NILS DILLÉN

BIDRAG TILL LÄRAN OM SKILJEAVTALET

STOCKHOLM
A.-B. GUSTAF LARSSONS BOKHANDELS FÖRLAG
I DISTRIBUTION

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera 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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44ad

NILS DILLÉN

BIDRAG TILL LÄRAN OM SKILJEAVTALET

STOCKHOLM
A.-B. GUSTAF LARSSONS BOKHANDELS FÖRLAG
I DISTRIBUTION

NILS DILLÉN

BIDRAG TILL LÄRAN OM SKILJEAVTALET

AKADEMISK AVHANDLING

SOM FÖRFATTAREN, MED TILLSTÅND AV DEN STATS- OCH RÄTTSVETENSKAPLIGA FAKULTETEN VID STOCKHOLMS HÖGSKOLA, FÖR VINNANDE AV JURIS DOKTORSGRAD FRAMSTÄLLER TILL OFFENTLIG GRANSKNING I HÖGSKOLANS LÄROSAL B LÖRDAGEN DEN 20 MAJ 1933 KL. 10 F. M.

STOCKHOLM
A.-B. GUSTAF LARSSONS BOKHANDELS FÖRLAG
I DISTRIBUTION

STOCKHOLM
LINKOLN BLOMS BOKTRYCKERIAKTIEBOLAG
1933

FÖRORD.

Ehuru den svensk-finska litteraturen inrymmer ett flertal förtjänstfulla arbeten, som behandla läran om skiljeavtalet, torde en närmare analys av åtskilliga frågor inom detta ämne alltjämt äga ett visst berättigande. Den följande framställningen gör emellertid icke anspråk på att innefatta en uttömmande behandling av ämnet. För att den må kunna gå mera på djupet, har avsiktligen uteslutits ett flertal i och för sig intressanta frågor på området; så särskilt frågan om parterna i skiljeavtalet samt det viktiga spörsmålet om skiljeavtalets ogiltighet och upplösning. Ej heller har närmare behandlats frågan om gränsdragningen mellan skiljeavtalet och det s. k. "godmansavtalet", en fråga, som jag ämnar uppmärksamma i en senare framställning.

Fastän jag eftersträvat att icke giva framställningen någon polemisk prägel, har det ej kunnat undvikas, att jag här och var kommit i opposition gentemot mina föregångare. Så mycket mer kräver då rättvisan, att jag också framhåller min tacksamhet till dem för den värdefulla hjälp, deras arbeten givit mig. — Det är mig även angeläget att här uttala ett tack till alla dem, som eljest i olika avseenden stått mig bi. Jag vill endast nämna ledamöterna av Stockholms Högskolas Stats- och Rättsvetenskapliga Fakultet, till vilka jag framför ett vördsamt tack för det intresse, som visats mitt arbete, och för det ekonomiska stöd, som kommit mig till del i form av stipendier. I främsta rummet vänder jag mig till mina ämneslärare, professor *Carl Delin,* numera emeritus, och professor *Åke Hassler,* vilkas värdefulla studiehandledning och visade välvilja lämnat mig i stor tacksamhetsskuld.

Stockholm i maj 1933.

Nils Dillén.

INNEHÅLLSÖVERSIKT.

KAPITEL I.

Inledande anmärkningar. Skiljeavtalets syftemål, dess närmare innebörd och rättsliga natur.

Sid.

§ 1. *Ämnets avgränsning och arbetets terminologi. Skiljeavtalets syftemål* 1

Ämnets avgränsning och arbetets terminologi s. 1. — Kort angivande av skiljeavtalets syften s. 2. — De rättspolitiska motiven för skiljeinstitutet s. 3.

§ 2. *Skiljeavtalets innebörd* 6

Översikt av dispositionen i §:n s. 6.

1) Vad det innebär med avseende å skiljemännens verksamhet, att en fråga hänskjutes till deras "avgörande" 7

Skiljedomen en deklarativ akt s. 7. — Detta påståendes förenlighet med uppfattningen om skiljedomen såsom ett materiellträttsligt rättsfaktum s. 8. — Efter vilka grunder skiljedomen skall träffas s. 14. — Formen för avgörandet s. 20.

2) Vad det i övrigt innebär, att en fråga hänskjutes till avgörande 21

Skiljedomen ett definitivt avgörande s. 21. — Innebörden av parternas utfästelse att åtnöjas med skiljedomen. Historik s. 21. — Positiv svensk rätt s. 25.

3) Innebörden därav, att avgörandet skall träffas av "skiljemän" 38

Skiljeavtalet och prorogationsavtalet s. 38. — Skiljeförfarandets "privata" karaktär s. 40.

§ 3. *Skiljeavtalets rättsliga natur* 46

KAPITEL II.

Skiljeavtalets föremål.

§ 4. *Inledande anmärkningar* 52

Sid

§ 5. I. *Lagens beskrivning av skiljeavtalets föremål* 53

1) "Fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas" 53

a) Innebörden av uttrycket "fråga av tvistemåls beskaffenhet" s. 53.

Begreppet tvistemål s. 53. — Uttrycket "fråga av tvistemåls beskaffenhet" s. 57.

b) Kravet på förlikningsmöjlighet s. 68.

2) "Fråga om ersättning för skada på grund av brott" 77

§ 6. II. *De alternativa betingelserna, att tvist om frågan uppstått eller att skiljeavtalet avser framtida tvist, härflytande av visst angivet rättsförhållande* 79

1) Fråga varom "tvist" uppstått 79

2) Skiljeavtal angående framtida tvist 83

§ 7. III. *Spörsmål angående vissa särskilda omständigheters inverkan på möjligheten att hänskjuta en fråga till skiljemäns avgörande* 87

1) Utgör rättegång eller lagsökning hinder för skiljeavtal och skiljeförfarande? 87

2) Skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom lagakraftvunnen dom eller skiljedom eller som bilagts genom förlikning 99

a) Skiljeavtal angående res judicata s. 99.

b) Skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom skiljedom eller förlikning s. 103.

KAPITEL III.

Skiljeavtalets innehåll och form.

A. *Skiljeavtalets innehåll.*

§ 8. *Inledande anmärkningar* 105

§ 9. *Skiljeavtalets väsentliga innehåll* 106

1) Angivandet av skiljeförfarandets föremål 107

a) vid skiljeavtal angående framtida tvist s. 107.

b) vid skiljeavtal angående redan uppkommen tvist s. 108.

Sid.

2) Bestämmelsen, att fråga skall hänskjutas till skiljemäns avgörande 112

Den tänkbara innebörden av denna bestämmelse s. 112.

a) Innehåller skiljeavtalet en parternas utfästelse att med skiljedomen åtnöjas? s. 114.

b) Bestämmelse, att tvist undandrages domstols prövning s. 117.

c) Utfästelse att medverka till skiljedomens tillkomst s. 118.

§ 10. *En negativ bestämmelse med avseende å skiljeavtalets innehåll (2 § 2 st. skml.)* 119

Skiljeavtalet får ej innefatta "förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen" s. 120. — Innebörden av sådant förbehåll. Uppfattningen om klander såsom ett överklagande s. 120. — Tryggers och Berglunds uppfattning s. 125. — Egen uppfattning s. 127.

§ 11. B. *Skiljeavtalets form* 134

KAPITEL IV.

Skiljeavtalets rättsverkningar.

§ 12. *Inledande anmärkningar* 142

A. *Skiljeavtalets negativa rättsverkan.*

§ 13. *Begreppsbestämning* 143

§ 14. I. *Skiljeavtalet såsom hinder för rättegång och därmed jämförliga förfaranden* 143

1) Skiljeavtalet såsom hinder för ordinär civilprocess och för skadeståndstalan i brottmål 144

a) I vilka fall den ifrågavarande verkan av skiljeavtalet inträder s. 144.

Normalfallet, att den anhängiggjorda talan skall i sin helhet avgöras av skiljemän s. 144. — Skiljeavtal angående faktum s. 145. — Skiljeavtal angående innehållet av en erfarenhetssats s. 152. — Skiljeavtal angående prejudicialfråga s. 153. — Skiljeavtalets betydelse med avseende å försvarsmedel i rättegång s. 156.

b) Om förutsättningen för inträdet av den negativa rättsverkan s. 163.

Sid.

2) Den negativa rättsverkan utanför den ordinära civilprocessen 173

Allmänna anmärkningar s. 173. — Skiljeavtalets verkan i växelmål s. 175. — Skiljeavtalets verkan i konkursmål s. 179. — Skiljeavtal och lagsökning s. 180. — Skiljeavtal och handräckning för fordrans utfående s. 186.

§ 15. II. *Frågan, om skiljeavtalet förpliktar parterna att icke hänskjuta viss fråga till domstols eller överexekutors prövning* 189

B. *Skiljeavtalets positiva rättsverkan.*

§ 16. *Inledande anmärkningar* 195

§ 17. I. *Verkningar av skiljeavtalet, vilka avse att trygga skiljeförfarandets igångsättande* 204

1) Vilka åtgärder erfordras för skiljeförfarandets igångsättande? 205

2) Frågan, på vad sätt rättsordningen garanterar, att de för skiljeförfarandets igångsättande erforderliga åtgärderna vidtagas 208

a) Utseendet av skiljemän (jämte motpartens underrättande om företaget val) s. 208.

b) Frågan, om skiljeavtalet förpliktar till vidtagande av åtgärder för träffande av skiljemannaavtal, s. 224.

§ 18. II. *Medför skiljeavtalet verkningar, varmed åsyftas att efter skiljeförfarandets igångsättande trygga åstadkommandet av en skiljedom?* 227

Allmänna anmärkningar om parternas plikter i civilprocessen s. 227. — Föreligger i skiljeförfarandet någon inställelseplikt? s. 230. — Förklaringsplikt? s. 232. — Editionsplikt? s. 234. — Sammanfattande anmärkningar s. 239.

§ 19. III. *Skiljeavtalet och skiljedomens verkningar* 240

§ 20. C. *Om gränserna i subjektivt hänseende för skiljeavtalets verkningar* 245

Skiljeavtalets verkningar i regel begränsade till parterna s. 245. — Undantag från denna regel. Fall av succession i det materiella rättsförhållande, vartill skiljeavtalet hänför sig s. 246. — Konkursbos ställning till gäldenärens före konkursen träffade skiljeavtal s. 247. — Övriga undantag s. 257.

LITTERATURFÖRTECKNING.

[Arbeten i ämnet, vilka upp märksammats utan att föranleda citat, upptagas ej (ett flertal sådana arbeten finnas angivna i min nedannämnda uppsats i SvJT 1933). Däremot upptager förteckningen alla även mera i förbigående citerade arbeten.]

Afzelius, Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål. Sthlm 1882.

Agge, Bidrag till läran om civildomens rättskraft. Akad. avh. Lund 1932.

Alten, Loven om rettergangsmaaten for tvistemaal. Kria 1924.

Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches. Diss. Berl. 1907.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. I. Altschwedisches Obligationenrecht. Lpz. 1882.

André, Gemeinrechtliche Grundzüge der Schiedsgerichte. Jena 1860.

André-Prudhomme, De la clause compromissoire dans l'état actuel du droit Français, i IJ Bd I, 1926, s. 68 ff.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Stuttg. 1883.

Bacon, Commercial Arbitrations as governed by the Law of England. London. 1925.

Bader, Das Schiedsverfahren in Schwaben vom 12. bis zum ausgehenden 16. Jahrhundert. Diss. Tübingen 1929.

v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttg. 1892.

Baumbach, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren. Berl. 1931.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. I—II. Weimar 1886—89.

Beling, Informativprozesse. Anregungen zu einer Ergänzung der Prozessgesetzgebung. Giessen 1907.

Berglund, Om skiljeavtal och skiljedom. Akad. avh. Upps. & Sthlm 1920. *Cit. Berglund* I.

—, Några ord om legalt skiljemannaförfarande i svensk rätt, i Uppsala universitets årsskrift 1921. *Cit. Berglund* II.

—, Skiljemän eller "gode män"? i SvJT 1931 s. 125 ff. *Cit. Berglund* III.

v. Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozess. II. Bonn 1865.

Birkmeyer, Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten nach der Reichscivilprozessordnung und seine Vorgeschichte, i CA Bd 66, 1883, s. 22 ff.

Bolgiano, Zur Lehre von der Litiscontestation und Klagsbeantwortung, i CA Bd 68, 1885, s. 85 ff.

Bornhak, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte, i ZZP Bd 30, 1902, s. 1 ff.

Brachet, De l'exécution internationale des sentences arbitrales. Paris 1928.
Broomé, Allmänna civilprocessen enligt svensk gällande rätt. 2 uppl. Lund 1890. *Cit. Broomé.*
—, Ett och annat om exceptio rei judicatae i vår ordinära civilprocess. NJA II 1876 nr 9.
Bülow, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, i CA Bd 62, 1879, s. 1 ff.
—, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, i CA Bd 64, 1881, s. 201 ff.
—, Absolute Rechtskraft des Urtheils, i CA Bd 83, 1894, s. 1 ff.
—, Das Geständnissrecht. Freiburg i. B., Lpz., Tübingen 1899.
—, Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, i ZZP Bd 27, 1900, s. 201 ff.
—, Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess. Berl. 1903. (Även i ZZP Bd 31).
Calonii Opera omnia, Vol. IV, utg. av *Arwidsson.* Sthlm 1836.
Cohen, Commercial arbitration and the Law. New York & London 1918.
Colling, De laudo. Diss. av *Lohman* under Collings praesidium. Lund 1776.
Curti, Englands Zivilprozess. Berl. 1928.
Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess. Lpz. 1905.
Delin, Om det romerska skiljemannainstitutets utveckling under den förjustinianska rätten med hufvudsakligt afseende fästadt på det grundläggande partsinitiativet. Akad. afh. Wexiö 1905.
Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. I. 2. Aufl. Halle a. S. 1879.
Dillén, Äro skiljemän vid sitt avgörande bundna av den materiella rätten? i SvJT 1933 s. 15 ff.
Dreschler, Ueber die Begriffe »Civilprozess» und »Rechtsstreit» und ihr Verhältniss in den sog. Reichsjustizgesetzen, i CA Bd 62, 1879, s. 405 ff.
Dubowy m. fl., Zivilprozessordnung und Jurisdiktionsnorm samt den Einführungsgesetzen und den sonstigen einschlägigen Vorschriften und Anmerkungen. 2. Aufl. Wien 1928. *Cit. Dubowy.*
Ekelund, Föreläsningar öfver romerska privaträtten. I—III. Hfors 1850—51.
Ekström, Privaträttens allmänna läror. Hfors 1921—25.
Engströmer, Några anmärkningar rörande den nya lagstiftningen om utländska skiljeavtal och skiljedomar, i Uppsala universitets årsskrift 1929.*Cit. Engströmer* I.
—, Verkställighet av skiljedom, i SvJT 1932 s. 469 ff. *Cit. Engströmer* II.
—, Partsförhör i tvistemål. Överläggningsämne vid det 15:e nord. juristmötet. Sthlm 1931.
Fitting, Der Reichs-Civilprozess. 12. u. 13. Aufl. Berl. 1907. Nachtrag 1909.
Flintberg, Lagfarenhets-Bibliothek. I. Sthlm 1796.
Frey A., Skiljemannainstitutet enligt finsk civilprocessrätt. Akad. afh. Hfors 1911. *Cit Frey.*
—, Verkställighet av utländsk skiljedom, i Festskr. för frih. R. A. Wrede, Hfors 1921.

Frey, S., Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht in Oberitalien im XII. und XIII. Jahrhundert. Luzern 1928. *Cit. S. Frey.*
Förslag till Allmän Civillag. Sthlm 1826; samma arbete 2 uppl. 1838. *Cit.* LK (Lagkommittén) jämte angivande av uppl.
Förslag till Rättegångs-Balk. Sthlm 1849.
Gaill, Practicarum Observationum — — — libri duo. Amsterdam 1663. (1 uppl. utkommen 1563—84.)
Garsonnet & Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. I—IX. 3:e éd. Paris 1912—25.
Gemmel, Om återkallande af instämd talan i civila mål. Norrk. 1908.
Glasson & Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile. I—III (tome III under medverkan av *Morel)* 3:e éd. Paris 1925—29. *Cit. Glasson & Tissier.*
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten. VI: 1. Erlangen 1800.
Granfelt, Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. 2 uppl. (i omtryck) Hfors 1930.
—, Skiljemannaförfarandet. Hfors 1931. *Cit. Granfelt.* (En tidigare framställning »Finlands nya lag om skiljemannaförfarande», i Festskrift för presidenten Grotenfelt, 1929, är att betrakta blott såsom en tidigare uppl. av förevarande arbete och har därför ej citerats.)
—, Anmälan av Frey, Skiljemannainstitutet, i JFT 1912 s. 66 ff.
—, Utländsk skiljedom, i JFT 1931 s. 405 ff.
Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt. Berl. 1910.
Haffner, Das ständige kaufmännische Schiedsgericht. Berl., Stuttg., Lpz. 1911.
Hagerup, Den norske civilproces. I—III. 3 udg. under medvirkning af *Paulsen.* Kria 1918—19. *Cit. Hagerup.*
—, Indledning til studiet af den almindelige retslaere, i TfR 1922 s. 179 ff.
Hallager & Aubert, Den norske Obligationsrets almindelige Del. 2 Opl. Chria 1896.
Hammarskjöld, Art. Klander i Nord. Familjebok (2 uppl.).
Hanausek, Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach österreichischem Recht. Wien 1914.
Hartmann, Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens, i CA Bd 72, 1888, s. 161 ff.
Hassler, Om verkställighet av utländsk skiljedom, i SvJT 1929 s. 197 ff.
—, Anmälan av Kallenberg, Sv. civilprocessrätt, i SvJT 1929 s. 541 ff.
—, Anmälan av Agge, Bidrag till läran om civildomens rättskraft, i SvJT 1933 s. 131 ff.
Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Freiburg i. B. 1903.
Heimbach, Art. Compromissum i Weiskes Rechtslexikon Bd III. Lpz. 1844.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
—, Klagrecht und Klagmöglichkeit. Lpz. 1905.
—, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. I—III. Lpz. 1903—09.
—, System des deutschen Zivilprozessrechts. I—II: 1. Lpz. 1912.

Hernbergh, De arbitris. Spec. acad. av *Becker* under Hernberghs praesidium. Ups. 1788.

Hiepe, Der Schiedsrichtervertrag und die Rechte und Pflichten des Schiedsrichters. Diss. Bochum-Langendreer 1930.

Hoel, Den moderne retsmetode. Oslo 1925.

af Hällström, Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och viljeförklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Akad. avh. Hfors 1931.

Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale. 2:e éd. Paris 1929.

Jüdel, Die Einrichtung der Schiedsgerichte an den Hauptbörsen Deutschlands. Mannh. 1924.

Kahn, Oscar, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland. Diss. Dortmund 1928.

Kahn, Rudolf, Arbitration in England and Germany. London 1930.

Kallenberg, Om förpliktelsen till edition i civilprocessen. Bil. V till förhandl. å det 8:e nord. juristmötet. Sthlm 1897.

—, Föreläsningar öfver lag om ändring i vissa delar af rättegångsbalken. I. Lund 1902. *Cit. Kallenberg,* 1901 års lag.

—, Spörsmål rörande utsökningslagens tolkning, i TfR 1905 s. 159 ff.

—, Om kvittning i rättegång, i SvJT 1916 s. 129 ff. och 209 ff.

—, De ordinära devolutiva rättsmedlen i den svenska civilprocessen. 2 uppl. Lund 1922.

—, Några anmärkningar om förlikning enligt svensk civilprocessrätt (kap. 20 RB), i Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén, Lund 1926.

—, Svensk civilprocessrätt. Bd I—II. (Bd I, häfte 1 o. 2, 2 uppl.) Lund 1922—33. *Cit. Kallenberg* I, II.

Kauffmann, Der Schiedsrichtervertrag (receptum arbitri) nach geltendem Recht. Diss. Rostock 1915.

Klaestad, Ansvarsfriskrivelse i befragtningsforhold. Kria 1924.

Klein, Die schuldhafte Parteihandlung. Wien 1885.

Kohler, Prozessrechtliche Forschungen. Berl. 1889.

—, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess. Berl. 1894.

Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland. Berl. 1930.

Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen den 22 mars 1929 (nr 226) med förslag till lag om skiljemän och lag om ändrad lydelse av 46 § utsökningslagen. (Denna prop. avses, då på tal om skml:ns förarbeten förekommer hänvisning till "K. prop." eller motiven till skml.)

König, Sondergerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit in der bürgerlichen Rechtspflege. Diss. Jena 1928.

Lagerström, Något om äganderättsförbehåll till värmeledningar och liknande tillbehör till fastighet, i SvJT 1932 s. 417 ff.

Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3 Udg. Khvn 1917—20.

Lawski, Konkursens inverkan på gäldenärens rättegångar, i SvJT 1919 s. 13 ff.

Lind, E., (signaturen E. L.), Skiljedomsklausulen i fransk och amerikansk rätt, i SvJT 1926 s. 309 f.
Lind, L. F., Domarens Pröfning efter Sweriges Lag. Sthlm 1799.
Lindblad, Läran om bevisning inför rätta enligt Sveriges lag. Ups. 1842.
Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. 5. Aufl. Bonn 1838.
v. Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Civilprozesse. Wien 1891.
Littauer, Schiedsgerichtsbarkeit und materielles Recht, i ZZP Bd 55, 1930, s. 1 ff.
Lundstedt, Gränserna i subjektivt hänseende för civildomens rättskraft. Lund 1911.
Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. 12. Aufl. Giessen 1842.
Marks von Würtemberg, Efterskrift till Bomgren, Verkställighet av utländsk skiljedom, i SvJT 1932 s. 271 *f*.
Mathies, Die ständigen Schiedsgerichte des Hamburger Grosshandels. Hamb. 1921.
Mayer, B., Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. Diss. Erlangen 1888.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Münch. & Lpz. 1924.
Merlin, Questions de droit. Tome V. 5:e éd. Paris 1829.
Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Hfors 1889—95.
Munch-Petersen, Den danske Retspleie. I—II. 2 Udg. Khvn 1923—24.
Naumann, Om vittnesbevisning och i sammanhang dermed om sakkunnige män, gode män och skiljemän, enligt svensk lag, i NT 1880 s. 181 ff. (forts. från föregående årgång).
Nehrman, Inledning til then Swenska Processum Civilem. Lund 1732. *Cit. Nehrman* (1732). 2 uppl. Sthlm & Ups. 1751. *Cit. Nehrman* (1751) eller endast *Nehrman* (på något ställe *Nehrman*, Processus civilis).
Nellemann, Civilprocessens almindelige Deel. Khvn 1868.
Neuner, Privatrecht und Prozessrecht. Mannh., Berl., Lpz. 1925. *Cit. Neuner* I.
—, Zum Problem der ausländischen Schiedssprüche, i Zeitschr. für Ausländisches und Internationales Privatrecht Bd III, 1929, s. 37 ff. *Cit. Neuner* II.
Nord, Das Wesen des schiedsrichterlichen Amtes und des Schiedsspruchs. Berl. 1929.
Nussbaum, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. Münch. 1908.
—, Probleme des internationalen Schiedsgerichtswesens, i IJ Bd I, 1926, s. 7 ff.
Nya Lagberedningens Förslag till Utsökningslag. Sthlm 1876.
Nya Lagberedningens Betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. I. Sthlm 1884. *Cit.* Nya LB:s principbetänkande.
Nya Lagberedningens Förslag till Lag om skiljemän äfvensom till Förordning angående förändrad lydelse af 46 § utsökningslagen. Sthlm 1885.
Nya Lagberedningens Förslag till Lag angående vissa invändningar i rättegång vid allmän underrätt så ock om sådan rätts behörighet i vissa fall. Sthlm 1893.

Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, i ZZP Bd 47, 1917, s. 105 ff.
Olivecrona, Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Upps. & Sthlm 1930.
—, Kvittningen och rättskraften, i Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg, Sthlm 1931.
Osborn, A concise Law Dictionary. London 1927.
Overesch, Vergleichung der Grundsätze des römischen Rechts über den Schiedsvertrag (Compromissum) mit den civilrechtlichen Vorschriften der §§ 851—872 der C. P. O. Diss. Göttingen 1891.
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts. II. Münch. 1896.
Platou, Forelaesninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del. Kria 1914.
Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Lpz. 1880.
Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes. I—III. 2. Aufl. Wien 1930—32.
Puchta, Pandekten, 9. Aufl., besorgt von *Rudorff.* Lpz. 1863.
Rabenius, Bildar dom angående kvittningsinvändning res judicata? i SvJT 1918 s. 113 ff. och 177 ff.
Raffenberg, Recht und Praxis der Schiedsgerichte in Dänemark, i IJ Bd II, 1928, s. 3 ff.
Regelsberger, Pandekten. I. Lpz. 1893.
Rheinstein, Anmärkningar till rättsfall i IJ Bd II, 1928, s. 343 ff.
Richter, Das deutsche Schiedsgerichtsverfahren. Berl. 1927.
Robert, La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage. Paris 1929.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2 Aufl. Berl. 1929.
Rümelin, M., Oskar Bülow, i CA Bd 103, 1908, s. 1 ff.
Sauer, Grundlagen des Prozessrechts. 2. Aufl. Stuttg. 1929.
Schlegelberger, Anmälan av Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruches, i ZZP Bd 37, 1908, s. 325 ff.
Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2. Aufl. Lpz. 1906.
Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-process. Lund 1853.
Schultzenstein, Verhältnis zwischen schiedsrichterlichem und zivilprozessualem Verfahren, i ZZP Bd 41, 1911, s. 351. ff.
Schulz, Einführung in das Studium der Digesten. Tübingen 1916.
Schwarz, Der Schiedsrichtervertrag (Das Receptum). Diss. Stuttg. 1910.
Sjögren, W., Bidrag till den svenska exekutivprocessens historia, i TfR 1901. s. 1.
—, Domaremakt och rättsutveckling, i TfR 1916, s. 325 ff.
Skarstedt, Nya Jordabalken. 2 uppl. Sthlm 1924.
Skeie, Den norske civilproces. I—II. Oslo 1929—31.
Slater, The Law of Arbitration and Awards. 5:th ed. London 1913.
Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl., bearbeitet von *Mitteis* u. herausgeg. von *Wenger.* Münch. & Lpz. 1926.
Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege. I. Wien (Lpz.) 1930.
v. Staaff, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht. Berl. 1926.

Stang, Om Vildfarelse og dens Indflydelse efter norsk Privatret paa en Retshandels Gyldighed. Kria 1897.
—, Norsk formueret. I. Indledning til formueretten. Kria 1911.
Stein, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts. 3. Aufl., bearbeitet von *Juncker.* Tübingen 1928.
—, Nochmals: Schiedsrichter und staatliches Recht, i LZ 1920 Sp. 265 ff.
—, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 12. & 13. Aufl., bearbeitet von *Jonas.* Tübingen 1925—26. *Cit. Stein—Jonas.* Nachtrag von *Jonas:* Die Novelle zum schiedsrichterlichen Verfahren. Ibid. 1930. *Cit. Stein—Jonas,* Novelle.
Taylor, A Summary of the Law of Arbitrations and Awards. 2:nd ed. London 1928.
Trops, Grenzen der Privatgerichtsbarkeit, i ZZP Bd 52, 1927, s. 273 ff.
Trygger, Ett och annat om syn. NJA II 1892 nr 5.
—, Skiljeaftal och Skiljemannaförfarande enligt svensk rätt, i TfR 1895 s. 1 ff. och 241 ff.
—, Kommentar till lag om ändring i vissa delar af Rättegångsbalken den 14 juni 1901. Häfte 1. Ups. 1902. *Cit. Trygger,* 1901 års lag.
—, Några ord om det den 3 dec. 1900 afgifna finska förslaget till reform af rättegångsväsendet, i hvad det afser skiljemän, i JFT 1910 s. 251 ff.
—, Kommentar till Utsökningslagen. Häfte 1. 2 uppl. Upps. & Sthlm 1916. *Cit. Trygger,* Kom.
Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentags 1926. Bd II. Berl. & Lpz. 1927.
Volkmar, Das Genfer Abkommen über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927, i IJ Bd II, 1928, s. 125 ff.
Wach, Präclusion und Contumaz, i Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd VII, 1880, s. 130 ff.
—, Das Geständniss, i CA Bd 64, 1881, s. 201 ff.
—, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. I. Lpz. 1885. *Cit. Wach.*
—, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung. 2. Aufl. Bonn 1896.
—, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berl. 1914.
Wadlinger, Die Zwangsvollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach der Reichscivilprozessordnung. Münch. 1896.
Weismann, Das Schiedsgutachten, i CA Bd 72, 1888, s. 269 ff. *Cit. Weismann.*
—, Die §§ 355—357 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches (Leistung nach Ermessen eines Dritten "Arbitrator"), i CA Bd 74, 1889, s. 422 ff.
Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé. VI. 2:e éd. Paris 1913.
Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem Officium Judicis. Tübingen 1879.
Wiesner, Über die Wirkungen des (inländischen) Schiedsspruches nach der Zivilprozessordnung. Diss. Borna & Lpz. 1906.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I—II. 9. Aufl., bearbeitet von *Kipp.* Frankf. a. M. 1906.
Wrede, Anteckningar enligt föreläsningar öfver utsökningsväsendet, utg. genom *Nyquist.* Hfors 1912. *Cit. Wrede,* Utsökningsväsendet.

Wrede, Finlands gällande civilprocessrätt. I, II (3 uppl.) och III. Hfors 1922—29. *Cit. Wrede,* I—III.

—, Valda juridiska uppsatser. Hfors 1924.

Archiv für die civilistische Praxis. *Cit.* CA.

Diplomatarium Suecanum (innefattande handlingar för åren 817—omkr. 1350; jfr nedan Svenskt Diplomatarium). *Cit.* DS.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. *Cit.* RG.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. *Cit.* LZ.

Nytt Juridiskt Arkiv. Avd. I. *Cit.* NJA.

Nytt Juridiskt Arkiv. Avd. II. *Cit.* NJA II. (Det band, som inrymmer 1929 års skiljemannalag, citeras utan angivande av årtal; alltså NJA II nr 5 = = NJA II 1929 nr 5.)

Svenskt Diplomatarium (innefattande handlingar fr. o. m. år 1401; jfr ovan Diplomatarium Suecanum). *Cit.* SD.

Svensk Juristtidning. *Cit.* SvJT.

Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning, utg. av *Naumann. Cit.* NT.

Tidskrift, utg. av Juridiska Föreningen i Finland. *Cit.* JFT.

Tidsskrift for Rettsvidenskap (Retsvidenskab, Retsvidenskap). *Cit.* TfR.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (Civilprozess). *Cit.* ZZP.

Vad beträffar övriga förkortningar, torde här blott behöva nämnas, att BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) och ZPO (Zivilprozessordnung) i fall, där annat ej säges, åsyfta de tyska lagarna.

Corpus iuris civilis citeras efter den av *Mommsen* & *Krueger* utgivna (stereotyperade) upplagan. Corpus iuris canonici citeras efter en år 1728 av *Freiesleben,* alias *Ferromontano,* utgiven upplaga. Då hänvisning förekommer till *Dalloz'* edition av Code de procédure civile (C. de pr. civ.), avses den mindre editionen, "Petit Code Dalloz".

KAPITEL I.

Inledande anmärkningar. Skiljeavtalets syftemål, dess närmare innebörd och rättsliga natur.

§ 1. Ämnets avgränsning och arbetets terminologi. Skiljeavtalets syftemål.

Den svenska lagen den 14 juni 1929 om skiljemän, i denna avhandling benämnd skiljemannalagen (skml.), stadgar i 1 § 1 st.: »Fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, så ock fråga om ersättning för skada på grund av brott må, då tvist härom uppstått, genom avtal mellan parterna hänskjutas till avgörande av en eller flera skiljemän. Skiljeavtal om sådan fråga kan ock avse framtida tvist, härflytande av visst rättsförhållande, som angives i avtalet.» Det är om avtal av den i det återgivna stadgandet avsedda beskaffenheten, som denna avhandling skall handla. Stadgandet benämner detta slags avtal skiljeavtal. Emellertid är det icke alla sådana avtal, som falla under skml:ns tillämplighetsområde. Enligt 2 § 2 st. äger lagen icke tillämpning på »skiljeavtal, som innefattar förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Ej heller falla under lagen sådana skiljeavtal, som avses i lagen den 14 juni 1929 om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Att slutligen de s. k. folkrättsliga skiljeavtalen icke regleras av skml., är uppenbart, men här

föreligger ingen inskränkning i förhållande till 1 § skml., ty folkrättsliga frågor äro tydligen ej av den beskaffenhet, som där sägs. Detta arbete skall begränsas till sådana skiljeavtal, å vilka skml. är tillämplig, och där annat ej framgår av sammanhanget, avses därför i det följande med ordet skiljeavtal allenast av skml. reglerat skiljeavtal. Vad angår arbetets terminologi i övrigt, betecknas i enlighet med lagens språkbruk det avgörande, varom uti 1 § skml. är fråga, skiljedom och de personer, till vilka avgörandet hänskjutes, skiljemän. Avtal, varigenom till skiljemän utsedda eller såsom skiljemän påtänkta personer åtaga sig skiljemannavärvet, benämnes skiljemannaavtal, och det förfarande, som erfordras för sakens utredning inför skiljemännen, kallas här skiljeförfarande. På enstaka ställen, användes, såsom av sammanhanget framgår, sistnämnda ord, omväxlande med ordet skiljeinstitut, jämväl såsom beteckning för hela det rättsinstitut, som avser frågas hänskjutande till och avgörande av skiljemän[1].

Skiljeavtalet i angivna mening utgör enligt lagen ett avtal, varigenom fråga av den i det återgivna stadgandet omnämnda beskaffenheten hänskjutes till avgörande av en eller flera skiljemän. Skiljeavtalet är sålunda ett medel för ernåendet av en skiljedom. Dess syfte är att vid förefallande behov få till stånd ett definitivt avgörande i en fråga av sagda beskaffenhet. Med detta positiva syfte förenas emellertid även ett negativt. Skall en fråga definitivt avgöras av skiljemän, kan den icke tillika få avgöras i annan ordning. Negativt åsyftar

---

1 Den begagnade terminologien avviker i så måtto från den gängse, att man enligt denna i stället för orden skiljeförfarande och skiljeinstitut vanligen använder benämningarna skiljemannaförfarande (så i lagspråket; se t. ex. skml. 21 § 2.) och skiljemannainstitut eller skiljedomsinstitut. Avvikelsen, som icke kan anses innebära något språkligt stötande, är förestavad av det praktiska intresset att undvika en onödigt omständlig och obekväm terminologi. — Jfr den tyska litt., inom vilken ordet »Schiedsgerichtsverfahren» på senare tid ej sällan ersatts av ordet »Schiedsverfahren». — Benämningen skiljeförfarande har förut i tryck använts av *Hassler* i SvJT 1929 s. 197 ff.; uttrycket skiljeinstitut torde vara en terminologisk nyhet.

därför skiljeavtalet att utesluta domstols eller annan myndighets avgörande av den eller de frågor, som avtalet avser.

Att på detta sätt ett skiljeförfarande stundom föredrages framför ett judiciellt förfarande inför myndighet[2], varvid givetvis främst kommer i betraktande rättegång vid domstol, kan hava olika anledningar. För parterna kan det av flera orsaker vara av intresse, att deras mellanvarande icke drages inför offentligheten. Det kan också hända, att parterna anse, att en process inför domstol skulle inverka menligt på det goda förhållandet dem emellan, medan de däremot icke hysa samma betänkligheter mot ett skiljeförfarande, vilket ofta betraktas såsom ett tvistens bilägganden i godo. I en del fall åsyfta parterna att nå ett snabbare och kanske ibland mindre kostsamt avgörande, än som kan erhållas genom rättegång vid domstol[3]. I andra fall kunna de drivas av en önskan att ernå ett avgörande av personer, som i högre grad än domstolarna kunna väntas besitta sakkunskap och fackliga insikter på det ifrågavarande levnadsområdet. För lagstiftaren kan stundom förefinnas skäl att föreskriva obligatoriskt skiljeavtal i vissa slag av tvister, t. ex. för att därigenom ernå ett bättre utnyttjande av tillgänglig sakkunskap på ett visst område[4].

Icke alltid beror behovet av skiljeförfarandet därpå, att detsamma anses bättre än civilprocessen tillgodose vissa i särskilda fall eller grupper av fall förefintliga syften. Det kan även hända, att möjligheterna att föra talan i civilprocessuell ordning begränsats på ett sätt, som verkar hämmande på den rättsliga samfärdseln[5]. Jämväl i dylikt fall har skiljeinstitutet

2 Skiljeinstitutet har uppträtt i olika historiska gestalter. Dels har det utgjort en historisk föregångare till civilprocessen, och dels har det vid sidan av ett bestående processinstitut utnyttjats såsom ett i vissa avseenden mer tjänligt medel att avgöra tvister. Ämnets begränsning medför, att jag här endast uppehåller mig vid skiljeinstitutet i dess senare gestalt.

3 Kostnadssynpunkten torde dock spela en underordnad roll. Ofta torde nämligen ett skiljeförfarande, åtminstone i vårt land, ställa sig avsevärt dyrare än en process inför domstol.

4 Jfr *Berglund* II s. 4[1].

5 Ett exempel härpå erbjuder i den romerska rätten det begränsade området

en funktion att fylla vid sidan av den statliga rättsskipningen.

Såsom av ovanstående torde framgå, kan skiljeinstitutets förekomst till stor del förklaras därav, att detta institut tillgodoser vissa krav, som civilprocessen icke alls eller endast i mindre grad förmår uppfylla. Det framhålles ock flerstädes inom litteraturen, att skiljeförfarandets större eller mindre frekvens bör ses i samband med den statliga rättsskipningens tillstånd[6]. En bristfällig rättegångsordning, särskilt en sådan, där kravet på snabbhet vore otillräckligt tillgodosett, skulle alstra en större benägenhet att anlita skiljemän, under det att skiljeinstitutet komme att förlora i betydelse, i den mån rättsskipningen lyckades fylla de krav, som ställdes på densamma. Det kan icke förnekas, att dylika synpunkter i hög grad förtjäna beaktande. Men man bör icke driva dem därhän, att skiljeförfarandet karakteriseras allenast såsom »en nödfallsutväg, framtvungen av en oformlig rättegångsordning»[7]. Såsom motiven till den tyska ZPO framhålla, har behovet av skiljeinstitutet gjort sig gällande i kulturstaternas rättsordningar i gemen. I just de länder, vilkas civilprocess särskilt brukar framhållas såsom exponenter för modern rättsskipning, har skiljeförfarandet nått en betydligt större omfattning än i åtskilliga länder, där en rättegångsreform står på dagordningen. Det är den industriella och merkantila utvecklingen, som i våra dagar utgör den kraftigaste drivfjädern därtill, att skiljeförfarandet anlitas i allt större utsträckning, ehuru helt naturligt eventuella brister i en rättegångsordning äro ägnade att verka i samma riktning. Nämnda utveckling omöjliggör även för en erfaren och mångsidigt bildad domare att besitta den behövliga sakkunskapen för ett rätt bedömande av alla de skilda tekniska problem, som kunna komma under

för aktionerna ävensom den begränsning i rättsskyddets art, som låg i satsen »condemnatio semper pecuniaria».

6 Se t. ex. *Delin* s. 78 ff.; *Munch-Petersen* II s. 508; *Berglund* I s. 27 f.

7 Så *Berglund,* a. st.

hans avgörande. Medelst bruk av sakkunnigeinstitutet och av specialdomstolar söker den moderna rättsordningen här fylla alla rimliga anspråk. Det torde dock knappast behöva påvisas, hurusom skiljeförfarandet är ägnat att på ett betydligt smidigare sätt tillgodose här åsyftade krav. Om därjämte beaktas de fördelar, skiljeinstitutet erbjuder för lösning av privata internationella rättstvister, ävensom ovan exemplifierade drivkrafter för anlitande av skiljemän, torde det påståendet icke vara alltför vågat, att i våra dagar den mest förträffliga processordning ej skulle göra skiljeinstitutet överflödigt. — Det kunde kanske här invändas, att just de förhållanden, som nu omnämnts, utgöra belägg för riktigheten av uppfattningen, att det är rättegångsordningens brister, som åstadkomma behovet av skiljeinstitutet. Detta behov har ju framför allt skapats därigenom, att den statliga rättsskipningen ej förmått hålla jämna steg med utvecklingen. Historiskt sett har också skiljeinstitutet visat särskilt stor tendens att framträda i tider, då en rättegångsordningens nydaning varit av omständigheterna påkallad. Det må emellertid framhållas, att det endast är ytterligheterna av förenämnda uppfattning, som här kritiserats. Kunde nämnda brister till fullo botas, försvunne enligt mitt förmenande det mest bärande skälet till att giva skiljeinstitutet karaktären av ett positivrättsligt institut. Men man bör icke räkna med en ingenstädes förefintlig ideal rättegångsordning. Ifrågavarande brister äro sådana, att de återfinnas hos gällande rättegångsordningar i gemen, även hos dem, som man icke med något som helst berättigande kan beteckna såsom »oformliga». Därav följer, att skiljeinstitutet alltid kommer att fylla ett mer eller mindre påtagligt behov[8].

---

8 För att det sagda ej må leda till missförstånd, må betonas, att meningen icke är att på något sätt draga i härnad för tvisters slitande genom skiljemän. Att skiljeinstitutet även har sina vådor, förnekas ingalunda. Avsikten är blott att framhäva de faktorer, som föranleda institutets upprätthållande. För övrigt kommer det härvidlag icke an därpå, om skiljeförfarandet verkligen medför några fördelar. Det avgörande är i stället, huruvida vederbörande *anse* sig

Mot bakgrunden av den framställning, som här givits av skiljeavtalets syftemål och de omständigheter, vilka föranleda skiljeinstitutets upprätthållande vid sidan av den statliga rättsskipningen, skall nu närmare uppmärksammas skiljeavtalets innebörd och rättsliga natur.

§ 2. Skiljeavtalets innebörd.

Att klarlägga skiljeavtalets innebörd är detsamma som att utveckla, vad det innebär, att en fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, eller en fråga om ersättning för skada på grund av brott genom avtal mellan parterna hänskjutes till avgörande av en eller flera skiljemän. Det gäller alltså *dels* att förklara innebörden därav, att en fråga hänskjutes till avgörande — och härvid skall till en början uppmärksammas, vad avgörandet av en fråga innebär beträffande arten av skiljemännens verksamhet — *dels ock* att fastslå betydelsen därav, att detta avgörande skall träffas av skiljemän[9].

---

kunna uppnå några fördelar genom skiljeförfarandet — deras uppfattning må sedan vara riktig eller icke.

Vad beträffar den rättspolitiska diskussionen angående skiljeinstitutet, hänvisas särskilt till Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages, II s. 516 ff.

[9] Den omständigheten, att hänskjutandet sker genom avtal mellan parterna, synes däremot icke påkalla någon särskild uppmärksamhet i detta sammanhang. I förbigående må dock några ord ägnas åt lagens uttryck »mellan parterna». Detta uttryck kan förefalla stå fullkomligt pleonastiskt. Om ordet »parterna» finge anses liktydigt med kontrahenterna, utsade det ju ingenting, som icke låge redan i ordet »avtal»; sådan innebörd kan ordet »parterna» därför omöjligen hava tillagts. Detta ord måste i stället anses åsyfta de personer, mellan vilka en viss fråga av förevarande slag uppkommit eller kan tänkas uppstå (något som dock icke hindrar, att skiljeavtalets verkningar kunna sträcka sig även till andra personer, exempelvis till parts löftesmän; jfr NJA 1896 s. 136, 1916 s. 100, 1922 s. 135). Icke desto mindre kan uttrycket synas innebära en pleonasm. I realiteten saknar dock lagens formulering ingalunda fog. Såsom ett avtal, varigenom en fråga hänskjutes till avgörande av skiljemän, skulle nämligen i och för sig också mycket väl kunna betecknas det avtal, som ovan benämnts

1) Vad det innebär med avseende å skiljemännens verksamhet, att en fråga hänskjutes till deras »avgörande».

Språkligt sett torde man kunna beteckna en fråga såsom avgjord, då dess lösning eller utgång blivit slutgiltigt bestämd. Sålunda torde det mycket väl kunna sägas, att en tvistefråga avgöres genom förlikning. Då skml. talar därom, att en fråga av tvistemåls beskaffenhet eller en fråga om ersättning för skada på grund av brott må hänskjutas till avgörande av skiljemän, förefaller det emellertid föga sannolikt, att den syftar på ett avgörande, som bringar frågan ur världen på vilket sätt som helst. Redan ordet skiljedom tyder därpå, att skiljemännen uttala ett omdöme om något. Man finner också, att lagen karakteriserar skiljemännens verksamhet såsom en dömande verksamhet. Sålunda talas exempelvis i 19 § skml. därom, att skiljemännen giva dom över framställt yrkande, och i 20 § 3 p., att skiljemännen dömt angående fråga, som enligt lag ej må skjutas under skiljemän. Likaså talas i 27 § därom, att enligt skiljeavtal parts *talan skall prövas* av skiljemän. I 14 § säges, att skiljemännen skola bereda parterna erforderlig tillgång att muntligen eller skriftligen utföra sin talan samt att skiljemännen, om part utan giltigt förhinder underlåter att begagna sig därav, äga avgöra tvisten på föreliggande utredning. Emot skiljeman gälla vissa jäv, tydligen uppställda i syfte att i möjligaste mån verka för ernåendet av ett opartiskt avgörande. Det skulle icke möta något hinder att påpeka ytterligare detaljer i skml., vilka tyda därpå, att det i skiljeförfarandet icke är fråga om att bringa en tvist att upphöra på vad sätt som helst. Skiljeinstitutets hela anordnande ger i stället vid handen, att skiljemännens verksamhet i väsentliga avseenden är likartad med en domstols. De ha icke att *reglera* en tvistefråga, att träffa bestämmelser om vad som sedermera skall

---

skiljemannaavtal; genom tillägget »mellan parterna» ger lagen sålunda tillkänna, vilket slag av avtal som åsyftas.

gälla med avseende å förhållandet mellan parterna, utan de ha att uttala sig därom, huru något i visst avseende förhåller sig. Skiljedomen är en deklarativ akt.

Denna åsikt om skiljemännens uppgift står i överensstämmelse med den i kulturländerna härskande uppfattningen om skiljeinstitutets karaktär[10]. Detta kan måhända vara ägnat att förvåna, om man därmed sammanställer, att skiljedomen ofta betraktas såsom ett materiellrättsligt verkande rättsfaktum, en uppfattning, som icke sällan framföres i den gestalten, att skiljeavtalet i förening med skiljedomen betecknas såsom en art av förlikning. Då sagda uppfattning, som särskilt i dess här nämnda gestalt spelat en icke obetydlig roll i skiljeinstitutets historia och även omfattats av ett flertal svenska jurister, kan synas oförenlig med uppfattningen om skiljedomen såsom en deklarativ akt, är det nödvändigt att uppmärksamma den närmare och klarlägga dess förhållande till sistnämnda uppfattning.

---

10 Det må, vad beträffar utländsk rätt, vara tillräckligt att här hänvisa till uppfattningen inom några av de ledande kulturländerna. I tysk rätt, dar skiljeavtalet i ZPO § 1025 beskrives såsom »die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle», torde, så skiftande uppfattningarna om skiljedomens natur än äro, den meningen vara avgjort övervägande, att denna »Entscheidung» icke innebär, att skiljemännen ha att företaga »eine rechtsgeschäftliche Regelung» av parternas rättsförhållande, utan att de med tillämpning av den gällande rättens regler — enligt andra under hänsynstagande jämväl till billighetens krav — ha att uttala ett omdöme om ett sådant rättsförhållande. Att skiljedomen likväl av vissa författare uppfattas såsom ett materiellrättsligt verkande rättsfaktum, beror vanligen på andra omständigheter, till vilka jag skall återkomma längre fram. — Att i fransk rätt skiljedomen är av deklarativ natur, framgår bl. a. därutav, att enligt art. 1019 C. de pr. civ. skiljemännen, utom för visst undantagsfall, ha att träffa ett avgörande efter gällande rätt. Att märka är ock, att det i regel är möjligt att appellera mot skiljedomen (art. 1023 C. de pr. civ.). — Även i engelsk rätt är skiljemännens verksamhet i förevarande avseende jämställd med en domstols. Skiljeförfarandet beskrives såsom »a judicial enquiry conducted before a tribunal other than one of the King's Courts etc.» (*Bacon* s. 1), och skiljeavtalet definieras såsom »a submission of matters in dispute to the judgment of one or more disinterested persons called Arbitrators» (*Taylor* s. 2).

I sin mest utpräglade form har uppfattningen om skiljeförfarandet såsom ett förlikningsförfarande tagit den gestalten, att skiljemännen betraktas såsom medlare mellan parterna. Härvid är det tydligen icke fråga om medling av den art, att en tredje person råder parterna till förlikning eller att han rentav upprättar ett förslag till förlikning, vilket förslag det sedan står parterna fritt att antaga eller icke. Att en sådan medlande verksamhet ej kan innefatta ett *avgörande* av en tvist, är utan vidare klart. Då skiljemännen uppfattats såsom medlare, har man i stället menat, att de för att bringa tvisten ur världen hade att materiellrättsligt reglera parternas mellanvarande. Redan skiljeavtalet innebure sålunda en förlikning, en förlikning, vars närmare innehåll skiljemännen hade att bestämma. Det är tydligt, att en sådan uppfattning av skiljedomen är oförenlig med den förutnämnda åsikten, att skiljedomen utgör en deklarativ akt.

Emellertid kan det med full säkerhet påstås, att uppfattningen om skiljemännen såsom medlare mellan parterna så gott som uteslutande tillhör en förgången tid. Några rättshistoriska anmärkningar kunna i det hänseendet tjäna till upplysning. Upprinnelsen till den ifrågavarande åskådningen torde vara att söka i församlingslivet under kristendomens äldsta tid[11]. Följande en anvisning av aposteln Paulus (1.

11 Jfr en uppsats av mig i SvJT 1933 s. 18 f. samt där anf. litt. Se vidare *Haeger* s. 8 f.; *Krause* s. 50 ff.; *Delin* s. 79 f.

Enligt en av *v. Lindheim* s. 24 ff. uttalad åsikt, till vilken *Haeger* s. 5 anslutit sig, skulle jämväl det romerska kompromissförfarandet utgjort ett förlikningsförfarande uti ifrågavarande mening. v. Lindheim anför bl. a.: »Den Römern war der Schiedsrichter nichts weniger als Richter — — —. Der Schiedsrichter hatte bei den Römern — in einem gewissen Sinne — dieselbe Rolle, welche heutzutage der Schätzmann (arbitrator) hat.» Kompromissinstitutet tjänade enligt v. Lindheim »nur einem Bedürfnisse nach friedlicher Austragung von Uneinigkeiten unter Freunden». — v. Lindheims uppfattning, för vilken icke åberopats något som helst stöd, motsäges emellertid av källorna. Mot densamma talar redan det kända yttrandet av Paulus, L. 1 D. 4:8: »Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur — — —.» Vidare framhålles i L. 13 § 2 D. eod. (Ulpianus), att det just består en motsättning mellan en arbiter och en person, som blott intager en medlares ställning: »Recepisse

korintierbrevet 6 kap. 1—5 v.) hänsköto de kristna sina inbördes stridigheter till medlare inom det egna brödrasamfundet i stället för att hänvända sig till de hedniska domstolarna. Skiljedomaren blev sålunda av de kristna betraktad som medlare (μέσος, mediator), och skiljeavtalet blev icke såsom i romersk rätt att uppfatta såsom en överenskommelse om sättet för avgörandet av en rättslig strid utan såsom en vänskaplig förlikning, en »amicabilis compositio», vars närmare innehåll skiljemannen eller skiljemännen hade att bestämma. Det påstås på sina håll, att denna åskådning via den kanoniska rätten kommit att utöva ett avgörande inflytande på skiljeinstitutets gestaltning i das gemeine Recht[12]. Detta påstående torde dock icke vara riktigt. Visserligen kan man såväl i Tyskland som annorstädes spåra inflytande av den ifrågavarande kyrkliga åskådningen[13], men man har ock att taga hänsyn till en lära, som, i anslutning särskilt till L. 76 D. pro socio 17:2, utbildats inom den italienska medeltidsjurisprudensen. Enligt denna lära skildes emellan egentliga skiljedomare, arbitri, som hade att döma emellan parterna, och per-

autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.»

Av författare, som anse, att compromissum utgjort en art av förlikning, må nämnas *Bethmann-Hollweg* II s. 109, *Overesch* s. 35 o. 48; *B. Mayer* s. 8. Den motsatta meningen omfattas av *Delin* s. 149 f.; *Weizsäcker* s. 51 o. 99; *Bornhak* s. 2; *Altenrath* s. 11.

12 Se särskilt *Bornhak* s. 17; *Littauer* s. 11 ff. — Såsom stöd för att det nämnda betraktelsesättet utgjort den kanoniska rättens brukar åberopas cap. 13 X. 1, 43: »— — — Tandem in R. sancti Angeli Diacon. Cardin. tunc Apostolicae sedis Legatum, à partibus concorditer compromisso: & promisso sub certa poena, quòd arbitrio seu ordinationi ejusdem, vel duorum mediatorum, quos idem super hoc deputaret, praecisè parerent: magister P. Capellanus noster, & I. Archidiaconus Senonen. mediatores ab eodem super hoc deputati legato, ordinando & diffiniendo causam hujusmodi terminaverunt. Nos igitur, quod per praedictos mediatores super hoc actum est, auctoritate Apostolicâ confirmamus.»

13 Se härom och för det följande min i not 11 här ovan omförmälda uppsats s. 15 ff.

soner, vilka intogo ställningen av medlare och som benämndes arbitratores, mediatores eller amicabiles compositores. Framför allt genom *Durantis'* Speculum judiciale (1270-talet) har denna lära vunnit stort inflytande i Tyskland[14], och man kan därför icke kategoriskt påstå, att skiljemännen i das gemeine Recht betraktats såsom medlare i angivna mening, ty enligt den härskande uppfattningen var det endast vissa skiljemän, som intogo en sådan ställning[15]. Visserligen möter man i litteraturen inom das gemeine Recht icke sällan sådana uttalanden, som att skiljedomen har »die Wirkung eines Vergleichs»[16] eller att skiljeavtalet har »die Natur eines Vergleichs»[17] eller dylikt, men man torde icke få inlägga alltför mycket i sådana vändningar. Förvisso avse de ej att utsäga, att skiljemännen såsom medlare skulle vara befogade att giva skiljedomen vilket innehåll som helst. Man kan hos en författare, som uttryckt sig på nämnda sätt, mycket väl tillika finna uttalat, att de egentliga skiljemännen, arbitri, ha att döma efter gällande rätt och att de böra särskiljas från arbitratores, vilka hava »entweder eine gütliche Beylegung eines Rechtsstreits unter den Partheyen zu vermitteln, oder bey Schliessung eines Handels diejenigen Punkte nach der Billigkeit zu bestimmen, worüber sich die Contrahenten nicht vereinigen können, oder deren

14 Jfr *Bader* s. 14 (ävensom av honom åberopad litt.): »Der fast beispielslose Erfolg, der dem Speculum iudiciale des Durantis beschieden war, rechtfertigt durchaus die Vermutung, dass auch der kanonische Schiedsprozess weniger in der Form, wie sie der Liber Extra geprägt hat, als in der von Durantis geläuteten Form in Deutschland rezipiert worden ist.»

15 Jfr *Gaill* I Observatio 150 nr 4 ff. Denne förf. skiljer liksom Durantis emellan arbitri och arbitratores. Betraffande skillnaden dem emellan anför han bl. a.: »Sed omnium praecipua est quod arbiter partium conventione loco judicis eligatur, ita ut coram eo, juris ordine servato, procedatur — — —. arbitrator verò, qui nulla juris solennitate observata, controversias amicè ex aequo & bono definiat. Hinc est, quod arbitramentum dicatur esse quaedam transactio.» — Det synes sålunda enligt Gaill endast vara arbitratorns, icke arbiterns utlåtande, som utgjorde ett visst slag av förlikning. Jfr vidare i min omförmälda uppsats s. 181 citerade förf.

16 Så *Puchta,* Pandekten § 296.

17 Så *Glück* s. 92.

Bestimmung sie gleich Anfangs der Willkühr eines dritten Unpartheyischen überlassen haben»[18]. Ofta torde man med talesättet om skiljeavtalet såsom en förlikning icke hava åsyftat något annat, än vad *André* (s. 17 f.) utvecklar på följande sätt: »Die Verbindlichkeit zur Anerkennung des Schiedsspruches beruhet nicht auf der richterlichen Qualität des Schiedsrichters. Denn der Richter leitet seine Auctorität von der Staatsgewalt ab und nirgends existirt ein Gesetz, welches den Parteien die Befugniss gäbe, durch Ernennung von Schiedsrichtern eine gerichtliche Instanz sich zu schaffen. Vielmehr beruhet die Gültigkeit des Urtheils auf dem vorangehenden Vertrage, welcher eben in dieser Richtung dahin zu einem gültigen Institute sich gestaltet hat, dass man nicht bloss unmittelbar sich vergleichen kann, sondern auch mittelbar so, dass das Urtheil eines Dritten den Inhalt des Vergleichs bestimmt. — Der Schiedsvertrag steht dem zufolge auf einer Linie mit dem Vergleiche und das Urtheil des Schiedsrichters ist analog so zu behandeln, als wenn es den Inhalt eines unter den Parteien abgeschlossenen Vergleichs bildete.» Man bör säkerligen i detta uttalande icke inlägga den meningen, att arten av skiljemännens verksamhet vore en annan än en domstols, i det att de hade att obundna av vad som tilldragit sig mellan parterna bestämma förlikningens innehåll. På annat ställe framhåller nämligen André, att en skiljeman hade att avgöra en tvist efter samma principer som en domare[19]. Yttrandet synes endast innebära, att skiljeavtalet utgjorde en förlikning, därför att parterna genom detsamma underkastat sig tredje mans »dom», hans omdöme angående parternas mellanvarande.

Om det än råder delade meningar angående uppfattningen i das gemeine Recht, är det däremot fullt säkert, att svenska författare, då de tala om skiljeavtalet såsom en art av förlikning, icke därmed mena, att skiljemännen skulle äga bringa

18 *Glück* s. 66. Jfr ibid. s. 90 och 92.
19 *André* s. 40.

en tvistefråga ur världen på samma sätt, som parterna själva kunna göra, då de förlikas. *Nehrman* säger, att en saks hänskjutande under gode män (såsom skiljemännen vanligen kallades på hans tid) är »en art utaf förlikning, eller närmaste steget thertil»[20], men icke desto mindre förklarar han tillika, att skiljemännen, då de fälla sitt utslag, böra, »så wäl som andre Domare, ställa sig Lag och Kongl. Förordn. til efterrättelse, såsom thet säkraste rättesnöre för rättwisan»[21]. Även *Hernbergh*, *Schrevelius* och *Naumann* betrakta skiljeavtalet såsom en art av förlikning[22], men hela deras framställning ger vid handen, att skiljemännen enligt deras uppfattning ha att utöva en dömande verksamhet. Liknande uttryckssätt och samma uppfattning möta hos lagkommittén[23] och Nya LB[24]. Då i svensk litteratur skiljeavtalet betecknas såsom en art av förlikning, kan man alltså icke därmed avse, att skiljemännen skulle ha att på här ifrågavarande sätt medla mellan parterna. Det får sålunda anses fullkomligt uteslutet, att skiljemän skulle äga bilägga en tvist på det sätt, att de i ett fall, där den ene av parterna yrkar utdömande av 1.000 kr. men den andre bestrider, att han över huvud taget vore skyldig något till sin motpart, utan vidare bestämde, att 500 kr. skulle betalas[25]. Uttryckssättet, att skiljeavtalet utgör en förlikning, måste syfta på något annat än arten av skiljemännens verksamhet. Detta andra kan förvisso endast vara, vad som synes hava åsyftats i det förut återgivna yttrandet av André, nämligen den omständigheten, att skiljeavtalet innebure en underkas-

20 Processus civilis (1751) cap. XXIX § 7.

21 Ibid. § 29.

22 Se *Hernbergh* § V s. 11 (»— — — recte docent Icti, quod tales» (sc. qui sui juris non sunt) »ab hoc contractu compromissario ineundo eatenus merito excludantur, quatenus nullum est dubium, quin speciem transactionis prae se ferat.») ävensom *Schrevelius* s. 6 f. och *Naumann* i NT 1880 s. 183.

23 Se LK:s motiver s. 329 f. (i båda uppl.).

24 Principbetänkandet I s. 280; försl. till skml. s. 18 f.

25 En annan sak är, att utredningen i målet kan giva vid handen, att fordringen består men att den blott uppgår till 500 kr., i vilket fall skiljemännen givetvis ha att fastställa, att gäldenären är skyldig sin motpart denna summa.

telse under skiljedomen. I så fall strider icke uttryckssättet emot uppfattningen om skiljedomen såsom en deklarativ akt[26].

På den nämnda omständigheten torde man jämväl syfta, då man utan att beteckna skiljeavtalet såsom en art av förlikning hävdar, att skiljedomen utgör ett materiellträttsligt rättsfaktum. Med hänsyn härtill synes ett ytterligare ingående på denna åsikt och en fortsatt behandling av dess förut berörda variant lämpligen böra ske under det avsnitt, i vilket skall uppmärksammas betydelsen av parternas uttryckliga eller presumerade utfästelse att åtnöjas med skiljedomen.

Då här ovan skiljedomen förklarats vara en deklarativ akt eller det påståtts, att skiljemännens verksamhet i väsentliga avseenden vore likartad med en domstols, kan någon måhända därav vilja draga den slutsatsen, att skiljemännen skulle ha att avgöra en fråga efter samma principer som en domstol, d. v. s. efter den gällande rättens regler. Detta spörsmål har emellertid den hittills givna framställningen icke berört. Meningen har endast varit att framhålla, att skiljemännens uppgift vore att uttala sig om huru något förhåller sig i visst avseende, men att de däremot icke hade att på ett från deras synpunkt rättsgestaltande sätt reglera parternas mellanvarande. Skall skiljedomens rättsliga karaktär ställas i en riktig belysning, är det emellertid uppenbarligen också av vikt att fastslå, efter vilka principer avgörandet skall träffas. Skulle en rättstvist avgöras efter några andra regler än rättens, kan det ju rentav ifrågasättas, om det är riktigt att, såsom ovan skett, beteckna avgörandet såsom en deklarativ akt.

26 Något i viss mån parallellt till skiljeavtalets betecknande såsom en förlikning på den i texten angivna grunden erbjuder den omständigheten, att man på sina håll inom fransk doktrin betecknar skiljedomen såsom ett avtal utan att därmed mena något annat, än att »la sentence arbitrale a la valeur d'une obligation contractuelle» (*Brachet* s. 144). Se t. ex. *Merlin,* v:o Jugement § XIV s. 125 f.: »Une décision arbitrale — — — est elle autre chose qu'un contrat? N'est-elle pas la conséquence du compromis par suite duquel les arbitres l'ont rendue? — — — Elle a donc comme le compromis le caractère de contrat.» Jfr *Weiss* s. 29 ff.

Inom litteraturen uttalas ofta, att skiljemän vid sitt avgörande icke äro bundna av gällande rätt utan äga taga hänsyn till billighetens krav. Huru därmed förhåller sig, är emellertid en fråga, som i svensk rätt icke blivit reglerad i lag[27] och varom delade meningar yppats. I äldre svensk litteratur möter man övervägande den uppfattningen, att skiljemännen hade att döma efter gällande rätt, såvida icke parterna annorlunda bestämt. Den nyare doktrinen har däremot allmänt, sannolikt under påverkan av tysk rättsvetenskap, intagit den ståndpunkten, att skiljemännen äga döma efter billighet[28]. För min del har jag i en föregående framställning[29] gjort gällande, att den mening, varåt den nyare litteraturen givit uttryck, icke kan anses hava vunnit den hävd eller så trängt igenom i den allmänna rättsuppfattningen, att den utan vidare kan sägas träffa den gällande rättens ståndpunkt. För besvarandet av förevarande spörsmål är man enligt min mening i stället hänvisad till allmänna praktiska och teoretiska överväganden. Härvidlag synas övervägande skäl tala till förmån för den uppfattning, som varit den härskande inom äldre svensk litteratur[30]. Det torde in dubio icke vara parternas mening, att skiljemännen skola äga döma efter billighet i andra fall, än när jämväl en domstol är befogad att så göra. I allmänhet torde nämligen motivet för anlitande av skiljemän vara att söka i andra omständigheter än missnöje med innehållet av den materiella rättens regler. Härjämte kommer i betraktande, att om skiljemännen — oavsett parternas dispositionsmöjlighet — i högre grad än en domstol tillätes döma efter billighet,

---

27 Ej heller lämnar mig veterligt judikaturen någon ledning för frågans besvarande.

28 Se härom och om den äldre litteraturen min uppsats Äro skiljemän vid sitt avgörande bundna av den materiella rätten? i SvJT 1933 s. 15 ff.

29 Se nästföregående not.

30 Angående skälen för denna min ståndpunkt och angående undantag från den sålunda uttalade regeln tillåter jag mig hänvisa till den förutnämnda uppsatsen. De närmast följande uttalandena i texten utgöra blott en summarisk sammanfattning av de huvudsynpunkter, som utvecklats i denna.

skulle följden bliva ett visst osäkerhetstillstånd för parterna, i det att det vore omöjligt att på förhand veta, vad skiljemännen komme att anse för billigt, och part sålunda komme att sakna fasta regler att inrätta sitt handlande efter. Att in dubio antaga, att parterna önska inträdet av ett dylikt osäkert tillstånd, vore säkerligen att missuppfatta deras mening. — Från den nämnda regeln om den objektiva rätten såsom främsta rättesnöre för skiljemännen har man emellertid självfallet att göra undantag, därest fråga är om avgörandet av sådana spörsmål, som icke kunna lösas efter rättsregler. Såsom under avsnittet om skiljeavtalets föremål skall närmare utvecklas, kunna nämligen till avgörande av skiljemän hänskjutas jämväl andra frågor än sådana, som röra rättsliga relationer mellan parterna. I dylika fall, t. ex. om den hänskjutna frågan avser existensen av ett för parternas rättsförhållande relevant faktum, är det i regel logiskt orimligt, att frågan skulle kunna avgöras efter den materiella rättens regler[31]. Avgörandet får i stället träffas efter de kunskapsteoretiska regler, som medvetet eller omedvetet tillämpas i det levande livet[32].

Är den av mig hävdade uppfattningen riktig, är skiljemännens uppgift i stort sett att jämställa med en domstols[33].

---

31 Även ett omdöme angående faktum kan stundom vara resultatet av en slutledning, i vilken en rättsregel bildar översats. Se härom *Berglund* II s. 19 ff.

32 Man skulle kort och gott kunna säga, att avgörandet skall grundas på erfarenhetssatser. Att jag ej i texten använt detta gängse uttryck, beror därpå, att även sådana satser, som äga giltighet oberoende av all erfarenhet, t. ex. matematiska satser, kunna komma till användning.

33 Här avses endast, att skiljemännen hava att uttala ett omdöme om vad som är rätt mellan parterna och att deras uppgift såtillvida sammanfaller med en domstols. Emellertid har saken även en annan sida, nämligen den, att domstolarna för att kunna tillfredsställande fylla denna uppgift också äro skyldiga att känna den objektiva rätten och sålunda i fall av behov komplettera sin kunskap om denna. I detta hänseende föreligger — alldeles bortsett från frågan om sanktionerna — en viktig olikhet mellan en domare och en skiljeman. Om den senare är rättsbildad eller i vart fall utan avsevärd svårighet kan skaffa sig kunskap om tillämpliga rättsregler, synes han visserligen illa fylla sin uppgift, om icke även han tager reda på vad rättsordningen föreskriver

Skiljemännens avgörande av en fråga innefattar enligt denna mening regelmässigt en fastställelse av vad som är rätt mellan parterna.

Det gäller emellertid också att klargöra avgörandets karaktär i de fall, då skiljemännen icke ha att döma efter gällande rätt.

I de fall, då det ej är fråga om rättsliga relationer mellan parterna, utgör avgörandet ett bindande omdöme angående en av de premisser, nämligen undersatsen, i den slutledning, genom vilken en fastställelse angående parternas rättsliga mellanvarande regelmässigt kommer till stånd.

I de fall åter, då skiljemännen ha att döma efter billighet, är avgörandets karaktär av tämligen komplicerad beskaffenhet. Så paradoxalt det än kan låta, utgör avgörandet i dylika fall på samma gång en deklarativ och en rättsgestaltande akt. Det utgör en deklarativ akt, därför att genom detsamma sker ett bedömande av huru något i visst avseende förhåller sig; avgörandet fastställer, huru förhållandet mellan parterna är beskaffat, bedömt efter naturlig rättskänsla. Däremot har avgörandet icke till syfte att nyskapa, att bestämma, vad som sedermera skall gälla mellan parterna. En skiljeman fyller icke samma funktion som en sådan tredje man, som har att i visst avseende närmare bestämma innehållet av ett parternas avtal, t. ex. att bestämma storleken av köpeskilling. Ur en annan synpunkt får emellertid avgörandet en rättsgestaltande karaktär. En deklarativ akt, som icke fastställer, vad som är lag eller rätt med avseende å det ifrågavarande fallet, utan som i stället fastställer, vad som är billigt beträffande samma

---

i det ifrågavarande avseendet. Men det kan icke rimligen begäras, att en ej rättsbildad person skall bedriva några mer omfattande juridiska studier eller anlita en advokat för att kunna fullgöra skiljemannavärvet. Han får döma, så gott han kan, efter *sin* uppfattning om vad som är rätt, låt vara att denna hans uppfattning kan vara bristfällig. Men han skall sträva efter att döma efter gällande rätt. Han fullgör icke sin uppgift, därest han avviker från vad han vet vara positiv rätt, även om han för sin del skulle föredraga en annan lösning än den, vartill en tillämpning av rättsreglerna skulle leda.

fall, blir rättsgestaltande. Skall förhållandet mellan parterna bedömas ur någon annan synpunkt än den gällande rättens, får avgörandet, om det är bindande, en rättsgestaltande karaktär[34].

Vad som här sagts om skiljedomens rättsgestaltande karaktär, gäller emellertid, såsom framhållits, allenast ur en viss synpunkt. Det gäller endast, om man anlägger ett abstrakt — man skulle också kunna säga metafysiskt — betraktelsesätt[35]. Man ser saken ur samma synpunkt som när man anser en från den materiella rätten avvikande dom vara rättsgestaltande. Som bekant, förnekar man emellertid på många håll inom processdoktrinen, att en dylik dom har rättsgestaltande karaktär. Att man så gör, beror därpå, att man anlägger ett konkret eller, som man ock kan säga, processuellt betraktelsesätt. Huruvida en laga kraft vunnen dom är oriktig eller ej, undandrager sig i regel, såsom den senaste svenske författaren på detta område uttrycker sig, »ett rättsligen relevant omdöme»[36]. På liknande sätt förhåller det sig med skiljedomen. Man kan abstrakt påstå, att om avgörandet träffas efter gällande rätt, innefattar det ett omdöme av samma slag som en domstolsdom; om det åter träffas efter billighet, är det rättsgestaltande. Men att i det konkreta fallet säga, huruvida ett avgörande träffats

---

34 I detta sammanhang är emellertid att uppmärksamma, att den objektiva rätten själv kan förläna den naturliga rättskänslan karaktären av en regel för bedömandet av vissa levnadsförhållanden. Ett stadgande, sådant som det i avtalslagens 33 §, måste sålunda i vissa avseenden ha förlänat uppfattningen om vad tro och heder fordra karaktären av en rättsregel. Om alltså en domstol förklarar en rättshandling, som eljest vore att anse för giltig, såsom icke gällande, enär omständigheterna vid handlingens tillkomst vore sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gentemot vilken denna företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap, dömer domstolen efter lag, men lagen innehåller en generell regel, att i berörda avseende skall tagas hänsyn till uppfattningen om vad tro och heder fordra. I dylikt fall är ett avgörande efter billighet icke rättsgestaltande.

35 Jfr *Sauer* s. 20 ff.

36 Se *Agge* s. 13.

efter gällande rätt eller efter billighet, är ofta ogörligt[37]. Det undandrar sig i flertalet fall »ett rättsligen relevant omdöme». Därtill kommer, att någon skillnad ifråga om rättsverkningar icke föreligger emellan en skiljedom, som innefattar ett avgörande efter gällande rätt, och en, som innefattar ett avgörande efter billighet. Till frågan om det teoretiska särskiljandet emellan skiljedomar av nämnda slag anknyter sålunda icke något som helst praktiskt intresse, lika litet som till frågan, huruvida i teoretiskt avseende bör skiljas mellan »riktiga» och »oriktiga» domar. Med hänsyn till det sagda kan man lämpligen giva en enhetlig karakteristik av det avgörande, som skiljemännen ha att träffa i en rättstvist[38], och säga, att det innebär en fastställelse av vad som är rätt eller billigt mellan parterna[39]. Huruvida denna fastställelse ur en

---

37 Här är särskilt att märka, att en parternas föreskrift om billigheten såsom norm för avgörandet ytterst sällan torde innebära, att icke hänsyn skulle få tagas till gällande rätt. Dess innebörd torde väl i regel endast vara så att förstå, att skiljemännen *äga* avvika från gällande rätt. Huruvida skiljemännen avse att i det särskilda fallet göra en sådan avvikelse, eller om de avse att döma efter gällande rätt, därom lärer skiljedomen ofta icke lämna något besked.

38 Ang. avgörandets karaktär i de fall, då fråga icke är om rättsliga relationer mellan parterna, har förut talats.

39 Man kan också gå en annan väg. Då det i det praktiska livet torde höra till sällsyntheterna, att parterna lämna föreskrift om de principer, skiljemännen skola följa vid sitt avgörande, och då sålunda avvikelserna från regeln, att skiljemännen skola avgöra rättstvister efter gällande rätt, torde vara mycket få, lärer man icke göra sig skyldig till någon oegentlighet, om man vid en karakteristik av skiljedomen bortser från de undantagsfall, då skiljemännen ha att döma efter billighet. Att på dylikt sätt bortse från vissa undantagsfall är något, som måste ske i varje rättsvetenskaplig framställning, om denna icke på bekostnad av klarhet och överskådlighet skall drunkna i detaljspörsmål. Så t. ex. torde få processualister förneka, att ändamålet med civilprocessen (i trängre mening) är att fastställa, vad som är rätt — låt vara att delade meningar råda om syftet med denna fastställelse (att meddela rättsskydd, att åstadkomma rättsfrid o. s. v.) — men icke desto mindre torde de flesta erkänna, att det gives fall, då domarens verksamhet kan bliva att skapa objektiv rätt. Jfr *Sjögren* i TfR 1916 s. 325 ff.; *Kallenberg* I s. 23 f. (not 24 till s. 20).

Ur en annan synpunkt skulle man kunna uppfatta även ett avgörande efter

viss teoretisk synpunkt i något fall innebär en rättsändring eller ej, är en fråga, som saknar varje praktiskt intresse.

Beträffande arten av det avgörande, skiljemännen ha att träffa, återstår ytterligare en sak att uppmärksamma. Då det i 1 § skml. talas om en frågas hänskjutande till skiljemäns avgörande, syftas tydligen på ett sådant avgörande, som faller under skml. För att detta skall vara händelsen, har man att göra ytterligare en begränsning med avseende å avgörandets beskaffenhet, i vad denna bestämmes genom skiljemännens verksamhet. Det erfordras, att skiljedomen skall meddelas i den form, som 17 § skml. föreskriver, d. v. s. den skall avfattas skriftligen och undertecknas av skiljemännen[40]. Detta stadgande är absolut, ty enligt 20 § är skiljedomen ogill, om den ej är på sagda sätt avfattad och undertecknad. Dock föranleder ej avsaknad av skiljemans underskrift domens ogiltighet, om den är undertecknad av de flesta skiljemännen och dessa å domen intygat, att den, vilkens underskrift saknas, deltagit i tvistens avgörande. Ger alltså skiljeavtalet vid handen, att parterna vilja låta sig nöja med ett avgörande i annan form, blir icke skml. tillämplig[41].

---

billighet såsom en deklaration angående vad som vore rätt mellan parterna. Då dessa giva skiljemännen befogenhet att döma efter billighet, kan detta uppfattas såsom en bestämmelse, varigenom lagens subsidiära regler bringas ur tillämpning och billigheten upphöjes till norm för parternas mellanvarande. Med en sådan uppfattning finge icke skiljedomen utan skiljeavtalet en rättsgestaltande karaktär. Denna tankegång skulle nära ansluta sig till *Bülows* uppfattning om rättshandlingarna såsom »konkrete Rechtsgebote»; se *Bülow*, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, i CA Bd 64 (1880), samt Geständnissrecht s. 129 ff.

40 I 2 st. av 17 § ger lagen dessutom vissa föreskrifter, som skiljemännen »böra» iakttaga.

41 I praktiken har jag haft anledning att uppmärksamma det fall, att en med skiljeavtal jämställd klausul i bolagsordning hänskjuter vissa tvister till bolagets styrelse, och detta under sådana omständigheter, att det framstår såsom åsyftat, att den vanliga formen för styrelsebeslut skulle vara tillfyllest. På sin höjd kan ett dylikt avtal eller en sådan klausul utgöra grund för ett endast privaträttsligt bindande avgörande. Jfr nedan s. 131 (not 42 till s. 130).

2) Vad det i övrigt innebär, att en fråga hänskjutes till avgörande.

Det har förut framhållits, att skiljeavtalet, i den betydelse detta ord regelmässigt här användes, går ut på att få till stånd ett sådant avgörande, som faller under skml., och det har utvecklats, vad detta innebär beträffande skiljemännens verksamhet. För att ett skiljeavtal av nämnda slag skall föreligga, erfordras emellertid vidare, att avtalet icke innefattar förbehåll om rätt för parterna att i materiellt hänseende klandra skiljedomen (2 § 2 st. skml.)[42]. Slutes däremot skiljeavtal utan sådant förbehåll, skola parterna till följd av stadgande i 2 § 1 st. skml. anses hava utfäst sig att åtnöjas med skiljedomen. En frågas hänskjutande till skiljemäns avgörande innefattar alltså i de fall, som i detta arbete avses, en uttrycklig eller presumerad utfästelse av parterna att åtnöjas med skiljedomen. Härvid är dock att märka, att en dylik utfästelse icke betager part möjlighet att klandra skiljedomen på grund av sådana formella fel, varom talas i 21 § skml. Utfästelsen får sålunda anses äga det innehåll, att part endast under förutsättning, att skiljeförfarandet äger rum på ett i formellt avseende oangripligt sätt, förbinder sig att åtnöjas med skiljedomen.

Det spörsmål, som här uppkommer, är frågan, vad som menas med en utfästelse att åtnöjas med skiljedomen. Det är obestridligt, att en dylik utfästelse från vardera parten i äldre tid nödvändigt eller åtminstone normalt ingått i skiljeavtalets innehåll[43], och säkerligen uppfattades sådana utfäs-

[42] Se härom närmare under avsnittet om skiljeavtalets innehåll.

[43] Detta kan ur en viss synpunkt sägas hava varit fallet redan i romersk rätt, ehuru dess ställning till skiljeavtalet var egenartad. Där tillades, åtminstone i regel, varken skiljeavtalet eller skiljedomen någon självständig rättsverkan. Detta berodde icke på någon avoghet emot skiljeinstitutet — sådan som i senare tid den franske lagstiftaren lagt i dagen — utan förhållandet var det, att det icke fanns någon grundsats, som tillerkände avtal i allmänhet någon omedelbar rättslig verkan i det hänseende, varvid romarne framför allt lade vikt, d. v. s. som förlänade avtalen aktionsverkan. Sådan verkan tillkom endast vissa privilegierade typer av avtal, till vilka emellertid icke hörde skilje-

telser allmänt såsom materiellträttsliga. Parterna utfäste sig att fullgöra skiljedomen eller eljest ställa sig densamma till avtalet. Ville parterna förläna skiljeförfarandet någon verklig betydelse, utöver den att utgöra blott ett förlikningsförsök, måste de därför omgärda skiljeavtalet med sådana garantier, som rättsordningen erkände. Det vanligaste blev, att parterna å ömse sidor stipulerade ett vite, som skulle utgå, därest part icke ställde sig skiljedomen till efterrättelse. (Därav namnet compromissum: en poena var utlovad, promissa, och därtill ömsesidigt utlovad, *com*promissa.) Sådana stipulationer ingingos i regel enligt schemat: »Si sententiae Titii non steteris, centum mihi dare spondes?» — »Spondeo». Men den romerska rättens inställning till compromissum, vilket var den gemensamma beteckningen för skiljeavtalet jämte dess förstärkningar, kommo dessa senare att bliva det mest framträdande elementet. Vid stipulationer av angivna art skapades ingen obligatio att följa skiljedomen; formellt utlovades endast ett vite. Men det är tydligt, att vad man ville framtvinga med dessa vitesstipulationer, var just underkastelse under skiljedomen. Själva skiljeavtalet gick alltså ut på sådan underkastelse, låt vara att några rättsverkningar icke anknötos till detta avtal utan endast till dess förstärkningar. Sannolikt gick för övrigt utvecklingen så småningom, sedan obligationes faciendi vunnit erkännande, därhän, att compromissum kunde ingås jämväl genom direkt på »sententiae stare» riktade stipulationer (enligt schemat: »Sententiae stare spondes?» — »Spondeo»). Jag hänvisar här till den av *Delin* s. 100 ff. verkställda utredningen. Av samma åsikt *Weizsäcker* s. 56; *B. Mayer* s. 22; *Overesch* s. 37; *Arndts* s. 532; *Heimbach* i Weiskes Rechtslexikon, art. Compromissum. Av annan mening *Altenrath* s. 8—17; *Frey* s. 68[2].

Inom den germanska rätten är skiljeinstitutets utveckling icke en lika utredd fråga. De framställningar, som på senare tider gjorts angående skiljeinstitutet i den tyska medeltidsrätten, giva emellertid vissa upplysningar, som här äro av intresse. Sålunda meddelar *Bader* (s. 35), vilken på grundval av medeltida urkunder studerat »Das Schiedsverfahren in Schwaben vom 12. bis zum ausgehenden 16. Jahrhundert», att parternas utfästelser att underkasta sig skiljedomen »einen breiten Raum im Kompromiss nehmen». Och *Krause* (s. 31) skriver, med syftning på »Das Schiedsrecht im niedersächsischen Rechtskreis des ausgehenden Mittelalters», följande: »Hauptinhalt des Schiedsvertrages ist die Erklärung, den vorliegenden Streitstoff unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges durch gewählte Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Der Wille, den Spruch als endgültig und verbindlich anzusehen, gelangt besonders zum Ausdruck, 'also das die sachen nicht mer vor gericht solde kommen und solde auch vor gericht nicht mer werden gehandelt'.» — Dessa uppgifter stämma väl överens med vad man kan inhämta ur svenska medeltidsurkunder. *v. Amira,* OR I s. 683 f., upplyser, att enligt dylika skiljeavtalet i och för sig blott bestämde, att vardera kontrahenten skulle vara förbunden att efterkomma den i skiljedomen liggande »ordinacio». För min del har jag vid genomläsning av hithörande urkunder i DS och SD funnit, att skiljeavtalet så gott som alltid

efterrättelse[44]. I das gemeine Recht grundade sådana utfästelser också en förpliktelse i enlighet med sitt innehåll[45]. Även i vårt land har man tillagt materiellträttslig innebörd åt utfästelsen att åtnöjas med skiljedomen. Denna betraktades såsom ett materiellträttsligt verkande rättsfaktum och kunde, därest

---

innehåller en clausula rati, men att man i enstaka fall även kan påträffa urkunder, som giva vid handen, att skiljemännen blott avgivit ett förlikningsförslag, vilket parterna sedermera godtagit. Exempel på det sistnämnda erbjuda DS 1698 (anno 1310) och 2128 (a. 1317), medan såsom belägg på förekomsten av clausula rati kunna anföras DS 1298 (a. 1299), 1849 (a. 1312) och 2626 (a. 1327) ävensom SD 3134 (a. 1407) och ett flertal av v. Amira, a. a. s. 684, omnämnda urkunder. Huruvida förlikningsförslagen betraktats såsom verkliga skiljedomar, kan emellertid ifrågasättas. Beträffande DS 2128 blir man sålunda redan på grund av den använda terminologien benägen att besvara denna fråga nekande. En öppen fråga beträffande samtliga dessa svenska medeltidsurkunder är för övrigt den, i vad mån desamma verkligen giva uttryck åt svensk rättsuppfattning. Åtminstone vissa av dem uppvisa skiljeavtal, som sannolikt utformats efter den kanoniska rättens bestämmelser. Se t. ex. DS 2052 (a. 1316) och i synnerhet DS 4081 (a. 1346). Att observera i detta sammanhang är den omständigheten, att ett stort antal urkunder avse fall, där åtminstone den ena parten och stundom också skiljemännen varit av andligt stånd.

Till de givetvis mycket ofullständiga historiska notiser, som här lämnats, må fogas ytterligare en uppgift. Ett av mig företaget försök att ur Svea hovrätts domar under åren 1614—1736 utfinna material till belysning av skiljeinstitutets historia har så gott som fullständigt misslyckats. Medan domböckerna utvisa relativt talrika fall av värderingsförfarande, vidräkningsmannaförfarande och förfarande med commissorialrätter, innehålla de nära nog ingenting, som rör rättstvisters avgörande av skiljemän. I de få undantagsfallen har det emellertid visat sig, att skiljeavtalet innehållit clausula rati — så i målen Sintler (å Senas vägnar) ./. Hanson, avdömt d. 20/5 1675 (Lib. Caus. 124:6 nr 2) och Dithmars ./. Storm, avdömt d. 17/12 1677 (Lib. Caus. 126:2 nr 6) — eller att skiljedomen efteråt godkänts av parterna — så i målet Eggebrecht ./. Eggebrecht, avdömt d. 29/3 1681 (Lib. Caus. 130:5 nr 13).

44 Att i romersk rätt det in solutione stående alternativet sententiae stare gick ut på ett materiellträttsligt uppfyllande av skiljedomen, är något, som synes nära nog självfallet, om man beaktar den romerska uppfattningen om litis contestatio. Det kan emellertid till yttermera visso hänvisas till ett uttryckligt uttalande i frågan, nämligen i L. 23 § 2 D. 4:8 (Ulpianus): »Idem» (sc. Celsus) »ait nihil aliud esse sententiae stare posse, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiae.»

45 Ang. denna »obligatio sententiae stare» se särskilt *Altenrath* s. 31.

dess innehåll så medgåve, utgöra grundval för en talan om motpartens förpliktande att fullgöra skiljedomen[46]. Här är också säkerligen att söka förklaringen därtill, att man i äldre svensk litteratur uppfattat skiljeavtalet såsom en art av förlikning. Skiljemännens verksamhet gick visserligen ut på att avge en deklarativ förklaring, men parterna utfäste sig att inrätta sitt handlande efter skiljedomen, en påtaglig parallell till den romerska läran om judikatsobligationen. Tanken på en medelbar förlikning ligger ju utomordentligt nära till hands.

En utfästelse att åtnöjas med skiljedomen kan emellertid också uppfattas på ett annat sätt. Den behöver nämligen blott innebära, att skiljedomen godtages såsom ett rent deklarativt omdöme, utan att därför parterna materiellträttsligt förplikta sig att ställa sig skiljedomen till efterrättelse. Skiljeavtalet bleve då i det närmaste att jämställa med ett prorogationsavtal. Skiljedomen skulle ej bilda någon grund för rättigheter och skyldigheter parterna emellan, och den skulle icke blott med avseende å skiljemännens verksamhet utan även med avseende å sin rättsliga karaktär i övrigt påfallande erinra om domstolsdomen, dock med den viktiga skillnaden, att dess bindande verkan skulle bero på parternas uttryckliga eller presumerade överenskommelse, icke därpå, att den uppbures av samhällsmaktens auktoritet.

Det har från flera håll betonats, att skiljeinstitutet är ett rättsinstitut, som, ursprungligen av mer eller mindre privaträttslig karaktär, med tiden erhållit en alltmer processuell prägel[47]. I vad angår den här berörda frågan, har man på sina håll hävdat, att sagda utveckling i vissa länder medfört, att skiljeavtalet finge anses innefatta, såsom *Hegler* uttryckt sig, icke »Erfüllungsversprechen» utan »Vereinbarung auto-

---

46 Därom torde enighet råda. Se särskilt *Hassler,* Om verkställighet av utländsk skiljedom, i SvJT 1929, s. 198 ff., och jfr *Frey* s. 183 f. ävensom *Engströmer* I s. 8.

47 Så inom nordisk litt. *Frey* s. 65 ff.; *Engströmer* I s. 8 f.

ritativer Geltung (wie ein Urteil)»[48]. — Huruvida i svensk rätt utvecklingen lett därhän, att man numera har att anlägga ett dylikt rent processuellt betraktelsesätt på skiljeavtalet och skiljedomen, är föremål för meningsskiljaktighet. Å ena sidan har av *Hassler*[49] och *Marks von Würtemberg*[50] gjorts gällande, att det alltjämt vore möjligt att med åberopande av en skiljedom föra fullgörelsetalan vid domstol, å andra sidan har *Engströmer*[51] hävdat, att skiljedomen såsom en processuell fastställelseakt, analog med en domstols dom, icke kunde utgöra grundval för sådan talan.

Vad som förmenas hava åstadkommit den ifrågasatta förändringen i den svenska rättens ståndpunkt, är tillkomsten av UL år 1877. Dessförinnan gällde stadgandet i UB 4:15: »Hafwer man å båda sidor skutit thet, som twist är om, under goda män, och utfäst sig, at nöjas åt theras slut; gånge tå thet til utmätning.» Såsom *Hassler*[52] visat, innebar detta stadgande icke, att skiljedomen jämställdes med en domstols dom. Bestämmelsens förhistoria ävensom dess förekomst i det kapitel, som handlade »om utmätning å skuldebref, klara förskrifningar och goda mäns utslag», ger i stället vid handen, att en kondemnatorisk skiljedom utgjorde en sådan fordringsgrund, som till följd av viss likviditet kunde medföra exekution utan föregående domstolsprocedur, men som också, om borgenären så föredrog, kunde åberopas såsom grund för en fullgörelsetalan vid domstol. Som bekant, har man nämligen i svensk rätt redan tidigt känt en särskild exekutiv processform i mål om gäld, där fordran grundat sig på skuldebrev eller andra klara och genast bevisliga skäl[53]. Då Nya LB år

48 Se *Hegler* s. 104 (not 3 till s. 103); jfr *Hellwig,* System II s. 103 f., 122, 133; *Altenrath* s. 36; *Sperl s.* 782 f.; *Littauer* s. 18 ff. Inom nordisk doktrin se särskilt *Frey,* a. st.

49 A. st.

50 I SvJT 1932 s. 271 f.

51 I s. 4 ff.; II s. 469 ff.

52 A. st.

53 Se härom *Sjögren* i TfR 1901 s. 1 ff. o. *Hassler,* a. st.

1876 avgav sitt förslag till UL, avsåg den att giva skiljedomen en mer processuell prägel. I motiven till förslaget (s. 83) yttrades:

»Af nu gällande lagbestämmelser (15 § 4 Kap. Utsökningsbalken) i fråga om skiljemannadom, då parterna sjelfva skjutit det, hvarom tvist varit, under skiljemän, torde böra dragas den slutföljd, att sådan dom gäller allenast såsom bevisningsmedel, så att den vinnande, för att göra sin rätt gällande, måste derom ånyo anhängiggöra talan. Då likväl skiljemannadomen innefattar ett slutligt afgörande af rättsfrågan, har Beredningen, i likhet med de föregående lagförslagen, ansett, att full exigibilitet bör dylik dom tillerkännas, under förutsättning att den tillkommit i sådan ordning, att den mot parterna har förbindande kraft. Härvid är således att tillse, att parterna utfäst sig att nöjas åt skiljemännens beslut, att desse blifvit i behörig ordning utsedda, att de ej öfverskridit sin befogenhet och dömt öfver annat eller mera, än som varit till deras afgörande hänskjutet o. s. v. Då likväl denna grannlaga pröfning icke lämpligen kunnat anförtros åt utmätningsmannen, har den i stället uppdragits åt öfverexekutor. Enahanda pröfningsrätt har ock ansetts böra tillkomma öfverexekutor i de fall, då enligt särskilda föreskrifter i lag (såsom Sjölagen 321 §) en tvistefråga skall af skiljemän afgöras.»

På grund av vad sålunda anförts upptogs i 46 § UL, under det kapitel, som fick till överskrift »Om verkställighet af dom i tvistemål, så ock af beslut i utsökningsmål», följande bestämmelse: »Vill någon erhålla verkställighet å skiljemannadom, söke det hos öfverexekutor; hafva parterna under skiljemännen skjutit det, hvarom dömdt blifvit, och utfäst sig att nöjas åt skiljemännens beslut, eller skall domen eljest enligt lag till efterrättelse lända, förordne öfverexekutor, att domen verkställas må, och gånge den sedan i verket lika som domstols laga kraft egande dom, der ej af högre myndighet annorledes förordnadt varder.»

Medan man å ena sidan hävdat, att den sålunda genomförda

lagändringen åstadkommit en avgjord brytning med den äldre uppfattningen om skiljedomen såsom ett rättsfaktum med materiellrättslig verkan, har å andra sidan *Hassler*[54] gjort gällande, att nämnda lagändring vore av mera formell innebörd. För att en skiljedom skall kunna verkställas, menar Hassler, måste alltid dessförinnan konstateras, att skiljedomen innefattar ett för parterna bindande avgörande. Den prövning, som UL i detta hänseende ålade överexekutor, vore i realiteten densamma, som enligt äldre rätt tillkomme KB. Med tanke på detta fastställelseförfarande förklarar Hassler, att en skiljedom icke utan vidare *kan* tilläggas samma »fulla exigibilitet» som en domstols dom, ty den förra vore i själva verket ett rättsfaktum av helt annan karaktär än den senare. Nödvändigheten av ett nytt fastställelseförfarande är sålunda för Hassler det väsentliga. Däremot anser han det praktiskt sett ganska likgiltigt, »om överexekutor efter att hava funnit skiljedom äga bindande kraft giver förordnande om att den må verkställas, eller om han efter samma prövning meddelar utslag, varigenom fastställes den tappandes förpliktelse att fullgöra skiljedomen, vilket utslag sedan kan verkställas».

För min del är jag icke ense med Hassler om vad som gällde före lagändringen. Stadgandet i UB 4:15 får säkerligen icke tolkas så, att KB i där avsedda fall meddelade utslag, varigenom fastställdes den tappandes förpliktelse att fullgöra skiljedomen. Uttrycket »gånge tå thet til utmätning» ger i stället vid handen, att KB:s åtgärd bestod däri, att han under de i §:n nämnda förutsättningarna förordnade om utmätning. Då åter enligt UL överexekutor har att förordna om skiljedoms verkställighet, innebär detta visserligen en förändring såtillvida, som verkställigheten kan avse även andra kondemnatoriska skiljedomar än sådana, som fastställt en betalningsskyldighet, men i övrigt är det ingen skillnad på arten av förordnandet. I nu berörda avseende kan jag alltså icke finna, att UL medförde ens den förändring, som Hassler påstår. Riktigt

54 A. st., sarskilt s. 200 ff.

är däremot, att den prövning, som enligt UL skall föregå verkställighetsförordnandet, är fullt identisk med den, som ägde rum enligt den äldre rätten. Ser man blott till innehållet av 46 § UL, kan denna lag icke anses ha medfört någon ändring av principiell betydelse.

Emellertid är det otvivelaktigt, att en förändrad uppfattning ligger bakom stadgandet i sagda lagrum. Det är icke längre därför, att skiljedomen skulle utgöra en skuldfordringsgrund av likvid beskaffenhet[55], som den tillägges exigibilitet, utan därför, att den innefattar »ett slutligt afgörande af rättsfrågan». Denna förändrade uppfattning har i lagen kommit till uttryck därigenom, att stadgandet om skiljedomens verkställighet fått sin plats i det kapitel, som handlar »om verkställighet av dom i tvistemål, så ock av beslut i utsökningsmål». Nya LB har velat bryta med den uppfattning, som jämställde en skiljedom med »en handling, varå fordran grundas», och denna beredningens mening har kommit till uttryck genom stoffets gruppering i UL. Så som denna lag uppställts, kan en skiljedom omöjligen utgöra grund för lagsökning enligt 2 kap. UL.

Men huru förhåller det sig då med den prövning, som erfordras för konstaterandet därav, att en bindande skiljedom föreligger? Är det icke riktigt, att det föreligger en skillnad med avseende å vad som föregår verkställigheten av en skiljedom och en domstols dom? Obestridligen, men detta utesluter icke, att skiljedomen betraktas såsom en rent processuell fastställelseakt, liksom en domstolsdom i regel saknande materiellrättsliga verkningar. Den skillnad, som här föreligger, kan uppfattas blott såsom en gradskillnad. Verkställighet förutsätter normalt två fastställelseakter, nämligen dels en fastställelse av ett materiellt anspråk, vilken fastställelse utgör innehållet i exekutionstiteln, dels ock ett konstaterande därav, att en exekutionstitel verkligen föreligger, ett konstaterande,

55 *Hassler*, a. st., kritiserar med rätta Nya LB:s uttalande, att skiljedomen enligt äldre rätt utgjorde allenast ett »bevisningsmedel».

som tillkommer den exekutiva myndigheten själv. Detta konstaterande utgör vid verkställighet av (inhemska) domar någonting ytterligt enkelt. Redan domsurkundens yttre beskaffenhet är i regel ägnad att undanröja alla tvivel angående urkundens äkthet, och frågan om domstolens kompetens är något, som den exekutiva myndigheten icke har att befatta sig med. Konstaterandet av exekutionstitelns förefintlighet är därför något, som vid domsverkställighet varken i lagstiftningen, rättspraxis eller litteraturen påkallat någon särskild uppmärksamhet. Men även vid sådan verkställighet *kan* konstaterandet av exekutionstiteln växa ut till en ganska krävande prövning, så krävande rentav, att den icke bör företagas av den exekutiva myndigheten själv utan måste ske vid domstol. Man tänke sig blott det fall, att fråga uppkommer, huruvida domsurkunden är förfalskad. — Vad åter beträffar en skiljedom, ger denna icke någon garanti för sin egenskap av exekutionstitel. Det vore en ytterst otillfredsställande ordning, om en person kunde vinna exekution blott genom att förete en handling, som enligt sitt innehåll utgjorde en skiljedom. Här kräves en prövning av mera omfattande art, en prövning, beträffande vilken det ej är någon sällsynthet, att den avser så svårutredda frågor, att densamma icke lämpligen bör äga rum i den för utsökningsmål stadgade ordningen. — Vilken vikt och betydelse man skall tillägga den nämnda gradskillnaden, är beroende på en subjektiv värdering och utgör alltså en fråga, på vilken icke kan givas något logiskt bindande svar[56]. Vid sådant förhållande bör man enligt min

[56] Det kan i detta sammanhang erinras därom, att vissa främmande rättsordningar jämställa skiljedomen med en domstols dom. Se t. ex. norska loven om rettergangsmaaten for tvistemaal § 464 p. 2, där det med syftning på »voldgiftsdommen» säges: »Den har samme virkning som en retskraftig dom, hvis ikke parterne i voldgiftsavtalen har forbeholdt sig indankning for en ny voldgiftsret.» Jfr *Hagerup* II s. 444 f. Se vidare ang. österrikisk rätt *Pollak* II s. 781; *Sperl* s. 806. Ang. den ordning, som gällde i tysk rätt på grund av en novell 1924, till dess genom lag 1930 åstadkoms en ny ändring, och som i viss mån var jämförbar med vad som gäller hos oss, se t. ex. *Stein-Jonas,* Novelle s. 13; *Baumbach* s. 169.

mening hålla fast vid den värdering, varåt lagen själv givit uttryck. Lagen har i systematiskt avseende icke lagt någon vikt vid att förfaringssättet vid verkställighet av skiljedom skiljer sig från vad som äger rum vid verkställighet av en domstols dom. Ur lagens synpunkt är skiljedomen lika fullt en processuell fastställelseakt[57]. För den gällande rättens del synes man ha desto större anledning att ansluta sig till detta betraktelsesätt, som detsamma i 1929 års lag om utländska skiljeavtal och skiljedomar i avsevärd grad anlagts även å sådana skiljedomar[58].

Ehuru det anförda redan givit svar på frågan om beskaffenheten av förevarande utfästelse att vilja med skiljedomen åtnöjas, är det likväl av intresse att något dröja vid vad som ytterligare anförts i ämnet. Redan namnen på de ovan omförmälda författare, som utbytt meningar om förevarande spörsmål, utesluta ett definitivt ståndpunktstagande i frågan utan föregående granskning av författarnes argument.

Till en början må uppmärksammas ett uttalande av *Engströmer*[59]. Framhållande, att det här berörda spörsmålet sammanhänger med frågan om skiljedomens rättskraft, yttrar denne författare: »I den mån den» (nämligen skiljedomen) »får rättskraft, bör den icke kunna begagnas som grund för en i rättegång förd fullgörelsetalan om den rättskraftigt avgjorda tvistefrågan. Att skiljedomen får en viss rättskraft, torde vara obestridligt. Visserligen är denna mera begränsad än den rättskraft, som en domstols dom får, men intet stöd synes finnas för att denna begränsning skulle omfatta rättskraftens hela negativa verkan att medföra processhinder.»

---

57 För förekommande av varje missförstånd vill jag uttryckligen framhålla, att i texten lagts avgörande vikt vid den uppfattning, som kommit till uttryck i lagen, icke i dess förarbeten. Det kan således ej invändas, att Nya LB icke konsekvent fasthållit vid sin i detta sammanhang uttalade åsikt, i det att beredningen sedermera såväl i principbetänkandet som i förslaget till lag om skiljemän betecknat skiljeavtalet såsom en art av förlikning (jfr ovan s. 13[24]).

58 Se härom särskilt *Engströmer* I o. II.

59 I s. 7.

— Såvitt jag förstår, är det icke utan fog, som Engströmer här framhåller, att frågan bör ses även ur den av honom nämnda synpunkten. Det torde finnas de, som mena, att skiljedomen är ett materiellträttsligt rättsfaktum, men som icke desto mindre vilja tillerkänna densamma en viss rättskraftsverkan — eller kanske rättare en viss rättskraftsliknande verkan. Den omständigheten, att skiljedomen såsom innefattande ett rättskraftigt avgörande utgör processhinder[60], är emellertid alldeles detsamma, som att skiljedomen utgör en processuell fastställelseakt och icke ett materiellträttsligt rättsfaktum. Därmed är dock även utsagt, att Engströmers berörda uttalande icke innefattar något bevis för riktigheten av den processuella uppfattningen, ty demonstrandum kan ju ej styrkas medelst en i andra ordalag klädd omskrivning för demonstrandum.

Å ömse sidor har man åberopat rättspraxis. Vad först beträffar rättsfall av mera omedelbar betydelse för det föreliggande spörsmålet, beröra, såsom *Engströmer*[61] framhållit, icke alla av de rättsfall, som anförts till stöd för den materiellträttsliga uppfattningen, sådana skiljedomar, på vilka 46 § UL äger tillämpning. Endast rättsfall, som avse skiljedomar av denna art, hava emellertid betydelse i detta sammanhang. Iakttages denna begränsning, finnes bland de hittills åberopade svenska rättsfallen blott ett, som avser förevarande fråga, nämligen det, som refereras i NJA 1901 s. 204. *Engströmer* och *Marks von Würtemberg* ha visserligen uppmärksammat ännu ett rättsfall, NJA 1898 s. 499, men detta rättsfall avser icke en skiljedom av det slag, att den vinnande parten kunnat med stöd av 46 § UL erhålla verkställighet å skiljedomen[62]. Däremot kan möjligen rättsfallet i NJA 1888

60 Jfr nedan s. 241. 61 I s. 5.

62 I rättsfallet, som refereras i NJA 1898 s. 499, hade A. utfäst sig, att om han skulle bryta mot viss förbindelse, till S. utgiva det skadestånd, som av »godemanna ordom» bestämdes. Vid sedermera tillkommet skiljeförfarande överskredo skiljemännen sin kompetens, i det att de icke, såsom sig bort, åtnöjde sig med att fastställa, huruvida och till vilket värde skada uppstått,

s. 258 förtjäna att framhållas. I sistnämnda rättsfall fördes fullgörelsetalan på grund av skiljedom, och underrätten biföll denna talan. HovR:n, vars dom fastställdes av HD, fann åter skiljedomen icke tillkommen under sådana omständigheter, att den kunde anses bindande mot den förment förpliktade. Hade fullgörelsetalan ansetts icke kunna föras, borde den instämda talan ej hava upptagits till saklig prövning. Emellertid kan utgången av detta rättsfall måhända förklaras därutav, att skiljeavtalet träffats redan 1878, före UL:s ikraftträdande alltså, varför en i skiljeavtalet intagen bestämmelse, att parterna »på förhand godkände kompromissens beslut utan appell eller klander», kan hava av denna anledning uppfattats såsom en materiellrättslig utfästelse, den där medgåve en talan inför domstol[63]. — I motsatt riktning går det förutnämnda rättsfallet i NJA 1901 s. 204. HD:s majoritet biföll allenast i så måtto parts på skiljedom grundade fullgörelsetalan, att motpartens genstämningsvis mot skiljedomen

---

utan förpliktade A. att till S. utgiva visst belopp. A. klandrade skiljedomen, och S. genstämde med yrkande, att A. måtte förpliktas utge det av skiljemännen bestämda skadeståndsbeloppet jämte ränta. I målet förklarades A. *på den grund, att han brutit mot sin förbindelse,* skyldig att till S. utgiva det skadestånd, som skiljemännen bestämt. Utgången av målet visar icke, att en kondemnatorisk skiljedom skulle kunna utgöra grund för fullgörelsetalan vid domstol. Skiljemännens fastställelse i ett dylikt värderingsfall kan icke verkställas; något avgörande angående anspråket har ju ännu icke träffats. — Med det sist sagda har jag icke velat bestrida, att det gives fall, där enligt praxis ett värderingsutlåtande kan utgöra grund för verkställighet i den ordning, 46 § UL stadgar, men då har dessförinnan själva förpliktelsen blivit fastställd.

63 Att avtalet träffats före UL:s ikraftträdande, kan ej anses hava medfört, att icke skiljedomen (vilken meddelades 1883) kunnat, om den varit bindande, verkställas enligt 46 § UL. Men en år 1878 avgiven materiellrättslig utfästelse kan å andra sidan icke anses hava förändrat karaktär genom UL:s ikraftträdande. För verkställighet av en efter UL:s ikraftträdande meddelad skiljedom, som grundat sig på ett dylikt före 1879 ingånget skiljeavtal, synes sålunda både domstolsvägen och den direkta exekutionsvägen hava stått öppna. Huruvida HD anlagt ett så teoretiskt betraktelsesätt, kan dock vara tvivel underkastat.

anförda klander ogillades[64]. Ehuru 1901 års rättsfall antyder en förändring i uppfattningssättet, lärer det dock vara alltför vågat att av detta enda rättsfall draga några bestämda slutsatser angående rättspraxis' ståndpunkt. Ännu mindre äger man på 1888 års rättsfall grunda något omdöme i detta hänseende.

Under sådana omständigheter har det ett alldeles särskilt intresse att undersöka, om man indirekt kan bygga på rättspraxis. I ett flertal rättsfall, som rört verkställighet av skiljedom, har frågan, huruvida bindande skiljeavtal kommit till stånd, förklarats vara av så tvistig beskaffenhet, att den icke finge prövas i den för utsökningsmål stadgade ordning[65]. Det ligger nära till hands att jämställa detta förfaringssätt med det i UL §§ 24 och 27 för lagsökning föreskrivna, att målet såsom tvistigt förvisas till domstol. Är ett sådant jämställande befogat, har man i förevarande praxis ett starkt stöd för de synpunkter, *Hassler* anlagt[66].

Särskilt *Marks von Würtemberg* har i sitt inlägg i frågan uttalat, att det torde vara en konsekvens av nämnda praxis, att en part, som önskade få skiljedom befordrad till verkställighet, redan från början kunde vända sig till domstol i stället för till överexekutor. Att möjlighet därtill förefunnes, vore stundom av partens intresse påkallat, i synnerhet om denne hade sig bekant, att verkställighetsyrkandet komme att mötas med invändningar, som ej kunde vederläggas annat än i ordinär civilprocess.

Jag måste erkänna, att jag för min del med tanke på sagda praxis varit benägen att anse, att man vid rättstillämpningen icke tagit konsekvenserna av UL:s ståndpunkt. Sedan jag tagit del av *Engströmers* senaste inlägg[67] och med anledning

---

64 Jfr *Engströmer* I s. 5 f.

65 Se rättsfall i NJA 1898 s. 586, (1902 s. 401) 1923 s. 206 o. 630, 1924 s. 554, 1927 s. 560.

66 Jfr ovan s. 27 ff.

67 *Engströmer* II.

av detsamma underkastat frågan en förnyad prövning, kan jag emellertid icke annat än ansluta mig till denne författares uppfattning med avseende å nämnda praxis. Av största betydelse är uppenbarligen att utfinna grunden för densamma. Alldeles uteslutet är förvisso icke, att förfaringssättet grundats på en analogi, stödd på 24 och 27 §§ UL, men mera sannolik förefaller den förklaring, Engströmer givit. I 16 § av 1887 års skml. talades i första stycket om ett fall, då det stod part fritt att till domstol instämma fråga, som hänskjutits till skiljemän. I andra stycket stadgades: »Lag samma vare, där öfverexekutor finner skiljedom så mörk, att verkställighet derå ej kan meddelas.» Den senare bestämmelsen tillkom efter anmärkning inom HD, att »till förekommande af eljest möjligen uppstående tvekan om lagens mening, borde, i analogi med hvad 47 § utsökningslagen innehåller om annan dom», fogas detta tillägg. Ett i sak lika stadgande upptogs sedermera i 1929 års lag § 22. — Har man att uppfatta, vad som sker i praxis, såsom ett förfaringssätt, analogt med det i 47 § UL föreskrivna, innebär sagda praxis icke något mot den processuella uppfattningen stridande. Liksom man i 47 §:ns fall icke kan frånkänna domen dess speciella karaktär och betrakta den såsom ett materiellträttsligt rättsfaktum, endast därför att den icke kan verkställas, innan ett nytt judiciellt förfarande ägt rum, behöver man ej heller i förevarande praxis finna något uttryck för den materiellträttsliga uppfattningen av skiljedomen. Nu måste det visserligen sägas, att 16 § 2 st. i 1887 års lag, liksom 22 § i 1929 års lag, enligt sin avfattning icke alls innehåller någon med 47 § UL analog bestämmelse. Avfattningen strider påfallande mot motiveringen[68]. Men detta hindrar icke, att man uppfattar ifrågava-

[68] I 47 § UL är det fråga därom, att parterna hänvisas att i laga ordning söka förklaring av dom. I 16 § 2 st. av 1887 års skml. och 22 § i 1929 års lag är det däremot icke fråga om någon förklaring av skiljedomen eller över huvud taget om dess åberopande inför domstol. Det är i stället fråga därom, att varken skiljedomen eller skiljeavtalet utgör hinder för domstols materiella prövning av den fråga, skiljemännen prövat. I det uti sistnämnda stadganden

rande praxis såsom en parallell till förfaringssättet i 47 § UL, en uppfattning, som förefaller desto mer berättigad, som man synes kunna betrakta den i sagda § givna bestämmelsen såsom ett uttryck för en mer omfattande princip, nämligen den, att under ett exekutivt förfarande uppkomna frågor av den art, att de icke böra avgöras i den för utsökningsmål stadgade ordning, äro att förvisa till domstol[69]. Även bestämmelserna i 24 och 27 §§ UL framstå såsom uttryck för en sådan regel, och såtillvida skulle det också kunna talas om en analogi från dessa §§[70].

Såsom det sagda torde giva vid handen, kan jag icke finna, att rättspraxis strider mot den processuella uppfattningen. Däremot måste det erkännas, att ett konsekvent genomförande av denna uppfattning medför en praktisk olägenhet för den vinnande parten. Det måste ur dennes synpunkt anses otillfredsställande, att han, om han befarar eller kanske rentav har grundad anledning antaga, att hans verkställighetsyr-

---

avsedda fallet är skiljedomen icke bindande, och domstolens prövning avser parternas materiella rättsförhållande, oberoende av skiljedomen. I de fall, varom fråga är i praxis, är det åter domstolens uppgift att pröva, om en giltig skiljedom föreligger, men icke att döma angående det materiella rättsförhållande, skiljemännen prövat. En tredje grupp av fall avser förklaring av skiljedom. Sådan förklaring kan icke sökas hos skiljemännen. Jfr *Trygger* i TfR 1895 s. 284 (o. JFT 1910 s. 273 f.); *Frey* s. 168; *Wrede*, Utsökningsväsendet s. 229. Däremot har i ett rättsfall, NJA 1929 s. 77, domstol — sedan frågan om skiljedomens verkställighet förklarats vara av beskaffenhet att icke kunna avgöras i den för utsökningsmål stadgade ordning — med stöd av förebragt utredning om viss i skiljedomen tillämpad men ej angiven beräkningsgrund för prisnedsättning meddelat förklaring angående skiljedomens innebörd.

69 Att detta skulle gälla undantagslöst i svensk rätt, kan måhända vara alltför vågat att utan ingående undersökning påstå, men rimligen synes man ej böra inskränka möjligheten av en förvisning till domstol till det i 47 § avsedda fallet — man tänke sig det förutnämnda exemplet, att fråga uppkommer, om exekutionsurkunden är förfalskad.

70 Då här ovan ansetts såsom mindre sannolikt, att nämnda praxis bygger på en sådan analogi, avsågs endast att förneka sannolikheten av skiljedomens jämställande med en »handling varå fordran grundas» och en därav föranledd analogi från de båda nämnda §§.

kande skall mötas med sådana invändningar, som icke kunna prövas i exekutiv ordning, likväl skall behöva gå en ur hans synpunkt meningslös omväg för att nå fram till en domstolsprövning av skiljedomen. Detta gäller emellertid, som sagt, endast ur den vinnande partens synpunkt. Såsom *Engströmer*[71] framhållit, skulle åter konsekvenserna av den motsatta uppfattningen lända till men för den tappande parten. Framför allt är att taga hänsyn till den fara, som det innebure för denne, om han finge mot sig två exekutionstitlar på samma skuld. Men även en annan sak är att observera. Det torde råda enighet därom, att den prövning, domstolen har att företaga, blir av annan art än den, som enligt 46 § UL tillkommer överexekutor. Domstolens prövning inskränker sig icke till frågan om förutsättningarna för skiljedomens verkställighet utan utgör en definitiv prövning av skiljedomens giltighet. Vore det nu möjligt för den vinnande parten att omedelbart vända sig till domstol för att få fastställt skiljedomens giltighet, kunde den tappandes i 21 § skml. lagfästa möjlighet att klandra skiljedomen komma att lida intrång därigenom, att den honom medgivna fatalietiden kunde komma att förkortas och han tilläventyrs nödgades att vid en för honom oläglig tidpunkt föra sin klandertalan såsom försvar mot den vinnande partens talan. Engströmer drager här en träffande parallell med lagsökningsförfarandet: återvinningsfristen kan den vinnande parten icke förkorta genom att till domstol instämma talan om fastställelse av lagsökningsutslaget. — Vilken ståndpunkt man än intoge, skulle alltså en viss olägenhet uppstå för endera parten. Lagen har löst denna intressekonflikt till den tappandes förmån, och för denna lösning får man böja sig, vare sig man anser den lämplig eller icke.

Med avseende å den fråga, som föranlett den gjorda utredningen, kan resultatet av denna sammanfattas så, att enligt gällande svensk rätt parternas uttryckliga eller av lagen pre-

[71] II s. 469 ff.

sumerade utfästelser att åtnöjas med skiljedomen icke äro av materiellrättslig art. De innefatta icke ett löfte av vardera parten att ställa sig skiljedomen till efterrättelse utan äro i stället att jämställa med parternas utfästelser i ett prorogationsavtal. Liksom parterna genom detta avtal godtaga ett avgörande av en eljest icke behörig domstol, godtaga de genom skiljeavtalet ett avgörande av en eller flera privatpersoner, och under särskilda i lag uppställda betingelser godtager rättsordningen i sin tur ett sådant avgörande såsom ett surrogat för en domstolsdom.

Mot det sålunda vunna resultatet skulle emellertid möjligen kunna framställas en ännu icke berörd invändning. Man kan mena, att den innebörd lagen ger åt en utfästelse att åtnöjas med skiljedomen, icke behöver överensstämma med parternas mening. Är icke lagen att tolka så, att utfästelsen får anses äga sagda innebörd blott in dubio? Är icke utfästelsens innebörd i första hand beroende på parternas mening, och kunna icke dessa med bindande verkan giva utfästelsen ett materiellrättsligt innehåll? Dessa frågor måste besvaras nekande, under förutsättning att parterna eftersträva en skiljedom, som faller under skml. I vad mån parterna kunna med laga verkan få till stånd en skiljedom, som har allenast materiellrättsligt bindande verkan, är en föga utredd fråga, som i detta sammanhang må lämnas därhän[72]. Men om skiljeavtalet faller under skml. — och så är regelmässigt förhållandet, så snart avtalet icke innefattar förbehåll om klanderrätt — är det rättsligen irrelevant, om parterna giva sin berörda utfästelse ett materiellrättsligt innehåll. Den objektiva rätten har tvingande reglerat skiljedomens rättsverkan. Lika litet som parterna genom en utfästelse att ställa sig till efterrättelse en domstols dom kunna göra denna till ett materiellrättsligt rättsfaktum, lika liten betydelse har det i förevarande fall, om parterna giva utfästelsen ett materiellrättsligt innehåll. Önska de en sådan skiljedom, som skml. erbjuder, kunna de

72 Se därom nedan under § 10.

icke tillika uppnå en skiljedom med materiellträttslig verkan — jag bortser från sådana privaträttsliga biverkningar och reflexverkningar, som kunna tillkomma jämväl en domstols dom[73].

Det har hittills blott varit tal om den positiva betydelsen därav, att en fråga hänskjutes till avgörande av skiljemän. Däri ligger emellertid även ett negativt moment, nämligen att frågan ej skall avgöras i annan ordning. Detta negativa moment skall något närmare uppmärksammas under avsnittet om skiljeavtalets innehåll. Där skall även behandlas spörsmålet, huruvida ifrågavarande hänskjutande innefattar utfästelser av parterna att medverka till skiljedomens åstadkommande.

3) Innebörden därav, att avgörandet skall träffas av »skiljemän».

Avgörandet skall träffas av »skiljemän». Därigenom skiljer sig skiljeavtalet från prorogationsavtalet. Båda ha det gemensamt, att de undandraga en fråga den dömande myndighet, som eljest skulle äga upptaga densamma, och hänskjuta dess prövning och avgörande till annan eller andra personer. Men medan prorogationsavtalet allenast hänför sig till behörigheten domstolar emellan, hänskjuter skiljeavtalet en fråga till privata personer, privata i den meningen, att de icke i egenskap av offentlig myndighet pröva och avgöra frågan[74]. Skiljeförfarandet är således icke att betrakta såsom någon extraordinär processart.

73 Se därom *Agge* s. 49 ff.

74 I en del länder uppfattar man skiljeavtalet såsom ett särskilt slag av prorogationsavtal, en uppfattning, som medfört vissa konsekvenser i internationellt-privaträttsligt hänseende; så särskilt i Italien. Jfr *Nussbaum* i IJ I s. 15 f.; *Neuner* II s. 42. Om skiljeavtalets avgränsande från prorogationsavtalet se särskilt sistnämnde förf. II s. 39[4].

Beträffande skiljeavtalets avgränsande från prorogationsavtalet möter ett särskilt spörsmål. Som bekant, tillerkänner svensk rätt i regel[75] icke någon rättslig verkan åt sistnämnda avtal (se RB 10:32)[76]. Då det på ett undantag när[77] icke föreligger något hinder i svensk rätt, att domare utses till skiljemän, och då sådana synas kunna utses i skiljeavtalet även utan namngivande av vissa personer, kan man tänka sig ett skiljeavtal av exempelvis det innehåll, att viss tvist mellan parterna skall avgöras av en skiljenämnd, bestående av ledamöterna i en bestämd rådstuvurätt. Att i dylikt fall föreligger ett skiljeavtal, vadan rådstuvurättens ledamöter, om de åtaga sig uppdraget, ha att såsom parternas förtroendemän avgöra tvisten efter de direktiv, parterna giva med avseende å skiljeförfarandet, kan knappast vara tveksamt. Men om parterna, utan att nämna ordet skiljemän eller något därmed jämställt uttryck, avtala, att viss tvist dem emellan skall avgöras av nämnda personer, uppstår frågan, huruvida man här har att göra med ett skiljeavtal eller med ett sådant verkningslöst avtal, varom RB 10:32 förmäler. Framgår det av

75 Från denna regel göres ett undantag i § 324 sjölagen, enligt vilket stadgande parter kunna med laga verkan överenskomma, att tvist må instämmas till viss annan rådstuvurätt än den, som enligt 323 § samma lag är behörig. Förstår man med prorogationsavtal en överenskommelse, varigenom parterna underkasta sig en eljest icke behörig domstol, innehåller nämnda stadgande det enda undantaget från sagda regel. Emellertid kan man också giva begreppet prorogationsavtal en vidare omfattning. RB 10:32 frånkänner verkan åt sådant avtal, varigenom någon utfäst sig att svara (varmed, såsom *Trygger,* 1901 års lag s. 18, framhållit, måste jämställas, att någon utfäst sig att kära) vid annan än *rätt* domstol. Avtal, varigenom någon utfäst sig att kära eller svara allenast vid ett av flera konkurrerande fora, frånkännes däremot icke verkan. Bestämmer man begreppet prorogationsavtal så, att det omfattar även sådana avtal, föreligger här ytterligare ett undantag från den nämnda regeln.

76 Ehuru det möjligen kan vara tveksamt, huru man skall tolka orden »vare utan verkan» i RB 10:32, ansluter jag mig till den av *Kallenberg,* 1901 års lag I s. 24 f., givna tolkningen, enligt vilken ett avtal av den i § avsedda beskaffenheten saknar icke blott processuell utan även materiellrättslig verkan.

77 Enligt K. Br. till statskontoret d. 11/6 1926 får justitieråd eller regeringsråd ej vara skiljeman annat än i vissa fall.

omständigheterna, att enligt parternas mening rådstuvurättens ledamöter skola avgöra tvisten i egenskap av skiljemän, synes det icke finnas något skäl att ej anse ett giltigt skiljeavtal föreligga, trots att de personer, till vilka avgörandet hänskjutits, icke uttryckligen betecknats såsom skiljemän[78]. Framgår det åter icke, att parternas mening varit den sagda, måste avtalet på grund av stadgandet i RB 10:32 sakna verkan. Skulle så t. ex. en person i strid mot ett avtal, att tvist med anledning av visst kontrakt skall avgöras av rådstuvurätten i Södertälje, stämma till rätt forum, som är annan domstol, kan icke svaranden göra invändning om avtalet under förmälan, att även om detsamma skulle sakna verkan såsom prorogationsavtal, sagda rådstuvurätts ledamöter dock i egenskap av skiljemän ägde avgöra målet.

På den förutnämnda omständigheten, att skiljemännen, ehuru deras uppgift är likartad med en domstols, likväl icke utgöra något samhällsmaktens organ, torde man stundom syfta, då man framhållit, att skiljeförfarandet har en »privat karaktär»[79], eller då man betecknat skiljedomen såsom en »privatakt»[80]. Denna privata karaktär hos skiljeförfarandet framträder såsom betydelsefull i två olika avseenden.

---

78 Ett indicium i detta hänseende men knappast något mer utgör den omständigheten, att det talats om *ledamöterna* i viss rådstuvurätt, icke om rådstuvurätten såsom en kollegial enhet. — Mera tveksamt är det motsatta fallet, att parterna avtalat, att viss tvist dem emellan skall avgöras av en bestämd domstol, men omständigheterna det oaktat ge vid handen, att domstolen avses skola fungera såsom skiljenämnd. Ehuru man i utländsk litteratur finner delade meningar därom, huruvida en myndighet eller en juridisk persons organ kan utses till skiljenämnd (se t. ex. *Frey* s. 126 och där anf. litt. ävensom *Hanausek* s. 14; *Fitting* s. 776; *Stein-Jonas* § 1032, I; *Krause* s. 99), lämnar avfattningen av 5 § skml. klart besked, att endast fysiska personer kunna vara skiljemän (oriktigt *Trygger* i TfR 1895 s. 23). Man torde i förenämnda fall böra anse, att valet gäller de enskilda personer, som tillsammans utgöra myndigheten eller organet. Jfr *Frey*, a. st.; *Wach* s. 70. Om det fall slutligen, då omständigheterna icke klart utvisa, att ett skiljeavtal avsetts, talas omedelbart härefter i texten.

79 Se inom nord. litt. *Frey* s. 77 o. jfr *Granfelt* i JFT 1912 s. 76.

80 *Frey* s. 193; *Altenrath* s. 42; *Nord* s. 25, 34 ff.

För det första har skiljedomens egenskap av privatakt tillerkänts den största betydelse i internationellt privaträttsligt hänseende. Härvid är dock att märka, att det icke är överallt, man uppfattar skiljedomen såsom en privatakt; i åtskilliga länder menar man, att skiljemännen utöva en offentligträttslig funktion och jämställer därför skiljedomen med en domstols dom[81]. Även där man tillägger skiljedomen egenskap av en privatakt, kan det förefalla, som inlade man däri något annat, än här sagts, ty skiljedomens nämnda egenskap motiveras vanligen därmed, att skiljedomen grundas på avtal eller därmed jämförlig privaträttslig akt[82]. I själva verket syftar man emellertid på ett och detsamma. Ingen menar, att en domstolsdom i ett mål, där domstolens behörighet grundats på ett prorogationsavtal, skulle utgöra en dylik privatakt, utan vad man i realiteten lägger vikt vid, det är, om avgörandet framstår såsom en akt av statlig rättsskipning eller såsom en akt, tillkommen till följd av en parterna medgiven rätt att låta en dem emellan uppkommen fråga avgöras av deras förtroendemän. Undantag göres dock för sådana avgöranden av parternas förtroendemän, vilka parterna på grund av bestämmelse i lag eller till följd av myndighets förordnande *nödgats* underkasta sig — man talar här om arbitrage forcé. Dylika parterna påtvungna skiljedomar ha ansetts icke kunna i internationellt privaträttsligt hänseende jämställas med övriga skiljedomar; statsmakten anses här ha engagerat sig på ett sätt, som förhindrar detta[83]. — Vilken betydelse man

81 Se härom särskilt *Brachet,* passim.

82 Se t. ex. *Kohler,* Beiträge s. 174; *Haeger* s. 73 och de ovan i not 26 nämnda franska författarna.

83 Jfr 1929 års lag om utländska skiljeavtal och skiljedomar § 11.

Om däremot domstol eller annan myndighet enligt stadgande i lag tagit sådan befattning med ett tillärnat eller pågående skiljeförfarande, att myndigheten på parts begäran utsett skiljeman, får statsmakten icke anses ha så engagerat sig, att skiljedomen bör ställas i någon särklass. Så även *Haeger* s. 76 ff.; *Nussbaum* i IJ I s. 34; *Brachet* s. 19 ff. A. m. *Kohler,* Beiträge s. 192 f.; *v. Bar* s. 193.

Har skiljedomen, såsom i en del länder stundom kan ske, i materiellt avse-

velat tillerkänna skiljedomens egenskap av privatakt, framgår av ett uttalande i motiven till 1929 års lag om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Det heter där bl. a.[84]: »Ett domstolsbeslut innebär ett mot den tappande parten riktat tvångsavgörande, som bottnar i en viss stats suveränitet. En skiljedom åter är till sin art något helt annat: ett resultat av den privaträttsliga överenskommelse, som ligger i skiljeavtalet. Att denna överenskommelse utfylles genom den i flertalet länder utformade lagstiftningen om skiljemannaförfarande och skiljedom, och att vissa sålunda givna bestämmelser äga tvingande egenskap, kan icke betaga den ur processuell synpunkt

ende överklagats vid domstol, är det tydligt, att domstolens utslag, även om det blott innefattar fastställelse av skiljedomen, är att uppfatta såsom en statsakt och icke såsom en skiljedom (jfr *Brachet* s. 21). Såsom oriktig anser jag sålunda den i fransk doktrin av *Weiss* (se *Brachet* s. 75 ff.) förkunnade läran, att möjligheten till appell emot skiljedom skulle hava sin grund »dans une convention tacite sous-entendue dans le compromis», varav Weiss drar den slutsatsen, att domaren, till vilken appelleras, utgör »un arbitre de 2e degré». Mot Weiss och Brachet, vilken anslutit sig till denna lära utan att dock vilja draga nämnda konsekvens, *Robert* s. 42 ff.

I detta sammanhang är ock att uppmärksamma den befattning med skiljeförfarandet, vilken enligt engelsk rätt i vissa fall tillkommer den centrala domstolen i London, High Court of Justice. Enligt Arbitration Act av år 1889 äga skiljemännen, i likhet med vad som förekommer inom den statliga rättsskipningen, till High Court hänskjuta en uppkommen »question of law» — sådan särskilt hänskjuten fråga säges under behandlingen i High Court utgöra en »special or consultative case». I skiljeförfarandet förekomma två fall av sådana »special cases». Det ena fallet är det, att skiljemännen, sedan de konstaterat fakta i målet (se *Bacon* s. 93), i skiljedomen helt eller delvis överlämna åt domstolen att träffa det slutliga avgörandet (Arb. Act § 7 b). I dylikt fall får domstolens avgörande karaktären av en vanlig dom. Men skiljemännen kunna ock utan att skjuta saken ifrån sig inhämta »the opinion of the Court» (Arb. Act § 19). I det senare fallet är det skiljemännen, som träffa det slutliga avgörandet. De äro principiellt icke bundna av domstolens utlåtande, men ett åsidosättande av detta kan medföra sådana följder, att resultatet praktiskt taget blir detsamma, som om så varit fallet (se *Bacon* s. 91). Förklarligen kommer utlåtandet de facto att så gott som alltid bestämma skiljedomens riktning. Ehuru skiljedomen sålunda i det under 19 § avsedda fallet formellt sett har fullt privat karaktär, kan det ifrågasättas, om man icke mera bör se till saken och enligt grunderna för 11 § i förenämnda svenska lag anse denna lag icke tillämplig på en dylik skiljedom.

84 Se K. prop. nr 227 till 1929 års riksdag s. 20 f.; NJA II 1929 nr 2 s. 78.

felfria skiljedomen karaktären av ett avtalsvis tillkommet rättsfaktum, som, i likhet med andra på avtalsväg tillskapade rättsförhållanden, bör, oberoende av statsgränser, respekteras och sanktioneras av den ena kulturstaten såväl som den andra.»[85] I detta uttalande anlägges ett privaträttsligt betraktelsesätt på den utländska skiljedomen[86], men en dylik motsättning emellan en skiljedom och en domstolsdom kan lika väl föreligga, om man på den förra anlägger ett rent processuellt betraktelsesätt: staten godtager den inländska skiljedomen såsom en processuell fastställelseakt; den kan då mycket väl, utan att brista i omsorg om sin egen suveränitet, såsom en dylik akt godtaga även en utländsk skiljedom, ty denna innebär lika litet som den inländska skiljedomen något i främmande makts suveränitet bottnande tvångsavgörande. Om staten däremot av andra hänsyn är förhindrad att godtaga den utländska skiljedomen såsom en sådan fastställelseakt, må lämnas därhän. Det finns ingen anledning att här dröja vid den svåra frågan, om man enligt svensk rätt har att betrakta även en utländsk skiljedom ur processuell synvinkel eller ej. Här må räcka att negativt fastslå, att uppfattningen om skiljemännen såsom privatpersoner, vilken uppfattning otvivelaktigt överensstämmer med svensk rättsåskådning, i internationellt privaträttsligt hänseende måste leda därhän, att en utländsk skiljedom icke jämställes med en utländsk

85 Jfr inom nordisk litt. exempelvis *Engströmer* I s. 3 f. Jfr i övrigt de i not 26 citerade franska författarna, i synnerhet *Brachet,* som ingående utvecklar den redan av *Merlin* framförda läran om skiljedomen såsom »une conséquence, une suite du compromis auquel elle emprunterait son caractère contractuel» (mot Brachet *Robert* s. 38 ff.). Av nyare tysk litt. se särskilt *Rheinstein* i IJ II s. 349 ff. o. *Nord* s. 35 ff. Jfr *O. Kahn* s. 26 ff. Anmärkningar mot den hittills gängse problemställningen ha framförts av *Nord* s. 21 ff. och *Neuner* II s. 37 ff. Åtskilliga ämnet belysande rättsfall från olika länder ha refererats och på ett utomordentligt sätt kommenterats i rättsfallsavdelningen i IJ I—III.

86 Skiljedomen karakteriseras t. ex. såsom ett på avtalsväg tillskapat rättsförhållande, ett uttalande, som väl dock avser att säga, att den ger upphov till ett på avtalsväg tillskapat rättsförhållande, ty huru skiljedomen själv skulle kunna utgöra ett rättsförhållande, är ofattbart.

dom, en ståndpunkt, som svensk lag också intagit. Huru man sedan positivt har att uppfatta den utländska skiljedomen, är en fråga, som faller utom ramen för denna framställning[87].

Som nämnt, framträder den privata karaktären hos skiljeförfarandet såsom betydelsefull även i ett annat hänseende än det hittills berörda. Rättegång inför domstol är ett förfarande, i vilket staten utövar sin domsrätt. Domstolen utgör ett organ för statsmakten. Parter, vittnen och andra i rättegången uppträdande personer stå i ett visst underordnat förhållande till domstolen. Denna fattar ofta oberoende av de i processen uppträdandes vilja beslut, som äro för dessa bindande, den äger en viss disciplinär myndighet, den handhar tvångsmedel, den kan under omständigheter ålägga och mottaga ed o. s. v. Skiljemännen åter utöva icke någon statens domsrätt. Parterna stå ej i något underordnat förhållande till dem. Med avseende å det yttre förfarandet är det i regel skiljemännen, som ha att rätta sig efter vad parterna föreskriva (skml. § 13), och de undantag, som uppställts från denna regel, förläna icke skiljemännen någon myndighet över parterna utan ha betingats därav, att det gives vissa »för en god rättsskipning grundläggande regler, vilkas iakttagande måste fordras, om staten skall medverka till att skiljedomen verkställes»[88]. Skiljemännen äga ej stadga vite eller eljest använda tvångsmedel, ej heller upptaga ed (15 § skml.). De ha ingen disciplinär makt över andra i skiljeförfarandet uppträdande personer.

---

87 Då det gällt att utveckla innebörden och betydelsen därav, att skiljeavtalet hänskjuter en fråga till skiljemän och icke till domstol, kräves en antydan om vad detta betytt och alltjämt betyder i internationellt privaträttsligt hänseende. Men ämnets begränsning tillåter svårligen mer än en antydan. Det kan nämligen knappast anses lämpligt att i en framställning, vilken avser sådana skiljeavtal, som falla under skml., närmare ingå på de problem, som möta beträffande utländska skiljeavtal och skiljedomar. För svensk rätts del må här hänvisas till förarbetena till 1929 års lag i detta ämne ävensom till de ovan citerade skrifterna av *Hassler, Engströmer* och *Marks von Würtemberg*. Se i övrigt *Granfelt* i JFT 1931 s. 405 ff. samt den i närmast föregående noter angivna litt.

88 Motiven till skml. s. 49; NJA II nr 1:1 s. 33.

Beträffande processledningen tillägges dem visserligen i 15 § 1 st. skml. en vidsträckt materiell sådan, i det att skiljemännen äga vidtaga »åtgärder för utredningens främjande, såsom att anmoda part eller sakkunnig eller annan att infinna sig för att höras i saken eller uppmana part eller annan, som innehar skriftligt bevis, att hålla det till handa», men denna processledning, som för övrigt tillkommer skiljemännen endast för såvitt parterna ej annorlunda bestämma, bör icke fattas såsom något uttryck för någon skiljemännen tillkommande höghetsrätt: det står vederbörande fritt att själv avgöra, huruvida han vill efterkomma de skiljemännens anmaningar, varom §:n talar. Ej heller bör man såsom uttryck för någon sådan rätt fatta den befogenhet, som enligt 12 § 2 st. tillkommer skiljenämndens ordförande med avseende å bestämmandet av tid och ort för skiljemännens sammanträde ävensom beträffande ledningen av förhandlingen[89]. Något uttryck för en skiljemännens domsrätt ligger slutligen *varken* däri, att de enligt 23 och 24 §§ äga oberoende av uttryckligt medgivande

[89] Lagen har stadgat, att i skiljenämnd, som består av flera ledamöter, en av dem skall föra ordet, och, såsom i motiven framhålles, har man ansett sig böra i lagen »angiva ordförandeskapets innebörd och sålunda giva ledning med avseende på ordförandens åligganden och befogenheter». Men därmed har sannolikt icke avsetts att stadga något undantag från den principiella regeln, att det i första hand tillkommer parterna att meddela föreskrifter med avseende å förfarandet. Alldeles säkert är detta dock icke. Medan det i 1 st. av 12 §, i likhet med vad som skett på flera andra ställen i lagen, uttryckligen sagts ifrån, att vad som stadgats endast skall gälla »i brist på annat (?) åsämjande», har någon dylik sats icke upptagits i 12 § 2 st., och det ligger då nära till hands ett e contrario sluta, att bestämmelserna i detta stycke äro absoluta. Detta resultat skulle emellertid strida mot skiljeförfarandets anda. Om saken ställdes på sin spets — vilket i det praktiska livet knappast lärer inträffa — och å ena sidan därutinnan eniga parter bestämde viss tid och ort för förfarandet, å andra sidan annan tid och ort bestämdes av skiljemännens ordförande, skulle det strida mot skiljeförfarandets anda, om lagen löste en sådan konflikt till ordförandens förmån. Lika litet bör ordföranden, om parterna själva vilja förhöra exempelvis sakkunnig, kunna under åberopande därav, att förhandlingens ledning tillkomme honom, påfordra, att förhöret ledes av honom. Skiljeinstitutet åsyftar bl. a. just att bereda parterna tillgång till ett efter deras egen bekvämlighet och deras egna önskningar lämpat förfarande.

från parternas sida fastställa och fördela vissa kostnadsbelopp, ty dessa bestämmelser äro allenast subsidiära och kunna därför anses såsom ett uttryck för en presumerad partsvilja, *eller* däri, att enligt 15 § 2 st. förhör med vittne eller sakkunnig inför domstol kan ske blott under förutsättning bland annat, att skiljemännen prövat åtgärden nödig.

§ 3. Skiljeavtalets rättsliga natur.

Man har mycket tvistat och tvistar alltjämt om skiljeavtalets rättsliga natur. Somliga mena, att avtalet är att hänföra till processrätten, andra, att det är ett privaträttsligt avtal, åter andra, att skiljeavtalet är av både privaträttslig och processrättslig natur. Ställer man frågan så, att det spörjes, om skiljeavtalet är ett privaträttsligt eller processrättsligt avtal, om det tillhör privaträtten eller processrätten, om det är av privaträttslig eller processuell natur, är oenigheten förklarlig redan av det skäl, att olika författare icke åsyfta ett och detsamma, då de beteckna ett avtal såsom privaträttsligt eller såsom processuellt[90]. Det är därför meningslöst att söka besvara den nämnda frågan utan att först klargöra, varpå man syftar, då man betecknar skiljeavtalet såsom privaträttsligt eller såsom processuellt.

---

90 Såsom belysande för det sagda må anföras, huru olika man alltefter det betraktelsesätt, som anlägges, kan karakterisera *Kohlers* ståndpunkt i frågan. Kohler nämnes ej sällan bland de författare, som förfäktat en processuell uppfattning (se t. ex. *Oertmann s.* 125; *Haeger* s. 43). Detta har sin grund däruti, att Kohler hänför skiljeavtalet till den av honom uppställda kategorien »processualische Verträge», varmed han menar »Verträge in Bezug auf processualische Rechtsverhältnisse und processualische Situationen» (Beiträge s. 174). Men å andra sidan är Kohler en av de mest energiske förespråkarne för den meningen, att parterna i skiljeavtalet materiellträttsligt underkasta sig skiljedomen, och att denna ger upphov till »ein civilistischer Anspruch» (Beiträge s. 145, 177 f., 239 ff.), en uppfattning, som ur en här ovan i detta arbete anlagd synpunkt betecknats såsom materiellträttslig.

Man kan här lägga vikt vid olika faktorer. Man kan t. ex. fästa sig vid skiljeavtalets föremål, vid den omständigheten nämligen, att skiljeavtalet icke har till föremål det materiellträttsliga förhållandet mellan parterna utan en tvist om detta rättsförhållande — avtalet bestämmer ingenting om parternas materiellträttsliga relationer utan går ut på anordnandet av ett förfarande för tvistens biläggande. Man kan även fästa sig vid vad avtalet innebär beträffande denna tvist: om den skall biläggas förlikningsvis eller om den skall avgöras genom ett fastställelseförfarande — i det förra fallet får avtalet en ur viss synpunkt materiellträttslig prägel; i det senare kan, såsom förut framhållits, detta jämväl vara händelsen, men avtalet kan också fattas rent processuellt: domstols omdöme om vad som är rätt mellan parterna skall helt ersättas av ett omdöme av skiljemän. En faktor av vikt är vidare skiljeavtalets rättsverkningar: ett avtal med processuella verkningar kan mycket väl betecknas såsom processuellt[91].

Vad beträffar svensk rätt, kan skiljeavtalet icke frånkännas en viss processuell prägel i förenämnda avseenden. Tydligt gäller detta beträffande avtalets föremål. Såsom förut utvecklats, får vidare skiljeavtalet anses gå ut på anordnandet av ett rent processuellt fastställelseförfarande, och vad slutligen angår skiljeavtalets rättsverkningar, äro dessa, såsom senare skall utvecklas, till väsentlig del processuella, ehuru avtalet även får anses medföra vissa förpliktelser och rättigheter parterna emellan och sålunda såsom grundande ett rättsförhållande mellan enskilda personer kan sägas hava jämväl privaträttslig verkan.

Det är tydligt, att en rättsregel, som tillägger ett avtal processuell verkan, har processrättslig karaktär, och man kan sålunda säga, att skiljeavtalet *med avseende å denna sin verkan* regleras av processrätten. Vidare kan man med fog påstå, att ett avtal, som avser icke ett materiellt rättsförhållande utan formerna för bedömandet av ett påstått sådant

91 Jfr ang. nämnda faktorer *Hellwig,* System II s. 103 f.

förhållande, har processuellt innehåll. Skiljeavtalet kan under sådana omständigheter icke sakna intresse för processualisten, och den juridiska disciplin, inom vilken skiljeavtalet lämpligen bör upptagas till behandling, är processrätten. Syftar man blott på vad hittills anförts, kan man alltså med fog beteckna skiljeavtalet såsom ett processuellt avtal. Vid sidan av de hittills berörda frågorna står emellertid ett annat spörsmål, som man icke må anse besvarat därigenom, att man konstaterat skiljeavtalets förenämnda processuella egenskaper. Detta spörsmål är frågan om vilka rättsregler som gälla för skiljeavtalets slutande, dess giltighet, förändring och återkallande. Skola den materiella rättens regler i dessa avseenden äga tillämpning på skiljeavtalet, eller skall avtalets processuella prägel föranleda något annat? Först genom uppställandet av dessa problem kan man åt frågan om skiljeavtalets rättsliga natur förläna ett självständigt intresse vid sidan av frågorna om avtalets föremål, innehåll och rättsverkningar.

Det är icke samhället och individen, som träda emot varandra i skiljeavtalet, utan detta är ett avtal enskilda personer emellan. Att överenskommelsen avser anordnandet av ett fastställelseförfarande och att den tillerkännes processuell verkan, bör icke utgöra tillräcklig anledning att anse den materiella rättens avtalsregler otillämpliga. I civilprocessen har, som bekant, särskilt hänsynen till processens fortgång medfört, att beträffande partshandlingar, som ingå i det processuella förfarandet och hava avseende på detta, uppställts regler, vilka avvika från vad som gäller om rättshandlingar på privaträttens område. Beträffande den förra gruppen av handlingar, parternas s. k. processhandlingar, har framför allt den handlandes vilja icke samma betydelse som inom privaträtten — handlingen bedömes närmast efter sitt förnimbara innehåll, sitt yttre framträdande. Visserligen råda delade meningar därom, huru processhandlingsbegreppet skall bestämmas — något motiverat ställningstagande i det hän-

seendet kan förklarligt nog icke komma ifråga i detta sammanhang — men man torde allmänt anse, att skiljeavtalet ej är att hänföra under nämnda begrepp. De hänsyn, som föranlett uppställandet av särskilda regler för processhandlingar, göra sig icke gällande beträffande skiljeavtalet. Hänsynen till processens fortgång har t. ex. föranlett, att processuella rättshandlingar ej få vara villkorsbetingade[92]. Men det finns intet, som hindrar, att ett skiljeavtal förenas med villkor. Redan om skiljemän utses i skiljeavtalet, föreligger en villkorsbestämning: skiljeavtalet blir gällande endast under förutsättning, att de utsedda personerna vilja fullgöra skiljemannavärvet. Man har framhållit, att skiljeavtalet nästan undantagslöst ingår såsom ett moment i en rent privaträttslig överenskommelse, och att det icke vore naturligt att utbryta skiljeavtalet ur det sammanhang, vari det sålunda förekommer, och på detsamma tillämpa andra rättsregler än dem, som gälla för överenskommelsen i övrigt[93]. Att skiljeavtalet i de nu ifrågavarande avseendena regleras av den materiella rätten, praktiskt taget privaträtten, är också den övervägande meningen[94]. Såsom av särskilt intresse må anföras ett uttalande av en bland de författare, som gå längst ifråga om anläggandet av processuella synpunkter på skiljeavtalet, nämligen *Oertmann*. Denne yttrar (s. 126): »Dass der Schiedsvertrag vor- oder doch ausserprozessual abgeschlossen zu werden pflegt, beweist nichts zuungunsten der prozessrechtlichen Auffassung; denn diese lässt ihn selbstverständlich nur im Inhalt und Wirkungen, nicht auch im Abschlusstatbestande dem Gebiete des Prozessrechts angehören. Darum ist es auch ganz folgerichtig, wenn § 1027 ZPO. die G ü l t i g k e i t des geschlossenen Vertrags insbesondere hinsichtlich der Form nach b ü r g e r l i c h e m Rechte bestimmt werden lässt.»[95]

92 Jfr *Kallenberg* I s. 1242.

93 *Kallenberg* I s. 1198[7]; jfr *Rosenberg* s. 167; *Neuner* I s. 112 f.

94 Inom nordisk litt. har *Frey* s. 77 ff., 114 f., intagit en annan ståndpunkt. Mot honom *Berglund* I s. 49 ff.

95 Jfr *Stein-Jonas* § 1025, I, 2; *Stein* i LZ 1920 sp. 267.

Med hänsyn till vad ovan anförts kan man karakterisera skiljeavtalet såsom ett materiellträttsligt, i regel privaträttsligt, avtal med processuellt innehåll och huvudsakligen processuell verkan.

Man har på sina håll ansett frågan om skiljeavtalets natur äga avgörande betydelse för spörsmålen om vilka rättsregler som med avseende å tiden och rummet vore tillämpliga på skiljeavtalet. För den svenska rättens del kan det emellertid endast i begränsad omfattning komma ifråga att i dessa avseenden tillerkänna någon betydelse åt spörsmålet om skiljeavtalets natur. Vad först beträffar den i tiden tillämpliga rätten, innehålla såväl 1887 och 1929 års skml. som lagen den 19 juni 1919 om ändring i förstnämnda lag särskilda övergångsbestämmelser, vilka med avseende å dessa lagars tillämplighet lägga avgörande vikt vid tiden för skiljeavtalets slutande, såvida icke parterna medgivit, att den i varje fall ifrågakomna nya lagen må tillämpas jämväl å skiljeavtal, som slutits före lagens ikraftträdande[96]. Det är emellertid endast i ringa omfattning, som skiljeavtalet reglerats i dessa lagar. I den mån så icke skett, gäller följande. Ifråga om avtalets ingående och förutsättningarna för dess giltighet måste likaledes den vid tiden för avtalets slutande gällande rätten bliva tillämplig, och detta oberoende av uppfattningen om skiljeavtalet. Någon meningsskiljaktighet är blott tänkbar beträffande frågan, om det är den vid denna tidpunkt gällande privaträtten eller processrätten, som skall tillämpas, en fråga, varpå svaret, enligt vad ovan framhållits, utfaller till förmån för den förra meningen. Klart är åter, att skiljeavtalets negativa verkan att utgöra processhinder, bestämmes av den vid tiden för avtalets åberopande gällande processrätten. Om numera ett skiljeavtal, som träffats före 1901 års

96 Om övergångsbestämmelserna i 1887 och 1929 års lag, vilka tydligen vila på privaträttsliga synpunkter, se närmare *Engströmer* I s. 22 ff. Ang. frågan om UL:s tillämpning på skiljedomar, tillkomna på grund av skiljeavtal före 1879, jfr ovan not 63.

ändringar i RB, åberopas i process, blir det uppenbarligen 16 kap. RB i dess nuvarande lydelse, som skall tillämpas på invändningen om skiljeavtalet. — Vad angår frågan om vilket lands lag som skall tillämpas på ett skiljeavtal, har denna fråga i viss utsträckning besvarats genom 1929 års lag om utländska skiljeavtal och skiljedomar. Endast i den mån sistnämnda lag lämnat detta spörsmål öppet, kan det sålunda bliva fråga om att tillerkänna teoretiska överväganden någon betydelse i berörda hänseende. Det torde dock vara tvivel underkastat, om det kan anses innefatta en riktig metod att vid sådana överväganden låta sig leda av någon viss uppfattning om skiljeavtalets natur. Denna natur ter sig ju mycket olika, alltefter de egenskaper hos skiljeavtalet, man fäster sig vid. Skall man inom rättsvetenskapen utfylla de luckor i förevarande avseende, vilka avsiktligt lämnats vid 1929 års lagstiftning, är man säkerligen föga hjälpt med reflexioner om skiljeavtalets natur[97].

---

97 Ang. frågan om vilket lands lag som skall tillampas, nar det galler att bedöma giltigheten och verkningarna av ett skiljeavtal, se bland andra *Nussbaum* i IJ I s. 20 ff.; *Volkmar,* ibid. II s. 132 f.; *O. Kahn* s. 18 ff. (sarsk. s. 22. f.) samt i svensk litt. några anmarkningar av *Hassler* i meranamnda uppsats. Jfr vidare *Neuner* II.

KAPITEL II.

Skiljeavtalets föremål.

§ 4. Inledande anmärkningar.

Såsom förut framhållits, reglerar skiljeavtalet icke något materiellt rättsförhållande mellan parterna, utan dessa avtala om sättet för lösningen av viss fråga, om anordnandet av ett fastställelseförfarande. Då man spörjer efter skiljeavtalets föremål, kan man emellertid icke stanna vid denna triviala sanning. Vad man vill veta, är i stället, om vilka frågor ett fastställelseförfarande av förevarande slag kan anordnas. Härom ger 1 § skml. besked: till skiljemäns avgörande kunna hänskjutas två kategorier av frågor, nämligen dels »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas», dels ock »fråga om ersättning för skada på grund av brott». Såsom en för båda kategorierna gemensam betingelse för hänskjutandet uppställer lagen, antingen att tvist om frågan uppstått eller, om skiljeavtalet avser framtida tvist, att denna härflyter av visst rättsförhållande, som angives i avtalet. I 2 st. av samma § uppställer lagen vissa undantag från den i 1 st. givna regeln.

Här skola först under I de båda nämnda kategorierna var för sig något närmare skärskådas, varefter under II skola behandlas sagda alternativa betingelser och slutligen under III uppmärksammas nämnda undantag ävensom vissa andra frågor.

§ 5. I. Lagens beskrivning av skiljeavtalets föremål.

1) »Fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas».

a) *Innebörden av uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet».*

Då det stadgas, att fråga av tvistemåls beskaffenhet må hänskjutas till skiljemäns avgörande, har lagen därmed åtminstone uttalat så mycket, att en fråga, som kan utgöra föremål för särskild rättegång i tvistemål, också alltid, under de förutsättningar lagen i övrigt uppställer, kan hänskjutas till skiljedom[1].

Här möter i första hand spörsmålet om vad lagen menar med tvistemål. I tysk rätt har en härskande uppfattning inom doktrinen tolkat det motsvarande uttrycket »Rechtsstreitigkeit» i ZPO § 1025 såsom avseende allenast en sådan Rechtsstreitigkeit, »die in den ordentlichen Rechtsweg gehört»[1a]. Det kan ifrågasättas, huruvida något liknande gäller för begreppet tvistemål. Avser den svenska skml. med benämningen tvistemål endast sådana mål, som falla under de allmänna domstolarnas behörighet? Denna fråga måste besvaras nekande. Att ordet tvistemål förekommer i RB på ett flertal ställen med uteslutande syftning på förfarandet inför allmän

---

1 Från denna regel kan dock på grund av särskilt stadgande föreligga undantag. Se sålunda 11 § i lag d. 10/3 1923 med vissa bestämmelser rörande hyra.

1a *Hellwig,* System II s. 106. Så ock *Rosenberg* s. 547; *Stein-Jonas,* Vorbemerkungen zu § 1025, II, 2; *Stein,* Grundriss s. 335; *v. Staff* s. 100; *Baumbach* s. 37; *R. Kahn* s. 2. A. m. *B. Mayer* s. 5 f.; *Wadlinger* s. 34 f. Se vidare *Frey* s. 883. Åtminstone de flesta anhängarna av den härskande uppfattningen anse dock icke alldeles uteslutet, att skiljeavtal må träffas angående fråga, som ej faller under begreppet »Rechtsstreitigkeit, die in den ordentlichen Rechtsweg gehört». Många mena nämligen blott, att det är en öppen, i lag icke reglerad fråga, huruvida skiljeavtal må träffas angående annat än en sådan »Rechtsstreitigkeit».

domstol, är icke ägnat att medföra ett motsatt svar, ty RB avser ju icke något annat förfarande[2]. Däremot skulle möjligen till stöd för ett sådant svar kunna åberopas rubriken till 3 kap. UL, där motsättningen emellan tvistemål och utsökningsmål är uppenbar. Emellertid förekomma också författningar, där ordet tvistemål begagnas om mål, som höra under annan myndighet än de allmänna domstolarna. I KF den 17 april 1828 ang. upphörande av styrelseverkens domsrätt i vissa mål talas sålunda därom, att Kungl. Maj:t funnit gott att till de allmänna domstolarna överlämna vissa uppräknade, dittills »uti administrativ wäg — — behandlade twistemål». Och av 1 § i KF den 19 dec. 1844 om upphörande av vissa särskilda domstolar framgår, att benämningen tvistemål i lagspråket använts jämväl om mål, som tillhöra specialdomstol[3]. Man kan därför icke av uttryckssättet »fråga av tvistemåls beskaffenhet» sluta, att skiljeavtal ej kan avse fråga, som hör under administrativ myndighet eller specialdomstol. Enligt särskilt stadgande i 11 § av lagen den 22/7 1928 om arbetsdomstol kan med visst undantag tvist, som eljest skulle höra under arbetsdomstolen, hänskjutas till avgörande av skiljemän. Det är emellertid försiktigast att icke med avseende å andra fall draga någon bestämd slutsats av detta stadgande, allra minst e contrario. Ur saklig synpunkt synes det i och för sig ej möta något hinder, att jämväl frågor, som skola avgöras av specialdomstol eller i den ordning, som föreskrives för förvaltningsprocessen, hänskjutas till avgörande av skiljemän. I regel torde dock den säregna beskaffenheten av dylika frågor medföra, att de icke kunna bliva föremål för förlikning, och deras hänskjutande till skiljemän alltså av denna anledning vara uteslutet. Men skulle undantagsvis förlikningsmöjlighet föreligga, möter, såvitt jag kan finna, ej något

---

[2] Då det t. ex. i RB 11:1 säges: »Vill man till underrätt kära i tvistemål ect.», betyder ju icke detta, att alla tvistemål höra under underrätt.

[3] Jfr vidare andra författningar, upptagna under RB 10:26 i Skarstedts lagedition.

sakligt hinder däremot, att nämnda frågor också kunna bliva föremål för skiljeavtal[4].

Beträffande mål, som höra under de allmänna domstolarna, möter särskilt frågan, om konkursmål kunna hänskjutas till avgörande av skiljemän. Konkursförfarandet, som ju till sin allmänna struktur är något helt annat än ett processuellt förfarande i inskränkt mening, inrymmer vissa moment, som gå ut på en fastställelse. Beträffande dessa moment är det ett diskutabelt spörsmål, huruvida de i större eller mindre omfattning låta sig ersätta av ett skiljeförfarande. I de flesta fall är det dock alldeles tydligt, att det av konkurslagen anordnade förfaringssättet är exklusivt. Det torde icke behöva närmare utvecklas, att sålunda exempelvis fastställelse av arvode till rättens ombudsman och till förvaltare samt av ackord ävensom prövning av klander mot utdelningsförslag eller å förvaltares redovisning endast kan äga rum i den ordning, konkurslagen föreskriver. Att däremot tvist angående en konkursboets tillgång kan hänskjutas till skiljemän, torde ej vara tvivel underkastat, men det är en fråga, som icke är av intresse i detta sammanhang. En dylik tvist är ej av någon säregen beskaffenhet; den utgör icke ett konkursmål. Så mycket mer intresserar den praktiskt viktiga frågan, om till skiljemän kan hänskjutas prövning av tvistig fordran, som bevakats i konkursen. Det har stundom gjorts gällande, att tvist angående betalnings- och förmånsrätt i konkurs ovillkorligen vore att pröva i den ordning, konkurslagen föreskriver[5]. Denna uppfattning synes i och för sig knappast i allo antagbar. Beträffande förmånsrätt i konkurs låter det sig visserligen säga, att beskaffenheten av denna rätt svårligen tillstädjer dess prövning i annan ordning än den av konkurs-

4 Så även *Frey* s. 88 f.

5 Så av *Frey* s. 84. Jfr utgången av rättsfallet i NJA 1902 s. 282. — Freys uppfattning har ej vunnit anklang inom litteraturen. Mot honom *Granfelt* i JFT 1912 s. 81 f., vilken författare bl. a. åberopar innehållet i 8 punkten av KF den 6 juli 1730 om debitorer som rymma för gäld och om rättegången vid cessions- och konkursmål, ävensom *Berglund* I s. 43 f. Jfr nedan § 20.

lagen föreskrivna; detsamma kan även sägas om de formella betingelserna för betalningsrätt; att part i föreskriven tid och i vederbörlig ordning bevakat sin fordran. Men vad angår den materiella betingelsen för betalningsrätt, nämligen förefintligheten av en fordran mot gäldenären, är denna till sin materiellträttsliga natur alltjämt »en fråga av tvistemåls beskaffenhet», och man synes näppeligen, om icke stadgande i lag annat föranleder, ha fog för antagandet, att man här har att göra med en fråga, som icke skulle kunna hänskjutas till avgörande av skiljemän. Emellertid är man i förevarande fall icke hänvisad till allmänna överväganden. Konkurslagen lämnar själv vägledning i frågan. I 109 § sagda lag stadgas nämligen bl. a., att om borgenärs anspråk beror på annan rätts prövning, skall konkursdomstolen fastställa hans rätt i konkursen för det belopp, som kan varda bestämt genom dom i den särskilda rättegången. Sålunda utgör icke konkursförfarandet ett exklusivt förfarande för fastställandet av ett i konkursen bevakat fordringsanspråk. I rättspraxis har ock fastslagits, att prövning av bevakad fordran på grund av kontrakt med skiljeklausul kan ske genom skiljedom, meddelad av skiljemän, vilka utsetts under medverkan av konkursförvaltningen[6]. Av stadgandet i 109 § må kanske icke nödvändigt den slutsatsen dragas, att jämväl slutande av skiljeavtal angående bevakat fordringsanspråk må äga rum under konkursen. Det krav på snabbhet, vars tillgodoseende ofta är det huvudsakligaste skälet för skiljeförfarandets anlitande, har i konkursen tillgodosetts genom särskilda lagbestämmelser, och frågan om slutande av skiljeavtal i konkurs är därför tämligen opraktisk. Det vore därför i och för sig icke orimligt, om en lag respekterade redan ingångna skiljeavtal utan att likväl medgiva, att skiljeavtal om bevakat fordringsanspråk finge träffas under själva konkursen. Att detta är lagens ståndpunkt, torde dock icke böra antagas utan särskilt

[6] Se NJA 1913 s. 191 (plenimål, i vilket HD frångått den ståndpunkt, domstolen intagit i rättsfallet i NJA 1902 s. 282).

stöd i lagen. Om vederbörande intressenter önska fordringsanspråkets prövning av skiljemän, har det allmänna icke något intresse av att motsätta sig genomförandet av denna önskan. Då enligt 108 och 110 §§ konkurslagen förlikning kan träffas angående tvistefrågor, som uppkommit därigenom, att anmärkningar mot bevakning framställts, lärer ock sådant anspråk kunna hänskjutas till avgörande av skiljemän. Vad däremot beträffar förmånsrätt för bevakad fordran, ger 109 § vid handen, att dylik rätt alltid skall fastställas i den ordning, konkurslagen föreskriver. Konkursdomstolen har enligt §:n alltid att fastställa *borgenärs rätt i konkursen* för belopp, som skall fastställas i annan ordning. Ett skiljeförfarande angående förmånsrätt erbjöde ej heller nödiga garantier därför, att, såsom 106 § kräver, endast i lag stadgad förmånsrätt komme borgenär till godo.

Det har hittills blott varit tal därom, att fråga, som kan utgöra processföremål i civil rättegång, jämväl kan hänskjutas till avgörande av skiljemän. Det kan emellertid ifrågasättas, om icke formuleringen »fråga av tvistemåls beskaffenhet» inrymmer något mer än begreppet processföremål. Uttrycket kan nämligen efter orden lika väl tolkas såsom avseende fråga, som kan bliva föremål för prövning i tvistemål, utan att därför en rättegång skulle kunna föras enbart angående denna fråga. Huru uttrycket tolkas, blir av praktisk betydelse huvudsakligen med hänsyn till spörsmålet, om till skiljemäns avgörande kan hänskjutas en fråga angående existensen eller icke-existensen av ett faktum[7]. Som bekant, är

[7] Jag inrymmer här och i fortsättningen, då intet annat framgår av sammanhanget, under ordet faktum mer, än vad detta ord språkligt sett torde innefatta. Då här talas om skiljeavtal angående faktum, menas, att skiljemän skola avgöra en fråga, vars fastställande i händelse av rättegång skulle tillhöra utredandet av de faktiska omständigheterna i målet. Skiljemäns bestämmande av storleken utav uppkommen skada räknar jag sålunda till ett avgörande angående faktum, ehuru här är fråga icke blott om ett konstaterande av vad som faktiskt tilldragit sig utan även om en värdering, stundom endast om värdering.

det allmänt erkänt, åtminstone inom nordisk och därmed närbesläktad processrätt, att en fråga om existensen eller icke-existensen av ett faktum i regel ej kan utgöra föremål för en särskild rättegång[8]. Att denna sats gäller i svensk rätt, kan enligt min mening icke betvivlas[9], och om uttrycket »fråga

8 Se t. ex. *Kallenberg* I s. 876 ff., 934 ff.; *Wrede* I s. 245 f.; *Munch-Petersen* II s. 80 f.; *Hagerup* I s. 345 f.; *Skeie* I s. 128 f.; *Alten* (under § 54) s. 47; *Plósz* s. 161 f.; *Hellwig,* Lehrb. I s. 381 f., System I s. 280 f.; *Schmidt* s. 305 f.; *Rosenberg* s. 243; *Kohler,* Beiträge s. 259 f.; *Stein-Jonas* § 256, II, 1; *Sperl* s. 313; *Beling* s. 5 ff. samt av honom anf. ytterligare litt. En från den härskande meningen avvikande ståndpunkt har intagits av *Planck,* Lehrb. II s. 17. Vad fransk doktrin beträffar, framgår dess ståndpunkt till den i texten nämnda satsen därutav, att den i regel ännu uppfattar talan såsom ett utflöde av en subjektiv rätt. Se t. ex. *Japiot* N° 59: »— — — l'action se rapproche beaucoup du droit qui lui sert de base; on peut dire que c'est le droit lui-même mis en mouvement.» Jfr *Garsonnet* & *Cézar-Bru* I N° 357; *Glasson* & *Tissier* I N° 173.

Från den i texten nämnda satsen uppställas i en del länder vissa undantag. Se *Kallenberg* I s. 877[4].

9 Ifrågavarande sats, från vilken för svensk rätts del påståtts föreligga något enstaka undantag (se *Trygger* i NJA II 1892 nr 5 s. 15), synes kunna härledas ur civilprocessens uppgift att fastställa, vad som är rätt i ett givet fall. Man kan nämligen icke fastställa, vad som är rätt, enbart genom att fastställa existensen eller icke-existensen av ett faktum. Det är emellertid alltid vanskligt att uppställa rättsregler med ledning av en sådan allmän sats som den om civilprocessens uppgift. En dylik sats är resultatet av en abstraktion, och det föreligger alltid den risken, att man vid abstraherandet utgått från ett alltför begränsat material. Det är ju just på denna punkt, som faran med den konstruktiva metoden visar sig. I avsaknad av bestämmelser i lag bör man därför besvara frågan om tillåtligheten av rättegång enbart angående faktum icke genom deduktion från en allmän sats om civilprocessens uppgift utan under beaktande av livets reala förhållanden. Skulle dessa påkalla ett svar, motsatt det, som kan härledas ur den allmänna satsen, är det denna, som bör modifieras efter livets krav, och icke tvärtom.

Om man tar i betraktande, vilka skäl som skulle kunna tala för spörsmålets besvarande i den ena eller andra riktningen, förefaller det vid första påseende, som om det stora flertalet faktiska händelser och tillstånd icke vore av den beskaffenhet, att någon möjlighet till deras fastställelse genom process gärna kan tänkas medgiven. Man bör naturligen icke utan vidare kunna av domstol få fastställt alla det dagliga livets fakta: att en person ätit middag på en bestämd restaurant, att han suttit på ett säte i en park en viss afton o. s. v. Det måste tydligen i varje fall fordras, att det ifrågavarande faktum är på något sätt rättsligt relevant. Å andra sidan finns det en hel del fakta,

av tvistemåls beskaffenhet» får anses täcka begreppet processföremål, skulle man alltså därutav nödgas sluta, att enbart en fråga om existensen eller icke-existensen av ett faktum ej

beträffande vilka nämnda krav synes vara utan vidare uppfyllt. Att en person drabbats av döden t. ex., kan synas vara ett för rättslivet under alla omständigheter betydelsefullt faktum, och detta gäller i än högre grad om sådana fakta, som alldeles särskilt synas höra rättslivet till, exempelvis undertecknandet av ett skuldebrev eller upprättandet av ett testamente. Söker man emellertid draga en gräns emellan sådana fakta, som äro av rättslig betydelse, och sådana som äro rättsligt irrelevanta, torde man dock snart finna, att det är omöjligt urskilja en grupp av fakta, som under alla omständigheter skulle vara av rättslig betydelse, och en annan grupp, som aldrig skulle äga rättslig relevans. Sådana fakta, som förefalla att icke hava något med rättslivet att göra, kunna vid närmare påseende befinnas ha rättslig betydelse: restaurantbesöket kan ha grundat en rätt till betalning för det intagna, och den omständigheten att en person suttit i en park vid en viss tidpunkt, kan ådagalägga, att han icke vid samma tid kan ha begått en stöld på en annan plats. Och å andra sidan kunna sådana fakta, som till det yttre framstå såsom särskilt juridiskt kvalificerade, vara rättsligt irrelevanta. Det är t. ex. tydligt, att en person, som icke har eller påstår sig ha det ringaste med A. att göra, ej kan få fastställt det faktum, att A. dött vid en viss tidpunkt eller att A. upprättat ett testamente, i vilket en tredje person blivit ihågkommen. Vad som förlänar ett faktum dess betydelse i rättsligt hänseende, är icke dess egenskaper i och för sig utan den omständigheten, huruvida av faktum kan härledas någon materiell rättsföljd eller huruvida det eljest kan tänkas få betydelse för någon bestämd rättegång. Att enligt svensk rätt särskild rättegång icke kan få föras för att få fastställt ett faktum av enbart processuell betydelse, torde icke behöva särskilt framhållas. (RB 17:23 bildar intet verkligt undantag från denna regel.) Har åter faktum relevans av det skäl, att någon materiell rättsföljd kan härledas ur detsamma, vore en fastställelsetalan angående ett sådant faktums existens i och för sig icke otänkbar, men såsom förutsättning för en dylik talan måste åtminstone krävas, att den som begär fastställelsen uppger, vilken rättsföljd han vill härleda av faktum, ty annars kan det ju icke utrönas, huruvida faktum är relevant eller ej. Emellertid vore ett sådant krav näppeligen tillfyllest. Även om frågan angående faktums existens påstås vara relevant och grunden för detta påstående uppges, kan det knappast komma ifråga, att domstolen skulle kunna fastställa existensen av faktum i och för sig. En dylik fastställelse skulle kunna medföra konsekvenser, som icke kunde överblickas i fastställelsens ögonblick. På sin höjd skulle man därför kunna komma så långt, att faktum fastställdes endast för såvitt detsamma vore av betydelse för ett visst uppgivet rättsförhållande. Ett sådant resultat synes emellertid oantagligt för svensk rätts del. Det skulle i själva verket betyda, att en s. k. sak- eller bevisfråga kunde avgöras uti en rättegång för sig och att sedan en ny rättegång kunde föras angående anknyt-

skulle kunna hänskjutas till skiljemäns avgörande[10], medan enligt den andra tänkbara tolkningen det berörda uttrycket icke skulle utgöra något hinder för att skiljeavtal finge slutas angående en sådan fråga.

De författare, som förut uttalat sig i ämnet, ha av själva uttryckssättet »fråga av tvistemåls beskaffenhet» fått det intrycket, att »man velat undvika en begreppsbestämning, som täcker begreppet processföremål»[11]. Att åter jag för min del icke anser någon ledning för tolkningen kunna hämtas av

---

tandet av en rättsföljd till det förut fastställda faktum. En sådan uppdelning, i sig synnerligen egendomlig, kan emellertid med säkerhet påstås vara för vår rätt främmande. Då det icke ens (annat än i undantagsfall; se Nya GB 15:13, Vattenlagen 11:61) anses med vår rättegångsordning förenligt, att en redan utredd del av ett mål avgöres för sig, medan åter handläggningen av målet i övrigt fortsättes, kan svensk rätt ännu mindre tänkas tillstädja en sådan uppdelning, som att en saks faktiska och rättsliga sida bli föremål för var sin särskilda rättegång. Det måste för övrigt i regel saknas den förutsättningen för en talan av ifrågasatta slag, som ligger i kravet på rättsskyddsbehov. Mot det sagda strider icke stadgandet i 24:2 RB om vidräkningsmän, lika litet som den omständigheten, att domstol stundom i skadeståndsmål, då det är klart, att skada tillfogats, men utredning saknas angående dess storlek, överlämnar uppskattningen därav åt gode män. Vid lagens tystnad måste det alltså anses, att ett faktum enbart icke kan vara föremål för rättegång. En sådan uppfattning har också kommit till uttryck i rättspraxis. Se NJA 1923 s. 277. Jfr *Kallenberg* I s. 934[53]. Häremot strider enligt min mening icke utgången av rättsfallen i NJA 1890 s. 468 och 1922 s. 37. Emellertid händer det ej sällan, att en talan, som till synes avser att få fastställt existensen eller icke-existensen av ett faktum, i själva verket går ut på att få fastställt, att en rättighet eller ett rättsförhållande består, resp. icke består. Detta gäller t. ex. de fall, då talan avser, att ett avtal skall förklaras giltigt eller ogiltigt. En sådan talan innebär i realiteten, allenast med mindre noggrann formulering, att parten vill ha fastställt, att ett på avtalet grundat rättsförhållande består, resp. icke består. Jfr nyssnämnda rättsfall i NJA 1890 s. 468.

I ämnet må slutligen hänvisas till de beaktansvärda synpunkter, som på sina håll framförts inom den i not 8, här ovan anförda litteraturen, särskilt av *Beling* och *Plósz*.

10 I tysk doktrin har man stundom dragit en motsvarande slutsats därav, att skiljeförfarandet avser »die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit». Se *Stein-Jonas,* Vorbemerkungen zu § 1025, II, 3; *Baumbach* s. 38. A. m. *Hellwig,* System II s. 109.

11 *Berglund* III s. 131 f. I samma riktning *Trygger* i TfR 1895 s. 15 .

själva uttryckssättet, framgår av det redan sagda[12]. Emellertid kunde möjligen de följande orden i paragrafen »så ock fråga om ersättning för skada på grund av brott» anses peka i viss riktning. Under dessa ord synas nämligen kunna inbegripas jämväl sådana fall, då frågan om skyldigheten att gälda ersättning är fullt klar och tvisten endast gäller storleken av den lidna skadan, alltså en fråga, som vid rättegång inför domstol tillhör ett måls »faktiska sida». Skulle man för brottmålens del ha gått så långt, förefinnes en viss sannolikhet för att paragrafen vore att tolka i enahanda riktning även vad tvistemålen beträffar. Emellertid är det, såsom sedermera skall närmare utvecklas, osäkert, om orden »fråga om ersättning för skada på grund av brott» äro att tolka på nämnda sätt. Ej heller där framgår tolkningen omedelbart av lagens uttryckssätt, och det förefaller sålunda omöjligt att i lagrummets avfattning finna något avgörande argument för paragrafens tolkning i en viss riktning.

Lika litet giva omständigheterna vid lagens tillkomst eller vid tillkomsten av 1887 års lag någon ledning för tolkningen. En omständighet åter, som vid första påseende kan synas tala emot det mera vidsträckta tolkningsalternativet, är den, att enligt detta alternativ ett skiljeförfarande synes möjligt beträffande åtskilliga slag av frågor, vilkas överlämnande till skiljemäns avgörande icke rimligen kan tänkas av lagstiftaren medgivet. Exempel härpå erbjuda åtskilliga processuella frågor[13]. Emellertid är detta argument icke bärkraftigt, enär de åsyftade grupperna av frågor i allt fall uteslutas från skiljeförfarandets område på grund av bestämmelsen, att

---

12 Om lagens författare velat begagna ett uttryck, som täcker begreppet processföremål, kan jag för min del icke finna annat, än att orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» legat mycket nära till hands. Man har icke kunnat skriva enbart tvistemål, ty detta uttryckssatt skulle ju medfört den icke åsyftade konsekvensen, att skiljeavtal endast kunde slutas beträffande en redan anhänggigjord rättegångssak.

13 Jfr slagordet »ingen konventionalprocess».

endast frågor, varom förlikning kan träffas, kunna bliva föremål för sådant förfarande.

Lösningen av förevarande tolkningsspörsmål ligger enligt min mening i följande förhållande. I praxis har man, särskilt i skadeståndsmål, sedan gammalt känt ett förfarande, vari tredje man haft att avgöra enbart en fråga av s. k. faktisk natur. Att detta förfarande åtminstone under vissa omständigheter uppfattats såsom ett skiljeförfarande, är otvivelaktigt[13a]. Då nämnda förhållande ej kan anses obekant för de personer och myndigheter, som haft att göra med lagens formulering — det sagda gäller såväl 1887 som 1929 års lag — men lagen likväl erhållit en avfattning, som mycket väl kan tolkas i enlighet med nämnda hävdvunna åskådning, kan man icke hava avsett att bryta med densamma. Det kan tagas för givet, att lagens förarbeten eljest skulle lämnat uttryckligt besked därom. Emellertid förhåller det sig så, att man icke saknar varje uttalande i förarbetena. Den tolkning, som redan vid förarbetenas tystnad hade måst antagas såsom den riktiga, har positivt stöd i motiven till 1929 års lag, där värderingsfrågors överlämnande till gode män anses kunna utgöra ett hänskjutande till skiljedom[14]. Huru den ifrågavarande uppfattningen må kunna förenas med kravet på förlikningsmöjlighet, skall uppmärksammas vid behandlingen av detta rekvisit.

Om det sålunda ej är uteslutet, att en fråga enbart om existensen eller icke-existensen av ett faktum kan hänskjutas till skiljemäns avgörande, är därmed icke sagt, att möjligheten till ett sådant hänskjutande skulle vara obegränsad. *Trygger*[15] gör med rätta åtskillnad däremellan, »huruvida fråga är om fastslåendet af ett visst faktum öfverhuvudtaget eller blott med hänsyn till dess betydelse för bedömandet af existensen af ett visst rättsförhållande». »Endast i senare fallet», säger

---

13a Bland mängden av rättsfall må nämnas NJA 1874 s. 507 (jfrt med 1882 s. 25), 1902 s. 27, 1918 s. 478. Jfr ock *Berglund* III o. nedan s. 145 ff.

14 K. prop. s. 47; NJA II nr 1:1 s. 30.

15 TfR 1895 s. 15.

Trygger, »kan vara afsedt ett verkligt skiljemannaförfarande». I en rättegång prövas ju existensen eller icke-existensen av ett faktum endast med hänsyn till faktums betydelse för det omprocessade rättsförhållandet, och en motsvarande begränsning bör gälla här. En fastställelse av faktum i och för sig skulle kunna medföra konsekvenser, som vid tidpunkten för fastställelsen vore oöverskådliga[16]. Mot Tryggers uttalande vill jag endast anmärka, att den ifrågavarande begränsningen icke bör sträckas så långt, att endast en fråga om faktum, som är av betydelse för bedömandet av *existensen* av visst rättsförhållande, må hänskjutas under skiljemän. Är rättsförhållandets existens ostridig men har frågan om faktum betydelse för bedömande av rättsförhållandets omfattning eller närmare gestaltning i övrigt — det är t. ex. klart, att skadeståndsplikt föreligger, men ett faktum, varav pliktens omfattning beror, är omtvistat — i sådant fall måste frågan om faktums existens lika väl anses utgöra en »fråga av tvistemåls beskaffenhet».

Tolkar man orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» på sätt här skett, utgöra *dessa ord* intet hinder för att till skiljemäns avgörande hänskjuta jämväl en fråga om tillämpligheten av en viss rättssats eller erfarenhetssats i ett givet fall. Huruvida så må ske, skall utredas vid behandlingen av kravet på förlikningsmöjlighet.

Det är icke endast i det hittills berörda hänseendet, som uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet» är oklart. Att tvekan om uttryckets innebörd jämväl i ett annat avseende kan uppstå, torde man lätt finna, om man uppmärksammar ett spörsmål, som längre fram skall närmare utredas, nämligen det, huruvida en genom lagakraftägande dom avgjord fråga kan hänskjutas till skiljemäns avgörande. Då en dylik fråga ej kan bliva föremål för ny prövning av domstol[17], kan det

16 Jfr not 9.

17 Att denna sats, som anses grundad på RB 28:1, gäller såsom en allman regel i svensk och finsk rätt, torde icke vara föremål för meningsskilj-

förefalla, som om den icke kunde vara »av tvistemåls beskaffenhet». Förarbetena till 1929 års lag visa emellertid, att meningen med orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» icke varit sådan, att dessa ord skulle utesluta ett skiljeavtal i förevarande fall. I den sakkunniges förslag fanns i 1 § upptagen följande bestämmelse: »Skiljemän må ej upptaga fråga, varom — — —. Ej heller må de upptaga fråga, som blivit genom lagakraftägande beslut avgjord.» Den sista punkten motiverades därmed[18], att även om det stode parterna fritt att genom förlikning ordna sitt mellanvarande på ett från ett sådant beslut avvikande sätt, kunde det ej anses riktigt, att detta skedde i den ordning, att den avgjorda tvisten underkastades en förnyad prövning av skiljemän. Den sakkunnige har sålunda ansett, att en fråga av förevarande slag icke borde kunna hänskjutas till skiljemäns avgörande, men han har ej ansett en sådan sakernas ordning följa redan av den här ifrågavarande bestämmelsen om skiljeavtalets föremål utan

aktighet. Se t. ex. *Kallenberg* I s. 1182; *Wrede* I s. 307, II s. 231; *Engströmer* I s. 7; *Lundstedt* not 1 till s. 22 i. f.; *Frey* s. 47 f.; *Broomé* § 45 och i NJA II 1876 n:r 9 s. 2; *Agge* s. 33 ff. (Även *Berglund* I s. 87 ff. synes ansluta sig till denna uppfattning. Ehuru Berglunds framställning möjligen kan vara att förstå annorlunda, fattar jag densamma så, att Berglund menar, det regeln gäller men att den icke bör galla och att man kan tolka gällande lag i överensstämmelse med den ståndpunkt, som de lege ferenda förordas; det är alltså fråga om »processreform utan lagändring».) Regeln »ne bis in idem» gäller också i norsk och dansk rätt; se norska tvistemaalsloven § 163; *Hagerup* I s. 456 f.; *Skeie* II s. 228 ff.; *Munch-Petersen* II s. 428. Däremot är det omtvistat, om den gäller i tysk rätt. Berglunds påstående (I noten till s. 95 i. f.), att så icke synes vara fallet, är jag ej benägen att underskriva, då regelns giltighet påståtts exempelvis av *Schmidt* § 121 (särskilt s. 748), *Kohler,* Forschungen s. 89 o. *Nussbaum,* Prozesshandlungen s. 145 f. samt senast på mycket vägande skäl av *Rosenberg* s. 488 f. Från frågan om regelns giltighet har man att strängt isärhålla frågan, huruvida regeln bör anses som en yttring av domens rättskraft eller ej. Så är enligt min mening fallet. De skäl, som anförts emot rättskraftens s. k. negativa funktion, anser jag icke bärkraftiga (se *Rosenberg* a. st.; *Agge* a. st.) Då jag emellertid i detta sammanhang förklarligt nog icke vill gå närmare in på rättskraftsläran, lämnar jag här motiveringen därhän.

[18] K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 10.

menat, att för uppnående av detta resultat erfordrades ett särskilt stadgande. I senare hänseendet har hans uppfattning delats av lagrådet, men dess ledamöter ha icke ansett den föreslagna ordningen önskvärd. Tre av lagrådets ledamöter framhöllo vid förslagets granskning[19]: »Väl torde det vara sällsynt, att den, till vilkens förmån en process utfallit, är villig att hänskjuta saken till förnyad prövning med risk att i större eller mindre mån förlora vad han vunnit. Det kan dock tänkas, att båda parterna — måhända till följd av ändrade förhållanden — enas i önskan att få sitt mellanhavande överlämnat till ny utredning och bedömning och att det härför vore tjänligt att anlita en av sakkunniga personer bestående skiljenämnd. Att i sådant fall utestänga dem från skiljemannavägen synes icke vara av andra hänsyn påkallat.»[20] Departementschefen anslöt sig till den inom lagrådet på angivna grunder uttalade uppfattningen, att stadgandet i den här ifrågakomna punkten kunde utgå.

Om man ej ansett uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet» utgöra hinder för ett skiljeförfarande angående en redan rättskraftigt avgjord fråga, måste detta tydligen bero därpå, att man icke i sagda uttryck inlagt betydelsen av fråga, som i det konkreta fallet kan prövas i rättegång. Man måste med

---

19 K. prop. s. 76; NJA II nr 1:1 s. 12.

20 Den återstående ledamoten i lagrådet (just.-rådet Appelberg) yttrade bl. a.: »Det kan ifrågasättas, om stadgande i detta ämne är nödigt eller lämpligt. Det spörsmål, som där beröres, saknar uppenbarligen nämnvärd praktisk betydelse. Hava efter processen ändrade förhållanden inträtt, äro naturligtvis parterna i allt fall oförhindrade att till skiljemän hänskjuta frågan, vilken verkan dessa ändrade förhållanden må äga på parternas genom den föregående domen reglerade mellanhavande. Att den vinnande parten eljest skulle vara villig att hänskjuta en redan prövad fråga till nytt bedömande, är knappast tänkbart under annan förutsättning än att något nytt faktum framkommit, som skulle kunna föranleda återbrytande av den förra domen. Därest parterna i sådant fall funne det tjänligt att anlita skiljemän för frågans avgörande, synes icke föreligga tillräcklig anledning att av hänsyn till rättskraften förbjuda det. Någon bestämmelse motsvarande den nu behandlade har hittills ej funnits i skiljemannalagen, och detta förhållande torde ej hava visat sig vara till olägenhet.»

de förenämnda orden ha menat något annat, och det enda tänkbara är härvidlag, att man blott velat angiva själva den materiellträttsliga arten av de frågor, som kunna hänskjutas till skiljemäns avgörande. Med de ifrågavarande orden har sålunda icke åsyftats att avgöra, i vad mån en dom, skiljedom eller förlikning skulle kunna utgöra hinder för ett skiljeförfarande. I uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet» har endast inlagts betydelsen fråga, som faller inom ett sådant område av den materiella rätten, att domstolarna kunna pröva frågan i den för i tvistemål föreskrivna ordningen[21].

Samma innebörd har uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet» tillagts i motiven till 1887 års lag (s. 18 f.), i vilka det heter: »Det aftal, hvarigenom till afgörande af en eller flera skiljemän hänskjutes fråga, hvarom tvist uppstått eller framdeles kan uppstå — det så kallade skiljeaftalet — är en art af förlikning och kan förty ej afse annan fråga än en sådan, hvarom parterna ega ingå förlikning med laga verkan. Följaktligen må frågor om äktenskaps giltighet eller angående vissa familjerättigheter, *ehuru dessa frågor visserligen äro af tvistemåls beskaffenhet* (här kurs.), dock ej skjutas under skiljemän.»

Även om det sålunda får anses utrett, vad som i lagens förarbeten avses med uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet», är det emellertid därmed icke givet, att lagen bör tolkas på det sätt, som i förarbetena avses. En uppfattning, som yppats under förarbetena, är i och för sig icke bindande, utan vad det kommer an på, är, om denna uppfattning också kommit till klart uttryck i lagen. Avgörande kan sålunda icke få vara, vad man åsyftade, då den berörda bestämmelsen ströks ur lagförslaget, utan vad som faktiskt kvarstår, sedan stryk-

[21] Som domstolarna endast undantagsvis i tvistemål befatta sig med sådana materiellträttsliga frågor, vilka falla utom privaträttens område, komma enligt den under förarbetena yppade meningen orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» att huvudsakligen åsyfta fråga av privaträttslig natur. Jfr motsvarande uttryck i den finska skml:s 1 §: »tvistefråga av privaträttslig beskaffenhet».

ningen företagits, och detta är bland annat orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet». Det kan emellertid icke anses, att dessa ord giva klart besked om förarbetenas ståndpunkt. De kunna språkligt sett lika väl, om icke rentav bättre, tolkas på ett helt annat sätt, än under förarbetena avsetts. Man är alltså vid tolkningen av det ifrågavarande uttrycket icke bunden vid den mening, som kommit till synes under förarbetena, men eftersom uttrycket mycket väl *kan* tolkas i överensstämmelse med sagda mening, bör det enligt min uppfattning också tolkas på sådant sätt, därest icke särskilda omständigheter tala till förmån för en annan tolkning. En från förarbetena avvikande tolkning lärer emellertid icke kunna tänkas påkallad av någon annan omständighet än hänsynen till en doms rättskraft. Såsom jag längre fram skall visa, synes det emellertid ej vara av denna hänsyn påkallat att förbjuda skiljeavtal angående en redan prövad fråga. Men även om så skulle vara fallet, kunde man icke däruti finna något argument emot den tolkning, vartill förarbetena giva anledning. Om orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» endast åsyfta att reglera, vilka materiellrättsliga frågor som kunna bliva föremål för skiljeförfarande, måste nämligen frågan, vilken betydelse som i förevarande hänseende bör tillerkännas en doms rättskraft, anses alls icke reglerad genom sagda ord. Det stode i så fall doktrinen och de rättstillämpande myndigheterna öppet att fritt bedöma denna fråga, och sålunda skulle ett av omständigheterna eventuellt påkallat förbud mot skiljeförfarande angående en avdömd sak kunna genomföras utan att därför krävdes en viss tolkning av orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet».

Med det sagda har angivits, huru orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» äro att tolka. Med de inskränkningar, som framgå av paragrafens fortsättning, reglera dessa ord endast spörsmålet om vilka materiellrättsliga frågor som kunna bliva föremål för skiljeförfarande. Ett därifrån skilt spörsmål är det, huruvida den omständigheten, att en fråga varit

föremål för dom, skiljedom eller förlikning, inverkar på en eljest förefintlig möjlighet att hänskjuta frågan till skiljemäns avgörande. Detta spörsmål regleras icke i lagen, i varje fall ej genom de hittills uppmärksammade orden, och skall — ehuru det här något berörts för att åskådliggöra de olika tolkningsmöjligheterna — närmare behandlas i annat sammanhang.

Med den sålunda givna tolkningen kan synas stämma mindre väl överens, vad som förut sagts därom, att jämväl en fråga om existensen eller icke-existensen av ett faktum enligt vår rätt synes kunna bliva föremål för skiljeförfarande. Ett faktum tillhör ju icke någon viss del av den materiella rätten. Svårigheten att förena de båda uppfattningarna försvinner emellertid, om man besinnar, att endast fråga om existensen eller icke-existensen av ett faktum med hänsyn till dess betydelse för ett visst rättsförhållande kan hänskjutas till skiljemäns avgörande. Lagens tolkning i förevarande hänseende blir alltså den, att skiljemän kunna avgöra en fråga om faktums existens eller icke-existens med hänsyn till frågans betydelse för bedömandet av ett sådant rättsförhållande, vars materiellrättsliga beskaffenhet icke hindrar, att detsamma blir föremål för prövning i tvistemål. Det sagda gäller mutatis mutandis om erfarenhetssatser.

b) *Kravet på förlikningsmöjlighet.*

I motiven till 1929 års lag[22], framhålles, att parternas möjlighet att undandraga sina tvister statens rättsskipningsorgan och överlämna deras avgörande till skiljemän av naturliga skäl måste vara begränsad till sådana ämnen, i vilkas reglering det allmänna icke äger ett omedelbart intresse. »I enlig-

[22] K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 9.

het härmed», heter det vidare, »brukar gränsen för skiljemannaförfarandets tillämplighet allmänt sättas så, att parterna äga sluta skiljeavtal om sådana frågor, som de kunna fritt avgöra genom en dem emellan träffad förlikning.»[23]

Detta uttalande i motiven torde giva det intrycket, att orden »varom förlikning kan träffas» i likhet med orden »fråga om tvistemåls beskaffenhet» endast avse att angiva den materiellrättsliga arten av de frågor, som kunna hänskjutas till skiljemäns avgörande. Intrycket måste övergå till fullkomlig visshet, om man beaktar, vad som anförts vid tolkningen av de senast citerade orden. De omständigheter, som ådagalägga, att såväl den sakkunnige som lagrådets ledamöter med uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet» icke kunnat åsyfta annat än att materiellrättsligt bestämma skiljeavtalets föremål, hava samma bevisande styrka ifråga om tillägget »varom förlikning kan träffas». Om man ställer sig på förarbetenas ståndpunkt, går det sålunda icke an, att, såsom man ofta gjort inom doktrinen, av kravet på förlikningsmöjlighet draga den slutsatsen, att en lagakraftvunnen dom hindrar, att den därigenom avgjorda frågan genom skiljeavtal hänskjutes till ny prövning[24]. Vad som gäller i det hänseendet, är enligt förarbetenas uppfattning lika litet reglerat genom kravet på förlikningsmöjlighet som genom uttrycket »fråga av tvistemåls beskaffenhet».

Man kan emellertid även här ifrågasätta, om förarbetenas ståndpunkt kommit till bindande uttryck i lagen. Språkligt sett kunna visserligen orden »fråga varom förlikning kan träffas» mycket väl tolkas såsom avseende sådan fråga, vars materiellrättsliga beskaffenhet icke utesluter en förlikning angående frågan, men i och för sig tvinga de ej till en sådan tolkning. Däremot kan, såsom i annat sammanhang skall närmare utvecklas[25], orden »sådan fråga» i 1 § 1 st. 2 p. anses

23 Jfr motiven till 1887 års lag s. 18 f. (ovan s. 66).

24 Se *Trygger* i TfR 1895 s. 13; *Berglund* I s. 65 f. Jfr ock *Frey* s. 85 ff.

25 Se nedan s. 85.

hava givit ett språkligt bindande uttryck åt förarbetenas ståndpunkt. Även om man ej ägt detta stöd, hade emellertid den förevarande tolkningen måst föredragas av samma skäl, som föranlett den ovannämnda tolkningen av orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet». Det ligger också närmast att tolka de båda leden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» och »fråga varom förlikning kan träffas» såsom avseende att reglera ett och samma spörsmål. Om än dessa båda rekvisit, för underlättande av en noggrannare analys, här behandlats vart för sig, bilda ju dock i lagen de förenämnda orden ett enda sammanhängande uttryck, och det förefaller, då särskild anledning till ett motsatt antagande ej föreligger, föga naturligt, att utav de olika delarna av detta uttryck orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet» skulle kvalificera frågan endast i materiellträttsligt hänseende, medan orden »varom förlikning kan träffas» skulle innefatta både ett materiellträttsligt och ett processuellt krav.

Med den antagna tolkningen vinner man för övrigt vissa ingalunda föraktliga fördelar. Icke nog därmed, att man undgår att i lagens ord inlägga en icke avsedd och knappast i önskvärd riktning utfallande reglering av vissa frågor, utan man vinner dessutom den fördelen att ej bli beroende av den föga utredda frågan, när en förlikning kan träffas. Att fastslå, vilka frågor som med hänsyn allenast till den materiellträttsliga beskaffenheten må underkastas förlikning, torde i de flesta fall icke möta några större svårigheter. Men skall man lösa sådana spörsmål, som om den genom förlikning vunna rättsvissheten utesluter en ny förlikning angående samma sak, om ovisshet såsom förutsättning för förlikning skall vara objektiv, subjektiv eller bådadera o. s. v., då torde man snart märka, att man rör sig på ett område, inom vilket den svenska rätten saknar uttryckliga bestämmelser, ett område, där man är uteslutande hänvisad till allmänna överväganden och inom vilket i utländsk doktrin meningarna ofta gå i sär. Då det därför, med hänsyn till frågans för den svenska rättens

del outredda skick, stundom kan vara osäkert, hur man skall besvara spörsmålet, om en förlikning i ett visst fall är tänkbar, är det enligt min mening lyckligt, att svaret på sådana frågor som de, i vad mån en dom, skiljedom eller förlikning hindrar ett skiljeförfarande, icke reglerats genom kravet på förlikningsmöjlighet. De sistnämnda frågorna kunna då lösas efter mindre formellt betonade synpunkter.

Vilka materiellträttsliga frågor som äro av beskaffenhet att kunna regleras genom förlikning, det är ett spörsmål, som i sina enskildheter här skall lämnas därhän, enär dess besvarande närmast tillkommer de rättsdiscipliner, som sysselsätta sig med den materiella rätten. Endast ett par allmänna synpunkter må här framhållas. Såsom förut antytts, kunna endast sådana frågor bliva föremål för förlikning, i vilkas reglering det allmänna icke har något omedelbart intresse. Det måste alltså vara fråga om sådana spörsmål, som äro underkastade parternas dispositionsrätt. Med fog har man emellertid gjort gällande, att denna dispositionsrätt i förevarande fall ej får vara i något avseende inskränkt[26]. Endast en fråga, över vilken parterna äga på det sätt disponera, att de kunna därom träffa förlikning av vilket innehåll som helst, må hänskjutas till skiljemäns avgörande. Den omständigheten, att ett dylikt hänskjutande innefattar ett avsevärt riskmoment — partens hela rätt kan ju under olyckliga omständigheter komma att frånkännas honom — motiverar, att kravet på förlikningsmöjlighet ges denna stränga innebörd.

Ur RB 20:3 anser man sig måhända kunna utläsa, att i kravet på förlikningsmöjlighet vore att inlägga jämväl det, att skiljeavtal icke finge träffas till förfång för tredje mans rätt. Det är alldeles riktigt, att skiljeavtalet ej kan få bliva till men för tredje man, men man torde knappast erhålla den rätta synpunkten på detta ämne, om man anser sagda omständighet innebära en begränsning av de frågor, som kunna bliva föremål för skiljeavtal. Av förklarliga skäl behöver man näppe-

[26] Se *Trygger* i TfR 1895 s. 13.

ligen taga med i räkningen, att parter träffa skiljeavtal angående en dem fullständigt ovidkommande fråga[27]. Däremot förekommer stundom, att skiljeavtalet avser en fråga, vilken berör såväl parterna som tredje man. Ett i det praktiska livet icke ovanligt fall är det, att avbetalningskontrakt angående i fastighet uppsatta värmeledningar och dylika materialier, till vilka säljaren förbehållit sig äganderätten, tills full betalning skett, kombineras med skiljeavtal. Sådant äganderättsförbehåll tillerkännes enligt praxis[28] icke verkan emot tredje man, därest materialierna införlivas med fastigheten på det sätt, att de antaga egenskapen av tillbehör till densamma, och enligt vad som uttalats av HD, ehuru med knappast möjliga majoritet, i ett rättsfall, refererat i NJA 1931 s. 647, kan icke säljarens obligatoriska rätt förvandlas till en sakrätt därigenom, att skiljemännen tillerkänna säljaren rätt att borttaga materialierna och denna skiljedom bleve bindande gentemot köparens konkursbo[29]. I det nämnda avbetalningsfallet slutes skiljeavtalet angående fråga, som vid tiden för avtalets tillkomst ännu icke berör tredje man, men med säkerhet kan man antaga, att intet hinder förefinnes däremot, att skiljeavtal slutes jämväl efter det materialierna installerats i fastigheten och sålunda avser en fråga, som redan vid avtalets tillkomst kan beröra även tredje man. Det måste ansès tillåtet att träffa skiljeavtal angående tvist om äganderätt till föremål, till vilket tredje man äger en begränsad sakrätt. Man kan ej antaga, att möjligheten att träffa skiljeavtal är begränsad till frågor, som icke angå tredje man

---

27 Skulle emellertid så ske, torde man dock icke äga anledning att anse avtalet beröra en fråga, som ej kan vara föremål för skiljeavtal. För jämförelses skull erinras därom, att det icke föreligger något hinder för parter att träffa avtal om en rättighet, som icke tillkommer någon av dem. En person kan exempelvis sälja en sak, som han icke äger men som han tänker skaffa sig. Tredje mans intressen skyddas i stället därigenom, att ett sådant avtal icke medför någon verkan gentemot honom.

28 Se de uppmärksammade rättsfallen i NJA 1918 s. 441, 1923 s. 602.

29 Jfr nedan s. 251 ff.

— förlikningskravet får i det hänseendet ej anses medföra någon inskränkning med avseende å skiljeavtalets *föremål*. Tredje mans intressen tillgodoses i stället i vad angår *verkningarna* av ett skiljeavtal angående fråga, som berör honom[30].

Det har förut varit tal därom, att enligt en hos oss hävdvunnen rättsuppfattning en fråga angående existensen eller icke-existensen av ett faktum under viss betingelse kan hänskjutas till skiljemäns avgörande. Det sades, att om skml. icke genom sin avfattning måste anses bryta med nämnda rättsåskådning, vore denna alltjämt att anse såsom ett uttryck för gällande svensk rätt. Vad anginge orden »fråga av tvistemåls beskaffenhet», innefattade dessa ord intet hinder mot att uppfatta svensk rätt såsom överensstämmande med sagda rättsåskådning. Det gäller nu att undersöka, huruvida ett sådant hinder ligger i kravet på förlikningsmöjlighet.

Inom litteraturen har med full rätt framhållits, hurusom en disposition över existensen av ett faktum är logiskt otänkbar. Vad som en gång inträffat, kan icke bringas ur världen[31]. Uppenbarligen inskränkes icke giltigheten av denna sats i det fall, att fråga är om ett faktum, vilket framstår såsom betydelsefullt för bedömandet av ett visst rättsförhållande. När man talar om disposition över ett faktum, menar man därför också något annat än en sådan logiskt orimlig operation. Man använder blott ett förkortat uttryckssätt för den omständigheten, att disposition träffas över ett visst rättsförhållande, för såvitt detta rättsförhållande är beroende av ett visst faktum[32]. En rättslig reglering av parternas mellanvarande i denna egenartade form ter sig för ett ytligt betraktelsesätt såsom en parternas disposition över själva faktum. Man kan sålunda utan att åsyfta något orimligt tala därom, att parter förlikas angående ett omtvistat faktum, för såvitt man icke

30 Jfr nedan under avsnittet om skiljeavtalets verkningar.

31 Se t. ex. *Wach*, Das Geständniss, i CA Bd 64 s. 231; *Frey* s. 89 f.; *Berglund* I s. 20 ff.

32 Jfr *Wach*, a. st.

därmed menar annat, än att de vilja ha sitt rättsliga mellanvarande bedömt så, som om ett på visst sätt beskaffat faktum inträffat (resp. icke inträffat). Då det måste anses tillåtligt att på sådant sätt disponera över ett rättsförhållande, vars materiellträttsliga beskaffenhet icke utesluter en förlikning angående detsamma — regeln majus includit minus talar för dispositionens tillåtlighet — behöva enligt min mening orden »varom förlikning kan träffas» icke utgöra något hinder för att till skiljemän skall kunna hänskjutas en fråga om existensen eller icke-existensen av ett faktum med hänsyn till dess betydelse för bedömandet av ett visst rättsförhållande.

Ehuru sålunda på nämnda sätt en disposition angående faktum kan äga rum, är därmed icke sagt, att man bör uppfatta ett skiljeavtal angående en fråga om faktums existens såsom en dylik disposition. *Möjligheten* att kunna få en sak avgjord på privat väg, utan att statsmakten kan kontrollera, att den också blir avgjord på ett riktigt sätt, bör endast kunna föreligga, där det allmänna icke har något omedelbart intresse av sakens utgång och där således parternas berörda dispositionsrätt föreligger; men detta är ej detsamma, som att skiljeavtalet också innefattar en disposition över den fråga, som hänskjutes till skiljemäns avgörande. Riskmomentet i och för sig förlänar icke avtalet en sådan disponerande karaktär. Detta moment föreligger jämväl ofta, då någon anhängiggör en rättegång, men att sistnämnda åtgärd icke innebär en disposition över kärandens rätt, är uppenbart.

Vad som här sagts om fakta, torde äga motsvarighet ifråga om erfarenhetssatser. Parterna kunna tydligen icke bestämma, att en viss sats skall anses av erfarenheten given, men de kunna reglera sitt mellanvarande så, som vore ifrågavarande sats på detta sätt given. En sådan reglering får ofta skenet av en disposition över erfarenhetssatsen. Man tänke sig, att enligt ett köpeavtal en vara skall vara tjänlig för ett visst ändamål. Säljaren anser en vara, som innehåller 5 % av ämnet a, för tjänlig, köparen åter menar, att härför erford-

ras, att varan innehåller 8 % av samma ämne. Naturligen kunna icke parterna avtalsvis bestämma, vad erfarenheten på området giver vid handen, men de kunna reglera sitt rättsförhållande så, som om den eller den satsen vore av erfarenheten given. Likaledes kunna de — något som jag dock icke uttalar utan varje tvekan — åt tredje man överlämna att slita deras tvist, i det att de på förhand godtaga dennes omdöme om erfarenhetssatsen. Detta omdöme förändrar icke denna, men det avgör parternas rättsförhållande, i den mån detsammas bedömande är beroende på erfarenhetssatsen. Enligt min mening bör svensk rätt uppfattas sålunda, att tvistefrågans hänskjutande till tredje man i detta fall utgör ett skiljeavtal. Men detta skiljeavtal innefattar icke någon disposition, lika litet som så vore fallet med sakens instämmande till domstol, därest svensk rätt tilläte en talan av så begränsad beskaffenhet. Parterna äga rätt att hänskjuta tvistefrågan till tredje mans avgörande, därför att de själva förlikningsvis *skulle kunna* slita tvisten, men detta deras hänskjutande innebär därför icke, att de också på sistnämnda sätt slita denna tvist.

Ifråga om den tredje kategorien av de för bedömande av ett rättsförhållande erforderliga elementen, rättssatserna, är det enligt mitt förmenande otvivelaktigt, att parterna icke äga disponera över dessa. Ett närmare ingående på ämnet torde emellertid vara överflödigt, enär detta saknar varje praktisk betydelse.

Det återstår att här beröra anledningen därtill, att ett skiljeförfarande, enligt vad som utvecklats, kan äga rum i sådana fall, där med hänsyn till prövningens begränsade omfattning en rättegång är utesluten. Hur kan det komma sig, att en fråga angående existensen av ett faktum eller innehållet av en erfarenhetssats — jag talar för enkelhetens skull om det skenbara föremålet för skiljeförfarandet — må hänskjutas till skiljemäns avgörande, ehuru det, åtminstone i regel, är uteslutet, att rättegång föres enbart angående en sådan fråga?

Svaret torde vara att finna i den omständigheten, att de hänsyn, som påkalla, att domstolarna icke böra stå till de enskildas förfogande i andra fall, än där ett verkligt behov av rättsskydd förefinnes, icke göra sig gällande ifråga om skiljeförfarandet. Det kan icke annat än i enstaka undantagsfall — som på sina håll likväl lett till uppställande av särbestämmelser[33] — anses av behovet påkallat, att domstolarna ställas till förfogande för att uttala sig i frågor av den begränsade omfattning som de förevarande, för att sedan kanske ånyo få avdöma samma rättsförhållande, i den mån dess gestaltning beror av någon annan omständighet[34]. Ej heller vore med en god rättegångsordning förenligt, om motparten skulle kunna tvingas till särskild process angående varje enstaka punkt, varav bedömandet av ett rättsförhållande kunde bero. Men om parterna äro ense om att på privat väg, utan att besvära domstolarna, och på egen bekostnad låta slita en omtvistad eller oviss fråga, av vars besvarande det allmänna icke äger något omedelbart intresse, då synes det ej finnas någon rimlig anledning att förmena dem rätt därtill. Ett senare spörsmål blir emellertid, om man skall betrakta ett dylikt förfarande såsom ett skiljeförfarande. Svaret på detta spörsmål må bero av rättspolitiska överväganden, men några principiella betänkligheter mot att besvara frågan på det sätt, som vår rätt måste anses ha gjort, förefinnas enligt min mening icke[35]. En

33 T. ex. beträffande fråga om urkunds äkthet.

34 I sitt arbete Informativprozesse har *Beling* de lege ferenda uttalat sig för en utvidgad möjlighet till »Tatsachenfeststellung» genom process. Jag kan dock icke här ingå på författarens mycket intressanta synpunkter.

35 *Granfelt,* Skiljemannaförfarandet s. 8 f., berör spörsmålet, om ett konkret rättsskyddsbehov skall erfordras såsom förutsättning för ett skiljeförfarande. Granfelt anser, och detta givetvis med rätta, att spörsmålets lösning bör i första hand härledas av stadgandena i positiv rätt. Av G:s uttalanden å s. 13 f. synes framgå, att han icke anser finsk rätt kräva ett konkret rättsskyddsbehov såsom förutsättning för ett skiljeförfarande. Framställningen ovan i texten utvisar, att enligt min uppfattning svensk rätts ståndpunkt är densamma.

Granfelt (s. 13) synes vid tolkningen av den finska skml:ns 1 § komma

annan sak är, att i dylikt fall en väsentlig förutsättning för skiljedomens exigibilitet saknas.

2) »Fråga om ersättning för skada på grund av brott».

För spörsmålet, om en vid domstol väckt talan skall föras i den ordning, som gäller för brottmål eller för tvistemål, är enligt svensk rätt den omständighet, varpå talan grundas, av avgörande betydelse. Om talan grundas på brottslig gärning, som käranden påstår ligga svaranden till last, kommer, som bekant, en rättegång i brottmål till stånd, även om kärandens talan allenast går ut på att få utdömt skadestånd och alltså blott innefattar begäran om dom angående ett rent civilrättsligt anspråk. Vill lagstiftaren möjliggöra ett skiljeförfarande rörande skadeståndsersättning — och ett sådant har han ingen anledning att motsätta sig — kan han därför icke här

till annat resultat, än jag gör vid tolkningen av den svenska lagen. Han anser rekvisiten i förstnämnda lag »tvistefråga av privaträttslig beskaffenhet» och »framtida tvister, som härflyta av visst rättsförhållande» »otvetydigt ge vid handen, att fråga, beträffande vilken skiljedom påkallas, icke får utgöra allenast ett faktiskt spörsmål, utan måste vara av rättslig innebörd och relevans; bör innefatta en verklig rättstvist, vars avgörande medför rättsliga konsekvenser». Det torde dock vara tvivelaktigt, om Granfelt i realiteten avser något annat än jag. En skiljedom beträffande ett faktiskt spörsmål utgör ett bindande avgörande angående faktum, och rättsförhållandet kan sedermera icke bedömas, såsom om faktum vore annorlunda, än skiljemännen uppfattat det. Detta innebär i realiteten, att skiljemännens avgörande hänfört sig till själva rättsförhållandet, för såvitt detta berott av ifrågavarande faktum. Att ett faktum i och för sig, d. v. s. oberoende av dess betydelse för bedömande av ett visst rättsförhållande, icke kan avgöras av skiljemän, har jag förut framhållit. Vid bedömande av finsk rätts ståndpunkt bör ock uppmärksammas 26 § i finska skml., vilket stadgande avser det fall, att »enligt lag eller författning eller förordnande i testamente ersättning» skall »bestämmas eller annan tvistefråga avgöras av gode män eller skiljemän». Det kan med hänsyn till detta stadgande ifrågasättas, om icke den finska lagen utgår därifrån, att ersättnings bestämmande av gode män utgör ett skiljeförfarande, även om gode männens uppgift inskränker sig till avgivandet av ett bindande värderingsutlåtande.

i Sverige, såsom i de flesta andra länder, begränsa skiljeavtalets föremål till fråga av tvistemåls beskaffenhet. Med hänsyn till den för svensk rätt egendomliga gränslinjen mellan tvistemål och brottmål, har lagen såsom skiljeavtalets föremål jämväl måst särskilt angiva »fråga om ersättning för skada på grund av brott».

Ser man saken på detta sätt — och den synpunkten anlägges jämväl i motiven till 1929 års lag[36] — behöver det icke uppstå någon tvekan därom, att ej de ifrågavarande orden medgiva ett skiljeförfarande rörande icke allenast fråga om skadeståndets belopp utan även fråga om själva skadeståndsskyldighetens existens[37]. Snarare kunde man kanske tveka därom, huruvida ett skiljeförfarande kan komma till stånd enbart angående en fråga av förstnämnda beskaffenhet. Emellertid är det — särskilt med hänsyn därtill, att skiljeavtal angående skadeståndsfrågor sedan gammalt slutits kanske huvudsakligen just i fall, där frågan om skadeståndsplikten varit ostridig och tvisten endast gällt skadans omfattning — synnerligen otroligt, att icke lagens ord skulle avse också detta fall. Då lagens ordalydelse mycket väl tillåter, att en fråga enbart angående storleken av liden skada hänskjutes till skiljemäns avgörande, bör för övrigt, alldeles oavsett vad som åsyftats med det förevarande uttrycket, detta på grund av hävdvunnen rättsuppfattning tolkas så, att nämnda fall inrymmes därunder.

Det behöver knappast framhållas, att till skiljemäns avgörande icke kan hänskjutas fråga om ansvar eller annan offentligträttslig påföljd av brott[38].

36 K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 9 f.
37 Jfr *Trygger* i TfR 1895 s. 16.
38 Jfr rf. i NJA 1887 s. 455, 1893 s. 98.

§ 6. II. De alternativa betingelserna, att tvist om frågan uppstått eller att skiljeavtalet avser framtida tvist, härflytande av visst angivet rättsförhållande.

1) Fråga varom »tvist» uppstått.

Som bekant, är det allmänt erkänt inom rättsvetenskapen, att en civilprocess icke nödvändigt måste avse ett *omtvistat* rättsförhållande[39]. Ordet tvistemål liksom de tyska orden Rechtsstreit och Rechtsstreitigkeit, anses därför icke utan skäl för vilseledande. Då nu skml. i 1 § säger, att fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, — — — må, »då tvist härom uppstått», hänskjutas till skiljemäns avgörande, kan det med hänsyn till det sagda synas, som om lagen beträffande skiljeförfarandet uppställde ett krav, vilket icke förefunnes ifråga om civilprocessen. Det intryck, man möjligen kan få härutav, kanske vinner i styrka, om man beaktar, att den nästföljande meningen i paragrafen talar om »framtida tvist».

Antagandet av ett sådant krav väcker emellertid betänksamhet av den grund, att något rimligt skäl för detsammas uppställande synes omöjligt att uppleta. Och går man till förarbetena till såväl 1887 som 1929 års lag, finnes där ingenting, som tyder på att en begränsning av ifrågasatta slag åsyftats. Det ligger då nära till hands att söka någon annan förklaringsgrund till att orden »då tvist härom uppstått» inskjutits i lagrummet, och en sådan torde icke vara svår att finna. I motiven till 1929 års lag[40] säges: »Liksom nu är fallet må enligt förslaget skiljeavtal slutas antingen om uppkommen tvist eller om framtida tvist, härflytande av visst rättsförhållande, som angives i avtalet.» Av uttalandet fram-

---

39 Se härom t. ex. *Kallenberg* I s. 27 f.; *Wach* s. 18: *Bülow* i CA Bd 62 s. 2015; *Dreschler* ibid. s. 405 ff.; *Sperl* s. 10.

40 K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 10.

går, att orden »då tvist härom uppstått» inskjutits för att markera skillnaden mot det i den följande meningen nämnda fallet, att den under skiljemän hänskjutna frågan avser »framtida tvist». Man har uti sistnämnda mening reglerat förutsättningarna för ett skiljeavtal angående först i framtiden möjligen uppkommande frågor, och för att då uttrycka, att den första punkten endast avser hänskjutande av en redan aktuell fråga, har man skjutit in orden »då tvist härom uppstått». Är detta meningen, kan det tänkas, att någon särskild vikt icke lagts just på ordet »tvist». Under detta ord skulle därför möjligen kunna inrymmas fall, då den förevarande frågan endast vore oviss. Språkligt sett vore visserligen en sådan tolkning föga tillfredsställande, men den stode i bästa överensstämmelse med terminologien i RB. Ordet tvistemål begagnas i rättsspråket om civila mål, även om någon tvist i egentlig mening icke föreligger mellan parterna. Och själva ordet tvist användes i RB såsom liktydigt med mål eller rättegångssak, parterna må sedan vara oense eller icke[41]. Det föreligger en tvist i RB:s mening, även om parterna äro fullt eniga och svaranden utan vidare medger ett kärandens anspråk — processen föres blott för att käranden må erhålla exekutionstitel eller kanske rentav endast för att käranden i sin gode vän svarandens väntade konkurs skall kunna bevaka en domfäst fordran. Om det nu icke förefinnes något vägande sakligt skäl till stöd för en motsatt mening — och något sådant har jag förgäves sökt uppleta — varför skulle man då icke tolka ordet »tvist» i överensstämmelse med vår processlagstiftnings allmänna ståndpunkt? Spörsmålet torde äga praktisk betydelse endast med hänsyn till det fall, att fråga blott är om erhållande av exekutionstitel å en ostridig fordran. För min del kan jag icke se något avgörande hinder mot

[41] Se t. ex. RB 2:3; 4:2; (8:2 i den numera upphävda punkt 8) 10:2, 5, 6, 8 m. fl.; 14:5; 24:3. Jfr ock senare lagar, t. ex. lag d. 20/6 1905 om särskild sammansättning av vissa rådstuvurätter vid behandling av handelsmål 1 § 2 st.

att tolka skml. så, att ett skiljeförfarande skulle kunna komma till användning i ett sådant fall[42]. Denna min mening vinner ett visst stöd därav, att skml. (se 1 § 2 st.) tydligen förutsätter, att skiljeförfarandet skall kunna träda i stället för en lagsökningsprocedur och sålunda ersätta ett förfarande, som tillkommit just för att underlätta exekution av klara och ostridiga fordringar.

Vilken ståndpunkt man än intager till den förenämnda frågan, kan man ur en annan synpunkt säga, att skiljeförfarandet skall avse en tvistig fråga. Vare sig man under ordet tvist inbegriper fall av blott ovisshet eller ej, måste det fastslås, att skiljeförfarandet i princip skiljer sig från det för-

42 Denna uppfattning strider mot vad som förut uttalats inom svensk doktrin. Se *Berglund* I s. 19. — Jfr rättsfall i SvJT 1928 s. 4 samt partsargumentering i rättsfall i SvJT 1917 s. 42.

Jfr ang. tolkningen av uttrycket »Rechtsstreitigkeit» i ZPO § 1025 å ena sidan *Hellwig,* System II s. 1061; *Stein-Jonas,* Vorbemerkungen zu § 1025, II, 2; *Haffner* s. 34; *Baumbach* s. 38 (o. av honom anf. litt.) samt å andra sidan *v. Staff* s. 50 ff.; *Weismann* s. 279. Jfr ock *Richter* s. 4. — Ang. fransk rätt se *Garsonnet* & *Cézar-Bru* t. 8 nº 23; *Kohler,* Beiträge s. 268 ff. — Vad engelsk rätt beträffar, säges i § 27 Arb. Act: »'Submission' means a written agreement to submit present of future *differences* to arbitration etc. — — —.» *Bacon* s. 33 yttrar härom under hänvisning till ett rättsfall, »that there is not of necessity 'a present difference' between the parties simply because one refuses to pay to the other a sum of money but without disputing that other's right to it». Å andra sidan framhålles inom litteraturen, att »practically every question which might be determined by civil action may be referred to arbitration»; *Osborn* vº Arbitration. Se vidare *Bacon* s. 22 ff.; *Taylor* s. 15 f.; *R. Kahn* s. 1. (Annorlunda framställes saken av *Slater* s. 27 ff., enligt vilken »it may be stated as a broad principle that any matter which can be made the subject of a contract can be referred to arbitration».) Det synes svårt att förena Bacons först citerade uttalande med den, på vissa undantag när, antagna kongruensen med avseende å civilprocessens och skiljeförfarandets föremål, ty självfallet kan även i England ett civilprocessuellt förfarande äga rum jämväl i fall, då svaranden icke bestrider bifall till kärandens talan (om s. k. »undefended cases» se *Curti* s. 41 ff.). Man torde dock icke få bygga alltför mycket på framhållandet av den nämnda kongruensen (jfr ovan ordet »practically»), lika litet som man torde kunna draga någon motsatt slutsats därutav, att skiljeförfarandets föremål ofta betecknas som »a dispute» (jfr hurusom i svensk litt. ej sällan talas om »en rättstvist» såsom skiljeförfarandets föremål). Största betydelsen får man säkerligen tillmäta Bacons ovan återgivna positiva uttalande.

farande, där parterna med tredje mans medverkan reglera ett rättsförhållande, beträffande vilket ingen ovisshet råder. Detta senare förfarande är endast ett specialfall av avtals ingående under medverkan av tredje man på sådant sätt, att denne i större eller mindre utsträckning utfyller avtalets innehåll. Vad tredje mannen bestämmer, kan där sägas ingå såsom en integrerande del i själva avtalet. — Då skml. stadgar, att »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, så ock fråga om ersättning för skada på grund av brott» må hänskjutas till skiljemäns avgörande, har den angivit föremålet för skiljeförfarandet på ett sådant sätt, att tredje mans berörda verksamhet för utfyllande av ett parternas avtal uteslutits från lagens tillämplighetsområde. Det är i princip icke domstolarnas uppgift att på dylikt sätt medverka vid rättshandlingars ingående[43]. Visserligen kunna

43 Det i texten sagda må illustreras med ett exempel. Jag väljer härvid det inom litteraturen ej sällan berörda fallet, att köpare och säljare överlämna åt tredje man att bestämma köpeskillingen. I dylikt fall kan mycket väl den till tredje man hänskjutna frågan utgöra en »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas». Detta måste anses vara händelsen, då parterna i ett fall, där de äro fullt ense om själva föryttringen men värdet av det försålda kan bestämmas först efter inventering, träffa den överenskommelsen, att om de efter inventering icke kunna enas om köpeskillingens belopp, denna deras tvist skall avgöras av tredje man. Det är ju i sådant fall i princip icke uteslutet, att om frågan ej hänskjutits till tredje man, domstol skulle kunnat träffa ett avgörande angående prisets storlek (jfr köplagen § 5). Om däremot parterna underhandla därom, att den ene skall övertaga den andres affärsrörelse för 10.000 kr., men t. ex. den ifrågasatta köparen icke är sakkunnig, vad beträffar rörelsens värde, och parterna därför bestämma, att köp till angivna pris sker blott under den betingelsen, att en viss sakkunnig person uppskattar nämnda värde till minst 10.000 kr., i sådant fall kan man icke säga, att värderingsfrågan utgör en »fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas». Därest ett rättsförhållande ostridigt uppkommit och det sedan blir fråga om att på grundval därav träffa ett avgörande i någon viss punkt, föreligger en fråga, som principiellt kan underkastas domstols bedömande och varom förlikning icke a priori är utesluten. Ehuru även här den bedömandes verksamhet i viss mån kan bliva av rättsgestaltande art, ligger dock verksamhetens tyngdpunkt i det deklarativa. Utgör åter avgörandet en rent rättsgestaltande akt, kan man svårligen säga, att detsamma avser en »fråga av tvistemåls beskaffen-

även en domstols avgöranden vara rättsgestaltande, men den dömande verksamhetens tyngdpunkt ligger dock i det deklarativa; denna verksamhet går väsentligen ut på att träffa avgöranden angående stridiga eller åtminstone ovissa frågor, icke att nyskapa. — Vill man för de frågor, som kunna hänskjutas till skiljemän, söka en beteckning, varigenom utmärkes det nämnda särskiljandet från andra frågor, som kunna överlämnas till tredje mans bestämmande, kan man lämpligen säga, att de förra utgöra till sin typ tvistiga frågor. Någon tvist behöver icke föreligga i det särskilda fallet, men en fråga, som hänskjutes till skiljemän, skall vara av den art, att det icke är uteslutet, att en tvist angående frågan kan avgöras av domstol. Såsom den föregående framställningen ger vid handen, inlägges dock icke däruti, att frågan nödvändigt skulle kunna vara föremål för särskild rättegång. Med hänsyn till det sagda har jag icke dragit i betänkande att på sina håll i detta arbete beteckna skiljeavtalets föremål såsom tvist eller tvistefråga.

2) Skiljeavtal angående framtida tvist.

Frågan om möjligheten att till skiljemäns avgörande hänskjuta kontroverser, som kunna uppkomma först i framtiden, har fordom utgjort ett tvisteämne inom juridiken[44], något

---

het, varom förlikning kan träffas». Om A. begär 1.000 kr. för en vara men B. vill ge endast 500 kr. och de sedan för att uppnå ett resultat komma överens om 750 kr., är denna överenskommelse icke någon förlikning. Och om de i stället enas om det pris, som C. komme att anse för skäligt, är C:s uppskattning icke någon skiljedom.

Med det sagda har jag icke velat uttala, att sådana fall, som avses i BGB §§ 317—19, enligt svensk rätt alltid fölle utanför skml:ns tillämplighetsområde. Huruvida så är förhållandet eller ej, är en fråga, som faller utom ramen för detta arbete. Några beaktansvärda synpunkter ha anförts av *Weismann* i CA Bd 74 (1889) s. 422 ff.

44 Se för den romerska rättens del den av *Frey* s. 90 f. anförda litteraturen, särskilt *Delin* s. 159 ff.

som äger nära samband med frågan, huruvida den romerska rätten uppställt krav på skiljemännens angivande i compromissum[45]. I våra dagar har dock lagstiftningen i de flesta länder medgivit, att skiljeavtal må slutas jämväl angående framtida tvist[46]. Emellertid har man i åtskilliga länder förklarligt nog icke velat medgiva en obegränsad möjlighet härtill. Man har på många håll uppställt den begränsningen, att skiljeavtalet endast kan avse sådan framtida tvist, vilken härflyter av visst rättsförhållande, som angives i avtalet[47]. Denna ståndpunkt intager den svenska skml.

Skml:ns bestämmelse torde knappast tarva någon ingående utläggning. Endast i ett par hänseenden må stadgandets innebörd något närmare belysas.

Det har inom utländsk doktrin yppats olika meningar därom, huruvida det rättsförhållande, med hänsyn vartill skiljeavtalet ingås, behöver existera redan i avtalets ögonblick[48].

---

45 Se särskilt *Hanausek* s. 10 ff.

46 Frågan har varit särskilt brännande i Frankrike. C. de pr. civ. art. 1006, som lyder: »Le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité», har, ehuru i omtvistad utsträckning, ansetts utgöra ett hinder för erkännandet av »la clause compromissoire», såsom den i kontrakt förekommande skiljeklausulen benämnes (i motsats till »le compromis», skiljeavtal ang. en aktuell tvistefråga). Genom en lag av den 31 dec. 1925, avsedd att möjliggöra ratifikation av en i Genève den 24 sept. 1923 träffad överenskommelse (Protocole relatif aux clauses d'arbitrage), har emellertid den franska lagstiftningen tillmötesgått ett inom merkantila kretsar, särskilt med hänsyn till den internationella handeln, närt önskemål, att åtminstone i handelssaker tillåta »la clause compromissoire». Genom nämnda lag medgavs nämligen ifråga om vissa i art. 631 av C. de commerce angivna handelssaker ett undantag från den i C. de pr. civ. givna regeln, i det att det stadgades: »Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire.» Se i ämnet särskilt *André-Prudhomme* i IJ I s. 68 ff. Jfr ock ett av signaturen *E. L.* lämnat meddelande i SvJT 1926 s. 309 f., där redogörelse även lämnas för hithörande lagstiftning inom Nordamerikas Förenta Stater.

47 Se t. ex. finska lagen § 1; norska tvistemaalsloven § 452; tyska ZPO § 1026; österrikiska ZPO § 577.

48 Se litt. hos *Frey* s. 91 f.

Denna fråga måste, med hänsyn såväl till skml:ns avfattning som till det praktiska livets krav, besvaras obetingat nekande. Skiljeavtal angående framtida tvist tager nästan alltid gestalten av en särskild klausul i ett kontrakt och ingås alltså samtidigt med detta, vadan ett krav på rättsförhållandets tidigare existens skulle strida mot den ordning, som faktiskt gäller och som hos oss, liksom även vanligen i utlandet, av de rättstillämpande myndigheterna respekterats.

Det är tydligt, att vid skiljeavtal angående framtida tvist icke föreligger möjlighet att redan vid tidpunkten för skiljeavtalet sluta förlikning i tvisten. Men därav följer ej, att icke kravet på förlikningsmöjlighet skulle gälla även vid skiljeavtal angående sådan tvist. Lagens formulering — märk uttrycket »*sådan* fråga» i 1 § 1 st. 2 p. — ger tvärtom vid handen, att sagda krav avser jämväl förevarande fall; och med hänsyn till kravets innebörd är detta förhållande fullt förklarligt. Kravet innebär ju icke, att förlikning verkligen skall kunna träffas, utan blott, att avtalet skall avse en fråga, vars materiellträttsliga beskaffenhet icke utgör något hinder för förlikning. Lagens nämnda formulering innefattar alltså ett stöd för den i detta arbete förfäktade uppfattningen om förlikningskravets innebörd.

Man kan hysa tvekan därom, huruvida möjlighet föreligger att sluta skiljeavtal angående framtida tvist, även då denna härflyter av ett ex delicto uppkommet och i skiljeavtalet angivet rättsförhållande. Frågan är tydligen av mycket ringa praktisk betydelse, eftersom det nästan aldrig lärer inträffa, att parter vilja sluta skiljeavtal angående sådan tvist. Fallet är dock tänkbart. Det kan t. ex. inträffa, att en automobilförare låter en person, ehuru uttryckligen på dennes egen risk, medfölja i automobilen under en tävling i hastighetsåkning; och som föraren är tveksam, huruvida domstol skall beakta avtalet och fria honom från ersättningsskyldighet för skada, som på grund av oförsiktighet från hans sida åsamkas den medföljande, kombineras överenskommelsen med ett skiljeav-

tal, emedan föraren då antager, att densamma med säkerhet skall vinna beaktande. Vad som kan föranleda tvekan om möjligheten att sluta skiljeavtal i dylika fall, är den omständigheten, att det är tveksamt, i vad mån man här skall tillerkänna giltighet åt den rent civilrättsliga överenskommelsen. Även om en person på egen risk medföljer på en automobilfärd, är det därför icke säkert, att föraren blir fri från ersättningsskyldighet, som uppkommit genom grov vårdslöshet eller till följd av sådant körsätt, varmed den medföljande icke skäligen bort räkna[49]. I varje fall kan man ej på förhand överenskomma om ansvarsfrihet för uppsåtlig handling[50]. Jag skall icke gå närmare in på den civilrättsliga frågan om omfånget av parternas dispositionsmöjlighet i dylika frågor. Det räcker att här framhålla, att det uppenbarligen gives fall, då parterna icke på förhand kunna disponera över följderna av ett delikt[51]. Skall då denna kontrahenternas bristande dispositionsmöjlighet beträffande viss fråga medföra, att de ej heller kunna föreskriva, att frågan skall avgöras av skiljemän? Spörsmålet är enligt min mening att besvara nekande. Först och främst ger skml:ns formulering fog för ett sådant svar: uttrycket »sådan fråga» i 1 § 1 st. 2 p. måste språkligt sett anses åsyfta icke blott »fråga av tvistemåls beskaffenhet varom förlikning kan träffas» utan även »fråga om ersättning för skada på grund av brott». Och vidare torde det knappast finnas något avsevärt intresse, som påkallar ett svar i motsatt riktning. Vid det tillfälle, då tvisten skall avgöras, kan den ju mycket väl biläggas förlikningsvis. — Ehuru jag

49 Ett annat exempel: om en läkare fritager sig från allt ansvar för en operation och patienten på egen risk underkastar sig denna, är därför icke givet, att ej läkaren skulle kunna bliva ersättningsskyldig för sådan skada, som icke innefattar ett förverkligande av den risk, som förelegat, utan som framstår såsom en följd av en sådan försumlighet från läkarens sida, varmed man ej haft anledning att räkna.

50 Jfr BGB § 276 st. 2. Se i ämnet vidare *Klaestad* s. 69 ff. samt av honom anförd litteratur (hänvisningen till *Stang,* Erstatningsansvar s. 136 dock oriktig).

51 Här åsyftas blott sådana följder, varom över huvud taget är fråga i framställningen (ersättningsskyldighet).

sålunda anser, att skiljeavtal angående framtida tvist kan avse även tvist, som härflyter av ett ex delicto uppkommet rättsförhållande, skall jag dock villigt medge, att man i denna fråga kan hysa delade meningar. Under alla omständigheter måste det emellertid fastslås, att om man bortser från de tvivelaktiga fall, där parternas i avtalsögonblicket bristande dispositionsrätt över tvisteföremålet kan tänkas föranleda annat svar, skiljeavtalet kan avse även nämnda slag av framtida tvist.

I kravet på rättsförhållandets angivande i skiljeavtalet ligger, att rättsförhållandet skall hava blivit däruti fullt individualiserat. Vad som i det avseendet erfordras, skall jag emellertid här icke uppehålla mig vid, enär numera vid sidan av de omfattande tyska utredningarna[52] även den svenska litteraturen erbjuder en ingående framställning i ämnet[53].

§ 7. III. Spörsmål angående vissa särskilda omständigheters inverkan på möjligheten att hänskjuta en fråga till skiljemäns avgörande.

1) Utgör rättegång eller lagsökning hinder för skiljeavtal och skiljeförfarande?

Lika väl som det föreligger ett intresse därav, att olika domstolar icke meddela var sin dom i samma sak, lika väl bör det undvikas, att motsvarande konflikt uppstår mellan domstols dom och skiljedom. Hänsynen härtill kan tyckas påkalla, att beträffande förhållandet mellan skiljeförfarande och rättegång uppställas regler, analoga med dem om litispendensen. Emellertid har man här att räkna med en faktor, som föranleder, att sådana regler icke äro ägnade att generellt finna

52 Se särskilt *Hellwig,* Anspruch und Klagrecht s. 77 ff. samt Lehrbuch I s. 258 ff.

53 *Kallenberg,* Rättsmedlen s. 127 ff. (jfr Sv. civilprocessrätt I s. 878 ff.).

tillämpning på nämnda förhållande. Denna faktor är skiljeavtalet. Om redan förekomsten av ett sådant avtal utgör hinder för rättegång angående fråga, som avses i avtalet, blir det överflödigt att uppställa den regeln, att skiljeförfarandet utgör rättegångshinder, ty en invändning om skiljeavtalet gör ju då samma tjänst som en invändning om litispendens. Å andra sidan kan frågas, om ej den omständigheten, att en sak är anhängig vid domstol, är ägnad icke blott att medföra litispendensverkan med hänsyn till möjligheten att få till stånd ett skiljeförfarande angående samma sak utan även att inverka på möjligheten att träffa skiljeavtal om den anhängiga frågan. Det är tydligt, att icke alla dessa frågor tillhöra läran om skiljeavtalets föremål. Inom denna bör rätteligen endast frågan om möjligheten att sluta skiljeavtal angående något, varom rättegång pågår, finna sin behandling. Emellertid skall i denna framställning, vilken nära ansluter sig till skml., i sammanhang med nämnda fråga jämväl i viss mån uppmärksammas stadgandet i 1 § 2 st. sagda lag, ehuru detta stadgande icke avser skiljeavtalets föremål. Detta brott mot systematikens krav torde på grund av vad i fortsättningen anföres framstå såsom försvarligt. Den följande utredningen avser i enlighet med det sagda icke blott frågan om möjligheten att sluta skiljeavtal angående fråga, varom rättegång pågår, utan även i händelse av jakande svar, spörsmålet om möjligheten att på grund av sådant avtal få till stånd ett skiljeförfarande. Därjämte skall till följd av de säregna förhållandena i vårt land uppmärksamhet jämväl ägnas åt lagsökningsförfarandets inverkan ifråga om samma möjligheter.

I 1 § av 1887 års lag stadgades bl. a.: »Är tvist redan vid domstol anhängig, vare skiljeavtal, som därom slutes, icke gällande, med mindre saken vid domstolen nedlägges.» Detta stadgande erhöll sin lydelse i Kungl. propositionen, och bestämmande för dess avfattning har tydligen varit ett vid lagförslagets granskning inom HD av tre justitieråd gjort uttalande, vari bl. a. anfördes: »Väl kan det icke förekommas,

att, efter det en tvist blifvit dragen inför domstol, parterna öfverenskomma om tvistens afgörande af skiljemän; men en sådan öfverenskommelse torde icke böra tillerkännas någon rättslig verkan, med mindre den vid domstolen förda talan återkallas.» Av stadgandets avfattning, särskilt i belysning av det återgivna uttalandet, framgår, att ett giltigt skiljeavtal väl kunde slutas, medan rättegång pågick, men att avtalet icke blev »gällande», med mindre saken nedlades vid domstolen.

1 § 2 st. i 1929 års lag, vilket stadgande motsvarar den återgivna bestämmelsen i den äldre lagen, lyder: »Skiljemän må ej upptaga fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår, dock att rättegång ej hindrar skiljemannaförfarande, där anmälan om målets nedläggande skett hos rättens ordförande.» Förutom att det nya stadgandet innehåller ett par i detta sammanhang mindre betydelsefulla nyheter i förhållande till den äldre lagen, nämligen lagsökningsförfarandets jämställande med rättegång och en ny utformning av undantagsbestämmelsen, från vilka nyheter tillsvidare bortses, innefattar efter orden nämnda stadgande en reglering av en helt annan fråga än den äldre bestämmelsen. Den nya lagen ger en litispendensregel men uttalar sig icke därom, huruvida skiljeavtal må slutas angående fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår. Med hänsyn härtill förefaller det emellertid egendomligt, att det nya stadgandet fått sin plats i den del av lagen, som handlar om skiljeavtal. En bestämmelse, som icke rör skiljeavtalet utan i stället utgör en föreskrift för skiljemännen, borde väl snarast ha fått sin plats i avsnittet om själva skiljeförfarandet. Stadgandets placering kan måhända väcka tvivelsmål därom, huruvida stadgandet i själva verket avser att reglera något annat, än vad den äldre bestämmelsen gjorde. Det uttalande i motiven till den nya lagen, vilket hänför sig till ifrågavarande stadgande[54], är knappast

[54] Se K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 10.

ägnat att skingra ett sådant tvivelsmål. Det heter i detta uttalande, att den äldre bestämmelsen gav uttryck åt en riktig grundsats, »nämligen att skiljemän, lika väl som allmän domstol, ej må upptaga tvist, som redan är anhängig vid domstol, samtidigt som det bör vara parterna medgivet att genom rättegångens nedläggande vinna möjlighet att hänskjuta tvisten till skiljenämnd». Närmast synes väl med dessa ord hava antytts, att den bestämmelse, som sedermera upphöjdes till lag, i något avseende — även om man helt bortser från de båda här ovan först omtalade nyheterna — innebure en sakligt förbättrad utformning av en redan i den äldre bestämmelsen innefattad tanke. Men uttalandet torde möjligen även kunna tolkas så, som om den äldre bestämmelsen modifierades endast i det hänseendet, varom i fortsättningen av yttrandet bliver tal, d. v. s. beträffande frågan, om för dispens från huvudregeln skall fordras ett formellt nedläggande av rättegången eller om viss annan åtgärd skall vara tillfyllest. Vad än meningen med den nya formuleringen må vara, avgörande för lagens tolkning kan varken vara motivförfattarens tanke eller stadgandets placering utan dess faktiska avfattning. Det må alltså undersökas, om och i så fall i vad mån ordalagen i 1929 års lag måste i förevarande avseende anses giva uttryck åt en saklig förändring i förhållande till den äldre lagen.

Det ligger i öppen dag, att då enligt den äldre bestämmelsen skiljeavtal, som träffades under pågående rättegång, icke blev gällande, med mindre rättegången nedlades, ej heller, så länge rättegången pågick, något skiljeförfarande lagligen kunde komma till stånd på grund av sådant skiljeavtal. Däremot hindrade den äldre bestämmelsens avfattning icke, att skiljemän upptogo fråga, varom rättegång pågick men varom skiljeavtal slutits redan före rättegången. Det kan visserligen diskuteras, huruvida icke enligt äldre rätt, särskilt sådan denna gestaltade sig på grundval av den genom 1901 års lag förändrade lydelsen av 16 kap. RB, en underlåtenhet att i rättegången åberopa skiljeavtalet inom den i 2 § samma kap.

stadgade tid medförde, att skiljeavtalet finge anses förfallet med avseende å den anhängiggjorda frågan, men i vart fall innefattar ju 1929 års stadgande i förhållande till 1 § av 1887 års lag — jag tänker här endast på vad som framgår av §:ns ordalydelse — en påtaglig avvikelse, som innebär en konsekvent komplettering. I övrigt finnes däremot icke grundad anledning att antaga, att 1929 års lag i förevarande avseende medfört några andra förändringar i förhållande till 1887 års lag, än att lagsökningsförfarandet *uttryckligen* jämställts med rättegång och att ifråga om rättegång det från huvudregeln medgivna undantaget knutits till ett lindrigare villkor, nämligen anmälan om målets nedläggande i stället för dess faktiska nedläggande.

På grundval enbart av 1929 års lag är det väl möjligt att i vissa avseenden erhålla klarhet i de frågor, som här äro föremål för utredning. Lagen innefattar intet hinder mot slutande av skiljeavtal angående fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår, men klart är, att ett sådant avtal i positivt hänseende blir verkningslöst, intill dess anmälan om målets nedläggande skett hos rättens ordförande, resp. lagsökningsförfarandet avskrivits, ty förr kunna ju ej skiljemän upptaga den till dem hänskjutna frågan, och såsom en given konsekvens härav bör ej heller dessförinnan kunna framtvingas åtgärder, som åsyfta att få ett skiljeförfarande till stånd. Huru det däremot förhåller sig med den negativa rättsverkan av ett dylikt skiljeavtal, kan man ej med säkerhet sluta sig till av 1929 års lag. Kan part under åberopande av skiljeavtalet framtvinga, att den av avtalet berörda frågan icke blir föremål för domstolens eller överexekutorns prövning, eller är parten beroende av motpartens goda vilja, av den omständigheten, huruvida denne vill vidtaga åtgärd, som leder till förfarandets avskrivning, eller ej? Det är framför allt beträffande denna fråga, som ett studium av 1 § i 1887 års lag är ägnat att klarare belysa den gällande rättens ståndpunkt. Skiljeav-

talet blir icke »gällande», det medför inga som helst rättsverkningar, inga förpliktelser, förrän föreskriven anmälan, resp. avskrivning skett. Man kan även uttrycka saken så, att det är möjligt att sluta ett av nämnda åtgärders företagande suspensivt betingat skiljeavtal angående fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår. Göres anmälan om målets nedläggande, resp. avskrives lagsökningsförfarandet, får avtalet samma verkan som skiljeavtal i allmänhet; det innefattar då ett dispositivt hinder för ett förnyat processuellt förfarande och kan utgöra grundval för ett skiljeförfarande och för framtvingande av ett dylikt[55].

Vad som här utvecklats, äger sin fulla tillämplighet, därest

---

55 Det i texten utvecklade torde kunna giva någon ledning för besvarandet av den icke alldeles likgiltiga frågan om orsaken till stadgandets placering. Det har uttalats den tanken, att placeringen måhända vore att förklara på det sätt, att regeln skulle gälla alla skiljeavtal, även de i 2 § 2 st. avsedda. Denna förklaringsgrund strider emellertid emot innehållet av nämnda stadgande. I den mån ett skiljeavtal, som innefattar klanderförbehåll, endast skulle utmynna i »ett förslag till förlikning» (jfr nedan § 10), vore förklaringsgrunden även sakligt otillfredsställande, då rättegång eller lagsökning icke rimligen böra utgöra hinder för inledande av förlikningsförfarande.

En mer sannolik förklaring till placeringen synes mig vara den, att stadgandet i stort sett reglerar samma spörsmål som motsvarande bestämmelse i 1887 års lag och därför fått kvarstå i 1 §, något som också systematiskt sett kan försvaras därmed, att lagen betraktat skiljeförfarandet, inberäknat skiljeavtal och skiljedom, såsom en enhet och i sitt första avsnitt reglerat i vilka fall en tvist må avgöras genom skiljedom. Skiljeavtalet får praktisk betydelse först om det kan åtföljas av ett skiljeförfarande. Skiljeavtal angående fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår, slutes givetvis icke för sin egen skull utan för att ett skiljeförfarande skall komma till stånd. Det är åstadkommandet av ett sådant, som ter sig såsom det väsentliga. Att man nu för att få förfarandet i gång icke måste först göra anmälan om rättegångens nedläggande, resp. invänta att lagsökning nedlägges, och först därpå träffa skiljeavtal, utan kan vidtaga dessa åtgärder i omvänd ordning, ter sig endast såsom en teknisk förenkling i skiljeförfarandets igångsättande. Ur denna synpunkt har man vid ämnets systematisering icke haft någon större anledning att särskilt fästa sig vid de olika momenten i igångsättandet. Frågan blir snarare den, om parterna i fall, där skiljeavtal icke föreligger före rättegången eller lagsökningen, kunna, trots att sådant förfarande redan pågår, få sin tvist avgjord genom skiljedom i stället. Huru de sedan i händelse av jakande svar skola bära sig åt i sådant fall, det blir en fråga först i andra

fråga är om en vid underrätt eller hos överexekutor anhängig sak. Däremot måste särskilt utredas, huruvida det även äger obetingad giltighet beträffande fråga, som är anhängig i rättsmedelsinstans. Det faller visserligen av sig självt, att förbudet mot skiljeförfarande angående fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår, avser även fråga, som är anhängig i högre instans, men lika klart är icke, att i dylikt fall det sålunda förefintliga hindret kan avlägsnas, såsom fallet är vid förfarandet i första instans.

Det är tvenne intressen, som äro ägnade att väcka tvivel därom, huruvida i förevarande fall ett skiljeförfarande skall kunna igångsättas, ens om talan i den högre instansen återkallas. Det ena av dessa intressen är nödvändigheten att undvika konflikt emellan skiljedom och domstols dom, resp. överexekutors utslag. Detta intresse kan emellertid icke på något sätt lederas, därest återkallelsen gives ett med hänsyn till detsamma lämpat omfång. Medan det kan synas, som om sagda intresse icke bleve tillgodosett, om återkallelsen allenast avsåge inlagt rättsmedel, vore ur berörda synpunkt intet att invända mot skiljemannavägen, därest återkallelsen avsåge den i första instansen anhängiggjorda talan. Här åter gör sig det andra av de åsyftade intressena gällande. Det finns ingen garanti för att skiljeavtalet leder till en giltig skiljedom, utan saken kan komma att ånyo upp-

hand. Att man vid lagens systematisering anlagt det nämnda betraktelsesättet, förefaller desto mer sannolikt, som 4 § trots sin ordalydelse upptagits i avsnittet om skiljeavtalet. I enlighet med det anförda hade lagen i stället för att i 1 § 1 st. tala om hänskjutande till skiljemäns avgörande mycket väl kunnat säga: »*Skiljeförfarande* må avse fråga av tvistemåls beskaffenhet etc.» eller »Fråga av tvistemåls beskaffenhet etc. — — må utgöra föremål för *skiljedom*». Det är här fråga om att bestämma, vad som över huvud taget kan underkastas skiljedom. Vid avfattningen av de särskilda stadgandena har emellertid en noggrannare differentiering av förfarandets olika faser stundom varit erforderlig. Så har exempelvis regeln, att en vid domstol anhängig sak icke får underkastas skiljemäns prövning, förrän ifrågakomna villkor uppfyllts, måst avfattas så, att den ej utgör hinder för vidtagande av den förberedande åtgärd, som skiljeavtalet innefattar.

tagas i första instans, såsom om något avgörande aldrig träffats. Staten har här ett intresse därav, att dess organ icke upprepade gånger betungas med handläggning och prövning av samma sak. Emellertid skulle ju ett beaktande av detta intresse leda därhän, att det över huvud taget vore otillåtet att i rättsmedelsinstansen återkalla den instämda eller hos överexekutor anhängiggjorda talan. En sådan ståndpunkt synes emellertid icke vara den svenska rättens. Visserligen har inom svensk doktrin yppats den meningen, att en dylik återkallelse aldrig vore tillåten[56], men den uppfattningen kan dock med säkerhet betraktas såsom härskande, att giltighet skall tillerkännas återkallelsen, om parterna äro ense om densamma[57]. Detta måste då a fortiori gälla, då återkallelsen föranledes av ett skiljeavtal, ty i detta fall försvagas i betydlig grad styrkan av det argument emot sistnämnda uppfattning, som kan vara att finna i statens omförmälda intresse. Normalt sättes ju då skiljedomen i stället för myndighetens avgörande. En ny rättegång eller lagsökning är endast tänkbar i det undantagsfall, att skiljeförfarandet av någon anledning icke leder till en giltig skiljedom. — Emellertid är det fråga, om icke, trots vad som förut yttrats, också en återkallelse av inlagt rättsmedel är tillfyllest. Hyllar man den av doktrinen hittills omfattade meningen, att en rättskraftig dom utgör ett ofrånkomligt hinder för ett skiljeförfarande angående den avgjorda saken, måste man visserligen komma därhän, att en sådan återkallelse ej öppnar möjlighet för ett skiljeförfarande, ty den förenämnda konflikten mellan skiljedomen och domstolsdomen skulle då icke kunna undvikas, och detta vore ett resultat, alltför otillfredsställande för att kunna godtagas[58]. Men frågan kommer i ett annat läge, om man hyser den uppfattning, som sedermera skall närmare utvecklas i

---

56 *Gemmel* s. 38 ff. o. 91 ff.

57 Se *Kallenberg,* Rättsmedlen s. 120 ff., Sv. civilprocessrätt II s. 496 ff., och av honom anförda rättsfall.

58 Ehuru *Gemmel* synes tillhöra dem, som anse disposition över rättskraften

detta arbete, nämligen att de hänsyn, som eljest förbjuda disposition över en doms rättskraft, icke göra sig gällande i det speciella fall, att parterna önska hänskjuta den rättskraftigt avgjorda frågan till prövning av skiljemän. Kunna parterna få till stånd ett skiljeförfarande angående en redan rättskraftigt avgjord fråga, bör ej heller i förevarande fall något hinder möta mot ett sådant förfarande. Det vore ju egendomligt, om skiljemannavägen omedelbart efter återkallelsen, resp. vid lagsökning avskrivningsbeslutets »givande» (jfr nedan), skulle vara stängd men sedermera öppnas, då domstolens avskrivningsbeslut vunne laga kraft. Hava parterna genom avtal satt domen ur funktion (såsom sedermera skall utvecklas, får dock dispositionens giltighet anses betingad därav, att en giltig skiljedom verkligen kommer till stånd), uppkommer icke heller någon konflikt mellan skiljedomen och domstolens dom. Med den av mig i rättskraftfrågan hävdade uppfattningen måste alltså såväl återkallelse av den instämda eller hos överexekutor anhängiggjorda talan som av inlagt rättsmedel anses öppna möjlighet för ernåendet av en skiljedom. I intetdera fallet skulle man heller träda för nära det under skml:ns förarbeten framhävda intresset att undvika en sådan ordning, att domstolarna kunde föranledas meddela utslag, som redan vid sin tillkomst vore utan verkan (jfr nedan s. 96).

Om sålunda den omständigheten, att en fråga föreligger till prövning i rättsmedelsinstans, icke utgör något ofrånkomligt hinder för möjligheten att få till stånd ett skiljeförfarande angående frågan, gäller nu att närmare fixera förutsättningarna för denna möjlighet. Härvid skall jag till en

---

undantagslöst utesluten (se Gemmel s. 42), anser han dock (s. 92 f.), att ett skiljeförfarande må äga rum efter återkallelse av inlagt rättsmedel. Gemmel menar nämligen, att parterna ha lagstadgad möjlighet att efter målets nedläggande i rättsmedelsinstansen ernå en skiljedom, och då han anser svensk rätt icke medgiva part att i högre instans återkalla den instämda talan (jfr ovan i texten) men väl inlagt rättsmedel, kommer han till det resultatet, att den berörda konflikten icke kan undvikas.

början något närmare än förut skett beröra motsvarande förutsättningar, då saken är anhängig i första instans.

I motiven till 1929 års lag[59] säges, att »det bör vara parterna medgivet att genom rättegångens nedläggande vinna möjlighet att hänskjuta tvisten till skiljenämnd». »Skiljenämndens behörighet», heter det vidare, »bör då emellertid icke göras beroende av frågan huruvida ett formellt nedläggande av rättegången verkligen äger rum. Genom förbiseende kan detta försummas, och skiljedomen skulle då bliva ogiltig. Det bör vara tillfyllest att parterna träffat avtal om rättegångens nedläggande, men för god ordnings skull synes det vara lämpligt föreskriva att detta avtal skall hava träffats skriftligen. Ett stadgande av denna innebörd, avseende såväl att rättegång som att lagsökning pågår, har upptagits såsom 3 stycke i förevarande §» (§ 1). Lagförslaget vann i förevarande hänseende icke bifall av lagrådet, som bl. a. yttrade[60]: »Skulle, sedan skriftligt avtal träffats om nedläggande av ett mål vid domstol, skiljemän få upptaga samma tvist, innan det formella nedläggandet av rättegången ägt rum, kunde, i följd av försummelse att hos domstolen anmäla avtalet eller dröjsmål därmed, inträffa, att såväl domstol som skiljemän meddelade dom i saken. Särskilt om målet låge hos högre rätt, där tiden för utslags meddelande vanligen icke på förhand är för parterna känd, kan dylikt lätteligen hända.» Lagrådet menade därför, att om kollisioner mellan skiljedomar och domstolsutslag skulle kunna undvikas, erfordrades för förslagets genomförande en särskild bestämmelse. Lagrådet ansåg dock lämpligast att helt slopa den föreslagna modifikationen i regeln, att skiljemän ej finge upptaga fråga, varom rättegång eller lagsökning påginge. Det kunde nämligen enligt lagrådet icke anses överensstämma med god processuell ordning, om domstolarna, såsom kunde bliva följden av förslagets ståndpunkt, föranleddes att meddela utslag, vilka redan vid sin

59 K. prop. s. 36; NJA II nr 1:1 s. 10.
60 K. prop. s. 75; NJA II nr 1:1 s. 11 f.

tillkomst vore utan verkan. I Kungl. prop. erhöll 1 § sin slutliga avfattning. Departementschefen[61] fann skäl tala för modifikationens bibehållande såtillvida, att rättegång icke borde hindra skiljeförfarande, där anmälan om målets nedläggande skett hos rättens ordförande. Ett sålunda modifierat stadgande träffades enligt departementschefens uppfattning icke av lagrådets erinran.

Omständigheterna vid tillkomsten av stadgandet i 1 § 2 st. skml. giva tydligt vid handen, vad som åsyftats med detta stadgande. Man har velat undvika kollisioner mellan skiljedomar och domstols, resp. överexekutors, utslag men tillika medgiva, att skiljeförfarandet må kunna igångsättas så tidigt, som det är möjligt utan att risk för dylika kollisioner inträder och utan risk för att ett redan vid sin tillkomst verkningslöst utslag skall behöva meddelas. Det kan emellertid, såvitt jag förstår, knappast sägas, att dessa syften blivit konsekvent fullföljda genom stadgandet. Vid dess avfattning synes man nämligen endast haft för ögonen förfarandet i första instans, något som förutom den åsyftade inkonsekvensen medför svårigheter vid lagrummets tolkning.

Enligt huvudregeln må skiljemän ej upptaga fråga, varom rättegång eller lagsökning pågår. Rättegång eller lagsökning kan ej anses upphöra, förrän domstol, resp. överexekutor, skilt målet ifrån sig, vilket i händelse av talans återkallande sker genom avskrivning. Vid domstol fattas i dylikt fall ett uttryckligt beslut om målets avskrivning, ett beslut, som vanligen tillika innehåller ett avgörande angående kostnadsersättning. Här är alltså en tydligt markerad skillnad emellan kärandens återkallelse av talan, eller käromålets nedläggande, och anhängighetens upphörande[62]. Hos överexekutor meddelas, såvitt jag kunnat göra mig underrättad, i regel icke något särskilt avskrivningsbeslut, utan återkallelsen medför lagsök-

61 K. prop. s. 87; NJA II nr 1:1 s. 13.

62 Då det i motiven talas om »rättegångens formella nedläggande», är det oklart, vilken akt som avses, partens processhandling eller målets avskrivning.

ningsmålets omedelbara avskrivning genom en enkel diariiåtgärd. Även där särskilda omständigheter nödvändiggöra ett sådant beslut[63], torde emellertid den tid, som förflyter mellan återkallelsen och beslutets meddelande icke vara särdeles lång. Då härjämte kommer i betraktande, att överexekutor är en myndighet, till vilken parten i regel kan utan tidsutdräkt hänvända sig, är det förklarligt, varför lagsökningsförfarandet icke inbegripits under något huvudregeln modifierande stadgande. Det behöver heller icke utvecklas, varför ett sådant stadgande uppställts med hänsyn till underrätterna, där ju en ganska avsevärd tid kan förflyta emellan olika rättegångstillfällen. Men när det gäller förfarandet i högre instans, synes det näppeligen motiverat att, såsom lagrummet gör, uppställa olika regler för rättegång och lagsökning. I hovrätt kan icke lagsökningsförfarandet bringas att upphöra på samma enkla sätt som hos överexekutor. Här måste fordras ett hovrättens beslut med anledning av återkallelsen. Det torde därför städse förflyta en icke alltför obetydlig tid emellan denna och avskrivningen. Som stadgandet i 1 § 2 st. är avfattat, har man emellertid svårt att komma ifrån, att den för möjligheten att påbörja ett skiljeförfarande avgörande tidpunkten är, vad beträffar ett i hovrätt anhängigt lagsökningsmål, tiden för avskrivningsbeslutets »givande» och, vad beträffar rättegång i samma instans, tiden för den föreskrivna anmälan. Resultatet är allt annat än tilltalande.

Stadgandets mindre tillfredsställande avfattning träder ytterligare i dagen, när det gäller att avgöra, till vem sagda anmälan skall göras. Att anmälan skall ske hos »rättens ordförande» är fullt förklarligt, när fråga är om underrättsförfarandet. Men vid rättegång i högre instans kan ju part ofta ej ha möjlighet att taga reda på, vem som för ordet i rätten — märk den hemliga sessionsordningen i HD — och även om

63 T. ex. den omständigheten, att förklaranden begärt ersättning för sina kostnader.

han så skulle kunna, kan det näppeligen vara med förfarandets struktur överensstämmande, att part vänder sig till ordföranden personligen. Stadgandet torde trots ordalagen böra tolkas så, att vid överrättsförfarandet anmälan skall ske hos den tjänsteman (i Svea och Göta hovrätt vederbörande aktuarie, i hovrätten över Skåne och Blekinge sekreteraren) eller den institution (Nedre justitierevisionen), som har till uppgift, att å domstolens vägnar (alltså även å ordförandens vägnar) mottaga parternas handlingar.

2) Skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom lagakraftvunnen dom eller skiljedom eller som bilagts genom förlikning.

a) *Skiljeavtal angående res judicata.*

Det har förut framhållits, att skml. icke reglerat spörsmålet om möjligheten att sluta skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom lagakraftvunnen dom[64]. Man torde från den föregående framställningen erinra sig, att frågan dryftats under förarbetena till 1929 års lag, i det att den sakkunnige föreslagit en bestämmelse om förbud för skiljemännen att upptaga fråga, som blivit genom lagakraftägande beslut avgjord, men denna bestämmelse på lagrådets hemställan strukits. Ehuru uteslutandet av den föreslagna bestämmelsen berodde därpå, att lagrådet ville lämna parterna möjlighet öppen att till skiljemän hänskjuta en redan avdömd fråga, är därmed icke givet, att en sådan möjlighet står parterna till buds. Fastmera har genom uteslutningen det förevarande

[64] Se ovan s. 68 f. — Problemet rör icke, huruvida parterna äga till skiljemäns avgörande hänskjuta frågan om den inverkan, som efter domen inträffade omständigheter tilläventyrs utövat på parternas mellanvarande. Att en sådan fråga kan hänskjutas till skiljemäns avgörande, lika väl som den kan prövas i en ny rättegång, är alldeles klart. Ett dylikt hänskjutande utgör icke ett skiljeavtal angående den redan avdömda frågan.

spörsmålet lämnats öppet och får därför besvaras på grundval av allmänna teoretiska överväganden.

Möjligheten av ett skiljeförfarande angående res judicata skulle innebära, att parterna ägde disponera över en doms rättskraft. Efter *Oskar Bülows* berömda avhandling »Absolute Rechtskraft des Urtheils»[65] gäller nära nog såsom ett axiom inom rättsvetenskapen, att en sådan dispositionsrätt är oförenlig med de grundsatser, varpå processrätten allmänt bygger. Att tillåta ett skiljeförfarande i nämnda fall skulle därför innebära ett avsteg från en allmänt vedertagen princip, och ett sådant avsteg bör tydligen icke komma ifråga, med mindre särskilda omständigheter motivera detsamma eller åtminstone de hänsyn, som påkallat principens uppställande, visas icke göra sig gällande i detta speciella fall.

Bülow ser i sin bemälda avhandling frågan om parts disposition över rättskraften uteslutande ur synpunkten, att en sådan disposition skulle kränka domstolarnas auktoritet[66]. Därmed kan Bülow givetvis icke mena, att en domstols ledamöter skulle känna sig kränkta, om parterna hänsköte en av domstolen avgjord fråga till prövning av skiljemän, ty ett så naivt argument har uppenbarligen icke kunnat flyta ur Bülows penna. Vad hans synpunkt närmare innebär, är fastmera det, att aktningen för domstolarna skulle kunna undergrävas, om parterna ägde disponera över rättskraften. Ett sådant resultat av dispositionsrätten vore förvisso ytterst betänkligt. Men argumentet träffar icke det föreliggande fallet. Om genom partsdisposition kunde åstadkommas, att en redan genom lagakraftvunnen dom avgjord sak finge ånyo upptagas till domstols prövning, såsom om något avgörande aldrig träffats, då kunde det visserligen tänkas, att domstolarna lätt kunde komma i en dager, i vilken de kanske framstode såsom mindre

---

65 I CA Bd 83 (1894) s. 1 ff.

66 Att Bülows framställning i ämnet lider av en viss ensidighet, har med rätta framhållits av *M. Rümelin* i dennes nekrolog över Bülow, i CA Bd 103 (1908), s. 18 f.

vördnadsbjudande verktyg för parternas processlusta. Och att samma domstol vid de olika rättegångarna om samma sak kanske komme till olika resultat, vore heller icke ägnat att höja domstolarnas anseende. Men dessa hänsyn göra sig icke gällande, när det ej är fråga om tillåtligheten av en ny rättegång utan av ett skiljeförfarande. Det torde vara allmänt erkänt, att domen icke hindrar parterna att avtala angående det omprocessade rättsförhållandet och på så sätt ändra det rättsläge, som genom domen fastställts. Att genom denna möjlighet allmänhetens aktning för domstolarna skulle ha minskats, lär väl icke påstås, och att vid detta förhållande en sådan menlig inverkan skulle bli följden, om parterna tillätes att hänskjuta sin sak till förnyad prövning av skiljemän, förefaller allt annat än troligt. Det stora flertalet människor uppfattar helt säkert icke, att här är fråga om dispositioner på helt skilda områden. Ur förevarande synpunkt synes alltså icke föreligga något hinder mot att tillåta skiljeförfarande angående en redan rättskraftigt avgjord fråga.

Principen om förbud mot disposition över rättskraften brukar icke blott stödas på hittills angivna grund utan jämväl förklaras såsom beroende på nödvändigheten av att hushålla med offentliga organers tid och krafter[67]. Staten har genom domen fyllt sin uppgift att skipa rätt; domstolarna må icke ånyo betungas med samma sak. Men om parterna överenskomma om att hänskjuta saken till förnyad prövning av skiljemän, komma ju domstolarna i regel icke att besväras ånyo, och detta icke ens om skiljeförfarandet strandar, ty då måste det anses, att den gamla domen alltjämt bibehåller sin giltighet. Man måste med hänsyn till förbudet mot ny rättegång se saken så, att dispositionens giltighet är betingad utav tillkomsten av en giltig skiljedom. Kommer en sådan ej till stånd, har helt enkelt domstolens omdöme angående parternas mellanvarande icke ersatts av något nytt.

---

67 Se t. ex. *Hagerup* I s. 456 f.; *Munch-Petersen* II s. 403 f. o. 429; *Kohler*, Forschungen s. 89.

Mot tillåtligheten av ett skiljeavtal i förevarande fall kan invändas, att, ehuru avtalet visserligen icke skulle kunna medföra, att domstol ånyo betungades med den materiella fråga, som avgjorts genom förra domen, domstol likväl skulle kunna få att pröva klander emot skiljedomen eller avgöra i 25 § skml. avsedd fråga om kostnadsersättning[68]. Om ett skiljeförfarande i en avdömd sak bör möta hinder av hänsyn därtill, att ett sådant förfarande skulle kunna medföra, att domstol i begränsad omfattning ånyo finge att göra med saken, är i viss mån en omdömesfråga, vid vilken det i sista hand kommer an på en subjektiv värdering. Givet är, att statsmaktens ifrågavarande intresse icke i tillnärmelsevis samma grad beröres i sådant fall som i fall av ny sakprövning; och för min del kan jag icke finna, att den ökade arbetsbörda, som under vissa omständigheter kunde åsamkas domstolarna, är av den betydenhet, att man av hänsyn därtill bör ställa sig avvisande mot en parternas önskan att genom skiljemän erhålla en förnyad prövning av sin sak.

Resultatet av utredningen blir sålunda, att de hänsyn, som eljest förbjuda disposition över en doms rättskraft, icke utgöra något hinder för att i förevarande speciella fall göra ett avsteg från den allmänna principen. Men föreligger ej något dylikt hinder för partsdisposition, då bör också denna få göra sig gällande. Parterna äro de närmaste att själva bestämma över sina rättsliga angelägenheter, och ligger intet offentligt intresse i vägen för en deras dispositionsrätt, måste det också anses med vår rättsordnings grunder överensstämmande att tillerkänna dem sådan befogenhet. Resultatet innefattar en brytning med vad som förut lärts inom svensk-

68 Hyllar man den uppfattningen, att en skiljedom kan såsom ett materiellt rättsfaktum utgöra underlag för fullgörelsetalan vid domstol (jfr ovan s. 25 ff.), skulle i det uti texten avsedda fallet domstol jämväl kunna ånyo få befattning med parternas mellanvarande, men väl att märka icke med den redan avdömda frågan utan endast med frågan om förutsättningarna för skiljedomens giltighet.

finsk doktrin[69]. Däremot har den här förfäktade åsikten kommit till uttryck inom norsk rättsvetenskap[70].

b) *Skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom skiljedom eller förlikning.*

Med det resultat, vari framställningen under a) utmynnat, är det självfallet, att ej heller en skiljedom eller förlikning hindrar, att den redan avgjorda eller förlikta frågan hänskjutes till förnyat avgörande av skiljemän. Då det emellertid ingalunda kan tagas för givet, att det nämnda resultatet godtages av den svenska rättsvetenskapen, som ju hittills uttalat sig i motsatt riktning, må dock framhållas, att även den, som ej vill medgiva möjligheten att sluta skiljeavtal angående res judicata, därför icke med nödvändighet måste hysa betänkligheter också mot skiljeavtal angående fråga, som avgjorts genom skiljedom eller förlikning. Vad beträffar fråga, som avgjorts genom skiljedom, torde tvärtom den uppfattningen vara den härskande, att skiljedomen, såsom utgörande icke en statlig rättsskipningsakt utan ett på avtal grundat rättsfaktum, kan upphävas genom partsdisposition, så att läget blir detsamma, som om något avgörande aldrig träffats[71]. En konsekvens av denna uppfattning är, att en skiljedom, i motsats till en domstolsdom, icke utgör ett sådant rättegångshinder, som skall av domstol ex officio beaktas[72]. Vad åter

69 Se *Trygger* i TfR 1895 s. 13 f.; *Frey* s. 85 f.; *Berglund* I s. 65 f. Jfr däremot LK:s motiver s. 330 (i båda uppl.) o. 1849 års förslag till RB I, Motiver s. 80.

70 Se *Skeie* II s. 233.

71 Se t. ex. *Trygger* i JFT 1910 s. 273; *Wach* s. 75 f.; *Stein-Jonas* § 1040, II; *Hellwig,* System II s. 124; *Altenrath* s. 42 f.; *Schwarz* s. 30; *Schultzenstein* s. 357; *Wiesner* s. 2; *v. Staff* s. 232. A. m. *Frey* s. 86 samt, med stöd av L. 32 § 5 D. 4:8 (varom se not 73), *B. Mayer* s. 19 och *Overesch* s. 29 f.

72 Inom svensk-finsk doktrin har *Frey* s. 179 förfäktat den meningen, att domstol skall ex officio beakta en skiljedom. Mot honom *Berglund* I s. 118 f. Anmärkas må i övrigt, att österrikiska ZPO § 594, som stadgar såsom

vidkommer frågan om skiljeavtal angående förlikt sak, ha de författare, som uttalat sig i den nämnda riktningen, icke, såvitt jag kunnat finna, direkt berört denna fråga[73], men det är tydligt, att svaret i regel måste utfalla i samma riktning. För den svenska rättens del måste man emellertid här — om man utgår från uppfattningen, att en res judicata ej kan hänskjutas till skiljemän — göra undantag för sådan förlikning, som blivit av domstol stadfäst, ty en dylik förlikning utgör ett processhinder, som domstolen har att ex officio beakta[74].

---

regel, att skiljedomen mellan parterna har samma verkan som en rättskraftig domstolsdom, såväl i praxis som inom doktrinen tolkas därhän, att en skiljedom utgör ett absolut processhinder; se *Dubowy* under § 594 samt *Hanausek* s. 6; *Pollak* II s. 781; *Sperl* s. 806.

73 Frågan har däremot uppmärksammats av författare, som uttalat sig i motsatt riktning. Se *Frey* l. c. och där anf. litt. För das gemeine Recht har man här åberopat L. 32 § 5 D. 4:8 (Paulus): »Item non est cogendus» (sc. arbiter sententiam dicere) »si de negotio transactum est — — —.»

74 Se härom *Kallenberg* i Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén s. 102 f. samt Sv. civilprocessrätt II s. 517 f.

Det i texten sagda modifieras knappast därav, att stadfäst förlikning under förutsättning, som i RB 20:5 sägs, kan förklaras ogiltig. Så länge förlikningen består, utgör den dock hinder för en till sakprövning ledande process angående den genom förlikningen reglerade frågan. — Huru RB 20:5 skall tolkas, synes mig tveksamt. Såsom framhållits av Kallenberg, i Skrifter tillägnade Thyrén s. 97 f., Sv. civilprocessrätt II s. 514 ff., avser den prövning, domstol har att anställa, innan förlikningen må stadfästas, förutsättningarna för förlikningens giltighet. Av underrätt eller hovrätt meddelat stadfästelsebeslut kan såsom ett slutligt utslag överklagas i högre rätt. Med hänsyn till den prövning, som sålunda kommer förlikningens giltighet till del, förefaller det egendomligt, om, såsom Kallenberg gör gällande, i större utsträckning förefunnes möjlighet att under obegränsad framtid oaktat stadfästelsen anhängiggöra talan om förlikningens ogiltigförklarande även på annan grund än den i 20:5 omförmälda, nämligen att part blivit svikligen förledd att ingå förlikning. På grund av det föga eftersträvansvärda osäkerhetstillstånd, som bleve en följd av en icke tidsbegränsad möjlighet att angripa en förlikning, synes det knappast tillfredsställande att i större utsträckning giva stadgandet en extensiv tolkning. I viss mån kan dock en sådan tolkning möjligen stödas på UB 4:14, jämförd med 3 § i samma kap. (enligt 14 § skall förlikning äga samma rätt som »annor klar förskrifning» och i 3 § talas om att någon säger, »at han blifwit twungen, eller trugad, lockad, eller förledd, at gifwa skuldebref ut»). Det vore också egendomligt, om möjligheten att gentemot förlikning göra gällande tvång, som fortfarit under stadfästelseförfarandet, skulle

KAPITEL III.

Skiljeavtalets innehåll och form.

A. Skiljeavtalets innehåll.

§ 8. Inledande anmärkningar.

Skml. beskriver i 1 § skiljeavtalet såsom ett avtal, varigenom fråga av viss närmare angiven beskaffenhet hänskjutes till avgörande av en eller flera skiljemän. Det är tydligt, att skiljeavtalet alltid måste innehålla, vad lagen sålunda inlagt i dess begrepp. Att avtalet skulle behöva inehålla något mer,

---

prekluderats, därför att tvånget ej åberopats i detta förfarande. Men att vilja utsträcka regeln i 20:5 till att gälla alla viljebrister synes å andra sidan vara att gå för långt. Sålunda böra t. ex. vid muntlig förlikning inför domstolen sådana misstag, som avses i 32 § avtalslagen, med iakttagande av tillbörlig aktsamhet kunna märkas vid dombokens justering (jfr RB 20:2), vadan en preklusion av möjligheten att kunna åberopa sådana misstag ingalunda saknar fog. Vidare är särskilt att märka, att det är mycket tvivelaktigt, om och i så fall i vad mån bristande förutsättning samt villfarelse, som icke framkallats eller underhållits genom svikligt förfarande, kunna göras gällande vid förlikning — jag erinrar om den romerska rättens ståndpunkt beträffande error vid transactio, varom se å ena sidan *Regelsberger* s. 626, å andra sidan av honom anf. st. not 6 nämnda författare ävensom *Ekelund* III s. 508 ff. Mest rationellt vore att tillskriva stadfästelsen prekluderande verkan med avseende å sådana ogiltighetsgrunder, som bort kunna åberopas i stadfästelseförfarandet. Måhända träffade man då lagens anda, ty medan andra ogiltighetsgrunder i regel böra kunna göras gällande i detta förfarande, kan det däremot lätt hända, att svek icke upptäckes, förrän stadfästelsen vunnit laga kraft. — Jfr ang. 20:5 vidare *Flintberg,* Lagfarenhetsbibliotek I s. 89, *Lind,* Domarens Pröfning s. 187 (ävensom *Calonii* Opera omnia, yttrande nr 130 i HD).

framgår däremot icke av lagen. Och ser man på skiljeavtalets gestaltning i det levande livet, finner man också, att ett sådant avtal mycket ofta icke innehåller något annat än ett dylikt hänskjutande. Såsom förut nämnts, förekomma skiljeavtal i våra dagar vanligen i gestalten av en särskild kontraktsklausul, och i många fall innehåller en sådan klausul endast, att »möjligen uppkommande tvist angående kontraktets tolkning skall avgöras av skiljemän», att »alla med anledning av kontraktet eventuellt uppkommande tvister skola slitas av gode män» eller dylikt. Väsentligt för skiljeavtalets innehåll är alltså endast, att fråga av viss i avtalet angiven beskaffenhet hänskjutes till avgörande av en eller flera skiljemän. Härutöver kan emellertid skiljeavtalet innehålla åtskilliga bestämmelser, t. ex. om skiljemännens antal och sättet för utseendet av skiljemän, om orten för skiljeförfarandet, om tiden för skiljedomens meddelande o. s. v. I denna framställning skall först (under § 9) närmare redogöras för skiljeavtalets väsentliga innehåll, varefter (under § 10) skall uppmärksammas en fråga av särskild betydelse för läran om skiljeavtalets innehåll.

§ 9. Skiljeavtalets väsentliga innehåll.

Ser man närmare på vad som här uppgivits vara skiljeavtalets väsentliga innehåll, finner man, att däri ingå två ting, nämligen angivandet av tvistefrågan och förklaringen, att denna fråga skall hänskjutas till skiljemäns avgörande. Däremot kräves icke — något som av historiska skäl må särskilt framhållas[1] — att skiljemännen angivas i avtalet, och ej heller,

[1] Den romerska rätten synes hava uppställt kravet, att skiljemännen skulle angivas i compromissum. (Källorna uttala sig dock icke direkt om denna fråga, och senare tiders rättslärde hava varit av delade meningar angående kravets existens. Se i ämnet särskilt *Delin* s. 170 ff., vilken mest ingående motiverat uppfattningen, att skiljemannen eller skiljemännen skolat utses i compromissum. Av samma åsikt *André* s. 29 ff.; *Weizsäcker* s. 7 ff.; *Overesch*

att detta ens innehåller bestämmelser om deras antal och sättet för utseendet av skiljemän.

1) Angivandet av skiljeförfarandets föremål.

Frågan om vad som kan utgöra föremål för skiljeförfarande har förut behandlats. Här är i stället fråga om på vad sätt detta föremål måste i skiljeavtalet angivas.

a) Någon uttrycklig bestämmelse i förevarande hänseende har lagen endast givit beträffande *skiljeavtal, som avser framtida tvist.* I sådant fall skall enligt 1 § i skiljeavtalet angivas det rättsförhållande, med hänsyn vartill ett skiljeförfarande kan komma att påkallas[2]. Angående grunden till detta krav innehålla motiven till 1929 års lag icke någon upplysning, och i motiven till Nya LB:s förslag till lag om skiljemän[3] säges endast, att en vidsträcktare avtalsfrihet i förevarande hänseende varken torde påkallas av något känt behov eller överensstämma med god ordning. Emellertid inses lätt, vad som ligger bakom ifrågavarande bestämmelse och Nya LB:s uttalande. Den rättsskyddsgaranti, som samhället lämnar den enskilde, skulle kunna på ett för den senare menligt sätt inskränkas, om möjlighet förefunnes att sluta skiljeavtal angå-

---

s. 18 ff.; *Bornhak* s. 8; *Hanausek* s. 11; *Dernburg,* Preuss. Privatr. s. 308 f. A. m. *Windscheid* II § 416[9]; *B. Mayer* s. 36 f.) Säkert är i varje fall, att nämnda krav förefunnits i kanonisk rätt — se c. 12 X de arbitris I:43 (verba: »— — — ut compromissum de incerta persona in arbitrium assumenda non teneat.») — och att det sedermera, stundom till stort förfång för skiljedomsväsendets utveckling — så särskilt i fransk rätt, varom se ovan s. 84 — upptagits jämväl i senare lagstiftning. Så småningom har emellertid nämnda krav allmänt uppgivits eller, där det bibehållits, tolkats på ett synnerligen liberalt sätt. (Se i sistnämnda avseende de domar, som i *Dalloz'* edition av C. de pr. civ. anförts under art. 1006.)

Ang. svensk rätt se *Nehrman* cap. XXIX § 20; *Schrevelius* s. 7 f.; *Trygger* i TfR 1895 s. 22. Jfr ock *Frey* s. 95.

[2] Jfr ovan s. 87.

[3] S. 19; NJA II 1887 nr 4 s. 16.

ende alla i framtiden eventuellt uppkommande tvister med annan person. Den ifrågavarande bestämmelsen frånkänner rättsverkan åt avtal, som i oöverskådliga hänseenden skulle betaga kontrahenterna rättsordningens skydd gentemot motparten[4].

Kravet på angivandet av visst rättsförhållande i skiljeavtalet, vilket krav i och för sig innebär, att skiljeavtalet skall innehålla allt, som är erforderligt för rättsförhållandets individualisering[5], torde icke få tagas alltför bokstavligt. Sagda krav torde säkerligen få anses uppfyllt, därest i ett kontrakt infogats en klausul av följande innehåll: »Möjligen uppkommande tvist skall avgöras av skiljemän.» Ehuru i själva skiljeklausulen intet nämnes om något rättsförhållande, synes genom klausulens infogande i kontraktet tillräckligt tydligt hava utmärkts, att skiljeavtalet avser tvist, som härflyter av det genom kontraktet grundade rättsförhållandet.

b) Då lagen i samma § reglerat rekvisiten för *skiljeavtal* såväl *angående redan uppkommen* som angående framtida *tvist* men endast i det senare fallet uttryckligen uppställt ett krav därpå, att tvisten skall härflyta av visst rättsförhållande, som angives i skiljeavtalet, är man berättigad att e contrario sluta därtill, att något krav på angivande av visst rättsförhållande, varav tvisten härrör, icke gäller för skiljeavtal angående en eller flera redan uppkomna tvistefrågor. Är grunden för inskränkningen i 1 § 1 st. sista punkten den förut omtalade, förefaller också en sådan ståndpunkt fullt förklarlig. Det berörda intresset att förhindra avtal med oöverskådliga konsekvenser gör sig icke gällande, i varje fall icke i tillnärmelsevis samma grad, ifråga om skiljeavtal angående redan uppkommen tvist.

Emellertid finnes ett annat intresse, vars förhandenvaro måhända kan föranleda tvivel angående riktigheten av det resultat, vartill det berörda e-contrario-slutet leder. Det är

[4] Jfr *Frey* s. 92 f.

[5] Se härom litteraturanvisningarna ovan s. 87.

intresset av bestämda gränser för vad som genom skiljeavtalet undandrages domstolarnas prövning och för det kommande skiljeförfarandet. Detta intresse, detsamma som för civilprocessens del kommit till uttryck i kravet på »sakens» angivande i stämningen, föreligger i lika hög grad, när skiljeavtalet rör en aktuell tvistefråga som när det avser framtida tvist. Inom litteraturen har också uttalats, »att det är en gemensam fordran på alla skiljeavtal, oavsett om de äro av det ena eller det andra slaget, att de skola angiva ett bestämt rättsförhållande som tvisteföremål»[6]. Måhända skulle någon därför vilja ifrågasätta, att lagen verkligen avser, att skiljeavtalets begränsande till tvist, som härflyter ur visst i avtalet angivet rättsförhållande, skall gälla endast skiljeavtal angående framtida tvist. Anledningen till att lagen allenast i detta fall talat om en begränsning skulle då möjligen kunna tänkas vara den, att i andra fall ett uttryckligt angivande av begränsningen tett sig överflödigt, i det att densamma framstått såsom självfallen.

På detta sätt får man emellertid icke tolka lagen. Avfattningen av 1 § utmärker tydligt, att lagen i förevarande hänseende gör en bestämd skillnad emellan skiljeavtal angående redan uppkommen tvist och angående framtida tvist. Och denna skillnad finner ju sin naturliga förklaring i den omständighet, som ovan framhållits. Härtill kommer vidare, att det berörda intresset icke med nödvändighet kräver, att i skiljeavtalet angives ett bestämt rättsförhållande såsom tvisteföremål. Naturligen kan man icke sluta skiljeavtal utan att på ett eller annat sätt ange, vad det är man avtalar om, och detta något, som avtalet förnuftigtvis måste avse, skall ju vara en fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, eller en fråga om ersättning för skada på grund av brott, men något krav på huru en sådan tvistefråga eller ett flertal sådana tvistefrågor skola i skiljeavtalet angivas,

6 Se *Berglund* I s. 64 ff.; de citerade orden (å s. 69) modifieras dock genom vad förf. säger å s. 70. Jfr *Frey* s. 92.

kan man icke uppställa[7]. Det finns ingenting, som hindrar, att skiljeförfarandets föremål framgår av omständigheter utanför själva skiljeavtalet. Dettas föremål kan sålunda vara fullt bestämt, om två personer avtala, att samtliga dem emellan förefintliga tvistefrågor skola hänskjutas till skiljemäns avgörande[8]. I rättspraxis torde man ej heller tveka att erkänna ett dylikt avtal såsom ett giltigt skiljeavtal[9]. Likaså torde ett skiljeavtal kunna träffas på det sätt, att den ena parten skriver i ett brev: »Jag föreslår, att den emellan oss uppkomna tvisten hänskjutes till skiljemäns avgörande», och motparten blott svarar, att han antager förslaget. Uppenbarligen är det icke tillrådligt, att skiljeavtal slutes på dylikt sätt, och även om parterna själva äro fullt på det klara med och vid tiden för avtalet eniga om vad som hänskjutes till skiljemäns avgörande, kan svårigheten att i ett fall som det sagda fastslå skiljeavtalets föremål medföra, att avtalet de facto kommer att sakna betydelse. Men kan det, exempelvis

7 Man finner icke sällan uttalat, att skiljeavtalet utgör skiljeförfarandets rättsliga grund. Detta är riktigt, för såvitt man därmed vill säga, att ett skiljeförfarande förutsätter ett skiljeavtal (därest förfarandet ej grundas på någon annan med skiljeavtalet jämställd akt). Men man må icke med nämnda uttryckssätt förknippa den föreställningen, att skiljeavtalet på samma sätt som en stämning bildar en grundval för det efterföljande förfarandet, och man må akta sig för att beträffande tvisteföremålets angivande i skiljeavtalet draga några analogislut från kravet på »sakens» angivande i stämningen. Med stämningen är snarare att jämställa påkallandet av skiljeavtalets tillämpning, ehuru icke heller denna akt i alla avseenden erbjuder en parallell till stämningen. Framför allt uppdrager icke påkallandet på samma bindande sätt som stämningen gränserna för det efterföljande förfarandet. Parterna kunna nämligen när som helst under skiljeförfarandet enas därom, att skiljemännen må upptaga jämväl annan fråga än som ursprungligen hänskjutits till dessas prövning.

8 Jfr den romerska rättens compromissum plenum (L. 1 § 6 D. 4:8), varom se t. ex. *Heimbach* i Weiskes Rechtslexikon art. Compromissum, *Bornhak* s. 9 f. samt i synnerhet *Delin* s. 164 ff. — Jfr ock den engelska rättens »submission of all matters in difference», varom se *Slater* s. 27 f., 30; *Taylor* s. 14.

9 Se NJA 1909 not. A nr 369 (samma avtal i NJA 1906 s. 420 o. 1911 s. 71), där ett giltigt skiljeavtal avsågs föreligga, då parterna till skiljemäns avgörande hänskjutit samtliga mellanhavanden, som grundade sig på faktiska förhållanden, uppkomna intill avtalsdagen.

på grund av parternas korrespondens eller andra omständigheter, tydligt fastställas, vad skiljeavtalet avsåg, finns det ingen anledning att frånkänna avtalet rättsverkan, endast därför att detsamma slutits på sådant sätt, att tvisteföremålet icke omedelbart framgår av själva avtalsinnehållet.

Vad som gör, att det kan råda en viss benägenhet att skärpa kravet på tvisteföremålets angivande i skiljeavtalet, är helt naturligt den nämnda svårigheten att i fall, sådana som de omtalade, bestämt fastslå skiljeavtalets föremål. Men denna svårighet får ej leda till uppställandet av ett icke i lag grundat krav. Man får här som eljest skarpt skilja mellan frågan om avtalets existens och frågan om dess evidens[10].

---

10 Därigenom, att *Berglund,* I s. 69 f., icke hållit isär dessa frågor, har hans framställning i ämnet kommit att lida av inre motsägelse. Först nämner Berglund, att alla skiljeavtal, oavsett om de äro av det ena eller andra slaget, skola angiva ett bestämt rättsförhållande som tvisteföremål. Men då denna regel ej kan upprätthållas, om man icke i strid mot avgörandet av rättsfallet i NJA 1909 not. A nr 369 vill frånkänna avtal av där ifrågavarande typ giltighet, tar Berglund under övervägande, om icke regeln bör modifieras. I valet emellan att modifiera regeln eller underkänna avtal av den typ, att parterna till skiljemän hänskjuta alla mellanhavanden som grunda sig på faktiska förhållanden, uppkomna intill avtalsdagen, väljer Berglund »en medelväg». Med syftning på avtal av sagda typ säger Berglund: »Det som ovan återgivits som ett skiljeavtal bör betraktas blott som en förberedelse till ett dylikt. Kompletteras avtalet på sådant sätt. att individualiseringen kan anses genomförd, blir det fullgiltigt. Det skall med andra ord kunna visas, att parterna varit eniga om att under denna formulering innefatta som tvistiga vissa individuella rättsförhållanden. Men det måste fasthållas, att individualiseringen är ett led i parternas avtal, att alltså densamma icke kan genomföras ensidigt av en part t. ex. genom påkallandet av skiljedom rörande viss fråga under hänvisning till att den härflyter av en faktisk grund, som uppkommit före den i avtalet uppgivna dagen.» — Det inrymmes i detta Berglunds yttrande ett fullt riktigt uttalande, nämligen det, att det skall kunna visas, att parterna varit eniga om att under den nämnda formuleringen innefatta såsom tvistiga vissa individuella rättsförhållanden. Vid ett avtal av nämnda typ, liksom då samtliga mellan parterna förefintliga tvister hänskjutas till skiljemäns avgörande, måste — om icke alltid, ty parterna kunna ju ha missförstått varandra, så åtminstone regelmässigt — antagas, att parterna hava klart för sig och äro eniga om vad skiljeavtalet avser. Skiljeavtalets föremål är fullt bestämt men framgår ej omedelbart av själva avtalet. En person, som icke äger närmare kännedom om parternas mellanvarande och icke iakttagit, vilka

Till slut må anföras ytterligare ett stöd för den här utvecklade uppfattningen. I 11 § skml. stadgas bl. a.: »Avser skiljeavtalet uppkommen tvist men är det icke skriftligen upprättat med tydligt angivande av tvistefrågan, eller avser avtalet framtida tvist, skall den, som påkallar dess tillämpning, skriftligen meddela motparten uppgift på den eller de frågor, varom skiljedom äskas.» Detta stadgande får givetvis icke förstås så, som skulle någon tvisteföremålets individualisering icke behöva ske genom skiljeavtalet, men stadgandet visar, att man ej får uppställa några stränga krav ifråga om *sättet* för denna individualisering. Ett giltigt skiljeavtal kan ju föreligga utan »tydligt angivande av tvistefrågan».

2) Bestämmelsen, att fråga skall hänskjutas till skiljemäns avgörande.

Till skiljeavtalets väsentliga innehåll hör, enligt vad som framhållits, förutom angivandet av tvistefrågan bestämmelsen, att denna fråga skall hänskjutas till avgörande av en eller flera skiljemän. Vad detta innebär, har i väsentliga avseenden utvecklats ovan i kapitel I. Där förbigingos emeller-

---

tvister som uppstått dem emellan, kan ej enbart genom att taga del av skiljeavtalet fastslå, vilka tvistefrågor som hänskjutits till skiljemän. För att kunna fastställa detta måste han äga kännedom om vissa omständigheter utanför själva skiljeavtalet, t. ex. om innehållet av parternas korrespondens. Sålillvida kan man därför säga, att dessa andra omständigheter komplettera skiljeavtalet, ja, man kan möjligen rentav anlägga den synpunkten, att parternas korrespondens och övriga här relevanta förklaringar ingå såsom en integrerande del i skiljeavtalet. Det är också sant, att — såsom jag förmodar, jämväl Berglund menar — den omständigheten, att vid skiljeavtal av typ, som avses i 1909 års rättsfall, viss tvistefråga härflyter av ett före avtalstiden inträffat faktum, icke gör skiljeavtalet tillämpligt på tvistefrågan, om ej båda parterna kunna anses med den nämnda formuleringen hava avsett jämväl denna tvistefråga (det har t. ex., då alla av olycksfall före avtalsdagen uppkomna tvister om försäkring hänskjutas till skiljemän, inträffat ett olycksfall, som parterna ännu ej kände till och varom tvist sedermera uppstår). Men vad jag gentemot Berglund vill betona, det är, att ett avtal av ifråga-

tid ett par spörsmål, som jag ansåg icke vara av den grundläggande betydelse för läran om skiljeavtalet, att de lämpligen borde behandlas i sagda kapitel. De skola i stället uppmärksammas här.

Windscheid har i sin berömda Lehrbuch des Pandektenrechts (II § 415) såsom väsentligt för skiljeavtalets innehåll angivit tre moment, nämligen: 1) en viljeförklaring av parterna, att de underkasta sig skiljedomen, 2) en utfästelse av den enligt eget påstående berättigade att icke »mit Umgehung des Schiedsgerichts» bringa sin sak inför domstol och 3) en förbindelse av båda parterna att göra allt, vad på dem ankomme, för att sätta skiljemännen i stånd att fälla skiljedomen. Detta uttalande har här omnämnts, därför att det på ett förträffligt sätt anger, vad man sedan gammalt inlagt i skiljeavtalet och vad som också förefaller mycket rimligt att inlägga i detta avtal. Windscheids uttalande kan därför lämpligen tagas till utgångspunkt för några reflexioner angående skiljeavtalets innehåll. Därvid är emellertid att märka, att man, såsom förut framhållits, i svensk rätt icke har att räkna med någon materiellträttslig utfästelse av parterna att underkasta sig skiljedomen, utan att den utfästelse att därmed åtnöjas, varom förut varit tal, är av processuell innebörd, vadan sålunda här är att uppmärksamma, icke huruvida skiljeavtalet innehåller någon materiellträttslig underkastelseförklaring, utan om det innehåller en processuell utfästelse av parterna att med skiljedomen åtnöjas.

---

komna typ icke utgör allenast en förberedelse till utan ett fullgiltigt skiljeavtal. Det kan erfordras bevisning för att klarlägga, vad avtalet avsåg, men tvisteföremålet individualiseras icke först genom denna bevisning. Avtalets omfattning blir genom bevisningen evident, icke materiellträttsligt bestämd. Det riktiga uttalande, som Berglunds yttrande innehåller efter uttrycket »med andra ord», innefattar sålunda icke någon omskrivning av vad Berglund förut yttrat utan står i skarp motsägelse till detta.

a) *Innehåller skiljeavtalet en parternas utfästelse att med skiljedomen åtnöjas?*

Då det i första kapitlet talades om innebörden av parternas utfästelse att åtnöjas med skiljedomen, förutsattes, att skiljeavtalet innehöll en sådan utfästelse. Att denna förutsättning verkligen är för handen, är här platsen att närmare utveckla.

Som förut nämnts, brukade skiljeavtalet i äldre tid innehålla en clausula rati[11]. Detta var fallet även i vårt land, ehuru man vid tiden för tillkomsten av 1734 års lag hyste delade meningar om klausulens nödvändighet[12]. Kontroversen löstes emellertid genom nämnda lag, som i UB 4:15 uppställde krav på parternas ömsesidiga utfästelse att nöjas åt skiljedomen[13]. Ännu efter tillkomsten av UL år 1877 spelade clausula rati samma betydande roll, ehuru som nämnt klausulens materiellrättsliga prägel försvann och utfästelserna i stället erhöllo en processuell innebörd. Från och med 1887 års skml. inträdde emellertid en förändring. I likhet med moderna lagar tillerkänner såväl sagda lag som den gällande skml. bindande verkan åt skiljedomen oberoende av parternas i skiljeavtalet uttryckta vilja. Det ligger då nära till hands att antaga, att någon parternas utfästelse att åtnöjas med skiljedomen icke längre utgör ett väsentligt element i skiljeavtalets innehåll[14].

---

11 Se ovan s. 21[43].

12 Om meningsskiljaktigheten i detta stycke emellan *Abrahamsson* och *Nehrman* se *Trygger* i TfR 1895 s. 2 f. samt *Hassler* i SvJT 1929 s. 199[2].

13 Jfr ovan s. 25. — Även om betydelsen av UB 4:15 ha yppats delade meningar. Se härom *Trygger* i TfR 1895 s. 8 ff., till vilken författares mening jag ansluter mig.

14 En intressant parallell erbjuder här den ändring, som åstadkoms i finsk rätt, då UB 4:15 år 1895 ersattes av UL 3:16 mom. 1, och som föranlett *Frey* s. 97 f. (jfr ock s. 66 f., 104 f.) att draga en betydelsefull slutsats med avseende å skiljeinstitutets natur. Med syfte på nämnda ändring, vilken i stort sett motsvarar den ändring, som 46 § i svenska UL undergick genom 1887 års lagstiftning, yttrar författaren: »Betydelsen af denna lagändring är i teoretiskt afseende rätt anmärkningsvärd. Ty så länge lagstiftningen upp-

Den positiva svenska rättens ställning till förevarande huvudsakligen teoretiskt betydelsefulla spörsmål erhåller en god belysning, om man uppmärksammar de faktorer, som varit bestämmande för den svenska lagstiftningen på området. Nya LB uttalade i sitt principbetänkande (I s. 282), att det syntes ligga i sakens natur, att om förbehåll ej gjorts om rätt för parterna att klandra skiljedomen, hänskjutandet till skiljemän innebure sakens överlämnande till dessas slutliga och

---

ställer en uttrycklig fordran å aftalsmässig underkastelse under skiljedomen, måste skiljemannainstitutet anses höra till den materiella rättens område och inom denna särskildt till obligationsrättens gebit. Men där samma resultat inträder oberoende af parternas i aftalet formulerade vilja i kraft af legal disposition, föreligger ett starkt skäl för institutets hänförande till processrätten. Ty just genom att ipso jure åstadkomma en bestämd rättsverkan utan därpå riktad direkt viljeförklaring karaktäriserar sig skiljeaftalet såsom ett processuellt rättsärende.» — I avsnittet om skiljeavtalets rättsliga natur har jag framhållit, att man alltefter den synpunkt man anlägger kan hänföra skiljeavtalet än till processrätten, än till den materiella rätten; man må blott akta sig för att anlägga ett ensidigt betraktelsesätt, och därför att skiljeavtalet i *ett* avseende faller inom en viss rättsdisciplin, förklara, att avtalet jämväl i övriga hänseenden måste regleras av rättsreglerna inom samma disciplin. Onekligen kan man, såsom skett här ovan i första kapitlet, fästa ett visst avseende vid den omständigheten, huruvida skiljeavtalet innehåller en materiellrättslig underkastelse under skiljedomen eller ej. Det är sannolikt denna tanke, som här föresvävar Frey, men han utvecklar densamma på ett föga tillfredsställande sätt. Frey skiljer på det fall, att parterna avtalsvis underkasta sig skiljedomen, och det, att skiljedomens bindande verkan inträder ipso jure oberoende av parternas underkastelse. Förf. förbiser emellertid då, att underkastelsen icke nödvändigt behöver hava ett materiellrättsligt innehåll. En skiljedom, som grundas på en rent processuell utfästelse, är icke något materielltsrättsligt rättsfaktum, lika litet som en dom i ett fall, där domstolens behörighet grundar sig på ett prorogationsavtal. Ur rättssystematisk synpunkt ter det sig mindre lämpligt att till en kategori sammanföra alla de fall, då parterna underkastat sig skiljedomen, och därifrån särhålla de fall, där skiljedomen tillägges bindande verkan oberoende av utfästelse. Med Freys ståndpunkt kan det komma ifråga att tillägga 1887 års lagstiftning samma teoretiska betydelse, som Frey vill tillerkänna tillkomsten av den finska UL; enligt min uppfattning kan 1887 års lag, även om den vore att fatta så, att densamma frånkänt all vikt åt parternas utfästelse att åtnöjas med skiljedomen, icke tilläggas den betydelsen att ha förlänat skiljeavtalet en utpräglat processuell karaktär. En sådan karaktär hade nämligen skiljeavtalet redan erhållit genom 1877 års UL.

inappellabla avgörande, vadan det sålunda, i saknad av dylikt förbehåll, borde anses, såsom om parterna hade utfäst sig att nöjas med beslutet. Denna Nya LB:s uppfattning kom även till uttryck i dess förslag till skml. och vann gehör vid förslagets granskning inom HD, där justitierådet *Åbergsson* kraftigt underströk, att parter, som hänsköto en sak till skiljemäns avgörande, säkerligen trodde sig därmed hava tillräckligt tydligt uttalat, att skiljemännens beslut skulle vara slutlig dom i saken, vadan det ofta kommit som en överraskning för parterna, att utmätning icke kunnat meddelas å skiljedomen, emedan parterna icke uttryckligen utfäst sig att åtnöjas med densamma[15]. Resultatet av nämnda uppfattning blev stadgandet i 2 § 1 st. av 1887 års lag, att om skiljeavtal slutes utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen, skola de anses hava utfäst sig att åtnöjas med densamma, ett stadgande, som ordagrant återfinnes på samma plats i 1929 års lag.

Såsom framgår av det sagda, åsyftar den ifrågavarande bestämmelsen att giva en reglering i enlighet med vad som i allmänhet kan antagas vara parternas vilja. En sådan reglering kan emellertid genomföras på två väsentligen olika sätt. Den genomsnittliga partsviljan kan utgöra allenast ett motiv för lagstiftaren: lagen träffar en viss reglering, därför att densamma i flertalet fall överensstämmer med parternas vilja. Men när regleringen väl skett, spelar partsviljan icke längre någon roll. Skiljeavtalets rättsverkningar inträda sedan omedelbart på grund av lagens stadgande oberoende av en i avtalet uttryckt vilja. En reglering i enlighet med vad som kan antagas vara parternas vilja kan emellertid jämväl ske på det sättet, att lagen presumerar en underkastelsevilja[16]. Det är detta, som skett i förevarande fall. Lagen stadgar, att om parterna icke i skiljeavtalet förbehållit sig rätt att klandra

15 Se NJA II 1887 nr 4 s. 9 f.

16 Det här gjorda särskiljandet bygger på *Bülows* framställning i Das Geständnissrecht s. 139 ff.

skiljedomen, *skola de anses hava utfäst sig* att åtnöjas med densamma. Så snart icke skiljeavtalet innehåller uttryckligt klanderförbehåll, skall alltså en dylik utfästelse anses föreligga, även om det skulle kunna visas, att i verkligheten parterna icke velat underkasta sig skiljedomen[17]. Vid avsaknad av klanderförbehåll uppställer lagen således en praesumtio juris et de jure till förmån för en utfästelse av nämnda slag[18]. I realiteten har även här partsviljan frånkänts betydelse, så snart skiljeavtalet ej inrymt uttryckligt klanderförbehåll. Men lagen har icke formellt erkänt detta. Den har anknutit till de historiskt givna förhållandena på det sätt, att den i fall av skiljeavtalets tystnad föreskriver antagandet av en parternas utfästelse. Resultatet är alltså det, att skiljeavtalet icke längre behöver uttryckligen innehålla någon utfästelse av parterna att åtnöjas med skiljedomen, men att lagen i själva hänskjutandet inlagt en sådan utfästelse.

b) *Bestämmelse, att tvist undandrages domstols prövning.*

Ehuru ett skiljeavtal icke behöver — såsom likväl stundom sker — innehålla uttrycklig bestämmelse, att skiljemän skola *i stället för domstol* avgöra en tvist, ligger det i öppen dag, att parterna, då de hänskjuta en fråga till skiljemäns avgörande, mena, att den icke tillika skall avgöras av domstol. Man kan därför med ett flertal författare[19] påstå, att skiljeavtalet

17 Se närmare *Trygger* i TfR 1895 s. 11 f.

18 Någon kunde möjligen vilja uttrycka sig så, att lagen *fingerar* en parternas ufästelse att underkasta sig skiljedomen. Emellertid inlägges vanligen i ordet fiktion betydelsen av någonting overkligt, som skall gälla för verkligt. I föreliggande fall motsvarar emellertid den legala presumtionen så gott som undantagslöst parternas verkliga vilja. Parterna avse i realiteten att underkasta sig skiljedomen, även när de icke uttryckligen utfäst sig därtill; lagen ger blott en föreskrift, att deras tystnad alltid skall tolkas såsom en underkastelse. Att tala om en fingerad utfästelse, vore därför missvisande. Jfr *Regelsberger* s. 506.

19 Så *Kohler,* Beiträge s. 273; *Altenrath* s. 5; *Haeger* s. 42 ff.

innefattar jämväl ett negativt moment, i det att avtalet går ut på att undandraga en tvist domstols prövning[20]. Detta negativa moment behöver endast icke uttryckligen nämnas; det innefattas utan vidare i den positiva bestämmelsen, att skiljemän skola avgöra tvisten[21].

Av det hittills sagda följer ej, att en sådan disposition, som medger endera parten rätt att välja mellan rättegång och skiljeförfarande, vore utesluten. Överenskommelse om sådan valrätt förekommer stundom i praxis[22] och måste, enär anledning till motsatt antagande saknas, anses tillåten. Vad som nyss sades om skiljeavtalets negativa moment, lider intet undantag för detta fall. Även om ett avtal lämnar part möjlighet att välja mellan rättegång och skiljeförfarande, innefattar avtalet ett sådant negativt moment: antingen må nämligen rättegång anhängiggöras, eller ock må *i stället för domstol* skiljemän avgöra uppkommande tvist. Uppställande av alternativ är möjligt; kumulation är utesluten.

c) *Utfästelse att medverka till skiljedomens tillkomst.*

Såsom det skall närmare utvecklas i avsnittet om skiljeavtalets verkningar, är enligt svensk rätt, såvitt annat ej är överenskommet, part som slutit skiljeavtal pliktig att under

---

20 *Windscheids* formulering (II § 415), att skiljeavtalet »von Seiten desjenigen, welcher den Anspruch erhebt», innehåller ett löfte att icke bringa saken inför domstol, är för snäv. När det är fråga om framtida tvist, vet man ej, vem av parterna som kan komma att framställa anspråk. För övrigt utgör skiljeavtalet även hinder för en negativ fastställelsetalan, och en utfästelse att ej anställa sådan talan måste anses innefattad i skiljeavtalet.

21 *Hellwig,* System II s. 115, gör gällande, att man förväxlar skiljeavtalets innehåll och verkan, om man säger, att parterna i skiljeavtalet utfästa sig att icke låta sin tvist avgöras av domstol. Enligt min mening innefattar skiljeavtalet konkludent en sådan utfästelse. Om man har att välja emellan två möjligheter, som ej kunna kumuleras, innefattar nämligen valet av den ena tillika, att man icke väljer den andra.

22 Se NJA 1904 s. 378.

särskilda förutsättningar i viss omfattning medverka till skiljeförfarandets anordnande. Det kan nu frågas, om denna skyldighet, i överensstämmelse med *Windscheids* ovannämnda uttalande[23], är att anse såsom grundad på en i skiljeavtalet innefattad ömsesidig utfästelse av parterna. Något hinder mot att så anse ligger tydligen icke däruti, att skiljeavtalet ej behöver innehålla någon uttrycklig utfästelse till sådan medverkan — något som väl heller aldrig lärer inträffa i praktiken — ty såsom förut framhållits kan icke desto mindre en dylik utfästelse tänkas innefattad i själva hänskjutandet. Så har man emellertid icke att uppfatta svensk rätt. Redan den omständigheten, att förpliktelsen ifråga endast inträder, där parterna ej annorlunda överenskommit, visar, att en utfästelse till medverkan av förenämnda slag icke kan ingå i skiljeavtalets väsentliga innehåll. Men ej heller där sådan motsatt överenskommelse saknas, har man anledning att antaga förpliktelsen bero på en i skiljeavtalet innefattad utfästelse; några skäl, analoga med dem, som lett till de här ovan under a) och b) uppnådda resultaten, föreligga icke här[24]. Skyldigheten grundar sig omedelbart på stadgande i skml. (§ 6)[25].

§ 10. En negativ bestämmelse med avseende å skiljeavtalets innehåll (2 § 2 st. skml.).

Det har nämnts, att ett skiljeavtal kan innehålla åtskilliga bestämmelser utöver vad i föregående § omtalats. Dessa för skiljeavtalet icke väsentliga moment skola emellertid, såsom varande av jämförelsevis ringa intresse, ej närmare beröras

23 Se ovan s. 113.

24 Se dock Nya LB:s förslag till skml. s. 23; NJA II 1887 nr 4 s. 27.

25 *Här* gäller förvisso, att man förväxlar skiljeavtalets innehåll och verkan, om man säger, att skiljeavtalet innehåller en utfästelse av ifrågakomna slag. Jfr ovan not 21.

i denna framställning. Däremot skall här uppmärksammas stadgandet i skml. 2 § 2 st., att lagen icke äger tillämpning å »skiljeavtal, som innefattar förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Detta stadgande inrymmer en ytterst viktig negativ bestämmelse med avseende å skiljeavtalets innehåll: för att ett skiljeavtal av den i detta arbete avsedda beskaffenheten skall föreligga, får avtalet ej innefatta förbehåll av omförmälda slag. Det gäller då att utreda, när ett skiljeavtal innefattar dylikt förbehåll. Måhända kan det synas, som fölle en sådan utredning utanför ramen för det förevarande arbetet, enär ju detta blott avser sådana skiljeavtal, som regleras av skml. Emellertid har frågan uppenbarligen den största betydelse för gränsdragningen emellan skiljeavtal inom och utom skml., och denna dess betydelse har skärpts genom stadgandet i 2 § 1 st., där det heter: »Slutes skiljeavtal utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen, skola de anses hava utfäst sig att åtnöjas med densamma.» Då sålunda alla avtal, som hänskjuta en fråga av förut omtalad beskaffenhet till avgörande i den ordning skml. stadgar och vilka icke innefatta klanderförbehåll, som avses i 2 § skml., regleras av denna lag, erfordras för en riktig kunskap om skml:ns tillämplighetsområde kännedom om vad som menas med förbehåll om rätt att klandra skiljedomen. En utredning av berörda fråga är desto mer av nöden, som de åsikter, vilka hittills framförts i ämnet, vanligen lida av ensidighet i den ena eller den andra riktningen.

Om klander av skiljedom talar skml. dels i 2 §, dels ock i 21 §. Angående förhållandet emellan de båda §§ upplysa motiven till lagen, att det i 2 § nämnda förbehållet avser »rätt att vid domstol överklaga skiljedomen i materiellt hänsende»[26], medan 21 § reglerar möjligheten att få skiljedomen upphävd av domstol, om skiljeförfarandet »varit behäftat med något

[26] K. prop. s. 37 ävensom s. 56 (»överklaga skiljedomen i sakligt hänseende»); NJA II nr 1:1 s. 14 o. 45.

allvarligare fel i formellt hänseende»[27]. De avgöranden, vilka enligt motiven uteslutas från lagens tillämplighetsområde till följd av stadgandet i 2 § 2 st., äro alltså sådana, som på grund av förbehåll i skiljeavtalet kunna vid domstol överklagas i materiellt avseende. — Det kan ej råda något tvivel om riktigheten av motivens ståndpunkt, försåvitt fråga är om gränsdragningen mellan det slag av klander, som avses i 2 § 2 st., och det, varom talas i 21 §. Däremot är det icke riktigt att under alla omständigheter karakterisera det förra slaget av klander såsom ett överklagande. Med överklagande förstår man enligt vedertaget juridiskt språkbruk en åtgärd, som företages för att vinna ändring i eller undanröjande av ett beslut eller en förrättning. Och denna åtgärd är nödvändig, om det nämnda syftet skall uppnås. Äger något överklagande ej rum, blir beslutet eller förrättningen beståndande[28]. Såsom sedermera skall närmare utvecklas, måste emeller-

[27] K. prop. s. 56; NJA II nr 1:1 s. 45.

[28] Att detta också är motivens mening, när dessa tala om skiljedoms överklagande i materiellt hänseende, framgår icke blott av en (å s. 37) lämnad hänvisning till fransk och därmed besläktad lagstiftning, enligt vilken en skiljedom i regel är underkastad appell till domstol, utan även av det sammanställande, som göres (å s. 56) emellan överklagande i sakligt och i formellt hänseende. Det är nämligen höjt över allt tvivel, att det slags klander, som avses i 21 §, har karaktären av en i sagda mening nödvändig åtgärd, och ett dylikt sammanställande är därför ägnat att inge den föreställningen, att jämväl det slags klander, som omförmäles i 2 §, av motivens författare betraktas såsom en sådan positiv och nödvändig åtgärd.

Med uttrycket överklagande förknippar sig gärna även en annan föreställning. Ett överklagande i materiellt hänseende kan nämligen synas fullfölja syftet att få till stånd en överprövning av de frågor, varom skiljedomen uttalar sig. Detta skulle då kunna tänkas medföra, att den domstol, till vilken klander instämts, skulle vara skyldig att iakttaga de begränsningar med hänsyn till sin prövning av tvistefrågan, om vilka rättsmedelsläran giver upplysning. Att en dylik konsekvens skulle varit av motivens författare avsedd, är jag böjd att betvivla. Att denne utgått därifrån, att missnöjd part hade att för bevakande av sina intressen föra talan om skiljedomens upphävande, synes, som ovan nämnts, knappast tvivelaktigt. Men det är därför icke säkert, att författaren, då han betecknat denna talan med det nära till hands liggande uttrycket överklagande, velat säga, att prövningen av klandertalan också skulle vara underkastad de begränsningar, varom rättsmedelsläran upplyser. Dessa

tid ett »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen» anses föreligga även i ett flertal fall, då förbehållet avser annat än rätt att överklaga skiljedomen. Motivens bemälda karakteristik passar för vissa fall men icke för alla.

Uppfattningen av klander såsom ett överklagande har gammal hävd i vårt land. Den möter redan hos våra 1700-talsförfattare[29] och ansluter sig nära till vad som allmänt gäller

begränsningar ha ju uppställts av grunder, som hänföra sig till instansordningen domstolar emellan och som näppeligen kunna ha avseende på förevarande fall. Det är därför säkrast att icke utav förekomsten av uttrycket överklaga draga någon slutsats i berörda hänseende. Alldeles oberoende av vad motivens författare kan anses ha inlagt i uttrycket överklaga, måste det för övrigt hävdas, att uppställandet av dylika begränsningar saknar fog.

29 Se *Nehrman* Cap. XXIX, i 1732 års uppl. §§ 39—43 o. i 1751 års uppl. §§ 36—40; *Colling* s. 8. Då den senare författarens arbete är mindre känt, må hans uttalande i ämnet här återges. Förf. yttrar (kursiveringarna av mig): »— — — feramus, dupplex esse Laudi genus: Simplex vel Homologatum. Prius dicitur *si Laudo semet opponendi libertatem sibi reservent partes, adeoque adquiescant si voluerint, vel ad judicem caussam devolvant* observato instantiarum ordine, quod si Laudum *adpellandum* foret, potius ut tractatus vel tentamen considerari deberet: Posterius quando Laudum vim sententiae adquirit seu hafver man å både sidor skutit thet som tvist är om, under goda män, och utfäst sig at åtnöjas åt theras slut IV. 15. U. B.»

Av de båda författarnes uttalanden framgår, att författarne räkna med två slags skiljedom, laudum homologatum och laudum simplex. Skillnaden vore den, att den förra vore definitivt bindande, medan part kunde söka ändring i den senare. Då den definitivt bindande skiljedomen ansågs innebära en förlikning (se *Nehrman,* 1732 års uppl. Cap. XXIX § 8 och 1751 års uppl. Cap. XXIX § 7), är det lätt att inse, hurusom man kommit att betrakta en skiljedom, vars giltighet berodde på parternas vilja att låta därvid bero, såsom en »tentamen» eller (enligt vad Nehrman uttrycker sig) »allenast et försök til at afsluta saken i godo». Ur en viss synpunkt saknar ett dylikt betraktelsesätt icke fog. Men man må ej låta sig vilseleda av denna karakteristik. Man torde icke få lägga tonvikten på ordet »allenast» och tro, att en skiljedom av ifrågavarande slag innebure *allenast* ett förlikningsförsök i den meningen, att den icke skulle kunna medföra någon rättslig verkan alls, om den ej godtoges av parterna. Författarne framhålla nämligen, att »then, som missnögd är, får beswära sig» över ett laudum simplex, att han kan »söka ändring», att han kan »devolvere caussam ad judicem», och att detta slags laudum är »adpellandum». Dessa uttryck tyda icke därpå, att man blott velat framhålla möjligheten för part att söka ändring, men att denne vore lika väl betjänt med att förhålla sig passiv, med underlåtenheten att godtaga skiljedomen. Författarnes mening synes i stället vara den, att missnöjd part

ifråga om det legala skiljeförfarandet. Det är där vanligt, att part, som ej åtnöjes med skiljemäns beslut, äger att inom viss i vederbörande författning stadgad tid draga tvisten under domstols prövning, vid äventyr att, om detta försummas, beslutet blir för parten bindande[30]. Nämnda uppfattning står även i bästa samklang med den betydelse, som eljest i rättsspråket vanligen tillägges ordet klander[31]. Den ter sig

är nödsakad att söka ändring etc., om han vill undvika, att skiljedomen skall inverka oförmånligt på hans intressen. Det är *möjligheten* att söka ändring, som gör, att skiljedomen icke är definitiv, att den i viss mening innefattar »allenast et försök til at afsluta saken i godo», men begagnas icke denna möjlighet, då blir, enligt det e-contrario-slut, vartill författarnes framställning närmast giver anledning, skiljedomen bindande för parterna.

30 Så t. ex. redan K. Försäkrings- och Hafweri-Stadgan d. 2/10 1750 art. 3 punkterna 4:o)—6:o) (Backmans lagsamling, V. häftet s. 457). Se ock ett flertal hos *Berglund* II s. 36 anförda lagrum.

31 Att klandra något betyder i allmänt språkbruk att uttrycka sitt missnöje med eller sitt ogillande av något, och i nära anslutning härtill använder också rättsspråket uttrycket klander såsom beteckning för vissa åtgärder, vilka innefatta en yttring av missnöje med en handling eller förrättning. Emellertid är det icke alla sådana yttringar, som i rättsspråket benamnas klander. Om man bortser från den speciella användning, ordet klander fått såsom beteckning för visst slag av talan om bättre rätt till fast eller lös egendom, möter det visserligen svårigheter att exakt bestämma det juridiska språkbruket, enär man icke alltid kan åberopa något stöd i lag för detsamma — man talar t. ex. om klander å jordasyn, ehuru 14 kap. JB icke giver stöd för detta språkbruk — och för övrigt de lagrum, som tala om klander, härstamma från skilda tider och lagstiftningsområden och sålunda erbjuda ett material, varmed man får handskas mycket försiktigt. Man synes dock trots allt kunna bygga på ett tämligen enhetligt och stadgat språkbruk. Icke blott i de fall, då lagen uttryckligen talar om klander (se t. ex. Äldre GB 9:2 i dess lydelse enl. lag d. 1/7 1898; ÄB 12:4 i dess ursprungliga lydelse; Nya GB 6:4 o. 5 samt 11:29; lag om testamente 7:5; konkurslagen § 191; KF d. 4/5 1855 ang. handelsböcker och handelsräkningar § 22), utan även i sådana fall, då ett lagstadgande icke inrymmer ordet klander men likväl handlar om företeelser, vilka enligt vedertaget språkbruk så benämnas (se t. ex. HB 18:9 och JB 14:3, det senare såväl i sin ursprungliga som i sin år 1849 ändrade lydelse), utgör klander en positiv åtgärd, vanligen en till domstol instämd talan, vilken åtgärd innefattar ett angrepp mot en förut företagen handling eller förrättning och har till syfte att förhindra, att handlingen eller förrättningen »för framtiden blir intressenterna emellan gällande». Jfr *Hj. Hammarskjöld,* art. Klander i Nord. Fam.-bok, 2 uppl. Icke alltid är den ifrågavarande missnöjesyttringen i sig tillräcklig för att detta syfte skall uppnås, men däremot

också mycket naturlig för det fall, att parterna utsatt en tidsfrist, inom vilken talan mot skiljedomen skall anhängiggöras. Utsättandet av en sådan frist kan ju icke rimligen betyda annat, än att skiljedomen blir bindande, om fristen försittes. Har åter någon klanderfrist ej utsatts, ter sig uppfattningen om klander såsom ett överklagande icke lika naturlig. Det uppkommer onekligen en egenartad situation, om klanderåtgärden å ena sidan är nödvändig för bevakande av missnöjds parts intressen, å andra sidan kan företagas efter hur lång tid som helst. När den ena parten vill göra skiljedomen gällande, kan ju den andra säga: »Jag har visserligen icke klandrat skiljedomen, men jag har tid på mig än och kommer nu att instämma klander.»[32]

är omvänt klanderåtgärden alltid nödvändig, om syftemålet skall fyllas. Innefattar åtgärden icke ett angrepp utan allenast ett försvar, torde den ej benämnas klander. Man torde m. a. o. icke använda uttrycket klander i sådant fall, då den missnöjde ej själv anhängiggör talan (resp. företager annan särskild stadgad åtgärd) i syfte att förhindra eller förtaga verkan av viss handling eller förrättning utan i stället ger uttryck åt sitt missnöje genom invändning i rättegång, dar handlingen eller förrättningen göres gällande mot honom. Ej heller torde rättsspråket använda ifrågavarande uttryck för att beteckna åtgärd, som innebär reklamation eller därmed jämförlig yttring av missnöje. Till detta resultat leda redan de omständigheterna, att det torde saknas positivt stöd för en motsatt mening, medan det åter av de flesta hithörande lagrum uppenbarligen framgår, att de endast avse till domstol instämd talan. Men samma resultat kan möjligen även anses framgå av terminologien i 22 § KF om handelsböcker och handelsräkningar, i det att blott den till KB (överexekutor) framställda anmälan betecknas såsom klander, däremot ej de övriga i lagrummet omnämnda åtgärderna, vilka just äro av den nu åsyftade beskaffenheten. Det är vanligt, att stadgande finnes om en frist, inom vilken klanderåtgärden skall vidtagas, men det gives också fall, i vilka sådan frist icke är utsatt men där klander likväl föreligger (se t. ex. Äldre GB 9:2 i dess lydelse enligt lag d. 1/7 1898).

32 Förvisso låter det sig göra att även i detta fall tillägga klanderåtgärden reell betydelse, något som klarlägges genom ett yttrande av *Trygger* i TfR 1895 s. 276 f. Yttrandet, som har avseende å skiljedomar inom skml:ns tillämplighetsområde, lyder: »Man bör (nemligen) ej tro, att det är samma sak, att en skiljedom utan vidare är en nullitet och att den när som helst kan på skedd anmärkning af domstol kullkastas. I förra fallet skall skiljedomen af en hvar, således äfven af hvarje myndighet, behandlas som om

Vid sidan av den uppfattning, som med klander förstår ett överklagande, möter en annan åsikt, som utvecklats av *Trygger* och *Berglund*[33]. Medan en, frånsett möjligheten till klander på formell grund, redan vid sin tillkomst bindande skiljedom definitivt avgör tvisten mellan parterna, är det tydligt, att en skiljedom, varmed parterna icke äro skyldiga att åtnöjas, ej har samma slutgiltiga karaktär. Även om part, som är missnöjd med en sådan skiljedom, skulle för bevakandet av sitt intresse vara tvungen att inom viss tidsfrist vidtaga någon åtgärd mot skiljedomen, är dock före utgången av tidsfristen skiljedomens bestånd beroende av partens vilja. Med hänsyn härtill har redan *Nehrman* karakteriserat en sådan skiljedom såsom »allenast et försök til at afsluta saken i godo»[34], och liknande vändningar möta sedan flerstädes inom litteraturen[35]. På den nämnda karakteristiken har nu den nyare doktrinen tagit fasta. Om skiljedomen endast utgör »et försök til at afsluta saken i godo» eller, såsom man numera ofta uttrycker sig, »ett förslag till förlikning», menar man, att det ankommer på parterna, om de vilja antaga förslaget eller icke. Och om de så ej vilja, betyder detta enligt doktri-

den icke funnes till; i senare fallet har den en verklig existens och skall såsom befintlig beaktas, ända till dess den i vederbörlig ordning undanröjts.» Vad beträffar skiljedomar, som kunna klandras i materiellt hänseende, torde man emellertid icke få lägga alltför stor vikt vid denna skiljedomens »verkliga existens». Skiljedomen kan icke verkställas, och den är, om den vid domstol åberopas emot den tappande parten, av ringa praktisk betydelse, eftersom sagda part kan på ett enkelt sätt eludera dess verkan. Det är slutligen tvivelaktigt, om en sådan skiljedom skulle i övrigt få någon praktisk betydelse ute i rättslivet på så sätt, att myndigheter och enskilda ansåge sig kunna betrakta skiljedomen såsom ett bindande avgörande angående parternas mellanvarande. I många fall skulle man säkerligen akta sig för att inrätta sitt handlande efter en skiljedom, som icke kunde anses ha vunnit laga kraft.

33 Se *Trygger* i TfR 1895 s. 4 ff.; *Berglund* I s. 25.

34 Jfr ovan not 29.

35 Se *Colling* s. 8 (ovan not 29); *LK,* Motiver s. 329 (i båda uppl. jfr samma not. s. 80 i försl. till RB 1849); *Schrevelius* s. 8; *Nya LB,* Principbetänkandet I s. 281 f., förslaget till skml. s. 24; just.-rådet *Åbergssons* yttrande vid detta förslags granskning inom HD [K. prop. d. 15/2 1887 (nr 25) s. 8 o. K. prop. d. 29/4 1887 (nr 5) s. 16].

nen blott, att man har försökt ett förlikningsförfarande men icke lyckats åstadkomma någon förlikning. Part kan, om han så vill och de allmänna förutsättningarna därför äro för handen, instämma sin sak till domstol. »Skiljedomen betecknar strängt taget blott den tidpunkt, då det hittills bestående processhindret bortfaller.»[36] Men vill part å andra sidan icke stämma, medför detta icke något men för hans intressen — annat än det, att han ej får tvisten med motparten avgjord. Och det är tydligt, att om part instämmer sin sak till domstol, dennas uppgift är att avgöra tvisten, icke att uttala sig om skiljedomen. Ett undanröjande av denna är fullkomligt överflödigt[37]. Den har ju i alla fall ej någon betydelse. Att med en sådan uppfattning uttrycket »klander» får en helt annan innebörd än eljest i juridiskt språkbruk, är självfallet och har också mycket riktigt anmärkts av *Berglund*[38].

---

36 *Berglund* I s. 25.

37 Till stöd för denna uppfattning kunna åberopas rättsfallen i NJA 1906 s. 469 och 1915 s. 328. Ehuru i båda fallen framställdes yrkande om skiljedomens undanröjande, ägde något undanröjande ej rum, men klandertalan ansågs böra leda till prövning av det materiella rättsförhållandet mellan parterna. Är referatet i NJA riktigt, är resultatet, vad 1906 års fall beträffar, synnerligen anmärkningsvärt, ty enligt nämnda referat har den klandrande icke yrkat annat än skiljedomens undanröjande.

38 *Berglund,* l. c. — Den refererade uppfattningen kan, ehuru icke klart utvecklad, sägas möta redan i ett uttalande av Nya LB. Beredningen hade, i likhet med LK och Äldre LB, föreslagit införande av en tidsfrist för klandertalan även i materiellt avseende. Det är givet, att klander, för den händelse detta förslag gått igenom, fått karaktären av ett överklagande, något som förklarligen också var beredningens uppfattning. På grund av anmärkning inom HD vann detta förslag icke bifall. Av intresse är emellertid att uppmärksamma beredningens åsikt om vad som skulle gälla, därest tidsfrist ej vore stadgad. Enligt beredningen skulle i sådant fall part, som ej åtnöjdes med skiljemännens beslut, äga »att inom den för fordringars utsökande i allmänhet stadgade tid anhängiggöra sin talan vid domstol» (principbetänkandet I s. 283; försl. till skml. s. 26). Anhängiggörande av sådan talan, av beredningen jämväl benämnt anställande av klander, innefattar enligt detta uttalande icke något överklagande. Att part äger klandra skiljedomen, är här liktydigt därmed, att han har möjlighet att få det rättsliga mellanvarandet med motparten underkastat domstols prövning, alldeles som om något skiljeavtal aldrig träffats. Denna möjlighet är icke tidsbegränsad på annat sätt,

De uppfattningar, för vilka här redogjorts, hava båda ett visst berättigande, men de hava också båda det felet, att de äro ensidiga. Då det gäller att tolka stadgandet i 2 § 2 st., måste man se till ändamålet med detta stadgande. Enligt motiven till 1929 års lag (s. 38) vore skiljeavtal, som innefattade förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen, icke ägnade att göras till föremål för »reglementering», och detta främst av det skälet, att »avtalets utpräglade syfte att åvägabringa en förlikning mellan parterna» bäst vunnes, om full frihet finge råda med avseende å förfarandet. I övrigt framhålles det i motiven, att mot lagstiftning skulle i viss mån kunna anföras samma skäl som mot inrättandet av fasta förlikningsinstitutioner, nämligen att avtalen kunde befaras oftare leda till förhalande än till påskyndande av rättstvisters

---

än att om tvisten avser en fordran, borgenären givetvis måste ha anhängiggjort sin talan, innan fordringen preskriberats. Tolkat på detta sätt, blir beredningens uttalande fullt förklarligt, medan detsamma bleve allt annat än tillfredsställande, om man tolkade det så, att preskriptionstiden skulle, därest kortare frist ej infördes, utgöra fatalietid för skiljedomens överklagande. För det första kan ju föremålet för tvisten vara något annat än en fordringsrätt, och då saknas tydligen varje grund att binda klandertalan vid preskriptionstiden för fordringars utsökande. Och när tvistemålet verkligen utgör en påstådd fordran, skulle, om borgenären vinner, uppfattningen om preskriptionstiden såsom fatalietid leda därhän, att vid försummat klander skiljedomen stode fast och fordringen sålunda vore tryggad. I realiteten blir emellertid uppenbarligen resultatet tvärtom det, att fordringsrätten i dylikt fall preskriberas, förutsatt att borgenären ej vidtagit någon ågärd, som enligt preskriptionsförordningen är tillfyllest för bevakande av hans rätt. Det vore emellertid orimligt, om utlöpandet av en fataliefrist skulle medföra, att det vore den tappande och icke den vinnande parten, som droge fördel av fristens utgång. — Om en tredje tolkning av Nya LB:s yttrande se JFT 1912 s. 105 f.

Vad angår *Tryggers* framställning i ämnet, må anmärkas, att förf. stundom glider över i ett betraktelsesätt, som är oförenligt med hans uppfattning i övrigt. Så t. ex. då förf. stundom (se JFT 1910 s. 251) talar om »rätt att på materiella skäl, d. v. s. på grund af dess obillighet eller orättvisa, klandra skiljedomen». Är skiljedomen blott »ett förslag till förlikning», kan man icke tala därom, att klander i förevarande fall måste grundas på skiljedomens obillighet eller orättvisa. Part behöver då icke anföra något skäl alls, varför han ej vill åtnöjas med skiljedomen. Det är tillräckligt, att han ej godtager densamma.

avgörande. Dessa uttalanden synas giva vid handen, att man avsett att utesluta skml:ns tillämplighet, så snart skiljeförfarandet icke skulle leda till en — bortsett från formella felaktigheter — redan vid tillkomsten definitivt bindande skiljedom. Men vad hindrar, att det kan föreligga olika typer av sådana skiljedomar? I ett fall kunna parterna ha bestämt, att skiljedomen får överklagas, i den meningen att den också måste överklagas, om den icke skall binda parterna. I ett annat fall kunna de ha avtalat, att skiljedomen endast skall utgöra ett »förslag till förlikning» i den av den nyare doktrinen avsedda betydelsen. Varför skulle icke avtal av båda dessa typer kunna föreligga? I intetdera fallet ligger det i rättsordningens intresse att frånkänna avtalen giltighet. Man har ingen anledning att här begränsa den allmänna avtalsfriheten. Men samtidigt är det uppenbart, att skml. icke rimligen kan vara tillämplig i någotdera fallet. Båda dessa typer av skiljeavtal måste därför anses innefatta »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen». Tydligt är emellertid, att avtalsmöjligheterna icke uttömmande angivits genom hänvisningen till de nämnda båda typfallen. Att fullständigt angiva, vilka olika möjligheter som här äro tänkbara, låter sig dock icke göra och vore för övrigt ändamålslöst. Å ena sidan är det ogörligt att på förhand förutse livets skiftande fall, å andra sidan kan man lätt konstruera fram skiljeavtal, som teoretiskt måste erkännas såsom giltiga men vilka sakna betydelse i det levande livet[39]. Här är endast av vikt att

[39] Det torde, särskilt med tanke på *Berglunds* framställning i ämnet (I s. 24 ff.), icke vara opåkallat att här något närmare utföra det i texten sagda. Såsom exempel på olika syftemål, som parterna kunna tänkas kunna fullfölja med skiljeförfarandet, då det förbehållit sig »rätt att klandra skiljedomen», må nämnas följande:

1) Parterna kunna ha åsyftat, att tvist dem emellan icke skall hänskjutas till domstol, innan tillfälle erbjudits till tvistens biläggande i godo, och för det ändamålet hava överlämnat åt en eller flera utomstående att skilja dem emellan, utan att parterna likväl åsyftat att vara på något sätt bundna av »skiljedomen». Detta är det förut omtalade fallet, då skiljedomen enligt doktrinens terminologi är att betrakta såsom ett »förslag till förlikning». För att

fastslå den principiella regeln, att *för den händelse* parterna angivit den närmare innebörden därav, att de icke vilja utan

skiljedomen skall få någon bindande verkan, måste den godtagas av parterna, och part, som icke vill godtaga skiljedomen, behöver ej anföra något som helst skäl, varför han icke skulle vara bunden av densamma. Det räcker med den blotta omständigheten, att han icke godtager skiljedomen, kanske enbart därför, att den ej synes honom fördelaktig. Ännu mindre kan det erfordras, att han vidtager någon åtgärd för att få skiljedomen upphävd.

Utmärkande för övriga fall är, att part blir bunden av skiljedomen, om han icke vidtager någon åtgärd för att bliva kvitt densamma. Dessa fall kunna lämpligen grupperas med hänsyn till åtgärdens beskaffenhet. Här må först under

2) nämnas det fall, att åtgärden har karaktär av något slags privat protest emot skiljedomen, man tänke sig exempelvis reklamation hos motparten, ett fall, vid vars olika nyanser jag icke skall dröja.

Av större betydelse är emellertid det fall, då åtgärden har karaktär av en till domstol instämd talan (varvid förut i detta arbete talats om ett överklagande). Detta fall rymmer ett flertal nyanser, av vilka här först under

3) skall nämnas det fall, då det står part öppet att utan tidsbegränsning och utan att behöva åberopa något skäl anhängiggöra talan om skiljedomens upphävande. I sådan gestalt är emellertid förfarandet icke ägnat att i högre grad fylla något praktisk funktion inom skiljedomsväsendet. Kravet på talan emot skiljedomen förefaller å ena sidan att vara en tämligen onödig och besvärlig formalitet, därest det nu i alla fall är åsyftat, att någon definitiv bundenhet av skiljedomen ej skall inträda. Och om å andra sidan parterna tänkt sig en viss grad av bundenhet, är nämnda krav av skäligen ringa betydelse, eftersom det är synnerligen lätt för part att befria sig från bundenheten. Denna brist på större betydelse hos klanderåtgärden kan tänkas medföra, att parterna söka efter utväg att göra klanderåtgärden till något annat än en tom formalitet. En sådan utväg öppnar det fall, som skall behandlas under

4) nämligen, att i det under 3) avsedda fallet en viss frist utsättes, inom vilken talan emot skiljedomen skall vara anhängiggjord, vid äventyr att densamma eljest blir beståndande.

5) Vidare kan det emellertid tänkas, att parterna eftersträvat en skiljedom, som binder dem, utan att de därför vilja åtnöjas med att skiljedomen får vilket innehåll som helst. Om de också vilja erhålla ett bindande avgörande, är det därför icke säkert, att de vilja godtaga en uppenbart partisk eller orättvis skiljedom. De kunna ha åsyftat, att domstol må kunna ingå i en materiell prövning av skiljedomen, så att denna må kunna åsidosättas, när materiella *skäl* därtill äro för handen. Även här är det tänkbart, att klandertiden icke begränsats, men det kan också tänkas, att

6) en frist utsatts, inom vilken den på materiella skäl grundade klandertalan skall hava anhängiggjorts.

vidare åtnöjas med skiljedomen, svensk rätt måste anses tillerkänna relevans åt deras uttalade vilja. Och ha de icke närmare uttalat sig i detta avseende, utan deras mening uttryckts exempelvis blott genom orden, att de förbehålla sig rätt att klandra skiljedomen, får man här som eljest skrida till en tolkning av avtalet. Men i samtliga fall, då de på ett eller annat sätt i skiljeavtalet uttryckligen förklarat, att de icke vilja utan vidare åtnöjas med skiljedomen, måste skiljeavtalet anses innefatta »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen»[40].

Det framställdes förut en blott retorisk fråga, vad som i svensk rätt skulle hindra erkännandet av olika typer av skiljedomar, som icke redan vid sin tillkomst vore definitivt bindande. Emellertid har man menat, att det verkligen gåves ett svar på denna fråga, i det att avfattningen av 2 § skml. utgjorde hinder för ett sådant erkännande. Enligt *Berglund* ger detta stadgande vid handen, att svensk rätt känner endast två typer av skiljeförfarande, nämligen det förfarande, varå skml. äger tillämpning, och det, »som endast resulterar i ett 'förslag till förlikning'»[41]. Detta uttalande förutsätter emellertid, vad det skall bevisa. Om man med stöd av 2 § 1 st. antager, att alla skiljeavtal, som ej innefatta uttryckligt »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen», falla inom skml:ns tillämplighetsområde — ett i viss mening riktigt antagande[42]

---

40 Tanken, att svensk rätt lämnar parterna möjlighet att giva ifrågavarande förbehåll olika innehåll i skilda fall, framträder i viss mån i ett mot Berglund riktat uttalande av *Hassler* i SvJT 1929 s. 204[3].

41 *Berglund* I s. 25. (I senare framställning, III s. 134, modifierar Berglund sina tidigare uttalanden därhän, »att vår lag allenast, *eller åtminstone huvudsakligen*» (här kurs.), »känner blott två alternativ, nämligen dels det från början definitivt bindande avgörandet, dels det materiellt klander underkastade avgörandet».) Berglund finner dock denna vår rätts förmenta fattigdom föga tillfredsställande och ifrågasätter, om man icke medelst tvenne alternativa tolkningar av 2 §, vilka han emellertid själv icke utan skäl betecknar såsom tvivelaktiga, skulle kunna uppnå ett annat resultat.

42 Alla avtal, som hänskjuta en fråga av tvistemåls beskaffenhet etc. till *avgörande i den ordning skml. stadgar* och som icke innehålla uttryckligt

— följer därav ingalunda, att »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen» förlänar denna karaktären av endast ett »förlikningsförslag» i Berglunds mening. Det gäller ju just att utreda, *när* ett skiljeavtal innefattar sådant »klanderförbehåll». Om alla skiljedomar, som ej tillhöra kategorien A, sägas tillhöra kategorien B, har man därmed ej angivit, vilka skiljedomar som tillhöra A, men Berglund tager för givet, att dit höra endast skiljedomar med egenskapen C. Berglund finner ett axiom, där han bort finna ett problem.

Mot den av mig hävdade tolkningen kan emellertid i andra avseenden vara en del att erinra.

Det kan för det första anmärkas, att det uppstår en brist på kongruens emellan ett i det konkreta fallet uppställt »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen» och lagens likalydande ord; ett och samma uttryck tolkas olika i lagen och i det konkreta fallet. Denna anmärkning synes mig emellertid föga vägande. Det är fråga om tolkning av två

förbehåll om rätt för parterna att i materiellt avseende klandra skiljedomen, falla på grund av stadgandet i 2 § 1 st. under denna lag (jfr ovan s. 120). Däremot kan det tänkas, att en fråga hänskjutes till avgörande i annan ordning (jfr ovan s. 20) utan att klanderförbehåll göres, och ett dylikt avtal faller ej på grund av stadgandet i 2 § 1 st. under skml. Detta stadgande avser nämligen skiljeavtal i teknisk mening, avtal, som hänskjuter en fråga till avgörande i den ordning, varom i skml. är fråga. Av den allmänna avtalsfriheten följer, att parterna må kunna godtaga ett avgörande i annan ordning, t. ex. åtnöjas med ett blott muntligt avgörande. Men om staten skall erkänna avgörandet såsom en akt, i det närmaste jämställd med en domstols dom, varvid framför allt kommer i betraktande, att skiljedomen tillägges exigibilitet, är det förklarligt, att den härför uppställer vissa minimikrav med avseende å skiljeförfarandet. Jfr motiven till skml. s. 49; NJA II nr 1:1 s. 33. — Av det sagda må man ej draga den oriktiga slutsatsen, att en skiljedom, som ej uppfyller formföreskrifterna i 17 § 1 st. skml., skulle hava privaträttsligt bindande verkan. Hava parterna, såsom regelmässigt är fallet och in dubio måste antagas, åsyftat ett förfarande efter skml., blir skiljedomen, med visst i lagen nämnt undantag, en nullitet, om nämnda föreskrifter ej iakttagits. Men detta hindrar ej, att parterna må kunna överenskomma om ett förfarande av annan typ än det i skml. avsedda, och att en sådan överenskommelse, som ju icke går ut på något orimligt, omoraliskt eller eljest mot vår rättsordning stridande, i likhet med avtal i allmänhet tillägges verkan i enlighet med sitt innehåll.

skilda företeelser, å ena sidan ett lagrum, å andra sidan en avtalsklausul. Att tolkningen då i det ena och det andra fallet kan komma att leda till olika resultat, är icke något anmärkningsvärt, lika litet som att två till innehållet fullkomligt likalydande avtal alltefter omständigheterna kunna vara att tolka på skilda sätt.

En mera betydande olägenhet av den föreslagna tolkningen synes vara den, att det blir tämligen obestämt, vad som bör avses med lagens ord »klandra». Man kan visserligen bestämma, när ett skiljeavtal skall anses innefatta »förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen», men vad det egentligen är för en åtgärd, som innebär klander av skiljedomen, därom kan man, om man antager den här förfäktade tolkningen, stundom tveka. Om t. ex. parterna bestämt, att skiljedomen skall bliva bindande, därest icke missnöjd part inom viss tid hos motparten inlägger gensaga mot skiljedomen, kan det kanske synas naturligt, att med klander avse just denna gensaga. Men man kan också såsom klander beteckna den talan vid domstol, som det efter en sådan gensaga måste stå parterna öppet att föra angående sitt materiella mellanhavande. Intetdera alternativet är fullt tillfredsställande.

Det förhåller sig förvisso så, att ordet »klandra» måste anses såsom ett föga lyckligt uttryck för lagens mening. Det är, såsom framgår bl. a. av första stycket i lagrummet, realiter sett fråga därom, huruvida parterna velat åtnöjas med skiljedomen eller ej. Hava de uttryckligen sagt ifrån, att de vilja åtnöjas därmed, faller skiljeförfarandet under lagen; ha de icke sagt någonting alls, blir lagen likaledes, till följd av bestämmelsen i första stycket, tillämplig. Hava parterna däremot förklarat, att de icke vilja utan vidare åtnöjas med skiljedomen, skulle det vara mot allt förnuft att anse lagen tillämplig, så snart de ej förbehållit sig rätt att få företaga någon åtgärd, som kan betecknas såsom klander av skiljedomen. Om parterna uttryckligen sagt: »Vi vilja icke vara

bundna av skiljedomen», kan det ej gärna vara lagens mening, att lagen skall vara tillämplig på förfarandet. Men någon åtgärd, som kan betecknas såsom klander, ha parterna icke talat om. Lagen borde i stället ha stadgat: »Denna lag äger icke tillämpning å skiljeavtal, vari parterna uttryckligen förklarat, att de ej vilja åtnöjas med skiljedomen», varjämte första stycket borde erhållit en häremot svarande avfattning. Om nu resultatet förnuftigtvis måste bliva det, att lagen icke kan anses tillämplig på några som helst skiljeavtal, vari parterna uttryckligen tillkännagivit, att de ej vilja åtnöjas med skiljedomen, kan den berörda olägenheten icke undvikas, men den bör ej föranleda, att man frångår det realt riktiga resultat, vartill den här givna tolkningen leder. Om parterna åtminstone under viss tid äga möjlighet att anhängiggöra talan vid domstol vare sig för att få skiljedomen undanröjd eller för att få sitt rättsliga mellanvarande underkastat domstolens prövning, blir det lämpligen denna talan, som bör betecknas såsom klander av skiljedomen[43]. Det är tydligt,

[43] Man kunde möjligen tänka sig att söka undgå olägenheten av den ifrågavarande tolkningen på det sätt, att man betraktade ordet »klandra» såsom liktydigt med överklaga men därjämte förklarade, att jämväl vissa andra skiljeavtal än dem, som innehölle klanderförbehåll, till följd av stadgandets ratio fölle utanför lagens tillämplighetsområde. Dessa andra skiljeavtal utgjordes tydligen av alla dem, vari parterna, utan att nämna orden klander eller klandra, på ett eller annat sätt förklarade, att de icke ville utan vidare åtnöjas med skiljedomen. På så sätt komme man att uppnå ett resultat, som i bästa överensstämmelse med lagens anda skulle medföra lagens otillämplighet på förfaranden, vilka icke rimligtvis kunde hänföras under lagen, men som samtidigt åt lagens ord »klandra» gåve en fast avgränsad betydelse, vilken dessutom väl harmonierade både med det allmänna juridiska språkbruket och med ett okonstlat betraktelsesätt. Men »incidit in Scyllam, qui vult evitare Charybdin». Om den senast ifrågasatta tolkningen lyckligt borteliminerar vissa svårigheter, stöter den i stället på det hindret, att alla skiljeavtal, som icke innefatta uttryckligt klanderförbehåll, enligt stadgandet i §:ns första stycke falla under lagens tillämplighetsområde. Att man här under alla omständigheter råkar ut för svårigheter, vilken tolkning man än väljer, beror på att lagen fått en avfattning, som icke svarar mot dess ratio. Förslaget i texten synes emellertid medföra den relativt minsta olägenheten.

att uttrycket klander enligt denna tolkning — liksom enligt *Tryggers* och *Berglunds* — stundom kan komma att avse något annat, än vad det eljest enligt rättsspråket åsyftar.

§ 11. B. Skiljeavtalets form.

Skiljeavtalet är enligt svensk rätt ett formlöst avtal. Sättet för dess ingående saknar dock icke, bortsett från betydelsen i bevisningshänseende, rättslig relevans. Avser ej skiljeavtalet framtida tvist, uppställes nämligen i 11 § skml. ett strängare krav för skiljeförfarandets påkallande, därest avtalet icke är skriftligen upprättat med tydligt angivande av tvistefrågan.

Det kan ifrågasättas, om icke den allmänna regeln angående skiljeavtalets formfrihet bör vidkännas inskränkning i samma fall som de, vid vilka man gör undantag från regeln om förliknings formfrihet. Som bekant, kräver förlikningen icke i och för sig någon viss form — vår rätt uppställer m. a. o. ej något formkrav endast därför att avtalet utgör en förlikning — men om förlikningen innefattar ett sådant avtal, som enligt materiellrättsliga regler är formfordrande, kräves, att den för avtalet föreskrivna formen iakttages[44]. För min del är jag fullt övertygad därom, att man icke, när skiljeavtalet avser rättsförhållande, varöver avtalsmässig disposition må träffas endast i viss form, äger kräva, att skiljeavtalet iklädes denna form[45]. Skiljeavtalet innebär, sådant detsamma är att uppfatta enligt gällande svensk rätt, icke någon disposition över tvisteföremålet. Skulle man uti de ifrågakomna fallen över huvud taget tänka sig, att det materiellrättsliga form-

---

44 Jfr *Schrevelius* s. 3; *Trygger* i TfR 1895 s. 21; *Wrede* II s. 52; *Kallenberg* i Skrifter tillägnade Johan C. W. Thyrén 1926 s. 98 f. Från nämnda grundsats göra *Trygger* och *Kallenberg* med rätta undantag för stadfäst förlikning.

45 Så ock *Trygger* i TfR 1895 s. 21 f. — I tysk doktrin har en motsatt mening uttalats av *Trops* s. 278. Såvitt jag kan finna, giva emellertid Trops' uttalanden en oriktig bild av den tyska rättens ståndpunkt.

kravet bibehölles, låge det som *Trygger* framhållit närmast att låta detta krav avse skiljedomen, men för dennas del måste det anses fullt tillräckligt, att formföreskrifterna i 17 § skml. iakttagits[46].

Avsaknaden av formkrav för skiljeavtalet medför, att reglerna i 1 kap. avtalslagen bli att tillämpa på slutande av skiljeavtal. Visserligen avse dessa regler endast rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, och skiljeavtalet är ju icke strängt begränsat till förmögenhetsrättsliga tvister, men dels torde det i realiteten knappast förekomma, att skiljeavtal slutes angående tvister, som avse annat än förmögenhetsrättsliga förhållanden, och dels synes med hänsyn till skiljeavtalets begränsning till sådana frågor, varom förlikning kan träffas, någon betänklighet icke möta mot att analogiskt tillämpa de nämnda reglerna på de möjligen tänkbara fall, då skiljeavtal slutes angående frågor utanför det förmögenhetsrättsliga området. Ehuru skiljeavtal vanligen träffas på det sätt, att avtalet ingår såsom en klausul i ett skriftligen upprättat kontrakt, är det med hänsyn till det sagda tydligt, att skiljeavtal kan slutas icke blott muntligt eller på det sätt, att avtalet innehålles i en särskild av parterna undertecknad handling, utan även genom brevväxling eller på därmed jämförligt sätt[47].

En särskild fråga är den, om skiljeavtal kan ingås på annat sätt än genom uttryckliga viljeförklaringar av parterna. Då som bekant läran om s. k. »uttryckliga» och »tysta» viljeförklaringar utgör ett omtvistat ämne inom rättsvetenskapen, är det för besvarandet av den förenämnda frågan erforderligt att först klarlägga, vad densamma avser. Att härvidlag i denna processrättsliga framställning den omförmälda läran endast kan bliva föremål för några mycket summariska anmärkningar, säger sig självt.

Det råder enighet därom, att viljeförklaringar kunna ske

46 Jfr *Trygger* a. st.

47 Jfr ovan s. 110 f. samt rättsfall i NJA 1925 s. 561.

på annat sätt än genom ord eller genom tecken, som enligt sed och bruk jämställas med ord (nickande med huvudet, handslag o. s. v.)[48]. Att till och med tystnad, den rena passiviteten, kan vara uttryck för en persons vilja, torde efter *Hartmanns* ingående framställning i ämnet[49] erkännas av de flesta. Då här i detta arbete talas om »uttryckliga» viljeförklaringar, avses sådana viljeförklaringar, »varigenom det som skall förklaras erhållit ett språkligt adekvat uttryck»[50], därvid dock med ord jämställas sådana tecken, varom nyss förmäldes. I sådana fall, då, såsom förhållandet är beträffande skiljeavtal, icke i lag uppställes krav på uttrycklig viljeförklaring och man därför ej blir tvungen att skarpt fixera innebörden av ett dylikt krav, ligger det dock icke någon vikt vid gränsdragningen emellan uttryckliga och andra viljeförklaringar, ty rättsverkningarna äro i båda fallen desamma[51]. Nu förhåller det sig emellertid så, att det även gives fall, där man icke utan att tillgripa rena fiktioner kan tala om förekomsten av någon viljeförklaring alls men där en person behandlas, som om han hade avgivit en viljeförklaring av visst innehåll. Särskilt är att märka, att det krav, som den moderna rätten ställer på parternas uppriktighet i kontraktsförhållanden, medför, att part understundom kan ha skyldighet att positivt uttala sig, vid äventyr att underlåtenhet härutinnan behandlas såsom en verklig viljeförklaring[52]. Om man nu anser en persons tystnad kunna innefatta en viljeförklaring i fall, där tystnaden med fog kan tolkas som ett samtycke, kan det stundom bliva ett mycket subtilt spörsmål,

---

48 Jfr *Stang,* Formueret s. 258; *Hallager-Aubert* s. 76; *Regelsberger* s. 502.

49 Se *Hartmann,* Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens, i CA Bd 72 (1888) s. 161 ff., särsk. s. 220 ff..

50 *Ekström* s. 563. Jfr *Lassen* s. 227.

51 Jfr *Lassen* s. 228. Ang. olika uppfattningar om »uttryckliga» och »tysta» viljeförklaringar se exempelvis *Hartmann,* a. a. s. 161 ff.; *Regelsberger* § 138; *Ekström* s. 561 ff.; *Stang,* Om Vildfarelse s. 26 ff. Den senaste framställningen inom nord. litt. återfinnes hos *af Hällström* s. 152 ff.

52 Jfr *Stang,* Formueret s. 252 ff.

huruvida en handling eller en underlåtenhet får anses innefatta en viljeförklaring eller om den blott utgör ett sådant faktum, som medför, att en person är att behandla, såsom om han avgivit en viljeförklaring, trots att han i själva verket icke avgivit någon. Detta spörsmål är ju ej heller av någon praktisk betydelse. Med hänsyn därtill, att en person i de berörda fallen kommer i samma läge, som om från hans sida förelåge en viljeförklaring, ha vissa författare inom nordisk doktrin icke dragit sig för att behandla dessa fall inom avtalsläran[53]. Jag skall här följa de författare, som så gjort. Ur sträng systematisk synpunkt måste det visserligen anses oriktigt att inom läran om skiljeavtalet behandla fall, där något skiljeavtal ej föreligger, men vad som i praktiskt hänseende intresserar, det är icke, om parterna kunna anses ha avgivit sådana viljeförklaringar, som tillsammans bilda ett skiljeavtal, utan om genom deras uppträdande kommit till stånd ett sådant rättsförhållande, som brukar grundas genom skiljeavtal. Därtill kommer, förutom att jag vid denna systematisering befinner mig i synnerligen gott sällskap, *dels* den förut påpekade omständigheten, att det stundom kan vara tveksamt, om man i det särskilda fallet bör tala om ett »tyst ingående av skiljeavtal» eller om underlåtenhet, som är att jämställa med ett sådant avtal, *dels ock* att det huvudsakligen är dessa utanför det egentliga skiljeavtalet liggande fall, som tilldraga sig praktiskt intresse[54]. Den fråga, som givit anled-

53 *Stang,* Formueret s. 251 ff., benämner ifrågavarande handlingar och underlåtenheter — vid skiljeavtal kan här dock allenast vara fråga om underlåtenheter — »uegentlige retshandler», och *Lassen* s. 227 ff. talar här om »stiltiende Viljeserklaeringer i juridisk Forstand». Vad beträffar underlåtenhet att fullgöra reklamationsplikt, synas den senare författarens uttalanden icke fullt klara. Jfr å ena sidan *Lassen* s. 230, å andra sidan samme förf. s. 236. Sagda underlåtenhet räknar jag i det följande till förevarande grupp av rättsfakta.

54 Särskilt gäller detta med hänsyn till skiljeförfarandets utveckling på kontinenten. Medan skiljeförfarandet hos oss vanligen gestaltar sig på det sätt, att för det särskilda fallet utsedda skiljemän avgöra parternas till dem hänskjutna tvist, har på kontinenten skiljenämnder av detta slag (s. k. »Gele-

ning till dessa anmärkningar, avser alltså något mer, än vad som logiskt sett ligger i densamma; den avser, dels huruvida skiljeavtal kan ingås genom verkliga viljeförklaringar, som dock icke äro uttryckliga, dels ock om sådant avtal kan träffas genom vad *Lassen* kallar »tysta viljeförklaringar i juridisk mening», det vill här säga sådana underlåtenheter[55], som enligt vad förut nämnts till sin verkan äro att jämställa med verkliga viljeförklaringar.

Att skiljeavtal i likhet med andra formlösa avtal kan ingås utan att parternas viljeförklaringar behöva vara uttryckliga, torde vara höjt över allt tvivel[56]. Kan det visas, att det måste ha varit parternas mening, att tvist angående deras mellanvarande skall avgöras av skiljemän, synes det icke föreligga

genheitsschiedsgerichte») alltmera undanträngts av s. k. ständiga eller institutionella skiljedomstolar, som i stor utsträckning upprättats av kommersiella och industriella organisationer, t. ex. vid handelskamrar och varubörser samt inom industrikarteller. (Ur den omfattande litteraturen på detta område må nämnas *Jüdels* och *Mathies'* arbeten ävensom *Trops'* uppsats. Statistiska uppgifter hos *König*. En förträfflig översikt hos *Krause* s. 118 ff.) Dessa organisationer eftersträva ofta, på samma sätt som fordom de gamla skråna och gillena, att förskaffa sig egen av staten oberoende jurisdiktion. Det förekommer exempel därpå, att karteller icke blott ålägga sina medlemmar att låta slita inbördes tvister vid kartellens skiljedomstol utan att de även förplikta dem att i kontrakt med tredje man infoga en klausul, varigenom parterna hänskjuta eventuella tvister till nämnda skiljedomstol; se *Krause* s. 120 f. Samma tendens kommer till synes, då i börsstatuter infogas bestämmelse, att börsens skiljedomstol skall äga avgöra alla tvister angående avtal, som avslutas på börsen eller varom förhandlingar inledas därstädes; se exempel, anförda av *Trops* s. 279 ff. Det är tydligt, att »skiljeförfarandet» i sådana fall erhåller en väsentligen förändrad karaktär. Om man än i en del fall kan peka på en skiljeklausul och sålunda i någon mån uppehålla skenet av ett frivilligt anordnat skiljeförfarande, kan man i andra fall näppeligen med fog påstå, att ett skiljeavtal föreligger. I dylika fall har man emellertid tillgripit den ofta så bekväma fiktionen om tacitus consensus: den som gör affärer på en varubörs, underkastar sig där rådande handelsbruk, och dit hör bruket, att uppkommande tvist slites av börsens skiljedomstol. Se särskilt *Trops* s. 284 f.

55 Jfr ovan not 53.

56 Jfr beträffande tysk rätt *v. Staff* s. 45 f.; *Richter* s. 17; *Baumbach* s. 48 f.

något skäl, varför domstol ej skulle taga lika stor hänsyn till parternas vilja i förevarande fall som vid avtal i allmänhet. Frågan är emellertid, om man kan gå längre och med de fall, där man med juridisk visshet[57] kan sluta sig till en parternas vilja att hänskjuta en sak till skiljemän, jämställa andra fall, t. ex. fall av underlåten reklamation. Det är att märka, att här är fråga om ett intrång i ett intresse av den allra största betydenhet, nämligen den enskildes möjlighet att erhålla rättsskydd genom statens organ. Skall någon verkligen kunna berövas denna möjlighet i ett fall, där det icke klart framgår av omständigheterna, att han velat avstå från densamma? Skall någon kunna påtvingas ett skiljeförfarande, vartill han aldrig samtyckt? Betänkligheter i detta hänseende ha kommit till uttryck inom tysk litteratur[58], och dessa synas mig förtjänta att tagas under allvarligt övervägande de lege ferenda[59]. Däremot torde det knappast de lege lata kunna uppställas några särregler för skiljeavtalet. Skiljeförfarandet har ju sin huvudsakliga betydelse inom affärslivet, och uppfattningen inom merkantila kretsar torde avgjort vara den, att en person exempelvis genom underlåtenhet att fullgöra reklamation kan bliva bunden av en skiljeklausul lika väl som av andra bestämmelser i ett avtal. Att den merkantila uppfattningen återspeglas i domstolarnas utslag, är fullt förklarligt. I rättspraxis torde man icke tveka att antaga förhandenvaron av ett skiljeavtal även i sådana fall, där man ej kan hänvisa till någon verklig viljeförklaring av båda parterna utan får tillgripa konstruktionen »tyst viljeförklaring i juridisk mening». Några rättsfall må anföras.

I ett rättsfall, refererat i SvJT 1917 s. 41, förklarade part, att han aldrig godkänt vissa å slutsedlar tryckta bestämmelser, som bland annat innehöllo skiljeklausul. De i målet ifrågakomna köpeavtalen hade enligt parten uppgjorts per telefon, och därvid hade det ej varit tal om tvisters hänskjutande

57 Jfr *Hartmann*, a. a. s. 164 f.

58 Se *Trops* s. 285 ff.

59 Det kan i detta sammanhang erinras darom, att man i utlandet stundom gjort skiljeavtalet till ett formfordrande avtal. Så t. ex. finska skml.

till skiljedom. Slutsedlarna hade endast utgjort bekräftelse på avtalen, och något godkännande av slutsedlarna hade ej fordrats eller lämnats. I utslag, som sedermera fastställdes av en enhällig hovrätt, förklarade häradsrätten, att även om parten ej uttryckligen förbundit sig att låta tvist i anledning av köpeavtalen avgöras av skiljenämnd, parten likväl, då han efter slutsedlarnas mottagande från motparten ej hos denne framställt anmärkning mot dessas innehåll, finge anses hava godkänt slutsedlarna, vadan häradsrätten, då invändning om skiljeavtal vederbörligen skett, ej fann sig behörig pröva yrkande, som framställts med anledning av köpeavtalen.

Stang[60] anför ett norskt rättsfall, där en köpare av ett parti havre hade undertecknat en slutsedel, i vilken stod, att avtalet ingåtts på de villkor, som stipulerades i Köpenhamns slutsedlar för cif-handel. Köparens ovetenhet om att dessa slutsedlar innehöllo skiljeklausul hindrade icke, att han blev bunden av klausulen.

Av stort intresse är ett mycket uppmärksammat avgörande av tyska Reichsgericht år 1922[61]. En person ingick på en hästmarknad ett köpeavtal utan att känna till, att enligt handelsbruk tvister med anledning av avtal, som träffades på marknaden, avgjordes av en särskild skiljenämnd. Reichsgericht ansåg, att tvist, som uppkommit mellan kontrahenterna, skulle avgöras av skiljenämnden, emedan en var, som gör affärer på en börs eller marknad, bör veta, att på sådana platser ofta gälla särskilda regler, varför han bör göra sig underrättad om dessas innehåll, innan han sluter avtal.

Det anförda rättsfallsmaterialet är mycket magert. Att det omförmälda svenska rättsfallet, mig veterligen det enda i tryck refererade, som klart berör den förevarande frågan[62], skulle utgöra något avgörande bevis för den positiva rättens ståndpunkt, vill jag ej påstå. Och de utländska rättsfallen äga givetvis icke något som helst bevisvärde, vad svensk rätt beträffar. Icke desto mindre har jag en bestämd känsla därav, att det genomgående draget i samtliga rättsfallen att ej ställa skiljeavtalet i någon särklass, utgör ett adekvat uttryck för rättsuppfattningen inom merkantila kretsar i vårt land såväl som flerstädes utomlands. I den ringa mån jag under hand kunnat göra mig underrättad om rättsåskådningen bland såväl jurister som affärsmän, har jag ej funnit den minsta tvekan om riktigheten av resultatet i 1917 års rättsfall, och de övriga

---

60 Formueret s. 486.

61 Se *Trops* s. 284 ff. (Fallet refereras närmare i den mig icke tillgängliga Juristische Wochenschrift, 1922:706).

62 Jfr dock även rättsfallet i NJA 1927 s. 560.

rättsfallen visa om icke annat, att den uppfattning, som i det här berörda hänseendet jämställer skiljeklausulen med vilken annan avtalsklausul som helst, måste ha en icke obetydlig utbredning. På rättsfall, som gå i motsatt riktning, giver för övrigt litteraturen mig veterligen ej något belägg.

De lege lata torde man sålunda sakna skäl för annat antagande, än att skiljeavtalet ifråga om sättet för ingåendet är underkastat alldeles samma regler som avtal i allmänhet. Vad därom gäller, är en fråga, som det icke finnes någon anledning att närmare beröra i detta arbete. I ämnet må hänvisas till framställningarna på den allmänna avtalslärans område[63].

---

63 Jag vill emellertid värja mig för det missförståndet, att jag, då jag här ovan i texten åberopat ett par utländska rättsfall, därmed velat säga, att dessa rättsfall enligt svensk rätt skulle innefattat ett riktigt avgörande. De nämnda avgörandena överensstämma med svensk rätt såtillvida, som de giva uttryck åt den uppfattningen, att några särregler för träffande av skiljeavtal icke gälla. Huruvida de i övrigt överensstämma med svensk rättsuppfattning, är i viss mån tvivelaktigt. Säkerligen skulle den utgång, som det norska rättsfallet erhöll, blivit densamma enligt svensk rätt. Däremot torde det vara tvivel underkastat, om utgången av det tyska rättsfallet, bedömt efter svensk rätt, är riktig. Inom tysk litteratur har man för övrigt på sina håll ansett Reichsgerichts avgörande gå alltför långt. Se *Trops* s. 285 ff.; *v. Staff* s. 46[95]; *Baumbach* s. 48 f. Emellertid skulle ett närmare ingående på ämnet leda till ett inträngande på civilrättsliga frågor i en omfattning, som vore främmande för syftet med denna framställning.

KAPITEL IV.

Skiljeavtalets rättsverkningar.

§ 12. Inledande anmärkningar.

Såsom förut utvecklats, går ju skiljeavtalet ut därpå, att en förefintlig eller möjligen uppkommande tvist icke skall prövas av domstol utan i stället avgöras av en eller flera skiljemän. Skall rättsordningen fullt tillgodose skiljeavtalets syftemål, bör den därför uppställa bestämmelser, varigenom dels förhindras, att domstol tager befattning med tvist, varom skiljeavtal träffats, dels ock om möjligt garanteras, att på grund av skiljeavtalet en skiljedom kan komma till stånd även mot tredskande parts vilja. I enlighet härmed har den moderna rätten allmänt tillerkänt skiljeavtalet dels den negativa verkan att, om det i vederbörlig ordning åberopas, utgöra hinder för rättegång, dels ock positiva verkningar, som i sista hand gå ut på att få till stånd ett avgörande emellan parterna[1].

---

1 Se ang. *finsk* rätt *Frey* s. 100 ff., *Granfelt* s. 24; ang. *norsk* rätt *Hagerup* II s. 439 (vilken dock blott framhåller skiljeavtalets på tvistemaalsloven § 452 sista st. grundade negativa verkan men icke nämner något om dess i § 455 lagstadgade positiva rättsverkan); ang. *dansk* rätt *Nellemann* s. 42 f., *Munch-Petersen* II s. 510 ff.; *Raffenberg* i IJ II s. 6 f.; ang. *tysk* rätt t. ex. *Baumbach* s. 52 ff., *v. Staff* s. 94 ff.; ang. *österrikisk* rätt t. ex. *Sperl* s. 784; ang. *fransk* rätt *Garsonnet* & *Cézar-Bru* tome 8 n:os 247, 248; ang. *engelsk* rätt t. ex. *Bacon* s. 46 ff.

A. Skiljeavtalets negativa rättsverkan.

§ 13. Begreppsbestämning.

Uttrycket skiljeavtalets negativa rättsverkan. är en rättsteknisk term, som använts för att beteckna det förhållandet, att ett åberopat skiljeavtal utgör processhinder[2]. Då uttrycket utgör en god och praktisk beteckning, synes man ha all anledning att bibehålla densamma, men det kan ifrågasättas, om ej såsom negativ verkan av skiljeavtalet bör betecknas icke blott den verkan, att det i vederbörlig ordning åberopade och vid behov styrkta avtalet verkligen förhindrar process, utan varje verkan av avtalet, vilken *avser* att förhindra dylik. Under läran om skiljeavtalets negativa rättsverkan skulle i så fall komma att behandlas icke blott frågan om avtalet såsom rättegångshinder utan även det därifrån skilda spörsmålet, huruvida skiljeavtalet förpliktar parterna att ej anlita rättegång. För min del finner jag, att om skiljeavtalet medför verkan även i sistnämnda hänseende, jämväl denna verkan lämpligen kan betecknas såsom negativ. Man synes nämligen erhålla den klaraste systematiken över skiljeavtalets rättsverkningar, om man såsom negativ betecknar varje verkan, varmed åsyftas att förhindra rättegång, såsom positiv åter den verkan, som direkt går ut på att åstadkomma ett avgörande av skiljemän. Med rättegång äro, såsom i det följande skall visas, att jämställa vissa andra förfaranden.

§ 14. I. Skiljeavtalet såsom hinder för rättegång och därmed jämförliga förfaranden.

I vårt land saknas direkta bestämmelser i lag angående någon negativ rättsverkan av skiljeavtalet, men att detta avtal,

[2] Jfr t. ex. *Frey* s. 100 f.

åtminstone i regel, utgör rättegångshinder, är det oaktat höjt över allt tvivel. Stadgandet i 3 § skml., att skiljeavtalet i där avsedda fall ej må utgöra hinder för tvistens prövning vid domstol, är uppenbarligen grundat på den uppfattningen, att skiljeavtalet eljest utgör sådant hinder, en åsikt, som också omfattats av en stadgad rättspraxis och en enhällig doktrin. Vid framställningen av vad sålunda gäller är anledning att var för sig behandla skiljeavtalets betydelse för den ordinära civilprocessen, resp. för skadeståndstalan i brottmål, och dess eventuella betydelse utanför detta område.

1) Skiljeavtalet såsom hinder för ordinär civilprocess och för skadeståndstalan i brottmål.

a) *I vilka fall den ifrågavarande verkan av skiljeavtalet inträder.*

Det följer av sig självt, att avtal, som tillfredsställa skml:ns fordringar i 1 § och som icke till följd av stadgandet i 2 § 2 st. uteslutas från lagens tillämplighetsområde, följa de regler skml. uppställer och förty också äro utrustade med den verkan, skml. tillägger dem. Däremot är det ej givet, att alla dessa avtal också i andra, av lagen icke berörda hänseenden äro att bedöma lika. Man kan sålunda ej utan vidare utgå därifrån, att alla av skml. reglerade skiljeavtal äro utrustade med processhindrande verkan. Huru därmed förhåller sig, måste särskilt utredas.

Frågan om skiljeavtalets processhindrande verkan är icke svår att besvara i det stora flertalet fall, då enligt avtalet den instämda saken eller den eljest anhängiggjorda skadeståndstalan skall i sin helhet avgöras av skiljemän. I sådant fall har tydligen domstolen att efter behörigen framställd invändning av svaranden förklara sig icke kunna upptaga målet till handläggning och prövning. Likaså har domstolen,

därest den anhängiggjorda saken kvantitativt sett delvis faller under skiljemäns bedömande, att avvisa målet, i vad det avser den av skiljeavtalet berörda delen, men i övrigt upptaga detsamma till behandling. Jag tänker mig här exempelvis ett sådant fall som det, då skiljeavtalet omfattar de senare men icke de tidigare posterna i en uti målet åberopad kontokurant.

Däremot är det icke lika klart, huru domstolen skall förfara, därest part framställer invändning därom, att av skiljemän skall avgöras fråga om existensen av ett för målet betydelsefullt faktum eller om innehållet av en erfarenhetssats, varav målets utgång är beroende, en invändning, som enligt vad förut utvecklats i realiteten innebär, att det omstämda rättsförhållandet skall avgöras av skiljemän, i den mån dess bedömande är beroende på existensen av ifrågavarande faktum, resp. innehållet av erfarenhetssatsen.

I vad detta spörsmål avser skiljeavtal angående faktum, har det förut uppmärksammats av *Berglund*[3]. För att denne författares framställning skall komma i sin rätta dager, måste den ses mot bakgrunden av de allmänna synpunkter, han anlägger på tredjemansavgöranden angående faktiska frågor. Berglund indelar dessa avgöranden i två grupper. Han utgår därvid från det förhållandet, att i svenska försäkringsavtal ofta finnes intagen en klausul av innehåll, vid brandförsäkring, att försäkrat föremåls värde före och efter brand skall på begäran av part utrönas genom värdering av sakkunnige män, samt vid olycksfallsförsäkring, att om tvist uppstår angående ersättning, tvisten skall avgöras genom skiljedom, när frågan gäller, huruvida och i vilken grad invaliditet eller arbetsoförmåga förorsakats av olycksfall. I enlighet härmed skiljer Berglund emellan å ena sidan de fall, då avgörandet avser ett faktum såsom förutsättning för ett anspråk (i de ovannämnda exemplen alltså avgörandet av frågan, *huruvida*

[3] Se *Berglund* III, särskilt s. 138 ff.

invaliditet eller arbetsoförmåga uppstått genom olycksfall) samt å andra sidan de fall, då fråga är om en värdering (således exemplifierade genom klausulen i brandförsäkringsavtalet och genom bestämmelsen om hänskjutandet av frågan om invaliditetens eller arbetsoförmågans grad till skiljemäns avgörande). Dessa värderingsförfaranden, menar Berglund, beröra i princip icke förutsättningarna för ett anspråk, och gode mannens subjektiva synpunkter erbjudas vid värderingen större spelrum än vid prövningen av förutsättningarna.

Icke alla dessa avtal om faktiska frågors hänskjutande till tredje mans avgörande anser Berglund falla under skml. I den mån, han betraktar avtalen såsom skiljeavtal, är det, han uppmärksammat frågan om avtalens processhindrande verkan. Då jag för min del — ehuru jag ställer mig bestämt avvisande till Berglunds gränsdragning emellan skiljeinstitutet och »godmansinstitutet» — anser den av Berglund gjorda indelningen äga ett visst systematiskt värde, skall spörsmålet om skiljeavtalets negativa verkan i förevarande fall behandlas i anslutning till Berglunds framställning.

α) Vad först angår skiljeavtal, avseende visst faktum såsom förutsättning för ett anspråk, hyser Berglund den åsikten, att om i rättegång angående anspråket invändning framställes om avtalet, denna invändning vore att bedöma såsom invändning om ett skiljeavtal med den instämda tvisten såsom föremål, något som skulle medföra, att invändningen måste framföras inom den i RB 16:2 angivna tiden och vid bifall föranleda käromålets avvisande. Skiljeavtalet skulle alltså i negativ riktning medföra en verkan vida utöver sitt eget innehåll: det angåve sig omfatta ett faktum, men avvisandet skulle drabba hela målet. »Huvudskälen för dessa påståenden», säger Berglund, »äro, att domstolen icke bör så länge klausulen» (d. v. s. skiljeklausulen) »är i kraft meddela dom över det instämda anspråket, och att det erforderliga skiljemannaförfarandet på grund av den formulering SkjmL 1:2 fått icke kan företagas utan att hela målet nedlägges, varav lärer följa,

att ett gillande av invändningen för att möjliggöra skiljemannaförfarandet måste draga med sig målets avvisande.»

Jag kan icke dela dessa Berglunds synpunkter. Det vore allt annat än tillfredsställande, om ett skiljeavtal skulle på nämnda sätt verka negativt vida utöver sitt eget innehåll. Det torde därför ej utan starka skäl böra antagas, att skiljeavtalet medför dylik verkan, men sådana skäl kunna icke anses föreligga. Det är visserligen riktigt, att domstolen så länge skiljeavtalet är i kraft icke blott ej »bör» utan ej ens får döma över det instämda anspråket, men uppenbarligen har denna omständighet betydelse endast under den förutsättningen, att den av skiljeavtalet omfattade frågan ej kan avgöras av skiljemän, så länge målet är vid domstolen anhängigt. Att denna förutsättning verkligen föreligger, anser nu Berglund följa av den formulering, som 1 § 2 st. skml. erhållit[4]. I stadgandet säges, att skiljemän ej må upptaga fråga, varom rättegång (eller lagsökning) pågår, och Berglunds mening är därför den, att skiljemän icke äga upptaga den i skiljeavtalet avsedda frågan, eftersom denna fråga är av betydelse för avgörandet av ett vid domstol anhängigt mål. Följaktligen måste anhängigheten upphöra, för att det avtalade skiljeförfarandet skulle kunna komma till stånd. Detta resonemang går enligt min mening alldeles för långt. Målets anhängighet vid domstol synes mig icke rimligen böra utgöra hinder för skiljeförfarandet, därest domstolen förklarar sig ej kunna upptaga den i skiljeavtalet avsedda frågan till prövning. Det kan då näppeligen sägas, att rättegång pågår om denna fråga. Lika litet som reglerna om litispendens hindra, att vid domstol upptages fråga, som är av prejudicierande betydelse för utgången av ett vid annan domstol anhängigt

---

4 Jag följer här *Berglunds* formulering, att skiljeförfarandet på grund av nämnda stadgandes avfattning ej kan äga rum utan att hela målet »nedlägges» (i stället för det mera exakta men omständligare, »att anmälan om målets nedläggande skett hos rättens ordförande»). Avvikelsen från det mera exakta uttryckssättet är i detta sammanhang uppenbarligen av ytterst ringa betydelse.

mål, lika litet bör något hinder möta däremot, att en prejudicierande fråga avgöres av skiljemän.

I enlighet med det sagda anser jag uteslutet, att skiljeavtal av förevarande typ tillägges en i angivna mening[5] processhindrande verkan i den omfattning, Berglund gör gällande. Då det vidare, i förevarande fall åtminstone, stode illa tillsammans med skiljeavtalets innebörd att uppfatta en invändning om detsamma såsom en materiell invändning[6], återstår icke någon annan möjlighet än den förut antydda, att skiljeavtalet, därest det i vederbörlig ordning åberopas, tillägges processhindrande verkan endast beträffande den eller de frågor, som avses i skiljeavtalet. En sådan uppfattning har ock kommit till uttryck i rättspraxis. I ett rättsfall, refererat i NJA 1918 s. 478, har underrätt förklarat ett instämt mål angående utbekommande av olycksfallsförsäkring vilande i avbidan därpå, att enligt skiljeklausul i försäkringsavtalet skiljenämnd skulle tillsättas och träffa avgörande angående den förutsättningen för försäkringens utbekommande, att den försäkrades död inträffat såsom omedelbar följd av visst olycksfall[7]. Huruvida domstol alltid, såsom skedde i detta rättsfall, har att förklara målet vilande i avbidan på skiljedomen, därom kunna måhända delade meningar råda. Tydligt är, att målet bör förklaras vilande, därest all vidare förhandling vid en viss utgång av den kommande skiljedomen framstår såsom fullkomligt överflödig[8]. Däremot synes mig vilandeförklaring icke nödvändig eller ens alltid lämplig, därest målet med fördel kan utredas i något annat avseende än det, varom skiljeförfarande skall äga rum, och denna

---

5 Jfr nedan not 8.

6 Skiljemännen skola uttala sig angående existensen av ett påstått faktum, de skola avgiva ett deklarativt omdöme men ej skapa en förut icke existerande materiell förutsättning för anspråket.

7 Att målet förklarades vilande, framgår ej av referatet i NJA men av akten i målet. Se revisionsakt 1918:572 i riksarkivet.

8 Såtillvida kan man ju tala om en negativ verkan, som går vida utöver skiljeavtalets eget innehåll.

utredning, alldeles oberoende av skiljedomens utgång, synes av betydelse för målet. När sedermera, innan skiljeförfarandet avslutats, utredningen så långt, att ytterligare handläggning blir opåkallad, måste emellertid även här i sista hand tillgripas vilandeförklaring.

Frågan om reglerna för invändnings framställande skall uppmärksammas i annat sammanhang.

β) Vad angår avtal, varigenom till skiljemän överlåtits att företaga en värdering, måste ett sådant avtal, åberopat i vederbörlig ordning, utgöra hinder för domstol att företaga denna värdering. Därmed är emellertid icke frågan om den negativa verkan av dessa avtal uttömmande besvarad, ty parternas intresse därav, att värderingsfrågan icke prövas i rättegångsväg, kan tänkas vinna beaktande på olika sätt.

I det förutnämnda fallet, då skiljeavtalet avsåg en förutsättning för det omstämda anspråket, låg det i sakens natur, att domstolen icke kunde döma angående det sistnämnda, förrän frågan om förutsättningens existens klarlagts. Men om anspråkets förhandenvaro väl kan fastställas, är läget ett annat. Skiljeavtal av förevarande typ torde huvudsakligen, för att icke säga så gott som uteslutande, träffas angående frågor om skadestånd eller försäkringsersättning. Enligt gammal praxis ha domstolarna i sådana skadeståndsmål (eller därmed likartade mål), då full klarhet föreligger om skadans förefintlighet men ej om dess storlek, ofta med fastställande av skadeståndsskyldighetens förhandenvaro överlämnat åt gode män att bestämma skadeståndsbeloppet. Det ligger nu, såsom *Berglund* påpekat[9], nära till hands att antaga, att enahanda förfaringssätt bör kunna komma till användning i anslutning till ett parternas avtal. Av rättsfallet i NJA 1874 s. 507 framgår ock, att det icke är för rättspraxis främmande att förfara på nämnda sätt. Emellertid förete hithörande fall icke alltid så stor likhet med de fall, då domstol förordnar om

[9] Se *Berglund* III s. 139.

gode män för värdering, att en analogi framstår såsom given. Dylikt förordnande sker ju i de avsedda typfallen först i domen, när på grund av utredningen i målet väl kan fastslås ersättningsskyldighetens förhandenvaro men icke dess omfattning. Men i fall av skiljeavtal blir vanligen redan på ett tidigt stadium av målet, då detta i regel ännu befinner sig i ett föga utrett skick, klarlagt, att domstol ej kan ingå i prövning av värderingsfrågan. Det är då icke säkert, att det i de omförmälda skadeståndsmålen använda förfaringssättet alltid framstår såsom det obetingat riktiga. Läget kan måhända te sig olika alltefter den ståndpunkt svaranden intager. Sålunda framhåller Berglund, hurusom det ifrågakomna förfaringssättet väl kan tillämpas, då t. ex. i ett skadeståndsmål »frågan om skadans existens står utom tvist men svaranden dels bestrider, att han har att svara för skadan, dels gör invändning mot det yrkade skadeståndets storlek under åberopande av en värderingsklausul». »Om däremot», säger Berglund, »svaranden bestrider, att skada över huvud taget inträffat — en skada vars storlek skulle framgå av skiljemäns uppskattning — är det tänkbart, att domstolen ej anser sig kunna utan stöd av skiljemännens värdering fastslå skadeståndsanspråkets existens; här blir värderingens resultat i viss mening förutsättning för anspråkets egen tillvaro.» Ser man saken på detta sätt, skulle enligt Berglund en framgångsrik invändning om skiljeavtalet medföra, att käromålet förklarades icke kunna för det närvarande bifallas. Ehuru jag liksom Berglund ej är fullt säker på huru domstolarna skulle förfara i ett fall, sådant som det sistnämnda — det är naturligen vanskligt att yttra sig därom, eftersom någon auktoritativ praxis i detta avseende icke föreligger — anser jag dock riktigast att ej betrakta värderingens resultat såsom en materiell förutsättning för anspråket[10]. Det torde icke rätteligen givas några andra möj-

[10] Även om man ansåge, att domstolen icke skulle kunna fastslå skadeståndsanspråkets existens utan stöd av värderingen, vore det likväl svårt att förstå, varför skiljedomen skulle vara av annan natur i förevarande fall än

ligheter än att förfara antingen i enlighet med omförmälda praxis i skadeståndsmål eller ock på sätt ovan under α) förmäles, d. v. s. att förklara målet vilande, när någon utredning i annat för målet under alla omständigheter relevant hänseende icke längre står att vinna genom fortsatt handläggning. Av dessa möjligheter torde den senare alltid stå öppen, även där domstol väl skulle kunna förfara i enlighet med berörda praxis i skadeståndsmål. Huruvida sistnämnda förfaringssätt skall tillgripas, när förutsättningarna därför äro för handen, är nämligen en praktisk lämplighetsfråga; några principiella skäl, som för vissa fall nödvändigt påkalla förfaringssättet, föreligga icke. Möjligheten att tillgripa detsamma, är emellertid beroende därav, att skiljeavtalet icke berör en förutsättning för anspråket. Avgörande blir sålunda skiljeavtalets tolkning[11], icke läggningen av det materiella försvaret i processen.

i det under α) avsedda fallet. Icke i någotdera fallet är skiljeförfarandets resultat, skiljedomen, självt en materiell förutsättning för anspråket, utan det är ett avgörande angående en sådan förutsättning (på samma sätt som en dom angående en prejudicialfråga).

11 Ett gott exempel erbjuder här rättsfallet i NJA 1905 s. 476. I arrendekontrakt hade föreskrivits, att arrendatorn O., därest han bröte mot kontraktet, vore skyldig att gottgöra jordägaren K. därigenom tillskyndad förlust, som skulle bestämmas av en på visst sätt sammansatt »kompromiss». Två justitieråd ansågo, att skiljeklausulen måste så förstås, att, därest K. ville mot O. föra talan därom, att O. brutit mot kontraktet och därigenom tillskyndat K. förlust, som borde av O. ersättas, denna talan i hela dess vidd skulle prövas av skiljemän. De två justitieråd åter, enligt vilkas vota HD:s dom avfattades, ansågo, att klausulen måste så förstås, att allenast uppskattningen av förlust, som K. tillskyndats genom O:s kontraktsbrott, skulle, därest kontraktsbrottet vore erkänt eller i behörig ordning befunnits styrkt, falla under skiljemännens behörighet. Fattar man skiljeavtalet på förstnämnda sätt, måste bifall till en i rättegång om utbekommande av skadeersättning framställd invändning om avtalet medföra, att målet i dess helhet avvisas utan prövning i sak. Fattar man åter avtalet så, som de båda senare justitieråden gjorde, medför bifall till samma användning, *antingen* att målet (såvitt annat ej följer av vad som yttrats under α) i texten) förklaras vilande i avbidan på skiljedomen, *eller* att domstolen, om den så prövar lämpligt, förfar i enlighet med omförmälda praxis i skadeståndsmål, d. v. s. vid bifall till kärandens talan fastställer skadeståndsskyldigheten med belopp, som gode män skola bestämma. Slutligen kan

Här liksom förut under α) hänvisas beträffande reglerna om själva invändningen till ett senare avsnitt i framställningen.

γ) Av den föregående framställningen torde framgå, att om genom samma avtal till skiljemän hänskjutas såväl en fråga om faktum såsom förutsättning för ett anspråk som en värderingsfråga, skiljeavtalets negativa verkan bör bestämmas på sätt här ovan under α) skett[12].

I ordningen kommer nu att uppmärksamma verkan av en invändning, att skiljemäns omdöme skall läggas till grund för målets avgörande, i den mån detta beror på innehållet av en erfarenhetssats — det är t. ex. fråga om vad som kräves för att en viss vara skall vara tjänlig för visst industriellt behov. Skiljemännens omdöme avser här erfarenhetssatsen i och för sig, låt vara med hänsyn till dess betydelse för ett konkret rättsförhållande, medan i de förut omtalade värderingsfallen omdömet kan sägas avse det resultat, vartill tillämpningen av en viss erfarenhetssats på vissa fakta leder. Är, såsom i detta arbete, ehuru med viss tvekan, uttalats, skiljeavtal av ifrågavarande slag tillåtligt, måste dess verkan i negativt hänseende visa sig därutinnan, att domstolen icke kan döma angående det instämda rättsförhållandet, förrän skiljedomen kommit till stånd. Vad ovan under α) yttrats, äger motsvarande tillämpning i förevarande fall.

---

man ock tänka sig den tolkningen, att gode männen hade icke att pröva skadeståndstalan i hela dess vidd men ej heller allenast att uppskatta erkänd eller styrkt skada utan att avgöra, huruvida och i vilken grad skada skett. (Denna tolkning förfäktades icke i målet, och jag yttrar mig givetvis icke om dess riktighet utan framhåller den endast såsom en under omständigheter möjlig tolkning utav ett skiljeavtal av ifrågavarande typ.) I dylikt fall bör gillande av invändning om skiljeavtalet ej kunna medföra annat än målets vilandeförklaring (för såvitt icke målet kan utredas i annat hänseende, utan att denna utredning vid en viss utgång av skiljedomen framstår såsom överflödig, en möjlighet, som knappast är tänkbar i förevarande fall).

12 Jfr *Berglund* III s. 140.

Närbesläktad med de senast avhandlade spörsmålen är frågan om verkan därav, att ett rättsförhållande, vars bedömande är av prejudicierande betydelse för avgörandet av en anhängig rättegång, skall avgöras av skiljemän (varom invändning i behörig ordning framställts). Det torde ligga närmast att tänka sig, att domstol i sådant fall har att förfara på samma sätt som då skiljeavtalet avser en fråga om faktum såsom förutsättning för ett anspråk. Domstolen skulle alltså förklara målet vilande i avbidan på tillkomsten av skiljedom angående prejudicialfrågan. Emellertid torde man vid närmare eftertanke lätt finna, att det ej kan vara riktigt att här uppställa en sådan generell regel. För det första vore ju vilandeförklaring fullkomligt meningslös i sådana fall, då skiljedomen skulle komma att sakna bindande verkan i rättegången. Detta gäller, åtminstone regelmässigt, då i brottmål, där talan om ansvar föres, frågan om svarandens skuld är beroende av fråga, som hänskjutits till skiljemän. I dylika fall har skiljeavtalet icke någon som helst verkan i den anhängiga rättegången[13]. Men även övriga fall, i vilka skiljeavtalet avser ett rättsförhållande, vars bedömande framstår såsom prejudicierande för bedömandet av ett annat rättsförhållande, ligga ibland något annorlunda till, än då skiljeavtalet avser fråga om faktum. I sistnämnda fall är det just det omstämda rättsförhållandet, som, i den mån dess bedömande är beroende av faktums existens eller icke-existens, skall avgöras av skiljemän. Det är där alldeles otänkbart, att om man verkligen vill tillerkänna giltighet åt skiljeavtal angående faktum, domstolen skulle kunna avgöra frågan om faktums existens. Skiljeavtalet har ju där icke betydelse för något annat än det omstämda rättsförhållandet. Rör åter skiljeavtalet ett rättsförhållande, vars bedömande är av prejudicierande betydelse för avgörandet av en rättegång angående ett annat rättsförhållande, skulle skiljeavtalet icke bliva bety-

13 Jfr NJA 1893 s. 98 (o. 1887 s. 455).

delselöst, även om domstolen ej toge hänsyn till detsamma just i den anhängiga rättegången. Visserligen skulle så bliva förhållandet, därest domens rättskraft omfattade jämväl den prejudiciella frågan, men i motsatt fall skulle skiljeavtalet, även om det icke beaktades i den ifrågavarande rättegången, ej bliva utan verkan. — Jag skall till en början utgå därifrån, att rättskraften icke omfattar prejudicialfrågan, för att sedan uppmärksamma, hur läget må gestalta sig i det eventuellt förefintliga motsatta fallet.

Det är ej säkert, att parterna, då de sluta skiljeavtal angående ett visst rättsförhållande, avse något mer, än att avtalet skall utesluta en process, som leder till ett rättskraftigt avgörande angående detta rättsförhållande. Parterna hava måhända icke alls haft i tankarna, att frågan om nämnda rättsförhållande skulle kunna få karaktären av en prejudicialfråga. Det kan därför knappast sägas, att vilandeförklaring i dylika fall alltid framstår såsom oundgängligen nödvändig, men det torde vara svårt att uppställa några allmängiltiga regler i ämnet. Framgår det av omständigheterna, att parterna avsett, att skiljeavtalet skall gälla den däri åsyftade frågan, även när densamma blott har karaktären av prejudicialfråga, synes hänsyn böra tagas till vad parterna sålunda åsyftat. I regel torde dock omständigheterna icke giva någon ledning för bedömande av parternas mening. Måhända kan man här våga presumera, att skiljeavtalet avser tvist angående rättsförhållandet oberoende därav, under vilka omständigheter ett avgörande rörande rättsförhållandet kan komma att träffas, men att denna ståndpunkt skulle vara den gällande svenska rättens, kan tydligen icke med bestämdhet påstås. I betraktande kommer även, att eftersom med skiljeavtalet åsyftas att undvika rättegång mellan parterna, intresset därav, att skiljeavtalet nödvändigt utgör processhinder, ter sig mindre, när rättegång mellan parterna i allt fall kommit till stånd. Slutligen kan man lägga huvudvikten vid en helt annan faktor än parternas vilja, nämligen vid hänsynen till vad som är pro-

cessuellt ändamålsenligt. Sålunda anser *Berglund*[14], som uppmärksammat ifrågavarande spörsmål för det speciella fall, att skiljeförfarande angående prejudicialfrågan redan pågår[15], att man kan anlägga den rent praktiska synen på saken, att man ej låter en mindre betydande fråga, varom skiljeavtal träffats, hindra ett avgörande angående en mera betydande fråga, varom rättegång pågår, en enligt min mening mycket beaktansvärd synpunkt. Såsom framhållits, torde man dock svårligen kunna bestämt uttala sig om den positiva rättens ståndpunkt utan får, i avbidan på ett ställningstagande i rättspraxis, nöja sig med framhållandet av vissa allmänna synpunkter.

Framställningen har hittills behandlat det förevarande spörsmålet från den utgångspunkten, att domstolens ställningstagande till prejudicialfrågan icke innefattade ett rättskraftigt avgörande av denna. Att rättskraften ej sträcker sig till en fråga av nämnda slag, är ju också en i svensk rätt allmänt erkänd regel. Från denna regel har emellertid påståtts föreligga det undantaget, »att om den prejudiciella frågan står i ett så oskiljaktigt sammanhang med kärandens anspråk, att den kan anses ingå i hans talan och i denna egenskap blivit av domstolen prövad, rättskraften sträcker sig jämväl till berörda fråga»[16]. Riktigheten härav kan enligt min mening icke betvivlas, men såsom *Agge*[17] med rätta framhållit, är detta

14 I s. 75.

15 Att *Berglunds* uttalanden inskränkts till detta fall, beror därpå, att Berglund behandlat frågan i anslutning till § 148 i tyska ZPO, ett lagrum, som i detta sammanhang kan förtjäna uppmärksamhet. Där stadgas: »Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehend oder Nichtsbestehend eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.» I tysk doktrin har uttalats, att detta stadgande vore tillämpligt även, när prejudicialfrågan vore föremål för prövning av skiljemän. Se *Kohler,* Beiträge s. 146[34]; *Stein-Jonas* § 148, I, 3.

16 Se *Wrede* II s. 236.

17 *Agge* s. 152 ff.

undantag blott skenbart, i ty att man i dylika fall strängt taget icke bör säga, att frågan är prejudiciell, eftersom den omfattas av kärandens talan och sålunda utgör processföremål[18]. Icke desto mindre kan man ju alltid uppställa frågan om den negativa verkan av ett skiljeavtal angående det rättsförhållande, av vilket anspråket härflyter. Om svaret på denna fråga kan icke gärna råda någon tvekan. Skiljeavtalet verkar negativt i den utsträckning, att målet i hela dess vidd måste avvisas utan prövning i sak. Att skilja mellan anspråket och det rättsförhållande, varav detta härrör, samt låta det senare rättsförhållandet bliva föremål för skiljeförfarande, medan målet i övrigt vilade, vore här uppenbarligen föga tillfredsställande.

Frågan om skiljeavtalets verkan i negativt hänseende för den ordinära civilprocessen inskränker sig ej till spörsmålet om avtalets betydelse med avseende å kärandens talan. Här gäller också att utreda skiljeavtalets inverkan med hänsyn till möjligheten att i rättegången begagna vissa försvarsmedel.

I nämnda hänseende kommer huvudsakligen i betraktande det fall, då tvist angående en av svaranden åberopad moträttighet skall avgöras av skiljemän. Det är härvidlag icke fråga därom, att moträttigheten göres gällande genstämningsvis. I sådant fall ligger det i öppen dag, att ett skiljeavtal, som avser tvist angående moträttigheten, utövar samma processhindrande verkan med hänsyn till genstämningstalan, som om rättigheten gjorts gällande i en fristående rättegång. Här är i stället fråga om det fall, att moträttigheten åberopas invändningsvis.

Det är tämligen vanskligt att säga, vilken inverkan på möjligheten att göra moträttigheten gällande i sistnämnda ordning, som den positiva rätten tillägger skiljeavtalet. Frågan

---

18 Skillnaden mellan *Agges* uppfattning och den förut relaterade (*Wrede*), synes mig ligga blott i terminologien. I sak torde *Wrede* och *Agge* mena ett och detsamma.

är icke besvarad i lag, och någon traditionell uppfattning har man ej heller att bygga på. Möjligen skulle någon däremot vilja åberopa rättspraxis till stöd för frågans besvarande i en viss riktning[19]. I praxis synes man nämligen numera hysa den uppfattningen, att ett skiljeavtal angående ett visst rättsförhållande betager part möjlighet att framställa kvittningsyrkande med genfordran, som påstås äga sin grund i detta rättsförhållande[20]. Då rättspraxis omfattar den meningen, att ett kvittningsyrkande är ett sätt, på vilket en genfordran göres gällande i processen[21], kunde det synas, som om man utan vidare ägde fastslå, att enligt praxis ett vederbörligen åberopat skiljeavtal utgjorde hinder för domstolen att upptaga påståendet om moträttigheten till bedömande. Emellertid toge man då icke vederbörlig hänsyn till den säregna beskaffenheten av det fall, då en genfordran göres gällande. Enligt den nämnda uppfattningen innebär nämligen kvittningsyr-

---

19 Jfr *Berglund* I s. 40 f.

20 Enligt min mening kan till stöd för påståendet i texten åberopas icke blott rättsfallet i SvJT 1917 s. 41 utan även rättsfallet i NJA 1919 s. 545. (Så ock *Berglund* I s. 41.) Ifråga om sistnämnda rättsfall kan det dock vara tvivel underkastat, huru man har att uppfatta svarandens invändning, att käranden erhållit gottgörelse för levererade varor genom leveranser, som svaranden gjort till käranden. Det kan vara vanskligt att säga, huruvida här föreligger ett kvittningsyrkande eller en invändning om betalning, låt vara med egenartade betalningsmedel. Skulle invändningen ha uppfattats på sistnämnda sätt — något som dock förefaller föga antagligt — kan ifrågavarande rättsfall icke åberopas till stöd för vad i texten anförts. — I ett äldre rättsfall, NJA 1898 s. 479, synes ha kommit till uttryck en annan uppfattning än i de nämnda rättsfallen. Jfr dock *Kallenberg* I s. 394[30].

21 Denna uppfattning måste ligga till grund för avgörandena uti rättsfallen i NJA 1917 s. 164 o. 1929 s. 71. Den kommer ock till synes i avfattningen av domar, som bifalla kvittningsyrkande: i dessa uttalas icke, att kärandens fordran till följd av skedd kvittning ej existerar, resp. endast delvis existerar (jfr däremot betalning) , utan först fastställes den instämda fordran, därefter den kvittningsgilla genfordran, varpå alltefter omständigheterna käromålet förklaras icke kunna bifallas eller svaranden förpliktas att utgiva omstämda beloppet efter avdrag av motfordran. (Det bortses här från förfaringssättet i speciella fall, t. ex. vid kvittning med fordran på grund av löpande skuldebrev.) Jfr nedan not 25.

kandet, att svaranden icke blott försvarar sig utan även går angreppsvis tillväga, i det han på samma gång yrkar ogillande av käromålet och fastställelse av sin egen fordran intill summa concurrens. I överensstämmelse härmed, tillägges också, på visst undantag när, avgörandet angående genfordran rättskraft intill nämnda summa[22]. Däremot anses i övriga fall en invändning om en svaranden tillkommande moträttighet, i litteraturen vanligen benämnd rättsfullföljande invändning, innebära, att moträttigheten göres gällande allenast till försvar. Av sagda omständigheter framgår, att man icke under hänvisning till praxis kan med säkerhet uppställa någon allmän regel, att skiljeavtal angående ett rättsförhållande hindrar domstol att ingå i prövning av rättsförhållandet, då detta åberopas blott till försvar. Praxis' ståndpunkt kan nämligen tänkas finna sin förklaring i uppfattningen om kvittningsyrkandet såsom ett processuellt angreppsmedel, ehuru det ej heller är uteslutet, att denna ståndpunkt är att fatta såsom ett uttryck för en mera vittgående princip, att moträttigheten ej kan komma under domstols prövning, ens när den allenast åberopas till försvar. Emellertid torde det förevarande spörsmålet knappast vara av praktisk betydelse annat än just i kvittningsfallen, och i fortsättningen skall jag därför här i texten uteslutande uppmärksamma dessa fall[23].

---

22 De i nästföregående not nämnda prejudikaten avse fall, då kvittningsyrkandet ogillats. I dylika fall inträder enligt praxis rättskraft intill summa concurrens, därest ogillandet beror därpå, att den åberopade genfordran underkänts. Grundas åter ogillandet enbart därpå, att någon kvittningsförutsättning (eller, om man så vill, *annan* kvittningsförutsättning) saknas, torde man vara ense om att rättskraft icke åkommer prövningen av genfordran. Det fall, då kvittningsyrkandet bifallits, har mig veterligt icke förelegat till bedömande i högsta instansen, men, såsom *Olivecrona,* i Festskrift, tillägnad Erik Marks von Würtemberg, 1931, s. 463[3], framhållit, torde man otvivelaktigt böra uppfatta rättspraxis så, att även i dylikt fall rättskraft inträder intill summa concurrens.

23 Vad beträffar övriga fall — man tänke sig det inom rättskraftsläran vanliga skolexemplet, att ett på äganderätt grundat anspråk på utbekommande av en sak mötes med invändning om en begränsad sakrätt — torde det ligga det praktiska livet fjärran, att invändning om moträttigheten mötes med en

Den uppfattning om kvittningsyrkandets innebörd, som kommit till uttryck i rättspraxis, är icke allenarådande. Vid sidan av densamma ha inom svensk doktrin yppats meningar, som gå i helt annan riktning. Jag har här endast anledning att dröja vid den åsikt, som utvecklats av *Kallenberg* och

---

replik om skiljeavtal. Då syftet med denna framställning dock kräver ett visst beaktande även av de rent teoretiska frågor, som anknyta sig till skiljeavtalet, skall med några ord beröras även de ifrågavarande fallen. Enligt en mycket utbredd uppfattning utgör domstolens uttalande om moträttigheten blott ett domskäl och innefattar såsom sådant icke ett rättskraftigt avgörande angående denna rättighet (se t. ex. *Wrede* II s. 237; *Schmidt* s. 753; *Hellwig,* System I s. 791 f.; *Stein-Jonas* § 322 V, 2, b); *Rosenberg* s. 494 ff.; *Pollak* II s. 537 f). Mot denna lära har emellertid med rätta anmärkts, att om domstolen med underkännande av moträttigheten bifaller kärandens talan, det av processen vunna resultatet ej får bringas om intet därigenom, att den förmente innehavaren av moträttigheten gör denna gällande i en ny process (jfr *Wach,* Vorträge s. 137 ff.; *Rabenius* i SvJT 1918 s. 189 f.; *Agge* s. 173 ff.). Rättskraft måste alltså tillkomma avgörandet angående moträttigheten i den mån så erfordras för att denna rättighet icke må stå i vägen för den rätt, som i den första processen tillerkänts käranden. Med denna regel är det tydligt, att en replik om skiljeavtal angående moträttigheten ej kan medföra, att domstolen under upptagande av kärandens talan förklarar sig icke kunna pröva påståendet om moträttigheten. Vunne käranden — och det kan ju tänkas, att han vinner, just emedan moträttigheten icke kunnat göras gällande i processen — bleve följden, att svaranden förlorade möjligheten att över huvud taget åberopa moträttigheten, och detta trots att densamma ej blivit prövad. Ett sådant resultat vore orimligt. Ej heller kan det tänkas, att målet i sin helhet förklaras skola avgöras av skiljemän. Visserligen kan det sägas, att kärandens talan innefattar ett förnekande av moträttigheten, men den utgör dock å ena sidan något mer än en negativ fastställelsetalan angående denna rätt och innebär å andra sidan negation av moträttigheten endast i den mån densamma utgör hinder för kärandens anspråk. Käromålet innefattar alltså icke någon negativ fastställelsetalan angående moträttigheten. Även andra skäl förbjuda, att repliken om skiljeavtalet tillägges den senast ifrågasatta verkan, men det torde vara överflödigt att vidare dröja vid den uppenbart orimliga tanken om en sådan verkan av repliken. Endast två alternativ äro tänkbara, nämligen 1:o) att repliken om skiljeavtalet lämnas utan avseende, och 2:o) att målet förklaras vilande i avbidan på skiljedom angående moträttigheten. Av dessa anser jag det senare alternativet vara det teoretiskt riktiga. Part är ej skyldig att beträffande moträttigheten underkasta sig något annat avgörande än det, som gives av skiljemän.

Rabenius[24]. Enligt deras mening innebär ett påfordrande av kvittning en ensidig materiellträttslig rättshandling, som upphäver de båda mot varandra stående fordringarna, i den mån dessa täcka varandra. Om en dylik förklaring, varigenom kvittning skett, ägt rum utan rättegång, har en sedermera i process framställd invändning om den skedda kvittningen karaktären av en sakinvändning (i inskränkt mening), jämställd med en invändning om betalning. Annorlunda har man enligt samma författare ej att bedöma det fall, då kvittning påfordras i rättegång. Kvittningsframställningen innefattar två skilda element, nämligen dels ett materiellträttsligt: en förklaring, att parten kvittar, dels ock ett processuellt: ett åberopande i processen av den genom sagda förklaring skedda kvittningen. Emellertid inträder den verkan av förklaringen, som karakteriseras därmed, att kvittning sker, endast under vissa förutsättningar, bland vilka ingå genfordringens existens vid det tillfälle, kvittningsförklaringen framställdes. Då nu domstolen för att kunna döma angående det instämda anspråket måste taga ståndpunkt till frågan, om kvittning skett eller ej, kommer domstolen således att pröva, huruvida

---

24 Se *Kallenberg* i SvJT 1916 s. 129 ff. o. 209 ff.; *Rabenius* i samma tidskrift 1918 s. 113 ff. o. 177 ff.; *Kallenberg* Rättsmedlen s. 190 ff. (särskilt not 8) samt spridda ställen i Sv. civilprocessrätt.

En tredje ståndpunkt intager *Olivecrona* i Festskrift, tillägnad Erik Marks von Würtemberg, 1931, s. 462 ff. Olivecrona ansluter sig till den i texten omnämnda angreppsteorien men förnekar — enligt min mening med rätta — att den likhet, som enligt sagda teori föreligger emellan kärandens talan och kvittningsyrkandet skulle motivera att avgörandet angående genfordringsanspråket tillerkändes rättskraft. »Analogien», säger Olivecrona (s. 465), »visar nämligen icke i och för sig att de praktiska skäl, som kräva att domen angående kärandens yrkanden vinner rättskraft, också föranleda, att detsamma måste gälla om avgörandet angående genfordringsanspråket.» Olivecrona kommer på grund av praktiska synpunkter till det resultatet, att rättskraft bör inträda pro summa concurrente, när kvittningsinvändning bifalles, medan däremot rättskraft icke bör inträda, när invändningen ogillas. — Att man med utgångspunkt från Olivecronas uppfattning har att tillägga skiljeavtalet processhindrande verkan med avseende å prövningen av genfordringen, synes mig otvivelaktigt.

genfordran existerat. Genfordran är emellertid icke självständigt processföremål; frågan om dess existens prövas endast på grund av sin betydelse för avgörandet angående huvudfordringen och har blott karaktären av domskäl för sistnämnda avgörande. Domstolens uttalande angående genfordran vinner därför icke rättskraft.

Här är ej platsen att ingående dryfta de synpunkter, som anförts eller kunna anföras till stöd för den ena eller den andra uppfattningen om kvittningsyrkande i rättegång[25]. Så omstritt, som detta ämne är, finner jag riktigast att vid behandlingen av frågan om skiljeavtalets verkan taga hänsyn till båda uppfattningarna, vadan sålunda återstår att här betrakta sagda fråga med utgångspunkt från Kallenbergs och Rabenii ståndpunkt. Det kan ifrågasättas, om man icke från den utgångspunkten, att svaranden processuellt sett ej åberopar genfordringen utan i stället den omständigheten, att huvudfordringen helt eller delvis upphört att existera, bör komma därhän, att domstolen har att taga hänsyn till kvittningsinvändningen trots förefintligheten av skiljeavtalet[26].

25 Jag för min del är icke någon anhängare av *Kallenbergs* och *Rabenii* konstruktion. Att tidpunkten för påfordrande av kvittning tillagts avgörande betydelse för ränteberäkningen, anser jag ej nödvändiggöra konstruktionen. Jfr den omständigheten, att oaktat sagda tidpunkt anses avgörande i nämnda hänseende, dom, som bifallit kvittningsyrkande, avfattas på sätt i not 21 omtalas. Se t. ex. NJA 1923 s. 494, 1926 s. 353, 1928, s. 554. Att stadgandena i UL §§ 29 och 30 utgöra uttryck för en annan uppfattning än den av nämnda författare hävdade, utgör visserligen ej något avgörande argument emot den sagda konstruktionen, så länge det är outrett, om dessa stadganden avse något för lagsökningsförfarandet säreget eller äro att betrakta såsom uttryck för en allmän princip i svensk rätt, men det synes mig, som om den, som vill göra gällande det förra, hade att påvisa, vilka särskilda intressen som skulle kräva dylika specialregler för lagsökningsförfarandet, en bevisning, som mig veterligt icke blivit förebragt. Att jag oaktat det här anförda icke anser det ifrågakomna rättskraftsspörsmålet böra besvaras på sätt som skett i 1917 och 1929 års berörda rättsfall, har förut antytts (jfr ovan not 24). I det stycket ansluter jag mig till *Olivecrona*.

26 Att domstolen har att så förfara anser *Rosenberg* s. 322 såsom en given konsekvens av bestämmelserna i BGB §§ 388 och 389 (om vilkas innehåll se *Kallenberg* i SvJT 1916 s. 139[2]), alltså såsom en konsekvens av en ståndpunkt,

Frågan kunde vara värd ett allvarligt övervägande — varvid naturligen praktiska ändamålssynpunkter vore att tillmäta betydelse framför rent teoretiska spekulationer — men på grund av en särskild omständighet blir det överflödigt att här gå närmare in på spörsmålet. Förhållandet är nämligen det, att prövningen av genfordringens existens i visst fall även med Kallenbergs och Rabenii utgångspunkt måste anses taga åt sig rättskraft, och därmed är problemet löst. I realiteten torde man nämligen icke kunna förneka, att sagda prövning utgör ett rättskraftigt avgörande angående genfordran för det fall, att kvittningsinvändningen gillas. I sådant fall innefattar domen, enligt vad Kallenberg själv framhåller[27], »en fastställelse av att fordringarna genom kvittning upphävts». Att kvittning verkligen skett, kan alltså, såsom också *Olivecrona* mycket riktigt påpekat[28], icke bliva föremål för prövning i ny rättegång. Det relevanta i en sådan rättegång blir icke, att kvittningsförklaring förut avgivits, utan att enligt domen i den första processen kvittning skett[29]. Om nu i visst fall alltid inträder en rättskraftsverkan, som berör genfordringen, måste detta vara tillräckligt för att det åberopade skiljeavtalet skall utgöra hinder för domstolen att ingå i prövning av genfordran. Domstolen kan nämligen icke från början veta, i vilken riktning prövningen kan komma att utfalla.

---

vilken *i det här relevanta hänseendet* är att jämställa med den av Kallenberg och Rabenius intagna. Däremot anser *Kallenberg,* I s. 394, att domstolen ej mot andra partens bestridande kan upptaga kvittningsyrkandet. Jfr *Hellwig,* Lehrbuch III s. 217 f. och System I s. 44[4].

27 Rättsmedlen s. 191 noten.

28 Anf. uppsats s. 483. Jfr, förutom *Kallenbergs* i texten citerade yttrande, *Rabenius,* a. a. s. 188: »Att kvittning skett, framgår med ofrånkomlig evidens ur den första processens förhandlingar, och dess giltighet kan icke sättas i fråga på samma sätt som ett faktum vilket som helst, som av domstolen prövats och bejakats». Det är anmärkningsvärt, att Rabenius, såsom av yttrandets fortsättning framgår, icke vill erkänna, att här föreligger rättskraft. — Kallenbergs omförmälda yttrande synes mig stå i direkt strid med hans uttalanden angående rättskraften.

29 *Olivecrona,* ibid. Mot honom föga övertygande *Agge* s. 180.

Och kunde domstolen mot parts bestridande träffa ett rättskraftigt avgörande angående genfordringen, bleve skiljeavtalet satt ur funktion.

Såsom framgår av det sagda, gäller oavsett huru man uppfattar den processuella karaktären av en s. k. »kvittningsinvändning», att ett åberopat skiljeavtal angående genfordringen, hindrar domstol att upptaga kvittningsinvändningen till prövning. Från denna regel torde emellertid böra göras undantag för det fall, att genfordran är preskriberad. Gäldenären äger under vissa förutsättningar lagstadgad möjlighet att genom kvittning ernå gottgörelse för sådan fordran (se preskriptionsförordn. § 7), men denna möjlighet skulle betagas honom, om kvittningsinvändningen ej upptoges till prövning. Kvittningsvägen är den enda möjlighet, som står gäldenären öppen, och han bör icke hänvisas till att göra fordringen gällande i en ordning, som ej står honom till buds.

I samtliga de fall, med hänsyn till vilka frågan om skiljeavtalets negativa rättsverkan här dryftats, har framställningen utgått från den inom rättslivet normala situationen, att i processen åberopats ett redan före densamma existerande skiljeavtal. Emellertid kan, såsom förut framhållits, skiljeavtal träffas också angående fråga, varom rättegång redan pågår. Att ett sådant skiljeavtal icke utövar någon negativ rättsverkan i processen, har förut utvecklats.

b) *Om förutsättningen för inträdet av den negativa rättsverkan.*

Man är ense därom, att något intresse ej finnes, som påfordrar beaktande av ett skiljeavtal, när någon av parterna icke åberopar avtalet. För att skiljeavtal skall utöva processhindrande verkan, anser man därför erforderligt, att part

framställer invändning om detsamma[30]. Då en sådan invändning går ut på att domstolen icke skall upptaga den av skiljeavtalet berörda frågan till prövning, är invändningen att hänföra till den grupp av invändningar, som i rubriken till 16 kap. RB betecknas såsom »invändningar i rättegång» och som inom litteraturen jämväl benämnes processuella invändningar (i motsats till sakinvändningar). Det har emellertid inom doktrinen yppats tvekan därom, huruvida denna rubricering passar för alla hithörande fall, och även om detta skulle vara förhållandet, lämnas ej genom den sagda rubriceringen ett svar på alla spörsmål om invändningens art och processuella behandling. Ett närmare ingående på ämnet är därför erforderligt, varvid lämpligen bör skiljas emellan olika fall, som det redan från början förefaller naturligt att behandla vart för sig.

α) Det normala fallet är tydligen det, att svaranden framställer invändning, att enligt avtal kärandens talan i sin helhet skall prövas av skiljemän. Invändningens egenskap av processuell invändning kan i dylikt fall icke gärna sättas ifråga, men det har yppats olika meningar därom, huruvida bestämmelserna i RB 16:2—4 äro tillämpliga på invändningen[31]. RB 16:2 har nämligen erhållit en avfattning, som lämnar rum

[30] I ett rättsfall, NJA 1886 s. 524, har visserligen hovrätten, vars dom fastställdes av HD, ex officio beaktat skiljeavtal, men senare praxis har genomgående intagit en annan ståndpunkt.

Endast för det speciella fall, att svaranden uteblivit, har inom litteraturen *Wrede,* I s. 316[7], uttalat den uppfattningen, att domstolen visserligen icke vore skyldig att efterforska, huruvida skiljeavtal ingåtts, men hade att, därest förhandenvaron av sådant avtal framginge av omständigheterna, ex officio avvisa målet. Denna åsikt anser *Kallenberg,* I s. 1183[64], åtminstone enligt svensk rätt, tvivelaktig. Kallenberg är snarare böjd för att anse nödvändigt, att skiljeavtalet städse måste invändningsvis åberopas. För min del ansluter jag mig i denna punkt till Kallenberg. Jfr den närbesläktade invändningen om forum ävensom RB 11:32 och 12:3.

[31] Se *Kallenberg,* 1901 års lag s. 27 ff.; *Trygger,* 1901 års lag s. 45 f. (jfr däremot *samme förf.* i TfR 1895 s. 244 f.); *Berglund* I s. 77 ff. Senare uttalanden i *Kallenberg* I s. 461 f., II s. 389 f. och *Berglund* III s. 138 ff. Jfr slutligen *Engströmer* I s. 25.

för tvekan, huru lagen bör förstås. Det heter där: »Menar svaranden vid underrätt, att rätten ej är behörig att målet upptaga etc.» Detta uttryckssätt är mångtydigt. Ur språklig synpunkt torde man ej göra sig skyldig till någon oegentlighet, om man säger, att en domstol icke är behörig att upptaga ett mål, som redan avgjorts eller som är anhängigt vid annan rätt o. s. v.[32]. Att man icke får tolka ordet »behörig» på ett sätt, som gåve lagrummet en så vid omfattning, är dock säkert. Förarbetena till 1901 års lag om ändring i vissa delar av rättegångsbalken giva klart vid handen, att lagrummets räckvidd är betydligt mer begränsad[33] — en sådan begränsning framstår också av sakliga skäl såsom befogad — men huruvida begränsningen sträcker sig så långt, att endast exceptio fori faller in under lagrummet, eller detsamma omfattar jämväl invändning om skiljeavtal, därom lämna olika uttalanden i förarbetena motsägande uppgifter[34]. Det största

[32] I praxis synes hava satts ifråga, om icke RB 16:2—4 vore tillämpliga på invändning om litispendens. Se NJA 1923 s. 194: Mot underrätts beslut över invändning, som till sin sakliga beskaffenhet otvivelaktigt utgjorde en invändning om lis pendens, fullföljde svaranden efter missnöjesanmälan särskild talan. Medan en ledamot i hovrätten ansåg underrättens beslut icke vara av den beskaffenhet, att särskild talan finge föras mot beslutet, upptogo hovrättens övriga ledamöter besvären till saklig prövning. Majoriteten ansåg (enligt min mening för övrigt med orätt), att litispendens förelåg, och dess ståndpunkt synes därför knappast kunna förklaras på annat sätt, än att invändning om lis pendens ansetts vara en invändning mot domstols »behörighet att upptaga målet». HD avvisade en sådan tolkning, i det den förklarade, att hovrätten icke bort emot stadgandet i 16 kap. 8 § RB upptaga besvären till prövning.

[33] Se NJA II 1901 nr 5:1 s. 28 ff. — För övrigt framgår lagrummets begränsning redan därav, att anförande av jäv emot domare icke faller in under detsamma; en domstol, som bland sina ledamöter inrymmer en jävig domare, kunde ju eljest ur en viss synpunkt sägas ej vara behörig att upptaga målet. — Jfr ock det i not 32 omnämnda rättsfallet.

[34] Se å ena sidan Nya LB:s Förslag till lag ang. vissa invändningar i rättegång vid allmän underrätt etc., 1893, motiven s. 12, 19 f., ävensom just.-rådet *Peterssons* uttalande vid det slutliga lagförslagets granskning inom HD (NJA II 1901 nr 5:1 s. 34 ff., särskilt s. 35 nedtill) — jfr ock *Kallenberg*, a. st. — å andra sidan dep.-chefens uttalande i motiven till den Kungl. prop. (NJA s. 33).

avseendet synes emellertid böra fästas vid ett uttalande i den Kungl. proposition, som utgjorde den närmaste grundvalen för lagen[35]. I detta uttalande hette det, att invändningen om domstolens behörighet vore enligt förslaget processhindrande, evad den — såsom den äldre bestämmelsen i 16:1 syntes avse — ginge ut därpå, att målet tillhörde annan domstol, eller innebure, att målet över huvud ej skulle av domstol upptagas. I rättspraxis har man också deciderat gått in för en sådan tolkning av lagrummet[36]. Automatiskt måste därmed jämväl RB 16:3 och 4 bliva tillämpliga på invändningen om skiljeavtal[37]. Nämnda praxis har vunnit en sådan stadga och allmän utbredning, att en omsvängning torde få anses fullkomligt utesluten, och man kan sålunda med skäl ifrågasätta, om icke praxis' ståndpunkt alldeles oberoende därav, om den ursprungligen varit riktig eller ej, numera under alla omständigheter måste anses såsom den gällande rättens.

β) Går svarandens invändning om skiljeavtalet ut därpå, att den instämda talan allenast i visst avseende hör under skiljemäns bedömande, kan det möjligen råda tvekan om invändningens rättsliga beskaffenhet. Sådan tvekan synes visserligen knappast kunna uppstå för det fall, att invändningen avser, att från domstolens prövning skall undandragas viss del av målet i, om jag så får uttrycka mig, kvantitativt

---

35 Se not 34. Jfr *Trygger,* 1901 års lag s. 45 f.

36 Se rättsfall i NJA 1908 s. 482, 1910 s. 509, 1920 s. 375 och 1929 s. 73. *Berglund,* I s. 78, synes mig väsentligen misskänna den väg, på vilken praxis gått fram. Berglund säger, att de lege ferenda intet vore att anmärka mot praxis' ståndpunkt men att det vore tveksamt, huruvida praxis ägde befogenhet att på egen hand likställa en invändning om skiljeavtal med en invändning enligt RB 16:2. Emellertid tager man säkerligen fel, om man anser, att praxis »likställer» en invändning om skiljeavtal med en invändning enligt 16:2. Det är icke fråga om någon analogi, utan en invändning om skiljeavtal faller enligt praxis omedelbart under nämnda lagrum. Vad som skett, är endast, att praxis deciderat gått in för den ena av två tänkbara tolkningar utav 16:2.

37 Uti rättsfallet i NJA 1920 s. 375 har RB 16:3 uttryckligen förklarats tillämpligt.

hänseende — invändningen avser t. ex. endast vissa poster i en till grund för käromålet åberopad kontokurant. I dylikt fall lär icke finnas någon anledning att uppfatta invändningen annorlunda, än ovan under *a*) omtalats. Men om invändningen går ut därpå, att viss fråga på grund av sin sakliga beskaffenhet skall enligt avtal prövas av skiljemän, är invändningens rubricering icke lika otvivelaktig. Det är här tänkbart, att någon skulle vilja uppfatta invändningen såsom en materiell invändning[38]. För min del är jag dock övertygad därom, att ett svarandens åberopande av skiljeavtalet i samtliga fall är att uppfatta såsom en processuell invändning. Skiljemännen ha icke till uppgift att materiellträttsligt reglera ett rättsförhållande utan att uttala sig om vissa påståenden. Att skiljedomen sålunda är av deklarativ natur, lider ingen inskränkning för det fall, att skiljemännens uttalande begränsats till att.exempelvis avse ett (påstått) faktum såsom förutsättning för ett anspråk. Skiljedomen blir ingalunda i dylikt fall själv en förutsättning för anspråket, utan den utgör blott ett bindande avgörande angående en sådan förutsättning, ett avgörande, som det vederbörligen åberopade skiljeavtalet betager domstolen befogenhet att själv träffa[39].

Vad som däremot i de senast ifrågakomna fallen synes svårare att besvara, är frågan, om invändningen i dylika fall skall falla in under bestämmelserna i RB 16:2—4. Att man icke haft sådana fall i tankarna, då dessa bestämmelser uppställdes, synes ytterst sannolikt. Gör man frågan till föremål för överväganden av mera allmän art, torde man ock finna, att det processuella intresset därav, att redan vid rättegångens början blir klarlagt, vad domstolen är behörig att handlägga och avgöra, framträder med större styrka, när det är fråga om behörigheten att över huvud taget upptaga målet, än när det allenast gäller att avgöra, om domstolen är behörig att

38 Såsom ovan (s. 150 f.) omnämnts, har *Berglund* för visst fall ansett frågan om invändningens natur tvivelaktig.

39 Jfr ovan s. 150[10].

upptaga viss i målet relevant fråga. I det förra fallet framstår ju i händelse av bifall till invändningen all handläggning angående huvudsaken såsom ett onödigt slöseri med domstolens tid och krafter och såsom åtgärder, vilka ej heller uppbäras av något legitimt partsintresse, medan i det senare fallet målet kanske rentav med fördel kan handläggas i andra avseenden, än i vad rör den skiljemän underkastade frågan. Å andra sidan lär det knappast finnas något beaktansvärt intresse för part, som vill göra skiljeavtalet gällande, att underlåta åberopa avtalet inom den i RB 16:2 stadgade tid. Här kommer emellertid i betraktande en omständighet, som enligt min mening måste tillerkännas en icke ringa betydelse för spörsmålets besvarande. Medan det i regel ej kan vara förenat med svårighet för part att inom sagda tid framställa invändning, som avser prövning av den instämda talan i dess helhet, kan däremot möjligen inträffa, att i det andra här avsedda fallet hinder mot invändningens framställande inom samma tid möter i den omständigheten, att den skiljemän underkastade fråga, som är av betydelse för målets avgörande, föres på tal först under ett senare stadium av rättegången. Skulle denna omständighet vara att räkna med i större utsträckning, förelåge ett alldeles avgörande skäl för att icke anse de nämnda lagrummen tillämpliga på invändningen om skiljeavtalet i de ifrågavarande fallen. Detta torde emellertid ej vara förhållandet, men man kan därför icke lämna den ifrågakomna omständigheten ur räkningen. Allt som allt synas mig beaktansvärda skäl tala för att icke anse bestämmelserna i RB 16:2—4 tillämpliga på invändning, att den instämda talan allenast i visst sakligt avseende skall avgöras av skiljemän[40].

Detta resultat äger tillämplighet jämväl för det fall, att invändningen om skiljeavtalet avser ett rättsförhållande av prejudicierande betydelse för målets avgörande — förutsatt att

---

40 Annorlunda *Berglund* III s. 138 ff.

ett sådant fall är för handen, att skiljeavtalet, enligt vad förut utvecklats, över huvud taget skall tillerkännas verkan i processen.

γ) Göres skiljeavtalet gällande medelst replik, varigenom käranden vill avvärja prövning av en av svaranden åberopad moträttighet, är det alldeles otvivelaktigt, att RB 16:2—4 icke finna tillämpning på repliken[41]. Skulle man i överensstämmelse med en ovan (s. 159 ff.) omtalad uppfattning icke såsom ett åberopande av moträttighet vilja anse det fall, att svaranden yrkar kvittning, gäller i allt fall, eller kanske rättare a fortiori, att kärandens åberopande av skiljeavtalet till försvar mot kvittningsyrkandet icke är att betrakta såsom en invändning, som faller under sagda lagbestämmelser.

Till framställningen om invändningen angående skiljeavtalet må fogas ytterligare några anmärkningar.

Det torde vara överflödigt att här närmare redogöra för den processuella behandling, som kommer invändningen om skiljeavtalet till del, i den mån den faller under bestämmelserna i RB 16:2—4. Endast i ett fall torde här kunna uppstå någon tvekan om den rätta processuella behandlingen av invändningen. Det är det fall, att enligt invändningen den instämda talan kvantitativt sett delvis faller under skiljemäns bedömande — såsom exempel härpå har ovan anförts, att enligt svarandens påstående allenast vissa poster i en till grund för käromålet åberopad kontokurant höra under skiljemäns bedömande. Bifalles invändningen, har detta, såsom framhållits, den verkan, att käromålet avvisas i den del, det beröres av invändningen. Men om invändningen ogillas, uppstår frågan, huruvida de i 16:4 givna reglerna skola tillämpas med avseende å hela målet eller blott beträffande den del av detsamma, som invändningen avser. På denna fråga synes knappast kunna givas något enhetligt svar. Om icke domstolen

41 Ang. detta fall hanvisas till *Berglund* I s 80 f. Jfr ock rattsfall i SvJT 1917 s 41.

samma dag kan meddela slutligt yttrande eller döma till värjemålsed, torde den ej av förbudet mot deldom vara förhindrad att sedermera döma i den av invändningen ej berörda delen av målet. Kärandens talan torde nämligen i förevarande fall icke få anses innefatta begäran om rättsskydd för ett ur kontokurantförhållandet härflytande enhetligt anspråk, utan läget är fastmera det, att käranden gör gällande ett flertal kumulerade anspråk. Eljest skulle man icke gärna kunna tänka sig, att sakens avgörande kunde över huvud taget fördelas mellan domstol och skiljemän. Emellertid torde i tvistemål — och endast för dessa är spörsmålet av betydelse — hänsynen till käranden föranleda, att domstolen icke bör mot dennes bestridande fortsätta handläggningen av målet eller döma däri. Käranden kan nämligen hava skälig orsak att i avbidan på utgången av incidensfrågan få målet vilande i dess helhet. Det synes stå i bästa samklang med lagrummets anda att tillägga honom bestämmanderätt även beträffande den del av målet, som ej omfattas av invändningen.

I den mån invändningen om skiljeavtalet icke faller in under bestämmelserna i RB 16:2—4, blir tydligen att på invändningen tillämpa stadgandet i 7 § samma kap., att underrätten har att giva särskilt beslut över invändningen, där dess beskaffenhet sådant fordrar. Då avgörandet i förevarande fall alltid avser, huruvida till handläggning och prövning skall upptagas den fråga, som påstås vara föremål för skiljeavtal, synes invändningens beskaffenhet alltid kräva, att domstolen meddelar särskilt beslut över invändningen[42]. Mycken onödig processföring kan ju därigenom i många fall undvikas. Det kan emellertid ifrågasättas, om icke från den nämnda regeln borde göras undantag vid det ovan (s. 150 ff.) omtalade värderingsfallet, vid vilket skiljeavtalet förklarades kunna vinna beaktande på det sätt, att i det slutliga utslaget fastställdes förhandenvaron av ersättningsskyldighet med

[42] Så *Berglund* I s. 79.

belopp, vars bestämmande överlämnades åt skiljemän. Även i detta fall synes dock invändningens beskaffenhet fordra särskilt beslut. Det är uppenbarligen för parterna av största vikt att få klarlagt, huruvida (för att här taga normalfallet, skadeståndstalan) någon utredning angående skadans storlek behöver förebringas eller ej. Ett beslut, vari invändningen gillas, kan ju här mycket väl givas det innehåll, att ersättningsbeloppet, i händelse av bifall till skadeståndstalan, skall bestämmas av gode män.

Ogillas i särskilt beslut invändningen om skiljeavtalet i fall, då RB 16:2—4 ej äro tillämpliga, kan beslutet, jämlikt 8 § samma kap., icke särskilt överklagas. Först sedan underrätten meddelat slutligt utslag i målet, kan part i sammanhang med fullföljd av talan i huvudsaken draga beslutet om domstolens behörighet att upptaga den särskilda frågan under hovrättens prövning (RB 25:7 1 st.)[43]. Efter orden synes beslutet ock kunna i den ordning, som i RB 25:7 2 st. stadgas, underkastas hovrättens prövning, men frågan är dock icke alldeles otvivelaktig. — Vinner i här avsedda fall invändningen om skiljeavtalet bifall, gäller i och för sig om möjligheten att överklaga beslutet detsamma som för det fall, att invändningen ogillats. Emellertid kommer, såsom förut utvecklats, bifall till invändningen ofta att medföra, att målet förklaras vilande i avbidan på skiljedomen. Äger vilandeförklaring rum, torde beslutet kunna särskilt överklagas på grund av bestämmelsen i RB 16:11, som tillåter särskild talan mot underrätts beslut, varigenom målet »onödigt» uppehålles. Ett mål måste anses onödigt uppehållet, om det uppehålles utan laga skäl, och sådana föreligga ej, om invändningen icke bör bifallas.

Berglund har till behandling upptagit spörsmålet, om domstolens beslut i invändningsfrågan innefattar ett rättskraftigt

43 Att beslutet över invändningen skulle kunna dragas inför högre rätt i samband med klagan över beslut, varigenom blivit dömt till värjemålsed (se RB 25:7), är ett knappast tänkbart fall.

avgörande angående skiljeavtalets giltighet[44]. Med rätta besvarar Berglund spörsmålet nekande. Jag kan i förevarande fråga inskränka mig till att hänvisa till Berglunds framställning.

Då i det föregående bl. a. dryftats, dels huruvida invändningen om skiljeavtalet alltid utgjorde en processuell invändning, dels ock (vid bejakandet av denna fråga) om invändningen fölle under bestämmelserna i RB 16:2—4 eller ej, har därigenom avsiktligt skjutits i förgrunden de frågor, till vilka anknyter sig ett mera praktiskt intresse. Däremot synes det mig efter den gjorda utredningen vara ett utslutande terminologiskt spörsmål, huruvida man har att under alla förhållanden karakterisera invändningen såsom en processinvändning, i detta ords vedertagna betydelse, eller ej. Detta spörsmål må såsom varande av mycket oväsentlig betydelse här lämnas därhän[45].

---

44 *Berglund* I s. 81 f.

45 Till motivering för det i texten anförda äro några anmärkningar på sin plats.

Ordet processinvändning har av ledande författare inom svensk-finsk processrättslig doktrin, nämligen *Kallenberg* och *Wrede,* på grund av beaktansvärda dogmhistoriska motiv brukats såsom beteckning för en invändning, varigenom bristen på en processförutsättning göres gällande. Såsom processförutsättning har därvid, likaledes av dogmhistoriska motiv, betecknats en förutsättning för ett giltigt processuellt förfarande rörande huvudsaken (se *Wrede* I s. 299 f.; *Kallenberg,* 1901 års lag s. 15; jfr ock *Granfelt,* Den mat. processledningen s. 10 f. samt *Hassler* i SvJT 1929 s. 546 f.). I senare framställning (se särskilt Sv. civilprocessrätt I s. 1158 ff.) har *Kallenberg* förtydligat denna definition, i det att såsom processförutsättningar betecknas »förutsättningar för att den domstol, vid hvilken målet gjorts anhängigt, skall på den ågångna stämningen upptaga hufvudsaken till handläggning och pröfning». Kallenberg vill nämligen numera (annorlunda i föreläsningarna över 1901 års lag) använda termen processförutsättningar endast såsom beteckning för »sådana omständigheter, som ha väsentligen samma rättsliga verkan, nämligen den, att, då förutsättningen saknas, domstolen bör förklara sig icke kunna ingå i pröfning af hufvudsaken», d. v. s. »med förklaring, att sådan pröfning ej kan ega rum, skilja målet ifrån sig» (jfr dock Sv. civilprocessrätt II s. 440 f. samt *Hassler,* a. st.). Sådana omständigheter som t. ex. domförhet och domarhabilitet vill Kallenberg alltså ej längre hänföra till processförutsättningarna. *Wrede,* I s 304 f., intager en motsatt ståndpunkt.

2) Den negativa rättsverkan utanför den ordinära civilprocessen.

Om ett förfarande inför myndighet skall kunna i det särskilda fallet ersättas av ett skiljeförfarande, måste det tydligen fullfölja syften, som äro väsentligen likartade med skiljeförfarandets. Det måste gå ut på att få till stånd ett avgörande i en fråga av tvistemåls beskaffenhet, varom förlikning kan träffas, eller angående en fråga om ersättning för skada på grund av brott. Ett skiljeförfarande kan sålunda icke träda i stället för myndighets förvaltningsåtgärd[46], för handläggning

---

Den motsättning med hänsyn till bestämmandet av begreppet processförutsättning, som sålunda föreligger mellan Kallenberg och Wrede, synes mig ägnad att klart belysa karaktären av det spörsmål, som omnämnes här ovan i texten. Mellan de båda författarne råder icke någon meningsskiljaktighet angående verkan därav, att brist föreligger beträffande domförheten eller domarhabiliteten. Meningsskiljaktigheten avser endast frågan, huruvida domförheten och domarhabiliteten skola hänföras till processförutsättningarna, eller m. a. o. huru begreppet processförutsättning skall bestämmas. Detta är emellertid endast ett rent terminologiskt spörsmål. (Jag har härmed icke velat säga, att terminologien är något likgiltigt.) På samma sätt förhåller det sig med frågan, huruvida frånvaron av skiljeavtal utgör en negativ processförutsättning — vissa författare, bland andra *Frey* s. 32 ff., tala i stället om processhinder — och invändningen om skiljeavtalet förty en processinvändning. Frågan om skiljeavtalets negativa verkan har förut utretts. De juridiskt betydelsefulla spörsmålen ha alltså redan besvarats. Om man sedan på grund av den gjorda utredningen anser sig böra beteckna frånvaron av skiljeavtal såsom en processförutsättning eller icke, är blott ett terminologiskt spörsmål, beroende på vad man vill inlägga i begreppet processförutsättning. Många skulle säkerligen icke tveka att beteckna frånvaron av skiljeavtal såsom processförutsättning i de fall, som avses under *α*) i texten. Detsamma kanske icke vore förhållandet, vad beträffar de fall, som omtalas under *β*) och *γ*). För min del hyser jag visserligen inga betänkligheter mot att bestämma begreppet processförutsättning så, att detsamma inrymmer även dessa fall, men problemet är ur logisk synpunkt indiskutabelt. Jfr *Astrup Hoel* s. 32 ff.

46 Med förvaltningsåtgärd avser jag här, med syftning på verksamhetens art, icke dess subjekt, varje av myndighet vidtagen åtgärd, som icke faller under den lagstiftande eller den rättsvårdande verksamheten. Att det förvaltningsbegrepp, varmed jag sålunda här opererar, på sina håll bland den moderna förvaltningsrättens målsmän anses alltför vidsträckt (se t. ex. *Otto Mayer* s. 7 ff.), därom är jag fullt medveten, men syftet med denna framställning nödvän-

och prövning av ett ärende, som faller under den s. k. frivilliga rättsvården, eller för företagandet av en till processen i vidsträckt mening hörande åtgärd, som avser verkställighet eller sådan handräckning, varom stadgas i 8 kap. UL[47]. Betydelsen av det här anförda framträder delvis, när det gäller att avgöra frågan om skiljeavtalets föremål. Man kan icke sluta skiljeavtal angående fråga, som till sin materiella beskaffenhet ej är sådan, att den kan bliva föremål för prövning i civil rättegång, eller som icke avser ersättning för skada på grund av brott. Men det sagda har också sin betydelse för läran om skiljeavtalets rättsverkan. Även om en fråga faller inom ett sådant område av den materiella rätten, att den väl kan vara föremål för skiljeavtal, utgör nämligen ett dylikt avtal icke hinder för vidtagande av åtgärd, som ej går ut på att få till stånd ett sådant avgörande, varom skml. talar. En provisorisk säkerhetsåtgärd t. ex. kan avse skydd för en påstådd rätt, vars prövning enligt avtal tillkommer skiljemän. Likaså hindrar icke skiljeklausul i kontrakt om upplåtelse av nyttjanderätt dennas intecknande. Bifall till den provisoriska säkerhetsåtgärden och beviljandet av inteckning förutsätta båda en viss rättslig prövning av det skiljemän underkastade rättsförhållandet, men ingendera prövningen utgör ett avgörande i fråga av tvistemåls beskaffenhet eller angående fråga om ersättning för skada på grund av brott.

Om vad som här anförts icke gärna kan vara föremål för tvekan, kan det däremot i vissa avseenden vara tvivel underkastat, i vad mån skiljeavtalet utövar negativ verkan beträffande den extraordinära civilprocessen och vissa andra processarter[48].

---

diggör icke en noggrannare differentiering av samhällsverksamheten, än vad har gjorts.

47 Därom är man såväl i praxis som inom doktrinen ense. Se NJA 1923 s. 460 samt inom nordisk litteratur *Frey* s. 102 ff., *Berglund* I s. 44 ff., *Skarstedt* s. 133, *Munch-Petersen* II s. 511.

48 Jag vill icke ingå på en behandling av frågan om skiljeavtalets negativa verkan beträffande den administrativa rättsskipningen och processen vid speci-

Jag har därvidlag icke anledning att sysselsätta mig med den extraordinära process, som förekommer i ett flertal mål av familjerättslig natur. I frågor av sådan natur är nämligen skiljeförfarande regelmässigt uteslutet av det skäl, att parterna sakna dispositionsrätt över tvisteföremålet. I den mån åter ett skiljeförfarande angående enstaka frågor här är tänkbart — ett sådant förfarande torde dock i varje fall icke förekomma i det praktiska livet — erbjuder spörsmålet om skiljeavtalets verkan icke något av särskilt intresse. Förfarandets art synes icke i förevarande hänseende påkalla några från den ordinära civilprocessen avvikande regler.

Av desto större intresse är frågan om skiljeavtalets verkan i växelmål. I ett utslag av Svea hovrätt, refererat i SvJT 1922 s. 82, har motiveringen avfattats på ett sätt, som möjligen är att betrakta såsom ett uttryck för den uppfattningen, att ett på växel grundat anspråk icke kan prövas i annan än den för växelmål stadgade ordning[49]. En sådan uppfattning är säker-

---

aldomstolar. Frågan skulle, om den närmare behandlades, kräva tidsödande specialstudier och en säkerligen detaljerad framställning. En sådan må emellertid med hänsyn till sin bristande praktiska betydelse lämna plats för mer realitetsbetonade spörsmål. Så mycket kan alltid sägas, att i den mån skiljeavtal må träffas angående fråga, som hör under här avsedda myndigheter, utövar avtalet givetvis processhindrande verkan på samma sätt, som vid de allmänna domstolarna. Angående invändningen om skiljeavtalet torde däremot erfordras en särskild undersökning för fastställandet av vad som gäller i skilda fall.

49 Fallet var följande. Vid krav på grund av växel, accepterad av svaranden, W., invände denne, att växelbeloppen avsåge betalning för varor, som käranden, ett bolag, enligt kontrakt, innehållande skiljeklausul, levererat till W. Till följd av denna klausul bestred W., att RR:n vore behörig att upptaga målet till prövning. RR:n yttrade:

Enär åberopade växeln ostridigt avsåge betalning för en del trävaror, som W. enligt det i målet åberopade kontraktet inköpt av bolaget,

samt enligt bestämmelserna i samma kontrakt tvist angående fullgörandet av kontraktet skulle, därest densamma icke kunde i godo uppgöras, hänskjutas till skiljemän jämlikt svenska lagen om skiljemän, funne RR:n bolagets talan icke kunna till prövning upptagas.

På bolagets besvär återförvisades målet av HovR:n,

enär bolagets i förevarande mål framställda fordringsanspråk, vilket grundats

ligen oriktig. Växelprocessen har förlänats en i vissa avseenden extraordinär prägel för att lättare förhjälpa en växelborgenär till hans rätt. Men det finnes icke något offentligt-rättsligt intresse därav, att borgenären också begagnar sig av dessa förmåner. Är det otvivelaktigt, att ett skiljeavtal enligt parternas mening skall omfatta även krav på grund av växeln, finnes ingen anledning att ej anse skiljeavtalet utgöra hinder för växelprocessen.

Om det sålunda icke finnes något absolut hinder mot skiljeavtalets beaktande i växelprocessen, kan det emellertid med fog diskuteras, i vilken omfattning ett sådant beaktande må anses möjligt. Det lär förvisso aldrig inträffa, att skiljeavtal ingås enbart angående själva växelfordran, utan frågan om skiljeavtalets verkan i växelprocessen rör praktiskt taget uteslutande det fall, att skiljeavtalet avser ett civilt rättsförhållande, som ligger till grund för växeln. Som bekant, stadgades i 5 § 7 punkten i promulgationsförordningen till 1880 års växellag, bl. a., att växelgäldenär ägde i växelprocessen begagna sådana »jäv eller invändningar», till vilka han kunde vara befogad på grund av sitt omedelbara förhållande till käranden. I 1932 års växellag ha reglerna om rättegång i växelmål intagits i själva lagen, men något stadgande motsvarande

---

å en av W. godkänd växel, lagligen icke kunde prövas i annan än den för växelmål stadgade ordning,

samt vid sådant förhållande, aven om, på sätt W. påstått, växelbeloppet utgjort likvid för en del av de enligt omförmälda kontrakt inköpta trävaror, RR:n utan hinder av kontraktets åberopade bestämmelse varit behörig att upptaga målet till prövning.

HovR:ns motivering lämnar i tvenne hänseenden rum för tvekan om HovR:ns ståndpunkt. Då det säges, att *bolagets i förevarande mål framställda fordringsanspråk* icke kunde prövas i annan än den för växelmål stadgade ordning, är därmed icke tydligt utsagt, huruvida det under alla förhållanden vore uteslutet, att ett på växel grundat fordringsanspråk prövades i annan ordning än den nämnda, eller om under andra omständigheter än de i målet förhandenvarande en sådan i annan ordning företagen prövning vore möjlig. Vidare framgår icke klart av motiveringen, huruvida skiljeklausulen ansågs utgöra hinder för att det växeln bakomliggande rättsförhållandet upptogs till prövning eller ej.

den omförmälda bestämmelsen har icke influtit bland dessa regler. Däremot stadgas i 17 § av den nya lagen: »Den, mot vilken talan på grund av växel göres gällande, äge ej mot innehavaren framställa invändningar, som grundas på den förres särskilda förhållande till utställaren eller till föregående växelinnehavare, med mindre innehavaren vid växelns förvärvande uppsåtligen handlat till gäldenärens förfång.» Särskilt med hänsyn till det e-contrario-slut, vartill sistnämnda § inbjuder, torde böra antagas, att rätten att i växelprocessen framställa invändning, vartill svaranden kan vara befogad på grund av sitt omedelbara förhållande till käranden, alltjämt kvarstår. Enligt en åsikt, som uttalats inom tysk doktrin[50] — den tyska rätten överensstämmer i förevarande avseende med den svenska — och till stöd för vilken åberopats ett avgörande av tyska Reichsgericht[51], medför denna svarandens rätt, i den mån han på grund av densamma kan framställa invändning, som grundas på det bakomliggande rättsförhållandet, att ett åberopat skiljeavtal angående detta rättsförhållande också utgör hinder för domstolens handläggning och prövning av växelfordran. Såsom väl knappast är ägnat att förvåna, har denna uppfattning icke vunnit odelat bifall. Man har emot densamma anfört, att avgörande bör vara parternas vilja, men att parterna icke annat än i undantagsfall kunna anses ha åsyftat, att växelfordran skall prövas av skiljemän[52]. I ett senare avgörande[53] har Reichsgericht också modifierat sin ståndpunkt därhän, att såsom förutsättning för att inván-

50 Se *Haffner* s. 36; *v. Staff* s. 106 ff.

51 RG 71:15.

52 Se särskilt *Baumbach* s. 55. I svensk doktrin har *Berglund,* I s. 41, uttalat, att växeltransaktionen åtminstone för svensk rättsuppfattning torde stå så fristående i förhållande till det bakomliggande rättsförhållandet, att en däri grundad invändning närmast tedde sig såsom ett åberopande av en självständig moträttighet. Följden härav vore enligt Berglund den, att om en kompromissklausul knutits till nämnda rättsförhållande, denna klausul avskure svarandens möjlighet att få sin invändning beaktad.

53 Se *v. Staff* s. 106; *Richter* s. 4.

ningen om skiljeavtalet skulle medföra växelmålets avvisande erfordrades, »dass nach dem Inhalt des Schiedsvertrages die Entscheidung gerade des in Frage stehenden wechselrechtlichen Anspruchs durch Schiedsrichter erfolgen solle». Häremot har *v. Staff*[54] anmärkt, att denna förutsättning väl endast i sällsynta undantagsfall skulle inträffa; om skiljeavtalet avsåge framtida tvist, skulle parterna behöva uttryckligen angiva, att tvist med anledning av kontraktet, inbegripet tvist om därur härflytande växelanspråk, skulle avgöras av skiljemän. Anmärkningens riktighet torde ej kunna bestridas, men icke desto mindre torde Reichsgericht här ha träffat det rätta. In dubio torde nämligen icke kunna antagas, att parterna velat under skiljeavtalet inbegripa krav på grund av växeln. Då domstolen ej heller kan anses befogad att bortse från skiljeavtalet, måste avtalets åberopande regelmässigt medföra, att svaranden ej kan få sin invändning om det bakomliggande rättsförhållandet upptagen till prövning[55]. Åtminstone måste detta gälla, om skiljeavtalet åberopas av käranden till bemötande av svarandens på nämnda rättsförhållande grundade invändning. Är det åter svaranden, som i syfte att förhindra prövning av växelfordran åberopar såväl det bakomliggande rättsförhållandet som skiljeavtalet, är det icke lika säkert, att resultatet blir detsamma. Om väl växelfordran men icke det bakomliggande rättsförhållandet bleve föremål för domstolens prövning, komme nämligen svarandens åberopande av skiljeavtalet att medföra en icke åsyftad verkan. Då svaranden naturligen ej velat begagna skiljeavtalet såsom vapen mot sig själv, synes det i dylikt fall ligga närmast, att skiljeavtalet icke alls beaktas av domstolen, såvida detsamma ej kan medföra växelmålets avvisande[56]. Vill käranden åberopa skilje-

54 Anf. st.

55 Jfr *Berglund* anf. st. (ovan not 52).

56 Innebörden av svarandens invändning synes vara följande: Svaranden åberopar skiljeavtalet för att förhindra prövning av växelfordran men påfordrar icke skiljeavtalets beaktande, för den händelse domstolen ej finner avtalet utgöra hinder för sådan prövning.

avtalet såsom hinder för prövning av det bakomliggande rättsförhållandet, är det hans sak. Man kan emellertid möjligen också anlägga den synpunkten, att svaranden genom att åberopa skiljeavtalet får anses ha tagit risken, att detta avtal beaktas även på ett sätt, som är för honom själv ofördelaktigt.

Alltid då skiljeavtalet förhindrar, att i växelmålet prövas invändning, som grundas på det bakomliggande rättsförhållandet, måste det antagas, att domen i växelmålet icke betager svaranden möjligheten att senare få frågan om sin betalningsskyldighet på grund av nämnda rättsförhållande underkastad skiljemäns prövning. Denna fråga kan icke rimligen i sådant fall, vilken ståndpunkt man än eljest intager till spörsmålet om växeldomens rättskraft med hänsyn till det kausala rättsförhållandet[57], bliva res judicata genom växeldomen.

Vad som i här berörda avseende gäller om växelmål, äger motsvarande tillämplighet på mål angående återgångskrav på grund av check.

Till den extraordinära civilprocessen kan man även hänföra konkursmål[58]. I kapitlet om skiljeavtalets föremål har framhållits, hurusom till avgörande av skiljemän kan hänskjutas fråga om betalningsrätt för fordran, som bevakats i konkurs[59]. Det gällde där att utreda, huruvida en dylik fråga över huvud taget kunde hänskjutas till skiljemän. Här kunde däremot vara platsen att dryfta spörsmålet om den negativa verkan av ett före konkursen träffat skiljeavtal angående sådan fråga[60]. Emellertid ligger i det hänseendet huvudvikten vid

---

57 Om detta spörsmål samt om olika meningar angående uppfattningen i rättspraxis se å ena sidan *Agge* s. 230 ff. samt å andra sidan *Hasslers* anmälan av Agges avhandling, i SvJT 1933, s. 134 f.

58 Så *Kallenberg* I s. 69.

59 Se ovan s. 55 ff.

60 Frågan om verkan av ett *under konkursen* träffat skiljeavtal erbjuder däremot ej något nämnvärt intresse i detta sammanhang. Ett dylikt avtal, som ingås av gäldenären, är i regel (jfr dock konk.-l. § 78; *Lawski* i SvJT 1919 s. 14; *Granfelt* i JFT 1912 s. 80 f.) utan verkan gentemot konkursboet. Däremot

frågan om konkursboets bundenhet av dylikt skiljeavtal, och spörsmålet skall därför uppmärksammas under avsnittet om skiljeavtalets verkan gentemot tredje man.

Om man till den extraordinära civilprocessen endast hänför sådana förfaranden, som äga rum inför allmän domstol, torde frågan om skiljeavtalets negativa verkan härmed hava berörts i de hänseenden, som äro av något avsevärt praktiskt intresse. Frågan om skiljeavtalets verkan beträffande extraordinära domstolsmål i övrigt skall därför icke beröras i denna framställning. Av största intresse är däremot att utreda frågan om skiljeavtalets negativa verkan beträffande lagsökningsförfarandet och det förfarande, varom stadgas i lagen den 26/4 1907 om handräckning för fordrans utfående.

Då lagsökningsförfarandet är ett fastställelseförfarande, i väsentliga avseenden jämställbart med process inför domstol, måste ett i vederbörlig ordning åberopat och styrkt skiljeavtal utgöra hinder för lagsökning[61]. Om denna fråga torde ej behöva spillas fler ord. Däremot är det icke lika otvivelaktigt, vad som gäller om ordningen för skiljeavtalets åberopande. Enligt uttryckligt stadgande i 23 § UL skall överexekutor, om han ogillar invändning, att målet ej hörer överexekutorn till — och såsom en sådan invändning måste invändningen om skiljeavtalet betraktas — utan uppskov fortfara med målet. Lagstiftaren har genom detta stadgande velat förhindra tillämpningen av regler, analoga med dem, som numera återfinnas i RB 16:3 och 4. Däremot är det icke säkert, att man ej på invändningen om skiljeavtalet skulle kunna tillämpa regler, som vore analoga med bestämmelserna i RB 16:2. Det

kan detta träffa skiljeavtal såväl angående tvist om en konkursboets tillgång — här föreligger emellertid intet konkursmål — som angående betalningsrätten för en i konkursen bevakad fordran, vilket senare fall dock torde vara tämligen opraktiskt (jfr ovan s. 56 f.). Om sättet för slutande av skiljeavtal angående betalningsrätt i konkursen måste anses gälla, att sådant avtal blott kan träffas i den ordning, som stadgats för förlikning om betalningsrätten; se 108 och 110 §§ konkurslagen.

61 Jfr rättsfall i SvJT 1925 s. 28 samt *Berglund* I s. 43 o. *Skarstedt* s. 133.

kan synas naturligt att i tiden begränsa invändningsrätten. Ofta skulle ju mycket onödigt arbete kunna inbesparas, om kompetensfrågan, så snart sig göra läte, bleve klarlagd, och det låge intet anmärkningsvärt däri, om rätten att framställa behörighetsinvändning vore begränsad till förfarandet hos överexekutor, såvida icke gäldenären underlåtit att inkomma med förklaring, resp. i 16 §:ns fall att inställa sig, och för sin underlåtenhet kunde i hovrätten visa laga förfall. Det synes därför icke saknas visst fog för uppställandet av den regeln, att invändning om skiljeavtalet måste göras i gäldenärens skriftliga svar på borgenärens ansökan eller, om i stad gäldenären jämlikt 16 § UL kallats att å viss tid inställa sig hos överexekutorn för att å ansökningen svara, vid det tillfälle, gäldenären å den i kallelsen utsatta tiden tillstädeskommer. Gäldenären äger nämligen icke utöver vad nu sagts någon obetingad möjlighet att bliva hos överexekutorn hörd[62]. Emellertid är det tvivelaktigt, om man utan uttryckligt stöd i lag skall våga uppställa någon sådan preklusionsregel, och i praxis torde man ej heller så göra. I ett rättsfall, refererat i SvJT 1922 s. 8, har HovR:n över Skåne och Blekinge uttalat sig i frågan. Tvenne makar hade lagsökts på grund av hyreskontrakt och hos överexekutor på materiella skäl bestritt bifall till ansökningen. Först i HovR:n framställde de invändning om skiljeavtal. I enhälligt utslag prövade HovR:n på grund av det åberopade skiljeavtalet lagligt att, med undanröjande av överklagade utslaget i huvudsaken, förklara fordringsanspråket icke kunna upptagas till prövning. Det torde sålunda böra antagas, att invändning om skiljeavtal kan framställas såväl hos överexekutor som i hovrätten. Huruvida

[62] Det är dock icke alldeles uteslutet, att gäldenären får tillfälle att hos överexekutorn ånyo yttra sig i målet, ty i fall, som avses i 21 § UL, äger gäldenären, om han det äskar, muntligen (jfr *Trygger,* Kom. s. 69) yttra sig över en av vederparten företedd handling. I samband med sådant yttrande torde emellertid invändning om skiljeavtal icke kunna med laga verkan framställas. Sagda § ger nämligen ej vid handen, att gäldenärens yttrande i dylikt fall kan lagligen avse annat än den företedda handlingen.

skiljeavtalet kan åberopas först i återvinningsförfarandet, är en fråga, som skall senare uppmärksammas.

Ehuru frånvaron av ett åberopat skiljeavtal utgör en förutsättning för överexekutors behörighet att upptaga målet, måste det åligga gäldenären att styrka skiljeavtalets förhandenvaro. I praktiken torde bevisning därom icke förebringas på annat sätt, än att gäldenären företer kontrakt eller därmed jämförlig handling, som innehåller skiljeklausul. Men intet hindrar, att skiljeavtalet styrkes i annan ordning. Stadgandet i 27 § UL, att endast skriftliga bevis gälla, är icke tillämpligt i förevarande fall, då fråga är om styrkande om ett hinder för målets upptagande till prövning[63].

---

63 Att invändningen om skiljeavtal kan styrkas på annat sätt än medelst skriftliga bevis, kan synas följa redan därav, att den faller in under 23 § UL och bevisregeln i 27 § endast avser »annat jäv» än dem, som omtalats i de föregående §§. Emellertid vore en sådan motivering, ehuru UL:s avfattning kan synas giva visst stöd åt densamma, säkerligen oriktig. Det i 27 § begagnade uttrycket »jäv mot kravet» kan nämligen icke rimligen avse invändningar av formell art. Eljest skulle alla andra formella invändningar än de i 23 § omförmälda falla in under 27 §, något som skulle medföra, att överexekutor, om han funne gäldenären hava skäl till jävet, hade att förvisa målet såsom tvistigt till domstol. Men det vore orimligt, om exempelvis bifall till en invändning om res judicata skulle föranleda målets förvisande till domstol. 27 § torde alltså böra läsas, som om där stode: »Gör gäldenär mot kravet annan sakinvändning, än i 24 och 25 §§ sagt är, och vill etc. — —.» Om formella invändningar har över huvud taget icke givits någon bevisregel i 2 kap. UL. — Man kunde emellertid mena, att det vore stridande mot lagsökningsförfarandets anda att tillåta andra bevis än skriftliga, och att sålunda stadgandet i 27 § 1 p. vore att uppfatta såsom ett uttryck för en lagsökningsförfarandet i dess helhet behärskande princip, från vilken genom särskilda bestämmelser uppställts ett par undantag. Att antaga detta vore dock att påbörda lagstiftaren en synnerligen bristfällig redigering av lagen, en beskyllning, varmed man må hålla inne, om man icke har starka skäl för densamma. Det må också uppmärksammas, att i den tyska urkundsprocessen, som i någon mån varit en förebild för UL:s bestämmelser på området, väl återfinnes förbudet mot andra bevis än skriftliga, men att detta förbud icke avser bevisning, som hänför sig till processförutsättningarna. Se härom t. ex. *Schmidt* s. 572 f.; *Hellwig,* System II s. 57; *Rosenberg* s. 518 ff. — Den här hävdade uppfattningen om tillämplighetsområdet för förbudet mot andra än skriftliga bevis torde icke avvika från föregående författares. Se *Trygger,* Kom. s. 49 f.; *Wrede* III § 17.

Vinner invändningen om skiljeavtalet ej bifall, uppkommer spörsmålet, huruvida gäldenären längre har någon möjlighet att göra skiljeavtalet gällande med avseende å det påstådda fordringsanspråket och i så fall vilken. Man får här skilja mellan olika fall. Skulle målets sakliga prövning leda därtill, att detsamma såsom tvistigt förvisades till domstol, kan gäldenären vid domstolen ånyo göra invändning om skiljeavtalet och få denna invändning prövad i vanlig ordning, som om något lagsökningsförfarande aldrig hade ägt rum. Likaså måste i sådant fall gäldenären trots beslutet i lagsökningsmålet kunna vid domstol anhängiggöra talan om fastställelse av skiljeavtalets giltighet och av dess tillämplighet å det påstådda fordringsanspråket[64]. Skulle åter lagsökningsförfarandet utmynna i ett »åläggande av betalningsskyldighet», kan gäldenären givetvis under åberopande av skiljeavtalet besvära sig i hovrätten och få överexekutors utslag undanröjt på den grund, att målet icke kan avgöras i den för lagsökningsmål stadgade ordning. Men har gäldenären också möjlighet att få skiljeavtalet beaktat därigenom, att han söker återvinning, sedan överexekutors utslag vunnit laga kraft eller, om det överklagats, hovrätten med ogillande av påståendet om skiljeavtalet fastställt utslaget? Denna fråga är förvisso att besvara nekande. Det är säkerligen icke UL:s mening, att återvinningstalan skulle stå gäldenären till buds såsom ett medel att få utslaget i lagsökningsmålet undanröjt av formella skäl[65]. En talan, som går ut på utslagets

64 Jfr 18 § skml.

65 I motiven till UL (s. 76, jfr s. 72) framhålles, hurusom lagsökningsförfarandets summariska karaktär måste ha till följd, att gäldenären, såframt han ej uttryckligen erkänt kravets giltighet, bör äga rätt att stämma om »återvinning af den betalning han förmenar sig icke hafva bort förpligtas att utgifva». Ehuru detta uttalande icke giver klart besked om återvinningsförfarandets karaktär, synes sannolikt, att Nya LB här tänkt sig återvinningstalan såsom en talan, vilken åsyftar att på grundval av en materiell prövning av det påstådda fordringsanspråket vinna tillbaka, vad som på grund av utslaget i lagsökningsmålet frånvunnits återvinningskäranden. Inom litteraturen har man också enhälligt karakteriserat återvinningstalan såsom en

undanröjande av det skäl, att fordringsanspråkets prövning tillkomme skiljemän, måste domstolen förklara sig icke kunna upptaga till prövning. Tydligen är det ej heller möjligt, att *svaranden* i återvinningsmålet, vilken vid närmare eftertanke funnit skiljeavtalet verkligen tillämpligt på det omprocessade rättsförhållandet, skall kunna genom invändning om avtalet förhindra återvinningstalan inför domstol. Då det icke gärna är tänkbart, att skiljemän skulle ha befogenhet att undanröja utslaget i lagsökningsmålet, skulle en motsatt mening leda till det orimliga resultatet, att betalningsåläggandet kvarstode men möjligheten till återvinning bleve på grund av invänd-

---

negativ fastställelsetalan, en talan, som går ut på en materiell prövning av fordringsanspråket, låt vara att olika meningar yppats därom, huruvida denna karakteristik är uttömmande. Se *Trygger,* Kom. s. 101 ff.; *Kallenberg* i TfR 1905 s. 167 f.; *Wrede,* Utsökningsväsendet s. 207 f. Att återvinningstalan skulle kunna tillgripas för att få utslaget i lagsökningsmålet undanröjt på formella skäl, anses uteslutet. Enligt min mening talar för riktigheten av detta resultat framför allt den omständigheten, att lagsökningsförfarandet icke är summariskt i den del, detsamma avser fastställandet av förutsättningarna för den sakliga prövningen; jfr ovan not 63. Det intresse, som utgör den legislativa grunden för återvinningsförfarandet, nämligen att ett på grundval av en summarisk procedur vunnet resultat icke må utgöra något oöverkomligt hinder för genomförandet av det materiellt riktiga, kräver alltså ej, att återvinningsvägen skall stå öppen i förevarande fall. Däremot kan det ifrågasättas, om det nämnda resultatet med nödvändighet skulle följa av den inom litteraturen framhävda och obestridligen riktiga satsen, att domstolen i återvinningsprocessen ej har att pröva, huruvida i lagsökningsmålet förfarits riktigt, vare sig i materiellt eller i formellt hänseende. Lika litet som domstolen, då den efter en prövning av själva fordringsanspråket undanröjer utslaget i lagsökningsmålet, därmed uttalat, att de materiella förutsättningarna för betalningsåläggandet ej förelegat, lika litet synes nämligen ett undanröjande på formella skäl alltid behöva innefatta ett uttryck för en domstolens åsikt, att de formella förutsättningarna för samma åläggande saknats. En dom, som bifölle återvinningstalan av det skäl, att prövningen av fordringsanspråket tillkomme skiljemän, behövde sålunda ej anses uttala, att överexekutor icke bort upptaga målet till prövning; i domen behövde man ej inlägga mer, än att domstolen, som icke hade att pröva målet enbart på grund av de omständigheter, som förebragts i lagsökningsförfarandet, kommit till annat resultat beträffande skiljeavtalets förhandenvaro eller tillämplighet och därför undanröjde det hinder för skiljeavtalets förverkligande, som utslaget i lagsökningsmålet skulle utgöra.

ningen utesluten[66]. Någon tvekan om riktigheten av den här omfattade meningen kan därför knappast råda. Om sedan denna mening bör motiveras därmed, att frågan om skiljeavtalets tillämplighet på det påstådda fordringsanspråket måste anses definitivt avgjord i lagsökningsmålet, eller därmed, att borgenären genom lagsökningsåtgärden måste anses ha avstått från sin rätt att få fordringsanspråket prövat av skiljemän, är ett spörsmål av mycket underordnat intresse. — Då det i övrigt ej kan antagas, att en kärande, som på materiella skäl sökt återvinning, skulle kunna under målets handläggning åberopa skiljeavtalet, gäller sålunda, att detta avtal över huvud taget icke kan åberopas i återvinningsmålet.

Om det vid prövningen av invändningen befinnes tvivelaktigt, huruvida giltigt skiljeavtal om det anhängiggjorda fordringsanspråket föreligger, uppkommer fråga, om målet må såsom tvistigt förvisas till domstol. Såsom framhållits på annan plats i detta arbete, har i ett flertal rättsfall, avseende verkställighet av skiljedom, frågan, huruvida bindande skiljeavtal kommit till stånd, förklarats vara av så tvistig beskaffenhet, att densamma icke finge prövas i den för utsökningsmål stadgade ordning, och i framställningen har uttalats den tanken, att här förelåge ett uttryck för en allmän princip av det innehåll, att frågor av svårutredd och tvistig beskaffenhet icke lämpligen borde handläggas enligt ordningen för utsökningsmål utan i stället hänvisas till domstol[67]. Det kan måhända då synas riktigt, att det jämväl uti de ifrågavarande lagsökningsfallen förfares på enahanda sätt. Emellertid förefinnes en mycket betydelsefull skillnad emellan de ovannämnda verkställighetsfallen och de förevarande lagsökningsfallen. I de förra går överexekutors prövning ut just på att fastställa förhandenvaron av förutsättningarna för verkställighet. I de senare fallen är förfarandets syfte att få till stånd

66 Man må icke i utgången av rättsfallet i NJA 1912 s. 138 söka ett stöd för tänkbarheten av ett sådant resultat.

67 Se ovan s. 33 ff.

en prövning av fordringsanspråket, för att på grundval av denna prövning eventuellt ett betalningsåläggande må meddelas. Frågan om skiljeavtalet prövas här blott för att få klarlagt, huruvida överexekutor kan inlåta sig på den materiella prövningen eller icke. Att svårigheten att besvara en fråga, som sålunda rör förhandenvaron av en processförutsättning, skulle kunna föranleda, att målet såsom tvistigt förvisades till domstol, kan icke antagas. Ger utredningen i målet klart vid handen, att fordringsanspråket skall prövas av skiljemän, skall överexekutor ej upptaga målet till prövning; i motsatt fall skall överexekutor utan uppskov fortfara med målet, vare sig han finner utrett, att giltigt skiljeavtal ej existerar, resp. icke är tillämpligt, eller han stannar i tvivel om avtalets förhandenvaro eller tillämplighet.

Det förfarande, som avses i lagen den 26/4 1907 om handräckning för fordrans utfående, kan ej karakteriseras såsom ett fastställelseförfarande i annan mening, än att däri konstateras, om en person lämnar utan erinran eller icke en ansökan om handräckning för utfående av en påstådd fordran mot honom. Någon materiell prövning av fordringsanspråket, som skall vara av viss i lagens 1 § angiven beskaffenhet, äger däremot ej rum. Med hänsyn till denna handräckningsförfarandets karaktär kan måhända betvivlas, att detsamma skulle kunna ersättas av ett skiljeförfarande[68]. I varje fall synes tvivel i detta hänseende lätteligen kunna uppstå för dem, som mena, att man icke kan begagna sig av skiljeförfarande såsom medel att erhålla exekutionstitel för ett ostridigt fordringsanspråk[69]. En jämförelse mellan skiljeförfarandets och handräckningsförfarandets syften torde dock vara tämligen överflödig för besvarandet av den fråga, som här intresserar, nämligen huruvida åberopande av skiljeavtal utgör hinder för ett

[68] Jfr emellertid förfarandet vid svarandens utevaro i fall, som avses i RB 12:3 1 st. 2 p.

[69] Se härom ovan s. 81[42].

förfarande av sistnämnda slag. Även de, som anse, att de båda förfarandena fullfölja olikartade syftemål, torde nämligen icke hålla före annat, än att en invändning om skiljeavtal måste betraktas såsom ett sådant mot ansökan om handräckning riktat jäv, varom talas i 5 samt 7—11 §§ handräckningslagen[70]. Av förarbetena till nämnda lag framgår otvetydigt, att med jäv avses »hvarje gäldenärens bestridande af ansökning om handräckning», »således — — — jämväl formella invändningar»[71].

Då invändning om skiljeavtal, vilken framställes inom den av överexekutor förelagda tiden, jämlikt 8 § i lagen alltid skall medföra, att ansökan om handräckning förfaller, påfordras på det hela taget icke någon upmärksamhet för spörsmål, motsvarande de förut beträffande lagsökningsförfarandet dryftade. Dock bör här beaktas frågan om möjligheten att göra skiljeavtalet gällande, därest gäldenären försummar att framställa jäv inom den förelagda tiden. Någon möjlighet att överklaga överexekutors föreläggande har gäldenären icke (handräckningslagen § 13). Fråga är endast, om han under åberopande av skiljeavtalet kan söka återvinning. Man kan ej säga, att denna fråga är besvarad i 10 § av lagen. Där står visserligen, att om gäldenären försummat att inom förelagd tid göra jäv — och till jäv räknas som sagt även invändning om skiljeavtal — stånde honom likväl fritt att vid domstol söka återvinning, men därmed är icke utsagt, huruvida åter-

70 Jfr *Berglund* I s. 434.

71 Se NJA II 1908 nr 4 under § 5. Departementschefen förklarade i sitt yttrande med anledning av anmärkningar vid lagförslagets granskning inom HD, att förslagets ståndpunkt syntes ha kommit till klart uttryck i 7 §:ns avfattning. Enligt departementschefen torde nämligen, om mot ansökan gjordes en formell invändning, överexekutor anse sig förhindrad att, på sätt i 7 § sägs, förse ansökningen med bevis, att densamma lämnats obestridd. För att emellertid tydligare skulle framgå, att med jäv avsågs jämväl formella invändningar, bragtes på departementschefens föranstaltande ordalagen i 5 § i närmare överensstämmelse med stadgandet i 7 §, i det att lagförslagets uttryck i 5 § »så framt han bestrider *krafvet*» i lagen utbyttes mot orden »såframt han bestrider *ansökningen*».

vinningstalan kan grundas på formella skäl eller ej. Att det gives vissa förutsättningar för handräckningsförfarandet, vilka icke kunna åberopas såsom grund för återvinningstalan, synes tämligen klart. Gäldenären kan t. ex. icke rimligen äga stämma om återvinning under åberopande allenast därav, att ansökningen om handräckning ej, såsom i 3 § föreskrives, innehållit uppgift om gäldenärens yrke. Men att han icke skulle kunna åberopa exempelvis en sådan omständighet, som att borgenärens fordringsanspråk underkänts genom lagakraftägande dom, är ej lika tydligt. Det förefaller sålunda icke uteslutet, att man här skulle ha att uppdela de formella jäven i två grupper, och att jäv, tillhörande den ena gruppen, skulle kunna åberopas såsom återvinningsskäl, jäv, som fölle inom den andra gruppen, däremot icke. Efter vilka grunder en sådan gruppering skulle ske, kunde visserligen vara tämligen vanskligt att säga, men i denna framställning vore tillräckligt att konstatera, att ett skiljeavtal givetvis vore en sådan omständighet, som skulle kunna åberopas. — Det torde icke kunna förnekas, att beaktansvärda skäl tala för en uppdelning av nämnda slag. Det vore uppenbarligen föga tilltalande, om t. ex. resultatet av en lagakraftvunnen dom skulle kunna göras om intet genom gäldenärens kanske ingalunda förfallolösa underlåtenhet att göra jäv, och detta utan att gäldenären ägde någon som helst möjlighet att vinna rättelse. Å andra sidan är det tänkbart, att med uttrycket återvinning i 1907 års lag åsyftats detsamma som i 32 § UL. Lagstiftaren kan m. a. o. tänkas ha utgått från ett redan förefintligt, till sin innebörd klart fixerat återvinningsbegrepp, som uteslöt en på formella skäl grundad talan. Huru därmed än må förhålla sig, torde det stå klart, att man icke är tvingad att tillägga uttrycket återvinning i 1907 års lag samma betydelse som i 32 § UL. Och då de skäl, som tala för att återvinning enligt 1907 års lag må kunna i vissa fall äga rum på formell grund, äro synnerligen vägande, vill jag för min del antaga, att återvinningstalan i förevarande fall må grundas därpå, att ford-

ringsanspråkets prövning tillkommer skiljemän. Denna talan får då karaktären av en positiv fastställelsetalan enligt 18 § skml. Därjämte går den emellertid ut på att vinna tillbaka, vad som på grund av handräckningsförfarandet frånvunnits återvinningskäranden. Sitt syfte att få resultatet av nämnda förfarande omintetgjort kan nämligen återvinningskäranden uppnå endast med domstols tillhjälp. Skiljemännen kunna icke anses befogade att upphäva resultatet av myndighets åtgärd.

§ 15. II. Frågan, om skiljeavtalet förpliktar parterna att icke hänskjuta viss fråga till domstols eller överexekutors prövning.

Frågan, huruvida skiljeavtalet ger upphov till förpliktelser för parterna, har huvudsakligen betydelse, när det gäller att avgöra, om avtalet förpliktar parterna att, om så påfordras, positivt medverka till skiljeförfarandets igångsättande och genomförande. Huruvida skiljeavtalet ger upphov till förpliktelse att icke resa hinder för skiljeförfarandet, t. ex. genom anhängiggörandet av rättegång, är däremot ett spörsmål av mera underordnad betydelse, ett spörsmål, som lätt undanskymmes av den viktigare frågan om parts möjlighet att, oberoende av vilka förpliktelser som kunna åvila motparten i berörda hänseende, kunna undanröja det hinder för skiljeavtalets förverkligande, som en rättegång eller ett därmed jämförligt förfarande utgör. Man finner också, att frågan om skiljeavtalets förpliktande verkan i negativt hänseende endast i ringa grad rönt någon uppmärksamhet inom litteraturen[72]. Frågan saknar dock icke varje intresse och kan i detta arbete ej utan vidare förbigås.

---

72 För min del har jag icke funnit något mer ingående uttalande i ämnet utan endast ett par i förbigående fällda yttranden. Inom svensk litteratur finnes ett uttalande av *Kallenberg,* I s. 936, som anser, att skiljeavtalet ger upphov till ett rättsförhållande mellan kontrahenterna, vilket innehåller rättig-

Möjligheten att besvara den förevarande frågan är uppenbarligen beroende därav, att det är fullt klart, vad frågan avser. Som bekant, är det få discipliner inom juridiken, där meningarna gå så isär som på den allmänna rättslärans område. Någon enighet om bestämmandet av det elementära begreppet rättsplikt existerar icke och kommer förmodligen aldrig att existera. Icke desto mindre kan man ej undvara detta begrepp, men den omförmälda meningsskiljaktigheten förbjuder ett närmare ingående på frågan om förefintligheten av en förpliktelse, utan att det först klarlagts, i vilken betydelse detta ord användes. Av förklarliga skäl kan det dock i detta arbete icke komma ifråga att åt den berörda begreppsbestämningen ägna annat än några helt flyktiga anmärkningar. I en föregående framställning har jag berört frågan, om skiljemän kunde sägas vara skyldiga att döma efter någon viss princip, även om det ej skulle medföra någon för dem menlig påföljd, om de icke dömde efter denna princip[73]. Frågan besvarades jakande, emedan det vore ett rättsordningens krav, att skiljemännen skulle döma efter vissa objektiva grun-

heter och förpliktelser för dem inbördes att överlämna avgörandet av viss tvistefråga till skiljemän och icke för dess slitande anlita rättegångsvägen. Däremot yttrar *Wrede* II s. 355: »Skiljeavtalets verkan består däri, att parterna genom det förpliktas att underkasta den tvist, vartill avtalet hänför sig, avgörande genom skiljemän och icke kunna hänskjuta den till domstols prövning. Skulle part det oaktat väcka talan därom vid domstol, kan motparten avböja sakens upptagande där genom en processinvändning — — —.» Av formuleringen att döma vill det synas, som om Wrede icke antoge förhandenvaron av någon plikt att ej hänskjuta en av skiljeavtal omfattad fråga till domstols prövning utan blott av en möjlighet för motparten till den, som i strid mot skiljeavtalet anlitar domstol, att genom processinvändning avböja sakens upptagande. — Se i övrigt *v. Staff* s. 95, *Windscheid* II § 415 och ett av *Frey*, s. 104[2], refererat yttrande av en fransk författare, *Simon*, vars ifrågavarande arbete Droit romain du compromis, Paris 1896, icke varit mig tillgängligt. — Ett spörsmål, som ej är identiskt med det i texten omnämnda men dock står detsamma mycket nära, är frågan, om i romersk rätt det vid compromissum stipulerade vitet förföll, då part bragte den av skiljeavtalet berörda frågan in judicium. Se härom *Weizsäcker* s. 60; *Delin* s. 99.

73 Se min uppsats i SvJT 1933 s. 28 f.

der[74]. Till jämförelse framdrog jag den situationen, att lagen för visst fall stadgat registreringsskyldighet men icke utsatt någon som helst påföljd för underlåtenhet att registrera. Det behövs en term för att karakterisera den persons ställning, av vilken rättsordningen kräver, att han skall förhålla sig på visst sätt, och för min del finner jag lämpligt att beskriva situationen sålunda, att det föreligger en rättsplikt för personen att förhålla sig så, som den objektiva rätten föreskriver.

Tager man ordet rättsplikt i den nu angivna meningen, torde det böra sägas, att det förefinnes en sådan plikt för kontrahenterna i skiljeavtalet att icke hänskjuta en av avtalet omfattad fråga till avgörande i annan ordning än av skiljemän — jag bortser därvid från det undantagsfall, då det föreligger valrätt emellan å ena sidan rättegång eller därmed jämställt förfarande och å andra sidan skiljeförfarande[75]. Då rättsordningen erkänner skiljeavtalet, och då detta avtal innehåller en utfästelse att icke hänskjuta en fråga till avgörande av myndighet, finns det ingen anledning att antaga annat, än att det också är i överensstämmelse med den objektiva rätten, att part ej mot motpartens bestridande skall anlita myndighet för frågans avgörande.

Emellertid ligger det i öppen dag, att det är en i praktiskt hänseende tämligen likgiltig fråga, om man här bör tala om en rättsplikt i den nämnda betydelsen. Vad som är av reellt intresse, är i stället frågan, om skiljeavtalet i det praktiska livet företer sådana verkningar, som kunna betraktas såsom ett utflöde av en förpliktelse att ej anlita myndighet. Vad kan inträffa, om den ifrågakomna plikten icke uppfylles? Kan motparten föra talan om fastställelse av förpliktelsen, eller inträder någon menlig påföljd för den som kränker densamma? Om sådan talan ej kan föras, och om dylik påföljd ej kan inträda, blir den ifrågavarande plikten blott ett ideellt postulat, och det är lätt förståeligt, varför många rättslärde i dylika

74 Jfr *Hagerup* i TfR 1922 s. 191 ff.
75 Jfr ovan s. 118.

fall icke vilja tala om förefintligheten av en rättsplikt. Ur praktisk synpunkt är det ej utan fog, som man på många håll vid bestämmandet av begreppet rättsplikt lagt huvudvikten vid frågan om sanktionerna. I det följande skall det förevarande problemet behandlas ur den realitetsbetonade synpunkten, i vad mån man i det praktiska livet kan påvisa några verkningar av skiljeavtalet, som tyda på förhandenvaron av en rättsplikt att ej anlita myndighet för avgörandet av viss fråga[76].

Liksom 11 § i 1887 års lag gjorde, förutsätter 18 § i nu gällande lag om skiljemän, att särskild talan om skiljeavtals giltighet eller tillämplighet kan föras. Detta betyder, att skiljeavtalet grundar ett rättsförhållande mellan parterna, vilket rättsförhållande i likhet med andra sådana förhållanden kan bliva föremål för fastställelsetalan under de förutsättningar, som uppställas för dylik talan[77]. Därmed är emellertid intet utsagt om innehållet av detta rättsförhållande.

Det ligger då nära till hands att söka kunskap härom genom studium av sådana rättsfall, där en fastställelsetalan av ifrågavarande slag förts. Finner man, att en person kan vid dom-

---

76 Jag är icke blind för den omständigheten, att jag här, då huvudvikten lägges vid frågan om reaktionsmedlen mot en kränkning av plikten, intager en motsatt ståndpunkt mot vad som skedde i min förutnämnda uppsats. Men det där avsedda fallet, då fråga var om skiljemännens bundenhet, låg annorlunda till än det förevarande. Givetvis kan det även beträffande skiljemännens bundenhet anmärkas, att denna fråga blir av mindre praktisk betydelse, så snart man bortser från frågan om sanktionerna. Men det är i stället av det allra största teoretiska intresse att få klarlagt, huruvida rättsordningen uppställer ett krav på att skiljemännen vid sitt avgörande skola följa vissa regler. Alldeles oberoende därav, om och i vad mån rättsordningen genom några sanktioner givit eftertryck åt ett sådant krav, är frågan om kravets förhandenvaro av stor betydelse för bedömandet av skiljeinstitutets rättsliga karaktär. I det förevarande fallet åter, då fråga är om förefintligheten av en skyldighet att ej anlita domstol, är det för bedömandet av skiljeinstitutet av mycket underordnat intresse, huruvida man bör tala om en sådan skyldighet i fall, då densamma blott skulle ha karaktären av ett ideellt postulat. Frågan om sanktionerna träder här helt och hållet i förgrunden.

77 Jfr *Kallenbergs* i not 72 här ovan refererade yttrande.

stol föra en framgångsrik talan av det innehåll, att motparten på grund av skiljeavtalet må förklaras förpliktad att icke till domstols eller överexekutors prövning hänskjuta avgörandet av fråga, som avses i avtalet, är det tydligt, att här förelåge något mer än ett ideellt postulat. Att någon sådan förpliktelse fastställts, kan man emellertid icke finna av de ifrågavarande rättsfallen. I dessa är det fråga om skiljeavtals giltighet eller tillämplighet, men vad som ligger däri, att ett skiljeavtal är tillämpligt å viss fråga, därom giva rättsfallen icke någon upplysning i annan mån, än att man av en del äldre rättsfall kan finna, att en positiv förpliktelse att medverka till skiljedomens åstadkommande ansetts åvila part[78]. Det är visserligen mycket möjligt, att i fastställelsen av ett skiljeavtals tillämplighet innefattas jämväl en fastställelse av den ifrågakomna negativa förpliktelsen, men att utan vidare antaga detta vore tydligen en petitio principii. Ett klart svar på det förevarande spörsmålet skulle man erhålla först om rättsfallen gåve exempel på en talan, som till sitt materiella innehåll allenast ginge ut på att få fastställd en svaranden på grund av skiljeavtalet åvilande förpliktelse att ej hänskjuta en av avtalet omfattad fråga till avgörande av domstol eller överexekutor. Av förklarliga skäl faller det emellertid ingen in att anställa en talan med så begränsat innehåll.

Emellertid kan man förvisso gå längre än till konstaterandet därav, att en sådan talan icke förekommer i det praktiska livet. Det kan med säkerhet påstås, att en dylik talan ej *kan* föras. Även om man måste antaga förefintligheten av en förpliktelse av ifrågakomna innehåll, föreligger näppeligen något behov att genom särskild talan få densamma fastställd av domstol. Parts ifrågavarande intresse kan lika väl tillgodoses genom en talan, som går ut på fastställelse av skiljeavtalets giltighet eller tillämplighet, ävensom genom möjligheten att

78 Av sådana äldre rättsfall se NJA 1883 s. 180, 1884 s. 14, 1886 s. 398 och 1897 s. 391. Se i övrigt NJA 1875 s. 66 (=NT 1875 s. 378) och 1922 s. 37. Jfr närmare nedan s. 211.

invändningsvis avvärja domstols eller överexekutors prövning av fråga, som omfattas av skiljeavtalet. Däremot skulle det kunna leda till olösliga konflikter, om part kunde i skilda rättegångar föra talan om fastställelse av å ena sidan skiljeavtalets negativa rättsverkan, å andra sidan av dess positiva; man kunde ju i sådant fall rent av komma till det resultatet, att i den ena processen förpliktelsen att ej till domstols eller överexekutors prövning hänskjuta viss fråga fastställdes, medan åter i den andra rättegången skiljeavtalet förklarades icke vara tillämpligt på samma fråga.

Om sålunda part i vart fall icke kan föra särskild talan vid domstol för att få den här ifrågasatta förpliktelsen fastställd, återstår att uppmärksamma, huruvida förpliktelsens kränkande medför någon menlig påföljd. I det hänseendet är att märka, att den som i strid mot ett skiljeavtal, vilket motparten i vederbörlig ordning åberopar och vid behov styrker, anhängiggjort rättegång angående fråga, som omfattas av skiljeavtalet, drabbas av den menliga påföljden, att han får betala svarandens rättegångskostnader. Detta kan dock icke gälla generellt. Regeln måste lida undantag för de ovan omtalade fall, då en gillad invändning om skiljeavtal icke medför målets avvisande[79]. I dessa undantagsfall torde ej på grund av skiljeavtalet någon menlig påföljd drabba käranden för det han anhängiggjort målet, även om detsamma icke kan slutligt prövas, förrän skiljemän avgjort viss fråga. Här kan man alltså ej tala om någon rättsplikt i annan mening, än att det föreligger ett dylikt ideellt postulat, varom förut nämnts, något som för många förklarligen är liktydigt därmed, att talet om förpliktelse nedsjunkit till en fras, bakom vilken icke döljer sig någon som helst rättslig realitet.

Den regel, som här uttalats beträffande skyldigheten att gälda rättegångskostnader, måste anses äga motsvarande tillämpning på förklaringskostnader i lagsökningsmål. Vad

---

79 Se ovan s. 145 ff.

däremot beträffar förfarandet vid handräckning för fordrans utfående, kan gäldenären icke erhålla någon ersättning för förklaringskostnad, hans jäv emot ansökningen må vara aldrig så befogat. Något annat giver 1907 års lag ej vid handen, och såvitt jag kunnat göra mig underrättad om praxis i handräckningsmål, tillerkännes gäldenären aldrig ersättning för några förklaringskostnader. Ej heller lärer gäldenären senare, om det i en kommande rättegång visar sig, att han ägt fog för jävet, kunna erhålla gottgörelse för sagda kostnader[80].

B. Skiljeavtalets positiva rättsverkan.

§ 16. Inledande anmärkningar.

Skiljeinstitutets syfte är positivt. Institutet är ej till för att parterna skola kunna undandraga sina tvister domstols bedömande — låt vara att parterna vid slutande av skiljeavtal kunna tilläventyrs huvudsakligen besjälas av en önskan att slippa få sitt mellanvarande skärskådat av domstol — utan skiljeinstitutet avser att ställa till parternas förfogande ett medel för avgörandet av tvister. För att lättare förverkliga detta syfte, för att part icke må kunna förhindra dess genomförande, har det visserligen visat sig ändamålsenligt att förläna skiljeavtalet jämväl negativ rättsverkan, men denna verkan är något sekundärt; den är på intet vis självändamål. Detta äro däremot de positiva verkningarna av skiljeavtalet, de verkningar, som direkt gå ut på att få en skiljedom till stånd. Därmed söker rättsordningen omedelbart förverkliga skiljeinstitutets innersta syftemål.

Skiljeavtalets positiva rättsverkan yttrar sig i modern rätt åtminstone därutinnan, att skiljeavtalet förlänar part möjlighet att få ett skiljeförfarande till stånd även gentemot en

80 Till detta resultat leder redan en riktig tolkning av 21 kap. RB. Jfr till yttermera visso 11 § i 1907 års lag.

tredskande motpart. Emellertid är det tydligt, att det berörda syftet att få ett avgörande till stånd icke alltid tillgodoses enbart därigenom, att part har möjlighet att framtvinga ett skiljeförfarande. En skiljedom, icke ett skiljeförfarande är det, som parten eftersträvar. Om den positiva verkan av skiljeavtalet skall fullt tillgodose avtalets syftemål, kan det därför synas erforderligt, att parterna tillförsäkras möjlighet att erhålla skiljedom. Här spelar emellertid in en faktor, som gör, att rättsordningen svårligen kan förläna *skiljeavtalet* verkan att trygga åstadkommandet av en skiljedom. Möjligheten att erhålla en sådan är nämligen i icke ringa grad beroende även av skiljemännen, och skall denna möjlighet tryggas, kan därför detta näppeligen ske enbart på det sätt, att ett avtal *mellan parterna* tillägges vissa verkningar. Enligt de rättsgrundsatser, som allmänt omfattas inom den västerländska kulturens länder, kan ju ett sådant avtal icke gärna reglera förhållandet mellan parterna och skiljemännen. Däremot är det tänkbart, att rättsordningen, vad det inbördes förhållandet mellan parterna beträffar, tillägger skiljeavtalet längre gående verkningar än att möjliggöra igångsättandet av ett skiljeförfarande, nämligen verkningar, som åsyfta att, i vad på parterna ankommer, i möjligaste mån trygga ernåendet av en skiljedom.

Emellertid kan skiljeavtalets syfte medföra, att avtalet i positivt hänseende tillägges ännu mer vittgående verkningar, än vad här sagts. Skiljeinstitutet i sin typiska gestalt syftar ju icke endast till att ernå ett uttalande av skiljemännen om vad som är rätt eller billigt utan till att ernå ett uttalande, som binder parterna, en skiljedom, som definitivt avgör den uppkomna tvistefrågan. Att skiljedomen utrustas med bindande verkan är därför något, som står i bästa samklang med hela skiljeinstitutets struktur. Men vad som kan diskuteras och vad som möjligen kan vara att besvara olika för olika länder och tider, det är frågan, om denna skiljedomens verkan också är att uppfatta såsom en verkan av skiljeavtalet.

I enlighet med vad här utvecklats kommer den följande framställningen att avse dels (under I) frågan om skiljeavtalets verkan att trygga skiljeförfarandets igångsättande, dels (under II) frågan om sådana verkningar, varmed åsyftas att därutöver i möjligaste mån trygga åstadkommandet av en skiljedom, dels ock slutligen (under III) spörsmålet, om och i så fall i vad mån skiljedomens bindande kraft är att betrakta såsom en verkan av skiljeavtalet. Innan jag övergår till att närmare behandla den svenska rättens ställning i här berörda avseenden, vill jag emellertid något dröja vid den historiska utvecklingen ifråga om skiljeavtalets positiva rättsverkan, en utveckling, som instruktivt åskådliggör de olika möjligheter, varav rättsordningen kan begagna sig för att genomföra skiljeavtalets positiva syftemål.

Den romerska rätten tillerkände, på ett omtvistat undantag när[81], icke skiljeavtalet någon självständig rättsverkan i de avseenden, som här intressera[82]. Skiljeavtalets genomfö-

---

81 Tvistefrågan är den, huruvida utvecklingen medförde, att compromissum kunde ingås genom direkt på »sententiae stare» riktade stipulationer. Se litteraturhänvisningarna s. 22 (not 43). Har utvecklingen gått därhän — och det synes mig sannolikt — kan det sägas, att skiljeavtalet i detta undantagsfall hade omedelbar aktionsverkan, gav upphov till en verklig förpliktelse »sententiae stare». Men att märka är, att part icke kunde framtvinga uppfyllelse av förpliktelsen. Dess förhandenvaro visade sig i stället på det sätt, att part åtnjöt skydd genom en actio ex stipulatu, som gick ut på ersättning, uppgående till det intresse, part hade av förpliktelsens fullgörande. En följd härav var emellertid, att förpliktelsen blev illusorisk, när ett sådant i penningar uppskattbart intresse icke lät sig påvisa, något som ju svårligen lät sig göra, innan skiljedomen fällts. Se härom *Delin* s. 111 f.; *Altenrath* s. 9 ff.

82 Jag har i detta sammanhang icke någon anledning att uppmärksamma frågan om skiljeavtalets exceptionsverkan. Det kan emellertid här nämnas, att skiljeavtalet i och för sig aldrig medförde sådan verkan. Endast för det fall, att arbiter ogillat ett mot part framställt anspråk, har det av många (se särskilt *Delin* s. 116 ff.) antagits, att under senare tid denne part kunde vid de utomediktala skiljeavtalen (icke, såsom *Frey* s. 68 återger denna uppfattning, vid de i stipulationsform ingångna) genom en exceptio veluti pacti »ex compromisso» skydda sig mot att samma anspråk gjordes gällande genom rättegång. I senare tid har emellertid förhandenvaron av denna exceptio förnekats; se särskilt *Schulz* s. 120—124; jfr ock *Altenrath* s. 6—8, *Schlegelberger*

rande fingo parterna i stället trygga genom sådana garantiutfästelser, vilka rättsordningen erkände såsom giltiga[83]. Part var alltså icke skyldig att fullgöra skiljeavtalet; han var endast skyldig att, om han ej fullgjorde detsamma, fullgöra garantiutfästelsen, men denna verkade naturligen såsom ett incitament för parten att fullgöra skiljeavtalet. Han kunde ju därigenom förhindra, att garantiutfästelsen gjordes gällande mot honom[84]. Att fullgöra skiljeavtalet åter, det innebar först och främst att ställa sig skiljedomen till efterrättelse (»sententiae stare», »sententia stari»). Men redan tidigt, menar man, tolkades villkoret »si sententiae non steterit» så, att det utfästa vitet förföll, redan om part underlät att göra, vad på honom ankom, för att en skiljedom skulle komma till stånd[85]. Därvidlag har man säkerligen icke att tänka på åtgärder för utseende av skiljemän, ty den romerska rätten uppställde med all sannolikhet kravet, att skiljemännen skulle angivas redan i compromissum[86]. Men åtgärder för skiljeförfarandets igångsättande kunna i allt fall tänkas erforderliga, t. ex. åtgärden att förvissa sig om skiljemännens medverkan[87]. Då källorna

s. 325. Enligt min mening har man dock icke lyckats i nämnvärd mån förringa bevisvärdet av de till stöd för exceptionens förefintlighet åberopade källställena, framför allt L 13 § 1 D 4:8.

83 Se härom närmare s. 2143.

84 Man brukar uttrycka saken så, att allenast garantiutfästelsen stod in obligatione, medan därjämte skiljeavtalets fullgörande stod in solutione.

85 Jfr *Delin* s. 99; *Weizsäcker* s. 60; *André* s. 6; *Frey* s. 72. Annan mening *Bornhak* s. 11.

86 Jfr ovan s. 1061.

87 Det förelåg icke någon medborgerlig plikt att fungera såsom skiljedomare, arbiter ex compromisso, utan parterna hade att genom avtal med den till skiljeman utsedde försäkra sig om dennes medverkan i förfarandet. Detta avtal benämna de romerska rättskällorna receptum arbitrii eller endast receptum. I motsats till skiljeavtalet var receptum ett privilegierat avtal och detta på grund av en bestämmelse i praetorsediktet, vilken löd: »Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam.» Praetorn tvingade således under vissa förutsättningar arbiter att fälla en skiljedom. Detta tvång, som i sista hand utövades medelst multae dictio eller pignoris capio, var av offentligt-rättslig art. För dess påfordrande gavs ingen actio utan en offentligt-rättslig talerätt, en querela. Genom receptum grundades alltså icke

tala om att vitet förföll på grund av parts underlåtenhet att medverka till skiljedomens åstadkommande, är det emellertid fråga om förfarandet inför skiljemännen, framför allt därom, att part icke genom utevaro finge hindra skiljedomens fällande[88].

Det torde vara överflödigt att här i texten närmare följa utvecklingen via Justiniani reformer[89] och den kanoniska rättens huvudsakligen i X 1,43 upptagna bestämmelser om skiljeinstitutet[90]. Det må vara tillräckligt att fastslå, att skil-

något kontraktsförhållande mellan arbiter och parterna. För långt går *Bornhak,* då han, tydligen i avsikt att betona detta, yttrar (s. 21): »Der auf Grund des Kompromisses von den Parteien abzuschliessende Vertrag mit dem Schiedsrichter, das Rezeptum, ist dem römischen wie dem kanonischen Rechte fremd.»

88 Se bland andra källställen L 27 § 4 D 4:8: »Si quis litigatorum defuerit, quia per eum factum est, quo minus arbitretur, poena committetur.»

89 Angående innebörden av dessa reformer hänvisas till den på samma gång koncentrerade och utomordentligt klara framställningen hos *Frey* s. 72 f. En del författare anlägga på de av Justinianus införda nyheterna den synpunkten, att en skiljedom under vissa förutsättningar tillades direkt rättsverkan. Se sålunda *Windscheid* II § 415[4]; *Bornhak* s. 7; *Weizsäcker* s. 58 ff.; *Overesch* s. 39. Detta betraktelsesätt synes emellertid, såsom bland andra *Altenrath* s. 25 f. och efter honom *Frey,* a. st., framhållit, icke vara riktigt.

Då jag här generellt hänvisat till *Freys* framställning i ämnet, anser jag mig böra påpeka en mindre felaktighet i densamma. Frey yttrar (s. 72): »I L 4 C 2,56 föreskref Justinianus nämligen att en på parternas eller skiljemans eller hvarderas ed grundad skiljedom skulle vara för parterna bindande och kunna allt efter omständigheterna göras gällande medelst en actio in factum, condictio ex lege eller actio utilis in rem, *såframt skiljeavtalet icke utgjordes af ett compromissum poena vallatum, i hvilket fall den äldre rätten skulle förblifva gällande*» (här kurs.). Emellertid innehåller icke L 4 C h. t. det allra minsta om det av Frey påstådda undantaget. Det enda stadgande, som över huvud taget berör förevarande spörsmål, är Nov. 82 cap. 11.

90 Den kanoniska rättens ställning till skiljeavtalet är ett omtvistat och föga utrett spörsmål. Att själva grundsynen på skiljeinstitutet var en annan än i romersk rätt, i det att skiljeavtalet betraktades såsom en amicabilis compositio, framhålles på annan plats i detta arbete. Men vad beträffar den viktiga frågan om skiljeavtalets rättsverkningar, vilken historiskt sett står i allra närmaste samband med frågan om skiljeavtalets form, äro meningarna delade.

Vad först angår den senare av dessa frågor, göra vissa författare — så *Mackeldey* § 433 not d), *Littauer* s. 12, *Ulricus Zasius, G. A. Struve* och *J. H. Böhmer* (de tre sistnämnde enligt citat hos *André* s. 14 och 16) — gällande, att den kanoniska rättens bestämmelser innefatta en avgörande brytning med

jeavtalet, sådant det så småningom framträdde i das gemeine Recht, ägde omedelbart förpliktande verkan mellan parterna.

den romerska principen om det formlösa skiljeavtalets bristande rättsverkan och alltså inneburit en nyhet av den mest genomgripande principiella betydelse. Andra åter — så *Linde* s. 12, *Bornhak* s. 19, *Krause* s. 50 f. — hålla före, att den kanoniska rätten på denna viktiga punkt i huvudsak hållit fast vid de justinianska reglerna. Ingendera av de båda motsatta grupperna av författare har aktat för erforderligt att lämna någon mera ingående motivering för sin uppfattning. En enkel hänvisning till källställen, om ens detta, har ansetts tillfyllest. Onekligen verkar det emellertid en smula förbluffande, då såsom huvudsakligt stöd för de diametralt motsatta åsikterna åberopas ett och samma ställe i Decretalerna, nämligen cap. 9 X 1,43. Det föreligger därför anledning till att närmare uppmärksamma sagda ställe, som med skäl kan sägas lämna ett koncentrat av den kanoniska rättens ställning till frågorna i skiljeinstitutets brännpunkt.

Cap. 9 X 1,43, utgör ett av påven Innocentius III år 1214 givet avgörande av ett speciellt fall. Fallet är, om det begränsas till vad som här intresserar, detta: Ärkebiskopen av Pisa har i brev förhört sig hos påven angående verkställigheten av en skiljedom, vilken ena parten, Plebanus, påstod vara ogiltig, bl. a. därför att det till grund för domen liggande skiljeavtalet slutits i partens namn av en person, som visserligen haft generell fullmakt att företräda parten men som saknat särskilt bemyndigande att sluta skiljeavtal eller förlikning. Angående omständigheterna i övrigt vid skiljeavtalets ingående har ärkebiskopen icke nämnt något, och påven är därför nödsakad att giva instruktioner för olika tänkbara eventualiteter, vilket han gör i följande ordalag: »— — — si ex parte Plebani arbitrium receptum fuerit, indistinctè ratum haberi debet, ac per hoc juxta tenorem mandati Apost. executioni mandari. Si verò receptum non fuerit, refert, utrùm fuerit vel non de observando ipsum poena statuta. Et quidem si poena apposita fuit, agi potest ad poenam: at si nulla statuta fuerit, sed simpliciter fuit, quòd staretur sententiae, compromissum: Procurator ad interesse poterit conveniri, quia juramento suo seipsum personaliter, non Ecclesiam poterat obligare. — — —»

Alltså är först och främst tydligt, att en av part godkänd skiljedom kan göras gällande emot honom, oavsett i vilken form skiljeavtalet klätts. Vidare är det otvivelaktigt, att den kanoniska rätten känner den gamla kompromissformen med ömsesidig utfästelse av vite; jfr ock cap. 4 & 13 X h. t. Så kommer emellertid den brännande frågan: om skiljedomen icke godkänts, sedan den blivit fälld, och om poena eller vad därmed jämställts icke ömsesidigt utlovats »sed simpliciter fuit, quòd staretur sententiae, compromissum», vad skall då gälla? Det är förmodligen de senast citerade orden, som givit upphov till åsikten, att förevarande källställe erkänner det formlösa skiljeavtalet (så åtminstone *Littauer* s. 124). Enligt fortsättningen till detta citat gäller nämligen, att part kan föra talan, som går ut på ersättning av det intresse, parten har av löftets uppfyllande. »Procurator ad interesse poterit conveniri», heter

Rättsordningen sökte tillgodose skiljeavtalets positiva syfte dels därigenom, att parterna voro förpliktade att göra allt,

det i det återgivna avgörandet (Om etc. — — —, kan ställföreträdaren tagas i anspråk till intresset). Emellertid är den omedelbart följande förklaringen därtill, att i detta speciella fall ställföreträdaren och icke parten själv eventuellt skulle få svara till intresset, ägnad att förtaga det intryck, som den föregående delen av meningen möjligen kan ha givit därav, att en princip om det formlösa skiljeavtalets bindande kraft varit rådande. Det heter nämligen: »— — — quia *juramento suo* seipsum personaliter, non Ecclesiam (här = Plebanum) poterat obligare.» Det förutsättes alltså, att skiljeavtalet bestyrkes genom ed. I och med denna omständighet förlorar ifrågavarande ställe sitt värde såsom bevis för att den kanoniska rätten erkänt det formlösa skiljeavtalet. Vad här sagts, gäller mutatis mutandis, i ännu högre grad till och med, om cap. 2 X h. t., vilket av *Mackeldey* l. c. också åberopats till stöd för giltigheten av ett formlöst skiljeavtal. Huru Mackeldey i detta sammanhang kunnat åberopa jämväl cap. 13 X h. t., är mig en gåta. Där är nämligen poena utlovad.

Emellertid kan det ifrågasättas, om icke likväl en brytning med äldre grundsatser ägt rum därigenom, att det i c. 1 & 3 X 1,35 de pactis i allmänt hållna ordalag uttalats, att pacta böra hållas. För min del är jag icke benägen att så anse. Att ett rättssystem omfattar en allmän princip om avtals bindande verkan solo consensu, hindrar naturligen ej, att i samma system vid speciella avtalstyper kunna finnas särskilda skäl, som tala för att solus consensus i dessa fall icke är tillfyllest. Och i förevarande fall talar skiljeinstitutets förhistoria ävensom innehållet av åtskilliga cap. i X 1,43 bestämt emot antagandet, att nämnda ställen i X 1,35 skulle åstadkommit en rubbning av dittills gällande principer för skiljeavtalet och skiljedomens förbindande kraft. Det må särskilt erinras därom, att c. 1 X 1,35 är äldre än de justinianska bestämmelserna.

Det återstår att något beröra det nyss omförmälda bruket av ed vid skiljeavtals ingående. Justinianus förlänade aktionsverkan åt en skiljedom i vissa fall, då ed begagnats vid ingående av skiljeavtalet och receptum eller av endera av dessa avtal (jfr not 89). Bestämmelserna ifråga upphävdes emellertid genom Nov. 82 cap. 11. I den kanoniska rätten fann eden som bekant en vidsträckt användning. Av cap. 2 & 9 X h. t. framgår, att den åter tagits i bruk vid ingåendet av skiljeavtal och receptum. *Bornhak* (s. 19) synes hålla före, att det är de justinianska reglerna i ämnet, vilka återinförts, och i detta hänseende är jag ense med honom. Jag kan härvidlag hänvisa till en svensk medeltidsurkund, DS 4081 (anno 1346), i vilken otvivelaktigt kanoniska rättsregler kommit till uttryck; jfr DS 1992 (a. 1314), 2626 (a. 1327) och 2637 (a. 1327). Vid ett studium av urkundens innehåll kommer man snart underfund därmed, att det är de justinianska bestämmelserna om ed, vilka här gå igen. Angående eden såsom kompromissform se i övrigt *André* s. 8 ff., särskilt det citerade uttalandet av *Bartolus* ad L 4 C 2,55 (56), ävensom *S. Frey* s. 232. Sistnämnde förf. s. 34 och 76 f. (motsägande uppgift å s. 174) yttrar

vad på dem ankom, för att sätta skiljemännen i stånd att fälla skiljedomen, dels ock därigenom, att parterna hade skyldighet att underkasta sig skiljedomen[91].

Emellertid har på senare tid, i nära anslutning till den lära, som för civilprocessens del förkunnats av *Bülow*[92], den uppfattningen gjorts gällande, att skiljeavtalet visserligen binder parterna, underkastar dem skiljenämnden, men icke förpliktar dem till prestationer[93]. Härvidlag har man kommit att särskilt rikta sin uppmärksamhet på frågan om utseendet av skiljemän. Eftersom dessa numera ej, såsom antagligen var fallet i romersk och såsom med säkerhet gällde i kanonisk rätt, behöva utses redan i skiljeavtalet utan tvärtom i regel icke bruka nämnas däri, har frågan om parternas förpliktelse att utse skiljemän blivit en av de mest uppmärksammade frågorna i diskussionen om skiljeavtalets förpliktande verkan. Att utse skiljeman är enligt den nämnda meningsriktningen icke någon

---

ifråga om den offentligträttsliga kompromissen i Norditalien under tolvte och trettonde århundradena, »dass der Eid ein notwendiges Element des Kompromisses war». Om än bruket av ed såsom förstärkning av skiljeavtalet tydligen varit mycket omfattande, torde det dock kunna betvivlas, att eden utgjort ett nödvändigt element i kompromissen. I varje fall stämmer Freys uttalande icke överens med reglerna i X.

Om det bortses från den genom Nov. 82 cap. 11 åstadkomna förändringen, är jag för min del med hänsyn till vad här utvecklats benägen att instämma i *Bornhaks* yttrande (s. 19): »Für die Form des Kompromisses hatte noch das kanonische Recht an den Bestimmungen des römischen festgehalten.»

Om den kanoniska rätten känt det formlösa skiljeavtalet, utgör densamma den etapp i utvecklingen, då man nått fram till det med förpliktande verkan utrustade skiljeavtalet. Men även om det formlösa skiljeavtalet icke erkänts, är det antagligt, att den kanoniska rätten betraktat skiljeavtalet såsom ett förpliktande avtal. Man har med all sannolikhet icke längre uppfattat skiljeavtalets förstärkningar såsom det primära, utan man torde betraktat skiljeavtalet såsom ett formfordrande avtal, som grundade en obligatio sententiae stare (med allt vad däri innefattades). Jfr särskilt *Littauer* s. 11 f.

91 Jfr *Winscheid* II § 415 samt ovan s. 21 ff.

92 I avhandlingen Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, i CA Bd 62 (1879).

93 *Hellwig,* System II s. 114.

skyldighet för parten; motparten kan ej föra talan om hans förpliktande därtill eller rygga skiljeavtalet till följd av kontraktsbrott[94]. Denna uppfattning bygger här på den i moderna lagar förekommande bestämmelsen, att om part, som skall utse skiljeman, icke efter anfordran av motparten gör detta inom viss lagstadgad frist, i lag angiven myndighet skall på motpartens begäran i partens ställe utse skiljeman[95]. Förefintligheten av en förpliktelse att utse skiljeman är sålunda icke nödvändig för att part skall kunna få till stånd ett skiljeförfarande även gentemot en tredskande motpart. Denne senare går tvärtom förlustig en förmån, om han icke i rätt tid efterkommer anfordran. Att utse skiljeman blir icke längre en skyldighet utan en rätt, en rätt, som prekluderas, om den icke utövas inom föreskriven tid[96]. — En av denna uppfattnings förkämpar, *Kohler*[97], uttalar sig i enahanda riktning om parts medverkan för sakens utredning inför skiljemännen — här ligger ju parallellen med Bülows lära än närmare. »Bezüglich des Schiedsverfahrens», säger Kohler, »(besteht) keine Einlassungspflicht: die Schiedsrichter hören die Parteien, soweit sie sich hören lassen.» — Vad slutligen beträffar frågan om skiljedomens bindande kraft, har den moderna doktrinen icke upptagit denna fråga i förevarande sammanhang. Av förklarliga skäl går den berörda meningsriktningen icke så långt, att den betraktar parts fullgörande av en skiljedom såsom en förmån, en rätt, som det står i partens eget intresse att utöva, enär han eljest går densamma förlustig och motparten med skiljedomens fullgörande förbundna intresse tillgodoses på exekutiv väg.

Då jag härmed avslutar den lämnade schematiska redogö-

---

94 Se *Hellwig,* System II s. 111 f.; *Kohler,* Beiträge s. 176.

95 Se t. ex. tyska ZPO §§ 1029 och 1031; österrikiska ZPO § 582, norska tvistemaalsloven § 455; finska skml. § 10.

96 Se särskilt *Hellwig,* a. st.

97 Beiträge s. 176.

relsen för de medel, varmed under olika tids- och samhällsförhållanden skilda rättsordningar sökt genomföra skiljeavtalets positiva syftemål, må, vad beträffar den omförmälda, inom tysk doktrin uppkomna läran, till det sagda fogas den anmärkningen, att här lämnas därhän, huruvida denna lära verkligen utgör ett adekvat uttryck för den i dess hemland gällande rättsordningen[98]. Vad som i detta sammanhang intresserar, är blott det, att läran visar nya vägar för genomförandet av syftet med skiljeavtalet. Huruvida dessa vägar i verkligheten beträtts eller icke, det är ett spörsmål, som må besvaras med hänsyn tagen till de särskilda förhållandena i den positiva rätt, varom i varje fall kan vara fråga. Jag övergår härmed till en undersökning av den svenska rättens ståndpunkt i förevarande avseenden.

§ 17. I. Verkningar av skiljeavtalet, vilka avse att trygga skiljeförfarandets igångsättande.

Att den svenska rättsordningen, i syfte att för part möjliggöra åstadkommandet av ett skiljeförfarande även vid motpartens tredska, tillerkänner skiljeavtalet omedelbar rättsverkan, är något, som knappast behöver nämnas. Vari denna rättsverkan består, är däremot en fråga, som tarvar en ingående utredning. Först gäller det att fastslå, vilka åtgärder som erfordras för att ett skiljeförfarande skall kunna komma till stånd. Därpå är att uppmärksamma frågan, på vad sätt rättsordningen garanterar, att de erforderliga åtgärderna vidtagas.

---

98 Därom råda delade meningar. Av mera kända författare, som på senare tid uttalat sig till förmån för den gamla uppfattningen, »dass jede Partei verpflichtet ist, an der Erreichung des Zieles der Schiedsgerichtsklausel mitzuwirken», må nämnas *Rosenberg* s. 550 f. och *Nussbaum* i IJ I s. 12.

1) Vilka åtgärder erfordras för skiljeförfarandets igångsättande?

Om skiljeavtalet icke slutes under sådana omständigheter, att detsamma omedelbart skall träda i tillämpning, erfordras för skiljeförfarandets igångsättande, att part påkallar tillämpning av skiljeavtalet. Vid denna i och för sig betydelsefulla åtgärd, vartill intressanta rättsspörsmål anknyta, saknas emellertid anledning att här dröja. Det kan visserligen betecknas såsom en positiv verkan av skiljeavtalet, att detta giver parterna rätt att vid behov påkalla ett skiljeförfarande, men denna verkan är något, varom ej behöver särskilt ordas. Det är ju ingalunda något anmärkningsvärt, att ett av rättsordningen erkänt avtal ger kontrahenterna rätt att påfordra dess tillämpning. För övrigt är det icke i detta sammanhang av intresse att uppmärksamma, vilka åtgärder den part, som önskar genomföra skiljeförfarandet, själv har att vidtaga. Då det här är fråga om skiljeavtalets verkningar, komma endast i betraktande sådana för skiljeförfarandets åstadkommande erforderliga åtgärder, vilkas vidtagande av andra personer part på grund av skiljeavtalet sättes i stånd att framkalla. Partens egna handlingar hava blott karaktären av förutsättningar för den rätt i berörda avseende, vilken skiljeavtalet medför för honom. Vad som här intresserar, är därför den frågan, vilka de åtgärder äro, som erfordras för att en part, som i vederbörlig ordning påkallar skiljeavtalets tillämpning och själv fullgjort, vad på honom ankommer för skiljeförfarandets igångsättande, också skall få ett sådant förfarande till stånd.

Vid besvarandet av detta spörsmål har man att särskilja två fall. Det ena är det numera mindre vanliga fallet, då skiljemännen hava utsetts redan i skiljeavtalet. I dylikt fall bortfaller ju frågan om utseendet av skiljemän och om underrättelse till motparten angående det av parten träffade valet. Men skiljemännen måste ju ha vetskap om vad saken gäller;

det måste förebringas ett visst material, på vilket de kunna grunda sitt avgörande. De åtgärder, som ha till syfte att bibringa skiljemännen kunskap i berörda avseende, äro emellertid så gott som uteslutande att hänföra till själva förfarandet inför skiljemännen. Den enda underrättelse till dessa, vilken synes erforderlig för förfarandets igångsättande, torde vara den påkallande partens begäran, att skiljemännen skola sammanträda, och denna åtgärd kommer såsom den påkallande partens egen, enligt vad förut framhållits, icke i betraktande i detta sammanhang. Emellertid kan det vara erforderligt, att åtgärder vidtagas i ett annat hänseende. Det föreligger icke någon medborgerlig plikt att fungera såsom skiljeman, och ha ej de utsedda skiljemännen redan vid tidpunkten för skiljeavtalet åtagit sig skiljemannavärvet, är det därför nödvändigt, att parterna genom överenskommelse med skiljemännen försäkra sig om deras medverkan till skiljeförfarandet.

Hava åter skiljemännen ej utsetts i skiljeavtalet, erfordras tydligen, utöver vad här sagts, att sådana utses, varjämte för vissa fall underrättelse till motparten om företaget val är av nöden.

I övrigt synes någon i detta sammanhang ifrågakommande åtgärd endast såtillvida erforderlig, som det i fall, då skiljemän skola utses av tredje man, är nödvändigt, att denne underrättas härom och uppmanas att företaga valet. Detta kan emellertid helt enkelt ske därigenom, att endera parten hänvänder sig till tredje mannen. Någon åtgärd från motpartens sida är icke erforderlig.

De åtgärder, som komma ifråga i förevarande sammanhang, äro sålunda utseendet av skiljemän (jämte underrättelse om företaget val) och anstalter för träffandet av s. k. skiljemannaavtal. Det blir en uppgift, som skall behandlas i det närmast följande avsnittet (nedan under 2), att undersöka, på vad sätt rättsordningen garanterar, att dessa för skiljeförfarandets igångsättande erforderliga åtgärder vidtagas. Innan

jag går in på denna fråga, tarvar det emellertid bekräftelse, att det här gjorda särskiljandet emellan utseende av skiljemän och åtgärder för träffande av skiljemannaavtal verkligen överensstämmer med lagen. Det är nämligen icke alldeles otänkbart, att lagen, då den talar om utseende eller val av skiljemän, avser båda de nämnda momenten sammanfattade. Sålunda kan det val av skiljeman, varom part är enligt 7 § skml. pliktig att inom viss tidsfrist underrätta motparten, tänkas innebära, icke blott att parten bestämmer sig för en viss person såsom skiljeman utan även att han försäkrar sig om dennes medverkan i skiljeförfarandet. Den påkallande partens intresse av förfarandets igångsättande blir ju icke, i den mån så kan ske genom åtgärder av motparten, tillgodosett enbart därigenom, att den senare beslutat taga en viss person till skiljeman, utan först därigenom, att den påkallande också kan räkna med denne persons medverkan till förfarandets genomförande.

Då det i 9 § skml. talas om den, som »blivit genom skiljeavtalet utsedd till skiljeman», är det tydligt, att med utseende av skiljeman avses allenast dennes angivande i skiljeavtalet. Att skml., då den i 6—8 §§ ävensom i 10 § talar om val av skiljemän, skulle åsyfta något annat, än när den brukar vändningen utseende av skiljemän, är föga troligt. Tvärtom ger ett studium av dessa §§ vid handen, att utseende och val av skiljemän äro enligt skml. fullt identiska begrepp (se särskilt 10 § 2 st.). Ej heller tyder skml:ns förhistoria därpå, att under uttrycken välja och utse inbegripas åtgärder för träffande av skiljemannaavtal. Jag tolkar därför skml. så, att part, som bestämt sig för en viss person såsom skiljeman och därom inom tid och på sätt som i 7 § sägs underrättat motparten, fullgjort, vad honom åligger med avseende å val av skiljeman, även om han icke vidtagit någon åtgärd för att förmå den utsedde personen att åtaga sig skiljemannavärvet. Riktigheten av denna tolkning bekräftas av vad som senare

anföres om skiljemannaavtalet[99]. Varken 3 eller 8 § blir alltså tillämplig i sådant fall[100].

2) Frågan, på vad sätt rättsordningen garanterar, att de för skiljeförfarandets igångsättande erforderliga åtgärderna vidtagas.

a) *Utseendet av skiljemän (jämte motpartens underrättande om företaget val).*

I fall, då skiljemän ej utsetts redan i skiljeavtalet, kan likväl uti detta hava bestämts eller kunna parterna eljest hava överenskommit, till vilket antal och på vad sätt skiljemännen skola utses. Valet av skiljemän kan hava överlämnats åt tredje man, t. ex. åt någon industriell eller kommersiell institution, eller den bestämmelsen kan hava träffats, att parterna skola gemensamt utse en eller flera skiljemän, eller ock kan, såsom vanligen sker, där någon bestämmelse över huvud taget givits, hava överenskommits, att parterna skola var för sig utse skiljemän. I regel avtalas i sistnämnda fall, att parterna skola välja var sin skiljeman och de sålunda utsedde en tredje. Teoretiskt tänkbart, ehuru utan all praktisk betydelse, är slutligen det fall, att utseendet av skiljemän gjorts beroende av någon tillfällighet, någon oviss händelse i framtiden[101]. Av dessa

99 Se därom nedan s. 224 ff.

100 Detta är särskilt av betydelse, vad den förra §:n angår. Vad åter beträffar 8 §, spelar det ej någon nämnvärd roll, att densamma icke blir tillämplig, enär den påkallande partens intresse därav, att den till skiljeman utsedde åtager sig och fullgör skiljemannavärvet, tillgodoses på ungefär samma sätt, som om §:n verkligen varit tillämplig, nämligen genom stadgandet i 10 § 3 st. Med avseende å detta intresse blir det för denne part blott den skillnaden, att han enligt den givna tolkningen kan hos överexekutor påkalla utseendet av ny skiljeman, först sedan det visat sig, att den förut utsedde skiljemannen icke befattat sig med skiljeförfarandet på sätt, som kräves för dess vederbörliga fortgång, medan parten, om 8 § varit tillämplig, kunnat framställa sådant yrkande omedelbart efter utgången av den i 7 § omförmälda fjortondagarsfristen.

101 Jfr *Schwarz* s. 49.

fall kan det sistnämnda lämnas helt åsido. Ej heller påkallar det fall, att skiljemän skola utses av tredje man, någon uppmärksamhet i detta sammanhang. I händelse av tredje mannens underlåtenhet att inom skälig tid utse skiljeman förfaller i regel skiljeavtalet, såvitt gäller den tvist, varom fråga är (jfr 8 § 2 st. skml.). Under alla förhållanden är det tydligt, att om det i förevarande fall över huvud taget är möjligt att med rättsordningens hjälp trygga utseendet av skiljemän, detta tryggande likväl icke sker på det sättet, att skiljeavtalet tillägges vissa rättsverkningar.

Någon uppmärksamhet kräver däremot det fall, att parterna skola gemensamt utse skiljemän. Här möter frågan, hur det ställer sig, om parterna icke kunna enas om valet. I dylikt fall är icke den subsidiära bestämmelsen i 6 § skml. användbar, ty för dess tillämplighet erfordras icke blott att parterna ej enats om skiljemännen, utan även att de ej heller överenskommit, till vilket antal och på vad sätt skiljemännen böra utses. Då icke heller bestämmelserna i 7 § och 8 § 1 st. äro tillämpliga, torde man i förevarande fall ej kunna komma till annat resultat, än att skiljeavtalet, såvitt den ifrågavarande tvisten angår, förfaller, om enighet ej kan uppnås inom skälig tid efter påkallandet av avtalets tillämpning (jfr 8 § 2 st. skml.).

Det fall, som tilldrager sig det ojämförligt största intresset och som i fortsättningen av förevarande under a) upptagna avsnitt skall ensamt uppmärksammas, är det, att parterna var för sig skola välja skiljemän. Så skall ske icke blott, då parterna avtalat därom, utan även, till följd av stadgandet i 6 § skml., då parterna ej enats om skiljemännen och ej heller överenskommit, till vilket antal och på vad sätt dessa böra utses. I sistnämnda fall skola skiljemännen vara tre, av vilka vardera parten väljer en och de sålunda valda tillkalla den tredje. För förevarande fall ges bestämmelser i 3, 7, 8 och 10 §§ skml. För att ställa dessa bestämmelser i en riktig belys-

ning är det emellertid nödvändigt att beakta jämväl den förut gällande rätten.

I 1887 års lag enligt dess ursprungliga lydelse stadgades bl. a.:

(6 §) Skola parterne hvar för sig välja skiljemän, och har endera parten skriftligen underrättat motparten om sitt val, vare denne, der ej annorlunda är genom skiljeaftalet bestämdt, pligtig att inom fjorton dagar derefter lemna den andra parten skriftlig underrättelse om sitt val af skiljeman. — (7 § 2 st.) Afgår skiljeman, som eljest (d. v. s. på annat sätt än genom skiljeavtalet) blifvit af part utsedd, välje parten annan skiljeman i hans ställe; och gälle om sådant val i tillämpliga delar hvad i 6 § är stadgadt. Skulle skiljeman, som sålunda blifvit af part vald i afgående skiljemans ställe, afsäga sig uppdraget eller af jäf eller annan anledning vara hindrad att detsamma fullgöra, förfares såsom i 9 § sägs. — (9 § 1 st.) Tredskas part, som skall välja skiljeman, att fullgöra hvad honom i sådant afseende åligger, — — — skall, så vida ej skiljeaftalet innehåller annan bestämmelse, skiljeman utses af överexekutor i den ort, der endera parten har sitt bo och hemvist. — (10 §) Har, sedan yrkande om skiljeaftalets tillämpning blifvit framställdt, part bestridt yrkandet, eller har part, som skolat välja skiljeman, försummat fullgöra hvad honom i sådant afseende ålegat, och vill motparten, hellre än att vidare påkalla skiljedom i tvisten, sin talan deri vid domstol utföra, må skiljeaftalet ej utgöra hinder för tvistens pröfning vid domstol.

Då det i 6 § talas om att part är pliktig att för visst fall lämna motparten underrättelse om sitt val av skiljeman, ligger det nära att antaga, att han också är »pliktig» att företaga detta val. Att en sådan »plikt» föreligger, ge jämväl de följande §§ vid handen. Det talas i 9 § därom, att part, som skall välja skiljeman, tredskas att fullgöra, vad honom i sådant avseende åligger, och 10 § därom, att part, som skolat välja skiljeman, försummat fullgöra, vad honom i sådant avseende ålegat. Även i Nya LB:s motiv till förevarande §§ finner man ett uttalande i samma riktning. Det heter där (s. 22), att föreskrift givits »om skyldighet för part att inom viss tid, sedan han erhållit skriftlig underrättelse om motpartens val af skiljeman, sjelf fullgöra det val, som på honom ankommer, och på derom af motparten framställd förfrågan lemna skriftlig underrättelse om sitt val».

Enligt ordalydelsen av 1887 års lag förelåg sålunda en skyldighet eller förpliktelse för part att utse skiljeman. Att

en sådan skyldighet förefanns, var också uppfattningen inom rättspraxis. De allmänt tillgängliga rättsfallssamlingarna uppvisa redan före tillkomsten av 1887 års lag mål, som avse talan om motpartens förpliktande att utse skiljeman. I ett rättsfall, refererat i NJA 1884 s. 14, hade, för den händelse viss skiljeklausul vore tillämplig, yrkats, att P., i egenskap av förmyndare för omyndiga parter, måtte åläggas vid lämplig påföljd att inom viss tid utse gode män. Göta hovrätt förklarade, att tvisten skulle avgöras av gode män, samt att G. och medparter ägde, därest P. skulle undandraga sig valet av skiljemän, mot honom särskilt anhängiggöra och utföra den talan, som därav kunde föranledas. HD fann icke skiljeklausulen tillämplig. Hovrättens dom kan ej anses riktig: i stället för att uttala sig om kärandeparternas yrkande, att P. måtte åläggas utse gode män, ger hovrätten det beskedet, att talan därom, om så behövdes, finge föras en annan gång. Men hovrättens dom visar i allt fall, att en sådan talan ansågs kunna föras. — Ett annat rättsfall, refererat i NJA 1886 s. 398, visar klart, varthän en sådan talan ledde i händelse av bifall: HD förpliktade part att inom två månader från dagen för Kungl. Maj:ts dom hava utsett en kompromissarie och därom underrättat motparterna, vid äventyr att eljest KB i Gävleborgs län finge uppå ansökning av dessa sådan kompromissarie nämna. — Enligt vad ett par på 1890-talet avgjorda rättsfall utvisa, fortsatte praxis på den sålunda beträdda vägen även efter tillkomsten av 1887 års lag[102].

Då här åberopas vissa rättsfall såsom stöd för påståendet, att part ansågs skyldig att utse skiljeman, anser jag mig emellertid böra framhålla, att samma rättsfall av en författare åberopats i rakt motsatt riktning. Det finnes nämligen inom doktrinen ett uttalande av *Frey* (s. 107), vilken anser den omtalade rättspraxis stå i full harmoni med den uppfattning i hithörande frågor, vartill Frey själv ansluter

[102] Se NJA 1895 s. 39 (som dock rör s. k. judiciellt skiljeförfarande) och 1897 s. 391.

sig, nämligen att parts på skiljeavtalet grundade »förpliktelse» att utse skiljeman närmast torde vara att betrakta i analogi med övriga part åliggande processuella »skyldigheter», vilka enligt Freys mening strängt taget endast innebära befogenhet att handla, därest den vid parts underlåtenhet att begagna sig av denna möjlighet inträdande legaldispositionen vill av part undvikas[103]. — För min del kan jag icke inse, att den svenska rättspraxis harmonierar med en sådan uppfattning som Freys. Om det endast förelåge en befogenhet att utse skiljeman, huru skulle då den påkallande parten kunna med framgång föra talan om motpartens förpliktande att utse sådan? Har man väl någonsin eljest hört talas därom, att en person skulle kunna föra talan om att få fastställd en motparten tillkommande befogenhet? Vad som föranlett Frey till hans påstående synes vara beskaffenheten av det utsatta äventyret: part förelägges icke, såsom skett i finsk praxis, vid vite att fullgöra, vad honom åligger med avseende å val av skiljeman, utan det utsättes äventyret, att vid parts underlåtenhet skiljeman må på motpartens ansökan utses av överexekutor. Detta äventyr innebär emellertid, såvitt jag förstår, blott ett medel, som mera effektivt och snabbt leder till att tillgodose den påkallande partens intresse och därför ansetts lämpligare. Att det däremot skulle förelegat något verkligt hinder för att även i svensk rätt, sådan denna gestaltade sig enligt 1887 års lag, tillgripa vitesföreläggande, kan jag icke finna.

Förutom den hittills omtalade rättspraxis förekom även i ett annat hänseende hos de rättstillämpande myndigheterna en praxis, som likaledes står i bästa överensstämmelse med den nämnda uppfattningen, att det åvilade part en förpliktelse att utse skiljeman. Enligt vad som upplystes under förarbetena till de år 1919 vidtagna förändringarna i skml. var det dessförinnan praxis, att om den försumlige parten förrättade sitt val av skiljeman och därom på föreskrivet sätt

103 Se *Frey* s. 106.

underrättade motparten, innan ännu överexekutor på dennes ansökan hunnit utse skiljeman, överexekutor lät bero vid det av parten efter fristens utlöpande företagna valet[104]. Denna praxis torde väl, enligt vad som också upplystes, närmast ha berott på den gängse tolkningen av ordet »tredskas» i 9 §[105], och att sätta den i något mera omedelbart samband med den omtalade pliktsynpunkten vore säkerligen förfelat. Icke desto mindre förtjänar det att framhållas, att omförmälda praxis på det allra bästa harmonierar med nämnda synpunkt — förpliktelsen upphör icke därigenom, att den ej fullgöres inom föreskriven tid; prestation kan ske, ända till dess fullgörandet ersatts av den exekutiva åtgärden. Däremot är samma praxis fullkomligt oförenlig med den uppfattning, enligt vilken utseendet av skiljeman blott innefattade utövningen av en part tillkommande rätt, som prekluderades, om den ej utövades inom den föreskrivna fjortondagarsfristen.

I de bestämmelser, för vilka här redogjorts, vidtogos år 1919 vissa förändringar. Dessa, som föranletts av en vid 1918 års riksdag inom första kammaren väckt motion[106], avsågo att förhindra obstruktion från såväl parternas som skiljemännens sida. I vad angick den förut omtalade bestämmelsen i 9 § 1 st., framhölls i den till grund för lagändringen liggande Kungl. propositionen[107], att den ovan omförmälda praxis, enligt vilken överexekutor läte bero vid ett av parten efter fjortondagarsfristens utlöpande företaget val, innebure, att sagda frist i själva verket komme att förlängas. För att undvika detta hade man i ett utkast till lagförslaget utbytt ordet »tredskas» mot ordet »försummar», men då departementschefen funnit, att sistnämnda ord »måhända kunde anses förutsätta en underlåtenhet, som från parts sida vore avsiktlig eller

104 Se K. prop. nr 384 till 1919 års riksdag s. 13 o. 30.

105 Jfr *Trygger* i TfR 1895 s. 252.

106 Av greve Spens. Se motion nr 58 i första kammaren, lagutskottets utlåtande nr 10, andra kammarens protokoll för den 6 mars 1918, e. m., § 2, samt riksdagens skrivelse nr 55 samma år.

107 K. prop. nr 384 till 1919 års riksdag s. 13 o. 30.

hade sin grund i något partens vållande», ersattes ordet »försummar» i sin tur med ordet »uraktlåter». Huru departementschefen uppfattade, vad som efter detta utbyte skulle bliva gällande rätt, framgår av ett uttalande, som omedelbart ansluter sig till ordet »uraktlåter». Departementschefen yttrade: »Genom underlåtenheten att företaga sitt val före fristens utgång har parten förlorat sin valrätt. Parten erhåller härigenom intresse av att icke fördröja sitt val, och skiljemannaförfarandets början påskyndas.» Då det av departementschefen nämnda syftet att förebygga den av praxis omfattade tolkningen ansågs av lagrådet skola säkrare vinnas, därest såsom villkor för överexekutors ingripande angåves, att partens åliggande i avseende å val av skiljemän ej fullgjordes, erhöll 9 § slutligen i Kungl. propositionen följande lydelse i hithörande del: »Fullgöres ej vad part, som skall välja skiljeman, i sådant avseende åligger, — — — vare lag som i 8 § första stycket sägs» (d. v. s. skiljeman skulle, såvida ej skiljeavtalet innehölle annan bestämmelse, utses av överexekutor i den ort, där endera parten hade sitt bo och hemvist). I den återgivna avfattningen blev stadgandet upphöjt till lag. — Utav övriga i skml. vidtagna ändringar är här endast anledning att framhålla den, att vändningen i 10 § »Har part — — — *försummat fullgöra* vad etc.» ersattes av uttrycket »Har part — — — *ej fullgjort* vad etc.»

I en uti förevarande avseende väsentligen oförändrad gestalt upptogos de ifrågavarande bestämmelserna i 1929 års lag, där det bl. a. stadgas:

(3 §) Har, sedan yrkande framställts om skiljeavtals tillämpning, part bestritt yrkandet, eller har part, som skolat välja skiljeman, ej fullgjort vad honom i sådant avseende åligger, och vill motparten, hellre än att vidare påkalla skiljedom i tvisten, utföra sin talan vid domstol, må skiljeavtalet ej utgöra hinder för tvistens prövning vid domstol. — (7 § 1 st.) Skola parterna var för sig välja skiljemän, och har endera parten skriftligen underrättat motparten om sitt val, vare denne, där ej annorlunda är överenskommet, pliktig att inom fjorton dagar lämna den andra parten skriftlig underrättelse om sitt val av skiljeman. — (8 § 1 st.) Fullgör ej part, som skall välja skiljeman,

vad honom i sådant avseende åligger, — — — skall, såvitt ej parterna annorlunda överenskommit, skiljeman på parts ansökan utses av överexekutor.

Den föregående framställningen ger vid handen, dels att enligt 1887 års lag i dess ursprungliga skick förelåg en skyldighet för part att efter vederbörlig uppmaning utse skiljeman och därom underrätta motparten, dels att år 1919 vidtogos vissa förändringar, som ge anledning att ifrågasätta, huruvida icke den svenska rätten numera får anses intaga en annan ståndpunkt. I den Kungl. proposition, som låg till grund för 1919 års lagändringar, skymtar fram ett betraktelsesätt, till synes rakt motsatt det, som på sin tid Nya LB anlade beträffande val av skiljeman. Departementschefen talar om en parten tillkommande valrätt, en rätt, som prekluderas, om den icke utövas inom den föreskrivna tiden[108]. Emellertid är departementschefens uttalande icke lag. Frågan blir, om det också kan påstås, att skml. i sin förändrade avfattning givit uttryck åt ett nytt betraktelsesätt. Denna fråga är icke lätt att besvara. Vad först angår lagens terminologi, måste det erkännas, att ur lagen utmönstrats de uttryck, som alldeles särskilt tydde på förhandenvaron av en förpliktelse att utse skiljeman. Dock kvarstå fortfarande vissa uttryck, som visserligen ej i samma grad peka i den angivna riktningen men likväl kräva ett visst beaktande i detta sammanhang. Lagen talar alltjämt därom, att part är pliktig att underrätta motparten om sitt val av skiljeman, men denna omständighet kan icke tillmätas någon större betydelse, eftersom underrättelse-

108 Åtminstone är detta fallet uti det i texten återgivna uttalandet. Däremot kan möjligen ett annat yttrande av departementschefen tydas i annan riktning. Dep.-chefen säger: »Den nu vidtagna ändringen har föranletts därav, att ordet 'försummar' måhända kunde anses förutsätta en underlåtenhet, som från parts sida vore avsiktlig eller hade sin grund i något partens vållande. Den för inträde av överexekutors valrätt avgörande omständigheten bör emellertid vara allenast den, att val inom utsatt tid ej av part förrättats, oavsett skälen till partens uraktlåtenhet.» Detta kan möjligen vara att utläsa, som om överexekutors »valrätt» skulle inträda, vare sig underlåtenheten att uppfylla en förpliktelse att utse skiljeman kunde läggas parten till last eller icke. Jfr framställningen längre fram i texten.

plikt icke nödvändigt förutsätter valplikt. Ej heller torde man böra lägga någon särskild vikt vid orden »skola», »skall» och »skolat» i 7, 8 och 3 (förutvarande 6, 7 och 10) §§[109]. Dessa ord behöva nämligen icke fattas annorlunda, än om där stått: »Tillkommer det parterna att var för sig» etc. Vad slutligen beträffar uttrycket i 8 § »vad part, som skall välja skiljeman, *i sådant avseende åligger*» ävensom motsvarande uttryck i 13 §, kan detta uttryck väl tolkas såsom alltjämt tydande på förefintligheten av en valplikt, men uttrycket blir ej heller oförklarligt, om man antager förhandenvaron av allenast en underrättelseplikt. Man torde alltså kunna påstå, att lagens terminologi icke på samma sätt som förut visar hän mot förhandenvaron av en skyldighet att utse skiljeman. Men terminologien ger ej heller något som helst stöd för det motsatta betraktelsesättet. Hade man endast att taga hänsyn till lagens uttryckssätt, vore man fullt fri att anlägga, vilkendera som helst av de berörda synpunkterna. Man kan då fråga sig: Om lagens ord lämnar rum för en sådan valfrihet, bör man icke då taga hänsyn till syftet med den företagna lagändringen? Förvisso bör man det, men därvidlag är att märka, att lagändringen icke alls åsyftade att genomföra någon ny princip. Den fullföljde uteslutande praktiska syften. Att ordet »tredskas» ströks ur lagen, berodde icke därpå, att man ville giva uttryck åt någon ny teoretisk åskådning, utan därpå, att man ville undvika olägenheten, att den föreskrivna fristen de facto förlängdes. Och att ordet »försummat» utmönstrades ur förutvarande 10 §, samt att ej heller ansågs lämpligt att i den äldre lagens 9 § tala om parts försummelse, berodde därpå, att man ville framhålla, att orsaken till uraktlåtenheten saknade betydelse. Men man kan icke av sistnämnda omständigheter draga den slutsatsen, att underlåtenheten att utse skiljeman icke mer skulle kunna betraktas såsom en pliktförsummelse.

---

109 I 7 §: »Skola parterna var för sig välja skiljemän — — —»; i 8 §: »— — — part, som skall välja skiljeman, — — —»; i 13 §: »— — — part, som skolat välja skiljeman, — — —».

Sagda omständigheter kunna lika väl anses tyda därpå, att vare sig uraktlåtenheten vore att betrakta såsom en försummelse eller icke, skulle den medföra den ifrågavarande rättsverkan[110]. Dessa lagändringens praktiska syftemål förändras icke av departementschefens uttalande om huru han uppfattade den ordning, som skulle komma att gälla, därest den föreslagna reformen genomfördes. Departementschefens uttalande ger endast uttryck åt hans egen uppfattning och är icke bindande. Man kan ej slå sig till ro med en hänvisning till till denna uppfattning utan får själv undersöka, om preklusionssynpunkten verkligen bättre än den gamla pliktsynpunkten motsvarar det förändrade läget.

Skall man undersöka, huruvida det föreligger en skyldighet att utse skiljeman eller allenast en befogenhet eller en rätt därtill, har man uppenbarligen att fästa sig vid påföljden av parts underlåtenhet att på motpartens i vederbörlig ordning framställda begäran förrätta val av skiljeman. Denna påföljd är den, att det står motparten fritt att välja, huruvida han fortfarande vill påkalla skiljedom, i vilket fall han äger få skiljeman utsedd av överexekutor i den ort, där endera parten har sitt bo och hemvist, eller om han hellre än att vidare påkalla skiljedom vill utföra sin talan vid domstol, något varför skiljeavtalet i så fall icke längre utgör hinder.

Betraktar man närmare den nämnda påföljden, torde man finna, att den åt den påkallande parten inrymda befogenheten att utan hinder av skiljeavtalet utföra talan vid domstol i hög grad ter sig såsom en rätt att helt eller delvis frånträda skiljeavtalet på grund av medkontrahentens underlåtenhet att fullgöra en förpliktelse, som åligger honom till följd av avtalet[111]. I vad påföljden åter går ut därpå, att den påkallande parten har rätt att få skiljeman utsedd av överexekutor, förefaller

110 Jfr ovan not 108.

111 Jfr *Berglund* I s. 584, vilken förf. menar, att man i 10 § av 1887 års lag »närmast kan se ett uttryck för en civilrättslig tanke, rätten att häva avtalet på grund av motpartens avtalsstridiga beteende».

det svårare att betrakta den såsom en påföljd för underlåtenhet att fullgöra en förpliktelse. Underlåtenheten har ju till följd, att den underlåtande icke längre får utse skiljeman. Alltså kan det tyckas, som om man, därest man antoge förhandenvaron av en förpliktelse att utse skiljeman, skulle komma till det egendomliga resultatet, att förpliktelsen upphörde, om den icke fullgjordes[112]. Ett sådant resultat vore uppenbarligen icke antagbart. Visserligen kan det ju väl inträffa, att underlåtenhet att fullgöra en förpliktelse leder därhän, att förpliktelsen upphör, nämligen om motparten till följd av kontaktsbrottet häver avtalet, men detta fall erbjuder ingen parallell till vad som försiggår, då skiljeman utses av överexekutor. I sistnämnda fall häves icke skiljeavtalet; skiljeförfarandet har sin gång; det genom skiljeavtalet uppkomna rättsförhållandet mellan parterna består alltjämt. Man kan ej heller bortförklara det stötande i det nämnda resultatet därmed, att här icke skulle äga rum något annat, än vad som sker vid förpliktelser i gemen: om en förpliktelse ej uppfylles, upphör den ju i allt fall, därest den berättigades intresse tillgodoses genom exekution — en påtaglig parallell, kan man tycka, till vad som äger rum, då skiljeman utses av överexekutor. En sådan förklaring hade kunnat godtagas, vad beträffar 1887 års lag i dess ursprungliga gestalt, men numera förloras ju möjligheten att med laga verkan utse skiljeman, icke först därigenom, att skiljeman utses av överexekutor, utan redan därigenom, att fjortondagarsfristen försittes. Vad beträffar 1929 års lag, kan det sålunda med hänsyn till den senast berörda sidan av påföljden ifråga synas ofrånkomligt, att preklusionssynpunkten ställer lagen i en riktigare belysning än det motsatta betraktelsesättet. Detta gäller dock endast beträffande själva valet av skiljeman, ej däremot beträffande den omförmälda underrättelsen till motparten. Det kan ju icke gärna sättas ifråga, att det skulle vara någon särskild

112 Jfr *Bülows* uttalande i CA Bd 62 s. 33 ang. ett dock icke fullt analogt spörsmål.

förmån att få underrätta motparten om valet. Här måste under alla omständigheter föreligga en skyldighet för part; föreskriften om underrättelse måste anses given i dens intresse, vilken skall mottaga underrättelsen. Lagen talar ju också på denna punkt alltjämt därom, att part är »pliktig» att handla. Räknar man med en part tillkommande rätt att utse skiljeman, har försummelsen att fullgöra underrättelseplikten till följd, att den försumlige förlorar förmånen att få den av honom utsedde skiljemannen till ledamot i skiljenämnden.

Vad som synes tala till förmån för pliktsynpunkten, är alltså stadgandet i 3 § skml., till förmån för preklusionssynpunkten åter bestämmelsen i 8 § 1 st. samma lag. Huru skall man då kunna förena dessa båda stadganden och anlägga en synpunkt, som passar för dem bägge?

Uppmärksammas först bestämmelsen i 3 §, synes det visserligen ligga närmast till hands att betrakta densamma på sätt ovan antytts, men det torde likväl icke vara alldeles uteslutet att även här anlägga preklusionssynpunkten: part, som underlåter att inom föreskriven tid utse skiljeman, skulle därmed förlora sin rätt att själv göra skiljeavtalet gällande med avseende å den uppkomna tvistefrågan. Uraktlåtenheten att vidtaga en för skiljeförfarandets åstadkommande erforderlig åtgärd skulle medföra, att part icke längre kunde påfordra, att den uppkomna tvistefrågan skulle avgöras av skiljemän; skiljeavtalet utgjorde ej mer något hinder för tvistens prövning vid domstol.

Om det sålunda ej torde vara ogörligt att på bestämmelsen i 3 § anlägga preklusionssynpunkten, synes det däremot svårt att betrakta stadgandet i 8 § 1 st. enbart ur den synvinkeln, att här talades om en påföljd för pliktförsummelse. Visserligen kan det mycket väl te sig såsom en nackdel för en part, som icke önskar få ett skiljeförfarande till stånd, att det oaktat nödgas utse skiljeman och sålunda låta skiljeförfarandet ha sin gång, om han ej vill drabbas av det ännu större

obehaget, att skiljeförfarandet har sin gång utan en av honom utsedd skiljeman. I förhållande till vad som sålunda kan inträffa, om parten icke utser skiljeman, ter det sig förvisso såsom en förmån att få välja sådan, men då parten helst icke alls vill ha något skiljeförfarande till stånd, är det icke desto mindre en nackdel för honom, att han över huvud taget skall nödgas vara verksam, för att icke situationen skall bli ännu obehagligare för honom[113]. Läget synes här icke vara ett annat, än då någon är förpliktad att fullgöra en positiv prestation: det är i och för sig ingen fördel att fullgöra prestationen, men i förhållande till allt det obehag, som drabbar parten, om han icke fullgör densamma, ter det sig ofta förmånligare att frivilligt uppfylla förpliktelsen[114]. Emellertid är trots det sålunda anförda en ensidig pliktsynpunkt icke tillfredsställande. Den kan försvaras, vad beträffar 1887 års lag i dess ursprungliga skick, men för den gällande rättens del skulle man knappast kunna undgå den förut nämnda svårigheten, att förpliktelsen skulle upphöra, om den icke fullgjordes. Mig förefaller det ofrånkomligt, att 1919 års lagstiftning införde en preklusionsprincip.

Emellertid är därmed icke sagt, att man ovillkorligen måste eller ens lämpligen bör betrakta de ifrågavarande bestämmelserna uteslutande ur preklusionssynpunkt. Det föreligger nämligen icke något hinder mot att här samtidigt anlägga

---

113 Jfr *Wach*, Präclusion und Contumaz s. 152, i Grünhuts Zeitschrift Bd 7 (1880).

114 Man kan ej häremot invända, att läget icke skulle vara ett annat, än då en person underlåter att träffa en förmånlig disposition. Om t. ex. en person kan undvara en konsumtionsartikel, kunde man mena, att man med ungefär samma rätt som man anlägger synpunkten ovan i texten kunde anse honom förpliktad att köpa artikeln vid ett tillfälle, då densamma stode lågt i pris; han nödgades ju eljest senare underkasta sig obehaget att köpa den dyrare. Men i dylikt fall drabbas han ej av någon som helst nackdel i *rättsligt* avseende. Om han så föredrar, behöver han ju icke alls köpa artikeln, men den, som underlåtit att på motpartens begäran utse skiljeman, han har ingen möjlighet att alltefter behag låta skiljeförfarandet ha sin gång eller icke.

både preklusionssynpunkten och pliktsynpunkten. Vare sig man uppfattar den parten tillkommande »valrätten» såsom en verklig subjektiv rätt eller allenast såsom en befogenhet — därom skall senare ordas — är det icke omöjligt att samtidigt anse parten både berättigad och förpliktad att utse skiljeman. För den, som är något bevandrad i den offentliga rätten, är det ingenting egendomligt, att det samtidigt kan föreligga både en rätt och en plikt att företaga en viss handling. Ifråga om myndighets ämbetshandlingar är detta till och med regel. Och envar vet, att exempelvis den omständigheten, att det för ett barn är en förmån och i regel en förmån av rättskvalitet att få gå i skolan, icke utesluter, att barnet också kan vara »skolpliktigt». Inom privaträtten är nämnda kombination mera ovanlig men därför ingalunda utesluten[115]. Enligt min mening träffar man det rätta, om man på de ifrågavarande bestämmelserna i skml. anlägger det betraktelsesättet, att de såväl förläna part en rätt att utse skiljeman som ålägga honom en plikt att välja sådan. Man måste se till de intressen, som ligga bakom den av skml. träffade regleringen. Det torde vara obestridligt, att enligt 1887 års lag i dess ursprungliga gestalt förelåg en skyldighet att på motpartens begäran utse skiljeman. Medelst denna ordning avsågs uppenbarligen att tillgodose den påkallande partens intresse av skiljeförfarandets åstadkommande. 1919 års lagändring åsyftade icke att på något sätt begränsa skyddet för detta intresse; tvärtom, intresset ansågs icke tillräckligt tillgodosett genom den förut gällande ordningen. I varje fall är det in dubio försiktigast att antaga, att 1919 års lagstiftning icke medförde någon förändring i det avseendet. Den, som vill göra gällande, att sagda lagstiftning i förevarande hänseende innefattade en brytning med den äldre rätten, bör tydligen vara bevisskyldig för detta sitt påstående, men en sådan bevisning kan åtminstone jag för min del icke förebringa. Detta

115 Se t. ex. *Regelsberger* s. 81; *Montgomery* s. 258.

om pliktsynpunkten. Då det dessutom, såsom förut framhållits, är ofrånkomligt, att 1919 års lagstiftning införde en preklusionsprincip, synes mig den gällande rätten böra uppfattas på följande sätt. I den mån det föreligger ett intresse för part att själv få utse skiljeman, kan det betraktas såsom en förmån, en rätt för honom, att han också har möjlighet att få företaga detta sitt val. Men valet måste företagas inom den föreskrivna tiden; eljest prekluderas hans rätt. I den mån åter motparten har intresse av att förstnämnde part utser skiljeman, är det en skyldighet för denne att så göra. Denna hans skyldighet upphör icke därmed, att fjortondagarsfristen utgår. Vill den påkallande parten även därefter påfordra, att den försumlige förrättar sitt val, bör det stå honom fritt. Den förutnämnda praxis, enligt vilken talan kunde föras om motpartens förpliktande att utse skiljeman, torde sålunda alltjämt få anses motsvara lagens ståndpunkt. Den praktiska betydelsen härav är dock skäligen ringa, eftersom det numera knappast lär komma ifråga, att part skulle framför den av lagen anvisade utvägen föredraga det mera obekväma tillvägagångssätt, som förandet av en dylik talan innebure. Ur teoretisk synpunkt kan det däremot icke sakna intresse, att lagens principiella ställning i förevarande avseende blir klarlagd.

Det återstår att med några ord beröra ett uteslutande teoretiskt spörsmål, nämligen om den närmare beskaffenheten av den parten tillkommande »valrätten». Man har karakteriserat denna såsom en part tillkommande befogenhet[116]. Detta ord brukas inom rättsvetenskapen i tvenne olika betydelser. Såsom befogenhet har betecknats, dels vad en person över huvud taget kan göra eller underlåta att göra utan att handla rättsstridigt, alltså varje yttring av en persons handlingsfrihet, dels allenast sådana (positiva eller negativa) yttringar av handlingsförmåga, vilka tillkomma en person på grund av

116 Så *Frey* s. 106.

en subjektiv rätt[117]. Fråga är dock, om man icke i båda fallen i själva verket åsyftar icke själva den tillåtna handlingen utan den omständigheten, att det föreligger möjlighet att företaga handlingen ifråga, en möjlighet, som icke blott är faktisk (såsom t. ex. möjligheten att stjäla) utan av vilken vederbörande även har tillåtelse att begagna sig. Enligt min mening är befogenhet en handlingsmöjlighet, vars utnyttjande rättsordningen tillåter[118]. Eftersom utseendet av skiljeman icke är någon otillåten handling, kan man tydligen med fog tala därom, att det i den meningen föreligger en befogenhet att välja skiljeman, att part har rättslig möjlighet att företaga sådant val. Men denna befogenhet är icke något, som tillkommer vem som helst. Den tillkommer endast part och har sin grund i en speciell omständighet, nämligen skiljeavtalet. Befogenheten är ett utflöde av det rättsförhållande, som uppkommer genom skiljeavtalet; den är på ett annat sätt rättsligt kvalificerad än exempelvis möjligheten att äta, att gå, att lyfta på hatten o. s. v. Valrätten kan därför sägas utgöra en befogenhet jämväl i betydelsen av en handlingsmöjlighet, som tillkommer en person på grund av en särskild rätt. Emellertid förhåller det sig så, att inom rättsvetenskapen på senare tid förmärkts en tendens att från kategorien tillåtna handlingsmöjligheter eller befogenheter utsöndra vissa sådana

---

117 Jfr *Regelsberger* s. 76 f.; *Montgomery* s. 258 f.; *Ekström* s. 250 ff. — Uttrycker man sig såsom i texten, utgör varje befogenhet i den senare meningen jämväl en befogenhet i förra betydelsen, men icke omvänt. Begagnar man däremot den mycket träffande franska terminologien och betecknar den i texten först omtalade gruppens handlingar såsom »actes de pure faculté et de simple tolérance», låter sig icke säga detsamma. Den senare gruppens handlingar äro icke *blott och bart* handlingar, som äro tillåtna, icke »actes de *pure* faculté et de *simple* tolérance» (men väl »actes de faculté et de tolérance»), utan handlingar, som äro på ett annat sätt rättsligt kvalificerade, som framstå såsom ett utflöde av en subjektiv rätt. Jfr i övrigt not 118.

118 Begagnar man den i nästföregående not omförmälda franska terminologien, skulle alltså enligt min mening befogenheten icke vara att uppfatta såsom »une *acte* de faculté etc.» utan såsom une *faculté,* dont l'emploi est toléré.

och tillägga dem rättskvalitet. När det föreligger en rättslig möjlighet att framkalla en viss bestämd rättsverkan och denna möjlighet tillkommer en viss person till skillnad från andra samt kan stödas på en bestämd konkret uppkomstgrund, har man sålunda på sina håll karakteriserat möjligheten såsom en subjektiv rätt[119]. Nämnda tendens har hos andra författare mött ett bestämt motstånd[120]. Skälen för och emot den ifrågavarande uppfattningen skola icke här diskuteras. Här må blott framhållas, att om man ansluter sig till denna uppfattning, »valrätten» är att betrakta såsom en subjektiv rätt. Alla rekvisit härför äro nämligen uppfyllda. Hyllar man åter icke den omförmälda åsikten, får man stanna vid att uppfatta »valrätten» såsom allenast en befogenhet.

b) *Frågan, om skiljeavtalet förpliktar till vidtagande av åtgärder för träffande av skiljemannaavtal.*

Det föreligger icke någon medborgerlig plikt att fungera såsom skiljeman. Parterna få i stället genom överenskommelse med de till skiljemän utsedda personerna, s. k. skiljemannaavtal, försäkra sig om deras medverkan till skiljeförfarandet. Då alltså ett dylikt avtal erfordras, för att skiljeförfarandet skall komma till stånd, ligger den tanken nära, att parterna vore förpliktade att medverka, var och en i sin mån, för åstadkommandet av ett skiljemannaavtal. Det kan ju förefalla, som om skiljeavtalets tillämpning icke utan stöd av en sådan förpliktelse läte sig genomföra på annan väg än frivillighetens. Emellertid finner man i litteraturen om skiljeinstitutet ingenting nämnt om en förpliktelse av förevarande slag, och man skall säkerligen förgäves i rättsfallssamlingarna söka efter fall, då en dylik förpliktelse fastställts vid domstol.

119 Se *Frey* s. 13 och *Kallenberg* I s. 8808 samt av dessa författare anf. litt.

120 Se särskilt *Bülow*, Klage und Urteil s. 18 ff. (även i ZZP 1903 s. 209 ff.) och *Ekström* s. 250 ff.

Redan dessa omständigheter äro ägnade att framkalla en viss skepsis beträffande förefintligheten av den nämnda förpliktelsen, och denna skepsis torde vid närmare utredning av frågan snart övergå till fullkomlig visshet om förpliktelsens obefintlighet.

Härvidlag har man särskilt att fästa sig vid en viss egenskap hos skiljemannaavtalet. Ehuru om detta avtals rättsliga natur yppats mycket skilda meningar[121], på vilka jag för övrigt icke har någon anledning att här närmare ingå, anses sagda avtal numera allmänt — och enligt min mening med rätta — grunda ett rättsförhållande mellan å ena sidan båda parterna och å andra sidan samtliga skiljemännen, icke således allenast mellan part och en av honom utsedd skiljeman. Därutav kan man enligt mitt förmenande draga en mycket viktig slutsats. Medan frågan om vem som har att utse skiljeman är av största vikt, är det rättsligen sett utan betydelse, vem som vidtalar en utsedd skiljeman att åtaga sig värvet. Det föreligger i princip intet hinder däremot, att den ena parten träffar skiljemannaavtal med en person, som blivit utsedd till skiljeman av den andra parten. Visserligen synes det ligga närmast, att den part, som utsett skiljemannen, också å parternas vägnar, träffar skiljemannaavtal med honom. Men gör parten icke detta, är det ingen mening med att sätta i gång någon tvångsapparat emot honom. Den påkallande bör själv kunna vidtala den utsedde skiljemannen. Rättsligen sett förnärmar detta icke den andre parten. Han får ju i allt fall sin egen förtroendeman till ledamot i skiljenämnden. Saken ligger just icke annorlunda till, än om exempelvis den ene parten lovat att ombestyra lokal för förfarandet eller att anskaffa en stenograf. Icke vore det någon reson däruti, att den rätta reaktionen mot hans underlåtenhet i dessa hänseenden skulle vara den, att motparten finge föra talan om hans för-

121 Se härom särskilt *Kauffmann* s. 55 ff. Jfr vidare bland andra *Frey* s. 119 ff.; *Schwarz* s. 7 ff.; *Hiepe* s. 1 ff.; *Garsonnet* & *Cézar-Bru* t. 8 n:o 225; *Brachet* s. 81 ff.; *Robert* s. 39; *Bacon* s. 54, 65, 85, 87 f.; *Cohen* s. 57.

pliktande att fullgöra, vad han sålunda lovat. Motparten bör själv kunna ombesörja de nämnda åtgärderna. Det ligger ej någon större vikt vid vem som vidtager dylika för skiljeförfarandets rättsliga gestaltande skäligen indifferenta mått och steg. — Det föreligger sålunda icke något behov av någon rättsregel, som ålägger part någon verksamhet för åstadkommandet av ett skiljemannaavtal, och det finns ingenting, som tyder därpå, att svensk rätt skulle inrymma en sådan regel.

Till det sagda kommer, att en förpliktelse, sådan som den här ifrågasatta, bleve synnerligen obestämd till sin omfattning. Detta gäller såväl ifråga om beskaffenheten av de åtgärder, vilka ankomme på part att vidtaga, som ifråga om den eller de personer, med vilka han hade att förhandla. Tydligt är, att det icke skulle kunna krävas, att part verkligen träffade skiljemannaavtal, eftersom det icke enbart skulle bero av honom, om ett avtal komme till stånd. Därmed är emellertid ej sagt, att partens ifrågakomna förpliktelse skulle nödvändigt inskränka sig till avgivandet av anbud. Förpliktelsen kunde t. ex. väl anses kränkt, om part, som avgivit anbud till skiljemannaavtal, underläte att, sedan den till skiljeman utsedde avslagit anbudet på föreslagna villkor, godtaga ett på acceptabla villkor avgivet nytt anbud från skiljemannens sida. Förpliktelsens innehåll kunde antagligen knappast bestämmas närmare, än att skyldigheten finge anses gå ut på att part skulle göra allt, som *skäligen* kunde erfordras, för att skiljemannaavtalet skulle komma till stånd. Än värre bleve det att besvara frågan, med vem parten hade att avtala. För det fall, parterna hade att var för sig välja skiljeman, förefölle det visserligen tämligen klart, att part skulle ha att underhandla med den av honom utsedde skiljemannen, men hur skulle det ställa sig exempelvis i fall, då skiljemännen utsetts i skiljeavtalet? Även om någon av skiljemännen faktiskt utsetts, därför att han föreslagits av den ena parten, har denne skiljeman i allt fall rättsligen sett valts av båda parterna, och det vore

därför svårt att finna någon icke godtyckligt vald norm för omfånget av partens plikt i sådant fall.

§ 18. II. Medför skiljeavtalet verkningar, varmed åsyftas att efter skiljeförfarandets igångsättande trygga åstadkommandet av en skiljedom?

Som bekant, är det en av civilprocessrättens mest omtvistade frågor, om och i vad mån det inom civilprocessen föreligger någon skyldighet för part att vara verksam. I skarp motsättning till förut rådande åskådning förkunnade *Oskar Bülow* i sin berömda avhandling Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten (1879) den uppseendeväckande läran, att inom det civilprocessuella förfarandet i trängre mening icke förefunnes några skyldigheter för part. Det förelåge endast möjlighet för denne, att, om han så funne för gott, företaga de handlingar, som vore erforderliga för bevakandet av hans intressen. Men då dessa handlingar ingalunda vore nödvändiga för processens fortgång, kunde part, om han så föredroge, underlåta att vidtaga de ifrågavarande åtgärderna. Resultatet bleve endast, att läget då ställde sig mindre förmånligt för parten, än om han bevakat sin rätt. Parts handlingar hade därför karaktären av rättsutövning, icke av pliktuppfyllelse. Påföljden av parts underlåtenhet att handla vore icke en påföljd för tredska, contumacia, utan preklusionspåföljd, en påföljd, som innefattade förverkande av en partens rätt. Sedermera[122] modifierade Bülow denna sin lära därhän, att partshandlingen icke hade karaktären av rättsutövning utan blott innebure »eine Aeusserung der allgemeinen rechtlichen Handlungsmacht, der Befugniss, auf die Gestaltung des Rechtszustandes rechtsbestimmend einzuwirken, welche die Rechts-

122 Se avhandlingen Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts s. 242 ff., i ZZP Bd 27 (1900).

ordnung den Rechtssubjekten überhaupt einräumt». — Bülows lära har mött både bifall och kritik[123]. Såsom resultat av meningsutbytet torde kunna fastslås, att läran i sitt hemland såtillvida slagit igenom, som det bland ledande processteoretici därstädes numera torde allmänt erkännas, att åtskilliga partshandlingar inom civilprocessen allenast äro yttringar av partens rättsliga handlingsförmåga[124]. Detta menar man gälla om sådana handlingar, som endast tillgodose partens eget intresse. Någon skyldighet att vara verksam i eget intresse anser man nämligen av förklarliga skäl ej föreligga. Om part ville bevaka sina intressen, vore han visserligen tvungen att inom föreskriven tid och i behörig form vidtaga vissa mått och steg, men man kunde i dylika fall icke tala om en parten åliggande plikt utan endast om en honom påvilande börda (»eine Last»), om besvär, som han måste underkasta sig för att komma i åtnjutande av vissa fördelar. I motsats till Bülow erkänner man däremot på många håll, att det inom civilprocessen i åtskilliga fall även kan vara fråga om handlingar, som äro påkallade av något annat intresse än partens eget[125], och beträffande företagandet av sådana handlingar räkna de, som omfatta denna mening, alltjämt med verkliga processuella plikter[125].

Även inom den svensk-finska doktrinen är man numera[126] ense därom, att det icke kan talas om någon skyldighet för

---

123 Av litteraturen närmast efter Bülows förstnämnda avhandling må nämnas *Wach,* Präclusion und Contumaz, i Grünhuts Zeitschrift Bd 7 (1880), ävensom några anmärkningar av samme förf. i nämnda tidskrift bd 6 s. 593 ff. och i CA Bd 64 (1881) s. 212 ff.; *Plósz* s. 132 ff.; *Birkmeyer* i CA Bd 66 (1883) s. 22 ff.; *Bolgiano* i CA Bd 68 (1885) s. 85 ff.; *Klein,* särskilt kap. II; *Kohler,* Beiträge s. 50 ff.

124 Se sålunda — jag nämner blott några av de allra främsta — *Schmidt* s. 350 ff., s. 398; *Hellwig,* Lehrbuch II s. 32 ff., System I s. 400 ff.; *Rosenberg* s. 211 ff.

125 Se sålunda anf. st. hos *Schmidt* och *Hellwig;* jfr däremot *Rosenberg,* anf. st. I ämnet må ock hänvisas till de intressanta uttalandena av *Degenkolb,* Beiträge s. 61 ff.

126 Se däremot *Afzelius* s. 48 f.

part att företaga sådana handlingar, som endast tillgodose hans eget intresse. För att dylika handlingar skola få avsedd betydelse, måste parten visserligen iakttaga lagens föreskrifter om form och tid, och processen försätter därför parten i ett tvångsläge; den ger upphov åt en praktisk nödvändighet till handlande; men detta är icke detsamma, som att det föreligger handlingsplikt. Det är i dylika fall endast fråga om en befogenhet att handla[127]. Medan vissa författare synas vilja hänföra alla partshandlingar till denna kategori[128], ha emellertid andra i större eller mindre omfattning erkänt förhandenvaron jämväl av skyldighet för parterna att vara verksamma i processen[129]. Relativt långt i det hänseendet går *Kallenberg*[130], vilken i uttrycklig motsättning till Bülow hävdar förefintligheten av ett flertal handlingsplikter, vid vilkas förekomst det är fråga om en av processlagen given garanti för att icke rättegången skall förhalas eller till förfång för motparten leda till oriktigt resultat[131].

Att enligt svensk rätt processlagen i viss utsträckning ålägger parterna positiv verksamhet för tillgodoseendet av de senast omförmälda intressena, synes mig på ett övertygande sätt hava påvisats av *Kallenberg*. Tvekan synes mig endast kunna råda därom, i vilken utsträckning dylika plikter ålagts parterna. Jag har emellertid ingen anledning att i förevarande framställning beröra denna fråga i och för sig. Det är här endast av intresse att utreda, om rättsordningen för tillgodoseendet av motsvarande syften ålagt parterna förpliktelser att positivt medverka i skiljeförfarandet och om i så fall dessa förpliktelser äro att betrakta såsom verkningar av skiljeavtalet. (Att det i skiljeförfarandet lika litet som i civilpro-

127 *Kallenberg* I s. 1125. Jfr *Granfelt,* Processledningen s. 17 ff.; *Frey* s. 22 ff., s. 106; *Wrede* I s. 288 ff.

128 Så särskilt *Granfelt* anf. st.

129 Förekomsten av sådan skyldighet erkanner, ehuru inom mycket snava gränser, *Wrede* anf. st.

130 I s. 1106 ff.

131 *Kallenberg* I s. 1125.

cessen kan vara tal om någon rättsplikt att vara verksam i eget intresse, behöver ej framhållas.) Vid besvarandet av nämnda spörsmål är det emellertid en god hjälp att kunna beakta de paralleller, som civilprocessen i viss mån erbjuder, och sålunda kunna tillgodogöra sig frukterna av det omfattande arbete, som på detta område nedlagts av civilprocessrättens yppersta representanter.

Det torde icke vara erforderligt att närmare redogöra för vilka plikter det är, som kunna tänkas åligga part med avseende å det fortsatta genomförandet av ett påbörjat skiljeförfarande. Så grundligt diskuterad som den motsvarande frågan inom civilprocessen blivit, är det för envar i detta ämne någorlunda insatt person klart, att de plikter, varom här kan bliva fråga, utgöra parts inställelseplikt, parts förklaringsplikt och den därmed sammanhängande sanningsplikten samt den s. k. editionsplikten. Det skall med hänsyn till var och en av dessa plikter undersökas, huruvida densamma kan anses föreligga i skiljeförfarandet och, i händelse av jakande svar, huruvida den kan vara att betrakta såsom en verkan av skiljeavtalet.

För civilprocessens del torde man vara ense därom, att enligt gällande svensk rätt någon inställelseplikt icke föreligger för käranden, med undantag dock för det fall, att rätten beslutat om muntligt förhör eller jämlikt 15:1 RB ålagt part, som låtit sig företräda av fullmäktig, personlig inställelse[132].

---

132 Om muntligt förhör i mål, som är anhängigt i högre rätt, se RB 26:15, 27:19 och 30:45 och jfr NJA II 1901 nr 5:1 s. 80 ff. Vad beträffar underrätt, synes mig efter den ändring,RB 14:6 undergått 1901, kunna ifrågasättas, om man har någon anledning att längre tala om något särskilt institut muntligt förhör i annat fall än det i RB 15:1 avsedda. Att domstolen har rätt att ställa frågor till parterna, att detta sker muntligt och att domstolen för att kunna bättre utöva sin frågorätt har möjlighet att jämlikt sistnämnda lagrum förordna om parts personliga inställelse, är alldeles klart, men att underrätt frånsett den möjlighet, sagda stadgande erbjuder, skulle kunna anordna något särskilt förhör med parterna, vid vilket förelåge en eljest icke förefintlig inställelseplikt för käranden, synes minst sagt tvivelaktigt. Efter vad jag kan finna, har man dock att fatta ett uttalande av *Kallenberg,* I s. 1113, på det

Däremot föreligger inställelseplikt för svaranden såväl vid det första rättegångstillfället som å uppskovsdag[133]. Vad som nödvändiggör denna slutsats, är som bekant beskaffenheten av de tvångsmedel, böter eller vite, som kunna komma till användning gentemot utebliven svarandepart[134]. — I skiljeförfarandet är användningen av sådana tvångsmedel utesluten. Skiljemännen äro privatpersoner. De kunna icke ådöma parterna straff eller förelägga dem vite. Ej heller kan part eller skiljeman vända sig till domstol med anhållan, att denna må genom tvångsmedel förmå utebliven part till inställelse. För skiljeförfarandets del bortfaller sålunda det argument, som vad civilprocessen vidkommer tvingar till antagandet av en inställelseplikt[135]. Ej heller kan i skiljeförfarandet parts utevaro eljest beläggas med någon kontumacialpåföljd i egentlig mening. Givet är, att parts utevaro kan vara att tolka såsom ett indicium emot parten, men utevaron befriar icke skiljemännen från deras skyldighet att på grundval av det föreliggande materialet döma efter vad dem synes rätt och

sätt, att så skulle kunna ske. Det låter sig ock säga, att om domstol i det offentligas eller motpartens intresse kan förordna om parts personliga inställelse, ligger det i regeln majus includit minus, att den för tillgodoseendet av samma intressen även kan utsätta ett förhör, vid vilket parten icke behöver komma personligen tillstädes. Ett sådant förhör kan ju ha en funktion att fylla i de fall, då det är praktiskt ogörligt att få in parten personligen. Rätten torde i förevarande fall kunna förelägga part vid vite att inställa sig (personligen eller genom ombud). — Ang. frågan om skyldighet för part att ställa sig till efterrättelse ett förordnande om partens personliga inställelse jämlikt RB 15:1 se *Kallenberg* I s. 676 f. och därstädes anförd litt. ävensom *Wrede,* Valda juridiska uppsatser s. 225. Olika meningar ha yppats därom, huruvida personlig inställelse kan åläggas för annat ändamål än fastställandet av status causae et controversiae. Se därom *Kallenberg* I s. 1120[46] (och av honom cit. litt.); *Engströmer,* Partsförhör i tvistemål s. 9; *Nehrman* s. 212 f., 259.

133 Detta gäller även, när käranden för en negativ fastställelsetalan.

134 Se särskilt KF 8/10 1882 ang. böter för svarandeparts uteblivande från underrätt och jfr den utförliga framställningen hos *Kallenberg* I s. 1110 ff.

135 Av mindre betydelse, ehuru dock värd beaktande i detta sammanhang, synes mig den omständigheten, att någon fördelning av parternas roller såsom kärande och svarande icke alltid låter sig genomföra i skiljeförfarandet. Jfr *Frey* s. 147.

billigt. Skiljedomen behöver sålunda icke nödvändigt gå den uteblivne parten emot, och ej heller äro skiljemännen skyldiga att utan vidare godtaga motpartens uppgifter angående de faktiska omständigheterna i målet. Parts utevaro medför ingen rättslig påföljd, men om han uteblir från skiljeförfarandet i dess helhet och ej heller skriftligen förklarar sig, drabbas han av den faktiska olägenheten, att målet avgöres på grundval blott av material, som motparten eller tilläventyrs ock skiljemännen (jfr skml. 15 § st.) sammanbragt[136]. Någon inställelseplikt kan alltså icke anses föreligga.

Vad beträffar parts förklaringsplikt, måste densamma, om den skall äga någon betydelse, hava den innebörden, att part, i den mån sådant är påkallat av hänsyn till motpartens intresse, har att medverka till utredningen om sanningen av fakta, som äro av betydelse för målets avgörande[137]. Det är sålunda icke nog, att parten avger förklaring angående dylika fakta, utan det fordras även, att förklaringen är sann. Men icke ens detta är tillfyllest: det räcker icke, att det är sant, vad part säger, utan part får heller icke förtiga sådana fakta, som äro av vikt för sanningens utletande. Sanningsplikten får icke vara blott, vad man kallat »negativ», innefatta allenast ett osanningsförbud; den måste även vara positiv. — Huruvida enligt svensk rätt en sanningsplikt av sådan omfattning föreligger i civilprocessen, är en omstridd fråga[138]. Att en negativ sanningsplikt föreligger, därom vittnar stadgandet i RB 14:8, som utsätter straff för den, som skriver eller talar inför rätta, det han vet ej sant vara, och vill domaren därmed förleda. Det har ock åberopats ett flertal beaktansvärda skäl för att även en positiv sanningsplikt skulle föreligga[139]. Härvid är emellertid att märka, att parts under-

136 Så även *Frey* s. 148.

137 Jfr *Kallenberg* I s. 1114.

138 Se *Kallenberg* I s. 1115 ff. och därstädes anförd litt. Jfr ock *Engströmer*, Partsförhör i tvistemål s. 9 f.

139 Se *Kallenberg* I s. 1113 ff.

låtenhet att uppfylla den påstådda sanningsplikten icke medför någon som helst rättslig påföljd. Upptäcker domstolen, att part håller inne med sanningen, har detta förklarligen den verkan, att domstolen sätter mindre tilltro till partens uppgifter i allmänhet, men detta är blott en faktisk påföljd — den som är känd för bristande sanningsenlighet blir ej heller trodd utom rätta — och innebär icke någon rättslig reaktion mot pliktstridighet. De stadganden i 1734 års lag, som tyda därpå, att lagen ålägger part att ej hålla inne med sanningen, grunda sålunda en sanningsplikt blott i den meningen, att det är ett lagens krav, ett ideellt postulat, att part icke skall förtiga sådana fakta, som äro av betydelse för utredandet av sakförhållandet i målet[140].

Dryftar man frågan, huruvida någon förklaringsplikt av motsvarande innebörd förekommer i skiljeförfarandet, kan det vid ett första påseende förefalla svårt att finna något skäl, varför icke part skulle vara skyldig att tala sanning i skiljeförfarandet lika väl som i civilprocessen. Emellertid bortfalla för skiljeförfarandets del de särskilda grunder, på vilka man stöder den ifrågavarande förklaringspliktens förhandenvaro i processen. För det första föreligger ej någon inställelseplikt. Icke nog med att sålunda viktigt argument till stöd för förklaringsplikten bortfaller, utan det är också tydligt, att det skulle möta stora svårigheter att realisera en förklaringsplikt utan förhandenvaron av en inställelseplikt. Vidare saknas vrångoedsinstitutet, och straffbestämmelsen i RB 14:8 är tydligen icke tillämplig i skiljeförfarandet. Medan man för civilprocessens del kan påstå, att en förklaringsplikt på grund av vissa bestämmelser framstår såsom av lagen underförstådd,

140 Jfr ovan s. 190 ff. — Med hänsyn till de olika uppfattningar, som råda angående begreppet rättsplikt, vore det därför ingalunda ägnat att förvåna, om någon på svensk rätt skulle vilja tillämpa *Wachs* ord (Grundfragen s. 32): »Die Wahrheitspflicht der Partei ist eine freie Erfindung ideologischer und phraseologischer Theorie.» Wachs uttalande avser dock icke en situation, analog med den i texten omtalade. Wach förnekar nämligen för tysk rätts del, att någon sanningsplikt skulle grundas ens på en lex imperfecta.

ges det beträffande skiljeförfarandet inga som helst bestämmelser, som tyda på förhandenvaron av en dylik plikt. Man kan på sin höjd komma därtill, att det ur lagens synpunkt får anses önskvärt, att part på ifrågavarande sätt bidrager till sakens utredning, men detta är givetvis icke detsamma, som att en förklaringsplikt också är av lagen påbjuden eller i vart fall underförstådd. För skiljeförfarandets del torde man alltså icke kunna komma fram till någon annan regel än den *Kohler* (Beiträge s. 176) formulerat sålunda: »Die Schiedsrichter hören die Parteien, soweit sie sich hören lassen.» Det är en konsekvens därav, att förfarandet lämnas i det stora hela oreglerat. Man torde knappast kunna påstå förhandenvaron ens av någon negativ sanningsplikt. Det är givetvis ur rättsordningens synpunkt allt annat än önskvärt, att part ljuger i skiljeförfarandet, men därför kan man icke tala om ett rättsligt förbud att ljuga, lika litet som eljest i det dagliga livet.

Vad slutligen angår den s. k. editionsplikten, förstår man vanligen därmed för civilprocessens del skyldighet att i rättegången förete föremål, som åberopas såsom bevis[141]. Det är således inom bevisläran, som frågan om editionsplikten funnit sin behandling, och för övrigt har man med edition icke sällan åsyftat allenast företeendet av skriftliga handlingar, editio documentorum, medan man stundom ifråga om företeendet av andra föremål talat om en exhibitionsplikt[142]. Med avseende å editionspliktens omfattning (i vad angår part) är man i svensk-finsk rättsvetenskap ense därom, att part, som har en materiell rätt till det ifrågavarande föremålet, kan fordra dess företeende i rättegången. Likaså menar man, att editionsplikt föreligger beträffande s. k. documenta communia, handlingar,

141 Se förhandlingarna å det 8:e nord. juristmötet (1896) och *Kallenbergs* till detta möte författade skrift Om förpliktelsen till edition i civilprocessen. Jfr ock *Nehrman* (1751) s. 257; *Lindblad* s. 173 ff.; *Schrevelius* s. 325 ff.; *Afzelius* s. 61 ff.; *Trygger,* Skriftliga bevis s. 169 f.; *Wrede* II s. 134 ff.; *Granfelt,* Processledningen s. 40 f.; *Kohler,* Beiträge s. 374 ff.; *Stein-Jonas* §§ 421 ff.; *Schmidt* s. 518 ff.; *Hellwig,* System I s. 703 ff.

142 Jfr *Skarstedts* yttrande å 8:e nord. juristmötet (förhandl. s. 149 ff.).

som äro i den meningen gemensamma för parterna, att de i den rättsliga samfärdseln ha en funktion att fylla med avseende å dessa[143]. Slutligen råder ock enighet därom, att förutom den editionsplikt, som föreligger i de nämnda fallen, vad man kallat en materiellträttslig editionsplikt, även i särskilda fall förefinnes en processuell editionsplikt, nämligen, på grund av RB 14:4, skyldighet att, om part företett avskrift av bevis, på rättens eller motpartens begäran uppvisa huvudskriften, ävensom, jämlikt 17—19 §§ i KF 4/5 1855 angående handelsböcker och handelsräkningar, skyldighet att i visst angivet fall förevisa handelsbok. Stadgandet i RB 14:4 har för övrigt uppfattats såsom ett uttryck för en mera allmän regel, nämligen den, att part, som till stöd för sin talan åberopar en skriftlig handling, även är pliktig att, där så fordras, förete handlingen[144]. Huruvida därutöver för part föreligger någon editionsplikt på processuell grund, är däremot en omtvistad och inom doktrinen mestadels nekande besvarad fråga.

Det är tydligt, att i den mån en editionsplikt kan stödas på materiellträttslig grund, plikten föreligger jämväl i skiljeförfarandet, men det är också tydligt, att den i så fall icke kan vara att uppfatta såsom en verkan av skiljeavtalet. Vad åter angår parts s. k. processuella editionsplikt, måste man förneka förhandenvaron av en mera omfattande sådan plikt i skiljeförfarandet. För civilprocessens del har man velat ur parts sanningsplikt härleda en processuell editionsplikt[145], men då, enligt vad ovan utvecklats, någon sanningsplikt icke kan anses bestå i skiljeförfarandet, bortfaller här nämnda argument. Ännu mindre kan man från det håll, där man icke

143 Se närmare *Kallenberg,* Om förpliktelsen till edition s. 4 f. — Då framställningen i texten avser frågan om *part* åliggande skyldigheter, har jag där endast talat om handlingar, som äro *gemensamma för parterna.* Därmed har jag givetvis icke velat förneka, att även tredje man kan vara editionspliktig med avseende å handling, som i angiven mening är gemensam för honom och part.

144 Se *Wrede* II s. 135 och *Kallenberg,* a. a. s. 16.

145 Så *Trygger,* Skriftliga bevis s. 169 f.

vill medgiva förhandenvaron av en allmän processuell editionsplikt inom civilprocessen, påstå förefintligheten av en sådan plikt i skiljeförfarandet. Det finns ju ingen anledning antaga, att editionsplikten skulle vara av vidare omfattning i sistnämnda förfarande än i processen. Det kan alltså endast bli fråga därom, huruvida på grund av ovannämnda särskilda lagstadganden får anses föreligga en processuell editionsplikt i speciella fall. Detta synes föga antagligt. Säkert är, att man icke på stadgandet i RB 14:4 kan grunda någon editionsplikt i skiljeförfarandet. Stadgandet avser ju icke detta förfarande, och det skulle alltså endast vara genom analogi, som dess tillämpning vore möjlig. Riktigheten av en sådan analogi kan dock sättas ifråga. Men även om man vore benägen att i skiljeförfarandet giva motsvarande tillämpning åt nämnda stadgande och den mera allmänna regel, för vilken detsamma anses vara ett uttryck, är att märka, att denna regel näppeligen får anses ålägga part en verklig editionsplikt. Regeln innefattar en föreskrift om den ordning, som gäller för part, om han vill åberopa en skriftlig handling. Iakttages icke den föreskrivna ordningen, beaktas ej handlingen. Men detta innebär ju, såsom förut framhållits, icke något påläggande av en plikt. Åberopandet sker i partens eget intresse. Det är blott fråga därom, att part, då han handlar, är nödgad att iakttaga lagens föreskrifter, om han vill, att handlandet skall få åsyftad verkan. Vad däremot beträffar de anförda bestämmelserna i 1855 års förordning, måste dessa onekligen anses grunda en verklig editionsplikt, men bestämmelserna hava icke avseende på skiljeförfarandet och kunna med säkerhet ej ens analogivis tillämpas i detta.

Om jag sålunda vill förneka, att skiljeavtalet förpliktar parterna till edition, i den traditionella betydelsen av detta ord, kan det emellertid tänkas, att skiljeavtalet i ett annat hänseende ålägger part en förpliktelse att i skiljeförfarandet förete en skriftlig handling. Om skiljemännen skola kunna fullgöra sitt värv, är det nödvändigt, att de ha fullt klart för

sig, vad som hänskjutits till deras avgörande. Härvidlag räcker det icke med en enkel uppgift från den påkallande partens sida. Ett minimikrav för att skiljemännen skola kunna fastställa status causae et controversiae är, att de få kännedom om skiljeavtalets innehåll. Uppfyllandet av detta minimikrav kan stundom vara tillräckligt. Så är i allmänhet förhållandet, då skiljeavtalet avser en redan uppkommen tvist och dessutom är skriftligen upprättat med tydligt angivande av tvistefrågan. Är åter ett skiljeavtal angående en redan uppkommen tvist icke upprättat på detta sätt eller avser ett skiljeavtal framtida tvist, måste enligt stadgande i 11 § skml. den, som påkallar avtalets tillämpning, skriftligen meddela motparten uppgift på den eller de frågor, varom skiljedom äskas, och i dylikt fall erfordras tydligen för fastslåendet av tvisteföremålet, att skiljemännen få del av denna skriftliga uppgift. Ofta torde den påkallande parten vara i stånd att själv tillhandahålla skiljemännen de för tvisteföremålets fixerande erforderliga handlingarna. Då skiljeavtal upprättas skriftligen, skrives det ju vanligen i två exemplar, av vilka parterna taga ett var. Och den påkallande parten torde icke sällan genom företeende av brevkopiebok eller på därmed jämförligt sätt kunna lämna skiljemännen fullständig och tillförlitlig uppgift om innehållet i den handling, vari han påkallat skiljeavtalets tillämpning. Emellertid kan det även givas fall, där det är omöjligt för den påkallande att själv tillhandahålla skiljemännen de handlingar, som erfordras för att dessa skola få nödig kunskap om tvisteföremålet, men där i stället motparten har möjlighet att förete dessa handlingar. Här uppstår frågan, om icke sistnämnda part är pliktig — och i så fall på grund av skiljeavtalet pliktig — att på begäran förete handlingarna. Det är alltså fråga om en editionsplikt i annan mening än den vedertagna.

Enligt min mening måste en editionsplikt av senast omförmälda slag anses åvila part. Skiljeavtalets syfte kräver förhandenvaron av en sådan skyldighet. Om part kunde lagligen

vägra att förete handlingarna, kunde han ju därmed på ett effektivt sätt komma skiljeförfarandet att stranda. Men skiljemannalagstiftningen går till icke ringa del ut just på att förhindra ,att part genom obstruktion skall kunna bringa förfarandet om intet. Det står därför i bästa överensstämmelse med skml:ns anda att antaga förhandenvaron av en plikt, sådan som den förevarande, ja, än mer: skiljemannalagstiftningen skulle lida av en betänklig inkonsekvens, om plikten icke förefunnes. I det hänseendet skiljer sig denna plikt från de förut ifrågakomna plikterna, med vilkas förhandenvaro skulle åsyftas att genom parts medverkan uppnå ett materiellt riktigare resultat. Att uppställa regler, som syfta till ernåendet av ett materiellt riktigt resultat, är nämligen något, varifrån man på det hela taget avstått i skiljemannalagstiftningen[146].

Emellertid kan förhandenvaron av den senast omförmälda editionsplikten icke anses ådagalagd enbart genom vad nu anförts. Man måste också taga med i beräkningen, att det verkligen kan föreligga en lucka i skiljemannalagstiftningen. Så är dock icke fallet. Den ifrågavarande skyldigheten är visserligen icke grundad på något uttryckligt lagstadgande, men dess förhandenvaro kan stödas på samma grund, som tvingar till antagandet av den förut omtalade editionsplikten beträffande documenta communia. Såväl den skriftliga handling, vilken inrymmer skiljeavtalet, som den handling, vari avtalets tillämpning påkallas, måste nämligen anses utgöra dylika documenta communia. Att detta är fallet med den förra av dessa handlingar, behöver icke närmare utvecklas. Att även den skriftliga uppgiften på tvistefrågorna utgör ett documentum commune, kan däremot synas tvivelaktigt, eftersom denna uppgift kan förefalla vara avsedd allenast för den mottagande parten, men vid närmare eftertanke torde man dock lätt finna, att handlingen har en funktion att fylla, som avser båda parterna, nämligen den att utgöra ett dokument, vari tvisteföre-

146 Jfr dock jävsreglerna.

målet fixeras. Det vore nu egendomligt, om en person på grund av den rätt, han hade till ett documentum commune, väl kunde påfordra, att handlingen företeddes för tillgodoseendet av ett bevisningsändamål, men icke skulle kunna kräva, att den företeddes för klarläggandet av status causae et controversiae, och detta så mycket mer, som det även i sistnämnda fall på sätt och vis är fråga om ett bevisningssyfte, bevisning av skiljeavtalets och det skriftliga meddelandets innehåll. Han måste även för det senare ändamålet kunna påfordra handlingarnas företeende. Pliktens fullgörande kan emellertid icke framtvingas av skiljemännen, t. ex. genom föreläggande av vite, utan den part, som påfordrar handlingarnas företeende. får anlita domstol för att komma till sin rätt.

Den ifrågavarande förpliktelsen kan man uppfatta såsom en verkan av skiljeavtalet. Vad beträffar skyldigheten att förete den handling, vari detta avtal inrymmes, är det ju just skiljeavtalet, som grundar rätten till handlingen såsom ett documentum commune. Däremot har icke skiljeavtalet enahanda betydelse med avseende å den andra av de här ifrågavarande handlingarna. Emellertid utgör editionsplikten även här ett medel, som direkt går ut på förverkligandet av skiljeavtalets syftemål. Det ligger nära att sammanställa den med skyldigheten att utse skiljeman. Mig synes därför, som om man även i det senare fallet skulle kunna uppfatta förpliktelsen såsom en verkan av skiljeavtalet.

Jag vill till sist med några ord sammanfatta framställningen inom förevarande (under II upptagna) avsnitt. I den mån, det ligger i motpartens intresse och det för skiljeavtalets förverkligande är erforderligt, att part är verksam i skiljeförfarandet, måste han, i enlighet med de grundsatser, som behärskar den svenska skiljemannalagstiftningen, anses på grund av skiljeavtalet förpliktad att vidtaga de erforderliga åtgärderna. Den konkreta utformningen av denna princip tager den gestalten, att det med avseende å de handlingar,

som erfordras för fixerandet av status causae et controversiae, åligger part en plikt att för skiljemännen förete dessa handlingar[147]. I övrigt kan part icke anses på grund av skiljeavtalet skyldig att medverka till utredningen i skiljeförfarandet. — Mellan den nämnda skyldigheten och de förpliktelser, som åligga part i civilprocessen, förefinnes en teoretiskt betydelsefull olikhet med avseende å rättsförhållandets subjekt. I civilprocessen är part förpliktad gentemot domstolen[148], medan den ifrågavarande förpliktelsen i skiljeförfarandet består gentemot motparten. I förhållande till skiljemännen hava parterna över huvud taget inga förpliktelser utöver skyldigheten att ersätta dem för deras arbete.

§ 19. III. Skiljeavtalet och skiljedomens verkningar.

Parter, som sluta skiljeavtal av den art, varom i detta arbete är fråga, vilja icke endast inhämta skiljemännens mening om ett föreliggande eller möjligen uppkommande spörsmål, utan de vilja ernå ett bindande avgörande av detsamma. Under normala omständigheter uppnå de också detta syfte med skiljeavtalet. Om skiljeförfarandet förlöper i vederbörlig ordning, få de verkligen till stånd ett avgörande. Såsom förut utvecklats, har detta avgörande icke karaktären av ett materiellträttsligt rättsfaktum utan är snarare att jämställa med en domstolsdom. Avgörandet besitter i viss mån egenskaper, som eljest tillkomma domstolsdomen. Det har en viss rättskraftsliknande verkan och är under särskilda omständigheter exigibelt; däremot kan avgörandet ej såsom ett avtal utgöra

147 Jfr *Frey* s. 147 f.; *Trygger* i TfR 1895 s. 266 f.

148 Beträffande frågan om de rättsliga relationer, vartill processen ger upphov, ansluter jag mig till den särskilt av *Hellwig,* Lehrb. II § 69, Klagrecht und Klagmöglichkeit s. 76 ff., System I § 138, utvecklade och av ett flertal nordiska processualister (dock icke alla) omfattade åsikten, att dylika relationer uppstå blott mellan å ena sidan domstolen och å andra sidan parterna.

grundval för fullgörelsetalan eller för positiv fastställelsetalan vid domstol. Här är emellertid icke platsen att närmare redogöra för dessa verkningar av skiljedomen[149], utan uppmärksamheten skall i stället riktas på den inom litteraturen dryftade frågan, om dessa skiljedomens verkningar också äro att uppfatta såsom verkningar av skiljeavtalet.

Utan att ett skiljeavtal eller ett därmed jämställt rättsfaktum föreligger, kan en skiljedom icke komma till stånd. Då denna framställning bland de rättsfakta, som kunna ligga till grund för ett skiljeförfarande, endast sysselsätter sig med skiljeavtalet, kan här helt bortses från fall, då skiljeförfarandet ej grundas på sådant avtal. Efter den gjorda begränsningen kan man alltså påstå, att förhandenvaron av ett skiljeavtal utgör en förutsättning för en giltig skiljedom. Därav följer, att ur en viss synpunkt alla verkningar av skiljedomen också framstå såsom verkningar av skiljeavtalet. Är skiljeavtalet en förutsättning för skiljedomen, består nämligen onekligen ett kausalsammanhang mellan skiljeavtalet och verkningarna av skiljedomen. Inom litteraturen göres det också ofta gällande, att skiljedomens verkningar hava sin grund i skiljeavtalet[150]. På senare tid har man emellertid på sina håll energiskt förnekat, att skiljedomens verkningar vore att härleda ur skiljeavtalet[151]. Sålunda framhåller *Frey* (s. 175), att skiljedomens rättsverkningar inträda oberoende av parternas i skiljeavtalet tillkännagivna vilja och att en rättsverkan, som icke ens behöver vara av parterna åsyftad, än mindre uttryckligen överenskommen, väl icke kan stödas på eller härledas ur parternas överenskommelse. Och samme författare fortsätter: »Men äfven där denna rättsverkan uttryckligen omfattats af parternas aftalsvilja, kunna de icke af egen maktfullkomlighet utrusta skiljemännen med sådan auktoritet,

---

149 Se därom inom svensk-finsk litt. *Trygger* i JFT 1910 s. 272; *Berglund* I §§ 7 o. 8; *Frey* s. 175 ff.; *Granfelt* s. 44 ff.

150 Se litteraturhänvisningarna hos *Frey* s. 175[2].

151 Se *Altenrath,* särskilt s. 37 ff.; *Frey* s. 175 f.

att desse genom meddelandet af skiljedomen kunde framkalla andra rättsverkningar än lagen tillägger en skiljedom. Ej heller kunna de göra det under andra betingelser än dem lag i detta afseende föreskrifver. En helt annan sak är, att parterna hafva möjligheten att tillskapa förutsättningarna för en laggill skiljedom i sin hand. Denna möjlighet är af lagstiftningen åt parterna på förhand förlänad. Den måste emellertid utnyttjas, för att en giltig skiljedom skall komma till stånd. Skiljeaftalet är en nödvändig förutsättning för skiljemannaförfarandet och skiljedomen. Skiljedomens existens är sålunda beroende af parternas aftal, rättsverkan tillkommer skiljedomen däremot i kraft af lagens föreskrift och i den utsträckning lagen det medgifver.»

Här som så ofta eljest kan man betrakta en fråga ur olika synpunkter. Att det är rättsordningen, som förlänar skiljedomen dess rättsverkan, torde väl ingen vilja bestrida. Men detta hindrar uppenbarligen ej, att man kan betrakta denna verkan såsom knuten till en av rättsordningen uppställd betingelse för dess inträde[152]. Vill man förneka detta, skulle man aldrig kunna tala om rättsverkningarna av ett avtal. Alla rättsverkningar inträda nämligen till följd av lagens bestämmelser eller på grund av någon eljest förefintlig rättsregel. Men de anknytas också alltid till ett faktum, och sålunda kan man icke skilja emellan rättsverkningar, som uppkomma av ett faktum, och rättsverkningar, som hava sin grund i en rättsregel. Ej heller kan det med fog påstås, att man icke skulle kunna tala om en avtalsverkan, där den ifrågavarande rättsverkan ej behövde vara av kontrahenterna åsyftad. En sådan ståndpunkt innebure förnekande av s. k. naturalia negotii[153].

---

152 Jag utgår från den inom rättsvetenskapen härskande uppfattningen, att om ett visst faktum, vartill lagens hypotetiska regler in abstracto anknyta en rättsföljd, verkligen inträffar, därmed också uppkommer en förändring i det konkreta rättstillståndet. Denna uppfattning har inom svensk litt. starkt kritiserats av *Olivecrona,* Bevisskyldigheten s. 60 ff., 81 f. et passim. Mot honom *Kallenberg* II s. 724 ff. (not 48).

153 Med naturale negotii förstår jag icke något, som regelmässigt innehålles

Ehuru jag med det här sagda kan synas ställa mig i skarpaste motsättning till Frey, kan jag ur en annan synpunkt icke finna annat, än att denne författares uttalande inrymmer mycket både beaktansvärt och sant. Det gives en allmän rättsregel, som inom vissa gränser tillerkänner rättsverkan åt avtal i enlighet med dessas innehåll. I de fall, där denna regel finner tillämpning, inträder en viss rättsverkan just därför, att den omfattas av parternas avtal. Hade parterna icke överenskommit om denna rättsverkan, skulle den ej ha inträtt. Men rättsordningen kan också anknyta rättsföljder till ett avtal alldeles oberoende av vad parterna avtalat, och den kan genom en speciell regel till avtalet anknyta sådana rättsverkningar, som parterna icke kunna uppnå med hjälp av den allmänna regeln, att avtal tilläggas verkningar i enlighet med sitt innehåll. De kunna så t. ex. på grund av den nämnda allmänna regeln visserligen uppnå, att ett uttalande av tredje man i en dem emellan tvistig fråga blir privaträttsligt bindande, men icke, att uttalandet får samma rättskraftsverkan som en domstolsdom. Men på grund av en speciell rättsregel kan tredje mannens uttalande tilläggas sådan verkan. Man kan därför säga, att skiljedomens förut omtalade verkningar icke äro typiska avtalsverkningar, sådana verkningar av skiljeavtalet, som skulle inträda på grund av den förenämnda allmänna regeln. I den punkten har Frey obetingat rätt. — Mot det sagda må ej åberopas, att skiljeavtalet som nämnt innehåller en parternas uttryckliga eller presumerade utfästelse att åtnöjas med skiljedomen, ty dennas verkningar äro ej av det slag, att de utan stöd av särskilda rättsregler skulle kunna uppnås genom avtal.

---

i avtal av viss typ — såsom t. ex. *Sohm* s. 212 gör — utan en sådan *verkan,* som framkallas av en rättshandling, utan att den enligt rättshandlingens innehåll behöver framstå såsom åsyftad, detta dock blott, såvida den icke enligt rättshandlingens innehåll uttryckligen uteslutits. Se ang. begreppet naturale negotii bland andra *Ekström* s. 511 ff.; *Montgomery* s. 564 f.; *Lassen* s. 371 ff.; *Stang,* Formueret s. 215; *Platou* s. 308 ff.; *Bekker* II s. 131 ff.; *Windscheid* I § 85[1]; *Regelsberger* § 165.

Jag skulle icke så länge hava uppehållit mig vid det förevarande väl teoretiskt betonade spörsmålet, om man ej tillmätt detsamma den största betydelse för frågan om möjligheten av partsdisposition över skiljedomens verkningar. Äro dessa att betrakta såsom avtalsverkningar, menar man, att desamma också äro underkastade parternas disposition[154]. *Frey* åter kommer från sin utgångspunkt till det resultatet, att skiljedomens verkningar icke kunna vara föremål för sådan disposition. Emellertid torde det avhandlade spörsmålets betydelse för frågan om partsdispositionen vara mindre, än man i allmänhet synes föreställa sig. Sant är, att om skiljedomens verkningar utgjorde typiska avtalsverkningar, därmed också vore givet, att de vore underkastade parternas disposition. I övrigt torde man emellertid ej vara berättigad att tillmäta den här behandlade frågan någon betydelse för frågan om partsdispositionen. Jag skall draga en belysande parallell. Uppenbarligen kan man ej påstå, att parterna skulle äga dispositionsrätt över en domstolsdoms rättskraft i ett fall, där domstolens behörighet grundar sig på prorogationsavtal. Och dock består onekligen ett kausalsammanhang mellan avtalet och domen: hade avtalet ej träffats, hade domstolen icke kunnat lagligen döma i målet. Ej heller lär det kunna sägas, att partsdisposition över en viss rättsverkan vore utesluten, så snart denna icke utgjorde en typisk avtalsverkan. Man torde över huvud taget böra undvika att uppställa en så abstrakt teoretisk fråga som den, vilken betydelse i berörda hänseende som skulle tillkomma den omständigheten, att en viss rättsverkan icke vore den för avtal i allmänhet typiska. Man bör i stället fråga, om de hänsyn, som föranlett förbudet mot partsdisposition över domstolsdomens rättsverkningar, göra sig gällande även vad beträffar verkningarna av en skiljedom. Att dessa hänsyn[155] icke resa hinder för disposition över skiljedomens rättskraftsliknande verkan, torde ligga i så öppen dag, att ett

154 Jfr ovan s. 103.
155 Jfr ovan s. 100 ff.

närmare ingående på denna fråga synes vara överflödigt. Det avgörande är, att skiljedomen icke är en statlig rättsskipningsakt[156]. Vad beträffar skiljedomens exigibilitet, kunna parterna givetvis förhindra exekution därigenom, att de annullera skiljedomen. I övrigt utgör frågan om partsdisposition beträffande skiljedomens exigibilitet ett så outrett och svårlöst (samt dessutom föga praktiskt) spörsmål, att detsamma icke lämpligen kan behandlas i detta sammanhang, där hela frågan om partsdisposition över skiljedomens verkningar icke dryftas för sin egen skull utan för sitt påstådda samband med förhållandet mellan skiljeavtalet och skiljedomens rättsverkningar.

§ 20. C. Om gränserna i subjektivt hänseende för skiljeavtalets verkningar.

Redan av allmänna grundsatser inom avtalsläran följer, att ett skiljeavtal i regel icke kan utöva verkan för andra personer än parterna. Till yttermera visso kan man emellertid här hänvisa till kravet på förlikningsmöjlighet, ty såsom förut omtalats[157], kunna parter ej träffa förlikning till förfång för tredje mans rätt (RB 20:3), och följaktligen kunna de ej heller binda tredje man genom skiljeavtal. Emellertid gäller den nämnda regeln icke undantagslöst — särskilt är det tydligt, att reglerna om succession i avtalsförhållanden föranleda avvikelser från densamma. Frågan, i vilken omfattning dylika

156 Jfr *Altenrath* s. 42, vilken författare anser skiljedomen icke böra beaktas ex officio, och detta, trots att han på samma sida yttrar: »Eine Rechtskraft als Ausfluss des Parteiwillens ist undenkbar, denn die Rechtskraft beruht auf einem staatlichen Befehl an jeden folgenden Richter, die einmal ergangene Feststellung ungeprüft seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Einen solchen Befehl können die Parteien weder geben, noch durch ihre Vereinbarung ersetzen, denn ohne Staatsbefehl ist kein Richter an eine solche Vereinbarung gebunden.»

157 Se ovan s. 71 f.

undantag föreligga, är dock för svensk rätts vidkommande fullkomligt outredd[158].

Klart är, att den ifrågavarande regeln lider undantag vid fall av universalsuccession i det materiella rättsförhållande, vartill skiljeavtalet hänför sig[159]. Det finns ingenting, som motiverar, att icke universalsuccessorer skulle bliva bundna av ett skiljeavtal lika väl som av andra bestämmelser rörande det rättsförhållande, i vilket de succederat. De äro ju ock bundna av en före successionen träffad förlikning. Likaså måste de anses berättigade att själva åberopa skiljeavtalet[160]. Det här sagda måste emellertid lida undantag för det fall, att parterna avtalat eller det eljest av omständigheterna framstår såsom deras mening, att skiljeavtalet skall upphöra vid parts död[161].

Vid singularsuccession i det materiella rättsförhållandet synes man åter, vad först beträffar sådan succession på den aktiva sidan, böra skilja emellan olika fall. Vissa fall av singularsuccession utmärkas därav, att successor icke erhåller bättre rätt än sin fångesman. I dylika fall bör tydligen ett

---

158 Ang. ett speciellt spörsmål se de nedan i not 163 gjorda hänvisningarna till *Frey, Granfelt, Berglund* och *Lagerström*. Se i övrigt *Kohler*, Beiträge s. 221 ff.; *Hellwig*, System II s. 115 ff.; *v. Staff* s. 80 ff.; *Baumbach* s. 55 ff.; *Stein-Jonas* § 1025 VI.

159 Det är emellertid jämförelsevis sent i skiljeinstitutets historia, som detta undantag uppställts i ett flertal rättsordningar. I den romerska rätten var compromissum ett strängt personligt avtal, vars verkningar i regel icke ens sträckte sig till kontrahenternas arvingar. Se L 27 § 1 D 4:8 (Ulpianus): »Si heredis mentio vel ceterorum facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum — — —.» Jfr ock L. 23 § 3 eod. och se i ämnet närmare *Delin* s. 147 f.; *Weizsäcker* s. 34 ff. Nämnda regel gällde även i kanonisk rätt (se cap. 14 X 1,43: »Compromissum non extenditur in compromittentis haeredes, si de ipsis non caveatur ibidem.») och upptogs i das gemeine Recht (jfr *Kohler*, Beiträge s. 223 ff.). En ny princip kommer däremot till uttryck i C. de pr. civ., där det i art. 1013 stadgas: »Le décès, lorsque tous les héretiers sont majeurs, ne mettra pas fin au compromis — — —.» Se närmare *Garsonnet* & *Cézar-Bru* t. 8 n:o 253.

160 Jfr rättsfall i NJA 1886 s. 398.

161 Jfr *Stein-Jonas* § 1025 VI; *v. Staff* s. 80.

skiljeavtal kunna göras gällande emot honom lika väl som mot fångesmannen. I andra fall åter förvärvar successor en rätt, som är mer eller mindre oberoende av rättsförhållandet mellan fångesmannen och motparten. Den senare kan icke med framgång gentemot successor framställa vissa invändningar, som han kunnat göra mot fångesmannen. Utan att närmare ingå på den materiellträttsliga frågan, när successor erhåller en dylik mer eller mindre självständig rätt, torde man kunna fastslå, att skiljeavtalet i sådana fall förvisso icke kan åberopas emot successorn. Om exempelvis denne i god tro förvärvar ett löpande skuldebrev, kan han ju, på få undantag när, icke mötas med invändningar om förhållandet mellan fångesmannen och gäldenären, och följaktligen kan ej heller mot honom åberopas ett mellan dessa träffat skiljeavtal. Om däremot successor själv vill åberopa skiljeavtalet, torde hinder därför ej möta. På grund av sin goda tro kan han i vissa fall förvärva bättre rätt än sin fångesman, men han bör icke rimligen i något avseende förvärva sämre rätt än denne. Något annat är ej heller påkallat av hänsynen till motparten, ty denne har ju en gång samtyckt till att rättsförhållandet ifråga får bedömas av skiljemän. — Vad slutligen beträffar fall av succession på den förpliktades sida, torde, där sådan kan förekomma, böra antagas, att skiljeavtalet i regel blir gällande såväl för som emot successor, det senare förmodligen dock endast under förutsättning, att han vid förpliktelsens övertagande ägde eller bort äga kännedom om skiljeavtalet[162].

Inom läran om succession i skiljeavtalet knyter sig alldeles särskilt intresse till frågan om konkursbos ställning till gäldenärens före konkursen träffade skiljeavtal[163].

162 Jfr *Baumbach* s. 57.

163 Detta dock blott i vad skiljeavtalet avser rättsförhållanden, som beröra konkursboet. — Jfr i ämnet, förutom några anmärkningar ovan s. 55 ff., 72 och 179 f., *Frey* s. 84 f.; *Granfelt* i JFT 1912 s. 81 f. och Skiljemannaförfarandet s. 16 ff.; *Berglund* I s. 43 f.; *Lagerström* i SvJT 1932 s. 424 ff. — Vad beträffar förhållandet mellan konkursgäldenären och konkursboet, ansluter jag mig till den uppfattning, som *Kallenberg,* under avståndstagande

Av lagbestämmelser, som kunna tänkas tjäna till ledning vid besvarandet av detta spörsmål, lära icke komma ifråga andra än de i 77 och 79 §§ konkurslagen givna stadgandena[164]. Den förstnämnda §:n handlar om konkursförvaltarens indrivning av utestående fordringar och stadgar bl. a., att om fordran ej kan indrivas utan att rättegång eller lagsökning anställes eller skiljedom påkallas, skall gälla vad i 79 § stadgas, d. v. s. förvaltaren må ej vidtaga de nämnda åtgärderna utan samtycke av rättens ombudsman. Det nämnda stadgandet om skiljedoms påkallande kan icke rimligen vara givet med tanke på det fall, att skiljeavtal slutits av konkursboet. Ett sådant skiljeavtal kan nämligen blott träffas i den ordning 78 § stadgar[165], det vill bl. a. säga med samtycke av rättens ombudsman, resp. i visst fall borgenärerna, och det är sålunda för detta för övrigt icke särdeles praktiska fall fullkomligt överflödigt att uppställa krav på ombudsmannens samtycke till påkallandet. Sistnämnda åtgärd ter sig ju i detta fall endast såsom ett led i det förfarande, vartill ombudsmannen, resp. borgenärerna, redan samtyckt, då fråga uppkom om träffande av skiljeavtal. Det berörda stadgandet i 77 §, jämfört med 79 §, måste därför avse det fall, att gäldenären före konkursen träffat skiljeavtal, och bestämmelsen ger sålunda vid handen, icke blott att det gives fall, där konkursboet är berättigat att åberopa ett sådant avtal, utan även att konkursboet *kan* bliva bundet därav. Stadgandet förutsätter nämligen uppenbarligen existensen av fall, där fordran ej kan indrivas på annat sätt,

---

från en av *Lawski* i SvJT 1919 s. 17 framförd åsikt, utvecklat i Sv. civilprocessrätt I s. 613 ff.

164 Däremot ej 78 § konkurslagen. Av denna § kan man visserligen sluta, att konkursboet, genom förvaltaren såsom sitt organ och sedan denne alltefter fallets beskaffenhet inhämtat samtycke av borgenärerna eller rättens ombudsman, kan träffa skiljeavtal angående tvistig tillgång, varvid §:n dock tillerkänt gäldenären en viss medbestämmanderätt; men §:n ger ej någon ledning för bedömandet av frågan om boets rätt att åberopa och om dess bundenhet av ett före konkursen träffat skiljeavtal om sådan tillgång.

165 Annorlunda beträffande motsvarande spörsmål i finsk rätt *Granfelt* s. 16.

än att skiljedom påkallas. Däremot tvingar icke stadgandet med logisk nödvändighet till konklusionen, att ett skiljeavtal av nämnda slag under alla omständigheter binder konkursboet, ja icke ens till den slutsatsen, att avtalet alltid binder detta, då fråga är om indrivning av fordran.

Ej heller 79 § ger något uttömmande svar på det förevarande spörsmålet. §:n behandlar förutsättningarna för förvaltarens rätt i allmänhet att anställa rättegång eller lagsökning samt att fullfölja redan anhängiggjort mål, och enligt bestämmelse i sista stycket av §:n skall vad därom stadgats äga motsvarande tillämpning ifråga om påkallande av skiljedom och fullföljande av inlett skiljeförfarande. Detta visar, att det gives fall, där konkursboet kan åberopa ett före konkursen träffat skiljeavtal, men upplyser varken därom, huruvida så alltid kan ske, eller därom, huruvida konkursboet är bundet av ett dylikt avtal.

I rättspraxis har den förevarande frågan varit uppe i två olika grupper av fall, nämligen dels i vad angår tvist om borgenärs betalningsrätt i konkursen, dels ock med avseende å tvistig tillgång i densamma.

Vad beträffar den förra gruppen av fall, har HD i ett plenimål, refererat i NJA i 1913 s. 191, tillerkänt giltighet åt en skiljedom angående tvist om bevakad fordran, som grundats på kontrakt med skiljeklausul[166]. I detta rättsfall kom emellertid frågan om konkursboets bundenhet icke riktigt på sin spets, ty skiljemännen hade utsetts under medverkan av konkursförvaltningen. Enligt motiveringen för majoritetens ståndpunkt har dock denna omständighet synbarligen icke tillmätts någon betydelse, och man torde därför med stöd av detta plenaravgörande kunna fastslå, att i rättspraxis ett av gäldenären före konkursen träffat skiljeavtal, som avser tvist om fordran, vilken sedermera bevakats i konkursen, tillerkän-

166 Jfr ovan s. 56.

nes bindande verkan gentemot konkursboet[167]. Konsekvensen kräver, att konkursboet också måste anses berättigat att självt i dylikt fall åberopa skiljeavtalet gentemot den bevakande.

Beträffande skiljeavtal, som avser tvist om tillgång i konkursboet, finnes ett flertal avgöranden av HD. I NJA 1925 s. 557 refereras under nr 169 tvenne hithörande rättsfall. I det ena rättsfallet hade konkursboet för slitande av tvist om bättre rätt till viss egendom påkallat tillämpning av skiljeklausul, som var innefattad i tvenne före konkursen slutna kontrakt emellan gäldenären och motparten. För undvikande av alla risker inlät sig den sistnämnde i skiljeförfarandet men förklarade tillika, att han icke ansåge skiljeklausulen tillämplig på den ifrågakomna tvisten. Sedan skiljedomen klandrats, blev den av hovrätten, vars dom fastställdes av Kungl. Maj:t, förklarad ogill, enär tvistefrågan icke vore av den beskaffenhet, som avsåges i skiljeklausulen. — I det andra rättsfallet åter hade det med gäldenären slutna skiljeavtalet åberopats gentemot konkursboet, som bestred avtalets tillämplighet. Skiljedom meddelades, som gick boet emot, och KB förordnade om domens verkställighet. Hovrätten, vars utslag fastställdes av HD, fann skiljeavtalet icke tillämpligt på tvisten och undanröjde förty förordnandet om verkställighet. — Det är tveksamt, om man av dessa avgöranden kan draga någon säker slutsats i det förevarande ämnet. Rättsfallen ha uppmärksammats av *Lagerström*[168], som yttrar: »1925 års rättsfall utvisa närmast, att skiljeavtal angående ett kontraktsförhållande ej anses omfatta frågan om bättre rätt mellan konkursbo och tredje man till viss av kontraktet berörd egendom. Hade skiljeavtalet enligt sin formulering uttryckligen omfattat även sistnämnda fråga, skulle den sedermera i konkurs försatte säkerligen ansetts hava överträtt sin befogenhet.» I sin förra del är detta yttrande mer generellt avfattat

167 Mot detta avgörande strider icke utgången av rättsfallet i NJA 1922 s. 285. Där hade skiljemännen ålagt *konkursboet* betalningsskyldighet.

168 I SvJT 1932 s. 424.

än domstolarnas motivering, och jag är icke alldeles övertygad om riktigheten av denna generalisering. Än mer vill jag emellertid ifrågasätta riktigheten av den senare punkten i uttalandet. Hovrättens motivering i det först refererade rättsfallet, att tvisten icke vore av den beskaffenhet, som avsåges i skiljeavtalet, synes mig snarast inbjuda till e-contrario-slutet, att om skiljeavtalet avsett jämväl sådan fråga som den omtvistade, avtalet ägt giltighet även mellan konkursboet och dess motpart. Motiveringen i det senare rättsfallet torde däremot knappast medgiva någon bestämd slutsats i någondera riktningen.

I ett rättsfall, refererat i NJA 1931 s. 647, ansågs ett med gäldenären före konkursen slutet skiljeavtal icke bindande mot konkursboet. Fallet var följande. I ett entreprenadkontrakt, som avsåg installation av diverse materiel i en byggnad, hade entreprenören förbehållit sig äganderätten till vissa av de i fastigheten installerade föremålen, till dess full betalning skedde. Dessa föremål voro till huvudsaklig del av den beskaffenhet, som omförmäles i 3 § av 1895 års lag angående vad till fast egendom är att hänföra, och utgjorde alltså sådana materialier, beträffande vilka enligt rättspraxis ett äganderättsförbehåll icke tillerkännes verkan gentemot tredje man[169]. Kontraktet innehöll jämväl bestämmelse, att eventuella tvister i anledning av detsamma och tvister rörande däri omförmälda och därav härflytande rättsförhållanden med vad därmed ägde samband skulle slitas genom skiljemän. Sedan fastighetsägaren försatts i konkurs, påkallade entreprenören skiljedom för avgörande av frågan om rätt för honom att utbekomma omförmälda av äganderättsförbehållet omfattade föremål. Konkursförvaltaren förklarade, att konkursboet ej komme att utse skiljeman, och bestred, sedan entreprenören i allt fall med överexekutors hjälp fått ett skiljeförfarande till stånd, att skiljeklausulen vore bindande för konkursboet. Skil-

169 Jfr ovan s. 72.

jemännen tillerkände entreprenören rätt att såsom fortfarande ägare till de ifrågakomna föremålen borttaga dessa ur fastigheten, om full likvid ej mellankomme. På konkursboets fullföljda talan emot Svea hovrätts utslag, däri ändring ej gjorts i ett av KB meddelat förordnande om skiljedomens verkställighet, förklarade HD skiljedomen såsom ogill icke kunna verkställas, enär av fastighetsägaren icke kunnat med bindande verkan för hans konkursbo träffas skiljeavtal angående frågan, huruvida de i målet avsedda föremålen — vilka till huvudsaklig del vore av beskaffenhet som omförmäldes i 3 § av lagen d. 24 maj 1895 ang. vad till fast egendom är att hänföra — finge av entreprenören på grund av utebliven betalning återtagas även efter det föremålen anbringats i fastigheten. Motiveringen avfattades i enlighet med en av två justitieråd uttalad mening, medan ett justitieråd *(Skarstedt)* kom till samma slut på den grund, att det mellan entreprenören och fastighetsägaren slutna skiljeavtalet icke mot bestridande av konkursboet ägde giltighet mot detta. En minoritet på två justitieråd ville ej göra ändring i hovrättens utslag.

Jag kan icke finna annat, än att detta rättsfall avgjort tyder därpå, att även vad beträffar tvist om tillgång i konkursen ett med gäldenären före densamma träffat skiljeavtal ansetts i regel binda konkursboet. Tydligt är, att denna mening omfattats av hovrätten och de två justitieråd, som ej funno skäl att göra ändring i dess utslag. Men även de två justitieråd, enligt vilkas vota HD:s motivering avfattades, synas hava haft samma uppfattning. Hade de senare menat, att ett mellan gäldenären och annan person slutet skiljeavtal över huvud taget ej ägde giltighet beträffande tvist om tillgång i konkursen[170], hade de med säkerhet icke på sätt som skett betonat tvisteföremålets ovannämnda egenskaper. Meningsskiljaktigheten mellan dessa justitieråd och de båda förutnämnda synes

170 Att sådant skiljeavtal ej skulle äga giltighet vid tvist om betalningsrätt i konkursen, torde de efter 1913 års plenimål knappast ens hava satt ifråga.

blott hava varit den, huruvida man i det ifrågavarande fallet hade att med hänsyn till tvisteföremålets säregna beskaffenhet göra undantag från den nämnda regeln. Den här givna tolkningen av den motivering, som blev HD:s, synes mig framstå desto mer sannolik, om man jämför den påtagliga motsättningen mellan denna motivering och den av justitierådet *Skarstedt* lämnade. Ehuru det icke är alldeles otvivelaktigt, vilken tanke som ligger bakom dennes yttrande, vill det synas, som om detta justitieråd ensam förfäktat den meningen, att ett av gäldenären träffat skiljeavtal över huvud taget icke mot konkursboets bestridande ägde giltighet i tvist om tillgång i konkursen[171].

En överblick över de återgivna rättsfallen synes mig tyda därpå, att man i rättspraxis anser konkursboet i regel succedera i det genom skiljeavtalet uppkomna rättsförhållandet. Denna rättsuppfattning synes förklarligen bero därpå, att genom konkursen med visst undantag äger rum en succession i förvaltningsrätten till gäldenärens förmögenhet. Konkursboet succederar i viss mån i gäldenärens förmögenhetsrättsliga rättsförhållanden. I den mån boet genom succession inträder i gäldenärens rättsförhållanden med andra personer, kan boet icke få bättre rätt än gäldenären själv. Det blir bundet av de särskilda villkoren i de av denne träffade avtalen[172]. Emellertid är det icke all rätt, som konkursboet härleder från gäldenären. Genom återvinningsreglerna t. ex. tillerkännes konkursboet en rätt, som gäldenären själv icke har. Och i den omständigheten, att en viss gäldenärens föryttring eller ett mot gäldenären gjort äganderättsförbehåll ej har sakrättslig verkan, ligger, att föryttringen eller äganderättsförbehållet icke kan göras gällande mot gäldenärens konkursbo. Kon-

171 Eller möjligen, att avtalet över huvud taget ej ägde giltighet mot konkursboet, således ej heller vid tvist om betalningsrätt i konkursen. Jfr samma justitieråds votum i 1913 års plenimål. En sådan tolkning förefaller dock föga sannolik (jfr not 170).

172 Jfr *Granfelt* s. 16 f.

kursboet har här en rätt till föremålen, vilken ej härledes från gäldenären. Denne har över huvud taget ingen rätt till det föryttrade, och han har icke rätt att i ett fall sådant som det i 1931 års rättsfall avsedda behålla materialierna i strid mot äganderättsförbehållet. Över den rätt, som sålunda tillkommer konkursboet såsom en självständig, från gäldenären icke härledd rätt, kan denne ej disponera med laga verkan gentemot konkursboet. En förlikning mellan gäldenären och hans medkontrahent binder icke konkursboet, lika litet som en dom, som fastställt medkontrahentens obligatoriska rätt att utbekomma föremålen, skulle göra, även om den meddelats före konkursen. Ej heller kan då i dylikt fall ett av gäldenären träffat skiljeavtal binda konkursboet. Ur den synpunkt, som här anlagts på det förevarande problemet, synes det mig, som om utgången av 1931 års rättsfall framstår i en mycket förklarlig dager. Har åter äganderättsförbehållet sakrättslig verkan — man tänke sig exempelvis ett förbehåll om äganderätt till en genom avbetalningskontrakt såld symaskin, velociped, bok eller dylikt — torde åter en i avbetalningskontraktet intagen skiljeklausul bliva bindande mot konkursboet. Detta kan då ej göra gällande rätt till föremålet under andra betingelser än gäldenären själv. Är den uppfattning, som här utvecklats, riktig, är det tydligt, att det i 1931 års rättsfall gjorda undantaget från den förenämnda regeln ej är det enda förefintliga. När helst konkursboet har en rätt, som icke härledes från gäldenären, synes det uteslutet, att ett av denne träffat skiljeavtal kan bliva tillämpligt på tvist om denna rätt. Jag nämnde nyss återvinningsreglerna. Det vore tydligen föga tillfredsställande, om dessa kunde göras illusoriska genom ett gäldenärens skiljeavtal. Om gäldenären i syfte att undandraga borgenärerna viss egendom skänker denna åt en god vän, skall han då kunna säkra sig mot återvinning därigenom, att han med vännen träffar överenskommelse, att tvist med anledning av gåvoavtalet skall avgöras av skiljemän, vartill parterna för säkerhets skull redan i skiljeavtalet ut-

sett ett par ur deras synpunkt pålitliga personer? Uppenbarligen icke. Konkursboets rätt till återvinning kan icke med laga verkan inskränkas genom dispositioner av gäldenären.

Det skall villigt erkännas, att jag här behandlar ett ömtåligt och föga penetrerat spörsmål, om vars rätta besvarande förvisso kunna råda delade meningar. Det är därför på sin plats att här omnämnes, hurusom i praxis och litteraturen kommit till uttryck jämväl uppfattningar, vilka i vissa avseenden skilja sig från den här utvecklade. Jag har redan framhållit den mening, varåt hovrätten och en minoritet av tvenne justitieråd gåvo uttryck i 1931 års rättsfall. Vid denna uppfattning har jag emellertid efter vad som ovan utvecklats icke anledning att närmare dröja[173]. Däremot kräves här ett beaktande av den mening, som jag förmodar, att justitierådet *Skarstedt* omfattade i samma rättsfall, och som sedermera närmare utvecklats av *Lagerström* i en uppsats i SvJT 1932 s. 424 ff. Lagerström menar, att frågan, huruvida viss egendom vore att räkna till konkursbo eller ej, icke skulle kunna med bindande verkan för konkursboet avgöras genom avtal med gäldenären. Detsamma gällde frågan, hur konkursboets egendom respektive därför inflytande medel skulle mellan borgenärerna fördelas. Till vidare utveckling av sin mening anför Lagerström: »Om rättegång anhängiggjorts mot en konkursgäldenär, kan åtminstone i regel denna ej medföra en för konkursboet förpliktande dom utan att konkursförvaltaren inträder i rättegången. Vore det ej egendomligt, om ett skiljemannaförfarande enligt ett av konkursgäldenären slutet avtal skulle medföra större verkan mot konkursboet? — — — Emellertid tillåter jag mig göra gällande, att en gäldenär ej kan med bindande verkan för sina blivande konkursborgenärer sluta skiljeavtal om en fråga, som i och med konkursutbrottet blir en fråga om det direkta rättsförhållandet mellan dessa och tredje mannen. Härav följer att

173 Ej heller skall jag här dröja vid en av justitierådet *v. Seth* i 1913 års rättsfall utvecklad åsikt. Jfr samma justitieråd i 1931 års rättsfall.

1) om skiljedom om bättre rätt till viss egendom redan före konkursen är påkallad eller given, den i allt fall ej kan mot konkursborgenärerna genomföras,

2) om tillämpning av skiljeavtalet ej före konkursen påkallats eller lett till skiljedom, är det i och med konkursen förfallet så länge konkursen pågår.»

Det synes mig, som om de slutsatser, Lagerström här drager, bygga på oriktiga premisser. Frågan, huruvida viss egendom är att räkna till konkursbo eller ej, skulle enligt Lagerström icke kunna med bindande verkan för konkursboet avgöras genom avtal med gäldenären. Denna sats är endast delvis riktig. Sant är, att den gäller för avtal, träffade under konkursen, men om sådana avtal är det över huvud taget icke fråga i detta sammanhang. Däremot lärer det svårligen kunna bestridas, att frågan om konkurstillgångarnas omfattning är i det stora hela beroende av vilka dispositioner gäldenären träffat före konkursen. Man måste här skilja emellan olika fall. Man jämföre med varandra exempelvis ett äganderättsförbehåll till föremål av den beskaffenhet, som avses i 3 § av 1895 års ovannämnda lag, och ett äganderättsförbehåll till andra föremål. I det förra fallet kan icke gäldenären med bindande verkan mot konkursboet avtala, att föremålen skola förbliva medkontrahentens egendom, men det kan han i det senare fallet, och genom en sådan överenskommelse har i realiteten med bindande verkan gentemot konkursboet avtalats, att vissa hos gäldenären befintliga förmögenhetsobjekt icke skola i händelse av hans konkurs utgöra tillgång i konkursboet. Likaså är det tydligt, att gäldenären före konkursen kan med annan person träffa avtal, som fastslår storleken av en dennes fordran mot gäldenären, och att ett sådant avtal är bindande vid tvist om betalningsrätt i konkursen. Någon annan fråga än den om fordrans existens och storlek har man emellertid aldrig ifrågasatt kunna hänskjutas till avgörande av skiljemän. — Vidare anför Lagerström, att en mot konkursgäldenär anhängiggjord rättegång åtminstone i regel ej kan medföra

en för konkursboet förpliktande dom utan att konkursförvaltaren inträder i rättegången, och att det då vore egendomligt, om ett skiljeförfarande enligt ett av konkursgäldenären slutet avtal skulle medföra större verkan mot konkursboet. Tanken är tydligen den, att om man icke ens kan få till stånd en mot konkursboet bindande dom, såvida ej konkursförvaltaren inträder i rättegången, bör man ej heller kunna utan konkursförvaltarens medverkan få till stånd en mot boet bindande skiljedom. Men utgångspunkten för detta resonemang är säkerligen oriktig, ty för att domen skall bliva för konkursboet bindande, lärer förvisso ej erfordras, att konkursförvaltaren verkligen inträtt i rättegången, utan blott att han beretts tillfälle att inträda[174].

När det gäller att bedöma, om och i så fall i vad mån man utanför området för successionsfallen har att uppställa undantag från regeln om begränsningen av skiljeavtalets verkningar till parterna, är man huvudsakligen hänvisad till allmänna teoretiska överväganden. Vad tysk rätt beträffar, har *Hellwig*[175] framhållit ett par undantag, som äro av den beskaffenhet, att de säkerligen gälla även i svensk rätt. Ett sådant undantag skulle enligt Hellwig föreligga, då en person har faktisk möjlighet att med laga verkan förfoga över en rätt, som tilkommer en annan. I dylikt fall skulle ett av den förre personen slutet skiljeavtal binda den senare. Man tänke sig, att vid cession cedenten, innan denuntiation ägt rum, sluter

---

174 Jfr *Lawski* i SvJT 1919 s. 17; *Kallenberg* I s. 616 ff. — Även från *Lagerströms* utgångspunkt är det emellertid obegripligt, huru man skulle kunna komma till den av Lagerström under 1) omförmälda slutsatsen, att även en före konkursen given skiljedom om bättre rätt till viss egendom ej kunde genomföras mot konkursboet. Skall man här draga någon parallell mellan skiljeförfarande och rättegång, borde väl såsom utgångspunkt väljas det fall, att en lagakraftvunnen domstolsdom mot gäldenären förelåge redan före konkursen. Att en sådan dom i regel (jfr dock ovan s. 254) kan genomföras gentemot konkursboet, lärer ej kunna bestridas.

175 System II s. 116 f.

skiljeavtal med cessus. Kunna denne och cedenten med bindande verkan emot cessionarien disponera över sitt inbördes rättsförhållande, bör även ett skiljeavtal binda cessionarien. Att detta gäller även för svensk rätt, torde vara otvivelaktigt, men fallet synes mig mera höra hemma inom teorien än i det levande livet. Av praktisk betydelse är däremot ett annat av Hellwig omnämnt fall, nämligen det, att skiljeklausul inrymmes i ett s. k. tredjemansavtal — t. ex. att i ett försäkringsavtal till förmån för tredje man bestämmes, att tvist av viss beskaffenhet skall avgöras av skiljemän[176]. Att enligt svensk rätt skiljeklausulen blir bindande för tredje mannen, om denne vill åberopa kontraktet, och att likaledes tredje mannen kan åberopa skiljeavtalet, i den mån han över huvud taget blir berättigad på grund av kontraktet, torde icke behöva närmare utvecklas.

Enligt svensk rättspraxis har man att göra ytterligare ett undantag från den ifrågavarande regeln. I flera rättsfall har HD förklarat ett mellan tvenne parter slutet skiljeavtal tillämpligt även beträffande rättsförhållandet mellan den ene parten och den andres borgensmän[177]. Detta förefaller mycket förklarligt, i den mån avtalet åberopas av borgensman. Det är ju regel, att borgenären icke kan mot borgensman göra gällande sin fordran under gynnsammare betingelser än mot gäldenären, och det är också regel, att de invändningar mot borgenärens fordran, vilka tillkomma gäldenären och som grundas på förhållanden, som uppkommit efter borgensförbindelsens ingående, kunna framställas även av borgensmannen. Enligt dessa regler skulle denne gentemot borgenären kunna åberopa ett mellan den senare och gäldenären slutet skiljeavtal, när helst detta ingåtts. Svårare att förklara är, att skiljeavtalet tillerkänts bindande verkan även gentemot

176 Om tredjemansavtal se t. ex. *Stang,* Formueret s. 260 ff.; *Lassen* s. 209 ff. och av dessa författare anf. litt.

177 Se NJA 1896 s. 136, 1916 s. 100, 1922 s. 135. Jfr inom tysk litteratur å ena sidan *Hellwig,* System II s. 117, å andra sidan *Baumbach* s. 57.

borgensmannen. Ehuru i samtliga av de ifrågavarande rättsfallen skiljeavtalet åberopats av borgensmännen, ger den i rättsfallen lämnade domsmotiveringen, att skiljeavtalet måste anses tillämpligt även på rättsförhållandet mellan borgenären och borgensmännen, vid handen, att också dessa ansetts bundna av skiljeavtalet. Förklaringen torde ligga i den omständigheten, att den, som ikläder sig en borgensförbindelse, i fall, där annat ej bestämmes, får anses åtaga sig enahanda ansvar som gäldenären, bortsett från frågan om beneficium ordinis och beneficium divisionis[178]. Härvid måste emellertid för borgensmannens bundenhet fordras, att han kände till förhandenvaron av skiljeavtalet, eller i varje fall att han bort äga kännedom därom — man tänke sig exempelvis, att frågan om skiljeavtalet visserligen icke dryftats med borgensmannen men skiljeklausul varit inrymd i ett för borgensmannen företett skriftligt kontrakt, för vars fullgörande han iklätt sig borgen. Ett mellan borgenären och gäldenären efter borgensförbindelsens ingående slutet skiljeavtal kan förklarligen icke bliva gällande emot borgensmannen utan dennes samtycke.

Närbesläktat med borgensfallet är det fall, att handelsbolag slutit kontrakt, som innehåller skiljeklausul. Det måste anses, att bolagsman blir bunden av skiljeavtalet[179].

---

178 Jfr *Baumbach* s. 57.
179 Jfr ibid.

PRIS 10 KRONOR

STOCKHOLM
LINKOLN BLOMS BOKTRYCKERIAKTIEBOLAG
1933