den sammansättning, som 1905 års lag angiver, utan rättens besättande med handelskunniga ledamöter är beroende av parts yrkande. Käranden måste framställa sådant yrkande redan vid uttagande av stämningen; om sådant yrkande göres, skall vid målets företagande rätten hava den särskilda sammansättning, som nu är i fråga. Skulle emellertid rätten finna, att målet icke är hänförligt till handelsmål, förordnar rätten, att den under målets vidare handläggning skall vara sammansatt såsom för tvistemål i allmänhet är stadgat. Har icke käranden, på sätt nyss nämndes, yrkat att rätten skall hava ifrågavarande särskilda sammansättning, ankommer det på svaranden att vid första rättegångstillfälle, då han är tillstädes, framställa yrkande därom. I högre rätt, dit mål fullföljes, får ej komma under prövning, huruvida handelskunniga ledamöter bort deltaga i målets behandling vid rådstuvurätten.

Det återstår, blott att fästa uppmärksamheten på dels bestämmelsen i § 10, att om flera tvistefrågor handläggas gemensamt och någon bland dem är av handelsmåls egenkap, i fråga om rättens sammansättning skall gälla vad som är stadgat om handelsmål, och dels stadgandet i § 12, att konungen äger på framställning av stadsfullmäktige i annan stad än de tre ovan angivna, för vilka lagen närmast är given, förordna om lagens tillämpning i avseende å stadens rådstuvurätt.

2) Enligt § 314 mom. 2 sjölagen skola, när vid rådstuvurätt till handläggning förekommer mål angående klander av dispatch, utom domfört antal av rättens ledamöter tre i handel och sjöfart kunniga och erfarna män hava säte och stämma

¹⁵ Jfr bestämmelserna härom med vad i § 13 här ovan sagts om villkoren för valbarhet till nämndeman.

i rätten¹⁶. Om utseende av sådana särskilda ledamöter och suppleanter för dem stadgas i lagrummet.

Vid handläggning hos Stockholms rådstuvurätt av vissa patentmål skola, enligt § 20 i förordn. den 16 Maj 1884 ang. patent, sådant lagrummet lyder enligt lag av 9 Maj 1902, utom domfört antal av rättens ledamöter tre i industriella förhållanden kunniga män hava säte och stämma i rätten. Bestämmelser om deras utseende och val av suppleanter äro givna.

Vid jämförelse mellan de nu från sjölagen och patentförordningen anförda stadgandena samt vad som är föreskrivet i 1905 års lag angående handelskunniga ledamöter uppmärksammar man genast, att de förra författningarna icke upptagit några bestämmelser om valbarhetsbetingelser för de särskilda ledamöterna. Det är vid sådant förhållande naturligtvis tvivelaktigt, vad man bör anse i den delen gälla, men då det icke rimligtvis kan anses, att över huvud inga valbarhetsbetingelser alls finnas¹⁷, och då de i 1905 års lag uppställda betingelserna synas väl lämpade för användning även i ifrågavarande fall, torde det ej vara för djärvt att antaga, att de böra jämväl här tillämpas, dock måhända med undantag för betingelsen 25 års ålder¹⁸.

§ 15.

Hovrätt¹.

I. Såsom redan förut är antytt², var inrättandet av den äldsta av våra hovrätter, Svea Hovrätt, ett uttryck av strävandena att ordna rättskipningen i *högsta instans*. Lagstif-

¹⁶ Av § 314 mom. 2, jämfört med § 326 sjöl., synes, att dessa särskilda ledamöter utses endast i stad, som äger upptaga dispachmål, d. v. s. i de städer, där dispachörer äro anställda.

¹⁷ Vad angår vissa betingelser, såsom medborgerligt förtroende och frånvaron av sådana diskvalifikationsgrunder som ovärdighet att i rikets tjänst nyttjas eller att föra annans talan inför rätta, synes saken vara klar.

¹⁸ Obs. lagen ²²/₆ 1923 innefattande bestämmelser ang. kvinnas behörighet att innehava statstjänst och annat allmänt uppdrag, vilken lag är anmärkt ovan sid. 169 not. 13 ¹/₂.

¹ Se *Nehrman*, Processus civilis kap. VII; *Schrevelius*, Civilprocess § 30; *Broomé*, Civilprocessen § 3.

² Se sid. 154 f.

tarens syfte vid utfärdandet av 1614 års Rätteg.O., varigenom nämnda hovrätt instiftades, var otvivelaktigt, att hovrätten skulle döma i sista instans. Detta framgår av det sätt, varpå hovrätten betecknades³, av den sammansättning, som hovrätten erhö⁴, och särskilt av den uttryckliga bestämmelsen i p. 8: "Hwad aff oss och wår Konungzligh Hoffrätt dömdt och affsagdt warder, thet skal stånda och ey återgånga, och hafwe thet ingen macht sedan yttermera at qwälia, widh Ett hundrade Dalers Straff tilgörandes, för Konungz Dombrut, och ware icke theste mindre fälter åth Saken". Emellertid avhände sig konungen givetvis icke sin benådningsrätt (se p. 16), och det vill för övrigt av ett uttalande i Rätteg.O. synas, som om grundsatsen, att ny prövning av vad hovrätten dömt icke kunde komma i fråga, ej varit oåterkalleligt fastslagen⁵.

³ Se särskilt uttalandet i p. 10: På thet Rätten må altijdh hafwa sin ordentelige framgång, och wåre trogne Undersåter wete på hwad ort och ställe the sina Rättegångs Saker afläggia och rättwijs Doom förwänta skole, theförre hafwe wij uprättat och stadgat wår Konungzlige Hoffrätt och öfwerste Doom uthi wår Stadh Stockholm, hwilken wij så uthi wår när — som frånwaro gifwe macht at döma Konungsdoma.

⁴ Se p. 11: Och skal föreskreffne wår Hoffrätt wara beklädd aff fjorton Personer, ibland hvilke Rijksens Drotzet altijdh skal wara en, medh fyra andra af Rijksens Råd, femb af Adel, och fyra andra Lärde och Laghfarne ährlige Män; och skal Drotzeten städse wara wår President eller Domhafwande etc.

⁵ Det i not. 3 citerade stycket i p. 10 föregås nämligen av följande uttalande: Och ändoch wij såsom Sveriges Lagh förmåler, Allmogens Kiäremål sielff uptaga, höra och rätta wele, och oss sielfwe, så mycket mögeligt altidh winläggia, at wåre trogne Undersåtare altijdh måge widh Lagh och rättwijsa skyddade blifwa, Dock althenstund wij för andre Rijksens höghnödige ärender, så ock margfallige Beswär skuld, icke altijdh sielfwe Personligen alle Rättegångssaker kunne bijwista — — theförre hafwe wij uprättat och stadgat wår Konungzlige Hoffrätt etc.

I den "Fullmacht för Konungens Domhafwande att besittia och bekläda Konungzdomen i Stockholm", som utfärdades den 16 Febr. 1614 (Schmedeman sid. 141), förbehöll sig konungen sin "rättmätige höghet att bryta alle Skrock-Sochnir och Aff Socknir effter Lagen oförkränckt". Av konung Gustaf Adolfs den 23 Juni 1615 givna resolution och förklaring på några punkter i vilka hovrätten förfrågat sig (Schm. sid. 163), finner man, att hovrätten varit tveksam beträffande betydelsen och omfattningen av den rätt, som konungen sålunda förbehållit sig, men

Och redan i Rätteg.-processen av den 23 Juni 1615 blev den i 1614 års författning givna obestämda antydningen om, att konungen ej ville avhända sig den högsta domrätten, utförd i tydligt stadgande (p. 35): "Så ändoch Sweriges Lagh medhgifwer, at ingen må wädia ifrån thenna vår konungslige Doom och Hoffrätt, och then Rättegångs-Ordinantie, som i Örebro är bewilliat, förmår, at then som samma vår konungslige Doom qwälier, skal wara fallen til ett hundrade Daler: Likwäl medan wij äga högsta Doom öfwer alla Domare i Sverige, och oss bör om alle Måhl Sanningen uthleta, såsom och återbryta alla Schrocksockner: Therföre må then som befinner sigh beswärat öfwer vår Konunglige Doom, icke genom något Wädiande, uthan genom ödmiuk Böneskrifft gifwa om sitt Beswär tilkänna, och niuta hoos oss Beneficium Revisionis". Hovrätten hade härmed i verkligheten förlorat sin ställning såsom högsta instans och övergått till att vara mellaninstans. Att detta var sakens realitet blev ännu tydligare, då Svea hovrätt upphörde att vara rikets enda hovrätt och endast blev en av flere i processuellt avseende alldeles likställda domstolar⁶. Dock var man ingalunda medveten om hovrättens ställning i instansordningen. Det framhölls tvärtom uttryckligen, att meningen med beneficium revisionis icke var att tillskapa en ny instans, en uppfattning, som ej blott sammanhänge med den statsrättsliga betydelse man tillerkände den i sista hand av konungen i eller genom rådet utövade rättsskipningen utan även fann ett visst processuellt stöd däri, att processen hos konungen avsågs skola äga en mera begränsad omfattning⁷.

konungen gav allenast det besked, att han ville "sig framdeles bättre förklara, effter thet nu i hastighet icke ske kan".

⁶ Åbo hovrätt för Finland tillkom 1623, och en hovrätt i Jönköping för Götaland 1634 (Schmedeman sid. 220), i senare författningar benämnd Göta hovrätt i motsats till hovrätten i Stockholm, som kom att benämnas Svea hovrätt. Redan i en K. Res. $\frac{7}{3}$ 1636 (Schmedeman sid. 221) finner man hovrätten i Jönköping betecknad såsom "den Götheske Hoff-rätten". I t. ex. förordn. om Rätteg. Process av 1695 möter man benämningarna Svea och Göta hovrätt. (Om hovrätterna i Dorpat, inrättad 1630, och i Vasa, inrättad 1776 må tillika erinras.)

⁷ I Kongl. May:ts Placat ang. Revision öfwer Justitiæ Sakerna $\frac{28}{6}$

II. Övergå vi härefter till gällande rätt, så må först upprepas vad redan nämnts, att hovrätterna äro tre: Svea hovrätt, Göta hovrätt och hovrätten över Skåne och Blekinge ⁸.

a) Om hovrätternas inre organisation innehåller RB inga andra stadganden än det i 23: 1 beträffande domförhet givna, för vilket skall nedan närmare redogöras. För övrigt måste man för att få besked i ämnet gå till hovrätternas arbetsordningar; de nu gällande äro av den 21 Juni 1923. Varje hovrätt har sin särskilda arbetsordning, men i det väsentliga äro ordningarna lika. Till den del dessa ordningar innehålla föreskrifter om grunderna för målens fördelning emellan hovrättens olika avdelningar och om målens handläggning, med vad mera därmed står i samband, kunna de ej här bliva föremål för redogörelse. Framställningen avser endast de delar av arbets-

1662 (Schm. sid. 321) heter det, att Kongl. May:t med stort misshag förnummit "huru een och annan samma vårt förundte Beneficio missbruka, i det de, föruthan betänckiande om Saksens art och beskaffenhet, anten han är ringa, klar och odisputerlig, eller ock af dhen wichtigkeit, at Wij där med beswäras måga, indistincte der med Oss öfwerlöpa, beswärandes Oss därhos med nye Documenter och Skäl, som dhe, uthi de nedrige Instantierne anten av arghet eller försummelse, hafwa förtegat, görandes således af Vårt förundte Beneficio en ny Instantiam, som dock icke annat är, än afdömde Acters öfwerseende och nogare förhör"; i p. 7 av samma plakat säges ytterligare, att Revisionen ej vore annat än ett *examen actorum prioris instantiæ*, och förbjudes, att där "andra Documenter inläggia än dhe som i Hoffrätten och dhe nedrige Instantier hafwa warit brukade, med mindre dhe nyligen äre upfundne, och man kan pröfwa dem wara af den beskaffenhet, at the tilförende icke hafwa kunnat warit wid handen". Samma uppfattning av revisionen såsom till sin innebörd allenast en överprövning av det processmaterial, som framlagts redan i hovrätten, uttalas i flere följande 1600-tals författningar (se sålunda K. Res. för Magistraten i Riga ¹³/₄ 1663; K. Res., given rev.-deputerade på vissa besvärspunkter ²²/₁₀ 1670; K. M:ts Placat och Förordn. ang. Justitiæ Sakerna uthi thes Revision ³¹/₈ 1682 — upptagna av Schmedeman) och återfinnes i RB i 1734 års lag, sådan den ursprungligen lydde (se sålunda rubriken till 30 kap. och §§ 11 och 19 i detta kap.). Jfr för övrigt *mitt* arbete om Rättsmedlen § 16.

⁸ Den sistnämnda, inrättad 1820, började sin verksamhet 1821 med säte i Kristianstad. Från och med den 1 Okt. 1917 residerar denna hovrätt i Malmö.

ordningarna, i vilka är fråga om hovrätternas sammansättning och sammanträden.

Varje hovrätt är fördelad på avdelningar, benämnda divisioner. Då de tre hovrätternas domsagor äro till storleken olika och arbetsbördan av olika omfattning, måste ock givetvis divisionernas antal vara olika; störst är Svea hovrätt med åtta divisioner (frånsett krigshovrätten), därefter kommer Göta hovrätt med fyra divisioner och sist hovrätten över Skåne och Blekinge med två divisioner. Divisionerna i Svea hovrätt äro uppdelade i två huvudavdelningar, av vilka den ena handlägger mål och ärenden från de fyra nordligaste länen. Varje division består av fem ledamöter, av vilka en är ordförande. Ordinarie ledamöter i hovrätt äro president och hovrättsråd⁹. Med avseende å presidentens åligganden intager hovrätten över Skåne och Blekinge en särställning; det åligger nämligen presidenten därstädes att under vissa sammanträdesdagar utöva ordförandeskap å division. För övrigt gäller, att ordförande å division förordnas av K. M. tills vidare under högst fem år efter förslag av presidenten, därvid iakttages, att äldre ledamot bör hava företräde framför yngre.

President tillsättes, i likhet med vad i allmänhet gäller om dem, som hava förtroendesysslor (RF § 35), utan ansökan eller förslag. Om tillsättning av hovrättsrådsämbete innehålla arbetsordningarna bestämmelser: ämbetet kungöres ledigt och

⁹ Tidigare voro hovrättsledamöterna delade i två klasser: hovrättsråd och assessorer; se 1720 års R. F. § 23. (Ursprungligen voro ledamöterna fördelade i tre klasser: riksråd, av vilka drotsen skulle vara president i Svea hovrätt, adel, andra lärde och lagfarna män; se 1614 och 1615 års författningar samt 1634 och 1660 års R. F. resp. § 8 och § 5; det sistanförda grundlagsbudet upphävde bestämmelsen om drotsens presidium i Svea hovrätt och gav honom i stället överinspektionen över justitiéväsendet i dess helhet. Genom K. Br. ¹⁴/₂ 1698 — Schm. sid. 1498 — upphävdes distinktionen emellan assessorer av adel och, dem, som voro lärde och lagfarne men icke adelsmän.) Skillnaden emellan hovrättsråd och assessorer var endast en skillnad i grad och lön; domareställningen var densamma. Skillnaden upphävdes vid löneregleringen för hovrätterna år 1909. Den nuvarande assessorsinstitutionen i hovrätterna är något helt annat än den förut nämnda; om densamma skall talas i §:n om vikarier för domare.

sökes hos hovrätten, som upprättar förslag, varefter K. M. — utan att vara bunden av förslaget (RF § 28) — utnämner¹⁰.

Till hovrätterna höra åtskilliga tjänstemän, vilka uppräknas och vilkas åligganden närmare bestämmas i arbetsordningarna. Vissa av dem tillsättas av K. M. på samma sätt som hovrättsråd, de övriga av hovrätten själv.

Enligt 23: 1 RB, sådant lagrummet lyder enligt förordn. den 23 Aug. 1851, må i hovrätt fem ledamöter utgöra domfört antal, så ock fyra, där tre av dem äro ense om slutet¹¹. Man torde ganska allmänt anse uttrycket "ense om slutet" böra förstås så, som om därmed avsåges endast enighet om själva konklusionen, "klämnen"¹²; då tre äro eniga om denna, skulle alltså fyra utgöra domfört antal, oavsett huruvida enighet finnes (åtminstone i det väsentliga) om grunderna (premisserna). Det är obestriddligt, att med ordet "slutet" enligt nyare juridiskt språkbruk förstås detsamma som klämmen i avgörandet, och att ordet ofta har denna betydelse i äldre juridiskt språk, men lika säkert är, att detta ord i äldre juristsvenska synnerligen ofta använts i alldeles samma bemärkelse som *beslutet* och åsyftat avgörandet i dess helhet,

¹⁰ Ämbetet kan emellertid även sökas direkt hos konungen.

¹¹ I Rätteg. Proc. av 1615 p. 3 bestämdes, att åtta skulle utgöra domfört antal. Genom res. ⁸/₁ 1687 (Schm. sid. 1097) förklarades, att om någon hade förfall eller vore jävig rätten vore domför med sju. Det domföra antalet nedsattes genom K. Br. ¹⁸/₃ 1699 (Schm. sid. 1539), däri stadgades, att då hovrätterna ej kunde vara besatta med sju ledamöter skulle sex, fem eller fyra av rättens ledamöter, om fyra vore uti sina vota alldeles ense, hållas för domföre till att avhjälpa sådana förefallande saker, som ej vore av desto större vikt och svårhet. 23: 1 RB i dess ursprungliga lydelse upptog huvudsakligen samma bestämmelse om 1699 års brev. (Stadgande av samma innehåll inflöt i § 22 R. F. betr. domförhet i HD.) Förordn. ¹⁹/₇ 1815 uteslöt föreskriften om sju ledamöter i viktigare mål och bestämde för övrigt, att ej färre än fem ledamöter finge döma i mål som ginge å liv och ära, men att i andra mål fyra finge utgöra domfört antal, därest alla voro ense om slutet.

¹² Se sålunda *Hagman*, Sveriges Grundlagar, Handbok sid. 49, där "slutet" anges vara detsamma som "resultatet, slutsatsen"; om premisserna säges enighet ej behöva råda.

Man torde icke, oavsett hur tolkningsfrågan teoretiskt besvaras, i tillämpningen fasthålla vid denna uppfattning av stadgandets innebörd.

således icke ensamt konklusionen i avgörandet. Detta sista tolkningsalternativ torde vara att föredraga framför det förra ¹³. — Angående frågan om ett maximiantal domare i hovrätt må hänvisas till vad huvudsakligen yttrats i fråga om motsvarande spörsmål för rådstuvurätts del ¹⁴.

b) Hovrätterna hålla ordinarie session (då, enligt bestämmelse i arbetsordningarna, alla divisionerna samtidigt tjänstgöra) under två perioder: 14 Jan.—9 Juni, med ett kortare avbrott för påskferier, samt 8 Sept.—20 Dec. Varje division skall under dessa perioder sammanträda fyra gånger i veckan. Under sommarferierna skall varje division tjänstgöra fyrtio-fem dagar; under jul- och påskferierna tjänstgör endast en division (se dock närmare i arbetsordn. för Sv. hovr. §§ 4 och 7), och därunder förekommer över huvud icke behandling av andra mål och ärenden än sådana, som påkalla ofördröjlig eller skyndsammare handläggning.

Vid hovrätt skall gudstjänst förrättas vid vårsessionens början; 2:13 kyrkol. och lag den 18 Mars 1910.

c) Hovrätts befattning med rättskipningen inskränker sig ej därtill, att den dömer i andra eller, i vissa mål, i första instans. Vad hovrättens ställning till underrätterna angår, så anges nämligen denna ej uttömmande därmed, att hovrätten är andra instans; den har därjämte till uppgift att öva uppsikt över rättskipningen i underrätterna. I 8:1 RB stadgas så-

¹³ 13:1 RB lämnar exempel på ett fall, där slut betyder detsamma som beslut: "något slut fattat, om den saken rörer". I 23:3 RB förekommer jämväl uttrycket "ense om slutet", och den åsikten är säkert mycket allmänt omfattad, att slutet här är lika med konklusionen. Om denna åsikt är riktig, lämna vi tills vidare därhän och inskränka oss till att blott framhålla, att det icke finnes någon saklig nödvändighet att tillägga ifrågavarande passus i 23:1 samma innebörd som i 23:3. Av vikt för tolkningen av 23:1 är tydligtvis K. Br. av 1699, som är källan därtill. Vad här talas om domförhet "då fyra äro uti sina votis alldeles ense" kan emellertid icke lämna något bestämt resultat, ty ordet votum lider av samma tvetydighet som ordet slut.

¹⁴ Se ovan sid. 202. Det kan förtjäna anmärkas, att arbetsordningarna giva vid handen, att ett antal av sex domare i hovrätt icke är uteslutet. I dem bestämmes nämligen, att presidenten bör, i den mån hans åligganden i övrigt medgiva det, deltaga i lagskipningsarbetet, efter ty han finner lämpligt.

lunda, att hovrätten äger uppsikt och vård hava, att i de domstolar, som därunder höra, rätt skipas efter lag och dess rätta förstånd; denna bestämmelse, som ej har någon motsvarighet beträffande högsta domstolen i dess förhållande till underordnade domstolar, går tillbaka ända till den författning, varigenom Svea hovrätt inrättades ¹⁵.

Utom redan antydda uppgifter åligga hovrätterna vissa till justitieförvaltningen hänförliga bestyr; se arbetsord:na.

§ 16.

Högsta domstolen.

I. I fråga om utövningen av den högsta, konungen tillkommande, domsrätten har man, beträffande medeltiden och tiden därefter fram till den epok, som inledes genom 1614 års Rätteg.O., att skilja mellan två huvudformer: provinsieell och central rättskipning ¹. Endast den förra av dessa huvudformer omtalas i lagarna; den bestod däri, att konungen eller annan å hans vägnar dömde å särskilda ting, som höllos i

¹⁵ I p. 15 av 1614 års Rätteg.O. ålägges det konungens domhavande "med sina assessoribus" att årligen överse alla domböcker över hela konungadömet och att, om de funne någon domare hava begått någon orätt, låta stämma honom för rätta. I sammanhang härmed förpliktades alla underdomare att årligen inleverera sina domböcker till hovrätten. Skyldigheten att insända domböcker är i 2, 3, 5 och 6 kap:n RB i 1734 års lag i dess ursprungl. skick ålagd samtliga där nämnda hovrätt underlydande rätter. Senare har denna skyldighet mycket begränsats; den sista författningen i ämnet är lag ²⁶/₃ 1915. Om insändande av s. k. småprotokoll äro särskilda bestämmelser meddelade. I fråga om hovrätts utövande av sin uppsiktsrätt märkas K. Br:n ¹⁰/₁₂ 1756 och ¹²/₁₀ 1761 (Backmans lagsaml. V sid. 351) samt K. Förkl. ²³/₃ 1807 p. 40.

¹ Jfr särskilt *Blomberg*, Om Sveriges högsta domstols statsrättsliga ställning och betydelse; och vidare *Nordström*, Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia II sid. 537 ff.; *Uppström*, Den svenska processens historia sid. 13—17, 95—105; *Karlsson*, Den svenske konungens domsrätt och formerna för dess utövning under medeltiden (1890); *Hildebrand*, Svenska statsförfattningens historiska utveckling §§ 19, 36, 49 och 61: m. fl.

landsändarna. Den andra huvudformen kännetecknas därav, att kunglig domsrätt utövades utom tingen.

Med förbigående av de torftiga bestämmelser angående kunglig rättskipning å ting, som en del landskapslagar innehålla, och av andra äldre stadganden hänvisar jag till de föreskrifter i ämnet, som Chr.L.L. innehåller. I denna lag omnämnas dels räffste- eller landsting dels rättareting. Om de förra stadgas i 9 kap. Tingm.B., att de skulle hållas minst en gång årligen i varje lagsaga å bestämd tid och plats, varjämte i 10 kap. samma balk lämnas föreskrift om vilka som skulle döma å dessa ting, därest konungen ej själv kunde närvara. Om rättareting stadgas i 40 kap. Tingm.B., att sådant ting skulle hållas häradsvis, när konungen fann för gott. Skillnaden emellan räffste- och rättaretingen bestod sålunda huvudsakligen däri, att de förra skulle vara lagtima, de senare urtima ting².

Även i städerna utövades konungens domsrätt, men huruvida en lagbestämd motsvarighet till konungsräffsten på landet förekommit, är omtvistat³.

Räffsteting höllos ännu på 1500-talet men torde i allmänhet hava upphört under senare hälften därav; vid riksdagen 1600 uttalas, att sådana ting ej i mannaminne hållits⁴.

För den andra av ovannämnda två huvudformer av den kungliga rättskipningen funnos ej fasta regler, och långt ifrån att utvecklingen härutinnan medförde större reda yppade sig tvärtom, på detta område liksom för övrigt beträffande rättskipningen i dess helhet, en allt större regellöshet ju mer medeltiden led mot sitt slut. Vid sidan av konungen och hans förtroendemän framträdde under unionstiden rådet allt mera såsom dömande och slutligen självständigt dömande myndighet.

² Se sålunda t. ex. *Abrahamsson* i hans anmärkningar till Chr.L.L. sid. 588. Faktiskt torde icke någon vidare skillnad emellan dessa olika slag av konungsting hava iakttagits.

³ Det är här fråga om tolkningen av XXX: 2 Köpm.B. i M. E. St. L.

⁴ Se Linköpings riksdags beslut 1600 p. 6, hos Stiernman, Riksdagars och mötens beslut sid. 494 ff. I riksdagsbeslutet talas om "Rättereting".

Under 1500-talet, framför allt sedan räffstetingen upphört, utövades den kungl. domsrätten företrädesvis av konungen med rådet eller genom rådet.

Vid de i och för sig mycket intressanta reformförsök, som gjordes under 1500- och de första åren av 1600-talet, kan jag ej här stanna utan måste helt hänvisa till litteraturen⁵. Försöken fingo sin avslutning genom 1614 års Rätteg.O., som, vad rättskipningen i högre instans beträffar, betecknar inledandet av en ny epok. Om denna författning och syftet med densamma har redan (i § 15 av detta arbete) talats, liksom ock det framhållits, hurusom den ursprungliga tanken att göra hovrätten till sista instans mycket snart övergavs. Det fanns alltså fortfarande, efter hovrättens tillkomst, en av konungen eller av företrädare för honom omedelbart utövad domsrätt, och för dess organisation och utveckling intill nu gällande ordning bör med några ord redogöras.

Den högsta domsmyndigheten, som genom medgivandet av beneficium revisionis frántogs hovrätten och som konungen förbehöll sig själv, kom snart att utövas av riksrådet, ett förhållande, som var en naturlig följd därav, att konungen ofta befann sig på krigståg utom landets gränser⁶. Då emellertid revisionssakernas handläggning allt för mycket tog rådets tid i anspråk, riktade sig snart uppmärksamheten på utvägar att lätta dess börda⁷, och det blev sålunda regel, att dessa saker behandlades icke av rådet i dess helhet utan av en avdelning av rådet, vilken avdelning erhöll namnet justitierevisionen. Under Carl XI och Carl XII utövades på detta sätt den högsta domsrätten av en rådsavdelning, i förstnämnde konungs tid synnerligen ofta under dennes personliga medverkan⁸.

⁵ Försöken fingo företrädesvis ut på att ordna den centrala kungliga rättskipningen. Den provinsiella utövningen av konungens domsrätt tedde sig mindre tidsenlig och utvecklingsmöjlig.

⁶ I 1630 års instr. för rådet fick detta sig tillagd befogenheten att upptaga revisionssaker.

⁷ Hit höra ock de åtgärder, som vidtogos i ändamål att ordna justitiärendenas beredning till avgörande i rådet. Därom talas nedan vid redogörelsen för Nedre Justitierevisionen.

⁸ Ang. rikets råd såsom utöware av konungens domsrätt se ock *Wedberg*, Konungens högsta domstol 1789—1809 (1922) sid. 1—7.

Under den s. k. frihetstiden var enligt 1720 års R. F. (§ 17) den ena av rådets båda avdelningar, *justitierevisionen*, högsta domstol, under ordförandeskap av konungen, då han var närvarande. Konungen hade två röster och votum decisivum vid paria vota; uttrycklig bestämmelse i lag hade således frångått konungen möjligheten att genomdriva sin mening i strid mot pluraliteten, och med en honom personligen tillkommande högsta domsrätt i rättegångsmål var det sålunda i själva verket slut⁹.

Statsvälvningen av 1772 och den då antagna R. F. åvägarbragte ej någon väsentlig ändring beträffande den högsta dömande myndighetens utövning (§ 8); den ålåg fortfarande en avdelning av rådet, *justitierevisionen*, till vilken konungen intog samma ställning som förr. *Justitierevisionen* skulle vara domför med sju ledamöter.

Genom Förenings- och Säkerhetsakten av 1789 (§ 2) upphävdes omsider rådets befattning med den högsta rättskipningen och för *justitierevisionsärendenas* avgörande inrättades en särskild högsta domstol, för vilken förordnande utfärdades den 15 Maj samma år¹⁰. Denna domstol, i vilken konungen hade två röster, skulle bestå av tolv sakkunnige ledamöter, hälften frälse och hälften ofrälse, under drotsens ordförandeskap. Ledamöterna erhöles förordnande på viss tid och bibehölles förut innehavande ämbeten¹¹. En högsta instans, omgärdad med nödiga statsrättsliga garantier för självständighet i förhållande till regeringen vid domsrättens utövning, fanns således ännu ej.

I den lag, som ligger till grund för vårt nuvarande statskick, näml. R. F. av den 6 Juni 1809, intogs i § 17 stadgande om högsta domstolen såsom utövande konungens domsrätt.

⁹ Huruom i stället ständerna tillvällade sig en högsta domsrätt t. o. m. i rättegångsmål, är känt från vår allmänna historia.

¹⁰ Se Modée, Utdrag ur publique handlingar m. m. XIV sid. 402. I förordnandet benämnes den nyinrättade domstolen: Högste Domstol eller Justitiæ Revision. Mer än åtta ledamöter skulle ej på en gång vara tjänstgörande.

¹¹ Närmare härom *Blomberg*, anf. arb. sid. 43, och i all synnerhet *Wedberg*, anf. arb.

Ledamöterna, som benämndes justitieråd, skulle vara tolv till antalet, sex frälse och sex ofrälse. Justitiestatsministern skulle dessutom enligt § 5 R. F. alltid vara ledamot av högsta domstolen. Av dessa bestämmelser hava de, som angingo justitiestatsministerns ledamotskap och domstolens sammansättning med hälften frälse och hälften ofrälse, upphävts¹². Övriga data rörande de förändringar, högsta domstolen senare undergått, angivas lämpligast vid den härefter lämnade redogörelsen för vad som numera gäller.

Det behöver knappast påpekas, att vi ej här hava att göra med högsta domstolens rent statsrättsliga ställning och betydelse. Om de oavhängighetsgarantier, som högsta domstolen är i åtnjutande av, har förut talats (ovan i § 10). Det är här uteslutande fråga om högsta domstolen såsom led i domstolsorganisationen och närmast blott om de stadganden, som angå domstolens sammansättning och sammanträden.

II. De stadganden, för vilka nu skall redogöras, äro givna i R. F. och i särskilda därtill sig anslutande författningar. Rättegångsbalken innehåller angående högsta domstolen endast regler om dess uppgifter såsom sista instans och om förfarandet därstädes.

a) Vad först beträffar antalet ledamöter i högsta domstolen, så nämndes här ovan, att det enligt den ursprungliga lydelsen av § 17 R. F. skulle finnas tolv justitieråd. Sedan dess har antalet successivt ökats och utgör nu tjugofyra. Bestämmelserna härom hava numera följande innehåll. Enligt § 17 R. F., sådant lagrummet efter den senaste (1909) ändringen lyder, skall högsta domstolen bestå av "minst tolv" justitieråd. "Deras antal må ej ökas utöver tolv, såvida ej konungen och riksdagen, i den ordning 87 § 1 mom. stadgar, besluta, att högsta domstolen skall på avdelningar arbeta; och varde i sådant fall så väl justitierådets antal med iakttagande av vad ovan är sagt som ärendenas fördelning mellan avdelningarna i samma ordning bestämda." Lag om högsta domstolens tjänstgöring på avdelningar har länge funnits; den sist utfärdade och ännu gällande är av den 14 Maj 1915 och fast-

¹² Riksdagarna 1840—41 samt 1844—45.

ställer, att domstolen skall utgöras av tjugofyra justitieråd, av vilka dock tre skola tjänstgöra i lagrådet ¹³.

Särskild ställning såsom president eller ordförande intager ej någon viss ledamot av högsta domstolen; å avdelning leder det äldsta justitierådet förhandlingarna i egenskap av ordförande, och detsamma gäller, då domstolen håller sammanträden in pleno.

Avdelningarna hava icke alltid samma sammansättning; en ständig växling av ledamöter äger tvärtom rum enligt en av domstolen själv uppgjord plan.

b) Lagen den 14 Maj 1915 ang. högsta domstolens tjänstgöring på avdelningar föreskriver, att domstolen skall arbeta varje år, åtta veckor på en avdelning, tjugunio veckor på tre avdelningar och under den övriga delen av året utom övliga jul- och påskferier på två avdelningar. Dessutom skall finnas en särskild avdelning av tre ledamöter, på vilken det ankommer att pröva och avgöra ansökningar om tillstånd att draga mål under konungens prövning i de fall, då tillstånd av konungen är i lag stadgat såsom villkor för sådan prövning ¹⁴.

Högsta domstolens avdelningar, med undantag av den sistnämnda av tre ledamöter bestående, äro lika behöriga att upptaga de till domstolens handläggning hörande ärenden; dessas fördelning beror endast av den ordning, vari de enligt gällande föreskrifter ¹⁵ anmälas.

¹³ Lagstiftningens utveckling i förevarande ämne är denna. RF § 17 har undergått följande ändringar: vid riksdagen 1859—60 bestämdes, att ledamotsantalet skulle vara minst 12 högst 18, dock att antalet ej finge ökas utöver 12, med mindre konungen och riksdagen, i den ordning 87 § 1 mom. stadgade, beslutade, att högsta domstolen skulle arbeta på avdelningar; 1897 fastställdes, att domstolen skulle utgöras av minst 12 högst 21 justitieråd; 1909 borttogs bestämmelsen om maximum, så att endast bestämmelsen om minimum (12) kvarstod. I anslutning till dessa ändringar ha författningar ang. högsta domstolens tjänstgöring på avdelningar utfärdats: stadga ²³/₁₀ 1860 samt lagar ²⁶/₃ 1897, ²⁰/₆ 1905, ²⁶/₅ 1909 och ¹⁴/₅ 1915; och genom förstnämnda fyra författningar ökades antalet till resp. 16, 18, 21 och 24.

¹⁴ Här åsyftas de genom lagen ¹⁴/₅ 1915 (som givit 30 kap. RB dess nuvarande lydelse) införda inskränkningarna i rätten att fullfölja talan till högsta instansen. Jfr *mitt* arbete om Rättsmedlen.

¹⁵ Dessa föreskrifter innehållas i Instr. för Nedre Justitierevisionen

c) Om domfört antal ledamöter i högsta domstolen stadgas i § 22 R. F., att ringare mål kunna prövas och avgöras av fem ledamöter, så ock av fyra, där alla fyra äro ense om slutet¹⁶; över viktigare saker skola minst sju döma. Vad till viktigare saker och ringare mål är att hänföra, är ej lagbestämt; enligt vedertagen tillämpning räknas icke några tvistemål till viktigare saker.

I § 22 R. F. föreskrives vidare, att flere än åtta ledamöter ej må på en gång deltaga i prövningen av något mål, där ej för vissa fall annorledes förordnas i den ordning 87 § 1 mom. stadgar. Förordnande, som här åsyftas och varom nedan vidare förmäles, angår sådana fall, i vilka mål förekommer till handläggning i plenum.

Det återstår här blott att fästa uppmärksamheten på den passus i § 22 R. F., som handlar om det antal ledamöter, som skola deltaga i prövning av ansökan om tillstånd att fullfölja talan till högsta instansen; härtill ansluter sig den i 1915 års lag förekommande bestämmelsen om en särskild avdelning på tre ledamöter.

d) Enligt den ordning, som infördes genom 1860 års stadga, utövades icke i något fall domsrätt av högsta domstolens avdelningar gemensamt; det icke endast saknades föreskrift om ett dömande in pleno, utan det ovillkorliga förbudet i § 22 R. F. (sådant lagrummet då lydde) mot att flere än åtta på en gång deltog i prövningen av något mål omöjliggjorde ett sådant dömande. På detta sätt vann man emellertid ej alla de fördelar med hänsyn till rättsskipningens enhet och konsekvens, som en för hela riket gemensam högsta instans kan medföra. För att ernå dessa fördelar gjorde man 1876 till nämnda förbudsbestämmelse i § 22 det tillägg, som den nuvarande avfattningen angiver, och i sammanhang därmed utfärdades stadgan den 21 April 1876 angående måls handlägg-

¹⁶ Stadgandet överensstämmer med den ursprungliga bestämmelsen i 23:1 RB om domfört antal i hovrätt. Om tolkningen se ovan sid. 212 f. Betr. domfört antal i HD se för örigt ett uttalande av Lagkom:n i dess förslag till allmän civillag (1838), motiven sid. 263 f.

ning i vissa fall av högsta domstolens avdelningar samfäldt. För närvarande gäller stadgan den 11 Juni 1920¹⁷.

Syftet med ifrågavarande lagstiftning är, såsom redan antytts, att möjliggöra tillkomsten av prejudikat, som uttrycka den av en pluralitet inom högsta domstolen i dess helhet hyllade rättsuppfattningen och icke blott den mening, som omfattas av pluraliteten bland ledamöterna å en avdelning.

Förutsättning för måls handläggning in pleno är, att någon avdelning vid överläggning till dom finner å avdelningen rådande mening avvika från rättsgrundsats eller lagtolkning, som förut varit av högsta domstolen antagen, och med anledning därav förordnar om avgörande av högsta domstolen i dess helhet¹⁸.

För konstaterande av, vilken mening å avdelningen är den rådande, fordras ej sådan omröstning till dom, varom 23 kap. RB handlar, ja sådan omröstning får ej ens förekomma. Uttrycket "överläggning till dom" är valt just för att förekomma, att formlig omröstning göres till villkor för hänskjutande till plenum¹⁹. I protokollet upptagas därför icke de olika meningar, som uttalas å avdelningen angående den sak, om vars avdömande är fråga, utan däri omnämnas blott, att

¹⁷ Dess innehåll överensstämmer väsentligen med innehållet i 1876 års stadga, vars förarbeten alltså utgöra en huvudkälla vid utläggningen av de ifrågavarande bestämmelserna; förarbetena finner man, utom naturligtvis i riksdagstrycket, huvudsakligen återgivna i uppsatsen N:r 3 i N. J. A. Avd. II 1:sta årg. Jfr för övrigt § 1 not. 16 i detta arbete.

¹⁸ Det torde vara tydligt, att den s. k. dispensavdelningen (den i § 3 av lagen 14/5 1915 omnämnda särskilda avdelning, som har att pröva ansökningar om fullföljdstillstånd) icke äger hänskjuta prövningen av sådan ansökan till plenum.

¹⁹ I det ursprungliga förslaget till 1876 års stadga hette det: "finnes vid omröstning till dom"; och med anledning av anmärkningar inom HD ändrades detta uttryck till det nuvarande. Skälen voro, i korthet sagt dessa: förtroendet till rättskipningen skulle minskas, om det, såsom vid hänskjutande till plenum kunde bliva fallet, komme att föreligga tvänne mot varandra stridande omröstningsresultat, det ena framgången av omröstning å avdelning, det andra av omröstning i plenum; vidare kunde det befaras, att syftet med hänvisning till plenum skulle väsentligen förfelas, om ledamöterna å avdelningen genom formlig omröstning på förhand, så att säga, bunde sina händer.

fråga uppstått om sakens hänvisande till plenum, så ock det beslut, som härutinnan fattas. Att vid meningsskiljaktighet, huruvida plenaravgörande skall påkallas eller ej, omröstning på vanligt sätt skall anställas, är tydligt.

Den avdelning, å vilken målet föredrages, bestämmer definitivt, huruvida målet skall avdömas av avdelningarna samfällt, och denna fråga kan alltså icke i plenum göras till föremål för förnyad prövning.

Stadgandet om avgörandet i plenum är icke avfattat så, som om det skulle vara en ovillkorlig skyldighet för avdelningen att under den ovannämnda förutsättningen förordna om hänvisning; det heter nämligen, att avdelningen *må*, icke att avdelningen skall förordna²⁰. På stadgandet kan part således icke grunda någon *rätt* att få sitt mål avgjort av högsta domstolen i dess helhet.

Nästa spörsmål, som det vid framläggandet av förevarande stadgas innehåll gäller att klargöra, är detta: vad skall hänskjutas till plenum? Författningen lämnar följande besked: "målet i hela dess vidd eller, där sådant prövas kunna ske, allenast viss i målet uppkommen fråga". Först genom stadgan^{26/5} 1909 medgavs det uttryckligen att låta hänvisningen till plenum omfatta allenast viss i målet uppkommen fråga; i tidigare stadgor talades blott om hänskjutande av "målet"²¹. Ändringen har gjorts i syfte att åstadkomma tidsbesparing vid

²⁰ Det ursprungliga stadgeförslaget, som innehöll orden: "då skall målet avdömas av högsta domstolens båda avdelningar samfällt", ändrades till den nuvarande lydelsen med anledning av anmärkningar inom HD. Skulle ett mål avdömas av allenast en avdelning, oaktat förutsättningen för plenaravgörande förelegat, så kan följaktligen icke ett rättegångsfel anses ha förelupit, lika litet som detta kan påstås vara fallet, därest det omvända förhållandet inträffat, att nämligen ett mål hänskjutits till plenum, fastän i själva verket förutsättningen därför brustit.

Den åsikt har uttalats, att det föreligger en plikt (om också icke gentemot part) att hänvisa till plenum i fall, då den å avdelningen rådande mening avviker från rättsgrundsats, som förut vid avgörande i plenum antagits. Se rättsfall i N. J. A. 1896 sid. 1.

²¹ Se stadgan av 1876 och den därefter gällande av den 20 Juni 1905. Det har emellertid även med tillämpning av dem förekommit, att till plenum överlämnats allenast viss fråga; se sålunda rättsfallet i N. J. A. 1877 sid. 1 (i målet uppkommen fråga om jäv mot justitieråd).

behandlingen av plenimålet; intresset av, att genom plenaravgörande klarhet beträffande viss rättsgrundsats eller lagtolkning ernås, skall, där detta intresse endast anknyter sig till viss fråga, kunna tillgodoses, utan att målet i hela dess vidd överlämnas till plenum. Det torde vara uppenbart, att uttrycket "viss i målet uppkommen fråga" icke kan tolkas så, att det kommer i strid med allmängiltiga processuella principer. Då enligt svensk processrätt själva saken (det omprocessade materiella rättsförhållandet) icke kan styckevis avgöras²², är det tydligtvis uteslutet att till plenum hänskjuta blott någon viss till själva saken hörande fråga (t. ex. en prejudicialfråga), låt vara att intresset av ett plenaravgörande avser endast denna fråga. Det kan endast bli fråga om hänskjutande av någon viss i målet uppkommen processuell fråga, och icke av annan dylik fråga än en sådan, som inverkar på målets utgång. Vidare förtjänar framhållas, att, ej mindre då viss fråga hänskjutes till plenum än då hela målet dit överlämnas, ändamålet är att erhålla ett *avgörande*. Vad 1909 års stadga i förevarande del innehåller får icke förstås så, som om ett rent rättsspörsmål kunde ställas till plenum med förpliktelse för plenarkollegiet att därom lämna ett principuttalande. Lika litet som sådant kunde ske enligt tidigare rätt, lika litet bör det enligt den nu gällande förekomma²³.

Den ovan nämnda förutsättningen för hänskjutande till plenum är i ett visst avseende närmare bestämd i författningen. Om i särskilda för avdelningen kända domar mot varandra stridande åsikter, i fråga om viss rättsgrundsats eller lagtolk-

²² Vi ha numera att anteckna ett undantag från denna regel, nämligen enl. 15:13 GB.

²³ Jfr förarbetena till 1876 års stadga, av vilka man finner, att en mot det första förslaget till stadga inom HD uttalad anmärkning, som gick ut på, att plenum borde befatta sig allenast med den rena rättsfrågan, tillbakavisades av justitiestatsministern, som gjorde gällande, att ett fastställande i rättskipningen av abstrakta rättssatser eller ett rent lagtolkningsuttalande vore oförenligt med grundlagens bud om lagstiftningsrätten ävensom med domarens plikt enligt lag att döma endast efter lag och laga stadgar. Så vitt jag funnit, innehålla förarbetena till 1909 års stadga ej något, som tyder på, att man velat ändra ståndpunkt i denna del; se K. propos. N:r 11 vid 1909 års riksdag.

ning, på olika tider gjort sig gällande inom högsta domstolen, äger föreskriften om hänvisning endast i det fall tillämpning, att avdelningen finner den rådande meningen avvika från den senast meddelade domen²⁴. I § 2 av ifrågavarande författning stadgas dessutom om vissa undantag från regeln.

Slutligen må nämnas, att enligt vad i författningen är uttryckligen framhållet alla justitieråd, böra, där laga hinder ej möter, deltaga i plenaravgörande. Stadgandet i § 22 R. F. om domfört antal länder naturligtvis även med avseende å dömande i plenum till efterrättelse.

III. *Nedre Justitierevisionen*. Till strävandena på 1600-talet att ordna den högsta rättskipningen på ett tillfredsställande sätt hör utvecklingen av institutioner, avsedda att förbereda justitieärendenas avgörande i rådet (se ovan sid. 216 ff.)²⁵. Man uppdrog sålunda åt tjänstemän inom kansliet att ägna revisionsärendena nödig förberedande behandling samt föredraga dem i rådet och ombesörja expedition av domarna. Genom 1651 års kansliordning²⁶ förordnades härtill två sekreterare. Under frihetstiden ålåg beredningen fortfarande en avdelning av kansliet, under justitiekanslerns förmanskap²⁷; denna avdelning började redan nu benämnas nedre justitierevisionen²⁸. De organisativa ändringar, som detta verk för övrigt under tiden till införandet av vårt nuvarande statsskick genom 1809 års R. F. undergått, äro ej av det allmännare intresse, att de här behöva ens antydas²⁹.

I 24 § R. F. stadgas nu, att i konungens nedre justitierevision skola justitieärendena beredas till föredragning och avgörande i högsta domstolen. Alla de rättegångsmål, med vilka högsta domstolen tager befattning, passera alltså genom

²⁴ Jfr rättsfallet i N. J. A. 1896 sid. 1.

²⁵ Närmare uppgifter hos, bland andra, *Blomberg*, anf. arb. sid. 30, 35, 38, 44, 56 ff.

²⁶ Styffe, Saml. av instr. rör. civila förvaltningen I sid. 320.

²⁷ Se 1720 års kansliordning §§ 12 och 13, hos Styffe, Samling av instr:er rör. civila förvaltningen sid. 389.

²⁸ Namnet har, såsom genast inses, uppkommit för att utmärka på en gång skillnaden från och sammanhanget med den avdelning av rådet, justitierevisionen, som utövade konungens domsrätt.

²⁹ Se i ämnet *Wedberg*, anf. arb. sid. 225 ff.

nedre justitierevisionen, där de undergå den behandling, som är nödig för att göra dem mogna till avgörande i domstolen ³⁰; och detta avgörande träffas på grundvalen av föredragning, som verkställs inför domstolen av en ledamot av nedre revisionen.

Nedre justitierevisionen hänföres till K. Maj:ts kansli och lyder under justitiedepartementet. Ehuru detta verk, såsom det anförda stadgandet i R. F. angiver, icke är någon domstol, kan det icke desto mindre på grund av dess förhållande till högsta instansen sägas utgöra ett mycket viktigt led i domstolsorganisationen.

Nu gällande instruktion för nedre justitierevisionen är av den 23 Sept. 1915 med däri gjorda ändringar, senast den 31 Dec. 1921. Av vad denna författning innehåller angående nedre revisionens organisation framgår, att nedre revisionen består av revisionssekreterare såsom ledamöter. Dessa utnämnas genom fullmakt eller förordnas av K. M. Varje revisionssekreterare, med undantag av den eller de extra rev.-sekreterare, som kunna vara förordnade, innehar sin rotel, och mellan de olika rotlarna fördelas målen. För de grunder, efter vilka denna fördelning sker, ävensom för de stadganden i instruktionen i övrigt innehåller angående målens förberedande behandling, föredragningens fördelning mellan rev.-sekreterarne, själva föredragningen m. m. kan ej här redogöras; allt detta hör till den framställning, som avser förfarandet i högsta instansen.

Till nedre justitierevisionen hör justitierevisionsexpeditionen, vars funktionärer jämte deras åligganden äro angivna i instr. för nedre revisionen.

³⁰ Därmed skall ej vara sagt, att nedre revisionen får på egen hand vidtaga alla nödiga förberedande åtgärder. Huru därmed förhåller sig framgår av instr:n för nedre justitierevisionen; och jfr därom *mitt* arbete om Rättsmedlen.

§ 17.

Om vikarier för domare.¹

Utövning av domareämbetet i egenskap av vikarie måste grundas på vederbörligt förordnande. "Låter domare utan lov någon i sitt ställe döma, miste ämbetet"; 1: 9 RB². Det kan i viss mån sägas bestå undantag från denna regel; det kan nämligen i kollegial rätt förekomma, att en ledamot vid något särskilt tillfälle eller eljest i begränsad omfattning tjänstgör för annan, utan att häri anses ligga något otillbörligt³.

I. *Vikarie för häradshövding*. Det har förut nämnts, att häradsdomaren enligt Chr.L.L. skulle vara den, som häradshövdingens dom hade, då denne ej själv förrättade tinget. I sammanhang därmed, att häradshövdingeämbetena ej vidare besattes i enlighet med L.L:s stadganden utan bortförlänades på grund av de därmed förenade inkomsterna, ofta till personer, som icke bodde inom domsagan, blev det alltmär vanligt, att häradshövdingarna ej själva förvaltade sina ämbeten utan betjänade sig av substituter, gemenligen benämnda lagläsare; till substituter begagnade häradshövdingarna ofta sina tingskrivare. I lagläsareinstitutionen låg en av de förnämsta orsakerna till rättskipningens låga tillstånd på landet under medeltidens senare århundraden och senare ända till slutet av

¹ Se i ämnet *Broomé*, Civilprocessen § 7.

² Lagrummet finner sin förklaring i de äldre förhållandena, vilka antydas i den lilla här givna historiken. Jfr Str.l. 25: 17 och 19.

³ Överenskommelse ledamöter emellan om tjänstgöringsbyte kan säkerligen över huvud ej anses giltig, med mindre vederbörande, som har att hålla hand över tjänstgöringens behöriga fullgörande, lämnar sitt bifall. I arbetsordna för hovrätterna omtalas tjänstgöringsbyte men göres beroende av presidentens bifall; se arbetsordn. för Svea hovrätt § 55 och motsv. bestämmelse i de andra arbetsordningarna. Det torde vara tydligt, att om i en kollegial rätt en ledamot fungerar såsom domare i en annans ställe, utan att vederbörligt medgivande härtill föreligger, denna omständighet icke kan betyda, att rättegången är behäftad med en ogiltighetsgrund; se bland de i 25: 21 RB i dess ursprungliga lydelse uppräknade ogiltighetsgrunder "att dom är fälld av den, som ej varit till domare lagligen förordnad".

1600-talet ⁴. Carl IX var betänkt på missbrukets avhjälpande; i stadgan om rättegångar den 25 Febr. 1598 (Schmedeman sid. 112) anfördes såsom en av orsakerna till oredan i rättskipningen, att lagmän och häradshövdingar icke själva sitta i rätten utan förordnade andra, som varken läsa eller skriva kunde och föga förstånd i lagen hade, varför dem anbefalldes, att själva sitta för rätta, såframt de ville varda vid sina ämbeten bibehållne. Men detta påbud förmådde icke avskaffa det överklagade missförhållandet. Först genom åtskilliga under Carl XI utfärdade påbud blev det med kraft och verkan fastslaget, att endast häradshövdingarna själva eller vid förfall för dem vederbörligen förordnade vikarier fingo utöva domareämbetet på landet. Vid påföljd av tjänstens förlust förbjödos häradshövdingarna att utan laga förfall och rättmätig undskyllan undandraga sig förvaltandet av sitt ämbete, och det föreskrevs, att till substituter skulle tagas allenast sådana personer, som av hovrätten prövats skickliga att utöva domareämbetet ⁵.

Om ledighet för häradshövding och förordnande av vikarie stadgas nu i 1: 10 RB ⁶, att häradshövding, som har förfall, så att han ej kan förrätta sitt ämbete, skall kungöra det för hovrätten, och att, om förfallet prövas lagligt, hovrätten har att förordna en skicklig man att i stället förestå ämbetet. Av detta lagrum synes framgå, att häradshövding endast till följd av *förfall*, som hovrätten funnit lagligt, kan få ledighet från sitt ämbete och vikarie för sig förordnad. Det saknas ej goda skäl för den meningen, att lagstiftaren verkligen icke tänkt sig tjänstledighet för häradshövding av annan anledning än

⁴ Se, bland annat, en uppsats av J. K., Bidrag till upplysning om de s. k. lagläsare och underlagmän, i Naumanns Tidskr. 1874 sid. 321 ff.

⁵ Se sålunda K. plakatet ²⁵/₅ 1678, K. breven ³⁰/₆ 1681, ¹⁸/₁₁ 1684, ⁶/₃ 1691 och ²¹/₁₁ 1694, hos Schmedeman.

⁶ Om förordnande av vikarie vid jäv för häradshövding stadgas i 13: 3 RB. Ang. handläggning i hovrätt av frågor om tjänstledighet för underdomare och vikariat se arbetsordna för hovrätterna; dessa frågor höra till plenum. — Beträffande frågan om rätt för häradshövding till viss tids årlig ledighet se en uppsats i Naumanns Tidskr. 1872 sid. 528 ff.

Det tillkommer hovrätt, även då häradshövdingeämbete är ledigt, att förordna den, som skall förestå ämbetet.

laga förfall; till detta resultat kommer man onekligen, om man sammanställer stadgandet med den äldre lagstiftningen i ämnet och betänker, att vid tiden för 1734 års lags tillkomst härads-hövdingens ämbetsgöromål säkerligen ej varit mera tyngande, än att han kommit i åtnjutande av fullt tillräcklig vila från arbetet redan genom den i 2: 1 RB föreskrivna ordningen för tingens hållande. Åtskilliga sedermera utkomna författningar anbefalla hovrätterna att icke "utan högst trängande orsaker" bevilja häradshövdingarna tjänstledighet⁷, och dessa trängande orsaker bestämmas (i det cit. K. Br. 1774) närmare genom hänvisning till 12: 1 RB angående laga förfall. Emellertid har under tidernas lopp häradshövdingarnas arbetsbörda högst väsentligt ökats, och numera kan ej rimligtvis ifrågasättas annat, än att häradshövdingarna liksom ledamöterna i de högre instanserna och ämbetsmän över huvud skola, utan laga förfall, åtnjuta någon tids årlig vila från ämbetsgöromålen: hovrätterna ha också med beaktande härav icke ansett sig av innehållet i 1: 10 RB och övriga bestämmelser i ämnet förhindrade att bevilja sådan ledighet⁸. I fråga om denna ledighets omfattning torde praxis i de olika hovrätterna icke alltid hava varit fullt densamma⁹. Ett i viss mån särskilt förhållande äger rum med häradshövdingarnas ledighet från förrättande av ting eller tingssammanträden; här spelar in jämväl en annan synpunkt än den, som har avseende å häradshövdingarnas behov av vila, nämligen den synpunkten, att deras rättsbildade biträden böra ha tillfälle att förskaffa sig erfarenhet såsom domare¹⁰. Bestämmelser om häradshövdingens tjänstledighet äro nu givna i §§ 19—22 av stadgan^{22/6} 1920 ang. domsagornas förvaltning.

⁷ Se K. F. 15/2 1763; K. Br. 11/2 1774 och 10/6 1792, i Backmans lag-samling sid. 349.

⁸ Lagkommittén föreslog (RB 6: 7) en bestämmelse om rätt till ledighet för häradshövdingarna utan visat förfall; en sådan bestämmelse förekommer jämväl i 1868 års förslag till stadga om allmänna underdomstolarna på landet.

⁹ Se uppgifter härom i Betänkande ang. åtgärder till förbättrande av de hos häradshövdingarna anställda rättsbildade biträdenas avlöningsförhållanden m. m. (1912) sid. 37 ff.

¹⁰ Jfr ovan sid. 177 ff.

Häradshövdingens tjänstledighet kan avse antingen förvaltning av domareämbetet över huvud, i vilket fall ledigheten innefattar även befrielse från hållande av ting eller tings-sammantråde, eller allenast förrättande av ting eller sammantråde eller av annat särskilt göromål. Särskilda föreskrifter gälla i fråga om ledighet från hållande av särskilda tings-sammanträden enligt lagen $\frac{7}{5}$ 1918 ävensom beträffande handläggning å allmänt tings-sammantråde av mål och ärenden, som avses i § 1 av nyssnämnda lag; se § 19 ff. i stadgan ang. domsagornas förvaltning ¹¹.

Det är, såsom ovan nämnts, hovrätten, som förordnar vikarie för häradshövding; det förslag i sådant avseende, som häradshövdingens ledighetsansökan kan innehålla, är givetvis icke på något bindande sätt ¹². Då det i 1:10 RB stadgas, att till vikarie skall förordnas en *skicklig* man, innebär detta fordran på, att vikarien uppfyller habilitetsvillkoren för beklädande av domarämbete. Vikariatsväsendet beträffande domsagorna på landet är numera i dess helhet reglerat genom stadgan ang. domsagornas förvaltning. På hithörande detaljerade regler finner jag ej lämpligt att här ingå ¹³.

I avseende å domsagor, som bestå av mer än ett tingslag, är ej hinder för att förordna olika personer att förvalta häradshövdingeämbetet i de olika tingslagen.

Den omständigheten, att en person, som efter förordnande förvaltats domareämbete, kommit under tilltal för begången

¹¹ Ett särskilt förhållande har ägt rum med avseende å ledighet från skiftes-mål och förordnande att såsom vikarie handlägga sådana mål. Enligt K. cirk. $\frac{4}{5}$ 1827 till hovrätterna (Backmans lagsamling sid. 194 f.) skulle häradshövding i sin ledighetsansökan särskilt anmäla, huruvida han önskade befrielse från handläggning av skiftes-målen, och vanliga domareförordnanden fingo icke anses tillika innefatta ordförandeskapet i ägodelningsrätten. Grunden till stadgandet var, såsom ingressen därtill angav, den, att skiftes-målens handläggning förutsätter hos domaren en genom längre erfarenhet vunnen kännedom, vilken icke kan förväntas hos dem, som tillfälligtvis erhålla domareförordnande; jfr § 117 skiftesst. Se numera stadgan ang. domsagornas förvaltning §§ 23—26.

¹² Se den förut citerade förordn. $\frac{15}{2}$ 1763.

¹³ Om skyldighet för tillförordnad domhavande att bo inom domsagan har stadgats i K. Br. $\frac{5}{3}$ 1831.

förseelse däri, skall ej utgöra hinder för nytt förordnande, medan åtalet ännu är oavgjort; K. Br. den 19 Aug. 1762 ¹⁴.

Om ersättning åt vikarie innehåller stadgan ang. domsagornas förvaltning utförliga bestämmelser.

Sedan gammalt har i vårt land förekommit titeln och värdigheten *vice häradshövding*. K. Br. till Svea hovrätt av den 30 April 1754 ¹⁵ bestämde därom, att nämnda titel icke finge annan tilläggas eller beständigt åtfölja än dem, som förut under ledighet av någon jurisdiktion eller ock under ordinarie häradshövdinges förfall av sjukdom eller andra laga hinder, efter förut avlagda prov av skicklighet, antingen med K. Maj:ts tillstånd till den ordinarie tjänstens förestående på längre tid blivit tillförordnad eller ock flere resor på hovrättens konstitutorial och med hovrättens goda nöje en sådan ordinarie beställning med alla därtill hörande sysslor förestått. Utnämningen till *vice häradshövding* innebar således allenast förlänandet av en titel och icke vare sig förordnande eller självskrivnhet att erhålla förordnande att förvalta häradshövdingeämbete. Enligt vad Svea hovrätts cirk. den 2 Okt. 1893 utvisar, träffades emellan rikets tre hovrätter överenskommelse att icke vidare utnämna *vice häradshövdingar*, och på grund av denna överenskommelse utdelades ej ifrågavarande titel efter 1894 års utgång intill dess vicehäradshövdingeinstitutionen återinfördes genom 1918 års stadga om domsagornas förvaltning, numera upphävd och ersatt genom stadgan den 22 Juni 1920. Den nuvarande institutionen har väsentligen annan betydelse än den äldre. Den är att betrakta såsom en motsvarighet till assessorsinstitutionen i hovrätterna ¹⁶. Vid varje hovrätt skola finnas av K. M. förordnade *vice häradshövdingar* till så stort antal som erfordras för att hovrätten må åga tillgång till lämpliga personer att, när häradshövdingeämbetet är obesatt eller häradshövding åtnjuter långvarig tjänstledighet, förvalta ämbetet. Vissa skärpta villkor för erhållande av sådant förordnande äro föreskrivna. V. häradshövding har företräde till erhållande av förordnande att förvalta häradshövdingeämbete i nyssnämnda fall under den hov-

¹⁴ Backmans lagsamling sid. 351.

¹⁵ Hos Flintberg del 4 sid. 42.

¹⁶ Se ovan sid. 211 not. 9 och jfr nedan sid 232.

rätt vid vilken han är anställd. Han äger uppbära arvode av statsmedel. Beträffande vad därom och i övrigt om ifrågavarande institution är bestämt, hänvisas till stadgan om domsagornas förvaltning.

II. *Vikarie för ledamot av rådhusrätt.* I 1: 10 RB säges, att vad i lagrummet stadgats angående ledighet för härads-hövding och förordnande av vikarie för honom även skall gälla om borgmästare, där rådstuvurätten utan honom ej är domför. Borgmästare skall alltså i händelse av förfall för honom att förrätta sitt ämbete tillkännagiva detta för hovrätten, som, därest förfallet prövas lagligt, förordnar en skicklig man till vikarie, detta dock endast, såframt vikarie är nödvändig, för att rådstuvurätten skall vara domför. Denna bestämmelse fullständigas och delvis även ändras genom senare stadganden¹⁷. Enligt K. res. och förkl. på St. besv. den 9 Dec. 1766 § 12 är det, då borgmästare på kortare tid eller högst fjorton dagar behöver att för dess angelägenhet resa utur staden och des syssla ej därigenom försummas, ej nödigt att söka tillstånd; om däremot borgmästare åstundar ledighet på längre tid, skall han därom hos vederbörande hovrätt sig anmäla. Vid jämförelse med 1: 10 RB framgår härav, att tjänstledighet skall, om den avser längre tid än fjorton dagar, begäras hos hovrätten, oavsett om rätten utan borgmästare är domför eller ej; i övrigt är skyldigheten att söka ledighet, i enlighet med vad 1: 10 stadgar, beroende av sistberörda förhållande. — Över fråga om tjänstledighet för borgmästare skall alltid landshövdingen höras, varför, om hans utlåtande icke bifogats ledighetsansökningen, detsamma skall av hovrätten infordras¹⁸. Det är magistratens skyldighet att, om borgmästare är död eller väljes till riksdagsman eller för sjukdom, bortresa eller andra hinder kommer att på längre tid avhålla sig från ämbetets förrättande, sådant i hovrätten genast anmäla, evad magistraten för sin del finner vice borgmästare nödig eller icke, ”hvarom all pröfning tillkommer hofrätten”. Anser magi-

¹⁷ Upptagna i Backmans lagsamling sid. 349 f. och i Westrings lagedition vid 1: 10 RB.

¹⁸ Se den nyss citerade Res. ⁹/₁₂ 1766 och K. Br. ²/₂ 1802; instr. för landshövdingarna ¹²/₄ 1918 § 34 mom. 1.

straten vikarie erforderlig, bör den därtill föreslå den skickligaste av rådstuvurättens ledamöter, vilket förslag bör stadsfullmäktige resp. allmän rådstuga tillkännagivas, men om magistraten icke finner någon lämplig person inom rätten och därför föreslår någon utom rätten, äga stadsfullmäktige resp. allmän rådstuga att över ett dylikt förslag göra sina påminnelser, vilka tillika böra till hovrätten insändas, och får icke någon främmande förordnas till borgmästare, för vilken pluraliteten inom stadsfullmäktige eller å allmän rådstuga förklarat sig hysa mindre förtroende ¹⁹.

Tjänstledighet för rådman beviljas av magistraten, som även förordnar vikarie ²⁰.

I 13: 3 och 4 RB stadgas om vikarie för borgmästare och rådman i fall av jäv.

III. *Vikarie för hovrättsledamot.* Om tjänstledighet för hovrättsledamot beslutar hovrätten; se arbetsord:na.

Vikariatsväsendet är nu, vad ledamöterna i hovrätt beträffar, huvudsakligen reglerat genom de bestämmelser, som meddelats angående förordnande av assessorer i hovrätterna; dessa bestämmelser förekomma i en K. K. av den 9 Juli 1915 ävensom i arbetsordningarna för hovrätterna.

Ledamotsbefattningar i hovrätterna, vilka ej utövas av ordinarie innehavare, skola hållas av assessorer, som förordnas av konungen efter framställning av vederbörande hovrätt. I varje hovrätt skola finnas assessorer till minst så stort antal, som erfordras för att å en var av hovrättens divisioner må kunna tjänstgöra åtminstone fyra ledamöter, som äro antingen innehavare av ordinarie domaretjänster i hovrätt eller underrätt eller ock assessorer eller vice häradshövdingar, dock att vid förfall för sådan ledamot under kortare tid än en månad division må hava annan sammansättning. Om på grund av särskilda omständigheter hinder möter att giva division nämnda sammansättning, har hovrätten att hos K. Maj:t göra den framställning, som anses påkallad.

Det åligger hovrätten att tilldela assessorerna i ordning efter deras förordnanden tjänstgöring såsom ledamöter, i den

¹⁹ Se K. Res. ¹⁷/₈ 1762 § 27 och K. Förkl. ²³/₃ 1807 p. 24.

²⁰ Res. 1766.

mån ledigheter inom hovrätten förefinnas. Å andra sidan är assessor, som icke med K. Maj:ts eller hovrättens tillstånd fullgör annat uppdrag, skyldig att tjänstgöra såsom ledamot, då sådant honom erbjudes.

Assessors skiljande från förordnandet ankommer på K. Maj:t; hovrätten äger göra framställning därom, dels då assessor under längre tid än två år i följd varit ur stånd att fullgöra sin tjänstgöringsskyldighet, och dels då assessor i sin tjänsteutövning visat sig oskicklig, vårdslös eller försumlig.

Emellertid äro assessorer ej de enda, som kunna förordnas till adjungerande ledamöter i hovrätt; därest assessor ej är tillgänglig, kan annan person förordnas enligt de närmare bestämmelser, som arbetsordningarna innehålla ²¹.

IV. *Vikarie för justitieråd* kan ej förordnas.

§ 18.

Villkoren för att vara domare.

A. Allmänna habilitetsvillkor.¹

Den, som skall fungera såsom domare, måste vara i besittning av vissa egenskaper eller uppfylla vissa villkor, vilka

²¹ Vikariatsväsendet har stor utsträckning i hovrätterna, beroende detta företrädesvis därpå, att de yngre ledamöterna i mycket betydande omfattning tagas i anspråk för bestridande av revisionssekreterareförordnanden. På detta sätt har den länge uppmärksammade brist i vårt rättegångsväsende, som består i vikariesystemet beträffande underrätterna på landet, fått sin lika betänkliga motsvarighet beträffande hovrätterna. Införandet av assessorsinstitutionen är en åtgärd i syfte att tillföra hovrätterna fullt kvalificerade arbetskrafter. Det må dock vara tillåtet betvivla, att ensamt denna åtgärd verkligen kan hava avsedd effekt. Behovet av vikarier är fortfarande detsamma, och den krets av jurister, från vilken detta behov tillgodoses, har ej undergått någon ändring.

I detta sammanhang kan lämpligen fästas uppmärksamheten på dels bestämmelse i arbetsordn. för Svea hovrätt ävensom i arbetsordn. för hovrätten över Skåne och Blekinge, att vid vardera av dessa hovrätter skall finnas en extra ledamot, dels ock bestämmelse i sistnämnda arbetsordn., att å vardera divisionen i ifrågavarande hovrätt en av de där anställda fiskalerna skall av hovrätten förordnas att tjänstgöra såsom adjungerad ledamot å divisionen.

¹ *Nehrman*, Processus civilis kap. III: *Schrevelius*, Civilprocess § 23; *Broomé*, Civilprocessen § 5; *Wrede*, Civilprocessrätt § 20.

tillsammans bilda begreppet domareabilitet. Dessa villkor, vilkas betydelse ligger däri, att de utgöra garantier för domarens förmåga och vilja att rätt fylla sitt kall, äro av två slag: allmänna habilitetsvillkor eller sådana, vilkas förefintlighet är förutsättning för att en person över huvud, i vad mål det vara må, skall kunna utöva domareämbetet, och speciella habilitetsvillkor eller sådana omständigheter, som ha avseende å domarens förhållande till ett visst särskilt mål.

Om de allmänna betingelserna talas i denna paragraf, därvid vi förutskicka en erinran om, att särskilda habilitetsbetingelser, för vilka redan redogjorts (i §§ 13 och 14), gälla beträffande vissa lekmannadomare, nämndemän och handelskunige ledamöter i rådstuvurätt.

Att en domare måste vara i besittning av de själs- och kroppsformögenheter, utan vilka domareämbetet icke kan rätt utövas, är ingenstädes uttryckligen föreskrivet men kan sägas vara självklart². Därförutom komma följande villkor i betraktande.

1) Manligt kön. Enligt § 28 R. F. ha endast män kunnat av konungen utnämnas och befordras till domareämbeten. Ej blott för de domare, som nämnas av konungen, utan över huvud för alla domare, lekmän så väl som lagfarna, tillförordnade så väl som ordinarie, har manligt kön gällt såsom villkor. Åtskilliga stadganden ha härvid kommit i betraktande, såsom 1: 1 och 2 RB (nämndemän), 1: 6 RB, 1: 10 RB (av hovrätt tillförordnade domare), § 1 i lagen 20 Juni 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål, § 20 i förordn. 16 Maj 1884 ang. patent, § 314 i sjöl., m. fl. Ifrågavarande habilitetsvillkor är ännu då detta skrives (sommaren 1923) i kraft, men är dömt att försvinna. Lagen den 22 Juni 1923 innefattande bestämmelser angående kvinnas behörighet att innehava statstjänst och annat allmänt uppdrag³ — vilken lag skall träda i kraft den dag konungen med riksdagen bestämmer — likställer nämligen över huvud kvinna

² Schrevelius, anf. arb. sid. 41 f., ingår i närmare undersökning av frågan om vilka personer, som på förevarande grund äro från domareämbetets utövning uteslutna.

³ Jfr ovan sid. 169 not. ¹³ 1/2.

med man i fråga om behörighet att innehava statstjänst eller allmänt uppdrag. Detta gäller ock behörigheten att innehava domarebefattning; dock märkes här stadgandet i § 2 mom. 2, att "konungen äger meddela särskilda bestämmelser angående villkoren för kvinnas tillträde till domarejänst, med vilken är förenad skyldighet att föra ordet i underrätt på landet". Sådana särskilda bestämmelser äro ännu ej meddelade.

2) Svensk medborgarerätt. Villkoret måste anses hava allmän giltighet. Se §§ 28 och 33 R. F. samt några särskilda stadganden ⁴.

3) Kristen eller mosaisk trosbekännelse; § 28 R. F. Även detta villkor måste anses gälla för alla domare. Att den, som ej tillhör den rena evangeliska läran, icke får såsom domare deltaga i handläggning eller avgörande av fråga, som angår religionsvård, religionsundervisning eller befordringar inom svenska kyrkan, är föreskrivet i § 28 R. F.

4) Viss ålder. Det gives icke någon allmän bestämmelse om viss ålder för domare. Några särskilda stadganden finnas, nämligen i 1: 2 RB om 25 års ålder såsom villkor för valbarhet till nämndeman, i § 3 av lagen den 20 Juni 1905 om att handelskunnig ledamot i rådstuvurätt skall hava uppnått nämnda ålder, samt i §§ 23 och 24 av stadgan den 22 juni 1920 med vissa föreskrifter ang. domsagornas förvaltning; av de antydda bestämmelserna i sistnämnda författning framgår, att kompetens till erhållande av vissa mindre maktpåliggande förordnanden tillkommer den, som uppnått 24 års ålder, men att i övrigt 25 års ålder fordras ⁵. Av dessa stadganden torde man åtminstone kunna draga den slutsatsen, att ingen, som ej uppnått 25 års ålder, kan sitta såsom borgmästare eller rådman

⁴ Att nämndeman måste vara svensk medborgare framgår, vid jämförelse med kommunalförordningarnas bestämmelser om kommunal rösträtt, av stadgandet i 1:1 RB om rösträtt i kommunens allmänna angelägenheter såsom villkor för rösträtt vid nämndemansval och i 1:2 om rösträtt vid nämndemansval såsom villkor för valbarhet till nämndeman. Betr. handelskunnig ledamot i rådstuvurätt uppställes i § 3 av lagen ^{20/6} 1905 uttryckligen fordran på svensk medborgarerätt.

⁵ Tidigare gällde bestämmelsen i K. Cirk. den 7 januari 1830, att hovrätt ej ägde till domareämbetets utövande förordna någon, som icke fyllt 25 år.

(lagfaren eller illiterat) eller eljest såsom lagfaren ledamot i rådstuvurätt ⁶, eller såsom ledamot i högre rätt. Däremot torde det vara mycket tvivelaktigt, huruvida man äger rätt att i de fall, där stadgande saknas, fordra, att lekman, som i egenskap av sakkunnig har såsom bisittare säte i rådstuvurätt, skall hava uppnått tjugufem års ålder ⁷.

5) Avlagda kunskapsprov. Enligt detta villkor, som naturligtvis icke har avseende å lekmän såsom domare, fordras för behörighet till domarebefattning avlagd vederbörlig examen, d. v. s. — enligt K. K. den 12 Maj 1865 ang. förändrade villkor för anställning i statens civila tjänstebefattningar p. 1 och 15 och K. K. den 5 Maj 1882 — examen till rättegångsverken eller juris kandidatexamen ⁸.

6) Medborgerligt förtroende eller — såsom man numera, efter den ändring 2: 19 Str. l. undergick genom lag den 24 Maj 1918, måste säga — frånvaron av obehörighet på grund av påföljd enligt nyssnämnda lagrum ⁹.

⁶ Det har emellertid förekommit, att till bisittare i rådstuvurätt förordnats person, som ej fyllt tjugufem år. *Broomé*, anf. arb. sid. 23 noten, uttalar sig ogillande härom. *Schrevelius*, anf. arb. sid. 42, uppställer såsom undantagslös regel, att domare (litterata såväl som illiterata) skola hava fyllt tjugufem år. En K. Res. ^{25/6} 1845 (intagen i Backmans lagsamling V sid. 376 f.) utvisar, att klagan däröver, att en person, vilken såsom tillförordnad ledamot av magistrat deltagit i för rättande av borgmästareval, icke uppnått den ålder, som enl. K. Br. ^{7/1} 1830 fordras för att kunna av hovrätt förordnas till domareämbetets utövning, lämnats utan avseende på grund av ärendets beskaffenhet och enär vid handläggningen därav bemålde person icke beklätt sådant ämbete, vartill hovrätt förordnar. Se vidare ang. detta ämne i Justitieombudsmannens ämbetsberättelse för 1908 ett yttrande ang. fråga, huruvida omyndig förklarad officer kan vara ledamot av krigsrätt; i yttrandet hänvisas till några äldre författningar i ämnet.

⁷ Se § 314 sjöl. och § 20 i patentförordn.

⁸ K. Stadg. ^{29/4} 1904 ang. juridiska examina har avskaffat examen till rättegångsverken.

⁹ Det behöver ej närmare framhållas, att den, som förklarats ovärdig att i rikets tjänst vidare nyttjas, icke kan vara domare; se Str.l. 2: 15, 16 och 17 samt 25 kap. § 1 m. fl. Se ock 25: 20 Str.l. I 1: 2 RB ang. nämndeman och i lagen ^{20/6} 1905 ang. handelskunnig ledamot av rådstuvurätt stadgas, såsom ovan i §§ 13 och 14 är utrett, om obehörighet för den, som genom utslag, vilket ännu icke vunnit laga kraft, är dömd

7) Att vara till domare lagligen förordnad.

8) Att hava avlagt domareed¹⁰. — Ej må någon träda till domareämbetet, innan han avlagt den i 1: 7 RB föreskrivna eden; se sista punkten i detta lagrum. Ifrågavarande ed ansluter sig till innehåll och form ganska nära till den domareed, som påbjöds genom K. Br. den 11 Febr. 1687¹¹; denna åter grundar sig på de i Chr.L.L. KgB kap. 35 och TgmB kap. 1 stadgade ederna. Beträffande edsformuläret har man att särskilja mellan å ena sidan inlednings- och slutorden, den s. k. edsformeln i egentlig mening, samt å andra sidan edens övriga innehåll, som angiver själva föremålet för edgången. Den egentliga edsformeln, som är lika med formeln i vittneseden (17: 16 RB), giver eden dess religiösa karaktär genom det däri innefattade åberopandet av det högsta väsendet; detta åberopande innebär, att den, som avlägger eden, åtager sig en särskild religiös ansvarighet inför Gud¹², förutom ansvaret inför den

till straffpåföljd, bestående däri, att han icke må utöva allmän befattning, eller som är under framtiden ställd för brott, vilket kan medföra sådan påföljd, eller som är dömd ovärdig att föra annans talan inför rätta. Man kan ej undgå att göra sig den frågan, huruvida detta gäller om domare i allmänhet, så att nämnda omständigheter utesluta den allmänna habiliteten. Frågan torde sakna praktiskt intresse vad angår utnämningar och förordnanden till domarebefattningar, men är ej utan sin betydelse beträffande dem, som inneha ordinarie domarebeställning eller fungera såsom domare på grund av redan erhållet förordnande. Hur böjd man än må vara att i nämnda omständigheter se inhabilitetsgrunder, så går, i brist på lagstadganden, sådant ej utan vidare för sig. Det kan på grund av § 36 R. F. näppeligen ifrågasättas, att den, som bekläder ett domareämbete, skulle vara skyldig att frånträda ämbetet i något av nyssnämnda fall; frågan kan endast gälla, huruvida hinder för ämbetets förvaltning föreligger. Vi kunna ej komma längre än till ett konstaterande av, att lagstiftningen ej lämnar någon ledning. Inom litteraturen har jag blott funnit ett uttalande, näml. av *Gemmel*, Om ställande under framtiden för brott (1911), som sid. 43, med erinran om att en under framtiden ställd person ej kan vara nämndeman, säger, att detta "naturligtvis får utsträckas till alla domare".

¹⁰ Ang. domareeden se *Nehrman*, Processus civilis sid. 24 § 8; *Nya Lagberedningens* den 28 Juni 1883 avgivna utlåtande ang. ändring av edsformulären, samt *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 113 f.

¹¹ Schmedeman sid. 1105—1107.

¹² Det är med hänsyn härtill, som eden av många förkastas såsom medförande obehörigt samvetstvång.

världsliga överheten. Eden är enligt sakens natur, på sätt ock ordalagen giva vid handen, en löftesed. I fråga om tolkningen av slutorden i edsformeln, "så sant mig Gud hjälpe till lif och själ", ha olika meningar yppat sig¹³. Beträffande edens övriga innehåll eller föremålet för eden, så torde den anmärkningen vara befogad, att det lider av överflödig vidlyftighet och brist på tillräcklig klarhet, detta senare huvudsakligen en följd av innehålllets ålderdomliga karaktär. Genom eden tillförbinder domaren sig att döma efter Guds och Sveriges lag och laga stadgar. Uttrycket Guds lag torde böra förstås såsom åsyftande icke Moses' lag utan över huvud Guds ord eller källan till den kristna religionens läror. Sveriges lag kan ej betyda annat än 1734 års lag, medan uttrycket laga stadgar syftar på övriga författningar. Såväl utfästelsen att vid dömandet taga hänsyn till Guds lag som ock löftet att döma efter bästa förstånd och *samvete* ådagalägger, att domaren enligt lagstiftarens i edsformuläret uttryckta vilja skall fästa sig icke blott vid vad som efter en bokstavlig tolkning av lag visar sig vara rätt utan även vid vad det moraliska medvetandet giver vid handen såsom rätt. Av ingen yttre hänsyn — i edsformuläret upräknas åtskilliga omständigheter — får domaren avhålla sig från att låta sina beslut vara uttryck av sin uppfattning av det rätta. Vidkommande särskilt det måhända ej för en var fullt tydliga uttrycket; ej den saker göra etc., så betyder det, att domaren icke får förklara den skyldig, som är oskyldig, liksom ej heller, omvänt, fria den skyldige.

I 1: 8 RB lämnas föreskrifter om var domareed skall avläggas.

9) I § 199 kkl. stadgas, att om ämbets- eller tjänsteman blivit försatt i konkurs, det ankommer på den myndighet, under vilken gäldenären i och för tjänsten lyder, att pröva,

¹³ Enligt en mening ligger däri en avsägelse av Guds andliga och lekamliga hjälp, för den händelse den åtagna förpliktelsen ej fullgöres; enligt en annan åsikt innehålla orden en åkallan om nåd och bistånd eller en förklaring, att den avgivna försäkringen är lika sann och viss som den eden avläggandes åstundan efter Guds hjälp och förbarmande. Med hänsyn till denna sin mångtydighet är ifrågavarande passus uppenbarligen ej lämplig. Nya Lagbered:n har ock föreslagit dess borttagande.

huruvida han förr än fyra månader förflutit från det beslutet om egendoms avträde meddelades må åter inträda i utövning av tjänsten ¹⁴. Stadgandet gäller även domare och kan därför förtjäna här anmärkas. I fråga om nämndemän liksom ock handelskunniga ledamöter i rådstuvurätt gäller, såsom förut är nämnt, en strängare regel.

Några särskilda kompetensvillkor för utnämning till ledamot av högsta domstolen kan man knappast säga vara uppställda. Visserligen heter det i § 17 R. F., att till justitieråd skola nämnas "lagkunniga män, hvilka fullgjort hvad författningarna föreskrifva dem, som uti domareämbeten må nyttjas, samt i sådana värf ådagalagt insikt, erfarenhet och redlighet", men härmed har egentligen ej fordrats annat än som kräves även i fråga om övriga domareämbeten, till vilka konungen utnämner.

I 25: 21 RB, sådant lagrummet lydde i 1734 års lag, nämndes bland andra rättegångsfel av beskaffenhet, att domen borde ogillas, följande omständigheter: att dom är fälld av den, som ej varit till domare lagligen förordnad eller ej svurit domareed. Oavsett att detta lagrum numera är upphävt ¹⁵, gäller allt fortfarande, att lagligt förordnande och avlagd domareed utgöra villkor för det processuella förfarandets (och meddelat besluts) giltighet; detsamma gäller tydligtvis också beträffande de ovan under 1—6 angivna habilitetsbetingelserna ¹⁶.

¹⁴ Jfr konkurslagstiftningskommitténs betänkande av 1911, § 197 i försl. till kklag och motiveringen därtill.

¹⁵ Se härom *mitt* arbete om Rättsmedlen sid. 383 ff.

¹⁶ I sitt förslag till allm. civillag, RB 6: 10 p. 1, upptager Lagkom:n bland domarejäven, att domare ej uppnått lagstadgad ålder; skälen för denna från gällande rätt avvikande ståndpunkt utvecklas i motiven sid. 265.

§ 19.

Villkoren för att vara domare.

B. Jäv mot domare.¹

I. Frånvaron av någon av de betingelser, som innefattas under begreppet speciell domarehabilitet, utgör en speciell inhabilitetsgrund. De speciella inhabilitetsgrunderna benämnas i rättegångsbalken jäv mot domaren². Ordet jäv användes emellertid i nämnda balk och eljest enligt vedertaget juridiskt språkbruk jämväl i betydelsen av invändning från parts sida, att domare är jävig³.

Vad angår grunden till att vissa omständigheter tillerkänts verkan att utesluta från domareämbetets utövning med avseende å ett visst särskilt mål, så ligger denna, liksom över huvud vid uppställandet av krav med avseende å domarens person, i nödvändigheten av yttre garantier för rättsskipningens säkerhet. Till dessa garantier hör, att domaren intager en fullt opartisk ställning till rättegången; han får icke på grund av sitt förhållande till vare sig part eller det, varom rättegången rör sig, äga ett intresse i målets utgång, som kan, medvetet eller omedvetet, påverka hans omdöme eller vilja vid handläggningen eller avgörandet. Ännu en viktig synpunkt kommer i betraktande, en synpunkt, som leder därtill, att en domare, som kan antagas vara personligen intresserad av ett måls utgång, bör utestängas från befattning med målet, oavsett hurvida han verkligen skulle låta sig påverkas eller ej. En sådan domare blir lätt *misstänkt* för att icke kunna eller vilja fälla en rättvis dom⁴. Då rättsskipningens förmåga att väl fylla sin uppgift är väsentligen beroende på det förtroende, varmed den

¹ *Schrevelius*, Civilprocess § 23; *Broomé*, Civilprocessen § 6; *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag I sid. 59—67; *Wrede*, Civilprocessrätt I § 20.

² Se rubriken till 13 kap. RB och 13: 1: "Dessa äro laga jäf".

³ Se 16: 1 RB: Vill vid underrätt part göra jäv mot någon, som i rätten sitter, etc.

⁴ På denna synpunkt hänvisar själva den språkliga innebörden av ordet jäv. Enl. *Schlyters* Ordbok till Sveriges gamla lagar betyder *jæva* (el. *java*) dels tvivla dels hava misstanke om, misstänka.

omfattas av allmänheten, föreligger alltså redan med hänsyn härtill skäl för uppställande i lagen av vissa jävsgrunder.

II. De i 13: 1 RB uppräknade omständigheter, som utgöra laga jäv, äro av två olika slag: till det ena höra sådana jäv, som bero på ett personligt förhållande mellan domare och part; för det andra slaget av jäv är utmärkande, att det vid dem är fråga om ett förhållande mellan domaren och själva rättegången eller det, varom rättegången rör sig.

En jämförelse mellan de i 13: 1 uppräknade domarejäven och de i 17: 7 RB upptagna vittnesjäven giver vid handen, att flere jävsgrunder äro desamma i båda lagrummen eller stämman nära överens. Vid tolkningen av reglerna om domarejäven är det därför, och med hänsyn till likheten i syfte med den ena och andra kategorien stadganden, av intresse att rådfråga motsvarande regler beträffande jäv mot vittnen. Man torde i allmänhet anse en ledande synpunkt härvid böra vara, att för domarens opartiskhet ej kunna krävas mindre garantier än för vittnets, men denna synpunkt torde icke vara 1734 års lagstiftares ⁵.

a) Jäv, som bero på ett personligt förhållande mellan domare och part.

1) Domarereglen (16 p. 7): "Ingen må vara domare i sin egen sak", återfinnes ej bland jävstadgandena i 13: 1 RB. Att satsen gäller, behöver knappast sägas. Det är ytterst antagligt, att lagstiftaren ansett denna självklara grundsats icke behöva i lagen uttalas ⁶.

Grundsatsen, att ingen må vara domare i egen sak, utesluter naturligtvis en person från att vara domare ej blott i mål, vari han är part, utan även i mål, vari han uppträder

⁵ Jfr synnerlig nytta och skada i 13: 1, nytta och skada i 17: 7.

⁶ Man torde icke, såsom några författare göra (*Schrevelius* sid. 44; *Wrede* sid. 116), kunna föra regeln under stadgandet i 13: 1: Eger domaren i saken del. Häremot talar, att stadgandet om del i saken avser icke blott domaren utan även hans skyldeman, och det jäv, som beror på skyldemans ställning såsom part, har förut i lagrummet beaktats. Uteslutet är icke att hänföra ifrågavarande regel under stadgandet om jäv på grund av vederdelomannaskap, men det måste anses vara i allra högsta grad osannolikt, att lagstiftaren avsett att med detta stadgande utesluta en part från att vara domare i sitt eget mål.

såsom intervenient. Likaledes är självklart — ehuru det efter min mening ej inbegripes under någon av de i 13: 1 uppräknade jävsgrunderna — att ingen kan på en gång vara domare och ställföreträdare (legal eller befullmäktigad) för part eller intervenient ⁷.

Det ligger i sakens natur, att en domare ej samtidigt kan vara vittne; även det faller utom jävsgrunderna i 13: 1 ⁸.

Uppenbart och av alla antaget, ehuru ej i lagen uttalat, är, att domaren är jävig i mål, vari hans hustru är part ⁹. Detsamma måste anses gälla om domarens förhållande till kvinna, med vilken han förut varit gift ¹⁰. Med äktenskap bör man här likställa trolovning, men däremot tager jag för givet, att samma likställande ej bör göras i fråga om lägersmål ¹¹.

2) I 13: 1 RB angivas vissa skyldskaps- och svägerlagsförhållanden såsom jävsgrundande.

Först hänvisas till den skyldskap och det svägerlag, som i 2 kap. 7—9 §§ av lagen om äktenskaps ingående och upplösning sägs ¹². Jäv är således för handen, om domare och part äro i rätt upp- och nedstigande släktskap med varandra eller syskon eller sålunda besläktade, att den ene är avkomling av ett syskon till den andre, eller sålunda besvägrade, att den ene är gift med den andres släkting i rätt upp- och nedstigande led. Det sagda kan sammanfattas så, att jäv föreligger vid upp- och nedstigande skyldskap eller svägerlag även-

⁷ Se 15: 3 RB. Det behöver knappast framhållas, att bestämmelsen i slutet av detta lagrum: dock vare domare etc., icke innebär någon avvikelse från det ovan sagda. Jfr jäven i 13: 1: förr varit fullmäktig däri, eller vittnat. — Ang. domarejäv på grund av ombudsmannaskap för part se rättsfall i N. J. A. 1886 sid. 160.

⁸ Se 17: 12 RB och jfr nästföregående not.

⁹ Jfr betr. vittnen 17: 9 RB.

¹⁰ Då vid svägerlag på sidan även upplöst äktenskap (märk i 13: 1 RB: "är eller varit gift") grundar jäv, kan ej rimligtvis antagas annat beträffande förevarande fall.

¹¹ Emellertid ha *Schrevelius*, anf. arb. sid. 45, och *Broomé*, anf. arb. sid. 28, uttalat motsatt mening.

¹² Se numera 2: 7—9 GB samt lagen om införande av nya giftermålsbalken §§ 2 och 3.

som vid skyldskap å sidan, då båda eller endera står omedelbart under den gemensamma stammen.

Genom lag den 14 Juni 1917 erhöll, i sammanhang därmed, att samma dag utfärdades en lag om adoption, 2 kap. i lagen om äktenskaps ingående och upplösning ett tillägg, § 12, som stadgade, att äktenskap ej finge ingås mellan adoptant och adoptivbarn så länge adoptivförhållandet ägde bestånd; denna bestämmelse återfinnes nu i 2: 12 G B. I anslutning här till förordnades genom en lag av nämnda dag, att i fråga om jäv mot domare adoptivförhållande skall anses lika med skyldskap emellan föräldrar och barn¹³.

Förutom nu nämnda skyldskaps- och svägerlagsjäv är enligt 13: 1 RB laga jäv för handen, om domare och part äro syskonbarn (kusiner) eller i svägerlag sålunda, att den ene är eller varit gift med den andres syskon eller syskons avkomling eller med någon, från vilkens syskon den andre härstammar.

Det kan tagas för alldeles givet, att de ifrågavarande skyldskaps- och svägerskapsförhållandena grunda jäv mot domaren, icke blott då de äga rum mellan honom och part utan även då de

¹³ Enligt vad av lagen om adoption framgår, grundar adoption icke något kvasisläktskapsförhållande (med rättsliga verkningar) mellan adoptanten och adoptivbarnets släkt eller mellan adoptivbarnet och adoptantens släkt. Detta måste beaktas vad angår jäv, såsom ock påpekas i ett uttalande i motiveringen för förslaget till lag om tillägg till gällande stadganden om jäv m. m.; se Lagbered:ns förslag till lag om adoption m. m. (1913) sid. 78. Emellertid anser jag för min del, att jäven på grund av adoptivförhållande måste i ett avseende utsträckas utöver vad nu antytts, ehuru väl varken själva lagen om tillägg till stadgandena om jäv eller motiveringen för lagförslaget giver anledning till en sådan utsträckning. Den åsyftade utsträckningen består däri, att adoptivförhållandet grundar jäv icke blott emellan adoptant och adoptivbarn utan även emellan adoptant och adoptivbarns bröstarvinge. Till stöd för denna min åsikt åberopar jag bestämmelsen i § 14 andra st. av lagen om adoption, att om adoptivbarn är dött dess bröstarvinge tager den del av arvet efter adoptanten, som skolat tillkomma adoptivbarnet. Det vill synas, som om den uppfattning, vilken kommit till uttryck i nämnda bestämmelse, krävde såsom en given konsekvens den här ifrågasatta utvidgningen av jäven. — Det torde böra antagas, att jäv på grund av adoptivförhållande består så länge förhållandet varar, och upphör i och med förhållandets hävande; jfr stadgandet i § 24 av lagen om adoption, att om adoptivförhållande häves all verkan av adoptionen skall upphöra.

förekomma mellan honom och intervenient; part bör här efter min uppfattning anses inbegripa intervenient¹⁴.

Med avseende å de jäv, om vilka nu är fråga, kräva några särskilda spörsmål besvarande.

Innan 13: 1 RB genom lag den 12 Nov. 1915 (i sammanhang med nya äktenskapslagstiftningen) erhöll sin nuvarande lydelse, hänvisades i lagrummet beträffande de skyldskaps- och svågterskapsförhållanden, som grundade både äktenskapshinder och jäv, till 2 kap. GB. I 2 kap. GB voro beträffande äktenskapshindren några stadganden inrymda, som icke upptagits i nya äktenskapslagen, och den frågan möter, vad som nu gäller i de delar, som stadgandena avsågo.

I 2: 9 GB sades, dels att skillnad ej borde göras mellan hel- och halvskylda, och dels att äktenskap skulle vara lika förbudet, om blodsbandet komme av äktenskap eller lägersmål. Detsamma gäller allt fortfarande: oäkta skyldskap är således ej mindre än äkta äktenskapshinder, och mellan hel- och halvsläktskap är ej att göra skillnad. Grunden till, att bestämmelser härom ej fått inflyta i äktenskapslagen, är den, att sådana ansetts överflödiga¹⁵. Någon ändring i avseende å jäven har följaktligen i förevarande delar icke genom den nya lagstiftningen kommit till stånd.

Ett spörsmål, som tidigare vållat tvekan och meningsskiljaktighet, har varit det, huruvida det s. k. oäkta svägerlaget (i rätt upp- och nedstigande led), d. v. s. svägerlag uppkommet genom lägersmål, utgjorde äktenskapshinder och därmed ock

¹⁴ Det är naturligtvis här allenast fråga om s. k. biintervenient eller en sådan intervenient, som enl. 18: 1 RB gör "ett med någondera av dem, som tvista"; en intervenient, som för talan enl. 18: 2 (huvudintervenient) är ju part. Att lagstiftaren i 13: 1 med part likställt den, som gör ett med parten, torde knappast kunna betvivlas. Lagstiftarens tankegång har säkerligen varit densamma som den, varom några uttalanden av *Nehrman*, i *Processus civilis*, vittna. Å sid. 209 § 8 betecknar han biintervenienten såsom vederdeloman till den av honom understödda partens motpart och å sid. 188 § 28 talar han om parts jävsvärandning mot domaren på grund av dennes skyldskap med vederdelomannen.

¹⁵ Se Lagbered:ns motiv till 2: 7 i förslaget till äktenskapslag sid. 196.

jäv (domare och vittnesjäv)¹⁶. Huru detta spörsmål numera bör besvaras, kan till följd av den avfattning 2: 9 GB äger icke vara föremå för tvivel¹⁷. Svaret är det, att oäkta svågerlag icke utgör äktenskapshinder eller jäv.

Att vid svågerlag jäv äger rum ej mindre då *skyldskapen* beror på lägersmål än på äktenskap, synes böra antagas¹⁸.

Upplöst äktenskap — vare sig upplösningen har karaktären av återgång eller äktenskapsskillnad, blott en med giltig vigsel ingången förbindelse förelegat¹⁹ — har i jävsavseende samma betydelse som bestående äktenskap²⁰.

¹⁶ Frågan har säkerligen bort besvaras jakande — jfr Lagberedningens motiv till 2: 9 i förslaget till äktenskapslag sid. 203 — och så har den nog i allmänhet besvarats vad angår äktenskapshinder, medan man, naturligt nog, icke gärna velat erkänna det oäkta svågerlagets *jävsgrundande* verkan; jfr *Engströmer Vittnesbeviset* (1911) sid. 166 f. Se ett rättsfall i N. J. A. 1890 sid. 534 (den skiljaktiga meningen i hovrätten).

¹⁷ 2: 9 lyder: "Äktenskap må ej slutas mellan dem, av vilka den ena varit gift med den andres släkting i rätt upp- och nedstigande led". Jfr därtill Lagbered:ns motivering sid. 203 f.

¹⁸ Att äktenskapshinder i sådant fall föreligger, förklarar Lagbered:n i sin motivering sid. 204 vara så uppenbart, att det ej behövt utsägas i lagtexten. Därav, att förhållandet innefattar äktenskapshinder, synes man ej kunna undgå draga den slutsatsen, att jämväl jäv består. Alltså är t. ex. domaren jävig i mål, däri hans oäkta dotters man är part. Huruvida man bör tillämpa samma princip i fråga om de svågerlag å sidan, som utgöra jäv, synes mera tvivelaktigt. Är t. ex. en domare, som är gift med en dotter till partens oäkta bror, jävig? Jag föreställer mig, att många äro föga böjda för att besvara spörsmålet jakande. Från ren lagtolknings-synpunkt sett ligger säkerligen det jakande svaret närmast, men strängt förbunden till ett sådant svar torde man icke vara.

¹⁹ Märk den ståndpunkt den nya äktenskapslagen intager till frågan om återgångsdomens rättsliga innebörd. Återgångsdomen innebär upplösning av ett verkligt äktenskap (allt förutsatt att en formellt giltig vigsel ägt rum) och icke förklaring, att något verkligt äktenskap aldrig kommit till stånd.

²⁰ Obs. betr. svågerlag å sidan orden i 13: 1 GB: är eller *varit* gift.

Det har tidigare ifrågasatts, huruvida svågerlag skulle räknas emellan en person och hennes fränskilda makes barn i en senare förbindelse. Vad som vållade någon tvekan var lagens ord i 2: 4 GB: styvmoder, styvdotter etc., vilka icke syntes passa in på ifrågavarande fall. Se *Winroth, Äktenskapshindren* (1890) sid. 204. Gällande rätt lämnar ej rum för någon

Ett ofullkommat äktenskap är i jävsavseende likställt med ett genom vigsel fullkommat ²¹.

Vad härefter beträffar betydelsen av trolovning med hänsyn till sådan förbindelses förmåga att grundlägga svågerlag, som utgör domarejäv, så må först hänvisas till bestämmelsen beträffande vittnesjäv i 17: 7 RB, att om trolovning skall gälla detsamma som om äktenskap. Att motsvarande regel ej kan gälla om domarejäv, vad angår svågerlag på sidan, torde framgå av orden i 13: 1 RB: är eller varit *gift* ²². Spörsmålet synes mig således endast kunna avse svågerlag i rätt upp- och nedstigande led. Enligt min mening finnes det knappast tillräckligt stöd av lag för att här antaga svågerskapsjäv. Den omständigheten, att lagstiftaren i 17: 7, jämte det hänvisning i övrigt lämnats till 13: 1, tillagt stadgandet om trolovning, gör det nämligen svårt att antaga annat, än att trolovning icke av lagstiftaren åsyftats skola medföra domarejäv ²³.

Frågan, huruvida parts ställföreträdare är beträffande skyldskaps- och svågerskapsjäven att likställa med parten,

tvekan härutinnan. Se formuleringen av 2: 9 äktenskapslagen och jfr Lagerberedn:s motiv sid. 204 f. Där anföres såsom exempel, att då en kvinna varit gift två gånger och fött barn i båda äktenskapen giftermål är förbjudet ej blott mellan mannen i andra äktenskapet och barnen i första giftet utan även mellan den förre mannen och barnen i senare giftet. Att jäv består är likaledes tydligt.

²¹ Lagen ¹²/₁₁ 1915 om äktenskaps ingående och upplösning avskaffade de ofullkomnade äktenskapen, men uppenbart torde vara, att ett före lagens ikraftträdande tillkommet sådant äktenskap grundar jäv i likhet med vad enligt äldre lag var fallet. Jfr § 4 i Prom.-lagen till nämnda lag.

²² *Nehrman*, Processus civilis sid. 188 § 28 sluter från 17: 7 till att trolovning även i fråga om domarejäv är att likställa med äktenskap. Detsamma gör *Schrevelius*, anf. arb. sid. 45; *Broomé*, anf. arb. sid. 27; *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 115 f. *Trygger*, Kommentar till utsökningslagen sid. 13 säger, att partens trolovade behandlas som partens make, dock endast vad den trolovades egen jävighet angår; närmare motivering för denna mening är ej given.

²³ Att domaren måste anses jävig i mål, däri hans egen trolovade är part, torde icke böra betvivlas; se ovan. Enligt den mening jag här uttalat är domare ej jävig på den grund, att part är trolovad med hans dotter, eller därför, att domaren själv är trolovad med partens dotter. Detta resultat, till vilket man torde komma från ren lagtolkningssynpunkt, synes icke fullt tillfredsställande från saklig synpunkt.

(d. v. s. frågan, huruvida den omständigheten utgör domare-jäv, att partens representant står i det skyldskaps- eller svågerskapsförhållande till domaren, som angives i 13: 1) bör otvivelaktigt, vad angår *fullmäktig*, besvaras nekande. Att domaren icke är jävig att taga befattning med mål, vari part företrädes av fullmäktig, som står till domaren i ifrågavarande skyldskaps- eller svågerskapsförhållande, framgår av bestämmelsen i 15: 3, att ingen må uppträda såsom fullmäktig, då hans fader eller svärfader etc. i rätten domare sitter. De i sistnämnda lagrum nämnda skyldskaps- och svågerskapsförhållandena göra ej domaren jävig utan förhindra i stället den med domaren skyld eller besvägrade att uppträda såsom fullmäktig²⁴. — Mera tvivelaktigt är förevarande spörsmål beträffande *legala ställföreträdare*, och meningarna inom teorien äro delade²⁵. Då den mening, som anser legal ställföreträdare för part böra likställas med parten själv, går utöver lagens ord, synes denna mening icke böra antagas, med mindre starka skäl kunna åberopas till stöd för densamma. Men sådana torde ej stå att finna. Ett skyldskap- eller svågerskapsförhållande mellan domare och parts legala ställföreträdare sätter ej domarens opartiskhet i fara på samma sätt som ett dylikt förhållande mellan domare och part; ställföreträdaren har ju nämligen icke på grund av denna sin ställning ett intresse i sakens utgång, som kan jämnställas med parts²⁶.

3) Jävig är domaren, om han är parts vederdeloman eller uppenbare ovän.

²⁴ Är förhållandet ej sådant, som i 15: 3 avses, finnes ej hinder för den befullmäktigade att vara fullmäktig. — Vilken blir följden av, att en person, som står i något av nämnda förhållanden till domaren, tillåtes att uppträda såsom fullmäktig? Man bör icke anse, att högre rätt, dit målet fullföljts, har att anse rättegången behäftad med ett fel, som bör föranleda undanröjande och återförvisning. Annan påföljd, än att domaren, som tillåtit fullmäktigen uppträda, i fall av åtal dömes till ansvar för ämbetsfel, synes icke kunna ifrågakomma. Jfr vidare *mitt* arbete Svensk Civilprocessrätt III sid. 703 f. och sid. 712 f.

²⁵ *Trygger*, Kommentar till utskökningslagen sid. 13, vill likställa parts representant med parten själv, men ej så *Engströmer*, anf. arb. sid. 201 ff., vad beträffar motsvarande spörsmål ang. vittnesjäv.

²⁶ Se vidare Svensk Civilprocessrätt III sid. 657. Jfr betr. vittnesjäv ett rättsfall i N. J. A. 1901 sid. 13.

Vederdeloman²⁷ är en person i förhållande till annan, med vilken han har oavgjord (icke genom laga kraft ägande beslut avgjord) rättegång. Icke blott civil rättegång inför domstol grundlägger emellertid vederdelomannaskap; i betraktande kommer jämväl ett motpartsförhållande i brottmål eller inför exekutiv myndighet, förvaltningsmyndighet eller skiljedomstol eller ett dylikt förhållande i ärenden (*jurisdictio voluntaria*). Vad särskilt angår brottmål, så är den, som i egenskap av målsägare för talan mot annan om straff eller skadestånd²⁸, den senares vederdeloman, och detsamma måste antagas om den, som för talan i egenskap av allmän åklagare²⁹.

Från jäv på grund av vederdelomannaskap göres undantag genom stadgandet i sista punkten av 13: 1 RB. Vad där säges om, att det ej skall räknas för jäv, att endera parten, sedan rättegången är anhängig, söker sak med domaren, hänför sig uppenbarligen till vederdelomannajävet, och detsamma bör tvivelsutan anses gälla om det i stadgandet nämnda fallet, att parten tillfogar domaren något med ord eller gärning i uppsåt att honom därmed jävig göra³⁰.

Ovänskap är jäv under förutsättning, att den är *uppenbar*,

²⁷ Ang. begreppet vederdelomannaskap se närmare *Engströmer*, anf. arb. sid. 153 ff.

²⁸ Se rättsfall i N. J. A. 1900 sid. 205. H. (präst), som av domkapitel dömts till ansvar för ämbetsfel, anförde i högsta instansen mot ledamöter av domkapitlet såsom jäv, att de vid utslagets meddelande varit vederdelomän, i det att de såsom målsägare i underrätt fört talan i ett då ännu på högsta instansens prövning beroende mål emellan allm. åklagare och H. ang. falskt åtal m. m. Enligt den åsikt, som segrade i högsta instansen, förelåg jäv, enär domkapitelsledamöterna såsom målsägare fört talan i nämnda, vid meddelande av domkapitlets utslag ännu ej avgjorda mål. (Skiljaktiga meningar anfördes.) Den segrande meningen synes mig vara den riktiga. Jfr rättsfall i N. J. A. 1903 sid. 27.

²⁹ Stöd härför lämnar stadgandet i § 6 utsökn.l. p. 3, vilket synes vila på förutsättningen, att allmän åklagare är tilltalads vederdeloman. Jfr härom *Trygger*, Kommentar till utsökn.l. vid § 6, samt *Engströmer*, anf. arb. sid. 202 och 204.

³⁰ Enligt denna tolkning har lagstiftaren tänkt därpå, att parten genom att förfördela domaren tvingar denne att anhängiggöra sak. Jfr motsv. stadgande i § 6 utsökn.l. och *Trygger*. Kommentar sid. 14.

vilket innebär, att den skall hava visat sig i handling³¹. Att märka beträffande ifrågavarande jäv är vidare, att det i stadgandet talas om, att domaren är partens uppenbare ovän, och icke om det omvända förhållandet, att parten är uppenbar ovän med domaren.

Även beträffande jäven vederdelomannaskap och uppenbar ovänskap möter spörsmålet, huruvida parts legale ställföreträdare är att likställa med parten själv. Jag anser riktigast att besvara detsamma nekande³².

b) Jäv, som bero på domarens förhållande till rättegången eller till det, varom den rör sig.

4) Jävig är domaren, om han eller "hans skyldemän, som nu nämnda äro", äga "i den saken del" eller kunna "någon synnerlig nytta eller skada därav vänta".

Man kan taga för avgjort, att det här är fråga om två olika jäv, det ena: del i saken; det andra: förväntad synnerlig nytta eller skada därav³³. Däremot är det i hög grad tvivelaktigt, hur gränsen emellan dessa båda jäv skall dragas. I

³¹ Att domaren är parts ovän, får man ej sluta till av det tal domaren till sanningens uttalande måste föra, enl. K. Br. ²⁰/₃ 1682 (Schmedeman sid. 752). *Nehrman*, *Processus civilis* sid. 189, citerar även ett K. Br. ⁷/₁₂ 1687, enl. vilket man ej får sluta till ovänskap av någon laglig ämbetsförrättning.

³² Rättsfall i N. J. A. 1879 sid. 415, utvisar, att syssloman i konkurs ansetts jävig att vittna i mål rörande tvistig fordran i konkursen. I ett annat rättsfall, N. J. A. 1897 sid. 5, ansågs ledamot i styrelse för aktiebolag, mot vilket rättegång var anhängig, vara såsom vederdeloman i förhållande till den, med vilken rättegången fördes, jävig att vittna i annat mål, vari den senare var part. De jävsspörsmål, som här möta, kräva besvarande även vad angår domarejäv. Det synes mig vara uppenbart, att jäv föreligger så väl i ena som i andra fallet. Men för frågan om ställföreträdarens likställande med part äro nämnda rättsfall knappast synnerligen upplysande. Syssloman i konkurs kan ha ansetts jävig i bevakningsprocessen, därför att han i 1862 års konkurslag uppfattades såsom varande själv part i processen; han benämndes i konkurslagen part. Och styrelsen för aktiebolag (alltså även ledamot av styrelse) är bolagets organ, ej ställföreträdare, i en trängre mening. Jfr därom *min* Svensk Civilprocessrätt III sid. 548—550.

³³ Jfr rättsfall i N. J. A. 1913 sid. 270, där i HD frågan, huruvida vittnesjäv borde rubriceras såsom del i saken eller såsom nytta eller skada därav, var föremål för omröstning.

detta avseende må framhållas, att det i äldre rätt icke skildes dem emellan; över huvud framhölls intresse i saken såsom den omständighet, vilken grundade jäv ³⁴. I 1734 års lag, dels i 13: 1 RB beträffande domare och dels i 17: 7 RB beträffande vittnen, är skillnaden iakttagen. Vad lagstiftaren velat hänföra till det ena och andra jävsområdet, är emellertid synnerligen oklart, och man torde komma sanningen närmast, om man antager, att lagstiftaren ej själv gjort sig någon mera tydlig och bestämd föreställning därom. Ordalagen torde dock giva vid handen, att med jävet del i saken avses någon mera omedelbar relation till rättegången än med jävet nytta eller skada. Vidare torde det vara säkert, att med del i saken åsyftas en relation till det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål, och icke ett deltagande i själva processen ³⁵. För min del tror

³⁴ Jfr domareregeln § 16 p. 7: Ingen må vara domare i sin egen sak. Se vidare förordn. om rättegång i domkapitlen ¹¹/₂ 1687 p. 8 (Schmedeman sid. 1107), där såsom domarejäv nämnes, att domaren själv eller någon av hans anhöriga är delaktig i saken, samt vidare Res. ²⁷/₃ 1688 (Schmedeman sid. 1201), där såsom jäv mot domare framhålles, att han, resp. anhörig till honom, är uti saken på något märkligt sätt intresserad. I sina anmärkningar till L.L. åberopar Abrahamsson (sid. 667 f.) i framställningen om domarejäven nyssnämnda båda författningar men antyder icke, att inom det jävsområde, som i stadgandena avsågs, skillnad borde göras emellan två olika jävsgrunder. Av ännu större intresse är Abrahamssons uttalanden sid. 629 ang. motsvarande vittnesjäv. Med hänvisning till domareregeln i § 37, att ingen må vittna i sin egen sak, förklarar Abrahamsson, att det kallas "ens egen sak, därav man förhoppas någon fördel eller befarar någon skada eller avsaknad; därför må ej heller den, som är intresserad eller delaktig i saken vittna". Någon klyvning av ifrågavarande jäv i två särskilda har påtagligen ännu ej kommit till stånd. *Nehrman* skiljer visserligen redan i 1732 års uppl. av sin *Processus civilis* emellan de båda jäven, både vad angår domare och vittnen, — se kap. XIV § 29 och kap. XVIII § 29 — men någon gränsbestämning giver han icke. Ang. ifrågavarande vittnesjäv jfr för övrigt *Engströmer*, anf. arb. sid. 174 ff.

³⁵ Det är av intresse att mera ingående undersöka innebörden av lagens uttryck hava *del i saken*, och åt en sådan undersökning, vad särskilt angår detta uttryck i 13: 1 RB, ägnas följande rader.

Först fästa vi oss vid ordet *sak* och tillse, huruvida detta ord kan i och för sig lämna någon ledning. Man finner mycket snart, att detta *icke* är fallet. Ordet *sak* användes oupphörligt i RB av 1734 års lag. Det användes fullständigt synonymt med ordet *mål*, syftande än på det processuella förfarandet än på det materiella rättsförhållande, som utgör

jag det vara riktigast att till del i saken hänföra alla de fall, i vilka domaren (resp hans skyldeman) är i ett *rättsläge*, som

processföremål (eller åtminstone på ett moment i detta rättsförhållande). Ett synnerligen karaktäristiskt bevis på, att lagstiftaren likställt sak och mål, är rubriceringen i 22:1 RB: *sjörätts- och växelsaker*, *hyres och utflyttningsmål*. En granskning av hithörande lagrum torde giva vid handen, att ordet sak har fått en rikligare användning än ordet mål och merendels syftar på det processuella förfarandet; mycket ofta är det emellertid svårt eller ej möjligt att avgöra, om den ena eller den andra betydelsen är i fråga, och det ligger ingen vikt uppå, om man väljer det ena eller andra alternativet, ty tolkningsresultatet blir detsamma. Endast i ett mindre antal fall kan man bestämt påstå, att sak avser det materiella; se sålunda 11: 6 (ursprungl. lydelsen; numera 11: 31), 12: 5 sista p., 14: 5 (sakens sammanhang), 17: 24, 36, 37; 24: 3 och ännu några fler, samt jfr vad nedan säges om de lagrum, som innehålla uttrycket del i saken eller annat därmed nära besläktat. Ordet mål förekommer ej blott, såsom man numera gärna vill antaga, i betydelsen av förfarandet utan åsyftar någon gång det materiella; se sålunda 10: 1 ("målen med hvarandra gemenskap hafva") och 17: 29. — Till den nu lämnade terminologiska utredningen må, ehuru det ej i detta sammanhang är av omedelbart intresse, blott läggas ett påpekande av, att den brist på en fast terminologi, som i förevarande hänseende vidlåder 1734 års lag, bibehållit sig i senare författningar och kvarstår ännu i dag både inom litteraturen och i språkbruket i praxis. (Vad angår det sistnämnda, obs. de i utslag så ofta använda fraserna: "i saken är utredt", "i saken har förekommit", "i saken är ostridigt" eller "i saken har företetts" — jfr t. ex. Svea hovrätts dom i rättsfallet i N. J. A. 1910 sid. 634 — där saken uppenbarligen betyder detsamma som processen.) Det sagda gäller åtminstone så till vida, som sak användes både i betydelsen av processen och det materiella. Däremot torde det nästan ha kommit ur bruk att låta ordet mål avse det materiella; se dock ännu så sent som i gällande utskökningslag §§ 6 och 23 ("i målet del"). I nutida omsorgsfullt lagspråk torde man vinnlägga sig om att iakttaga den skillnaden emellan sak och mål, att det förra ordet betyder det materiella och det senare processen; se 11: 5 och 6 RB, där ordet sak valts just för att därmed skall utmärkas, att fråga är om det materiella rättsförhållandet.

Sedan vi sålunda funnit, att ordet sak ej i och för sig lämnar någon närmare upplysning om, huru ifrågavarande stadgande skall förstås, gå vi till granskningen av de lagrum i RB, som innehålla uttrycket del i saken eller något annat nära stående uttryck, för att se till, om man genom dem, framför allt genom en jämförelse dem emellan, kan komma till ett bestämdare resultat. Följande lagrum, utom 13: 1, som utgör det egentliga föremålet för undersökningen, böra komma i betraktande: 10: 16 (jfr 15: 5, där alldeles uppenbart "del i tvist" betyder detsamma som "del i saken" i 10: 16); 15: 6; 16: 3 (ursprungl. lydelsen); 17: 7 och 25: 18 (ursprungl.

omedelbart påverkas av den utgång processen erhåller, medan andra fall av intresse i rättegången ingå under jävet nytta eller

lydelsen), vilka samtliga upptaga "del i saken"; till dem bör läggas 10:7 (med uttrycket: "delaktige i tvistemål ett"). Att stadgandena i 13:1 (om domarejäv) och i 17:7 (om vittnesjäv) ha samma innebörd, kan tagas för alldeles avgjort. Om de övriga uppräknade lagrummen gäller, enligt min mening, följande, så vitt nu är i fråga. Något giltigt skäl till att förklara 15:6 genom att låta "del i saken" syfta på delaktighet i det materiella finnes icke. Här är fråga om det förhållandet, att i rättegång på ena sidan äro flera parter, och vare sig dessa äro subjekt i samma materiella rättsförhållande eller det icke består någon materiell gemenskap dem emellan gäller lagrummets bud, att om någon av dem vill tala för de andra han skall taga deras fullmakt; att lagstiftaren närmast tänkt på det fall, varom 16:3 handlar (se strax härefter), torde emellertid vara mycket antagligt. Uttrycket "del i en sak" i 25:18 syftar säkerligen ej på något annat och mera, än att flera stå på samma sida såsom parter i en rättegång; uttrycket saknar i själva verket självständig betydelse, och vikten ligger på uttrycket "ega gemensam talan"; lagstadgandet återfinnes i 26:1 RB, sådan §:en nu lyder, och i den nuvarande avfattningen förekommer ej längre "del i saken" (ang. tolkn. av "ega gemensam talan" se mitt arbete om Rättsmedlen sid. 86 ff.). Vad angår 10:16, så är, då det här talas om kronans "del i saken", meningen säkerligen endast att i allmänhet framhålla, att, då kronans rätt beröres, en representant för kronan skall få tillfälle att yttra sig i rättegången. Beträffande tolkningen av 16:3 hänvisas till *mitt* arbete Svensk Civilprocessrätt III sid. 585—589; den invändning om, att flera hava i saken del, som i sagda lagrum avses, är en invändning om en bristande förutsättning för prövning av det materiella rättsförhållandet, vilken brist består däri, att ehuru på grund av rättsförhållandets egendomliga natur nödvändig processgemenskap (litis consortium necessarium) föreligger, ej alla litis consortes taga del i rättegången. Det står enligt denna tolkning av 16:3 fast, att därstädes med del i saken syftas på delaktighet i det materiella rättsförhållandet och på en så intim dylik delaktighet, att rättsförhållandet *ej kan* bli föremål för en prövning, som är bindande gentemot alla subjekten, med mindre alla taga del i rättegången som parter. Det återstår då endast, innan jag går närmare in på tolkningen av stadgandet i 13:1, att söka utröna betydelsen av uttrycket i 10:7 "delaktige i tvistemål ett". I ett och ett viktigt avseende är det lätt att komma till rätta med uppgiften: det *mdste* här åsyftas en delaktighet i det materiella, och det kan ej vara fråga om allenast ett deltagande i samma rättegång; detta är klart därav, att den delaktighet, som avses, utgör en betingelse för de delaktiges instämmande till samma domstol och därmed följande deltagande i samma rättegång. För övrigt synes närmast det spörsmålet kräva be-

skada. Under förstnämnda jäv förmenar jag i enlighet härmed, att man bör inrymma icke blott de fall, i vilka det omproces-

svarande, huruvida den omständigheten, att lagstiftaren i förevarande lagrum använt uttrycket delaktighet i *målet*, bör anses antyda, att innebörden är en annan än i de lagrum, där lagstiftaren för att beteckna delaktighet i det materiella begagnar sig av uttrycket del i *saken*. Med kännedom om bristen i RB på betydelseskilnad emellan orden sak och mål måste man på förhand vara böjd för att besvara spörsmålet nekande. Svaret vinner en värdefull bekräftelse, om man ser till vad *Nehrman*, *Processus civilis*, har att förmåla. Visserligen har *Nehrman* så gott som ingenting alls att säga om själva innebörden av de ifrågasvarande uttrycken, men att han anser uttrycken delaktighet eller del i saken, delaktighet i målet och andel i dei tvistiga vara liktydiga, det framgår fullt tydligt av hans uttalanden å sid. 127 §§ 14 och 15, sid. 147 § 37, sid. 191 § 36 och sid. 237 § 29; ännu tydligare blir det sagda om de antydda i 1751 års upplaga förekommande uttalandena jämföras med motsvarande ställen i den äldre upplagan av 1732 (sid. 121, 141, 189 och 235). Frågan blir då härefter den: av vilken beskaffenhet är den delaktighet i det omprocessade materiella, som lagstiftaren i 10:7 har i sikte. Det ligger mycket nära till hands att med delaktighet i ett tvistemål i 10:7 förstå alldeles detsamma som del i saken i 16:3. För min del tror jag emellertid, att uttrycket i 10:7 har större omfattning än det i 16:3. Vid *litis consortium necessarium*, varom, efter vad ovan antyddes, 16:3 handlar, måste de flere, som hava del i saken, uppträda såsom parter i rättegången för att prövning av det materiella rättsförhållandet skall kunna komma till stånd, och för den händelse de flere äro på svarandesidan måste det därför finnas ett gemensamt forum för dem alla; att fallet inrymmes under 10:7, torde icke kunna betvivlas. Men att 10:7 inrymmer flera fall än det nyss nämnda, ja att lagrummet strängt taget icke har tillkommit med tanke på sagda fall, synes framgå av den avfattning, som det i lagrummet uppställda villkoret erhållit: "kan det ej väl utrönas, utan de alle tillika å ett ställe svara". (Denna uppfattning synes vinna stöd av en anmärkning, som *Abrahamsson* gjorde vid 10:7 i 1734 års förslag till RB; se *Förarbetena VIII* sid. 204.) Vad mera, som ingår under lagrummet, är tvivelaktigt och kan naturligtvis med fog vara föremål för olika meningar; att 1734 års lagstiftare gjort sig en fullt klar föreställning därom, torde vara ytterst osannolikt. Lagtillämparen synes fördensskull ha frihet att inlägga i stadgandet det innehåll, som giver de bästa praktiska resultaten. För min del vill jag tolka stadgandet så, att därunder ingå de fall, då emellan flere på samma sida uppträdande parter består rättsgemenskap med hänsyn till processföremålet eller då de äro berättigade eller förpliktade på samma eller väsentligen samma grund. (Se för övrigt ang. tolkningen av 10:7

sade materiella rättsförhållandet är sådant, att domaren eller hans skyldeman däri är jämte i målet uppträdande part berätti-

RB *mina* arbeten Sv. Civilprocessrätt II sid. 441 ff. samt Rättsmedlen sid. 87 f. noten.)

Det har visat sig, att granskningen av de lagställen, med vilka ifrågavarande stadgande i 13:1 bör jämföras, icke givit något mera bestämt resultat; man kan icke ens av den jämförande granskningen bestämt sluta till, att med "del i saken" i 13:1 åsyftas del i det materiella och icke del i processen. Så vitt jag kan finna, är det emellertid — även bortsett från rent praktiska skäl, som kunna tala för det ena eller andra alternativet — ganska säkert, att stadgandet syftar på det materiella. Betydde det del i processen, så skulle, vad angår domarens delaktighet i saken, avsikten därmed vara att från domareämbetet i ett mål utesluta ej mindre parter än även alla andra i målet uppträdande personer, såsom biintervenienter, ställföreträdare (legala eller befullmäktigade) och vittnen. Men det är, såsom här ovan redan påpekats, synnerligen osannolikt, att lagstiftaren velat genom ett särskilt stadgande inpräglad denna i eminentaste mening i sakens natur liggande grundsats. Även vad angår domarens skyldemans delaktighet i saken, kan man icke anse, att del i processen åsyftas. Det är fullständigt uteslutet, att lagstiftaren velat förklara domaren jävig, därför att hans skyldeman uppträder såsom vittne i målet; i fråga om skyldemans uppträdande såsom intervenient eller ställföreträdare hänvisas till vad ovan därom yttrats. En nästan till full visshet gränsande sannolikhet talar sålunda för, att del i saken här såsom vanligen har avseende å det materiella. Tvivelaktigt är däremot, om man skall tillägga uttrycket samma innebörd som enahanda uttryck i 16:3 eller anse det liktydigt med motsvarande uttryck i 10:7 eller möjligen välja något tredje alternativ. Vid besvarandet av detta spörsmål kommer i betraktande, att uppgiften egentligen mindre gäller att bestämma, vad som skall utgöra jäv, än snarare att inom hela det jävsområde, som betecknas med uttrycken del i saken samt nytta eller skada därav och vilket måste antagas över huvud inrymma fall av omedelbart intresse (rättsligt eller rent faktiskt) i saken, utbryta och begränsa det särskilda område, som bör tilldelas jävet del i saken. Att anse del i saken i 13:1 hava samma strängt begränsade innebörd som samma uttryck i 16:3, torde icke vara riktigt; med denna tolkning skulle detta jäv för civilprocessens del icke hava någon avsevärd praktisk betydelse, då ju nämligen vid litis consortium necessarium litis consortes måste såsom parter vara med i rättegången, om saklig prövning skall kunna äga rum. Mot att besvara ifrågavarande tolkningsspörsmål från samma synpunkt, som enligt min mening bör bestämma tolkningen av 10:7, synes tala, att man sålunda låter sig ledas av en tankegång, som icke har i förevarande fall någon direkt betydelse. Det riktigaste och, särskilt med hänsyn till gränsbestämningen mot jävet

gad eller förpliktigad (vare sig nu s. k. nödvändig process-gemenskap därav betingas eller ej), utan även sådana fall, i

nyttja eller skada, jämväl lämpligaste anser jag vara, att låta jävet del i saken omfatta samtliga de fall, i vilka domarens resp. hans skyldemans rättsläge omedelbart beröres av processens utgång; se ovan i texten. Jävet kommer på detta sätt att inrymma även de fall, då det jävsgrundande momentet består däri, att interventionsgrund jämlikt 18:1 RB är för handen, men häremot torde icke kunna göras någon befogad invändning. Att jäv över huvud i dessa fall måste anses föreligga, är enligt min tanke obestridligt; man kommer till denna slutsats, om man tager i betraktande, att den omständigheten, att en person, som äger intervensera, avhåller sig därifrån, icke gärna kan medföra, att han beträffande habiliteten att vara domare (eller att vittna) blir annorlunda ställd än om han intervenerat.

Av dem, som uttalat sig i förevarande ämne, omfatta några den åsikten, att med del i saken åsyftas rättsförhållanden, i vilka domaren eller hans skyldeman är berättigad eller förpliktad jämte part i målet; se sålunda *Olivecrona* i det rättsfall, som är refererat i N. J. A. 1877 sid. 1, samt *Engströmer*, anf. arb. (Det kan förtjäna anmärkas, att flere utländska lagar upptaga bland domarejäven domarens förhållande till part av medberättigad eller medförpliktad eller regresspliktig; se tyska C. P. O. § 41: österrikiska jurisdiktionsnormen § 19; norska loven ^{13/8} 1915 om domstolene § 106.) Enligt en annan bestämning åsyftas det förhållandet, att en person, utan att vara part i målet, befinner sig i den ställning till detsamma, att han kunde vara part däri; sålunda ha, dock utan någon vidare motivering, uttalat sig *Nya Lagbered:n* i sitt förslag till lag ang. bevisning inför rätta (1890) sid. 61, *Herslow*, Utsökningslagen (1895) sid. 6 och *Trygger*, Kommentrar till utsökningslagen sid. 13; sistn. förf. utför närmare bestämningen så, att den avser den ställning till målet, som intages av en person, vilken däri kunde vara "huvudpart eller mellankommande part". Enligt *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 112 f. (2:dra uppl.) skulle med del i saken avses "icke blott part utan även den, som på grund av intervention eller litis denuntiatio deltager i rättegången eller som annars träffas av domens rättskraft". I 3:dje uppl. av samma arbete, sid. 116, har författaren något ändrat sina uttalanden i frågan. Uttrycket "del i saken" säges avse, förutom part eller den, som på grund av intervention eller litis denuntiativ deltager i rättegången, jämväl den, som på grund av det rättsläge, vari han befinner sig, kunde på sådant sätt deltaga. Dessutom tillägges nu följande: "Här är således fråga om ett rättsligt intresse av saken, vilket icke torde avses med orden "nyttja och skada". Beträffande förhållandet emellan jäven "del i saken" samt "nyttja och skada" intager författaren således numera samma ståndpunkt, som jag utvecklat redan i första upplagan av detta arbete.

Vad beträffar praxis' ställning till frågan om innebörden av jävet

vilka rättegången kan sägas röra domarens eller hans skyldemans rätt på sätt, som enligt 18: 1 RB berättigar till inträdande i rättegången i egenskap av biintervenient. Om man giver jävet del i saken ett så stort tillämpningsområde, kommer det att över huvud inrymma alla fall, i vilka det består ett intresse i saken, som är av rättslig natur, under det att jävet nytta eller skada omfattar övriga intressefall: det kan sägas i stort sett bli en skillnad emellan å ena sidan rättslig, å andra sidan faktisk nytta eller skada. Att gränsbestämningen emellan de båda jäven sålunda erhåller en principiell bestämdhet, som man förgäves söker efter, då man granskar de många i tryck tillgängliga hithörande rättsfallen, torde vara obestriddligt. Mot att, såsom här skett, tillägga jävet del i saken ett större tillämpningsområde, än man vanligen torde anse tillkomma detta jäv, kan icke åberopas själva den språkliga betydelsen av uttrycket del i saken. I vår äldre rätt hade detta eller andra identiska uttryck med all säkerhet en innebörd, som inbegrep mer än andelsskap i själva den rätt resp. plikt, varom tvistas, och det kan icke påvisas, att lagstiftarens mening vid uppdelningen av det gamla jävsområdet i två varit att, på sätt nyss antydde, begränsa området för det ifrågavarande jävet. Det torde tvärtom finnas ett par omständigheter, som tyda på, att åt detta jäv bör givas en så stor räckvidd, som här antagits. Dels synes den nära frändskapen emellan interventionsinstitutet och det gamla jävet intresse i saken tyda på, att då 1734 års lagstiftare ej mindre upptog i lagen institutet biintervention, som ju är

del i saken, så måste sägas, att över huvud avgörandena i de tillgängliga rättsfallen, av vilka det stora flertalet rör vittnesjäv, icke äro synnerligen upplysande, detta icke minst därför, att man mycket ofta nöjt sig med att förklara jäv föreligga utan att bestämma, huruvida man anser jävel hero på del i saken eller nytta eller skada av saken. Om jag ej misstager mig, har i praxis en viss tendens gjort sig gällande att utvidga området för jävet nytta eller skada på bekostnad av jävet del i saken, en tendens, som torde finna sin förklaring i ovisshet och meningskiljaktighet om, vad som rätteligen bör förstås med del i saken; jfr de rättsfall, som röra frågan om jäv för den, som i händelse av en för ena parten ofördelaktig utgång av processen hotas av ett ersättnings- eller regressanspråk: N. J. A. 1883 sid. 206; 1884 sid. 100; 1888 sid. 91; 1893 sid. 291; 1898 sid. 83; 1913 sid. 365; 1916 sid. 464 m. fl.

byggt på tanken om betydelsen av ett sammanhang emellan tredje mans rätt och ett omprocessat rättsförhållande, än även ur jävet intresse i saken utbröt en del, omfattande intressefall av mera rättslig valör än den övriga delen, den tanken ej varit lagstiftaren främmande, att de grunder, som berättigade till intervention, jämväl vore att uppfatta såsom orsaker till jäv på grund av del i saken ³⁶. Och dels är att uppmärksamma den ledning för tolkningen, som ligger i avfattningen; medan det helt enkelt säges del i saken, heter det *synnerlig* nytta eller skada. Detta synes lägga det antagandet nära, att beträffande nytta eller skada avses gradationer av faktisk natur, i fråga om vilka domstolen erhållit fri prövningsrätt, varemot vid förefintligheten av de rättsliga relationer, som inbegripits under del i saken, någon motsvarande gradering eller prövningsrätt icke får förekomma.

Enligt förordn. den 4 Nov. 1876 skall lagens stadgande i 13: 1 RB, att domare är jävig att handlägga mål, då han eller hans skyldemän hava i saken del, icke äga tillämpning i hushållsmål av allmän beskaffenhet ³⁷.

³⁶ Ang. sammanhanget emellan ifrågavarande jäv och interventionsinstitutet se, inom svensk litteratur, *Engströmer*, anf. arb. sid. 183 ff. Förf:n kommer emellertid icke till samma resultat, som jag här sökt göra gällande; hans framställning giver vid handen, att han principiellt är böjd för att antaga, att hela jävsområdet, del i saken samt nytta eller skada därav, bör anses endast inrymma fall, i vilka fråga är om inverkan på en persons *rättsliga* läge, vadan alltså de fall, i vilka intresset består i rent *faktisk* nytta eller skada, skulle vara att utesluta. För min del kan jag icke antaga, att i vår rätt före 1734 års lag en sådan distinktion skolat iakttagas, och lika litet, att lagen velat bryta med den rättstillämpning, som vid dess tillkomst säkerligen ägde rum, och införa en dylik distinktion.

³⁷ Jfr rättsfall i N. J. A. 1902 sid. 99 och 113.

Delägarskap i aktiebolag kan ej anses innebära, att aktieägaren har del i sak, varom bolaget processar; jäv på grund av aktieinnehav kan endast motiveras med nytta eller skada av saken och är därför beroende av, huruvida nyttan eller skadan i det konkreta fallet kan anses vara synnerlig. Jfr rättsfall i N. J. A. 1877 sid. 1. *Engströmer*, anf. arb. sid. 178, 182 och 191, fäster uppmärksamheten på, att vid tiden för 1734 års lags tillkomst åtskilliga sammanslutningar, som numera äro att karaktärisera såsom juridiska personer, voro rättsligt ordnade såsom intressentskap, vars delägare voro att anse såsom subjekt för samman-

Då det i 13: 1 stadgas om jäv för domaren på grund därav, att hans "skyldemän" ha del i saken eller kunna vänta nytta eller skada därav, bör detta säkerligen ej förstås så, som om meningen här vore att utesluta de genom svägerlag med domaren förbundne från att i jävsavseende komma i betraktande ³⁸.

I sista punkten av 13: 4 RB uttalas, att ej någon må i hovrätten jävas, där son eller måg i underrätten dömt, utan så är, att de för ämbetsbrott där lagligen anklagade varda ^{38 1/2}. Att vad här säges om hovrätt i förhållande till underrätt även gäller om högsta domstolen i förhållande till lägre instanser, är uppenbart. Detta lagställes förhistoria torde utvisa, att man här har att göra med ett stadgande, som lagstiftaren ursprungligen närmast uppfattat såsom ett undantag från jävet nytta eller skada av saken. Det ligger dock i och för sig närmare till hands att uppfatta stadgandet så, som om dess syfte vore att förekomma, att med stöd av analogi, hämtad från 1: 6 RB, hinder i ifrågasvarande fall skulle anses föreligga; tanken skulle vara den, att

slutningens rättigheter och skyldigheter; i processer, förda av sammanslutningen, vore därför delägarne jäviga på grund av del i saken, och från denna synpunkt anser författaren, att man allt fortfarande bör bedöma frågan om sådana intressenters jävighet. Man synes mig emellertid icke kunna underlåta att taga hänsyn till lagstiftningens förändrade ståndpunkt beträffande ifrågasvarande sammanslutningar; de äro nu självständiga rättssubjekt med sin egna, från delägarnes fullt skilda rättssfär, och i överensstämmelse härmed bör förevarande jävsspörsmål bedömas. — I rättegång, som föres av konkursbo, är enligt min mening konkursborgenär icke jävig på den grund, att han har i saken del; konkursboet ensamt är part, icke till någon del konkursborgenär. Om jäv skall anses föreligga, bör det grundas på nytta eller skada av saken; se i annan riktning N. J. A. 1906 sid. 408.

³⁸ Detta antages ock nästan av alla författare, som yttrat sig i frågan; se sålunda *Nehrman*, *Processus civilis* sid. 189 § 29; *Schrevelius*, *Civilprocess* sid. 45; *Broomé*, *Civilprocessen* sid. 28, samt betr. motsv. vittnesjäv *Naumann* i N:s Tidskr. 1876 sid. 342, och *Engströmer*, *anf. arb.* sid. 191.

^{38 1/2} I lagen ^{22/6} 1923 innefattande tillägg till vissa stadganden i rättegångsbalken är stadgat, att vad i 13: 4 RB sista punkten stadgas angående jäv emot domare i hovrätt skall gälla jämväl där make eller maka, dotter eller sonhustru i underrätten dömt. Lagen skall träda i kraft den dag konungen med riksdagen bestämmer.

då fader och son, svärfader och måg ej få döma tillsammans i en rätt, den ene ej heller får i högre rätt pröva vad den andre gjort såsom domare i lägre rätt ³⁹.

Huruvida en person är i egenskap av representant för någon, som har i saken del eller kan vänta nytta eller skada därav, jävig att vara domare, synes tvivelaktigt ⁴⁰. Jämlikt grunderna för jävsbestämmelserna i 13: 1 torde spörsmålet böra besvaras jakande; domarens opartiskhet kan i förevarande fall med mera skäl sättas i fråga än i vissa av de fall, beträffande vilka 13: 1 uttryckligen stadgar jäv ⁴¹.

5) Jäv, som bero därpå, att domaren förut tagit sådan

³⁹ Ifrågavarande lagstadgande har följande förhistoria. I Lagkom:ns förslag till RB av 1734 hade stadgandet denna lydelse: Ej må lagman eller borgmästare och rådman jävas, där son eller måg å härads-ting eller i kämnarsrätt dömt; ej må ock någon i hovrätten jävas, där son eller måg i underrätten dömt, utan så är etc. Till svar å framställd anmärkning av *Abrahamsson*, att det vore betänkligt tillåta fader eller svärfader deltaga i avgörandet av den sak, vari son eller måg förut dömt, eftersom det ofta kunde hända, att underdomaren dömt så, att han för-tjänade ställas under tilltal, yttrade Lagkom:n, att intet hinder därför syntes förefinnas, enär domaren avsvure all våld och saken dessutom icke vore hans egen. Ständerna funno dock, att för den nära förbindelse och affekt, som är emellan fader och son, det borde vara ett laga jäv emot domaren vid *lagmanstinget*, när sonen vid häradsrätten dömt i saken, men att med rådstuvu- och kämnarsrätten vore en annan beskaffenhet, emedan där sulte flere personer. I enlighet med denna ständernas åsikt avfattades 1734 års lag så, att det anmärkta skyldskaps- och svågerskapsbandet väl ej utgjorde jäv i förhållandet mellan rådstuvurätt och kämnarsrätt eller mellan hovrätt och underrätt, men däremot gjorde lagman jävig i förhållande till häradshövding; i stadgandet omnämndes över huvud ej förhållandet emellan lagman och häradshövding. Se Förarbetena till lagen VIII sid. 125 och 217. I sammanhang med avskaffandet av lagmans- och kämnarsrät-terna 1849 erhöll 13: 4 sin nuvarande lydelse. Se för övrigt i Lagkom:ns förslag till allmän civillag (av 1838) 6: 11 p. 7 RB, där ifrågavarande fall upptages såsom jäv, och motivera sid. 265.

⁴⁰ Att domaren är jävig såsom ställföreträdare för *part*, är förut nämnt.

⁴¹ Jfr jävet: förut vittnat i saken eller förut såsom betjänt något slut fattat, som den saken rör. Jag är således för min del böjd för att besvara ifrågavarande spörsmål på annat sätt än de ovan berörda frågorna ang. jäv på grund av ett förhållande mellan domaren och representant för *part*.

befattning med saken eller står till en annan liknande sak i sådant förhållande, att han kan befaras gå till handläggningen och avgörandet med förutfattad mening. Lagen angiver såsom jäv, att domaren i annan rätt i samma sak varit domare eller förr varit fullmäktig däri eller vittnat ⁴² eller förut såsom be-
tjant i någon rätt eller hos konungens befallningshavande något slut fattat, som den saken rör, eller själv har en lika sak i annan rätt.

Vad angår den första jävsgrunden — att domaren i annan rätt i samma sak varit domare — så är dess berättigande enligt nutida rättsuppfattning alldeles självklart, så vitt den innebär, att samma person, som i lägre rätt handlagt ett mål eller däri meddelat beslut, icke kan i högre rätt pröva vad han sålunda såsom domare i den lägre åtgjort ⁴³. Stadgandet har enligt sin avfattning vida större räckvidd men torde icke böra tillämpas utöver vad nu antytts. Det bör i enlighet härmed icke vara hinder för, att en person, vilken i överrätt deltagit i beslut om ett måls återförvisning, därefter såsom domare i lägre rätt handlägger målet, eller att, efter det underrätt dömt i ett mål men domen blivit till följd av bristande kompetens undanröjd och målet därefter anhängiggöres vid annan underrätt, samme man, som dömt i den först verksamma underrätten, handlägger målet i den senare underrätten ⁴⁴. Lagens ord beröra

⁴² Att sak i dessa fall betyder det processuella förfarandet, torde ligga i öppen dag.

⁴³ Att denna grundsats icke stått klar för äldre tidens rättsuppfattning, framgår av adelns besvär vid 1668 års riksdag, att det ej vore nyttigt att "the personer justitien företråda mehr än i en instans blifva tillika brukade"; och resolverade regeringen, att anstalt skulle vidtagas, att sådan ordning efterhand bleve inrättad. *Stjernman*, Riksdagars och mötens beslut II sid. 1545.

⁴⁴ I intetdera av dessa fall kommer domaren att ingå i prövning av vad han själv förut såsom domare åtgjort, och härpå kommer det an vid ifrågavarande jäv. *Nehrman*, *Processus civilis* sid. 189 § 29, omnämner detta jäv endast på det sätt, att han framhåller såsom jävsskäl, att domaren förut vid underrätt dömt i saken. Lagkom:n i sitt förslag till allm. civillag RB 6:11 p. 7 stadgar i förevarande avseende, att jäv skall anses föreligga, om domaren skulle i högre rätt pröva vad han själv gjort såsom domare i underlydande rätt. Se ock Nya Lagbered:ns principbetänkande I, förslagen 9:9 p. 6.

väl icke frågan om jäv för det fall, att en tvist, som blivit avgjord av skiljemän, därefter blir föremål för prövning av domstol, i vilken skiljeman sitter såsom domare; att emellertid jäv här måste antagas, kan ej gärna betvivlas ⁴⁵.

Grunden till bestämmelsen om domarejäv för den, som förut varit fullmäktig ⁴⁶, kräver ingen vidare förklaring; bestämmelsen har sin motsvarighet i 15: 3 RB, där en person förbjudes att vara fullmäktig i ett mål, varmed han förut tagit befattning såsom domare ⁴⁷. Ej så uppenbar är däremot grunden till stadgandet om jäv emot den, som förut vittnat i målet. Lagstiftarens tanke torde emellertid väsentligen vara den, som kommit till uttryck i den i § 16 p. 14 av domarereglerna förekommande satsen: "det man gärna ser, där vittnar och håller man gärna med". Jävsgrunden skulle således vara misstanke emot domaren för partiskhet i den riktning, i vilken han avgivit sitt vittnesmål ⁴⁸.

Vad härefter angår det jäv, som beror på, att domaren förut såsom betjänt i någon rätt eller hos K. B. något slut fattat, som den saken rör, så bör man icke tolka detta så

⁴⁵ Jfr § 4 i lagen ²⁸/₁₀ 1887 ang. skiljemän, som visar, att domarejäven ha tillämpning å skiljeman. Då den, som förut befattat sig med en sak såsom domare, är jävig att vara skiljeman, måste i konsekvens härmed den, som förut varit skiljeman, vara utesluten från att senare sitta såsom domare i samma mål. Att märka är emellertid den i nyssciterade §, andra stycket, förekommande bestämmelsen, att den, som suttit i nämnd vid häradsrätt, ej av sådan orsak skall anses jävig såsom skiljeman. Goda skäl tala för att göra motsvarande undantag beträffande domarejäv emot nämndeman.

Det gör uppenbarligen ej någon skillnad, om målet vid domstolen angår skiljedomens hävande på grund av formell felaktighet vid ärendets behandling eller avser att ernå prövning av själva det materiella rättsförhållande, som skiljemännen bedömt.

⁴⁶ Att vad här säges om fullmäktig även gäller om rättegångsbiträden och legala ställföreträdare, är givet.

⁴⁷ Jfr Sv. Civilprocessrätt III sid. 695 f.

⁴⁸ Jfr 17: 12 RB och K. Förkl. ²²/₂ 1770. Det är ej stadgat, att den är jävig såsom domare, vilken förut hörts såsom sakkunnig. Även om man icke gärna skulle vilja häri se en ovillkorlig jävsanledning, så torde man väl knappast kunna undgå att göra detta, i betraktande av förekomsten i lagen av jävsgrunden, förut avlagt vittnesmål. Alldeles avgörande är analogien dock icke.

vidsträckt, att man därunder hänför alla de fall, i vilka domaren förut vidtagit någon åtgärd i saken, av vad slag det vara må. En sådan tolkning leder till otillfredsställande resultat och synes ej heller hava för sig lagens ord. Synpunkten bör vara den, att jäv föreligger, då domaren skulle komma att pröva vad han å tjänstens vägnar såsom tjänsteman i annan rätt eller hos K. B. ⁴⁹ beslutat eller i övrigt åtgjort ⁵⁰.

Då slutligen den domare förklaras jävig, som själv har en lika sak i annan rätt ⁵¹, är orsaken tydligtvis den, att hos domaren kan befaras benägenhet att avgöra den föreliggande saken på samma sätt, som han önskar sin egen sak avgjord. Lagens ord, att domaren "själv" har en lika sak i annan rätt, framkalla frågan, huruvida man skall inskränka tillämpningen till det fall, att domaren är part i en lika sak ⁵², eller medtaga även det fall, att domaren är biintervenient i en lika sak. Det finnes skäl för båda tolkningsalternativen; då stundom interventionsintresset har en betydande styrka, äro vi böjda för det senare alternativet, detta så mycket mer som denna mening snarast kan antagas stämma med lagstiftarens tankegång.

c) För de i 13: 1 RB uppräknade, i det föregående genomgångna jäven är gemensamt, att de avse ej blott själva dömandet utan över huvud samtliga till det processuella förfarandet hörande åtgärder ⁵³.

⁴⁹ Eller annan myndighet — bör man tillägga. K. B. kan nämligen icke i förevarande avseende intaga någon annan ställning än andra myndigheter.

⁵⁰ Jfr rättsfall i Naumanns Tidskr. 1871 sid. 441; 1887 sid. 157. Jfr ock motsvarande stadgande i 15: 3 RB ang. fullmäktigejäv och min utläggning därav i Sv. Civilprocessrätt III sid. 698—701.

⁵¹ Att jäv föreligger jämväl då domaren har en lika sak i samma rätt, säger sig själv.

⁵² Jfr motsv. jäv i § 4 av lagen ²⁸/₁₀ 1887 om skiljemän: "om han är part i en lika sak".

⁵³ Det förekommer undantag; se sålunda betr. utfärdandet av stämning 11: 4 RB. Jfr ock ett rättsfall i N. J. A. 1919 sid. 310 ang. fråga, huruvida jävsförhållande mellan häradshövding och fullmäktig för part innefattade hinder för den förre att såsom ordförande i häradsrätten deltaga i prövning av fullmäktigens habilitet att uppträda i sådan egenskap.

Jäven gälla, utan undantag, samtliga instanser ⁵⁴ och samtliga domare, lekmän lika väl som lagfarna domare. De äro ock, enligt vad av 30: 14 p. 3 RB (ursprungl. lydelsen) framgår, tillämpliga på dem, som föredraga i högsta domstolen, och man bör med stöd härav kunna utsträcka jävsstadgandenas tillämplighet åtminstone till de tjänstemän, vilka i hovrätt föredraga mål till avgörande ⁵⁵.

III. Till grund för institutet domarejäv ligga, såsom ovan är antytt, ett enskilt och ett allmänt intresse: part har intresse av, att hans domare är fullt opartisk, och staten kan ej underlåta att genom jävsbestämmelser söka åstadkomma garantier för, att rättskipningen handhas av opartiska organ och av organ, vilkas opartiskhet icke drages i tvivelsmål. I vår gällande rätt har det allmänna intresset gjort sig med sådan styrka gällande, att samtliga jävsbestämmelserna fått karaktären av absoluta regler; deras tillämplighet är följaktligen icke beroende därav, att part framställer jävsanmärkning. Detta framgår av stadgandet i 13: 1 RB: Vet domaren, att sådant jäv emot honom är, ändå att parten ej därom är kunnig, träde själmant ifrån rätten. Den i åtskilliga utländska lagar ⁵⁶ iakttagna skillnaden emellan vissa uttryckligen angivna och noga bestämda jävsgrunder, vilka ovillkorligen skola utestänga domaren från att befatta sig med ett mål, och andra icke i lagen sålunda nämnda omständigheter, vilka kunna giva grundad anledning att betvivla domarens opartiskhet men ej alltid göra detta, och vilka det ankommer på part att göra gällande eller vilka domaren själv, om han i det särskilda fallet finner fog därtill, äger beakta oaktat invändning av part ej framställts ⁵⁷, är så-

⁵⁴ Se betr. ledamöterna i högsta domstolen 30: 14 RB, sådant lagrummet ursprungl. lydde.

⁵⁵ Jfr § 31 i instr. 23/9 1915 för nedre justitierevisionen.

⁵⁶ Se sålunda tysk, österrikisk, dansk och norsk rätt samt finska förslaget till lag om domstolarna. Nya Lagbered:n har förordat upptagande i vår rätt av ifrågavarande skillnad, Principbetänkandet I kap. 9 § 10.

⁵⁷ Det synes riktigt och lämpligt att icke göra beaktande av jävsgrund, som hör till den senare kategorien, h. o. h. beroende av parts invändning utan även medgiva domstolen att ex officio taga hänsyn till

ledes för gällande svensk rätt okänd⁵⁸. Till grund för antydda åtskillnad ligger emellertid en tankegång, som efter min mening är alldeles riktig. Vissa omständigheter äro så beskaffade, att de stundom böra göra domaren jävig stundom icke. I vissa fall bjuder nämligen ej ett allmänt intresse domarens jävande, men part bör äga påfordra, att han i målet avhåller sig från domareämbetet; och vidare är det ej möjligt att i lagen angiva alla de omständigheter, som kunna böra spela rollen av jävsgrunder, ehuru de ej alltid böra tillerkännas betydelse i sådant hänseende.

Över förefintligheten av jäv dömer domstolen, i vilken den jävige domaren sitter, och denne deltagar i prövningen⁵⁹; detta gäller vare sig jävsfrågan väckes inom domstolen ex officio eller kommer under prövning på grund av jävsanmärkning från parts sida. Domare, som vet med sig jäv, är pliktig att giva det tillkänna för den rätt, i vilken han tjänstgör såsom domare; befogethet för honom att på egen hand avgöra jävsfrågan och, i fall han anser sig jävig, utan vidare hålla sig från rätten, finnes givetvis icke. Tydligt är, att om en domare är jävig han bör från början avhålla sig från befattning med saken, och att det icke är nödvändigt, att först vid sakens handläggning jäv vare sig på domstolens eget initiativ eller med anledning av därom från parts sida gjord invändning förklaras vara för handen. Till undvikande av uppehåll med handläggningen är det givetvis synnerligen lämpligt, att det förfares på antydda sätt, och så brukar ock ske ej blott i kollegiala domstolar utan även vid häradsrätterna, där nämnda hänsyn särskilt gör sig gällande; häradshövding, som vet sig vara jävig i ett mål,

sådan jävsgrund; se sålunda tyska C. P. O. § 48; danska Loven om Rettens Pleje § 62; norska Loven om domstolene § 108.

⁵⁸ Ett K. Br. till Åbo hovrätt ^{20/11} 1694 (Schmedeman sid. 1390) utvisar, att man tillåtit domare, som på grund av skyldskap med part varit jäviga, att det oaktat sitta såsom domare, när parterna å ömse sidor därom enat sig.

⁵⁹ Det kan måhända förtjäna framhållas, att om jävsfråga väckes i häradsrätt, den prövas icke av häradshövdingen utan av häradshövdingen med nämnden (häradsrätten), detta även vad angår häradshövdingens egen jävighet.

plägar, med anmälan härom hos hovrätten, begära förordnande för särskild domare att handlägga målet ⁶⁰.

Vad angår prövningen av domarejäv, må erinras, att ämnet senast genom 1901 års rättegångslag undergått reglering; reformens ändamål var att draga trängre gränser för denna prövning. Följande gäller.

Jävsbestämmelsernas karaktär av absoluta regler kommer till uttryck däri, att, såsom redan är antytt, varje domstol, högre såväl som lägre, ex officio prövar frågan om jäv emot sina egna ledamöter. Parts rätt att göra jävsinvändning emot domare i underrätt är bunden vid vissa villkor; se 16: 1 RB. Men det ligger i sakens natur, att underlåtenhet från parts sida att i rätt tid framställa sådan invändning icke kan utöva inflytande på underrättens befogenhet och plikt att ex officio pröva frågan om förefintligheten av jäv; till yttermera visso är detta uttryckligen uttalat i 16: 5 RB.

Högre rätt prövar aldrig ex officio fråga om jäv mot domare i lägre rätt. Dylik prövning kan av högre rätt anställas, endast om a) frågan drages under dess prövning genom vederbörlig klagan över lägre rätts beslut eller b) part, såframt det är medgivet, i den högre rätten gör jävsinvändning.

Ad a). Klagan över beslut, varigenom domare förklarats jävig, får icke föras; se 13: 5 RB. Den klagorätt, som tidigare tillkom part härutinnan, upphävdes genom 1901 års lag; förbudet för part att fullfölja talan finner sin förklaring från den synpunkten, att part icke har något berättigat intresse att fordra, att någon viss person sitter såsom domare, och följaktligen ej heller bör få klaga över ett beslut, varigenom domare jävas ⁶¹. I överensstämmelse med det sagda får, vad beträffar jäv emot underrättsdomare, icke blott icke talan fullföljas mot

⁶⁰ Såväl Lagkom:n och Lagbered:n som ock Nya Lagbered:n ha föreslagit bestämmelse i förevarande avseende, vad angår skyldighet för domare i underrätt att på förhand vidtaga nödiga åtgärder, för att ojävig domare må vara till finnandes vid målets handläggning.

⁶¹ Att domare i en av flere personer bestående rätt icke får själv söka ändring i beslut, varigenom han förklarats jävig, ligger i öppen dag. Se därom en K. Förkl. ²²/₂ 1770, i vilken framhålls, att "uppå domarens jävande icke någon hans egen utan partens rätt beror" (Backmans lag-samling V sid. 503 f.).

ett underrättsbeslut, varigenom domare förklaras jävig, utan ej heller klagan föras över ett hovrättsbeslut, varigenom hovrätten, med ändring av underrättens beslut, som ogillat jävsinvändning, förklarat domaren jävig ⁶². Vad angår jäv emot hovrättsdomare, så är klagan över beslut, genom vilket hovrätt funnit en sin ledamot jävig, utesluten.

Över beslut, varigenom jävsinvändning ogillats, får där emot klagan föras, dock att beslut, som ogillat jäv emot särskilt ledamot av häradsnämnd, icke får överklagas.

Ad b) Invändning om jäv emot underrättsdomare får endast under de betingelser, som nämnas i 16: 1 andra st. RB, framställas i högre rätt; fråga om jäv emot särskild ledamot av häradsnämnd får emellertid ej i högre rätt väckas (13: 5; 16: 1 andra st.). På tolkning av stadgandet i 16: 1 andra st. ingår jag ej här.

Jäv emot hovrättsdomare må av part göras vare sig i hovrätten eller i högsta instansen; några särskilda inskränkande bestämmelser äro ej i sådant hänseende meddelade.

Reglerna angående den processuella behandlingen av jävsinvändningar ävensom angående klagan över beslut i jävsfråga göras för övrigt ej i detta sammanhang till föremål för utredning.

En domares jävande har allenast till följd, att han ersättes med annan ojävig domare. Om förordnande av ersättare innehåller 13 kap. RB en del bestämmelser. Den kostnad, som är förenad med sådant förordnande, bestrides av allmänna medel ⁶³, dock att, vad beträffar dylik kostnad vid förordnande av ojävig domare i stad, densamma måste vidkännas av staden, som ju har att över huvud bära utgifterna för rättskipningen i staden ⁶⁴.

⁶² Jfr 13: 5; 16: 3; 30: 8 och 10 RB. Se vidare *mina* Föreläsningar över 1901 års rättegångslag del 1 sid. 65 f.

⁶³ Se en K. K. ¹⁴/₈ 1901 ang. ersättandet av kostnad i anledning av jäv emot ordförande i häradsrätt eller häradsnämnd. Ang. ersättning åt den, som kallats att vid lagtima ting tjänstgöra för jävig nämndeman, se Regeringsrns årsb. 1918 sid. 100.

⁶⁴ Se N. J. A. 1896 sid. 424.

§ 20.

1: 6 RB.

I ovanstående lagrum stadgas, att fader och son, svärfader och måg, två bröder eller svågrar ej må i en rätt sitta, där ej flere än sju i rätten äro, samt att aldrig flere än två, de där i den skyldskap eller svågerlag äro, må i en rätt sitta ¹.

Vad här är föreskrivet har, såsom genast inses, avseende å domstolarnas inre organisation. Det kan icke sägas röra domarens vare sig allmänna eller (åtminstone i vanlig mening) speciella habilitet, men det är dock fråga om betingelser för behörigheten att fungera såsom domare i en viss domstol. Syftet med stadgandena har angivits vara ² att förekomma, att inom en domstol bildar sig ett parti, som, när det finner för gott, kan överrösta de övriga ledamöterna. Denna synpunkt må väl ha ett visst berättigande, men det egentliga motivet till ifrågavarande bestämmelser torde dock vara att söka däri, att ett nära skyldskaps- eller svågerskapsförhållande mellan ledamöterna i en domstol lätteligen kan medföra, att den allsidiga och fördomsfria granskning av olika meningar samt den inbördes kontroll, som utgör kollegialitetens huvudsakliga styrka, icke göra sig vederbörligen gällande. Och därtill kommer, att ett kollegium av närbefryndade domare gärna är utsatt för miss- troende från allmänhetens sida ³.

Förevarande lagrum äger tillämpning på alla domstolar utan undantag. Emellertid synes frågan om dess tillämpning i avseende å häradsrätt kunna giva anledning till tvivelsmål. Med den organisativa grundprincipen för häradsrätts samman- sättning torde överensstämma att anse lagrummet innefatta för-

¹ Lagen ²²/₆ 1923 innefattande tillägg till vissa stadganden i rättegångsbalken innehåller den bestämmelsen, att vad i 1: 6 RB stadgas angående hinder för män att hava säte i domstol skall äga motsvarande tillämpning i fråga om kvinnor samt om män och kvinnor, vilka äro i skyldskap eller svågerlag, som där sägs, så ock att samma hinder skall gälla för äkta makar. Lagen skall träda i kraft den dag konungen med riksdagen bestämmer.

² Så *Schrevelius*, Civilprocess sid. 47.

³ Denna synpunkt antydes i K. Br. ¹⁸/₂ 1737, intaget i Backmans lag- samling V sid. 352.

bud mot, att i nämnden tjänstgör någon, som är, på sätt i lagrummet är angivet, befryndad eller besvägrad med häradshövdingen⁴; vad angår själva nämnden, kan av lagrummet omedelbart härledas förbud mot dess besättande med flere än två personer, som stå i ifrågavarande förhållande till varandra.

Stadgandena i 1: 6 RB äro av undantagsnatur och måste därför tolkas strikte; härom erinras i åtskilliga i ämnet utfärdade kungl. brev⁵.

Enligt lag den 14 Juni 1917, innefattande tillägg till gällande stadganden om jäv så ock till 1: 6 RB, skall i det avseende, varom i nyssnämnda lagrum förmäles, adoptivförhållande anses lika med skyldskap emellan föräldrar och barn.

Slutligen skall blott framhållas, att förseelse mot de regler angående domstols sammansättning, som 1: 6 RB innehåller, måste anses vara ett sådant fel, som gör rättegången ogiltig. Finner högre rätt ett sådant fel hava förelupit i lägre rätt, måste den undanröja den lägre rättens beslut och handläggning, i den mån de beröras av felet; detta är att likställa med de ogiltighetsgrunder, som uppräknats i 25: 21 RB, sådant lagrummet lydde i 1734 års lag.

⁴ Föreskrift härom är föreslagen av Nya Laghered:n, Principbetänkandet I, kap. 9 § 2 i förslagen.

⁵ Dessa brev äro anmärkta i Westrings lagedition vid 1: 6 RB och upptagna i Backmans lagsamling V sid. 348 samt 352 f. Vad breven innehålla är ej annat än som framgår av själva lagstadgandet med tillräcklig tydlighet; endast det fall, som behandlas i K. Br. ¹⁶/₂ 1737, synes vara av i viss mån tvivelaktig natur. Jfr ock ett fall anmärkt i N. J. A. 1914 sid. 193.