



Pr. and.
Procesmbl. Ex. 3.



Högsta domstolens bibliotek



2 6120 013 003



Juridikbok se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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



OM
SKRIFTLIGA BEVIS

SÅSOM
CIVILPROCESSUELLT INSTITUT

AV
ERNST TRYGGER
F. D. JUSTITIERÅD

ANDRA UPPLAGAN



STOCKHOLM
P. A. NORSTEDT & SÖNERS FÖRLAG

TRYCKT HOS

P. PALMQUISTS AKTIEBOLAG, STOCKHOLM 1921

195273

INNEHÅLL.

	Sid.
Inledning... ..	1
Bevisning i allmänhet.....	35
Skriftliga bevis:	
Skrift såsom bevis i allmänhet.....	78
Den skriftliga handlingens äkthet	84
Den skriftliga handlingens formella beviskraft.....	111
Den skriftliga handlingens materiella beviskraft.....	127
Det skriftliga bevisets framläggande	161

Förkortningar.

J. A. = Juridiskt Arkiv, utgivet av *Schmidt*.

N. T. = Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning,
utgiven av *Naumann*.

N. J. A. = Nytt Juridiskt Arkiv, utgivet av *Holm*.

Inledning.

Den reglering av de mänskliga levnadsförhållandena, som är rättslagens uppgift, finner sin realisation därigenom, att personerna komma i rättsförhållande till varandra.¹ Den ene blir berättigad, erhåller en rättighet, den andre blir på grund av denna rättighet förpliktad. Rättigheten är det primära; förpliktelsen det sekundära. Rättsordningen är icke blott »en komplex av imperativ, vilka i det avseendet äro med varandra förbundna, att icke-beaktande av de ena ofta utgör förutsättningen för de andras

¹ Jfr NORDLING, »Föreläsningar i svensk civilrätt», Upsala 1882, s. 95: »Rättsförhållande är det av en eller ett flertal rättigheter beroende förhållandet mellan olika personer.» Då WINDSCHEID, »Lehrbuch des Pandektenrechts», Stuttgart 1879, I s. 93—94, karakteriserar rättsförhållandet såsom *ett rättsligen bestämt förhållande*, kan visserligen intet däremot anmärkas, men då han därjämte betonar, att ett rättsförhållande kan existera mellan person och sak, såsom exempel¹ varpå anföres egendom (äganderätt?), förbiser han, att det förhållande, som kan existera mellan person och sak, är alldeles det samma, om man tänker sig rättsordningen existera eller ej, samt att det plus, som kommer till, genom att rättsordningen erkänner detta förhållande såsom en rättighet, består däri, att personen i fråga *med avseende på saken* kommer i ett av rättsordningen bestämt hoc est rättsförhållande till andra personer. Maktförhållandet till saken har således icke förvandlats till ett rättsförhållande till saken; utan makten över saken har blivit skyddad därigenom, att rättsordningen ställt makthavaren i rättsförhållande till andra. Då WINDSCHEID därjämte såsom ett ytterligare exempel på rättsförhållande mellan person och sak anför besittningen, vilket rättsförhållande vore ett levnadsförhållande, till vilket rättsordningen blott sluter sig (herantritt), med vilken tillslutning han torde mena den omständigheten, att rättsordningen vid besittningen knyter rättsverkningar (jfr a. a. I s. 434: »Aber auch schon die blosse thatsächliche Geltendmachung des Willens für die Sache, der Besitz, ist ein Rechtsverhältniss, ein Verhältniss, welches wichtige rechtliche Folgen hat»), så visar detta, att WINDSCHEID låter begreppet rättsförhållande även omfatta ett förhållande, som rättslagen utrustat med rättsbildande kraft, d. v. s. ett rättsfaktum. Med ett så månghövdat rättsförhållandebegrepp torde

befallning»,¹ ty ur rättssatser, som blott innehålla imperativ, befallningar eller förbud, kan man ej komma till begreppet subjektiv rätt eller rättighet. För den eller dem, som med avseende på en viss verksamhet icke träffades av rättslagens imperativ, bleve visserligen denna verksamhet fri, men berättigad för visso ej. »Ur det till en bestämd grupp av människor riktade förbudet att taga en sak och använda den för sina behov följer icke, att de, som ej höra till denna grupp, hava en subjektiv rätt att förfoga över henne».² Ett dylikt förfogande bleve från rättslagens synpunkt utan varje intresse eller betydelse,³ såvida rättslagen

emellertid rättsvetenskapen svårigen kunna vara betjänad. Rättsförhållandets karaktär av ett förhållande mellan person och person har ock av andra skarpt betonats, så av Goos, »Foreläsningar over den almindelige Retslære», Köpenhamn 1880, 2 h., s. 147 f. Jfr Plósz, »Beiträge zur Theorie des Klagerrechts», Leipzig 1880, s. 51.

¹ THON, »Rechtsnorm und subjectives Recht», Weimar 1878, s. 8. Så ock BIERLING, »Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe», Gotha 1883, II s. 12: »Für meinen Theil stehe ich nicht an, den Grundsatz von der imperativischen Natur alles Rechts im vollen Umfang festzuhalten.»

² WACH, »Defensionspflicht und Klagerecht» i GRÜNHUTS »Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, VI s. 551 f.

³ BINDING, »Handbuch des Strafrechts», Leipzig 1885, I s. 157 n. 8: »In demselben Augenblick fällt alles subjektive Recht aus dem Rechtsgebiet: denn rechtlich relevant ist nur die Norm und die Pflicht, die sie begründet, rechtlich gleichgiltig alles übrige.» Obs. att BINDING fattar uttrycket »norm» liktydigt med imperativ (jfr även BINDING, »Die Normen und ihre Übertretung», Leipzig 1872, I s. 23 f.); WACH, »Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts», Leipzig 1885, I s. 185 f., ger begreppet norm ett vidsträcktare omfång. »Die 'Rechtsnorm' ferner ist uns der äussere allgemein-normative Wille, die gemeinverbindliche Vorschrift des Gemeinschaftslebens, gleichviel ob sie unmittelbar Recht oder Pflicht schafft, ein Dürfen oder Sollen setzt, gebietet oder verbietet, ob sie die Thatbestände derart regelt, dass durch sie Rechte oder Pflichten begründet oder verändert oder aufgehoben werden.» Denna vidsträckta betydelse av begreppet »norm» torde mest överensstämma med vårt svenska språkbruk. Jfr NORDLING a. a. s. 93: »Men vi få ej fatta rättslagen, den objektiva normen, såsom en utifrån på mänskliga förhållanden lagd lag, som negativt bestämmer och begränsar dem. Detta synes redan av den betydelse, det allmänna språkbruket inlägger i ordet rättighet. Vid användandet av detta ord utgår man nämligen mera från den berättigades synpunkt och inlägger uti begreppet rättighet betydelsen av anspråk, fordran, frihet att göra något.»

icke vid detsamma knöte några rättsverkningar, d. v. s. gjorde det till ett rättsfaktum. Någon helgd kunde icke sägas vara förenad med en dylik verksamhet, och dock är det just denna, som avgör, om en verksamhet är utövning av en rättighet eller ej.¹ Detta rättighetens positiva innehåll har man emellertid sökt få fram även med antagandet av rättslagens uteslutande imperativiska natur. Så säger BIERLING,² som sökt ådagalägga, att en norms karaktär av *rättsnorm* just är »die Anerkennung derselben als Gemeinschaftsnorm seitens der Gemeinschaftsglieder»,³ att »varje erkännande av en norm såsom samhällsnorm (Gemeinschaftsnorm) har ett tvåfaldigt innehåll, alltefter som den erkännande refererar normen på sig själv eller på sina mederkännande samhällsmedlemmar. Från den förra synpunkten visar det sig såsom ett erkännande av plikt att följa normen. Från den senare synpunkten visar det sig dels såsom ett erkännande av ett anspråk hos de mederkännande samhällsmedlemmarna, dels såsom ett anspråk hos den erkännande själv på att varje annan samhällsmedlem, till vilken normen riktar sig, skall följa densamma.» På detta sätt motsvarades varje plikt hos den ene av anspråk hos den eller de andra. Och rättighetens innehåll vore ett eller flera anspråk.⁴ Rätt i subjektiv mening eller rättighet bleve därför intet annat än rättslagen, subjektivt fattad. Mot denna BIERLINGS deduktion av begreppet rättighet kan anmärkas, dels att den sats, varpå hela resonemanget vilar, nämligen att en

¹ Jfr NORDLING a. a. s. 93, som definierar rättighet såsom »den helgd, som är förenad med ett rättssubjekts på ett visst rättsobjekt riktade förnuftiga intresse till följd av detta intresses överensstämmelse med rättslagen». Men om än rättigheten är en helgd, fäst vid ett intresse, vilket i följd därav skyddas, kan man dock icke, i likhet med JHERING, »Geist des römischen Rechts», Leipzig 1877, III s. 328 f., karaktärisera rättigheten såsom ett *rättsligen skyddat intresse*, ty det förnuftiga intresset är visserligen den yttersta subjektiva grunden för varje rättighet, liksom tillfredsställandet av intresset är rättighetens ändamål, men rättighetens innehåll, d. v. s. följden av grunden och medlet för ändamålet, är något annat.

² A. a. II s. 32 f.

³ A. a. I s. 1 f., s. 166—172.

⁴ Jfr med avseende på skillnaden mellan de olika rättigheterna, a. a. II s. 169—214.

norms karaktär av rättsnorm är beroende av »die Anerkennung», är en synnerligen tvivelaktig¹ hypotes, vars berättigande BIERLING ingalunda kan anses hava bragt ens till sannolikhet, dels ock att, även med antagande av dess riktighet, det resultat, var- till BIERLING kommit beträffande rättssatsernas natur, är oriktigt. Vilar nämligen rättslagens bindande kraft på »die Anerkennung» samt giver denna senare upphov till såväl rättsanspråk som rättsplikter, så hava såväl de förra som de senare sitt stöd i de rättssatser, vilkas komplex utgör rättslagen, d. v. s. dessa rätts- satser äro såväl berättigande som förpliktande.² Men oaktat således den Bierlingska uppfattningen av den objektiva och subjektiva rätten icke kan godkännas, så måste man dock er- känna, att densamma innehåller mycket värt att beakta. Där- igenom att man visar befintligheten av berättigande rättssatser, liksom dessas primära natur i förhållande till de förpliktande, har man nämligen icke fullständigt angivit den subjektiva rättens väsen. Den frågan återstår alltid: Vari består den helgd, som rättslagen binder vid ett intresse och därigenom skapar en rättig- het? Svaret synes oss icke kunna bliva annat än det, att rätts- lagen just i den *berättigades intresse* uppställt de normer, som hava till ändamål skyddandet av den verksamhet, som utgör rät- tighetens innehåll.³ Att, såsom BIERLING, ur rättighetens nega- tiva sida söka få fram rättighetens positiva innehåll genom att

¹ Sålunda drives BIERLING genom dess antagande till att (s. 119 f.) för- klara barn och vansinniga för blott *fingerade* rättssubjekt.

² Mot åsikten att rättsordningen består av blott imperativ: PERNICE, »Rechtsgeschäft und Rechtsordnung», i GRÜNHUTS Zeitschrift, VII s. 473 f.; obs. särsk. s. 478: »Die ganze Argumentation THONS hat zu ihrer Voraus- setzung den schon oben berührten Satz von der natürlichen Freiheit des Menschen, die soweit geht, wie ihr nicht ein Imperativ entgegentritt. Dieser Satz ist bekanntlich ein Grundsatz des Naturrechts voriges Jahrhunderts.» Jfr även PLÓSZ a. a. s. 59—64.

³ Härmed torde WACH, om än ej i form, dock i sak överensstämma, då han, »Handbuch», I s. 186 n. 2 säger: »Auch liegt in dem Gedanken des berechtigenden Gesetzes kein Widerspruch mit dessen Begriff als gemeinver- bindlicher Norm; das hypothetische Sanktioniren individueller Willensmacht (z. B. des Eigenthümers) ist die Zweckbeziehung der Imperative des Gesetzes auf sie, also der Gesetzeswille: den dem individuellen Willen entsprechenden Zustand zu achten, jenem gemäss zu handeln.»

omsätta förpliktelsen hos tredje man, att ej kränka rättigheten, i anspråk hos den berättigade mot tredje man på underlåtande av dylikt kränkande, är en lek med ord, som endast åstadkommer förvirring.¹ Aktgiver man däremot på rättighetens subjektiva grund, det förnuftiga intresset, samt dess mål att utgöra ett medel för den berättigades förverkligande av sitt förnuftiga ändamål, så medför det mindre vansklighet att ange rättighetens innehåll. Rättigheten måste i sig innehålla en verksamhet, såsom möjlig och mot övriga rättssubjekt sanktionerad.²

Ett intressant försök att klargöra rättighetens begrepp gör PLÓSZ,³ som utgående från begreppen rättstillstånd (Rechtszustand) och rättsförhållande leder sig till ett angivande av vad rättighet är. PLÓSZ fastställer först vad som i allmänhet är skillnaden mellan ett tillstånd (Zustand) och ett förhållande (Verhältniss). Det förre är en egenskap hos något, som existerar; men en egenskap, som icke är väsentlig. Det förutsätter endast den existens, vars beskaffenhet det angiver. Förhållande åter kan endast tänkas, då något jämte något annat existerar, och uttrycker alltid en modifikation av det ena genom det andra, en förändring, men icke en sådan såsom verklig utan såsom möjlig i framtiden, »die zukünftige Veränderung des Zustandes des einen Daseins durch das andere». Men ehuru förändringen således hör till framtiden, måste den dock, om man skall kunna tala om förhållande, vara förberedd redan i det närvarande.⁴ Oaktat således begreppet förhållande innebär en framtida förändring såsom möjlig, så är detta dock intet hinder för att betrakta den omständigheten, att något står i förhållande till något annat, såsom ett tillstånd, såsom en egenskap hos de föremål, som på nämnda sätt äro

¹ WACH, »Handbuch», I s. 15.

² LANDTMANSON, »Svensk rättshistoria i utlandet», Upsala 1883, s. 58: »Om det då i korthet kan sägas, att all rättighet i juridisk mening är en fri verksamhet, som har helgd och som därför skyddas av rättssamhället» etc.

³ A. a. s. 64—76.

⁴ A. a. s. 66: »Freilich muss aber die Wirkung als zukünftige schon in der Gegenwart vorhanden sein, sie muss nach dem Gesetze der Causalität in concreto vorbereitet sein, es muss schon derzeit eine Verbindung existiren.»

med varandra förbundna, vilken egenskap även kan hava betydelse för dessa föremåls förhållande till andra.

Denna utredning leder PLÓSZ till fastställandet av rättsförhållandets väsende, att detta är »eine Verbindung zweier oder mehrerer Rechtssubjecte, durch eine zukünftige, jedoch schon in der Gegenwart begründete, rechtlich bestimmte und gesicherte Zustandsänderung (im weitesten Sinne) des einen Rechtssubjectes durch das andere».¹ Och vore den subjektiva rätten »die rechtlich bestimmte und gesicherte Möglichkeit den abgesehen von dieser Möglichkeit rechtlich geschützten Zustand eines anderen Rechtssubjectes verändern zu dürfen». Rättigheten motsvarades av plikten, den passiva sidan av rättsförhållandets innehåll, »die rechtliche Nothwendigkeit eine Zustandsänderung zu erdulden». Resultatet av PLÓSZ' utredning är således, att en rättighet existerar, först då en person står i det förhållande till en annan, att han har eventuell befogenhet att ingripa i dennes rättssfär. Denna rättsligen skyddade möjlighet till ingripande synes emellertid enligt hans mening först då konstituera en rättighet, då grunden för dess giltighet mot en viss bestämd person redan är lagd. Där så ännu icke skett, existerar på sin höjd ett rättsligen skyddat tillstånd, vars skydd just består däri, att dess rubbning medför uppkomsten av rättsförhållanden. Med en dylik åsikt upphöra sakrätterna och övriga ej mot viss person särskilt riktade rättigheter att vara detta, utan övergå till rättsligen skyddade tillstånd. Först med t. ex. äganderättens kränkande uppstår enligt honom en rätt.² Här ligger det väsentligaste felet i PLÓSZ' framställning, och detta resultat torde icke ens vara nödvändigt, om man antager de premisser, varifrån han utgått. Ty även med godkännande av att rättigheten är den ena sidan av ett rättsförhållande samt att varje rättsförhållande, liksom förhållanden i allmänhet, innebure en förändring såsom möjlig

¹ A. a. s. 73: »Ausgeschlossen ist aber hiermit die Annahme eines Rechtsverhältnisses überall, wo das Recht keine zukünftige Zustandsänderung, sondern nur die Aufrechterhaltung des gegenwärtigen Statusquo, also nicht die Regelung der Bewegung, sondern der Ruhe bezweckt.»

² A. a. s. 71: »Ebenso als das Recht den Wohnsitz, welcher doch auch ein Verhältniss der Person zur äusseren Natur, zu einem Orte ist, nur als

och dessutom sasom av rättsordningen skyddad, vilken den ur rättsförhållandet förpliktade måste fördraga (dulden), så följer härav ingalunda, att den förändring, till vars realiserande rättigheten bereder en rättsligen skyddad möjlighet, måste vara en förändring av något den förpliktades i övrigt rättsligen skyddade tillstånd, utan kunde mycket väl vara något annats, t. ex. en saks tillstånd. Eburu den berättigades förhållanden till saken icke kan vara något rättsförhållande, så är det nämligen icke desto mindre otvivelaktigt, att hans olika förhållanden till saken hava betydelse för en annans förhållande till saken och i följd därav kunna utgöra innehållet i hans rättsförhållande till den andre. Tillämpa vi det sagda på äganderätten, säga vi, att ägaren med avseende på saken står i rättsförhållande till andra personer, vilka äro förpliktade att respektera hans åtgöranden med densamma. Oaktat denna väsentliga olikhet emellan vår uppfattning och den av PLÓSZ hyllade behöva vi dock ej göra någon större förändring i hans definition på rättighet; vi kunna nämligen angiva rättighetens begrepp så, att den är den rättsligen bestämda möjligheten att, utan att andra rättssubjekt äga hindra det, på ett visst sätt gestalta sitt förhållande i det yttre. Vi återkomma således till den definition vi förut godkänt, nämligen att rättigheten är en verksamhet, tänkt såsom möjlig och mot andra skyddad.¹

Sedan vi således sökt frigöra PLÓSZ' rättighetsbegrepp från de felaktigheter, som vidlåda det, kunna vi återvända till det samma, detta därför att det, såvitt vi kunna finna, utgör ett riktigt uttryck för begreppet *rättsanspråk*, vilket begrepp inom processen spelar en roll, som ställer begreppet rättighet vida i

Zustand der Person auffasst, ebenso betrachtet es den Besitz, aber auch das Eigenthum und alle bloss ihrem Bestande nach geschützten, sog. dinglichen Rechte nur für Zustände.» Jfr s. 69: »Das Recht erlässt nie reine Verbote, sondern nur Gebote, welche die Veränderung eines Zustandes befehlen.»

¹ Annan mening SEUFFERT »Recht, Klage, Zwangsvollstreckung» i GRÜNHUTS Zeitschrift, XII s. 617 f.: »Nicht im Begriffe des subjectiven Rechts liegt sonach die Befugniss zu eigenem Handeln.» Och varför? Jo därför, att rätt och plikt äro korrelata begrepp och förf. i fråga anser, att någon plikt ej finnes, som kunde motsvara rättigheten, därest dess begrepp angives på det av honom bestridda sätt.

skuggan. Rättsanspråket är nämligen rättigheten själv, tänkt såsom sökande realisera sig mot en viss person; rättsanspråket kan för visso sägas vara den rättsligen bestämda och skyddade möjligheten att få förändra ett annat rättssubjekts med frånseende av denna möjlighet rättsligen skyddade tillstånd.¹ Rättsanspråket, »das rechtliche Begehren einer Leistung, eines Handelns, Duldens, Unterlassens», motsvaras för visso av en plikt hos den, mot vilken anspråket äger rum, att »fördraga» en förändring i sitt tillstånd, såvida man nämligen fattar nämnda uttryck lika vidsträckt som PRÓSZ.² Denna skillnad mellan rätt och rättsanspråk är icke heller okänd varken för vårt allmänna språkbruk eller för den svenska vetenskapen. Man har dock, såsom oss synes, icke alltid hållit detta materiella rättsanspråk skilt från andra olikartade anspråk, liksom man ensidigt betonat, att rättsanspråket uppkommer först genom kränkning av någons rättssfär. Så säger HUSBERG:³ »Ordet rättsanspråk lämpar sig vidare till beteckning ej allenast för fordringsrättigheten utan jämväl för varje annan rättighet så ock för envar frihet från förpliktelse⁴

¹ Jfr WEISMANN, »Hauptintervention und Streitgenossenschaft», Leipzig 1884, s. 42: »Anspruch ist das Recht in seinem Streben nach einem Erfolg, der von einem 'Anspruchsverpflichteten' bewirkt oder erduldet werden soll, das Recht, insofern kraft desselben das berechtigte Subjekt einen Erfolg erstreben darf wider ein anderes Subjekt.»

² A. a. s. 73 n. 33: »Es ist hiermit nicht unvereinbar, dass die Zustandsänderung durch den Verpflichteten selbst herbeigeführt werden kann oder soll; als unmittelbar realisierbare rechtliche Nothwendigkeit besteht aber die Pflicht immer nur in einem *Erduldenmüssen*. Freilich kann dieses Müssen von dem *Sollen* verschieden sein. Es kann hinter dem Sollen zurückbleiben, aber auch über dasselbe hinaus gehen. Je weiter das Müssen hinter dem Sollen zurückbleibt, um so unvollkommener ist die Pflicht. Wesentlich ist es aber nicht für den Begriff der Pflicht, dass in erster Reihe ein Sollen stehe, sie kann einfach in einem Erduldenmüssen bestehen, wie bei den reinen dinglichen Rechten oder Ansprüchen.»

³ »Om domens materiella rättskraft enligt svensk ordinär civilprocess», Wexiö 1882, s. 12 f.

⁴ Beträffande HUSBERGS antagande, att en persons rättsområdes makt, innehåll består dels av de särskilda rättigheter, som tillkomma honom, och dels av hans frihet från förpliktelse, samt att rättskränkningen kan vara riktad mot såväl en speciell rättighet som mot ovannämnda frihet, såsom exem-

i dess genom lesionen erhållna gestalt. Att kränkning av en rättighet verkligen fordras, för att ett rättsanspråk skall kunna uppkomma, söker HUSBERG belysa genom att rikta uppmärksamheten på skadeersättningsanspråket. Genom den skadegörande handlingen uppstode en skadeståndsfordran. Denna vore en privat rättighet, som lederades därigenom, att gärningsmannen icke betalade. Därigenom uppkomme skadeersättningsanspråket. Med anledning av detta HUSBERGS resonemang vilja vi göra en fråga. Måne skadeersättningsanspråket uppstår först ur en kränkning av skadeståndsfordringen även i det fall, att skadeståndets belopp endast av domstol kan bestämmas? Vore det så, skulle, då enligt HUSBERGS åsikt domen bejakar eller förnekar ett *rättsanspråk*, den, som lidit skadan, aldrig kunna få någon ersättning, ty anspråket uppkommer ju först efter kränkning, d. v. s. efter det den skadeersättningssskyldige icke betalade det av domstol honom ålagda beloppet, och åläggandet kunde ske först sedan anspråket uppkommit. Eller, för att taga ett annat exempel, då 9 kap. 4 § Handelsbalken föreskriver, att då vid försträckning viss dag till betalning ej är förelagd, äger försträckningsgivaren söka sitt åter när han vill, måste HUSBERG fränkänna försträckningsgivaren *rättsanspråk* på att få betalt, ända tills försträckningstagaren *efter* krav icke betalar. I det ögonblick, då kravet sålunda skedde, funnes alltså hos försträckningsgivaren intet rättsanspråk på att få betalt. Då han fordrade betalning, gick han därför över sin befogenhet; och då den andre icke efterkom hans fordran, begick dock denne en rättskränkning. Detta visar hän på oriktigheten av den åsikten, att rättsanspråket först uppkommer genom en rättskränkning. Rättsanspråket existerar nämligen ifrån det ögonblick, den materiella rätt, varur det härledes, i och för sin realisation kan riktas mot den ur rättigheten förpliktade.

pel på vars kränkande HUSBERG anför, att någon utan fog utövar en viss begränsad rätt i en annans sak, kan anmärkas, att rättskränkningen av nämnda-frihet från förpliktelse antingen är en maskerad kränkning av en viss rättighet (i det av förf. anförda exemplet ha vi *tydligt* en kränkning av ägande-rätten), eller ock är den förmenta kränkningen av friheten ett rättsfaktum, som ger upphov till en självständig rättighet, och det är först dennas kränkning, som HUSBERG bort angiva som upphov till rättsanspråket.

Skadeståndsanspråket uppstår i regel samtidigt med skadeståndsfordran; den förfallna fordringen är tillika ett fordringsanspråk. Den, som på förfallodagen likviderar sin skuld, avvänder icke ett rättsanspråk, utan uppfyller sin, fordringsägares anspråk motsvarande, plikt att handla; den åter, som betalar före förfalldagen, förhindrar uppkomsten ur fordringsägarens fordringsrätt av ett anspråk på betalning.

Ett rättsanspråk ur ett privaträttsligt rättsförhållande utgör nu i regeln civilprocessens föremål. Kärandens avsikt med processen är nämligen realiserandet, genomdrivandet av ett dylikt anspråk. Men detta gäller, såsom sagt, blott i regel. Ett rättsförhållande kan även oberoende av ett anspråk i vissa fall göras till föremål för rättegång, detta nämligen då käranden yrkar blott fastslåendet av rättsförhållandets existens eller icke-existens, utan att yrkande göres om någon prestation (i vidstr. mening) från svarandens sida. I ett avseende liknar en dylik rättegång den, i vilken ett rättsanspråks realiserande avses, nämligen däri, att fastställelsealan måste riktas mot en bestämd person, något som får sin praktiska betydelse däri, att domens rättskraft även i detta fall är begränsad till parterna i rättegången.¹ Men att härav draga den slutsats, att i dylik rättegång gjordes gällande ett privaträttsligt anspråk på erkännande av rättsförhållandets existens eller icke-existens från motpartens sida,² låt vara ett sådant (t. ex. genom erkännande i offentlig urkund), varigenom »die Nichtanerkennung des Verpflichteten für immer unschädlich gemacht wird», vilket erkännande emellertid genom den laga kraftvunna fastställelsesdomen ersattes och således icke behövde särskilt uttvingas, torde icke vara riktigt. Mot denna åsikts giltighet enligt tysk rätt har WACH³ anfört, att dom på

¹ PLÓSZ a. a. s. 162—173.

² BÄHR, »Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund», Cassel 1867, s. 314—321.

³ »Handbuch», s. 16 f. särsk. n. 13, varest även andra försök att förklara fastställelseklagans natur underkastas granskning. WEISMANN, »Die Feststellungsklage», Bonn 1879, s. 113 f., karakteriserar fastställelseprocessen såsom en anticerad process över ett rättsanspråk (s. 153). »Anticipirt sind in ihnen als künftighin möglich gedachte Prozesse über solche Ansprüche, zu

grund av § 231 C. P. O. icke innehåller ett åläggande zur Anerkennung, liksom den icke heller genom en sådan kan undgås, utan fastställelseklagans ändamal uttömdes genom den rättskraftiga domen, varigenom det ifrågavarande rättsförhållandets, rättighetens existens jakades eller nekades.

Vad nu angår den svenska rättens ställning till denna fråga, så finns, såsom bekant, i vår rätt icke något allmänt stadgande, liknande det i tyska lagen om »Feststellungsklage» givna. Därmed är dock icke sagt, att rättsskydd i nämnda form är för vår svenska rätt obekant.¹ Redan NEHRMAN² ägnar ett särskilt kapitel åt den provocatoriska rättegången under rubriken: »Huru någon kan förmå annan till att begynna rättegång.» Om detta slags rättegång säger NEHRMAN, att allmänna lagen väl icke har något uttryckligt stadgande därom, men en dylik rätte-

denen das Fundament jedenfalls bereits gelegt sein muss durch gegenwärtige Rechtsverhältnisse. Anticipirt werden diese Prozesse insoweit, als nothwendiger Bestandtheil derselben die Feststellung dieser gegenwärtigen Rechtsverhältnisse sein müsste. Die Feststellungsklage ist nichts weiter als der Antrag auf diese Processanticipation. Die Feststellungsklage ist positive Feststellungsklage, wenn der Anticipationsantrag von der als künftigen Kläger gedachten Partei ausgeht; denken wir uns den Anticipationsantrag von dem möglichen Beklagten ausgehend, so erhalten wir die negative Feststellungsklage.» Denna åsikt, som av WEISMANN själv övergivits, torde falla för det av WACH påpekade förhållandet, att »Feststellungsurtheil ist möglich nicht nur als Folge der Feststellungs- sondern auch der Leistungsklage. Das diese abweisende Sachurtheil ist stets Feststellungsurtheil.» Beträffande den av WEISMANN, »Hauptintervention», s. 77 f., numera hyllade åsikt, att det anspråk, som göres gällande genom fastställelseklagan, är ett anspråk mot svaranden »auf Erdulden der Urtheilswirkungen», vilket anspråk vid den negativa fastställelseklagan bleve blott »der Anspruch auf die materielle Rechtskraft des Urtheils Zwecks Sicherung des Zustandes», under det att det vid den positiva fastställelseklagan vore »das Recht selbst in seinem Streben nach den ihm zukommenden Urtheilswirkungen», så måste med WACH erkännas, att dessa anspråk vid den positiva och negativa fastställelseklagan bleve *väsentligen* olika, i förra fallet den materiella rätten i en viss potens, förverkligande sig i en viss riktning, i senare fallet ett anspråk, som icke hade sitt stöd i någon privat rättighet.

¹ Jfr HUSBERG a. a. s. 58—59.

² »Inledning till den svenska Processum Civilem», Stockholm 1751, s. 130—135.

gång måste dock, såsom icke stridande mot lagens anda och mening, anses vara tillåten, då part har ett verkligt intresse i sakens avgörande utan avvaktan på motpartens käromål.¹ Motivet till tillåtligheten av detta slags rättegång synes NEHRMAN vara detsamma som till bestämmelsen i 17 kap. 23 § Rättegångsbalken om »examen testium ad perpetuam rei memoriam», ehuru det skydd, som bereddes part genom det förra medlet, vore av långt större verkan än det, som ernåddes genom det senare, ty i förra fallet »avgjordes saken alldeles», i det senare åter »avdömdes intet, utan saken behöлле till en del likafullt sina svårigheter, som genom varjehanda tillfällen kunde ökas».²

¹ A. a. s. 130: »Ty ehuru väl rättegångar äro gemenligen av den beskaffenhet, att man ej har orsak fika där efter, men som det ofta är nyttigt för svaranden att få slut medan de leva, som äro kunniga om saken, och han är i stånd att försvara sig, och innan tiden hinner förmörka sanningen; eller ock nödigt finnes, att stoppa munnen till på storskrytare: fördenskull är det ej mindre nyttigt att veta, huru sådant bör verkställas.»

² Verkan av ett dylikt vittnesmål enligt 17: 23 R. B. anger NEHRMAN (a. a. s. 246) så, att ett slikt vittnesmål är av samma verkan som ett vanligt, »men som vederparten ej då är närvarande, vilket eljest nödigt är, därför blir det honom obetaget att göra sina påminnelser och jäv, då tvist uppkommer». Denna tolkning av ifrågavarande lagrum är onekligen fullt riktig, dock med den modifikation, att om intet hinder (vare sig på grund av jäv, död, frånvaro etc.) finns för vittnets hörande då rättegång uppstår, bör nytt vittnesförhör äga rum. Detta, att vittnen, som hörts jämlikt 17: 23 R. B. och som voro ojäviga samt ej kunna på nytt höras, hava lika vitsord, som om de avhörts i den ifrågavarande rättegången, utgör ett företräde med avseende på verkan, som tillkommer vittnesmål, upptagna jämlikt nämnda lagrum, i förhållande till vittnesmål, avlagda i en annan rättegång. Dessa senare hava visserligen, därest ej någon eftergift i fråga om ed, jäv eller dylikt skett, samt vittnena ej kunna på nytt höras, betydelse såsom bevismedel i den nya rättegången, under förutsättning att något jäv ej förefinnes; däremot kunna vi ej tillerkänna deras utsagor *samma* verkan, som om vittnesmålen vore i den nya rättegången avlagda, utan vi anse, att domaren äger en *fri* prövningsrätt beträffande det bevisvärde, som bör tillkomma dem. Grunden till att vi giva vittnesmålen enligt 17: 23 R. B. ett dylikt företräde är, att nämnda lagrum ålägger domaren »att fråga allt noga ut, som till ljus i *det målet* tjäna kan», varigenom således en garanti för vittnesmålets fullständighet med avseende på det förevarande målet är given, under det att, då vittnen hörts i en annan rättegång, domaren tydligen endast avsett att vinna den fullständighet i vittnesmålet, som för den i *den* rättegången anhängiggjorda saken

Vad NEHRMAN här sagt är i viss mån fullkomligt riktigt, och den tanke, som genomgår hans yttrande, står den nära, som föranlett WEISMANN till hans i det föregående anförda åsikt om fastställelseklagan såsom en anticiperad process. Felet i denna uppfattning av fastställelseklagan ligger dock däri, att man ej hållit isär lagstiftarens motiv och institutets teoretiska konstruktion.

Men även fränsett denna mera teoretiska sida av saken torde det svårligen kunna anses överensstämmande med svensk rätt att påstå, att den provokatoriska rättegången är tillåten, så snart den instämmande har ett verkligt intresse i sakens omedelbara avgörande. Antager man detta, måste man ock erkänna den positiva fastställelseklagens berättigande enligt vår rätt, så snart den ur ett förment rättsförhållande berättigade hade ett dylikt intresse i förhållande till motparten. Härigenom bleve således fastställelseklagan enligt svensk rätt i det närmaste underkastad samma regler, som äro givna i tyska C. P. O. Mot denna åsikt kan visserligen icke anföras den blotta omständigheten, att, såsom i det föregående angivits, en allmän bestämmelse i frågan saknas i vår rätt; avgörande är däremot det förhållandet att lagstiftaren ansett nödigt att angiva vissa särskilda fall, då icke blott den provokatoriska utan även den positiva fastställelseklagan äro av vår rätt tillåtna. Att uttömmande angiva dessa fall är ingalunda vår avsikt, så mycket mindre som de kunna utgöra tillräckligt stoff för en självständig avhandling. För vårt nuvarande behov är det tillräckligt att rikta uppmärksamheten på några enstaka fall, då lagen medgiver fastställelseklagan. Av dessa torde man ock få klart för sig, i vad mån den negativa fastställelseklagan kan sägas hava vidsträcktare omfattning än den s. k. provokatoriska rättegången, sådan denna närmast framstår för NEHRMANS uppfattning, och vilken olikhet utan tvivel icke saknar praktisk betydelse.

Ett exempel på den negativa fastställelseklagan hava vi i § 6 i Kungl. Förordningen den 4 mars 1862 om tioårig prevar erforderlig, varigenom således allt för väl kan hända, att vittnesmålet för det i den nya rättegången gjorda rättsanspråkets utredning icke kan anses giva ett fullständigt uttryck för vittnets iakttagelse.

skription och om årsstämming, vilket lagrum är desto lämpligare att anföra, som det innehåller bestämmelse såväl för det fall, då borgenärens förmenta fordran är förfallen, som då så icke är förhållandet. På denna skillnad syfta nämligen uttrycken: »genom krav» och »genom erinran» bevakad fordran. Denna skillnad inom den negativa fastställelseklagan torde vara av stor betydelse för den svenska rätten. Gör nämligen svaranden¹ gällande, att han äger en förfallen fordran, torde, om detta befinnes riktigt, rättens utslag komma att innehålla förpliktande för käranden att gälda svaranden det i fråga varande beloppet. Detta strider visserligen strängt taget emot denna rättegångs natur av »fastställelseprocess», men överensstämmer å andra sidan med den uppfattning, som historiskt hos oss gjort sig gällande i fråga om den provokatoriska rättegången såsom en rättegång, vari den förment berättigade »utfordras till att kära». Är denna åsikt riktig, så finns intet som helst intresse från statens sida, varför domstolen, då den med en negativ fastställelseklagan angripne yrkar *realiserandet* av det förnekade anspråket samt i följd därav inlåter sig på processen, skulle ex officio avvisa kärandens talan, därför att ingen omständighet föreläge, som enligt lagen berättigade en provokatorisk rättegång. Genom domslutet i målet bleve nämligen res judicata precis lika mycket, som om svaranden i den provokatoriska rättegången själv stämt in sitt anspråk.² Annorlunda däremot, då svarandens förmenta rätt icke ännu är mogen för realisation. I detta fall går svarandens påstående blott ut på, att han äger den av käranden förnekade rätten, och om kärandens talan ogillas, innehåller domslutet endast, att det bestridda rättsförhållandet mellan svaranden och käranden verkligen existerar. Mera vinner således ej rättskraft, och då den i den provokatoriska rättegången svarande sedermera söker realisera sin rätt gentemot den i samma rätte-

¹ Det vill säga den, mot vilken den negativa fastställelseklagan riktats.

² Med denna begränsning synes det fullt riktigt att, i likhet med AFZELIUS, »Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål», Stockholm 1886, s. 18, säga, att invändningen om obehörig provokation är en *privat* processhinderande invändning, d. v. s. en sådan, vars beaktande beror på att svaranden gör densamma gällande.

gång kärande, måste saken underkastas en ny prövning av statens organ, låt vara att denna prövning är till sitt omfång genom den förra rättegången begränsad. Samma intresse, nämligen att förekomma onödigt processande, som föranlett vår svenska rätt att i regel, oberoende av parternas vilja, förbjuda den positiva fastställelseklagan, förefinnes således även här. Frågan om provokationen är behörig eller ej, måste domstolen alltså i nämnda fall pröva *ex officio*.

Men för att lämna detta spörsmål, till vars uppkastande § 6 i Preskriptionslagen givit anledning, och återvända till detta lagrum, så finns det icke ett ord i detsamma, som ger anledning till det antagande, att svaranden, genom att erkänna sig icke vara berättigad, skulle kunna använda den prövning av fordringsrätten, som paragrafen giver den kravde eller om fordran erinrade rättighet att påkalla. Icke heller gives någon antydning därom, att domslutet i själva verket ginge ut på att bereda käranden ett surrogat för ett dylikt erkännande. Vad käranden fordrar är endast att få det genom domens rättskraft honom beredd skyddet mot svarandens nuvarande eller framtida rättsanspråk.

Övergå vi därefter till ett fall, då positiv fastställelseklagan godkänts av den svenska rättsuppfattningen, t. ex. barns yrkande på att förklaras för äkta, blir frågan, om käranden genom en dylik rättegång vore i stånd att vinna vad han avser och behöver, såvida det anspråk, som genom fastställelseklagan gjordes gällande, ginge ut på att svaranden skulle erkänna det rättsförhållandes existens, som i en dylik process kunde vara i fråga. Ett erkännande, riktat på ett rättsförhållandes vara eller ickevara, hämtar, som bekant, sin kraft ur den erkännandes förmåga att disponera över det ifrågavarande rättsförhållandet. Saknas åter en dylik förmåga hos den erkännande, kan erkännandet visserligen, såvida anledning förefinns att antaga, att den erkännande har kännedom om de fakta, vid vilka det ifrågavarande rättsförhållandet knutits av rättslagen, samt därjämte tillräcklig insikt i nämnda lag för att verkställa en riktig subsumtion, under vissa förhållanden bliva ett indicium för att nämnda fakta verkligen existerat och i följd därav rättsförhål-

landet uppkommit, men till att fastsla rättsförhållandet för framtiden är det ingalunda i stand.¹

Se vi nu på det rättsförhållande, som uttryckes med att en person är en annans äkta barn, så behöver man ej hava trängt djupt in i den svenska rätten för att finna, att detta rättsförhållande icke kan skapas liksom ej heller upplösas genom en viljeakt av subjekten i detsamma. Ett erkännande omedelbart riktat på detta rättsförhållande, givet av den förmente fadern åt sonen, bleve därför högst ett indicium för att blodsbandet förenade dem, och en fastställelseklagan, varigenom ett anspråk på ett dylikt erkännande gjordes gällande, bleve en anticiperad bevisföring, som åtminstone svensk lag och praxis aldrig skulle kunna godkänna. Käranden i fastställelseprocessen skulle med all säkerhet själv bliva mest förvånad över att man trodde honom nöjd med ett dylikt resultat av rättegången. Vad han önskar är rättsskydd för det i rättegången påstådda rättsförhållandet, och detta skydd skänkes honom genom den laga kraft, som åkommer den dom, varigenom hans rättsförhållande fastställes.

Dessa båda exempel på fastställelseklagan enligt svensk rätt² äro tillräckliga för att kullkasta teorien om fastställelseklagan

¹ Detta skäl såväl emot antagandet av fastställelseklagan såsom en »Klage auf Anerkennung» som ock emot åsikten, att åtminstone det rättsliga intresse i fastställelsen, som är förutsättningen för fastställelseklagan, tillfredsställes genom erkännande, har WACH icke beaktat. Han säger nämligen, »Handbuch», s. 21 n. 22: »Dass bei der Feststellungsklage das 'Anerkennniss', bezw. (gegenüber der negativen Feststellungsklage) der 'Verzicht' nicht genügt, um das Urtheil abzuwenden (C. P. O. § 277, 278), erklärt sich daraus, dass hier die C. P. O. der protokollarischen Feststellung die Rechtskraftwirkung versagt hat und doch Anspruch auf diese im Rechtsschutzanspruch eingeschlossen ist.» Vad WACH här anför såsom stöd för sin åsikt, har endast betydelse, då erkännandet, resp. uppgivandet äger förmåga att avgöra saken; d. v. s. då den erkännande med avseende på det i varje fall förevarande rättsförhållandet äger dispositionsrätt. Där så icke är förhållandet, måste WACHS argumentation anses mindre tillfredsställande.

² Med avseende på omfattningen av bestämmelsen i Preskriptionslagen § 6 skall man ej av stadgandet i § 31 Utsökningslagen, att då överexekutor förvisat mål såsom tvistigt till domstol, även *gäldenär* äger instämma målet, låta förleda sig till den åsikten att uttrycket »krav utom rätta» i först-

såsom en talan, varigenom ett anspråk på erkännande gjordes mot svaranden gällande. Det förra visar dess bristande överensstämmelse med lagens ordalag, det senare dess oförenlighet med nämnda rättegångs praktiska syfte. Därmed är således avvärd, vad den svenska rätten beträffar, den av PLÓSZ utvecklade, redan av WACH, vad den tyska rätten angår, vederlagda åsikten, att i fastställelseklagan ett privaträttsligt anspråk på erkännande gjordes gällande.

nämnda lagrum borde tolkas strängt efter orden, så att således krav vid domstol eller lagsökning hos överexekutor, som väl kommunicerats men ej fullföljts, icke skulle ge den förmente gäldenären rätt till provokatorisk rättegång. Ett dylikt resultat kunde vara rimligt, såvida gäldenären, sedan målet väl anhängiggjorts vid domstol eller lagsökningshandlingarna kommunicerats honom, ägde rätt i förra fallet att få målet avgjort, oaktat borgenären nedlägger detsamma, och i senare fallet att få målet förklaradt tvistigt, då den lagsökande tog tillbaka. Varken den ena (jfr AFZELIUS, »Grunddragen», s. 47) eller andra befogenheten torde emellertid tillerkännas svaranden resp. förklaranden av den svenska rätten. Ifrågavarande bestämmelse »krav utom rätta» i Preskriptionslagen bör därför tolkas så, att den omfattar varje krav, som skett »utan att medföra prövning (riktigare *argörande*) av det påstådda anspråket» (NORDLING, »Om präskription enligt svensk allmän förmögenhetsrätt», Stockholm 1877, s. 114). Till detta resultat kommer man ock, om man riktar uppmärksamheten därpå, att en stämningsdelgivning i skuldfordringsmål, en kommunikation av lagsökningshandlingarna, dock i själva verket är ett krav »utom rätta». Riktigheten av denna uppfattning vederlägges ingalunda av lydelsen av § 6: »Vill den, hos vilken fordran blivit genom krav utom rätta — bevakad, ej avbida borgenärs *lagsökning*» (obs. detta uttryck tages i Preskriptionslagen i betydelse av såväl anhängiggörande av talan vid domstol som hos överexekutor; jfr § 4 »*dom* eller *utslag*» (dock § 1); se ock K. F. den 28 juni 1798 § 4 och K. Förkl. den 29 juli 1812), ty även i det fall, att målet varit anhängigt vid domstol eller hos överexekutor, men nedlagts, kan om gäldenären sägas, att han ej vill avbida borgenärens (förnyade) lagsökning. Bestämmelsen i § 31 Utsökningslagen förmår ej heller rubba denna mening, ty nämnda lagrum är ingalunda den enda, till tvekan vid lagtolkningen förledande överlappsgärning, varmed lagstiftaren riktat nämnda lag. Andra fall av provokatorisk rättegång hava vi i §§ 16, 18 Preskriptionslagen, K. F. ang. handelsböcker och handelsräkningar den 4 maj 1855 § 24, vilket senare lagrum dock icke giver utan förutsätter rätten till provokatorisk rättegång, ty den klandertalan, som där föreskrives, måste redan på grund av Preskriptionslagen § 6 anses tillåten. Detta är av vikt att påpeka, ty annars skulle man kunna vara benägen att tro, att provokatorisk rättegång ej tillåtes, då räkning utställt enligt § 22.

Det torde ej heller vara riktigt att påstå, att det dock alltid är en privat rätt, låt vara ej ett anspråk, som käranden vid fastställelseklagan hävdar emot svaranden. Så är onekligen förhållandet vid den positiva fastställelseklagan, men kan däremot icke sägas vara fallet vid den provokatoriska rättegången. Visserligen kunde det ligga nära till hands att säga, att då en person i sistnämnda rättegång förnekade en svarandens obligatoriska rättighet, som å kärandens sida skulle motsvaras av en förpliktelse, eller då ägaren till en sak bestrede annans rätt till densamma, käranden i förra fallet gjorde gällande sin rätt till den egna personen,¹ i det senare åter sin äganderätt såsom varande utan inskränkningar i förhållande till svaranden, men vid närmare eftersinnande torde man finna, att därest käranden på nu nämnda sätt formulerar sin talan, han i själva verket gör gällande en positiv och icke en negativ fastställelseklagan. Detta är visserligen mera maskerat i det förra fallet, därför att en positiv fastställelseklagan på grund av själva beskaffenheten av nämnda rätt till den egna personen (vilken egenskap av rätt för övrigt av många förnekas)² samt på grund av stödet för dess uppkomst torde sakna praktisk betydelse såsom icke av behovet påkallad, enär en negativ fastställelseklagan här fullkomligt tillgodoser kärandens intresse. Men även beträffande en fordringsrätt kan den negativa fastställelseklagens fullkomliga oberoende av en kärandens rätt komma till synes, nämligen då käranden icke förnekar svarandens fordringsrätt hos honom själv utan hos en annan person. I det senare exemplet åter kommer denna den provokatoriska rättegångens fullkomliga oberoende av varje kärandens rätt till full klarhet, ty den praktiska konsekvensen därav, att käranden t. ex. påstår sig själv vara ägare till en viss sak och att han förnekar svarandens äganderätt till nämnda sak, är väsentligen olika. Bifalles den förra talan, blir kärandens äganderätt i förhållande till svaranden res judicata, under det att om talan ogillas, svarandens äganderätt i förhål-

¹ Jfr NORDLING, »Civilrätt», s. 63 f.

² Så av WACH i GRÜNHUTS Zeitschrift VI s. 552: »Erst aus dem Gesetz entsteht der Begriff des Eigenthums. Nicht so steht es mit der Existenz, Freiheit etc. des Einzelnen». S. 551: »Man verwechselt Rechtsgut und Recht.»

lande till kâranden ingalunda blir fastslagen, ty av den omstândigheten, att kâranden icke är ägare, följer endast, att någon annan (*möjlig*en svaranden) är ägare. Bifalles åter kârandens negativa fastställelseklagan i ett dylikt fall, så följer därav för ingen del, att kâranden är ägare, utan res judicata blir blott, att svaranden i förhållande till kâranden icke är ägare. Ogillas åter kârandens talan, så fastställles svarandens äganderätt, ty förnekande av att svaranden i förhållande till kâranden är icke-ägare, slår utan tvivel fast, att svaranden i förhållande till honom är ägare till den omtvistade saken. Samma resonemang är tillämpligt, då kâranden i den provokatoriska rättegången förnekar någon annan svarandens rätt än äganderätten till det föremål, som är i fråga.¹

Ett synnerligen kraftigt bevis på denna åsikts riktighet hava vi i §§ 69 och 129 Utsökningslagen. Den rätt att stämma, som sista punkten i förstnämnda lagrum giver borgenär, för vars fordran utmätning skett av lös egendom i gâldenärens bo, var-till annan påstått sig vara ägare och i avbidan på prövning av vars äganderätt försäljningen av det utmäta uppskjutits, är en rätt till provokatorisk rättegång. I denna rättegång kan nämligen borgenären tydligt icke själv göra gällande någon sin äganderätt till saken, liksom han, för att vinna sitt mål, icke behöver visa någon gâldenärens äganderätt till saken, utan vad han påstår och är nödgad påstå, för att nå sitt mål, är blott att den, som velat hindra utmätningen, *icke* är ägare till saken.

Beträffande åter innehålllet i § 129, så stadgas däri, att då förrättningsman vid sammanträdet för fördelning av medel, som influtit till följd av utmätning, funnit fordran tvistig och i följd därav hänvisat borgenären att efter stämning anhängiggöra sin talan, så äger *annan*, vars rätt är av frågan beroende, själv stämma. Då nu annan borgenär med anledning härav börjar rättegång mot innehavaren av den tvistiga fordringen, så är uppenbart, att hans påstående icke behöver gå ut på att han

¹ Det torde vara onödigt att påpeka, att vad här sagts för ingen del rubbar den anmärkning, vi förut gjort mot HUSBERGS åsikt, enligt vilken, då någon utan fog utövar en viss begränsad rätt i en *annans* sak, *icke* den andres äganderätt, utan hans s. k. frihet från förpliktelse blivit kränkt.

själv äger densamma eller att han själv icke är den ur fordringsförhållandet förpliktade, utan innehållet av hans talan är blott och bart, att den förmente fordringshavaren icke äger en dylik fordran mot gäldenären.¹

¹ Med avseende på nu anförda exempel ur §§ 69 och 129 U. L. på provokatorisk rättegång vilja vi ej förneka, att skäl möjligen finnas för att uppfatta nämnda mål icke såsom en provokatorisk utan såsom en vanlig rättegång, vari käranden gjorde gällande ett anspråk på att den omtvistade saken borde få användas till likviderande av hans fordran, resp. att det genom utmätningen vunna beloppet, utan avseende på svarandens förmenta fordringsrätt, måtte på honom jämte övriga borgenärer, vilkas rätt vore utom tvist, fördelas. Fastän möjlig torde dock en dylik uppfattning icke överensstämma med lagstiftarens mening. Detta framgår med största klarhet av § 69, varest tvisten betecknas såsom en tvist »om äganderätten» och icke såsom en tvist, i vilken äganderättsfrågan blott ägde relevans. Är detta riktigt, så hava vi ock i § 69 ett fall, då positiv fastställelseklagan i vår rätt uttryckligen erkänts, ty då enligt nämnda lagrum den förmente ägaren till saken själv stämmer borgenär och gäldenär till domstol, går hans yrkande ut på att få sin äganderätt fastställd; ett påstående, att gäldenären icke vore ägare, skulle, även om det godkändes, icke giva käranden någon befogenhet att träda hindrande i vägen för utmätningen och försäljningen.

Vad åter beträffar den talan, som borgenär jämlikt K. F. i avseende på handel om lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva, den 20 november 1845 § 3 äger anhängiggöra, så behöver densamma så mycket mindre betraktas såsom en provokatorisk rättegång, som § 4 alltid ger borgenären rätt att fordra köparens ed på att »emellan honom och säljaren är, på god tro, så tingat och betalt, som avhandlingen innehåller». Likaledes synes oss den rättegång, som make i enlighet med K. F. om boskillnad den 18 september 1862 § 16 börjar, icke kunna betraktas såsom en positiv fastställelseklagan, ty denna rättegång är, liksom boskillnadsansökningen, ett *villkor* för rätten att undantaga den enskilda egendomen och kan således ej anses vara blott ett fastställande av denna rättighet. Om borgenären åter begagnar sig av den honom i sistnämnda lagrum givna rätt att stämma, är detta en provokatorisk rättegång, ty denna talans bifallande är endast beroende av förhållanden, som före rättegången existerat. Här torde ock vara platsen att fästa uppmärksamheten därpå, att då hävdad fästekvinna på grund av 3 kap. 9 § Giftermålsbalken yrkar att bli förklarad för äkta hustru, så är detta icke någon fastställelseklagan utan en vanlig rättegång, ty genom förklaringen erhåller det ofullkomnade äktenskapet, oberoende av verkningarna av domens rättskraft, rättsverkningar, som det ej förut ägde. Annorlunda då t. ex. vigd hustru yrkar att få fastställt, att hon är mannens äkta hustru (kyrkoböckerna t. ex. uppbrunna). Utrymmet tillåter oss ej att vidare gå in på fastställelse-talan enligt svensk rätt.

Är det således, såsom av det anförda torde framgå, oberrättigat att påstå, att käranden i den provokatoriska rättegången stödjer sig på någon sin privata rätt, så torde man icke kunna undgå att biträda WACHS åsikt, enligt vilken¹ käranden i en dylik rättegång, liksom i varje civilprocess, gör gällande ett anspråk på *rättsskydd, riktat mot staten och motparten*.² Vi kunna

¹ »Handbuch», s. 19 f. Jfr ock HUSBERG a. a. s. 16 f., varest det heter: »Rättigheten eller friheten från förpliktelse framträder ej allenast såsom ett privaträttsligt anspråk av det innehåll, vi nyss angivit, men även såsom en fordran av offentligrättslig natur, riktad mot staten.» HUSBERG behandlar detta anspråk mot staten blott i samband med det privaträttsliga anspråket mot svaranden, men gör sig därvid skyldig till det felet, att ej hålla dessa båda anspråk tillräckligt isär. Detta förleder honom till det påståendet: »Den lederade äger att åska *samma* handling av staten, som av den lederande: det yttre tillståndets återställande till enlighet med det rättsliga.» Vore detta riktigt, bleve i sanning staterna subjekt för största antalet rättskränkningar mot de enskilde. Så snart t. ex. vid försök till utmätning hos gäldenären intet funnes att taga och i följd härav borgenären fick nöja sig med att betala utmätningkostnaden, måste HUSBERG, om han vill vara konsekvent, onekligen erkänna, att staten kränkt sin plikt att fullgöra *samma* handling, nämligen gäldens betalning, vartill gäldenären, oaktat sin bristande betalningsförmåga, onekligen var juridiskt förpliktad.

² Detta rättsskyddsanspråk är icke att förblanda med den av DEGENKOLB, »Einlassungszwang und Urteilsnorm», Leipzig 1877, s. 9 f. antagna subjektiva, publika *rätt* till process och motpartens inträdande i densamma. Med avseende härpå se WACH i GRÜNHUTS Zeitschrift VI, s. 515 f., »Handbuch», s. 22—24. Mot WACH PLÓSZ s. 76—117. Mot WACHS påstående åter, att rättsskyddsanspråket är riktat icke blott mot staten utan även mot motparten, vänder sig WREDE i sin anmälan av WACHS Handbuch i Juridiska Föreningens i Finland tidskrift 1886, 1 h. s. 68—91. WREDE säger (s. 76): »Vad vi däremot måste anse såsom avgjort förfelat är antagandet av en dylik rättighet gent emot den andra parten. Anspråket på rättsskydd kan ju, såsom förf. själv medger, tillfredsställas endast av staten, icke av motparten, denne åligger blott skyldigheten att tåla eller lida (dulden) anspråkets förverkligande. Men denna förpliktelse att underkasta sig processen och dess följder, condemnari oportere, kan enligt vår tanke icke under några villkor betraktas såsom en förpliktelse emot vederparten utan endast såsom plikt emot staten. För att förklara densamma behöver man nämligen icke antaga någon från det civila (materiella) anspråket lösryckt offentlig rättighet, som den ene parten skulle hava gent emot den andre, utan den förklaras enkelt och naturligt genom statens höghetsrätt över den enskilde medborgaren.» STEIN åter, »Der Urkunden- und Wechselprozess», Leipzig 1887, s. 48, yttrar sig härom på föl-

ej neka oss nöjet att anföra WACHS egna ord i saken, vilka i klarhet lämna intet att önska. »Rättsskyddsanspråket är ett medel i den materiella rättens tjänst, icke denna rätt själv, icke hans funktion, icke den subjektiva rättens offentligrättsliga sida, dess inneboende förmåga att kunna realiseras, eller vad man kallar klagbarhet, rätt till talan, realisabel rätt. Detta anspråk är det av rätten (i obj. men.) vid det icke-processuella saksammanhanget knutna anspråket mot staten, att han skall i förhållande till svaranden i laga ordning tillfredsställa kärandens rättsskyddsintresse, och mot motparten,¹ att han skall underkasta sig de handlingar, som för rättsskyddets åvägbringande erfordras.»

Rättsskyddsanspråket är det, som sammanhåller civilprocessens olika stadier och arter. Allteftersom det går ut på rättsskydd i den ena eller andra formen, genom fastställelse eller en dom, som godkänner det privaträttsliga anspråkets realiserande, genom domslut eller verkställighet² etc., antager det en skiftande gestalt. Den positiva rätten får taga sig lika mycket till vara för att binda de olika slags³ rättsskyddsanspråken vid för stränga förutsättningar⁴ som för att erkänna ett anspråk på

jande sätt: »Der Rechtsschutzanspruch ist publicistisches Recht gegen den Beklagten den Rechtsschutz in seiner concreten Gestaltung zu dulden. Diese Pflicht ist scharf zu trennen von der dem materiellen Anspruch gegenüberstehenden zur Erfüllung desselben, sie ist als publicistische in ihrer Existenz bedingt durch die Unterworfenheit unter die Staatsgewalt, ihren Inhalt aber empfängt sie erst durch den Rechtsschutzanspruch des Klägers.»

¹ »Handbuch», s. 186: »Dass Recht ohne Pflicht sei oder dass es sei Recht nur gegenüber dem einen Prozesssubjekt, ist durch den Begriff des Rechts und die Dreiseitigkeit der prozessualen Rechtsverhältnisse, die unlösliche Zweckbeziehung des prozessualischen Rechts auf den Rechtsschutz einerseits durch den Staat und andererseits gegenüber der Partei, gänzlich ausgeschlossen.»

² WACH, »Handbuch», s. 21.

³ Jfr FREIN a. a. s. 47: »— — — bei den einzelnen Rechtsschutzansprüchen der Leistungs-, Feststellungs-, Vollstreckungs-, Arrest-, Mahn-, Urkunden- usw. Klage».

⁴ Detta synes oss vara fallet med vår svenska rätt, vilken utan tvivel icke skulle förlora på en bestämmelse, liknande den, som gives i C. P. O. § 231.

rättsskydd i den ena eller andra formen, där ett verkligt behov icke förefinnes. Så väl i det ena som i det andra fallet sättes rättssäkerheten i samhället på spel.

Huru mycket emellertid de olika processlagarna än må avvika från varandra med avseende på den omfattning, i vilken de giva anspråk på rättsskydd, så måste de dock alla, såvida de förbjuda innehavarna av privata rättigheter att själva taga sig rätt,¹ bereda dessa skydd för deras *rättsanspråk* d. v. s. lämna sin hjälp för realiserande av den förändring i det bestående, som överensstämmer med rättsordningens krav. Denna rättsanspråkets² realisation sker stundom omedelbart i och med domens rättskraft;³ oftast utgör dock domen blott första stadiet i realisationen, den uttalar blott, att kändanden har eller icke har ett privaträttsligt anspråk mot svaranden, som är moget för verkställighet.⁴

¹ WACH, »Handbuch», s. 4.

² Då den allmänna civilprocessen i regel och enligt svensk rätt nästan uteslutande betjänar realisationen av ett rättsanspråk, torde vi, efter den föregående utredningen, kunna lämna fastställelseklagan å sido.

³ WACH, »Handbuch», s. 12: »Oder sie ist endlich der sofort den beanspruchten Erfolg ohne Vollstreckungshandlung mit dem Eintritt der Rechtskraft herstellende Ausspruch.»

⁴ Jfr HUSBERG s. 18 f. Icke utan skäl ogillar HUSBERG åsikten, att den kondemnatoriska domen även innehåller »en befallning, direkt riktad till svaranden, avsedd att förmå denne till att prestera, eventuellt riktad till de exekutiva myndigheterna att låna kändanden sin tvingande makt för att realisera befallningen». Vad anginge den förmenta befallningen till svaranden, så låge den i den rättssats, som fått sig ett konkret uttryck i det rättsförhållande mellan kändanden och svaranden, vars tillvaro genom domen jakats; en ytterligare befallning vore obehövlig. Den förmenta befallningen åter till de exekutiva myndigheterna låge i den lag angående verkställigheten, som ålägger exekutor att verkställa en dom av beskaffenhet som den ifrågavarande. Detta torde vara HUSBERGS mening.

Obehövligheten enligt svensk rätt av någon befallning i domen, vare sig till svaranden eller till exekutor, torde framgå därav, att fastställd förlikning och skiljedom av den i § 46 Utsökningslagen omtalade beskaffenhet gå till verkställighet, den förstnämnda till och med i samma ordning, som för laga kraft ägande dom är stadgad, utan att det väl kan falla någon in att påstå, att i förra fallet domstolen givit eller i senare skiljemännen hava rättighet att giva några befallningar vare sig till den förpliktade eller till exekutor. För den motsatta åsiktens riktighet utgör t. ex. § 54 Utsökningslagen,

Då nu käranden gör gällande detta sitt anspråk på rättskydd i form av realisation av hans privata rätt mot svaranden, uppstår spørgsmålet om domstolens prövning, huruvida de materiella förutsättningarna för detta anspråk¹ verkligen äro tillstädes. Innan den kan skrida till en dylik granskning, har domstolen dock, vare sig ex officio eller på grund av svarandens invändning, att undersöka huruvida den har att döma mellan dessa parter i denna sak d. v. s. huruvida ett processrättsförhållande² mellan domstolen och dess parter verkligen

varest talas om »dom eller utslag, varigenom betalningsskyldighet blivit gäldenär *dlagd*», lika litet något bevis, som t. ex. uttrycket i Preskriptionslagen § 4 »*fastställes* fordringen genom dom eller utslag» syftar på en fastställelseklagan i teknisk mening. Rättsvetenskapen har att taga sig till vara för att demokratiseras av lagens sätt att uttrycka sig, på samma gång som lagen skulle förlora sin mjukhet och smidighet för det praktiska livet, om den antoge en rent vetenskaplig snitt.

¹ I det följande behöva vi endast tala om det privaträttsliga anspråket och detta därför, att så snart detta förefinnes, anspråket på rättsskydd i form av rättens realisation i regel är tillstädes.

² Åran av utredandet av processrättsförhållandets begrepp tillkommer BÜLOW, »Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen», Giessen 1868. Utgående därifrån, att processen är ett publikt rättsförhållande mellan domstol och parter, vilket gradvis skrider framåt och utvecklar sig steg för steg, gör BÜLOW detta rättsförhållandes förutsättningar till föremål för sin undersökning. Resultaten av den BÜLOWSKA undersökningen hava tillgodogjorts den svenska rättsvetenskapen genom WREDES arbete, »Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt», Helsingfors 1884. WREDE vill dock icke (s. 42 f.) erkänna, att processen är ett rättsförhållande; ty å ena sidan innebure varje enskild process flera rättsförhållanden (näml. mellan domstol och part) och å andra sidan, om processen vore *ett* rättsförhållande, måste det uppfattas såsom ett tresidigt och i följd därav vart och ett av dess subjekt hava någon rättighet eller förpliktelse mot vardera av de övriga, något som strandade på det (enligt WREDES åsikt) konstaterade faktum, att parterna i den moderna rättegången icke hava några processuella förpliktelser emot varandra. Emot denna WREDES åsikt kunna vi åberopa vad vi vid ett annat tillfälle yttrat, nämligen att det icke finnes någon betänklighet vid att från en viss synpunkt sammanfatta de i processen förekommande enkla processrättsförhållandena till ett enda, *processrättsförhållandet*. Mot detta rättsförhållandes natur står det ingalunda i strid, att det steg för steg utvecklar sig. Identiteten rubbas icke genom antagandet av en dylik utveckling eller transformation. Att denna domstol har att döma mellan dessa parter i denna rättstvist, står dock tills vidare fast, såväl då blott stämningen är delgiven,

kommit till stånd. Först sedan processrättsförhållandets existens i förevarande fall (lat vara tills vidare) jakats, tager den materiella prövningen sin början. Processrättsförhållandet självt, de ur detsamma härflytande processuella rättigheter och plikter för domstol och parter, är nämligen den kraft, som erfordras att driva det anhängiggjorda rättsanspråket fram till ett avgörande. Detta avgörande är icke ägnat att ställa några större anspråk på vare sig domare eller parter, såvida kändan uppgiver,¹ resp. svaranden medger kändans anspråk. Ett dylikt uppgivande resp. medgivande är en ensidig rättshandling² i den mening, att den, som avger en dylik förklaring inför domstolen, blir av densamma bunden, utan något som helst viljeuttryck från motpartens sida, att han går in på den rättsförändring, som en dylik förklaring eventuellt är i stånd att åvägabrinda. Uppgivandets resp. medgivandets egenskap av rättsbildande faktum undandrager i viss mån anspråket domstolens prövning. Även om t. ex. de omständigheter, kändan anfört till stöd för sitt anspråk, äro notoriskt falska, äger icke domstolen vägra sakens avgörande i enlighet med svarandens medgivande. Detta dock under förutsättning, att parten verk-

som då svaranden ingått i svaromål eller rätten dragit sig tillbaka för att överlägga om domen. Och detta rättsförhållandes existens är icke mindre beroende av vissa förutsättningar, då förutsättningarnas tillvaro kan ifrågasättas, sedan förhandlingen över föremålet för den materiella rättstvisten börjats, ja rent av avslutats, än då, såsom i romerska rätten, förutsättningarnas tillvaro eller ej avgjordes, innan någon förhandling i huvudsaken fick äga rum. Så länge bristen på en processförutsättning ännu kan göras gällande, är processrättsförhållandet ungefär i samma tillstånd som, innan frågan om ratihibition avgjorts, det rättsförhållande, som uppkommit genom en rättshandling mellan en person och en annans ställföreträdare, vilken saknat fullmakt eller annat stöd för sitt ställföreträdareskap. Till förmån för vår åsikt kunna vi numera åberopa WACH (dock olika motivering), »Handbuch», s. 34—39. Beträffande WREDES förnekande av att parterna hava processuella förpliktelser emot varandra, anse vi detsamma vederlagt av vad som anförts av AFZELIUS, »Grunddragen», s. 46 f.

¹ Detta kändans uppgivande av det instämnda anspråket är icke att förblanda med det fall, då kändan blott *nedlägger* sin talan (för tillfället).

² Med avseende på begreppet rättshandling, se TRYGGER, »Om fullmakt såsom civilrättsligt institut», Upsala 1884, s. 10 f. ssk. s. 11 n. 1, s. 13 n. 1. Jfr PERNICE i GRÜNHUTS Zeitschrift VII s. 465 f.

ligen äger dispositionsrätt i saken¹ samt att den gjorda dispositionen uppfyller villkoren för en rättshandlings giltighet.² Har domstolens prövning lett till jakande av dessa omständigheters tillvaro, måste domstolen vid uppgivandet av anspråket frikänna svaranden samt vid medgivandet av detsamma fälla honom. Grunden härtill är den, att på samma sätt som det för svarandens fällande icke är tillräckligt, att kärandens rättsanspråk verkligen var tillstüdes vid käromålets anhängiggörande, på samma sätt omöjliggöres ej svarandens fällande därav, att nämnda anspråk först under rättegångens lopp börjat existera.³ Det är således alldeles oberättigat att påstå, att domarens ställning genom uppgivandet resp. medgivandet av anspråket i någon mån förtryckes, ty domaren kan svårigen tänka sig en säkrare grundval för sin dom, än då det rättsbildande faktum, varpå han stödjer sitt slut, ägt rum under hans egna ögon. Och den omständigheten, att t. ex. vid medgivandet den gjorda dispositionen liksom anknutit sig till ett anspråk, som förmenats redan förut hava existerat, gör häri ingen ändring; därav träffas blott dispositionens innehåll, vilket utan tvivel kan vara det, att samma rättsverkningar skola inträda, som om vid en

¹ Jfr en uppsats i J. A. XXXI s. 367 f. samt rättsfall i XXXIII s. 325, vilket visserligen avser erkännande utom rätten, men även på förevarande fall är tillämpligt. Parts dispositionsrätt förutsättes i det följande.

² Bundenheten av uppgivandet resp. medgivandet inträder dock, så snart det avgivits inför rätten, motparten eller hans ombud må vid tillfället ha varit närvarande eller ej. Att i likhet med DEMELIUS, »Die Confessio im römischen Civilprocess», Graz 1880, s. 229 f. förklara ifrågavarande dispositioner ske blott i förhållande till domstolen såsom begränsande dess undersökning och ej i förhållande till motparten samt således utan vidare återkalleliga, så snart icke förhandlingen genom denne senares yrkande på dom fått sin avslutning, torde lika litet överensstämma med svensk rätt som med tyska C. P. O.

³ Detta, att rättsanspråket icke behöver förefinnas redan vid rättegångens början, är av vikt icke blott i det fall, då, såsom t. ex. vid medgivandet, det under rättegången inträffade är i stånd att skapa såväl den materiella rätten själv som ock det ur densamma härledda rättsanspråket, utan det visar sin betydelse även i det fall, då den materiella rätten ådagalagts hava existerat redan vid rättegångens början, men anspråket först under rättegången uppkommit, t. ex. en fordran först under rättegången förfallit till betalning.

viss föregående tidpunkt det rättsbildande faktum fått sin existens.¹

Då nu varken kändanden uppgiver eller svaranden medgiver det instämnda rättsanspråket,² blir kravet på domstolens *avgörande* av rättegången av en helt annan betydelse.

¹ Jfr WACH, »Das Geständniss», i Archiv für die civilistische Praxis N. F. XIV s. 238 f., AFZELIUS, »Grunddragen», s. 12—13, HAHN »Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung», Berlin 1881, II Avd. 1 s. 285: »Die §§ 277, 278 beruhen auf der Erwägung, dass die Erlangung eines der vollen Rechtskraft fähigen Urtheils auch im Falle der Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs ein Recht des Gläubigers sei, und dass, wie beim Anerkenntnisse der Verpflichtete auf Antrag zu verurtheilen, so im Falle des Verzichts auf den geltend gemachten Anspruch der Berechtigte auf Antrag mit der Klage abzuweisen sei, um dem Gegner die exceptio rei judicatae und den Anspruch auf Kostenerstattung zu wahren.»

² I sammanhang härmed torde vi böra fästa uppmärksamheten på förlikning. Förlikningens begrepp angives med rätta så, att den är ett avtal, varigenom kontrahenterna genom ömsesidigt eftergivande komma till enighet beträffande bestridda eller ovissa anspråk (jfr RUSCH, »Die Lehre vom Vergleiche», Erlangen 1855, s. 10, BÄHR a. a. s. 128—130, 183, WINDSCHEID, »Lehrbuch des Pandektenrechts», Stuttgart 1879, II s. 561 f.). Då förlikning sker oberoende av rättegång erbjuder den icke större intresse än varje annan rättshandling. Annorlunda däremot, då förlikning sker i rättegång. Den äger rum, så snart genom parternas överenskommelse rättstvisten avgöres utan dom. Även om i ett dylikt fall kändanden uppgåve varje sitt anspråk resp. svaranden medgåve alla kändandens yrkanden, vore förlikningsbegreppet tillämpligt, ty motparten hade uppgivit sin rätt att få dom i saken (en dylik rätt måste man nämligen erkänna även svaranden äga, sedan kändanden helt eller delvis uppgivit sitt anspråk). För att använda ett i det föregående klargjort begrepp, förlikning äger rum, då parterna efter överenskommelse låta sina anspråk på rättsskydd i form av dom i saken falla. Förlikningens skillnad från rent uppgivande resp. medgivande av anspråket ligger härmed i öppen dag. (I det i N. T. VII s. 312 refererade rättsfall synas dessa begrepp hava identifierats.) Tvenne anmärkningar mot det anförda måste vi upptaga till besvarande. Den första riktar sig mot vårt förlikningsbegrepp i allmänhet, den senare mot vårt förnekande av dom vid förlikning i rättegång. I förra avseendet skulle man kunna åberopa Konkurslagen § 94, varest såsom förlikning (jfr rubriken till 6 kap.) angives en överenskommelse mellan konkursgäldenär och hans borgenärer om betalningen av hans gäld, vilken överenskommelse ger gäldenären rätt att få konkursen nedlagd. Då obestriddigt är, att dylik överenskommelse även kan gå ut på, att alla borgenärer skola till fullo bliva betäckta för sina fordringar och således ej behöva avstå något, kunde

Ett rättsfaktum, av beskaffenhet att kunna i lika fullständig grad som erkännandet resp. uppgivandet inför rätten av det an-

det således synas, som om lagstiftaren ansåge förlikning vara tillstädes, oaktat något ömsesidigt eftergivande ej skett. Så är dock icke förhållandet, ty borgenärerna hava avstått ifrån sin rätt att bereda sig likvid för fordringarna, i den ordning konkurslagen stadgar. Beträffande åter den andra invändningen, så kunde man vara benägen att stödja sig på bestämmelserna i 20: 1, 2 Rättegångsbalken: »Give ock tillkänna, med vad villkor den förlikning skett, där saken av någon vikt är, och låte den i rättsens *dombok* skrivas, så ock av domaren gillas, om de det nödigt finna»; »Åsämjas de; stadfäste det rätten och give där *dombrev* å. Ej må förlikning stadfästas, som muntligen inför domaren skett, innan parterna vidkännas, att den i *domboken* rätteligen inskriven är.» Jfr 30: 15 R. B. Icke heller denna anmärkning håller stånd för en närmare granskning. Ty dels skrivas många andra saker i *domboken* än domar (vi hänvisa t. ex. till handlings intagande i *domboken* till framtida säkerhet), och dels finnas domar av olika slag. Den, som innehålles i här omtalade *dombrev*, är en dom, varigenom rätten med fastställande av förlikningen skiljer sig ifrån det instämde målet, således en avskrivningsdom, icke en dom i huvudsaken. Fastställelsen själv är en akt av den s. k. jurisdictio voluntaria, icke av jurisdictio contentiosa; att även den förra kan föregås av en prövning, torde icke kunna vara någon obekant. Om man fattade fastställelsen av förlikningen såsom en fastställelse i egentlig mening, bleve följden den, att den fastställda förlikningen, sedan fastställelse vunnit laga kraft, bleve res judicata. Att detta emellertid ej är den svenska rätts uppfattning, visar tydligen 20: 5 Rättegångsbalken, varest stadgas; att den, som påstår att han blivit svikligen förledd att ingå förlikning, skall söka domaren, som den gillat, vilken har att därmed förfara som sakens beskaffenhet fordrar. Vore den fastställda förlikningen res judicata, skulle däremot bestämmelserna i 31: 1, 3 Rättegångsbalken varit att tillämpa. Till sistnämnda lagrum är den hänvisad, som vill hava ändring i en laga kraftvunnen dom, som stött sig på ett medgivande resp. uppgivande av det anhängiggjorda anspråket, till vilket medgivande etc. han blivit svikligen förledd. Vi se alltså, att det ingalunda är en så obetydlig sak att uppgiva rättsskyddsanspråket vid förlikningen. Att denna senare, sedan den fastställts, får verkställas såsom laga kraft ägande dom, rubbar icke det sagda, lika litet som den omständigheten, att man kan tala om att beslutet om förlikningens fastställande kan överklagas och vinna laga kraft. (Jfr Högsta Domstolens och Statsministerns yttranden beträffande § 45 U. L. i N. J. A. 1877 Avd. II 3 s. 34.) Den laga kraft, som kan sägas tillkomma ett dylikt beslut, måste fattas i överensstämmelse med vad ovan anförts.

Den frågan, huruvida det kan vara lämpligt, att då t. ex. svaranden rent medgiver alla kändens yrkanden och kändens får dom i överensstämmelse därmed, denna dom först måste vara laga kraftvunnen för att beträffande

hängiggjorda rättsanspråket grunda eller upphäva detsamma, kan ej läggas inför domarens ögon. Nämda dispositioner visa anspråket såsom *nu* existerande eller såsom *nu* upphävt, och stödet för dess existens eller för upphörandet av dess möjliga tillvaro ligger omedelbart för domarens iakttagelse. Annorlunda då dessa rättshandlingar icke förekomma, utan svaranden underlåter att yttra sig om eller bestrider kärandens anspråk. Att man beträffande rättsverkningarna likställde tystnaden med medgivandet, kunde dock mycket väl tänkas, liksom det icke heller är praktiskt utförbart. Staten kunde för visso ställa sin tvångsmakt till vars och ens disposition, som äskade den mot en annan, så snart denne, efter att hava fått del av den mot honom fordrade realisationen av anspråket, lämnade yrkandet obestrift, åtminstone lämnade det obestrift, oaktat han infunnit sig för rätten. Den, som utsattes för annans angrepp, vore således, oberoende av angreppets befogenhet eller ej, förlorad, om han icke innan rättegångens slut förklarade sig vilja avvärja angreppet. Den, som anropade statens tvångsmakt för realisationen av sitt förmenta anspråk, kunde blott och bart genom domens prekluderande av motpartens försvar driva igenom sitt yrkande. En sak vore dock även under denna förutsättning för honom erforderlig, nämligen att fullt och tydligt individualisera anspråket, så att man kunde skilja det från varje annat; detta för att motparten ej skulle bli i saknad av rättskraftens fördelar.¹

verkställigheten bli likställd med en av domstolen fastställd förlikning av samma innehåll, vilken förlikning icke kan vinna den orubblighet, som laga kraften innebär, torde böra upptagas till prövning av Nya Lagberedningen, då den går att i *huvudsaklig överensstämmelse med de i 20 kap. Rättegångsbalken meddelade bestämmelser* föreslå lagstadganden i ännu. (»Betänkande angående rättegångsväsendets ombildning», I s. 61.)

¹ AFZELIUS, »Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål», Stockholm 1886, s. 68, synes anse svarandens bestridande av anspråket även från principiell synpunkt *oväsentligt* för inträdandet av kärandens skyldighet att angiva tillräckliga grunder för detsamma. AFZELIUS säger nämligen vid frågan om verkan av svarandens utelämnande vid rättegångens början: »Man skulle möjligen kunna tycka, att själva anspråket, såsom obestrift, med lika skäl borde av domaren godkännas. Men detta skulle strida mot domarens

Men ehuru nu angivna uppfattning, enligt vilken svarandens bestridande av anspråket är av väsentlig betydelse, från principiell synpunkt svårligen torde kunna vederläggas,¹ vilja vi å andra sidan tydligen ej förneka, att enligt positiv svensk rätt ett annat förhållande äger rum. Vare sig svaranden bestrider eller icke bestrider anspråket, måste enligt vår rätt käranden anföra tillräckliga skäl för sitt yrkande, för att domstolen skall bifalla detsamma.² Vilka skäl äro emellertid tillräckliga? Svaret

rätt att självständigt tillämpa lag; han ensam äger avgöra, huruvida anspråket är lagligen grundat på de fakta, käranden anført.» Mot detta resonemang vilja vi anmärka, att det spörsmål, som just vid denna frågas avgörande måste lösas, är det, om domaren, då svaranden ej bestrider anspråket (vare sig han är närvarande eller uteblir), har en dylik rätt att självständigt tillämpa lag; från principiell synpunkt synes oss lösningen icke kunna bli någon annan än den, att en dylik rätt icke *behöver* tillerkännas domaren. Till detta resultat kommer man, om man noga fasthåller, att *själva* förhandlingen inför domstolen icke blott är något i sig fullt självständigt utan därjämte en länk i den kedja av processuella åtgärder, som avse realisationen av kärandens förmenta anspråk mot svaranden. Bestrider svaranden ej detsamma, finns intet absolut hinder emot att anse käranden befogad att skrida till exekutionsförfarandet; domen, varigenom svaranden fälldes, bleve således endast formellt sett, ej från materiell synpunkt resultatet av en domarens prövning.

¹ Att fingera ett bestridande av anspråket från svarandens sida, då han ej infinner sig eller, om tillstådes, underlåter yttra sig om anspråket, är uppenbarligen detsamma som att förklara ett dylikt bestridande oväsentligt. Jfr BÜLOW, »Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten», i Archiv für die civilistische Praxis N. F. XII s. 11 f. Jfr WACH, »Präclusion», i GRÜNHUTS Zeitschrift VII s. 134 f.

² Vi kunna icke underlåta att särskilt omnämna ett fall, då även den gällande rätten tillerkänner bestridandet av anspråket en väsentlig betydelse, ehuru detta fall visserligen icke tillhör den ordinära civilprocessen. Det åsyftade fallet är det, varom § 70 (jfr § 71) Konkurslagen handlar. Beträffande i konkursen bevakade fordringar och för dem gjorda betalnings- och förmånsrättsyrkanden stadgas det i § 70, att ordföranden skall å inställedagen, därest part ej yrkar rådrum för granskningen, redogöra för dem, varvid underlåtenhet att bestrida vare sig betalnings- eller förmånsrättsyrkandet medför samma påföljd, som om detsamma av parterna (d. v. s. alltså svarande borgenär, god man, syssloman eller gäldenär) godkänts. Det heter nämligen helt kategoriskt i lagen: »Ej må å vad sålunda blivit av samtliga tillstådesvarande parter godkänt eller utan anmärkning lämnat talan av någon part sedan äga rum; dock lände ej godkännande» etc. Även om granskningen icke sker på inställedagen utan anstånd äskas, fordras, liksom då jäv vid nämnda tillfälle

härpå är det, att käranden har att åberopa omständigheter, vid vilka det gjorda anspråkets *uppkomst* är av rättslagen bunden.

skett, att anmärkningen mot fordran skriftligen författad ingives inom den föreskrivna tiden, för att den bevakande borgenärens yrkande ej skall bli bestämmande för hans rätt till utdelning i konkursen. »Ej må emot fordran, som å inställelsedagen anmäld är, jäv annorledes än i nu stadgad ordning framställas», heter det i § 71, och denna bestämmelse fullständigar uttrycket i § 74, »borgenärer, mot vilkas fordringsanspråk *jäv* blivit gjort», vilket uttryck möjligen kunde förleda till det antagandet, att så snart jävet gjorts å inställelsedagen, förfarandet i § 74 skulle inträda, även om ej anmärkningen inom den bestämda tiden, skriftligen avfattad, avlämnats. Detta, att på angivna sätt gjort jäv erfordras, för att ej borgenären skall få tillfredsställt ett oberättigat vare sig betalningsyrkande eller förmånsrättsyrkande, kan till och med ha till följd, att en borgenärs fordran kommer att utgå med en förmånsrätt, som vår lag ej känner. Antag nämligen, att borgenären för en vanlig fordran yrkar blott »förmånsrätt», och att någon anmärkning ej göres mot detta förmånsrättsyrkande, så utgår fordringen närmast efter de i förmånsrättsordningen nämnda förmånsrätter. Jfr rättsfall i N. T. IV s. 603, VII s. 567, X s. 705. Annorlunda var förhållandet enligt konkurslagen av den 12 mars 1830, varest stadgas, att rätten skall döma över borgenärernas inbördes prioritet, »ändå att jäv emot sökt förmånsrätt ej gjort är». Och oaktat icke ens enligt denna lag rättsens prövning över betalningsrätten fordrades i annat fall än då den var bestridd, var det dock icke tillräckligt att blott göra ett betalningsyrkande för att få utdelning i konkursen, om det lämnades utan anmärkning, utan borgenären hade, oberoende av om yrkande därom gjordes eller ej, att i laga ordning beediga sin fordran, vid äventyr att annars vara densamma kvitt. Vad beträffar nu påpekade olikheter mellan bestämmelserna i 1830 års och 1862 års konkurslagar, vilja vi ej förneka, att densamma hava sin djupaste rot däri, att konkursen enligt den förra mer hade karaktären av en slags provokatorisk rättegång. Så hölls enligt densamma sammanträdet på inställelsedagen inför rätten; borgenär, som ej själv eller genom ombud bevakade å inställelsedagen (eller förut), hade i regel förlorat »all vidare talan i saken», vilket vi mot SCHREVELIUS, »Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilprocess», Lund 1853, s. 520, men med praxis (jfr rättsfall i N. J. A. I s. 346, 530) måste anse betyda, att borgenären gick förlustig icke blott rätten till utdelning i konkursen utan även sin fordringsrätt mot gäldenären; någon skriftväxling utom rätten med åtföljande förlikningsförsök kände ej lägen, utan det hela fortgick i vanlig processuell ordning med de modifikationer, som åsyftad skyndsamhet i avgörandet föranledde. Jämför man härmed gällande konkurslags bestämmelser, har konkursen numera onekligen mindre karaktären av en process än enligt 1830 års konkurslag och karaktäriseras ganska träffande såsom »en under domstols överinseende verkställd fördelning av en insolvent gäldenärs tillgångar mellan hans borge-

Riktigheten av detta svar har man emellertid förnekat. I allmänhet säger man att, sedan käranden anfört ett rättsfaktum, vid vilket rättens resp. anspråkets uppkomst är knuten, presumeras dess fortvaro ända tills svaranden anfört en omständighet, varigenom det upphört. Strängt taget anser således denna mening kärandens argumentationsplikt gå ut på ådagaläggandet av tillfyllestgörande grunder för anspråkets närvarande existens, ehuru presumptionens mellankomst döljer saken för profana blickar. Presumptionen bortkastas däremot av den utav NORDLING¹ framställda åsikt. Han säger: »Den fordran, vi uppställt för käraren i fråga om bevisning, överensstämmer ock med hans i käromålet gjorda påstående. Detta går ut därpå, att han, när käromålet göres, *är* berättigad gent emot svararen, icke att han en gång *varit* berättigad. Åberopar han såsom stöd för sitt yrkande ett rättsfaktum från en förgången tid, så ligger dock under det yrkande, som i käromålet göres, påståendet därom, att de faktiska förhållandena under mellanliggande tider icke ändrats. Skulle käraren, utan sådan förutsättning vid sidan av det han åberopat, framställa sitt yrkande, skulle han anföra, att en rätt för honom blott en gång funnits till, utan hänsyn till att rätten ännu består, så saknade han all grund för sitt uppträdande.» Häremot vilja vi anmärka, att visserligen vore det en orimlighet, om käranden uppträdde för att genomdriva ett anspråk, som enligt hans påstående en gång uppstått men sedermera gått under, men å andra sidan kunna vi ej inse, varför till påståendet, om att ett rättsfaktum inträtt, närer. Detta betager denna lilla exkurs dock icke dess berättigande, ty även enligt 1830 års (liksom även 1818 års) konkurslag fordrades *bestridande* (undantag möjligen i det i § 80 sista punkten nämnda fall), för att borgenärens anspråk på betalning skulle till sitt berättigande underkastas domstolens materiella prövning, och man måste gå tillbaka till konkursstadgan av den 28 juni 1798, varmed konkursstadgan av den 26 augusti 1773 och av den 8 maj 1767 samt 16 kap. Handelsbalken i denna punkt överensstämma, för att finna fastställd domstolens rätt och plikt till en dylik prövning, oberoende av gjort bestridande. 1798 års stadga § 8 mom. 3 säger härom: »Domaren vare likväl obetaget, oaktat ed sålunda gången är, att vid målets slutliga avgörande varje fordrans giltighet efter lag och förekommande omständigheter pröva.»

¹ »Förhandlingen om rätt i förmögenhetsrättsliga saker och bevisbördans fördelning mellan stridande parter», Upsala 1886, s. 18.

varigenom anspråket uppkommit, även skulle och måste fogas ett påstående, att ingen upphävande omständighet sedan dess förefallit. Detta senare är en sak, med avseende på vilken käranden ju kan förhålla sig fullkomligt passiv, och den, som vill göra gällande, att käranden måste förneka ett dylikt upphävande rättsfaktums existens, har att bevisa nödvändigheten därav. Detta bevis torde endast kunna föras därigenom, att man går tillbaka till en granskning av den konkreta rättsordningens eget väsen. Gör man emellertid detta, synes det oss som om den ifrågavarande åsikten skulle snarare vederläggas än stödjas. Det skapande av rättsförhållanden, den så att säga utanordning av de särskilda rättigheterna, som rättslagen gör på de olika samhällsmedlemmarna, sker därigenom, att rättslagen utrustar vissa fakta med rättsbildande kraft. Dessa äro de s. k. rättsfakta.¹ Genom dessa faktas inträffande ske förändringarna inom rättsvärlden; rättigheternas uppkomst, förändring eller undergång hava sin rot i ett eller flera² dylika faktas existens. Rättstillståndet i ett visst ögonblick är således komplexen av de rättsförhållanden, vari samhällets medlemmar på grund av de inträffade rättsfakta stå till varandra. När ett rättsfaktum, vid vilket uppkomsten av det i ett visst fall ifrågavarande rättsförhållandet är knuten, ügt rum, så är därmed ådagalagt, att nämnda rättsförhållande utgör ett moment i den konkreta rättsordningen. Och då rättsordningen såsom sådan icke rubbas av tiden,³ måste, synes det oss, den faktiska ordningen vika för det tillstånd, som visats hava överensstämt med rättsordningen, så snart denna överensstämmelse icke ådagalägges hava upphört.⁴ Vill man ej gå in på det berättigade häri, så har man enligt vår mening berövat rättsordningen dess väsentliga betydelse av norm för framtiden samt rättigheten dess karaktär av helgd för det fak-

¹ Jfr NORDLING, »Föreläsningar i svensk civilrätt», s. 105 f.

² Med avseende på dessa sammansatta rättsfaktas förekomst, se TRYGGER, »Om fullmakt», s. 11 n. 1.

³ Tydligt är, att tiden själv under viss förutsättning kan vara ett rättsfaktum och såsom sådant äga inflytande på rättsgestaltningen.

⁴ Att rättighetens faktiska utövning kan vara ett rättsfaktum, är härmed naturligtvis ej uteslutet. En sak är att tillerkänna det faktiska betydelse såsom blott faktiskt, en annan att erkänna dess rättsbildande förmåga.

tiska atnjutandet av det goda, den medför, ty långt ifrån att skänka trygghet för framtiden, blir den vunna rättigheten en erövring, som varje ögonblick, så att säga, måste göras på nytt, och rättslagen har knappt hunnit skapa ett förhållande personer emellan, förrän den faktiska grupperingen av deras inbördes ställning hotar den vunna ordningen. Med en sådan uppfattning kommer själva ordet *rättsordning* att innebära en tvetydighet och begreppet *rättstillstånd* att beteckna en momentan händelse.

På grund av de skäl, vi nu anfört, tveka vi ej att fasthålla den åsikt, vi i det föregående uttalat, att anförandet å kärandens sida av tillräckliga skäl för det anhängiggjorda rättsanspråkets *uppkomst*, är det enda, som principiellt kan av honom fordras, då han yrkar realiserandet av nämnda anspråk.¹ Lika litet som någon presumtion om rättighetens bestånd på grund av dess uppkomst erfordras,² lika litet är till anförandet av tillfyllestgörande skäl för uppkomsten tacite fogat påståendet, att rättsupphävande eller rättsförändrande fakta ej sedan dess inträffat. Allt vad som behövs är, att käranden anför ett rättsfaktum, enligt lagen utrustat med förmåga att ge upphov till det ifråga-varande anspråket.

¹ V. CANSTEIN, »Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses», Wien 1877, I s. 8 f., kommer till samma resultat, ehuru med olika motivering. Han säger: »Es ist m. E. ungenau, wenn man behauptet, dass der Kläger den *Bestand* eines Rechtes anerkannt haben will: Er beansprucht vielmehr allgemein die Anerkennung der *Rechtswirkungen*, welche ein bestimmter Rechtssatz an eine oder mehrere im konkreten Falle eingetretene oder nicht eingetretene Thatsachen knüpft.»

² Detta tycks åter vara WACHS mening. Han yttrar sig härom i sina »Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung», Bonn 1879, s. 157, på följande sätt: »Die Vertheilung der Beweislast ist *Opportunitätsregel*. Sie wächst heraus aus der vernünftigen Erwägung, dass, wo Zweie streiten und man ihnen gleichmässig zu Angriff und Abwehr das Wort verstattet, es billig ist, nicht dem Einen die ganze Last des Beweises aufzubürden. Daher fordert man vom Kläger nicht den Nachweis aller Existenzbedingungen des Anspruchs, sondern lässt sich genügen mit dem Beweis der specifisch rechtserzeugenden Thatsachen. *Der Beweis des Entstehens ist der Beweis des Bestehens.*» Jfr ock AFZELIUS, »Grunddragen», s. 116: »Den som fordrar något *nu*, borde *rätteligen* visa något mer, än att han *en gång* haft något att fordra; därför att ett rättsförhållande uppkommit, är det ingalunda sagt att det fortvarar.»

Bevisning i allmänhet.

I det föregående hava vi påpekat, hurusom käranden, vare sig hans anspråk bestrides eller icke bestrides av svaranden, måste, så snart svaranden ej erkänner anspråket, anföra ett rättsfaktum, enligt lagen utrustat med förmåga att ge upphov till det ifrågavarande anspråket. Är detta emellertid allt vad han behöver göra? Skall han icke även bevisa¹ de omständigheter, som konstituera detta rättsfaktum, och detta oberoende av om svaranden bestritt dem eller ej? Denna fråga torde endast på det sätt kunna besvaras, att vissa moment av det ifrågavarande rättsfaktum icke av käranden behöva bevisas. Huru bevisskyldigheten skall mellan parterna fördelas, är här emellertid ej platsen att utreda.² Men förutsatt nu att käranden enligt reglerna om bevisskyldighetens fördelning träffas av bevisbördan med avseende på en viss omständighet, återstår den senare delen av det uppkastade spörsmålet att besvara, nämligen om denna bevisskyldighet åligger käranden oberoende av eller först efter svarandens bestridande av den ifrågavarande omständigheten.

¹ Med avseende på bevisets begrepp, se det följande.

² Med avseende på bevisskyldighetens fördelning mellan parterna över huvud taget, se följande rättsfall. J. A. I s. 421, VII s. 479, N. T. VI s. 666 (för H. D. har möjligen varit avgörande, att betalningen var erlagd i förskott och återfordrades), X s. 366 (observera särskilt Rådstuvurättens i Göteborg motivering), N. J. A. II s. 573, III s. 310 (H. D:s avgörande föranleddes möjligen därav, att köparen sagt, att den fordrade summan kvitterats i en motbok, som han ej kunde förete), III s. 463, III s. 100, VI s. 86, VI s. 359, VI s. 405, XIII s. 95.

Huru denna fråga fran principiell synpunkt bör besvaras med avseende på civila mål, i vilka part har dispositionsrätt över tvistens föremål, synes oss icke vara tivelaktigt. »Endast i det fall, att bevis fordras, har domaren att pröva, huruvida den uppgivna grunden är sann eller icke», är det svar, som man med rätta härlett ur grunden och sättet för bevislastens fördelning parterna emellan.¹ Motsatsen häremot är det förhållandet, att domstolen, liksom i brottmålen, fordrar bevis för grunderna för kärandens yrkande och, endast i fall sådant presterats, bifaller detsamma. Men även en tredje mening är tänkbar, nämligen att dylikt bevis av domstolen för motpartens räkning och i hans intresse utkräves, ända till dess motparten genom en uttrycklig förklaring ger tillkänna sin vilja att låta det åberopade faktum mot honom gälla utan bevis. Vilkendera uppfattningen som gjort sig gällande inom en viss positiv lagstiftning, finner man, då man undersöker det sätt, varpå den ifrågavarande lagen behandlat motpartens erkännande av ett dylikt faktum. Utgår lagen nämligen ifrån den första åsikten, måste han, synes det oss, i första hand betrakta ett erkännande i det förevarande målet såsom en disposition, varigenom den erkännande avstår ifrån rätten att bestrida den ifrågavarande omständigheten. Såsom ett bevismedel kan i så fall ett dylikt erkännande, därest det avgives av den, som i händelse av befoget hade att bestrida, omöjligen av lagen betraktas, ty då den, som erkänner, varken då bestrider eller sedermera kan komma att bestrida (så länge erkännandet kvarstår orubbat) samt först bestridandet gör bevis angående den förevarande punkten relevant i den ifrågavarande rättegången, så vore lagens påpekande av erkännandets värde såsom bevismedel i ett dylikt fall ett påpekande av en fullkomligt irrelevant sak. Då man nu väl kan presumera, att de flesta lagstiftare icke göra sig skyldiga till ett dylikt onödigt arbete, måste man anse att, då en lag uteslutande talar om erkännandet såsom bevismedel, densamma icke utgått ifrån den uppfattningen, att svarandens bestridande av de av käranden åberopade grunder är förutsättningen för inträdandet av kärandens bevisskyldighet.

¹ AFZELIUS, »Grunddragen», s. 22.

Lika litet kan en dylik lag anses hava hyllat den tredje av de framställda åsikterna, ty enligt densamma hade erkännandet bort framstå icke såsom ett medel, ägnat att övertyga domaren, utan närmast såsom ett av parten uttalat »halt!» till domaren, att han icke behövde fordra bevis angående den ifrågavarande omständigheten, vilken parten ville låta till motpartens fördel gälla emot sig, såsom om den vore till fullo bevisad. Den meningen åter, att svarandens bestridande saknar betydelse för inträdandet av kärandens bevisskyldighet för de av honom åberopade omständigheter, kan svårigen få ett bättre uttryck än därigenom, att lagen behandlar erkännandet uteslutande såsom bevismedel. Någon disposition kan där ej bliva tal om, ty visserligen kan part disponera över tvistens föremål,¹ men däremot ej över den fördel, som ligger däri, att han är fri från bevisskyldighet och att denna åligger motparten. Bevisningen fordras här för domarens skull; skall erkännandet hava någon betydelse, måste det vara såsom medel att övertyga domaren, han må nu vara berättigad att själv avgöra, när han är övertygad, eller lagen må ha utrustat erkännandet med fullt bevisande kraft, varför domaren måste böja sig. Med denna uppfattning kommer underlåtenheten å partens sida att fordra bevis dock icke att sakna all betydelse. En dylik underlåtenhet kan nämligen bliva ett bevisdatum, kan betraktas såsom ett indirekt erkännande, under det att, där bestridandet av lagen anses såsom villkor för bevisskyldighetens inträdande, underlåtenheten att bestrida gör frågan om bevisning med avseende på det obesträtt lämnade utan all betydelse.

Söka vi nu med ledning av det anförda avgöra frågan om 1734 års lags ställning till spörsmålet om bestridandets betydelse för inträdandet av parts² bevisskyldighet, så är svaret givet i

¹ Att observera är, att vi, såsom i det föregående angivits, endast sysselsätta oss med sådana fall, då parten äger dylik dispositionsrätt.

² Vi ha hittills blott talat om kärandens bevisning för de moment i det rättsbildande faktum, varvid det anhängiggjorda rättsanspråkets uppkomst är knuten, för vilka käranden är bevisskyldig; detta för att öka begripligheten av hela den föregående framställningen. I det följande komma vi helt allmänt att behandla *parts* bevisning för en omständighet, varför han

och med anförandet av bestämmelsen i 17 kap. 36 § Rättegångsbalken: »Känd sak är så god som vittnad». Erkännandet betraktas här således som ett bevismedel, och då lagen icke undantager civila mål, är det efter hela uppställningen av 17 kap. fullkomligt tydligt, att erkännandets egenskap av bevismedel icke blott i brottmål utan även i civila mål varit den, vilken lagstiftaren skänkt någon uppmärksamhet och ansett vara av någon betydelse. 1734 års lag har alltså utgått därifrån, att bestridandet av de av motparten åberopade fakta icke är något nödvändigt villkor, för att dennes bevisskyldighet skall inträda. Bevisskyldigheten är enligt nämnda lag en skyldighet emot domaren, ej emot vederparten, ehuru visserligen ytterst föranledd av dennes intresse.

Men om således denna lagstiftarens uppfattning av bestridandets förhållande till bevisskyldigheten skönjes genom bestämmelsen om erkännandet såsom bevismedel och saknaden av stadgande angående detsamma i någon annan egenskap, är det å andra sidan själva denna uppfattning, varifrån 1734 års lag utgått i sin bevislära, som lyfter slöjan ifrån de motiv, som föranlett lagstiftaren till att, på sätt som skett, behandla erkännandet; den förklarar nämligen, varför 1734 års lag *måste* betrakta erkännandet uteslutande såsom bevismedel. Insikten häri lämnar en god ledning, huru lagskiparen *för närvarande* har att förfara, då han står inför ett erkännande i ett civilt mål. Domaren har att först bestämma den ställning, han anser sig böra intaga till frågan om bestridandets betydelse jämte grunden till densamma. Därvid har han att beakta, att en riktig uppfattning av civilprocessens natur och parternas inbördes ställning i den

(eventuellt d. v. s. om den bestrides) är bevisskyldig, då ju vad som gäller om kärandens bevisning i ovanstående punkt, även gäller om den bevisskyldighet, som i övrigt kan åligga honom, liksom ock om svarandens bevisning för de moment i hans invändningar, för vilka han är bevisskyldig, samt i övrigt med avseende på den bevisskyldighet, som kan åligga honom. Att i vissa fall käranden och svaranden äro bevisskyldiga för av dem *bestridda* omständigheter, rubbar icke det förda resonemanget, ty i dessa fall äger motpartens *påstående*, vare sig det skett uttryckligt eller framgått av omständigheterna i målet, samma betydelse för bevisskyldighetens inträdande, som annars tillkommer bestridandet.

civila rättegången fordrar, att parts bevisskyldighet först genom motpartens bestridande måste utkrävas, för att domaren ej skall taga för sanna de av parten anförda omständigheter, samt att denna uppfattning onekligen allt mer och mer gör sig i praxis gällande. Tilltror han sig kunna följa denna moderna riktning, såsom den där från domstolspraxis övergått till en sedvane-rätt,¹ vilken upphävt 1734 års lags visserligen aldrig direkt uttalade bestämmelse, så kan och måste han, där villkoren för en giltig disposition äro tillstädes, beakta denna egenskap hos erkännandet; och han kommer i alla fall ej att sakna tillfällen, då erkännandets egenskap av bevismedel får av honom tagas i betraktande jämlikt stadgandet i 17 kap. 36 § Rättegångsbalken.²

Men för att lämna erkännandet och återgå till bestridandet, så snart vederparten bestritt den eventuellt bevisskyldiges uppgifter, inträder dennes bevisskyldighet definitivt, och det gäller för honom, att av honom påstådda fakta bevisas.

Vad förstås med att bevisa något? Med avseende härpå säger HEUSLER, att »den såsom bevis betecknade verksamheten

¹ Med avseende på frågan, när domstolspraxis blir bindande, säger en författare: »Geht man von dem richtigen Satze aus, dass es bei dem Gerichtsgebrauche nicht auf die ergangenen Entscheidungen selbst, sondern vielmehr auf die Wirkung ankomme, welche sie auf die Volksansicht und auf die Meinung von dem, was Recht sei, äussere, so ist der Gerichtsgebrauch eine der ehrwürdigsten Quellen des (Deutschen) Processes.»

² Beträffande bestridandets betydelse och naturen av ett erkännande inför rätta röjer sig en viss osäkerhet hos de svenska författare, som behandlat dessa frågor. Den uppfattning, vilken, enligt vår åsikt, varit bestämmande för 1734 års lagstiftare, hade redan fått ett träffande uttryck i de av OLAVUS PETRI författade Domarereglerna (SCHÜCK i »Sammlaren» VII s. 73). »All dom skall befästas med uppenbara skäl och bevis, ty domaren skall intet döma *utan efter skäl och bevis*» samt »Ingen må heller vittna i sin egen sak, med mindre han är vittne emot sig, ty då är det *bekänd* sak». Men redan NEHRMAN, »Inledning till den svenska Processum Civilem», Stockholm 1751, visar sig ganska vacklande. I det kap., som handlar »Om skäl och bevis i allmänhet», intager NEHRMAN den principiellt riktiga ståndpunkten, då han till och med i definitionen av beviset inlägger bestridandet från motpartens sida av bevisemat. Han säger nämligen (s. 219): »Bevis kallas det, som någon i den tanken framförer, att domaren må därigenom

förutsätter två personer, en aktiv (handelnde) och en passiv (duldende), en givande och en emottagande», samt att »be-

varda övertygad, det saken så förevetter, som han berättat, och till att vederlägga den, som sådant *nekat*.» Ännu tydligare, om möjligt, uttalar NEHRMAN åsikten om bestridandets väsentliga betydelse, då han säger: »Det, som stridigt är och av kontraparterna nekas, det, och *inte annat*, bör bevisas. Ty när käranden påstår, något vara skett, och svaranden vidgår det, med samma omständigheter, eller sådana, som ej förändra saken, bliver domaren *övertygad*, att det är sant, och då är allt *vidare* bevis överflödigt.» Detta uttalande visar emellertid även oklarheten i NEHRMANS ståndpunkt. Därvid har man att observera, att han *för tillfället* tycks tänka sig motpartens ställning till bevisemat blott kunna vara *nekan* eller *vidgående*, och vidare kan man göra gällande att, då NEHRMAN förklarar nekandet vara förutsättning för bevis, så tager han ordet bevis i betydelsen av anskaffande av bevismedel *genom den bevisskyldige*, men vill däremot ej säga, att domaren utan att vara övertygad om bevisemats riktighet finge behandla detsamma som sant. Att denna tolkning av NEHRMANS ord är riktig, synes framgå av vad han säger i kap. »Om egen bekännelse», varest han ej kunnat undgå att mera än vid behandlingen av bevisläran i allmänhet låta sig bestämmas av den *gällande* rätten. »Men antingen», yttrar han (s. 258), »confessio och egen bekännelse bör anses såsom en species probationis eller ej, håller jag för en onödig fråga. Ty domaren bliver väl därigenom övertygad om sakens sammanhang, men *tilltalanden* behöver då ej framdraga något bevis, när svaranden vidgår gärningen. I anseende till parten kan det fördensskull ej kallas bevis, men väl i anseende till domaren.» Av detta uttalande ser det ut, som NEHRMAN aldrig haft en tanke på att fatta erkännandet såsom en disposition, varigenom området för domarens prövning begränsades. Och då NEHRMAN kommer till särskiljandet av confessio expressa och tacita (s. 262), lämnar han helt och hållet sin förra uppfattning om bestridandets betydelse samt erkännandets och bestridandets uttömmande av möjligheterna för motpartens ställning till det påstådda rättsfaktum. »Men den ena partens stillatigande inför rätten, när den andra talar osant, kan ej anses som om ett vidgående, fast vederdelomannen gör bättre, om han genast talar däremot», äro de ord varmed NEHRMAN avslutar kap. om erkännandet. Vi se således, att han i själva verket stod på 1734 års lags ståndpunkt, ehuru dennas bristfällighet dock tycktes föresväva honom. Även HOLMBERGSON, »Strödda anmärkningar om lagens rätta förstånd och tillämpning», Lund 1825, 1 h. s. 5 f., 36 f., överensstämmer i det väsentligaste med NEHRMAN. I fråga om bestämmelsen i 17: 33 Rättegångsbalken, »att käranden åligger sitt käromål lagligen bevisa, eller vare svaranden fri», säger han, att käranden har att uppgiva ett sådant faktum, varpå påståendet efter lag kan grundas, samt bevisa detta faktums verklighet, savida icke svaranden medgiver detsamma, och grunden till erkännandets betydelse ser han däri, att då någon erkänner ett faktum, »som efter lag måste

viset föres av person för person; den ene bevisar, den andre låter saken för sig bevisas. Denna antagna sats leder HEUSLER

ådraga honom själv en olägenhet», måste detta anses ha skett därför, att »ett högre behov eller intresse för sanning tvingat honom att tala», i följd varav det erkändas sanning kan av domaren antagas. LINDBLAD, »Afhandlingar i svenska rättegångsläran», Upsala 1838, 1 h., fordrar icke heller bestridande för bevisskyldighetens inträdande, dock tillägger han s. 21: »Emellertid gör parten dock försiktigast att bestrida vad han icke vill medge, emedan det eljest anföres, såsom en omständighet emot honom, att hava lämnat det eller det anförda faktum obestritt.» Och vid behandlingen av tredskodom enligt 12: 3 Rättegångsbalken förordar han de lege ferenda den princip, att svaret genom sin utevaro skall anses hava *medgivit* grunden för käromålet (s. 33). I överensstämmelse med denna utgångspunkt förklarar han (s. 37) verkan av eget erkännande vara den av full bevisning, ehuru han visserligen och fäster uppmärksamhet vid erkännandets dispositiva karaktär, även då det gäller grunden för käromålet, vilket erkännande i så fall av honom anses såsom en disposition över själva den rätt, som är i fråga (s. 39 f.). Till insikt om skillnaden mellan erkännandet av grunden för anspråket och av detta självt, båda betraktade såsom dispositioner, har icke LINDBLAD lyckats komma, ehuru visserligen hans fordran, att den erkännande i civilmål skall vara myndig, för att erkännandet skall ha det i 17: 36 bestämda bevisvärde, liksom hans yttrande (s. 16), »att en omyndig persons erkännande kan väl icke, i egenskap av en *yttrad vilja*, medföra någon verkan, men sväriligen kan det nekas allt avseende å ett dylikt erkännande, i fråga om sakens rätta sammanhang», hän-tyda på att bakom hans uppfattning i enlighet med lagen av erkännandet av ett faktum såsom bevismedel låg den tanken, att ett dylikt erkännandes väsentliga betydelse dock i själva verket var att härleda ur dess dispositiva natur, även då dispositionen icke kunde sägas angå anspråket. Icke heller i sitt senare arbete, »Läran om bevisning inför rätta», Upsala 1842, har LINDBLAD kommit till klarhet i denna punkt. Då han där (s. 95 f.) skall angiva grunden till den olika betydelsen av uttrycket »laga ålder» i civila mål och i brottmål, sker detta genom att påpeka, »att i civila mål erkännandets *bevisande* kraft huvudsakligen vilar på den erkännandes *rättighet* att *räda* över sig och sin egendom». SCHREVELIUS, »Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civilprocess», Lund 1853, s. 266, är mera konsekvent än LINDBLAD i sin utredning av det egna erkännandet, med avseende på vars betydelse han i det hela står på 1734 års lags ståndpunkt. Erkännandet av ett faktum såsom disposition är emellertid icke honom obekant, ehuru han, i stället för att finna *grunden* till denna dispositions giltighet i rätten att förfoga över det ifrågavarande anspråket, anser ett dylikt erkännande i själva verket *vara* en disposition över anspråket. BROOMÉ, »Allmänna civilprocessen enligt svensk gällande rätt», Lund 1882, s. 160, säger: »Om man ock från *teoretisk synpunkt* kan anföra goda skäl för den åsikten, att eget erkännande egentligen

till att förklara, att man i processen ej kan använda uttrycken bevis, bevismedel, sa snart domaren ex officio är verksam för att

icke är något bevismedel, enär det gör allt bevis överflödigt och så nära sammanhänger med parts rätt att i civilmål disponera över sakens föremål, vare sig detta sker inför eller utanför rätten, torde det dock, ur *praktisk* synpunkt, vara berättigat att anse det såsom ett medel att åstadkomma visshet om, huru med en anhängiggjord sak rätteligen förhåller sig.» Enligt vår åsikt åter är det både från teoretisk och praktisk synpunkt bäst att anse en sak för vad den är och för ingenting annat. NAUMANN, »Några kortfattade anmärkningar om laga bevisning» i N. T. IX s. 136 f. tycks anse att, vid icke-bestridande eller erkännande, det påstådda faktum *fingeras* vara bevisat. »Bevis», säger han, »*anses* i civilprocessen redan vara för handen, så snart bägge parterna *icke trista om* eller uttryckligen medgiva ett faktum. Detta beror på parts rätt i civilprocessen att själv eftergiva sin rätt.» Fiktionen, att icke-bestridande är fullt bevis, är den brygga, på vilken praxis passerat från 1734 års lags uppfattning till den med civilprocessens natur mera förenliga, moderna meningen. En återgång till 1734 års lag i denna punkt gör NORDLING, »Förhandlingen om rätt», då han (s. 22) förklarar kärandens bevisskyldighet vara oberoende av svarandens bestridande av grunden för käromålet, och då han (s. 29 f.) vänder sig mot åsikten om att erkännandet kan vara en disposition, i motsats varemot han söker göra gällande, att det är ett bevis(förhandlings-)medel. »Även om domaren inser att erkännandet icke är riktigt, men dock avgivet med avsikt, har han att *upptaga det såsom* bevismedel och därpå grunda domslutet. Oriktigheten av faktum och domslut kommer honom icke vid, då tredje mans rätt icke är i fråga.» Genom detta uttalande visar NORDLING, att erkännandets egenskap av bevismedel stundom blott fingeras. Denna sak kan dock lätt döljas, med legal bevisteori, men huru gå till väga, där fri bevisprövning gäller även i fråga om erkännandets bevisvärde? Kommer icke där heller oriktigheten av det erkända faktum domaren vid?

Vända vi oss till förslagen till ny processlagstiftning, finna vi Lagkommittén (»Förslag till Allmän Civillag, Stockholm 1826) i Rättegångsbalkens 21 kap., som handlar om bevisning i allmänhet, hava insatt en bestämmelse, så lydande: »Vad den, som myndig och vid sunt förstånd är, frivilligt inför rätten erkänner, vare emot honom bindande.» Jämför man härmed, hurusom kommittén i motiven (s. 307 f.) förklarar, »att inför domstol antages ingenting annat för sant, än det, som i laglig ordning bevises» (jfr s. 285) samt »att eget erkännande är i sig självt mindre ett bevis än ett sätt att göra bevisning överflödig, d. v. s. man befriar vederparten från skyldigheten att bevisa det erkända faktum», så framgår härav, att kommittén klart och tydligt fattar ett erkännande av ifrågavarande beskaflenhet såsom en disposition, varigenom den erkännande låter ett faktum mot sig gälla, oaktat för det samma icke förts den bevisning, varigenom domaren, för att grunda sin dom

upptäcka och i processen göra sig till godo någon källa, varur han kan vinna en grund för sin övertygelse om bevisemat. I

på detsamma, *eljest* måst övertygas om dess riktighet. Därest det inför rätten givna erkännandet icke varit av nu nämnda beskaffenhet, t. ex. avgivits av en omyndig, faller det tydligen under det slags bevisning, som omtalas i kap. 21 § 10. Lagberedningen gjorde i denna fråga ingen ändring i Lagkommitténs förslag (»Förslag till Rätttegångsbalk», Stockholm 1849). Och den av såväl Kommittén som Beredningen givna bestämmelsen: »Återkallar någon vad han erkänt och visar med klara skäl, att saken sig annorlunda förhåller, då må ej det erkännande mot honom verka», motiveras på ett sätt, som tydligen visar, att man insett, att bestämmelsen strängt taget stod i strid med erkännandets dispositiva natur, vilken, såsom AFZELIUS, »Grunddragen», s. 24, påpekat, fordrar, att det må kunna kullkastas endast genom ådagaläggande av själva dispositionens ogiltighet. Sistnämnde författare ställer sig emellertid själv på lagförslagets ståndpunkt med avseende på giltigheten av en återkallelse av erkännandet, ehuru med olika motivering. Det är den ställning, domaren har berättigat anspråk på att intaga i rätttegången, som är för AFZELIUS avgörande i frågan. »Är därför», säger han, »domaren *övertygad*, att ett erkännande är osant, så att det erkända faktum är diktat, då synes han böra tillbakavisa partens begäran om hans biträde för att på sådan grundval skipa rätt. — — Denna synpunkt är icke utan praktisk vikt. På grund av densamma tillerkänna vi först och främst domaren rätt att sätta sig över ett erkännande, som är orimligt eller som notoriskt är osant. Men om ett osant erkännande icke bör få gälla såsom grund för dom, synes man ock kunna tillåta part bevisa, att det är osant, och därigenom tillintetgöra dess verkan.» I allt detta instämma vi till fullo utom i innehållet av sista satsen; ty icke följer det av *domarens* rätt att sätta sig över erkännandet, *dd* han är (såsom domare) *övertygad* om dess osanning, att den *erkännande parten* skall få försöka sig på ett bevis, varigenom domaren *möjligen* vinner en dylik övertygelse. Frågan gäller ju, om beviset skall *få föras*, och innan det är fört, är ju domaren icke *övertygad*, ty i så fall vore dess förande onödigt. Innan vi lämna frågan om bestridandets och erkännandets betydelse i den i varje fall förevarande rätttegången, anse vi oss skyldiga att i största korthet granska Nya Lagberedningens förslag i ämnet (»Nya Lagberedningens betänkande angående Rätttegångsväsendets ombildning», Stockholm 1884, II s. 9—20, 146—150, 277—290). Med avseende på bestridandets betydelse för frågan om bevis ansluter sig Nya Lagberedningen till den av 1734 års lag hyllade meningen, något som framgår därav, att beredningen upptager till besvarande frågan, om vilket värde såsom bevis kan tillerkännas parts tystnad med avseende på av motparten påstådda fakta. I fråga om erkännandets betydelse, fäster beredningen i motiven uppmärksamheten därpå, att man betraktat det antingen såsom disposition över bevisskyldigheten eller såsom bevismedel. Lagberedningen anser emellertid ej nödvändigt att undersöka, vilkendera meningen är den riktiga,

stället för »Beweismittel» vill HEUSLER kalla nämnda källa »Erkenntnissmittel», och ordet »Beweisgrund» får i detta fall lämna

»enär de praktiska verkningarna i allt väsentligt bliva de samma, vare sig den ena eller den andra utgångspunkten väljes». Just häri synes oss emellertid Lagberedningen ha begått ett stort misstag. Erkännandet i civilprocessen är visserligen i regel, även då det kan komma i betraktande såsom disposition, ett bevisdatum av större eller mindre värde, beroende på omständigheterna, men denna dess egenskap av att utgöra bevis saknar i den rättegången betydelse helt enkelt därför, att varje bevis om den ifrågavarande punkten genom erkännandedispositionens kraft blivit irrelevant. Låt oss nu betrakta samma erkännandes verkningar såsom disposition och bevismedel, så få vi se, om de äro desamma. I fråga om återkallelsens betydelse, säger Lagberedningen, att ett erkännande, som tillkommit av missuppfattning liksom av tvång eller förledande, omintetgöres, så snart den erkännande gör någon av dessa omständigheter sannolik. Detta är fullkomligt riktigt, då erkännandet betraktas såsom bevismedel och man har fri bevisprövning med avseende på dess bevisvärde eller en legal bevisteori, enligt vilken, såsom torde vara fallet enligt 1734 års lag, erkännandets frivillighet och frihet från misstag göras till förutsättning för dess legala bevisvärde. Men betrakta vi erkännandet såsom disposition, var hava vi hemul för det påståendet, att dispositionen blir ogiltig, så snart missuppfattning, tvång eller förledande göras *sannolika*? Icke vill man väl återropa Utsökningslagens § 25, ty den bevisning om invändningens sannolikhet, som där förklaras tillräcklig, avser blott avgörandet av frågan om *lagsökningsmålet* skall förklaras *tvistigt* eller ej. Jfr 4: 3 Utsökningsbalken samt rättsfall i N. T. VI s. 336. Praxis torde icke heller nöja sig med sannolikhetsbevis om tvång och förledande för att kullkasta rättshandlingar, som på nämnda grund angripits; N. J. A. X s. 115 (obs. i Hovrättens motivering: »och enär J. erkänt denna berättelses riktighet»), XI s. 39. Beträffande därefter det fall, då den erkännande vill återkalla sitt erkännande såsom sanningslöst och oriktigt, hänvisa vi till vad vi i det föregående sagt med avseende på den av AFZELIUS antagna rätten för part att bevisa motsatsen av det erkända. Men även med antagande av att AFZELIUS' åsikt, att domarens ställning fordrar, att part skall ha rätt att genom bevis om erkännandets oriktighet få dess verkan hävd, är riktig, så är det visst icke, såsom Lagberedningen antager, likgiltigt om man betraktar erkännandet såsom disposition eller bevismedel. Där legal bevisteori gäller, enligt vilken erkännandet anses såsom fullt bevis, blir skillnaden ej stor (en sådan finns dock även där, något som vi ej här hava tillfälle att närmare utreda), ty bevis om motsatsen fordras och är tillräckligt för att kullkasta såväl det dispositiva som det bevisande erkännandet. Annorlunda däremot, då den fria bevisprövningen gjort sig gällande. Ett dispositivt erkännande kan där, under den av oss gjorda förutsättningen, först förlora sin kraft genom motsatsbevis; ett bevisande erkännande däremot redan genom ett motbevis, av tillräcklig styrka att *rubba* den övertygelse domaren genom

plats för »Erkenntnisgrund». Frågan om man i ett visst fall kunde tala om bevis eller ej bleve således att avgöra, efter

erkännandet, därest det ej återkallats, kunnat vinna. Av det anförda följer, att Lagberedningen, därest hon ej vill uppgiva den av henne i övrigt så varmt hyllade fria bevisprövningen med avseende på erkännandet såsom bevismedel, måste intaga en bestämd ställning till frågan om erkännandets dispositiva egenskap jämte dess förmåga att utgöra ett bevisdatum. Detta blir ock av vikt med avseende på betydelsen av fullmäktigs erkännande. Lagberedningen säger i denna fråga: »Till förekommande av missuppfattning bör här tilläventys erinras därom att erkännande, avgivet av laga fullmäktig, antagits i allmänhet äga samma verkan, som om det vore avgivet av parten själv.» Detta hänvisar på bestämmelsen i »Betänkande», I s. 165, 17 kap. § 33: »Vad vederbörligen förordnad fullmäktig i saken gör eller låter är lika bindande för huvudmannen, som om han själv fört sin talan.» Detta kan emellertid blott tillämpas på erkännandet såsom disposition, ty fullmäktigs erkännande som bevismedel må binda huvudmannen *huru mycket som helst*, dess förmåga att *övertyga domaren* om det erkändas sanning måste i regel vara betydligt mindre, än om det utgått från den om saken personligen kunnige parten.

Av vad vi nu gjort gällande mot Lagberedningens ställning i frågan, torde tillräckligt framgå, att framtiden skulle komma att gäcka Beredningens förhoppning, att domaren skulle lyckligt lösa den åt hans prövning av omständigheterna i varje särskilt fall hänskjutna frågan om det kvalificerade erkännandets s. k. delbarhet eller odelbarhet, »såvida han fasthölle strängt de bestämmingar, som ligga å ena sidan i erkännandets begrepp och å den andra i naturen av den rättshandling erkännandet avser». Erkännandets i en på Beredningens förslag grundad lag sammanblandade dubbelnatur skulle göra domaren fullkomligt rådvill, då han skulle lösa den stora uppgift, lagstiftaren satt honom före. Vad nu angår lösningen av spörsmålet angående det kvalificerade erkännandets delbarhet eller odelbarhet, är här ej platsen att under granskning av andras åsikter försöka sig på en sådan. I största korthet vilja vi emellertid antyda, huru vi tänkt oss saken. Utgår man därifrån, att bestridande är nödvändigt för bevisskyldighetens inträdande, så är det tydligt att, så snart ett kvalificerat erkännande avgivits, motparten icke behöver prestera något bevis för de erkända omständigheter, varför han är bevisskyldig, under det att den, som avgivit nämnda erkännande, därest hans i erkännandet intagna faktiska uppgifter, för vilka han är eventuellt bevisskyldig, bestridas, därför måste prestera bevis. Denna fördelaktiga ställning för motparten varar emellertid endast så länge, tills den erkännande förklarar sig återkalla sitt erkännande, såvida vederparten ej vill taga även de för den erkännande fördelaktiga uppgifterna såsom sanna. Nu gäller det att avgöra om den erkännandes vederpart kan hindra återkallelsen utan att uppgiva sitt eget bestridande. I den mån erkännandet är en disposition, anse vi honom ej kunna göra det, ty i det kvalificerade erkännandet, såsom disposition, rättshandling, viljeför-

huruvida förhandlingsmaximen eller undersökningsmaximen varit bestämmande i fråga om det förevarande övertygelseskapande

klaring betraktat, måste anses ligga, att den erkännande förbinder sig att ej bestrida de i erkännandet ingående fakta, för vilka motparten är bevisskyldig, så länge (*icke* såvida) denne ej bestrider de i samma erkännande ingående fakta, för vilka den erkännande är bevisskyldig. I och med motpartens förklaring, att han bestrider dessa senare omständigheter, har således det kvalificerade erkännandet förlorat sin verkan som disposition. Men det är dock icke därmed alldeles betydelselöst, ty det har kvar sin betydelse av bevisdatum, visserligen närmast för de omständigheter i detsamma, för vilka den erkännande icke var bevisskyldig. Vad verkan återkallelsen har på erkännandet i denna egenskap har domaren, i den mån fri bevisprövning gäller, att avgöra. Möjligen behövs intet särskilt motbevis, såvida nämligen erkännandets beviskraft i föreliggande fall icke förmådde verka på domaren övertygande; under alla omständigheter behövs icke starkare bevis än som förmår rubba en dylik genom erkännandet hos domaren uppkommen övertygelse. Utgår man åter ifrån att bestridandet icke är väsentligt för bevisskyldighetens inträdande, varifrån den bevisskyldige först genom ett uttryckligt dispositivt erkännande från motparten befrias, måste redan vederpartens vägran att själv erkänna de till förmån för den erkännande i det kvalificerade erkännandet upptagna faktiska uppgifter vara tillräckligt för att göra dispositionen (vilken här går ut på erkännande mot erkännande) ogiltig och därigenom låta motpartens bevisskyldighet leva upp på nytt, varmed erkännandet dock, såsom i förra fallet, kvarstår såsom bevismedel, varom allt det gäller, som förut är sagt.

Då AFZELIUS, »Grunddragen», s. 116 invänder emot uppfattningen av det kvalificerade erkännandet såsom en disposition av den i det föregående angivna beskaffenhet, »att parten icke äger frihet att *godtyckligt* välja mellan att erkänna och att bestrida, utan är han därvid bunden av sin sanningsplikt — därför att han erkänner vad som är sant, kan han icke fordra någon ersättning av motparten», så kunna vi därpå svara, att sanningsplikten tydligen icke hindrar part att erkänna d. v. s. förbinda sig att ej bestrida vad som är *osant* eller det, varom han är i ovisshet, samt att intet skäl torde kunna anföras mot att låta part göra detta sitt uppgivande av rätten att bestrida beroende av att motparten icke bestrider partens uppgifter. Alltså, ett kvalificerat erkännande blir odelbart, så länge dess återkallande icke kommer i strid med parts sanningsplikt. För att återkallelsen på grund av en dylik strid skall fränkännas verkan, fordras tydligen, att denna stridighet bevisas h. e. att det ådagaläggas, att motpartens uppgifter, vilka erkänts, äro sanna samt att part kände till detta vid erkännandets avgivande. Först då detta bevisats, blir således det kvalificerade erkännandet delbart. Men då detta bevis förts, har redan frågan om erkännandets delbarhet eller odelbarhet förlorat sin praktiska betydelse, ty då motparten genom att bevisa sanningen av de moment i erkännandet, varför han var bevisskyldig, alldeles frigör sig

materialiets införande i processen. Nagon väsentlig skillnad mellan ett »bevismedel» och ett »kunskapsmedel» kan man ej upp-

ifrån behovet att begagna sig av erkännandet, saknar han tydligen varje intresse i att genom *ytterligare* bevis, att den erkännande kände till det erkändas sanning, få erkännandets odelbarhet upphävd.

Utgår man däremot ifrån att erkännandet aldrig är disposition utan blott bevismedel, följer det av det sagda, att det alltid kan delas.

Sammanfatta vi nu det föregående, blir resultatet, att det kvalificerade erkännandet såsom disposition är odelbart, däremot såsom bevismedel delbart, samt att, då ett dispositivt erkännande även kan ha betydelse såsom bevismedel, den erkännandes motpart väl kan påyrka dess delbarhet, men då ock måste hålla till godo med, att det betraktas blott såsom bevismedel med därav följande konsekvenser, men däremot icke har rätt att fordra, att det behandlas såsom disposition.

Till sist hava vi att fästa deras uppmärksamhet, vilka även på erkännandet *såsom bevismedel* vilja tillämpa den franska regeln om det kvalificerade erkännandets odelbarhet, på att enligt fransk rätt det kvalificerade erkännandet icke hindrar vederparten att underlåta att begagna sig av erkännandet och på annat sätt bevisa de i erkännandet ingående fakta, varför han är beviskyldig, varigenom den erkännande hindras att beträffande de omständigheter, för vilka han är beviskyldig, draga sig tillbaka bakom erkännandets odelbarhet (jfr BONNIER, »*Traité des preuves*», Paris 1873, I s. 454: »Enfin, à part la circonstance de dol, la règle de l'indivisibilité ne reçoit d'application que là où la partie adverse, ne pouvant alléguer d'autre preuve que l'aveu, est obligée d'accepter ou de rejeter en entier la déclaration sur laquelle elle se fonde. Il en est autrement si cette partie a d'autres moyens légaux de prouver son droit: alors l'aveu qualifié, et surtout l'aveu complexe, n'ont plus qu'une importance accessoire: dans le système contraire, il serait par trop facile de paralyser les moyens de la partie adverse, au moyen d'un aveu partiel, dont il lui serait interdit de modifier la teneur.»). Denna uppfattning torde visserligen delas även av de svenske jurister, som hylla teorien om det kvalificerade erkännandets odelbarhet (jfr NAUMANN, »Angående skilnaden i civilprocessen mellan ett kvalificerat erkännande och en invändning» i N. T. X s. 634 f.; NAUMANN tager kvalificerat erkännande i samma betydelse, som »l'aveu qualifié» i *inskränkt* mening fattas av de franska juristerna. Jfr N. T. XVII s. 472, N. J. A. VII s. 36, varest ett kvalificerat erkännande i den mening vi fatta detta uttryck icke är tillstådes, utan blott ett nekande *per positionem*. NORDLINGS, »Förhandlingen om rätt», s. 25 f., kvalificerade erkännande är enligt vår terminologi icke något sådant, enär motparten enligt NORDLINGS åsikt om bevisbördans fördelning är beviskyldig för alla i erkännandet ingående moment. Att under sådana förhållanden, även om motparten på annat sätt bevisar vissa moment av det erkända sakförhållandet, den erkännande därmed icke får på sig överflyttad beviskyldigheten för de övriga, vilkas tillvaro han

spåra, och HEUSLER själv erkänner, att i själva verket olikheten blott består i namnet, men han anser likväl, att man bör fasthålla vid denna namnolikhet, såsom det synes oss, endast för att icke vara bunden av de i lagen fastställda reglerna om domarens ställning till bevismedlen. Ett dylikt förfarande saknar tydligen varje berättigande, och även om man utgår ifrån den uppfattning av bevisets begrepp, som HEUSLER hyllar, är det oriktigt att säga; att bevis och bevisning icke äro tillstädes, så snart domaren själv skaffar sig medlen för vinnandet av sin övertygelse om bevisemat. HEUSLER har nämligen förbisett, att denna domarens övertygelse skall vara *objektiv* samt att domaren skall i domen framlägga skälen för sin övertygelse eller, med andra ord, att dessa skäl skola vara av beskaffenhet att verkligen kunna övertyga även andra personer. Men vi kunna gå än längre, den sats, varifrån HEUSLER utgått, är falsk. Man kan föra ett bevis såväl för att övertyga sig själv som för att övertyga andra. Skillnaden mellan en övertygelse, stödd på bevis, och en övertygelse utan bevis är helt enkelt den, att man i förra fallet kan angiva skälen, varför man anser sig *böra* vara övertygad, i det senare däremot icke. Att bevisa är således att skaffa grunder för en övertygelse, dessa grunder må nu uppspåras av den, vars övertygelse det gäller att skapa, eller av någon annan.

Bevisningen i processen avser, såsom ovan antytts, att giva domaren en objektiv övertygelse om bevisemat. Bevisemat är

förnekar (jfr s. 23), är något, som tydligen icke kan dragas i tvivelsmål). Men oaktat således de svenska jurister, vilka hylla teorien om erkännandets odelbarhet, i likhet med den franska rättskipningen låta erkännandets odelbarhet gälla endast så länge, tills motparten på annat sätt bevisar de moment i det erkända rättsfaktum, för vilka han var bevisskyldig, blir likväl regeln om odelbarheten långt fördelaktigare för den erkännande och betydligt menligare för hans motpart enligt svensk rätt än enligt fransk rätt, och detta oaktat de inskränkningar i fråga om vittnesbevisningen, som i den senare förekomma. Grunden till detta förhållande är, att enligt fransk rätt den, som avgivit det kvalificerade erkännandet, genom bjuden ed kan tvingas att själv edligen förneka eller låta motparten med ed bestyrka de för den erkännande ofördelaktiga momenten av det erkända sakförhållandet. Jfr MITTERMAIER i Archiv für die civilistische Praxis XVI s. 84—106.

en bestridd faktisk omständighet, av betydelse för avgörande av det anhängiggjorda rättsanspråkets berättigande eller icke.¹

Såsom mindre tillfredsställande måste vi beteckna deras uppfattning, vilka, i likhet med Nya Lagberedningen, anse bevisemat i processen vara icke blott omständighet, »som omedelbart såsom grund för parts kändande eller svarandetalan äger inflytande på sakens utgång» utan även sådan, »som medelbart

¹ Jfr HEUSLER, »Die Grundlagen des Beweisrechtes» i Archiv für die civilistische Praxis N. F. XII s. 209—319, WENDT, »Beweis und Beweismittel» i samma tidskrift N. F. XIII s. 254—318, v. CANSTEIN, »Die Grundlagen des Beweisrechtes» i BUSCHS Zeitschrift für deutschen Civilprozess II s. 297—361. v. CANSTEIN säger s. 300: »Unter den rechtserzeugenden Thatsachen sind aber nicht bloss reine Thatsachen, sondern überhaupt die Entstehungsgründe des geltend gemachten Rechts und bezw. Rechtsanspruches zu verstehen. Wie nun diese Entstehungsgründe nicht bloss Thatsachen, sondern auch Zustände und Verhältnisse namentlich auch Rechtsverhältnisse sind, so bilden auch den Inhalt des Beweissatzes nicht bloss reine Thatsachen (Handlungen, Unterlassungen und Ereignisse), sondern auch Zustände und Verhältnisse und namentlich auch *Rechtsverhältnisse*, welche einen geltend gemachten Rechtsanspruch erzeugt haben. Derselbe Satz kann einmal Beweisthema und das andere Mal Rechtsanspruch und als solcher Gegenstand des richterlichen Urtheils sein. Im ersten Falle hat die Partei den betreffenden Satz *zu beweisen*, im zweiten Falle hat der Richter zu entscheiden, ob dieser Satz gerichtlich anerkannt werde oder nicht.» Detta resonemang är enligt vår åsikt förfelat. Part kan aldrig ha att *bevisa* rättsförhållanden utan blott de bestridda faktiska grunderna för desamma, och domaren har alltid att avgöra, om ett rättsförhållande är tillstådes eller ej, det må utgöra förutsättning för anspråket eller självt vara föremål för den ifrågavarande rättegången. En annan sak, icke härmed att förblanda, är, att då ett rättsförhållande är blott förutsättning för ett anspråk, grunder för detsamma behöva anföras, endast om det *bestrides*, samt att domarens avgörande av dess existens icke vinner kraften av res judicata, enär antagandet av rättsförhållandets existens blott är domskäl. Då v. CANSTEIN till stöd för sin mening citerar WACH, »Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung», Bonn 1879, s. 169: »Thatsache ist als Gegensatz vom juristischen Urtheil gedacht. Die Partei soll nicht iudex in propria causa sein», så har han uteglömt de ord, som visa, att han missuppfattat WACHS mening med ordet »Urtheil». I första satsen heter det nämligen: »vor allen Dingen von juristischem Urtheil» samt efter den andra: »iura novit curia». Det är så långt ifrån, att »Urtheil» på detta ställe tages av WACH i betydelsen av dom i den förevarande rättegången, att det till och med även omfattar vad vi skulle kunna kalla »omdöme». Jfr s. 170: »Wie das *juristische* soll das sonstige *fachmännische* Urtheil» etc.

såsom bevis i fråga om dylik grund äger inflytande på sakens utgång».¹ Ett annat uttryck för samma mening är särskiljandet i rättegången mellan omedelbart och medelbart relevanta fakta eller indicier, med avseende på vilka senare man förklarat, att ehuru deras tillvaro kan vara en grund för domarens övertygelse om det omedelbart relevanta faktum, så, enär de själva i sin ordning måste bevisas, böra de ej koordineras med de vanliga bevismedlen (såsom sådana har den ene upptagit det, den andre det; tämligen allmänt ha hos oss såsom sådana anförts eget erkännande, vittnesutsaga, utlåtande av sakkunnig, syn (syneobjekt), urkund och partsed), utan bevisning genom dem är ett särskilt sätt, varpå domarens övertygelse om det omedelbart relevanta faktum vinnes genom de vanliga bevismedlen. Detta har lett till indiciebevisningens tillbakasättande för den så kallade direkta bevisningen, och dock finns det, strängt taget, icke något annat än indirekt bevisning,² utom i det fall då domstolen själv iakttagit det omedelbart relevanta faktum. Har domstolen såsom sådan³ iakttagit detta faktum, äger dom-

¹ »Betänkande», II s. 146.

² Lagkommittén säger i sina motiv till Rättegångsbalken s. 307 f.: »Vad parten ej själv inför domstolen erkänner, vad domaren ej själv ser eller erfar, är för denne icke annat än sannolikheter, från vilka han gör slutsatser till övertygelsens bestämmande. Således, för exempel, när han hört två människor, dem han ej har skäl att misstro, vara ense i en uppgift, drager han därav det slut, att vad de uppgivit måtte vara riktigt; men denna slutsats är av enahanda natur, som var och en annan, för vilken grunderna utifrån hämtas; och i själva verket är bevisningen genom vittnen icke en hårsman säkrare än den, som består av andra bindande skäl och omständigheter. Den skillnad man vanligen gör emellan artificiell och icke artificiell bevisning, såsom till naturen olika, synes vara föga grundad.»

³ HEUSLER a. a. s. 270 anser domarens iakttagelse utom domstolen äga samma betydelse, som då domaren såsom sådan gjort densamma. Han säger: »Oder er (der Richter) sieht auf einem abendlichen Spaziergang, wie ein grosser Hund aus einem Hofthor auf einen sorglos um die Ecke biegenden Knaben losstürzt, ihn zu Boden wirft und beisst, und mit Mühe von dem muthmasslichen Vater des Knaben verjagt wird; andern Tags ist die Klage bei ihm anhängig, aber der Eigenthümer des Hundes läugnet Alles. Hat der Richter Kopf und Herz am rechten Ort, so wird der Process in einer Minute fertig sein: 'ich habe es selbst gesehen und gehört, was bedarf ich weiter Zeugniß'.» Från positiv svensk rätts ståndpunkt i denna fråga kan mot detta resone-

stolen i denna sin iakttagelse en grund för sin övertygelse, att faktum är sådant det av domstolen iakttagits; visserligen blott sannolikhet¹ men en sannolikhet, vilken är den största möjliga, som kan ernås beträffande ett faktums tillvaro. Är det åter icke möjligt för domstolen att själv iakttaga det faktum, på vars existens det bestridda påståendet går ut, måste domstolen nöja

mang anmärkas, att en dylik domare måste, om han vill handla samvetsgrant, upplysa parterna om sin iakttagelse, i vilket fall det icke är något tvivel därom, att part jämlikt 17: 12 Rättegångsbalken kommer att beropa sig å domaren till vittne i saken. Ja vi anse det överensstämmande med lagens grund, att domaren i ett dylikt fall bör, oberoende av om part vill höra honom såsom vittne eller ej, förklara sig jävig. Ty en rättänkande domare måste hava lika svårt att icke i sin dom antaga något såsom sant, vilket han själv sett, som att, om han fått vittna i målet, döma mot sitt vittnesmål. Jfr 13: 1 Rättegångsbalken: »eller haver han vittnat». Jfr även ordalagen i Kungl. Förklaringen den 22 februari 1770. Från principiell synpunkt har mot HEUSLERS åsikt med rätta anförts, att parterna äga rätt att få tillfälle att yttra sig om allt, som i målet skall beaktas (AFZELIUS, »Grunddragen», s. 41 n. 2), och därest man skulle söka undgå denna invändning genom att föreskriva, att domaren hade att underrätta part om sin utom rätten gjorda iakttagelse, för att part skulle komma i tillfälle att vederbörligen bestrida och söka motbevisa densamma, så faller detta försök därpå, att domaren nästan utan undantag skulle komma att hålla på vad han förklarat sig själv hava iakttagit, och även om hans uppgifter vore fullkomligt i enlighet med sanningen, kunde alltid lätt en skynt av misstroende komma att vila på domaren, vilken sålunda i allmänhetens ögon komme att förlora den opartiska ställning, han till tvistefrågan bör intaga. Beträffande det skäl för HEUSLERS åsikt, att särskilt vid fri bevisprövning domaren ovillkorligen och rent av omedvetet skulle ledas av sin enskilda kännedom av saken, är detta för visso träffande bemött av WACH, då han (»Vorträge», s. 155) säger: »Aber zweierlei ist es, dieses Unkontrollirbare als unvermeidlich dulden oder die Verwerthung eigener Wissenschaft in umfassendster Weise gestatten.» Fullt vederlagt tro vi emellertid detta skäl först bli därigenom, att en domare, som besitter dylik kännedom om saken, förklaras jävig.

¹ Då v. CANSTEIN i BUSCHS Zeitschrift s. 322 säger, att man genom omedelbar iakttagelse vinner visshet om det iakttagna, oaktat han strax förut förklarat visshet blott då vara tillstädes, när »die Möglichkeit der Unwahrheit der Behauptung *absolut* ausgeschlossen ist», så visar han sig därmed blind för de faktiska förhållandena. Grunden till denna hans åsikt torde ock vara, att han tror sig endast på den vägen kunna ådagalägga otillåtligheten av att inför en domstol föra bevis emot riktigheten av vad domaren förklarat sig själv hava iakttagit.

sig med att iakttaga ett annat faktum, från vilket domstolen kan sluta till att det omedelbart relevanta faktum existerat eller existerar; en omedelbar domstolens iakttagelse (eller ett obesträtt lämnat faktum) är alltid början i varje beviskedja. Vi skola pröva riktigheten av det sagda på tvenne exempel, det ena ett vittnesbevis, det andra ett indiciebevis i den vanliga meningen. A. och B., som höras inför domstolen såsom vittnen, berätta efter avlagd ed, att de sett K:s häst dö den 1 juni 1886. Huru resonerar nu domaren, inför vilken dessa vittnesmål avlagts för att styrka, att K:s häst avlidit på den uppgivna dagen? Hans resonemang är följande, om vi tänka det underförstådda utfört: Jag har hört A. och B. inför domstolen avlägga nyssnämnda vittnesmål, alltså är jag övertygad, att de verkligen avlagt desamma. Och då personer av A:s och B:s karaktär under edens band inför domstol avlägga vittnesmål, om att de iakttagit ett visst faktum, måste de anses även hava gjort en dylik iakttagelse, varför jag därom är övertygad. Och till slut, då icke blott A. utan även B. iakttagit, att K:s häst dog den 1 juni, torde deras iakttagelser verkligen vara riktiga, och därför anser jag mig övertygad, att K:s häst verkligen då avled. Detta faktum är alltså bevisat.

Vi övergå nu till ett exempel på ett indicium. Bevistemat är, att A. hade vetskap om ett politiskt mord, som kl. 12 midd. den 1 augusti 1886 begicks av medlemmar i ett hemligt sällskap, som hade till uppgift att genom våldsamma medel omstörta den bestående ordningen, och vilket sällskap A., enligt vad ostridigt var, tillhörde. Samma dag, det ifrågavarande mordet begicks, var A. i ett annat mål inställd för samma domstol, varvid han vid åhörandet av rättens utslag, varigenom han fälldes till ansvar för en åtalad förseelse, lät undfalla sig följande yttrande till domaren: »Ni erhåller yisserligen ej i dag straffet för eder orättvisa dom, men en annan dag kan *även för eder* tolvslaget medföra en väl förtjänt lön.»

I detta fall blir domarens slutledning följande. Jag har själv iakttagit, att A., strax innan mordet begicks, hade ifrågavarande yttrande; alltså han fällde nämnda yttrande vid berörda tillfälle. Då en person under dylika omständigheter yttrar sig

på sätt som A. gjort, finns all anledning att antaga, att han ägt vetskap om det brott, som vid den angivna timmen verkligen begåtts. En dylik kännedom kan således icke heller ha saknats hos A. Jag anser mig därför övertygad, att A. ägde vetskap om det ifrågavarande mordet. Denna A:s vetskap är alltså bevisad.

Jämför man nu upptagna båda exempel, synes det oss, som om man svarligen lär kunna undgå att erkänna, icke blott att beviset i sista exemplet är lika övertygande som i det första, utan ock att *sittet*, varpå domarens övertygelse i bägge fallen vinnes, är detsamma. Så snart domaren ej själv iakttagit det omedelbart relevanta faktum och i denna iakttagelse finner den omedelbara grunden för sin övertygelse om nämnda faktums existens, utgår han ifrån en genom egen iakttagelse vunnen övertygelse om ett annat faktums existens, från vilket han då mer eller mindre direkt sluter till existensen av det omedelbart relevanta faktum. Styrkan av den genom dessa slut vunna övertygelsen beror icke blott på beviskedjans längd utan även på de olika slutledningsmomentens inbördes sammanhang.

Vad nu domaren själv iakttagit, det må hava varit ett omedelbart eller medelbart relevant faktum, har man kallat notoriskt. Så säger ANNERSTEDT:¹ »Vad slutligen angår befogenheten att oberoende av parternas yrkanden inverka på bevisningen i rättstvisten, finna vi domaren, i likhet med vad överallt annorstädes är händelsen, berättigad att själmant förskaffa sig kunskap om allt sådant som kan betraktas såsom notoriskt. *I följd därav är han berättigad att ex officio föranställa om syn för utredande av de sakförhållanden, som på detta sätt kunna bli notoriska.*» Och har ANNERSTEDT angivit verkan av notorieteten därmed, att han² förklarar, »att med notoriska (allmänt kända) fakta förstås sådana, vilka i ett tvistemål icke kunna förnekas och vilka därför ej behöva bevisas.»

Fasthåller man, att verkan av notorieteten är den nu nämnda, måste man, om man vill förklara de av domaren iakttagna fakta

¹ »Om domarens processledande verksamhet vid civila rättstvister», Upsala 1875, s. 31.

² A. a. s. 19 n. 1.

för notoriska, skilja mellan fakta, som i en rättegång äro notoriska för en instans, och fakta, som överhuvudtaget äro notoriska. Åtminstone enligt svensk rätt gäller nämligen den regeln, att man i överrätt kan förneka och äger rättighet att söka visa oriktigheten av den lägre instansens vid syn gjorda iakttagelse, vadan alltså underrättens i protokollet gjorda uppgift, om vad den iakttagit, för överrätten *icke* är *ett bevis* om *notorieteten*¹ utan om faktum själv. Men nämnda vidsträckta betydelse av notorietet icke blott splittrar begreppet självt, utan den har även en annan verkan av långt farligare beskaffenhet, nämligen att man kommer till en oriktig uppfattning med avseende på domarens rätt att ex officio föranstalta om syn i ett mål. Är allt vad domaren iakttagit notoriskt samt domaren berättigad att självmant skaffa sig reda på notoriska fakta, måste domaren kunna ex officio föranstalta om syn såväl för att göra det omedelbart relevanta faktum notoriskt som för att göra ett annat relevant faktum notoriskt. En dylik rätt för domaren med avseende på detta senare slag av fakta måste vi emellertid i regel förneka. Grunden till domarens rätt att företaga syn i fråga om de omedelbart relevanta fakta *behöver* ej vara notorieteten, liksom ock grunden, till att part icke äger inför samma domstol söka genom bevis kullkasta riktigheten av domarens iakttagelse av vare sig omedelbart eller medelbart relevanta fakta, icke *kan* vara notorieteten.

Av vad vi nu anført følger, att begreppet notorietet icke bör utsträckas till de fakta, vilka domaren under en rättegång genom syn omedelbart iakttagit. Men samma skäl, som tala för att icke låta begreppet notorietet omfatta de fakta, vilka domaren först genom syn skulle göra notoriska, böra också föranleda därtill, att man icke såsom notoriska betraktar de fakta, som omedelbart tilldragit sig inför domstolen, de må nu vara omedelbart eller medelbart relevanta, och om vilka domstolen således aldrig svävat i någon ovisshet, som genom syn behöfde

¹ Vore detta förhållandet, skulle motsatsbevisningen gå ut på att domstolen icke *iakttagit* saken, såsom den uppgivit, men däremot icke därpå, att domstolens iakttagelse var oriktig d. v. s. icke överensstämmande med *verkligheten*.

skingras. Även i detta fall skulle notorieteten bliva notorietet blott för en viss instans, och den omständigheten, att domstolen icke får ignorera ens ett medelbart relevant faktum, som tilldragit sig omedelbart inför domstolen, behöver icke notorieteten¹ som förklaringsgrund, utan är en av förhållandena nödvändig-

¹ Med avseende på frågan, huru notorietetens begrepp bör angivas, förklarar Nya Lagberedningen med rätta (»Betänkande», II s. 17), att dess utredande tillhör vetenskapen, ej lagstiftningen. Beredningen antyder, såsom oss synes, på ett synnerligen träffande sätt dess begrepp genom att förklara notoriska sakförhållanden vara »sådana till det allmänna rätts- eller samhällslivets område hänförliga data eller fakta, vilka antagas vara så allmänt kända och erkända, att de utan vidare tagas för goda». Jfr LANGENBECK, »Ueber das Wesen der Notorietät und ihre Bedeutung im Civilprozeß» i BUSCHS Zeitschrift für deutschen Civilprozess IV s. 470—496. Med avseende på det å s. 493 om »Beweis der Offenkundigkeit» sagda, jfr GENSLER i Archiv für die civilistische Praxis I s. 261. WACH, »Vorträge», s. 156: »Offenkundig ist aber Alles, was der Richter kraft seines Amtes in seiner Eigenschaft als Volksgenosse, als Bürger des Ortes, als Gerichtsperson, als Richter in diesem Prozesse wissen soll.»

Ehuru vi ej hava tillfälle att positivt angiva vår egen uppfattning i fråga om notorietetens begrepp, kunna vi ej underlåta att rikta några ord mot en utredning av nämnda begrepp, som, undertecknad J. KR., finnes intagen i N. T. IV s. 343 f. under rubriken: »Vad behöver icke inför svensk domstol bevisas?» Författaren till nämnda uppsats angiver först notorietetens begrepp sålunda, att »såsom notoriskt kan icke något faktum antagas, vilket icke, dels till följd av sin vikt, dels med avseende på tiden, som förflutit sedan det tilldrog sig, kan anses bekant för varje förnuftig, ur barnåldern kommen person inom den ort, där domaren vistas». Alltså, så snart en enda förnuftig människa på orten saknar kännedom om ifrågavarande faktum, upphör dess notorietet. Detta är verkligen författarens åsikt, ty han fortsätter vid behandlingen av frågan, om notoriska fakta behöva bevisas: »Antingen bestrider motparten riktigheten av den uppgift, som en part åberopar såsom notorisk, eller ock medger motparten riktigheten av samma uppgift. I förra fallet *förlorar* uppgiften genast sin *notorietet*, emedan den är tvistig, i senare fallet antages uppgiften såsom riktig, icke därför att den är notorisk, utan därför att motparten medger densamma.» Vilka resultat! Att man brukar använda ånga såsom framdrivningsmedel, att Alexandria besköts av engelsmännen 1882, att Karl XV var en av vår nuvarande konungs företrädare, dessa fakta upphöra att vara notoriska, så snart en part i en rättegång bestrider dem, och de antagas såsom riktiga i en rättegång, icke därför att de äro notoriska, utan därför att part medgivit deras riktighet!

gjord inskränkning, ingalunda enstaka, i förhandlingsmetodens tillämpning i fråga om bevisningen.

Men om vi sålunda icke anse det lämpligt att såsom notoriska beteckna de fakta, omedelbart eller medelbart relevanta, som vare sig inför domstolen inträffat eller vilka domstolen genom särskild syn iakttagit, så kunna vi å andra sidan ej heller instämma i den meningen, som anser, att de omedelbart inför domstolen inträffade fakta stå så att säga före, utom bevisningen, under det att vid syn syneobjektet utgör själva bevismedlet och synen själv är detta bevismedels upptagande.¹

Till stöd för denna mening resonerar man på följande sätt. Bevisa är att övertyga sig om något, varom man förut varit oviss; då faktum omedelbart tilldragit sig inför domstolen, har domaren aldrig varit oviss, alltså kan intet bevis komma i fråga; då domaren däremot först genom syn måste iakttaga faktum i fråga, så har han förut varit oviss och blir genom iakttagelsen övertygad om dess existens; alltså faktum har bevisats.

Häremot skulle vi vara benägna att göra gällande, att även vid tilldragelser, som omedelbart inträffat inför domstolen, kan man, åtminstone i begreppet, skilja mellan domarens övertygelse och faktums egen existens, resp. domarens iakttagelse av det samma; även här, liksom då domaren genom syn förskaffar sig övertygelse om t. ex. en saks egenskap, finns objektivt sett ett ögonblick, då domaren är oviss, oaktat faktum redan inträffat, ehuru detta ovisshetstillstånd faktiskt döljer sig för såväl domarens som andra människors blickar. Anser man sig således kunna följa WACH, då han mot HEUSLER säger:² »Wenn HEUSLER sagt, Niemand werde mir glauben, dass ein Pferd Beweismittel dafür sei, dass es ein Grauschimmel und kein Rothschimmel sei, so wüsste ich nicht, welches andere Mittel für die ungewisse Behauptung, dass das Pferd diese Eigenschaft habe, ein besseres Mittel der Ueberzeugung wäre, als gerade das Pferd

¹ Jfr WACH, »Vorträge», s. 152 noten: »Aus dem Umstande etc.» Se ock WACH, »Der Entwurf einer deutschen Civilprozessordnung» i Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XIV s. 335.

² »Vorträge», s. 152 noten.

selbst. Indem ich von der Eigenschaft den unmittelbaren sinnlichen Eindruck geliefert bekomme, werde ich von derselben überzeugt», så synes det oss, som om man även måste gå in därpå, att ett inför domstol avgivet muntligt yttrande även är ett bevismedel för domstolens övertygelse om att nämnda yttrande avgivits. Ty den omständigheten, att i senare fallet bevismedlets existens endast är ögonblicklig, berövar detsamma naturligtvis ej dess egenskap av bevismedel, så snart det upptagits just i nämnda ögonblick. Detta, att en övergående tilldragelse är sitt eget bevismedel, då den av domstolen omedelbart iakttagits, vill man emellertid ej erkänna. Däri har man ock fullkomligt rätt, men icke därför att domstolen här aldrig varit oviss, utan därför att bevismedel och bevistema icke kunna vara samma sak. Detta gäller emellertid i icke mindre grad det fall, då bevisemat är ett faktum av mera stadigvarande beskaffenhet, än då det är en övergående händelse. Den svarta negern A. kan ej vara bevismedel för det faktum, att A. *är* svart. Där emot min iakttagelse, att ifrågavarande neger är svart, är ett bevismedel, som lämnar mig en god grund för min övertygelse, att negern verkligen *är* svart. På samma sätt, domstolens iakttagelse, att A. gav B. en örfil inför rätten, är ett medel, som lämnar domstolen en säker övertygelse om att så verkligen inträffat.

Är det anförda riktigt, följer därav, att det varit med rätta, som man upptagit syn (rättens iakttagelse i allmänhet) såsom ett bevismedel, samt att dess utmönstrande samt ersättande med »syneobjekt» icke är tillfredsställande, så snart fråga är om omedelbart relevanta fakta¹ d. v. s. just de fakta, som utgöra bevisemat. Syneobjekten försvinna emellertid icke härigenom ur bevismedlens klass, ty vad som av domstolen omedelbart iakttages är visserligen ej bevismedel för sin egen existens, men kan väl vara det för andra fakta. I detta fall blir således iakttagelsen icke blott själv bevismedel, utan den blir även upp-

¹ Med denna begränsning torde man icke kunna göra någon anmärkning mot VÉRINGS, »Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts», Mainz 1887, sid. 305, vid första påseende så egendomliga uttalande, att »die Personen als Beweismittel sind I) Der Richter selbst bei Aufnahme von Augenschein» etc.

tagande av ett *annat* bevismedel. Ett exempel. Ett barn kan ej sägas vara bevismedel för att barnet har ljust, rakt har, men väl kan barnet d. v. s. barnet sådant det är d. v. s. att barnet har ljust hår vara bevismedel (huru starkt lämna vi därhän) för att barnets föräldrar ej varit negrer; att domstolen däremot iakttagit, att barnet har ljust hår, kan förvisso anses såsom ett bevismedel, varigenom domstolen övertygas om att så är förhållandet.

Då nu själva domstolens iakttagelse av det omedelbart relevanta faktum först ger upphov till ett bevismedel i fråga om detsamma utan att föra in i rättegången ett redan förut existent bevismedel, är det klart, att de allmänna reglerna om domstolens ställning till bevismedlen, att domstolen icke får föra in sådana i rättegången, utan att part åberopar dem etc., icke i detta fall kunna ha tillämpning på domstolens egen iakttagelse såsom bevismedel, då ju här är fråga om ett bevismedel, vars uppkomst icke kan skiljas från domstolens upptagande av detsamma. Det är därför icke utan skäl, man under nämnda förutsättning givit detta bevismedel en undantagsställning, i det att man, även där domstolen i regel icke ex officio samlar bevismaterial, låter domstolen ex officio vara verksam för skapandet av nu nämnda bevismedel, och detta så mycket mer, som det har ett givet företräde framför varje annat bevis med avseende på sannolikheten av resultatets riktighet. Såsom vi i det föregående haft tillfälle påpeka, utgår nämligen varje bevis av ett faktum ifrån en iakttagelse av den, för vilken faktums existens skall bevisas.¹ Sker nu iakttagelsen av bevisemat självt, är resultatets riktighet blott beroende av att iakttagelsen är riktig. Iakttages däremot icke bevisemat självt utan ett annat faktum, är resultatets riktighet blott beroende först av iakttagelsens riktighet samt dessutom av något ytterligare, det må nu vara ett mer eller mindre. I förra fallet kunde man lämpligen kalla bevisningen direkt, i det senare indirekt.²

Klart är, att starka skäl kunna anses förefinnas för att, då

¹ Obs. emellertid vad å s. 52 sagts om ett obesträtt faktum.

² Enligt denna uppfattning skulle vittnesbevisning även bliva indirekt bevisning.

domstolen konstaterat tillvaron av ett direkt bevis för det ifrågasvarande faktum, låta domstolen sätta sig över erbjuden annan bevisning om att saken förhåller sig annorledes. För domstolen i fråga måste det nämligen betraktas hart när omöjligt att låta sin på grund av egen iakttagelse vunna övertygelse om factum probandum falla för sin på grund av egen iakttagelse vunna övertygelse om att ett bevismedel i motsatt riktning förefinnes.¹ Häri har man således grunden därtill, att mot riktigheten av vad domstolen vidhåller såsom sin iakttagelse icke får föras något bevis, liksom ock härav framgår denna regels begränsning därhän, att ett dylikt bevis är uteslutet blott inför den ifrågasvarande domstolen,² ej inför någon annan. Man behöver således för förklaringen av dessa saker icke taga sin tillflykt till en notorietet, som blott bleve en notorietet för en viss domstol. Och man har vidare undgått den fara, som består däri, att från notorieteten såsom utgångspunkt man, vad angår domarens rätt att ex officio vara verksam, icke kommer till någon skillnad mellan domarens iakttagelse av ett omedelbart och av ett medelbart relevant faktum. Bägge blevo ju genom iakttagelsen notoriska, och notorietet ägde ju domaren ex officio åvägabringa. Med den förklaring, vi sökt giva av saken, kan det aldrig komma i fråga att i detta avseende likställa iakttagelse av vad man kallat indicier med iakttagelse av factum probandum, lika litet som det förut (ehuru av andra skäl) fallit någon in att sammanblanda domstolens iakttagelse av factum probandum med dess åhörande av vittnesberättelsen. Domstolens iakttagelse av vittnesberättelsen är för oss icke principiellt skild från domstolens iakttagelse av s. k. indicier, under det att bägge däremot skilja sig från domstolens iakttagelse av factum probandum därigenom, att de förra iakttagelserna äro ett domstolens upptagande av annat bevis, den senare däremot är ett bevismedel, såsom sådant för domstolen existent.

Söka vi nu sammanfatta resultaten av den föregående ut-

¹ Domarens iakttagelse av ett medelbart relevant faktum är tydligen i *detta* avseende likställd med hans iakttagelse av factum probandum.

² Strängt taget borde här vara avgörande icke domstolens utan domarens identitet. Praktiska skäl tala dock för antagandet av den i texten framställda regeln.

redningen, så te sig dessa som följer. Bevisa är att anskaffa grunder för domstolens övertygelse om det omedelbart relevanta faktums existens. Bevismedel är antingen blott domstolens iakttagelse eller även andra fakta. I förra fallet är bevisningen direkt, i det senare indirekt. Bevisgrunden vid den direkta bevisningen är bevismedlet självt, tänkt såsom grund för domarens övertygelse. Vid den indirekta bevisningen är bevisgrunden domarens iakttagelse av ett annat faktum än factum probandum jämte sammanhanget mellan detta faktum och factum probandum. Saken kan naturligtvis vara mer eller mindre komplicerad, beroende på antalet och sammanhanget av de i beviskedjan ingående fakta.

Det resultat vartill domaren kommer genom bevisningen är, objektivt sett, alltid blott sannolikhet, enär all bevisning ytterst vilar på riktigheten av en av domstolen gjord iakttagelse, vilken ju kan missuppfatta verkligheten. Vid vilken sannolikhet får emellertid domaren stanna? Vi hava redan svarat härpå, i det vi sagt, att han skall ha vunnit en övertygelse om bevisstemats sanning, som är grundad på sådana skäl, att även andra personer kunna känna sig övertygade, en s. k. objektiv övertygelse. Med andra ord kunna vi uttrycka detta så, att domaren skall ha kommit till en så stor grad av sannolikhet i fråga om faktums existens, att en förständig man icke gärna kan antaga ett annat förhållande. Denna grad av sannolikhet har man till skillnad från sannolikhetsbevisning i inskränkt mening (då övervägande skäl tala för ett faktums existens) kallat juridisk eller historisk visshet.

Att hos domstolen skapa juridisk visshet i fråga om factum probandum är således bevisningens mål. Och denna juridiska visshets egen beskaffenhet nödvändiggör endast *en* regel med avseende på bevismedlens inbördes förhållande. Denna regel, som har sin grund i den juridiska bevisningens egenskap att alltid börja med en domstolens iakttagelse, bjuder, att inför en domstol bevis icke får föras angående oriktigheten av vad domstolen konstaterat sig hava iakttagit. I övrigt följa icke av den juridiska bevisningens egen natur med nödvändighet några regler, när domstolen har rätt och när den icke har rätt att anse

en sak bevisad, liksom icke heller något företrädde för det ena faktum sasom bevismedel framför det andra.

Huru ställer sig nu 1734 års lag till den i det föregående gjorda utredningen av den juridiska bevisningens natur?

I fråga om företrädet av domarens egen iakttagelse av det omtvistade framför varje annat bevismedel överensstämmer 1734 års lag fullkomligt med vad sakens natur fordrar. Ja nämnda lag går till och med så långt, att den underlåter att upptaga domstolens syn såsom ett särskilt bevismedel, utan betraktar denna såsom stående över och utom bevisningen. I de få fall då lagstiftaren fäst särskild uppmärksamhet vid detta sätt för sanningens utforskande inom civilprocessen, betraktar han detsamma såsom ett särskilt rättegångssätt. Liksom sakkunnigbeviset i regel utesluts från bevismedlen därför, att mål, där dylikt ansågs behöfligt, hänvisats till specialdomstolar, vilkas ledamöter ägde den erforderliga sakkännenheten, betraktades de domstolar, vilka upptogo syn, i viss mån såsom ett särskilt slag av domstolar. Så t. ex. talas i 14 kap. Jordabalken om att rätten i tvister om ägor och bolstada skäl kunde döma till häradssyn, vilken visserligen hölls av häradsrätten själv, men dess egenskap av självständig domstol fick sitt uttryck i att synedommen skulle vid synen, ej på tinget, avsägas. Vad angår missnöje över domen, så var föreskrivet, att detsamma på vanligt sätt skulle fullföljas genom vad till lagmansrätten, vilken, om så nödigt prövades, dömde till lagmanssyn, varvid nästa uthärads nämnd skulle biträda lagmannen. Något vad mot dess dom var ej tillåtet, utan enda utvägen var att söka konungen om riddaresyn.¹ Och i 25 kap. 10 § Rättegångsbalken stadgades, att konungen ägde förordna en av sina och rikets råd etc. »att syna det, som tvist är om, och dom där över fälla». Av dessa bestämmelser synes oss otvetydigt framgå, att vad synerätt förklarar sig hava iakttagit icke kunde vid samma rätt motsatsbevisas, ja att det inför högre instans endast genom en av den högre rätten gjord iakttagelse kunde vederläggas. Då riktigheten av häradssynens iakttagelse kunde ifrågasättas, synes oss näm-

¹ Huru detta numera är ändrat, se Kungl. Förordningen den 18 april 1849.

5—195273. Trygger, Om skriftliga bevis.

ligen lagmansrätten ha måst pröva ny syn nödig, och riddare-*synen* var det enda medlet, varigenom lagmanssynens oriktighet kunde ådagaläggas. Dessa syner avsågo ock närmast omedelbart relevanta fakta¹ i den förevarande rättegången. Domstolens iakttagelse av medelbart relevanta fakta hade lagstiftaren så mycket mindre anledning att särskilt rikta sin uppmärksamhet på, som indiciebeviset av 1734 års lag tillmättes en så underordnad betydelse. Att emellertid ingen av domstolen gjord iakttagelse inför den domstolen kunde vederläggas, torde framgå av stadgandet i 14 kap. 6 § Rättegångsbalken: »Vad som vid muntligt förhör uppskrives, det skall för parterna uppläsas, om de det äska, eller rätten det nödigt finner: kännas då parten ej vid det, som skrivet är, have rätten vitsord att säga, vad talat och svarat var.» Detta lagrum avser visserligen endast ett speciellt fall, men 1734 års lagstiftare älskade icke att uppställa allmänna satsar, utan dessa måste framdragas ur lagens bestämmelser för konkreta fall, och i förevarande fråga torde man utan tvekan kunna anse nämnda stadgande såsom ett uttryck för en av lagstiftaren hyllad allmän grundsats. Två möjliga invändningar mot berättigandet av ett dylikt förfarande anse vi oss dock böra bemöta. Den ena kunde hämtas ur bestämmelsen i 17 kap. 28 § Rättegångsbalken, att domaren »bör vittnens utsagor *noga* uppskriva låta och i parternas åhöro uppläsa, att *vittnen* må sig förklara, om deras *ord* och *mening rätteligen fattade* äro, och varde sådant *därhos* infört. I uppmaningen till domaren att *noga* uppteckna vittnesmålen samt i vittnenas rätt att förklara, om deras ord *riktigt* uppfattats, kunde man vilja se ett underkännande av domstolens iakttagelse, där denna ej av vittnena godkänts. En dylik slutsats är emellertid oberättigad. Uppmaningen till en noggrann uppteckning förklaras tillräckligt av det stränga straff, som enligt 17: 18 Rättegångsbalken träffade den, som bar falskt vittnesbörd, liksom ock av straffbestämmelsen i § 27 för den, som »*förtiger* något, som han vet till upplysning tjäna och *det ej genast på domarens varning upptäcker*». Och vad angår föreskriften, att vittnesberättelsen skall

¹ Därmed voro i förevarande fall likställda fakta, som lämnade en præsumtio iuris för det omedelbart relevanta faktum.

i parternas närvaro uppläsas, för att vittnet må förklara sig om dess ord och mening rätteligen fattats, kan den hava sin grund dels däri, att man velat bereda parterna tillfälle att tydligare, än då vittnesmålet avlagts, höra detsamma, för att bli i stånd att utöva den dem i § 21 givna rätt att genom domaren ställa frågor till vittnet, dels ock däri, att vittnet måtte erhålla möjlighet att göra de rättelser och kompletteringar av vittnesmålet, som vittnet, då det hör detsamma i dess sammanhang, först blir i stånd att göra. Att detta senare varit meningen med stadgandet torde otvetydigt framgå av §:s sista punkt: »Påminner sig vittnet *sedan* något mera, förr än i saken dömt är; give det strax rätten tillkänna.» Den andra invändningen har ett förment stöd i 20 kap. 2 § Rättegångsbalken, varest det heter: »Ej må förlikning stadfästas, som *muntligen* inför domaren skett, innan parterna *vidkännas*, att den i domboken rätteligen inskriven är.» Man skulle med anledning av detta stadgande kunna säga, att lagstiftaren genom detsamma visat, att han hysar misstro till vad domstolen i protokollet antecknat såsom sin iakttagelse, ty varför annars förbjuda stadfästelse av förlikningen, innan parterna konstaterat, att domarens iakttagelse är riktig? Vore detta resonemang träffande, skulle således det vitsord, som tillkommer domarens iakttagelse, icke gälla i mera viktiga frågor. På denna anmärkning vilja vi emellertid svara, dels att grunden till bestämmelsen mycket väl kan vara den, att lagstiftaren velat vara fullt förvissad, att *parterna* verkligen hade *allvar* med den i förlikningen gjorda dispositionen i fråga om deras mellanvarande,¹ dels ock, att det låg så mycket större vikt på, att förlikningen av domstolen riktigt intogs i domboken, som enligt 4 kap. 14 § Utsökningsbalken förlikning, som inför domaren skett, ägde samma rätt till utmätning, som *annan klar förskrivning*. Genom parternas vidkännande av den i domboken intagna muntliga förlikningen antog denna i viss mån karaktären av en parternas förskrivning. Numera, sedan jämlikt bestämmelsen i § 45 Utsökningslagen av domstol fastställd

¹ Denna synpunkt leder till att förklara en muntligen inför domstol ingången förlikning såsom ogiltig, om den stadfästs, utan att protokollet av parterna godkänts. Jfr rättsfall i N. T. VII s. 312.

förlikning, oberoende av om fastställelsebeslutet vunnit laga kraft eller ej, verkställes i den ordning, som för laga kraft ägande dom är stadgad, ligger det ännu större vikt däruppå, att justering av den i protokollet införda förlikningen sker, innan den av rätten stadfästes. Annars skulle partens ställning bli i viss mån lika ofördelaktig, som om domstolens uppfattning av den muntliga förlikningen icke kunde av part jävas. Detta leder oss in på frågan, huru kraftigt det vitsord är, som vi på grund av stadgandet i 14 kap. 6 § Rättegångsbalken i allmänhet tillerkänna en av domstol gjord iakttagelse. Lagrummets lydelse anger tydligen, att mot riktigheten av rättens iakttagelse andra bevis icke få föras inför samma domstol. Men man har gått längre och velat göra gällande, att över huvud taget någon bevisning icke får förebringas mot vad domstols protokoll förklarar hava inträffat.¹ Icke ens vid annan domstol skulle således mot den av rätten gjorda iakttagelsen bevis få föras. Oavsett att, såsom BROOMÉ² påpekat, ifrågavarande lagrumms lydelse ingalunda bjuder en dylik tolkning, kan mot den samma anmärkas, att de bestämmelser, 1734 års lag hade med avseende på syn, otvetydigt ådagalägga, att lagstiftaren var långt ifrån att vilja tilltro en domstols iakttagelse en sådan ofelbarhet, att bevis mot dess riktighet icke skulle få föras. Och den begränsning med avseende på detta bevis, som vi trodde gälla i fråga om synen, att den högre instansen endast efter egen syn kunde frångå den lägre instansens konstaterade fakta, har sin naturliga förklaringsgrund däri, att med avseende på de ifrågavarande faktiska omständigheterna ny iakttagelse var möjlig. Där åter, såsom fallet är vid en inför den lägre instansen inträffad, övergående tilldragelse t. ex. en parts yttrande, ett vittnes utsaga, ny iakttagelse av det omtvistade faktum *icke* är möjlig, faller tydligen ovannämnda inskränkning; och för den,

¹ Denna mening synes i själva verket vara omfattad av LUNDBLAD, »Bevisning inför rätta», s. 157 och SCHREVELIUS, »Civilprocess», s. 317.

² »Allmänna civilprocessen», s. 200—201. Mot BROOMÉ kan dock anmärkas, att han alltför mycket förringar betydelsen av bestämmelsen i 14: 6 Rättegångsbalken; bevis i motsatt riktning får visserligen föras, men *ej inför* den domstol, som gjort den protokollerade iakttagelsen.

som bestrider riktigheten av underrättens iakttagelse, står det öppet att med alla i lag erkända bevismedel ådagalägga, att det ifrågavarande faktum förhållit sig annorledes.

Den nu gjorda utredningen torde till fullo hava ådagalagt riktigheten av vårt påstående, att 1734 års lag med avseende på betydelsen av en av domstol gjord iakttagelse i förhållande till övriga bevismedel står på en ståndpunkt, som reellt, om än icke formellt, till fullo motsvarar vad sakens natur bjuder. Men härmed är ock överensstämmelsen slut. Fröet härtill kunde man redan skönja vid synebeviset. Synen ansågs ju ej såsom ett särskilt bevismedel utan såsom ett särskilt rättegångssätt. Domstolens egen iakttagelse av factum probandum uppfattades icke såsom ett medel för domstolens övertygelse om detta faktums existens, utan såsom självständigt ändamål. Bevisningens uppgift blev därför icke att övertyga domaren utan att skaffa honom surrogat för den egna iakttagelsen. Vittnesbeviset måste under sådana förhållanden komma att intaga huvudsätet ibland bevismedlen. Vittnena hade ju själva iakttagit factum probandum och de, så att säga, gävo domaren sin iakttagelse. Vilket lämpligare ersättningsmedel för den egna iakttagelsen än andra personers iakttagelse kunde man väl tänka sig? Denna synpunkt gav ock det egna erkännandet och i viss mån partseden deras framstående ställning. Part hade i regel personlig kännedom om det omtvistade faktum; ett erkännande eller en fyllnadsed återgav ofta hans egen iakttagelse, liksom en underlåten värjemålsed antydde, att han ej med gott samvete kunde förneka sin kännedom om saken. Övriga bevisdata (med undantag av skriftliga bevis, varom i det följande), vilka icke bragte till domarens kännedom någons iakttagelse, sammanfördes till en grupp under benämningen »bindande omständigheter och liknelser» eller, för att använda en mera internationell term, indicier.

Denna lagstiftarens principiella ståndpunkt¹ i fråga om bevisningen i allmänhet måste bliva och blev även av stor betydelse,

¹ Att lagstiftaren skulle ställa sig på denna ståndpunkt, är lätt förklarligt av historiska skäl.

då han genomförde den av honom hyllade legala bevisteorien.¹ Indicierna, de måtte vara huru bindande som helst, kunde aldrig utgöra fullt bevis; bristandet åt värjemålseden blev det supplement, man fick sträva efter att ernå. Inom de övriga bevismedlen hade man att söka det fulla beviset. Eget erkännande inför rätta eller tvenne sammanstämmande vittnen om själva saken blevo den ersättning för den egna iakttagelsen, varmed domaren *måste* låta sig nöja. Ett vittne däremot om själva målet fick ej räknas för mer än halvt bevis. För att emellertid dessa värden skulle tillmätas parts och vittnens utsagor, måste vissa villkor vara uppfyllda. Därest så ej var förhållandet, tillgrep lagstiftaren tvenne utvägar. Den ena, att han uteslöt bevismedlet från varje beaktande, den andra, att han övergav den legala teorien samt tillstodde domaren fri bevisprövning.

Bland de s. k. indicierna ansåg man sig icke kunna utesluta något, liksom man ej heller kunde åsätta något särskilt indicium ett visst värde, utan man nöjde sig med att göra den ovannämnda föreskriften, att på blott indicier ingen kunde fällas, utan kunde värjemålsed i så fall ådömas. Med denna begränsning gav man domaren fri bevisprövning;² han fick efter bästa övertygelse avgöra, om den förebragta indiciebevisningen utgjorde halvt, mindre än halvt eller mer än halvt bevis,³ beroende på huru bindande omständigheterna och liknelserna voro. Inom vittnesbeviset åter användes bägge utvägarna. De jäviga⁴ vittnena uteslötos helt och hållet, utom i två fall. Det ena är det i 17 kap. 9 § Rättegångsbalken nämnda; det andra stadgades i

¹ Med avseende på skillnaden mellan legal bevisteori och fri bevisprövning, se AFZELIUS, »Grunddragen», s. 79 f.

² Jfr NAUMANN i N. T. VIII s. 686 f.

³ Det synes oss icke fullt korrekt att återgiva innehållet i 17 kap. 30 § Rättegångsbalken därmed, att »bindande omständigheter och liknelser äro icke mer än halvt bevis». Observera dels skillnaden mellan lydelsen av § 29 och § 30, dels ock § 32. Ingen anledning finns till det antagandet, att lagstiftaren skulle ansett indicier otillräckliga för att ställa en anklagad under framtiden.

⁴ Hava parterna med domarens medgivande uppgivit jäv, behandlas vittnet såsom ojävigt. Jfr 17 kap. 14 § Rättegångsbalken.

8 § samma kap., sådant detta lagrum ursprungligen lydde. Den tanke, som genomgår sistnämnda bestämmelse, synes oss fullt riktig i en rättegångsordning, vilken, i likhet med den svenska, icke är helt och hållet behärskad av legal bevisteori. Ett jävåt vittne har inför domstolen avlagt vittnesmål; då jävet sedan befinnes lagligt, är därmed dess utsaga ingalunda utplånad. Då man således ej kunde göra det skedda ogjort, fick domaren fri prövningsrätt, naturligtvis sålunda begränsad, att han icke kunde uppskatta en dylik utsaga till samma värde som ett ojävigt vittnes berättelse. Genom Kungl. Kungörelsen den 7 januari 1830 har emellertid denna riktiga ståndpunkt lämnats. Lagrummet giver emellertid även nu domaren rätt till en fri bevisprövning, men under det att enligt 8 §:s ursprungliga lydelse denna prövningsrätt tillkom honom i fråga om ett bevismedel, som enligt lagens stadganden i övrigt skulle hava helt och hållet förkastats, gäller denna rätt numera ett fall, då domaren, därest bemälda stadgande ej funnits, skulle hava haft framför sig ett vittnesmål av beskaffenhet, att det legala värdet på detsamma varit tillämpligt. Lagen utgår nämligen därifrån, att var och en är ojävig, om vilken det ej till fullo styrkes, att jäv mot honom förefinnes;¹ enligt förevarande lagrum åter äger domaren pröva, vilket bevisvärde skall tillkomma vittnets utsaga, då jävet visserligen ej kan med fullt bevis fästas, men skäl eller omständigheter företes, som det jäv styrka. Denna lösning av frågan har utan tvivel till en del haft sin grund i lagrummets äldre lydelse. Att gå så långt, som enligt 1734 års lag gällde, synes man hava ansett strida för mycket mot den legala teorien, men å andra sidan ville man giva domaren friare händer, än som skulle hava blivit fallet, därest man blott givit honom rätt att fritt pröva beviset om jävet men med avseende på själva vittnesmålet, därest vittnet efter denna prövning befanns ojävigt, bundit honom vid det legala värdet på detsamma.

Fri bevisprövning i fråga om vittnesutsagor äger domaren

¹ Detta framgick tydligen av 17 kap. 8 § Rättegångsbalken i dess ursprungliga lydelse, men är ock klart därav, att man ansett det nödigt att i § 7 från vittnesmål utesluta »okänd och främmande, innan man om dess frejd kunnig varder».

dessutom enligt § 25, under det att skriftligt vittnesbörd, som ej beedigats eller dessförutan av parterna godkännes, liksom ock ett ostadigt vittnesmål saknar varje vitsord. Detsamma gäller ock i regel om s. k. testes ex auditu, d. v. s. tredje mans ut-saga utom rätten, som genom andras vittnesmål blir bragt till domstolens kännedom, saknar varje bevisvärde i fråga om det faktum, som tredje man förklarar sig hava iakttagit. Just i detta förkastande av det obeedigade skriftliga vittnesbördet samt av vittnen ex auditu visar sig den praktiska olägenheten av lagstiftarens oriktiga uppfattning av indiciernas förhållande till övriga bevismedel. Då han för sig behandlade de bevismedel, som återgävo en iakttagelse av factum probandum, måste han utesluta de nu nämnda från beaktande, ty en bestämd uppskattning av deras värde var på förhand omöjlig, och deras bevisvärde var för övrigt i det hela alltför obetydligt, för att de, isolerade, skulle ha kunnat lämnas åt domarens fria bevisprövning. Endast i ett visst sammanhang kunde de få någon betydelse, och det var i sammanhang med indicier, som möjligen kunde förekomma, men från att bedöma dem i samband med dessa hindrades man av deras, enligt lagstiftarens mening, fullkomligt olikartade beskaffenhet med indicierna. Endast i de fall, då omständigheterna i själva verket nästan uteslöt möjligheten av varje annat bevis än indiciebeviset, bekvämade man sig till att taga dem med i räkningen. Så, vad testes ex auditu angick, i det i § 24 omnämnda fall, »då upplysning söktes i det, som för lång tid skett var». Skriftliga vittnesbörd torde ock i dylika fall hava vunnit ett visst beaktande, ehuru det ej finnes uttryckligen utsagt. § 1 synes därvid ha öppnat den väg, som § 26 avspärrat. Så långt som till ett öppet erkännande av dessa bevismedel såsom indicier förbjöd emellertid den antagna ståndpunkten lagstiftaren att gå; det vunna resultatet blev därför haltande och otillfredsställande, under det att insikten i deras fullkomligt enahanda natur med de s. k. indicierna hade kunnat leda till deras inordnande under § 30, varest de hade sin av sakens natur bestämda plats. Och någon fara hade ingalunda därav uppstått, för att domarens fria bevisprövning skulle komma att i starkare grad, än lagstiftaren avsett, inkräkta på det om-

råde, han velat giva den legala bevisteorien, ty kunde domaren få pröva värdet av det svagaste s. k. indicium och avgöra, när detta i samband med andra indicier utgjorde halvt eller mer än halvt bevis för factum probandum, varför skulle man förneka honom prövningsrätt beträffande betydelsen av ett skriftligt vittnesbörd eller en av vittnen återgiven utsaga av tredje man eller part¹ utom rätten?

Sådan vi nu framställt henne, var, enligt vår mening, den teoretiska uppfattning, som låg till grund för 1734 års lags stadganden angående bevisningen. Det hela, behärskat av en oriktig åsikt om indiciebevisets förhållande till övriga bevismedel, och fri bevisprövning i viss mån löpande jämsides med legal bevis-teori. Denna senare dualism måste sluta med strid; den ena teorien måste i praxis söka göra sig gällande på den andras bekostnad och segern tillhöra den, som bäst motsvarade sakens natur och praktikens behov. Så skedde även. Och den riktiga uppfattningen av indiciebevisets fulla jämnogodhet med övriga bevismedel har avgjort striden till förmån för den fria bevisprövningen. Ty, såsom vi förut nämnt, indiciebeviset kan rimligtvis endast på det sätt underkastas den legala teorien, att man vägrar detsamma erkännande av fullt bevis. En dylik vägran är emellertid endast möjlig, så länge man anser bevisningens ändamål vara att giva domaren ett surrogat för den egna iakttagelsen, men ej då man fattar varje bevisnings mål vara att giva domaren en objektiv övertygelse om facti probandi sanning. När en dylik övertygelse genom ett fört indiciebevis kan anses vara för handen, är omöjligt att på förhand bestämma; ett uppräknande av vissa indicier, vid vilkas tillvaro factum probandum finge presumeras, är så mycket otillräckligare, som den starkaste indiciebevisningen oftast består av en hel knippa av factum pro-

¹ Det föregående resonemanget har sin fulla tillämpning även på parts muntliga erkännande av ett faktum utom rätten, *betraktat såsom bevismedel*. Detsamma fränkännes visserligen ej uttryckligen bevisvärde, men samma skäl, som gjorde, att lagstiftaren ej ansåg tredje mans utsaga utom rätten för ett indicium, *måste* ock hindra honom från att såsom sådant betrakta ett erkännande av nu angivna beskaffenhet. Då dylikt erkännande således ej finns upptaget bland bevismedlen, måste vi anse, att lagstiftaren icke velat tillmätta detsamma något som helst bevisvärde.

bandum närmare eller fjärmare liggande indicier. Indiciebeviset måste således, utan begränsning, överlämnas åt den fria bevisprövningen. Men samma orsak, som sålunda ryckte indiciebeviset undan den legala teorien, tillförde detsamma även en kontingent av bevisdata, som förut helt och hållet fränkants varje bevisvärde. Parts erkännande utom rätten, tredje mans muntliga utsaga, genom vittnen kommen till domstolens kännedom, eller skriftligt vittnesbörd, alla dessa bevismedel, förut av lagstiftaren förkastade, måste framstå för en riktigare uppfattning såsom verkliga indicier och såsom sådana bliva underkastade domarens fria bedömande. Genom denna omvälvning, som praxis så småningom åvägabragt,¹ har följden blivit den, att av den legala teorien blott kvarstå vittnesjäven samt domstolens bundenhet i fråga om partseden och vid tvenne tydliga ojäviga vittnens sammanstämmande utsaga om factum probandum, varmed det i § 36 nämnda erkännande, betraktat såsom bevismedel, är likställt. Att åter domaren ej får anse ett vittnes utsaga om själva målet för mer än halvt bevis saknar varje betydelse, då domaren har fri prövningsrätt beträffande indiciebeviset; *någon* »bindande omständighet eller liknelse» torde väl i de flesta fall förefinnas jämte vittnesutsagan.

Den fria bevisprövningen har sålunda i praxis inkräktat på den legala teoriens område i samma mån, som detta område av lagstiftaren på grund av hans oriktiga uppfattning av bevisningen och dess ändamål i allmänhet fått en utsträckning, som det annars ej borde haft. Den legala teoriens herravälde sträcker sig numera endast så långt, som 1734 års lagstiftare, därest han riktigt fattat bevisningens natur, kunde anses hava avsett.

Denna i praxis skedda utveckling till allt mindre och mindre bundenhet för domaren vid bevisprövningen har emellertid visat sig betydelsefull även i ett annat avseende, nämligen däri, att motsatsbeviset i vissa fall ersatts utav motbeviset. För att förstå detta, måste vi göra en liten exkurs.

¹ Att man i praxis skulle tveka att även i civilmål anse fullt bevis kunna åstadkommas genom blott indicier, hålla vi ej troligt, sedan Högsta Domstolen på indiciebevisning fällt en person för mord till livstids straffarbete samt förlust av medborgerligt förtroende för alltid. Se rättsfall i N. T. VIII s. 636.

Huvudbevis är ett bevis, varigenom bevistemats sanning ådagalägges. Motbevis åter är ett bevis, varigenom man avser att rubba domstolens genom huvudbeviset vunna övertygelse. Motbeviset har lyckats, så snart denna övertygelse rubbats, d. v. s. när den historiska vissheten bragts ner till en lägre grad av sannolikhet. Genom motbeviset varken vill eller behöver man övertyga domaren om den genom huvudbeviset vunna övertygelsens oriktighet. Gör man åter detta, så har man fört ett huvudbevis med bevistemats motsats såsom bevistema, och detta huvudbevis kallas i förhållande till det förut förda huvudbeviset för motsatsbevis.¹ Nu är det klart, att man i det fall, att huvud-

¹ En annan terminologi än den här använda är ock bruklig. Så säger GLASER, »Handbuch des Strafprozesses», Leipzig 1883, s. 363: »Was die Richtung der Beweisführung betrifft, letztere als Thätigkeit einer bestimmten Person, namentlich einer Partei gedacht, so kann darauf hingearbeitet werden, die Wahrheit oder die Unwahrheit einer bestimmten Thatsache, gleichviel ob diese eine positive oder negative ist, festzustellen. In diesem Sinne spricht man von Beweis und Gegenbeweis. Sofern aber eine Entscheidung davon abhängt, dass eine bestimmte Thatsache bewiesen ist, genügt es für die Gegenbestrebung, dieselbe unwahrscheinlich oder auch nur zweifelhaft gemacht zu haben. In diesem Sinne stellt man dem *Hauptbeweis* den *Gegenbeweis* gegenüber; der letztere ist entweder ein blosser *Entkräftungsbeweis* (Bekämpfung oder Abschwächung der Erfolge des Hauptbeweises) oder ein *eigentlicher, selbständiger Gegenbeweis*, die selbständige Beweisführung für die Unwahrheit der den Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Thatsachen. Sehr häufig besteht der selbständige Gegenbeweis in der Darthnung einer Thatsache deren Annahme mit der Wahrheit der den Gegenstand des Hauptbeweises bildenden unvereinbar ist (*indirecter Gegenbeweis*, Hauptbeispiel: Alibibeweis).» Jfr även FITTING, »Ueber den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis», Erlangen 1853, s. 33--83, ZIMMERMANN, »Zur Lehre vom Gegenbeweise» i Archiv f. die civil. Praxis N. F. VI s. 214 f., BOLGIANO, »Zur Kritik des Entwurfs der deutschen Civilprozessordnung» i sistnämnda tidskrift N. F. IX s. 205 f. Med avseende på den äldre uppfattningen av motbevis, se även MITTERMAIER, »Beiträge zur Lehre vom Gegenbeweise» i anförda tidskrift VI s. 342 f. Att sålunda t. ex. svarandens bevis för invändningar, varigenom den av kändens påstådda rätten upphävdes, ansågs vara ett motbevis, hade sin grund i den romerska rättens formula in ius concepta t. ex. »si paret rem actoris ex iure Quiritium esse» (v. BETHMANN-HOLLWEG, »Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung», Bonn 1865, II s. 384 f.), ty då kändens bevisning ställdes på *rättens* närvarande *existens*, blev tydligen svarandens ådagaläggande, att rätten *icke* existerade, en mot(sats)bevisning.

beviset icke med säkerhet givit domaren någon övertygelse om bevistemats sanning, utan domaren med anledning av de i lagen givna föreskrifterna *måst* på grund av den bevisning, som förebragts, anse huvudbeviset lyckligen fört, icke kan tala om att föra ett motbevis i avsikt att bringa ned en övertygelse hos domaren, som i det speciella fallet icke fanns. Icke heller är det tänkbart, att lagstiftaren skulle, för den händelse bevismedel, som talade emot bevistemats sanning, i ett visst fall förefunnnes, hava velat frigöra domaren ifrån den legala teoriens band och tillstödja honom fri bevisprövning, ty detta skulle hava varit att *helt och hållet* befria domaren ifrån lagens tvång att i visst fall anse något bevisat, då ju i nästan varje fall av honom skulle kunna åberopas ett eller annat indicium, som ginge i motsatt riktning mot huvudbeviset. Däremot vore det möjligt, att lagstiftaren visserligen ej gäve domaren fri bevisprövning, då motbevis var tillstädes, men å andra sidan bjöd honom att anse huvudbeviset rubbat, därest efter avdrag av motbevisets legala bevisvärde från huvudbevisets ett fullt legalt bevis icke återstode. Ett dylikt sätt att gå tillväga fordrade emellertid ett legalt mått på varje bevisdatum, något som är omöjligt, och skulle dessutom leda till resultat, som stode i strid med den legala teoriens egen utgångspunkt. Med denna synes oss nämligen bäst överensstämman, att lagen, såsom regel, anser *ett* legalt fullt bevis lika gott som *ett annat*, samt att ett legalt *fullt* bevis aldrig faller för ett bevis, som *icke* är fullt. Alltså motbevis kan icke komma i fråga, då huvudbeviset är ett legalt fullt bevis.

Denna riktiga ståndpunkt intogs ock av 1734 års lag, såsom torde¹ framgå av 17 kap. 20 § Rättegångsbalken. Lagstiftaren utgår i nämnda lagrum därifrån, att bägge parterna fört fullt vittnesbevis, den ena för bevistemats sanning, den

Nämnda lydelse på den romerska formulan tro vi ock hava givit upphov till den enligt vår mening (se s. 32 f.) oriktiga åsikten, att den, som yrkar en ändring i det faktiskt bestående, strängt taget borde bevisa icke blott sitt anspråks uppkomst utan även att det ej upphört, då yrkandet göres. Redan de romerska in factum actiones hade, synes det oss, bort föranleda därtill, att man ej fäste alltför stor vikt vid ordalagen i den in ius ställda formulan.

¹ Jfr emellertid NAUMANN i N. T. XIV s. 326 f.

andra för dess osanning. Två i legalt avseende lyckade bevis stå således emot varandra, och i denna situation, men först i denna, berättigar lagstiftaren domaren att pröva, vilkendera sidans bevis verkligen in concreto är tillförlitligast och mest övertygande. Således även om den icke-bevisskyldiges vittnen endast vore helt obetydligt mindre övertygande i sina utsagor än den bevisskyldiges, ägde denne vitsord, d. v. s. hans bevis ansågs lyckligen fört. Och om en dylik prövning icke kunde giva utslaget, utan »å båda sidor äro jämn gode bevis och vittnen, då gällan de, som svaranden värja, förty att domaren äger hellre fria än fälla». Vem lagstiftaren med uttrycket »svaranden» avsett, tilltro vi oss ej att kunna avgöra. De lege ferenda förstå vi därmed den icke-bevisskyldige, och möjligen var detta även lagstiftarens mening. Något hinder möter dock ej emot att anse »svaranden» oberoende av frågan om bevisskyldigheten, beteckna den i rättegången faktiskt instämde, mot vilken ett yrkande gjordes. Åtminstone de, vilka anse värjemålsed kunna åläggas svaranden även med avseende på en punkt, för vilken han är bevisskyldig, kunna svårligen finna någon egendomlighet däruti, att lagen vid fullt legalt bevis för och emot ett faktums existens låter, därest bevisen även in concreto äro jämn goda, dens bevis gälla, mot vilken angreppet i den ifrågavarande rättegången är riktat.

Så långt den legala teorien nådde, gällde således motsatsbeviset,¹ och plats saknades² för motbeviset, men i samma mån domarens fria prövning fick avgöra, när en sak kunde anses bevisad, trädde motbeviset fram och intog sin tillhöriga plats.³

¹ Sålunda om på grund av lagens stadgande en viss sak skall presumeras, rubbas denna presumption endast genom ett motsatsbevis. Presumptionen innebär ju, att saken skall gälla såsom bevisad, d. v. s. domaren behöver icke vara övertygad om dess existens för att taga den för god; ett motbevis är därför här otänkbart, ty en måttstock för dess behövliga styrka saknas. Huru skall man kunna rubba en övertygelse, som kanske ej är tillstädes? En annan sak är, att lagstiftaren i vissa fall kan förklara ett sannolikhetsbevis av motsatsen tillräckligt, men även det är ett huvudbevis, intet motbevis.

² Detta gällde även i det fall, då partens bevisning gick ut på att visa, att de av motparten använda bevismedlen icke hade den i lagen föreskrivna beskaffenheten.

³ Det är emellertid endast i abstraktionen, som man i samma instans kan skilja motbeviset från det lyckligen förda huvudbeviset, ty där den fria

1734 års lag kände därför även motbeviset, och då nu praxis allt mer och mer begränsade den legala teoriens maktområde, blev härav en följd, att motbeviset fick en allt större betydelse. Ja, man torde ha kommit ända därhän, att man förlorat insikten i motsatsbevisets nödvändiga samband med det legalt fullständiga huvudbeviset samt motbevisets uteslutande tillämplighet, då frågan om den förda bevisningens resultat är överlämnad åt domarens fria prövning. Detta förhållande torde vara orsaken till att man ansett, att, om tvenne vittnen intygat ett faktums existens och ett vittne dess icke-existens, man då ej varit av 29 §:s bestämmelse bunden att anse saken bevisad. Vidare är däri ock att söka förklaringsgrunden därtill, att man kunnat påstå, att ett erkännande av beskaffenhet, som i § 36 säges, förlorar sitt värde av fullt bevis, så snart omständigheter förebringas, som rubba dess *tillförlitlighet*, eller att en presumption skiljer sig från ett överflyttande av bevisskyldigheten i fråga om det presumerade därigenom, att den, mot vilken presumptionen gäller, aldrig behöver föra ett lika starkt bevis om presumptionens oriktighet, som om han i första hand varit bevis-skyldig för det presumerades icke-existens, utan att det är tillräckligt, att han för ett motbevis. Är det riktigt, att en s. k. presumption kan hävas genom ett motbevis, så är den ingen presumption utan ett indicium, underkastat domarens fria prövning, och kan det bevis, som åstadkommes genom två ojäviga vittnens sammanstämmande utsaga eller genom ett inför rätten avgivet erkännande, sådant § 36 föreskriver, genom ett motbevis rubbas, hava dessa bevismedel i och med detsamma undandragits den legala teoriens tvångströja. Påståendet, att en presumption i förevarande fall är tillstädes, samt lagens föreskrift, att två vittnen måste av domaren anses såsom fullt bevis och att känd sak är så god som vittnad, bliva då knappt mer än erinringar till domaren att icke under nämnda förhållanden utan skäl vägra att taga facti probandi existens för god, men giva ingen som helst ledning för avgörandet av, när han kan anses

bevisprövningen gäller, avgör domaren, först sedan bevisen såväl för som emot blivit förda, om saken kan anses bevisad eller ej.

berättigad att vägra antaga ifrågavarande faktums existens vara bevisad.

Denna av oss påpekade skillnad mellan motsatsbevisets och motbevisets tillämplighet är ingalunda en oväsentlig sak, som blott har sin betydelse, då det gäller att bestämma, i vad mån teori eller praxis kan anses hava avvikit från 1734 års lagstiftares ursprungliga mening, utan nämnda skillnad bibehåller alltjämt sin stora betydelse, så länge lagstiftningen i *något fall* bestämmer, att domaren måste taga ett fört bevis för gott eller presumera ett faktum. Där lagen ej föreskrivit, att bevis i motsatt riktning icke alls får beaktas, är domarens ställning i dylikt fall därför den, att han måste anse saken bevisad, till dess motsatsen bevisas.¹ Och om den fria bevisprövningen gäller beträffande detta motsatsbevis, d. v. s. när motsatsbeviset anses fört, först då domaren är övertygad därom, att vad han enligt lagens föreskrift förut måst anse för sant är osant, så är det en självklar sak, vilken ock står i överensstämmelse med grunderna för 17 kap. 20 § Rättegångsbalken, att motsatsbeviset blir det, som framför huvudbeviset får giltighet.

Sedan vi sålunda visat, huru 1734 års lag betraktade den juridiska bevisningen, i vad mån lagstiftaren omfattade den legala teorien och vilket utrymme han gav den fria bevisprövningen, samt hurusom praxis så småningom utvecklat sig i riktning mot den senare, vars konsekvenser den även tillämpat på det område, som ostridigt behärskas av den legala teorien, vända vi oss nu till ett bevismedel, vilket vi hittills sparat, nämligen *skriftliga bevis*. Detta bevismedel har lagstiftaren icke underkastat någon närmare reglering. Han kunde ej undgå att finna, att det skriftliga beviset å ena sidan utgjorde, så att säga, en reflex av nästan alla de övriga bevismedlen, men att å andra sidan den skriftliga formen var av så stor betydelse, att ett obe-

¹ Detta bevis om motsatsen måste, då annat ej föreskrives, vara ett bevis, som ger full juridisk visshet. Såsom förut nämnts, hindrar emellertid ingenting lagstiftaren från att låta ett sannolikhetsbevis om motsatsen vara tillräckligt, ja fall förekomma även, då en presumption får falla för ett bevis, som ådagalägger ett objektivet berättigat *trivel* om det presumerades riktighet.

tingat tillämpande av övriga bevisregler på det skriftliga beviset skulle leda till föga tillfredsställande resultat. Ledd av denna riktiga insikt inskränkte sig lagstiftaren till att, jämte bestämmelsen i § 2 av 17 kap. om handelsboks vitsord, inleda sistnämnda kap. »Om laga bevis i varjehanda mål» med följande stadgande:

»Företer någon skriftliga bevis att sin talan därmed styrka, pröve domaren noga deras beskaffenhet och riktighet, så ock vad vitsord och verkan de i saken äga.»

Domaren fick således beträffande det skriftliga beviset den fria prövningsrätt, som lagstiftaren med avseende på övriga bevismedel endast i vissa fall velat tillerkänna honom, och denna prövningsrätt sträckte sig icke blott till avgörandet av det bevisvärde eller den betydelse för målet, som borde tillmätas den skriftliga handlingens innehåll, utan den avsåg även uppskattningen av övriga bevismedel, då det gällde att bestämma, huru den skriftliga handlingen själv uppkommit. Och att lagstiftaren, verkligen med full insikt av vilken stor myndighet han härmed gav domaren, i lagen insatte ifrågavarande stadgande, framgår tydligen därav, att då ABRAHAMSSON vid 1734 års riksdag¹ gjorde den anmärkning mot förevarande paragraf, att i densamma borde införas de i 9 kap. 1 § Skipmålalbalken av 1667 års Sjölag givna, mera detaljerade bestämmelser angående skriftliga bevis, nämligen, »att ensidiga skrifter, därå endast en underskrift finnes, ej må gälla såsom bevis, utan allenast mot dem, som underskrivit; att ingen avskrift skall gälla inför någon rätt, med mindre den är stadfästad med vittnen, emot vilka intet med skäl kan sägas, så vida ej originalet uppvises, eller avskriften av bägge parterna erkännes för riktig, eller är ur publikt arkiv med vederbörandes hand underskriven; men emot den, som producerar en annorledes beskaffad avskrift, skulle densamma gälla; samt att om någon skrift framdrages till bevis, som i samma sak visar på någon annan, därefter ej må dömas

¹ Lagkommissionens förslag till Sveriges Rikes Lag af år 1734, tryckt i Stockholm 1841, s. 224.

förr än den andra, som visas på, tillika förekommer, så vida icke den uppvista skriften tydligen innehåller det, varpå den ur en annan sig beropar», så avgav Lagkommissionen det svar, »att § 1 syntes tillräcklig, då där står, att domaren skall pröva bevisens beskaffenhet och riktighet, så ock vad vitsord och verkan de i saken äga, och om skrifternas vidimation vore infört i 14 kap. 4 §».

Skriftliga bevis.

Skrift såsom bevis i allmänhet.

Skriftliga bevis hava vanligen behandlats under rubriken »urkunder». Begreppet urkund har emellertid ansetts mera omfattande. Vad som ytterligare borde falla därunder, har man emellertid ej haft fullt klart för sig. Att urkundens begrepp icke riktigt kan därmed angivas, att den är ett föremål, som »berättar, överlämnar» ett faktum, en tilldragelse, är tydligt, ty då skulle,¹ så snart ett visst föremåls tillstånd indicerade ett annat faktum, detta föremål vara en urkund, och sålunda ett urkundsbevis vara tillstädes. Ett dylikt urkundsbegrepp saknar emellertid varje berättigande att intaga en självständig plats, och det skriftliga bevisets behandling såsom species av detsamma skulle blott medföra oreda, oklarhet. I någon annan omständighet måste man således söka det utmärkande för urkunden. Så har även skett, och har man i det förhållande, att ett föremål av den eller de därtill berättigade *bestämts* att utgöra bevis om ett visst faktum velat finna det, som konstituerar detta föremål till urkund. Förutom skrifter komma således att höra till urkundsbeviset karvstockar,² rå och rör etc. Icke heller detta urkundsbegrepp är lämpligt; förutom föremålens bestämelse att tjäna såsom bevismedel sakna de varje gemensamt kännetecken, som kunde göra en gemensam behandling fruktbringande. Tyska C. P. O. har därför icke heller, då den skulle

¹ Jfr WENDT a. a. s. 314 f.

² Huru dessa voro inrättade, se КОЧН, »Das preussische Civilprozessrecht», Berlin 1855, s. 210 n. 110. Att de även varit bekanta för den svenske lagstiftaren, visa de av R. L. (LAGUS), »Om skriftliga urkunder såsom bevismedel», Helsingfors 1859, s. 5 n. 2 anförda lagrum.

giva vissa stadganden i fråga om urkundsbeviset, ansett sig kunna utgå ifrån ett så vittomfattande urkundsbegrepp, utan har begränsat sina stadganden till att gälla blott skriftliga urkunder.¹ Därmed synes tyska lagen förstå varje skriftlig handling, oberoende av om utfärdaren vid dess upprättande särskilt avsett att skapa ett bevismedel eller om han begagnat den skriftliga formen blott för att objektivt uttala. Mellan dessa båda slag av skriftliga handlingar förefinnes emellertid en betydlig skillnad, som icke saknar vikt, då man skall avgöra deras beviskraft. Endast med det förra slaget av skriftliga handlingar kunna karvstocken, rå och rör etc. jämföras, ty endast nämnda handlingar äro bestämda att tjäna som bevis. Sant är visserligen, att varje skriftlig handling kan tjäna som bevis, men detta hindrar tydligen ej, att utställaren genom dess utfärdande *endast* kan hava avsett att avge en förklaring, utan att i någon mån fästa sig vid skriftens förmåga att tjäna som bevis, vare sig för förklaringens avgivande eller för något annat faktum. Orsaken därtill, att man ej hållit isär dessa olika slag av skriftliga handlingar, synes oss vara den ofta hörda, innehållsfattiga definitionen på urkund, att det är ett föremål, åskådliggörande eller avsett att åskådliggöra en tanke. Med denna definition blir onekligen varje skrift,² som innehåller något, en urkund; men ett dylikt urkundsbegrepp kan av det skäl icke antagas, att inom rättens område det i regel icke är blotta tanken utan först den *objektiverade* tanken,³ vars tillvaro det ligger vikt uppå

¹ Jfr HAHN a. a. s. 320. Motiven till C. P. O. säga: »Die Bestimmungen des Entwurfs über den Urkundenbeweis beziehen sich nur auf die *schriftlichen* Urkunden. Abweichend von anderen Gesetzen (preuss. A. G. O. I 10 § 164, Code civ. art. 1333, Württemberg Art. 568, Bayern Art. 394) geschieht nichtsschriftlicher Urkunden, wie Denkmäler, Kerbhölzer und ähnlicher Beweismittel, keine Erwägung. Die Würdigung solcher Beweismittel bleibt nach dem Grundsatz des § 249 (§ 259 i C. P. O.) Gegenstand des freien richterlichen Ermessens.»

² Jfr WETZELL, »System des ordentlichen Civilprocesses», Leipzig 1878 s. 221. Se ock RENAUD, »Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechts», Leipzig 1873, s. 316 f.

³ Jfr BURCKHARD, »Die civilistischen Präsumtionen», Weimar 1866, s. 249: »Die Erklärung ist demnach das, was bei der Frage, ob ein Wille existent sei,

att bevisa. Inom de skriftliga handlingarna blir således den förut angivna skillnaden i sådana, där skriften är avsedd som bevis, och där skriften blott är medel för tankens, viljans objektivisering, den enda naturliga. De förra kalla vi urkunder, de senare skriftliga handlingar i inskränkt mening. Skillnaden mellan de förra och de senare är analog med den, som i den äldre rätten förefanns mellan öppna och slutna brev.¹

Denna mening synes oss vara hyllad av 1734 års lags stiftare. I 17 kap. Rättegångsbalken talas därför om skriftliga bevis i allmänhet, såsom genusbegrepp. Och den omständigheten, att lagen kallar blott de i 10 kap. 1 § Jordabalken och 15 kap. 4 § Rättegångsbalken omnämnda skriftliga handlingar för *öppna* brev, under det att det t. ex. i 9 kap. 1 § Handelsbalken endast heter »tage brev därå», oaktat även i senare fallet fråga är om så kallad prekonstituerad bevisning, giver intet skäl till det antagandet, att 1734 års lag icke skulle hava erkänt olikheten mellan öppet brev, urkund, å ena sidan och vanligt brev, skrift, å den andra. Orsaken till lagstiftarens berörda förfarande är nämligen helt enkelt den, att brevets egenskap av öppet, d. v. s. dess egenskap av urkund, i det sistnämnda fallet icke ansågs vara av någon väsentlig betydelse för giltigheten av det bevis, som genom densamma skall åstadkommas, under det att däremot i de två andra fallen det öppna brevet är form för den rättshandling, som i detsamma återgives.²

Under dessa förhållanden torde därför, vid en behandling av skriftliga bevis enligt svensk rätt, urkundsbeviset böra betraktas såsom ett species jämte skriftligt bevis i inskränkt mening. Denna indelning lämpar sig emellertid icke till huvudindelning vid redogörelsen för de skriftliga bevisen.

Innan vi skrida vidare, hava vi att närmare angiva, när en skriftlig handling verkligen användes såsom *skriftligt bevis*. Denna fråga torde kunna besvaras därmed, att detta är fallet,

zunächst unsrer Prüfung unterliegt. Sie ist zugleich *Erkenntnissmittel* des Willens und *Erforderniss* für die rechtliche Wirksamkeit desselben.»

¹ Jfr PLATNER, »Ueber offene und verschlossene Briefe» i Archiv für die civilistische Praxis L s. 105 f., 212 f.

² Jfr TRYGGER, »Om fullmakt», s. 147 f.

då den i den skriftliga handlingen innehållna förklarings- *avgivande* vare sig är factum probandum eller ock ersättnings- eller bevismedel för detsamma. Härav följer således, att den skriftliga handlingen icke kan anses såsom skriftligt bevis, då t. ex. talan göres gällande på dess utbekommande, eller då bevisemat är befintligheten av en skriftlig handling med det eller det innehållet, med det eller det utseendet, eller då dess beskaffenhet i nämnda hänseenden tjäna som bevis för en annan omständighet etc. Så t. ex. då en av en person skriven handling användes såsom bevismedel för hans handstils utseende, eller då en persons innehav av en tidning med revolutionärt innehåll användes som bevis för, att han själv deltagit i stämplingar mot den bestående ordningen, kunna vi ej tala om skriftligt bevis.

Skriftligt bevis torde däremot kunna karaktäriseras såsom en *skriftlig handling, vilken innehåller en förklaring och, såsom ådagaläggande denna förklarings avgivande, tjäna såsom bevis för factum probandum i den förevarande rättegången*. Av denna definition framgår, att en skriftlig handling i en rättegång kan användas såsom skriftligt bevis, under det att den i en annan sak saknar sådan betydelse. Detta hindrar emellertid ej, att man kan uppställa regler för de skriftliga handlingarna och göra indelningar av dem, betraktade såsom skriftliga bevis; deras egenskap att även i övrigt kunna tjäna såsom bevis lämnas därvid tydligen obeaktad.

Framställningen av de grunder, domaren har att följa vid uppskattningen av det skriftliga bevisets bevisvärde, är förenad med icke obetydliga svårigheter, särskilt då, såsom fallet är i den svenska rätten, detta bevis blivit nästan helt och hållet lämnat åt domarens fria prövning. En dylik fri bevisprövning, såsom helt och hållet behärskande det skriftliga beviset, förklaras ock av många vara det enda med sakens natur överensstämmande.¹ Man har därvid emellertid förbisett, att det skriftliga beviset bäst ägnar sig till att utgöra prekonstituerat bevis. »Grunderna för en urkunds pålitlighet äro lätta att bestämma,

¹ Jfr ENDEMANN, »Der Urkundenbeweis ohne gesetzliche Beweisregeln» i Archiv für die civilistische Praxis XLIII s. 1 f.

det möter ingen svårighet att för dess beviskraft fordra garantier, vilka därför giva säkerhet.»¹ Den härav föranledda avvikelse från den fria bevisprövningen har därför ock antagits av tyska C. P. O. Med avseende på de bestämmelser, som denna lag giver under rubriken »Beweis durch Urkunden» i fråga om skriftliga bevis, har man emellertid att observera, att de ingalunda avse att vara uttömmande, så att de skriftliga handlingar, som ej där omnämnas, enligt lagens mening icke skulle få av domaren över huvud taget anses såsom bevismedel. Detta var för ingen del lagstiftarens avsikt, utan i den mån de skriftliga handlingarna ej falla under bestämmelserna under förevarande rubrik, äger domaren beträffande uppskattningen av deras bevisvärde den fria prövningsrätt, vilken såsom regel är honom tillerkänd.² Detta var ock nödvändigt på grund av de växlande former, varunder det skriftliga beviset kan framträda, liksom ock ändamålet med den fria bevisprövningens begränsning i fråga om det skriftliga beviset till fullo uppfylles genom legala regler för skriftliga handlingar av en viss beskaffenhet.

Icke ens ett så obetydligt område vill Nya Lagberedningen undandraga domarens fria bevisprövning. Beredningen uttalar sig härom på följande sätt:³ »I fråga om skriftliga bevis har grundsatsen om domarens fria prövning redan i 1734 års lag blivit uttalad med en klarhet och bestämdhet, som icke lämna något övrigt att önska. I spetsen för Rättegångsbalkens 17 kap. är ställd den regel att, då någon företer skriftliga handlingar för att styrka sin talan, domaren har att noga pröva deras beskaffenhet och riktighet så ock vad vitsord och verkan de i saken äga. Då denna regel icke veterligen blivit i domstolarnas praxis oriktigt tillämpad, har den ock ansetts kunna *utan vidare utveckling* läggas till grund för regleringen av beviset genom skriftliga urkunder.»

Även om detta Beredningens lovordande av domstolarnas

¹ AFZELIUS, »Grunddragen», s. 93.

² I motiven heter det nämligen: »Auf den Beweis durch schriftliche Urkunden findet dagegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung *nur unter gewissen Beschränkungen* Anwendung.» Se ock C. P. O. § 259 mom. 2.

³ »Betänkande», II s. 309.

riktiga användning av den dem lämnade fria prövningen av de skriftliga bevisen är fullt berättigat, så är därmed, så vitt vi förstå, icke ådagalagt, att Beredningen borde förorda upptagandet i en ny processlag av 1734 års lags bestämmelser angående skriftliga bevis. Snarare synes det oss, som om en dylik konstant och riktig praxis hade bort lämna Beredningen ett utmärkt material för utväljandet av sådana regler i fråga om det skriftliga beviset, som lämpade sig för att tillfredsställa medborgarnas behov av säkerhet, vad angår bevisningen av väl förvärvade rättigheter.

I det följande skola vi försöka att under stadigt aktgivande på den praxis, som kan sägas hava utbildat sig, framställa de regler för det skriftliga beviset, som kunna anses framgå ur vår lags bestämmelser i övrigt samt ur vad sakens natur kräver.

Vid behandlingen av de skriftliga bevisen och framställningen av de olika slagen av skriftliga handlingar har man att ständigt erinra sig, att en skriftlig handling, sådan den faktiskt ter sig, ofta är en komplex av olikartade skriftliga förklaringar, för vilka olika regler gälla. Detta ådagalägges bäst därigenom, att man utväljer en viss skriftlig handling och granskar de i densamma befintliga förklaringar, t. ex. ett vederbörligen upprättat köpebrev om fast egendom, försett med rättens bevis, att lagfart å detsamma är köparen beviljad. Själva handlingen innehåller här en viljeförklaring av säljaren, att han överlåter sin äganderätt på köparen. Härtill komma dels ett erkännande av säljaren, att handlingen är utfärdad den dag, vars datum den bär, dels en utsaga av köpevittnena, att säljaren utfärdat handlingen nämnda dag, dels ock en förklaring å rättens vägnar, att lagfart den uppgivna dagen beviljats köparen å fastigheten. Var och en av dessa i handlingen befintliga förklaringar måste bedömas för sig, då man skall angiva handlingens bevisande förmåga, eller med andra ord handlingen, såsom innehållande den ena *eller* andra av dessa förklaringar, blir skriftligt bevis i fråga om denna förklaring eller det bevistema, för vilket densamma kan utgöra bevismedel. Endast i den mån handlingen är form för en rättshandling eller annat rättsbildande faktum

blir förhållandet ett annat, men detta är en sak, som är utan direkt inflytande på den fråga, som nu är före.

Fasthåller man ej detta, invecklar man sig i svårigheter, som omöjliggöra en klar insikt i den skriftliga bevisningens natur. Ännu tyska C. P. O. synes oss hava gjort sig skyldig till ett dylikt fel, såsom torde framgå av jämförelsen mellan §§ 380 och 381 liksom ock mellan sistnämnda lagrum samt § 383 och i viss mån § 382. Den närmare utveckling av berörda stadganden, som vi skola göra i det följande, torde vara i stånd att ådagalägga detta förhållande.

Efter dessa allmänna anmärkningar gå vi till den mera detaljerade framställningen av det skriftliga beviset. Därvid skola vi först redogöra för *äkthetsfrågan* eller den skriftliga handlingens egenskap att vara utgången ifrån den person, som uppges såsom dess utfärdare. Därefter kommer spörsmålet om handlingens *formella* beviskraft, varmed vi förstå handlingens förmåga att bevisa, att den i densamma innehållna förklaringen verkligen *avgivits* av dess upphovsman; eller med andra ord, handlingens egenskap att verkligen vara en skriftlig *förklaring* och icke blott ett utkast till en sådan. Sedan redogörelse härför är lämnad, komma vi till handlingens *materiella* beviskraft eller den betydelse i förhållande till bevisemat, som den avgivna förklaringen äger såsom vare sig själv factum probandum eller ersättnings-, bevismedel för detsamma. Och till sist skola vi antyda reglerna för *framläggandet* av det skriftliga beviset, varvid huvudvikten ligger på den s. k. *editio instrumentorum* eller frågan om motparts eller tredje mans skyldighet att framlägga skriftliga handlingar, som de innehava och av vilka parten är i behov för förändret av det honom åliggande bevis.

Den skriftliga handlingens äkthet.

Då nu en skriftlig handling, betraktad såsom skriftligt bevis, kan få betydelse i en rättegång, endast såvitt den innehåller en förklaring, ett uttalande, är det klart, att det första, varpå undersökningen skall riktas, då en skriftlig handling i

nämnda egenskap framlägges i rättegången, är på vinnande av upplysning om, från vem handlingen härleder sitt upphov. Och då nu den part, som vill begagna sig av handlingen såsom skriftligt bevis, för att vinna sitt ändamål måste uppgiva en viss myndighet eller person såsom handlingens utställare, gäller frågan, om handlingen verkligen har nämnda myndighet eller person till sin upphovsman, eller med andra ord, om den är äkta, autentisk. Med avseende på denna punkt förefinnes en väsentlig skillnad emellan s. k. *offentliga* handlingar och *privata* handlingar.

En offentlig handling har man med rätta angivit såsom en av offentlig myndighet å ämbetets vägnar i föreskriven form utfärdad handling. Då man säger, att handlingen skall vara utfärdad av offentlig myndighet, fattar man sistnämnda uttryck särdeles vidsträckt. Man inbegriper däri icke blott egentliga ämbetsmyndigheter, de må nu vara statens eller kommunens, utan även andra för ett allmänt intresse arbetande, av staten erkända funktionärer. När en ämbetsmyndighet eller dylik funktionär är för handen, har förvaltningsrätten att avgöra. Processrätten utgår ifrån att spörsmålet därom är besvarat.

Den av den offentliga myndigheten utfärdade handlingen borde vidare, för att erkännas som offentlig handling, vara utfärdad å ämbetets vägnar, d. v. s. den måste vara utfärdad såsom en officiell handling, och dess utfärdande måste ligga inom denna myndighets eller persons ämbets- eller verksamhetsområde. Är detta icke fallet, har t. ex. myndigheten överskridit sin befogenhet, kan handlingen icke annorledes anses än såsom en privat handling. Vissa funktionärer äro emellertid, så att säga, urkundspersoner d. v. s. hava till uppgift att i allmänhet upptaga urkunder, vilka hava till ändamål att tjäna såsom bevis för vad inför utfärdaren tilldragit sig.¹ Den viktigaste bland dessa är notarius publicus. Om denne heter det i Kungl. Stadgan angående notarii publicibefattningen den 6 oktober 1882 § 1 följande:

¹ Jfr C. P. O. § 380, som skiljer emellan offentliga urkunder, som upptagas »von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse», och sådana, som upprättas »von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises».

»*Mom. 1.* Notarius publicus vare skyldig att, då han därom anlitas, verkställa sådana inom hans tjänstgöringsområde förekommande protester och andra förrättningar, vilka enligt allmän lag eller särskilda författningar kunna eller böra av notarius publicus utföras.

Mom. 2. Notarius publicus åligger ock att, då han ej har hinder av andra ämbetsgörömål, på anmodan bevittna underskrifter, bestyrka riktigheten av översättningar och avskrifter, samt öfvervara utlottningar av obligationer, ävensom besiktningar, varom i sjölagen sägs.

Mom. 3. I övrigt äge notarius publicus att efter anmodan öfvervara jämväl andra förrättningar, samt att lämna allmänheten biträde med upprättande av handlingar, som det icke enligt lag eller författningar tillkommer annan myndighet att utfärda.»

¶ En ställning, liknande den, som notarius publicus intager, hava kronofogde, länsman och stadsfogde på grund av § 7 i Kungl. Kungörelsen om kronofogdes och stadsfogdes dagbok etc. den 12 juli 1878 erhållit beträffande konstaterandet av en gäldenärs erkännande av en utav honom utfärdad fordringshandling. Om även domhavande på landet intager en dylik ställning, kan vara tvivelaktigt. Lydelsen av § 24 Utsökningslagen låter förmoda, att lagstiftaren icke velat tillerkänna honom densamma. Är detta emellertid fallet, har lagen fränkännt domhavanden en befogenhet, som allmänheten är synnerligen benägen att anse honom äga. Däremot är det otvivelaktigt, att stämningsmän, genom Kungl. Förordningen den 10 augusti 1877, inom det dem anvisade område blivit verkliga urkundspersoner.

Till sist förutsattes för tillstädesvaron av en offentlig handling, att den av offentlig myndighet utfärdade handlingen hade den form, som för den ifrågavarande myndighetens publikationer är föreskriven. Vilka former, som äro föreskrivna, har man att taga reda på i de för varje myndighet gällande stadganden. Härvid är emellertid att märka, att dylika bestämmelser angående formen oftast saknas, varvid den form, som enligt allmänt vedertaget bruk anses väsentlig, torde böra iakttagas, för att handlingen skall anses såsom offentlig.

En skrift, som till det yttre uppfyller nu nämnda förutsättningar för tillvaron av en offentlig handling, presumeras vara äkta, vadan ett blott bestridande av dess äkthet från motpartens sida ingalunda tvingar den, som åberopar sig på densamma, att bevisa dess äkthet.¹ Redan enligt romerska rätten presumrades äktheten av i vederbörlig form upprättade protokoll etc. hos sådana myndigheter, vilka ägde föra dylika.² Och denna äkthetspresumtion har i vidsträcktaste mån gjort sig gällande i den moderna rätten. Så väl det stränga straff, som hotar den, som förfalskar dylika handlingar, som ock framför allt lättheten att genom blotta betraktandet av en dylik handling övertyga sig, om den är äkta eller ej,³ hava, i förening med behovet av att så litet som möjligt besvära myndigheter och funktionärer med yttrande, huruvida handlingen verkligen av dem utfärdats, givit anledning till ifrågavarande, även av vår praxis godkända presumption. Densamma faller emellertid, så snart dess förutsättningar, i fråga om handlingens form och innehåll, icke tydligt äro tillstädes. Största vikten ligger emellertid härvid på formen, såsom den där närmast föranlett själva presumptionen. Vad innehållet beträffar, anse vi, i likhet med WILMOWSKI-LEVY,⁴ att man icke får, vad äkthetsfrågan angår, fästa någon vikt därvid, att handlingens utfärdare icke hållit sig strängt inom området för sin kompetens. Fordran, att myndigheten icke skall ha överskridit sitt befogenhetsområde, har nämligen i förevarande fall sin grund endast däri, att man icke gärna kan antaga, att

¹ Att en offentlig handling är äkta innebär såväl, att den är utfärdad av den person, som angives såsom dess utfärdare, som ock att nämnda person innehaver det uppgivna ämbetet, offentliga ställningen etc. Se NELLEMAN, »Den ordinaire civile Procesmaade», Köpenhamn 1881, s. 615.

² V. BETHMANN-HOLLWEG a. a. III s. 280 f.

³ Jfr ØRSTED i »Juridisk Arkiv» XV s. 160: »Men det er en, ligesaa vel i Lovens Befalinger, som i de *Grundsetninger*, *Fornuften foreskriver for Retspleien*, hjemlet Sætning, at et offentligt Document, blot formedelst sin Form som offentligt Document, maa antages for fyldest ved Domstolene uden nogen Vedkjendelse af de Personer, i hvis Navn det er udstædt» etc.

⁴ »Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, mit Kommentar in Anmerkungen», Berlin 1886, I s. 560.

en myndighet överskridit sin befogenhet; men denna förmodan saknar tydligen varje stöd, då överskridandet är blott en obetydlig utflyttning av gränserna för det område, vilket är den ifrågavarande myndigheten tilldelat.

Därest nu en handling, som utger sig vara offentlig, på grund av brister i något av omnämnda avseenden icke får presumeras vara äkta, är det tydligt, att den, som vill använda den såsom bevis, i händelse av bestridande har att ådagalägga dess äkthet. Huru starkt bevis härför erfordras utom de ur själva handlingens beskaffenhet möjligen framgående indicier, kan icke på förhand avgöras utan måste överlämnas åt domarens prövning i varje fall.¹ Endast det kan man säga, att i ju större mån förutsättningarna för handlingens erkännande som offentlig brista, i samma mån fordras ett starkare bevis för att övertyga domaren om äktheten.

Äro däremot nämnda förutsättningar tillstådes, måste, såsom vi nämnt, domaren tillsvidare taga handlingen för god såsom äkta. Att han emellertid enligt svensk rätt, såsom uttryckligen är honom² tillåtet enligt den tyska lagen, har befogenhet att ex officio hos utfärdaren höra sig för om äktheten, anse vi otvivelaktigt. Med motiven³ till C. P. O. måste man ock erkänna, att en dylik domarens befogenhet är ägnad att på det enklaste och mest träffande sätt bringa till ett slut betänkligheter emot äktheten av en offentlig handling. Begagnar sig emellertid domaren ej av denna utväg till sanningens uppdagande, där den

¹ Detsamma gäller ock i fråga om den betydelse, domaren bör tillmäta den omständigheten, att handlingen innehåller raderingar, överstrykningar, tillsatser eller i övrigt i ett eller annat avseende är bristfällig. Att t. ex. påstå, att så snart en offentlig handling är ändrad, den, som åberopar den såsom bevis, har att åstadkomma ett fullt juridiskt bevis för att förfalskning ej ägt rum, vore att beröva de viktigaste offentliga handlingarna deras bevisvärde. Obs. t. ex. en av skrivare eller biträde uppsatt, av domaren sedan korrigerad dombok.

² C. P. O. § 402, mom. 2: »Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.»

³ HAHN a. a. s. 327 f.

faktiskt förefinnes, är han bunden av äkthetspresumtionen. Denna är olika stark enligt de särskilda lagstiftningarna. Den franske lagstiftaren är den, som mest skyddar den offentliga handlingen. Ett särskilt, synnerligen invecklat förfarande, faux incident civil (inscription de faux), i vilket den, som förnekar handlingens äkthet, är kårande, och som slutar med ett särskilt rättens utslag, varigenom handlingen förklaras falsk etc., erfordras i regel för att förstöra presumtionen.¹ Den tyska rätten däremot upprätthåller icke presumtionen med en sådan hårdnackethet. Ett blott och bart bestridande från motpartens sida av handlingens äkthet är visserligen ej tillräckligt, då domstolen konstaterat tillvaron av förutsättningarna för presumtionen.² Men om motparten påstår, att handlingen är falsk, äger han att i vanlig ordning föra bevis därom, och presumtionen är övervunnen, så snart domaren anser sig övertygad om, att handlingen är falsk. Denna övertygelse måste dock vara av lika styrka, som över huvud taget fordras för ett juridiskt bevis, ehuru visserligen fri bevisprövning även i detta fall står domaren till buds.

Även enligt svensk rätt har domaren fri bevisprövning, då frågan gäller bevisningen därom, att en offentlig handling icke är äkta. Han är vid bedömandet av ett dylikt bevis ingalunda bunden av de i 17 kap. Rättegångsbalken förekommande bevisregler. Detta är något, som tydligen följer av § 1 i förevarande kap., varest domaren ju även med avseende på frågan om skriftliga handlingars *riktighet* tillerkännes fri prövningsrätt. Det har dock varit nödvändigt att här påpeka detta förhållande, ty såsom av många rättsfall framgår, hava våra domstolar ganska ofta icke fullt klart fattat, att deras fria prövningsrätt gäller icke

¹ Code de procédure art. 214—251. Jfr BOITARD, »Leçons de procédure civile», Paris 1885, I s. 459 f. BONNIER, »Traité des preuves», Paris 1873, II s. 183 f., »La foi qui s'attache à l'authenticité, et même à l'apparence de l'authenticité, n'est point susceptible d'être détruite par la simple administration de la preuve contraire; la fausseté de l'acte attaqué doit être spécialement établie. C'est même là une règle d'ordre public, dont le consentement des parties ne saurait autoriser l'infraction.»

² Se dom av Reichsgericht, anförd i SEUFFERTS Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten N. F. IX n:o 157.

blott bevisvärdet av den skriftliga handlingens innehåll utan även frågan om dess äkthet.

Men om det salunda är otvivelaktigt, att svensk rätt frigjort domaren från den legala teoriens band, då han har att avgöra värdet av ett mot en offentlig handling fört bevis om att den icke är äkta, så är det däremot icke så lätt att avgöra, om detta bevis, för att ha lyckats, måste vara ett bevis, som giver domaren s. k. juridisk visshet om bevisemat, eller om det är tillräckligt, att handlingens falskhet förefaller domaren (objektivt) sannolik, eller, rent av, att ett berättigat tvivel om handlingens äkthet hos domaren uppstått. NEHRMAN¹ synes hylla den senaste meningen, ehuru det visserligen ock är möjligt, att han närmast haft tanken riktad på tillvaron av förutsättningarna för själva presumptionen. LINDBLAD² åter torde hava ansett, att ett fullt juridiskt bevis om handlingens falskhet var nödvändigt för att kullkasta äkthetspresumptionen. Han säger nämligen härom följande: »En offentlig originalhandling, som företes i fullständigt skick utan förändring, medför full bevisning för och mot var och en, som den kan angå, intill dess det kan *visas*, att den icke är utfärdad av den auktoritet, som därför uppgives. Ett obestyrkt bestridande av dess äkthet varken minskar eller dispenserar handlingens fulla bevisningskraft.» Uttalandet i senaste satsen gör emellertid tvivelaktigt, vilken mening LINDBLAD hyllat. Detsamma är ock fallet med LAGUS,³ under det att SCHREVELIUS⁴ tydligen förklarar, att den, som påstår, att ett till formen vederbörligen inrättat offentligt dokument är falskt, »måste då antingen bevisa detsamma, eller *åtminstone* på något sätt göra det sannolikt».⁵ Att sannolikhetsbevis om den offentliga handlingens falskhet är tillräckligt för att häva äkthetspresumptionen, synes oss vara mest tilltalande. Ett vanligt juridiskt bevis om falskhet torde nämligen vara alltför mycket begärt, då frågan gäller kullstörtandet av en presumption, vilken har ett så

¹ »Inledning till den svenska Processum civilem», Stockholm 1751, s. 248.

² »Läran om bevisning inför rätta», s. 156.

³ A. a. s. 15.

⁴ A. a. s. 316.

⁵ Jfr NAUMANN i N. T. XI s. 561—562.

relativt obetydligt underlag som den förevarande. Det vore nästan liktydigt med en total omkastning av bevisskyldigheten med avseende på äktheten; en fördelning av bevisbördan, som strede mot den skriftliga handlingens egenskap av att själv utgöra bevis, och som ingalunda påbjödes av samhällets behov av förtroende till offentliga handlingars äkthet. Men om sålunda ett fullt bevis om motsatsen vore för mycket begärt av den, som förnekade den offentliga handlingens äkthet, synes oss å andra sidan, som om fordran på ett bevis, som endast ägde förmåga att hos domaren väcka tvivel om handlingens äkthet, vore en alltför stor eftergift åt den offentliga handlingens vedersakare. Tillerkänner man nämligen domaren rätt att ex officio hos utfärdaren höra sig för om handlingens äkthet, bleve det företrädesvis äldre handlingar, vilkas utfärdare icke längre kunde höras, som komme att falla för ett hos domaren genom vederpartens bevis väckt tvivel om handlingens äkthet. Ett dylikt sakernas tillstånd kunde onekligen komma att innebära en stor våda för medborgarnas rättigheter. Och lagstiftaren har så mycket mindre rättighet att giva de offentliga handlingarna en dylik svag ställning, som erfarenheten tydligen har ådagalagt, att förfalskning av en offentlig handling hör till de sällsyntaste undantag.

Under dessa förhållanden torde intet annat återstå än att låta äkthetspresumtionen gälla, till dess genom den förebragta bevisningen blivit klart för domaren, att övervägande skäl tala emot äktheten. Antager man denna mening, tillfredsställer man såväl samhällets behov av förtroende till de offentliga handlingarna som ock de enskildas berättigade krav att icke utan skäl och bevis behöva frånträda rättigheter, varav de faktiskt äro i åtnjutande.

Detta den offentliga handlingens företrädare framför den enskilda, att den antages för äkta, till dess motsatsen göres sannolik, är emellertid blott givet åt de av vårt lands myndigheter upprättade handlingar, men däremot ej åt utländska offentliga handlingar. Orsaken härtill är lätt att uppspåra. Den åt den inländska offentliga handlingen tilldelade äkthetspresumtionen hade ju till förutsättning, att handlingen till form och inne-

håll framstod såsom av offentlig myndighet utfärdad. Tillvaron av dessa förutsättningar kunde domaren konstatera, eller han borde åtminstone kunna det, d. v. s. han var ex officio skyldig att skaffa sig de insikter, som därför kunde vara erforderliga. Med den utländska handlingen är förhållandet ett annat. Domaren behöver icke ens veta, att det finns en myndighet med den benämning, som den bär, vilken utfärdat handlingen, mycket mindre att nämnda myndighet vid handlingens utfärdande icke överskridit sin kompetens samt att handlingen är utfärdad i den föreskrivna formen. Domaren kan dock i ett visst fall hava reda på dessa saker, särskilt om det är fråga om ett lands myndighet, med vars utfärdade handlingar domaren ofta har tillfälle att taga befattning.¹ Det riktiga blir därför att tillerkänna domaren fri rätt att avgöra, när han anser sig kunna eller icke kunna utan vidare antaga den utländska handlingen för äkta,² liksom ock huru starkt bevis i senare fallet erfordras för att giva honom en övertygelse om handlingens äkthet. Endast ett undantag³ bör härvid göras, nämligen för det fall att svensk beskickning eller konsul »legaliserat» det utländska dokumentet. Betydelsen av en dylik legalisering är olika. Såvida den består⁴ däri, att vårt lands representant i utlandet intygar, att den myndighet, som uppgives hava utfärdat handlingen, äger kompetens därtill, samt att handlingen har den föreskrivna formen, synes det oss, som om domaren borde vara skyldig att med avscende på äktheten bedöma handlingen på samma sätt

¹ Såsom exempel härpå kunna vi nämna i utlandet skedda växelprotester.

² Jfr rättsfall i Juridisk Arkiv, utgiv. av ØRSTED, XXII s. 74: »Vel have nu de Indstevnte, som meldet, ei villet erkiende dette Dokument (utdrag av engelska Amiralitetsrättens protokoll) for ægte, men, da det efter den fremlagte Attest fra Dispascheur Langberg har den Form, som Condemnations-Domme fra England pleie at have, maatte det være de Indstevntes Sag at afbejse dets Aegthed.»

³ Jfr emellertid Kungl. Förordningen den 15 juni 1861 om verkställighet i Sverige av domar och utslag, meddelade av domstol i konungariket Danmark.

⁴ Jfr: Kungl. Förordningen angående konsulatväsendet den 4 november 1886 §§ 61, 107. Instruktion av den 1 juli 1887. Se ock Gesetz, betreffend die Organisation der Bundeskonsulate, vom 8 november 1867 §§ 14, 15; Instruktion vom 6 juni 1871.

som en inländsk.¹ Därest åter intyget innehåller, att konsul etc. hos den utländska myndighet, som utfärdat handlingen, erhållit uppgift, att handlingen är äkta, d. v. s. om konsulns intyg riktar sig omedelbart på äktheten, torde endast ett fullständigt bevis, om att konsulns intyg eller den främmande myndighetens uppgift är mot sanningen stridande, kunna förhindra handlingens antagande för äkta.

Att själva intyget av konsul eller beskickning är en inländsk offentlig handling, underkastad reglerna för dylika handlingar, torde vara lika uppenbart, som att frågan om nämnda intygs egen äkthet måste vara klar, innan domaren kan vända sig till prövningen av den utländska handlingens riktighet.

Av vad i det föregående yttrats om såväl den inländska som den utländska handlingen, vad angår frågan om deras äkthet, torde med full tydlighet framgå, att äkthetspresumtionen endast kommer en offentlig handling till godo, som i original förelägges domstolen. Endast då domaren sålunda blir satt i tillfälle att iakttaga själva handlingens såväl form som innehåll, kan han med full säkerhet bedöma, om förutsättningarna för presumtionen äro tillstädes. Om åter den offentliga handlingens form och innehåll icke omedelbart komma under domarens ögon, utan han övertygas om deras beskaffenhet genom en avskrift eller andra personers utsagor, bortfaller äkthetspresumtionen. Detta är mest uppenbart i det fall, då domaren genom en muntlig utsaga skall vinna en övertygelse om handlingens beskaffenhet. Innehållet kan möjligen fullt troget återgivas för honom, formen däremot icke. Att varje särskild föreskrift i fråga om denna är iakttagen, kunna vittnen visserligen intyga; intrycket av det hela, vilket kan vara tillräckligt att hos domaren uppväcka övertygelsen om sannolikheten av handlingens falskhet, är emellertid berövat domaren. Detsamma gäller ock, ehuru icke i lika stark grad, om en avskrift, den må i övrigt vara huru till-

¹ Jfr C. P. O. § 403 mom. 2. Om WILMOWSKI-LEVYS (a. a. I s. 561) tolkning av ifrågavarande lagrum, enligt vilken ett bevis om legalisationens oriktighet är uteslutet, är riktig, synes det oss, som om ifrågavarande lagrum hade bort föreskriva, att legalisationen måste innehålla, att den utländska myndigheten förklarat sig hava utfärdat handlingen.

förlitlig som helst. Även om avskriften är gjord eller bestyrkt av offentlig myndighet, är domaren ej bunden av äkthetspresumptionen i fråga om originalet, utan han har fri prövningsrätt, vadan resultatet kan bli, att han utan ytterligare bevis antager eller icke antager originalet såsom äkta. Endast i det fall, att avskriften är gjord av samma myndighet, som utfärdat originalet, synes domaren vara skyldig att anse originalet vara äkta under samma förutsättningar, som om det själv framlagts. Beträffande åter det å avskriften befintliga intyget om avskriftens likhet med originalet, bedömes dess äkthet, då intyget är givet av offentlig myndighet, naturligtvis efter de regler, som i det föregående äro givna beträffande frågan om offentliga handlingars äkthet.

De privata handlingarna, varmed förstås alla¹ skriftliga handlingar, som icke äro offentliga, äro ej i åtnjutande av den äkthetspresumption,² som, enligt vad förut angivits, tillkommer de senare. Icke ens skyldigheten att med ed förneka deras äkthet, den så kallade diffessionseden, har den svenske lagstiftaren, i likhet med så många andra lagar,³ velat ålägga motparten, då denne är den förmente utfärdaren av handlingen. Fullkomligt oberörd av den tendens, som således annorstädes fått sig ett uttryck, att gynna den, som åberopar sig på den skriftliga handlingen, har dock icke vår svenska praxis varit. Ty under det att man först på senare tider och ännu knappt i sådan utsträckning, att praxis kan sägas vara allmän, avlägsnat sig från den förutsättning, varifrån 1734 års lagstiftare utgått,

¹ Jfr s. 88.

² En annan sak är tydligen, att äkthetsfrågan kan vara irrelevant. Så är t. ex. fallet, då enligt § 39 Växellagen vederbörligen legitimerad växelinnehavare fordrar betalning för växeln och det icke kan visas, att han vid växels förvärfvande icke varit i god tro eller att han därvid förfarit med grov vårdslöshet. Jfr § 76. Även om äktheten är av betydelse, kan dock stundom på grund av det civilrättsliga förhållande, vari parterna stå till varandra, den ene vara pliktig att taga för god en av den andre företedd handling, oaktat dess äkthet icke särskilt ådagalagts. Jfr NELLEMANN a. a. s. 627.

³ Dylik ed var föreskriven i »das gemeine Recht» (WETZELL a. a. s. 241 f.), i preussiska Allgemeine Gerichtsordnung § 134 (jfr KOCH a. a. I s. 429 f.) etc. Detsamma är ock nu fallet i norsk (SCHWEIGAARD, »Den norske Proces», Kristiania 1879, I s. 369, 532) och dansk (NELLEMANN a. a. s. 628) rätt.

att av part under rättegången åberopade fakta, de må nu vara omedelbart avgörande för själva det anhängiggjorda anspråket eller blott tjäna såsom bevismedel för grunderna för detsamma, skola, oberoende av om de bestritts eller ej, särskilt bevisas, så snart de ej erkänts eller äro notoriska, har man däremot, beträffande äktheten av privata skriftliga handlingar (åtminstone de med underskrift försedda), icke ens ifrågasatt, att den skulle behöva bevisas i andra fall, än då den av motparten bestritts. Ja, man har till och med, gått så långt, att man icke ens i det fall, att den i vederbörlig ordning instämde svaranden vid första rättegångstillfället uteblir, och rätten således, därest kâranden yrkar dom, enligt 12 kap. 3 § Rättegångsbalken skall döma i saken, efter ty som sanning däri utletas kan, dragit i betänkande att anse dylik sanning utletad genom en privat skriftlig handling, vars äkthet icke är bevisad,¹ så snart den, under förutsättning av dess äkthet, ådagalade befogenheten av anspråket. Grunden till att praxis således fordrat bestridande, för att en privat handlings äkthet skall behöva styrkas av den, som stöder sig på densamma, torde vara att söka i bestämmelsen i 4 kap. 2 § Utsökningsbalken: »Kommer man till konungens befallningshavande med klart och *ostridigt* skuldebrev, och är betalningstiden redan ute, då äger han genast njuta utmätning. *Nekar* skuldenär sin hand och förskrivning» etc. Nu anförda lagrum har emellertid givit upphov icke blott till själva regeln utan även i viss mån till dess begränsning. Därvid torde man visserligen ej hava gått ända dârhän, att man, oberoende av gjort bestridande, fordrat bevis för handlingens äkthet, så snart motparten icke varit handlingens utfärdare. Men å andra sidan synes man ej hava låtit *varje* privat handling gå för äkta, då dess äkthet ej av motparten bestritts. Bestridandet lär huvudsakligen med avseende på handlingar, försedda med utfärdarens underskrift, hava ansetts behöfligt, för att den, som stöder sig på handlingen, skall behöva bevisa dess äkthet. I samma mån emellertid som den av oss i det föregående² påpekade, principiellt riktiga uppfattningen angående bestridandets betydelse för

¹ Jfr rättsfall i N. J. A. XIII s. 361.

² S. 35 f.

den eventuella bevisskyldighetens faktiska inträdande gör sig gällande i vår praxis, kommer ovannämnda begränsning att falla och således såsom allmän regel att gälla, att en privat handling av domaren antages för äkta, så länge dess äkthet ej bestrides,¹ vilket bestridande naturligtvis kan vara antingen uttryckligt eller i övrigt framgå av motpartens förklaringar.² Enligt vår rätt komme således saken att gestalta sig på samma sätt som enligt gällande tysk lag.³ Men då nämnda lag säger, att handlingen, i händelse dess äkthet lämnas obestridd, »är att anse såsom erkänd», så är detta en obehövlig och vilseledande fiktion.⁴ Man träffar däremot målet, då man förklarar följden av motpartens underlåtenhet att bestrida vara den, att domaren *behandlar* handlingen såsom äkta. Detta blir visserligen ock följden av ett dispositivt erkännande av äktheten, men därvid kommer det plus till, att den erkännande, försåvitt erkännandets verkan icke kan omintetgöras, i *den* processen är avskuren ifrån möjligheten att genom sitt bestridande tvinga motparten att bevisa handlingens äkthet. Då däremot erkännande icke föreligger, berövas part möjligheten att bestrida, först då domen i målet vunnit laga kraft eller ock, för den händelse att högsta instansen befattar sig blott med rättsfrågan, överrätt givit sin dom.

Bestrides nu den åberopade handlingens äkthet, skall denna av den bevisskyldige bevisas. Även enligt svensk rätt har domaren på grund av uttrycklig lag rätt att efter fri övertygelse avgöra, om äktheten är bevisad eller ej.⁵ Detta kunde möjligt-

¹ Härmed står tydligen ej i strid, att lagen ålägger domaren att fästa motpartens uppmärksamhet på äkthetsfrågan. Jfr C. P. O. § 464.

² Sålunda synes det oss, som om domaren efter omständigheterna i varje fall har att pröva, huruvida motpartens förklaring, att han ej känner till, om handlingen är äkta eller ej, bör anses eller icke anses såsom ett bestridande. Då den, som avgiver en dylik förklaring, själv utfärdat handlingen eller varit närvarande vid dess utfärdande (t. ex. bevittnat den), kan en dylik förklaring ofta icke anses som ett bestridande, varemot då så ej är fallet, en dylik förklaring i regel måste anses innehålla ett bestridande. Jfr C. P. O. § 129.

³ C. P. O. § 404.

⁴ Jfr Bülow, »Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten» i Archiv für die civilistische Praxis N. F. XII s. 34 f.

⁵ Denna frihet i fråga om prövningen av det skriftliga beviset har den svenske domaren ofta tvekat om, huruvida han ägde. De bevisregler, som i

vis synas tvivelaktigt beträffande skuldebrev och löftesskrifter samt invisningar, så länge § 1 i Kungl. Förordningen den 28 juni 1798 angående vissa omständigheter uti lagsöknings- och utmätningsmål etc. samt Kungl. Kungörelsen den 20 maj 1835 angående tillägg till 6 § uti 4 kap. Utsökningsbalken ännu voro gällande, men sedan dessa¹ oklara författningar blivit till rätt-

övrigt bundit honom, har han ofta låtit binda sig av, även då beviset varit skriftligt. Sällan torde han väl hava känt sig så ofri, som fallet varit med Nedre Revisionen i dess utlåtande i det rättsfall, som finnes refererat i J. A. XXVII s. 92 f. Efter premisser, som bort övertyga även den mest tveksamme om skuldebrevets äkthet, fortsätter Revisionen med ett »likväl och då äktheten icke kan anses till fullo ådagalagd», vadan det tillstyrktes, att svaranden skulle frias från käromålet. H. D. åter begagnade sig av Nedre Revisionens motivering men utbytte dess »likväl etc.» mot »alltså och då härigenom bör anses lagligen utrett att etc.»

¹ Vilka svårigheter tolkningen av nämnda författningar vållat lagskiparen, torde vara bekant. En Kungl. dom av den 16 juni 1836 (J. A. VII s. 445) ansåg 1798 års förordning ej tillämplig, då målet handlades vid domstol, utan blott då talan på grund av skuldebrevet gjordes gällande vid exekutivt säte. I det i J. A. XVI s. 188 förekommande rättsfall fästes intet avseende vid invändningen om att valuta ej erhållits, oaktat reversen, vilkens äkthet emellertid erkänts, ej var upprättad enligt 1798 års förordning. Bristen i den föreskrivna formen ansågs av väsentlig betydelse, då äktheten bestritts, i rättsfall i J. A. XVII s. 161 och XXVII s. 97 (detta senare dock svävande). Däremot synes man icke hava fäst någon vikt vid ifrågavarande författningar i rättsfall i N. J. A. II s. 550, ehuru visserligen det ser ut, som om man vid äkthetsbeviset ansett sig bunden av de legala bevisreglerna. Jfr N. J. A. V s. 436. För egen del synes det oss, som om stadgandet uti ifrågavarande författningar, att skuldebrev etc., *om de för gällande skulle antagas*, borde antingen egenhändigt skrivas och undertecknas av utgivaren etc., bort så tolkas, att endast ett så beskaffat skuldebrev utgjorde fullt bevis om utfärdarens förbindelse, vadan icke blott utfärdarens bestridande av namnteckningens äkthet utan även hans påståenden, t. ex. att han icke *satt* sitt namn *under* förskrivningen utan denna sedermera tillkommit, att han vid underskrivandet icke känt till handlingens innehåll, att han blivit tvungen eller förledd till själva utgivandet eller ock på annat sätt missledd, hade till följd, att motparten blev bevisskyldig för oriktigheten av ifrågavarande påståenden. Då så väsentliga olägenheter medföljde fordringsägarens underlåtenhet att fordra skuldebrevets utfärdande i den föreskrivna formen, kunde lagstiftaren med stor sannolikhet antaga, att skuldebrev, försedda blott med utfärdarens egenhändiga underskrift, sällan skulle förekomma, och därför kunde han mycket väl i ingressen till 1798 års förordning säga, att ändamålet med densamma

skipningens fromma upphävda genom § 2 i Promulgationslagen till Utsökningslagen, synes oss varje anledning att draga i tvivel

var »förekommande av den osäkerhet, vartill missbruket av andras namn, genom lättheten att detsamma efterapa, ofta föranlett». Då det nämligen var värre att efterapa en annans handstil, såväl vad underskrift som reversens innehåll angick, samt efterapning av blott underskriften genom förordningens bestämmelser medförde föga nytta, vann synbarligen lagstiftaren det eftersträfvade målet att förekomma den förut vanliga osäkerheten. Är detta riktigt, så faller det av sig självt, att det ingalunda kan hava varit lagstiftarens mening att begränsa ifrågavarande föreskrifters tillämplighet till det fall, då skuldebrevets förmente utfärdare söktes hos konungens befallningshavande. Rubriken till 1798 års förordning kunde visserligen, såsom i först omnämnda rättsfall gjordes gällande, synas böra giva anledning till antagandet av en dylik begränsning, men detta skäl förlorar sin udd, då man erinrar sig, hurusom 4 kap. Utsökningsbalken vimlar av bestämmelser, vilkas giltighet ingalunda är begränsad till lagsökningsförfarandet. Lagstiftarens placering av dem i Utsökningsbalken och i författningar, som uppgåvo sig såsom tillägg till denna, hava vi sökt (TRYGGER, »Kan man hos öfverexekutor lagsöka på vexel?» i N. J. A. Avd. II, 1887, 1 h. s. 11) förklara därmed, att han antagit, att den, som ägde skuldbrev, skulle hellre anlita det snabbare lagsökningsförfarandet än den mera besvärliga domstolsvägen, vadan det kunde synas lämpligt att i Utsökningsbalken på ett ställe samla bestämmelserna angående skuldbrev och därmed likställda förskrivningar.

Till sist vilja vi påpeka, att därest man icke tager för god denna av oss gjorda tolkning av 1798 års förordning, torde man svårigen kunna undgå att förklara lagstiftarens mening (därest han öfverhuvudtaget själv haft klart för sig saken) hava varit den, att ett skuldbrev, som av utgivaren var skrivet och underskrivet, skulle anses äkta, tills ett annat förhållande ådagalades. SCHREVELIUS a. a. s. 321 har verkligen icke tvekat att antaga en dylik tolkning. Han säger: »Slutligen kan det hända, att dokumentet allenast innehåller en av utgivaren åtagen förpliktelse. I sådant fall kommer det först och främst därpå an, om det samma är *äkta* och oförfalskat eller icke, och *detta supponeras det vara, tills motsatsen bevisas*, om en *viss i lagen föreskriven form* för sådana skrifter författande är behörigen iakttagen. Jfr Kungl. Förordn. d. 28 juni 1798 § 1.» Med den av oss försökta förklaringen av sistnämnda lagrum, hade detta ingen som helst betydelse för frågan om underskriftens äkthet. Vare sig dess bestämmelser voro iakttagna eller ej, måste den, som stödde sig på skuldebrevet, bevisa att namuteckningen var äkta, och med avseende på frågan, om detta bevis lyckats eller ej, hade domaren, som alltid vid skriftliga bevis, fri prövningsrätt. Först då denna äkthet var ådagalagd, blev den föreskrivna formens iakttagande av betydelse, *icke* därigenom att den berövade domaren hans rätt till fri bevisprövning, utan därför att underlåtenhet att iakttaga formen kastade beviskyldigheten i fråga

velsmal domarens fria prövningsrätt vara undanröjd. Och därest den av oss gjorda tolkning av berörda författningar är riktig, har lagstiftarens mening med desamma aldrig varit att begränsa domarens rätt till fri bevisprövning utan blott att för olika fall olika reglera bevisbördans fördelning mellan innehavaren och den förmente utfärdaren av den skriftliga handlingen.

Alltid var emellertid den, som grundade sin talan på den skriftliga handlingen, skyldig att bevisa namnteckningens äkthet. Först då denna stod fast och man skulle gå vidare, visade sig, på sätt i noten är angivet, den i nämnda författningar föreskrivna formens iakttagande av betydelse för bevisbördans fördelning.

Detta leder oss in på en viktig skillnad mellan olika privata handlingar med avseende på äkthetsbeviset för dem. Denna beror nämligen därpå, om handlingen är försedd med utfärdarens *underskrift* d. v. s. namnteckning *under* handlingen eller ej. Därest handlingen nämligen icke är undertecknad av den förmente utfärdaren, måste innehavaren, i händelse av bestridande, ådagalägga, att handlingen i sin helhet härleder sig från den förre d. v. s. att utgivaren vare sig själv skrivit den eller att den nedskrivits av någon annan på utgivarens begäran. Finns åter utfärdarens namnteckning under handlingen, måste vi anse, att vår svenska rätt, liksom så många utländska lagar,¹ tillvidare begränsar innehavarens bevisskyldighet till att gälla blott underskriftens² äkthet. Är namnteckningens äkthet av utfär-

om ovan angivna omständigheter, såsom tvång eller förledande, valuta etc., på skuldebrevets innehavare, under det att, därest den föreskrivna formen iakttagits, bevisskyldigheten med avseende på dem legat på den, vars namn stod under skuldebrevet. En liknande bestämmelse med den i 1798 års förordning finns i österrikiska A. G. O. § 114. Jfr VON CANSTEIN, »Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes», Berlin 1882, II s. 359.

¹ Se HAHN a. a. s. 328.

² Om denna bör innehålla utfärdarens såväl för- som efternamn eller endast ettdera eller om någon annan benämning är tillräcklig, har domaren att avgöra efter vad som med avseende på varje slag av skriftliga handlingar kan vara vanligt. Icke heller C. P. O. har därom någon särskild bestämmelse. Se SIEBENHAAR, »Kommentar zur deutschen Civilprozessordnung», Leipzig 1877, s. 424.

daren lämnad obestridd eller rent av erkänd, eller har bevis förebragts, som övertygat domaren om dess riktighet, blir utfärdaren, därest han påstår, att han visserligen skrivit namnet, men ej satt det *under* handlingen, utan att hans namnteckning blivit missbrukad genom skriftens sättande över densamma,¹ eller att den av honom underskrivna handlingens innehåll sedermera undergått någon förändring, bevisskyldig för dessa sina påståenden, såvida handlingen icke bär några spår av undergången förändring.² Grunden till att bevisskyldigheten sålunda träffar den, vars egenhändiga namnteckning står under handlingen, är samhällets behov av säkerhet beträffande det skriftliga beviset. Sannolikheten, för att allt är riktigt, är ock så stor, att den tillräckligt motiverar en omflyttning av bevisskyldigheten.³

Man saknar dock icke anledning att draga i tvivelsmål, att den svenske lagstiftaren verkligen velat på nu nämnda sätt fördela bevisskyldigheten i förevarande fall. Denna tvekan föranledes av bestämmelsen i § 24 Utsökningslagen, varest det heter: »Nu nekar den, som sökes, sin hand *och förskrivning*: har han ej förut vid domstol eller inför överexekutor erkänt

¹ Påstår han däremot, att han visserligen satt sitt namn under den ifrågavarande skriften, men att han därvid icke känt till dess innehåll eller blivit missledd med avseende på detsamma, så är detta icke någon anmärkning mot handlingens äkthet, utan mot giltigheten av den i densamma innehållna förklaringen. Jfr rättsfall i SEUFFERTS Archiv N. F. X n:o 179.

² NAUMANN synes oss gå för långt, då han även i det fall, att handlingen ostridigt är ändrad, anser handlingens utfärdare vara bevisskyldig, för att förändringen skett efter utfärdandet. Felet torde bero på, att NAUMANN icke fäst uppmärksamheten tillräckligt därpå, att påståendet, att ett skuldebrev *efter* utgivandet undergått den synliga förändringen, *icke* är framställandet av ett rättsfaktum, som upphäver den till sin uppkomst redan ådaga lagda fordringsrätten, utan är förnekande av själva den påstådda fordringsrättens uppkomst. Bevisskyldigheten måste således vila på innehavaren. Se N. T. XVII s. 472 f. Jfr ØRSTED, »Eunomia», I s. 215–217.

³ Se dock med avseende på dansk rätt NELLEMAN, a. a. s. 630: »Det maa fastholdes, at Beviisbyrden paaahviler Producenten, og det, han har at bevise, er ikke blot, at det Navn, der staaer paa Papiret, er Producti Underskrift, men ogsaa, at Productus har underskrevet det Document, som han nu gjør gjældende, i alle dets Ord og Puncter.»

fordringshandlingen eller ock, enligt å handlingen tecknat behörigt bevis, i tillkallat vittnes närvaro inför kronofogde, länsman, stadsfogde eller notarius publicus erkänt *handlingen*, varde målet *såsom tvistigt* till domstol förvisat.»¹ Med anledning av att detta lagrum föreskriver, att, då gäldenär nekat sin hand och förskrivning, målet alltid skall förvisas till domstol, så snart gäldenären ej på det föreskrivna sättet erkänt *fordringshandlingen*, kunde det ligga nära till hands att antaga, att om gäldenären inför de nämnda myndigheterna blott erkänt namnteckningens riktighet, målet borde förklaras tvistigt, vartill då anledningen kunde synas vara den, att lagstiftaren ansåge, att, även om namnets äkthet stode fast, bevisskyldigheten för handlingens äkthet fortfarande ålåge den, som grundade sin talan på densamma. Den anförda bestämmelsen i Kungl. Kungörelsen den 12 juni 1878, att fordringshandlingen skall ordagrant införas i protokollet, synes ock ha utgått ifrån nu angivna tolkning av förevarande bestämmelse i Utsökningslagen. Densamma står emellertid föga i harmoni med motiven till Utsökningslagen, varest såsom skäl för målets förklarande för tvistigt, så snart ovan bemälda erkännande ej givits, anföres, dels att en prövning av förnekandets sannfärdighet komme att grundas på vittnens utsagor, *handskrifters jämförande* och dylikt, dels ock att gäldenären borde av det stadgade kriminella ansvaret avhållas från att mot bättre vetande förneka sitt *namn*. Under sadana förhållanden, även om man måste tolka Utsökningslagen efter ordalagen, anse vi, att dess bestämmelse så mycket mindre får anses såsom ett uttryck för någon lagstiftarens uppfattning av bevisskyldighetens fördelning i förevarande fall, som hela stadgandet i § 24 ju är beroende därav, att gäldenären förnekar sin hand och förskrivning. Härav blir följden, att om gälde-

¹ Jfr Kungl. Kungörelsen om kronofogdes och stadsfogdes dagbok etc. den 12 juli 1878 § 7, som lyder: »Då med anledning av stadgandet i 24 § Utsökningslagen, *fordringshandling* av gäldenär inför kronofogde, länsman eller stadsfogde erkännes, skall däröver föras protokoll, vari *fordringshandlingen ordagrant* införas. I protokollet skall intagas uppgift, att gäldenären är av förrättningsmannen och vittnet känd, eller ock de upplysningar, som angående gäldenärens person erhållits; börande protokollet av förrättningsmannen och vittnet underskrivas.»

nären erkänner namnteckningen, men förnekar, att han satt den under förskrivningen eller velat förskriva sig etc., så fortgår ändock lagsökningsförfarandet.¹ Och något kraftigare bevis för vår mening, att då namnteckningens äkthet står fast, bevisskyldigheten därom, att den över densamma stående, icke ändrade skriften likväl är falsk, åligger undertecknaren, torde svårigen låta tänka sig.²

¹ På samma sätt, om galdenären visserligen förnekar sin hand d. v. s. att *han* skrivit namnet under handlingen, men erkänner förskrivningen d. v. s. att någon annan med hans vilja skrivit hans namn under densamma, så fortgår lagsökningsförfarandet. Är denna tolkning av uttrycket »hand och förskrivning» riktig, bör 22 kap. 13 § Strafflagen utläggas i överensstämmelse därmed.

² Häremot skulle man kunna göra gällande, att enligt vår tolkning av uttrycket »hand och förskrivning» överexekutor komme att fortsätta med målet, även om handlingen synbarligen vore ändrad, i vilket fall likväl enligt vår i det föregående framställda åsikt, bevisskyldigheten icke träffade undertecknaren av handlingen. Denna invändning förlorar dock sin betydelse, då man betänker, att handlingen själv bevisar ändringen, vadan målet på grund av § 27 måste förklaras tvistigt. Varje behov av att-av *denna* anledning göra en förändring av bestämmelsen i § 24 saknades således.

Vi kunna för övrigt nämna, att H. D. tyckes anse handlingens utfärdare vara bevisskyldig för förfalskningen av densamma, även om den är ändrad. Annorlunda kunna vi ej förstå den ändring, H. D. i ett rättsfall (N. J. A. VI s. 420) gjorde i Hovrättens motivering. H. D. yttrade: »Med avseende å vad i *saken* förekommit till stöd därför, att det av B. d. 21 nov. 1874 utgivna skuldebrev blivit, på sätt han påstått, förfalskat.» Hovrätten: »Då emot B:s bestridande *icke blivit styrkt att etc.*» Se ock rättsfall s. 13.

De i N. J. A. IV s. 187 och VI s. 29 och 420 (med avseende på borgensförbindelsen) förekommande rättsfall avgöra däremot icke frågan om bevisskyldigheten för förfalskningen, utan denna betraktas där som irrelevant.

Att rättssäkerheten tillgodoses genom den av H. D. i dessa fall antagna mening, hålla vi för lika osannolikt, som att den befordras av dess fördelning av bevisskyldigheten i fråga om förfalskningen. Förskrivningen skall visserligen vara ett skydd för borgenären, då han skall fullgöra den *honom* åliggande bevisskyldighet i fråga om grunden för fordringsrätten, men man skjuter tydligen över målet, om man gör den till ett ständigt hot för galdenärens ekonomiska ställning. Det är icke allt för svårt för borgenären att vägra emottaga en skriftlig handling, som är ändrad; det är däremot ytterligt svårt för galdenären att visa, att ändringen skett efter utgivandet. Ålägger man honom bevisskyldighet därför, så blir han tvungen att, såsom NAUMANN (N. T. XVII s. 473) verkligen råder honom till, »tillkalla kända, ojäviga vittnen vid

Huru frågan om handlingens äkthet däremot skall bedömas, då en person, som ej kan skriva, därunder satt sitt bomärke eller ett tecken, tilltro vi oss ej att kunna avgöra. Det synes oss emellertid, som om bestämmelsen i 15 kap. 4 § Rättegångsbalken bör föranleda därtill, att såvida genom tvenne »trovärdiga» vittnens eller offentlig myndighets underskrift är styrkt, att utfärdaren satt sitt bomärke under handlingen, det anses, som om hans namnteckning där vore till finnandes.¹ Därest bomärket ej är på nu angivna sätt bestyrkt, blir följdén dock icke den, att handlingen blir ogiltig såsom bevismedel, utan endast den, att densamma, vad äkthetsfrågan angår, blir att bedöma såsom en icke underskriven handling.

Vad nu beträffar *sättet* att styrka en privat handlings äkthet, beviset må gälla handlingen i dess helhet eller underskriften, så hava vi redan förut angivit, att härtill kunna användas alla i lagen erkända bevismedel, samt att domaren efter fri övertygelse avgör, när äktheten är bevisad. Men ehuru således såväl de användbara bevismedlen som domarens prövningsrätt icke äro underkastade någon begränsning, är det i alla fall icke utan intresse att särskilt fästa uppmärksamheten på vissa sätt, varpå äktheten kan ådagaläggas. Lagstiftaren har själv givit en anvisning härom i den i det föregående anförda bestämmelsen i § 24 Utsökningsbalken. Där nämnes först, att utfärdaren inför domstol eller överexekutor erkänt fordringshandlingen. Därvid göres ingen skillnad på, om detta erkännande givits under rättegång eller om det särskilt avgivits för att för framtiden konstatera äktheten.² Denna omständighet, att vid lagsök-

förbindelsers utfärdande». Alltså, då en gäldenär ger sin borgenär ett skriftligt bevismedel, måste han, för att rädda sig från ruin, tillkalla vittnen. Och han är ändå icke hjälpt, ty vittnen kunna dö etc. Han måste således höra dem för dödsfalls skull för att vara skyddad mot den av honom utgivna handlingens förfälskning.

¹ Jfr C. P. O. § 405, WILMOWSKI-LEVY a. a. I s. 564. Med avseende på fransk rätt ZACHARIÄ, »Handbuch des französischen Civilrechts», Heidelberg 1886, IV s. 545.

² Vid domstol sker detta på det sätt, att utfärdaren ber att få handlingen till framtida säkerhet införd i rättens protokoll, varom den förses med anteckning. Huruvida överexekutor är skyldig att bifalla en begäran

ningsförfarandet varje erkännande av den i § 24 nämnda beskaffenhet anses såsom fullt bevis för äktheten, är emellertid ej av avgörande betydelse för *domarens* ställning i det ordinära civila förfarandet. Visserligen kunde det synas, som om stadgandet i 17 kap. 36 § Rättegångsbalken att »känd sak är så god som vittnad», så snart saken vidgåtts »*inför rätta*», borde föranleda därtill, att i allmänhet ett inför domstol avgivet erkännande av saken borde av domaren tagas för gott. Men även om denna tolkning, som man i allmänhet givit åt 36 §, är riktig, så följer därav likväl icke, att ett dylikt erkännande av en *skriftlig handlings* äkthet binder domaren, ty denne äger ju på grund av § 1 i 17 kap. fri prövningsrätt även i fråga om den skriftliga handlingens *riktighet*. Och där dylik prövningsrätt gäller, kan ett inför rätten avgivet erkännande, betraktat såsom bevismedel, ingalunda alltid vara tillräckligt för att konstatera handlingens äkthet. Endast då erkännandet avgivits i den i varje fall förevarande rättegången eller ock skett inför domstol i avsikt att slå fast äktheten, kan domaren bliva därav bunden; detta dock icke därför att ett fullt bevis om äktheten därigenom åstadkommits, utan därför att parten på grund av sin fria dispositionsrätt förklarat sig vilja låta handlingen mot honom gälla såsom äkta. Vad som nu sagts om ett inför domstol avgivet erkännande av handlingens äkthet, har sin fulla tillämpning med avseende på ett inför överexekutor skett erkännande. Enda skillnaden är den, att saken här, på grund av att § 36 i 17 kap. Rättegångsbalken icke är tillämplig på ett dylikt erkännande, är så mycket påtagligare.

Vad därefter angår det fall, då äktheten erkänts inför kronofogde, länsman etc., på sätt § 24 Utsökningslagen föreskriver, så är det uppenbart, att erkännandets dispositiva och icke dess bevisande kraft är bestämmande för domarens bundenhet av detsamma.¹

om en handling intagande i dess protokoll på nu angivna sätt, är tvivelaktigt. Möjligen förutsätter § 24 Utsökningslagen, att en dylik skyldighet vilar på överexekutor.

¹ Likställt med att handlingen inför nämnda personer erkänts är tydligen det förhållande, att densamma inför dem underskrivits.

Ser man nu bort från de fall, då erkännande av handlingens äkthet i avsikt att fastställa denna skett inför någon myndighet eller person, som har till uppgift att genom sitt protokoll fastslå vad inför densamma tilldragit sig, och tänker sig ett dylikt erkännande annorstädes, utom rättegång, avgivet, så följer av vad vi förut så ofta påpekat, att domaren med avseende på ett dylikt erkännandes bevisande förmåga har rätt till fri bevisprövning. Ett sådant erkännande kan emellertid, även det, vara av dispositiv natur. Försåvitt detta är fallet, måste domaren tydligen betrakta äktheten såsom faststående, så snart han blivit övertygad om, att erkännandet verkligen av handlingens utfärdare till motparten avgivits. Icke heller detta är, såsom lätt inses, någon inskränkning i domarens fria prövningsrätt. En verklig inskränkning i denna torde det emellertid hava varit den svenske lagstiftarens mening att göra. Denna består icke däri, att gamla handlingar i fråga om äkthetsbeviset skulle hava något företräde,¹ som icke berodde därpå, att domarens övertygelse om deras äkthet rent faktiskt bör vara lättare att skapa. Däremot synes en med utfärdarens sigill försedd handling icke utan vidare kunna, på grund av ett blott bestridande, förkastas.² Detta gäller dock huvudsakligen äldre dokument. I våra dagar torde sigillens betydelse för äkthetsfrågan vara på god väg att helt och hållet upphöra. Vad sigillet icke förmår, är däremot tvenne vittnens å handlingen befintliga intyg om handlingens eller underskriftens äkthet i stånd att åvägabringa. I allmänhet äger, såsom vi förut nämnt, ett skriftligt vittnesintyg, som icke beedigas eller dessförutan av parterna godkännes, icke någon synnerligen stor förmåga att bevisa, övertyga. Då emellertid tvenne vid tillfället ojäviga personer bestyrkt en handlingens äkt-

¹ Den, som intresserar sig för de regler, man velat uppställa med avseende på gamla handlingar, kunna vi hänvisa till SPANGENBERG, »Die Lehre von dem Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden», Heidelberg 1827, II s. 3 f.

² Detta torde vara grunden till bestämmelsen i 15 kap. 4 § Rättegångsbalken: »eller viser hans öppna brev därom med *insegel*». Med avseende på den stora betydelse sigillet i äldre tider hade, se STRIPPELMANN, »Der Beweis durch Schrift-Urkunden», Cassel 1860, I s. 57 f.

het, fordrar rättssäkerheten, att dess äkthet icke genom ett blott bestridande kan ifrågasättas. I ett land som vårt, varest en ordnad notariatsinstitution icke finnes, och där lagen även för de viktigaste rättshandlingar såsom form föreskriver blott vittnen och skrift, måste det anses hava varit lagstiftarens mening, att en skriftlig handling, försedd med vittnesintyg om underskriftens äkthet, icke skall falla för ett enkelt bestridande av dess riktighet. Huru länge handlingen, i händelse vittnena av ena eller andra anledningen icke kunna höras, får tagas för god, är där- emot förenat med icke ringa vansklighet att avgöra. Det riktiga torde vara att säga, att handlingen gäller för äkta, till dess omständigheter förebringas, som göra ett tvivel på dess äkthet berättigat. Ett uttryckligt stadgande i denna riktning kunde för visso vara erforderligt. Redan Lagkommittén¹ föreslog en så lydande bestämmelse: »Ej skall handling ogild vara, förty att någon, som den bevitnat, dött eller jävig blivit eller ej kan till rätta skaffas att sitt vittnesmål med ed fästa, *där ej omständigheter förekomma, som handlingens trovärdighet förringa.*»² Denna mening har ock gjort sig i praxis gällande och har fått ett klart uttryck i en av H. D. nyligen avkunnad dom.³ Då denna gäller ett fall, då skrift och vittnen äro form, är det tydligt, att regeln så mycket mer måste vara tillämplig, då så ej är förhållandet.

Innan vi lämna frågan om den privata handlingens äkthet, vilja vi fästa uppmärksamheten på det sätt att bevisa densamma, som består i jämförande av skriften med utgivarens vanliga handstil. I allmänhet torde våra svenska domstolar icke vara benägna att anse fullt bevis om handlingens äkthet kunna på denna väg åstadkommas.⁴ Erkännas måste ock, att det icke är

¹ »Förslag till allmän civillag», §. 244; 22: 8 R. B.

² Jfr NAUMANN i N. T. II s. 7 f., XIV s. 186.

³ N. J. A. XIII s. 15. »Emedan E. bestritt riktigheten av det av J. åberopade i E:s mans namn den 28 dec. 1868 för J. utfärdade (vederbörligen bevitnade) salubrev å ifrågavarande hemmansdel och påstått, att hennes mans å handlingen befintliga namn icke vore av honom skrivet, ty och som till *förringande* av J:s enligt denna handling påstådda rätt till hemmanet förekomme att etc., alltså och då, *emot vad sålunda förekommit*, J. icke styrkt sig äga rätt att framför E. innehava ifrågavarande hemmansdel» etc.

⁴ Jfr rättsfall i N. J. A. XI s. 335.

fritt från stor vansklighet att genom jämförelse av handstilen komma till ett säkert resultat. Omöjligt torde det dock icke vara, särskilt då icke blott underskriften utan hela handlingen är av utfärdaren egenhändigt skriven. Lagkommittén har därför icke dragit i betänkande att anvisa domaren denna utväg för att bilda sig en övertygelse i fråga om en handlingens äkthet. I motiven till 22 kap. Rättegångsbalken yttrar Kommittén: »Då någon nekar en handskrift, som ej kan styrkas med annan bevisning, blir det nödigt att söka upplysning i skriftens egen beskaffenhet, därigenom att den noga jämföres med dens stil, som påstås hava utgivit den.»

Vill man icke lämna alltför stort utrymme åt oredligheten, torde man icke kunna undvara detta medel för sanningens utforskande.¹

Den utländska lagstiftningen har ock i rikt mått betjänat sig av detsamma. Särskilt den franska rätten har givit särdeles utförliga bestämmelser för det tillvägagående, som därvid skall iakttagas. Som bekant föreskriver den franska rätten såsom regel ett särskilt förfarande, »vérification des écritures», vari en privat handlingens äkthet, i händelse av bestridande från motpartens sida, skall debatteras och avgöras. Därest härvid den bevisskyldige vill ådagalägga skriftens äkthet genom handstilens likhet med utgivarens vanliga, kan detta ske därigenom, att vittnen, som känna utgivarens handstil, intyga en dylik likhet, eller ock därigenom, att särskilda sakkunniga efter jämförelse med andra skrifter, som otvivelaktigt härröra från utgivaren, giva sitt utlåtande i frågan. Domaren är emellertid ej bunden av dessa sakkunnigas åsikt, utan har att fritt pröva, vilken tilltro den förtjänar.² Detta oaktat har man likväl ansett, att blotta nödvändigheten för domaren att höra dessa sakkunniga är något, som borde avskaffas, enär domaren ofta bättre än nämnda lärda herrar kunde bedöma saken. I Genève har ock genom lagen av

¹ Även som motbevis för att rubba den övertygelse om äktheten, som huvudbeviset eljest kunnat vara ägnat att åstadkomma, kan granskning och jämförelse av handstilen göra tjänst. Jfr rättsfall hos ØRSTED, »Juridisk Arkiv», XVII s. 101.

² BONNIER, a. a. II s. 293—318.

den 29 september 1819 domaren blivit befriad från skyldigheten att höra dessa sakkunniga. Vill han höra dem, står det honom fritt, men han är dock själv den, som i första hand skall jämföra handstilen i de särskilda handlingarna. Dessa bestämmelser motiverades av BELLOT på ett sätt, som visar, att de i Frankrike förekommande experterna för jämförande av handstilar, dessa *maîtres d'écriture*, som BELLOT kallar dem, icke just hade skördat lagrar vid utövandet av sitt yrke eller genom sin konst varit samhället till någon synnerlig nytta.¹ Den nyare tyska processlagstiftningen har icke heller adopterat den franska rättens stadganden i frågan, utan däremot ställt i domarens fria skön att höra sakkunniga.² För att något missförstånd icke skall kunna uppstå därom, att domaren kan anse handlingens äkthet eller icke-äkthet *fullt* bevisad genom skriftjämförelsen, har man med avseende på resultatet av densamma uttryckligen uttalat, att domaren äger att efter fri övertygelse bedöma detsamma. Icke heller den franska rättens begränsning i fråga om de skrifter, som få användas vid jämförelsen av handstilen,³ har C. P. O. antagit, utan domaren har att avgöra, när en handling lämpar sig för ändamålet.⁴ I den händelse att för jämförelsen lämpade skrifter befinna sig hos motparten eller tredje man, gälla om deras skyldighet att förete dem samma regler, som äro givna för det fall, att den hos nämnda personer befintliga handlingen, betraktad såsom *skriftligt* bevis, är av betydelse för rättegången. Brister motparten i fullgörandet av den honom ålagda skyldighet att förete den begärda skriften, eller avlägger han icke den s. k. editionseden, anses den bevisskyldige ha lyckats i sitt bevis,

¹ BELLOT, »Loi sur la procédure civile du canton de Genève», Genève 1877, s. 90.

² Jfr C. P. O. §§ 406—407.

³ Code de procédure art. 200.

⁴ PLANCK hade redan i sin granskning av förslaget till en ny processlag för Bayern i Kritische Vierteljahrsschrift IV s. 269 påpekat de praktiska olägenheter, som kunde uppkomma genom begränsningen i den franska rätten. Huru en begränsning i förevarande avseende uppkom i romerska rätten, se KLÜPFEL »Ueber die Vergleichung der Handschriften nach römischen Rechte» i Archiv für die civilistische Praxis II s. 333 f.

d. v. s. den handling, vars äkthet eller icke-äkthet¹ genom skriftjämförelsen skulle ådagaläggas, tages för sådan, som han påstått den vara.

Någon särskild bestämmelse beträffande föreliggande frågor finns icke i den svenska rätten. Blott så mycket torde kunna antagas för säkert, att samma regler, som man anser sig böra erkänna med avseende på editionen av skrift, då meningen är att använda den såsom skriftligt bevis, även böra gälla för den händelse, att en skrifts framläggande av motpart eller tredje man äskas blott för att genom jämförelse av handstilen styrka en annan handlings äkthet. Någon anledning att göra skillnad mellan det fall, då skriftens yttre utseende är relevant i den förevarande rättegången, och det, då den i densamma innehållna förklaringen är vad som i målet äger betydelse, torde svårigen kunna anses vara tillstädes.

Vad därefter angår det äventyr, för vilket motparten ut-sätter sig genom att ej efterkomma en honom åliggande editionsskyldighet, då dess fullgörande för ifrågavarande ändamål äskas, torde man, då lagstiftaren icke stadgat någon viss menlig påföljd för dylik underlåtenhet, icke kunna antaga följderna av densamma (frånsett möjligt vite, vartill handlingens innehavare kan fällas) vara någon annan, än att domaren häri kan finna en omständighet, som talar för riktigheten av vad genom skriftjämförelsen skulle ådagaläggas. Huru »bindande» denna omständighet bör anses vara, äger således domaren att fritt pröva. Å andra sidan måste dock erkännas, att en bestämmelse om påföljden av dylik underlåtenhet, liknande den i C. P. O. förekommande, torde vara väl ägnad att i vår rätt upptagas. Den, som icke vill underkasta sig att giva sin motpart tillfälle att

¹ C. P. O. § 406 säger visserligen blott, att under nämnda förutsättningar »der *Echtheitsbeweis* gilt als geführt», men såsom WILMOWSKI-LEVY a. a. I s. 566 anmärka, gäller denna regel även det fall, då bevisföringen går ut på att ådagalägga handlingens falskhet.

Klart är, att om den, som stöder sig på handlingen, påstår, att densamma eller underskriften är gjord av någon annan person än utställaren på dennes begäran, så blir ett genom jämförande med utställarens handstil fört bevis fullkomligt irrelevant.

begagna sig av ett i regel så svagt medel för bevisande av äktheten som skriftjämförelsen, har icke skäl att beklaga sig, om hans bestridande av äktheten lämnas obeaktat.

Beträffande åter frågan, om motparten kan anses skyldig att inför domstolen eller sakkunniga egenhändigt skriva något, som sedermera skulle tjäna såsom medel för jämförelse av handstilen, synes det oss, som om den svenska rätten överensstämde med C. P. O. däri, att någon dylik skyldighet icke åligger honom. Det torde ock kunna dragas i starkt tvivelsmål, om ett stadgande, varigenom ifrågavarande förpliktelse fastställdes, de lege ferenda vore att förorda.

Vad vi i det föregående yttrat med avseende på frågan om den privata handlingens¹ äkthet, har sin egentliga tillämpning blott på en i huvudskrift företedd handling. Framlägges endast en avskrift och ifrågasättes originalets äkthet, kommer den, som åberopar den skriftliga handlingen, ingalunda lika lätt ifrån saken. Icke ens om motparten själv är den förmente utfärdaren av handlingen, kan denne anses skyldig att bestämt förneka eller erkänna originalets äkthet, utan han kan fordra att, innan han yttrar sig därom, få se handlingen. Förnekar han emellertid äktheten, så torde han icke göra detta under det i 22 kap. 13 § Strafflagen stadgade ansvaret. Erkänner han visserligen, att han underskrivit en handling, sådan som den ifrågavarande, men därjämte påstår, att densamma sedermera undergått förändring, och att avskriften är en avskrift av det sålunda förändrade originalet, så är det den andra partens sak att föra bevis därom, att så icke är förhållandet. Detta bevis är synnerligen svårt och torde oftast kunna föras endast genom intyg av myndighet eller beedigade vittnesutsagor, att originalet vid avskrivandet noga undersökts och saknade varje spår av förändring i det uppgivna avseendet. Ett lämpligt medel att få avskriften, vad äkthetsfrågan angår, likställd med originalet, är, att handlingens utfärdare tecknar ett erkännande på avskriften,

¹ Att den privata handlingens äkthet icke presumeras blir av stor betydelse, då gäldenär betalar en skuld, som av borgenären på annan transporterats. Jfr rättsfall i N. T. V s. 319.

att originalet är äkta, vilket erkännandes äkthet dock tydligen själv måste bestyrkas. Man kan ock, särskilt då vidimationen sker av offentlig myndighet, gå tillväga på det sätt, att handlingens utfärdare muntligen erkänner originalets äkthet, varom då myndigheten ger intyg i sammanhang med bestyrkandet av avskriftens likhet med originalet.

I övrigt torde man med skäl kunna säga att, vad originalens äkthet beträffar, företeendet av endast en avskrift till den grad komplicerar förhållandet, att nästan inga regler på förhand kunna uppställas, utan det bästa är, att lagstiftaren liksom vetenskapen överlämnar åt domarens skarpsinne att i varje fall finna det riktiga. Endast en sak bör ständigt för domaren upp repas, och det är, att det skriftliga bevisets företräden i regel endast tillkomma ett bevis i original.¹ Kan blott en avskrift företes, är man för utfäendet av sin rätt i högsta grad beroende av motpartens redlighet.

Den skriftliga handlingens formella beviskraft.

I motiven till tyska C. P. O. heter det med avseende på §§ 380 och 381² i nämnda lag, »att i dem bestämmes den for-

¹ Innan vi lämna äkthetsfrågan, anse vi oss böra rikta uppmärksamheten på stadgandet i C. P. O. § 231, enligt vilket en fastställelseklagan även gives en person, som har ett rättsligt intresse i att en skriftlig handling äkthet eller icke-äkthet på förhand genom dom fastslås.

² Då det, för att kunna förstå den följande framställningen, är nödvändigt, att man har nämnda stadgandens innehåll för ögonen, anföra vi dem här. § 380: »Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges. Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.» § 381: »Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.»

mella beviskraften hos sådana offentliga och privata urkunder,¹ som innehålla uttalanden, förklaringar (Eklärungen). Varje urkund, som innehåller en förklaring, bevisar, att den senare avgivits. Denna beviskraft hava enligt §§ 380 och 381 såväl offentliga som privata urkunder och detta utan hänsyn till förklaringens innehåll. Att göra skillnad mellan viljeförklaringar (rättsliga dispositioner och andra viljeförklaringar av juridisk betydelse) och övriga förklaringar (erkännanden av — för den erkännande — menliga fakta och utsagor, Zeugnisse), är med avseende på den *formella* beviskraften icke berättigat. §§ 380, 381 tala därför blott om »förklaringar». Endast den *materiella* beviskraftens omfång är olika, allteftersom förklaringen är ett erkännande av menliga fakta eller en utsaga eller innehåller en viljeförklaring.»² Av dessa motivens uttalanden skulle man vara benägen att tro, att deras författares mening varit att fastslå, att liksom en, på sätt i § 381 sägs, undertecknad äkta³ privat handling åstadkommer fullt bevis för, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits av utställaren, så ådagalägger en vederbörligen upprättad offentlig handling, att utfärdaren avgivit den förklaring, som däri innehålles, d. v. s., i det i § 380 omnämnda fall, att myndigheten etc. *avgivit* den förklaring, att inför densamma en annan person avgivit en förklaring med det innehåll, som uppgivits i handlingen. Endast på detta sätt blir det motsvarighet mellan bestämmelserna i § 380 och § 381. Såsom förstnämnda paragraf visar, har emellertid den tyske lagstiftaren icke i nu nämnda omständighet funnit det sammanhållande bandet mellan nämnda lagrum, utan då han förklarat ifrågavarande paragrafer behandla urkunder över förklaringar, har han i § 380 avsett den förklaring, som myndigheten intygat hava skett inför densamma, vilket intygande objektiverats i urkunden, samt i § 381 haft tanken riktad på den förklaring, som själv objektiverats i urkunden. Emellan båda dessa fall

¹ *Urkund* tages naturligtvis här i den betydelse, uttrycket äger enligt tysk terminologi.

² HAHN a. a. II Avd. 1 s. 320.

³ Handlingens äkthet förutsättes i samtliga §§ i C. P. O., som tala om urkundernas beviskraft.

är emellertid en väsentlig skillnad. Endast den i en handling innehållna förklaringen från handlingens utställare är nämligen vad som kan överlämnas genom den ifrågavarande handlingen. Blott med avseende på den kan man tala om handlingens formella beviskraft. Vad åter angår den inför handlingens utfärdare avgivna förklaring, vars avgivande denne i handlingen intygar, så är det handlingens materiella beviskraft d. v. s. beviskraften hos den genom handlingen omedelbart överlämnade förklaringen, som man har att pröva, då man skall avgöra, huruvida vad handlingens författare intygat verkligen passerat. Den tyske lagstiftaren har således, vad de offentliga handlingarna angår, verkligen givit regler för bevisvärdet av den i handlingen innehållna förklaringen. Om denna sak skulle kunna synas tvivelaktig med avseende på det fall, då den offentliga handlingen har det i § 380 nämnda innehåll, torde däremot § 383¹ skingra varje tvekan. Antag t. ex. att handlingen i fråga är ett intyg av en präst och att den innehåller, att en viss person döptes den eller den dagen. Icke är den skriftliga handlingen något uttryck för själva dopakten, icke överlämnar den för betraktaren det döpta barnet. Förvisso återgiver den däremot den intygande prästmannens förklaring. Intyget *är* hans förklaring, att ifrågavarande person fick dopet den uppgivna dagen. Att denna förklaring av honom *har* avgivits, är det i tiden föregående faktum, som genom själva den skriftliga handlingen ådagalägges. I *detta* avseende är detta prästbevis fullt likställt med en av dess utfärdare undertecknad privat handling, innehållande, att han sett A våldföra sig i kyrkan på B. Ty bortser man från denna utsagas förmåga att tjäna som bevis för ifrågavarande våld, ådagalägges genom densamma, att berörda prästman vid ett tillfälle, som föregått det närvarande, avgivit en dylik utsaga.

Frågar man sig nu om orsaken därtill, att den tyska lagen med avseende på de offentliga handlingarna endast givit bevisregler för deras materiella beviskraft, men däremot ej för deras

¹ »Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin *bezeugten Thatsachen.*»

formella beviskraft d. v. s. deras förmåga att bevisa, att den i handlingen innehållna förklaringen verkligen avgivits av den myndighet, som ostridigt utfärdat densamma, så kunde det synas, som om det svaret låge närmast till hands, att då handlingen är äkta (och detta är ju förutsättningen för lagens bestämmelser), så är det naturligt, och därför överflödigt att särskilt anmärka, att den i handlingen innehållna förklaringen avgivits av utfärdaren. Är detta svar tillfredsställande? Mot detsamma kan man göra gällande, att samma skäl bort föranleda lagstiftaren till att icke upptaga bestämmelsen i § 381, att en privat handling av där angivna beskaffenhet utgör fullt bevis för, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits av utställaren. Vore det nämligen så, att en handlings äkthet innebure detsamma, som lagstiftaren menar, då han säger, att den i densamma innehållna förklaringen av utställaren *avgivits*, så synes lagstiftaren ha bort välja mellan att antingen utelämna varje stadgande, varigenom nämnda självklara sak uttalades, eller ock att för alla handlingar giva ett generellt stadgande, vari uppmärksamheten riktades på nämnda förhållande. Den senare utvägen synes WENDT¹ ha ansett vara att förorda. Efter att ha anfört innehållet av § 381, fortsätter WENDT på följande sätt: »Entkleidet man diesen Satz seiner besonderen Beziehung auf Privaturkunden sowie derjenigen Momente, welche als Grundlage des vollen Beweises darin vorkommen, so heisst er: Urkunden liefern Beweis dafür, dass die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Nicht mehr und nicht weniger sollte aber überhaupt von allen und jeden Urkunden formulirt werden; dieser Satz ist in allen Anwendungen und Beispielen des Urkundenbeweises richtig. Es gibt keine Gradationen der Beweistauglichkeit der Urkunden; weder besitzen die öffentlichen Urkunden ein Plus gegenüber den Privaturkunden, noch kommen sonstige Unterscheidungen in Betracht. Jede Urkunde überliefert die in ihr enthaltene Willenserklärung dem Richter zu unmittelbarer Wahrnehmung und ist deshalb Beweis-

¹ A. a. s. 311. Jfr HELLMANN, »Lehrbuch des deutschen Civilprozess-rechtes«, München 1885, II s. 532.

mittel für sie vom Standpunkt der Partei und Erkenntnissmittel für den Richter. Die urkundliche Niederschrift oder Niederlegung hat die Willenserklärung verkörpert, sie dauernd für Jeden erkennbar gemacht, der die Urkunde liest.»

Otvivelaktigt är, att en bestämmelse, sådan som den av WENDT föreslagna, kan vara väl ägnad att uttala den äkta handlingens formella beviskraft. Det synes oss dock, som om WENDT icke tillräckligt betonat, att det likväl är en skillnad emellan, att en handling är äkta d. v. s. i dess nuvarande gestalt härleder sig från utfärdaren, och att densamma bevisar avgivandet av den i densamma innehållna förklaringen. Man kan förvisso skriva en handling, som innehåller en förklaring, utan att ha för avsikt att därmed avgiva denna förklaring. Handlingen kan vara ett utkast, den kan vara ofullbordad, för att ej tala om, att man kan öva sig i skönskrivning. Att så icke är förhållandet, är det tydligen dens sak att bevisa, som åberopar sig på handlingen. Oftast får den bevisskyldige detta bevis, så att säga, på köpet, då han bevisar äktheten. Då denna emellertid ådagalägges genom jämförelse och granskning av handstilen eller då motparten erkänner, att han skrivit eller undertecknat handlingen, är förhållandet ett annat. Påstår han därvid, att något av ovannämnda fall eller något annat dylikt varit tillstådes, står den, som åberopar handlingen, inför en bevisskyldighet, som ingalunda är lätt fullgjord. En uttrycklig bestämmelse, varigenom en innehavare av en handling skyddas mot att genom ett dylikt tillvägagående från motpartens sida gå miste om fördelen av handlingens användande såsom bevismedel, är därför av behovet påkallad. Och enligt FITTINGS¹ mening är det just avsikten med stadgandet i § 381 C. P. O. att utsäga, »att blott den underskrivna eller förmedelst vederbörligen styrkt bomärke undertecknade urkunden *utan vidare* lämnar bevis därom, att utfärdaren verkligen har velat *förklara* det, som enligt urkundens ordalag däri förklarats, att således urkunden icke är ett blott utkast, som dess upphovsman ännu

¹ »Zur Auslegung der Reichs-Civilprocessordnung» i Archiv für die civilistische Praxis N. F. XI s. 434 f.

icke betraktat såsom en verklig förklaring». I den mån t. ex. för en viljeförklarings fullbordande dessutom erfordras, att utställaren *utgiver* själva den skriftliga handlingen, är det klart, att förklaringen, först sedan så skett, blir *bindande*. Men detta är något, som tydligen icke står i strid mot bestämmelsen i § 381.¹

Vad de offentliga handlingarna angår, så garanterar den föreskrivna formens iakttagande, att utfärdarens däri innehållna förklaring fått den avslutning och fullbordan, som han velat giva densamma. Häri är möjligen den riktiga orsaken därtill, att C. P. O. med avseende på offentliga handlingar icke har någon generell bestämmelse, som motsvarar § 381.

Med tyska lagen må emellertid vara huru som helst; vad den svenska rätten angår, anse vi otvivelaktigt, att man kan uppställa följande regler angående den skriftliga handlingens formella beviskraft.

En offentlig handling bevisar till fullo, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits av dess utställare. Och såsom nyss angivits, var det den föreskrivna formens iakttagande, som gav säkerhet för, att handlingen fått sin avslutning. Härvid är dock att märka, att man i detta fall, då äktheten ju är klar (ty det är förutsättningen), endast i den händelse har att fästa väsentlig vikt vid den *brukliga* formens iakttagande, att denna form anses nödvändig för handlingens perfektion.

Vi komma nu till frågan: vad är det för slags bevis, som den offentliga handlingen representerar, då den sålunda bevisar avgivandet vid en föregående tidpunkt av den i densamma innehållna förklaringen?² Man har sagt, att då handlingen är den, så att säga, förkroppsligade förklaringen, så är handlingen att betrakta såsom ett syneobjekt, och genom syn vunne domaren *direkt* övertygelse om förklaringens avgivande. Detta är emellertid enligt vår åsikt icke riktigt.

Sant är visserligen, att den skriftliga handlingen är ett

¹ Jfr FITTING, »Der Reichs-Civilprocess», Berlin 1884, s. 182 n. 12.

² Härvid bortse vi helt och hållet från förklaringens bevisvärde i förhållande till något annat faktum och tänka oss själva förklaringens avgivande såsom factum probandum.

syneobjekt d. v. s. ett föremål, vars existens och yttre egenskaper genom iakttagelse omedelbart kunna ådagaläggas. Vore det således blott fråga om att bevisa det faktum, att den ifrågavarande skriften innehöller en så eller så lydande förklaring, är det icke underkastat något tvivel, att detta direkt bevisades därigenom, att domaren synade handlingen, på samma sätt som då det gällde att bevisa, att på det papper, som utgjorde handlingens underlag, en viss bläckfläck befunno sig. För denna saks bevisande kunde emellertid skriften själv ej betraktas såsom bevismedel, ty skriften själv, såsom ägande en viss beskaffenhet, var ju själva bevisemat; bevismedlet vore i så fall domarens iakttagelse. Bevismedel blir *skriften*, först då man från densammas innehåll eller beskaffenhet i övrigt sluter till ett annat faktum. Och såsom vi förut angivit, det egendomliga för skrifts behandlande som *skriftligt* bevis är just, att man från dess innehåll sluter till avgivandet av den i densamma innehållna förklaringen. I förhållande till denna förklarings avgivande, såsom bevistema, kan onekligen själva handlingen hänföras under *bevismedlet* »syneobjekt». Ehuru skriften icke kan anses såsom bevismedel för sitt eget innehåll eller, mera utförligt, ehuru denna skrift d. v. s. en skrift med detta innehåll icke kan anses såsom bevismedel för, att skriften *har* detta innehåll, så är dock intet hinder för, att den omständigheten, att denna skrift innehåller den ifrågavarande förklaringen, d. v. s. denna skrift, såsom innehållande nämnda förklaring, kan anses såsom bevismedel för, att förevarande förklaring av utställaren avgivits.

Granskar man denna utredning, skall man finna, att vid skriftliga handlingars användande såsom skriftliga bevis, beviskedjan ter sig på samma sätt som vid varje annat bevis. Den börjar med en domarens iakttagelse av ett faktum, varifrån han sedan sluter till ett annat faktum o. s. v., ända tills han kommer till factum probandum. Är nu avgivandet av den i den skriftliga handlingen innehållna förklaringen bevisemat, så är bevisningen ingalunda fullbordad genom handlingens synande, utan sedan domaren därigenom övertygat sig om, att handlingen innehåller den ifrågavarande förklaringen, måste han därefter

göra det slut, att densamma *verkligen såsom förklaring* av handlingens utställare avgivits. Detta är en synnerligen viktig sak att beakta även med avseende på frågan, om domaren ex officio kan infordra en skriftlig handling, som innehåller den förklaring, vars avgivande är bevisemat. Gäller det som regel inom vår process, att domaren endast i det fall äger ex officio föra in ett bevismedel i processen, då detta bevismedels uppkomst och upptagande sammanfålla samt intet annat förut existent bevismedel därmed blir processmaterial, eller, med andra ord, då bevismedlet består av domarens iakttagelse av factum probandum, så är det med den av oss framställda uppfattningen tydligt, att domaren även i det fall, då avgivandet av den i den skriftliga handlingen innehållna förklaringen är bevisema, icke äger ex officio¹ anordna den skriftliga handlingens framläggande.

Den av oss nu påpekade skillnad mellan den skriftliga handlingens innehåll och det faktum, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits, blir tydligare och rent av i ögonen fallande, då tid och rum för förklaringens avgivande verkligen äga någon betydelse. Innehåller nu handlingen tid och ort för dess utställande, så faller strängt taget under dess formella beviskraft, förutom vad ovan nämnts, endast det, att utställaren *gjort en förklaring*, att handlingen utställts på den uppgivna tiden och orten, men däremot icke, att så verkligen *varit förhållandet*. Tänker man sig handlingen såsom bevis därför, har man kommit in på området för dess materiella beviskraft d. v. s. beviskraften hos den i densamma innehållna uppgiften om tid och ort. Praktiska skäl tala dock för, att frågan om tid och ort för handlingens utställande behandlas i sammanhang med redogörelsen för dess formella beviskraft.

Med avseende då på den offentliga handlingen, varmed vi nu närmast sysselsätta oss, kunna vi säga, att den åstadkommer fullt bevis icke blott därom, att den förklaring, som innehålls i densamma, vid något föregående tillfälle avgivits av den utställande myndigheten, utan även att den avgivits på den tid

¹ Att parts blotta åberopande av handlingen möjligen kan anses innebära ett införande av densamma i processen såsom bevismedel, är en sak, som icke står i strid med det i texten sagda.

och på den ort, som handlingen uppger. Och vad angår frågan, huruvida bevis om ett annat förhållande kan anses tillåtet, torde det riktiga vara att göra en skillnad mellan handlingen såsom bevis för själva förklaringens avgivande och såsom bevis för dess avgivande vid uppgiven tid och å angivet ställe. I förra hänseendet synes det oss, som om rättssäkerheten fordrade, att varje bevis om ett annat förhållande uteslötes. Står det nämligen fast, att den utställande myndigheten uppsatt i vederbörlig form en handling, som innehåller en förklaring, vars avgivande ligger inom området för berörda myndighets kompetens, så torde alla skäliga förutsättningar för en myndighetens förklaring vara till finnandes. Därest i något särskilt fall saken verkligen skulle förhålla sig annorledes, och således ett blott utkast till en förklaring eller en ännu icke fullbordad sådan i själva verket föreläge, är mindre oläglighet förenad med att densamma tages för god, än att i allmänhet ett bevis om ett dylikt sällsynt förhållande tillåtes. För så vitt åter den offentliga förklaringens avgivande erfordrar någon ytterligare omständighet, såsom t. ex. handlingens utlämnande, är det klart, att därest detta icke ådagaläggas, förklaringen icke kan anses såsom verkligen fullbordad.

Vad därefter beträffar den i den offentliga handlingen förekommande uppgiften om tid och ort, talar icke samma skäl för att utesluta bevis därom, att förklaringen avgivits på annan tid och ort. Ett bevis om, att dessa uppgifter äro oriktiga samt tiden och orten således andra, torde därför icke kunna vägras den, som påstår, att så är förhållandet. Vad beträffar den erforderliga styrkan av ett dylikt bevis, gäller detsamma, som i det följande säges om beviset mot riktigheten av innehållet i en av myndighet avgiven skriftlig förklaring i allmänhet.

Denna förmåga den offentliga handlingen således äger, att till fullo bevisa avgivandet av den i handlingen innehållna förklaringen på den uppgivna tiden och orten, är icke begränsad med avseende på de personer, mot vilka det sålunda åstadkomna beviset gäller. Alla, ingen undantagen, således även myndigheten själv, måste låta detsamma mot sig gälla, såvida icke motsatsbevis i den utsträckning, i vilken det är tillåtet, kan lyckligen föras. Vill man icke antaga detta, skulle en-

skildas rättigheter bliva alltför beroende av vederbörandes goda vilja.

Vända vi oss nu till den privata handlingen, blir första frågan, när en i densamma innehållen förklaring får anses avgiven av utställaren. Tydligt är, att beträffande icke undertecknade handlingar någon allmän regel icke kan uppställas, utan att den, som vill göra gällande, att den förklaring, skriften innehåller, verkligen fått sin avslutning, måste med andra bevismedel än den skriftliga handlingen bibringa domaren den övertygelsen, att hans påstående verkligen överensstämmer med vad som faktiskt inträffat. Är däremot handlingen av utställaren undertecknad, kunde det tyckas, som om den tyska bevisregeln, att förklaringen därmed anses avgiven, borde gälla. Detta synes oss vara fullt tydligt med avseende på skriftliga handlingar, som äro *urkunder* i den betydelse vi fatta detta uttryck, d. v. s. skriftliga handlingar, som upprättats även för att tjäna såsom bevis för de i dem innehållna förklaringarnas avgivande. Den, som sätter sitt namn under en dylik handling, måste förvisso antagas hava givit handlingen dess fullbordan och således avgivit den i densamma innehållna förklaringen. Således även om han ej känner till handlingens innehåll, har han i alla fall avgivit den i densamma innehållna förklaringen, ty namnets tillsättande kan rimligtvis icke betyda något annat än »vad här ovan står, förklarar jag». En annan sak, som ej hör hit, är, att undertecknaren kan hava misstagit sig på handling eller blivit missledd med avseende på innehållet i förklaringen, men detta är något, som tydligen icke hindrar, att han dock avgivit ifrågasvarande förklaring, ehuru visserligen denna förklarings värde såsom rättsbildande faktum eller såsom själv bevismedel däri genom kan förstöras.

Men om sålunda den av utställaren underskrivna urkunden utgör fullt bevis för, att den förklaring, som däri innehålles, avgivits av utställaren, kan detta icke sägas om andra skriftliga handlingar. Ett vanligt brev¹ slutar, såsom vars och ens erfa-

¹ Vad affärsbrev angår, böra de i viss mån likställas med urkunder, ty utfärdaren bör hava klart för sig, att emottagaren kommer att bevara dem såsom bevis i händelse av tvist. Jfr med avseende på köpmän Kungl. För-

renhet torde bestyrka, ingalunda alltid med underskriften; densamma utmärker blott, var man först *tänkt* sluta. På en följande sida förekomma ofta saker, som modifiera och närmare förklara innehållet av det, som står över underskriften. Endast i sin helhet kan därför skrivelsen betraktas såsom brevskrivarens förklaring. Att därför uppställa såsom en bindande bevisregel, att ett av honom undertecknat brev utgör fullt bevis för, att han avgivit den i densamma innehållna förklaringen, torde icke vara riktigt. Åt domarens prövning efter omständigheterna i varje fall synes därför böra lämnas att avgöra, när ett brevskrivarens påstående i ovan angivna riktning bör tagas för gott, tills motparten åstadkommer bevis om ett motsatt förhållande.

Med avseende därefter på frågan, vilken betydelse i förvarande hänseende ett under en urkund satt bomärke eller tecken äger, tro vi, att det riktiga är, att märket endast i det fall bör likställas med underskriften, att det åtminstone bevitnats av tvenne trovärdiga män. Endast därest så skett, har man en garanti för, att den, som satt det under urkunden, verkligen därmed avsåg att göra densamma till sin, att avgiva den i densamma innehållna förklaringen, liksom man ock för det fall, att undertecknaren missletts, har tillfälle till den bevisning, som kan behövas för ådagaläggandet därav. Vi måste emellertid medgiva, att ett bestyrkande av märket, på sätt i tyska lagen föreskrives, kunde vara lämpligt att fordra såsom villkor för märkets likställande med underskrivandet.

Resultatet blir således, att en privat urkund, av utställaren underskriven eller undertecknad med hans av tvenne personer bestyrkta bomärke eller tecken, utgör fullt bevis om, att den förklaring, som däri innehålles, avgivits av utställaren. Häremot bör icke något bevis tillåtas; samhället tarvar nämligen ett bestämt och otvivelaktigt sätt, av vars iakttagande man kan sluta, när en skriftlig handling verkligen utgör ett uttryck för något, som en person uttalat. Förklaringens avgivande står således under nämnda förutsättning fast. Att densamma avgavs på skämt, genom misstag etc. är något, som det tydligt står urkundens

ordningen ang. handelsböcker etc. den 4 maj 1855 § 6. Se härom *Nordling*, »Förhandlingen om rätt», s. 35 f.

undertecknare fritt att bevisa till den kraft och verkan, ett dylikt bevis i varje fall kan äga för målets avgörande.

Är nu den på ovannämnda sätt undertecknade urkunden försedd med uppgift om tid och ort för utställandet, så är, i likhet med vad förut i avseende på den offentliga handlingen påpekats, frågan om denna uppgifts riktighet något, som strängt taget ligger utom området för urkundens formella beviskraft. Vilket *bevisvärde* borde tillerkännas den i urkunden gjorda datering och angivande av utställningsort, skulle således bero på den beviskraft, som i det fall, som förelåg, kunde tillerkännas utställarens utsaga. Praxis¹ hos oss² synes emellertid ha med avseende på datum antagit en presumtion om dess riktighet,³ och samma skäl, som därtill föranlett, torde tala för att även presumera, att utställningsorten riktigt angivits.⁴ Denna presumtion om riktigheten av datering och den uppgivna utställningsorten torde ock av rent praktiska skäl vara nödvändig.⁵

¹ Obs. vid konkurs bestämmelsen i § 82 i Konkurslagen.

² Annorlunda C. P. O. WILMOWSKI-LEVY a. a. I s. 539: »Abweichend vom § 380 umfasst indess die Beweisregel des § 381 nicht die Richtigkeit des gesammten 'beurkundeten Vorgangs', sondern *nur* die Thatsache, dass der Aussteller die Erklärung abgegeben habe, nicht auch, *wann* oder *wo* dies geschehen ist.» Jfr å andra sidan § 382 i fråga om där omtalade offentliga urkund. Vad den franska rätten beträffar, gäller enligt densamma, att dateringen å den privata urkunden (l'acte sous seing privé) anses riktig »entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause», tills ett annat förhållande ådagalägges. I förhållande till tredje man (contre les tiers) blir datum fixerat endast på vissa i lagen angivna sätt. Denna begränsning i sättet för dess bevisande är emellertid i själva verket ett materiellt stadgande. Handelssaker utgöra undantag från denna regel. Jfr för övrigt med avseende på denna fråga BONNIER a. a. II s. 243—293. En synnerligen klar framställning av reglerna för de s. k. »actes sous seing privé» är gjord hos ZACHARIÄ a. a. IV s. 544—557.

³ I det i N. J. A. VIII s. 263 anförda rättsfall var den skriftliga transporten av ifrågavarande receptisse *icke* daterad.

⁴ Jfr AUBERT, »Den nordiske Vexelret», Köpenhamn 1882, s. 381.

⁵ Jfr med avseende på norsk och dansk rätt SCHWEIGLARD a. a. I s. 540 f., NELLEMANN a. a. s. 637 f., varest den praktiska vikten av att icke för hårt betunga den skriftliga handlingens innehavare med bevis i fråga om dateringen påpekats. Se även tvenne danska rättsfall hos ØRSTED, Nyt Juridisk Arkiv XV s. 70 (ssk. s. 73) och XIX s. 79. Här säges: »Men Sagens Natur

Större svårigheter kan det erbjuda att avgöra den erforderliga styrkan hos det bevis, som skall kunna vederlägga ifrågavarande presumtion. Det riktiga synes oss vara, att man låter nämnda presumtion gälla, blott så länge omständigheter icke ådagalagts, som hos domaren givit upphov åt ett berättigat tvivel om dess överensstämmelse med verkliga förhållandet.¹ Att av motparten fordra ett starkare bevis vore att giva ett fritt spelrum åt svek och bedrägeri, liksom å andra sidan den, som stöder sin rätt på den skriftliga handlingen, redan i friheten från att utan vidare vara bevisskyldig för dateringens och den uppgivna utställningsortens riktighet erhållit det skydd mot ohemult bestridande, som han rimligtvis kan begära.

Är vad nu anförts riktigt, gäller således även i fråga om den underskrivna eller med bevittnat märke undertecknade privata urkunden, dess äkthet förutsatt, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits av utställaren på den uppgivna orten och tiden. Fullt bevis om nämnda faktum åstadkommes således genom urkunden, och denna urkundens beviskraft är icke begränsad till att gälla förhållandet till utställaren och de av hans åtgöranden bundna, utan densamma sträcker sig till var och en, med vilken handlingens innehavare kan komma i rättskollision. Endast i det avseende är mellan dessa grupper av personer någon skillnad, att daterings- och ortspresumptionens vederläggande endast mot de sistnämnda är utav *avgörande* betydelse; med avseende åter på de förra kan den i urkunden innehållna förklaringen, oaktat presumptionens fall, komma att medföra samma verkan, som om urkundens uppgifter om tid och ort varit riktiga.

tilsiger, at et Dokument maae præsumeres at være underskrevet paa den Dag det er dateret etc. Jfr även ENDEMANN i Archiv für die civilistische Praxis XLIII s. 35.

¹ Att observera är, att vi härvid alldeles bortsett ifrån den betydelse, den omständigheten, att utställaren satt ett visst datum eller ortuppgift under handlingen, d. v. s. att han således skriftligen erkänt, att handlingen den dagen och å den orten utfärdats, kan äga med avseende på innehavarens förhållande till utställaren och övriga personer, som utav ett dylikt hans erkännande, betraktat såsom disposition, kunna anses bundna. Härom gäller det samma, som om varje utställarens dispositiva erkännande i en skriftlig handling, varom i det följande.

Sammanfatta vi nu reglerna om såväl den offentliga som den privata handlingens formella beviskraft, blir resultatet, att den förre, upprättad i vederbörlig form, och den senare, därest den är av ovan angivna beskaffenhet, utgöra fullt bevis därom, att de i dem innehållna förklaringar avgivits av utställaren, samt att detta, därest ej på förut nämnda sätt ett annat förhållande ådagalägges, skett på den tid och den ort, som i handlingen uppgivits. Och, vad som är av den största vikt, denna beviskraft äger handlingen icke blott emot utställaren utan emot alla. I och med insikten häri har den mycket omtvistade¹ frågan om den privata handlingens beviskraft emot tredje man fått sitt besvarande. Den i en undertecknad urkund innehållna förklaringens avgivande på uppgiven tid och ort är bevisad även emot tredje man; i vad mån däremot tredje man är bunden av denna förklaring eller densamma (ej den skriftliga handlingen) har beviskraft mot honom, beror på förklaringens egen natur och grunden till det densamma tillerkända bevisvärde.

Denna beviskraft, vilken, såsom vi nu visat, tillkommer den offentliga handlingen och den undertecknade privata urkunden, är emellertid beroende icke blott därav, att handlingen är äkta, utan densamma har till nödvändig förutsättning, att handlingen är till sitt yttre oskadd. Med avseende härpå stadgar C. P. O. § 384: »Inwiefern Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen oder sonstige äussere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder theilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.» Jämför man detta stadgande med bestämmelsen i § 405, ser det ut, som om den tyske lagstiftarens mening vore, att § 384 skulle innehålla föreskrift även för det fall, att den privata handlingen visserligen

¹ Med avseende härpå, se GENSLE, »Von der Beweiskraft einer Privat-urkunde gegen einen Dritten und dessen deutschrechtlicher Verbindlichkeit zur Anerkennung oder eidlichen Ablehnung, besonders in Hinsicht auf Cession» i Archiv für die civilistische Praxis II s. 1 f. (ssk. s. 4). Jfr ock WACHENHUSEN, »Versuch über die Natur des Beweises durch Urkunden, insonderheit über die Beweiskraft schriftlicher Aufsätze gegen Andere als den Aussteller» i nämnda tidskrift XIII s. 130 f.

varit äkta, men sedermera förfalskats.¹ Då vi emellertid behandlat frågan om handlingens förfalskning såsom ett moment av äkthetsfrågan, utgå vi nu därifrån, att handlingen, oaktat de överstrykningar, raderingar och inskjutningar, som å densamma förefinnas, dock är äkta, d. v. s. att det icke är mellan parterna stridigt, att dessa gjorts av den därtill berättigade. Icke desto mindre måste vi anse, att så snart dylika förändringar å handlingen förekomma, liksom då densamma är sönderriven, överkorsad eller på annat dylikt sätt bristfällig, domaren icke är bunden av den förut uppställda bevisregeln utan har fri prövningsrätt att avgöra, i vad mån handlingens beviskraft därav påverkats.

Vad nu angår enstaka överstrykningar, raderingar etc., som ostridigt gjorts av den därtill berättigade, så kunde det synas, som om beviskraften därav ej borde röna något inflytande; men erinrar man sig, att här är fråga om en beviskraft icke blott emot utställaren och de av hans åtgöranden bundna utan mot varje tredje man, ter sig saken på ett annat sätt. Tiden och orten för den gjorda förändringen kunna då tydligen icke presumeras vara riktigt angivna i handlingen; särskilt bevis måste föras därom. Och handlingen åstadkommer således icke fullt bevis, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits på den tid och ort, som i densamma uppgevas.

Beträffande därefter handlingens totala bristfällighet, såsom att den är söndersliten, överkorsad² etc., beror det tydligen på vem som försatt handlingen i detta tillstånd. Att detta skett avsiktligt av den därtill berättigade är onekligen det, som ligger närmast till hands, så mycket mer som detta är ett vanligt sätt att förstöra en skriftlig handling, som fullgjort sin tjänst eller som man vill göra överksam.³ Denna presumption är det densak att vederlägga, vilken vill begagna handlingen till sin fördel.

¹ Jfr Processlagen för Hannover av den 8 november 1850 § 329, utgiven av LEONHARDT, Hannover 1867, s. 233.

² Av det förut anförda är klart, att underskriftens överkorsande har samma betydelse, som om hela handlingen tillintetgjorts.

³ Jfr NORDLING, »Förhandlingen om rätt», s. 41. Se emellertid rättsfall i N. T. IV s. 229.

Huru starkt bevis han bör föra, kan vara svårt att avgöra. Då denna presumtion emellertid är synnerligen väl fotad, torde handlingen först då bli likställd med en oskadd handling, när domaren vunnit full juridisk visshet därom, att handlingens förstörande skett av olyckshändelse eller genom en därtill oberättigad. Detta bevis kan ofta handlingen själv lämna, då det av densamma framgår, att den av ålder fallit sönder eller blivit så bristfällig, att den vid minsta oförsiktighet skulle gå isär. Samtliga omständigheter, som i saken förekomma, har domaren att fritt pröva samt avgöra, i vad mån han genom dem blivit övertygad.

Därest nu den bevisskyldige visserligen ej kan visa, att handlingens skada är att tillskriva en omständighet, som icke rubbar dess beviskraft, men å andra sidan övertygat domaren därom, att den i oskatt skick utgått från utställaren, så bibehåller den onekligen sin formella beviskraft därom, att vid det angivna tillfället den i densamma innehållna förklaringen afgivits av utställaren, och frågan om betydelsen av den förstöring, densamma sedermera undergått, hör inom området för densammas materiella beviskraft. Då emellertid den verkan, som detta åstadkommer i de särskilda fallen, är synnerligen olika och särskilda regler därför icke kunna på förhand uppställas, utan domaren i varje fall, med ledning av vad i övrigt gäller om den materiella beviskraften, måste äga att avgöra densamma, kan det utan tvivel vara fördelaktigt, att man i lagen giver den formulering åt detta materiella spörsmål, att det framstår som ett moment av den formella beviskraften.

Av vad vi i det föregående anført i fråga om betydelsen för den skriftliga handlingens formella beviskraft därav, att densamma företes i oskadat skick, framgår, att en avskrift, även om den riktigt återgiver originalets innehåll, är ett synnerligen svagt bevismedel, för så vitt motparten gör gällande, att någon brist i förevarande avseende vidlåder originalet. Här gäller detsamma, som vi förut sagt med avseende på avskriftens betydelse, då äktheten var bestridd, nämligen att de, som bestyrka avskriften, måste noggrant hava iakttagit, att inga brister av nu angivna art vidlåda originalet, samt vid bestyrkandet upp-

giva denna sin iakttagelse. Endast offentlig myndighets intyg och inför rätta beedigade vittnesutsagor torde således vara i stånd att giva avskriftens innehavare full säkerhet, att avskriften i detta avseende skall ersätta originalet. Och detta ersättande lider dock av den bristen, att det gäller blott tiden vid men ej efter avskriftens tagande; något som visserligen närmast har betydelse för handlingens materiella beviskraft, men som av förut angivna skäl i detta sammanhang bör påpekas.

Den skriftliga handlingens materiella beviskraft.

I det föregående är utredd den skriftliga handlingens formella beviskraft, då densamma är äkta, d. v. s. dess förmåga att ådagalägga, att den i densamma innehållna förklaringen avgivits av utställaren på den tid och ort, som uppgivas i handlingen. Då vi nu skola redogöra för handlingens materiella beviskraft, hava vi tydligen att utgå ifrån den förklaring, vars avgivande genom den skriftliga handlingen ådagalagts, samt bestämma den rättsliga betydelsen av eller den bevisande kraften hos denna förklaring. Klart är, att man härvid har att framställa den i handlingen innehållna förklaringens betydelse i förhållande till vad som i varje särskilt fall är *factum probandum*. Är detta *avgivandet* av den i handlingen innehållna förklaringen, sammanfaller tydligen handlingens materiella beviskraft med den formella, och processrättens uppgift är fullgjord därmed, att den bestämmer, huruvida den skriftliga handlingen är det utslutande bevismedlet för nämnda faktum, eller i vad mån något företräde är förenat med det skriftliga beviset angående det samma. Den materiella verkan åter av själva *factum probandum* hör, strängt taget, utom området för processrätten, ehuru det visserligen kan vara lämpligt att därom yttra ett och annat. Är åter avgivandet av den i handlingen innehållna förklaringen icke *factum probandum*, så är det *beviskraften eller förmågan att göra bevis överflödigt* hos denna förklaring, som blir att pröva. I senare avseendet är det förklaringens egenskap av dispositivt erkännande, som blir avgörande. I det förra däremot

har man att göra skillnad emellan det fall, då förklaringen är en utsaga av part och det, då den avgivits av tredje man. Utsagans betydelse ligger i dess förmåga att bevisa riktigheten av sitt innehåll, vilket kan vara antingen factum probandum själv eller ett annat faktum, som är ett bevisdatum för det förnas konstaterande. Till sist bör uppmärksamheten riktas därpå, att den omständigheten, att en person avgivit en förklaring, sådan som den i skriften innehållna, kan vara ett indicium för, att ett annat faktum, vartill hänsyn på intet sätt tages i skriften, ägt rum.

Vad då först angår det fall, då handlingens formella och materiella beviskraft sammanfalla, så är det tydligt, att den ifrågavarande förklaringen kan vara avgiven av parterna eller av tredje man samt att förklaringen kan vara en viljeförklaring, s. k. disposition, eller en utsaga, berättande ett faktum. Förklaringens egenskap av rättsfaktum i förhållande till det anhängiggjorda anspråket är det enda, som erfordras, och denna förmåga kan en förklaring av såväl den ena som av den andra beskaffenheten äga.

I vissa fall har nu, såsom vi förut haft tillfälle anmärka, skriften en särskild betydelse såsom bevismedel för avgivandet av den i densamma innehållna förklaringen. I fråga om offentliga handlingar är sålunda skriften ofta en nödvändig form för det i densamma av myndigheten gjorda uttalande. I vilka fall så är förhållandet beträffande anordningar, förfoganden etc. av en myndighet, har man att taga reda på ur dess instruktion eller av vad sakens natur fordrar. Detsamma gäller ock om utsagor av en myndighet. Sålunda t. ex. torde en muntlig utsaga av en domstols medlemmar, om vad inför domstolen passerat, icke ens, om de höras såsom vittnen, kunna anses såsom en domstolens utsaga.¹ Endast genom att upptagas i protokollet över sammanträdet, får utsagan denna karaktär. Skriften måste således betraktas såsom form för utsagan. Skall denna nu bevisas, synes originalet eller en bestyrkt avskrift av det-

¹ Jfr rättsfall, meddelat av FRTING i Archiv für die civilistische Praxis N. F. II s. 579.

samma böra framläggas. Den senare ersätter, under förutsättning av dess riktighet, till fullo originalet.¹ Detta torde däremot endast i den händelsen vara fallet med ett muntligt återgivande av originalets innehåll, att det av en eller annan anledning är omöjligt att framlägga original eller avskrift.

Även vissa privata handlingar äro form, d. v. s. den i dem innehållna förklaringens skriftliga avfattande är villkor för dess beaktande såsom rättsfaktum. Vilka dessa äro, hör egentligen ej hit utan ligger inom området för civilrätten. Då det emellertid varit brukligt att vid behandlingen av det skriftliga beviset upptaga de viktigaste fallen, vilja vi följa detta bruk, så mycket mer som man ofta begått misstag vid deras angivande.

Dessförinnan hava vi emellertid att fästa uppmärksamheten därpå, att i de flesta av de fall, då skriften är form, den i densamma innehållna förklaringen är en viljeförklaring, riktad på en viss rättsförändring, samt att formen i regel består icke blott däri, att förklaringen skall vara skriftlig, utan även däri, att densamma undertecknats (vare sig med namn eller märke) av utställaren. Huruvida vittnens underskrift därjämte erfordras, är i olika fall olika avgjort.

Skrift är form i följande fall: 1) överlåtande av äganderätten till fastighet, enligt 1 kap. 2 § Jordabalken; tvenne vittnens underskrift erfordras även.² 2) Medgivande av inteckning för fordran i fastighet, enligt 1 och 4 §§ Inteckningsförordningen; även här fordras vittnens underskrift samt dessutom, att medgivandet tecknats på fordringshandlingen. Detsamma gäller enligt Kungl. Förordningen den 13 april 1883 § 3 i fråga om förlagsinteckning. 3) Upplåtande av nyttjanderätt, avkomsträtt eller servitutsrätt, som giver rätt till inteckning, enligt §§ 39, 54 och 55 Inteckningsförordningen; vittnens underskrift ej nödvändig. 4) Fullmakt att föryttra och medgiva inteckning³ för

¹ Jfr 4 kap. 10 § Jordabalken.

² Med avseende på betydelsen av vittnenas jävighet, se rättsfall i N. J. A. I s. 498, IV s. 248, V s. 369.

³ Jfr Kungl. Förordningen om lagfart etc. av järnväg den 15 oktober 1880 § 10.

fordran i annans fastighet, på grund av 10 kap. 1 § Jordabalken. Detsamma torde ock gälla fullmakt att med inteckningsrätt upplåta nyttjanderätt, avkomsträtt eller servitutsrätt i annans fastighet.¹ Vittnens underskrift är ej som *form*² föreskriven. 5) Äktenskapsförord enligt 8 kap. 1 och 2 §§ Giftermålsbalken; tvenne vittnen skola underskriva detsamma. 6) Bouppteckning enligt 9 kap. 1 § Ärvdabalken: »skriva ock samma uppteckning under, *där den gälla skall*». 7) Arvskifte jämlikt 12 kap. 11 § Ärvdabalken; gode männens underskrift synes vara att betrakta såsom form. 8) Skriftligt testamente jämlikt 16 kap. 1 § Ärvdabalken. Skrift är visserligen ej form för den testamenteriska dispositionen i den meningen, att ett muntligt testamente skulle vara ogiltigt, men däremot i det avseendet, att *om* testamentet gjorts skriftligen, samma regler äro att tillämpa, som om skriften vore ett villkor för testamentets giltighet. Vittnens underskrift är nödvändig utom i det i lagen särskilt omnämnda undantagsfallet. Därom är man emellertid ej ense, om vittnens underskrift är tillräcklig,³ eller om icke vittnenas hörande på ed vid domstol är villkor för det skriftliga, liksom för det muntliga, testamentets giltighet⁴. Den förra åsikten synes emellertid på senare tider hava vunnit terräng i praxis.⁵ 9) Lösöre köp enligt Kungl. Förordningen den 20 november 1845. Skrift och vittnens underskrift etc. fordras för lösörenas skyddande mot utmätning för säljarens skuld, men äro däremot ej

¹ Se TRYGGER, »Om fullmakt», s. 137.

² På grund av skett missförstånd vilja vi påpeka, att då det i sistnämnda arbete s. 7 säges, att fullmakt att försälja fastighet icke behöver vara bevittnad, så är meningen, såsom av sammanhanget tydligen framgår, endast den, att vittnens underskrift på fullmakten icke är form, d. v. s. villkor för fullmaktens giltighet. Huruvida däremot domaren, i händelse fullmakten ej är bevittnad, har att i analogi med stadgandet i § 40 Inteckningsförordningen höra fullmaktens utfärdare, innan lagfart eller inteckning beviljas, är en helt annan fråga, som möjligen kan vara att besvara jakande. Obs. dock rättgångsfullmakten.

³ Se NORDLING, »Föreläsningar öfver Ärvdabalken», Upsala 1885, s. 235 f.

⁴ Detta är OLIVECRONAS mening, »Testamentsrätten», Upsala 1880, s. 271 f.

⁵ Jfr rättsfall i N. J. A. XIII s. 53.

villkor för köpets giltighet i övrigt. 10) Växel, såsom stadgas i § 1 (jfr § 5) Væxellagen av den 7 maj 1880; en växelförpliktelse kan man nämligen endast i skriftlig handling åtaga sig. 11) Rättegångsfullmakt;¹ enligt 15 kap. 4 § Rättegångsbalken är skrift² form jämte ett muntligen inför domstolen gjort förordnande. Att sålunda skrift icke är den enda formen, är tydligen intet hinder för att, där den använts, i allo samma regler gälla, som då den är uteslutande föreskriven. 12) Vad som sagts om rättegångsfullmakt har även sin tillämpning på hustrus bifall till av mannen gjord fastighetsförsäljning etc., då sådant enligt 11 kap. 1 § Giftermålsbalken erfordras. Då tillåtelsen gives skriftligen, torde lagstiftaren hava närmast tänkt sig den samma ske på det sätt, att hustruns bevitnade namn sättes under själva förtryttings- eller pantsättningshandlingen.

Förutom i de nu uppräknade fallen stadgas skrift såsom form för vissa rättshandlingar enligt speciallagar, såsom Sjölag, Legostadgan o. s. v., vilka fall det emellertid skulle bliva förenat med för stor omgång att här urskilja. Däremot kan det vara lämpligt att nämna, att skrift ej är form vid arvingars överenskommelse att leva i bo oskifta (11 kap. 1 § Ärvdabalken), icke ens om någon av arvingarna är omyndig,³ samt icke heller vid handelsbolag.⁴ 15 kap. 1 § Handelsbalken synes visserligen göra skriften till form, men om än detta varit lagstiftarens mening, torde denna bestämmelse hava så småningom förlorat sin giltighet.⁵

Då nu skrift är form,⁶ kunde det synas, som om detta en-

¹ Med avseende på stämnings delgivning, jfr rättsfall i N. J. A. III s. 405.

² Jfr Lag angående meddelande av rättegångsfullmakt genom telegram den 13 juli 1887 samt § 25 mom. 2 i Lag angående handelsregister, firma och prokura den 13 juli 1887.

³ Jfr dock LAGUS a. a. s. 48 f.

⁴ Med avseende på aktiebolag, jfr HAGSTRÖMER, »Om aktiebolag enligt svensk rätt», Upsala 1872, s. 146 f.

⁵ Se dock MONTGOMERY, »Om bolagskontraktet i 1734 års lag», Helsingfors 1870, s. 100 f.

⁶ Jfr den föregående framställningen med utredningen av frågan hos LAGUS a. a. s. 46 f., LINDBLAD, »Bevisning inför rätta», s. 161—164, BROOME a. a. s. 203, ASK, »Om formaliteter vid kontrakt», Lund 1887, s. 109—128. På

dast borde äga betydelse, då man hade att avgöra den rättsliga verkan av den i handlingen innehållna förklaringen, men däremot icke, då frågan gällde beviset för avgivandet av ifrågasvarande skriftliga förklaring. Med andra ord, föreskriften om den skriftliga formen borde hava den verkan, att en muntlig förklaring av den ifrågasvarande beskaffenheten komme att i juridiskt avseende vara en nullitet, liksom ock att den skriftliga handlingens innehåll icke genom muntliga uttalanden kunde förändras eller modifieras,¹ ehuru det visserligen genom sådana kunde belysas och bliva lättare begripligt. Man har emellertid icke begränsat den skriftliga formens betydelse härtill. Redan Lagkommittén föreslog ett stadgande,² så lydande: »I de fall, där lagen stadgar, att handling skriftligen upprättas skall, vare ty förutan³ bevisning ej tillåten. Gitter någon visa, att sådan handling av olyckshändelse eller eljest utan hans uppsåt förkommit eller fel fått, så att den ej begagnas kan; då må han sin rätt annorledes styrka.» Denna uppfattning av den skriftliga formens betydelse har även godkänts av teori och praxis.⁴ Och detta synes oss ock vara fullkomligt riktigt. Sant är visserligen, att icke varje formföreskrift äger betydelse för bevisningen. En viss form kan nämligen vara stadgad blott och bart därför, att man velat hava en garanti för allvaret med den förklaring, som en person avgiver. Så var t. ex. fallet med det i äldre rätt vid vissa rättshandlingar föreskrivna handslaget, med avseende på vilket det tydligen icke kunde komma i fråga, att det skulle kunna tjäna som bevis för rättshandlingen, utan

någon närmare granskning av de i nämnda arbeten uttalade åsikter kunna vi icke här inlåta oss.

¹ Jfr rättsfall i J. A. II s. 69. Bevis därom, att den skriftliga förklaringen av en eller annan orsak saknar rättslig verkan, kan tydligen föras genom annat än skrift. Se rättsfall i N. J. A. XIV s. 65.

² 21 kap. 4 § Rättegångsbalken.

³ »Ty förutan» synes, enligt Kommitténs mening, betyda, »om sådan handling ej upprättats skriftligen». Jfr motiven s. 309. I så fall blir stadgandet emellertid ej fullständigt. Stadgandets lydelse hindrar dock ej att fatta nämnda uttryck såsom innebärande: »om dylik handling ej kan företes».

⁴ Jfr förutom ovan anförda författare, SCHMIDT i J. A. II s. 56 f. och NAUMANN i N. T. II s. 1—12.

fastmera själv genom andra bevismedel måste ådagaläggas. Jämte den stadgade formens betydelse i nu angivna riktning kan den emellertid av lagstiftaren vara avsedd att för framtiden lämna en tillförlitlig bild av innehållet i den i rättsligt avseende betydelsefulla handling (vanligen rättshandling), för vars giltighet den är föreskriven. Detta måste man antaga hava varit lagstiftarens mening, så snart formen är av beskaffenhet att därför lämpa sig. Detta är, såsom lätt inses, fallet med skrift, när den stadgats som form; ock då så är förhållandet, kan tydligen lagstiftarens avsikt endast vinnas därigenom, att skriften blir det enda medel, varigenom parten får bevisa den ifrågasvarande rättshandlingen. Endast därigenom, att andra bevismedel uteslutas, vinner man den säkerhet för, att rättshandlingens innehåll riktigt återgives, som lagstiftaren med sin bestämmelse avsåg. Är emellertid icke en avskrift, vars riktighet är oomtvistad, tillfyllest? I densamma finnes allt det återgivet, som originalet skulle bevara åt framtiden. Onekligen; dess likställighet med originalet förhindras dock av en annan omständighet, nämligen den, att då skrift är form, måste skriftens tillintetgörande med vederbörande parter samtycke anses vara ett giltigt sätt, varigenom icke blott förbindelsens upphörande ur handlingen konstateras utan ock själva den rättshandling, som skriftligen ingåtts,¹ kan upphävas. Att handlingens förstörande skett i nu nämnda avsikt, presumeras; påstår ena parten ett annat förhållande, är han därför bevisskyldig.² Detta bevis kan tydligen lika litet föras genom en avskrift som genom vittnen eller annan bevisning, som blott ådagalägger, att en huvudskrift av angiven beskaffenhet funnits. Först sedan beviset om originalets förstörande eller bortkommande utan vederbörandes samtycke blivit fört, är avskriften, liksom övrig bevisning om den skriftliga avhändlingens innehåll, i stånd att ersätta detsamma.

Ett liknande inflytande på sättet för bevisningen, som då skrift är form, äger densamma, då den är bärare av en viss riktighet, som har sitt stöd i den i densamma innehållna dispositionen.

¹ Jfr rättsfall hos BACKMAN, »Juridisk handbok», Stockholm 1883, s. 194.

² Jfr rättsfall i N. J. A. XII s. 449.

Så är fallet med innehavarepapper, orderpapper, rektapapper.¹ Den i dessa skedda förskrivningen har gjort gäldenärens betalningsskyldighet beroende därav, att den i varje fall berättigade företer och återställer den skriftliga handlingen. Kan han icke detta, så äger han, strängt taget, icke någon rätt att fordra betalning. Av billighetsskäl må man nu medgiva honom rätt att vara befriad från skyldigheten att förete handlingen, så vida han kan bevisa, att densamma utan hans eget eller någon annan därtill berättigads vållande förstörts eller på annat sätt bragts ur vägen. Praxis går emellertid i en annan riktning. Icke handlingens egenskap av bärare av fordringsrätten utan endast dess karaktär av att vara löpande tillskriver man någon betydelse, och detta icke ens i den utsträckning, sakens natur synes oss fordra.²

Innan vi lämna dessa handlingar, som äro bärare av dispositioner, hava vi att besvara tvenne frågor; den första gäller, vem bevisskyldigheten åligger för påståendet, att en handling av nu angivna beskaffenhet utfärdats, den andra avser skillnaden mellan dessa handlingar och skrifter, som upprättats och emellan parterna växlats blott för att tjäna såsom bevis för de i dem innehållna dispositioner.

Vad den första frågan angår, anse vi, att då en person gör mot en annan gällande t. ex. en fordringsrätt och denne andre väl erkänner, att fordringsrätten uppkommit, men därjämte påstår, att t. ex. en löpande skuldsedel lämnats vid samma tillfälle, är detta ett förnekande av uppkomsten av en *sådan* fordringsrätt, som motparten sagt sig äga, och denne måste således, därest han ej vill taga svarandens uppgift för god, ådagalägga uppkomsten av en fordringsrätt, där betalningsskyldigheten ej är beroende av en skriftlig handlings företeende. Gäldenären

¹ Man kunde tycka, att i dessa fall skrift i själva verket *vore* form. Aktgiver man emellertid därpå, att en utfästelse t. ex. till innehavaren kan ske på det viset, att jag muntligen utfäster mig att till den, som innehar t. ex. en viss av mig lämnad glaskula, märke etc., betala ett visst belopp, torde man lätt inse, att vid förevarande förbindelser skrift icke är form.

² Se rättsfall i N. T. II s. 523, V s. 678, VIII s. 254, i N. J. A. I s. 308, VI s. 80. Jfr NORDLING, »Förhandlingen om rätt», s. 89 f.

är således icke bevisskyldig för sitt påstående, att ett papper, som är bärare av rättigheten, vid dennas stiftande gavs, utan motparten, som påstår ett annat förhållande, är bevisskyldig därför.

Beträffande därefter den andra frågan, torde det riktiga svaret på densamma vara det, att skillnaden i fråga om bevisningen mellan betydelsen därav, att en vanlig urkund av den berättigade erhålles och att den urkund, som ges, är bärare av rättigheten eller, för att taga ett speciellt fall, skillnaden däremellan, att borgenären erhåller en icke-löpande skuldsedel och att han erhåller en löpande¹ skuldsedel, är den, att i förra fallet måste gäldenären, även om borgenären ej företer skuldsedeln, betala den utfästa summan, så snart han icke kan påstå, att densamma redan är betald, under det att i senare fallet även under nämnda förutsättning betalningsskyldighet kan först då åläggas gäldenären, när borgenären därjämte bevisat den skriftliga handlingens förstörande på sätt ovan nämnts.² Däremot överensstämma dessa bägge fall däri, att om gäldenären påstår, att han fullgjort den förpliktelse, som han i den ifrågavarande handlingen åtagit sig, är han icke bevisskyldig för detta påstående, såvida motparten icke kan förete handlingen eller icke är i stånd att bevisa, att handlingen förstörts eller kommit undan under omständigheter, som icke berättiga till antagande av en avsikt hos den därtill befogade att upphäva den i densamma av utfärdaren åtagna förbindelse.³ Denna verkan av utställandet av en särskild urkund, vari den förpliktande viljeförklaringen innehålles, att, så snart urkunden ej kan företes, utfärdarens uppgift, att densamma i följd av förpliktelsens upphörande till

¹ Vi bortse nu ifrån dess löpande egenskap och fästa oss blott därvid, att den är bärare av fordringen. Att vi ej såsom exempel anföra ett s. k. rektapapper beror därpå, att dylika, där skriften ej är form, äro tämligen obekanta för svensk teori och praxis.

² I vad mån det kan vara lämpligt att till borgenärens förmån tillåta amortisationsförfarande, är tydligen en fråga, som det icke varit vår avsikt att besvara. Svensk rätt känner ett dylikt förfarande endast beträffande växlar. Se § 3 i Kungl. Förordningen den 7 maj 1880.

³ Denna verkan har icke varje skriftligt åtagande av en förbindelse, utan endast ett sådant, där skriften är urkund i den av oss antagna betydelsen.

honom återgivits eller förstörts, tages för god, till dess ett annat förhållande ådagaläggas, hava vi icke sett, att praxis nekat att erkänna, utan i de av Högsta Domstolen behandlade mål, vilka vi känna till och vari gäldenären förpliktats betala det utfästa beloppet mot kvitto, oaktat fordringshandlingen ej kunnat av borgenären företes, har gäldenären aldrig påstått, att skulden skulle ha upphört.¹ Huru skall nu denna fördel, vad bevis-skyldigheten angår, kunna förklaras? Man har sagt, att i upprättandet och givandet av en skriftlig handling å en obligatorisk rätt ligger en överenskommelse om bevis-skyldigheten av det innehåll, att om icke skriften företes, gäldenären är fri från bevis-skyldigheten för att obligationen upphört. Är detta riktigt, då är otvivelaktigt gäldenären bevis-skyldig för, att dylik handling givits, då han erkänner skuldens uppkomst, men påstår, att därvid sådan handling upprättats, och detta däremot bestrides av borgenären, vilken påstår, att någon skriftlig handling aldrig upprättats. Avtalet om bevis-skyldigheten d. v. s. den skriftliga handlingens givande är nämligen i så fall en självständig överenskommelse jämte den gjorda utfästelsen, och på samma sätt som den, vilken erkänner en förbindelse men påstår, att den är förenad med ett resolutivt villkor, måste bevisa detta, blir ock i detta fall gäldenären bevis-skyldig för överenskommelsen angående bevis-skyldigheten. Kan han ej föra det bevis, honom i detta avseende åligger, blir han således ålagd att betala, även om han påstår, att skulden sedermera upphört, och att därvid den enligt hans påstående givna handlingen till honom återställts och sedan förstörts. Ett dylikt resultat tro vi ej, att det varit lagstiftarens mening att åvägabringa.² I så fall skulle nämligen aldrig en gäldenär, som vid skuldens stiftande gav revers å densamma, sedermera, då han vid betalningen återfick den, våga förstöra densamma och således njuta den med det antagna avtalet om bevis-skyldigheten avsedda fördelen. Borgenären be-

¹ Se rättsfall i N. T. IX s. 193, N. J. A. I s. 87, IV s. 239, VIII s. 551, XI s. 210.

² Det i N. J. A. XII s. 312 anförda rättsfall ådagalägger icke någon motsatt uppfattning hos lagskiparen, ty där var gäldenären särskilt förpliktad att utställa den ifrågavarande reversen å en redan förut existent skuld.

hövde blott, sedan gäldenären väl erkänt skuldens uppkomst, förneka utfärdandet av särskild skuldsedel, för att bevisskyldigheten om ett annat förhållande skulle falla på gäldenären, under det att han själv fick tillgodonjuta *bevisskraften* av gäldenärens erkännande angående skuldens uppkomst. All fördel av urkundens upprättande skulle således komma att ligga på borgenärens sida, under det att han icke ens behövde bevara den skrift, han till sin säkerhet erhållit. Då vi ej kunna taga detta resultat för gott, måste vi således förkasta åsikten om, att ett särskilt avtal om bevisskyldigheten ligger i överlämnandet av en urkund, vari den ifrågavarande utfästelsen göres. Vi anse däremot, att då den ifrågavarande dispositionen göres skriftligen i en för dess ådagaläggande i framtiden särskilt upprättad urkund, den av gäldenären åtaga förbindelsen har det innehåll, att han utfäster sig att erlægga det ifrågavarande beloppet mot det, att urkunden för honom företes, för så vitt han för fullgörande av den honom åliggande bevisskyldighet om förbindelsens upphörande kan hava något intresse i urkundens företeende. Detta intresse förefinns tydligen, då han påstår, att urkunden på grund av förbindelsens upphörande förstörts och därför icke kan företes. Vore nämligen motpartens rätt icke beroende av det förenämnda villkoret, hade gäldenären skyldighet att bevisa upphörandet av den förpliktelse, han åtagit sig.

Därigenom att vi sålunda fått överenskommelsen i fråga om bevisskyldigheten att utgöra ett moment av själva utfästelsen, ett villkor, varav skyldigheten att fullgöra den i densamma utfästa prestationen under viss förutsättning är beroende, blir följden den, att då gäldenären, när motparten gör gällande sitt anspråk på prestationens fullgörande under påstående, att densamma icke är på nu nämnda sätt villkorlig, förklarar, att hans utfästelse av prestationen var av ett dylikt villkor beroende, är detta ett s. k. nekande per positionem, som måste tagas för gott, ända till dess motparten bevisar, att utfästelsen varit ovillkorlig.

Av den nu angivna grunden till detta resultat följer emellertid å andra sidan, att såvida gäldenären påstår, att, sedan han väl gjort en ren utfästelse, parterna överenskommit om upp-

rättande av en urkund över den ifrågavarande dispositionen, vilken urkund sedermera av honom lämnats till motparten, så innebär detta ett påstående, att en särskild överenskommelse angående bevisskyldigheten mellan parterna gjorts, något, varför gäldenären, i händelse av bestridande från motpartens sida, blir bevisskyldig.

Betydelsen av upprättandet av en särskild urkund, vari den i varje fall ifrågavarande dispositionen göres, är således den, att handlingen måste företes, såvida utställaren skall bliva bevisskyldig, för att hans förpliktelse ur densamma upphört. Man har emellertid icke ansett urkundens betydelse vara härmed uttömd, utan man har tillerkänt den verkan även i andra avseenden. Så har NORDLING,¹ vilken, såsom vi ovan nämnt, anser, att käranden i regel är bevisskyldig icke blott för den yrkade rättens uppkomst utan även för dess icke-upphörande, påstått, att då skriftlig handling² utfärdats och lämnats käranden av motparten, så har »ett visst faktiskt förhållande, sådant det i handlingen är angivet, blivit fastslaget såsom bestämmande för rättsförhållandet i fråga». Den skriftliga handlingen vore »därför till förmån för mottagaren ett bevismedel för rätt mot utfärdaren enligt handlingens innehåll, och detta ej blott vid tiden för hennes utfärdande, utan för rätten såsom bestående, för en *fortfarande* rätt». Samma kraft, som urkundsbeviset i förevarande avseende äger, har enligt NORDLING, *tagandet* av vittnen på det rättsfaktum, varpå man stöder en rättighet. Därest nu urkund överlämnats eller vittnen särskilt tagits på det rättsfaktum, som givit upphov till den ifrågavarande rättigheten, komme motparten, med avseende på bevisskyldigheten för rättighetens upphörande i samma ställning, som käranden var beträffande dess existens, d. v. s. därest han ej förser sig med skrift eller tager vittnen å det faktum, varigenom förbindelsen upphört, måste han hålla till godo med ett kärandens modifierade erkännande av upphävandet, såvitt han ej förmår vederlägga modifikationen. Det praktiska resultatet av denna åsikt, i vad angår urkundsbeviset, blir således det, att när dylik handling givits, måste utfär-

¹ »Förhandlingen om rätt», s. 31 f., s. 77 f.

² Urkund enligt vår terminologi.

daren, då han fullgör sin förbindelse enligt densamma, utan att handlingen förstöres, återlämnas eller förses med kvittering, fordra kvitto å eller särskilt anmoda personer att vara närvarande vid fullgörandet, såvida han icke skall helt och hållet ligga i händerna på motparten. Att vittnen tillfälligtvis åsett betalningen, eller att de mest bindande omständigheter ådagalägga densamma, räddar honom icke, såvida motparten är nog försiktig att erkänna betalningen, men t. ex. bifogar, att förbindelsen ånyo enligt parternas överenskommelse upplivats.

Denna bevisteori anser NORDLING även böra betraktas såsom erkänd av den svenska rätten. Särskilt de i 9 kap. 1 §, 10 kap. 1 § samt 12 kap. 1 § Handelsbalken av lagstiftaren till försträckningsgivaren, pantsättaren och deponenten givna råd, att göra försträckningen, pantsättningen eller depositionen »med vittnen eller taga brev därå», böra enligt NORDLINGS mening¹ uppfattas på det sätt, att lagstiftaren, låt vara mera omedvetet, hyllat hans i det föregående framställda åsikt. Mot en dylik uppfattning av nämnda av lagstiftaren givna anvisningar i fråga om bevisningen, torde man kunna göra gällande, att desamma endast i det fall kunna anses utgöra ett bevis för den av NORDLING antagna verkan av tagandet av skriftlig handling eller av vittnen på ett rättsfaktum, att lagstiftaren verkligen utgått ifrån NORDLINGS åsikt angående bevisskyldighetens fördelning mellan parterna, då skrift eller vittnen *icke* tagits på det ifrågavarande rättsfaktum. Riktigheten av denna senare åsikt torde nämligen icke framgå ur berörda av lagstiftaren givna råd. Antag nu, att nämnda åsikt icke gjort sig gällande i den svenska rätten² och att således tagande av brev eller vittnen på ett rättsfaktum icke skulle gagna den, som gjorde det, mera än om han på annat sätt bevisade detsamma, så står man inför frågan: varför skulle lagstiftaren på nu nämnda sätt begränsa sina råd? Svaret på denna fråga är det, att då lagstiftaren ville ange de bevis, som den enskilde borde förskaffa sig redan vid rättsförhållandets stiftande, *kunde* han endast nämna skrift och tagna vittnen. Icke

¹ Vad den av NORDLING gjorda, anslående bevisföringen för hans åsikt angår, måste vi inskränka oss att hänvisa till ovannämnda arbete.

² Jfr vad mot ifrågavarande åsikt anförts å s. 31—34.

hade det väl varit möjligt för lagstiftaren att anmoda försträckningsgivaren att inför domstol lämna försträckningen eller att förskaffa sig indicier för densammas givande? Ett råd om att förskaffa sig motpartens muntliga erkännande av försträckningen vore att gå över ån efter vatten, ty för att ge full säkerhet måste ju erkännandet ske *vid* försträckningen och inför vittnen. Ett råd att giva försträckningen etc. i tvenne personers tillfälliga närvaro vore en alltför stor abnormitet, för att lagstiftaren skulle kunnat göra sig skyldig till densamma. För honom återstod således endast att uppmana fordringsägaren att taga brev eller vittnen på ifrågavarande rättsfaktum.

Är emellertid orsaken, till att lagen särskilt nämner tillkallade vittnen och brev, icke den av oss nu angivna, så torde man kunna ifrågasätta, om den icke varit den, att vid ifrågavarande bestämmelser lagstiftaren, låt vara mera dunkelt, tänkt sig brev eller vittnen såsom uteslutande bevismedel. Detta kunde synas framgå av följande förhållande. I Lagkommissionens förslag hade 12 kap. 6 § Handelsbalken följande lydelse: »Nu vill ej den, som godset emottog, hava det längre i förvar; säge då honom till som insatte, att han må taga det åter. Gör ägaren det ej; stånde själv allan fara.» Vid denna paragraf påminde Borgareståndet vid 1734 års riksdag, att näst orden: »säge då honom» måtte tilläggas: »*med vittnen* till som insatte». Härpå svarades, »att man ej velat *föreskriva sättet*, allenast han eljest kunde bevisa det; och satte man 'med vittnen' *kunde mången* ej åtnöja sig med brev, utan fordra vittnen». Varefter Ständerna funno för gott att, till upplysning för de enskilde, skulle näst orden: »insatte, att han må taga det åter» tilläggas: »och tage bevis därå».¹ Var nu Lagkommissionens mening att i sitt svar betona, »att man i förevarande fall ej velat föreskriva *sättet* för bevisningen», följer därav, att då sättet för densamma angivits i de ovan behandlade lagrummen, avsikten därmed varit att stadga tagna vittnen och brev såsom uteslutande bevismedel (möjligen jämte eget erkännande). Låg däremot tonvikten därpå, att »*mången* kunde ej åtnöja sig med brev», såvida föreskrift

¹ Se »Lagkommissionens förslag till Sveriges Rikes Lag af år 1734», Stockholm 1841, s. 110.

gavs om tillsägelse »med vittnen», så har Kommissionen därmed uttalat, att den själv, även om vittnen föreskrivits, ej så skulle hava uppfattat saken, varav följer, att den med bestämmelsen i ovan berörda lagrum om »brev eller vittnen» endast avsåg detsamma, som om råd givits de enskilde »att taga bevis». Vare sig nu det ena eller andra varit Kommissionens mening, synes oss varje stöd saknas för det antagande, att man velat tillerkänna ett bevis genom brev eller tagna vittnen annan verkan än varje annat fullständigt bevis om försträckningen, pantöverlämnandet eller depositionen.

Liksom vi ej kunna erkänna riktigheten av nu granskade åsikt om urkundens betydelse i fråga om beskaffenheten av det bevis, motparten måste föra för upphörandet av den i densamma åtagna förpliktelsen, anse vi oss böra förneka,¹ att upprättandet av en urkund, även i sådana fall, då skrift ej är form, skulle hava den verkan, att annat än skriftligt bevis icke skulle kunna godkännas, såvida den genom urkunden förpliktade ville göra gällande, att den ifrågavarande rättshandlingen icke hade det innehåll, som genom skriften återgäves, eller innehölle något därutöver. Denna mening har av Högsta Domstolen upprepade gånger förkastats,² och detta, såvitt vi kunna inse, med full rätt. Vore den riktig, fordrade onekligen konsekvensen, att även sådana omständigheter, varigenom det genom skriften grundlagda rättsförhållandet *sedermåra* modifierades eller upphävdes, blott genom skriftligt bevis, åtminstone i förhållande till tredje man i god tro, skulle kunna ådagaläggas. Så långt har man emellertid ej satt i fråga att gå; det steg, man velat taga, kom därför att sväva i luften.

Med vad vi nu mot sist berörda åsikt anført står det ej i strid, att vid löpande förbindelser tredje man icke behöver böja sig för muntliga överenskommelser, som han ej känt eller bort känna; hans obundenhet därav beror nämligen på den i för-

¹ Vad den franska rättens bestämmelser i denna fråga liksom över huvud taget i fråga om bevisurkunder angår, kunna vi inskränka oss till att hänvisa till AFZELIUS, »Grunddragen», s. 112—115.

² Jfr rättsfall i N. J. A. I s. 502 (se dock ssk. OLIVECRONAS yttrande), VI s. 26, 69, 131, VIII s. 535, X s. 177 (motiveringen).

bindelsen gjorda utfästelsens självständiga riktning mot varje innehavare. Icke heller är det något undantag från nu angivna regel, att i vissa fall muntligen gjorda överenskommelser kunna anses genom den sedermera upprättade urkunden modifierade eller rent av upphävida. Där av omständigheterna framgår, att detta varit parternas avsikt vid den skriftliga handlingens författande, bör tydligen domaren därefter rätta sitt bedömande av förhållandet mellan den muntliga förhandlingen och den upprättade urkunden.

Sedan vi nu angivit dels skriftens betydelse såsom form, dels ock verkan av skrifts utfärdande, där den icke är form, återgå vi till det yttrande, vi i det föregående haft, att då avgivandet av den i handlingen innehållna förklaringen är factum probandum, sammanfalla handlingens formella och materiella beviskraft, och densamma ådagalägger till fullo den ifrågavarande förklaringens avgivande. Därest denna förklaring är en viljeförklaring, särskilt en på en rättsförändring riktad sådan, en rättshandling, kräves ofta¹ för dess fullbordan icke blott, att förklaringen i den skriftliga handlingen avgivits, utan även att själva handlingen av utställaren eller å hans vägnar *utgivits*. Där nu den i handlingen innehållna viljeförklaringen är av angiven beskaffenhet, är det klart, att handlingen ensam icke är i stånd att åstadkomma det bevis, som fordras för antagandet uti förevarande fall av en fullbordad rättshandling. Det fordras nämligen ett ytterligare bevis, vilket den skriftliga handlingen icke kan lämna, nämligen därom, att handlingen av utställaren eller med hans vilja utgivits. Detta bevis skulle emellertid oftast vara synnerligen svårt att föra, med anledning varav handlingens innehavande av den ur densamma berättigade eller av annan för hans räkning anses medföra presumption därom, att handlingen vederbörligen utgivits av dess utställare. Påstår denne senare ett annat förhållande, är det han, som därför blir bevisskyldig. Så t. ex. om han vill göra gällande, att handlingen från honom stulits eller med våld tagits eller på annat sätt utan hans åtgörande kommit ur hans besittning och i dens hand,

¹ I vilka fall, anger civilrätten. Jfr TRYGGER, »Den nordiska vaxelrätten» i N. J. A. 1883, Avd. II h. 1 s. 20.

som stöder sin talan på handlingen. Detsamma gäller ock, om han visserligen erkänner utgivandet, men gör gällande en omständighet, som gjort detsamma för honom icke bindande. Sålunda har utfärdaren, såsom vi i det föregående påpekat, att bevisa tvång eller förledande till *utgivandet*. Detsamma gäller om den s. k. exceptio non numeratæ pecuniæ,¹ varmed vi, till skillnad från förebärandet av tvång eller förledande, förstå det fall, då skuldebrevets utställare gör gällande, att handlingen lämnats i annan avsikt än som utfästelse, eller att förutsättningen för den i densamma gjorda utfästelsens giltighet var, att utställaren *sedermå* skulle erhålla valuta. Då förevarande invändningar göras gällande, är det ingalunda tillräckligt att bevisa, att valuta icke vid utgivandet erhöles, icke ens om motparten erkänner, att valuta förut eller sedermera icke givits, utan det fordras, att bevis föres därom, att enligt parternas förutsättning emottagaren av handlingen skulle hava givit valuta före eller borde giva sådan efter handlingens utgivande. I förra fallet är utställaren bevisskyldig, för att valuta icke givits, i senare är däremot fordringshavaren skyldig att bevisa,² att han verkligen givit valuta. Att nu nämnda jäv mot den skriftliga urkunden, tvång och förledande, bristande valuta, även om de till fullo bevisas, i vissa fall sakna betydelse³ är en sak, som tillhör civilrätten och faller utom processrättens område. Detsamma är ock fallet med den rättsliga betydelsen av övriga erinringar, som av handlingens utställare kunna göras mot giltigheten av den rättshandling, som fått ett uttryck i densamma.

Sedan vi sålunda in på civilrättens område följt den i den skriftliga handlingen innehållna förklaringen, då densammas avgivande var *factum probandum*, komma vi till det fall, då för-

¹ Jfr rättsfall i J. A. XXIX s. 473, N. J. A. VIII s. 258.

² Jfr rättsfall i N. J. A. VI s. 189.

³ Orsaken, varför Promulgationslagen till Utsökningslagen § 10 mom. 2 blott talar om tvång och förledande men ej om exceptio non numeratæ pecuniæ i allmänhet, är den, att endast där tvång eller förledande skett, kan det vara fråga därom, att godtrosinnehavarens rätt skulle få vika. Härav följer, att man ej ur förevarande lagrum får draga den slutsats, att därest anmälan om icke erhållen valuta göres på det i § 26 Utsökningslagen stadgade sätt, utställaren skulle vara skyddad mot innehavaren av det löpande skuldebrevet.

klaringen är ett *erkännande* av utfärdaren, vare sig omedelbart riktat på tillvaron av ett visst rättsförhållande, varöver utställaren äger dispositionsrätt, eller ock gående ut på konstaterandet av ett visst rättsfaktum, som är grund till det ifrågavarande rättsförhållandet. Då ett erkännande av ett för en person förpliktande rättsförhållande, såsom förut nämnts, innebär en disposition med det erkända rättsförhållandet såsom innehåll, så är klart, att ett dylikt erkännande erbjuder någon olikhet mot vad i det föregående sagts, endast i det fall, då erkännandet går ut på rättsförhållandet såsom existerande redan vid en föregående tidpunkt, samt dess uppkomst vid nämnda tidpunkt är *factum probandum*. Såvida förutsättningarna för en giltig disposition äro tillstädes, är det tydligt, att utställaren måste låta behandla sig, som om rättsförhållandet vid den uppgivna tidpunkten existerat, men för dem, som icke äro bundna av en dylik hans disposition, torde erkännandet endast kunna betraktas såsom en disposition, varigenom rättsförhållandet vid erkännandets utställande uppstod.¹ Endast denna disposition framgår omedelbart av skriften, och beträffande frågan om dess förmåga att ådagalägga rättsförhållandets *tidigare* uppkomst kunna vi hänvisa till följande fall.

Vad beträffar detta fall, då erkännandet är ställt på ett för utställaren menligt rättsfaktum, uppstår den frågan, huruvida, då en giltig disposition kan vara tillstädes, man har att anse erkännandet såsom en sådan, av ena eller andra innehållet, eller om man bör betrakta det såsom ett uttryck blott för utställarens erinran av det faktum, som han erkänt. Det förra tro vi vara det riktiga, såvida erkännandet är gjort i en urkund. Den, som utställer en dylik med nu angivna innehåll, synes oss därmed hava uttalat en vilja, att hans rättsliga mellanvarande till emottagaren eller dennes rättsinnehavare i viss mån skall be-

¹ Jfr STAHL, »Beitrag zur Lösung der Frage, ob und in wie weit die Anerkennung einen Verpflichtungsgrund bilde» i Archiv für die civilistische Praxis N. F. IV s. 311. »Dagegen ist es nicht nöthig, dass mit dem Schuldanerkennntniss auch ein Zahlungsverprechen verbunden sei, da ein stillschweigen des Zahlungsverprechen in dem Schuldanerkennungsvertrag(?) dessen Natur nach enthalten ist.»

stämmas av det sålunda konstaterade rättsfaktum. Huru länge urkundens innehåll skall vara avgörande, om blott till dess det erkända faktums existens vederlagts eller oberoende av dess sanning eller ej, kan vara tvivelaktigt. Till förmån för den senare åsikten skulle man kunna anföra följande. Hade den erkännande den avlägsnaste tanke därpå, att det skulle kunna bli honom till någon fördel att förbehålla sig befogenheten att kasta ikull erkännandet genom bevis om dess oriktighet, kunde det synas, som om han skulle underlåta att giva ifrån sig den desamma innehållande urkunden. Den disposition, som erkännandet innebure, vore således icke en disposition, varigenom urkundens utställare, för den händelse att motparten företedde urkunden, åtog sig bevisskyldigheten för sitt förnekande av det erkända rättsfaktums existens, utan erkännandet vore en disposition, varigenom detta faktum fastsloges såsom helt och hållet bestämmande rättsförhållandet mellan parterna, d. v. s. en disposition av det innehåll, att den erkännande åtog sig samma förpliktelse, som om det erkända rättsfaktum verkligen inträffat.¹ Onekligen är det möjligt, att erkännandet av ett rättsfaktum kan utgöra en disposition av nu angivna innehåll. Men för att antaga detta, måste vi fordra särskilda omständigheter, som hän-tyda på, att detta varit utfärdarens avsikt. Detta är först och främst fallet, då det erkända rättsfaktum självt är en disposition av den erkännande. Den, som nu erkänner, att han vid ett visst föregående tillfälle gjort en utfästelse med ett visst innehåll, har därmed tydligen uttalat en vilja att vara förpliktad, som om han vid nämnda tillfälle gjort den ifrågavarande utfästelsen. Vidare torde saken i regel böra på samma sätt betraktas, då erkännandet av ett rättsfaktum skett i förening med ett ut-

¹ Med avseende på betydelsen av erkännande utom rätta se, jämte förut anförda arbeten, UNGER, »Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag» i JHERINGS Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts VIII s. 179 f. ssk. s. 204 f., BÄHR, »Der Urkundenbeweis» i samma tidskrift N. F. II s. 36 f., v. CANSTEIN, »Anerkennung und Geständniss» i Zeitschrift für deutschen Civilprozess I s. 356 f. Se även »Verhandlungen des achten deutschen Juristentages», Berlin 1869, I s. 283 f., ssk. s. 291 f., II s. 94 f.

tryckligt åtagande av den genom nämnda rättsfaktum grundlagda förbindelsen; en person förbinder sig t. ex. att betala en *till låns* erhållen penningesumma. Däremot där inga omständigheter av nu angivna beskaffenhet föreligga, torde det riktiga vara att göra erkännandets verkan beroende därav, att dess icke-överensstämmelse med verkliga förhållandet icke ådagalägges. Skälet till vårt antagande av denna begränsning av dispositionen är icke det, att vi hålla före, att urkundens utfärdare *velat* förbehålla sig rätt till att bevisa det erkändas motsats, utan det, att frågan, om han skulle äga eller icke äga att genom ett dylikt bevis omintetgöra verkan av dispositionen, måste anses för honom främmande. Endast därpå, att emottagaren genom urkundens företeende skall kunna få sin rätt, synes utställarens tanke vid överlämnandet av densamma hava varit riktad, och då urkunden endast innehåller ett konstaterande av det ifrågavarande rättsfaktum, torde man icke äga rätt att anse honom strängare bunden, än som nu angivits. En anmärkning mot denna mening hava vi dock att upptaga till besvarande, nämligen att skäl synes saknas till att, såsom vi gjort, anse bevis om motsatsen kunna kullkasta ett utom rätta¹ gjort erkännande av ett rättsfaktum men däremot förklara ett inför rätta gjort dispositivt erkännande av ett rättsfaktum icke kunna i *den* rättegången² motsatsbevisas. Det kunde synas, som om vi stode inför ett antingen-eller (motsatsbevis eller icke motsatsbevis), som borde avgöras på samma sätt i båda fallen. Ett närmare aktgivande på dessa torde dock visa, att med likheten icke är så väl beställt. Erkännandet inför rätta innebar ett avstående från rätten att bestrida det erkända faktum, vilket avstående gällde blott den rättegången. Då parten avgav nämnda erkännande, kunde han icke undgå att hava klart för sig, att genom erkännandet det ifrågavarande sakförhållandet blev definitivt avgörande för hans mellanvarande med motparten; rättegångens uppgift att

¹ Likställt med ett utom rätten avgivet erkännande är i *detta* avseende ett erkännande, som till framtida säkerhet givits inför domstol.

² Beträffande ett under rättegång avgivet erkännandes (av ett faktum) betydelse i en annan rättegång, torde man erinra sig, att det *icke* såsom *disposition* kan i denna senare rättegång åberopas.

bringa ett slut på varje ovisshet i parternas inbördes förhållande kunde icke vara honom obekant, och i överensstämmelse därmed måste ock hans viljeförklaring tolkas. Annorlunda vid erkännande utom rättegång. Ett sådant behöfde för den erkännande endast framstå såsom ett medel att trygga motparten i fråga om beviset för det erkända faktum; intet hindrade, att det avgavs, redan innan detta faktum inträffat, för att motparten, då det inträffade, skulle äga ett medel att undgå den honom i första hand åliggande bevisskyldigheten. Att den erkännande icke skulle kunna befrias från detsamma menliga inflytande på hans ställning i en eventuell rättegång genom att ådagalägga, att det erkända sakförhållandet aldrig existerat, har man icke rätt att anse hava varit hans avsikt, såvida icke särskilda omständigheter tala för en dylik tolkning av hans uttalande.¹

På grund av vad således anförts, fasthålla vi vid vad vi förut sagt, att det i en överlämnad urkund innehållna erkännandet av ett rättsfaktum i regel är en disposition av det innehåll, att den erkännande, därest urkunden företes och han bestrider ifrågavarande rättsfaktum, övertager bevisskyldigheten för detta bestridande, detta naturligtvis *under den förutsättning*, att erkännandet i övrigt uppfyller villkoren för giltigheten av en rättshandling av den ifrågavarande beskaffenheten. Denna betydelse äger emellertid erkännandet icke blott då det angår factum probandum, utan tydligen även då det avser ett faktum, som blott såsom bevismedel för det förra kan ha betydelse i den förevarande rättegången.

Därest åter hinder möter för att i ett visst fall betrakta det i urkunden innehållna erkännandet såsom disposition, har man att taga i omprövning, vilken betydelse det kan äga såsom självt bevismedel för det erkända faktum och, där detta icke är factum probandum, för detta senare förmedelst sin bevisande förmåga beträffande vad som erkänts. Med avseende på denna erkännan-

¹ I överensstämmelse med det nu sagda har man att bestämma karaktären av ett särskilt skriftligt kvitto. Jfr rättsfall i N. J. A. VIII s. 244, Ugeskrift for Retsvæsen, 1883, s. 538; 1884, s. 307. Med avseende på skyldigheten för borgenär att vid betalning lämna kvitto, se GESTERDING i Archiv für die civilistische Praxis IV s. 16 f.

dets *beviskraft* kunna icke några regler på förhand uppställas, utan har domaren att fritt pröva densamma. Är erkännandet icke givet i en urkund utan i en annan skriftlig handling, blir dess betydelse för rättegången nästan uteslutande beroende av denna dess bevisande kraft; såsom disposition torde det endast då kunna betraktas, när särskilda omständigheter tala för, att den erkännande vid detsammans avgivande *avsett* att förklara en vilja och icke att blott avgiva en utsaga om vad han erinrar sig be-
träffande det erkända sakförhållandet.

Vare sig nu det dispositiva erkännandet är avgivet i en urkund eller annan skriftlig handling, skola de regler, vi i det föregående anført i fråga om det fall, da den i den skriftliga handlingen innehållna förklaringens avgivande själv är factum probandum, i tillämpliga delar i fråga om detsamma användas; varjämte särskilt för den händelse, att erkännandet avgivits i en urkund, vad ovan sagts¹ om betydelsen av dess företeende äger sin fulla tillämpning. Därmed är ock angivet, i vad man en avskrift, under förutsättning av originalets äkthet och avskriftens överensstämmelse med detsamma, kan ersätta originalt. Är erkännandet åter blott bevismedel, gör tydligen en avskrift under nämnda villkor originalets företeende fullkomligt överflödigt.

Då vi i det föregående berört parts i skriftlig handling innehållna uttalandes egenskap av *bevismedel* för riktigheten av sitt innehåll och därmed mer eller mindre omedelbart för factum probandum, hava vi betraktat det uteslutande såsom ett erkännande d. v. s. såsom en utsaga om en omständighet, för vilken motparten är bevisskyldig. Vi komma nu till frågan, om icke ett partens skriftliga uttalande kan utgöra ett bevismedel även till hans *förmån* d. v. s. tjäna som bevis för en omständighet, för vilken han själv, icke motparten, är bevisskyldig. Svaret på detta spørsmål är, att domaren i regel icke torde kunna tillmäta en dylik utsaga något bevisvärde. Att han icke bör göra detta, torde kunna anses som lagstiftarens avsikt, ty varför skulle denne annars endast i undantagsfall erkänna en dylik genom

¹ I överensstämmelse därmed har man ock att tolka 54 § Utsökningslagen.

ed förstärkt utsaga?¹ Omsorgen om edens helgd kan icke anses hava varit för honom ensam avgörande. Denna lagstiftarens obenägenhet mot att såsom bevismedel erkänna en utsaga av nämnda beskaffenhet är ock fullt berättigad, ty annars vore skyddet för väl förvärvade rättigheter alltför svagt. Men om således parts uttalande till hans egen fördel icke kan erkännas såsom ett medel, ägnat att i och för sig giva domaren en objektivt grundad övertygelse om ett faktum, är det å andra sidan intet hinder för, att uttalandet kan häva skett under eller vara förenat med sådana omständigheter, att det förtjänar tilltro. Dylika omständigheter måste ock antagas vara för handen i alla de fall, då vare sig lag eller praxis tilldelar ett uttalande av förevarande beskaffenhet värde såsom bevis för riktigheten av vad sålunda utsagts. Innan vi emellertid gå närmare in på dessa fall, vilja vi påpeka några blott skenbara undantag från den uppställda regeln om den för part fördelaktiga utsagans oförmåga att i och för sig tjäna som bevis. Det viktigaste är det, att tvenne parter skriftligen gjort en överenskommelse, som för dem båda medföra förpliktelser. Då nu den ene åberopar handlingen såsom stöd för sin rätt, är det nämligen på motpartens i handlingen gjorda utfästelse och icke på den utsaga om denna, som hans egen i handlingen - avgivna förklaring kan anses innehålla, varpå han i sin talan stöder sig. Samma resonemang är tillämpligt, da parternas i handlingen innehållna förklaringar hava karaktären av erkännande angående deras ömsesidiga rättsförhållanden. Därest vidare en förklaring av part innehåller, att han utfäster sig till en viss prestation under den förutsättning, att motparten fullgör en annan prestation, som denne utlovat, äger handlingens uppgift därom visserligen den betydelse, att handlingens utställare icke behöver fullgöra sin förpliktelse ur handlingen, såvida icke motparten fullgör vad han, enligt handlingens utsaga, skulle hava lovat, men detta beror icke på någon nämnda utsagas beviskraft utan därpå, att dess innehåll är ett moment i utställarens disposition. Sålunda kan utställaren icke på grund av nämnda uppgift av-

¹ Jfr ÅFZELIUS, »Om parts ed såsom processuellt institut», Upsala 1879, s. 89 f., särsk. s. 112 f.

fordra motparten, vad denne skulle hava utfäst sig till, såvida icke motparten själv utfordrar sin rätt ur handlingen. På samma sätt har man att betrakta en i en handling förekommande förklaring, som, utan att uttryckligen utgöra ett moment av den gjorda utfästelsen, i ett eller annat avseende inskränker utställarens förpliktelse ur handlingen.¹ Så t. ex. en påskrift på en revers, att viss säkerhet är lämnad, att viss avbetalning skett, att förbindelsen i övrigt upphört, att förfallotiden ändrats etc. Samtliga dessa förklaringar av utställaren² — förutsatt att de icke obehörigen tillkommit — bevisa visserligen icke sanningen av vad de innehålla, men de öva inflytande på omfånget av utställarens förpliktelse ur handlingen. Genom att tecknas på handlingen bliva de, så att säga, upptagna till beståndsdelar av den förklaring, som handlingen i övrigt innehåller. Denna skillnad är icke utan en stor praktisk betydelse. Ett exempel skall visa detta. På baksidan av en revers har utställaren skrivit, att för densamma en viss säkerhet är lämnad. I detta fall kan icke handlingen i och för sig utgöra stöd för innehavarens fordran att få betalt utan säkerhetens återlämnande, även om han bevisar, att någon säkerhet aldrig givits. Men å andra sidan kan icke handlingens utfärdare med stöd av densamma yrka på säkerhetens återställande mot betalning av det i reversen utfästa beloppet. Gör emellertid icke fordringshavarens emottagande av en dylik revers, att den i densamma av utgivaren avgivna förklaringen om säkerhetens lämnande kan anses såsom bevis för, att ifrågavarande säkerhet verkligen lämnats? Denna frågas besvarande leder oss in på de verkliga undantagen från den uppställda regeln. Det första blir det, att då en handling, inne-

¹ Jfr med avseende på dessa spörsmål NORDLING, »Förhandling om rätt», s. 41 f.

² När åter handlingens innehavare gjort dylika anteckningar på handlingen, blir saken att bedöma på samma sätt, som om han i särskild till utställaren lämnad handling gjort ifrågavarande förklaringar. Därest under nämnda förutsättning den gjorda förklaringens bindande kraft eller bevisande förmåga vore beroende av dess utlämnande till motparten, blir i förevarande fall förklaringens påskrivande på handlingen efter överenskommelse med utställaren eller rent av med hans vetskap (något som bör presumeras) avgörande. Se dock rättsfall i N. J. A. VIII s. 325.

hållande en för utställaren fördelaktig utsaga, utan anmärkning emottages av den, som, i händelse av utsagans riktighet, skulle på grund av det i handlingen uppgivna sakförhållandet vara förpliktad, kan utsagan betraktas såsom ett bevisdatum. Huru starkt dess bevisvärde är, kan icke på förhand avgöras; det växlar mellan fullt bevis och en svagt bindande omständighet. I ovannämnda fall är utsagans beviskraft synnerligen svag, ty tillräcklig anledning för innehavaren att taga emot handlingen kan ligga däri, att den konstaterar en *honom* tillkommande rättighet. Däremot om emottagaren, vare sig på grund av lag eller parternas överenskommelse kan anses skyldig att granska handlingen, måste hans underlåtenhet att inom vederbörlig tid göra anmärkning mot densamma vara en omständighet, som i hög grad stärker trovärdigheten av den i handlingen innehållna förklaringen. Så kan vara fallet med räkning, som tillställes en person, och det äger även rum, då s. k. motbok förts emellan parterna, vilken utlämnats till ena parten, så snart den andra däri fört honom något till last.¹ Därest man i nu nämnda fall betraktar underlåtenheten att göra anmärkning såsom ett tyst erkännande av räkningens eller motbokens emottagare, kunna dessa fall bliva endast skenbara undantag från ovan angivna regel, ty ett dylikt erkännande kan vara en disposition, varigenom fordringsrätten uppkommer, eller i fråga om bevisskyldigheten för grunden till densamma, och den av handlingens utställare gjorda utsagans bevisvärde blir i så fall utan betydelse. Från denna senare uppfattning utgår lagstiftaren i sina bestämmelser angående räkningar mellan köpmän och med dem likställda yrkesidkare, varom stadgas i §§ 21, 22, 23 och 24 av Kungl. Förordningen angående handelsböcker och handelsräkningar den 4 maj 1855.

Beträffande därefter handelsboks vitsord,² är det, såsom

¹ Jfr rättsfall i N. J. A. I s. 528, IV s. 365, XIII s. 413. Se ock rättsfall hos LEVISON, »Ugeskrift for Retsvæsen», 1885, s. 716.

² De närmare reglerna i fråga om detta äro angivna av AFZELIUS, »Om parts ed», s. 113 f. Jfr även där anförda författare samt följande rättsfall: J. A. IV s. 287 och VII s. 153 (dessa ännu av intresse), N. T. II s. 672, N. J. A. II s. 314.

man lätt torde inse, de åtföljande omständigheterna, som skänka den i densamma förekommande utsagan till parts fördel dess värde såsom bevis. Vad som särskilt är utmärkande för lagens bestämmelser angående handelsboken är icke den beviskraft, som tillerkännes den, utan den rätt att ålägga edgång, som gives domaren, på samma gång hans uppskattning av det genom handelsboken förda beviset i viss mån underkastas legala bevisregler. Detta undantag från den fria bevisprövningen saknar emellertid åtminstone i det fall berättigande, då domaren i regel äger fritt avgöra värdet av ett fört bevis. Ett upphävande av 1855 ars förordning, i vad den angår denna fråga, skulle för visso ej beröva handelsböcker det bevisvärde, som bör tillkomma dem; den i § 1 av 17 kap. Rättegångsbalken åt domaren givna fria prövningsrätt, väl använd, komme med all säkerhet att riktigare avgöra, under vilka omständigheter den i handelsbok till parts förmån gjorda utsagan¹ borde tillerkännas beviskraft, samt huru högt denna kunde skäligen uppskattas.

Denna fria prövningsrätt äger domaren, da en av part given skriftlig utsaga för övrigt aberopas som bevis till hans fördel. De åtföljande omständigheternas förmåga att förläna utsagan bevisvärde har domaren att fritt pröva. Vilka omständigheter, förutom de redan nämnda, kunna för ändamålet vara av betydelse,² vore det alltför litet gagnande att på förhand söka angiva, ty redogörelsens förnämsta egenskap bleve utan tvivel dess ofullständighet.

Vi övergå i stället till att angiva den bevisande kraften hos en skriftlig utsaga av tredje man. Härvid bliver skillnaden emellan offentliga och privata handlingar av en väsentlig betydelse.

Vad då de offentliga handlingarna beträffar, hava vi redan i det föregående behandlat de viktigaste av dessa nämligen dom-

¹ Därest köpmannen icke själv fört boken, utan denna förts av något hans biträde, bleve bokens uppgifter att betrakta som tredje mans utsaga, men med fri bevisprövning komme detta icke att beröva boken dess bevisvärde.

² Jfr rättsfall i Norsk Retstidende, 1883, s. 417.

stols protokoll,¹ varvid vi nämnde, att dessa jämlikt 14 kap. 6 § Rättegångsbalken måste, även om de ej av parterna justerats, anses som fullt bevis för riktigheten av vad domstolen i dem förklarat sig hava iakttagit. Något bevis om ett annat förhållande kunde, på grund av förut anförda skäl, ej tillåtas vid samma domstol. Däremot fanns det icke någon anledning att antaga, att gällande rätt velat förhindra den, som bestred protokollets riktighet, att vid annan rätt söka ådagalägga ett annat förhållande än det i protokollet intygade. Protokollets vitsord faller emellertid endast för ett fullt juridiskt bevis om oriktigheten av dess innehåll, varvid tydligen starkare skäl fordras för att övertyga domaren, när protokollet justerats, än då någon justering icke ägt rum.² Vid avgörandet, om motsatsbeviset lyckligen förts, är domaren obunden av den legala uppskattningen av bevismedlen. Tvenne vittnen om oriktigheten tvinga honom således ej att anse protokollets vitsord störtat. Först då han vunnit en fast övertygelse, att dess innehåll ej överensstämmer med vad verkligen passerat, är han ej längre berättigad att anse dess uppgifter riktiga. Huru mycket som erfordras för att giva honom denna övertygelse, kan man ej på förhand bestämma, utan beror det på omständigheterna i varje fall. Såsom regel torde man dock kunna uppställa, att ett domstolsprotokolls vitsord³

¹ Vilken stor betydelse underrätts protokoll äga som bevismedel för överrätt, torde vara tillräckligt att blott påpeka.

² Även om det justerade protokollet innehåller en av part gjord viljeförklaring av ett visst innehåll, kan tydligen bevis därom, att en dylik viljeförklaring icke avgivits av parten, få föras. Därvid måste emellertid beviset gå ut på, att han varken direkt avgivit den nämnda förklaringen eller godkänt det densamma innehållande protokollet, då det justerades. I godkännandet av ett protokoll, som upptager en viss viljeförklaring såsom av part avgiven, måste nämligen anses ligga ett uttalande av samma viljeförklaring. Därest tiden för denna förklarings avgivande emellertid är av betydelse, är det klart, att part kan vinna sitt mål genom att blott vederlägga protokollets uppgift, att nämnda förklaring vid det i protokollet upptagna tillfälle blivit av honom avgiven.

³ Lagkommittén föreslog, att mot justerade protokoll bevisning ej skulle få föras (22 kap. 1 § Rättegångsbalken). Annorlunda Lagberedningen; se dess motiv i »Förslag till Rättegångsbalk», Stockholm 1849, s. 32. Jfr C. P. O. §§ 150, 285, 380 - 383.

endast torde böra falla för en bevisning, som betydligt överskrider måttet för ett legalt fullt bevis.¹

Vad därefter angår beviskraften hos andra offentliga handlingar, lär man kunna säga, att även den i dem förekommande utsagan äger en presumption av riktighet. Grunden härtill är, såsom lätt inses, samhällets behov att äga handlingar, vilka i sig hava tilltro, samt de olägenheter, som skulle följa därav, att ämbetsmännen, så snart riktigheten av vad de intygat bestreds, måste höras såsom vittnen. Härtill kommer det särskilda ansvar, de äro underkastade, jämte statens berättigade krav att personer, åt vilka han skänkt sitt förtroende, icke jävas av den förste bäste.² Därmed är ock en naturlig begränsning given med avseende på det vitsord, som bör tillkomma ämbetsutsagan. Endast så mycket av dess innehåll kan anses riktigt, som myndigheten haft för avsikt att *intyga*. Andra uppgifter, som däri inkommit, kunna tydligen icke komma i åtnjutande av något vitsord i fråga om deras riktighet. Och strängt taget borde vitsordet endast tillkomma myndighetens utsaga, då densamma grundade sig på egen iakttagelse av vad som intygats,³ eller intyget skedde med ledning av myndigheten tillgängliga handlingar, vilka ägde full trovärdighet. Hit skulle således höra myndighets eller ämbetsmans protokoll i allmänhet, med avseende på vad inför myndigheten passerat eller vad myndigheten åtgjort; vidare bevis, attester, intyg angående dylika förhållanden eller på grund av protokoll, diaries eller andra dylika handlingar, som själva ägde fullt bevisande kraft. Då ämbetsmannens intyg icke vore av nu angivna beskaffenhet, borde icke något ovillkorligt vitsord tillerkännas detsamma, utan borde domstolen äga att i varje fall avgöra, vilket bevisvärde vore att tillmäta detsamma. Vilken ställning intager emellertid vår svenska rätt till dessa frågor? Vad det fall angår, då myndighetens utsaga är av sist omnämnda

¹ Minoritetens mening i det i N. T. II s. 511 refererade rättsfall torde icke hava grundat sig på något underkännande av protokollets vitsord.

² Jfr GESTERDING, »Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien», Greifswald 1826, I s. 232 f. Se ock GROSS, »Die Beweistheorie im canonischen Process», Innsbruck 1880, II s. 52 f.

³ Jfr C. P. O. § 383.

beskaffenhet, torde den svenske domaren i regel icke anse sig bunden av någon presumtion. Ett undantag härifrån torde emellertid vara gjort för kyrkoböcker, vilka utan tvivel, i vad de angå födelser och dödsfall, höra hit.¹ Det oaktat synes man nämligen anse dem utgöra fullt bevis för nu nämnda förhållanden, ända tills domaren blivit övertygad om uppgifternas oriktighet. Detta torde hava sin grund i ett trängande faktiskt behov att hava nämnda förhållanden konstaterade. Nödiga garantier borde dock skaffas för uppgifternas riktighet.

Vad åter de offentliga handlingar angår, som grunda sig på myndighetens egen iakttagelse etc., bör man göra en skillnad mellan det fall, då handlingen uppgiver, att myndigheten själv handlat på ett visst sätt, och det, då utsagan konstaterar något annat förhållande. I förra fallet har man onekligen större garanti för riktigheten av uppgiften än i det senare. Vad man själv gör, kan man icke gärna misstaga sig om. En iakttagelse, av vad andra göra eller av vad i övrigt tilldragit sig, kan däremot lätt bliva behäftad med brister, som minska dess trovärdighet. Då en ämbetsman intygar, att han företagit en viss åtgärd, synes därför alltid detta intyg böra tagas för gott, till dess oriktighet till fullo bevisas, och detta bevis bör vara av en relativt betydlig styrka.² I det fall åter, att uppgiften i den offentliga handlingen har avseende på något, som inför myndigheten tilldragit sig, utgör den visserligen även fullt bevis om vad sålunda intygats, men lika stora krav kunna icke ställas på motsatsbeviset. Huru starkt detta i varje fall bör vara för att övertyga domaren, undandrager sig tydligen varje uppskattning på förhand. Endast så mycket torde kunna sägas, att domaren har att vid denna frågas avgörande taga i betraktande de garantier, den intygande myndigheten lämnar, för att dess iakttagelser och uppgifter skola bliva riktiga. Sålunda är det klart, att en kollegial myndighets intyg i detta avseende har starkare vitsord än en enskild ämbetsmans, liksom ock att en högre myndighet eller

¹ Jfr en uppsats »Über den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher» i Archiv für die civilistische Praxis XV s. 26 f.

² Denna tanke tro vi även hava legat till grund för stadgandet i § 382 C. P. O., enligt vilket lagrum motsatsbevis är uteslutet.

ämbetsman i regel bör tillerkännas mera tilltro än en lägre. Åtskilliga andra omständigheter kunna även förtjäna avseende, och domarens rätt till att fritt pröva, när han anser sig övertygad om uppgifternas oriktighet, blir således i dessa fall, likasom vid ett försök till vederläggande av domstolsprotokolls riktighet, den enda utvägen att komma till ett tillfredsställande resultat.¹

Den mening, vartill vi sålunda kommit i fråga om offentliga handlingars förmåga att bevisa riktigheten av de i desamma innehållna uppgifter, är alltså, att de utgöra fullt bevis för vad de intygat, men att motsatsbevis är tillåtet, samt att domaren i varje särskilt fall har att, med avseende fäst på myndighetens ställning samt övriga föreliggande omständigheter, avgöra, när han kan anse sig övertygad därom, att handlingens innehåll icke är med verkliga förhållandet överensstämmande.² Vad nu sagts om den offentliga handlingens beviskraft gäller emellertid blott *i regel*. Vitsordet torde nämligen icke tillkomma de lägre ämbets- eller tjänstemän, vilka icke kunna sägas äga någon mera självständig ämbetsmyndighet utan blott äro organ för verkställigheten av en högre myndighets beslut och för fullgörandet av dess anvisningar. Till att antaga, att detta varit 1734 års lags mening, föranledas vi av stadgandet i 17 kap. 11 § Rättegångsbalken: »Vakter och de, som rättens eller konungens befallningshavandes bud och ärende gå, må själve edligen vittna om det, som dem i ty fall händer, så ock om det de uträttat, där ej andre vittnen till äro.»³ Hade nämligen lagstiftarens avsikt varit, att nämnda tjänstemäns skriftliga utsaga skulle äga vitsord, tills motsatsen bevisades, är det tydligt, att han icke haft något skäl att giva en bestämmelse, sådan som den förevarande.

¹ Jfr rättsfall i N. T. II s. 759, N. J. A. I s. 233, III s. 366, IV s. 215, VII s. 96.

² Med avseende på frågan, vilka olika slags offentliga handlingar finnas, kunna vi hänvisa till LINDBLAD, »Bevisning inför rätta», s. 156—159, LAGUS a. a. s. 31—40, varest även nämnes, vad beträffande kartor är att iakttaga. Att av domstol fastställda kartor icke kunna motsatsbevisas, är en given följd av den rättskraft, som tillkommit fastställelsebeslutet.

³ Jfr även de författningar, som komplettera detta lagrum.

Under detta lagrum torde ock enligt 1734 års lag hava hört underexekutorerna,¹ i vad angick deras befattning med utsökningsärenden, så att alltså deras protokoll angående nämnda förrättningar icke torde hava ansetts äga något vitsord. På samma ståndpunkt ställde sig ock Nya Lagberedningen i dess förslag till gällande Utsökningslag, vilket fick sitt uttryck däri, att Beredningen föreslog följande lydelse av § 6 i nämnda lag: »Utmättningsman må ej taga befattning med mål, vari han är jävig att vittna» etc. En följd härav blev ock stadgandet i § 7, att »utmättningsman skall vid sin förrättning hava med sig ojävigt vittne». Genom dessa bestämmelser hade man sålunda skaffat sig tillgång till ett legalt fullt bevis om riktigheten av vad utmättningsmans protokoll eller dagbok innehöll, såvida densamma av någon bestreds. Vid granskningen av Lagberedningens förslag ansågo emellertid Högsta Domstolens flesta medlemmar, »enär utmättningsman borde betraktas såsom ämbets- eller tjänsteman, det vara lämpligare att i fråga om jäv jämföra utmättningsman med domare än med vittne».² I följd av denna Högsta Domstolens erinran erhöll 6 § Utsökningslagen sin nuvarande lydelse; däremot bibehölls § 7, sådan den av Beredningen föreslagits. Genom den gjorda förändringen har emellertid frågan, huruvida något vitsord bör tillerkännas utmättningsmans protokoll eller dagboksanteckningar, angående vad han i utsökningsärenden åtgjort eller därvid i övrigt förefallit, kommit i ett alldeles nytt läge. Densamma synes oss böra besvaras på följande sätt. Har icke ojävigt vittne varit närvarande, äger den av utmättningsmannen uppsatta handlingen intet vitsord.³ Har åter vittnet varit med, synes oss, som om handlingen, i händelse vittnet dött, blivit jävigt eller av annan anledning icke kan höras, bör äga vitsord, tills oriktigheten av dess utsaga adagaläggas. Kan vittnet däremot höras, bör så ske, om handlingens riktighet bestrides, och om vittnet därvid icke bestyrker handlingens uppgift, hålla vi före, att saken bör så bedömas,

¹ Jfr 1 kap. 3 § Utsökningsbalken.

² Se N. J. A. 1877 Avd. II s. 6.

³ Att hela förrättningen skulle bliva ogiltig, torde ej hava varit lagstiftarens mening.

som om vittne ej varit med d. v. s. handlingens innehåll måste på annat sätt styrkas.

Vad nu sagts torde som regel böra tillämpas på samtliga de fall, när enligt lagens föreskrift vittne skall vara närvarande vid en ämbetsmans eller annan offentlig persons förrättning. Så t. ex. vid erkännande av en fordringshandling inför de i 24 § Utsökningslagen nämnda funktionärer. Som bekant, fordrar förevarande lagrum, för att lagsökningsmålet icke skall förklaras tvistigt, att vid det av gäldenären avgivna erkännande av fordringshandlingen, även då det skett inför notarius publicus, tillkallat vittne skall ha varit närvarande. Är denna bestämmelse ett uttryck för, att notarii publici intyg, om vad inför honom ägt rum, i allmänhet saknar vitsord, så snart vittne därvid icke varit tillstädes? Berörda stadgande i Utsökningslagen ger onekligen anledning till ett jakande svar. En dylik uppfattning synes ock bestyrkas av stadgandet i § 4 av Kungl. Förordningen om Nya Växellagens införande den 7 maj 1880, varest föreskrift gives, att vid en av notarius publicus verkställd växelprotest vittne skall närvara.¹

Spår saknas dock icke, som antyda, att lagstiftaren varit av en motsatt mening i fråga om nödvändigheten av vittnes närvaro vid notariatförrättningar. Sålunda heter det i § 4 av gällande Konkurslag: »Har borgenär *genom* notarius publicus *eller* i vittnens närvaro uppmanat köpman» etc. Vid denna bestämmelse har lagstiftaren tydligen tänkt sig, att notarii publici intyg skulle äga samma vitsord som tvenne vittnens överensstämmande utsaga, och detta utan att häntyda på, att vitsordet skulle vara beroende av ett vittnes närvaro vid förrättningen. Icke heller i den ovan anförda stadgan angående notarii publicibefattningen finns någon föreskrift därom, att notarius publicus bör företaga sina förrättningar i vittnes närvaro. Under dessa omständigheter och då en föreskrift om närvaro av vittne, därest vad ovan sagts om beviskraften hos en ämbetsmans utsaga för en sådan händelse är riktigt,

¹ Här torde till och med underlåtenheten att hava vittne med göra protesten ogiltig.

skulle i hög grad beröva den enskilde den fördel, vilken notarii publiciinstitutionen har att bereda, synes det oss, som om skäl saknas för att antaga, att notarii publici skriftliga utsaga i och för sig skulle sakna vitsord.¹ I följd härav hålla vi före, att bestämmelsen i § 24 Utsökningslagen bör så tolkas, att vittnes närvaro vid erkännandet av fordringshandlingen inför notarius publicus visserligen fordras, för att lagsökningsmålet icke skall förklaras tvistigt, men är utan varje betydelse i fråga om det vitsord, som kan tillerkännas en skriftlig utsaga av notarius publicus.

Härmed hava vi nått gränsen för redogörelsen om det vitsord, som tillkommer en i offentlig handling innehållen utsaga.² Innan vi gå till undersökningen av den privata skriftliga utsagans bevisvärde, hava vi dock att fästa uppmärksamheten på det ytterligare undantag från 1734 års lags uppfattning, enligt vilken s. k. betjantes skriftliga utsaga saknade vitsord, som gjordes genom bestämmelsen i Kungl. Förordningen den 10 augusti 1877, § 3, enligt vilket lagrum intyg av två ojäviga stämningsmän gäller som fullt bevis, att delgivningen blivit så verkställd, som intyget innehåller.

Vad därefter privata personers skriftliga intyg angår, kunna vi inskränka oss till att hänvisa till vad i det föregående³ där-om sagts. Endast det bör här tilläggas, att bestämmelserna i 14 kap. 4 § Rättegångsbalken och 69 § Konkurslagen torde böra därtill föranleda, att en av två ojäviga personer⁴ bestyrkt avskrift, i det fall att originalet ej kan företes eller vittnena på

¹ Jfr dock Svea Hofrätts Bref till Magistraten i Stockholm angående Notarii Publici göromål och attester den 14 December 1682. Se ock LAGUS a. a. s. 35—36.

² Vad om inländska handlingars beviskraft sagts, gäller ock i regel om utländska myndigheters skriftliga utsagor. Jfr rättsfall i N. J. A. IV s. 28.

³ S. 69, 70, 107, 108. Jfr rättsfall i N. J. A. II s. 28 och III s. 149.

⁴ Rättens betjante äro i detta avseende tydligen åtminstone likställda med enskilde; något företräde kunna vi ej ge deras intyg, såvida de ej höra till de i § 24 Utsökningslagen uppräknade funktionärer (möjligen bör åt stämningsmäns intyg även om annat än delgivningen ett visst företräde tilldelas).

ed höras, bör oaktat bestridande anses riktig¹ lika länge, som en av dylika personer bestyrkt underskrift anses äkta, detta dock under det ytterligare villkor, att det blott är fråga om att konstatera originalets tydliga innehåll.

Med avseende på den skriftliga handlingens materiella beviskraft återstår oss nu endast att till det ovan anförda tillägga, att avgivandet av den i handlingen innehållna förklaringen, även utan att vara factum probandum eller erkännande, utsaga om detta eller om ett bevismedel, kan tjäna som bevis i rättegången. Detta är fallet, då man *annars* kan från avgivandet av den i den skriftliga handlingen innehållna förklaringen med större eller mindre bindande kraft sluta till facti probandi eller ett bevismedels för detsamma existens; med andra ord, då avgivandet av den skriftliga förklaringen är ett indicium i den vanliga meningen för, att factum probandum eller ett bevismedel för detsamma existerat. Så är t. ex. fallet, då man från den omständigheten, att en person i en skriftlig handling på en annan överlåtit äganderätten till en viss sak, sluter sig till, att den förres vid ett senare tillfälle gjorda försäljning av vissa saker, med avseende på vilka det är tvivelaktigt, om de omfatta även den förut förtrytrade, icke enligt hans avsikt borde gälla denna sistnämnda o. s. v.

Vad till sist beträffar avskriftens förmåga att ersätta originalet, då frågan gäller dettas materiella beviskraft, hava vi redan i det föregående fäst uppmärksamheten därpå, hurusom avskriften under vissa förhållanden saknar en dylik förmåga. Till att ytterligare gå in på detta spörsmål hava vi så mycket mindre anledning, som endast en prövning av omständigheterna i varje fall kan giva till resultat ett riktigt svar. Lagstiftaren har ock själv visat sig hylla denna uppfattning, då han i 14 kap. 4 § Rättegångsbalken lämnat följande föreskrift: »Och böra ändå huvudskrifterna visas upp, där rätten eller vederparten det äskar.» Endast det hava vi att tillägga, att avskriften, även under förutsättning av dess likhet med originalet och av dettas äkthet, dock aldrig bevisar mera, än att ett original med det angivna innehållet fanns vid det tillfälle, då avskriften togs.

¹ Jfr rättsfall i N. T. II s. 300.

Vad som sagts om avskrifter har sin tillämpning på det återgivande av en skriftlig handlings innehåll, som sker genom personers muntliga utsaga om detsamma.¹ Enda skillnaden är, att garantierna för återgivandets riktighet och fullständighet äro mindre.

Det skriftliga bevisets framläggande.

I det föregående hava vi sökt angiva de huvudgrunder, domaren har att följa vid uppskattningen av den skriftliga handlingens värde såsom skriftligt bevis.² Ämnets natur har gjort, att vår redogörelse endast undantagsvis kunnat nedstiga till detaljerna. Dessa fyllas dock på ett naturligt sätt av den fria prövningsrätt, som lagstiftaren i fråga om det skriftliga beviset lämnat lagskiparen. Den framställning, vi gjort om bevisningen i allmänhet, är avsedd att utgöra ett försök att därvid biträda honom. En riktig uppfattning av vår lags ställning till bevisfrågan över huvud taget är nämligen nödvändig, för att varje särskilt bevismedel skall erhålla det bevisvärde, som bör tillkomma detsamma.

Den uppgift, vi satt oss före, hava vi nu fullgjort.³ Då

¹ Jfr rättsfall i N. J. A. X s. 138.

² För att ej vår framställning skulle bliva alltför vidlyftig, hava vi måst avstå ifrån att taga någon hänsyn till den engelska rätten. De regler, som med avseende på det skriftliga beviset, »documentary evidence», på grund av lag eller praxis i England tillämpas, äro emellertid av stort intresse. Se därom den koncisa redogörelsen hos STEPHEN, »A digest of the law of evidence», London 1881, s. 71—101. Se ock BEST, »The principles of the law of evidence», London 1870, s. 297 f.

³ Vi sakna tillfälle att särskilt utreda frågan om betydelsen av telegram såsom skriftligt bevis. Vår avsikt är dock att därtill en annan gång återkomma, och vi inskränka oss nu till att hänvisa till MITTERMAIER, »Ueber die rechtliche Bedeutung telegraphischer Mittheilungen und die Anwendung der Grundsätze vom Urkundenbeweise auf dieselben in Rechtsstreitigkeiten» i Archiv für die civilistische Praxis XLII s. 278 f. och samme författare i nämnda tidskrift XLVII s. 214 f. Se ock SERAFINI, »Le télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence civile et commerciale» (översatt från italienskan), Paris 1863, ssk. s. 44 f.; MEILI, »Das Telegraphenrecht», Zürich 1873, ssk. s. 65 f.; BROOMÉ, a. a. s. 211—213.

emellertid varit brukligt, att man vid behandlingen av det skriftliga beviset även framställt reglerna för dess framläggande, särskilt för den s. k. editio instrumentorum, skola vi i största korthet redogöra för vad i nämnda avseende kan anses gälla enligt svensk rätt.

Den, som vill medelst skriftligt bevis styrka de bestridda fakta, för vilka han är bevisskyldig, har att inför rätten framlägga den skriftliga handling, som skall tjäna honom såsom bevis. I vad mån en avskrift härvid kan göra samma tjänst som originalet, framgår av vad i det föregående är sagt om förhållandet mellan originalets och avskriftens bevisvärde. Därav kan man se, att motparten i regel kan göra originalets framläggande nödvändigt. På grund härav och då den bevisskyldige även i de fall, då en avskrift kunde ersätta originalet, oftast saknar en sådan, blir det av väsentlig vikt för honom att kunna framlägga den skriftliga originalhandlingen. Besitter han själv densamma, bereder framläggandet honom inga svårigheter. Annorlunda däremot, då motparten eller tredje man innehar handlingen. Därest dessa i så fall vägra att framlägga densamma, blir frågan, om den bevisskyldige genom lagens hjälp kan tvinga dem därtill, med andra ord, om någon editionsplikt i fråga om skriftligt bevis förekommer.

Med avseende på detta spörsmål påpekar NEHRMAN,¹ att, innan fråga kan uppstå om något åläggande att förete handlingen, måste bevis vara förebragt därom, »att den, som skriften framvisa skall, haver den nu eller haft den, innan tvisten begyntes, i sitt förvar». Vad sedan angår parts editionsplikt, förklarar NEHRMAN, att denna icke kan anses vara regel. Endast då part hade någon rätt till handlingen eller rätt att få begagna den, eller var »lika deltagande i skriften» (med vilket uttryck torde böra förstås, att handlingen i bägge parternas intresse upprättats), eller »käranden redan fulltygat sitt påstående, men domaren åstundar se skriften till upplysning uti någon omständighet», kunde motparten åläggas att förete den, varvid man dock mera gynnade svaranden än käranden. Även tredje man

¹ A. a. s. 257—258.

var icke obegränsat förpliktad att framlägga handlingen, utan kunde han tillhållas att göra detta, endast »när den, som sådant åstundar, har bättre eller lika rätt till dokumentet som den, det i händer haver, och dokumentets uppvisande ej kan i något mål skada honom». Dock tillägger NEHRMAN: »Men för övrigt är detta lämnat till rättens gottfinnande, som jämväl i dessa mål har rättvisan till sitt syftemål.» Av dessa NEHRMANS uttalanden finna vi, hurusom han å ena sidan hade benägenhet för att fixt begränsa editionsplikten såsom en skyldighet emot part, men å andra sidan gav den en vidsträckt omfattning, när domaren prövade nödigt, att skriften i rättegången företeddes. Att domaren därvid hade att taga hänsyn även till andra intressen än de i den förevarande rättegången förekommande, är tydligt.

Ungefär samma ståndpunkt som NEHRMAN intager LINDBLAD,¹ vilken dock icke iakttagit skillnaden mellan partens och domarens befogenhet att fordra handlingens framläggande, men däremot angiver sättet för handlingens uttvingande, som mot part vore vite och mot tredje man samma medel, som användes för att förmå en person att avlägga vittnesmål. LINDBLAD skiljer sig därjämte från NEHRMAN däri, att han i regel ålägger tredje man en lika vidsträckt editions- som vittnesplikt. Mindre omfattande än nämnda författare anser SCHREVELIUS parts editionsplikt vara,² varemot även han i fråga om den skyldighet att framlägga handlingar, som åligger tredje man, likställer densamma med vittnesplikten.

Vad därefter angår lagförslagen, så föreslog Lagkommittén,³ att såväl part som tredje man skulle vara skyldiga att förete skriftliga handlingar, som de innehade, utan annan inskränkning än motpartens verkliga behov av desamma. Lagberedningen⁴ gjorde icke någon ändring i vad Lagkommittén i förevarande hänseende föreslagit, och även Nya Lagberedningen⁵

¹ »Bevisning inför rätta», s. 173—177.

² Jfr åter LAGUS a. a. s. 85—95.

³ 22 kap. 18—21 §§ Rättegångsbalken.

⁴ 22 kap. 20—23 §§ Rättegångsbalken.

⁵ »Betänkande», II s. 160—163, 311—313.

har i denna fråga i det väsentligaste följt sina föregångare. Parts sanningsplikt och tredje mans vittnesplikt har Beredningen ansett såsom tillräckliga stöd för att ålägga såväl den förre som den senare editionsplikt, »så snart erforderlig upplysning om handlingens innehåll eller beskaffenhet i övrigt antagligen ej kan på annat sätt vinnas».¹

Vad nu den gällande rätten angår, hava vi, som bekant, icke några allmänna bestämmelser om editionsplikten. Man har därför att ur lagens grund sökt leda sig till, vilken ställning man i frågan bör intaga.

Såsom förutsättning för varje åläggande till part eller tredje man att i en rättegång framlägga en skriftlig handling, som den editionsyrkande åberopar som bevis i samma rättegång, torde böra fordras, att denne senare åstadkommit bevis därom, att handlingen finns hos den, han uppger såsom dess innehavare, samt att han därjämte förebragt omständigheter, som göra det antagligt, att den ifrågavarande handlingen kan tjäna som bevis i målet. Detta bevis är vad tredje² man angår i det avseende lättare att föra, som tredje man torde (innan editionsyrkandet göres gällande) kunna höras som vittne i målet såväl angående frågan, om han har handlingen, som beträffande vad han kan erinra sig om handlingens innehåll.

Sedan det nu på angivna sätt ådagalagts, att handlingen finns hos en viss person samt att dess innehåll äger relevans i det mål, som är före, kommer avgörandet att gälla editionsplikten. Därvid har man först att göra skillnad mellan det fall, då den beviskyldige har någon som helst rätt att få begagna handlingen, samt då så icke är förhållandet. I förra fallet är tydligen handlingens innehavare ovillkorligt pliktig att förete handlingen, och såsom medel för att framtvinga dess framläggande kan användas samma förfarande, som skulle hava an-

¹ Se ock 17 kap. 5 § i förslaget.

² Då förutsättningarna för värdemålsed i fråga om innehavet av handlingen äro tillstädes, torde *motparten* kunna åläggas dylik ed; tredje man däremot endast i det fall, att editionsyrkandet såsom en civilrättslig förpliktelse göres gällande i särskild rättegång. Se dock NAUMANN i N. T. XI s. 570.

vänts, därest part i särskild rättegång, oberoende av den förevarande, hade gjort gällande sin rätt till handlingen. Frågan om handlingens utlämnande blir att betrakta som en incidens-tvist, och rättens beslut, varigenom innehavaren ålagts att förete handlingen, torde kunna verkställas, på sätt i Utsökningslagen stadgas. Att rätten kan inskränka sig till vite, torde emellertid icke kunna dragas i tvivelsmål.

När har emellertid part en sådan rätt till handlingen, att nu nämnda förfarande kan tillämpas? Svaret härpå är, såvitt vi finna, träffande lämnat av Nya Lagberedningen, enligt vilken en obetingad editionsplikt skulle äga rum, »då den part, som äskar handlingens företeende, är ägare därav eller har del däri eller eljest äger särskild, genom avtal eller i lag grundad rätt till handlingens utbekommande eller skärskådande».¹

Övergå vi därefter till det fall, då den bevisskyldige icke kan anses hava någon rätt till handlingen, måste man, enligt vår åsikt, hålla isär den editionsplikt, som träffar part, ifrån den, vilken tredje man är underkastad. Vad då angår parts skyldighet att vara motparten behjälplig med de skriftliga bevis, han kan innehava, äro vi ense med Nya Lagberedningen däri, att denna har sin grund i parts sanningsplikt. Men liksom i domarens hand är lagt att bestämma, när part bör inkallas för att personligen höras, torde det ock stå honom öppet att avgöra, när han anser den äskade handlingen vara av den vikt för målet, att part, som innehar den, genom förelagt vite enligt 24 kap. 1 § Rättegångsbalken bör tvingas att förete densamma. Med denna begränsning torde emellertid parts editionsplikt med avseende på förevarande handlingar vara lika vidsträckt som i fråga om sådana, till vilkas företeende motparten har en särskild rättighet².

Beträffande ater tredje mans skyldighet att förete skriftlig handling, vartill part icke äger någon rätt av ovan nämnda beskaffenhet, synes det oss, som om en dylik skyldighets härle-

¹ Se 18 kap. 2 § Ärvdabalken, 11 kap. 7 § Jordabalken, Kungl. Förordningen den 4 maj 1855 §§ 17—19. Jfr rättsfall i N. J. A. X s. 70, N. T. XII s. 680.

² Annan mening BROOMÉ a. a. s. 210.

dande ur och likställande med vittnesplikten vore fullkomligt oberättigade. Ett är, att infinna sig inför domstol och efter avlagd ed berätta vad man har sig bekant i en viss sak, ett annat, att framlägga skrifter, över vilka man har förfoganderätt. Vore det så, att tredje man även hade denna skyldighet, funnes ingen anledning, varför man icke även skulle ålägga honom att hålla part till handa varje föremål, som kunde tjäna denne såsom bevismedel. Så långt har man icke satt i fråga att gå; berättigad anledning torde därför saknas att påbürda honom en sådan förpliktelse, då det föremål, som kan tjäna som bevis, är en skriftlig handling. Endast en uttrycklig föreskrift i lag¹ synes oss böra föranleda därtill, att man underkastar tredje man en sådan medborgerlig tunga. Endast i det fall, att handlingen angår ett för part och tredje man gemensamt rättsärende, vare sig dem emellan eller med annan person, eller handlingen åtminstone är en urkund i den av oss angivna betydelsen, torde någon tredje mans editionsplikt kunna erkännas. Grunden till denna är emellertid, såsom lätt torde inses, icke tredje mans vittnesplikt.

Det resultat,² vartill vi kommit med avseende på editionsplikten i fråga om skriftliga handlingar, är alltså, att, fränsett det fall då den editionsyrkande har någon särskild rätt till handlingens utfående, part är obetingat men tredje man endast under viss förutsättning skyldig att förete skriftliga bevis, vilka de inneha, varvid dock utkrävandet av även partens editions-skyldighet beror på domarens prövning i varje fall av den vikt för målet, den äskade handlingen kan äga.

¹ Icke ens i fråga om handelsbok har lagstiftaren uttryckligen erkänt editionsplikten i förhållande till någon annan än till motparten.

² Jfr med avseende på föreliggande fråga C. P. O. §§ 386—401, ØRSTED i Juridisk Arkiv IV s. 107. GOLDSCHMIDT, »Ueber Editions-pflicht, insbesondere betreffend gemeinschaftliche Urkunden und Handelsbücher» i Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht N. F. XIV s. 341 f.







