

SVENSK CIVILPROCESSRÄTT

AF

E. KALLENBERG

ANDRA BANDET

IV.

LUND
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI
1931

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2024
eISBN: 9789198899733

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.278>

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



(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

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>

NIONDE AFDELNINGEN.

Bevisrätten.

KAPITEL I.

Allmän del ¹.

§ 85.

Inledande framställning.

I. Enligt den uppfattning, som jag genomgående i detta arbete gjort gällande, är domen till sin logiska struktur en slutledning, i hvilken slutsatsen (själfva domslutet i trängre mening, »klämman») grundas på vissa premisser, en öfver- och en undersats ². Öfversatsen utgöres af en rättssats;

¹ Litteraturen på detta område kan nästan sägas vara öfver- skådlig. Jag anför här endast svenska arbeten, nämligen *Nehrman*, Inledning til then swenska processum civilem Cap. XVII och XXII; *Lindblad*, Läran om bevisning inför rätta (1842) §§ 1—7 samt 41—44; *Schrevelius*, Civilprocess §§ 120—125, 166—170; *Broomé*, Civilprocessen §§ 27, 28, 38 och 39; *I. K(rüger)*, Försök till framställning af den svenska bevisningsrätten (1871); *Atzelius*, Om parts ed sid. 1 ff. och Grunddragen af rättegångsförfarandet i tvistemål sid. 79 ff.; *Trygger*, Om skriftliga bevis sid. 36—78; *Wrede*, Grunddragen af bevisrätten (1894) och Civilprocessrätt II §§ 74—77; *mina* skrifter Om kvalificerad erkännande i civilprocessen (1896) och Några anmärkningar om bevis- skyldighet och presumtioner med hänsyn till civilprocessen, i Tidsskr. for Retsvidenskab 1899 sid. 175—222; *Engströmer*, Vittnesbeviset (1911) sid. 1—19. Af den stora mängd utländska arbeten — förutom de van- liga läro- och handböckerna i civilprocessrätt — om hvilka jag under årens lopp tagit kännedom, citerar jag i efterföljande noter endast några få, som jag under utarbetandet af denna afdelning af civilpro- cessrätten haft särskild anledning att erinra mig och beakta.

² Se särskildt Bd I sid. 15 (sid. 14 i 2:dra uppl. af del 1) samt Bd II sid. 367. Jfr ock nedan sid. 731 ff. noten.

undersatsen innebär ett fastställande af ett eller flera konkreta fakta. De element, af hvilka premisserna byggas upp, äro således rättssatser och fakta. Men härtill har man att lägga erfarenhetssatser³. Af allmänna, på erfarenheten grundade, satser låter människan sig ledas vid allt sitt handlande. En stor del af dem äro så införlivade med vårt sjäslif (det medvetna eller i ännu större utsträckning det undermedvetna), att de komma till användning utan någon eller i hvarje fall utan någon afsevärd reflexion från subjektets sida. Om alla gäller detta dock ej; många stå i detta afseende på samma plan som rättssatser och fakta. Vid det syllogistiska arbete, som innefattas i dömandet, kunna erfarenhetssatser af det senare slaget komma till användning, vare sig vid utläggningen af vederbörande rättssats eller vid värdesättningen af fakta. Det är framför allt i sistnämnda afseende, som de inom bevisrätten tilldraga sig uppmärksamhet.

Uppenbart är, att domaren för att kunna bilda premisserna för domsfastställelsen måste känna de element, som skola ingå däri. Såframt det är domarens ämbetsplikt att ega eller att under hand förskaffa sig denna kunskap, eller såframt någon plikt därtill visserligen ej åligger honom men han har en rätt i sådant afseende och begagnar sig af densamma⁴, uppstår ej fråga om någon i det processuella förfarandet ingående verksamhet för ifrågavarande ändamål. Där åter ingendera af nämnda betingelser är för handen, har man, hvad särskildt beträffar fakta, att skilja mellan sådana fall, i hvilka fakta skola anses stå fast oberoende af huruvida domstolen är öfvertygad om deras verklighet, och

³ Jfr Bd II sid. 5 och 89.

⁴ Det sagda angår hufvudsakligen blott rätts- och erfarenhetssatser. Jfr Bd II sid. 89—101. Det torde knappast behöfva framhållas, att part under alla förhållanden kan göra rätts- och erfarenhetssatser till föremål för utläggning; härifrån bortses naturligtvis nu. Om dylika deduktioner har på flera ställen i detta arbete varit tal; se sålunda Bd I sid. 1245, Bd II sid. 245 f., 375 m. fl.

sådana fall, i hvilka en dylik öfvertygelse är förutsättning för, att fakta skola kunna läggas till grund för domen. I denna senare grupp af fall är ofta en bevisande verksamhet af nöden för att bibringa domaren nämnda öfvertygelse. Om de processuella handlingar, som ha detta ändamål, om de medel, som därvid komma till användning, och om hvad i öfrigt därmed har samband handlar förevarande afdelning af processrättens system. I den paragraf (§ 86), i hvilken det blir fråga om föremålen för bevis, skola dock äfven de fall, då bevisföring ej kräfves, undersökas.

Af det föregående torde ha framgått, att rättssatser, erfarenhetssatser och fakta äro de enda möjliga föremålen för bevis. I trängre och egentlig mening afses dock endast fakta, då man talar om att bevisa. Beträffande rätts- och erfarenhetssatser ej blott förhåller det sig, såsom ofvan antyddes, så, att domaren antingen är pliktig att ega resp. att förskaffa sig den erforderliga kunskapen eller har, om ock ej en dylik plikt finnes, rätt att bruka det vetande, han på förhand sitter inne med eller i anledning af rättegången under hand förvärfvat, utan därtill kommer ock, att de öfver hufvud bevisas på annat sätt än fakta. I svensk rätt kommer detta till uttryck däri, att 17 kap. RB, som enligt rubriken handlar om laga bevis i hvarjehanda mål, endast angår styrkandet af fakta⁵, och de därom gifna reglerna ha icke någon tillämpning därutöfver.

Hvad med rättssatser förstås kräfver icke någon vidare förklaring. I afseende å begreppet erfarenhetssats hänvisas till, förutom hvad därom redan yttrats, den nedan i § 86 lämnade framställningen. Hvad slutligen rör fakta, så åsyftas därmed tilldragelser och tillstånd i den människan omgifvande yttre världen (häri inbegripes naturligtvis också kroppsliga tings existens) eller i den verklighet, som icke är med sinnena omedelbart åtkomlig; i senare afseendet

⁵ Det förekommer dock äfven stadganden, som taga sikte på själva den omtvistade rätten.

komma i betraktande psykiska fakta, såsom dolus och culpa, bona och mala fides, berådt och hastigt mod m. m.

Det hufvudsakliga ämnet för den utredning, som lämnas i förevarande afdelning af processrättens system, rör åstadkommandet af bevis för fakta, och om annat är i det följande ej fråga, där det ej uttryckligen angifves.

II. Att *bevisa* något, är att åvägabringa grunder (en eller flera) för en öfvertygelse om sanningen däraf. Såsom bevisande betecknas dock enligt vanligt juridiskt språkbruk icke all processuell verksamhet, hvarigenom grunder för en sådan öfvertygelse åstadkommas. För att finna detta behöfver man blott erinra sig, att själfva partsförhandlingen⁶ kan innehålla moment, på grundvalen af hvilka domaren kommer till visshet, och dessa moment sägas ej härröra från en bevisande verksamhet eller en bevisföring. Det är med hänsyn härtill nödvändigt att gifva begreppsbestämningen en trängre innebörd, och detta torde ej kunna ske på annat sätt, än att man däri inlägger, att den handlande (den bevisande) skall med sin verksamhet åsyfta att åvägabringa öfvertygelsegrunder⁷.

⁶ Ang. denna term se Bd II § 78. Med partsförhandlingen förstås således hufvudsakligen parternas anföranden till utveckling af sin talan.

⁷ En dylik bestämning passar öfver hufvud in på alla de i svensk rätt eller processteori upptagna sätten att bevisa. *Nehrman*, sid. 224 § 24, yttrar, att ed och egen bekännelse ej egentligen på parternas sida kunna kallas bevis, men de ha, enligt hvad förf:n påpekar, samma verkan som bevis och kunna i det hänseendet räknas till bevis. Orsaken till förf:ns uttalande, att ed och erkännande ej äro, från parternas synpunkt sedt, att karakterisera såsom bevis, ligger i den definition på bevis, som han lämnat sid. 219 § 9 och som ej passar in på dem. Han säger nämligen bevis vara »thet, som någon i then tankan framförer, at Domaren må therigenom warda öfwertygad, thet saken så förewetter, som han berättadt, och til at wederlägga then, som sådant nekadt».

Enligt en inom processteorien ej sällan förekommande bestämning är att bevisa ett faktum detsamma som att åstadkomma visshet om detsamma. Det är väl riktigt, att endast det faktum, hvarom s. k. full visshet vunnits, kan sägas vara bevisadt (d. v. s. man fäster sig här vid

Ändamålet med den bevisande verksamhet, som förekommer i process och rör fakta, är att *hos domaren* skapa en öfvertygelse om sanningen af faktum. *Judici fit probatio*. Satsen är egnad att väcka den föreställningen och utgår också närmast från den förutsättningen, att bevisföring är en verksamhet *af part* i syfte att öfvertyga domaren. Detta behöfver emellertid ej nödvändigt vara förhållandet. Domaren kan själf vara subjekt för den bevisande verksamheten och därmed fullfölja syftet att skaffa grunder för att öfvertyga sig själf. Nedan blir vidare tal härom.

Den processuella verksamhet, som karakteriseras såsom bevisande eller såsom bevisföring, är ej af logisk natur, alltså ej af samma art som matematisk bevisföring eller annan logisk deduktion. Den är af empirisk beskaffenhet. Domaren iakttager städse något yttre, och det är därpå han i sista hand stöder sin öfvertygelse om factum probandum. Han iakttager antingen själfva detta faktum eller något annat, på hvilket han, mer eller mindre direkt, kan grunda sin öfvertygelse om nyssnämnda faktum. I ena som i andra fallet bildar domaren sig med stöd af sin iakttagelse ett omdöme om factum probandum, men förloppet härvid, hvilket eger rum i domarens inre och består af en eller flera slutledningar, inbegripes ej i begreppet bevisa. Därmed åsyftas i fall, då factum probandum omedelbart iakttages, allenast själfva iakttagandet och i öfriga fall jämte domarens iakttagande den verksamhet, hvarigenom de data, på hvilka hans öfvertygelse skall grundas, framläggas för honom.

Den visshet, som kan ernås genom processuell bevis-

det uppnådda resultatet), men icke dess mindre måste jämväl den verksamhet, som gör ett faktum sannolikt utan att dock åstadkomma full visshet därom, anses vara af bevisande natur. Språkbruket är i två afseenden förvillande: dels säges ett faktum, hvarom domaren kommit till full visshet, vara bevisadt, äfven om resultatet (vissheten) icke kommit till stånd genom en bevisande verksamhet (se ofvan i texten), dels kännetecknas en på domarens öfvertygande riktad verksamhet såsom bevisande, om också icke full visshet därigenom vinnas.

föring, är icke apodiktisk, d. v. s. den är icke logiskt otvifvelaktig eller, tydligare uttryckt, den har icke den styrka, som beror därpå, att ett annat antagande skulle såsom stridande mot lagarna för vårt tänkande framstå såsom förnuftsvidrigt⁸. Inom processteorien betecknas den allmänt såsom juridisk visshet, och man framhåller, att denna visshet är en historisk visshet⁹. Därmed vill man hufvudsakligen ha sagt, att absolut säkerhet icke kan vinnas utan blott en mer eller mindre hög grad af sannolikhet. Där denna är så stor, att den är egnad att bibringa förståndiga, erfarna och samvetsgranna personer i allmänhet en öfvertygelse, som är tillräcklig att förmå dem att därefter inrätta sitt handlande, föreligger juridisk visshet. I olika afscenden kräver det sagda vidare utläggning.

Inom litteraturen möter man ofta påståendet, att det juridiska beviset är ett historiskt bevis. Huruvida detta är i allo riktigt, bör klargöras; ytterst gäller det dock naturligtvis härvid endast en fråga om terminologien. Historiskt är det juridiska beviset tydligtvis i den mening, att sinnlig iakttagelse städse är ett medel för ernående af den eftersträfvade vissheten. Däremot bör det icke betecknas såsom historiskt, om man därmed menar, att hvad som skall bevisas alltid utgöres af historiska fakta, eller att man alltid är begränsad till inhämtande af kunskap genom andra persons berättelser eller bevarade föremål, som kunna lämna

⁸ Den matematiska vissheten säges i allmänhet vara apodiktisk, men detta torde icke vara fullt riktigt, för så vidt nämligen det är fråga om matematiska satser, som ytterst äro grundade på axiom, de där ha sin rot i åskådning. Äfven om den på sådana axiom grundade bevisföringen sker med den strängaste logiska stringens, kan dock ej den visshet, till hvilken man sålunda kommer, anses vara i den mening absolut, att ett annat antagande vore *förnuftsvidrigt*.

⁹ Ang. det juridiska bevisets natur se inom svensk litteratur redan *Nehrman*, sid. 225 § 29. Dessutom förtjenar *Ørsted's* skrift, *Bemærkninger over juridisk Visheds Natur og Væsen* (i *Juridisk Arkiv* N:o 13, Kjøbenhavn 1807), att särskildt uppmärksammas. Jfr ock ang. den historiska visshetens karaktär *Johannes Steenstrup*, *Historieskrivningen*, Kjøbenhavn 1915, sid. 182 ff.

upplysning. Historiskt är enligt vedertaget såväl populärt som historievetenskapligt språkbruk blott sådant, som tillhör det förflutna¹⁰. Såsom historiska fakta bör man följaktligen blott beteckna tilldragelser och tillstånd, som falla inom förfluten tid, och endast det bevis, som föres för erhållande af visshet om dessa fakta, är i egentlig mening ett historiskt bevis. I process är nu visserligen bevisföringen i stor omfattning riktad på dylika fakta, och den måste betjena sig enbart af de medel, genom hvilka visshet om dem står att vinna. Men jämväl i närvarande tid liggande fakta komma i betraktande såsom föremål för processuell bevisföring, nämligen tillstånd, som fortfara under processen. Ett sådant tillstånd är, eftersom det tillhör närvarande och icke förfluten tid, ej ett historiskt faktum, och bevisföringen är ej begränsad till den historiska bevisföringens medel utan kan ske på det sätt, att domaren själf omedelbart iakttagert faktum.

Äfven då domaren själf omedelbart iakttagert factum probandum, har den visshet, till hvilken han kan komma, icke någon absolut karaktär. Om han ock är aldrig så fast öfvertygad om sin iakttagelses riktighet, kan dock misstag från hans sida föreligga, och objektivt sedt är därför den visshet, som på ifrågavarande väg vinnes, af samma relativa natur, som då sanningsforskningen är riktad på historiska fakta.

Däraf, att juridisk visshet allenast är en högre grad af sannolikhet, följer, att allmänna kriterier, med ledning af hvilka det låter sig afgöra, när den i hvarje särskildt fall är för handen, ej kunna uppställas. Häremot talar ej, att en lagstiftare kan genom regler binda domaren vid pröfningen af huruvida ett faktum är att hålla för sant — hvilket också på tidigare lagstiftningsstadier allmänt och i stor utsträckning skett — ty den utredning, hvarmed jag nu sysslar, byg-

¹⁰ Jfr *Steenstrup*, anf. arb. sid. 149.

ger, såsom af framställningen tydligt torde framgå, på den förutsättningen, att domaren fritt bildar sig en öfvertygelse. I annat sammanhang (§ 87) skall skillnaden emellan den *fria* och den *legala* bevisteorien jämte de skäl och synpunkter, som i afseende därå möta, upptagas till skärskådande. Här må blott följande tilläggas. Af den omständigheten, att domaren får fritt bilda sig en öfvertygelse, får man icke draga den slutsatsen, att konstaterandet af det faktiska är öfverlämnadt åt hans rent subjektiva godfinnande. En dylik fullständig obundenhet vore ej förenlig med det förnämsta af de kraf, som man ställer på rättskipningen, nämligen krafvet på säkerhet, d. v. s. krafvet på att den leder till ett resultat, en domsfastställelse, som öfverensstämmer med det materiellt rätta. Garantien ligger, såvidt nu är i fråga, däri, att domarens öfvertygelse skall vara objektivt grundad, hvilket innebär, att den skall vara stödd på skäl, som äro af beskaffenhet att öfvertyga andra. Härigenom uteslutes ej blott orättrådigheten eller det rena godtycket utan äfven den blinda tron eller den rent känslbestämda öfvertygelsen, den må vara aldrig så stark och uppriktig. Uppenbart är tillika, att domen bör vara så affattad, att af densamma framgår, på hvilka skäl domaren stöder sin öfvertygelse. Genom att föreskrifva detta sörjer lagen för kontroll öfver, att verkligen blott objektiva grunder varda bestämmande vid pröfningen af faktas sanning. I svensk rätt ger 24: 3 p. 1 RB vid handen, att lagstiftaren beaktat detta ¹¹.

III. Enligt hvad i det föregående utvecklats, hör till all processuell bevisföring sinnlig iakttagelse från domarens sida. Då domaren omedelbart iakttagert factum probandum, säges bevisföringen ske genom syn. Därunder är emellertid att hänföra äfven det iakttagande, som sker genom något

¹¹ I praxis är dock mången gång iakttagandet af detta lagens bud af uteslutande formell natur. Fastställandet af det faktiska motiveras nämligen blott med, att det genom hvad i målet förekommit måste anses vara styrkt.

annat sinne än synsinnet; benämningen syn beror blott därpå, att nämnda sinne oftast är det, hvarigenom iakttagandet sker.

Det råder dock inom teorien ej enighet om, huruvida domstolssyn är att hänföra till sätten att bevisa. Utgående från, att det juridiska beviset angår historiska fakta, har man velat häfda, att syn — som ju består däri, att domaren själf iakttager, och som alltså icke hör till de medel, genom hvilka visshet om sådana fakta kan vinnas — går före och står öfver allt bevis; då man genom att själf iakttaga är i tillfälle att skaffa sig full visshet, kan det ej komma i fråga att lita till bevis. M. a. o. bevis anses endast spela rollen af surrogat för domarens eget iakttagande¹². Härvid hänvisas ock till det allmänna språkbruket, enligt hvilket det ej be-tecknas såsom bevisföring, att någon genom att själf iakttaga söker förvissa sig om, hur det förhåller sig. Hvad beträffar språkbruket, så torde det emellertid dels vara ganska sväfvande dels icke hvila på någon djupare uppfattning vare sig af syneinstitutet i och för sig eller af dess samhörighet med de sätt att komma till visshet, hvilka utan meningsskiljaktighet karakteriseras såsom bevis; i hvarje fall kan det ej försvaras att låta ett populärt språkbruk vara normgifvande för en vetenskaplig systematik. Afgörande måste vara, huruvida det antagna begreppet bevisa har den innebörd, att därunder innefattas, förutom de allmänt dit hänförda bevissätten, tillika den verksamhet, som benämnes syn. Och detta är obestriddigen förhållandet. Genom syn vill domaren skaffa sig en grund för öfvertygelse om ett faktum eller, såsom man också kan uttrycka det, han söker skaffa sig visshet därom, och alldeles detsamma är fallet vid

¹² Denna uppfattning har med stor energi förfäktats af *Heusler*, Die Grundlagen des Beweisrechtes, i Arch. f. d. civ. Praxis, 1879, sid. 209—319. Däremot ha uttalat sig, bland andra, *Wach*, i Vorträge sid. 199—205 noten, *Wendt*, Beweis und Beweismittel, i Arch. f. d. civ. Praxis, 1880, sid. 254—318, och *Trygger*, anf. arb., äfvensom *Kohler*, Gesammelte Beiträge zum Civilprocess (1894) sid. 363—368.

annan bevisföring¹³. Detta utvecklas närmare nedan. Syn är följaktligen ett sätt att bevisa, och institutet har sin plats inom bevisrätten. Inom processteorien är man ock i allmänhet enig härom, och särskildt nutida svensk doktrin torde ej inrymma någon afvikande mening.

Bland sätten att bevisa upptages af de fleste författare på bevisrättens område den bevisning, som sker genom hörande af sakkunnige. Svaret på frågan, huruvida detta är riktigt, är beroende af, om man anser fakta vara det enda föremålet för bevis eller betecknar såsom bevisföremål äfven de öfriga element, af hvilka domspremisserna bildas: i senare fallet men ej i det förra komma sakkunnige med bland bevismedlen, ty deras funktion i processen är att lämna upplysning om erfarenhetssatser. Från systematisk synpunkt lämpligast är utan allt tvifvel att behandla sakkunniginstitutet inom bevisläran; framför allt talar härför nödvändigheten att noggrannt bestämma väsensskillnaden emellan vittnen och sakkunnige.

Medtager man, såsom jag ofvan funnit böra ske, syn och sakkunnige, har man enligt svensk rätt följande olika sätt att bevisa: syn, skriftliga bevis, parts ed, parts erkännande, vittnen och sakkunnige. Den omständigheten, att 17 kap. RB icke nämner syn och sakkunnige, utgör uppenbarligen ej hinder för processteorien att ställa dem vid sidan af de i sagda kapitel reglerade instituten. För öfrigt kan lämpligen redan nu påpekas, att man icke utan vidare bör på grund af kapitelrubrikens lydelse taga för afgjort, att det i 17 kap. RB genomgående är fråga om sätt att öfvertyga domaren om faktas sanning och icke fasthellre jämväl om medel att på annan väg få fakta fastställda. Undersökningen häraf

¹³ Till bevis fordras, enl. *Heusler*, sid. 247 ff., två personer. Författaren säger bevis vara begreppsligt blott tänkbart genom verksamhet af part, hvaraf följer, att syn icke är att hänföra till bevisen. Det må vara tillräckligt att framhålla, hurusom ett godtyckligt bildadt begrepp icke kan ådagalägga oriktigheten af en åsikt, som icke opererar med samma begrepp.

bör anställas vid redogörelsen för de särskilda bevissätt, be-
träffande hvilka anledning därtill finnes.

IV. Min uppgift är nu närmast att analysera och med
hvarandra jämföra ofvannämnda olika bevissätt. Därigenom
klargöres deras inbördes sammanhang, och ordnade med
hänsyn därtill bilda de tillsammans *bevissystemet*.

Om verkligheten af ett faktum kan man icke bilda sig en
öfvertygelse annorledes än genom sinnlig iakttagelse. Detta
gäller naturligtvis i allo jämväl om processuell bevisföring,
hvilket ju redan förut antydts. Domaren iakttager med sina
sinnen (ett eller flera) något för sinnlig iakttagelse åtkomligt
faktum, och genom detta sitt iakttagande (hvilken verksam-
het är att karakterisera såsom bevisande) erhåller han en
bild af det, hvarpå iakttagandet riktats, en syn- eller hörsel-
bild eller måhända ett genom något annat sinne mottaget
intryck¹⁴. Denna bild leder honom genom en inre psykisk
akt — en tankeoperation, som har karaktären af en slut-
ledning — till ett omdöme om faktum (den bakomliggande
verkligheten). Iakttagelsen (= bilden af det iakttagna) är
således den grund, hvarpå domaren stöder sin öfvertygelse
om faktum, och denna grund kallar jag, i anslutning till
rådande språkbruk inom doktrinen, *bevisgrund*¹⁵.

¹⁴ Att skilja mellan den iakttagande verksamheten och dess resul-
tat, bilden af det iakttagna, torde vara så väl psykologiskt som
begreppsligt fullt riktigt. I sammanhang härmed må påpekas, huru-
som ordet iakttagelse har en sväfvande betydelse. Man förstår därmed ej
blott iakttagandet utan äfven den erhållna bilden; närmast och hufvud-
sakligen torde det gemenligen vara den senare, som åsyftas.

För fullständighetens skull torde böra framhållas, att den bild, som
subjektet genom att iakttaga erhåller, icke har den, om jag så må säga,
rent fysiska karaktär som den fotografiska bilden. Den har framgått
af en psykisk bearbetning af sinnesintrycket, hvilket således omedel-
bart och omedvetet omsättes i ett genom slutledning vunnet omdöme.
Denna med iakttagandet oskiljaktigt förbundna psykiska verksamhet är
här utan intresse och åsyftas ej ofvan i texten.

¹⁵ Termen bevisgrund i betydelsen af öfvertygelsegrund är allmän
inom doktrinen. Den betecknar dock enligt min framställning ej fullt
detsamma som eljest inom doktrinen.

Domarens iakttagande verksamhet är, såsom man finner, det medel, hvarigenom bevisgrunden erhålles. För detta medel vill jag dock ej använda benämningen bevismedel. Detta vore ej lämpligt, emedan denna term öfver hufvud icke inom doktrinen tillägges sådan innebörd utan begagnas i andra bemärkelser; någon enighet om dess betydelse har för öfrigt ej vunnits, ett förhållande, som gifvit upphof till mycken oreda och ofruktbar polemik inom hithörande litteratur. För min del lägger jag ej någon större vikt på termen bevismedel och vill alltså ej låta det spela rollen af ett grundbegrepp inom bevisläran. Då jag använder det, vill jag därmed blott helt allmänt utmärka ett sätt, hvarpå bevis föres. Med olika bevismedel afses sålunda olika sätt att bevisa¹⁶.

¹⁶ Inom litteraturen på bevisrättens område råder en anmärkningsvärd brist på enighet i fråga om bestämmandet af de begrepp, som man allmänt tillerkänner värdet af grundbegrepp, nämligen begreppen bevismedel och bevisgrund, och därmed sammanhänger, att det råder stor meningsskiljaktighet ej mindre om, hvilka de olika bevismedlen äro, än äfven om det teoretiska bedömandet af de särskilda bevismedlen. Härtill kommer, att det är ett synnerligen vanligt förhållande, att författare icke förfara med sträng logisk skärpa och konsekvens, då de på grundvalen af sina egna definitioner söka bygga upp ett bevissystem.

Utgångspunkt för framställningarna bildar ofta den anmärkningen, att domaren kan vinna en öfvertygelse om factum probandum antingen genom egen iakttagelse eller genom andra personers uttalanden; se inom den nordiska litteraturen, bl. a. *Wrede*, Bevisrätten sid. 45 och *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje I sid. 193. Redan denna utgångspunkt är enligt min mening ej lycklig, ty man synes mig böra, då det gäller att erhålla en öfversikt öfver de särskilda bevissätten, fasthålla vid, att domaren ej på annat sätt än genom att själf iakttaga kan vinna en öfvertygelse om ett faktum. En annan sak är, att hvad domaren iakttager kan vara af olika slag och olika rättslig relevans, liksom ock att det kan på olika sätt föras in i rättegången för att varda objekt för hans iakttagande. Sådana skiljaktigheter berättiga icke till att göra en grundskillnad emellan syn och andra bevissätt och att i anslutning därtill beteckna resp. domarens egen iakttagelse och andra personers uttalanden såsom de sätt, på hvilka han kommer till visshet; att förfara så, betyder, att man jämnställer två heterogena ting: domarens iakttagande i ett fall med vissa objekt därför i andra fall. Denna kritik träffar, såsom lätt

Hvad nu anförts har full tillämpning på samtliga bevismedlen. Någon väsensskillnad emellan domstolssyn och

inses, jämväl den läran, att, medan vid domstolssyn af ett omedelbart relevant faktum domarens egen iakttagelse enbart är det medel, hvarigenom han kommer till visshet, bevismedel i öfriga fall är sådan iakttagelse jämte något annat faktum; så *Trygger* och *Engströmer*, anf. arb.

Beträffande den vidare utformningen af bevissystemet kan man inom teorien urskilja två hufvudlinjer. Utmärkande för dem äro de olika bestämningarna af begreppen bevismedel och bevisgrund. Vanliga, inom svensk-finsk processteori förhärskande, bestämningar äro dessa: bevisgrunder äro de omständigheter, från hvilka domaren sluter till det, som skall bevisas; bevismedel äro de yttre medel (verktyg, *instrumenta*; jfr *Heusler*, sid. 224; i viss mån afvikande *Wendt*, sid. 255), genom hvilka bevisgrunderna framläggas för domaren eller, såsom det också säges, bringas till hans kännedom. Se sålunda *Atzelius*, *Parts* ed sid. 2, samt *Wrede*, *Bevisrätten* sid. 8 och *Civilprocessrätt II* sid. 81. Bevisgrund och bevismedel äro, enligt dessa definitioner, två skilda ting. Hufvudvikten lägges på begreppet bevismedel, ty med ledning däraf vill man bygga upp bevissystemet. Såsom bevismedel upptagas allmänt (se sålunda betr. svensk-finsk rätt *Lindblad*, *Schrevelius*, *Broomé*, *Wrede* och *Granfelt*, *Finlands Civilprocessrätt*): Syn (eller syneobjekt), skriftliga bevis, parts ed, parts erkännande, vittnen och sakkunnige. Om man granskar den gjorda uppräknigen, kan man, enligt mitt förmenande, ej undgå att finna densamma i flera stycken föga konsekvent. Att beteckna syn såsom ett bevismedel i den ofvan angifna bemärkelsen, förefaller formellt sedt, besynnerligt men kan ju godtagas. Då vissa författare (så inom den nordiska litteraturen *Wrede*) förklarar syneobjektet och icke synen vara bevismedel, kan detta ej gillas under förutsättning, att man utgår från ifrågavarande bevismedelsbegrepp; ett objekt för iakttagande kan nämligen knappast rimligtvis betecknas såsom det yttre medel, hvarigenom grunder för den iakttagandes öfvertygelse om objektet själf bringas till hans kännedom. (I denna anda ha uttalat sig *Heusler*, sid. 239 ff., och *Trygger*, sid. 57 f. Man vänder sig härvid mot *Wach*, men, efter hvad det synes mig, icke med fog, i det att *Wach*, hvars framställning i denna del visserligen icke har all önskvärd tydlighet, ej torde ha tillagt termen bevismedel den betydelse, hvarom nu är fråga; jfr nedan.) Hvad angår skriftliga bevis, vittnen och sakkunnige är det i full öfverensstämmelse med begreppsbestämningen att karakterisera dem såsom bevismedel; de kunna ju nämligen med all rätt sägas vara de yttre medel, som leverera bevisgrunderna: den i skriften innefattade förklaringen, vittnesutsagan och sakkunnigutlåtandet. Däremot är det föga passande att kalla parts ed för det yttre medel, som framlägger för domaren eller bringar till hans kännedom bevisgrunden, d. ä. parts-

öfriga bevismedel är således ej för handen. Olikheten inskränker sig till, att vid syn domarens iakttagande är

utsagan; eden är blott en garanti för utsagans trovärdighet, och bevismedel i förevarande mening kan icke vara något annat än parten själf. Likaledes är det ej möjligt att beteckna parts erkännande såsom bevismedel i denna mening, ty erkännandet, som är en utsaga af visst innehåll, kan ej rimligtvis uppfattas såsom det medel, som bringar utsagan själf till domarens kännedom. Äfven här kan man ej peka på något annat bevismedel än parten. Genom att beträffande eden och erkännandet nämna parten såsom bevismedel ernår man ock full motsvarighet till hvad som sker i fråga om vittnen och sakkunnige; äro de senare, d. v. s. personerna, som anföra, bevismedel, så bör ock vid ed och erkännande parten, som anför, tilläggas denna kvalitet.

Den andra af de ofvan omförmälta hufvudlinjerna utmärkes däraf, att man icke gör någon reell skillnad mellan bevismedel och bevisgrund. Då *Wach* indelar bevismedlen m. h. t. innehållet (= m. h. t. deras olika sakliga innebörd), förstår han, såvidt jag rätt fattat hans framställning, med bevismedel detsamma, som förut i denna not benämnts bevisgrunder, alltså omständigheter, från hvilka domaren sluter till factum probandum (Ueberzeugungsgründe); sådana grunder äro syneobjekt eller annan persons, parts eller tredje mans, utsaga. Indelningen grundas sålunda på det af domaren iaktagnas beskaffenhet, ehuru detta fördunklas däraf, att författaren icke utgår från domarens iakttagande verksamhet utan direkt framhåller vissa öfvertygelsegrunder. Till indelningen af bevismedlen efter innehållet an knyter *Wach* en indelning af desamma efter den form, hvori de framträda, och denna senare indelning betecknar författaren såsom den praktiskt viktigaste; här nämnes hvad som vanligen betecknas såsom bevismedel: skriftliga bevis, parts ed, vittnen och sakkunnige. Strängt taget är det väl språkligt sedt ej tillfredsställande att säga vittnen och sakkunnige vara form för vittnesutsagor och sakkunnigutlåtanden, men indelningen efter formen torde egentligen endast åsyfta att helt allmänt framhålla, att det finnes olika sätt att föra bevis. Jämväl *Munch-Petersen*, anf. arb. § 21, opererar i realiteten blott med begreppet bevisgrund (som enligt författaren är antingen domarens egen iakttagelse eller andras honom meddelade iakttagelse; se ofvan i denna not) och säger, i likhet med *Wach*, att de bevisgrunder, som bestå i andras uttalanden, kunna framträda i olika former, med hänsyn till hvilka man talar om olika bevismedel. Slutligen må hänvisas till *Wendt*, anf. arb. Det mest anmärkningsvärda i hans framställning rörande föreliggande spörsmål synes mig vara hans framhållande af (se sålunda sid. 255, 279—281, m. fl.), att bevismedel och bevisgrund äro samma sak sedd från olika sidor; en omständighet är såsom bärare af en grund för domarens öfvertygande bevisgrund men därjämte på grund af dess förmåga att verka såsom en

omedelbart riktadt på det faktum, om hvilket han genom denna sin verksamhet vill ernå visshet, medan däremot vid de öfriga bevismedlen något annat än nämnda faktum iaktages. Det gemensamma och väsentliga består däri, att från domarens sida ett iakttagande eger rum, och att han därigenom erhåller en bild af det iakttagna, hvilken bild utgör den grund, hvarpå han bygger sin öfvertygelse, och endast med hänsyn till objektet för domarens iakttagande intager syn en plats för sig bland bevismedlen.

Bortser man från syn och frågar sig, hvarigenom de öfriga bevismedlen skilja sig från hvarandra, så finner man snart — från den utgångspunkt, som här är vald — att det, som särskiljer, allt fortfarande är den olika beskaffenheten af iakttagelserna (= de genom iakttagandet erhållna bilderna af det iakttagna) eller, såsom man med den nedan (i noten) nämnda förskjutningen kan säga, af objekten för iakttagandet. Om hvarterdera af dessa bevismedel må redan nu inledningsvis yttras några ord.

Då bevisning genom skriftlig handling nämnes såsom ett särskildt sätt att bevisa, talar man allmänt om skriftliga bevis; man framhåller alltså ej den i handlingen upptagna, i skriftlig form afgifna, förklaringen utan pekar direkt på den skriftliga formen. Hvad handlingen innehåller, vållar här-

sådan grund det medel, hvarigenom domaren öfvertygas, d. v. s. bevismedel. Författaren säger (sid. 304) om indicier — hvilka han m. h. t. deras egenskap att utgöra omständigheter, från hvilka domaren sluter till factum probandum, likställer med parts erkännande, vittnesutsaga m. m. — att de äro för domaren bevisgrunder och för parten bevismedel (= medel, hvarigenom han öfvertygar domaren).

Mot att operera med begreppen bevisgrund och bevismedel så, som om det här realiter är fråga om samma sak, finnes det, såvidt jag förmår döma, ej annat att invända, än att all önskvärd enkelhet och klarhet vid behandlingen af ämnet icke därigenom ernås. För min del föredrager jag oafgjordt min i texten intagna ståndpunkt att bygga bevis-systemet enbart på de båda säkra momenten: dels domarens iakttagande, dels den olika beskaffenheten af de gjorda iakttagelserna eller, med en fullt försvarlig förskjutning, af de iakttagna omständigheterna.

utinnan ej någon skillnad. En till bevis åberopad skriftlig handling kan innehålla antingen en förklaring, hvars afgifvande utgör själfva factum probandum, eller en förklaring, som spelar rollen af grund för vinnande af kännedom om nämnda faktum. Vid den systematiska behandlingen af ifrågavarande bevismedel plägar man ej och bör man ej söndra det ena från det andra på det sätt, att man upptager fallen under olika bevismedelsrubriker. Och vidare tillägger man ej den omständigheten, att domstolen, då bevis skall hämtas af en skriftlig handling, granskar eller, hvilket är det samma, synar denna, den betydelsen, att handlingen uppfattas såsom syneobjekt och bevismedlet inrymmes under rubriken syn såsom ett särskildt slag däraf. Hvad det vid ifrågavarande bevismedel ligger själfständig vikt på, är den skriftliga formen, som betingar särskilda grundsatser och regler.

Upptagandet af parts ed bland bevismedlen kan, enligt min uppfattning, ej med fog åsyfta att hålla fram eden såsom den grund, hvarpå domstolen stöder sin öfvertygelse. Edens betydelse består däri, att den innebär en garanti för partsutsagens trovärdighet, och det är således den beedigade utsagan och icke eden i och för sig, som utgör bevisgrund. I hvad mån för öfrigt parts edliga utsaga enligt svensk rätt har karaktären af bevisgrund, utredes närmare i den paragraf, som särskildt egnas åt institutet parts ed.

Med parts erkännande förstås, såsom förut i detta arbete på skilda ställen angifvits¹⁷, ett anförande, hvarigenom part vidgår riktigheten af ett för honom ofördelaktigt, af motparten påstådt, faktum. Då erkännande nämnes bland bevismedlen, bör det närmare bestämmas såsom bevisgrund för factum probandum. Inom den ordinära civilprocessen är dock erkännandets bevismedelsfunktion synnerligen begränsad.

¹⁷ Se sårsk. Bd I sid. 1221 och Bd II sid. 30—35.

Beträffande bevis genom vittnen eller sakkunnige är det här tillräckligt att framhålla, att vittnesutsagan och sakkunnigutlåtandet utgöra objekten för domarens iakttagande, d. v. s. de äro bevisgrunder.

V. Vid angifvandet af hvad som utgör föremål för bevis gör man gemenligen skillnad emellan omedelbart och medelbart relevanta fakta¹⁸; de senare uppträda vanligen under det allbekanta namnet indicier. Omedelbart relevant är ett faktum, som utgör förutsättning för tillämpning af en rätts-sats, hvarpå det i rättegången kommer an. Indicier äro sådana fakta, hvilkas betydelse i rättegången allenast beror därpå, att man från dem kan sluta till ett omedelbart relevant faktum. Till indelningen i omedelbart relevanta fakta och indicier anknytes en indelning af beviset i direkt och indirekt. Det förra går ut på att skaffa visshet om ett omedelbart relevant faktum, det senare om ett indicium.

Det har emellertid inom processdoktrinen framhållits¹⁹, att, om man vid granskningen af de olika sätten att bevisa utgår från domarens iakttagande (eller domarens iakttagelse, såsom det i svensk litteratur genomgående heter), det öfver hufvud saknas skäl för den vedertagna distinktionen emellan direkt och indirekt bevis. Det förhåller sig nämligen så, att man visserligen, då domaren vid syn omedelbart iakttager factum probandum (det omedelbart relevanta faktum), kan med fullt fog kalla beviset direkt, men att all annan bevisning måste sägas vara indirekt, i det att domaren därvid icke iakttager factum probandum utan något annat (ett erkännande, en vittnesutsaga m. m.), från hvilket han sluter till nämnda faktum. Det iakttagna, som ju har medelbar relevans, är härutinnan fullt likställt med ett s. k. indicium, och det saknas följaktligen anledning att

¹⁸ Se närmare nedan sid. 566 f.

¹⁹ Se sålunda *Wendt*, sid. 280 f., *Trygger*, sid. 50 ff. Jfr ock redan Lagkommittén i dess motiver till RB (i Förslag till allmän civillag, 1838) sid. 307 f.

uppställa det förut nämnda s. k. indirekta beviset eller indiciebeviset såsom ett särskildt slag af bevis. — Uppenbarligen är hvad nu framhållits i viss mån alldeles riktigt: objekten för domarens iakttagande, då andra bevismedel än syn af factum probandum komma till användning, ha medelbar relevans och äro i så måtto, logiskt sedt, att i allo jämnställa med de fakta, som karakteriseras såsom indicier. Den vedertagna distinktionen emellan direkt och indirekt bevis må därför såtillvida kunna sägas sakna berättigande. Men det är dock egentligen blott själfva uttrycken direkt och indirekt bevis, som från den ifrågakomna synpunkten måste erkännas vara mindre lämpliga. Indelningen i omedelbart och medelbart relevanta fakta (indicier) är ej fördensskull förkastlig utan fullt försvarlig, ja outhärlig. De fakta, som man i allmänhet inom teorien benämner indicier och ställer vid sidan af omedelbart relevant fakta, äro i likhet med dessa senare objekt för den processuella bevisföringen. Denna igångsättes ej, på det att domaren måtte öfvertygas om sanningen af de bevisdata, som utgöras af skriftliga bevis, ed, erkännande, vittnesutsaga eller sakkunnigutlåtande, utan det är så och jämväl uppfattas säkerligen af alla så, att nämnda data ingå såsom moment i bevisföringen, hvilken är riktad på ådagaläggande af andra fakta. Dessa andra fakta äro antingen omedelbart relevanta eller indicier. Hvari skillnaden emellan indicier i den sålunda fastslagna bemärkelsen samt nyssnämnda bevisdata består, torde nu falla skarpt i ögonen. Medan de senare skapas genom en med anledning af processen företagen verksamhet (bevisföringen), gäller ej detsamma om indicatierna. De ha öfver hufvud ej för sin tillkomst att tacka ett processuellt arrangemang utan förefinnas oberoende af processen och införas i denna genom bevisföring²⁰. På grundvalen af denna tanke-

²⁰ I viss mån skulle man kunna säga, att indicier kunna komma till stånd genom ett processuellt arrangemang, nämligen genom partsförhör i syfte att erhålla sannfärdiga uppgifter. Ett dylikt förhör kan

gång låter det väl försvara sig att söndra mellan direkt och indirekt bevisning; den förra är omedelbart riktad på styrkande af ett omedelbart relevant faktum, den senare är närmast riktad på åstadkommande af visshet om ett indicium.

Indicier böra följaktligen icke ingå i uppräknigen af de särskilda bevismedlen eller, enligt den betydelse, som jag tillagt ordet, de olika sätten att bevisa. Deras vidare omnämmande i bevisrättens system bör ega rum dels i framställningen af föremålen för bevis, dels ock, med särskild hänsyn till svensk rätt, i den paragraf, som behandlar de båda teorier, som gå under namnet den fria och den legala bevisteorien.

VI. Den terminologi, hvaraf vår lag eller det allmänna juridiska språkbruket betjenar sig, må härefter uppmärksammas²¹. Hvad först angår ordet bevisa, så kan det ej sägas förete några verkliga betydelseskiftningar, låt vara att de inom teorien lämnade definitionerna i formuleringen avvika från hvarandra²². Likaledes torde man numera vara enig om, att ordet bevisning i strängt korrekt bemärkelse bör brukas såsom beteckning för den bevisande verksamheten i processen (den processuella bevisföringen). I 17 kap. RB har sistnämnda ord ej funnit användning, men

lämna upplysning om hur det förhåller sig icke blott mera direkt genom erkännanden af parten utan äfven indirekt genom indicier, som uppkomma genom partens anföranden med hvad därmed eger samband. Det torde knappast behöfva närmare utvecklas, att detta icke i egentlig mening förminskar riktigheten af det i texten sagda. Jfr ock ofvan vid not 6.

²¹ Att denna terminologi i det hela är sväfvande, och att särskildt ordet bevis användes i olika betydelser, har tidigare flera gånger påpekats; så af, bl. a., *Atzelius*, Parts ed sid. 2 noten, och *Wrede*, Bevisrätten s. 8 f.

²² Ordet bevisa har samma betydelse som orden visa och fulltyga. Det förstnämnda förekommer t. ex. i 17:33 p. 1 RB; i p. 2 af samma lagrum har det ersatts med det uppenbarligen alldeles liktydiga uttrycket »med bevis styrka». Exempel på användning af ordet visa ha vi i gamla 16:6 p. 2 RB (motsv. nu gällande 16:12 RB); fulltyga förekommer i gamla 17:8 RB.

det användes så mycket oftare i domstolsspråk liksom i juridiska skrifter och lagförslag, och man tillägger det härvid i stor utsträckning äfven annan innebörd än den ofvan såsom strängt korrekt betecknade. Öfver hufvud torde kunna sägas, att ordet bevisning sålunda erhållit samma sväfvande och växlande betydelse som enligt gällande lag ordet bevis²³. Termerna bevismedel och bevisgrund ha ej upptagits i lagen (17 kap. RB); de höra närmast hemma inom teorien, men ha äfven vunnit insteg i det allmänna juridiska språkbruket, ehuru deras användning torde vara sparsam. Medan den senare termen har sin en gång för alla fastslagna, förut angifna betydelse, och ju svårigen skulle kunna tilläggas någon annan, är betydelsen af ordet bevismedel ej fullt fixerad²⁴. Slutligen märkes ordet bevis, som förekommer redan i rubriken till 17 kap. RB och sedan i åtskilliga paragrafer af detta kapitel. I rubriken kan det betyda vare sig bevisning, bevisgrund eller bevismedel, och det ligger här ingen som helst vikt på, om man tager det samma i den ena eller andra bemärkelsen; att anse det liktydigt med bevisning synes mig ligga närmast till hands. På några ställen utmärker sammanhanget, att begreppet bevisgrund afses; så i 20 § (jämgoda bevis) och i 33 § (med bevis styrka). Där lagen åsatt det åvägabragta beviset ett visst aritmetiskt värde — såsom i 2 §, sådan den ursprungligen lydde, i 29, 32 och 37 §§ — åsyftas med bevis resultatet af bevisningen (= bevisgrundernas samlade värde).

²³ Detta gäller fullt ut äfven om flera processförslag; se sålunda Lagkommitténs förslag till RB 21 kap. (§§ 5, 9 och 10), Nya Lagberedn:s principbetänkande II, kap. XIII i förslagen, Processkommissionens betänkande III sid. 151.

²⁴ Nya Lagberedn., i sitt principbetänkande, och Processkommissionen ha begagnat sig af ordet bevismedel; se principbet. II kap. XIII (i förslagen) § 6, och Processkomm:s bet. III sid. 151. Det lieter på det sist citerade stället (i § 1 af sammanfattningen): »Nu gällande regler för uppskattning av bevisning, som förebragts genom olika slags bevismedel, skola upphöra att gälla». För lagtext lämpar sig ej en dylik affattning.

VII. Med hänsyn till bevissystemets allmänna beskaffenhet skiljer man emellan formellt och materiellt bevissystem. Formellt har bevissystemet varit i äldre svensk liksom i annan äldre germansk rätt och säkerligen öfver allt hos folk på ett tidigt kulturstadium. Såsom formellt karakteriseras bevissystemet, då saksammanhangets eller snarare rättspåståendets riktighet fastställes genom vissa noga bestämda formella prestationer. Till sådana hänföres de olika slagen af ordalier (gudsdomarna), såsom tvekamp, järnbörd m. fl.²⁵, äfvensom ed af part ensam eller jämte andra personer (edgärdsmaninstitutet). Då bevissystemet är formellt, kommer det för parten, som har att bevisa, endast an på ett korrekt fullgörande af de föreskrifna prestationerna, och hans uppgift är icke att söka öfvertyga domaren om rättspåståendets sanning. I ett materiellt bevissystem äro däremot bevismedlen valda med tanke på, att domaren i hvarje särskildt mål skall kunna bilda sig en öfvertygelse om sanningen af det faktiska, och parten måste vid fullgörandet af sin bevisskyldighet sträfva efter att bibringa domaren en sådan öfvertygelse. En närmare redogörelse för vårt äldre formella bevissystem och för den utveckling, som resulterat i det nuvarande materiella systemet, ligger h. o. h. utom planen för detta arbete; en dylik redogörelse tillhör så mycket hellre uteslutande rättshistorien, som den i stor utsträckning är utan afsevärd betydelse för uppfattningen af gällande rätt. Blott ett par anmärkningar må här finna plats.

Man finner ej sällan de äldre, numera såsom formella be-tecknade, bevissystemen framställda nästan så, som om de skilde sig från de materiella därigenom, att de icke voro anlagda på att befrämja sanningen. Om man dömer på detta sätt, gör man sig otvifvelaktigt skyldig till en orättvisa. De gamla bevismedlen voro, då de upptogos såsom led i sin

²⁵ Om de olika slagen af ordalier se *Nordström*, Bidrag till den svenska samhällsförfattningens historia II sid. 627 ff., och *H. af Trolle*, Om ordalierna hos de germanska folken (1915).

tids rättskipning, lämpade för dess samhällsförhållanden och öfverensstämmande med dåtida uppfattning om hvad som var gagneligast. Man såg i dem gifvetvis icke rent formella prestationer utan relation till processens syfte att skydda den materiella rätten utan ville fastmer genom desamma befrämja detta syfte²⁶. En synpunkt bör härvid särskildt framhållas. Inom nutida processteori torde den åsikt vara förhärskande, som ser processens hufvudändamål i beredandet af rättsskydd, och denna åsikt är äfven min. En annan mening går ut på, att samhällets intresse af rättsfridens bevarande bör sättas framför rättsskyddsintresset. Man betonar, att rättsordningen, i främsta rummet processinstitutionen, är till sitt väsen fridsordning, och att det privata rättsskyddsintresset måste i det hela stå tillbaka för syftet att uppehålla rättsfriden²⁷; i hvarje fall vill man ej gå längre än till att anse den nutida civilprocessen byggd på en kompromiss emellan de båda syftena. För min del förmenar jag, att den nu antydda uppfattning, som gifver rättsfriden försteget framför det privata rättsskyddet, visserligen ej riktigt karakteriserar den nutida civilprocessen men däremot väl återgifver det väsentliga i den processinrättning, i hvilken det formella bevissystemet ingick. Må vara, att de formella bevismedlen ej i särskilda fall tillfredsställde krafvet på vinnande af materiell sanning, de voro under dåtida samhällsskick väl lämpade för en processinrättning, hvars förnämsta ändamål var och måste vara att upprätthålla rättsfriden.

Förutom hvad nu sagts, har jag i detta sammanhang blott att påpeka följande. Motsatsen emellan formellt och materiellt bevissystem bör särhållas från den emellan fri och

²⁶ Naturligtvis har detta ej sällan uttryckligen påpekats inom litteraturen; så t. ex. af *Atzelius*, *Parts* ed sid. 53 f., som yttrar, att äfven det formella bevissystemet satte sanningens seger i rättegången som det mål, hvilket genom bevisningen skulle tryggas.

²⁷ Jfr därom Bd I § 1 särsk. not 9 (not 10 i 2:dra uppl. af del 1).

legal bevisteori. Den bundenhet för domaren, som med legal bevisteori afses, är ej betingad af och har ej begreppsligt att göra med, huruvida bevismedlen bestå af formella prestationer eller ej. Materiellt bevissystem och legal bevisteori äro således fullt förenliga; en hänvisning till 17 kap. RB lämnar tillräckligt belägg härför. Ämnet erhåller sin fulla belysning i paragrafen om bevisteorierna.

VIII. Om indelningen af beviset i direkt och indirekt och om dess samband mel fördelningen af fakta såsom föremål för processuellt bevis i två grupper, omedelbart och medelbart relevanta fakta (indicier), har ofvan varit tal. Det indirekta beviset har ock benämnts artificiellt (konstladt, i motsats till naturligt). Om olämpligheten af denna benämning torde numera icke råda delade meningar. Den bevisföring, som är närmast riktad på styrkande af indicier, är icke mindre naturlig än den, som omedelbart går ut på att styrka *factum probandum*. Den förra har samma slutliga mål som den senare; vägen dit må väl, logiskt sedt, kunna sägas vara längre, men då den är den enda framkomliga eller den bekvämaste, drabbas valet af densamma icke af beskyllningen för förkonstling, och det må desslikes framhållas, att den ej behöfver vara mindre säker. Hvad det sista angår, så är ifrågakomna olämpliga beteckning ej utan skuld till, att indiciebevisningen länge med orätt framställts såsom mindervärdig, jämförd med den direkta bevisningen.

En annan indelning af beviset är den i hufvud- och motbevis. I nutida processteori har den följande innebörd: det bevis hvarigenom en bevisskyldig part vill styrka ett faktum, i afseende å hvilket han är bevisskyldig, är ett hufvudbevis, medan motpartens, den icke-bevisskyldige partens bevis i syfte att omintetgöra verkan af hufvudbeviset är motbevis. Såsom af det sagda framgår, beror ej skillnaden emellan hufvud- och motbevis på partsställningen. Det är följaktligen ej så, att hvarje hufvudbevis är ett bevis af käranden och hvarje motbevis ett bevis af svaranden, utan

afgörande är, hvilkendera af parterna bevisskyldigheten i fråga om det faktum, till hvilket beviset hänför sig, åligger. Hufvudbevis är alltså karendens bevis för det faktum, hvarpå han grundar sin påstådda rätt, liksom ock svarandens bevis för ett faktum, som han invändningsvis åberopat. (Se 17: 33 RB och framställningen i § 88 här nedan). Hvarje motbevis förutsätter ett af andra parten fördt hufvudbevis och kan ej tänkas därförutan, bortsedt härvid från det fall — som för öfrigt ej utgör ett verkligt undantag — att ett motbevis skulle anteciperas²⁸. Ett motbevis kan föras på två olika sätt: antingen kan det rikta sig mot de bevismedel, af hvilka andra parten betjenat sig, alltså innehålla en kritik af hufvudbeviset, t. ex. påvisande af hörda vittnens jäfvighet eller deras utsagors osannolikhet eller af företedd urkunds oäkthet, eller ock kan det gå ut på att ådagalägga vare sig motsatsen till det faktum, som utgjort föremål för hufvudbeviset, eller ett annat faktum, som är därmed oförenligt. Man kallar ett motbevis af förra slaget ett oegentligt, ett af det senare slaget ett egentligt motbevis²⁹. Det egentliga

²⁸ En sådan antecipation bör öfver hufvud, principiellt sedt, anses otillåten men kan ju dock möjligen förekomma. Angående anteciperade erkännanden se detta hand sid. 66—69.

²⁹ Jfr vidare nedan sid. 661. — I äldre doktrin förstod man med egentligt och ogentligt motbevis något annat. Hvarje bevis, hvarigenom den angripne parten (svaranden) sökt värja sig mot det anhängiggjorda anspråket, kallades motbevis, och man skilde i afseende därå mellan egentligt eller direkt motbevis, hvarunder inbegreps allt, som ofvan benämnts motbevis, samt oegentligt eller indirekt motbevis, hvarigenom parten ville styrka af honom åberopade invändningsfakta. Se sålunda inom äldre svensk litteratur *Nehrman*, sid. 227 §§ 32—34. Att den äldre terminologien var i hög grad vilseledande, torde ej behöfva närmare utvecklas; den berodde på ett förbiseende af, att svarandens bevis för invändningsfakta är lika fullt ett hufvudbevis som karendens bevis för de af honom till grund för den påstådda rättigheten åberopade fakta. Jfr, bl. många andra, *Gönner*, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses Bd II (1804) sid. 335 ff., hvares framställning i ämnet är mycket klar och redig, äfvensom *Wetzell*, System § 20, särsk. sid. 177, *Schurter*, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes, 1890, sid. 108 f., *min* skrift Om qualificerad erkännande i civilprocessen sid. 31 not 1.

motbeviset hänför sig, som man finner, i sista hand till samma faktum som hufvudbeviset; medan det senare vill öfvertyga domaren om sanningen af ett visst faktum, fullföljer motbeviset syftet att öfvertyga honom om dess osanning³⁰.

I vissa fall, hvilka senare komma på tal, tillåtes ej motbevis, men med undantag för dessa måste det naturligtvis stå part fritt att med motbevisning förtaga af motparten förd bevisning dess verkan. Emellertid har sedan gammalt den satsen allmänt omfattats, att motbevis ej kan föras mot

³⁰ Inom den svenska processlitteraturen har *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 72, bestämt ifrågavarande begrepp på annat sätt än ofvan skett. Hufvudbevis säges vara »ett bevis, hvarigenom bevistemats sanning ådagalägges». Bestämningen har icke samma innebörd som termen hufvudbevis i den vanliga, jämväl af mig häfdade, betydelsen. Detta framgår af följande yttranden. »Motbevis är åter ett bevis, hvarigenom man afser att rubba domstolens genom hufvudbeviset vunna öfvertygelse. Motbeviset har lyckats, så snart denna öfvertygelse rubbats, d. v. s. när den historiska vissheten bragts ner till en lägre grad af sannolikhet. Genom motbeviset hvarken vill eller behöfver man öfvertyga domaren om den genom hufvudbeviset vunna öfvertygelsens oriktighet. Gör man åter detta, så har man fört ett hufvudbevis med bevistemats motsats såsom bevistema, och detta hufvudbevis kallas i förhållande till det förut förda hufvudbeviset för motsatsbevis.» — För min del kan jag ej finna dessa begreppsbestämningar lämpliga. Processteorien kan ej undvara en term för det bevis, hvarigenom den bevisskyldige vill styrka det faktum, som bevisskyldigheten afser, och benämningen hufvudbevis är ej blott den vedertagna utan äfven den lämpligaste för detta bevis. Att hvad *Trygger* förstår med hufvudbevis är något annat, framgår däraf, att förf:n kallar det bevis, hvarigenom den bevisskyldiges motpart vill ådagalägga motsatsen till den förres bevistema, för hufvudbevis, och motparten är dock ej i egentlig mening bevisskyldig för detta motsatsfaktum. Hvad beträffar den af förf:n antagna distinktionen emellan motbevis och motsatsbevis, så synes den mig anmärkningsvärd så till vida, som den fäster sig vid, huruvida det af parten förda beviset lyckas: vill parten rubba domarens genom hufvudbeviset förvärfvade öfvertygelse och för bevis i sådant syfte, så föreligger ett motbevis, likväl endast under den förutsättning, att parten icke har så stor framgång, att domaren blir öfvertygad om den genom hufvudbeviset vunna öfvertygelsens oriktighet, ty i sådant fall är hans bevis att karakterisera såsom ett hufvudbevis. Distinktionsgrunden torde knappast ega erforderlig systematisk stadga.

ett motbevis: *reprobatio reprobationis non datur*. Gemenligen uppfattas satsen såsom ett rättsaxiom, och däri kommer hufvudsakligen den tanken till uttryck, att motbevis mot ett motbevis begreppsligt har karaktären af ett hufvudbevis. Så vidt jag kan finna, äro denna tanke och ifrågasvarande sats, i den mån den bygger på den förra, icke riktiga. Ett bevis af det slag, som ofvan i texten kallats oegentligt motbevis, bör kunna riktas mot ett af andra parten fördt motbevis och kan ej fränkännas karaktären af motbevis. Om dess tillåtlighet enligt svensk rätt torde ej kunna råda något tvifvel³¹.

I ett formellt bevissystem, där bevisskyldigheten fullgöres genom en viss i lag (eller rättsbruk) noga reglerad prestation, är motbevisning utan betydelse; det resultat, som vunnits, står en gång för alla fast och kan öfver hufvud ej omintetgöras genom någon i syfte att öfvertyga domaren företagen bevisande verksamhet. Vidare är det tydligt, att, om bevissystemet är materiellt och domaren får obunden af legala regler bilda sig en öfvertygelse om saksammanhanget, det icke ligger någon afsevärd vikt på begreppet motbevis. Domaren bedömer på grundvalen af allt hvad i målet förekommit hvad som är att hålla för sant, och därvid skiljer han ej skarpt emellan hufvud- och motbevis³². Annorlunda ställer det sig i sistnämnda afseende, om och i den mån den legala bevisteorien är rådande. Under denna förutsättning möter det viktiga spørsmålet, hvad som kräves för att verkan af ett hufvudbevis, som fyller det legala

³¹ Om svaranden har fört ett motbevis och käranden vill ådagalägga, att de bevismedel, som svaranden därvid begagnat, äro otillförlitliga, kan man ej förvägra käranden att förebringa sådan bevisning, och det torde icke med fog kunna förnekas, att den är till sin innebörd en *reprobatio reprobationis*.

³² Detta får naturligtvis icke fattas så, som om han ej behöfde taga full hänsyn till frågan, hvilkendera parten är bevisskyldig för ett faktum. Bevisbördans fördelning emellan parterna är ej beroende af, huruvida lagen hyllar fri eller legal bevisteori.

måttet af fullt bevis, skall kunna omintetgöras genom ett motbevis. Besvarandet af detta spörsmål, hör till den utredning, som skall egnas åt sistnämnda bevisteori.

Till framställningen om den legala bevisteorien är ock att helt och hållet hänföra indelningen af beviset i fullt och mindre fullt bevis med de af lagen uppställda gradationerna af den senare kvantiteten.

IX. Man särhåller inom bevisrätten två grupper regler, af hvilka den ena betecknas såsom *formell*, den andra såsom *materiell* bevisrätt. Reglerna angående förfarandet, då bevis föres, bilda den formella bevisrätten. Till den materiella hänföras reglerna angående de olika sätten att föra bevis (bevismedlen), föremålen för bevis, domstolens pröfning af bevis äfvensom den s. k. bevisskyldigheten eller bevisbördans fördelning emellan parterna. Förevarande kapitel af bevisrätten, dess allmänna del, behandlar öfver hufvud blott spörsmål, som tillhöra den materiella bevisrätten. Bevisrättens andra kapitel, den speciella delen, skall upptaga gällande bestämmelser och grundsatser angående de särskilda bevismedlen och i sammanhang därmed göra reda för bevisförfarandets detaljer. I anslutning härtill må ock framhållas, att, medan den materiella bevisrätten rör ämnen, som ha samma betydelse för alla instanser, bevisförfarandet i åtskilligt gestaltar sig annorlunda i rättsmedelsinstanserna än i underrätt; för afvikelserna bör rättsmedelsläran inrymma en redogörelse.

Beträffande bevisförfarandet i underrätt må några allmänna anmärkningar lämpligen här finna plats.

Detta förfarande är, såsom redan förut påpekats (sid. 182 i detta band), icke en från partsförhandlingen skild afdelning af processen utan bildar med denna ett sammanhängande helt. Endast i några särskilda fall förekommer en från processen i öfrigt skild bevisning, nämligen vid domstolssyn, som har egenskapen af en fristående akt, eller då vittnesförhör eger rum vid annan domstol än processdom-

stolen, eller då eljest undantag från bevisomedelbarhetsgrundsatsen eger rum³³.

Bevisförandet inbegriper samtliga processuella handlingar, som ha afseende å åstadkommandet af bevis. Dess kärna utgöres af bevisningen i den trängre mening, enligt hvilken därmed förstås processsubjektens (domstolens och parternas) bevisande verksamhet³⁴, men det må betonas, att till detta förfarande är att hänföra mer, sålunda jämväl handlingar af andra än processsubjekten, såsom vittnes afläggande af ed och afgifvande af sin berättelse eller sakkunnigs afgifvande af utlåtande. I stort sedt kan bevisförandet, för så vidt initiativet till bevisföring utgår från part, sägas bestå af följande hufvuddelar: parternas erbjudande af bevis och domstolens medgifvande af, att erbjudet bevis föres, resp. dess afböjande däraf, bevisets framläggande för domstolen samt dennas upptagande och protokollföring däraf. Samtliga dessa moment ingå dock ej i all nu åsyftad bevisning; vid erkännande af part förekommer ej något erbjudande af bevis eller medgifvande däraf från domstolens sida. Hvad beträffar bevisning, som domstolen anordnar ex officio, är det tillräckligt att i allmänhet hänvisa till dennas för ändamålet vidtagna åtgöranden; ett närmare ingående på ämnet kan ej här ifrågakomma.

Vidkommande domstolens afböjande af erbjudet bevis, hvarom nyss var tal, finner jag några anmärkningar påkallade utöfver hvad tidigare yttrats i ämnet³⁵. Såsom skäl för domstolen att vägra bevisföring kan komma i betraktande, vare sig att part vill föra bevis för ett irrelevant eller omöjligt eller notoriskt faktum, eller att bevisning är öfverflödig, emedan faktum är ostridigt eller redan till fullo styrkt, eller att det sätt, hvarpå part vill föra bevis, icke

³³ Se detta band sid. 131—139.

³⁴ Se ang. begreppen bevisa och bevisande verksamhet ofvan sid. 528 f.

³⁵ Se Bd II sid. 194 f.

kan leda till något afsevärdt resultat. Det torde vara alldeles otvifvelaktigt, att domstolen principiellt eger den rätt att vägra bevisning, som nu sagts³⁶. Men lika tydligt är, att domstolen därvid bör förfara med den största varsamhet. I all synnerhet är försiktighet påkallad, då vägran att mottaga erbjudet bevis skall grundas på antagandet, att faktum redan är till fullo bevisadt, eller att — i fall, då motbevis erbjudits — detta är utsiktslöst eller öfverflödigt, emedan hufvudbeviset ej lyckats³⁷.

Till bevisförfarandet har man räknat jämväl domstolens pröfning af beviset. Detta är gifvetvis riktigt, för så vidt pröfningen gifver sig ett yttre uttryck i beslut. Domarens tankeoperationer ingå däremot ej såsom led i förfarandet, hvilket ju till sitt begrepp är ett yttre förlopp.

§ 86.

Föremål för bevis.

I början af föregående paragraf framhölls, att samtliga de element, af hvilka premisserna för domskonklusionen bildas, nämligen rättssatser, erfarenhetssatser och fakta, äro möjliga föremål för bevis, men att endast fakta äro bevisföremål i trängre och egentlig mening, hvilket för svensk rätts del kommit till uttryck däri, att de i 17 kap. RB gifna bevisreglerna ha afseende allenast å fakta. Denna paragraf skall således förnämligast handla om fakta såsom bevisföremål. Några anmärkningar om rättssatser och erfarenhets-

³⁶ Hvad angår rätt för domstolen att afvisa partsanförenden, finnas stadganden att åberopa, nämligen 14: 5 och 6 RB; se därom Bd II sid. 194 not 19. Däremot saknas uttryckliga bestämmelser beträffande bevisning. Principen kan dock anses ligga i sakens natur. Ett argument synes man för öfrigt kunna hämta från stadgandet i 14: 3 st. 2 RB, att domstolen må bevilja parts begäran om uppskof endast så framt den finner skäl till uppskofvet. Jfr framställningen i Bd II sid. 147 ff.

³⁷ Ang. domstols rätt att afböja bevis jfr norska civilprocesslagen § 189.

satser, särskildt om de senare, må likväl här närmast inflyta till fullständigande af hvad tidigare yttrats ¹.

A. *Rättssatser.* .

Då inländsk sedvanerätt eller utländsk rätt är tillämplig i ett mål, eger domaren, om han känner rättssatsens innehåll, begagna denna sin kunskap, och han behöfver ej i rättegången anordna någon bevisning därom. Denna mening har jag redan tidigare uttalat ². Här må blott tilläggas, att det icke spelar någon roll, af hvilka medel domaren betjenat sig för att förvärfva sitt vetande, eller om han före processens anhängiggörande eller under och med anledning af denna förskaffat sig detta. På domaren ensam ankommer det naturligtvis att afgöra, om hans kunskap är säker nog för att kunna komma till användning. I nu afsedda fall, i hvilka domaren på egen hand (utan att anlita parts medverkan eller eljest företaga någon handling, hvilken ingår såsom led i det processuella förfarandet) är verksam i förevarande syfte, kan man ej tala om bevisföring.

Då part, efter föreläggande af domstolen eller därför utan, vill styrka en till inländsk sedvanerätt eller utländsk rätt hänförlig rättssats, eller då domstolen själf, utan att göra gällande parts bevisskyldighet, går i författning om införskaffande i rättegången af upplysningar i sådant afseende, möter frågan, huru beviset skall föras. Hvad angår utländsk rätt, torde, såframt det är fråga om en lagbestämmelse, den närmaste och praktiskt taget i allmänhet enda utvägen vara att framlägga lagtexten jämte, eventuellt, något auktoritativt (af myndighet eller enskild sakkunnig) afgifvet utlåtande om stadgandets gällande kraft och innebörd; särskildt har man här anledning att tänka på utländska rättslärdes skrifter. Beträffande utländsk sedvanerätt kan näppeligen något annat än ett dylikt utlåtande vara att räkna med, hvaremot

¹ Se detta band sid. 89—101.

² Se sid. 91 ff.

i fråga om inländsk sedvanerätt jämväl en hänvisning till konkreta fall, i hvilka rättssatsen tillämpats, i synnerhet åberopande af domar, i hvilka detta skett, kommer i betraktande. Domaren pröfvar i allo fritt, huruvida full visshet om rättssatsen vunnits genom den förebragta utredningen. Att han icke är bunden genom någon af reglerna i 17 kap. RB, är redan förut nämndt.

B. Erfarenhetssatser³.

1) Det gäller först att närmare bestämma dessa satsers natur.

Erfarenhetssatserna äro ej utsagor om något konkret faktum eller ett flertal (större eller mindre) sådana fakta utan ha allmän och abstrakt innebörd. De uppkomma visserligen genom iakttagande af konkreta fall men äro ej begränsade till dessa utan uttala något, som har afseende å alla fall, de där äro att likställa med det erfarenhetsmaterial, hvarpå uttalandet är grundadt⁴. Deras giltighet är, såsom genast inses, beroende af de till grund liggande iakttagelsernas bärkraft (deras mängd och tillförlitlighet). Af den mänskliga erfarenhetens relativa beskaffenhet följer, att det icke gifves någon erfarenhetssats, som har absolut giltighet i egentligaste mening, men detta konstaterande af erfarenhetens relativitet har på det praktiska lifvets område delvis ett uteslutande teoretiskt intresse. I själfva verket råder i förevarande afseende en betydande olikhet emellan ifrågavarande satser. Medan somliga innefatta en visshet så stor,

³ Jfr detta band sid. 89—91 och uttalanden af mig i min skrift, Några anmärkingar om beviskyldighet m. m., i Tidsskr. f. Retsv. 1899 sid. 182—184. För öfrigt må blott hänvisas till hufvudarbetet i ämnet *Stein's Das private Wissen des Richters* sid. 16—137.

⁴ Ett uttalande, att något inträffat i tusen olika fall, är ej en erfarenhetssats (i ifrågavarande mening) utan en utsaga om tusen konkreta fakta, men ett uttalande, att under angifna förutsättningar en på visst sätt beskaffad tilldragelse sannolikt eller med säkerhet kommer att inträffa, är en erfarenhetssats.

att den praktiskt värdesättes och behandlas såsom absolut, gifva andra endast upplysning om att något under en gifven förutsättning vanligen eller med en viss, större eller mindre (måhända i procenttal beräknad) sannolikhet inträffar⁵.

Ifrågavarande satser — jämväl de, som finna användning i process — beröra hela det mänskliga kunskapsgebitet. Hvilket innehåll de än ha, tillhöra de dock endera af dessa tvänne kategorier: de äro antingen satser angående språkbruket (definitioner; förklarande, analytiska omdömen) eller hypotetiska satser, de där uttala, att, om en viss företeelse föreligger (vare sig nu det är fråga om ett visst förhandenvarande tillstånd eller en viss inträffad tilldragelse), en annan företeelse må antagas vara därmed förknippad. I synnerhet erfarenhetssatserna af det senare slaget ha en utomordentlig viktig processuell uppgift. För så vidt dessa satser utsäga hvad som under gifna förutsättningar är regel (t. ex. hvad som är sed och bruk i en viss affärsbransch), beror deras betydelse därpå, att man in concreto, då en så beskaffad förutsättning är för handen, sluter till, att äfven det förhållande, som satsen betecknar såsom det regelmässiga, föreligger.

På hvarje stadium och hvarje område af sin processuella verksamhet betjenar domaren sig af erfarenhetssatser, men förnämligast gör sig behofvet af dem gällande i några särskilda afseenden. Vid bevisuppskattningen har domaren många och rika tillfällen att hämta lärdom af sådana satser, t. ex. vid bedömandet af sannolikhetsgraden hos utsagor. Då domaren från indicier sluter till factum probandum, sker det på så sätt, att han subsumerar dem under erfarenhetssatser och på grundvalen af dessa premisser drager sin slut-

⁵ Jfr å ena sidan de båda skolexemplen: ingen kan i samma ögonblick vara tillstädes på skilda orter (alibibeviset), eller kvinna, som födt barn, har haft samlag med en man, samt å andra sidan en sats sådan som denna: återställande af mottaget skuldebref från borge-närens sida till gäldenären utmärker, att skuldförhållandet upphört.

sats; härom blir ytterligare tal nedan under rubriken indicier. Och vidare spela ifrågavarande satser en synnerligen stor roll vid subsumtionen af omedelbart relevanta fakta under vederbörliga rättssatser, ej blott så, att nämnda fakta endast i belysning af erfarenhetens lärdomar kunna erhålla den för subsumtionen nödvändiga värdesättningen (så t. ex. måste erfarenheten tagas till hjälp vid bedömandet af det mått af omtanke, försiktighet och ordentlighet, som på ett visst område eller i en viss situation fordras af en diligens pater familias), utan ock i afsevärd utsträckning vid fastställandet af tillämpliga rättssatsers innehåll.

En ganska uppmärksam indelning af erfarenhetssatserna går ut därpå, att vissa äro allmänt bekanta, andra däremot, såsom tillhörande någon vetenskap eller konst eller eljest något speciellt lefnadsområde, blott bekanta eller tillgängliga för en trängre krets. Mot denna åtskillnad har med rätta invändts, att den är af allenast kvantitativ natur och icke träffar någon väsensolikhet. Alla erfarenhetssatser äro nämligen i viss mening allmän egendom⁶. Härmed är emellertid icke gifvet, att nämnda särskiljande fullständigt saknar praktisk betydelse. Huruvida så är förhållandet, framgår af den undersökning, som jag härefter egnar åt en hufvudfråga i detta ämne, den om domarens befogenhet att tillgodogöra sig sin privata kännedom om erfarenhetssatser⁷.

2) Formulerad på detta sätt kräver frågan förklaring. Det är nämligen icke utan vidare tydligt, hvad uttrycket domarens privata kännedom om erfarenhetssatser (= hans privata sakkunskap) afser⁸. Meningen kan ej rimligtvis vara

⁶ Så *Stein*, anf. arb. sid. 25—27.

⁷ Redan förut i detta arbete (Bd II sid. 89—91) har jag sysslat med detta spörsmål och besvarat det med hänsyn till svensk rätt helt allmänt så, att domaren eger, när helst han anser sig sitta inne med nödig sakkunskap (= kännedom om tillämpliga erfarenhetssatser), vid sin pröfning begagna denna.

⁸ Uttrycket har i synnerhet efter Steins skrift, *Das private Wissen des Richters*, kommit i bruk. — Det spörsmål, som nu är före och angår

att skilja mellan kunskaper, hvilka domaren eger såsom enskild person, och hans kunskaper i egenskapen af domare⁹, utan hvad som åsyftas är sättet, hvarpå domaren förvärfvat sitt vetande. Följande tre frågor klargöra hvad det gäller. Får domaren tillgodogöra sig endast sådana erfarenhetssatser, om hvilka han i processen (den process, i hvilken satsen skall finna användning), alltså under utöfning af sitt ämbete, vunnit kännedom? Eller får domaren begagna sitt vetande i förevarande afseende oberoende af kunskapskällan och de omständigheter, under hvilka det vunnits? Eller, slutligen, bör man göra skillnad emellan erfarenhetssatser af olika slag och på de olika kategorierna tillämpa resp. det ena och det andra af de förutnämnda två alternativen?

Det alternativ, som kommer till uttryck i den första af de tre frågorna, kan genast förkastas såsom omöjligt. Fullständigt orimligt vore det nämligen att förbjuda domaren bruket af alla erfarenhetssatser, om hvilka han icke i processen i vederbörlig ordning — hvilket strängt taget ej kan betyda annat än genom sakkunnigbevis — erhållit upplysning. Dessa satser ha ju till en stor del den innebörd, att det skulle stå i uppenbar strid med sundt förnuft att intaga en sådan ståndpunkt.

Det sista af de tre alternativen kan till en början tyckas innefatta en lycklig lösning af ifrågavarande omstridda spörsmål. Då man anser sig böra skilja mellan erfarenhetssatser, som domaren känner på grund af sin allmänna bildning och lifserfarenhet, samt sådana satser, som tillhöra ett speciellt kunskapsgebit, tager man hänsyn till den fara för missbruk, som synes ligga i frihet för honom att utan in-

kunskap om erfarenhetssatser, har sin motsvarighet betr. rättssatser, som det ej är domarens ämbetsplikt att känna (jfr framställningen här ofvan), äfvensom betr. fakta.

⁹ Såsom *Stein*, sid. 74, träffande anmärker, kan man ej i domarens hjärna skilja mellan ett ämbetsfack och ett privatfack.

skränkning göra gällande sakkunskap, som han förmenar sig besitta. Man vill till förebyggande af godtycke och själf-öfverskattning från domarens sida äfvensom till åstadkommande af garantier för en allsidig och fördomsfri utredning icke tillåta honom att begagna sin privata kunskap om andra erfarenhetssatser än de, som äro att hänföra till den förra gruppen; skulle han händelsevis vara eller anse sig vara i besittning af sakkunskap på något speciellt område, fränkännes honom således rätt att göra gällande sin mening, hvilken måhända afviker från den allmänna eller rör ett dunkelt och omtvistadt ämne.

Som man finner, hvilat ifrågavarande uppfattning på en indelning af erfarenhetssatserna, som hufvudsakligen sammanfaller med den förut nämnda: allmänt bekanta och sådana, som stamma från mera speciella kunskapsgebit och därför icke ha någon allmännare utbredning. Dess berättigande måste bero på, huruvida en sådan indelning är möjlig att praktiskt upprätthålla. Och detta kan säkerligen ej annat än förnekas. Gränsbestämningen emellan de båda antydda grupperna är nämligen så sväfvande samt till sin innebörd så rent subjektiv och relativ, att den icke lämpligen kan göra tjänst såsom norm för domstolarna. Så vidt jag kan bedöma, nödgas man därför principiellt godtaga det andra i ordningen af ofvan omförmälta alternativ, enligt hvilket någon viss gräns för domarens rätt att bruka sin erfarenhet och sakkunskap ej kan fixeras. Att denna mening, som befriar honom från att fordra bevis för sådant, som är honom bekant, är den naturligaste och därför i stort sedt jämväl den mest tilltalande, torde näppeligen kunna bestridas. Särskildt kommer härvid i betraktande, att domaren, då han gör bruk af sin sakkunskap, icke utöfvar en verksamhet, som är i någon mån oförenlig med hans domareuppgift utan tvärtom är däri inbegripen. Skillnaden emellan att låta domaren begagna sin privata kunskap om relevanta fakta och att låta honom tillämpa allmänna abstrakta satser, sådana som er-

farenhetssatserna, må noga beaktas. Frihet i förra hänseendet skulle för visso utsätta honom för faran att förlora sin objektiva och opartiska ställning till saken, men detsamma är öfver hufvud icke fallet med friheten i det senare. En viss distinktion synes mig dock böra göras. Tillåtelse för domaren att utan någon viss inskränkning använda sin sakkunskap är icke detsamma som förpliktelse därtill. Han eger, när helst han finner det påkalladt, anordna bevisning genom sakkunnig, och det torde ej gärna kunna råda delade meningar om, att han i allmänhet bör välja denna utväg i sådana fall, där bedömandet kräfver sakkunskap på ett område, som tillhör någon från den allmänna bildningen eller lifserfarenheten mera fjärran liggande vetenskap, konst eller yrkesgren, i all synnerhet i de fall, då den speciella sakkunskapen på området icke kunnat blifva enig. Olämpligheten af, att domaren i dylika fall litar på sin egen sakkunskap, lär icke behöfva vidare belysas¹⁰.

¹⁰ Inom teorien ha — m. h. t. vår (svensk-finsk) gällande rätt — uttalats olika meningar. *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 86, anser att, om i ett gifvet fall tillämpliga erfarenhetssatser äro af så allmän art, att de i regeln äro bekanta för personer i den lefnadsställning och med den uppfostran som domarens, han eger på enskild väg förskaffa sig kännedom om dem, men att, om dessa satser hänföra sig till områden, som kunna antagas vara för domaren främmande, de måste för honom framställas genom personer, som äro i besittning af därtill nödiga insikter (s. k. sakkunnige). Däremot har *Alexandersson*, Föreläsningar öfver den svenska tryckfrihetsprocessen sid. 204—206, uttalat sig för den meningen, att man ej kan draga någon bestämd gräns för domstolens rätt att använda sin sakkunskap. Processlagförslagen ha intagit olika ståndpunkt i denna fråga. Lagkommissionens och Lagberedn:s förslag till RB (i tvistemål), 21 kap. 8 §, föreskrifva, att, om upplysningar äro nödiga, de där icke kunna meddelas utan kännedom om vetenskap eller konst, som ej hör till domarens ämbete, sådana upplysningar skola inhämtas från män, som ega slik kännedom: hvaremot Nya Lagberedn., Principbet. II kap. XVI § 2 i förslagen med motiv sid. 307 samt Förslag till lag ang. bevisning inför rätta § 38 med motiv sid. 87, låtit det ankomma på domarens fria pröfning, huruvida inhämtande af sakkunnigutlåtande är af nöden. Processkommissionen har anslutit sig till Nya Lagberedn.; se dess betänkande III sid. 174 och 179.

Det resultat, till hvilket jag nu kommit, öfverensstämmer med de åsikter, som jag tidigare (sid. 89—91), delvis endast antydningssvis, uttalat. Att detta resultat jämväl är stämmande med positiv rätt, torde oaktadt bristen på en allmän regel kunna tagas för afgjort, och praxis lämnar ock många exempel på, att domstolarna intaga denna ståndpunkt. Det lär sålunda icke råda något tvifvel om, att domstolarna få fritt begagna sin kännedom om handelsbruk och handelstermer¹¹, anställa värderingar och bestämma skadeståndsbelopp så ock till utrönande af skrifts äkthet företaga jämförelse af skrifprof m. m.¹²

3) Då erfarenhetssatser göras till föremål för bevis i rättegång, sker det, såsom förut nämnts¹³, genom hörande af sakkunnig. I den paragraf, som skall handla om sakkunnige, utredes närmare på hvad sätt detta bevis föres.

Vid redogörelsen för reglerna om jäf mot domare (Bd I § 19) gaf den i 13: 1 RB förekommande bestämmelsen om jäf mot den, som förut vittnat i målet, anledning till framställande af spörsmålet, om jämväl den vore jäfvig att vara

¹¹ Jfr lagen ²⁰/₆ 1905 om köp och byte af lösegendom § 1. Afgörande i förevarande afseende är tydligtvis, hvilken åsikt man omfattar i fråga om handelsbrukens natur och förklaringen till deras bindande kraft. Äro handelsbruken sedvanerätt eller icke? I senare fallet är grunden till, att de skola lända till efterrättelse, den, att kontrahenterna böra anses ha underkastat sig dem. Uppenbart är, att, om handelsbruken anses tillhöra den egentliga sedvanerätten, det spörsmål, som i texten är föremål för behandling, icke här uppkommer. Se ang. handelsbruken *Almén*, Kommentrar till lagen om köp och byte, vid § 1.

¹² I detta sammanhang må jämväl påpekas, att domaren eger vid handläggning af rättegångsmål bruka sin kunskap om främmande språk, då sådan erfordras vare sig för öfversättning af skrift eller för muntlig kommunikation med part eller annan i rättegången uppträdande person. Jfr lagen ¹³/₆ 1902 om tolks anlåtande vid domstol. Enligt § 1 må vid förhör med någon, som icke är mäktig svenska språket eller som är döf eller stum, tolk tillkallas att biträda rätten; skyldig att anlita tolk är domaren ej, om han själf förstår att meddela sig med den, som skall höras.

¹³ Se sid. 83 och 89 i detta band.

domare i ett mål, hvilken förut hörts såsom sakkunnig i målet¹⁴. Efter den här ofvan lämnade framställningen torde det ligga i öppen dag, huru detta spörsmål principiellt (således frånsedt, huruvida vår gällande rätt leder till samma resultat) bör besvaras. Om man ställer sig på den ofvan intagna ståndpunkten, att domaren eger begagna sin känne-dom om erfarenhetssatser och icke är pliktig anordna bevisning genom sakkunnige för deras styrkande, kan man svår-ligen undgå att däraf härleda såsom en konsekvens, att den omständigheten icke grundar domarejäf mot en person, att han förut uppträdt såsom sakkunnig i målet. Emellertid torde icke med säkerhet kunna påstås, att denna mening öfverensstämmer med gällande rätt¹⁵. På sätt längre fram (i paragrafen om sakkunnige) vidare skall utföras, har lagstiftaren efter all sannolikhet icke begreppsligen bestämdt skilt emellan vittnen och sakkunnige utan under den förra kategorien hänfört äfven sådana personer, hvilka lämna upp-lysning icke om konkreta fakta utan om allmänna satser¹⁶. Om det förhåller sig så, förefinnes visserligen skäl för utsträckning af ifrågavarande jäfsbestämmelse till att afse jämväl den, hvars befattning med målet bestått däri, att han hörts såsom sakkunnig.

C. *Fakta.*

I. Såsom redan upprepade gånger framhållits, utgöres det egentliga föremålet för bevis af fakta, hvilket begrepp ock förut (sid. 527 f.) bestämts.

¹⁴ Se Bd I sid. 277 not 45 (sid. 261 not 48 i 2:dra uppl. af del I af Bd I).

¹⁵ Se det i nästföregående not citerade stället. (Hvad där säges om den analogi i afseende å sakkunnig, som kan hämtas från bestämmelsen om vittne, är ej ett korrekt uttryck för min nuvarande uppfattning.)

¹⁶ En skarp och helt genomförd distinktion emellan fakta och allmänna satser förutsätter en så noggrann analys, att den icke kan annat än antagas ha varit för 1734 års lagstiftare främmande. Se om denna distinktion *Stein*, anf. arb.

I 17 kap. RB har lagstiftaren ej användt termen fakta. Öfver hufvud är terminologien föga utvecklad. Ändamålet med bevisningen säges i en del paragrafer vara att styrka käromålet eller partens talan (1, 3 och 33 §§)¹⁷. På andra ställen framhållas *omständigheter* såsom bevisföremål (särsk. 33 § 2 p. samt åtskilliga andra §§ såsom 20, 21 och 25; hvarjämte må erinras om benämningen på indicier, 30, 36 och 37 §§). Såväl af nyssnämnda term som ock af en del paragrafer, hvilka angifva hvad vittnen ha att lämna upplysning om (se sålunda 11, 16 och 24 §§), framgår, så vidt på lagens uttryckssätt ankommer, att hvad här ofvan benämnts fakta är det, hvarpå bevisföringen är riktad, d. v. s. det, hvarom domaren tänkts skola bilda sig en öfvertygelse¹⁸.

Man har inom teorien¹⁹ särskildt uppmärksammat frågan om skillnaden emellan fakta och omdömen, och, ehuru den praktiska vikten af denna distinktion inom bevisrätten hufvudsakligen yttrar sig m. h. t. vittnes- och sakkunnigbeviset — det gäller därvid den begreppsliga skillnaden dem emellan — äfvensom edsinstitutet, må några anmärkningar i ämnet inflyta redan i detta sammanhang på grund af dess betydelse för det fulla klargörandet af bevisningens ändamål.

Med bevisning åsyftas, säger man, att ernå visshet om fakta och icke om omdömen angående fakta. Satsen är otvivelaktigt riktig, men den kräfver utläggning och belysning, för att dess innebörd må blifva fullt klar. Domaren står endast vid syn omedelbart inför själfva faktum. I alla andra fall har han endast att göra med annan persons (parts eller tredje mans) utsaga om, eller, såsom det oftare heter,

¹⁷ Jfr därom sid. 365 f. not 9 i detta band.

¹⁸ Om föremålet för ed skall talas i §:n om partsed; om föremålet för erkännande i §:n om detta institut.

¹⁹ Se i synnerhet *Stein*, sid. 5—15.

påstående om faktum²⁰, och alla sådana utsagor eller påståenden äro i anseende till sin logiska innebörd omdömen; de ha, närmare bestämdt, karaktären af slutsatser, grundade på premisser: en öfver- och en undersats²¹. Detta, att domaren utom vid syn åtkommer faktum endast genom förmedling af annan persons omdöme, betyder nu emellertid icke, att samtliga ifrågavarande omdömen ha sådant innehåll, som kan utgöra föremål för bevis. De kunna ingalunda alla jämnställas i detta hänseende. Hvad det härvid kommer an på, är beskaffenheten af den öfversats, hvarunder den sinnliga iakttagelsen subsumeras. Denna kan vara af den enkla och allbekanta natur, att den finner användning utan någon reflexion från subjektets sida, och det omdöme, som framgår af en dylik omedveten subsumtion, ter sig därför såsom ett rent faktiskt påstående. I dessa fall finnes det fog för att beteckna uttalandets hela innehåll såsom bevisföremål²². I andra fall måste uttalandet underkastas en analys; det måste upplösas i de satser, af hvilka det leder sitt ursprung, och endast undersatsen kan betecknas såsom föremål för bevis, d. ä. den sats, som återgifver den sinnliga iakttagelsen.

Vid framhållandet af relationen emellan fakta och omdömen bör man bland dessa senare i all synnerhet utmärka dem, som röra juridiskt kvalificerade fakta. Uttalandet har här karaktären af ett omdöme, som framgått däraf, att den sats, som innehåller iakttagelsen af ett faktum, subsumerats under en rättssats. Spörsmålet, huru det vid bestämmandet af hvad som är bevisföremål förhåller sig med ett dylikt omdöme, bör tvifvelsutän besvaras i enlighet med hvad nyss

²⁰ Jfr om terminologien Bd I sid. 1216 och 1218.

²¹ Att detta är förhållandet, inses lätt vid närmare öfvervägande. Äfven den allra enklaste utsaga, t. ex. jag hörde en pojke hvissla, förutsätter, att de genom iakttagandet erhållna sinnesintrycken subsumeras under vederbörliga språkliga etiketter (de rätta orden).

²² Betydelsen häraf framträder tydligast, då det är fråga om att afgöra hvad som vid ådömandet af värjemålsed kan vara edstema.

i allmänhet anförts. Den rättsats, hvarpå det i uttalandet innefattade omdömet grundats, kan vara af den art, att det saknas all anledning att i förevarande afseende vara strängare, än då det gäller subsumtion af iakttagna fakta under erfarenhetssatser af icke-juridisk natur²³.

Från frågan, huruvida ett juridiskt kvalificerad faktum kan vara föremål för bevis, har man att särskilla frågan, om ett rättsförhållande kan direkt bevisas. Att de båda spörsmålen ej sammanfalla, bör utan vidare vara tydligt. I hvarje fall må det vara tillräckligt att påpeka, att, medan ett uttalande om ett faktum såsom på visst sätt rättsligen kvalificerad blott innebär ett konstaterande af faktum och af dess hänförlighet under en viss rättsats, ett uttalande om beståndet af ett visst rättsförhållande utgör ett konstaterande ej blott af nyssnämnda innehåll utan tillika däraf, att faktum gifvit upphof åt en viss relation emellan vederbörande personer, en sådan relation, som man plägar beteckna såsom ett rättsförhållande. Medan i vår (liksom i annan) äldre rätt bevisningen öfver hufvud omedelbart angick det omtvistade rättsförhållandet, måste för gällande rätts del förevarande spörsmål besvaras nekande²⁴. Det tillkommer domstolen att bedöma tillvaron af ett rättsförhållande, och den bevisning, som därför må kunna förutsättas, kan endast ha till föremål de fakta, på hvilka rättsförhållandet är grundadt.

Efter den utredning, som tidigare kommit begreppet erfarenhetssats till del, torde det vara tydligt, hvori en sådan sats skiljer sig från de nu undersökta omdömen, hvilka

²³ Det är t. ex. fråga om, huruvida en person af en annan köpt en sak. Då vittnen berätta, att så är fallet, uppfattas detta som om genom vittnesbevisningen omedelbart styrkts, att köp egt rum. (Gifvetvis kunna omständigheterna i målet vara sådana, att en noggrann analys af vittnesberättelsen är af nöden.) Domstolarna torde ej heller i allmänhet tveka att vid ådömandet af värjemålsed göra till edstema, att köp icke skett.

²⁴ Jfr Bd I sid. 758 not. 20.

pläga kännetecknas såsom faktiska påståenden. Olikheten ligger däri, att erfarenhetssatserna, såsom nämnt är, icke angå ett eller flera konkreta fakta utan ha ett allmänt abstrakt innehåll, hvaremot de faktiska påståendena röra konkreta företeelser. Distinktionen får väl att märka icke tilläggas den innebörden, att erfarenhetssatserna i motsats till nämnda påståenden icke röra faktiska förhållanden, ty de förra såväl som de senare angå det faktiska. Den måste noga begränsas på sätt den förut lämnade utredningen gifver vid handen, nämligen så, att erfarenhetssatserna äro abstrakta uttalanden om faktiska förhållanden, under det att den andra gruppens uttalanden afse konkreta fakta.

II. Föremål för processuell bevisning få endast sådana fakta vara, som äro, för att begagna en vanlig term, relevanta, d. v. s. som äro af vikt för pröfningen af någon fråga, beträffande hvilken det åligger domstolen att träffa ett afgörande.

Indelningen af dessa fakta i omedelbart och medelbart relevanta (indicier) har redan omnämnts (sid. 541), liksom ock begreppen bestämts.

Såsom bevisföremål bör man framhålla ej allenast omedelbart relevanta fakta utan äfven indicier. Att de förra bevisas för sin egen skull, de senare endast på grund af deras relation till de förra, jäfvar ej riktigheten häraf. Om indicier gäller ej mindre än om den andra gruppen af fakta, att de i regel för att kunna beaktas tarfva bevis, och att de bevisas på alldeles samma sätt som dessa ²⁵.

²⁵ Endast till synes råder inom teorien meningsskiljaktighet beträffande indicatiernas egenskap af bevisföremål. Sålunda säger visserligen *Wach*, Vorträge sid. 203 noten: *Mir sind Beweisthemata im Civilprocess nur die wesentlichen Thatbestandsmomente* (= omedelbart relevanta fakta), men strax därefter säger han om indicatierna: *Diese müssen freilich selbst bewiesen werden, werden aber nur bewiesen, weil sie die wesentlichen Thatbestandsmomente indiciren.* Med *Wach* instämmer t. ex. *Pagenstecher*, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft* sid. 194 not 473. — Som man torde finna, består ingen olikhet i sak emellan

Otvifvelaktigt är emellertid, att 1734 års lagstiftare framhållit allenast omedelbart relevanta fakta såsom föremål för bevis och i indicier sett medel att bevisa nämnda fakta. Detta framgår af det sätt, hvarpå indicier öfver hufvud komma på tal i 17 kap. RB (17: 30 RB), och ännu tydligare af innehållet i 17: 24 RB. Denna synpunkt, som ju är fullt riktig, om man blott tänker på hvad all processuell bevisning i sista hand åsyftar, har dock uppenbarligen icke för lagstiftaren spelat en sådan roll, att den hindrat honom från att inse, att jämväl för styrkande af indicier bevisföring kan vara erforderlig, och att de icke kunna bevisas annorledes än omedelbart relevanta fakta²⁶.

Wachs uppfattning och den af mig företrädda; det föreligger endast en olikhet i uttryckssätt.

²⁶ Jfr de i nästföregående not citerade uttalandena af *Wach*. Det finnes ej tillräcklig anledning antaga annat, än att 1734 års lagstiftare bedömt förevarande fråga på samma sätt, som dessa uttalanden gifva vid handen. Att lagstiftaren icke intagit den orimliga ståndpunkten, att allenast omedelbart relevanta fakta kunna behöfva bevisas i en rättegång, framgår t. ex. af 17: 2 RB (numera upphäfd), där det beträffande handelsboks vitsord säges, att den gäller för fullt bevis, såframt ej vederparten visar fel däri, eller att allt ej är rätteligen upptecknad eller de omständigheter, som boken eller personen miss-tänkta göra. Af *Nehrman's* framställning, sid. 276 § 1, framgår så tydligt som möjligt, att han för sin del ej förbisett, att indicier liksom omedelbart relevanta fakta äro föremål för bevis och bevisas på samma sätt, som de. Författaren, som lefde och verkade vid tiden för 1734 års lags tillkomst, återgifver härvid ganska säkert lagstiftarens tankegång.

Hvad angår 17: 24 RB, till hvilket lagrum hänvisats i texten, så torde det vara tydligt, att, då det där föreskrifves, att vittnen skola vittna om det de själfva sett eller i saken hört hafva, och ej det de af andras sägn veta, detta ej är att fatta så, som om lagstiftaren öfver hufvud velat förbjuda vittnesmål om andra af vittne iakttagna fakta än de, som äro omedelbart relevanta. Vittnesmålen om indicier, som af vittne omedelbart iakttagits, ha icke rimligtvis kunnat förjudas, och lagrummet är ej så affattadt, att det utesluter sådana vittnesmål. Blott vittnesmål om indicier af ett särskildt slag har lagstiftaren icke velat tillställa, nämligen vittnesmål om indicier, som bestå i annan persons uttalanden till vittnet om det omedelbart relevanta faktum. Vittnet har m. a. o. icke själf iakttagit det omedelbart relevanta faktum,

Vid redogörelsen för de olika grupper af fakta, som äro bevisföremål, framhålles ofta såsom en särskild kategori sådana fakta, som ha betydelse för uppskattningen af ett bevis. Man har för desamma begagnat benämningen hjälpfakta²⁷. Jag har redan på tal om den art af motbevis, som benämnts oegentligt motbevis, gifvit exempel på dylika fakta; de kunna angå vittnesjäf, företedd skriftlig handlings äkthet m. m.²⁸.

III. Beträffande de medelbart relevanta fakta, indicierna, äro en del ytterligare anmärkningar påkallade.

Den förut lämnade begreppsliga utredningen tarfvar ej något egentligt tillägg. På det att sammanhanget med det följande måtte framstå fullt klart, må emellertid det förut anförda med några ord sammanfattas.

Indicier äro fakta, som — i och för sig utan betydelse i rättegången — spela den rollen däri, att man från dem kan sluta till fakta, på hvilka det kommer an (omedelbart relevanta fakta, *facta probanda*). De äro alltså att karakterisera såsom bevisgrunder. Då domaren uppenbarligen ej kan få begagna sig af ett faktum såsom indicium, med

men vittnet har hört annan persons uttalanden därom, och dessa, hvilka ju ha karaktären af indicier för nämnda faktum, få ej omvittnas. (Ang. lagrummets betydelse i detta afseende se nedan 575 f.) I sammanhang med hvad nu framhållits om förbudet att vittna om hörsaga är 17:24 RB af intresse i det afseende, som ofvan i texten omförmäles. Från nyssnämnda förbud göres nämligen undantag beträffande sådana fall, i hvilka upplysning sökes i det, som skett för lång tid sedan. I dylikt fall får vittne berätta om hvad det vet på grund af annan persons uttalanden till vittnet, men fastän vittnet här i sitt vittnesmål återgifver den andres berättelse — alltså ett indicium för det omedelbart relevanta faktum — framställes förhållandet ej på detta sätt i lagrummet, utan vittnet framstår såsom bevismedel för det, hvarom berättelsen handlat, d. v. s. för det omedelbart relevanta faktum; jfr härom *Engströmer*, Vittnesbeviset sid. 231 och 254.

²⁷ Se därom *Stein*, sid. 6. — Grunden till, att de uppställas såsom en kategori för sig, är att söka däri, att de hvarken äro omedelbart relevanta eller stå till sådana fakta i samma relation som indicier.

²⁸ Se t. ex. den upphäfdä 2 § i 17 kap. RB ang. handelsboks vitsord: »de omständigheter, som boken eller personen misstänkta göra».

mindre han är öfvertygad om dess verklighet, och då visshet om indicier åstadkommes på samma sätt som visshet om omedelbart relevanta fakta, stå de förra vid sidan af de senare under rubriken bevisföremål. Här af framgår, att indicier icke äro bevismedel (sätt att bevisa) i samma mening som skriftliga bevis, vittnen etc.; hvad som är i behof af och föremål för bevis genom nyssberörda s. k. bevismedel kan ej sammanföras med dem under detta begrepp. Den bevisning, som är riktad på styrkande af indicier, benämnas indirekt. Det indirekta hos densamma ligger däri, att den ej leder domaren lika långt fram som den s. k. direkta bevisningen, nämligen ända fram till factum probandum; den leder endast fram till en omständighet (indiciet), från hvilken man kan sluta till detta faktum²⁹.

Förhållandet emellan begreppen indicium och presumption må härefter utredas. Såsom genast inses, är det härvid fråga om terminologiska spörsmål. Större betydelse, än som öfver hufvud kan tillkomma sådana spörsmål, bör man ej tillmäta de nu ifrågakomma, men å andra sidan böra de ej fränkännas sin vikt; åtskillig oreda har i denna materie uppkommit därigenom, att terminologien varit sväfvande.

Då det redan fullt klargjorts hvad med indicier förstås, är uppgiften begränsad till att fastställa, hvilken juridisk innebörd ordet presumption (*præsumtio* eller *præsumptio*) eger, eller, bättre uttryckt, i hvilken bemärkelse det helst bör tagas. Är presumption detsamma som indicium eller är det något annat?³⁰ Enligt kanonisk rätt och rättsdoktrin, som egnat

²⁹ Då ett vittne berättar hvad det iakttagit om factum probandum, sluter domaren omedelbart från berättelsen till detta faktum. Då däremot vittnets berättelse återgifver dess iakttagelse af ett indicium, sluter domaren från berättelsen närmast till indiciet, och först genom att draga en slutsats från detta kommer domaren fram till factum probandum.

³⁰ Jfr den utförliga framställningen i *min* skrift, Om beviskyldighet och presumptioner etc. sid. 180 ff. med där citerad litteratur, äfvensom *min* artikel, Presumption, i Nordisk Familjebok (Bd 22, 1915). Jag har

indiciebeviset synnerlig uppmärksamhet och tilldelat det en mycket stor roll, voro indicium och presuntion identiska eller dock i det allra närmaste identiska begrepp, och man använde allmänt ordet presuntion i stället för indicium³¹. Häremot är ej annat att erinra, än att det ej stämmer väl öfverens med vare sig det rent populära eller det vanliga juridiska språkbruket, hvartill man synes ha all anledning att taga hänsyn. Enligt detta språkbruk åsyftas med en presuntion icke ett indicium, resp. ett komplex av indicier, hvarifrån man sluter till factum probandum, utan i stället det sannolikhetsantagande, det försanthållande, som framgår af slutledningen³².

där framhållit, att presuntion i ordets allmännaste (rent populära) betydelse betecknar ett försanthållande utan bevis eller, i hvarje fall, utan fullt bevis; man säger sig presumera något, då man ej är fullt öfvertygad, att det förhåller sig på visst sätt, men är böjd för att antaga det. Såsom juridiskt begrepp innebär presuntion, enligt den vanligaste och efter min mening lämpligaste (med särskild hänsyn därtill, att den ansluter sig till vanligt språkbruk) bestämningen, ett försanthållande på grunder, som göra antagandet sannolikt men dock ej medföra full visshet. För denna bestämning är utmärkande, att den å ena sidan går utöfver den rent populära uppfattningen genom att framhålla, att försanthållandet måste hvila på en faktisk grundval, naturligtvis af objektivi värde, å andra sidan fasthåller vid den begränsningen, att fullt bevis ej får anses vara för handen.

³¹ Se därom särskildt *Heusler*, sid. 230—233 och 306—308, samt i all synnerhet *Hedemann*, *Die Vermutung* (1904) I Teil, särsk. sid. 20 f., 42 f., 68 ff., 78 ff.

Bland svenska författare märkes *Nehrman*, som i *Inledning til then swenska processum criminalem* (1759) sid. 75 § 5 bestämmer præsumtioner såsom »wissa bekanta fulltygade omständigheter, hwar af man med större eller mindre sannolikhet sluter, at någon wiss person gjordt det brott, hwarom ransakas»; enligt denna bestämning ha termerna indicium och presuntion alldeles samma innebörd. Samma likställande förekommer hos *Lindblad*, *anf. arb.* sid 235; se ock *Schrevelius*, sid. 350.

³² Se sålunda t. ex. *Nehrman*, *Processus civilis*, sid. 279 § 10. Enligt hans definition därstädes är presuntion »en sannolik gissning, grundad på thet, som gemenligen plägar ske». — Stundom låter man ordet presuntion afse själfva slutledningen.

Man har indelat presumptionerna i lagstadgade, s. k. *præsumptiones juris* (legala presumptioner), och icke lagstadgade, benämnda *præsumptiones hominis* eller *facti*³³. Vid båda grupperna kan det anses vara fråga om en slutledning från ett faktum (indicium) till ett annat; men medan i vanliga fall — vid presumptioner af det senare slaget — domaren drager slutsatsen efter sitt fria bepröfvande, är han, då en *presumptio juris* föreligger, genom ett positivt rättsbud förpliktad att hålla ett faktum för bevisadt under förutsättning, att ett annat faktum står fast. I detta sammanhang intresserar oss ej de legala presumptionerna, de komma vidare på tal i den framställning, som nedan egnas åt frågan om, hvilka fakta ej äro i behof af bevis³⁴.

Den sannolikhet, som vinnes genom indiciebevisning, kan vara större eller mindre. Afgörande härför är naturligtvis de i hvarje fall gifna premissernas, indiciernas och de såsom öfversatser fungerande erfarenhetssatsernas, beskaffenhet. En äldre processdoktrin har m. h. t. indiciebevisets bevisstyrka gjort en indelning, som i viss mån är belysande och därför kan förtjena nämnas³⁵. Det skiljes

³³ Denna indelning ingår i den från Glossatorerna stammande tredelningen i *præsumptiones juris* et de jure, *præs:es juris* och *præs:es hominis* (el. *facti*); se därom *Hedemann*, anf. arb. § 13—17. Ang. densamma jfr nedan sid. 615 ff.

³⁴ *Wrede*, *Bevisrätten* sid. 33 ff. och 248 f., vill förbehålla termen *presumption*, »presumption i egentlig mening», för de legala presumptionerna och skiljer strängt emellan *presumption* och *indicium*; se och samme författare *Civilprocessrätt* II sid. 96, där *presumption* bestämes såsom »en legal föreskrift, enligt hvilken ett sakförhållande skall under vissa förutsättningar anses såsom sant». För min del finner jag det lämpligast att i anslutning till det historiskt gifna och det allmänna språkbruket fasthålla i terminologiskt afseende vid det nära sammanhanget emellan *presumption* och *indicium*. Vill man begränsa användningen af termen *presumption*, så bör detta efter min mening åtminstone icke ske sålunda, att man reserverar densamma för de legala presumptionerna; *presumptionssynpunkten* (språkligt taget) har där i själfva verket minst berättigande; jfr nedan sid. 615 ff.

³⁵ Se *Heusler*, sid. 306 f. och jfr därmed *Hedemann*, sid. 69 f. samt

emellan svaga indicier, från hvilka det vore för djärft att sluta (præsuntio temeraria), indicier af medelmåttigt värde, hvilka åstadkomma en sannolikhet men ej så stor, att man icke bör taga hänsyn till möjligheten af ett annat förhållande (præsuntio probabilis), indicier, som göra faktum högst sannolikt (præsuntio violenta), och slutligen sådana, som utesluta allt tvifvel (præsuntio necessaria). Indelningen innefattar en maning till att uppmärksamma, huru vidt skilda de resultat, som ernås genom indiciebevisning, kunna vara. Att den däremot icke gifver någon ledning vid bevisuppskattningen i konkreta fall, liksom att man icke får föreställa sig, att indicierna öfver hufvud låta uppdelas sig i fyra grupper, motsvarande de ofvan angifna fyra indelningsledningarna, ligger i öppen dag. Hvad det sistnämnda angår, må det sammanställas med hvad nedan anföres.

Från begreppet indicier har man velat utesluta de s. k. *indicia necessaria*³⁶. Härtill finnes emellertid ej någon giltig anledning. Begreppsbestämningen passar i allo in på t. ex. ett sådant *indicium necessarium* som den omständigheten, att en kvinna födt barn, betraktad såsom grund för antagande, att hon haft uugänge med en man. En annan sak är, att detta *indicium* icke rimligtvis kan hänföras till de bindande omständigheter och liknelser, hvilkas bevisvärde reglerats genom 17:30 RB, så framt man i anslutning till den allmänna meningen anser, att lagrummet innefattar förbud att uppskatta dem till fullt bevis. Och vidare är att märka, hurusom man icke utan att göra våld på språkbruket kan om det försanthållande, som framgår af en slutledning från *indicia necessaria*, begagna ordet *presuntio*. I det vanliga *presuntions*begreppet ingår såsom ett moment bevisvärdets begränsning till mindre än

hvad särskildt angår förhållandet emellan den i texten nämnda fördelningen och den i not 33 anförda tredelningen, sid. 76 f. Jfr ock den af *Schrevelius*, sid. 351 f. anförda indelningen.

³⁶ Se t. ex. *Wrede*, Bevisrätten sid. 247 f. *Nehrman*, sid. 276 f. § 3, hänför ej bevisning genom indicier (*argumenta*, enligt hans terminologi) af ifrågavarande slag till *probatio artificialis* (indirekt bevisning).

fullt bevis (full visshet)³⁷. Inom läran om bevisbördans fördelning talar man visserligen, såsom vid behandlingen af detta ämne skall utvecklas, om presumptioner i fall, där bedömandet bygger på förutsättningen, att fullt bevis föreligger, men dels sker detta gemenligen utan klar insikt om det verkliga sammanhanget, dels brukar man dock aldrig benämningen presumption i afseende å en slutledning från *indicia necessaria*.

Hvad som fordras för att ett faktum skall kunna spela rollen af indicium för *factum probandum* låter sig icke i allmänhet angifvas i vidare mån än så, att det dem emellan skall finnas ett samband, som berättigar till en slutledning från det förra till det senare. Detta samband kan såsom vanligen vid utläggningar af detta ämne framhållas³⁸, vara af olika slag; det kan vara ett orsaksförhållande eller ett förhållande af medel och ändamål eller bestå blott däri, att de båda fakta enligt erfarenhetens vittnesbörd pläga följas åt. Emellertid behöfver ett faktum för att ega betydelsen af indicium icke *i och för sig* vara indicerande; det är tillräckligt, att faktum vid sammanställning med eller i belysning af ett eller flera andra fakta erhåller ifrågavarande betydelse.

Vill man närmare göra reda för, på hvad sätt den omständigheten, att indiciet medgifver en slutledning till *factum probandum*, kan ega bevisande kraft, är det otvifvelaktigt mest upplysande att, såsom ock ofta inom litteraturen skett, framhålla, hurusom denna slutledning förklarar sammanhanget emellan de i hvarje föreliggande fall *kända* fakta³⁹. Om denna förklaring är den enda möjliga, är in-

³⁷ Se ofvan not 30.

³⁸ Se t. ex. *Schrevelius*, sid. 351.

³⁹ Det sagda förtydligas enklast genom ett välkändt exempel, hämtadt från straffprocessens område. En person är tiltalad för mord. Mot honom åberopas såsom indicier, att på mordplatsen påträffats spår af fotsteg, att dessa passa in med hans skodon, och att kläder, som han å dagen för mordet burit, befunnits förete blodfläckar. Dessa

diciebeviset ovillkorligen bindande. Är det visserligen ej uteslutet att förklara nämnda sammanhang på annat sätt, men den ifrågavarande förklaringen i sannolikhetsvärde långt öfvergår hvarje annan, kan fullt bevis anses förebragt. I samma mån vid en dylik jämförelse förhållandet ändras till nackdel för den ifrågavarande förklaringen, minskas indiciets bevisande kraft.

I 17:30 RB har upptagits en bestämmelse om indicier, hvars syfte är att reglera deras bevisvärde. Vid hvad bestämmelsen i denna del innehåller ha vi ej att i detta sammanhang dröja, men den gifver här anledning till erinringar i andra afseenden. Ifrågavarande fakta ha i lagrummet benämnts *bindande omständigheter och liknelser*⁴⁰. Som naturligt är, har lagstiftaren afhållit sig från hvarje försök till uppräknig af särskilda indicier, och likaledes har den erkännansvärda ståndpunkten intagits, att olika indiciekategorier ej angifvits. Allenast ett enda indicium har nämnts exempelvis, nämligen »uppenbart och på sannolika skäl grundadt rykte»⁴¹. Under stadgandet kan man, under förutsättning att det tolkas på det vanliga sättet (se ofvan sid. 572), ej hänföra de s. k. indicia necessaria och ej heller de

kända fakta och sammanhanget dem emellan finna sin förklaring genom antagandet, att den tilltalade är gärningsman.

⁴⁰ Om dessa ords innebörd uttalar sig t. ex. *Schrevelius*, sid. 350 f. Han framhåller, att ordet omständigheter (circumstantiæ) syftar därpå, att ifrågavarande fakta liksom stå omkring, omgifva och referera sig till det faktum, som skall bevisas, och att ordet liknelser användes, emedan de göra det faktum, som skall bevisas, sannolikt.

⁴¹ Detta indicium har sedan gammalt uppmärksammats inom den svenska jurisprudence. Det är i sådant afseende tillräckligt att hänvisa till 27:de domarregeln, som är belysande för innebörden. Jfr ock 4:1 RB sista p. äfvensom 7:4 i 1686 års kyrkolag; till detta sista lagrum hänvisas af *Wrede*, Bevisrätten sid. 346 och Civilprocessrätt II sid. 115 not 7. Se vidare *Nehrman*, Processus criminalis Cap. VI § 7 ff., som här skiljer emellan indicia remota och proxima samt räknar till de förra skälig misstanke (4:1 RB) och till de senare bindande omständigheter och liknelser (17:30 RB); om olika slag af rykte såsom brottsindicium utlåter sig för:n närmare.

indicier, från hvilka man sluter till inre, psykiska, fakta; dessa senare kunna nämligen styrkas allenast genom indiciebevis, och dess värde kan lagstiftaren därför icke rinligtvis ha för alla fall skattat till mindre än fullt bevis. Dessutom har lagstiftaren, enligt hvad af andra stadganden i 17 kap. RB framgår, undantagit några omständigheter, på hvilka jag nu går att fästa uppmärksamheten.

Enligt 17: 26 RB eger skriftligt vittnesbörd ej vitsord, utan parterna å båda sidor hålla det giltt eller det besvuret varder. Denna regel har ej att göra med frågan om skriftens förmåga att styrka, att den däri upptagna utsagan verkligen afgifvits — dess besvarande faller i allo under 17: 1 — utan stadgandet angår, efter hvad dess affattning gör otvetydigt, uteslutande bevisvärdet af skriftligt vittnesbörd. Om stadgandet ej funnits, hade sådant vittnesbörd varit att hänföra till eller, riktigare uttryckt, kunnat hänföras till bindande omständigheter och liknelser samt hade således jämlikt 17: 30, vare sig ensamt eller jämte annat indicium, åtminstone berättigat domaren till ådömande af värjemåls-ed; genom ifrågavarande stadgande har det t. o. m. uteslutits från att komma i betraktande såsom indicium.

En andra bestämmelse, som bör sammanställas med 17: 30, är den, som förekommer i 17: 24 och angår *testes de auditu*. Lagrummet bjuder, att vittnen skola vittna om det de själfva sett eller i saken hört och ej det de af andras sägn veta. Att härigenom ett vittnesmål af det innehåll, som stadgandet afvisar, fränkänts vitsord, ligger i öppen dag. Närmare bestämdt innebär stadgandet, att bevisvärde ej får tilläggas ett vittnesmål, som ej återgifver vittnets egen iakttagelse af factum probandum utan en annan persons berättelse om hvad han iakttagit⁴². Om denna bestämmelse

⁴² En berättelse om en iakttagelse kan gå från den ene till den andre, utan begränsning, och tydligtvis åsyftas med stadgandet i 17: 24 att utesluta hvarje vittnesmål, som återgifver en annans berättelse om något iakttaget, vare sig vittnets sagesman själf gjort iakttagelsen eller i sin ordning återgifvit en annans uttalanden.

gäller detsamma, som ofvan yttrats angående stadgandet i 17: 26 p. 1. Det är alltså äfven här fråga om en regel, som förbjuder domaren att tillägga en omständighet (nämligen den i vittnesmålet återgifna berättelsen), som eljest kunnat spela rollen af indicium, sådan betydelse.

Grunden till de båda nu anförda stadgandena (17: 26 p. 1 och 17: 24) bör enligt min åsikt icke antagas vara den, att lagstiftaren i de omständigheter, som där åsyftas, sett något från de bindande omständigheter och liknelser, om hvilka i 17: 30 är fråga, begreppsligt skildt, utan grunden bör naturligen sökas däri, att dessa omständigheter befunnits i det öfvervägande antalet fall besitta alls intet eller så ringa bevisvärde, att lagstiftaren förmenat det vara till befrämjande af rättskipningens säkerhet mest betryggande att genom en ovillkorlig föreskrift utesluta dem från hvarje beaktande⁴⁸. Hurusom den utveckling till fri bevispröfning,

⁴⁸ *Trygger*, anf. arb. särsk. sid. 66 ff., har lämnat en annan förklaring af grunden till ifrågavarande stadganden. Den sammanhänger oskiljaktigt med författarens allmänna åsikter om 1734 års lagstiftares principiella uppfattning af bevisningens uppgift och de särskilda bevismedlen. Tryggers tankegång i afseende å lagens bevisrätt är denna. Då domstolen själf iakttaget factum probandum och således omedelbart förskaffar sig visshet om hur det förhåller sig, företager den ej en bevisande verksamhet. Syn är med andra ord ej ett bevismedel utan något, som står öfver och utom bevisningen. Lagstiftaren har i de fall, i hvilka han gifvit bestämmelser om syn, ansett det vara ett särskildt rättegångssätt, och öfver hufvud har syn (= domstolens egen iakttagelse af factum probandum) icke uppfattats såsom ett medel för domstolens öfvertygelse om detta faktums existens utan såsom själfständigt ändamål. Bevisningen har i öfverensstämmelse därmed ansetts icke ha till uppgift att öfvertyga domaren utan att skaffa honom surrogat för den egna iakttagelsen. Ett dylikt surrogat kan endast bestå af annan persons (parts eller vittnes) domare meddelade iakttagelse. Indicier återgifva icke en sådan iakttagelse, och de ha därför fått bilda en grupp för sig; de äro bevisdata af lägre värde, de där icke kunna åstadkomma fullt bevis. Hvad angår skriftligt vittnesbörd och *testes de auditu*, så har lagstiftaren ansett dem väsensskilda från och därför också särhållit dem från indicierna; detta är endast en konsekvens af, att det vid dem, i olikhet med hvad fallet är med indicierna, är fråga om återgifvande af en iakttagelse. Då de sålunda icke

hvilken praxis åvägabragt, berör jämväl tillämpningen af förevarande stadganden, omnämnes vidare i nästföljande paragraf (se sid. 674).

Med de båda ofvannämnda omständigheterna (skriftligt vittnesbörd och tredje mans af vittnen återgifna utsaga

kunnat inrymmas under det allmänna stadgandet i 17:30 om indicier samt det å andra sidan icke varit lämpligt vare sig att åsätta dem ett visst bevisvärde eller (i synnerhet m. h. t. deras obetydliga bevisvärde) att medgifva domaren fri uppskattning, har ej återstått annat än att utesluta dem från beaktande.

För min del tror jag ej, att den ofvan utvecklade tankegången i det hela öfverensstämmer med 1734 års lagstiftares principiella ståndpunkt; därtill är den alltför utprägladt abstrakt och i viss mån onaturlig. Det är väl riktigt, att lagstiftaren i de fall, där han särskildt uppmärksammat syn (jordasyn), betraktat förfarandet härvid icke från den synpunkten, att det är fråga om ett särskildt sätt att skaffa visshet, utan såsom ett särskildt rättegångssätt, men detta torde finna sin fulla förklaring däraf, att förfarandet vid jordasyn gestaltar sig på ett egenartadt sätt, som lagstiftaren företrädesvis fäst sig vid. Att syn för öfrigt ej i det kapitel af RB, som handlar om bevis (17 kap.), gjorts till föremål för bestämmelser (se emellertid 17:35), behöfver ej förklaras på det mindre naturliga sättet, att lagstiftaren däri ej sett ett medel för domstolen att förskaffa sig en öfvertygelse om factum probandum utan ett själfständigt ändamål. Det ligger vida närmare till hands att förklara förhållandet så, att lagstiftaren i anslutning till en populär terminologi funnit sig ej böra såsom en bevisande verksamhet beteckna domstolens åtgörande att genom egen iakttagelse omedelbart förskaffa sig visshet, eller m. a. o. syn har visserligen uppfattats såsom ett medel för domstolen att vinna en öfvertygelse, men termen bevis har ej ansetts vara en lämplig beteckning i afseende å den verksamhet, som härvid utvecklas. Om detta är riktigt, så faller utan vidare det till sin innebörd egendomliga påståendet, att bevisningen icke tilldelats uppgiften att öfvertyga domaren utan att skaffa honom surrogat för den egna iakttagelsen. Vid genomläsning af 17 kap. RB får man, så vidt jag kan döma, ingalunda det intrycket, att lagstiftaren omfattat ett dylikt från det vanliga afvikande föreställningssätt. Detta stannar från en långt senare processdoktrins rent teoretiserande spekulationer och torde näppeligen ha öfvat inflytande på någon lagstiftare. (Teorien har uppställts eller i hvarje fall närmare utförts och gjorts allännare bekant af *Heuser*, anf. arb. särsk. sid. 252—256, 274 ff.) Af det såhunda vunna resultatet följer, att grunden till den särskilda behandlingen af indicierna icke är den, att de ej kunnat i likhet med skriftliga bevis, vittnen etc. betraktas såsom surrogat för

utom rätten) har en åsikt velat likställa parts muntliga erkännande af ett faktum utom rätten, alltså förmenat, att ett sådan erkännande ej får tillmätas värde såsom indicium. Denna åsikt, i sig ej tillfredsställande, saknar enligt min uppfattning stöd af lag och bör därför ej godtagas⁴⁴.

I nyare civilprocesslagar, hvilka helt omfatta grundsatsen om bevispröfningens frihet, nämnas öfver hufvud ej indicier, långt mindre lämnas om dem några särskilda föreskrifter⁴⁵. Sådana äro ej blott obehöfliga utan stridande mot grundsatsens innebörd. Det finnes nämligen ej plats för särskild reglering af indicierna och deras betydelse, då det ålägges domstolen att träffa sitt afgörande i enlighet med den uppfattning om saksammanhanget, till hvilken den kommit på grundvalen af allt, som förekommit under förhandlingen och bevisföringen⁴⁶.

den egna iakttagelsen. För lagstiftaren, som i viss omfattning hyllar den legala bevisteorien, har tillräcklig anledning att anvisa indicierna en särställning legat däri, att det dels framstått såsom alldeles omöjligt att uppskatta dem till visst värde, dels — förutsatt, att 17:30 RB tolkas såsom vanligen sker — synts alltför betänkligt att lämna domaren full frihet att bedöma dem. Och därtill kommer, att lagstiftaren icke kunnat undgå att, om också måhända icke med fullt medveten skärpa, beakta, att indicierna äro ej blott bevisgrunder utan tillika föremål för bevis, d. v. s. för deras ådagaläggande komma i det hela samma bevismedel till användning som för styrkande af omedelbart relevanta fakta.

På grundvalen af det ofvan i denna not anförda framstår hvad i texten yttrats om grunden till stadgandena angående skriftligt vittnesbörd och *testes de auditu* i klar belysning.

⁴⁴ Åsikten har uttalats af *Trygger*, anf. arb. sid. 70 not 1. Den är grundad därpå, att samma skäl, som föranledt författaren att ej till indicierna hänföra tredje mans utsaga utom rätten, har tillämpning jämväl på ett af part utom rätten afgifvet muntligt erkännande. Då detta skäl ej af mig kunnat anses bindande, saknar jag anledning att i förevarande afseende bedöma nämnda erkännande annorlunda än sakens natur bjuder.

⁴⁵ Det må vara tillräckligt att hänvisa till tyska, österrikiska, danska och norska lagarna.

⁴⁶ En paragraf af detta innehåll har utan afsevärd skillnad i formuleringen upptagits i åtskilliga nyare lagar; se sålunda tyska C. P. O.

Till dessa anmärkningar om indicierna må till sist fogas några ord angående deras införande i processen och åberopande från parts sida⁴⁷. Indicier införas i processen på samma sätt som omedelbart relevanta fakta, d. v. s. genom domstolssyn eller därigenom, att de omnämnas af någon i processen uppträdande person eller i någon inlämnad skriftlig handling (möjligen något annat föremål). Att de också styrkas på samma sätt som omedelbart relevanta fakta, har förut upprepade gånger påpekats. Den visshet, som fordras för att domstolen skall kunna taga hänsyn till dem, behöfver dock — liksom ock förhållandet är med omedelbart relevanta fakta — icke framgå af någon för ändamålet förd bevisning (jfr ofvan sid. 528). Själfva partsförhandlingen kan innefatta moment, egnade att tjena som indicier. I sådant afseende må blott framhållas, att parts illojala eller förbehållsamma sätt att utföra sin talan kan tolkas till hans nackdel, liksom å andra sidan hans sanningskära, öppna och oförbehållsamma framställning (t. ex. hans erkännande af ett för honom ofördelaktigt faktum, hvilket motparten ej skulle varit i stånd till att styrka) må komma i betraktande

§ 286, österrikiska § 272, danska lagen § 292 och norska civilprocesslagen § 183.

Hvad beträffar de svenska processlagförslagen, må erinras, att Nya Lagberedn:n i sitt Förslag till lag ang. bevisning inför rätta 1 § upptagit en dylik paragraf (jfr ang. denna *Staël von Holstein*, i Tidsskr. f. Retsv. 1890 sid. 297), och en sådan är ock inrymd i Processkomm:s betänkande III 15 kap., sammanfattningen § 1. Om indicier talas ej särskildt. Detta senare är däremot fallet i Lagkomm:s och (äldre) Lagberedn:s förslag 21:10 RB, såsom ju naturligt är, då de hufvudsakligen fasthållit vid den legala bevisteorien, sådan den kommit till uttryck i 1734 års lag. Den begränsning af indiciernas bevisvärde till mindre än fullt bevis, som i allmänhet förmenas vara fastställd i 17:30 af gällande lag, har emellertid i sistnämnda två förslag bortfallit. I Nya Lagberedn:s principbet. II kap. XIII har grundsatsen om fri bevispröfning omfattats. I 1 § omnämnas emellertid indicier i det sammanhanget, att de angifvas såsom föremål för bevis vid sidan af omedelbart relevanta fakta.

⁴⁷ Jfr sid. 12 f. i detta band.

till hans förmån. Att vår lag icke lägger hinder i vägen för beaktande af dylika moment, lär icke kunna bestridas; affattningen i 17: 30 medgifver att taga hänsyn till allt, som är af beskaffenhet att lämna upplysning om saksammanhanget.

Emellertid kan man ej uppställa såsom villkor för att domstolen må taga hänsyn till indicier, att de införts i processen, eller, hvilket är därmed liktydigt, att de gjorts till processmaterial. Äfven om så ej skett, eger domstolen otvifvelaktigt såsom indicier begagna notoriska fakta⁴⁸. Att antaga motsatsen, skulle i själfva verket vara ganska orimligt. Ofta, kanske oftast, är det ju så, att hvad som indicerar i en viss riktning icke är ett enda isolerad faktum utan ett faktum, sammanställt med ett eller flera andra eller sedt i belysning af dem. Det vore i sådant fall synnerligen otillfredsställande och onaturligt, om domstolen ej finge beakta dessa senare fakta, med mindre de kunde anses vara införda i rättegången. — Med det nu behandlade spörsmålet sammanhänger på det allra närmaste ett annat. Förutsättning för, att domstolen må vid sin pröfning af hvad som är sant i målet tillgodogöra sig indicier, är öfver hufvud icke, att de af part *åberopas*, alltså ännu långt mindre, att de åberopas i något visst afseende⁴⁹.

IV. Ej alla relevanta fakta behöfva för att kunna läggas till grund för domen bevisas. Åt en utredning af, huru härmed förhåller sig, egnas återstoden af denna paragraf.

a) *Ostridiga* fakta äro på grund af sin ostridighet icke föremål för någon sanningspröfning från domstolens sida utan läggas utan vidare, alltså utan bevis, till grund för domen. Undantag måste dock göras för uppenbart oriktiga fakta.

Först bör klargöras, när ostridighet eger rum. Jag kan

⁴⁸ Af denna mening är ock *Alexandersson*, Tryckfrihetsprocessen sid. 202—210.

⁴⁹ Se därom redan sid. 84 f. i detta band.

härutinnan hufvudsakligen hänvisa till tidigare uttalanden i detta arbete⁵⁰. Ett faktum är ostridigt, när parterna lämnat positiva samstämmiga uppgifter därom. Härei innefattas kraf på, att båda parterna — således ej blott den part, till hvars förmån faktum länder och som påstått det, utan äfven motparten — uttalat sig därom och i sina uppgifter stämma öfverens; uteslutet är följaktligen det fall, att den förra partens (den beviskyldiges) utsaga mötes af tystnad (passivitet, underlåtenhet att yttra sig) från andra partens sida. Ett särskildt fall af öfverensstämmande partsuppgifter om ett faktum, alltså af ostridighet i förevarande mening, är för handen, då ett af ena parten påstått faktum erkännes af andra parten. Här föreligga ej två själfständigt vid sidan af hvarandra stående framställningar, hvilka vid jämförelse visa sig stämma öfverens, utan förhållandet är det, att ena parten afgifver ett yttrande, som direkt hänför sig till en uppgift af andra parten och innefattar ett vidgående af, att uppgiften är riktig. Skillnaden rör dock endast form, ej sak⁵¹.

Grunden till ostridighetens verkan i de fall, då den beror på partsuttalanden af förenämnda innehåll, är, såsom ock af det ofvan sagda framgår, icke att söka däri, att den är bevisande (d. ä. egnad att öfvertyga domaren). Den kan visserligen vara detta, ja är det säkerligen i allmänhet, men därpå ligger ej någon vikt; oafsedt huru därmed förhåller sig, har domaren att godtaga ostridiga fakta såsom domsgrundval. Skälen härför ha framlagts tidigare och må här blott återopas; något att tillägga eller ändra har jag ej⁵².

Särskildt beaktande påkallar frågan, huruvida en parts

⁵⁰ Bd II sid. 30 -35. Jfr därmed den utförligare framställningen i *min* skrift Om eget erkännande etc., särsk. sid. 27.

⁵¹ Se därom sid. 34 i detta band samt *min* skrift, Om eget erkännande sid. 13.

⁵² Sid. 30 ff. i detta band, så ock *min* skrift, Om eget erkännande.

förklaring, att han icke bestrider eller icke vill bestrida⁵³ ett faktum, som andra parten påstått, medför, att detta är att anse såsom ostridigt⁵⁴. Man bör ej i allo likställa en sådan förklaring med ett erkännande. Medan erkännandet är en sanningsförklaring — närmare bestämdt, en förklaring af part, att ett af motparten påstådt, för den erkännande ofördelaktigt faktum är sant — tager den part, som afgifver en förklaring om att icke bestrida, ej någon ställning till sanningsfrågan; han förhåller sig i detta afseende h. o. h. neutral. Men därutinnan äro erkännandet och ifrågavarande förklaring jämnställda, att de båda göra faktum ostridigt och framkalla den verkan, som ostridigheten medför. Att ostridighet kommer till stånd lika väl genom förklaringen att icke bestrida som genom erkännandet, ligger i öppen dag. Vill man ej tillägga förklaringen en sådan effekt, så blir den, frånsedt dess möjliga bevisvärde, utan betydelse, och att antaga detta, är föga rimligt. Upplysande härutinnan torde vara att jämföra å ena sidan erkännandet och dess motsats bestridandet samt å andra sidan förklaringen att icke bestrida. Erkännandet af ett faktum spelar i processen ej rollen af en viljeförklaring, af ett uttryck för en fastställelsevilja, närmare bestämdt af ett uttryck för en vilja, att faktum skall gälla såsom sant, oafsedt huru därmed förhåller sig⁵⁵, och likaså finnes det ej fog för att anse ett bestridande för en viljeförklaring; ett bestridande är blott en utsaga, att ett visst faktiskt påstående icke är med sanningen öfverensstämmande. Däremot är det för visso med sakens natur fullt förenligt att i förklaringen att icke bestrida

⁵³ Någon betydelseskillnad emellan den ena och andra formuleringen finnes ej.

⁵⁴ Mycket ofta är en dylik förklaring, efter hvad omständigheterna gifva vid handen, ej annat än en omklädnad för ett erkännande. Tydligt är, att hvad i texten säges icke har afseende å ett sådant maskeradt erkännande.

⁵⁵ Se närmare *min* skrift, Om eget erkännande sid. 7 f., och detta arbete Bd II sid. 31 f. not 33.

se uttrycket för en vilja, att faktum skall läggas till grund för domen (eller åtminstone ett uttryck för att parten icke motsätter sig detta). Hvilken annan innebörd skulle man öfver hufvud kunna tillägga en sådan förklaring? Denna nu antydda skillnad emellan erkännandet och förklaringen att icke bestrida kan uppenbarligen icke åberopas till stöd för, att den senare ej har förmåga att göra faktum ostridigt. Tvärtom skulle man kunna säga, att dess egenskap af viljeförklaring ger större styrka åt de i afseende å erkännandet anförda skäl, som tala för, att ostridighet med dess verkan kommer till stånd.

En omtvistad och desslikes synnerligen uppmärksammas fråga är den, huruvida ostridighet skall anses föreligga, då part underlåter att yttra sig om ett af andra parten påstådt faktum eller, om han ock skulle yttra sig, gör detta på ett så sväfvande sätt, att man i hans underlåtenhet hvarken kan inlägga ett erkännande eller ett bestridande. Man kan härvid skilja mellan två fall: antingen uteblifver parten från rätten eller kommer han men tiger resp. yttrar sig på sätt nyss nämndes. De spörsmål, som här möta, ha emellertid ej en så begränsad omfattning, att de blott kunna ställas i relation till frågan, huruvida i förevarande fall ostridighet skall anses vara för handen eller ej. En möjlighet är visserligen, att ostridighet anses föreligga, men den är ej den enda. Hänsyn bör tagas jämväl till två andra. Man kan i partens uppträdande se ett *bevis* för, att det faktiska påståendet är riktigt. Eller man kan ställa sig på den ståndpunkten, att ett faktum, som icke bestrides, icke behöver bevisas, därför att det ändock måste antagas vara *sant*. Man plägar i sistnämnda fall tala om, att nödvändigheten att bevisa är betingad af bestridande. Hvar och en af dessa tre olika möjligheter skall nu granskas. Denna undersökning är af rent principiell natur och tager således ej hänsyn till positiv rätt.

Skall ostridighet anses vara tillstädes, då parten på sätt

nu afses ej bestrider? Om man antager ostridighet, likställer man ifrågavarande fall därmed, att parterna lämna öfverensstämmande uppgifter om faktum, och man förklarar den effekten, att faktum utan någon sanningspröfning lägges till grund för domen, på samma sätt som i sistnämnda fall. Man torde härvid döma efter samma tanke som den, hvilken innefattas i orden: den, som tiger, samtycker. Att anse partens sätt att förhålla sig ega samma innebörd i det ena och andra fallet, är emellertid näppeligen försvarligt. Godtyckligheten däraf framstår tydligast, om den icke bestridande partens passivitet är knuten därtill, att han ej infin- ner sig vid rätten, men den är för handen jämväl, då en vid rätten närvarande part iakttagert tystnad. Härmed är icke sagdt, att partens passiva hållning ej kan böra utläggas till hans nackdel; därom blir strax härefter fråga. Hvad som nu göres gällande är endast, att det ingalunda faller af sig själf, att den rena underlåtenheten att bestrida är att likställa därmed, att parten yttrar sig om faktum i öfverensstäm- melse med motparten.

Det andra alternativet består, såsom ofvan nämndes, däri, att partens passivitet tillägges betydelsen af ett bevis- datum till hans nackdel. Uppenbart är, att den omständig- heten, att en part underlåter att uttala sig om ett faktum, som andra parten vill göra gällande till sin förmån, ofta naturligen icke kan fattas annorlunda än såsom ett uttryck för eller, ännu tydligare sagdt, såsom ett moment egnadt att öfvertyga om, att parten vet med sig, att motpartens faktiska påstående är riktigt, och därför af sin rättskänsla afhålles från att uttryckligen bestrida faktum. En afsevärd skillnad gör sig dock härvid gällande mellan det fall, att par- tens passivitet står i sammanhang med att han uteblifvit från rätten, och det, att parten, vid rätten närvarande, ur- aktlåter att yttra sig, utan att detta skäligen kan tillskrifvas rent förbiseende från hans sida. Passivitetens betydelse såsom bevisdatum är i förra fallet vida mindre än i det

senare, ty medan uteblifvandet lätteligen kan ha andra orsaker än ovillighet af parten att uttala sig om det för honom oförmånliga faktum, som han vet sig icke kunna med godt samvete bestrida, låter annan orsak för den vid rätten närvarande partens tystnad i allmänhet ej gärna tänka sig. Till det nu anförda må endast läggas, att vikten af den nu omordade frågan (om passivitetens betydelse såsom bevisdatum) väsentligen är betingad af, att man icke godkänner någotdera af de båda andra alternativen, vare sig det först afhandlade, enligt hvilket passiviteten verkar ostridighet, eller det omedelbart härefter undersökta, som går ut på att nödvändigheten att bevisa är beroende af bestridande; om ettdera af dessa båda alternativ omfattas, spelar passivitetens bevisande förmåga icke någon framträdande roll.

Då man inom processteorien och processlagstiftningen sysselsätter sig med frågan om verkan af parts underlåtenhet att uttala sig om ett af motparten påstådt faktum, plägar det ske med den formulering, som jag ofvan betecknat såsom det tredje alternativet; man framställer sålunda till besvarande spørsmålet, huruvida nödvändigheten att bevisa ett faktum har till villkor, att det bestrides. En vidt utbredd uppfattning går ut därpå, att det af parternas dispositionsrätt öfver processföremålet i vanliga tvistemål eller, såsom man också säger, af civilprocessens natur följer, att domaren endast då part fordrar, att den beviskyldige motparten bevisar sitt faktiska påstående — hvilket kraf på bevis sker genom ett bestridande af faktum — har att pröfva påståendets sanningshalt; då bestridande ej eger rum, bör alltså faktum utan någon sanningspröfning läggas till grund för domen. De, som stå på denna ståndpunkt, synas likställa förevarande fall med ostridighet i den bemärkelse, i hvilken jag ofvan tagit ordet⁵⁶. Då jag här går att undersöka frågan

⁵⁶ Se den motivering, som lämnats af *Atzelius*, Rättegångsförfarandet i tvistemål sid. 21—25 (jfr därom mina uttalanden i detta band sid. 416 f. not 14) och *Trygger*, anf. arb. sid. 36 ff.

om förhållandet emellan bestridande och nödvändigheten att bevisa, bortser jag tydligtvis från den af mig redan såsom otillfredsställande betecknade meningen, att parts tystnad har samma innebörd som ostridighet i nyssnämnda betydelse.

Enligt en åsikt (se därom redan sid. 416 f.) ligger det i sakens natur, att ett faktiskt påstående har i sig det sanningsvärde, att faktum måste anses stå fast, så länge det ej bestridts af andra parten⁵⁷. Tankegången är den, att en parts faktiska påståenden icke i och för sig äro i behof af bevis utan böra utan vidare anses riktiga, ända tills de bestridas af motparten. Om så sker, kan partens påstående ej längre göra anspråk på att såsom sant läggas till grund för domen. Då ord står mot ord, ega principiellt, från synpunkten af hvad som är att hålla för sant, den ena partens utsagor ej i och för sig företräde framför den andras, och i en sådan situation måste reglerna för bevisbördans fördelning komma till användning, så att den part, hvilken beviskyldigheten åligger, har att bevisa. Denna uppfattning har från olika håll underkastats kritik⁵⁸, och för min del kan jag ej annat än anse densamma förfelad. Det låter sig nämligen ej med fog påstås, att en parts uppgifter om ett faktum principiellt böra prima facie, d. v. s. till dess de motsägas af andra parten, hållas för sanna. Utsagor af en person (en part), som är starkt och omedelbar intresserad af processens utgång, förtjena ingalunda, principiellt sedt, sådan tilltro, att domaren bör af detta skäl på dem bygga sitt domslut. En annan sak är, att omständigheterna i det särskilda fallet, såsom partens allmänt kända och uppskattade sanningskärlek och rättrådighet m. m., kunna vara sådana, att hans uppgifter besitta ett högt bevisvärde, måhända till-

⁵⁷ Så *Bülow*, i *Archiv f. civ. Praxis*, 1879, sid. 27 ff.

⁵⁸ Se särsk. *Wach*, *Präklusion und Kontumaz*, sid. 26 ff., och inom den norska litteraturen *Morgenstjerne*, i *Tidsskr. f. Retsv.*, 1890, sid. 141 ff.

räckligt, för att faktum bör anses stå fast; att detta ej sammanfaller med förevarande teori, som ju innebär, att hvarje icke bestridt faktiskt påstående bör hållas för sant, ligger i öppen dag.

I anslutning till det föregående må erinras om, att man ofta inom processdoktrinen möter påståendet, att *förhandlingsprincipen* medför såsom konsekvens, att ett faktum icke behöfver bevisas, med mindre det bestrides. I afseende å denna lära är det här tillräckligt att hänvisa till mina tidigare uttalanden (se sid. 417 not 14).

Den utredning, som jag i det föregående egnat frågan om förhållandet emellan bestridande och nödvändigheten att bevisa, har gifvit till resultat, att det icke faller af sig själf, att af part påstådda fakta stå fast, där de af motparten lämnas obestridda på det sätt, att han underlåter att yttra sig om eller eljest otvetydigt taga ställning till dem. En sådan lösning låter ej härleda sig af civilprocessens natur eller af någon gällande allmän processuell princip. Det kräfves en positiv rättsregel för att nämnda grundsats skall kunna vinna tillämpning. För dess lagfästade tala emellertid starka skäl, gående ut därpå, att den bäst tillgodoser krafven på en god rättskipning. Skälen har jag utvecklat i min framställning om parts uteblifvande (§ 80, särsk. sid. 421 f.). Rättsregelns innebörd bör vara den, att partens underlåtenhet att bestrida (hans passivitet) är — förutsatt att den ej skäligen kan tillskrifvas rent förbiseende — att bedöma på samma sätt, som om han uttalat sig i öfverensstämmelse med motparten, eller m. a. o. ostridighet bör anses föreligga. Vid pröfningen af, huruvida part bestridt eller ej, bör domstolen ega att taga hänsyn icke blott till partens uttryckliga uttalanden utan till samtliga omständigheter i målet; en öfverblick öfver allt hvad däri förekommit kan gifva vid handen, att ett bestridande föreligger⁵⁹.

⁵⁹ Det råder meningsskiljaktighet om, huru det fall lämpligast bör i lag regleras, att part icke uttryckligen eller eljest på otvetydigt sätt

Efter den nu afslutade principiella och af positiv rätt obundna undersökningen gäller det att söka utreda, hvilken ståndpunkt vår svenska rätt intager. De spörsmål, som härvid kräva besvarande, äro de förut behandlade och röra

bestrider motpartens faktiska påstående. Praktiskt viktigast är det förhållandet, att underlåtenheten att bestrida sammanhänger med parts uteblifvande från rätten. I lagarna plägar detta ämne underkastas särsk. reglering. Hur det enligt min mening bör regleras, har jag uttalat mig om i § 80. Hvad beträffar verkan af en vid rätten närvarande parts underlåtenhet att genom uttryckliga uttalanden eller eljest göra fullt tydligt, om han erkänner eller bestrider, så har fallet så tillvida mindre praktisk räckvidd, som det, därest domstolen rätt utöfvar sin materiella processledning, sällan torde föreligga. Det kan emellertid inträffa, och bör därför ej i lag förbigås. En lag kan ställa sig till detsamma på två olika sätt: antingen därtill knyta en bestämd ovillkorlig påföljd — hvilken ej gärna kan gå ut på annat, än att fakta, som icke bestridas, äro att anse såsom erkända — eller ock lämna domstolen full frihet att bedöma betydelsen af partens sätt att bete sig. I afseende å det senare alternativet synes mig följande komma i betraktande. Man har ej någon egentlig anledning att därunder inrymma frihet för domstolen att pröfva, huruvida med beaktande af allt hvad i målet förekommit parten bör anses hafva erkänt eller bestridit, ty att domstolen måste ega denna frihet borde vara själfallet. Innebörden af en föreskrift, som omfattar ifrågavarande alternativ, är således naturligen begränsad därtill, att det lämnas domstolen full frihet att pröfva verkan af partens förhållande såsom *bevisdatum*. En sådan föreskrift är emellertid öfverflödig i en lag, som till fullo hyllar grundsatsen om fri bevispröfning, och därtill kommer, att den ej bestämdt tager ståndpunkt till det principiella spörsmålet angående betydelsen af, att ena parten lämnat andra partens faktiska påstående obesvaradt. Det låter mycket väl tänka sig, att domstolen äfven med beaktande af allt hvad i målet förekommit icke kommer till något bestämdt resultat beträffande frågan, huruvida parten bör anses ha erkänt eller bestridit, och ej heller finner partens förhållande ha något värde såsom *bevisdatum*. Då lagens mening ej rimligtvis kan vara, att domstolen skall ega pröfva efter sitt godtycke, står domstolen inför nödvändigheten att besvara det nämnda principiella spörsmålet. I saknad af ledning i lagen synes den mig böra lösa problemet så, att det påstådda och icke bestridda faktum icke lägges till grund för domen, med mindre det styrkes. Denna lösning stämmer med slutsatser, till hvilka min i texten här ofvan förda undersökning ledt mig, men praktiskt tilltalande är den näppeligen.

Nyare civilprocesslagar företo beträffande behandlingen af förevarande ämne skiljaktigheter, som i belysning af den gjorda utred-

alltså verkan af ostridighet och frågan, när ostridighet skall anses föreligga, därvid särskildt parts underlåtenhet att bestrida (hans tystnad) är att uppmärksamma.

Enligt praxis, som säkerligen varit sig lik alltifrån 1734 års lags tillkomst, behöfva i vanliga tvistemål fakta, som

ningen framstå såsom betydelsefulla. Enligt tyska C. P. O. § 138 äro fakta, som icke uttryckligen bestridas, att anse såsom erkända, såfram icke af partens öfriga förklaringar framgår, att hans afsikt är att bestrida dem. Stadgandet innehåller, såsom synes, ett klart principuttalande angående förhållandet emellan bestridande och behovet af bevis: det icke-bestridda är att likställa med det erkända. Det till krafvet på, att bestridande skall vara uttryckligt, knutna nödvändiga förbehållet har fått en affattning (det talas om partens öfriga förklaringar och icke om allt hvad i målet förekommit), som efter mitt omdöme är för trång. — Österrikiska C. P. O. innehåller bestämmelser, hvilka gifva vid handen, att erkännande af faktum fordras, för att bevis därför skall vara öfverflödigt; alltså skall det icke vara tillräckligt med icke-bestridande. Det heter nämligen i § 266, att fakta icke behöfva bevisas, då de uttryckligen erkännas af motparten, och därefter tilläggas i § 267, att domstolen har att under sorgfälligt öfvervägande af hela innehållet af hvad part förebragt bedöma, om han, oaktadt han icke uttryckligen erkänt motpartens faktiska påståenden, dock bör anses ha vidgått dem. — Norska lagen har till synes närmast anslutit sig till den österrikiska, men affattningen är mindre tydlig. Det heter i § 184 första stycket, att omständigheter, som motparten erkänner, icke kräfva bevis, och i andra stycket af samma paragraf, att, då part undandraget sig att, ehuru därtill förständigad, infinna sig personligen eller att ställa sig till efterrättelse en anmaning af rätten att afgifva förklaring, rätten har att efter pröfning af samtliga omständigheter afgöra, »hvilken betydning det skal tilläggas». Tolka de i och för sig synas dessa stadganden innebära, dels att erkännande kräfvades för att göra bevis öfverflödigt, dels att rätten under vissa förutsättningar har att, då *uttryckligt* erkännande ej afgifvits, pröfva, huruvida ej ändock partens förhållande bör tolkas såsom ett erkännande. Man finner emellertid, att norsk rätts ståndpunkt i ämnet ej anses kunna återgifvas blott på detta sätt. Sålunda har *Hagerup*, *Civilproces* I sid. 45 f., 420; II sid. 6 f., yttrat, att undantagna från bevis äro dels erkända fakta, dels fakta, som part underlåtit att bestrida, i det att han iakttagit tystnad gentemot andra partens faktiska påstående; underlåtelser att bestrida har enligt författarens förmenande på grund af förhandlingsprincipen samma verkan som ett erkännande. — Danska lagen synes beträffande förevarande spörsmål lämna än mindre ledning än någon af de förut nämnda lagarna, i det att den blott

äro i den mening ostridiga, att parterna om dem lämnat öfverensstämmande uppgifter, icke bevisas. Att detta är nu gällande rätt, är höjdt öfver hvarje tvifvel och lär icke vara föremål för någon meningsskiljaktighet. Man kan blott spörja, huruvida den uppfattning, som gifvit sig uttryck i lagen, stämmer med den nutida — enligt hvilken ostridighet utesluter sanningspröfning — eller icke fasthellre innebär, att ostridighetens betydelse beror därpå, att den är ett bevisdatum; i all synnerhet möter frågan om grunden till verkan af parts erkännande enligt 1734 års lag. Den sistnämnda frågan skall upptagas till särskild behandling i paragrafen om eget erkännande. För öfrigt är det här tillräckligt att citera mina i annan skrift gjorda uttalanden⁶⁰. »Det kan icke rimligtvis påstås än mindre ådagaläggas, att enligt 1734 års lag ostridigheten icke skulle egt samma betydelse som nu, nämligen att göra allt bevis öfverflödigt.

upptager den ganska sväfvande bestämmelsen i § 281, att rätten afgör efter ett bedömande af förhandlingarna i det hela, huruvida en icke särskildt och uttryckligen förnekad omständighet skall anses erkänd eller bestridd, och hvilken verkan underlåtenheten att vederbörligen svara efter anmaning därtill medför. Något fullt besked kan näppe- ligen detta stadgande anses lämna. Enligt *Munch-Petersen*, Den danske Retspleje I sid. 193, antages det vara en konsekvens af den i civilprocessen gällande förhandlings- och dispositionsmaximen, att endast fakta, som bestridas, behöfva bevisas, och att de fakta, hvilkas riktighet icke förnekas, utan bevis läggas till grund för domen.

Processkommissionen har, Betänkande III sid. 146 f., uttalat sig om förevarande ämne och kommit till det resultat, som innefattas i följande (sid. 151 f.) förordade stadgande: »Om part undandraget sig att efter rättens bud iakttaga personlig inställelse eller att afgifva påkalladt yttrande, eger rätten att med afseende å allt hvad som förkommit i målet pröfva, hvilken verkan såsom bevis må tillmätas partens förhållande». Min uppfattning om hvad Komm. sålunda inskränkt sig till att förorda, framgår med tillräcklig tydlighet af hvad jag redan anförde.

⁶⁰ Om eget erkännande etc. sid. 27. Af det sammanhang, hvori dessa uttalanden förekomma, framgår, att min mening varit, att ostridighetens verkan icke har sin grund i dess förmåga att bevisa (öfvertyga) utan i dess egenskap att utesluta sanningspröfning.

En motsatt ståndpunkt är för civilprocessens del så onaturlig, att man ej kan antaga densamma ha varit lagstiftarens. Om parternas berättelser angående saksammanhanget vid jämförelse befinnas sammanstämma, kan det jämlikt 1734 års lag icke ifrågasättas annat, än att part, som är beviskyldig angående ett på detta sätt ostridigt faktum, icke behöver föra något bevis angående detsamma; detta står därför utan fast i rättegången.» Mot antagandet, att lagen står på denna ståndpunkt, kan ej åberopas, att — enligt en allmänt utbredd åsikt, hvars befogenhet jag strax skall upptaga till granskning — underlåtenheten att bestrida icke utesluter behovet af bevis. »Detta betyder nämligen icke, att ostridighet öfver hufvud ej skulle göra bevis öfverflödigt, utan har endast afseende å frågan, när ostridighet föreligger. Ostridighet är i enlighet med den uppfattning, som nu afses, icke för handen blott därför, att den bevisskyldige partens motpart tiger, men en helt annan sak är att anse ostridighet föreligga, då parterna lämna positiva samstämmiga uppgifter angående faktum. Med tystnaden kan man ej heller enligt vår lag likställa parts uttryckliga förklaring, att han icke bestrider. Det är — — — en bestämd skillnad emellan den ena och andra företeelsen, och att lagen vill ha dem båda behandlade lika, torde ej kunna påvisas.»

Hvad härefter angår frågan, huruvida enligt vår lag parts blotta underlåtenhet att bestrida ett faktum, som andra parten påstått, befriar den senare från nödvändigheten att förebringa bevis därför, eller om icke sådan frihet förutsätter, att faktum erkänts, så är, enligt hvad redan antydts, den meningens allmänt omfattad, att det sistnämnda alternativet är det riktiga⁶¹. Innan jag närmare ingår härpå,

⁶¹ *Nehrman*, hvars uttalanden i denna del visserligen icke äga önskvärd klarhet, torde vara af denna mening; jfr *Processus civilis*, Cap. XVII §§ 1, 9 och 10 samt Cap. XX § 15, äfvensom min granskning af hvad där yttras, i min skrift *Om eget erkännande* sid. 28 f. noten. *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet sid. 77, *Trygger*, anf.

synes det mig lämpligt att framhålla, hvilken omfattning frågan eger. Därunder ingå dels de fall, då underlåtenheten att svara på det af vederparten framställda faktiska påståendet står i samband med partens uteblifvande från rätten, dels tystnad af part, som är vid rätten närvarande. I afseende å parts uteblifvande har man att skilja mellan försittande af stämningen⁶² och uteblifvande vid rättegångstillfälle, till hvilket målet uppskjutits. De i 12: 3 första st. RB upptagna stadgandena gifva besked om, hvilken verkan den omständigheten, att svaranden försuttit stämningen och sålunda lämnat de af käranden till stöd för käromålet åberopade fakta obestridda, har på behovet af bevis för samma fakta. Dessa stadganden ha redan utförligt belysts, till hvilken framställning här må hänvisas (sid. 444 ff.). Den följande utredningen utgöres alltså af en undersökning angående verkan (m. h. t. nödvändigheten att bevisa) däraf, att part antingen genom att utebliva i uppskjutet mål underlåter att begagna sig af det honom genom uppskofvet erbjudna tillfället att yttra sig öfver motpartens faktiska påstående eller, vid rätten närvarande, iakttagger tystnad gentemot ett sådant påstående.

Till stöd för den ofvan omförmälda åsikten om förhållandet emellan bestridande och behovet af bevis (d. v. s. att underlåtenheten att bestrida icke gör bevis öfverflödigt) har åberopats det ännu kvarstående stadgandet i 12: 3 RB, att rätten skall, då svaranden försitter stämningen, döma i saken efter ty, som sanning däri kan utletas. Af stadgandet framgår omedelbart, att lagen icke står på den ståndpunkten, att de af käranden åberopade fakta skola anses riktiga, eftersom svaranden genom att uteblifva lämnat dem obe-

arb. sid. 36 ff. och *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 85, äro af samma mening. Beträffande andra svenska författares uppfattning tillåter jag mig hänvisa till den öfversikt, som giorts af *Trygger*, anf. arb. sid. 40 ff. noten.

⁶² Om hvad därmed förstås, se § 80 i detta arbete, särsk. sid. 422—429.

stridda. Tvärtom skall, såsom stadgandet otvifvelaktigt bör tolkas⁶³, kâranden utan afkortning fullgöra sin bevisskyldighet; m. a. o. det räcker ej för bifall till kâromålet med ett mindre mått af bevis än som vanligen erfordras, utan för kâranden är läget i bevisningsafseende detsamma som det skulle varit, om svaranden infunnit sig och bestridt hans uppgifter. Det ligger nära till hands, att af den ståndpunkt, som lagen i ifrågavarande fall intagit, draga den slutsatsen, att stadgandet är uttryck för den *allmänna* principen, att påstådda fakta måste för att kunna läggas till grund för domen bevisas, äfven om de icke af motparten bestridas. Slutsatsen är dock med all säkerhet förhastad. Stadgandet låter förklara sig icke blott såsom uttryck för en sådan princip utan jämväl från den synpunkten, att lagstiftaren likställt svarandens uteblifvande med och velat ha det bedömdt såsom ett svaromål i hufvudsaken, det där innebär ett bestridande. Med en nästan till visshet gränsande sannolikhet har lagstiftaren uppfattat saken på detta sätt⁶⁴. För öfrigt torde det med allt fog kunna påstås, att, äfven om man icke gillar den nu gifna förklaringen utan håller sig till stadgandets innehåll, det likväl knappast är berättigadt att i detsamma se ett uttryck för en *allmän* princip. Det pålägger kâranden full bevisbörda, då svaranden försuttit stämningen, men fullt analoga äro ej de fall, då svarandens underlåtenhet att bestrida står i samband med hans uteblifvande i uppskjutet mål eller svaranden, ehuru vid rätten närvarande, ej svarar på motpartens faktiska andragande. I synnerhet det senare fallet är väsentligt olika.

Man har jämväl ansett 17: 36 RB afgörande för frågan om vår lags uppfattning af bestridandets betydelse. Den däri inrymda bestämmelsen om parts erkännande synes göra uppenbart, att det uppfattats såsom ett bevismedel⁶⁵. Det

⁶³ Se detta band sid. 445—455.

⁶⁴ Se härom redan sid. 449, särsk. not 63.

⁶⁵ Huruvida verkligen den formulering, som bestämmelsen erhål-

har nu sagts⁶⁶, att af denna omständighet framgår, att enligt lagen ett faktum måste bevisas, om det också icke bestridts. Part, som erkänner ett faktum, bestrider det ju icke, och då erkännandet likväl uppfattats såsom bevismedel, gifver detta vid handen, att underlåtenheten att bestrida icke utesluter nödvändigheten att bevisa. Denna argumentering är så tillspetsadt teoretisk, att den svårligen kan antagas ha i någon mån (medvetet eller omedvetet) påverkat lagstiftaren, och för öfrigt är den, såvidt jag kan finna, icke bindande⁶⁷. Då lagstiftaren i erkännandet ser ett bevismedel, fäster han sig tydligtvis vid dess egenskap att vara ett uttalande om hvad som är sant, alltså vid dess inneboende förmåga att öfvertyga eller, m. a. o., vid det positiva element, som innefattas däri; dess negativa sida (den, att erkännandet innebär ett icke-bestridande) spelar härvid ej någon roll. Med hänsyn härtill är det logiskt sedt fullt försvarligt att på samma gång behandla erkännandet såsom bevismedel och hylla grundsatsen, att, då part förhåller sig till ett af motparten påstådt faktum sålunda, att han icke yttrar sig därom och på detta sätt underlåter att bestrida, bevis därför ej erfordras. Att lagen i erkännandet ser ett bevismedel, kan följaktligen ej åberopas såsom ett otvetydigt stöd för, att fakta tariffva bevis, fastän de ej bestridts. Härtill må blott läggas den anmärkningen, att den i min tankegång innefattade olika värderingen af det icke-bestridande, som ligger i ett erkännande, och det icke-bestri-

lit, gifver fullt besked härom eller icke fasthellre synpunkter, som icke täckas af formuleringen, måste tagas i betraktande vid bedömandet af erkännandets betydelse i civilprocessen jämlikt 1734 års lag, är ett spörsmål, som behandlas i paragrafen om eget erkännande. I detta sammanhang utgår jag därifrån, att erkännandet enligt lagen är bevismedel.

⁶⁶ Af *Trygger*, anf. arb. sid. 36 ff.

⁶⁷ Detta har jag antydtt redan i min bok *Om kvalificerad erkännande* sid. 119—122, äfvensom i skriften *Om eget erkännande* sid. 11 f. not 3.

dande, som beror på underlåtenheten att öfver hufvud yttra sig, icke låter sig afvisas såsom praktiskt taget godtycklig och betydelslös. Att det ena och andra icke är samma sak, framträder därutinnan, att verkan af ett bevisande erkännande icke utan vidare kan häfvas genom en återkallelse från partens sida, medan det åter för att häfva verkan af en underlåtenhet att yttra sig endast kräfves, att parten senare bestrider.

Några andra lagstadganden än de ofvan angifna ha, mig veterligen, icke åberopats — och torde ej stå att finna — beträffande frågan, huruvida ett af ena parten påstådt faktum behöfver bevisas, äfven om det icke af motparten bestrides. Jag förbiser härvid ej det genom lagen ^{24/7} 1914 tillkomna stadgandet i 12:3 st. 1 p. 2 RB, ty det bör ej rätteligen tillmätas någon principiell betydelse för ifrågavarande spörsmål utan förklaras på annat sätt⁶⁸. Vid sådant förhållande är man vid bestämmandet af vår lags ståndpunkt hänvisad till allmänna öfverväganden. Den slutsats, till hvilken jag kommer, är gifven i och med mina tidigare uttalanden. Principen, att parts underlåtenhet att svara på ett motpartens faktiska påstående gör faktum ostridigt (således behandlas på samma sätt, som om parterna haft öfverensstämmande uppgifter om faktum), låter sig, efter hvad jag tidigare framhållit, ej härledas af civilprocessens egen natur eller eljest af någon antagen processuell grundsats och kan därför ej anses ega giltighet äfven i brist på sanktion i lagen. Visserligen förmenar jag, att starka skäl tala för dess lagfästade, men detta är uppenbarligen ej detsamma som, att den ingår såsom en beståndsdel i gällande rätt. Hvad man har att hålla sig till är, att ett faktum, som ej står fast på den grund, att det är ostridigt, icke får af domaren begagnas såsom grundval för domen, med mindre han är öfvertygad om dess sanning. Ett faktum, hvarom den icke-bevisskyldige parten underlåtit att yttra sig, är följaktligen i behof af

⁶⁸ Se detta band sid. 465—468.

bevis, därvid emellertid ej må förgätas, att själfva den omständigheten, att parten iakttagit tystnad, kan ega betydelsen af ett bevisdatum, hvilket, om domaren är fri i sin bevispröfning, måhända skattas till fullt bevis. Denna uppfattning af gällande rätt bekräftas af en annan reflexion. Jag har tidigare i detta arbete utvecklat, hurusom enligt min mening en positiv sanningsplikt åligger part, och hvad denna plikt innebär har utredts⁶⁹. Om man antager lagens grundsats vara den, att hvad som icke bestrides ej tarfvar bevis, bör man ock snarast anse, att lagen icke statuerar någon förpliktelse för part att yttra sig öfver ett af motparten påstådt faktum, ty godkännandet af den nämnda grundsatsen gör det öfver hufvud öfverflödigt att ålägga part en sådan förpliktelse. Så framt nu däremot förpliktelsen finnes, kan man däraf icke utan fog sluta till, att lagens ställning till frågan om betydelsen af bestridande är motsatsen till hvad nyss sagts, d. v. s. man bör antaga, att bevis kräfvcs jämväl i fall af icke-bestridande.

Om praxis' ställning till föreliggande fråga är det vanskligt att med full bestämdhet yttra sig. I den mån man kan våga tala om ett principiellt ställningstagande, torde detta rättast vara att karakterisera så, att den omständigheten, att part underlåtit att yttra sig öfver motpartens faktiska andragande, anses icke utesluta sanningspröfning från domstolens sida. Tydligast torde denna ståndpunkt framträda i de fall, då partens tystnad sammanhänger med hans uteblifvande i uppskjutet mål. Då åter part, som är vid rätten närvarande, undandraget sig att yttra sig öfver motpartens uppgifter, tillägges detta visserligen ofta betydelse till nackdel för parten, men säkerligen sker detta merendels, om man nu öfver hufvud gör någon principiell distinktion, från den synpunkten, att man låter förhållandet spela rollen af ett bevisdatum.

b) Inom processrättsvetenskapen har sedan gammalt

⁶⁹ Se Bd I sid. 1113—1124.

nästan allmänt antagits, att *notoriska* fakta icke äro i behof af bevis⁷⁰. Svensk processteori utgör ej härvid något undantag; i den mån begreppet notorietet uppmärksammas, har det gemenligen skett för att framhålla, att ett faktum, som är notoriskt, ej behöfver bevisas⁷¹.

Vår processlag innehåller ej något stadgande i ämnet⁷². Om man ändock finner sig böra taga för gifvet, att den nyss angifna grundsatsen för vår rätts del eger giltighet, måste det bero därpå, att den antages vara i sakens egen natur grundad och fördenskull kunna undvara lagens sanktion.

1) Man skiljer inom processteorien emellan två kategorier notoriska fakta: allmänt bekanta fakta och sådana, om hvilka domaren under utöfning af sin ämbetsverksamhet erhållit kännedom. Endast den förra gruppen åsyftas till en början. Det är därvid fråga om notorietet i den bemär-

⁷⁰ Af litteraturen i ämnet må i främsta rummet nämnas *Stein*, anf. arb. sid. 138—173. Se vidare, bland andra, *Wach*, Vorträge sid. 208—210; *Pagenstecher*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft sid. 167—174. Ang. den ursprungliga betydelsen af notorietet i svensk rätt se, bland andra, *Afzelius*, Om parts ed sid. 27 f., och *Engströmer*, Vittnesbeviset sid. 39 ff. För min del har jag redan tidigare i tryck uttalat mig i detta ämne, nämligen i artikeln *Notorisk*, i Nordisk Familjebok (Bd 20, 1914); på några punkter är jag dock nu af annan mening. Se för öfrigt den nedan i noterna citerade svenska litteraturen.

⁷¹ Af annan mening synes *Lindblad*, anf. arb. sid. 59—62, vara. Det torde dock måhända få antagas, att författarens uttalanden icke ha den räckvidd, som det förefaller. Emellertid är *Lindblad* ingalunda ensam om sitt underkännande af notorietetens betydelse; se sålunda t. ex. *Weber*, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess (1845) sid. 27—31.

⁷² Det ligger nära till hands att tänka på 17:30 RB och anse hvad där säges om uppenbart och på sannolika skäl grundadt rykte ha afseende å ett fall af notorietet. Häraf kunde då vidare den slutsatsen dragas, att åtminstone inom den ifrågavarande bestämmelsens tillämpningsområde notorietet icke enligt 1734 års lagstiftares mening gör bevis öfverflödigt. Emellertid är det höjdt öfver hvarje tvifvel, att en sådan slutsats vore förhastad. De anförda orden fylla ej notorietetsbegreppets rekvisit. Å andra sidan äro de icke utan betydelse för begreppsbestämningen.

kelse, som i allmänhet uteslutande afses, då begreppet kommer på tal.

Den äldre processteoriens behandling af detta ämne har nästan genomgående lidit af det felet, att man icke förstått att skarpt skilja mellan erfarenhetssatser och fakta, till följd hvaraf i den undersökning, som endast skulle röra fakta, hänsyn tagits jämväl till erfarenhetssatser. Med nödvändighet ledde detta i åtskilliga delar till oriktigheter. Nämda skillnad är i det föregående klargjord, och här behöfver därför blott uttryckligen påpekas, att fråga endast är om fakta.

Ofta och med ett visst beklagande har framhållits, att stora vanskligheter äro förenade med notorietetsbegreppets bestämmande. För min del tror jag, att man härvid väsentligen låtit sig ledas af felaktiga föreställningar. Man sätter såsom mål en sådan begreppsbestämning, som enligt sakens natur ej är möjlig. Uppgiften kan endast vara att angifva, huruvida och under hvilka betingelser (med bortseende från legala presumtioner) fakta, hvilka icke blifvit i rättegången styrkta, få af domaren godtagas såsom sanna blott därför, att de allmänt hållas för sanna. Utan all tvekan bygger jag därvid på den uppfattningen, att det vore orimligt att förbjuda domaren bruket af notorieteten såsom upplysningskälla. Det vore nämligen föga öfverensstämmande med sundt förnuft att hindra domaren från att i sin ämbetsutöfning behandla sådana fakta såsom veterliga, hvilka det vore för honom såsom människa och samhällsmedlem fullständigt orimligt att ej på detta sätt beakta. Hvad en människa bör kunna antaga såsom sant enbart på den grund, att det i allmänhet så anses, låter sig emellertid ej bestämma genom någon eller några regler, hvilka medgifva en enkel och mekanisk tillämpning. Det ligger i fullaste mått i sakens natur, att man ej här kan komma längre än till framhållande af vissa synpunkter, hvilka icke kunna vara uttömmande och hvilkas handhafvande måste lämnas åt den för-

ståndige och erfarne individens eget goda omdöme. Annorlunda kan det ej förhålla sig med notorieteten och dess roll i rättskipningen, låt vara att af domaren i hans ämbetsutöfning fordras en strängare kritik än som merendels i det allmänna lifvet behöfver ifrågakomma. Af rättsvetenskapen bör man således ej kräfvä något väsentligen annat än en utveckling af antydda synpunkter och icke en definition, med ledning af hvilken det i hvarje särskildt fall utan någon synnerligen ansträngning af omdömet kan afgöras, om notorietet är för handen. En dylik definition har man tvifvelsutan haft i sikte, då man funnit det föreliggande ämnet erbjuda alldeles särskilda svårigheter. Ty att framlägga vissa synpunkter till stöd för det bedömande, hvarpå det kommer an, är ej en anmärkningsvärdt svår uppgift.

Att ett faktum är notoriskt betyder — för att utgå från ordets rent språkliga innebörd — att det är känt, i den bemärkelsen, att det är allmänt bekant (eller allmänt veterligt). Vid denna bestämning faller det genast i ögonen, att det näppeligen gifves några allmänt (d. v. s. af alla) kända fakta⁷³. Och begreppet är äfven i öfrigt synnerligen relativt. Vetskapen om ett faktum växlar nämligen efter tid, ort, personers sociala ställning, bildningsgrad, yrkesgren m. m.

Notoriskt — i betydelsen af: så allmänt bekant, att det godtages utan vidare bevis — blir ett faktum på endera af dessa två vägar: antingen har det omedelbart iakttagits af ett större antal människor, eller har kännedom därom allmänt utbredds på sätt och under omständigheter, som ega förmåga

⁷³ Distinktionen emellan erfarenhetssatser och fakta bör här noga fasthållas. Visserligen finnas erfarenhetssatser, om hvilka icke någon till mogen ålder kommen och normalt utvecklad människa kan vara okunnig (t. ex. att om man kastar en sten upp i luften, faller den ned till marken), men detsamma gäller ej om fakta (konkreta tilldragelser eller tillstånd).

att förläna uppgifterna trovärdighet⁷⁴. I synnerhet den senare källan till notorietet spelar i våra dagar en utomordentligt stor roll. Det medel för utbredning af kunskap, som man härvid ej kan underlåta att särskildt tänka på, är tidningarna. Då man i detta sammanhang pekar på tidningarna, har man säkerligen så effektivt som det öfver hufvud är möjligt fäst uppmärksamheten på nödvändigheten att iakttaga försiktighet och öfva kritik vid antagandet af notorietet. Ej alla faktiska uppgifter, som inflyta i tidningarna, förtjena, som bekant, tilltro eller, hvad mera är, erhålla den höga grad af trovärdighet, som tarvas för att de skola kunna godtagas i process utan vidare bevis. Då man tänker på den öfverflödande mängd af oriktigheter om fakta, som tidningarna framlägga för allmänheten, blir man närmast böjd för att h. o. h. fränkänna dem förmågan att gifva upphof åt notorietet. Men det vore att skjuta högst betydligt öfver målet. Många omständigheter äro att taga i betraktande; så, bland annat, en uppgifts föremål och därpå beroende större eller mindre intresse, öfverensstämmelse mellan olika tidningar och det förhållandet, att uppgiften förblir oemotsagd. Därtill kommer följande synnerligen anmärkningsvärda omständighet. Då en tilldragelse omtalas, sker det ofta så, att den detaljeradt beskrifves. Det är väl ej i och för sig omöjligt men torde i verkligheten mycket sällan förekomma, att notorietet kan med fog anses föreligga beträffande annat än de grofva dragen eller, såsom man torde kunna säga, så mycket af det faktiska förloppet, som är af nöden för tilldragelsens individualisering⁷⁵. Om detaljerna af en viss tilldragelse kan däremot en försiktig och kritisk person ej ofta vinna tillräckligt visshet

⁷⁴ Särskildt i denna del är Steins framställning intresseväckande och lärorik.

⁷⁵ Olikskheten i förevarande afseende mellan de stora dragen och detaljerna har sedan länge beaktats. Den antydes t. ex. inom svensk processlitteratur efter utländsk källa af *Schrevelius*, sid. 260.

annorledes än genom därpå riktad särskild bevisning. Att notorietetens processuella betydelse med hänsyn härtill väsentligt reduceras, ligger i öppen dag.

Många ha velat begränsa den processuella notorietetens betydelse därigenom, att den satts i relation allenast till fakta af den vikt, att de förtjena uppmärksammas af historie-skrifningen⁷⁶. I denna anda går Nya Lagberedningens bestämning⁷⁷, enligt hvilken notoriska sakförhållanden äro sådana till det allmänna rätts- eller samhällslifvets område hänförliga data eller fakta, hvilka antagas vara så allmänt kända och erkända, att de utan vidare tagas för goda. Grunden till den sålunda gjorda begränsningen har man tvifvels-utan att söka däri, att man ansett det säkrast att ej låta det notoriskas område inrymma andra fakta än sådana, som domaren kan utan fara för misstag utan vidare godtaga. Att enligt denna uppfattning notorieteten ej kan spela någon framträdande roll i processer, ligger i öppen dag, och det är också en ganska allmänt omfattad och ofta uttalad mening, att så ej är fallet. Den är emellertid icke riktig, ty den hvilar på förbiseende af ett område, där notorieteten i stor utsträckning visar sin förmåga att göra bevisföring öfverflödig. Lokala förhållanden, omständigheter, som röra personer, bosatta inom domkretsen, eller allmänt uppmärksammade tilldragelser inom denna komma i process ständigt på tal såsom relevanta, och i sådana fall begagnar sig domaren utan tvekan af den kunskap, han själf redan sitter inne med eller på egen hand — kanske genom att kasta en blick i en ortstidning — kan förskaffa sig, eller ock nöjer han sig med en i rättegången af någon närvarande lämnad upplysning. Häremot är ej processuellt sedt något att an-

⁷⁶ Se sålunda, bland svenska författare, *Schrevelius*, sid. 260, som säger, att med notoriska fakta förstås »sådana *betydligare* händelser, som ega *ett slags historisk märkvärdighet*, t. ex. att Christianstad brände under sommaren 1847».

⁷⁷ Principbetänkandet II sid. 17. Den omnämnes med gillande af *Trygger*, sid. 55 noten.

märka; det är tvärtom alldeles naturligt och fullt i sin ordning, att så sker. Den riktiga förklaringen härtill är den, att de fakta, som sålunda oaktadt bristen på bevisning tagas för goda, äro notoriska.

I betraktande af det nu anförda torde det vara ovedersägligt, att i process äfven andra fakta än sådana, som höra historieskrifningen till, kunna vara att karakterisera och behandla såsom notoriska. I verkligheten är det just beträffande dem, som notorieteten har någon mera afsevärd betydelse. Genom att sålunda åt densamma anvisa hela det område, som vederbör, ställer man ej större anspråk på domarens förmåga att fritt pröfva än han bör kunna motsvara, och erfarenheten i vårt land har till fullo ådagalagt, att han ej vid denna sin pröfning låtit någon som helst okritisk lättrogenhet komma sig till last. Hvad redan förut i största allmänhet antydts må här ytterligare understrykas: rättsvetenskapen är ej i stånd till att gifva domaren en formel, hvars tillämpning fritager honom från eller ens väsentligen för honom lättar pröfningens ansvar och möda; själfva uppgiftens natur är alldeles oförenlig med en dylik formel.

Man talar ej blott om det notoriskt sanna utan äfven om det notoriskt osanna, och i det senare ej mindre än i det förra hänseendet kommer i process notorieteten i betraktande. Från notoriskt osanna fakta har man att särhålla omöjliga fakta. Omöjligt är det, som strider mot en erfarenhetssats, alltså det som icke *kan* vara sant, medan åter notoriskt osant är det, som väl kunde vara sant men, enligt hvad allmänt är veterligt, ej är det. Att omöjliga fakta icke kunna läggas till grund för dom, följaktligen ej heller göras till föremål för bevis, är själfklart.

För att ett faktum skall i process kunna på grund af notorietet hållas för sant, måste det vara notoriskt för domaren, eller m. a. o. domaren måste ha kännedom om faktum såsom notoriskt. Hans rätt att förskaffa sig kun-

skap om relevanta faktas notorietet är ej tvifvel underkastad. Å andra sidan torde det vara ganska tydligt, att man icke, såsom likväl skett, bör anse honom pliktig därtill. En dylik plikt kunde gifvetvis endast afse någon viss kategori notoriska fakta, och man har i detta afseende pekat på fakta, som en person i domarens ställning bör kunna förutsättas känna till. Denna åsikt tager ej tillbörlig hänsyn till den relativitet, som hör till notorietetens eget väsen och som utesluter möjligheten att med tillräcklig noggrannhet angifva en sådan plikts omfattning. Och för öfrigt är det praktiskt taget föga bevändt med antagandet af ifrågasvarande skyldighet, ty om domaren är okunnig om ett faktum såsom notoriskt, måste parten i hvarje fall föra bevis; rimligtvis kan man nämligen ej anse, att partens blotta påstående om notorietet lägger bördan af en undersökning på domaren ⁷⁸.

⁷⁸ M. h. t. det sagda är det, ehuru ganska vanligt, mindre lämpligt att känneteckna de notoriska fakta såsom sådana allmänt bekanta fakta, hvilka äfven domaren »i egenskap af bildad person, af medborgare i landet eller boende på orten måste anses känna»; så *Wrede*, Bevisrätten sid. 10 f. Jfr ock *Wach*, anf. arb. sid. 209. Författaren påpekar, att notorieteten är något objektivt, af den tillfälligheten, huruvida den enskilde har kunskap därom, oberoende. Parts påstående, att notorietet föreligger, innefattar därför en anmaning till domaren att skaffa sig kännedom om det allbekanta sakförhållande, hvarom fråga är. Såsom exempel framhålles, att en underrättsdomare, som nyss kommit till orten, är okunnig om lokala förhållanden, hvilka äro kända för hvar och en där bosatt, såsom vägars eller gators namn, sträckning m. m. dyl. Eller — frågar författaren — kan domaren ignorera hvad hvarje konversationslexikon kan lämna honom upplysning om? Domaren handlar därför, enligt författarens mening, ej pliktstridigt utan uppfyller sin plikt, om han själfmant gör sig underrättad om det som är notoriskt — Det må vara sant, att det mången gång skulle te sig ganska egendomligt och föga tilltalande, om domaren, okunnig om ett notoriskt sakförhållande, kräde bevis därom. En förståndig domare låter också säkerligen icke något sådant komma sig till last. En annan fråga är emellertid, om någon plikt för domaren att ega eller skaffa sig vetskap om notoriska förhållanden bör anses bestå. För min del kan jag ej lämna annat svar än det i texten gifna. Skälen äro ock där antydda. Tilläggsvis vill jag blott framhålla, att

Af part erbjudet bevis för ett notoriskt faktum bör naturligtvis af domaren afböjas såsom icke behöfligt, därest notorieteten är af honom känd och befunnen förtjent af godkännande. Domarens pröfning i sistnämnda afseende kan ej vara annat än fullständigt fri⁷⁹. Större anledning är att framhålla, hurusom part, som beträffande ett af honom åberopadt faktum vill göra gällande, att det är notoriskt, icke är, för den händelse notorieteten skulle vara domaren obekant, uteslutande hänvisad till att bevisa själfva faktum utan i stället eger göra notorieteten till föremål för bevis. Faktum kan ju vara så beskaffadt, att det öfver hufvud icke eller dock icke utan stor svårighet kan styrkas på annat sätt än medelst ådagaläggande af, att det är notoriskt. Det synes dock med fog kunna ifrågasättas, huruvida ej domaren bör ega afböja bevis för förhandenvaron af notorietet i fall, då det icke är oskäligt att påfordra bevisningens riktande på själfva faktum. — Liksom, efter hvad nu antydts, bevis kan föras i ändamål att styrka notorietet, så bör å andra sidan bevisföring kunna ega rum för ådagaläggande af, att notorietet ej föreligger, men tydligt är, att det resultat, som eftersträfvats med bevisning i det sistnämnda syftet, i stället kan ernås därigenom, att parten styrker, att det förhåller sig på annat sätt än notorieteten gifver vid handen, och för ett dylikt bevis finnes ej något principiellt hinder. Ofta torde det dock vara uppenbart, att ifrågasatt bevisföring angående ett notoriskt faktum eller själfva notorietetsfrågan på förhand ter sig alldeles utsiktslös, och under denna förutsättning eger och bör domaren ej tillstådja densamma.

Parts erkännande af ett faktiskt förhållande, som är notoriskt oriktigt, är utan verkan (jfr sid. 35). Af den prin-

hvad Wach yttrar om domarens skyldighet att anlita konversationslexikon icke synes egnadt att stärka hans position.

⁷⁹ Jag vill härmed ha sagt, att domaren fritt pröfvar ej blott, huruvida faktum gäller för notoriskt (d. v. s. är allmänt bekant och därför godtaget såsom sant), utan äfven, huruvida det bör i rättegången godtagas såsom notoriskt.

cipiella grunden för denna regel framgår ock, att, om enligt stadgande i lag eller eljest vedertagen rättsgrundsats parts underlåtenhet att yttra sig om ett faktiskt påstående har den verkan, att det skall såsom ostridigt läggas till grund för domen, undantag härifrån måste göras för det fall, att påståendet är notoriskt oriktigt (jfr 12: 3 st. 1 p. 2 RB).

Om notoriska fakta gäller lika väl som om icke-notoriska, att de kunna ega vare sig omedelbar eller medelbar relevans för afgörandet eller ha betydelsen af hjälpfakta (jfr sid. 568). Vanligen ha de karaktären af indicier eller hjälpfakta, men äfven notorietet, som hänför sig till omedelbart relevanta fakta, förekommer naturligtvis; exempelvis kan en utfästelse ha gjorts under ett villkor, som sedermera inträffat och utgöres af en notorisk händelse.

Notorietetens verkan är, såsom förut sagts, att göra vidare bevis öfverflödigt. Den är nämligen själf bevisande, och den värdesättes i detta afseende till fullt bevis. Där- emot har man ej att tillägga den någon betydelse med hänsyn till spörsmålen, huruvida domaren får beakta andra fakta än de, som införts i rättegången (d. ä. vederbörligen gjorts till processmaterial) och tillika af part åberopats⁸⁰. Lösningen af dessa spörsmål sker efter grunder, som ej sammanhänga med notorietetsfrågan. Som bekant är det en af processens grundprinciper, i vikt ej öfverträffad af någon annan, att domstolen ej får döma på grundvalen af hvad den inhämtat på annan väg än genom partsförhandlingen och bevisföringen⁸¹; den får m. a. o. endast bygga på fakta, som införts i rättegången. Denna princip lider ej något undantag beträffande omedelbart relevanta fakta (de s. k. rättsgrundande, rättshindrande och rättsupphäfvande fakta). De måste för att kunna beaktas ha framkommit

⁸⁰ Om hvad som förstås med att i rättegången införa fakta och att åberopa fakta, se detta band sid. 12 f.

⁸¹ Se därom i framställningen om den kontradiktoriska principen § 66 sid. 9 f.

under handläggningen af målet, ty endast om så skett, äro parterna i tillfälle att yttra sig om dem. Att för öfrigt den skillnaden består emellan å ena sidan rättsgrundande, å andra sidan rättshindrande och rättsupphäfvande fakta, att de förra måste för att vinna beaktande *åberopas* af parten, hvilket åter icke är fallet med de senare, må här endast i förbigående anmärkas⁸². Beträffande omedelbart relevanta fakta yttrar sig således notorieteten blott däri, att de, om de införts i rättegången och, så framt så erfordras, åberopats av parten, kunna såsom notoriska utan vidare bevis läggas till grund för domen. Hvad åter angår medelbart relevanta fakta (indicier), så eger domstolen, enligt tidigare (sid. 85) gjorda uttalanden, fästa afseende vid dem, äfven om de ej inrymmas i det processmaterial, som handläggningen af målet åstadkommit; möjligheten härtill är för handen, då indicierna äro notoriska. Domstolens rätt härutinnan kan ej principiellt med fog förnekas, men det må dock ej förgätas, att hvarje afsteg från den tanke, som i den kontradiktoriska principen kommer till uttryck, är betänkelig, och att domaren fördenskull städse bör, om det naturligen låter sig göra, under handläggningen bringa på tal de omständigheter, hvilka han tillägger indicerande betydelse och anser notoriska. — I sammanhang härmed må tillika lämpligen anmärkas, att domaren bör, när helst han finner notorietet föreligga (vare sig det gäller rättsfakta eller indicier), gifva parterna anledning att uttala sig därom (d. ä. om notorieteten); att denna regel dock ej må utsträckas till sådana fall, i hvilka notorieteten är af den solklara natur, att förhandling därom skulle vara onödig, kanske t. o. m. löjlig, behöfver ej nämnas.

⁸² Domstolen kan ej tillerkänna en person en rättighet på annan grund än han själf *åberopat*, medan hinder ej möter för att vid pröfningen taga hänsyn jämväl till andra än af parten *åberopade* rättshindrande eller rättsupphäfvande fakta. Se därom framställningen i detta band sid. 14 ff. samt 84 f.

2) Vid sidan af det ofvan utvecklade begreppet notorietet i vanlig mening har processteorien uppställt begreppet domstolsnotorietet⁸³. Därunder vill man inrymma fakta, om hvilka domaren i denna sin egenskap eller, annorlunda uttryckt, under sin ämbetsutöfning fått kännedom. Det är således icke fråga om någon viss kategori allmänt bekanta fakta. De fakta, som nu afses, kunna möjligen vara jämväl allmänt bekanta, men därpå ligger ej någon vikt. Det väsentliga är, att domarens kunskap härrör från hans ämbetsutöfning och hvad därunder förekommit. Till förevarande särskilda slag af notorietet hänföras dels domarens egna ämbetshandlingar dels fakta, som förut af honom såsom domare iakttagits. Dessa fakta anses icke vara i behof af bevis utan kunna ock böra af domaren läggas till grund för afgörandet, fastän de icke styrkts genom någon i processen förd bevisning.

Emellertid har det mött stora svårigheter att på ett tillfredsställande sätt uppdraga gränserna för domstolsnotorieteten, och det torde med fog kunna påstås, att processdoktrinen — inom hvilken för öfrigt långt ifrån råder enighet — ej kommit till resultat, som i allo förtjena gillande.

Först och främst har man att göra klart för sig, om det notoriska skall sättas i relation till domstolen såsom myndighet eller till den i processen såsom rättskipningsorgan fungerande domaren. Omfattas det förra alternativet, så erhåller notorieteten en högst betydande utsträckning. Därunder falla nämligen samtliga fakta, om hvilka upplysning kan vinnas genom domstolens protokoll, fastighetsböcker m. m.⁸⁴. En konsekvens af denna uppfattning skulle vara, att domaren vore pliktig att känna till resp. att göra sig underrättad om alla i rättegången relevanta fakta, som äro på nämnda sätt notoriska. Det torde dock ligga i öppen dag, att en förpliktelse af detta innehåll ej skäligen kan

⁸³ Ordet motsvarar det tyska *Gerichtskundigkeit*.

⁸⁴ Se sålunda *Wetzell, System* sid. 185 f., m. fl.

åläggas honom och ännu mindre praktiskt kan göras gällande. Det andra alternativet synes därför förtjena företrädet. Enligt detta är allenast hvad domaren erinrar sig notoriskt. Någon plikt för honom att upplifva minnet af hvad han själf tidigare gjort eller iakttagit består icke, och ännu mindre är det tal om en forskningsplikt beträffande hvad i öfrigt vid domstolen förefallit och dess protokoll m. m. gifva besked om⁸⁵.

Vidare möter följande spörsmål. Om man också bestämmer domstolsnotorieteten i öfverensstämmelse med det sist anförda alternativet, förefaller det, som om betänkliga resultat kunde uppstå. I en process, hvori ett visst sakförhållande är relevant, erinrar sig domaren, att i en tidigare process samma sakförhållande varit föremål för utredning och bevisning. Får han i sådant fall begagna sig af sin hågkomst och i den föreliggande rättegången indraga det material, som förebragts i den tidigare? Man har befarat, att afgörandet sålunda skulle kunna träffas på grundvalen af ett material, för hvilket parterna stå främmande och om hvilket de ej haft tillfälle att uttala sig. En begränsning af domarens rätt i förevarande hänseende har ansetts nödvändig, och man har velat bestämma den så, att fakta endast i anseende till hufvuddragen kunna vara notoriska; detaljerna däremot kan domaren omöjligt minnas så säkert och tydligt, som för antagandet af notorietet är oeftergifligt. Och befogenhet för honom att skaffa sig visshet genom studium af äldre processhandlingar finnes ej, ty notoriskt är blott hvad han fullt tillförlitligt erinrar sig⁸⁶.

De slutsatser, till hvilka den föregående framställningen synes ha ledt, gifva på flera punkter anledning till tvifvel och erinringar. Innan jag ingår härpå, torde dock, i likhet med hvad förut skett beträffande allmänt bekanta fakta,

⁸⁵ Stein förfäktar med stor styrka denna mening.

⁸⁶ I denna anda går Steins framställning.

böra framhållas, att frågan om hvad domaren får såsom notoriskt (i ifrågavarande mening) hålla för sant utan vidare bevis ej bör sammanblandas med spörsmålen angående de förutsättningar för beaktande af fakta, som bestå däri, att dessa vederbörligen införts i rättegången och af part åberopats. Hvad därom förut utredts lider genom antagandet af notorietet ej något undantag⁸⁷. Såvidt jag ej misstager mig, har den villrådighet, som yppat sig, i ej ringa grad sin orsak i förbiseende af, att ett faktum ej kan blott därför, att det är notoriskt, af domaren vid afgörandet beaktas; i främsta rummet kommer städse i betraktande, huruvida villkoren rörande dess införande i rättegången och åberopande af part uppfyllts. Därigenom förlora farhågorna för, att domaren skulle kunna bygga sitt afgörande på ett från tidigare rättegång indraget material, för hvilket parterna stå främmande, väsentligen i berättigande.

För öfrigt torde vid undersökningen lämpligen böra skiljas emellan tidigare företagna ämbetshandlingar samt gjorda iakttagelser. Hvad beträffar de förra (det kommer t. ex. an på, huruvida en person vid ett visst tillfälle varit behörig att handla såsom ställföreträdare för annan, och det är fråga om ställföreträdarskap på grund af förmyndareförordnande), är jag böjd för att antaga, ej mindre att domaren, som har kännedom om ämbetshandlingen (förmyndareförordnandet, i nämnda exempel), får utan att fordra bevis om densamma bygga på, att den egt rum, än äfven att det härvid är betydelselöst, huruvida han själf företagit handlingen, eller någon annan, som då var domare, gjort detta⁸⁸. Det förefaller meningslöst att upprätthålla

⁸⁷ Se ofvan noterna 80—82 samt §§ 67 och 68 i detta arbete.

⁸⁸ Det förutsättes, att ämbetshandlingen härrör från samma domstol, vid hvilken rättegången, däri notorietetsfrågan är före, är anhängig. En utsträckning af notorietetsområdet till att inbegripa jämväl ämbetshandlingar, som utgått från andra domstolar, leder betänkligt långt. Härvid må emellertid ej förbises, att i afseende å omständigheter, hvilka domaren har att ex officio beakta (såsom absoluta

krafvet på, att det skall vara en af domaren själf företagen handling. Äfven då detta ej är fallet, synes det naturligt och ej möta någon som helst betänklighet att låta domarens kunskap, hvars riktighet han utan afsevärd möda kan genom granskning af domstolens protokoll kontrollera, ersätta bevisföring.

Vidkommande frågan, om och i hvilken omfattning af domaren förut gjorda iakttagelser böra anses notoriska, så talar till förmån för den ofvan omförmälda åsikt, som begränsar notorieteten till de stora dragen af saksförhållandena, att man sålunda aflägsnar hvarje befogad orsak till farhågor för obehörigt intrång i principen om, att utredning och bevisning väsentligen böra ankomma på parternas initiativ och själfverksamhet. Men bortsedt från, att notorietetens betydelse sålunda blir mycket ringa — på hvilken synpunkt jag ej lägger mycken vikt — förefaller det föga naturligt och hållbart att väl tillåta domaren, som säkert erinrar sig, att han tidigare i sin ämbetsutöfning gjort en iakttagelse af visst slag, att taga hänsyn härtill men förbjuda honom att genom granskning af domstolens protokoll förskaffa sig närmare reda på förhållandet. Gränsen emellan s. k. grofva drag af ett förlopp och dess detaljer är så sväfvande, att den knappast lämpar sig för att vara normgifvande. Med fäst afseende härå synes det mera tillfredsställande att taga steget fullt ut i ena eller andra riktningen: antingen ej alls medgifva domaren att beakta såsom notoriskt hvad han tidigare under sin ämbetsutöfning iakttagit eller tillstämja honom att beträffande hvad han därom erinrar sig skaffa sig den närmare kännedom, som står att vinna genom läsning af domstolens protokoll. Huruvida hans hågkomst hänför sig till hvad han själf under handläggningen af ett mål iakttagit eller afser ett tillfälle, då annan suttit i domstolen, bör ej härvid göra någon skillnad.

processförutsättningar), han eger utan någon inskränkning införskaffa upplysningar. Jfr detta band sid 84.

Mot den förra ståndpunkten torde icke kunna riktas några afgörande invändningar⁸⁹. Men ej heller den senare ståndpunkten bör utan vidare underkännas. Den innebär icke, att domaren eger grunda sitt afgörande på omedelbart relevanta fakta, såframt de ej i öfverensstämmelse med dispositions- och förhandlingsprinciperna af parterna införas i rättegången och åberopas. Det är endast fråga om rätt för honom att vid bedömandet af sådana faktas *sanning* taga i betraktande hvad i annat mål förekommit⁹⁰. Och härtill kommer, att han gifvetvis bör få göra detta allenast under den förutsättning, att parterna fått tillfälle att yttra sig däröfver.

3) En ganska vanlig uppfattning inom processteorien karakteriserar såsom notoriskt hvad som under handläggningen af ett mål tilldragit sig inför domstolen⁹¹. En gifven konsekvens af denna mening är, att hvad domstol vid anställd syn iakttagit, anses genom synen erhålla notoriet⁹². Det kan synas i och för sig ganska likgiltigt, om man

⁸⁹ Dess tillämpning kan ju tydligtvis ej utsträckas till omständigheter, hvilka domstolen har att ex officio beakta; jfr nästföregående not.

Norska civilprocesslagen stadgar i § 186 första stycket, att fakta, som äro veterliga (= allmänt bekanta fakta) eller som rätten omedelbart har iakttagit i målet, icke äro i behof af bevis. Det har däremot icke sagts något om, att hvad i annat mål än det förevarande iakttagits ej behöfver bevisas. Begreppet domstolsnotoriet har således ej upptagits i lagen.

⁹⁰ Detta kan naturligtvis härvid endast spela rollen af indicier.

⁹¹ Se sålunda, bland andra, *Wetzell*, System sid. 185, samt af nordiska författare *Annerstedt*, Om domarens processledande verksamhet sid. 19 not 1 och 31, och *Wrede*, Civilprocessrätt I sid. 72. Sistnämnde författares uttalande lämnar i tydlighet ej något öfrigt att önska; notoriskt säger nämligen författaren vara »allt det som under målets handläggning tilldragit sig inför domstolen».

⁹² *Wetzell*, anf. arb. sid. 185 f., går ända därhän, att såsom »gerichtskundig» betrakta »thatsächliche Zustände, welche der Richter unmittelbar mit seinen Sinnen (Augenschein) wahrzunehmen im Stande ist». Denna åsikt — att alla fakta, som domaren är i stånd till att med sina sinnen iakttaga, äro notoriska (obs. att det icke säges fakta, som domaren *har* iakttagit) — är så egendomlig, ja man kan våga säga

sålunda begagnar sig af notorietetsetiketten eller ej, och det kan ju till stöd för dess användning framhållas, att, om det, som domaren i en tidigare process under sin ämbetsutöfning iakttagit och erinrar sig, betecknas såsom notoriskt, samma beteckning jämväl bör tillkomma de relevanta fakta, som under en pågående rättegång inträffa och af domaren iakttagas. Å andra sidan täcker begreppet domstolsnotorietet, om det utvidgas på detta sätt, ett större område än som vanligen tillägges det. Hvad som förekommer under handläggningen af ett mål (vare sig det har sammanhang med domstolens processledning eller ingår i partsförhandlingen eller bevisföringen) blir därigenom, att det iakttages af domstolen, känt af denna och erfordrar ej bevis, men att betrakta detta förhållande från den synpunkten, att det iakttaga är för domstolen notoriskt, torde säkerligen för processualister i allmänhet te sig mycket främmande. Och det må ej förbises, att man icke genom ifrågasatta karakterisering lämnat någon som helst förklaring på, att domstolen utan vidare bevis tager för godt hvad den själf iakttagit. Någon annan förklaring är ej heller vare sig nödig eller möjlig än den, som innefattas i ett enkelt påpekande af, huru onaturligt och föga rimligt det vore att fordra bevis för sådant, som domstolen omedelbart iakt-

orimlig, att yttrandet påståtts i själfva verket bero på en språklig lapsus; se *Heusler*, anf. arb. sid. 239 f. noten och däremot *Wach*, Vorträge sid. 200 noten. Besynnerliga äro jämväl *Annerstedt's* uttalanden, anf. arb. sid. 31. Sedan författaren yttrat, att domaren »är berättigad att själfmant förskaffa sig kunskap om allt sådant, som kan betraktas såsom notoriskt», fortsätter han: »I följd däraf är han berättigad att ex officio föranstalta om syn för utredande af de sakförhållanden, som på detta sätt kunna blifva notoriska». Det är uppenbarligen logiskt orimligt, att af domarens påstådda rätt att förskaffa sig kunskap om sådant, som *är* notoriskt, draga den slutsatsen, att han eger anställa syn för utredande af sakförhållanden, som därigenom *blifva* notoriska. I själfva verket torde *Annerstedt's* framställning i denna del bero därpå, att han följt *Wetzell* och sålunda i likhet med denne betraktat såsom notoriska dels fakta, som kunna göras till föremål för domarens omedelbara iakttagande, dels ock fakta, som domaren har iakttagit.

tagit. Genom detta sitt iakttagande kommer domstolen nämligen till en visshet, som den ej kan annat än anse fastare grundad än den visshet, som genom någon bevisföring kan åstadkommas. Det kan för öfrigt förtjena anmärkas, att det vore en otillåtlig inkonsekvens att tillägga domstolssyn en beviskraft så stor, att den i viss mån kan sägas öfvergå alla öfriga bevismedel, men fränkänna domstolens iakttagande af hvad som eljest i målet tilldrager sig och af densamma iakttages betydelsen att göra bevis öfverflödigt⁹³.

4) Medan domaren, enligt hvad förut utvecklats, får utan vidare bevis bygga på fakta, som han under sin ämbetsutöfning omedelbart iakttagit, gäller motsatsen om sådana fakta, som han iakttagit enskildt (alltså icke under sin ämbetsutöfning, icke i sin egenskap af domare)⁹⁴. Grunden

⁹³ Ett spörsmål af rent teoretisk innebörd är, huruvida man bör anse, att liksom vid syn det faktum, som domstolen iakttagit, anses därigenom bevisadt, jämväl en händelse, som timat inför domstolen och af denna iakttagits, bör från den synpunkten anses icke vara i behof af vidare bevis, att själfva iakttagandet har beviskraft. Det ligger nära till hands att, såsom också skett, emot detta likställande vilja göra gällande, att syn är ett iakttagande, som arrangerats i syfte att undanröja en föreliggande ovisshet, medan i det andra fallet domaren, som iakttager faktum i samma ögonblick det inträffar, genast erhåller visshet därom och följaktligen aldrig varit i behof af bevis. Ganska säkert återgifver detta resonemang det allmänna föreställningssättet, och därpå är det stadgande i § 186 af norska civilprocesslagen grundadt, som vid angifvandet af fakta, som icke behöfva bevisas, nämner vid sidan af »vitterlige» (notoriska) sådana fakta, som rätten omedelbart har iakttagit i målet. Emellertid har *Trygger*, anf. arb. sid. 56 f., invändt, att »äfvén vid tilldragelser, som omedelbart inträffat inför domstolen, kan man åtminstone i begreppet skilja mellan domarens öfvertygelse och faktums egen existens, resp. domarens iakttagelse af detsamma»; det föreligger alltså »objektivt sedt ett ögonblick, då domaren är oviss, oakadt faktum redan inträffat». Invändningens rent teoretiska riktighet torde knappast kunna förnekas, men därmed är ej gifvet, att det vanliga och mera naturliga föreställningssättet saknar sitt berättigande.

⁹⁴ Det sagda har naturligtvis icke afseende å allmänt bekanta (i egentlig mening notoriska) fakta.

Den i texten uttalade meningen är ej af alla omfattad; af annan åsikt, bland andra, *Heusler*, anf. arb. sid. 270 f.

härtill är tydligtvis att i främsta rummet söka däri, att den starka garanti för en iakttagelses riktighet, som består i, att den gjorts af domaren under hans ämbetsutöfning, icke är för handen i afseende å enskildt gjorda iakttagelser. Och härtill kommer, att parternas förtroende för domarens opartiskhet väsentligen skulle rubbas, om det vore honom tillåtet att begagna sig af enskildt förvärfvad kännedom om fakta, låt vara att han i rättegången lämnade parterna upplysning om denna sin kännedom och sålunda gåfvo dem tillfälle att uttala sig. Vår rätt upptager ett lagrum, som i detta sammanhang gör anspråk på uppmärksamhet, nämligen 17: 12 RB. Af hvad däri stadgas framgår direkt ej annat, än att en domare kan komma att höras såsom vittne samt i sådant fall måste lämna domaresätet och ej vidare kan såsom domare taga någon befattning med saken, hvilket allt är så själfklart, att det knappast behöft sägas⁹⁵. Lagrummet medgifver emellertid otvifvelaktigt vissa slutsatser rörande förevarande spörsmål. En sådan slutsats är den, att domaren icke får bygga på (icke-notoriska) fakta, om hvilka han enskildt fått kunskap. Denna hans kunskap kan komma målet till godo endast på det sätt, att han med uppgifvande af domareställningen uppträder såsom vittne i målet, och detta får gifvetvis ske, om part begär hans hörande såsom vittne och pröfvas vara för sin talans styrkande i behof af hans vittnesmål. En fråga återstår dock obesvarad, nämligen den, huruvida domaren eger, därest han besitter nämnda kunskap om relevanta fakta och parten icke åberopar honom såsom vittne, förblifva domare i målet, tydligtvis — i öfverensstämmelse med det förut sagda — utan att vid afgörandet taga hänsyn till sitt privata vetande. Det inses lätt, att läget är för domaren i hög grad

⁹⁵ Jfr stadgandet i 13: 1 RB, att den är jäfvig att vara domare i ett mål, som vittnat däri.

pinsamt och, objektivt sedt, farligt för hans fria och opartiska bedömande af saksammanhanget. Med hänsyn därtill har det också påståtts, att domaren bör förklara sig jäfvig⁹⁶. Det är tvifvelaktigt, om laga stöd härför finnes⁹⁷. Praktiskt taget är det tydligtvis ej stor anledning att dröja vid eller lägga vikt på det nu berörda förhållandet, ty om domaren upplyser parten om sin enskildt gjorda iakttagelse — hvilket han bör göra — torde parten icke underlåta att påkalla hans hörande såsom vittne.

5) Den omständigheten, att lägre rätt ansett ett faktum notoriskt och på grund däraf godtagit det utan vidare bevis, har ej till följd, att jämväl högre instans, dit talan fullföljts, måste anse notorietet, med dess verkan att göra bevis öfverflödigt, föreligga. Detta gäller om såväl notorietet i egentlig mening (allmänt bekanta fakta) som ock domstolsnotorietet. Någon närmare utveckling häraf torde efter den i det föregående lämnade utförliga utredningen icke mera vara af nöden. Tydligt är, att högre instans eger och väl i regeln jämväl skall på grund af den lägres bedömande af faktum hålla det för sant utan att fordra bevis därför. Men förbunden därtill är högre instans icke.

c) Innebörden af begreppet presumtion har förut klarlagts, därvid särskildt förhållandet emellan presumtion och indicium uppmärksamrats (ofvan sid. 569 ff.). Hvad beträffar de allmänna, icke lagstadgade, presumtionerna (de s. k.

⁹⁶ Så *Trygger*, anf. arb. sid. 51 noten.

⁹⁷ Märk innehållet i 17:12 RB: Tränger någon etc. Den omständigheten, att domaren har kännedom om något relevant faktum, synes således ej skola ha till följd, att han lämnar domaresätet, utan detta bör ske först, om parten åberopar honom till vittne och han själf pröfvar, att parten har behof af hans vittnesmål. Jfr ock K. Förkl. ²²/₂ 1770, i dess helhet införd i Backmans lagsamling vid nämnda lagrum. — *Nehrman*, Processus civilis sid. 230 § 7, synes dock besvara spørsmålet på annat sätt. Han säger nämligen, att lagen ej förbjuder domaren att själf tillbjuda sig att vittna, när sanningen ej genom förhör med andra kan komma i dagen och han ej vill döma mot sitt samvete. Mest tilltalande är uppenbarligen denna mening.

præsumtiones hominis), så kan det icke vara tal om, att presumerade fakta icke skulle behöfva bevisas. Detta är uppenbart, om man, i enlighet med den vanliga uppfattningen, bestämmer en presumption såsom ett antagande, att något är sannolikt men dock ej fullt visst. Eftergifver man åter den i denna bestämning innefattade begränsningen af bevisvärdet till mindre än fullt bevis och, såsom i läran om beviskyldigheten är brukligt, med ett presumeradt faktum förstår ett sådant, som hålles för sant, så kan man väl vid första påseendet vara böjd för att anse det vara utmärkande för dylika presumerade fakta, att de icke tarfva bevis, detta särskildt i betraktande däraf, att den sannolikhet, som talar för dem och medför, att de godtagas såsom domsgrunder, gemenligen icke kommit till stånd genom bevisföring utan beror på moment, som hämtas från själfva partsförhandlingen. Men vid närmare öfvervägande finner man snart, att det icke är riktigt att här antaga förekomsten af fakta, som godtagas utan bevis. Grunden till, att de stå fast i rättegången, är, att domstolen efter pröfning, byggd på faktiska moment, funnit sig öfvertygad om deras sanning, och det är alltså äfven här fråga om bevis (jfr sid. 32 not 34).

Däremot saknas det ej stöd för att bland fakta, som icke behöfva bevisas, upptaga sådana, som på grund af förhandenvaron af en legal presumption, en *præsumtio juris*, skola anses stå fast. Såsom förut nämnts, talar man om en legal presumption, då ett positivt rättsbud förpliktar domaren att hålla ett faktum för sant under förutsättning, att ett annat faktum står fast. Domaren får sålunda icke efter sitt fria bepröfvande sluta från sistberörda faktum till factum probandum, utan han är af lagens bud tvungen att draga en bestämd slutsats. Man torde kunna uppfatta förhållandet så, att det består ett tvång för domaren att under viss förutsättning anse ett faktum bevisadt; motbevis är dock ej uteslutet. Men gifvetvis kan man också anlägga den syn-

punkten, att factum probandum icke behöfver bevisas förutsatt, att ett annat faktum är för handen⁹⁸. Det är från denna synpunkt sedt, som ifrågavarande förhållande i detta sammanhang kan och bör uppmärksammas⁹⁹.

Af legala presumtioner i svensk rätt må det vara tillräckligt att hänvisa till den, som innefattas i den bekanta satsen: Pater is est, quem nuptiæ demonstrant. Huru med densamma sig förhåller, särskildt hvad ett motbevis bör gå ut på, finner man af lagen ¹⁴/₆ 1917 om äktenskaplig börd.

Bland de legala presumptionerna nämnas i allmänhet såsom en särskild kategori *præsumtiones juris et de jure*. Det för dem säregna är, att motbevis ej får föras; alltså måste domstolen, då ett visst faktum är ådagalagdt, anse ett annat faktum stå fast, och det är part betaget att styrka detta senares oriktighet. Enligt min åsikt är med sakens natur mera öfverensstämmande att icke betrakta *præsumtiones juris et de jure* såsom verkliga presumtioner. Ett lagbud, som fastställer en dylik s. k. presumption, begagnar sig visserligen härför af den formen, att det föreskrifver, att ett sakförhållande skall under viss förutsättning hållas för sant och medföra viss rättsverkan, men då denna rättsverkan ovillkorligen skall inträda, om den faktiska förutsättningen är för handen, är den uppfattningen, att rättsverkan är knuten till förutsättningen, mera verklighetstrogen¹⁰⁰.

⁹⁸ Se § 186 andra stycket i norska civilprocesslagen: »Det, som har en lovsformodning for sig, trænger ikke bevis. Modbevis kan føres, hvis ikke loven uttrykkelig utelukker det».

⁹⁹ *Nehrman*, sid. 281 § 17, vill ej veta af någon skillnad emellan de vanliga, fria, presumptionerna och *præsumtiones juris*. Han påpekar, att de senare lika väl som de förra äro grundade på »thet, som gemenskapen sker. Begge äro the förnuftige häraf författade slut; och begge tåla the, at parten får wederlägga thessa *præsumtioner* och wisa *contrarium*, om han gitter.»

¹⁰⁰ Denna mening delas af många. Redan *Nehrman*, sid. 281 § 17, säger, att man med större fog kan kalla *præses juris et de jure* »en Lag, hwaremot ingen tala bör», än en presumption. Se ang. ifrågavarande presumtioner *Hedemann*, sid. 73—76.

d) Till en fullständig behandling af ämnet, hvilka fakta utan bevis läggas till grund för dom, hör ock frågan, om dom i mål angående ansvar för brott har bindande verkan i annat mål, i hvilket afgörandet är beroende af, huruvida brottet blifvit begånget. Frågan är företrädesvis af vikt beträffande privaträttsliga anspråk (skadestånd eller annan civil påföljd) på grund af brott, som förut varit föremål för talan enbart om ansvar. Då dessa mål enligt vår rätts princip för gränsbestämning emellan tvistemål och brottmål (se § 2 i detta arbete) ha karaktären af brottmål, faller frågan mestadels utom ramen för detta arbete, som ju angår endast civilprocessen. Men äfven i ett tvistemål kan afgörandet bero på, huruvida brottslig gärning blifvit begånget, och det uppkastade spörsmålet bör därför här ej lämnas oanmärkt.

Vår rätt innehåller ej något stadgande i förevarande afseende. Praxis torde gå i den riktningen, att domen i målet om ansvar är bindande gentemot den, som varit tilltalad, åtminstone om den varit fällande ¹⁰¹.

e) Det har af den föregående framställningen framgått, att domstol dömer på grundvalen af sådana fakta, som den med stöd af bevisdata håller för sanna eller som enligt ofvan utvecklade regler skola utan bevis anses stå fast. Till sist må nu den frågan uppkastas, huruvida domen grundas jämväl på fakta, som, ehuru de icke tillhöra någon af de nämnda kategorierna, likväl äro att antaga för sanna. Frågan förefaller egendomlig, och det må genast nämnas, att den har uteslutande teoretisk innebörd och icke skulle här ha framställts, om jag icke funnit mig böra beröra den inom processdoktrinen uppkomna tvistepunkt, på hvilken den hän syftar. Meningen med det sagda tydliggöres genom följande kortfattade anmärkningar.

¹⁰¹ Jag finner ej anledning att gå närmare in på ämnet utan hänvisa till den utredning, som förefinnes i Processkommissionens betänkande III sid. 147—149; däri nämnas ock några rättsfall.

Otvifvelaktigt är, att en domstol icke kan döma till förman för en part på grund af ett faktum, för hvilket han är bevisskyldig, utan att detta faktum antingen är bevisadt eller, enligt hvad nyss sades, ändock skall anses stå fast. I ett mål om kraf på grund af försträckning må domstolen således icke bifalla krafvet, med mindre det ena eller andra af de nämnda alternativen föreligger, likasom domstolen ej heller kan ogilla krafvet på grund af påstådd återbetalning, där ej en sådan förutsättning beträffande betalningen är för handen. Frågan gäller endast, huruvida, då part icke fullgjort sin bevisskyldighet rörande ett af honom påstådt faktum, domstolen har att bygga på motsatsen till samma faktum. I viss mening måste uppenbarligen denna fråga besvaras jakande. Då domstolen icke kan grunda sitt afgörande på antagandet, att försträckning eller återbetalning egt rum, måste den döma så, som om faktum ej inträffat. Men spørsmålet afser ej detta själfklara förhållande, utan det går ut på, huruvida icke domstolen måste grunda sitt afgörande på antagandet, att försträckning eller återbetalning ej skett, eller, ännu tydligare uttryckt, på en fastställelse, att ett sådant faktum ej inträffat. Då domstolen naturligtvis öfver hufvud icke kan enbart på grund af den omständigheten, att parten icke fullgjort sin bevisskyldighet beträffande ett af honom åberopadt faktum, anse det bevisadt (d. ä. vinna den öfvertygelse om hur det förhåller sig, som juridisk visshet innebär), att faktum icke inträffat, betyder ett jakande svar på spørsmålet, att domstolen bygger på en s. k. formell sanning angående det ifrågavarande faktiska förhållandet. Lösningen af detta problem hör lämpligen till den framställning, som skall behandla bevisskyldigheten.

§ 87.

Legal bevisteori och fri bevispröfning.

A. Allmänna anmärkningar angående bevisteorierna och deras innebörd samt jämförelse dem emellan.

Såsom redan förut framhållits (sid. 527), handlar 17 kap. RB om bevis för fakta, och de regler, som där äro gifna, ha ej någon tillämpning i afseende å rätts- och erfarenhets-satser. Den motsats, som kommer till uttryck i de båda i denna §, särskildt med hänsyn till vår gällande rätt, utvecklade grundsatserna, står också i relation allenast till styrkandet af fakta, och blott härom är i det följande fråga.

Den första uppgiften måste naturligen vara att bestämma innebörden af ifrågavarande mot hvarandra ställda grundsatser. Motsatsen gäller domstolens ställning till fastställandet af hvad som beträffande det faktiska (saksammanhanget) är att hålla för sant i målet. Den legala teorien binder härvid domaren genom regler i lag, medan principen om fri bevispröfning låter honom fritt bilda sig en öfvertygelse och lägga denna till grund för sitt afgörande. Domarens bundenhet resp. frihet kan röra dels frågan, hvilka bevismedel (upplysningskällor) han får begagna sig af, dels värderingen af de i rättegången åvägabragta bevisgrunderna. I det senare afseendet kan en legal värdesättning ha större eller mindre utsträckning och genomföras efter olika grunder. Den har erhållit en positiv, starkare, och en negativ, svagare, utformning. Enligt den förra är domaren förpliktad att vid ett visst mått af bevis hålla ett faktum för sant; enligt den senare får domaren först om ett visst mått af bevis föreligger hålla ett faktum för sant men är ej därtill förpliktad¹. Utmärkande för den mera genomförda

¹ Exempel på det förra är vår lags stadgande i 17:29 RB, att två vittnen äro fullt bevis. Exempel på det senare finner man i en österrikisk straffprocesslag af 1803, som innehöll ett stadgande, enligt hvil-

legala värdesättningen, sådan den framträdt i lagarna, är dess aritmetiska karaktär. Det har sålunda skilts emellan helt (eller fullt), halft, mer än halft och mindre än halft bevis.

Om man betraktar den allmänna europeiska rättsutvecklingen på förevarande område, finner man, att det öfver hufvud förhåller sig så, att bundenhet för domaren vid uppskattningen af värdet af fördt bevis förknippats med regler, som från beaktande uteslutit vissa upplysningskällor, men att å andra sidan dylika regler ej ansetts oförenliga med frihet i det förra afseendet. I enlighet härmed bestämmes ofta grundsatsen om fri bevispröfning sålunda, att man därunder blott inrymmer domarens frihet att värdera ett lagligen fördt bevis. Och härpå ligger ock gifvetvis hufvudvikten. Äfven den lagstiftare, som principiellt till fullo hyllar nyssnämnda grundsats, kan af praktiska skäl vara böjd för att ej medgifva användandet af bevismedel, hvilkas otillförlitlighet är särskildt utpräglad (t. ex. förhör med sinnessjuka personer), och man ser i allmänhet ej häri någon egentlig eftergift för legal bevisteori på den motsatta grundsatsens bekostnad.

Af det ofvan anförda torde framgå, att den motsats, som kommer till uttryck i begreppen legal bevisteori och fri bevispröfning, icke berör sådana bevisregler, som föreskrifva ett visst sätt för upptagande af bevis eller eljest angå det yttre förloppet vid bevisföring. Syftet med dylika regler, hvilka icke i någon bevislag kunna h. o. h. undvaras, är icke att inskränka domarens frihet vid bedömandet af hvad som är att hålla för sant i målet, utan syftet är att bereda garantier i andra afseenden; det kan sålunda gälla iakttagandet af former, som öka bevisets tillförlitlighet eller betrygga parternas rätt att öfvervara bevisföringen och yttra sig öfver hvad därvid förekommit m. m.

ket två vittnen i allmänhet erfordrades för fullt bevis, utan att dock domaren skulle vara förbunden att mot sin öfvertygelse döma i enlighet med två vittnens utsagor; jfr därom *Lindblad*, *Läran om bevisning* s. 28.

Den frihet för domaren, som principen om fri bevispröfning afser, får, såsom redan tidigare antydts (sid. 532) och ytterligare här må understrykas, icke förstås så, som om han skulle ega bygga sitt domslut på en rent personlig och individuell eller, som man också plägar uttrycka det, en rent subjektiv öfvertygelse om faktas sanning. Domarens öfvertygelse skall vara objektivt grundad i den mening, som förut angifvits (sid. 532). Häri ligger en oundgänglig garanti mot godtycke och en betingelse för rättskipningens säkerhet, som ej kan eftergifvas. Mot detta kraf kan ej med fog invändas, att domaren sålunda kan blifva nödsakad att döma på premisser, som han ej anser riktiga. Hvarje möjlighet härtill bör man ingalunda genom att häfda principen om fri bevispröfning söka utesluta, ehuru visserligen ej sällan i framställningarna angående detta ämne syftet att låta domaren fritt följa sin öfvertygelse betonas med sådan styrka, att den nu framhållna begränsningen ej synes vederbörligen beaktad. Att begränsningen, sedd från synpunkten af processens uppgift att fastställa hvad som är rätt, i fullaste mått förtjenar att kallas själfklar, torde icke behöfva närmare utvecklas. Utan densamma kunde rättskipningen urarta till den största godtycklighet och förlora allt förtroende hos folket; domarens alldeles oinskränkta frihet att döma efter sin öfvertygelse kunde, exempelvis, leda därtill, att han allenast på grund af sin rent personliga bekantskap med endera parten och sitt därpå beroende förtroende till sanningsenligheten af hans uppgifter toge dessa för goda och dömde i enlighet därmed². — Äfven med allt

² Hvad jag i texten velat göra gällande är emellertid ingalunda oomtvistadt. I annan riktning har mycket bestämdt uttalat sig särskildt *O. Augdahl*, Om bevisbyrden i tvistemål, Oslo 1929, sid. 8—10. Förf:n förklarar, att den fria bevispröfningens princip »helt henskyter *bevisbedömmelsen*, til den enkelte dommers egen overbevisning — altså hans 'personlige', 'individuelle', 'subjektive' overbevisning». Den af de flesta processualister omfattade meningen, att domarens öfvertygelse skall vara grundad på objektiva moment, d. v. s. sådana, som

beaktande af hvad nu framhållits bibehåller dock väsensskillnaden emellan legal bevisteori och fri bevispröfning sin betydelse oförminskad. Den berör nämligen ej distinktionen emellan subjektiv och objektiv öfvertygelse utan har, såsom förut betonats, afseende å frågan, huruvida domaren, då han fastställer hvad som är att hålla för sant, skall vara bunden af regler i lagen eller ej.

I lagar, i hvilka principen om fri bevispröfning är fullt rådande, plägar detta gemenligen komma till uttryck så, att domaren förklaras skola lägga till grund för domen hvad han med fäst afseende å allt hvad i målet förekommit finner

måste antagas leda erfarna, förståndiga och opartiska män i allmänhet till samma slutsats, finner förf:n icke kunna tillerkännas större betydelse än såsom ett välment råd till domaren att icke låta leda sig af sina känslor eller sina personliga sympatier och antipatier. »En dommer», fortsätter förf:n, »har åpenbart icke å spørre sig selv: Mon tro hvilken overbevisning kyndige og upartiske menn — f. eks. herr A. og herr B. — måtte kunne nå frem til på grundlag av det i denne prosess fremkomne? Han har derimot å stille sig følgende spørsmål: Hvilken overbevisning er *du* — som den presumtivt kyndige og upartiske mann *du selv er* — nådd frem til? Er du overhodet blitt overbevist?» — Denna ståndpunkt är enligt min uppfattning synnerligen farlig; den kan, omsatt i handling, lätt leda till en bevispröfning, som saknar det allvar och den grundlighet, som utgöra nödvändiga garantier för en god rättskipning. På domaren lägges ej ett obehörigt tvång, om man fordrar, att han icke stöder sin öfvertygelse om hvad som är sant på andra grunder än sådana, som hans kunskaper och lifserfarenhet säga honom ha betydelse ej blott för honom själf utan äfven för andra. Man torde kunna påstå, att så framt lägre domstols pröfning af bevisfrågan kan genom klagan i högre rätt hänskjutas till dennas öfverpröfning, den lägre domstolen icke bör få grunda sin pröfning af nämnda fråga på annat än objektiva moment; en rent »personlig», »individuell», »subjektiv» öfvertygelse om hvad som är att hålla för sant kan icke göras till föremål för en verklig, af lagen åsyftad öfverpröfning. — Enligt *Heimer*, Om bevisbördan (1930) sid. 48 f., är det lämpligare att ersätta den vanliga motsättningen emellan en rent subjektiv och en objektivt grundad öfvertygelse («den öfvertygelse, som en *bonus paterfamilias* skulle bilda sig i det föreliggande fallet») med motsättningen emellan »domarens personliga öfvertygelse om hvad som förekommit» och hans »öfvertygelse om att det finns bevis härför». Någon skillnad i sak emellan det ena och andra torde dock ej finnas.

vara sant³. Denna anvisning åt domaren att fritt bilda sig en öfvertygelse om det faktiska på grundvalen af hela det i processen åvägabragta materialet bör icke utan vidare likställas med en maning att låta totalintrycket af materialet vara afgörande. Detta totalintryck är, såsom med rätta anmärkts⁴, icke någon bevis- och domsgrund, eller, för att måhända ännu tydligare hålla fram hvad det här är fråga om, domaren eger icke med stöd af blott ett totalintryck och en hänvisning till ett sådant intryck lägga vissa fakta till grund för domskonklusionen. Det åligger honom att för sig själf och genom domsaffattningen för andra göra reda för de grunder, på hvilka han stöder sin öfvertygelse om sanningen af de faktiska premisserna⁵. Detta innebär ej ett misskännande af, att han vid beaktande af allt, som talar för eller mot antagandet af ett faktums sanning, måste komma till en totaluppfattning, alltså ett slutligt omdöme; det gäller endast ett med godkännandet af den fria bevispröfningens princip nödvändigt förbundet häfdande af, att grunderna för omdömet måste klargöras i domarens medvetande vid omdömesbildningen och i domen vid formuleringen af domskälen. — Huru det i ifrågavarande afseende förhåller sig, om domaren har att följa en lag, i hvilken den legala bevisteorien upptagits, finner man snart vid närmare öfvervägande. Domaren kan öfver hufvud icke förfara annorlunda än så, att han vid pröfningen af hvad som är att hålla för sant skiljer emellan olika slag af bevis, sammanställer de resultat, till hvilka de hvar för sig ledt, och ser till, huru det ena beviset inverkar på det andra, för att sålunda nå fram till ett slutresultat. Uppenbart är, att den nu angifna metoden måste iakttagas ej blott af domaren vid afgörande af de konkreta fallen utan jämväl af processteo-

³ Se ofvan sid. 578 f. not 46.

⁴ Se *Wach*, Vortråge sid. 215. Han yttrar, att under detta ord allt för lätt dölja sig nebelhafte Vorstellungen und undisciplinirtes Denken.

⁵ Se ofvan sid. 532.

retikern vid den systematiska behandlingen af en lag, som omfattar den legala teorien.

Tidigare i detta arbete (§ 1 sid. 19 f.) har jag tagit ställning till den bekanta frågan, huruvida civilprocessen eftersträfvar »materiell» (= verklig) sanning eller nöjer sig med en s. k. formell sanning, och jag har därvid bestämdt uttalat mig för den meningen, att det förra är fallet⁶. Det är tydligt, att, om man ser ett uttryck för motsatsen i de processuella principer och regler, hvilka begränsa det material, på grundvalen hvaraf domaren har att pröfva, till hvad parterna infört i rättegången eller binda honom vid bedömandet af de i detta material innefattade bevisdatas värde, om dömet bör utfalla annorlunda. Men den synvinkel, man därvid begagnar, är för trång. Det kommer ej uteslutande an på, huruvida domaren är i särskilda fall på grund af lagens bud hindrad att fritt följa sin öfvertygelse eller nödgas att grunda sin dom på fakta, hvilkas riktighet han be tviflar, utan man bör ock taga hänsyn till det syfte, lagstiftaren uppställt och fullföljer med de regler, genom hvilka han ordnat processen. Har syftet därvid varit att m. h. t. det största möjliga antalet fall garantera sanningens och den materiella rättens seger, så bör man för visso ej påstå, att civilprocessen låter det bero vid en s. k. formell sanning. Man bör följaktligen ej hålla fram såsom en olikhet emellan legal bevisteori och fri bevispröfning, att den förra i motsats till den senare sätter som sitt mål en blott formell sanning. Båda principerna ha till ändamål befrämjandet av verklig sanning och materiell rätt, och de skilja sig i förevarande afseende från hvarandra endast genom de medel, af hvilka de därvid betjena sig. Detta belyses närmare genom de anmärkningar, som i det följande egnas åt en jämförelse mellan de båda principerna m. h. t. den enas eller andras företräde.

⁶ *Wach*, Vorträge sid. 198 ff., är den författare, som bestämdast uttalat sig för det andra alternativet eller hvars uttalanden i denna del mest uppmärksammats.

Få ämnen ha sedan gammalt inom rättsvetenskapen omfattats med så stort intresse och gjorts till föremål för så omfattande och grundliga undersökningar som bevisteorierna, den legala teorien i dess olika skiftningar och den fria bevispröfningens teori. Här kan ej lämnas någon framställning af den allmänna europeiska utvecklingen på detta område, vare sig inom doktrinen eller lagstiftningen⁷. Med detta arbetes plan är blott förenligt att i korthet framlägga och granska de skäl för den ena eller andra teorien, som förtjena beaktande. En dylik granskning formar sig i nutida processdoktrin nästan undantagslöst till en kritik af den legala teorien och ett påvisande af dess ohållbarhet. Inom den svenska litteraturen må sålunda i synnerhet hänvisas till *Afzelius*⁸, hvars uttalanden klart och öfvertygande återgifva de hufvudsakliga skäl, som kunna anföras mot den legala teorien och vanligen i sådant syfte åberopas. Dessa skäl kan man sammanfatta i några få ord. Då denna teori förbjuder domaren att begagna vissa medel för vinnande af visshet om de i rättegången relevanta fakta, tager den ej tillbörlig hänsyn till att det näppeligen finnes någon öfver hufvud tänkbar upplysningskälla, som, hur otillfredsställande den än i allmänhet må vara, icke i särskilda fall förmår åstadkomma en sannolikhet, som vare sig ensam eller i förening med andra bevisdata gifver juridisk visshet. Då vidare ifrågavarande teori åsätter bevisgrunder vissa värden samt, där den konsekvent utföres, bestämmer, att domaren å ena sidan icke får lägga ett faktum såsom styrkt till grund för domen, med mindre ett visst mått af bevis föreligger, å andra sidan måste göra detta, om det fastställda måttet presterats, förbiser den, att bevisdata, af hvad slag de vara må, icke ha ett oföränderligt och under alla förhållanden lika värde utan under olika omständig-

⁷ Se en dylik framställning hos *Lindblad*. anf. arb. sid. 25—39. — Om den legala bevisteoriens uppkomst se *Hedemann*, Die Vermutung § 12.

⁸ Grunddragen af rättegångsförfarandet sid. 81 ff.

heter, hvilka kunna variera i det oändliga, göra, äfven vid ett fullt objektivt bedömande, ett olika intryck och sålunda kunna täcka hela sannolikhetsskalan från fullständig betydelselöshet till den höga grad af sannolikhet, som kännetecknas såsom juridisk visshet. Visserligen äro den legala bevisteoriens regler till sin innebörd bepröfvade erfarenhets-satser, åt hvilka lagstiftaren gifvit lagens sanktion, men vid deras upphöjande till bindande normer har ej, såsom vederbort, beaktats, att de satser, om hvilka fråga är, blott ut-säga hvad som vanligen eller i ett betydande antal fall eger rum och icke äro uttryck för en på erfarenheten grundad undantagslös regel. I anslutning härtill har det ofta påståtts, att principen om fri bevispröfning är en sträng konsekvens af det juridiska bevisets natur. Detta har nämligen till ändamål att åstadkomma juridisk visshet, och då sådan visshet är liksom all annan historisk visshet endast en viss grad af sannolikhet, låter det sig icke efter allmänna, en gång för alla fastslagna, kriterier afgöra, när den är för handen⁸⁴.

Man skjuter emellertid öfver målet, då man, såsom ej sällan sker, vill göra gällande, att den legala teorien strider mot sakens natur. Detta vore fallet, om den innebure ett förpliktande för domaren att under fastställda villkor anse ett faktum för sant i den meningen, att han vore skyldig känna sig öfvertygad om dess sanning, men dess verkliga innebörd är uppenbarligen i grunden en annan, oafsedt de mindre väl valda ordalag, med hvilka den ej sällan karakteriseras. En legal bevisregel bär ej våld på domarens *öfvertygelse*, innefattar ej ett åsiktstvång utan antingen nödgar honom endast till att *behandla* ett faktum såsom sant eller m. a. o. till att därtill knyta en rättsverkan eller ock omvänt hindrar honom därifrån. Den legala teorien kan

⁸⁴ Inom litteraturen kännetecknas ofta, äfven i anslutning till principen om fri bevispröfning, ett bevis, som gifver juridisk visshet, såsom ett fullt bevis. Att därmed ej afses ett bevis af en viss bestämd kvantitet, är uppenbart; jfr sid. 530.

därför ingalunda med fog klandras såsom förnuftsvidrig, utan kritiken bör inskränka sig till att ådagalägga, att denna teori mindre väl sörjer för rättskipningens säkerhet än grundsatsen om fri bevispröfning och följaktligen har till resultat en större procent felbedömda fall än den senare.

Om riktigheten af det nu anförda borde knappast kunna råda någon meningsskiljaktighet. Resonemanget har, såsom man torde finna, utmynnat i ett häfdande af, att frågan om den ena eller andra principens företråde icke är enbart en teoretisk fråga utan i främsta rummet en praktisk. Såsom sådan är den för sin lösning beroende af de faktiska förhållanden, med hvilka man har att räkna. Den legala bevisteorien har en dubbel syftning. Den vill dels skydda den rättssökande allmänheten mot godtycke från domstolarnas sida dels hjälpa domaren, som antages icke alltid besitta tillräcklig kunskap och lifserfarenhet för att utan ledning af lagen kunna i sin bevispröfning träffa det rätta. Där domstolsorganisation och domarekår äro så beskaffade, att en dylik garanti mot domstolsöfvergrepp och ett dylikt stöd åt den enskilde domaren äro af behovet påkallade, där kan den legala teoriens tvång vara att föredraga framför den obegränsade frihet, som den andra grundsatsen förlänar domstolarna. Men med hänsyn till nutida samhällsförhållanden i vårt land bör utan all tvekan valet emellan de båda principerna utfalla till förmån för den fria bevispröfningen. Det torde ej heller från något vederhäftigt håll ifrågasättas annat, än att en svensk processreform på bevisrättens område bör gå i den nu angifna riktningen.

Upprepade gånger har inom litteraturen och i förarbeten till processreformförslag framhållits, att det består ett samband emellan bevisteorien (legal bevisteori eller fri bevispröfning) och rättegångssättet, d. v. s. frågan om dess muntlighet eller skriftlighet⁹. Att ett sådant samband finnes,

⁹ Se härom *min* skrift, Om grunderna för en processreform, i Svensk Juristtidn. 1927, särsk. sid. 265, och i åtminstone delvis annan

ligger i öppen dag. För min del vill jag, i motsats till en ganska allmänt omfattad mening, som går längre, bestämma sammanhanget på följande sätt. Processmaterialet kan och bör i en process, där partsförhandlingen är muntlig och — det må tilläggas — bevisomedelbarhet råder, och där domstolarna följaktligen förmå utöfva en stark processledning, blifva rikare och mångsidigare än i en skriftlig process¹⁰. Det kan inrymma moment, hvilka i en skriftlig process ej skulle framkommit och hvilka domstolen, om den är obunden i sin bevispröfning, eger tillgodogöra sig för fastställande af saksammanhanget. Och ju fylligare det material är, till hvilket domstolen kan taga hänsyn, desto träffsäkrare och pålitligare måste enligt sakens natur domarens fria sanningspröfning gestalta sig. Härmed är emellertid ingalunda gifvet, att legal bevisteori och skriftligt rättegångssätt nödvändigt höra samman. Det kan sålunda icke med fog påstås, att en processlag, som hyllar skriftlighetsprincipen, nödvändigt måste upptaga t. ex. bestämmelser om vittnesjäf eller regeln, att två vittnen äro fullt bevis; fri bevispröfning är ingalunda oförenlig med skriftlighet och leder säkerligen, förutsatt att domstolsinrättningen är betryggande, till bättre resultat än en legal bevisteori. För öfrigt må ej förbises, att den numera aktuella frågan om sambandet emellan bevisteorien och rättegångssättet ej har afseende å den i en trängre mening skriftliga processen eller m. a. o. å en process med skriftlig partsförhandling. Divergensen rör hufvudsakligen allenast, huruvida fri bevispröfning för sitt framgångsrika genomförande ovillkorligen förutsätter en s. k. *modernt* muntlig process eller icke går fullt tillfredsställande samman med en process, i hvilken förhandlingsformen är muntlig och bevisomedelbarhet rådande men processmaterialet skall i det väsentliga protokollföras. Uppenbart torde vara, att den omständigheten, att process-

riktning *Engströmer*, Muntlighet och fri bevispröfning i rättegången, i Sv. Juristtidn. 1928.

¹⁰ Jfr därom §§ 68 och 69 i detta arbete.

materialet i det väsentliga protokolleras, icke kan i och för sig lägga hinder i vägen för fri bevispröfning. Meningskiljaktigheten reducerar sig naturligen till, huruvida fri bevispröfning påkallar, att det dömes omedelbart på grundvalen af det inför domstolen muntligen anförda, eller fungerar till full belåtenhet äfven då det dömes med stöd af protokollet. Om det senare förnekas, kan det förnämligast bero blott därpå, att protokollet förmenas icke kunna upptaga alla de moment, som en fri bevispröfning eger och bör tillgodogöra sig. Denna åsikt om protokollets bristande förmåga att återgifva är tydligtvis delvis men ingalunda i allo riktig. Det är egentligen endast vissa rent personliga moment — domarens intryck af de i målet uppträdande personerna o. dyl. — som icke kunna annat än ganska ofullkomligt upptecknas och som därför, om det ej dömes medan domaren ännu fullt erinrar sig hvad som förekommit under handläggningen, falla bort vid bevispröfningen¹¹. Men dylika moment spela öfver hufvud endast en underordnad roll, och det är farligare att öfverdriva deras vikt än att lämna dem obeaktade¹². I all synnerhet beträffande processen i högre instans är den nu åsyftade divergensen af betydelse. Dömes det i underrätt efter muntlig partsförhandling och efter bevisning, som försiggått omedelbart inför processdomstolen, under det att i högre instans underrättens protokoll är enda domsgrund, så synes processen i dess helhet ha illa tillrättalagts för den fria bevispröfningens grundsats; villkoren för dess genomförande äro ju nämligen sämre i högre instans än i under-

¹¹ Jfr härom hvad jag yttrat sid. 117 f. i andra bandet af detta arbete. Dessutom vill jag hänvisa till de synnerligen beaktansvärda uttalandena af *O. W. Staël von Holstein* i *Tidskr. f. Retsv.* 1890 sid. 293 ff.

¹² Jag hänvisar här till hvad jag yttrat sid. 117 f. i andra bandet af detta arbete äfvensom i *Sv. Juristtidn.* 1927 sid. 255. Se ock *Wach*, *Vorträge* sid. 214 f., som varnar för att låta ett vagt förtroende för personen spela någon roll.

rätten. Härmed ha vi emellertid kommit in på det vidtfamnande komplex af spørsmål, som angå hufvudgrunderna för rättegångsförfarandet i dess helhet, särskildt m. h. t. en svensk processreform. Jag måste här inskränka mig till att framhålla, dels att enligt min åsikt det nuvarande förfarandet i högre instans ingalunda bör oförändradt bibehållas utan fasthellre ordnas så, att parterna få tillfälle att muntligen utveckla sin talan och domstolen kan omedelbart höra vittnen och sakkunnige¹³, dels ock att jämväl en modernt muntlig process icke för vårt lands del kan utan långtgående modifikationer genomföras, framför allt beträffande de högre instanserna, hvadan jämväl den, som förklarar sig principiellt hålla fast vid den moderna muntligheten, i stor utsträckning har att räkna med fri bevispröfning af material, som innefattas i ett protokoll. Praktiskt taget får på detta sätt ifrågavarande meningsskiljaktighet en mycket liten räckvidd.

Slutligen må några ord inflyta om förhållandet emellan parts beviskyldighet och bevisteorien. Man går för långt, om man, såsom på sina håll antydts, vill göra gällande, att fri bevispröfning icke medgifver fasta regler angående bevisbördans fördelning emellan parterna, men å andra sidan står likväl bevisteorien i en betydelsefull relation till bevisbördeproblemet. Fri bevispröfning kan nämligen leda domaren till en bestämd öfvertygelse om hvad som är sant i många fall, där han, om han varit bunden af legala bevisregler, icke skulle kunnat döma på grundvalen af styrkta fakta utan måst afgöra målet efter bevisbördeprinciper. Det förhåller sig följaktligen så, att bevisbördeproblemet faktiskt förlorar i vikt, om fri bevispröfning är rådande och framgångsrikt genomföres. Denna fråga står, som man genast finner, i närmaste sammanhang med läran om bevisbördan, till hvilken därför hänvisas.

¹³ Jfr *min* ofvan citerade skrift, Om grunderna för en processreform, äfvensom § 69 i detta arbete.

B. *Svensk rätt enligt 17 kap. RB.*

I. Öfvergå vi härefter till svensk rätt, så är det m. h. t. såväl den historiska utvecklingen som lagens innehåll uppenbart, att man vid bedömandet af hvilken ståndpunkt den intager har att beakta samtliga regler, som angå domarens bundenhet eller frihet beträffande såväl valet af bevismedel som uppskattningen af fördt bevis. Lagen inrymmer *bindande* regler i båda dessa afseenden, och de böra alla sammanfattas under rubriken legal bevisteori. Å andra sidan har lagen i afsevärd utsträckning lämnat domaren frihet vid bevispröfningen. Att i alla detaljer påvisa, i hvad mån det ena eller andra är förhållandet, hör till redogörelsen för de särskilda bevismedlen, och i denna § bör endast upptagas en allmän öfversiktlig framställning af den ena och andra kategoriens regler och deras inbördes växelverkan. Vid denna öfversikt kommer det att visa sig, att lagen på åtskilliga punkter är dunkel, så att det näppeligen är möjligt att med full säkerhet uttala sig. I stort sedt är det naturligtvis riktigt att utgå därifrån, att domaren är fri i den mån han ej är genom lagstadganden bunden. Det kunde därför synas, som om man vid undersökningen borde förfara helt enkelt så, att man toge fasta på de lagbud, som binda domaren, och uppvisade deras räckvidd, och i öfrigt utan vidare ansåge full frihet råda. Men lagbudens delvis dunkla innehåll och deras nära samhörighet tillåta ej en konsekvent tillämpning af en dylik undersökningsmetod; samtliga hörande lagbud böra, som sagts, tagas i öfvervägande.

Den frågan har ofta uppkastats, huruvida vår bevislag — 17 kap. RB — behärskas af en legal bevisteori eller ej, och olika svar ha afgifvits¹⁴. Vare sig det ena eller andra

¹⁴ *Lindblad*, anf. arb. sid. 36 f., kommer, efter att ha ställt emot hvarandra stadganden i vår lag, som binda domaren, och sådana, som medgifva fri bevispröfning, till det resultatet, att vi icke ega »någon legal bevisnings-theorie i egentlig mening». Likaledes finner *Stäel von Holstein*, i Tidsskr. f. Retsv. sid. 282, att 1734 års lag icke innehåller »något s. k. legalt bevissystem». Däremot har *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet sid. 86 (se ock samme förf. Parts ed

svaret lämnas, är det emllertid omöjligt att förbise, att lagens system utgör en kombination af legal bevisteori och fri bevispröfning, hvartill må läggas rester af det från medeltiden stammande formella beviset. Att 1734 års lagstiftare skulle kunnat tilldela den legala bevisteorien en allenahärskande ställning, är enligt sakens natur alldeles uteslutet. Bortsedt från antydda rester af det formella bevissystemet, fordrar lagen ett materiellt bevis, d. v. s. ett bevis, som i hvarje särskildt fall är egnadt att bibringa domaren en öfvertygelse om hur det förhåller sig med saksammanhanget, och därmed låter ej förena sig, att domaren skulle kunna vid fastställandet af hvad som är att hålla för sant i allo bindas genom ett uttömmande system af regler. Då man därför i allmänhet påstår, att i vår lag den legala bevisteorien råder, kan detta endast betyda, att man antingen vid en jämförelse mellan det område, som täckes af denna teori, och det åt grundsatsen om fri bevispröfning anvisade finner det förra ha större utsträckning än det senare eller ock fäster sig vid, att vissa regler, som inom processdoktrinen af ålder framhållits såsom karakteristiska för den legala teorien, återfinnas i vår lag. Läger man afgörande vikt på den senare omständigheten, har man visserligen grundad anledning att förklara vår lag hylla sagda teori. Låter man det däremot komma an på den förenämnda jämförelsen, synes det mig vara minst lika riktigt att betona, hurusom grundsatsen om fri bevispröfning vunnit erkännande, som att framhålla den legala teoriens herravälde. I hvarje fall må — hvilkendera af de båda ståndpunkterna man nu än anser sig böra utpeka såsom den mest framträdande — ej förgätas, att lagstiftaren blott med betydande modifikationer godtagit den legala teorien. För min

sid. 121), förklarar, att 1734 års lag »står på den legala teoriens grund»; sammaledes *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 67, *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 95, m. fl. Allmänt anmärkes emellertid af de senare författarne, att den legala teorien endast med betydande modifikationer omfattats af lagstiftaren.

del har jag närmast kommit till det resultatet, att de gränser, inom hvilka domaren må fritt pröfva, enligt lagen äro mycket vidare, än man i allmänhet är böjd för att antaga eller uppmärksammar.

En undersökning af svensk rätt måste först och till en hufvuddel afse de stadganden, som finnas i 17 kap. RB. Uppgiften må förefalla otacksam i betraktande af, att kapitlets innehåll, enligt hvad alla torde vara ense om, till stor del är föråldradt och bör i en ny lag ersättas af bestämmelser, i hvilka vår tids uppfattning om det olämpliga i att binda domaren vid bevispröfningen kommer till uttryck. Den är dock, så länge lagen ej är upphäfd, ofrånkomlig och dessutom ingalunda utan sitt gagn jämväl *de lege ferenda*, i ty att man nämligen tvingas att taga i öfvervägande åtskilliga betydelsefulla spörsmål, som eljest näppeligen skulle framkommit. — Huruvida och i hvad mån domstolarna fortfarande tillämpa ifrågavarande stadganden, skall senare göras till föremål för utredning.

II. Lämpligen göres början med frågan, om domstolarna äro fullt fria eller i större eller mindre mån bundna beträffande valet af medel för vinnande af visshet om fakta. Den i 17 kap. RB innefattade uppräknningen af bevismedel är, såsom tidigare påpekats (sid. 532 ff.), icke uttömmande, såframt man nämligen vill hänföra syn och sakkunnige till bevismedlen. Med fäst afseende å detta tillskott kvarstår emellertid frågan. Sätillvida är den klar, som en inskränkning i domstolarnas ifrågasatta frihet är gifven i o. m. bestämmelserna om vittnesjäf; genom dem har det i en utsträckning, som det här ej är platsen att närmare angifva, betagits domaren rätten att genom förhör med personer, mot hvilka jäf föreligger, skaffa sig upplysningar. För öfrigt anvisar lagen alla de vanliga utvägarna för styrkande af fakta, nämligen syn af domstolen, skriftliga handlingar samt utsagor af parter eller utom rättegången stående personer, och bevis kan föras ej blott direkt utan äfven indirekt. Vill man

ytterligare urgera frågan, så att den kommer att åsyfta jämväl andra tänkbara upplysningskällor — man kan ju, om ej för annat så för kuriositetens skull, tänka på äfven sådana medel som hypnotiska och spiritistiska experiment — synes mig svaret enligt vår lag endast kunna blifva det, att domstol icke får lämna sin medverkan till upptagande af andra bevis än de förberörda af lagen sanktionerade. Sätillvida är följaktligen domaren begränsad till användande af vissa bevismedel. Mot en dylik bundenhet kan — om man tillika såsom en själfklar, om ock oskrifven, regel fastslår, att domaren bör vara bunden af sin tids och sitt folks allmänna kulturståndpunkt — näppeligen vara något att invända. För öfrigt är spørsmålet i den utsträckning, det här erhållit, skäligen betydelselöst, ty principiellt måste anses gälla, att hvilka omständigheter som helst, de där rimligen kunna tilläggas något bevisvärde, kunna komma i betraktande såsom indicier¹⁵. Hufvudvikten ligger sålunda icke på att framhålla någon brist på frihet för domaren i förevarande afseende utan fasthellre på att betona hans rätt och plikt att taga hänsyn till alla moment, som framkomma under rättegången och äro af beskaffenhet att utgöra hållpunkter för utrönande af saksammanhanget, detta — och härpå ligger ej minst vikt — ej blott om de framgå af anställd bevisföring utan äfven om de ha sin källa i förhandlingen emellan

¹⁵ Det är vanligt att såsom ett uttryck för, att vår lag omfattar den legala teorien, framhålla, hurusom den icke medger användandet af andra än vissa nämnda bevismedel; se sålunda *Atzelius*, Parfs ed sid. 121, och *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 95, hvilken sistnämnde författare yttrar, att »den legala teoriens inflytande visar sig redan därl, att lagen uppräknar de särskilda bevis, som öfver hufvud kunna användas, och kännetecknar dem såsom *laga bevis*». Det är emellertid näppeligen träffande att se ett uttryck för en legal bevisteori i lagens angifvande af vissa bevismedel. En sådan uppräknning finner man jämväl i lagar, som uttryckligen medgifva fri bevispröfning, och den finner sin fulla förklaring i de regler, som äro anknutna till de särskilda bevismedlen och hvilkas iakttagande gör dem till laga bevis. Det är ej uppräknningen af vissa bevismedel utan det sätt, hvarpå de i vissa afseenden närmare reglerats, som bär vittne om en legal bevisteori.

parterna (se ofvan sid. 528). Jämväl det personliga intrycket af parterna och andra i rättegången uppträdande personer får härvid beaktas¹⁶. Vår lag förbjuder ej domaren att taga hänsyn till sådana moment, och det saknas anledning antaga annat, än att de inbegripas i de bindande omständigheter och liknelser, som afses i 17: 30 RB¹⁷.

III. Motsatsen emellan legal bevis teori och fri bevispröfning har, såsom förut antydts (ofvan sid. 621), sin hufvudsakliga betydelse beträffande frågan, huruvida domaren är bunden eller fri vid uppskattningen af de olika i processen åvägabragta bevisgrundernas bevisvärde. För att finna detta är det nödvändigt att genomgå de särskilda bevismedlen och granska de regler, som i förevarande hänseende äro gifna, hvarförutan den reglering, som kommit indiciebeviset till del, är att uppmärksamma. Det visar sig härvid, att en mera ingående undersökning är i detta sammanhang påkallad allenast i afseende å vittnesbeviset, indicierna och de spörsmål, som yppa sig, då bevis af olika slag, hänförande sig till samma faktum, föreligga, vare sig nu de stödjä hvarandra eller gå i olika riktningar.

a) Det ligger i själfva synebevisets natur, att några regler, som m. h. t. detta bevis binda domaren vid konstaterandet af hur det förhåller sig, ej kunna gifvas, och något i den vägen är ej heller att anteckna. Vidkommande sakkunnige må det vara nog med en hänvisning till tidigare yttranden, af hvilka framgår, att domaren står fri gentemot ett sakkunnigutlåtande¹⁸. Institutet parts erkännande ha vi ej anledning att nu stanna vid, ty en sådan partsförklaring har i civilproces-

¹⁶ Jfr ofvan vid not 12.

¹⁷ Ostadighet och tvetalan i vittnesmål ha betydelse för bedömandet af vittnesmålets trovärdighet; se 17: 26 RB. Det vore då onaturligt, om sådant ej finge spela någon roll vid pröfningen af partsförklaringar. Man torde icke betvifla, att så får ske i brottmål, och gifvetvis kan ej annat gälla i tvistemålen. Jfr för öfrigt de i 13 § af processreglerna till 1683 års Förordn. ang. Gen. och Reg.-Rätt samt till 1685 års Sjö-Acticlar (*Schmedeman* sid 835 och 961) nämnda indicierna.

¹⁸ Se detta band sid. 89—91.

sen endast till en ringa del någon betydelse såsom bevis. Likaledes må institutet parts ed här förbigås. Det intager bland bevismedlen en ställning för sig, i det att vid dess utformning en från det formella bevissystemet stammande tankegång i väsentlig mån gjort sig gällande.

Bland de i 17 kap. RB upptagna bevismedlen har lagstiftaren ställt skriftliga bevis främst. I fråga om värdesättningen af detta bevis har domaren fått obegränsad frihet. Lagen har i 17: 1 RB manat till en noggrann pröfning men icke i minsta mån bundit domaren vid denna pröfning, ja icke ens lämnat honom vägledande anvisningar. Genom att intaga denna ståndpunkt har lagstiftaren undandragit den legala bevisteorien ett betydande område.

b) Vittnesbeviset är det bevis, som framför andra behärskas af den legala teorien, och det är hufvudsakligen med tanke på detsamma, som den åsikten uttalats, att vår bevisrätt är grundad på denna teori. Å andra sidan stå vid sidan af legala regler angående detta bevis åtskilliga stadganden, som tillstädja fri bevispröfning däraf, och det torde af den nedan lämnade framställningen komma att framgå, att denna senare grundsats fått sig tillmätt ett utrymme, som är betydande både i anseende till utsträckning och innehåll.

Den legala teorien framträder i lagens bestämmelser, att vissa omständigheter göra en person inhäbil att vittna (vittnesjäfven), att två vittnen under vissa förutsättningar utgöra fullt bevis, samt att ett vittne under samma förutsättningar är att skatta till halft bevis.

1) Den egentliga grunden till uppställandet af vittnesjäfven är utan allt tvifvel den uppfattningen, att utsagor af vissa personer eller under vissa förhållanden äro så otillförlitliga, att sanningspröfningen bäst gagnas med, att de en gång för alla, alltså genom en allmän och ovillkorlig regel, fränkännas allt bevisvärde. Som naturligt är har tanken utförts så, att jäfviga personers hörande såsom vittnen för-

bjudits. Förbudet lider dock, enligt hvad 17: 14 RB närmare gifver vid handen, en inskränkning genom den möjlighet, som i nämnda § bjudits parterna att träffa öfverenskommelse om jäfvig persons hörande såsom vittne; vid förhör i dylikt fall afgifna vittnesberättelser ha samma värde som utsagor af ojäfviga vittnen.

2) Stadgandet i 17: 29 RB, att två vittnen äro fullt bevis, tolkas allmänt och bör otvifvelaktigt tolkas så, att domaren icke blott kan utan är förpliktad att under vissa betingelser, som nedan angifvas, betrakta ett faktum, hvilket af två vittnen intygats, såsom styrkt och således lägga det till grund för domen¹⁹. Man har sagt²⁰, att denna regel återgifver en af det formella bevisets grundtankar, eller, m. a. o., att partens framteende af två vittnen till stöd för sitt faktiska påstående skulle ha betydelse i likhet med en formell prestation, till hvilken knutits en ovillkorlig bevisverkan. Denna uppfattning af stadgandet gifver dock näppeligen rättvisa åt detsamma. Att verkan af fullt bevis tillagts två sammanstående vittnesutsagor, beror på lagstiftarens åsikt om deras förmåga att och anspråk på att öfvertyga. En materiell uppfattning af beviset har alltså varit bestämmande. Detta framgår ej mindre af stadgandets historiska ursprung än äfven af de villkor, till hvilka den lagbestämde verkan är knuten.

Regeln om två vittnen såsom fullt bevis stammar från den kanoniska rätten²¹, hvilken först i 1734 års lag lyckades, hvad svensk rätt angår, göra sin mening om tvåtalet såsom tillräckligt och afgörande för fullt bevis gällande gentemot

¹⁹ Se emellertid härom *Lindblad*, anf. arb. sid. 148.

²⁰ *Engströmer*, anf. arb. sid. 137.

²¹ Dess grund är den mosaiska rätten, se 4 Mose Bok 35 kap. 30 vers. samt 5 Mose Bok 17 kap. 6 vers. och 19 kap. 15 vers. På det första stället heter det, att en enda persons vittnesmål icke är nog för att man skall kunna döma någon till döden. På det andra säges detsamma med det positiva tillägget: »Efter två, eller tre vittnens utsago skall han dödas». Slutligen ges på det tredje af de citerade stäl-

den äldre rättens kraf på ett större antal vittnen²². Dess reella grund är dels erfarenheten om den höga grad af sannolikhet, som tillkommer två godkändbara vittnens sammanstämmande utsagor, dels insikten, att man genom att fordra mer skulle göra bevisningen alltför svår.

Vidkommande de betingelser, under hvilka verkan af fullt bevis tillkommer två vittnen, så äro de delvis af den art, att de icke tarfva vidare utläggning, eller i hvarje fall måste en sådan utläggning sparas till den särskilda framställningen af vittnesbeviset. Följande anmärkningar finner jag böra här inflyta.

Det är i förevarande stadgande fråga om utsagor af personer, som hörts och lagligen kunnat höras såsom vittnen i den rättegång, hvori utsagorna komma i betraktande såsom bevis. Häri innefattas åtskilliga kraf.

lena åt de nyss nämnda buden en generell tillämpning, i ty att det stadgas, att för hvad missgärning eller synd det vara må det icke är nog, att allenast ett vittne träder upp, hvarjämte tillägges: »Efter två eller efter tre vittnens utsago skall hvar sak afgöras». Dessa mosaiska lagbud antydast på några ställen i de nytestamentliga skrifterna; se sålunda Ev. enl. Matteus 18 kap. 16 vers och Ev. enl. Johannes 8 kap. 17 vers. Särskildt det senare stället är af intresse genom det sätt, hvarpå stadgandena i Mose lag återgifvas: »I eder lag är ju ock skrifvet, att hvad två människor vittna det gäller såsom sant». Se ock ang. de nu citerade bibelställena, bland andra, *Ørsted* i hans afhandling om vittnesbeviset i *Eunomia IV* (1822) sid. 165 f. noten och sid. 385 ff. noten. Författaren hänvisar ock till romerskrättsliga källställen; se därom ock *Hedemann*, anf. arb. sid. 65 not 2. I synnerhet värdt beaktande är hvad *Ørsted* i anslutning till det citerade framhåller därom, att två vittnen ingalunda utan vidare undersökning af deras förklarings beskaffenhet få gälla såsom bevis; nästan alla lagens bevisregler — säger han — hafva och måste enligt sakens natur hafva något obestämdt, och i de regler, efter hvilka vittnesbevisets värde skall bedömas, finnes mycket, som måste öfverlåtas till domarens fria pröfning. Det är enligt min åsikt alldeles otvifvelaktigt, att *Ørsted* härmed riktigt angifvit de synpunkter, efter hvilka bevisreglerna och särskildt vittnesreglerna i ej blott *Cristian V:s* danska lag af 1683 (till hvars innehåll hans afhandling hänför sig) utan äfven *RB* af 1734 års lag böra bedömas.

²² Jfr *Nehrman*, s. 244 § 52, och, bland andra, *Engströmer*, anf. arb. sid. 219 f.

Utsagorna skola ha afgifvits af personer, som därvid uppträdt i egenskap af vittnen, d. v. s. aflagt den i 17: 16 RB föreskrifna vittneseden eller en, enligt senare lagstiftning, däremot svarande ed eller försäkran eller ock jämlikt 17: 17 RB fått vittneseden sig eftergifven.

Förhöret skall ha egt rum i den rättegång, hvori utsagorna skola tjena till bevis. Denna förutsättning, som så tydligt, som det öfver hufvud är möjligt, framgår af de i 17 kap. RB gifna stadgandena om vittnesbeviset, lider blott det undantaget, att vittnesförhör, som hållits jämlikt 17: 23, gäller lika med ett i den ifrågavarande rättegången hållet förhör. Den utläggning af detta lagrum, som skall lämnas senare i detta arbete, kommer att framlägga skälen för denna mening. Bortsedt från detta undantag äro vittnesutsagor, som återopas i annan rättegång än den, hvori de afgifvits, att bedöma såsom indicier. Grunden till olikheten i bevisvärde ligger i öppen dag. Ett vittnesmål, som afläggas och upptages för åstadkommande af bevis i en viss process, har tydligtvis en större öfvertygande kraft m. h. t. denna process än ett annat vittnesmål.

Vidare förutsättes, att vittnesmålen härröra från personer, emot hvilka jäf ej föreligger eller jämlikt 17: 14 eftergifvits. Då lagens princip öfver hufvud är den, att jäf ej anses föreligga, med mindre det blifvit styrkt²³, och då enligt den lagtillämpning, som numera eger rum, jäfsinvändning kan framställas äfven efter vittnesmålets afläggande samt, såframt den gillas, föranleder att vittnesmålet fränkännes verkan af laga bevis, måste ifrågavarande villkor fogas vid regeln i 17: 29 om två vittnens fulla bevisverkan. På sätt framgår af 17: 8 har emellertid nämnda regels tillämpningsområde inskränkts såtillvida, att det icke är utan vidare gifvet, att vittnesutsagor af två personer, hvilkas jäfvighet ej till fullo ådagalagts, skall gälla såsom fullt bevis. Då

²³ Undantag bildar det jäf, som består i hvad man tidigare benämnde god frejd; se 17: 7.

framställd jäfsanmärkning stödes af förebragt bevisning men fullt bevis därför ej åstadkommits, eger nämligen domstolen enligt 17:8 fritt pröfva vittnesmålets verkan. Här ha vi alltså ett fall, då en legal bevisregel modifierats till förmån för fri bevispröfning. Modifikationen går, såsom man finner, i den riktningen, att domaren eger med frångående af den legala regeln skatta det förda beviset till mindre än dess fulla värde och icke omvänt så, att ett legalt icke giltigt bevis kan tilldelas fullt värde. För öfrigt får med utläggningen af 17:8 anstå.

I nära sammanhang med den ofvan till regeln i 17:29 om två vittnen fogade förutsättningen, att de skola vara ojäfviga, står spörsmålet, om domaren måste nöja sig därmed, eller om han dessutom får taga hänsyn till deras på olika personliga egenskaper, olika bildning, erfarenhet eller dylikt beroende större eller mindre trovärdighet. Att det förra alternativet är det med lagen öfverensstämmande, kan näppeligen betviflas; dock må visst förbehåll göras, såsom det strax härefter sagda gifver vid handen. Lagen berättigar ej till att antaga annat; tvärtom torde den synpunkten vara afgörande, att regeln i 17:29 skulle väsentligen förlora sin betydelse, om den ifrågakomna befogenheten tillades domaren. Endast i det fall, att vittne står emot vittne, synes svaret böra utfalla annorlunda. Däröfver blir vidare tal vid undersökningen af frågan om kollision emellan vittnen och den därtill hörande tolkningen af 17:20 RB.

Hvad sist anförts har blott rört den betingelse för vittnesmåls bevisvärde, som uteslutande beror på vittnets rent personliga trovärdighet. Däriifrån har man att skilja den kraft att öfvertyga, som sammanhänger med vittnesmålets egen inre beskaffenhet eller, hvad man kan kalla, dess inre trovärdighet. I ett materiellt bevissystem kan ej en legal bevisteori gå så långt, att den förbjuder domaren att pröfva denna inre trovärdighet. Ett dylikt förbud vore en orimlig-

het. Nedan ha vi anledning att återkomma till detta ämne. Här må blott till sist påpekas, att en vittnesutsagas inre trovärdighet näppeligen kan pröfvas med fullständigt bortseende från vittnets personliga trovärdighet, och på detta sätt kunna vittnes egenskaper och förhållanden i öfrigt blifva af betydelse utöfver hvad som följer af jäfsreglernas iakttagande.

3) Enligt stadgandet i 17: 29 p. 1 äro vittnesutsagor af två personer fullt bevis för det faktum, som utsagorna afse. Lagstiftaren har närmast tänkt allenast på omedelbart relevanta fakta och icke på indicier. Detta står i öfverensstämmelse med den i lagen till uttryck komna allmänna synpunkten, att processuell bevisning har till ändamål att skaffa visshet om fakta, som ega omedelbart relevans, och att indicier ha betydelse endast såsom medel att åvägabringa dylikt bevis (se ofvan sid. 567). Att denna tanke ligger bakom regeln i 17: 29 p. 1 finner man af en jämförelse med p. 2 i samma lagrum, där det säges, att ett vittne »om själfva målet» ej skall gälla mer än för halft bevis, och att den, som käres till, då bör med ed sig värja. Uttrycket »om själfva målet» liksom ock sammanhanget emellan de båda punkterna gör det otvifvelaktigt, att det jämväl i p. 1 är fråga om vittnen angående själfva målet, d. v. s. om ett omedelbart relevant faktum²⁴. Emellertid kunna ju äfven indicier styrkas genom vittnen, och äfven på vittnesbevis för dessa fakta är stadgandet i p. 1 tillämpligt.

4) Ett omvittnadt faktum, vare sig omedelbart eller medelbart relevant, kan endast vara ett af vittnet själf iakttaget faktum. Af 17: 24 framgår, att lagen intager denna ståndpunkt, som visserligen numera förefaller själfklar men som, sedd i belysningen af vår äldre rätt, behöft uttryck-

²⁴ Jfr de otvetydiga yttrandena härom af *Nehrman*, sid. 244 §§ 52 och 53.

ligen fastslås²⁵. Det undantag, som synes gjordt beträffande *testes de auditu*²⁶, är endast af formell natur och rör ej hvad som verkligen eger rum, ty, såsom lagrummets eget innehåll gifver vid handen, ifrågasättes ej annat, än att vittnet berättar hvad det af sin sagesman fått veta.

5) I 17: 29 har värdet af två vittnen närmare bestämts så, att de sägas åvägbringa fullt bevis »där de sammanstämma»²⁷. Härmed har i själfva verket ej sagts annat än hvad som är själfklart. Beträffande åstadkommandet af sannolikhet för att det förhåller sig på visst sätt kunna två vittnen naturligtvis endast därigenom öfverträffa ett vittne, att de återgifva iakttagelser, som stämman öfverens. En verklig öfverensstämmelse kan man uppenbarligen ej anse vara för handen blott därför, att de särskilda vittnesberättelserna äro i yttre måtto lika, utan det förutsättes dessutom, att det lika innehållet hänför sig till ett och samma faktum. De juridiska kriterierna på denna identitet — och från annat än juridisk synpunkt kan gifvetvis ämnet ej här skärskådas — ha, för så vidt de här behöfva tagas i betraktande, hufvudsakligen endast afseende å tidpunkten, då iakttagelserna gjorts. Fordras det, att vittnena iakttagit samtidigt, eller kunna iakttagelserna falla åtskils i tiden? Såframt iakttagelserna ha till föremål ett faktum, som utgöres af en viss hastigt öfvergående handling eller annan tilldragelse, kan ej ifrågasättas annat, än att vittnena skola hafva iakttagit samtidigt, d. v. s. i det ögonblick, tilldragelsen egde rum. Faktums identitet är nämligen här beroende af iakttagelsernas samtidighet och därför kan, om samtidighet ej är för handen, det ej heller vara tal om sammanställande

²⁵ Ang. äldre rätt och utvecklingen fram till lagens standpunkt, sådan den framträder i 17: 24, se *Engströmer*, anf. arb. sid. 230 f.

²⁶ Se ofvan sid. 567 f. not 26 och 575 f.

²⁷ Jfr om denna betingelse, utom andra, *Nehrman*, sid. 244 f. §§ 54, 55 och 56; *Schrevelius*, sid. 302—304, och *Engströmer*, sid. 232—235. Hvad angår främmande litteratur må hänvisas till *Ørsted*, *Eunomia* IV sid. 401 ff., och *Nellemann*, *Den ordinaire civile Procesmaade* § 96.

vittnesmål. Då däremot det iakttagna utgöres af ett fortfarande tillstånd eller af olika verksamhetsakter, de där, juridiskt sedt, tillhopa bilda en handling, är iakttagelsernas samtidighet ej en betingelse för, att de kunna anses röra samma faktum, eller för vittnesmålen samstämmighet. Man kan i vår lag finna ett visst stöd för, att detta resonemang är i enlighet med lagstiftarens tankegång. I det fall, som regleras i 17: 25 RB och handlar om, att vittnen »särskildt hvar för sig, och ej tillika, något sett eller hört», är — hur man nu än för öfrigt vill tolka de citerade orden — otvifvelaktigt fråga om, att vittnen iakttagit ett och samma faktum på olika tider²⁸. Att antaga, att lagrummet skulle åsyfta af vittnena iakttagna olika, juridiskt sedt själfständiga, fakta, är, med hänsyn till hvad i fortsättningen däraf föreskrifvits, föga rimligt. Man finner således, att identiteten af ett faktum ej tänkts nödvändigt sammanfalla med, att det iakttagits samtidigt af olika personer.

Stadgandet i 17: 29 p. 1 gifver ej något besked om, huru vidt samstämmigheten emellan vittnesmålen skall sträcka sig för att fullt bevis skall föreligga. Sammanställer man detsamma med 17: 25, så blir tydligt, att det afser fakta,

²⁸ I äldre doktrin, som upptagits af svenska författare och jämväl vunnit beaktande vid utarbetandet af 1734 års lag, har man benämmt sådana vittnen *testes singulares* i motsats till *contestes*, hvilkas iakttagelser egt rum samtidigt. Det kan med anledning af hvad som säges i 17: 25 — »särskildt hvar för sig, och ej tillika» — ifrågasättas, huruvida icke begreppet *contestes* enligt vår lag innebär kraf på mera, än att iakttagelserna skett samtidigt. Detta synes *Nehrman*, sid. 244 § 54, anse, i det att han nämligen yttrar, att vittnen äro *testes singulares*, om de icke sett det, som stridigt är och bevisas bör, »på en tid, och tillika»; yttrandet innebär ju uppställandet af kraf på ett »tillika», som är något annat än »på en tid». Ordet tillika torde af författaren ha tillagts den betydelsen, att vittnena skola ha gjort sina iakttagelser i sällskap med hvarandra eller åtminstone under sådana förhållanden, att de haft kännedom om hvarandras närvaro. Det saknas dock, efter min mening, reala skäl för att fordra mera än samtidighet, och hvad lagstiftaren med sin dunkla affattning åsyftat låter sig icke med någon säkerhet afgöra.

som samtidigt iakttagits af vittnena, och det är följaktligen med hänsyn till dylika fall, som man utan stöd af någon anvisning i lagen har att afgöra, huruvida och i hvad mån vittnesmålens bevisvärde förringas af att de på en eller annan punkt förete skiljaktighet. Allmänna på erfarenhet och vanligt sundt förstånd grundade öfverväganden måste här vara utslagsgifvande. Skiljaktigheten emellan vittnesmålen kan bestå antingen i en stridighet i vissa uppgifter — de äro m. a. o. med hvarandra oförenliga — eller däri, att den ene lämnat upplysning om någon omständighet, om hvilken den andre ej haft något att förnämla. I ena som i andra fallet behöfver vittnesmålens olikhet ej betaga den verkan af fullt bevis i de delar, i hvilka de stämman öfverens, men kan göra detta. Bedömandet häraf måste enligt sakens natur ankomma på domarens fria pröfning. Uttömmande och bindande regler för en sådan pröfning är det ej möjligt att gifva, och det torde ligga i öppen dag, att lagen icke velat hindra domaren från att i förevarande afseende använda sitt sunda förstånd. Några nära till hands liggande hufvudsynpunkter må framhållas. Betydelsen af en stridighet i vissa uppgifter beror förnämligast på beskaffenheten af de omständigheter, om hvilka de stridiga uppgifterna lämnats. Äro dessa af oväsentlig natur, medan öfverensstämmelse råder om det väsentliga, bör ofta fullt bevis där-om kunna anses vara förebragt²⁹. Rör däremot stridigheten det väsentliga, är ej rum för tillämpning af regeln i 17: 29, utan bestämmelserna i 17: 20 om stridiga vittnesut-sagor böra komma till användning. Såframt åter vittnesmålen afvika från hvarandra på det förut nämnda sättet, att det ena vittnet berättat om någon omständighet, om hvilken det andra ej lämnat någon upplysning, ligger ej häri i och för sig hinder för, att vittnesmålen gälla som fullt bevis om det, hvori de öfverensstämma, men det är att märka, att be-

²⁹ Ingalunda alltid, ty divergensen kan vara sådan, att vittnena böra anses i det hela otillförlitliga.

dömandet kan böra utfalla annorlunda, om den ifrågasvarande omständigheten är för det omvitnade faktum väsentlig eller af den beskaffenhet, att afvikelsen naturligen måste påverka omdömet om vittnesmålen trovärdighet i det hela.

Enligt min ofvan utvecklade uppfattning af 17: 25 RB är det där fråga om sådana iakttagelser af samma faktum, som af vittnen gjorts på olika tider. Vid öfverensstämmelse mellan vittnesmålen i alla delar förete dylika fall ej något anmärkningsvärdt; de gå in under regeln i 17: 29 om fullt bevis, då två vittnen sammanstämma³⁰. Om däremot vittnesmålen förete skiljaktigheter, gäller den i 17: 25 meddelade föreskriften, att domaren skall utleta, hvari de sammanstämma eller dem i omständigheterna skiljer åt, och sedan pröfva, hvad verkan deras vittnesbörd ega kan. Vid denna pröfning böra samma synpunkter som de förut utvecklade komma i betraktande.

6) I det föregående har det hufvudsakligen varit fråga om sådana förutsättningar för regeln i 17: 29 om två vittnen, som ha afseende å vittnenas personer, deras afhörande, föremålet för deras berättelser och förhållandet emellan dessa sistnämnda. För en vittnesutsagas giltighet såsom laga bevis måste dock uppställas jämväl inre betingelser, d. v. s. sådana, som röra vittnesmålets innehåll och dess därpå beroende trovärdighet. Det har redan förut talats något därom, men några ytterligare anmärkningar synas påkallade. Det i 17: 26 p. 2 förekommande stadgandet, som berör ett speciellt fall, är hit hänförligt. Det föreskrifves här, att ett vittnesmål ej bör gälla, om vittnet »är i sin utsago ostadigt, ändå att rätten gifver det rådrum att sig väl

³⁰ Ett uttalande i Lagkommissionens protokoll — se Förarbetena till 1734 års lag III sid. 208 — är här upplysande. Det heter däri, att »the böra intet som testes singulares anses, som hafwa successive kommit till att åskåda samma actum, när sådant klart finnes, och domaren pröfwar allas berättelser med lika omständigheter sammanstämma».

betänka, och säger nu ett, nu annat, nu jakar och nu nekar detsamma». Den beskrifning på den åsyftade inre brist hos vittnesmålet, som lagen lämnat, är så målande, att någon vidare utläggning icke synes vara erforderlig. I ett afseende torde dock lagrummet ej böra tolkas så, som affattningen närmast föranleder. Meningen kan sålunda ej gärna vara, att hvarje ostadighet hos vittnet skall medföra, att vittnesmålet i dess helhet fränkännes verkan; ostadigheten kan röra allenast sådana oväsentliga detaljer, att en dylik verkan beträffande andra delar af vittnesberättelsen skulle vara mindre rimlig. Domstolen pröfvar fritt ej mindre huruvida ostadighet är för handen, än äfven, om så befinnes, i hvad mån vittnesberättelsens bevisvärde däraf påverkas. Bunden är domstolen endast såtillvida, som den, om ostadighet befinnes vara för handen rörande en viss uppgift, enligt lagens bud måste fränkänna vittnesmålet i denna del (resp. i hvad som däraf påverkas) all betydelse och ej eger tillägga det ett visst mindre värde. Det har sagts³¹, att den legala bevisteoriens metod att på detta sätt antingen helt godkänna eller helt förkasta ett vittnesmål är synnerligen klumpig och otillfredsställande. Uppenbarligen är den fria bevispröfningens grundsats i detta särskilda afseende liksom öfver hufvud öfverlägsen. Men lagens ståndpunkt är fullt konsekvent. Vill man genom regler binda domaren vid uppskattningen af ett vittnesmåls bevisvärde, så lär det icke vara möjligt att fixera någon punkt emellan att helt godtaga och att helt förkasta. För öfrigt torde rent praktiskt taget föga vara att anmärka mot lagens ifrågavarande ståndpunkt med hänsyn till det i 17:26 reglerade fallet, ty om domaren konstaterat en sådan ostadighet, som i lagrummet afses, torde näppeligen något bevisvärde kunna tilläggas vittnesutsagan.

Förutom stadgandet i 17:26 upptager lagen endast en

³¹ Så *Engströmer*, sid. 239 f.

bestämmelse, af hvilken framgår, att domaren har att pröfva vittnesmåls trovärdighet med hänsyn till dess eget innehåll, nämligen den i 17: 20 upptagna, som angår stridighet emellan vittnen. Enligt hvad här påbjudes, skall domaren gifva den part vitsord, som har de bästa vittnena, och vid bedömandet häraf har han att fästa sig vid, hvilka vittnen gifva de klaraste skäl och omständigheter vid handen.

Att emellertid domarens pröfning af vittnesberättelsens inre halt, icke kan begränsas till de i anförda två lagrum nämnda ställena, torde vara själfklart. Vittnesmål kunna i anseende till sin inre beskaffenhet förete moment, hvilka vid uppskattningen af bevisvärdet måste spela en ännu större roll än sådana omständigheter som ostadighet i uppgifter eller större eller mindre klarhet och bestämdhet. Det torde ock råda enighet om, att utsagor, som gå ut på något omöjligt eller orimligt eller notoriskt oriktigt eller i hög grad osannolikt, icke kunna godtagas³². Stöd i lagbud för, att domaren har att anställa den pröfning, hvarom nu är fråga, är ej af nöden, ty det vore stridande mot sundt förnuft att fränkänna honom rätt och plikt därtill. För öfrigt saknar lagen — bortsedt från de förut nämnda speciella stadgandena — ingalunda hvarje anvisning åt domaren att undersöka, huru det förhåller sig med vittnesutsagors tillförlitlighet i inre måtto. Det ligger sålunda i öppen dag, att, då 17: 24 angifver såsom föremål för vittnesberättelser fakta, hvilka vittnena själfva iakttagit, domaren därigenom anmanats att tillse och förvissa sig om, huruvida och på hvad sätt vittnes kunskap är grundad på egen omedelbar iakttagelse. — Vid sitt ifrågavarande bedömande af vittnesmåls inre trovärdighet är domaren fullständigt fri. Bindande regler i detta afseende har lagstiftaren visligen afhållit sig från att söka lämna. Det återstår blott att framhålla, dels

³² Se här om *Lindblad*, sid. 152, *Schrevelius*, sid. 301, och *Engströmer*, sid. 239. De två förstnämnda författarne yttra sig dock blott om bristen på bevisvärde hos uppgifter om något *omöjligt*.

att äfven här möter spørsmålet, huruvida den omständigheten, att någon af vittnet lämnad uppgift ej godtages, bör föranleda, att vittnesmålet i dess helhet ogillas, hvilket spørsmål är att besvara efter synpunkter, som för liknande fall tidigare angifvits, dels ock att domaren är bunden så-tillvida, som hvarje särskild uppgift af vittnet antingen måste tilläggas sitt fulla värde eller förkastas och icke kan tillmätas ett värde däremellan; i detta senare hänseende hänvisas till tidigare uttalanden.

7) Den tredje regel, som åsätter vittnesbeviset ett visst värde, är den i andra punkten af 17: 29 upptagna, som lyder: »Ett vittne om själfva målet gälle ej mer än för halft bevis, och då bör den, som käres till med ed sig värja»³³. Tolkningen af detta lagrum erbjuder icke några egentligen tvifvelaktiga spørsmål. Först och främst torde vara klart, att, ehuru det icke säges, att ett vittne gäller för halft bevis, utan endast att det icke gäller för *mer än* halft bevis, och alltså blott ett maximum af bevisvärde bestämmes, meningen är att fastställa värdet till halft bevis. Redan sammanhanget med hvad i §:ns första punkt föreskrifves gör detta antagligt. Det ligger ju nämligen närmast till hands att uppfatta förhållandet rent aritmetiskt och resonera som så, att, då två vittnen göra helt bevis, ett vittne måste gälla för halft. Emellertid är det ej aritmetik utan ett juridiskt bedömande det här i realiteten är fråga om, och vid detta kan lagstiftaren ej gärna ha anlagt annan synpunkt än sannolikhetsvärdet af ett vittne jämfördt med två vittnen. Från denna synpunkt sedt skulle det icke varit orimligt eller besynnerligt, om lagstiftaren, ehuru han skattat två vittnen till fullt bevis, dock icke velat ovillkorligen värdesätta ett vittne till halft. Ty den sannolikhet, som två vittnen åstadkomma, kan mycket väl böra skattas till mer än dubbelt af den sannolikhet, som åvägabringas genom ett vittne;

³³ Ang. detta stadgande se, bland andra, *Engströmer*, sid. 242 ff.

den betydelse, som tillkommer samstämmigheten emellan olika vittnen, kan tilläggas denna verkan. Icke dess mindre är det likväl alldeles otvifvelaktigt, att stadgandets innebörd är den, att *ett* vittne skall gälla för halft bevis, icke mer och icke mindre. Hade meningen varit att uppskatta det till *högst* halft bevis, så skulle icke i lagrummets fortsättning ha föreskrifvits, att, då ett vittne är emot svaranden, värjemålsed skall ådömas. Föreskriften är ovillkorlig, och den skulle vara oförklarlig, om lagstiftaren lämnat domaren full frihet att intill halft bevis såsom maximum uppskatta bevisvärdet af ett vittne.

Jämväl i ett annat afseende är ifrågavarande stadgande fullt tydligt. Ett vittne gäller för halft bevis under samma, förut anförda, förutsättningar, under hvilka två vittnen äro fullt bevis (naturligtvis med undantag för betingelsen om samstämmighet).

Skyldighet att ådöma värjemålsed, då bevis förts genom ett vittne, är, såsom förut antydts, endast för handen, då vittnesmålet angår ett omedelbart relevant faktum. Detta har uttryckts med orden: ett vittne »om själfva målet».

Från lagens förbud att värdera ett vittne till mer än halft bevis har man velat göra undantag för vittnesmål af ämbetsman angående sådant, som faller inom hans ämbetsverksamhet³⁴. Det torde ock säkerligen böra anses vara öfverensstämmande med lagen att godkänna ett sådant vittnesmål såsom fullt bevis, för så vidt dess innehåll, därest det upptagits i en af ämbetsmannen utfärdad skrift, som uppfyllt villkoren för att gälla såsom en offentlig handling, bort anses fullt styrkt. Spörsmålet står på detta sätt i sammanhang med läran om skriftliga bevis, och må där vidare beröras. Om något egentligt undantag från ifrågavarande regel i 17:29 kan dock icke anses vara fråga, ty vittnesmål af en ämbetsman, hvars *ex officio* utfärdade intyg utgör

³⁴ Se härom *Engströmer*, sid. 245 f., och *Wrede*, *Civilprocessrätt* II sid. 195 f.

fullt bevis, har en extraordinär karaktär. — Man har i detta sammanhang jämväl nämnt vittnesmål af sakkunnigt vittne. Hvad därom är att säga, sparas lämpligast till framställningen om sakkunnige.

c) Om *indicier* och deras bevisvärde har 1734 års lagstiftare i 17 kap. RB upptagit endast några få och sväfvande bestämmelser, nämligen i 30, 32 och 37 §§³⁵. De båda sista §§:na ha blott tillämpning på brottmål. Däremot torde man vara allmänt ense om att anse de i första och andra punkterna af 30 § förekommande stadgandena ha afseende jämväl å tvistemål, och om också affattningen gjorts med tanke närmast blott på brottmålen, omfattar deras tillämpningsområde otvifvelaktigt jämväl tvistemålen.

I 30 § föreskrifves, att, då bindande omständigheter och liknelser äro mot den, som tilltales, »må ock domaren värjemålsed ålägga. Men ej må det ske, utan i nödfall, och där sanning ej annars utletas kan.» Betydelsen af ordet »ock» framgår af en sammanställning med stadgandet i 29 §, att vid halft bevis genom ett vittne den, som käres till, bör med ed sig värja³⁶.

Jag anser för min del, att de anförda stadgandena i 30 § ha följande innehåll. Beträffande ett faktum, som är sannolikt på grund af indicier, kan domstolen ålägga den icke-bevisskyldige parten värjemålsed. Det heter icke att domstolen *skall* ådöma värjemålsed, utan det säges, att domaren *må* göra detta, och må kan ej här betyda det samma som *skall*; frånsedt det orimliga i att använda värjemålsed vid förhandenvaron af indicia necessaria, är det alldeles uteslutet, att lagstiftaren skulle velat förbinda domaren till att förelägga edgång i hvarje fall, då indicier, äfven de

³⁵ Man kan ock hänvisa till 17:36 p. 2, där indicier omnämnas i ett sammanhang, som i ett visst afseende är af intresse; se nedan.

³⁶ Af denna i 30 § gjorda hänvisning till 29 §, som ju obestriddigen handlar om både tvistemål och brottmål, torde framgå, att 30 § ej skolat begränsas till de senare.

allra svagaste, föreligga. Sammanhanget med 29 § gör det tydligt, att förutsättning för edgång enligt 30 § är, att graden af den sannolikhet, som framgår af föreliggande indicier, icke är mindre än det bevisvärde, som tillkommer vittnesmål af ett vittne. Att icke anse stadgandet byggdt på denna förutsättning, vore liktydigt med att förmena lagen hafva skattat indiciebevisning högre än bevisning genom vittne, hvilket uppenbarligen icke är riktigt. Stadgandet i första punkten af 30 § innebär följaktligen, att domaren är berättigad att vid förhandenvaron af indicier, som ha den förutnämnda styrkan, döma till värjemålsed. Men man bör tvifvelsutän gå ett steg längre och anse domaren enligt förevarande stadgande ej blott berättigad utan tillika pliktig att ålägga värjemålsed. Det saknas all anledning antaga, att lagstiftaren skulle i fråga om verkan af å ena sidan bevis genom ett vittne och å andra sidan bevis genom indicier af samma bevisvärde som ett vittne velat göra den skillnaden, att han i förra fallet gjort edgång obligatorisk men i andra fallet låtit dess ådömande ankomma på domarens godfinnande. Endast därutinnan består i förevarande hänseende en olikhet emellan ådömande af ed i ena och andra fallet, att, medan bevisvärdet af ett vittne fastställts till halft bevis, det öfverlåtits åt domarens i allo fria pröfning att bedöma, huruvida ett indiciebevis, åtminstone likvärdigt med ett vittne, är tillstädes.

Medan den hittills gjorda utläggningen af 30 § näppe-
ligen inrymmer några punkter, om hvilka meningsskiljaktig-
het bör kunna råda, är den fråga, som nu återstår att besvara
för visso tvifvelaktig, och den mening, som jag i det följande
söker göra gällande, afviker från den numera måhända all-
mänt omfattade. Frågan är denna. Kunna indicier i tvistemål
värdesättas till fullt bevis, eller står lagen på den ståndpunkten,
att ett faktum ej kan enbart genom indicier anses fullt styrkt?
I enlighet med det senare alternativet — som, närmare be-
stämdt, innebär, att effekten af indicier begränsats därtill,

att de kunna utgöra en tillräcklig grund för ådömande af värjemålsed — har frågan nästan enstämmt besvarats inom litteraturen, och man har hufvudsakligen stödt detta svar på den §, som nu är föremål för utläggning³⁷. En fördomsfri granskning af §:ns innehåll synes dock gifva vid handen, att den icke förbjuder att skatta indicier till fullt

³⁷ Inom den svenska processdoktrinen efter *Nehrman* är man i det hela enig om, att indicier enligt 1734 års lag icke kunna åstadkomma fullt bevis. Se sålunda *Lindblad*, sid. 244 ff., som förklarar, att *indicia probabilia* icke kunna medföra fullt bevis utan blott mer än halft, de må vara huru många och starka som helst. (Förf:n skiller m. h. t. indiciers beviskraft emellan blott två kategorier: *indicia necessaria* och *probabilia*. På de förra har, enligt hvad han, såsom rimligt är, framhåller, 17:30 RB ej afseende. Tillika gör han från regeln om indiciernas oförmåga att medföra fullt bevis undantag för psykiska fakta. De i 17 kap. RB förekommande bestämmelserna om indicier nämna enl. författarens åsikt, sid. 256 f., ej något om indicier i civila mål, men icke dess mindre är enligt hans uppfattning af lagens mening indiciebevisning användbar lika väl i tvistemål som i brottmål och deras verkan är densamma.) Vidare är att hänvisa till *Schrevelius*, §§ 166 och 167; *Broomé*, sid. 231; *Afzelius*, Grunddragen af rättegångsförfarandet sid. 86 (förf:n säger, att bindande omständigheter och liknelser enl. 17:30 icke äro mer än halft bevis, ett påstående, som — om man nu också anser lagen icke medgifva indiciernas uppskattande till fullt bevis — icke är riktigt); *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 67; *Wrede*, Civilprocessrätt II sid. 114. Samtliga dessa författare motivera sin åsikt, att indicier icke kunna medföra fullt bevis, med en hänvisning till 17:30 RB. (*Schrevelius* uttrycker sig dock här, såsom så ofta eljest, sväfvande, sid. 355. Med framhållande af den särskilda ställning, som *indicia necessaria* och indicier för psykiska fakta intaga, yttrar han, att för öfrigt indicier »regulariter», icke kunna, »om de äro aldrig så starka och många», åstadkomma »mer än på sin höjd halft bevis». Förutom den reservation, som ligger i ordet regulariter, framstår såsom anmärkningsvärdt det oriktiga påståendet, att lagen icke skattar indicier till mer än högst halft bevis.) — För min egen del har jag ej förut yttrat mig i detta ämne i vidare mån, än att jag i Bd I sid. 88 f. (sid. 87 f. i 2:dra uppl. af del 1), på tal om uppkomsten af sedvanerätt genom praxis, nämnt såsom exempel, att lagens ståndpunkt i fråga om indicier (bestående däri, att de fränkänts förmågan att ensamma utgöra fullt bevis) frångåtts. Jag har därvid, utan att anställa någon särskild undersökning, biträdt den allmänna åsikten inom litteraturen; de mycket bestämda ordalag, som därvid användts, finner jag ej numera lämpliga.

bevis. Lagrummet innehåller, så vidt jag kan finna, icke ett ord, som antyder en dylik onaturlig underskattning af indicernas bevisvärde. Det säges ju ej något annat än dels att, då indicier finnas, värjemålsed får åläggas, dels att det ej får ske utan i nödfall och då sanning ej annars utletas kan. Att sanningen ej skulle kunna fullständigt utletas enbart genom indicier, har ej med ett enda ord antydts. Tvärtom är det i viss mån omöjligt att uppfatta lagrummet så, som om det fastställde bevisvärdet af indicier till mindre än fullt bevis. Förutom att en sådan uppskattning är omöjlig beträffande indicia necessaria, kommer i betraktande, att jämväl psykiska fakta ega processuell relevans, och de kunna, såsom redan tidigare påpekats, ej styrkas annorledes än genom indicier, hvarför det alltså med hänsyn till dem är uteslutet att i lagrummet inlägga ett förbud mot att värdera indicier till fullt bevis. Det kan med hänsyn till det sålunda anförda förefalla ganska oförklarligt, att man inom processdoktrinen så allmänt som fallet är omfattat den meningen, att 1734 års lagstiftare undervärderat indiciebevisningen. I själfva verket torde denna mening, äfven då man nöjt sig med en enkel hänvisning till 30 §, icke egentligen vara grundad på en utläggning af dess innehåll i och för sig utan bero på den vikt, man tillmätt data, som ligga utom lagrummet; därom blir vidare tal här nedan. Hvad angår uppfattningen i praxis, torde det utan fara för misstag kunna antagas, att i civilprocessen domstolarna städse, såväl vid tiden för 1734 års lags tillkomst som allt sedermera, funnit sig lagligen oförhindrade att hålla fakta för fullt styrkta uteslutande på grund af indicier. Insikten om, att en motsatt ståndpunkt mången gång skulle leda till alldeles orimliga resultat, har härvid vägt tyngre än den lärdom, man till äfventyrs må kunna hafva inhämtat genom studiet af processteoretiska skrifter. För öfrigt har jämväl, då uppfattningen om indicernas mindervärdighet såsom bevis hyllats, dessa på en omväg kommit till sin rätt. Man har nämligen i praxis ut-

gått därifrån, att, då ett faktiskt påstående har presumtion för sig, parten, som framställt påståendet och i hvars intresse det ligger, att det lägges till grund för domen, ej behöfver föra någon bevisning därför. I realiteten är detta liktydigt med att den genom indicier åvägabragta sannolikheten för faktum godtages såsom bevis³⁸.

Söker man för besvarandet af det spörsmål, som nu är före, ledning af de andra lagrum i 17 kap. RB, som ofvan omnämnts (32 och 37 §§), så peka de ganska tydligt — dock måhända ej med sådan bestämdhet, att annan mening är alldeles utesluten — därpå, att i svårare (32 §) eller i grofva (37 §) brottmål indicier ensamma icke kunna medföra den tilltalades fällande, och så torde ock dessa lagrum länge ha uppfattats och tillämpats i praxis. Det må dock, äfven om man förmenar denna uppfattning vara med lagen öfverensstämmande, ej förbises, att det saknas tillräckligt stöd för att utsträcka den till att afse jämväl tvistemål. Skall man för civilprocessens del antaga, att 1734 års lagstiftare icke velat tillåta domaren att på grund af allenast indicier hålla ett yttre, omedelbart relevant, faktum för sant, så synes en motivering för detta antagande icke med utsikt till framgång kunna sökas på annan väg än den, att man påvisar, hurusom den historiska utvecklingen och det resultat, hvar till den ledt i den lagstiftning, som egde bestånd vid lagens tillkomst, göra det otvivelaktigt eller åtminstone mest sannolikt, att nämnda ståndpunkt intagits af lagstiftaren. Det förtjenar tillika att tagas i öfvervägande, hvilken ställning

³⁸ Se därom *min* skrift om bevisskyldighet och presumtioner (Tidskr. f. Retsv. 1899). Redan *Nehrman*, sid. 279 § 10, är inne på denna tankegång. Han yttrar nämligen att »*præsumtio*» med allt fog kallas en *species probationis*. Jag håller therföre onödigt, at widlöftigt handla om thenna frågan: ty fast thet heter, at then, som har *præsumtion* för sig, slipper at bewisa; så är thetta likwäl ej alltid sant, och i thet fall, ther sådant har sin richtighet, kan *præsumtio* likafult kallas bewis.» (Ang. Nehrmanns bestämning af begreppet presumption se ofvan sid. 570).

processteorien intagit; möjligheten, att denna påverkat lagstiftaren, bör ej lämnas ur räkningen.

Se vi då först till, huruvida domaren under tiden för utarbetandet af 1734 års lag var af lagstadganden hindrad att döma på allenast indicier, så leder undersökningen till ett mycket magert resultat. Beträffande tvistemål finner man ej några bestämmelser. Hvad som förekommer rör brottmål och ingår i de lika lydande »Reglor ang. laga Process, ransakning och Dom», som fogats vid resp. Förordn. ang. General- och Regementz-Rätterne $\frac{2}{3}$ 1638 samt Kongl. Maj:ts förnyade Siö Articular $\frac{2}{5}$ 1685³⁹. Att däraf draga säkra slutsatser beträffande uppfattningen om verkan af indicier i tvistemål, är näppeligen befogadt⁴⁰. För öfrigt äro hithörande bestämmelser så sväfvande, att man knappast kan våga påstå, att indicier genomgående fränkänts för mågan att åstadkomma fullt bevis⁴¹.

³⁹ Se *Schedeman*, sid. 833 ff., 959 ff.

⁴⁰ *Afzelius* förmenar, Parts ed sid. 82, att de i texten nämnda processreglerna torde få anses vara ett uttryck för den allmänna domstolspraxis på denna tid.

⁴¹ *Engströmer*, sid. 244, säger, att 1600-talslagstiftningens ståndpunkt i förevarande afseende är »tämligen klar. På blott indicier kan ingen dömas; de kunna endast leda till åläggande af ed.» En kritisk granskning af de stadganden i 1683 och 1685 års processregler, på hvilka det här kommer an, lämnar dock rum för tvifvelsmål. I § 8 af ifrågavarande processregler heter det: »När kâranden tilwiter swaranden något med halfwe skähl, tekn och liknelser, som eliest kallas *Præsumptioner*, eller ock swaranden är råkad i uppenbart och allmänt rychte, som på sannelike skiäl grundat är, thå åligger swaranden at leda och befrija sig ther ifrån.» Kunde swaranden ej forete bevis för sin oskuld, borde värjemålsed åläggas honom, dock enligt 12 § endast i »wichtige och angelägne saker, och när *præsumtionerne*, teknen och liknelserne äro i sig kraftige och starke». I § 13 ges exempel på præsumtioner (= indicier) af den styrka, att till värjemålsed borde dömas. Beaktansvärdt är, att dessa exempelvis nämnda indicier icke, fritt bedömda, äro af sådan innebörd, att de i vår tid skulle kunna anses medföra fullt bevis. (Såsom en egendomlighet, belysande för beskaffenheten af de indicier, hvilka tänkts skola föranleda edgång, må framhållas, att vittnesmål af ett vittne angående hvad vid brottstillfället timat uppfattas såsom ett indicium.) Af hvad hittills från ifrågavarande

Hvad härefter angår uppfattningen inom den process-teori, som må kunna hafva utöfvat inflytande på lagstiftaren, så har jag för min del ej mycket att anföra därom. Af förarbetena till lagboken synes ej vara något att inhämta⁴². Den processdoktrin, som kan antagas hafva påverkat lagstiftaren, är uppenbarligen den tyska, som hänförde sig till den på kanonisk rätt grundade *gemein*-rättsliga processen. Inom denna doktrin torde icke ha rådt någon enstämighet, icke ens någon öfvervägande mening om, att indicier icke kunde anses fullt bevisande⁴³. Af största intresse är här den

processregler framhållits synes mig icke kunna slutas, att samtliga indicier utan undantag fränkänts full beviskraft. En jämförelse med hvad vidare stadgas, särskildt i 19, 20, 22 och 28 §§, pekar i samma riktning. Öfver hufvud är innehållet i de granskade bevisreglerna både så ålderdomligt och sväfvande och tillika så speciellt lämpadt för brottmål, att det icke kan tilläggas någon afsevärd betydelse såsom grund för uppfattningen af 1734 års lags ståndpunkt beträffande värdet af indicier i tvistemål.

⁴² Af *Engströmer*, sid. 244 not 4, hänvisas till Lagkommissionens protokoll, Förarbetena III sid. 48, 50 och 52, men de yttranden inom komm., som där äro upptagna, afse ett visst konkret brottmålsfall och ha så vidt jag kan finna, icke någon allmänare betydelse.

⁴³ Af litteraturen på detta område förtjenar i synnerhet det tidigare af mig flera gånger citerade arbetet af *Hedemann*, *Die Vermutung, uppmärksamhet*. Jag erinrar om den gamla, från Glossatorerna stammande, indelningen af presumtioner i *præsuntiones juris et de jure*, *pr:es juris* och *pr:es hominis el. facti* (jfr ofvan sid. 571 not 33). Från *pr:es juris et de jure* kunna vi här alldeles bortse, då ju därmed åsyftas lagstadgade och icke motbevisliga presumtioner. Af de båda andra grupperna intressera närmast — ja, det kan tillsvidare förefalla, utslutande — den stora gruppen *pr:es facti*. Af *Hedemanns* framställning torde näppeligen (annorlunda *Engströmer*; se hans ifrågavarande arbete sid. 244 vid not 5) framgå, att den kanonisk-tyska jurisprudencen allmänt intagit den ståndpunkten, att de indicier, från hvilka *pr:es facti* härledas (d. v. s. indicier, hvilka gifva upphof åt en *præsuntio probabilis*), icke kunna åstadkomma fullt bevis. Man ansåg blott, att en *præsuntio probabilis* icke ensam utan endast i förening med annan sådan presumtion kunde gifva fullt bevis; se *Hedemann*, sid. 69 ff. och § 15. För öfrigt märkes, att ifrågavarande jurisprudence, som såg sin främsta uppgift på bevisrättens område i att utbilda den legala bevisteorin, därvid fullföljde det (orimliga) syftet att upprätta en full-

framställning, som lämnats af *Nehrman*, hvilken författare ju, som bekant, i stor omfattning tillgodogjort sig tysk teori. I det kapitel af hans arbete, Inledning til then svenska processum civilem (Cap. XXII), som handlar om »Probatione artificiale, eller bewis genom præsumtioner, sannolika omständigheter och skiälige misstanckar», kunna hans uttalanden, sedda i deras hela sammanhang, icke gärna förstås annorlunda än så, att han ansett indicier kunna åstadkomma en sannolikhet, som domaren eger värdesätta till juridisk visshet; härutinnan förete de båda upplagorna af det citerade arbetet — den äldre, som hänför sig till tiden före 1734 års lag, och den yngre, som behandlar denna lag — icke någon olikhet.

d) Bevismedlen enligt vår rätt äro — för så vidt därom begreppsligen kan vara tal⁴⁴ — hvad man kallar fungibla, d. v. s. fakta kunna styrkas på olika sätt, och för ändamålet är det ej nödvändigt att använda bevismedel af visst slag.

I anslutning härtill må frågan om deras likvärdighet uppmärksammas. Vid närmare öfvervägande finner man, att

ständig presumtionskatalog och bestämma alla de förtecknade presumptionernas bevisvärde. »Der Kern der sogenannten legalen Beweistheorie lag in der Tendenz, den gesamten Indiziebeweis durch Festlegung von Präsumtionen zu ersetzen»; *Hedemann*, sid. 64. Samtliga de indicier, som inordnades under rubriken *præs juris*, tilldelade man effekten att bevisa till fullo. Till dem hörde enligt en vidt utbredd mening icke uteslutande sådana presumptioner, som genom en lagbestämmelse erhållit denna ställning, utan äfven de många, som hade den auktoritativa doktrinen att tacka för sin plats. Då nu 1734 års lagstiftare alldeles afhållit sig från att förteckna och klassificera indicierna, är det näppeligen riktigt att återopa den kanonisk-tyska jurisprudenten — som ju kan antagas hafva varit känd af och öfvat inflytande på nämnde lagstiftares tankegång — såsom ett säkert stöd för, att lagen velat fränkänna indicierna förmågan att bevisa till fullo. — Ang. kanonisk rätts och den därtill anknutna doktrinens ställning till indiciebevisningen jfr ock en skrift af *Meile*, *Die Beweislehre des kanonischen Prozesses*, St. Gallen 1925, sid. 13, 18, 78 och 79.

⁴⁴ Sakkunnige kunna gifvetvis ej härvid ställas i paritet med de öfriga bevismedlen, ty bevisföremålet utgöres ej, såsom förhållandet är med dessa senare, af fakta, utan af erfarenhetssatser (eller rättssatser).

den (särhållen från fungibilitetsspörsmålet) går ut på, huruvida, då bevis af olika slag stå mot hvarandra, det ena beviset bör tillerkännas företräde framför det andra, och den finner hufvudsakligen sin behandling i den nedan anställda utredningen om motbevisning. Därutöfver fordras blott några få anmärkningar. Bevis genom syn kan såtillvida sägas stå före allt annat bevis, som hvad domstolen vid syn konstaterat ej kan vid samma domstol göras till föremål för motbevisning; det närmare härom hör till framställningen af syneinstitutet. Likaledes gäller, att det resultat, som enligt lagens stadganden vinnes genom ed, står fast utan att kunna genom någon bevisning rubbas i rättegången. Beträffande parts erkännande reducerar sig frågan, såsom lätteligen inses, till den om villkoren för, att vid återkallelse af erkännande verkan däraf omintetgöres, och denna skall i sitt vederbörliga sammanhang upptagas till behandling. Mot sakkunnig kan på grund af bevisföremålets beskaffenhet endast stå annan sakkunnig, och domstolen är, såsom redan nämnts, i sin pröfning fullständigt fri.

Nära förbunden med frågan om bevismedlens fungibilitet är ock den, huruvida fullt bevis för ett faktum kan åvägbringas genom sammanläggning af bevisdata af olika slag eller, för att uttrycka detsamma på ett annat sätt, genom kumulation af olika slags bevis. Man synes mig enligt vår rätt ej ha fog för annat än ett jakande svar⁴⁵. Denna mening anser jag tillräckligt motiverad däraf, att lagen icke innehåller vare sig något förbud mot att taga hänsyn till kombinationer af olika slags bevis eller eljest något, som berättigar till slutsatsen, att ett sådant förbud är i enlighet med lagen. För ett särskildt fall omnämnes i 17 kap. RB en dylik kombination, nämligen i 36 § andra punkten, där det

⁴⁵ Spörsmålets räckvidd är tydligtvis i viss mån begränsad. Man har sålunda ej anledning att tänka på en förening af syn med annan bevisning, och effekten af ed är sådan, att dess stödjande genom annat bevis ej ifrågakommer.

stadgas, att ej någon får »i brott, som å lif gå, fällas på egen beakännelse, utan de omständigheter finnas, som beakännelsen styrka». Det är här tal om en kombination af eget erkännande och indicier. För min del finner jag det ej vara tvifvel underkastadt, att indicier jämväl i förening med ett icke i och för sig tillräckligt skriftligt bevis eller med ett vittne kunna åstadkomma fullt bevis. Beträffande föreningen af skriftligt bevis och indicier har detta säkerligen aldrig varit ifrågasatt; den fullständiga friheten för domaren vid bedömandet af skriftliga bevis har medfört, att spørsmålet öfver hufvud icke uppkastats. En viss tveksamhet har däremot yppat sig med hänsyn till föreningen af ett vittne och indicier eller annat bevis⁴⁶, men någon vidare grund för en sådan tveksamhet än en vag hänvisning till ett bakom lagen liggande historiskt förflutet⁴⁷ torde ej stå att finna.

e) Svårast att komma till rätta med äro de mångfaldiga spørsmål, som möta i de fall, då bevis står emot bevis.

⁴⁶ *Nehrman*, sid. 224 § 27, nämner såsom exempel på *probatio semiplena major* (= mer än halft bevis) ett vittne jämte »några præsumtioner». Säkerligen har författaren icke därmed velat göra gällande, att ett vittne tillika med s. k. presumptioner ej skulle kunna utgöra fullt bevis; det beror uppenbarligen på presumptionernas (= indiciernas) beskaffenhet, huruvida det halfva bevis, som ett vittne åstadkommit, genom dem ökas till fullt eller till ett mindre mått af bevis. *Engströmer*, sid. 243, yttrar, att det icke låter sig med någon större grad af visshet afgöra, huruvida 1734 års lag tänkte sig, att en vittnesutsaga kunde kompletteras genom annan bevisning, men finner det, sid. 245, sannolikt, att domstolarna redan vid tiden för lagens tillkomst icke tvekat att såsom fullt bevis antaga en kombination af ett vittne och ett visst mått annan bevisning. — Att praxis icke hyst någon tvekan i nyssnämnda afseende torde nog kunna tagas för alldeles gifvet, och man misstager sig ganska säkert icke, om man tillskrifver de domare, som voro verksamma då lagen trädde i kraft, en klarare och säkrare insikt i dess anda och mening härutinnan än som det numera är möjligt att vinna.

⁴⁷ Man bygger därvid på antagandet, att lagen från den gamla formella processen ärft förutsättningen, att endast ett slag af bevis förekommer i hvarje process. Bestämmelserna i 17 kap. RB bringa dock ej till uttryck en dylik tankegång.

Någon mera uttömmande reglering af dessa fall innehåller ej lagen, och de få bestämmelser, som finnas, äro ej i allo tydliga.

1) Till en början må ämnet närmare klargöras. Inom processteorien gör man, såsom förut anmärkts (ofvan sid. 547 ff.), skillnad emellan egentligt och oegentligt motbevis. Endast då motbeviset är af det förra slaget, kan man i verklig mening tala om, att bevis står emot bevis, eller, med användande af en vanlig formulering, om kollision emellan bevis. Ett oegentligt motbevis går visserligen liksom ett egentligt ut på att upphäfvä verkan af ett hufvudbevis, men då det oegentliga motbevisets syfte icke är att styrka, att det förhåller sig på annat sätt än hufvudbeviset ger vid handen, utan blott att påvisa sådan brist hos det senare, som omintetgör eller minskar dess bevisande verkan, är ej någon verklig kollision för handen. Kritik mot ett hufvudbevis kan för öfrigt anställas, utan att för sådant ändamål någon bevisning föres; kritiken kan t. ex. bestå i ett påpekande af, att utsagor, som afgifvits af motpartens vittnen, lida af motsägelser eller eljest äro i saknad af inre trovärdighet. I det följande behandlas endast verklig beviskollision, d. v. s. det oegentliga motbeviset lämnas ur räkningen. Att kritik emot ett bevis, vare sig därvid bevisning kommer till användning eller ej, alltid kan föras och af domstolen vederbörligen måste tagas i betraktande, ligger i öppen dag.

Det må härefter anmärkas, att man vid en undersökning af reglerna för lösningen af beviskollisioner, endast behöfver taga hänsyn till sådana fall, i hvilka mot ett i och för sig *fullt* hufvudbevis står ett vare sig fullt eller mindre än fullt motbevis. Om hufvudbeviset, bedömdt för sig, icke är fullt, finnes, för den händelse motbevis förebragts, ej anledning att syssla med någon särskild undersökning af beviskollisionen, ty det är utan vidare tydligt, att det faktum, i afseende hvarå bevisskyldigheten ej blifvit fullgjord, icke kan läggas till grund för domen. Emellertid kan man för gäl-

lande svensk rätts del icke stanna härvid utan bör vid undersökning af kollisionfallen beakta jämväl det förhållandet, att den beviskyldige parten förebragt ett bevis, som i och för sig bör föranleda motpartens förpliktande till värjemålsed, och att mot detta hufvudbevis står ett motbevis.

Bevis, som stå mot hvarandra, kunna vara af samma eller olika slag, och denna skillnad bör läggas till grund för framställningen.

2) Vidkommande först kollision emellan bevis af samma slag, så har man blott indicier, skriftliga bevis och vittnen att tänka på.

Emellan indicier kan ej någon egentlig kollision förekomma, ty det ligger i deras natur, att de böra bedömas i ett sammanhang, och det resultat, som framgår af en sådan sammanställning, är facit af indiciebeviset i dess helhet.

Det förhåller sig väl ej i allo på samma sätt med skriftliga bevis, men att vid kollision dem emellan domstolen fritt bedömer hvad som är att hålla för sant, är en gifven konsekvens af den frihet beträffande detta bevis, som förlänats domstolen genom 17: 1 RB.

Frågan om kollision emellan vittnen kräfver en utförligare undersökning. Om sådan kollision handlar 17: 20 RB, åt hvilket lagrums utläggning en stor del af utredningen måste egnas. Innan början därmed göres, böra dock några uttalanden af allmän och principiell innebörd förutskickas.

Man har sagt, att frågan, huru starkt ett motbevis måste vara för att upphäfva verkan af ett med framgång fördt hufvudbevis, är beroende af den härskande bevisteorien⁴⁸. Om bevispröfningen är fri, behöfver motbeviset endast rubba den genom hufvudbeviset vunna vissheten. Då åter ett enligt den legala teorien fullt hufvudbevis presterats, anses detta, med fasthållande af denna teori, kunna häfvas endast genom ett motbevis af minst samma styrka⁴⁹. Denna

⁴⁸ *Wrede*, Bevisrätten sid. 258 f., Civilprocessrätt II sid. 110.

⁴⁹ *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 72—74, har förklaradt, att motbevis icke kan komma i fråga, då hufvudbeviset är ett legalt fullt

senare åsikt förmenas »med logisk nödvändighet» framgå af den legala teorien, som säges innebära, att »domaren när det legala måttet af bevis föreligger, måste anse saken såsom bevisad och fastställd»⁵⁰. Den uppfattning, som sålunda härledts af den legala teorien, kan jag för min del ej biträda. Det är ingalunda, enligt mitt omdöme, en logisk konsekvens af nämnda teori, att ett fullt hufvudbevis endast genom ett motbevis af minst samma styrka kan till sin verkan omintetgöras. I ett formellt bevissystem, där bevisningen består i fullgörandet af en viss noga bestämd prestation, är sakförhållandet definitivt fastställt i och med det, att den föreskrifna prestationen vederbörligen fullgjorts; det strider mot själfva den tanke, hvarpå detta system bygger, att tillåta motbevis. Annorlunda förhåller sig härmed i ett materiellt bevissystem, där bevisningens syfte att öfvertyga omedelbart kommer till uttryck i valet af bevismedel och i det sätt, hvarpå bevisningen reglerats. Att motbevis kan föras, är här själfallet, och detta gäller vare sig bevispröfningen är fri eller domaren är bunden af legala regler. Om detta senare är fallet och det i lagen stadgats, att ett

bevis. För att förstå innebörden af detta påstående måste man hålla i minnet författarens bestämningar af begreppen hufvudbevis, motbevis och motsatsbevis; se därom ofvan sid. 549 not 30. Påståendet hvilar på följande resonemang. Då ett legalt fullt hufvudbevis föreligger, måste domaren taga sakförhållandet för godt, oafsedt om han är öfvertygad om dess riktighet eller ej. Ett bevis, som går ut på att rubba domarens öfvertygelse (eller, enligt förf:ns terminologi, ett *motbevis*), kan alltså, när hufvudbeviset är ett legalt fullt bevis, icke föras. Det kommer ju nämligen ej an på domarens öfvertygelse. Endast under den förutsättning är ett motbevis tänkbart, att det bevisdatum, som genom motbevisningen åvägabragts, har ett visst legalt bevisvärde, som kan fråndragas hufvudbevisets legala bevisärde. Men äfven under denna förutsättning kan motbevis ej förekomma, ty med den legala teorien stämmer bäst öfverens, att ett legalt fullt hufvudbevis icke faller för ett bevis, som icke är fullt (eller, för att fasthålla vid förf:ns terminologi, endast faller för ett *motsatsbevis*). Jfr vidare i texten.

⁵⁰ *Wrede*, Bevisrätten sid. 259.

faktum skall hållas för fullt styrkt, när ett visst mått af bevis föreligger, är ej därmed logiskt gifvet, att domaren vid pröfningen af, huruvida ett faktum skall läggas till grund för domen, icke gentemot ett enligt stadgandet fullt hufvudbevis får taga hänsyn till ett motbevis, med mindre det har samma mått, som är för ett fullt hufvudbevis föreskrifvet. Tydligtvis kan en lag intaga denna ståndpunkt, men att den skulle vara den med den legala teorien enda logiskt förenliga eller ens bäst öfverensstämmande⁵¹, synes mig icke med fog kunna påstås. Tvärtom förefaller det stämma bäst öfverens med den legala teorien att, i den mån den aritmetiskt värdesätter bevisdata, låta motbevis gå i afräkning mot hufvudbevis. Om två vittnen skattas till fullt bevis och ett vittne till halft bevis, hvarför skall då ej vid bedömandet af, huruvida den bevisskyldige, som förebragt två vittnen, lyckats fullgöra sin bevisskyldighet, tagas hänsyn till att motparten har att åberopa ett vittne till stöd för, att det förhåller sig på annat sätt, än de två vittnena intygat? Bortser man i detta fall från motbeviset, så gynnar man den bevisskyldige på motpartens bekostnad, och härför stå hvarken teoretiskt giltiga eller praktiskt tillfredsställande skäl att finna. Om man alltså vill göra gällande, att ett legalt fullt vittnesbevis icke rubbas i sin verkan genom ett annat motvittnesbevis än ett sådant, som fyller det legala måttet, så finner denna ståndpunkt ingalunda något stöd i några förmenta konsekvenser af den legala teorien, utan den måste, för så vidt det är möjligt, grundas på en lagbestämmelse, och det enda lagrum, som härvid är att tillgå, är det ofvan angifna, 17: 20 RB, som nedan upptages till granskning. Väl att märka är, att det nu anförda ingalunda innebär, att ett legalt fullt hufvudbevis kan rubbas — eller, närmare bestämdt, minskas i värde så, att det icke längre är att anse såsom fullt — genom hvarje motbevis. En legal regel om, att visst bevis

⁵¹ Så *Trygger*; jfr ofvan not 49.

skall hållas för fullt (ex. vår lags bestämmelse, att två vittnen äro fullt bevis) skulle väsentligen förlora i vikt, ja, man kan nästan säga, mista all praktisk betydelse, om domaren finge i hvarje fall, då det förelåge motbevis, fritt bilda sig en öfvertygelse om sanningen af sakförhållandet och alltså egde döma på grundvalen af antagandet, att hufvudbeviset försvagats så, att det icke vidare fyllde måttet⁵². Mot den legala teoriens anda och mening står det för visso i rak strid att tillägga domaren en dylik rätt till fri bevispröfning. Å andra sidan bör man icke gå så långt, att man anser endast ett sådant motbevis, som har ett bestämdt legalt värde, kunna komma i betraktande såsom försvagande värdet af ett legalt hufvudbevis. Det skulle vara fullständigt meningslöst att lagligen tillstämja förandet af motbevis på alla de olika sätt, som öfver hufvud äro af lagen godtagna, om det syfte, som med motbevisning fullföljes, icke stode att vinna. Det gäller följaktligen att söka en lösning, som gör rättvisa åt de olika synpunkterna. Denna lösning kan endast ligga däri, att ett legalt hufvudbevis anses böra falla — förutom för ett motbevis, som är legalt fullt eller har ett sådant legalt värde, att vid afdrag af detsamma från hufvudbeviset detta ej fyller måttet — jämväl under den förutsättning, att domaren genom ett bevis, som hemfaller under hans fria pröfning, är *fullt öfvertygad om*, att det förhåller sig på annat sätt, än hufvudbeviset ger vid handen⁵³.

⁵² Jag är i denna del i allo enig med *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 73, då han yttrar, att det icke är tänkbart, att lagstiftaren vid förekomsten af motbevis mot ett legalt hufvudbevis »velat frigöra domaren från den legala teoriens band och tillstämja honom fri bevispröfning, ty detta skulle hafva varit att *helt och hållet* befria domaren ifrån lagens tvång att i visst fall anse något bevisadt, då ju i nästan hvarje fall af honom skulle kunna åberopas ett och annat indicium, som ginge i motsatt riktning mot hufvudbeviset».

⁵³ Ett sådant bevis är enligt *Tryggers* terminologi ett motsatsbevis. Författarens åsikt, att, så långt den legala teorien enligt 1734 års lag nådde, endast motsatsbeviset gällde och »plats saknades för motbeviset», går, såsom af det i texten redan anförda framgår och ytterligare kommer att utföras, längre än jag anser riktigt.

Se vi då härefter till hvad vår lag i 17: 20 RB har att säga om de ofvan behandlade spörsmålen, så konstatera vi genast, att lagrummet, så vidt nu är i fråga, handlar om det förhållandet, att vittnens utsagor äro stridiga, d. v. s. att vittnen lämnat sinsemellan stridiga uppgifter om samma sakförhållande. Härunder inbegripes uppenbarligen i främsta rummet det fallet, att mot ett med vittnen fördt hufvudbevis står motbevisning genom vittnen. Det förutsättes, enligt hvad ordalagen synas otvetydigt gifva vid handen, att å hvardera partssidan företetts bevis genom minst två vittnen.

Till undanröjande af den emellan vittnena rådande stridigheten eller, såsom det heter, »att sanning därmed utleta» eger domaren ex officio ställa dem till förhör mot hvarandra. Nödvändigt är detta dock ej, utan domaren eger härutinnan förfara såsom honom för bäst synes; omständigheterna kunna mången gång vara sådana, att anställandet af korsförhör icke har utsikt att leda till något resultat.

Om kollisionen kvarstår olöst, då målet är moget till afgörande, skola följande grundsatser komma till användning. Den part har »vitsord, som bästa vittnen hafver, de där klaraste skäl och omständigheter vid handen gifva. Äro å båda sidor jämgoda bevis och vittnen; då gällan de, som svaranden värja, förty att domaren eger hellre fria än fälla». Innan jag går närmare in på tolkningen af dessa bestämmelser, må framhållas, dels att man numera ej med uttrycket vittnen »som svaranden värja» kan förstå annat än den icke-bevisskyldige partens motvittnen mot de vittnen, som representera hufvudbeviset, dels att bestämmelserna angå allenast en ren kollision emellan vittnen, d. v. s. å ena och andra sidan har ej förebragts annat än vittnesbevis.

Då ett legalt fullt bevis förts å ömse sidor, skall domstolen, enligt hvad ifrågavarande bestämmelser göra fullt tydligt, i första hand fästa sig vid vittnesmålens kvalitet. Det kommer därvid an så väl på vittnenas personliga egen-

skaper (»bästa vittnen hafver») och deras utsagors därpå beroende större eller mindre trovärdighet (jfr ofvan sid. 641) som ock på utsagornas inre sanningshalt (»de där klaraste» etc., jfr ofvan sid. 641 f.). Bestämmelserna äro så affattade, att vid olikhet i kvalitet emellan den ena och andra partens vittnen kvaliteten skall ensamt, alltså oafsedt antalet vittnen å ena och andra sidan, vara afgörande⁵⁴. Härigenom har ett betydande område upplåtits för domarens fria pröfningsrätt.

Därest de mot hvarandra stående vittnesmålen äro kvalitativt jämnställda, har domstolen att tillämpa den, ofvan ordagrant citerade, sista punkten i 20 §. Den kan emellertid tolkas på olika sätt, och skiljaktiga åsikter om dess innebörd ha också uttalats. Att med full säkerhet afgöra, hvad meningen är, torde knappast vara möjligt. Tre tolkningsalternativ komma i betraktande. Såsom ett första alternativ skulle jag vilja framhålla den tolkningen, att bevisskyldigheten aldrig får anses fullgjord, om motparten förebragt ett legalt fullt motbevis (minst två vittnen). Åsikten innebär, att det under nämnda förutsättning är alldeles utan betydelse, huruvida och huru mycket antalet vittnen på den bevisskyldiges sida öfverskjuter antalet motvittnen; om blott motbeviset utgöres af minst två vittnen, omintetgör det således hufvudbeviset, skulle detta än ha förts genom aldrig så många vittnen. För denna uppfattning af lagrummet, hvilken låter uttrycket »jämgoda bevis och vittnen» syfta allenast på vittnesutsagornas kvalitet och icke på deras kvantitet, talar onekligen ej mindre den rent språkliga betydelsen af ordet »jämgoda» än äfven en sammanställning af nämnda uttryck med hvad i senare hälften af §:ns före-

⁵⁴ Exempelvis skall, om mot den bevisskyldiges kvalitativt öfverlägsna två vittnen stå tre vittnen å motpartens sida, bevisskyldigheten anses fullgjord, eller omvänt, om mot den bevisskyldiges kvalitativt underlägsna fyra vittnen stå två vittnen för motparten, bevisskyldigheten icke anses fullgjord.

gående punkt är sagdt⁵⁵. Å andra sidan kan man emot detta sätt att utlägga ifrågavarande stadgande åberopa dess förhistoria. Förebilden för detsamma har man funnit i 27 § af de till 1683 och 1685 års krigs- och sjöartiklar fogade processreglerna, hvori föreskrifves, att vid kollision emellan vittnen det bör »gifwas then Parten troo och witsord som mäste och bäste witnen haft, och the som med klaraste skiäl, bewijs och omständigheter sielfwe sanningen uppenbarat och förebracht hafwa». Af hvad här säges — hur sväfvande det än i det hela är — synes framgå, att man lagt vikt ej blott på vittnesmålens kvalitet utan jämväl på vittnenas antal. Om man med ledning häraf vill tolka förevarande passus i 17: 20 RB, kommer man till det resultatet, att, om vittnena å båda sidor äro lika goda men olika till antal, domstolen skall hålla sig till hvad de flesta säga, och att vid likhet i båda hänseendena utgången måste blifva till svarandens (den icke-bevisskyldiges) favör⁵⁶. Detta stämmer öfverens med den förut (sid. 662 ff.) omnämnda uppfattningen, att verkan af ett legalt fullt bevis kan häfvas endast genom ett minst lika

⁵⁵ I samma riktning pekar en jämförelse med Lagkommissionens förslag till RB, af 1717 Cap. 10 § 10 och af 1723 Cap. XVIII § 9.

Ifrågavarande utläggning har, mig veterligen, icke förut framställts. De anmärkningar ang. 17: 20 RB, som *Trygger*, sid. 74, lämnat, äro ej så ingående, att de gifva besked på denna punkt. Detsamma torde närmast böra sägas om *Engströmer's* uttalanden, sid. 235 f. Då författaren emellertid hänvisat (sid. 235, jfr med sid. 128) till den reglering, som under senare hälften af 1600-talet kom kollision af vittnesbevis till del, och yttrat, att denna upptagits i 1734 års lag, är det antagligast, att han velat tillägga förevarande stadgande annan innebörd än nu afses.

⁵⁶ Af denna mening är *Nehrman*, sid. 244 f. § 55, och *Lindblad*, sid. 146 f.

Uppenbarligen är det långt ifrån otvifvelaktigt, att man bör fatta det ifrågavarande stadgandet i 17: 20 RB så, att det till innebörden stämmer med den anförda bestämmelsen i 1600-talsförfattningarna. Det torde vara minst lika riktigt, ja måhända ännu mera berättigadt att fästa sig vid, att 1734 års lagstiftare afvikit från det i texten anförda 1600-talsstadgandet i så måtto, att han icke häntydt på olikheten i antalet vittnen å ena och andra partssidan.

starkt motbevis. Således skulle t. ex. kändens bevisning genom fem vittnen ej falla för svarandens motbevis genom fyra vittnen. — Ett tredje sätt att lösa det föreliggande spörsmålet är att, med fäst afseende å den legala teoriens aritmetiska bevisvärdeuppskattning, anse motbeviset böra afdragas från hufvudbeviset⁵⁷. Om alltså den icke-bevis-skyldige partens vittnen äro lika många som eller flere än den bevis-skyldiges, skulle bevis-skyldigheten ej anses vara fullgjord, men utgången skulle blifva den motsatta, då den bevis-skyldiges vittnen äro flere än motpartens och efter subtraktionen minst två vittnen återstå på den förres sida.

Sakligt tillfredsställande är ej något af de tre tolknings-alternativen. Att i enlighet med det förstnämnda af dem principiellt alldeles bortse från förhållandet emellan antalet vittnen å ena och andra partssidan (under den förutsättningen, att ett legalt fullt motbevis presterats) och aldrig låta en på den bevis-skyldiges sida förefintlig öfvervikt därutinnan bestämma pröfningen till förmån för honom, för-

⁵⁷ Möjligen är *Schrevelius*, sid. 358, af denna mening; hans kortfattade uttalande är ej klart men tyder därpå. Först säger han, med hänvisning till krigs- och sjöartiklarna från 1680-talet, att, om vittnena äro *jämngoda*, afseende måste göras å deras antal, så att den part, som har de »mäste» vittnena för sig, har företrädet, men därefter tillägger han följande: »man får dock icke förglömma, att deras vittnesmåls bevisande kraft minskas af de motstående vittnesmålen». *Broomé*, sid. 235, finner det vara uppenbart, att (under förutsättning, att vittnena å ömse sidor äro *jämngoda*), om t. ex. mot tre kändevittnen stå två svarandevittnen, svaranden icke kan anses öfverbevisad. Men författaren anser det icke lika säkert, att i nämnda fall »hvarje domare skulle anse resultatet framgå ur en enkel subtraktion, så att endast ett vittne skulle återstå mot svaranden». Lagen säger, enligt förf:ns åsikt, ej något om den saken, men bästa skäl finner förf:n tala för den meningen, att »det större antalet i *allmänhet* gifver större trovärdighet, så att, om tillräckligt antal vittnen återstår å ena partens sida, sedan den andra partens vittnesantal frånräknats, detta *plus* bör räknas den parten till godo». Ej heller *Broomé* kommer sålunda till något fullt bestämdt resultat. I hvarje fall torde han vara på det klara med, att vid kollision emellan *jämngoda* vittnen motbeviset bör tagas i betraktande såsom försvagande, eventuellt omintetgörande verkan af hufvudbeviset.

tjenar näppeligen gillande. Nästan ännu mindre tilltalande finner jag det andra i ordningen af de ofvan angifna alternativen. Det förefaller nämligen föga rimligt att kräva ett motbevis, som, legalt bedömdt, är minst lika starkt som hufvudbeviset, så att följaktligen en öfvervikt af ett enda vittne på den bevisskyldiges sida fäller utslag till hans favör. Af det sagda må synas följa, att subtraktionsmetoden är den bästa, men jämväl denna metod kan ej göra anspråk på någon högre grad af erkännande, ty en aritmetisk behandling af bevis och motbevis är för visso icke grundad i sakens natur⁵⁸. I själfva verket är det ej möjligt att finna någon viss regel, efter hvilken alla fall af kollision vid bevisning genom vittnen kunna finna ett tillfredsställande bedömande. Det enda riktiga är att låta domstolen pröfva fritt. Då emellertid lagen näppeligen kan förstås så, som om en dylik fri bevispröfning tillkomme domstolen, återstår ej annat än att söka angifva hvad lagen bör antagas hafva åsyftat. Med starkt betonande af vanskligheten i att lämna något bestämdt besked, vill jag uttala mig för det första tolkningsalternativet, för hvilket åtminstone kan åberopas lagens bokstaf. — För öfrigt må ej förbises, att den praktiska betydelsen af det föreliggande spörsmålet är afsevärdt reducerad genom den domstolen gifna fulla friheten att värdesätta vittnesmålens kvalitet och att, där jämnghodhet ej befinnes vara för handen, gifva den part vitsord, som har de bästa vittnena.

I 17:20 RB är, enligt hvad förut antydts, icke fråga om sådana fall af vittneskollision, då af båda parterna eller en-

⁵⁸ Jfr *Nellemann*, anf. arb. § 131. Med rätta yttrar förf:n, sid. 708, att det väl i allmänhet, och när inga särskilda omständigheter föreligga, låter försvara sig att hålla tre hufvudvittnen mot ett motvittne för afgörande; samstämmigheten emellan de tre ger hufvudbeviset en styrka, som motiverar detta. Men när motvittnena äro två eller flere, kan enahanda resonemang ej med samma fog föras, och det är därför icke lika grundadt i sakens natur att låta fyra eller fem vittnen gälla mot två som att låta tre gälla mot ett.

dera förebragts bevis genom ett enda vittne. Det torde böra antagas, att jämväl i dessa fall domstolen bör tillämpa den i 17: 20 häfdade grundsatsen att i första hand taga hänsyn till vittnesmålnens kvalitet. Kan domstolen ej på detta sätt komma till ett resultat utan har att räkna allenast med antalet vittnen å ena och andra partssidan, äro enligt min åsikt, följande regler öfverensstämmande med lagen.

Då hvardera parten har för sig ett vittne, neutraliseras hufvudbeviset af motbeviset, och laga grund för ådömande af värjemålsed föreligger icke. Skulle den bevisskyldige parten ha två vittnen till stöd för sitt faktiska påstående och motparten ha att åberopa ett motvittne, kan, såsom redan i det föregående antydts, bevisskyldigheten ej anses fullgjord⁵⁹, men däremot har efter mitt förmenande domstolen i sin makt att ålägga den icke-beviskyldige parten värjemålsed. Hvad till sist angår det fall, att hufvudbeviset utgöres af tre eller flere vittnen, hvaremot står ett vittne för motparten, så torde det ligga i öppen dag, att hufvudbeviset ej får anses hafva genom motbeviset försvagats så, att det mist sin verkan af fullt bevis.

3) Hvad angår kollision emellan bevis af olika slag, erfordras här blott några få anmärkningar i afseende å skriftliga bevis, vittnen och indicier.

⁵⁹ Det är af intresse att här hänvisa till äldre dansk rätt. Christian V:s danske Lov upptog i 1—13—1 bestämmelse om, att två vittnen skulle vara fullt bevis. I dansk rättsvetenskap har detta icke förståtts så, som om ett genom två giltiga vittnen fördt hufvudbevis skulle vara afgörande, äfven om å andra sidan stod ett giltigt motvittne. Jfr *Ørsted*, *Eunomia* IV sid. 452, och i närmaste anslutning till honom *Nellemann*, anf. arb. sid. 707. *Ørsted* yttrar, att bevis genom två vittnen icke medförer någon absolut visshet, ty »i saa Fald vilde der heller aldrig kunne blive Tale om Modbevis». Visserligen skapa två sammanstämmande vittnesutsagor öfvervägande skäl för det omvittnade faktum, men det betyder ej, att motvittnet är att anse som ett intet, som alls icke bör öfva inflytande på bedömandet. »Man maa fra den større Sandsynlighed, som de tvenne Vidners Forklaringer give, drage den mindre, som Modvidnet giver, og man beholder da vel noget tilbage, men dette Noget er ikke længere et fuldt Bevis».

Då skriftliga bevis och vittnen stå emot hvarandra, eger domaren fritt afgöra, huruvida beviskyldigheten bör anses fullgjord eller ej. Dock måste af skäl, som förut anförts, principiellt fasthållas, att ett legalt fullt vittnesbevis ej kan falla för ett motstående skriftligt bevis, med mindre domaren genom detta senare blifvit fullt öfvertygad om oriktigheten af hvad vittnena berättat.

Beträffande slutligen kollision emellan skriftliga bevis eller vittnen, å ena, och indicier, å andra sidan, så är det utan vidare utläggning klart, huru bedömandet bör utfalla under den förutsättning, att lagen anses ha fastställt bevisvärdet af indicier till mindre än fullt bevis. Om man däremot, i likhet med mig, håller före, att indicier kunna åstadkomma fullt bevis, sker pröfningen efter grunder, som i allo motsvara de nyss förut angående förhållandet emellan skriftliga bevis och vittnen angifna⁶⁰.

f) I 17 kap. RB har, enligt hvad tidigare påpekats, lagstiftaren låtit den uppfattningen tydligt framträda, att bevis-temata i process äro de fakta, som däri äro af omedelbar relevans; indicier ha uppfattats såsom medel att bevisa nämnda fakta. Emellertid är det ju, såsom jämväl framhållits, icke dess mindre så, att indicier för att kunna komma i betraktande äro i behof af bevis lika väl som omedelbart relevanta fakta och bevisas på alldeles samma sätt som dessa. Uppenbarligen är lagens mening den, att de regler, som angå domarens bundenhet eller frihet vid fastställandet af hvad som är att hålla för sant (alltså de regler, som innefattas under rubrikerna legal bevis teori och fri bevispröfning), skola ega tillämpning jämväl i afseende å styrkandet af indicier.

⁶⁰ Man torde knappast ha anledning att tänka på annat fall än det, att hufvudbeviset består af skriftligt bevis eller vittnen, hvaremot stå indicier. Det motsatta fallet, att hufvudbeviset utgöres af indicier och motbeviset af skriftligt bevis eller vittnen, är mindre att räkna med, därför att ett tillräckligt starkt indiciebevis ej gärna i föreliggande situation kan föreligga.

Hvad beträffar frågan om förenämnda reglers tillämpning å vittnesjäf och öfver hufvud å s. k. hjälpfakta (sid. 568), så torde väl näppeligen kunna påstås annat, än att, för så vidt bevisning för styrkande af ett sådant faktum föres, ifrågavarande regler äro tillämpliga. Men det ställer sig i allmänhet så, att bevisning ej påkallas utan domstolen godtager upplysningar, som lämnas af någon dess ledamot eller eljes af någon trovärdig person. Det faktum, hvarpå det kommer an, torde härvid betraktas från den synpunkten, att det är för domstolen notoriskt.

C. Om förhållandet emellan legal bevisteori och fri bevispröfning enligt domstolspraxis.

Utvecklingen i praxis på förevarande område har, såsom naturligt varit, i stort sedt gått i den riktningen, att domstolarna allt mindre ansett sig vid bevispröfningen bundna af de lagens regler, som föreskrifva en sådan bundenhet, eller, för att uttrycka förhållandet på annat sätt, området för den legala teoriens herravälde har minskats och den fria bevispröfningen i motsvarande mån utsträckts. Denna utveckling har allmänt inom hithörande litteratur uppmärksamrats. Då man därvid undantagslöst utgått från den tolkningen af 17 kap. RB, att indicier fränkänts förmågan att ensamma åstadkomma fullt bevis, och i anslutning därtill konstaterat, att indiciebeviset numera icke längre af domstolarna sålunda underskattas utan jämnställes med det direkta beviset, har olikheten emellan lagen och praxis kommit att framstå såsom synnerligen betydande. Om man däremot, på sätt jag i det föregående sökt göra gällande, håller före, att lagen icke betagit domstolarna rätten att med stöd af allenast indicier anse fullt bevis föreligga, ter sig denna olikhet ansenligt mindre. Den är dock i hvarje fall mycket afsevärd, såsom af följande anmärkningar torde framgå.

Bestämmelserna om vittnesjäf tillämpas allt fortfarande. Sätillvida har alltså den legala teorien — bortsedt från den

olika tolkning, som under utvecklingens gång kommit en del jäfsregler till del — orubbad fortbestått.

Att domstolarna numera allmänt finna sig oförhindrade att enbart på grund af indicier anse fakta fullt bevisade och lägga dem till grund för domen, har förut anmärkts. Och praxis gör härvidlag ej undantag för de indicier, som lagen frånkänt allt bevisvärde, nämligen skriftligt vittnesbörd och vittnesmål af s. k. testes ex auditu (ofvan sid. 575 ff.). I sistnämnda afseende betecknar praxis — hur man nu än uppfattar lagens ställning till indiciebeviset öfver hufvud — ett afgjordt afsteg från lagen.

Hufvudvikten ligger på den ändrade uppfattningen af förhållandet emellan hufvud- och motbevis. Ett i och för sig tillräckligt hufvudbevis anses numera kunna försvagas så, att det kan prövas vara otillräckligt, ej blott då mot detsamma står ett i och för sig fullt motbevis, utan äfven då motbeviset har ett mindre värde. Domaren bedömer sålunda fritt motbevisets verkan på ett i och för sig lyckadt hufvudbevis. Detta gäller jämväl beträffande motbevis, som förts emot ett legalt fullt hufvudbevis (två vittnen). För att upphäfva verkan af ett fullt hufvudbevis fordras således icke i något fall (förutsatt naturligtvis, att motbevis öfver hufvud kan ifrågakomma), att domaren genom motbeviset blifvit fullt öfvertygad, att det förhåller sig annorlunda än hufvudbeviset utmärker, utan det kräfves blott, att den genom hufvudbeviset åstadkomna sannolikheten befinnes så afsevärdt förminskad, att detta bevis ej längre bör godtagas såsom fullt. En följd af denna ståndpunkt är, att lagens regler i 17: 29 RB om bevisvärdet af två vittnen och af ett vittne hufvudsakligen förlorat sin betydelse. Domstolarna anse sig nämligen, då motbevis — låta vara ett motbevis, som blott består af indicier — föreligger gentemot den bevisskyldiges vittnesbevis, ega fritt bedöma resultatet af den parterna åvägbragta bevisningen i dess helhet.

I fråga om lagens bevisregler i öfrigt är ej i detta sammanhang något att anmärka.

§ 88.

Beviskyldigheten.¹

I. Parternas beviskyldighet är ett ämne, som jag redan förut i detta arbete haft anledning beröra. Jag erinrar om den i § 78 (särskildt sid. 367—370 och 373 f.) gjorda utvecklingen. Af denna framgår, att en väsentlig beståndsdel af käromålet utgöres af en framställning af den grund, hvarpå käranden stöder den omprocessade rättigheten (hvilken grund ingår i käromålet, vare sig den upptagits redan i stämningen eller ej). Om de fakta, som bilda denna grund, gäller öfver hufvud, att de måste af käranden åberopas och i fall af behof med bevisning styrkas, såframt hans talan skall kunna bifallas; de utgöra området för kärandens beviskyldighet. Vidare gifver den antydda utredningen vid handen, att man beträffande svaromål, som innefatta försvar i sak, har att skilja mellan två former: bestridande och invändning (sakinvändning). Då svaranden bestrider, förnekar han den fak-

¹ Ämnet har af mig tidigare behandlats i två skrifter, Om qualificerad erkännande i civilprocessen (1896) samt Några anmärkningar om beviskyldighet och presumptioner med hänsyn till civilprocessen, i Tidsskr. f. Retsvidenskab 1899 sid. 175—222 (sistn. skrift citeras i det följande under titeln Beviskyldighet och presumptioner). Till dessa båda skrifter jämte all där citerad litteratur hänvisas. För öfrigt inskränker jag mig till att af den utomordentligt omfattande litteraturen i ämnet här nämna följande till den nordiska rättsvetenskapen hänförliga skrifter: *Tybjerg*, Om bevisbyrden, Kjøbenhavn 1904 (jfr därmed anmälan af *Munch-Petersen* i Tidsskr. f. Retsv. 1904 sid. 451 ff.); *E. Bergelmer*, Om beviskyldigheten, i Tidsskr. f. Retsv. 1909 sid. 9—31; *Trygger*, Beviskyldigheten i processen, i Tidskr. utg. af Jur. Föreningen i Finland 1910 sid. 325—360; *O. Augdahl*, Om bevisbyrden i tvistemål, Oslo 1929; *Heimer*, Om bevisbördan, 1930; *Olivecrona*, En teori om bevisbördan, 1929 (jfr därmed en anmälan af *Nial*, i Svensk Juristtidn. 1930 sid. 355—357; Modbemärkningar af *Munch-Petersen* i Svensk Juristtidn. 1930 sid. 439—445; en artikel af *Olivecrona*, ibm sid. 553—556; samt ytterligare ett inlägg av *Nial*, i Sv. Juristtidn. 1931 sid. 50—54), äfvensom Beviskyldigheten och den materiella rätten, 1930 (cit:s härefter Beviskyldigheten). Se dessutom annan i efterföljande noter citerad litteratur.

tiska grunden för kändens påstådda rättighet eller något till denna grund hörande faktum; m. a. o. han förnekar riktigheten af ett faktum, för hvilket känden är beviskyldig. Då däremot svaranden invänder, åberopar han ett utom nämnda grund fallande faktum, för hvilket han själf är beviskyldig. Redan med dessa tidigare fällda anmärkningar är gifvet, att beviskyldigheten eller, såsom man kanske ännu oftare uttrycker det, bevisbördan är delad mellan parterna. I denna paragraf är uppgiften den att söka närmare bestämma hvad med beviskyldighet förstås och att efterforska de grunder, som möjligen stå att finna för dess knytande till någöndera parten såsom subjekt, eventuellt för dess fördelning mellan parterna. De behandlade spörsmålen röra själfva grundproblemen inom denna materie och höra till, hvad man lämpligen kan kalla, beviskyldighetens allmänna teori. Speciella, till olika arter af rättsförhållanden hänförliga, utredningar skola ej här upptagas. I ett arbete, som sträcker sig öfver civilprocessrättens system i dess helhet, kunna de ej lämpligen, åtminstone ej i någon mera afsevärd utsträckning, finna någon plats. För öfrigt torde det ej vara möjligt att såsom ett ämne för sig genomföra en uttömmande undersökning af sådan art. Dylika särskilda undersökningar höra naturligen samman med framställningen af respektiva materiella rättsinstitut.

Till den del det här gäller att forska efter grunder för en bevisbördefördelning emellan parterna, står framställningen allenast i relation till positiv svensk rätt. Ämnets natur medför visserligen, att hvad som är att anföra *de lege ferenda* jämväl hufvudsakligen har sin giltighet *de lege lata*, men genomgående är detta efter min mening icke förhållandet. I de många särskilda fall, i hvilka domaren icke i positiv rätt finner någon uttrycklig bevisbörderegulering eller kan och bör genom direkt analogi från en dylik regulering skapa en bevisbörderegulering, eger han ej fylla luckan på det sätt, att han tillskrifver sig samma maktfullkomlighet som lagstiftaren och

tillämpar den regel, som han i sådan egenskap skulle finna lämplig för den grupp af fall, hvartill det förhandenvarande fallet hör. Han är i allo bunden af den positiva rätten och eger icke använda någon regel, som ej är bildad af material, hämtadt från denna rätt. Det ena sammanfaller ej med det andra, hvartill jag längre fram får tillfälle att återkomma.

Beviskyldigheten är i vår gällande allmänna processlag reglerad genom de i 17:33 RB gifna bestämmelserna: »Käranden åligger sitt käromål lagligen bevisa; eller vare svaranden fri. Vänder svaranden någon omständighet före, att sig där med värja; bör ock han med bevis den styrka». Det är af hvad här säges uppenbart, att bevisbördan fördelats emellan parterna, äfvensom att käranden är den i första hand beviskyldige, så att följaktligen hans talan ogillas, om han icke förmår bevisa någonting.² Bevisbördedördelningen är ordnad så, att käranden skall bevisa sitt käromål och svaranden sina invändningar, eller — närmare bestämdt och med bortseende från lagstiftarens inkorrekta terminologi³ — käranden skall bevisa grunden för sitt käromål, d. ä. det faktum eller den komplex af fakta, hvarpå han stöder sitt yrkande, medan svaranden skall bevisa det eller de fakta, hvarigenom han — oafsedt hur det förhåller sig med grunden för kärandens yrkande — vill göra gällande, att kärandens rättspåstående är obefogadt. Någon verklig lösning af frågan om bevisbördans fördelning är tydligtvis ej lämnad genom uppdelningen af fakta i käromålets (eller, såsom det ofta säges, anspråkets) grund och invändningsfakta. Man vet ju ej hvilka fakta som höra till den ena och andra kategorien. Lagrummets båda punkter återgifva blott de till sin närmare innebörd obestämda romerskrättsliga uttalanden, hvilka i stort sedt utgöra den historiska utgångspunkten för de många följande undersökningarna om bevis-

² Se redan Domarereglerna §§ 29, 33 och 35.

³ Ang. termen käromål i 17:33 RB se detta arbete § 78 sid. 365 f. not 9.

bördans fördelning: *necessitas probandi incumbit illi, qui agit* (eller kortare: *actori incumbit probatio*) samt *reus in exceptione actor est*.

I detta sammanhang kan lämpligen fästas uppmärksamheten på de olika former, i hvilka ett bestridande kan uppträda. Därigenom blir ock skillnaden emellan bestridande och invändning klarare.⁴

Ett bestridande framträder i sin enklaste form, då det endast består i ett direkt förnekande af grunden för käromålet resp. af ett till denna grund hörande faktum. Men med en sådan direkt negation kan förbindas ett faktiskt påstående, hvarigenom negationen motiveras, och detta påstådda faktum kan antingen vara så beskaffat, att dess sanning icke utesluter riktigheten af det negerade faktum, eller ock vara därmed oförenligt. Ett dylikt motiverande faktum har ej någon själfständig betydelse i rättegången; genom att motivera sitt bestridande åtager sig parten ej någon beviskyldighet. Så t. ex. är den, som, jämte det han bestrider, åberopar ett alibi, icke pliktig att styrka sin närvaro på annat ställe vid det ifrågavarande tillfället. Ett bestridande kan ock vara uteslutande indirekt, d. ä. utgöras blott af ett påstående om ett faktum, som är oförenligt med grunden för käromålet. Man talar här om en *negatio per positionem*. Om denna form af bestridande gäller detsamma, som nyss yttrades angående den direkta och motiverade negationen.⁵

Begreppen bestridande och invändning ha, såsom af det föregående synes, satts i relation blott till käromålet eller rättare sagdt, till den grund, hvarpå käranden stöder sitt käromål. De olika sätt att taga ställning till käromålet,

⁴ Se *min* bok *Qualificerad erkännande* sid. 30—32.

⁵ I äldre svensk rättskipning, på 1600-talet och möjligen senare i tiden före 1734 års lags tillkomst, gjordes ej vederbörlig skillnad emellan invändningar och negationer per positionem. Se därom *Engströmer*, *Vittnesbeviset*, sid. 105, 120 och 135. Den begreppsliga skillnaden framgår af det i texten anförda. Innehållet i 17:33 RB är ej fullt klart i denna del.

hvilka dessa begrepp åsyfta, ha emellertid sin motsvarighet i kärandens olika sätt att förhålla sig till fakta, som af svarenden åberopas, liksom ock vidare i svarandens olika sätt att reagera mot hvad käranden i sistberörda afseende anfört o. s. v. Att här närmare utföra detta, är ej af nöden (jfr förut i detta band sid. 379 f.), liksom det ej heller i den följande framställningen behöfver särskildt beaktas.

Då det i det följande talas om kärandens och svarandens bevisskyldighet, är ej den processuella partsställningen i och för sig afgörande, utan med käranden afses part, som påstår sig ega en rättighet och vill ha detta fastställt, låt vara att han i processen har ställningen af svarande, och med svarenden förstås motparten till nyssnämnda part. Uppenbart är, att man har att sålunda fatta bestämmelserna i 17: 33 RB.

Den undersökning, som jag i denna paragraf eignar bevisbördefördelningsproblemet, har afseende allenast å det materiellrättsliga mellanvarande, det rättsförhållande mellan parterna, som utgör processens föremål, och icke å processuella frågor. Huru det ställer sig med bevisskyldigheten beträffande dem, vållar i allmänhet ingen svårighet att afgöra och är ej heller föremål för afsevärd meningsskiljaktighet. Hvad därom kan vara att säga, upptages lämpligast å vederbörliga ställen i systemet, där de särskilda frågorna finna sin behandling.⁶

Slutligen må nämnas något om det tidigare mycket omvistade spørsmålet, huruvida reglerna om bevisskyldigheten (på det privaträttsliga området) tillhöra privaträtten eller processrätten.⁷ Min uppfattning därom framgår med full tydlighet af den följande framställningen, och därför kan jag här inskränka mig till några få ord. Utgår man därifrån, att de privaträttsliga reglerna jämväl reglera bevisskyldigheten, blir konsekvensen den, att ifrågavarande ämne är av privaträttslig natur. Men om man — hvilket otvifvel-

⁶ Se t. ex. angående processförutsättningarna Bd I sid. 1169 f.

⁷ Se en anmärkning därom i detta arbete Bd I sid. 67.

aktigt är det riktiga — uppfattar bevisbördereglerna såsom själfständiga, vid sidan af privaträttssatserna stående, regler och vidare tager i betraktande, att de uteslutande ha betydelse i eller med hänsyn till process, synes man mig naturligen komma till det resultatet, att de ha processrättslig karaktär ^{7a}.

II. a) Att part är bevisskyldig för eller har bevisbördan för ett faktum, innebär, att den menliga verkan af, att detta faktum icke varder fastställt och därför icke kan läggas till grund för domen, drabbar honom. Denna verkan består däri, att domen går honom emot. I vissa fall, om hvilka varit tal ofvan i § 86 (hufvudsakligen är det där fråga om ostridighet och dess betydelse), äro fakta ej i behof af bevis för att kunna tjena såsom grundval för domslutet. Bortses därifrån, gäller, att domaren kan bygga sitt domslut allenast på sådana fakta, om hvilkas sanning han är öfvertygad (resp. där legal bevisteori råder, på grund af något lagbud måste godtaga), m. a. o. på sådana fakta, för hvilka tillräckligt bevis är för handen.⁸ Vid bestämmandet af begreppet

^{7a} Jfr emellertid *Skeie*, Den norske civilprocess Bd II, 5:te hefte, Oslo 1931 sid. 351—353. Författaren framhåller, att bevisbördenor-
merna direkt bestämma domens innehåll, och finner det därför naturligt, att de, såvidt angår bevisbördan i privaträttsliga frågor, anses såsom privaträttsliga. Med deras karakteriserande i detta hänseende har man förbundit spörsmålen dels, huruvida domaren, då utländsk privaträtt skall komma till användning, har att använda den främmande rättens regler om bevisbördan eller ej, dels huruvida parterna ega genom aftal fördela bevisbördan annorlunda än positiv rätt bestämmer. Något nödvändigt samband behöfver dock icke anses vara för handen. Det första spörsmålet bör otvivelaktigt besvaras så, att den främmande rättens regler om bevisbördan böra tillämpas. (Se i viss mån annorlunda Bd I del I sid. 107; sid. 105 i 2:dra uppl.) Det senare spörsmålet vill jag för min del, ehuru icke utan tvekan, öfver hufvud besvara så, att, såframt dispositionsrätt föreligger på de privaträttsliga området, jämväl bevisbördans fördelning kan regleras genom aftal emellan parterna.

⁸ Jfr emellertid nedan sid. 694 ff. om verkan däraf, att bevisskyldigheten ej fullgöres.

beviskyldighet tages i allmänhet blott hänsyn till det förhållandet, att bevis fordras för att ett faktum skall kunna fastställas. I enlighet därmed betyder parts beviskyldighet för ett faktum, att nackdelen af brist på bevis för samma faktum träffar parten.

Termen beviskyldighet är i olika afseenden egnad att framkalla missuppfattning.⁹ Den häntyder på, att det här skulle vara fråga om en processuell plikt för part att bevisa, men en dylik plikt finnes icke, efter hvad veterligen alla äro ense om. Det står part fritt att till stöd för sitt yrkande åberopa hvilka relevanta fakta han finner för godt och att prestera bevis för dem, men någon skyldighet i sådant hänseende åligger honom icke vare sig i förhållande till domstolen eller motparten. Beviskyldigheten är sålunda blott ett uttryck för partens praktiska intresse af, att domaren lägger faktum såsom styrkt till grund för domen. Och för tillgodoseende af detta intresse fordras ej, att parten själf i processen inför det material, hvarpå domarens öfvertygelse om faktum skall grundas. Beviskyldigheten kan lika väl fullgöras därigenom, att motparten åvägbringar sådant material eller domstolen ex officio anskaffar detsamma. Denna s. k. skyldighet är följaktligen icke liktydig med en praktisk nödvändighet för parten att själf företaga en bevisande verksamhet. Man kan emellertid ej stanna härvid. Det ligger i all synnerhet vikt på att understryka, hurusom *beviskyldighet* öfver hufvud ej är identisk med en *bevisningskyldighet*. Med bevisning förstås, enligt hvad tidigare utredts (sid. 543), en bevisande verksamhet eller, närmare bestämdt, den verksamhet, hvarigenom bevisgrunder åstadkommas. Att partens beviskyldighet ej är detsamma som en nödvändighet för honom att själf vara verksam, har nyss med all möjlig tydlighet framhållits. Men alldeles bortsedt från, att en af motparten eller af domstolen före-

⁹ Jfr därom *mina* skrifter, Qualificerad erkännande sid. 8 samt Beviskyldighet och presumtioner sid. 175—180.

tagen bevisande verksamhet är att i förevarande afseende likställa med en sådan verksamhet af parten själf, bör det kraftigt betonas, att bevisskyldigheten är något begreppslikt annat än en bevisningsskyldighet. Man kan i ett konkret fall beteckna en part såsom bevisskyldig, äfven om det icke föreligger någon nödvändighet att till vinnande af en för honom gynnsam dom föranstalta om bevisföring. Bevis-skyldigheten — om hvilket begrepp här ensamt är fråga — rättar sig efter allmänna och abstrakta regler, medan bevisningsskyldigheten (= nödvändigheten att företaga en bevisande verksamhet) beror på processläget i det konkreta fallet. Hvad det senare angår må särskildt beaktas, att själfva partsförhandlingen (parternas sakliga anföranden) kan innehålla moment, på grund af hvilka domaren kommer till visshet om ett faktum, och som sålunda, utan att någon bevisföring egt rum, åstadkomma, att partens bevisskyldighet beträffande samma faktum anses fullgjord (jfr sid. 528). Att uppställa fasta principer för en bevisningsskyldighet i den här nämnda betydelsen, låter sig enligt sakens natur ej göra, och att tala om en efter vissa grunder ordnad fördelning emellan parterna af en dylik skyldighet, är en orimlighet. För min del finner jag det vara synnerligen viktigt, att man ej identifierar eller förväxlar de båda nu vid sidan af hvarandra ställda begreppen bevisskyldighet och bevisningsskyldighet. Om man det gör, har man, såvidt jag kan döma, uteslutit hvarje möjlighet att ernå reda och klarhet i läran om bevisbördans fördelning.¹⁰

Den ofvan utvecklade innebörden af begreppet bevisskyldighet eger giltighet oberoende af, om processen behärskas af förhandlings- eller undersökningsprincipen. Äfven om den senare principen är rådande och domaren således är ansvarig för utredning och bevisning, kan det inträffa, att processmaterialet ej gifver klarhet öfver alla i

¹⁰ Ang. ifrågavarande distinktion se redan tidigare i detta arbete Bd II sid. 19 not 17.

processen relevanta faktiska punkter, och då domaren ej får stanna vid ett *non liquet*, är det äfven här ofrånkomligt att afgöra, hvilken af parterna den menliga påföljden däraf skall drabba. Det kan i anslutning härtill förtjena påpekas, att termen bevisbörda är mindre passande med hänsyn till en process, i hvilken undersökningsprincipen tillämpas. Ordet leder tanken på den börda — det besvär och den kostnad — som är förbunden med en bevisföring, men i den mån domaren ex officio sörjer för anskaffandet af bevis, tynges ej parten af en sådan börda.

Framhållas må ock beträffande termen bevisskyldighet, att en själfklar förutsättning för, att den öfver hufvud rimligtvis skall kunna finna användning, är att bevissystemet är materiellt och icke formellt (se ofvan sid. 545). Om bevisningen består i fullgörandet af vissa formella prestationer, framstår den ej såsom en skyldighet (eller en börda) för den part, som därmed styrker sin talan, utan såsom en rättighet.

Då begreppet bevisskyldighet i det föregående bestämts, har det skett, om jag så må säga, i negativ riktning, d. v. s. så, att bevisbördereglerna uppfattats såsom regler om, hvilken af parterna det skall lända till nackdel, att en relevant faktisk punkt icke blifvit klargjord. Man får t. ex. veta, att, om käranden ej styrkt sitt påstående, att försträckning egt rum, hans talan ogillas. En positiv bestämning är ej vanlig och i visst afseende mindre lämplig. Den kan ej innehålla annat, än att bevisbördereglerna äro regler om hvad som behöfver vara fastställdt i processen, för att ena eller andra parten skall ernå bifall till sin talan. Granskar man denna definition från kärandens synpunkt, så finner man, att, medan underlåtenhet af honom att fullgöra sin bevisskyldighet har till följd, att han förlorar processen, det ej omvänt gäller, att hans fullgörande af denna skyldighet åstadkommer, att han vinner processen. Den omständigheten t. ex., att käranden, hvars bevisskyldighet omfattar, att han försträckt svaranden det omstämda beloppet, styrkt detta förhållande,

medför icke, att hans talan bifalles, såframt svaranden visat, att skulden sedermera betalts. Grunden till denna olikhet emellan den positiva och negativa bestämningen ligger däri, att den senare tager direkt och uteslutande sikte på det omedelbart till bevisbördefördelningsproblemet knutna spörsmålet om följden af, att bevisskyldigheten beträffande ett faktum icke fullgöres.

Bevisbördereglerna uppfattas i allmänhet endast såsom fördelningsregler. Emellertid är deras hela innehåll ej därmed klarlagdt. Därest privaträttssatserna antagas ej säga något om, hvilka fakta behöfva fastställas i process angående ett privaträttsligt mellanvarande eller — för att begagna ett ännu mera allmänt hållet uttryck — på hvilka fakta det öfver hufvud kommer an i processen, så tillkommer det bevisbördereglerna att upplysa härom. Främst bland dessa regler skulle jag därför vilja ställa satsen, att de af privaträtten uppställda faktiska betingelserna för rättigheters bestånd utgöra de fakta, hvilkas fastställande eger processuell relevans. Den främsta af alla bevisbörderegler har alltså till innehåll en hänvisning till de af privaträttssatserna uppställda betingelserna för stadgade rättsverkningar. I anslutning till denna bevisbörderegler förmenar jag det kunna såsom själfklart framhållas, att, om samtliga privaträttsliga betingelser för en omprocessad rättighets bestånd stå fast, domen måste gå ut på en fastställelse af rättigheten, medan, där det upplysts, att någon betingelse saknas, utgången måste blifva den motsatta.

b) Den principiella skillnaden emellan bevisskyldighet och bevispröfning (eller bevisuppskattning) är i sig själf tydlig nog men bör likväl, då ofta oklarhet yppat sig, noggrant preciseras. Då visshet ej vunnits om en relevant faktisk punkt (t. ex. om betalning egt rum eller ej), bestämmes efter reglerna om bevisbördans fördelning emellan parterna, hilkendera af dem afgörandet skall gå emot. Under antagande, att svaranden i ett krafsmål är bevisskyldig för att

skulden betalts, blir således utgången den, att käromålet bifalles och betalningsskyldighet ådömes honom. Ett därifrån begreppsligen alldeles skildt spörsmål angår domarens pröfning, huruvida juridisk visshet i afseende å frågan om betalning åvägabragts eller ej.

Den begreppsliga distinktionen emellan bevisskyldighet och bevispröfning påverkas uppenbarligen icke af den rådande bevisteorien (jfr ofvan sid. 631). Vare sig domaren vid sin pröfning af processmaterialet eger obunden af legala regler fritt bilda sig en öfvertygelse om hur det förhåller sig och döma därefter, eller han därvid är bunden af sådana regler, är bevisbördeproblemet ett och detsamma. En annan sak är, att, såsom ock tidigare antydts, detta problem förlorar i vikt, om fri bevispröfning råder, nämligen på så sätt, att den fria pröfningen kan gifva domaren en bestämd öfvertygelse om det faktiska förloppet i många fall, där bundenhet vid legala regler ej skulle föra till ett sådant resultat utan nödga till ett afgörande af saken efter bevisbördeprinciper. I närmaste samband med sagda effekt af fri bevispröfning står frågorna om rättegångssättet — muntlighet eller skriftlighet — bevisomedelbarhet och domarens processledande verksamhet. Det är tillräckligt att här hänvisa till hvad därom tidigare anförts (se ofvan sid. 628—631).

c) Inom litteraturen har kommit på tal frågan om bevisbördeproblemet hänförande till viss tidpunkt under processen, och då det därom sagda är i anseende till sin innebörd omedelbart knutet till åtskillnaden emellan bevisskyldighet och bevispröfning, anser jag mig böra redan nu ett ögonblick dröja därvid. Utgående därifrån, att bevisbördeproblemet är spörsmålet om, hvilken af parterna en föreliggande oklarhet angående en faktisk punkt skall gå ut öfver, har man ledts till påståendet, att problemet är hänförligt till en bestämd tidpunkt, nämligen tidpunkten för domarens afgörande af saken. Endast den oklarhet, som då föreligger, kommer i betraktande; att oklarhet i brist på

bevis tidigare under processens gång varit för handen, är utan all betydelse, ty det är ju blott den ännu vid afgörandet af saken kvarstående oklarheten, som i enlighet med reglerna om bevisbördans fördelning går ut öfver endera parten. Hvad sålunda sagts är delvis dunkelt och missvisande. Visserligen är det uppenbart — och därom lär icke bestå någon meningsskiljaktighet — att domaren först då afgörandet skall träffas definitivt pröfvar hvad som är att hålla för bevisadt och icke bevisadt, alltså fastslår, beträffande hvilka faktiska punkter oklarhet råder och bevisbörderegler följaktligen måste komma till användning. Men detta är icke liktydigt med, att problemet om bevisbördans fördelning skall knytas till tidpunkten för dömandet i den meningen, att bevisbördefördelningsreglerna äro i anseende till sitt innehåll beroende af hvad som under processen förekommer. Eller, för att ännu tydligare uttrycka hvad jag menar, bevispröfningen sker, då handläggningen avslutats och tiden för dömandet är inne, men reglerna om bevisbördans fördelning, som, enligt hvad alla äro ense om, äro allmänna och abstrakta regler samt ej bildas från fall till fall, ha ej annat innehåll vid tiden för dömandet än vid någon föregående tidpunkt under processen.¹¹

¹¹ Med ofvanstående uttalanden tager jag företrädesvis sikte på de åsikter, som framlagts af *Augdahl*, anf. arb. särsk. sid. 77-84. Författarens framställning i denna del är, enligt min mening, ej tillräckligt klar och genomtänkt. Detta kommer särskildt till synes i hans kritik af andra författare, särdeles af *min* skrift *Beviskyldighet och presumptioner*, hvilken kritik, hvad nämnda skrift angår, utmynnar i följande (af förf:n kursiverade) sats: »Kallenbergs feil består helt enkelt deri, at han flytter bevisbyrdespörsålet fremover i tiden — til processens begynnelse —, mens det rettelig må flyttes bakover — til pådømmelses-tiden». I min nämnda skrift talas ej något om bevisbördeproblemets förläggande till en eller annan processuell tidpunkt. Hvad jag ofvan i texten framhållit förmenar jag vara så tämligen själfklart, och jag har ej i någon tidigare skrift uttalat mig på annat sätt. Grunden till författarens polemiska yttranden i förevarande del är i själfva verket att söka annorstädes. Författaren tager det, i anslutning till Tybjerg, för en afgjord sak, att bevisbördefördelnings grund måste vara en sanno-

d) Till granskning upptages härefter frågan om nödvändigheten af regler angående parternas bevisskyldighet. Diametralt motsatta åsikter ha härom uttalats. Å ena sidan har sagts, att rättskipningen är otänkbar utan bevisbörde-regler,¹² å andra sidan har man sökt göra gällande, att de äro öfverflödiga, och att hela läran angående dem bör kastas öfver bord.¹³ Det synes med hänsyn härtill vara ofrånkomligt att söka utreda, huru härmed förhåller sig.

Då man utgår därifrån, att privaträttssatsernas innehåll blott består däri, att de till angifna faktiska betingelser knyta

likhetsberäkning, och denna tanke genomföres synnerligen långt, t. ex. ända därhän, att bevisbördefördelningen emellan parter, hvilkas tvist faller inom ett visst lifsområde, bestämmes af hvad, som hittills dem emellan varit sed och bruk. För min del lägger jag minst lika mycken vikt som författaren på att all möjlig hänsyn toges till sannolikheten, men jag finner det ej, likt författaren, tvärsäkert, att domstolarna skola vid sitt bedömande af bevisbördans fördelning taga sådan hänsyn till sannolikhetsantaganden, som författaren förmenar vara riktigt, utan anser fasthellre, att, frånsedt positiva på sannolikhetsberäkning grundade bevisbörde-regler, det förhåller sig på det sätt, att, då sannolikheten pekar i en viss riktning och den part, för hvars position den talar, på grund däraf ej har behof af att bevisa, detta icke bör fattas så, som om sannolikheten vore afgörande för bevisskyldigheten, utan så, att sannolikheten kommer i betraktande vid bevisuppskattningen. Det är författarens bergfasta öfvertygelse om, att hans sätt att uppfatta förhållandet är det enda riktiga, ja det enda på allvar möjliga, som förleder honom till den ensidiga och oförstående kritiken. Nedan göres denna mycket viktiga fråga till föremål för en utförligare behandling. Här må blott tilläggas, att det öfvan anförda torde innefatta nyckeln till författarens i och för sig vilseledande påstående, att problemet om bevisbördans fördelning i det konkreta fallet skall knytas till *pådömmelse-tiden*, eller, såsom författaren ock säger, att det är »de i hvert enkelt foreliggende tilfelle klarlagte (eller sannsynliggjorte) omstendigheter, der er bestemmende for hvilken bevisbørderegel der i vedkommende tilfelle skal komme til anvendelse». Först vid tiden för dömandet, då utredningen och bevisningen slutförts, kan domaren afgöra, hvilken eller hvilka af förut gifna (och icke först vid tillfället bildade) bevisbörde-regler skola komma till användning. Detta har alldeles särskildt tillämpning, därest sannolikhetsantaganden af den art, som Augdahl föreställer sig, skola bestämma bevisbördefördelningen.

¹² *Olivecrona*, En teori sid. 7—9. samt Beviskyldigheten sid. 9 f.

¹³ *Heimer*, anf. skrift.

rättsverkningar (uppkomst, förändring och upphörande af rättigheter), och att dessa rättssatser icke bestämma något om, hvilka fakta kräfvat fastställelse i process, är det själf-fallet, att regler (bevisbördereregler) — som jag för min del tillerkänner hemortsrätt inom processrätten — måste finnas, de där gifva besked i sistnämnda afseende (se ofvan sid. 684). I denna omfattning äga visserligen reglerna om bevisbörden en fullständigt genomgripande betydelse; utan dem är öfver hufvud ingen rättskipning, som förtjenar namnet, tänkbar. Denna betydelse tillkommer dem oberoende af, om man anser en bevisbördefördelning emellan parterna böra äga rum eller låter hela bevisbörden belasta en af dem (käranden). Divergensen angående dessa reglers nödvändighet rör emellertid knappast nämnda punkt utan blott frågan om behofvet af regler angående *fördelning* af bevisbörden. Denna senare fråga befinner sig i viss mån i ett annat läge. Om i en process full upplysning vunnits om alla relevanta fakta, komma i den processen ej några regler om en bevisbördefördelning till användning. Och om i samtliga processer full upplysning om alla betingelser för den omprocessade rättighetens bestånd erhöles, bortföle behofvet af regler om fördelning af bevisbörden. Domstolarna vore städse i den idealiska situationen att kunna döma på grundvalen af ett i alla delar klagjordt saksammanhang och behöfde ej för att komma till ett afgörande taga några dylika regler till hjälp.¹⁴ Doma-

¹⁴ Det är, så vidt jag riktigt uppfattat saken, på grundvalen af denna tankegång, som *Tybjerg*, anf. arb. sid. 1 f., förklarar det vara »en Slags Retsplejens Fallit-Erklæring, naar Dommeren i en Sag af Mangel paa Bevis for et eller andet væsentligt Punkt maa gribe til Bevisbyrdereglerne, der sige ham, hvilken af Parterne denne Mangel paa Klarhed skal gaa ud over». Uttalandet synes mig stå i full öfverensstämmelse med hvad jag i texten yttrat och i anseende till sin verkliga innebörd icke med fog kunna gifva anledning till gensagor; jfr ock *Munch-Petersen* i Sv. Juristtidn. 1930 sid. 444 f. Meningen är blott att säga, att ett dömande på basis af ett i allo klagjordt saksammanhang har större förutsättningar för att träffa det materiellt rätta än det dömande, som

ren är nu emellertid ej allvetande, och äfven det allra bäst ordnade processförfarande, handhafdt af de mest kompetenta domstolar, skulle icke kunna gifva till resultat ett processmaterial, som gäfve tillräckligt besked om hvarje relevant punkt och som tillika komme att så bedömas. Det är tydligtvis en ren utopi att räkna med en så fullkomlig processinstitution. I betraktande häraf är man för visso berättigad att påstå sådana regler vara oundgängliga, som fastställa, huru afgörandet bör utfalla — om till förmån för ena eller andra parten — då tillräcklig upplysning saknas angående någon relevant punkt.

Men huru är det då möjligt, att man ansett sig kunna häfda, att alla regler om bevisbördefördelning emellan parterna kunna undvaras och bära uppgifvas? Resonemanget är detta. Hela gränsbestämningen emellan privaträtt och processrätt beror på ett strängt särhållande af begreppen rekvisit och bevis. Med rekvisit åsyftas härvid de av privaträtten uppställda betingelserna för inträdandet af rättsliga verkningar. »Den från gängse föreställningar frigjorda synen på förhållandet mellan privaträtt och processrätt ger vid handen, att privaträtten utsäger, *hvilka rekvisitmoment som fordras för en viss rättsverkan*, under det att processrätten utsäger *hvad som fordras för att de ifrågavarande rekvisitmomenten skola anses föreligga.*»¹⁵ Då käranden påstår sig ega en rättighet och vill ha genom domen fastställt, att rättigheten tillkommer honom, kan — något som förmenas vara själfklart — hans talan ej bifallas, med mindre

i brist på bevis om någon relevant punkt tager till hjälp en bevisbördefördelningsregel. Och att jäfva riktigheten af denna enkla och naturliga tanke, torde icke vara möjligt. Medgifvas må blott, att uttrycket »Retsplejens Fallit-Erklæring» är oegentligt, ty man kan så mycket mindre påstå, att rättskipningen gör konkurs, då den opererar med regler om bevisbördefördelning, som dessa äro nödvändiga för att den städse skall kunna fylla sin samhällliga funktion. Så till vida har naturligtvis *Olivecrona* rätt i sin mot Tybjerg riktade kritik i denna del.

¹⁵ Så *Heimer*, sid. 38.

samtliga rekvisiten äro uppfyllda, d. v. s. samtliga betingelserna för rättighetens bestånd anses bevisade. Hvad det uteslutande kommer an på, är således å ena sidan de privaträttsliga betingelserna för rättighetens bestånd, å andra sidan beviset för dessa betingelser. Afgörandet i processen skall följaktligen grundas uteslutande på bedömandet af, huruvida beviset för alla dessa betingelser är för handen (på bevisuppskattningen), och med några regler om en på parterna fördelad bevisbörda har man ej att operera.

Detta resultat står i strid med den uppfattning, som hyllas af nästan alla processteoretici och är bestämmande för all domstolspraxis. Så godt som allmän enighet råder nämligen därom, att utan regler om bevisbördefördelning rättskipningen skulle i stor utsträckning svika sin uppgift. Den nu uppmärksammade, radikalt skiljaktiga, uppfattningen förnekar emellertid detta. En riktig insikt om hvad som menas med bevis samt ett fullständigt brytande med den gamla nedärfda föreställningen om fullt bevis och antagande i dess ställe af begreppet »tillräckligt bevis» anses skola leda »ut ur den återvändsgränd, man ständigt hamnat i, när man stått i valet mellan bevisuppskattning med eller bevisuppskattning utan bevisbörderegler».¹⁶ För min del kan jag dock ej annat än bestämdt underkänna värdet af de stöd, den nu ifrågavarande teorien tror sig finna dels i hänvisningen till en förment riktig, från den allmänna afvikande, uppfattning af begreppet bevis, dels i ersättandet af begreppet »fullt bevis» med begreppet »tillräckligt bevis»; vid närmare granskning afslöja sig dessa stöd såsom alltför bräckliga för att medgifva slopandet af reglerna om bevisbördefördelning och domens grundande blott på bevisuppskattning. Teorien löser eller, riktigare sagdt, undgår bevisbördeproblemet genom att antaga, att i fall, då en part, som enligt vedertagna åsikter om bevisbördefördelning är

¹⁶ *Heimer*, sid. 51 f.

bevisskyldig för faktum x (t. ex. betalning) och icke fullgjort sin bevisskyldighet, på denna grund tappar saken, det i själfva verket föreligger ett tillfyllestgörande bevis för faktum non-x (icke betalning).¹⁷ Men om man icke tillmäter sig befogenheten att i stället för bevis, såsom uttryck för domarens på objektiva grunder stödda öfvertygelse om hur det förhåller sig, räkna med ett rent subjektivt och godtyckligt försanthållande från domarens sida, ja icke ens under denna förutsättning lär det vara möjligt att bortse från, att synnerligen ofta domaren, då tiden för afgörandet kommit, är alldeles villrådlig om hvad på en viss punkt bör antagas för sant, t. ex., i ett krafsmål, huruvida betalning skett eller ej. Har man ej här att rätta sig efter en bevisbörderegeln, som säger, att svaranden är bevisskyldig för betalning, måste domen, med vidhållande af den af ifrågavarande teori förfäktade grundsatsen, att ingen rättighet kan fastställas utan att samtliga betingelser för dess bestånd stå fast, utfalla så, att krafvet ogillas. En sådan utgång förkastas af en veterligen enhällig praxis, och efter min åsikt tager den ej hänsyn till rättssäkerhetens kraf. Jag måste för min del beteckna förevarande teori såsom icke hållbar.¹⁸

¹⁷ Jfr *Heimer*, särsk. sid. 38.

¹⁸ *Heimer* utvecklar närmare, sid. 42 ff., sin åsikt om hvad som rätteligen är att förstå med bevis. Han ogillar det »traditionella tänkesätt», som med en »ensidig utveckling af logikens läror» innebär, att man »icke gärna anser bevis föreligga, om det icke är möjligt att demonstrera ett sådant i 'bindande slutledningar' efter det vanliga schemat med öfversats, undersats och slutsats». Detta tänkesätt har emellertid »endast en begränsad tillämpning, när det gäller frågan om bevis för en tilldragelse, hvars rättsliga bedömande är på tal». Det är i processen, framhåller författaren, fråga om fastställande af något rent konkret, något rent individuellt, och det individuella kan man öfverhufvudtaget icke »i dess helhet få in i begreppslig form». Det kan »icke blifva föremål för en begreppsligen förmedlad, en vetenskaplig kunskap; det är icke tillgängligt för det blotta kunskapandet såsom sådant, som ju opererar med begrepp». Författaren utlägger något närmare sitt tema, delvis genom hänvisningar till och citat från en annan författare (filosofen Simmel). Svar på spørsmålet, hur man går till väga

Från den nu skärskådade teorien, som vill slopa alla bevisbörderegler, är den uppfattning väsensskild, enligt hvil-

vid bildandet af ett omdöme om något individuellt, söker författaren lämna genom att taga exempel från det själsliga området, »där ju individualiteten är mest i ögonfallande», men hvad som gäller om själsliga förhållanden har enligt författarens mening sin tillämpning på allt individuellt, »om ock mindre pointeradt». Han beskriver därefter, hur det tillgår, när man söker bestämma en historisk personlighet. På vägar, som af författaren antydas, söker man få till stånd en »plausibel bild af en person» (och på samma sätt då det gäller »en individuell tilldragelse»). Hvad sålunda vinnas är »ingalunda liktydigt med, att man lyckats få ihop en bindande syllogism»; »det är i stället så, att vi lyckats få i hop en bild, som vi kunna *förstå*».

Den framställning, som jag nu i det väsentliga återgifvet, förefaller mig vara till sin innebörd i anmärkningsvärd grad sväfvande och dunkel. I den mån den verkligen innefattar något positivt, synes den mig ganska främmande för hvad som verkligen eger rum, då domaren pröfvar ett föreliggande processmaterial för att bilda sig ett omdöme om hvad som är sant i målet. Författarens mening synes icke vara och kan ej rinligtvis vara, att domaren skulle kunna på rent intuitiv väg komma till kunskap om fakta, som icke af honom själf iakttagas och som i allmänhet ligga i det förflutna. Ej heller torde det blott vara författarens afsikt att betona fantasiens roll, ty ingen torde vilja förneka, att fantasien är en medbestämmande faktor vid allt andligt arbete, alltså äfven vid det ifrågavarande. Hvad jag för min del måste med styrka betona -- och i den mån författaren må hysa en afvikande mening vänder jag mig mot densamma -- är, att inom rättskipningens värld, där det gäller att ernå säkra (så vidt sig göra låter mot godtycke tryggade) och praktiska resultat, man ej får väsentligen göra sig fri från det mödosamma arbetet att söka vinna klarhet genom slutledning och begrepps-bildning. Då författaren talar om, att domaren skall söka skapa sig en bild af det individuella -- en person eller en tilldragelse -- så är i och för sig ingalunda något att invända däremot, men det må på samma gång fasthållas, att bilden måste vara knuten till en uppfattning om, ett omdöme om föremålet för den eftersträfvade kunskapen, som ernåtts på den af mig angifna vägen. För min del kan jag för öfrigt ej inse, hur det med fog kan påstås, att domaren eller någon annan människa (vare sig enskildt eller under utöfning af någon ämbetsverksamhet) skulle kunna vinna kunskap om det förflutna på annan väg än slutledningens. Man måste utgå från vissa föreliggande, för sinnena tillgängliga data (de konkreta omständigheterna -- för att närmare anknyta till processen), och genom att subsumera dem under generella synpunkter (inom processteorien kämtecknar man gemenligen dessa generella satser såsom erfarenhetssatser eller, till en del, lifvets regler)

ken det är lämpligast att kasta öfver bord alla abstrakta regler om bevisbördans fördelning och öfverlämna åt dom-

kommer man till ett visst slut, d. ä. det kunskapsomdöme, som eftersträfvats.

Författarens yttranden om hvad som fordras för att något skall anses bevisadt (sid. 48 ff.) utmynna däri, att man icke bör tala om »fullt bevis» såsom det principiella krafvet och lägre grader däraf såsom undantagskraf, utan att man i stället bör operera med begreppet »tillräckligt bevis». Den oriktiga uppfattningen om fullt bevis såsom ett på förhand bestämdt kvantum anser författaren ha sin rot i den gamla föreställningen, att bevis är en normalmänniskas öfvertygelse om hvad som förekommit. Med denna tanke och det därpå grundade begreppet »fullt bevis» bör man h. o. h. bryta och göra fullt klart för sig, att »frågan, om bevis föreligger eller ej, måste afgöras efter ett hänsynstagande till alla faktorer i det konkreta fallet och alltså endast kan diskuteras, sedan fallet inträffat» (sid. 50). Antingen är, säger författaren, ett föreliggande bevis tillräckligt eller ej; några olika grader af detta bevis har man ej att skilja mellan. För hvarje faktisk betingelse för en gifven rättsverkan måste föreligga tillräckligt bevis; i annat fall kan part, som vill göra denna rättsverkan gällande, ej vinna bifall till sin talan.

I sitt här nu i korthet återgifna resonemang polemiserar författaren, så vidt jag kan finna, mot en uppfattning, som inom processteorien, till den del den räknar med fri bevispröfning, knappast längre har några anhängare. Visserligen talas allt fortfarande om fullt bevis såsom uttryck för att domaren finner s. k. juridisk visshet vara för handen, och väl är det så, att detta uttryck »fullt bevis» är en reminiscens från den af legal bevis teori behärskade bevisrätten, hvilken för fullt bevis kräfde ett visst beviskvantum, men att man, under förutsättning af fri bevispröfning, ej med fullt bevis förstår något annat än ett bevis, till hvilket domaren finner sig böra taga den hänsyn, att han låter antagandet af ifrågavarande faktums sanning bestämma sitt dömande, torde vara säkert; jfr ofvan sid. 530 och 627 not 8 a. Fullt bevis betyder alltså här alldeles detsamma som ett tillräckligt bevis. För min del kan jag i detta ämne hänvisa till min skrift, *Beviskyldighet och presuntioner*, i hvilken jag på olika ställen otvetydigt uttalat samma åsikt som nu; se sålunda sid. 191 nederst, där ett tillfyllestgörande indiciebevis betecknas såsom »ett försanthållande på tillräckliga grunder» eller sid. 196, där ett juridiskt bevis eller juridisk visshet säges vara tillstades, då det föreligger »en sannolikhet så stor, att man finner densamma böra bestämma sitt omdöme». Författaren kan således, då han framhåller, att man bör operera med begreppet »tillräckligt bevis», ej göra anspråk på att ha gjort någon ny upptäckt. Men, oafsedt huru härmed förhåller sig, ifrågavarande begrepp eger ingalunda den betydelse, som förfat-

stolarna att i hvarje särskildt fall m. h. t. hvad därvid förekommer fördela bevisbördan.¹⁹ Uppenbart torde vara, att, om det för hvarje särskildt fall till skillnad från andra säragna skulle vara bestämmande för bevisbördefördelningen, domstolarna icke kunde fästa sig vid annat än sannolikheten. Part, hvars ställning till en viss faktisk punkt har sannolikheten emot sig, måste vara bevisskyldig. Vidare må ej förbises, att det är tal om bevisbördefördelning endast beträffande sådana fakta, i afseende å hvilka det icke åvägabragts en sannolikhet, som är tillräcklig för att de skola kunna anses bevisade. Att ställa sig på denna ståndpunkt innebär följaktligen, att part, hvars faktiska påstående är i viss mån osannolikt, dock ej i så hög grad, att dess oriktighet må

taren vill vindicera åt detsamma. Det berättigar ingalunda till att slopa alla bevisbörderegler och låta allt komma an på bevisuppskattningen. Efter hvilken måttstock domaren än pröfvar, måste ofta inträffa, att han finner någon relevant faktisk punkt icke vara klagjord. Att i alla sådana fall låta domen gå kåranden emot, såsom författaren vill hafva det, är ej rimligt och strider mot den uppfattning, som veterligen hittills gjort sig gällande i all rättskipning.

Det saknas icke författare, som, ehuru de förutsätta, att domaren har fri bevispröfning, göra skillnad emellan fullt bevis och ett mindre mått af bevis, hvilket dock godtages. I denna anda rör sig framställningen hos *Tybjerg*, sid. 30--39, som till besvarande uppställer spörsmålet, huru mycket bevis, som kräfvcs, för att parts bevisskyldighet skall anses fullgjord. Han sysselsätter sig härvid särskildt med frågan, om fullt bevis fordras, eller om det räcker med mindre, och uppfattar förhållandet så, att domstolarna i stor utsträckning realiter nöja sig med mindre än fullt bevis. Det senare finner han framgå af sådana i domarna förekommande uttryck som »ett efter omständigheterna tillräckligt bevis», eller att saken »må antagas» förhålla sig på visst sätt, eller liknande. Författaren utgår härvid från, att det består tre grader af bevis: fullt bevis, antagliggörande och indicerande. För mig är hela denna tankegång mycket litet tilltalande. Den synes icke fullt beakta, att domaren vid fri bevispröfning blott har att afgöra, om ett faktum skall godtagas eller ej. Att operera med olika sannolikhetsgrader, då man ej tillerkänner gradationen någon betydelse med hänsyn till hvad som bör godtagas, förefaller ändamålslost och blott egnadt att åstadkomma oreda. Allt kommer an på målens olika natur och omständigheterna i det konkreta fallet.

¹⁹ Jfr *min* skrift *Bevisskyldighet och presumtioner* sid. 200 f.

anses bevisad, kan af domstolen med stöd blott af den föreliggande osannolikheten och oberoende af alla generella principer för bevisbördefördelning anses beviskyldig vid påföljd för bristande bevis, att saken afgöres till hans nackdel. Det bör enligt min mening icke råda delade meningar om, att det skulle vara i allra högsta grad betänkligt att förläna domstolarna en dylik maktfullkomlighet; det vore i det allra närmaste detsamma som att göra deras förgodtfinnande till enda norm för bevisbördans fördelning, och att allvarsamma faror för rättskipningens säkerhet skulle blifva följderna däraf, torde ligga i öppen dag. Härtill kan läggas dels, att skyldig hänsyn till parternas intresse bjuder uppställandet af vissa fasta regler, som sätta dem i stånd till att på förhand beräkna hvem bevisbördan åligger, dels ock att domstolarna ofta skulle stå utan någon som helst ledning, i ty att läget in concreto ej sällan är sådant, att parternas påstående angående en faktisk punkt äro lika mycket eller lika litet sannolika. För öfrigt är den fria bevisbördefördelningen, frånsedt de anförda synpunkterna, icke rimlig. Vissa fasta principer måste på grund af rättskipningens ändamål iakttagas.

e) Den utredning, som egnats åt innebörden af begreppet beviskyldighet, har gifvit vid handen, att följderna af, att beviskyldig part icke fullgör denna sin skyldighet, är, att afgörandet går honom emot. Orsaken till denna effekt bör emellertid närmare bestämmas. Frågan är teoretiskt sedt af synnerlig vikt; den hänför sig till ett af grundproblemen i beviskyldighetens allmänna teori.

Om ett böra alla kunna vara ense och äro det säkerligen också: verkan af, att den beviskyldige icke bevisar faktum, är, att det icke lägges till grund för domen. Denna sats återger i själfva verket blott hvad själfva begreppet beviskyldighet innebär.

För öfrigt har man att taga i betraktande olika möjligheter.

1) Motsatsen till det faktum, beträffande hvilket bevis-skyldigheten icke fullgjorts, antages för *sann* och lägges fördenskull till grund för domen. Då svaranden, som påstår sig ha betalt och är bevisskyldig härför, icke styrker sitt påstående, skulle sålunda domen, som bifaller karendens talan, stödjas, bland annat, därpå, att domstolen har att hålla för sant, att betalning icke skett. Det ligger nära till hands att anlägga denna synpunkt, om bevisbördefördelningen grundas på en sannolikhetsberäkning och alltså, hvad angår betalning eller icke betalning, bevis-skyldigheten för betalning grundas därpå, att en öfvervägande sannolikhet talar för, att den, som betalt, också kan bevisa detta. Oafsedt dock om för bevisbördefördelningen åberopas nyssnämnda stöd eller ej, är det dock ej försvarligt att tillerkänna den omständigheten, att bevis-skyldig part ej presterar bevis för faktum, betydelsen, att domstolen vid målets afdömande lägger motsatsen såsom sann till grund för domslutet. Uppenbarligen kan, då i krafsmål svarandens invändning om återbetalning ej styrkes, domstolen icke med fog blott i anledning däraf utgå från, att invändningen varit osannfärdig. Och i verkligheten göra domstolarna ej detta, liksom ej heller deras domar affattas på ett sätt, som gifver uttryck åt en dylik tanke.²⁰

2) Motsatsen till det faktum, beträffande hvilket bevis-skyldigheten icke fullgjorts, hålles väl icke för sann (i egentlig mening, d. ä. i den mening, att det föreligger tillräckligt bevis för dess sanning) men anses icke desto mindre stå fast. Vid brist på bevis, exempelvis, för riktigheten af svarandens invändning, att han betalt, antager i enlighet härmed domstolen visserligen icke det vara sant, att betalning ej egt rum, men bygger dock sitt domslut på, att det står fast, att så ej skett. Denna egendomliga tankegång, som varit och ännu i dag torde vara den allmännast omfattade, står i oskiljaktigt samband med den uppfattningen, att den rättig-

²⁰ Jfr *min* skrift, Bevis-skyldighet och presumtioner sid. 187 189.

het, som kâranden vill ha faststâlld, icke kan faststâllas, utan att samtliga betingelser för rättighetens bestånd ingå i domen såsom premisser för konklusionen (fastställelsen). Att åläggâ kâranden att bevisa alla dessa betingelser, finner man vara omöjligt och öfverflyttar därför en del af den kâranden »egentligen» åliggande beviskyldigheten på svaranden (d. v. s. i stället för att anse kâranden skyldig att bevisa vissa betingelser för rättighetens bestånd, t. ex. icke-betalning, lägger man på motparten bördan att bevisa deras motsats, t. ex. betalning), men om svaranden ej styrker ett honom sålunda tilldeladt faktum, kommer betydelsen däraf till uttryck däri, att motsatsen till sistnämnda faktum — hvilken motsats utgöres af just det faktum, som kâranden egentligen skulle men befriats från att bevisa — står fast, ehuru det icke blifvit styrkt. Logiken förmenas ofrånkomligen kräfva, att förhållandet uppfattas på detta sätt; man finner det nämligen vara i strid med dess kraf att genom dom fastställa en rättighets bestånd, utan att fastställelsen bygges på samtliga betingelser för dess bestånd. Till förklaring af den effekt, som sålunda tillägges den omständigheten, att beviskyldigheten för ett faktum icke fullgöres, plägar ofta anföras, att själfva bevisbördeprincipen innebär, att samma faktums motsats blir formellt sann.²¹

²¹ Af litteraturen i denna fråga nöjer jag mig med att citera några nordiska författare. *Lindblad*, *Läran om bevisning inför rätta*, sid. 6, yttrar, att det »uppstår en formell sanning genom Lagens allmänna stadgande om bevisningsskyldigheten i så måtto, att, om den bevisningsskyldige parten brister i bevisning, domaren måste anse motsatsen af hans påstående för sann». (Det förtjenar uppmärksammas, att denne författare framhåller såsom verkan af bristande bevis, att motsatsen till det af den beviskyldige parten påstådda faktum måste af domaren hållas för sann. Här föreligger alltså det af mig ofvan i texten under 1) upptagna alternativet.) — *Engströmer*, *Vittnesbeviset* sid. 4 f., omfattar den åsikt, som jag i texten behandlat under 2). Författaren yttrar nämligen, att, då domaren icke kommit till någon bestämd öfvertygelse om ett faktum, han har att »vid fattandet af beslut utgå från den kontradiktoriska motsatsen till den ställning till faktum i fråga, som öfverensstämmer med den parts intresse, som bär bevisbördan för

Den till förklaring lämnade hänvisningen till en formell sanning är, så vidt jag kan finna, blottad på allt verkligt innehåll. Man nöjer sig med att postulera, att det, hvarom

de^{tsamma}». Detta utföres närmare (därvid författaren särskildt framhåller sin motsatsställning till den af mig i Bevisskyldighet och presumptioner häfdade åsikten, att vid brist på bevis för ett faktum domaren dömer utan att bygga på vare sig samma faktum eller dess motsats) på det i texten anförda sättet, att genom dom icke kan fastställas, att en rättighet består, utan att domaren tager ställning till samtliga af den materiella rätten uppställda betingelser för beståndet. Ingen annan möjlighet förmenar författaren kunna logiskt tänkas. Att här föreligger en fiktion, medgifver författaren, men denna beror därpå, att »processen gör anspråk på att döma efter den objektiva rätten». Författaren tillägger, att den ifrågavarande fiktionen, som icke knytes till en i processen förhandenvarande sannolikhet, endast innebär en stegring af det fiktiva moment, som är tillstådes, då de dömes på grundvalen af bevis; det juridiska beviset är ju nämligen endast en större eller mindre sannolikhet, och i den processuella regel, som säger, att en dylik sannolikhet skall behandlas såsom sanning, förmenas ligga ett fiktivt momet. Enligt min uppfattning saknas fog för att ställa den fiktion, hvarom nu är tal (den s. k. formella sanning, som säges vara följden af, att beviskyldigheten icke fullgöres) på samma plan som den sannolikhet, hvilken uppskattas som bevis. Människan är nu en gång så danad, att det icke är henne möjligt att beträffande historiska fakta komma till en högre grad af visshet än sannolikhet, och då hon låter en för tillräcklig ansedd sannolikhet bestämma sitt omdöme och sitt handlande, bygger hon icke på en fiktion. — *Augdahl*, särsk. sid. 49 f., uttalar sig med synnerlig säkerhet i samma riktning, som nu åsyftas. Hans värdesättning af de författare, som anse ingen rättsregel kunna tillämpas, utan att bevis finnes för alla däri angifna faktiska förutsättningar, är mycket låg; de ha enligt författarens mening icke kunnat lämna något värdefullt bidrag till bevisbördeproblemetets lösning, eftersom deras utgångspunkt är oantaglig. Det finnes, påstår författaren, uppenbarligen ej något stöd för deras position. Denna kan icke härledas af de materiellträttsliga reglerna, ty dessa handla om betingelserna för rättigheters uppkomst, förändring och upphörande; i det ögonblick, betingelserna inträffa, inträda också de föreskrifna rättsverkningarna. Hur i process domarens afgörande utfaller, öfvar ej något inflytande på det faktum, att rättsverkningarna en gång faktiskt ha inträdt. Domarens uppgift består i att afgöra, hvilka rättsverkningar skola anses ha inträdt, och detta förutsätter ett afgörande af, hvilka fakta skola anses ha inträffat. »Det er således riktig nok at ingen rettsregel kan bringes til anvendelse *såfremt det ikke fastsettes* (d. v. s. såfremt dommeren ikke går ut ifra) at de faktiske forutsetninger

kunskap saknas, skall behandlas på samma sätt, som om det vore känt, och blir fullständigt svaret skyldig på frågan, hvad som kan berättiga domaren till att stödja sitt domslut på ett faktum, om hvilket han icke vet tillräckligt för att därom kunna bilda sig en öfvertygelse. Hvad beträffar talet om, att enligt logikens kraf en rättighets bestånd icke kan fastställas, med mindre alla betingelser för dess bestånd antagas stå fast, så kan förvisso en dylik logik, som är så lätt tillfredsställd, att den räknar med att något står fast, om hvilket den dömande är okunnig, icke inom juridikens värld, där det gäller realiteter, göra anspråk på att gifva den slutgiltiga lösningen.²²

för intredelsen av de ved dén foreskrevne rettsvirkninger har foreligget. Men dette er noget helt annet enn at alle disse faktiske forutsetninger må være *bevist*.» Författarens skarpa särskiljande mellan det materiellrättsliga och det processuella må vara riktigt; därtill har jag i det följande anledning att återkomma. Men författaren har ej ens aktat nödigt att göra ett försök att förklara det mycket besynnerliga i, att domaren skulle ha att bygga på fakta, om hvilka han icke kunnat bilda sig någon öfvertygelse. (Jag bortser naturligtvis från ostridighet och andra fall, i hvilka bevis ej fordras.) Författaren inskränker sig till en kategorisk försäkran, att för tillämpning af rättssatser det ej fordras, att de uppställda betingelserna bevisas, utan är tillräckligt, att de fastställas ha inträffat. I sanning förtjenar den logik, med hvilken man sålunda opererar, i hög grad att karakteriseras såsom formell.

²² En hufvudtanke i *min* skrift *Beviskyldighet och presumtioner* är den, att ett domslut icke kan grundas på ett faktum, med mindre (bortsedt från ostridighet m. m.) det är bevisadt. Till denna tanke har jag ledts af insikten om det konstlade och innehållstomma i den vanliga uppfattningen, att verkan däraf, att beviskyldigheten för ett faktum icke fullgöres, är den, att domstolen till förmån för den beviskyldiges motpart stöder domen på samma faktums motsats. *Heimer* har ock i sin här citerade skrift klart insett och framhållit denna svaghet hos den härskande uppfattningen. Han säger sålunda t. ex. å sid. 35 — beträffande kraf på grund af försträckning — att man för bifall till kärö-målet fordrar, utom att försträckningsaftalet kommit till stånd, att betalning ej skett men på samma gång lägger bevisbördan beträffande denna punkt på svaranden, som påstår, att betalning egt rum. Författaren finner det vara otvifvelaktigt, att »detta föreställningssätt är motsägelsefullt och i själfva verket betyder, att man både fordrar och icke fordrar, att betalning icke skett».

3) Ett faktum, som ej bevisats, lägges ej till grund för domen, och ej heller sker detta med samma faktums motsats. Domstolen dömer alltså utan att taga hänsyn till detta faktum, vare sig positivt eller negativt. Men är sådant öfver hufvud möjligt? Två olika uppfattningar äro härvid tänkbara och ha hvardera anhängare inom teorien. Den ena utgår därifrån, att käranden, som vill ha fastställt, att han är berättigad, har att styrka samtliga betingelser för rättighetens bestånd, och att vid brist på bevis för en sådan betingelse hans talan ogillas. Denna ståndpunkt har redan varit föremål för granskning (ofvan sid. 689 ff.). Enligt den andra uppfattningen är bevisbördan delad emellan parterna. Den självklara följderna af, att den käranden åliggande bevisskyldigheten icke fullgöres, blir den, att han icke vinner bifall till sin talan. Svårare synes det vara att komma till rätta med det omvända fallet eller det, att svaranden icke fullgör sin bevisskyldighet. Hur utgången i detta fall kan blifva den, att domstolen dömer till förmån för käranden, förefaller oförklarligt. Domsfastställelsen af den omprocessade rättigheten baseras ju ej på antagandet af samtliga betingelser för rättighetens bestånd utan allenast på en del af dem (jfr ofvan under 2). Till lösningen af detta spörsmål, som för mig är af särskildt intresse, eftersom här kommer på tal en åsikt, som jag tidigare förfäktat, återkommer jag nedan.

f) Innan jag går närmare in på frågan om principerna för bevisbördans fördelning emellan parterna, må det försök till lösning af bevisbördeproblemet omnämnas, som består däri, att det sammankopplas med hvad man inom tysk teori kallat *Behauptungslast*. Området för parts skyldighet att bevisa fakta har sagts sammanfalla med området för hans skyldighet att påstå fakta.²³

²³ Se inom den nordiska litteraturen yttranden i ämnet af, bland andra, *Tybjerg*, sid. 47 ff. (med däri citerade författare), och *Trygger*, *Bevisskyldigheten*.

Det är vid läsningen af hvad jag i texten utvecklar ang. ifråga-

Man finner dock snart, att ifrågavarande problem ej i minsta mån bringas närmare sin lösning genom nämnda sammanställning. Däri kan på sin höjd ligga en omläggning af problemet, och detta förryckes delvis genom en sådan omläggning.

Tager man käromålet till utgångspunkt, så torde det vara tydligt, att, då käranden påstår sig ega en viss rättighet och vill ha domstolens fastställelse däraf, käromålet inbegriper ett påstående, att samtliga positiva och negativa betingelser för rättighetens bestånd föreligga. Skulle af hans egen framställning framgå, att någon betingelse saknas, är därmed utan vidare gifvet, att hans talan icke kan bifallas. En bevisbörda, som afser samtliga dessa betingelser, kan man emellertid, enligt en nästan enhällig mening, från hvilken jag för min del icke afviker, ej rimligtvis anse åligga honom. Sätillvida bör det alltså icke vara tal om, att hvad käranden har att — om också ej uttryckligen — påstå jämväl måste af honom bevisas. Man kan dock inlägga en annan mening i teorien om kärandens bevisbördas sammanfallande (i anseende till omfattningen) med nödvändigheten för honom att påstå fakta. Uppenbart är nämligen, att, ehuru kärandens rättspåstående med logisk nödvändighet innefattar ett hans påstående om förhandenvaron af samtliga betingelser för rättighetens bestånd, han icke behöfver uttryckligen nämna dem alla. Men *någon* faktisk grund för sitt rättspåstående

komna sammanställning af de nämnda begreppen nödvändigt att ej förbise den distinktion, som jag i § 67 af detta arbete sid. 12 f. gjort emellan att införa fakta i rättegången, att däri anföra fakta och att däri åberopa fakta. Vill man tillägga bevisskyldigheten (Beweislast) samma omfattning som Behauptungslast eller hvad man kallat parts argumentationsskyldighet, kan man med den senare knappast förstå annat än en skyldighet för part (= en praktisk nödvändighet för honom) att åberopa vissa fakta, om han vill ernå bifall till sin talan. Frågan om införandet af fakta i rättegången är, såsom jag framhållit, ett spörsmål om, huruvida initiativet därtill uteslutande skall tillkomma parterna eller ansvaret för utredningen åligga domaren, d. v. s. ett spörsmål om tillämpning af förhandlings- eller undersökningsprincipen.

måste kändanden likväl uttryckligen angifva. Frågan gäller således: hvad och huru mycket? Ett svar ligger nära till hands men är påtagligen oriktigt: kändanden måste nämna det eller de faktiska moment, som erfordras för den omstämda rättighetens individualisering. Krafvet härpå har ej något samband med bevisbördeproblemet utan tjenar andra syften än de därtill anknutna.²⁴ För öfrigt är det tillräckligt att erinra om, att det ej för individualisering af alla slags rättigheter är nödvändigt att nämna uppkomstgrunden, medan däremot för fastställelse af en rättighet städse förutsättes, att den berättigade angifvit sagda grund.²⁵ Man finner sålunda, att nödvändigheten för kändanden att åberopa fakta ingalunda alltid är tillgodosedd genom de uppgifter, som fordras för rättighetens individualisering. Sedan förevarande spörsmål sålunda lösgjorts från individualiseringskrafvet, lämnar dess besvarande öfver hufvud rum för samma möjligheter och erbjuder samma vanskligheter som bevisbördeproblemet.

Lämna vi härefter frågan om sammanhanget emellan kändandens bevisskyldighet för fakta och nödvändigheten för honom att påstå fakta samt öfvergå till motsvarande spörsmål beträffande svaranden, så kan jag hänvisa till tidigare uttalanden i detta arbete (§ 67, särsk. sid. 16 ff.). Enligt min åsikt har domstolen att, när ett för svaranden fördelaktigt faktum blifvit vederbörligen infördt i rättegången och styrkt, lägga det till grund för domen, äfven om det icke åberopats, t. o. m. ej ens nämnts af svaranden. Då verkan af, att ett sådant faktum ej bevisas, drabbar svaranden, men han å andra sidan ej behöfver åberopa, ja ej ens själf införa det i

²⁴ Se detta arbete § 48, särsk. sid. 885 ff., samt § 77, särsk. sid. 346 ff.

²⁵ Jfr detta arbete Bd I sid. 885 ff. samt Bd II sid. 367—370. (Påståendet, att en domsfastställelse af en rättighet alltid har till förutsättning, att kändanden uppgifvit en uppkomstgrund, lider i viss mån undantag för det fall, att fastställelsen grundas på ett medgifvande från svaranden af rättighetens bestånd.)

rättegången, föreligger således ej någon öfverensstämmelse i omfattningen emellan partens bevis- och argumentationsplikt.

III. Inom läran om bevisbördans fördelning ligger det otvifvelaktigt närmast till hands och har hittills varit det vanliga att taga till utgångspunkt, att käranden, som gör gällande en rättighet och vill ha genom dom fastställt, att han är berättigad, icke kan ernå en sådan fastställelse, såframt ej samtliga betingelser för rättighetens bestånd i domsögonblicket stå fast. Beviskyldigheten för alla dessa betingelser skulle alltså hvila på käranden, ty bristen på bevis för någon enda af dem skulle ha till följd, att domen icke finge meddela den begärda fastställelsen. Då sålunda bevisbördan i dess helhet lägges på käranden, grundas detta på den materiella rätten. Man kan nämligen ej anse den nämnda utgångspunkten för utan vidare gifven, med mindre man anser det själfklart, att, då en rättighets existens knutits till vissa faktiska betingelser, det på samma gång uppställts såsom villkor för domstols fastställelse af rättighetens existens, att dessa betingelser visas föreligga. Denna ståndpunkt innebär, att privaträttens regler, på samma gång som de uppställa betingelser för rättigheter, tillika innehålla föreskrifter om beviskyldigheten för betingelserna²⁶.

Nämnda betingelser ha inom processteorien sammanfattats under beteckningen käromålets materiella grund (materieller Klagegrund).

Ifrågaravande betingelsers karaktär har underkastats ingående undersökningar, och syftet därmed har varit att finna grunder för bevisbördans fördelning. Privaträtten upp-

²⁶ Att kärandens bevisbörda strängt taget borde omfatta hela komplexen af betingelser för den påstådda rättigheten, finna de, som följa den i texten antydda tankegången, vara själfklart. Se t. ex. inom svensk litteratur *Atzelius*, Rättegångsförfarandet i tvistemål sid. 116, som utan vidare motivering yttrar: »Den, som fordrar något *nu*, borde *rätteligen* (kurs. af mig) visa något mer, än att han *en gång* haft något att fordra».

ställer icke särskilda förutsättningar för rättigheters *bestånd*, utan dess regler röra rättsbildningen eller, såsom man också lämpligen kan uttrycka det, den rättsliga betydelsen af skiftningarna i de faktiska förhållandena under människornas sammanlefnad. Dessa regler fastslå, m. a. o., betingelserna för rättigheters uppkomst, förändring och upphörande. Först en sammanställning af de olika regler, som hänföra sig till en rättighet af ett visst slag, och en utredning af, hur det förhåller sig med de af dem uppställda betingelserna, ger vid handen, hvad som fordras för rättighetens bestånd. För att en rättighet skall finnas, måste den ha i en viss tidpunkt uppkommit och sedan ej ha gått under. En hufvudindelning af de fakta, som utgöra betingelser för existensen af en rättighet, är sålunda gifven. Man kan skilja mellan fakta, som krävas för att rättigheten skall ha uppkommit, och frånvaron af sådana fakta, som af privaträtten utrustats med förmågan att förrinta rättigheten. Frånvaron af dessa senare är detsamma som förhandenvaron af fakta, som utgöra deras motsats. De fakta, som ha rättsförintande effekt, kunna från synpunkten af deras verkan med hänsyn till rättighetens bestånd kännetecknas såsom negativa betingelser för rättigheten. Inom processteorien bära de namnet rättsupphäfvande fakta; exempel äro, hvad beträffar fordringsrättigheter, betalning och efterskänkande.

Vidkommande de fakta, som ha afseende å rättigheters uppkomst, skiljer man emellan två grupper, af hvilka den ena inrymmer de positiva, den andra de negativa betingelserna därför. Den ledande tanken härvid torde lämpligen kunna klargöras på följande sätt. Vissa betingelser för uppkomsten af en rättighet låter man, om jag så må säga, bibehålla denna sin egenskap och benämner dem rättsgrundande (eller med de till innebörden lika orden, rättsverkande eller rättsstiftande m. fl.). Andra låter man komma till sin rätt sålunda, att man fäster sig vid deras motsatser (negationer) och tillägger dessa motsatsfakta betydelsen att hindra rättighetens

uppkomst; i stället för att t. ex. utmärka tillräknelighet såsom ett rättsgrundande faktum ser man i dess motsats otillräknelighet ett rättshindrande.

Den inom läran om bevisbördans fördelning sedan länge förhärskande uppfattningen opererar med den ofvannämnda tredelningen af fakta i rättsgrundande, rättshindrande och rättsupphäfvande. De positiva betingelserna för rättigheters bestånd, rättsgrundande fakta, åligger det käranden att bevisa; för frånvaron af de negativa, d. v. s. rättshindrande och rättsupphäfvande fakta, anses han ej vara beviskyldig, utan bevisbördan beträffande dem har lagts på svaranden.

Tolkar man vår lags regler enligt det nu gifna schemat, så omfattar den grund för käromålet, som det åligger käranden att lagligen bevisa, de rättsgrundande fakta, under det att de fakta, som lagstiftaren åsyftar, då han talar om att svaranden vänder någon omständighet före att sig därmed värja, äro rättshindrande eller rättsupphäfvande. Den grund för käromålet, som betecknar området för kärandens beviskyldighet, innefattar således icke alla betingelser för rättighetens bestånd utan blott en del af dem. Det har m. a. o. ålagts käranden att bevisa icke den materiella grunden för käromålet (se ofvan) utan en grund, som har mindre omfång och till skillnad från den förra kan, såsom ock skett inom processteorien, kallas käromålets processuella grund.

Det ligger i öppen dag, att man med indelningen af de juridiska fakta i positiva och negativa betingelser för rättigheters bestånd, af hvilka den senare kategorien i sin ordning klyfves i rättshindrande och rättsupphäfvande fakta, icke gifvit någon verklig lösning af bevisbördefördelningsproblemet. Ännu har man ej hunnit längre än till en konstruktion af vissa terminologiska ramar, hvilka äro tomma på reellt innehåll. De uppgifter, på hvilkas lösning det i realiteten kommer an, äro dessa. Först gäller det att lämna tillfyllestgörande skäl för att käranden befrias från en del af den honom »egentligen» eller »rätteligen» åliggande hela bevis-

bördan. Och, för såvidt detta lyckas, gäller det därefter att finna bärkraftiga principer för bevisbördefördelningen emellan parterna, därvid särskildt de riktlinjer för en sådan fördelning, som den förenämnda tredelningen af fakta uppdrager, böra undersökas. Beträffande denna tredelning må dessutom framhållas, att den lösning af bevisbördeproblemet, som därmed åsyftas, innesluter och påkallar svar på frågan, hur man skall kunna afgöra, till hvilken grupp hvarje särskildt juridiskt faktum hör. Det är uppenbarligen icke mycket bevändt med att få besked om, att kärandens bevisbörda lättats därigenom, att svaranden fått bevisskyldigheten för rättshindrande och rättsupphäfvande fakta sig tilldelad, därest man ej vet, hvilka fakta därmed afses. I synnerhet distinktionen emellan rättsgrundande och rättshindrande fakta måste, såsom de redan lämnade antydningarna gifva vid handen, vålla betydande svårigheter. Huruvida denna distinktion öfver hufvud har något värde i bevisbördefördelningsafseende, framgår af hvad nedan anföres²⁷.

Den första af de ofvannämnda uppgifterna går ut på att motivera, hvarför man skall frångå det af privaträtten härledda krafvet på, att käranden för att ernå bifall till sin talan skall bevisa samtliga betingelser för rättighetens bestånd. Om ett äro nästan alla ense, nämligen därom, att det praktiskt taget är omöjligt att lägga hela bevisbördan på käranden, men för öfrigt gå de skäl, som åberopas härför, i sär, om ej i sak så dock i formuleringarna. Man har till stöd för en bevisbördefördelning hänvisat till rättvisans, billighetens eller ändamålsenlighetens kraf eller till sakens natur,

²⁷ En framställning af de olika teorier ang. förevarande spörsmål, som utvecklats i den hithörande omfattande litteraturen, kan ej finna rum i detta arbete. Dylika öfversikter, om än kortfattade, ha sin rätta plats i skrifter, som äro speciellt egnade bevisbördematerien. I mina båda i not 1 citerade skrifter har jag omnämmt och tagit ställning till åtskilligt af hvad inom litteraturen på detta område framkommit. Se för öfrigt, hvad angår den nordiska litteraturen, de af *Tybjerg*, *Augdahl* och (utförligast) *Olivecrona*, Bevisskyldigheten, lämnade redogörelserna.

och på skilda sätt har man sökt gifva de i och för sig sväfvande och föga vägledande orden innehåll²⁸. Bakom alla de olika utläggningarna ligga emellertid, äfven där detta ej ensamt anföres eller skjutes i förgrunden, insikten om, att rättskipningen skulle förfela sitt ändamål och rättsskyddet blifva illusoriskt, om ej bevisbördan delades emellan parterna. Riktigheten af denna uppfattning kan ej jäfvas. Det är en ofrånkomlig praktisk nödvändighet att ej låta bifall till kärandens talan vara beroende af, att det föreligger bevis för alla de fakta, som äro betingelser för den omprocessade rättighetens

²⁸ Äldre undersökningar om bevisbördan ha i allmänhet anknutits till några i de romerska rättskällorna förekommande generella uttalanden, näml. de redan anförda (*actori incumbit probatio* samt *reus in exceptione actor est*) och därjämte följande sats: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Det reella utbytet af en närmare granskning af de olika tolkningar, som kommit dessa satser till del, är ej synnerligen stort. Här inskränker jag mig till några få anmärkningar. En formel, som har förtjänsten att vara synnerligen enkel (inom den nordiska litteraturen har den återopats af *Wrede*, *Bevisrätten* sid. 24 f. och *Civilprocessrätt* II sid. 103) innehåller, att part, i hvars intresse det m. h. t. sakens utgång ligger, att ett faktum värder fastställt i rättegången, är bevisskyldig beträffande detta faktum. Genom att sålunda hänvisa till parternas intresse har man dock i själva verket ej gjort annat än utvecklat innebörden af begreppet bevisskyldighet, och om grunderna för dess fördelning vet man fortfarande ingenting; jfr *min*. bok *Qualificerad erkännade*: sid. 15.

Då man vill grunda en fördelning af bevisbördan på rättvisans kraf, kan uppenbarligen (se sålunda ock *Olivecrona*, *Bevisskyldigheten* sid. 28 f. och 74 f.) meningen ej vara, att hänvisa till den materiella rättvisan i betydelsen af den materiella rätt, hvarom processen rör sig, ty hur det förhåller sig med denna rätt, vet man ej något om under processen, och det är just denna fråga, som skall genom processens slutakt, domen, afgöras. Hänvisningen är i grunden alldeles intesägande. Detta gäller jämväl den särskilda gestaltning, som man gifvit rättfärdighetskrafvet, då man ansett det framträda i principen om parternas likställighet i processen. Att blott, utan närmare bestämning, återopa hänsyn till billighet eller ändamålsenlighet, gifver påtagligen icke någon verklig ledning. I de banor, som nu antydts, röra sig, hvad angår bevisbördefördelningens principiella grundvalar, framställningarna hos, utom många andra, *Wach*, *Vorträge* sid. 210 f. och *Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche*, i *Zeits. f. d. Civilprozess* 1901 sid. 359—393, samt *Schmidt*, *Lehrbuch* § 78.

bestånd, och något annat skäl för en bevisbördefördelning är det öfverflödigt att söka utspekulera. Efter hvilka principer en sådan fördelning bör genomföras, är fortfarande en öppen fråga.

Påståendet, att en bevisbördefördelning är praktiskt taget nödvändig, må något närmare prövas. Hufvudsakligen tänker man därvid på, att det ej skulle vara möjligt för käranden att bevisa, att efter rättighetens uppkomst icke något rättsupphäfvande faktum inträffat. Med fog kan väl ej häfdas, att bevis härför icke under några villkor skulle kunna åstadkommas; den tidrymd, under hvilken rättigheten skulle hafva kunnat gå under, kan t. ex. i ett visst konkret fall vara mycket kort, och omständigheterna i öfrigt sådana, att det ingalunda föreligger någon omöjlighet i ifrågasvarande hänseende. Dylika fall äro dock af undantagsnatur, och äfven hvad dem angår torde den nu åsyftade bevisningen endast under sällsynta förhållanden te sig naturlig eller gå fri från stora svårigheter. Men hvad nu sagts om en skyldighet för käranden att bevisa frånvaron af alla tänkbara rättsupphäfvande fakta, synes ej gälla, om man begränsar hans skyldighet till att afse endast något visst af svaranden anfördt samt, framför allt genom tids- och rumsuppgifter, närmare bestämdt faktum. Eller, för att tydliggöra det sagda: må vara, att det icke rimligtvis kan fordras af käranden, att han styrker frånvaron af alla tänkbara rättsupphäfvande fakta; däraf följer icke, att han bör vara fri från att styrka, att ett visst af svaranden invändningsvis åberopadt sådant faktum ej inträffat. Svårigheten att fullgöra den förra till omfattningen synnerligen sväfvande bevisskyldigheten synes ej vara för handen i afseende å den senare strängt begränsade, och med fasthållande af den princip, som bildar utgångspunkten för hela den undersökning, som nu är före (nämligen att käranden egentligen bör bära hela bevisbördan), kan det därför förefalla, som om kärandens bevisbörda icke borde lättas utöfver hvad den

nu uppdragna gränsen utmärker²⁹. Det torde emellertid vara otvifvelaktigt, att den käranden sålunda medgifna modifikationen i regeln om skyldigheten för honom att styrka rättighetens bestånd icke är tillräcklig. Han är alltjämt betungad med en bevisbörda, som gentemot en oredlig svarande ofta skulle göra hans sak hopplös. Det står ju nämligen i svarandens makt att uppgifva ett med sådana omständigheter förbundet faktum, att käranden icke kan beslå honom med osanning. — Till stöd för en fördelning emellan parterna af bevisskyldigheten beträffande de fakta, som utgöra betingelser för rättighetens uppkomst (alltså den fördelning, som åsyftas med uppdelningen i rättsgrundande och rättshindrande fakta) kan man enligt min mening ej med fog åberopa en praktisk nödvändighet, svarande mot den, som bjuder kärandens fritagande från skyldigheten att styrka frånvaron af rättsupphäfvande fakta. I detta sammanhang har jag ej anledning att dröja härvid, ty frågan belyses tillräckligt och lämpligare genom hvad längre fram anföres.

Den föregående framställningen har ej blott gifvit till resultat, att det praktiskt sedt icke är möjligt att upprätthålla det förmenta privaträttsliga krafvet på kärandens bevisskyldighet för rättighetens bestånd, utan tillika gifvit anvisning på en regel för bevisbördans fördelning, den nämligen, att svaranden bör vara bevisskyldig för rättsupphäfvande fakta. Denna regel kan och bör dock förklaras och motiveras äfven på annat sätt och från synpunkter, som i viss mån måste anses ha en närmare och djupare liggande samhörighet med den vid danandet af bevisbördeprinciper af-

²⁹ På denna ståndpunkt står *Nordling* i sitt arbete, *Förhandlingen om rätt och bevisbördans fördelning emellan stridande parter*, (1886). Författaren bygger på hvad han kallar det faktiskt beståendes system; detta system är enligt författaren det enda, som tillgodoser en mera utvecklade samfärdsels kraf, i det att den faktiska maktutövningen kommer att utgöra ett tillräckligt skydd för rätten. Se härom *mina* Skrifter, *Qualificerad erkännande* sid. 20 f. noten samt *Bevisskyldighet och presumtioner* sid. 204 not 2.

görande tanken; nedan talas vidare härom³⁰. I afseende å den genom konstruktionen af begreppet rättsupphäfvande fakta åstadkomna bevisbördefördelningen må här blott tilläggas, att den processteoretiska uppgiften att angifva, hvilka de äro, icke är förenad med någon möda. Privaträtten lämnar upplysning därom, och det räcker alltså med en hänvisning till denna del af den objektiva rätten.

Till undersökning upptages härefter frågan, huru det är ställdt med den princip för bevisbördefördelningen, som man velat gifva uttryck åt genom att uppdelade de fakta, som ha afseende å rättigheters uppkomst, i rättsgrundande och rätts-hindrande. Af hvad ofvan yttrats angående skillnaden emellan den ena och andra gruppen, framgår strängt taget redan, huru det förhåller sig härmed. Indelningen är ej grundad på någon klart fattad fördelningsprincip, utan först har bevisbördan från en eller annan ändamålsenlighetssynpunkt fördelats emellan parterna, och därefter ha de beviskyldig-

³⁰ Det torde böra nämnas, att vissa skäl, som ofta anförts till stöd för karendens befriande från skyldigheten att bevisa, att rättigheten icke upphört, ej (hvilket numera ock i allmänhet erkännes) kunna godtagas och ej åsyftas ofvan i texten. Man har sagt, att sannolikheten (en presumption) talar för fortbeståndet af en rättighet, som en gång uppkommit. Bortsett tillsvidare från spörsmålet om beviskyldighetens grundande på presumptioner, är det icke försvarligt att påstå förhandenvaron af en sådan presumption. Sannolikheten pekar ofta icke i någon bestämd riktning, och man har för öfrigt att taga hänsyn till rättsförhållandenas olika natur. På många områden af samhällslifvet råder stor rörlighet beträffande där uppkommande rättsliga mellanvaranden, och det kan därför snarare presumeras, att en rättighet upphört, än att den fortbestår. Jämväl ett annat skäl för svarandens belastande med beviskyldigheten för rättsupphäfvande fakta måste underkännas. Det går ut därpå, att eftersom en rättighet fortbestår, till dess ett faktum inträffar, till hvilket objektiv rätt knutit dess undergång, man måste antaga dess fortbestånd, med mindre en bestämd och tillfyllestgörande anledning att sluta till en förändring föreligger. Resonemanget är ohållbart, ty den omständigheten, att en förändring förutsätter en grund, är ej afgörande för frågan, huruvida fortbeståndet eller förändringen bör bevisas; se sålunda redan *min* skrift *Beviskyldighet och presumptioner* sid. 208 f.

hetsområden, som tillmätts den ena och andra parten, åsatts etiketterna rättsgrundande och rättshindrande fakta. Ämnet påkallar dock ytterligare utredning och belysning.

Till en början må framhållas, att ifrågavarande indelning icke är uttömmande. Man har vid uppställandet af kategorien rättshindrande fakta egentligen endast tänkt på förutsättningarna för rättshandlingars giltighet och därvid såsom rättshindrande betecknat de allmänna ogiltighetsgrunderna: bristen på rättslig handlingsförmåga (såsom bristande ålder och tillräknelighet), tvång, förledande m. m. Indelningen berör sålunda icke de utomordentligt viktiga spörsmålen angående aftals innehåll.

Den egentliga uppgift, som här möter, består i att söka utröna, om det gifves någon inre, af de ifrågavarande faktas egen natur härledd, grund för deras särskiljande i de båda nämnda grupperna. Fåfängt har man bemödat sig att finna någon begriplig formel, som är uttryck för en dylik inre olikhet. Hvad i den vägen åstadkommits, är genomgående så föga upplysande, att det ej kräver mindre förklaring än det, som därmed skall förklaras³¹. Det torde vara tillräckligt att nämna sådana gränsbestämningar, som att käranden är bevisskyldig endast för fakta, som »i och för sig» ha förmåga att gifva upphof åt hans påstådda rättighet eller utgöra de »omedelbara och väsentliga» eller de »specifika» förutsättningarna för rättighetens uppkomst. Huru föga tillfredsställande sådana och andra liknande formuleringar äro, torde framstå klart, om man tänker på det onaturliga i att beträffande mål, i hvilka käranden stöder sitt anspråk mot svaranden på ett aftal, till stöd för åsikten, att käranden icke är bevisskyldig för kontrahenternas tillräknelighet, åberopa såsom motivering, att denna omständighet icke angår de omedelbara eller väsentliga betingelserna för uppkomsten af rätt och plikt. Någon väsentligare betingelse för rättslig

³¹ Se därom *mina* skrifter *Qualificeradt erkännande* sid. 21 ff. samt *Bevisskyldighet och presumtioner* sid. 209 ff.

verkan af ett aftal än tillräknelighet kan ej gärna anses finnas, ty, såsom jag på annat ställe uttryckt det³², »det är icke till de talade eller i skriftecken uttryckta orden i och för sig, som lagstiftaren anknutit rättslig verkan, utan orden få sin betydelse först därigenom, att i dem ligger en viljeyttring af en på visst sätt kvalificerad individ».

Man har försökt gifva indelningen i rättsgrundande och rättshindrande fakta en säkrare bas såsom bevisbördefördelningsprincip genom att hänvisa till förhållandet emellan regel och undantag. Vid motsättningen t. ex. emellan tillräknelighet och otillräknelighet kan man tänka sig förhållandet antingen så, att tillräknelighet, som ju vanligen finnes hos aftalsslutande personer, ingår bland betingelserna i de rättsnormer, som handla om giltiga aftal, medan otillräknelighet, som är undantag vid aftals ingående, ingår såsom förutsättning i normer, hvilka fränkänna rättshandlingar af otillräkneliga personer rättslig verkan, eller ock så, att allmänna rättsatser, som ha egenskapen af hufvudregler, tillagt vissa fakta, bland hvilka tillräknelighet ej upptagits, en rättsproducerande verkan, under det att undantagsföreskrifter säga, att samma fakta, då de äro förbundna med ytterligare ett faktum, nämligen otillräknelighet, icke ha nämnda verkan. Det ena sättet att resonera är till innebörden skildt från det andra. I förra fallet opererar man med två normer, som ha lika stora betingelsekomplexer men äro olika i det afseendet, att den ena normen upptager betingelsen tillräknelighet, den andra dess motsats, otillräknelighet. I senare fallet ha de vid sidan af hvarandra ställda två normerna olika stora betingelsekomplexer, i det att den ena, hufvudregeln, icke förutsätter tillräknelighet, medan åter den andra, undantagsföreskriften, upptager jämte öfriga betingelser otillräknelighet, d. v. s. undantagsföreskriften stadgar, att en rättshandling af en otillräknelig person är utan verkan. — Vid närmare öfvervägande kan

³² Bevisskyldighet och presumtioner sid. 220.

man svårligen komma till annat resultat, än att dessa speculationer icke äro i stånd till att gifva någon lösning af det föreliggande problemet. Äfven om den objektiva rätten antages innehålla två normer, af hvilka den ena handlar om betydelsen af en rättshandling, som företages af en tillräknelig person, den andra om betydelsen af en rättshandling, hvars subjekt är i saknad af tillräknelighet, är därmed ännu icke något afgjordt om bevisbördan beträffande frågan om tillräknelighet eller otillräknelighet. Sådana reflektioner, som att tillräknelighet är det vanliga, otillräknelighet det sällan förekommande, eller att otillräknelighet är lättare att bevisa än tillräknelighet, ha visserligen sitt värde men från synpunkter, som icke ha någon beröring med den tanke, som kommer fram i benämningarna rättsgrundande och rättshindrande fakta och som därför i annat sammanhang förtjena beaktande. Vidkommande åter den ifrågavarande indelningens hänförande till regel- och undantagsnormer, af hvilka de senare ha större betingelsekomplexer än de förra, så är därmed ej något vunnet, för så vidt som distinktionen emellan den ena och andra normgruppen är en konstruktion, som icke har sin rot i den objektiva rätten själf utan har för sin tillkomst att tacka ett försök att finna en principiell bas för en bevisbördefördelning, som man redan på annan grund bestämt sig för. Till detta spörsmål återkommer jag här nedan.

I afseende å bevisskyldigheten för de fakta, som man benämnt rättshindrande, d. ä. de allmänna grunderna för rättshandlingars ogiltighet, äro enligt min uppfattning endast följande två ståndpunkter acceptabla, och mellan dem har man alltså att välja. Antingen måste man låta kärandens bevisbörda omfatta jämväl ifrågavarande allmänna förutsättningar för rättshandlingars giltighet under samtidigt framhållande af, att det vid bevisuppskattningen ställer sig så, att hans bevisskyldighet utan vidare anses fullgjord, såframt ej någon omständighet i det särskilda fallet tyder på,

att förutsättningen saknas. Eller ock må man, om nu för öfrigt fog därför befinnes föreligga, hänvisa till, att en positiv rättsregel af sedvanerättslig natur lagt bevisskyldigheten för de såsom rättshindrande betecknade fakta på svaranden.

Med min planläggning af förevarande ämne är det ej förenligt att nu omedelbart fullfölja undersökningen angående de grunder för bevisbördans fördelning, som må kunna befinnas riktiga. Närmast ligger det här vikt på att betona, hurusom en ohjälplig motsägelse vidlåder alla de försök att lösa bevisbördefördelningsproblemet, hvilka ha sin utgångspunkt i den uppfattningen, att privaträtten lägger hela bevisbördan på käranden genom att för fastställelse af en rättighet fordra, att samtliga betingelser för dess bestånd stå fast. Jag tvekar för min del ej att beteckna tankegången såsom orimlig, ty den innebär ingenting mindre, än att olika delar af den objektiva rätten äro med hvarandra oförenliga, ja stå i öppen strid sinsemellan. Detta skulle ju nämligen vara förhållandet, om privaträtten uppställde sådana kraf på kärandens bevisskyldighet, som det praktiskt ej är möjligt att upprätthålla, och som därför måste mildras genom regler, tillhörande en annan rättsdisciplin, processrätten. Man har sagt, att det gifves två vägar att komma från denna motsägelse³³. Man måste antaga, heter det, att privaträtt och processrätt för fastställelse af en rättighet fordra det samma, hvarvid två alternativ äro möjliga: antingen fordra båda, att alla förutsättningarna för en rättighets bestånd stå fast, eller kräfva båda blott en del af dessa förutsättningar. Det senare alternativet har jag tidigare omfattat³⁴, och om dess hållbarhet skall jag strax vidare yttra mig. Det förhåller sig emellertid icke så, att de nämnda alternativen uttömma alla möjligheter. Ett tredje finnes, enligt hvilket privaträtten uteslutande handlar om rättigheters uppkomst,

³³ *Heimer*, sid. 37.

³⁴ I min skrift *Bevisskyldighet och presumtioner*. Det förre har ofvan varit föremål för granskning.

förändring och upphörande samt betingelserna därför, medan processrätten innehåller regler om betingelserna för rättigheters fastställande i process. Då sålunda hvardera rättsdisciplinen har sitt eget självständiga område, är hvarje strid dem emellan beträffande bevisbördan utesluten.

IV. Då domaren dömer, har han att konstatera hvilka fakta stå fast, subsumera dessa fakta under vederbörliga rättssatser och draga den slutsats, som framgår af en sådan subsumtion. Det ligger nära till hands att lägga denna uppfattning till grund för lösningen af bevisbördeproblemet, och man synes på denna väg komma från den grundåskådning, med hvilken jag ofvan sysslat och som jag förkastat, nämligen den, att kändanden måste styrka rättighetens bestånd. Det riktiga synes i stället vara att utgå från rättssatserna (normerna) och de af dem uppställda betingelserna för de föreskrifna rättsverkningarna.

I en tidigare skrift³⁵ har jag sökt att på denna sistnämnda väg komma till en lösning af det föreliggande svåra problemet om bevisbördans fördelning emellan parterna³⁶. Vid granskningen af privaträttens struktur för att finna, huru beskaffade de rättssatser äro, med hvilka man vid rättstillämpningen har att göra, framhöll jag skillnaden emellan, hvad jag kallade, kombinationsnormer och enkla normer samt sökte göra gällande, att privaträtten blott består af de senare men ej upptager de förra. Därmed afsågs närmast ej annat än att påpeka, hurusom normerna icke uppställas omedelbart med hänsyn till rättigheters bestånd utan reglera den konkreta rättsbildningen genom

³⁵ I den här ofta citerade skriften *Beviskyldighet och presumptioner*, särsk. sid. 212 ff.

³⁶ Ifrågavarande teori, som senast af *Heimer* och *Olivecrona* underkastats kritik, innefattar en reaktion mot den vanliga uppfattningen, att kändandens bevisbörda egentligen inbegriper samtliga betingelser för rättighetens bestånd, och finner väsentligen från denna synpunkt sin förklaring. *Heimer* har med rätta starkt betonat denna synpunkt.

att anknyta vissa verkningar till vissa fakta. Till klargörande häraf anfördes, att det finnes en norm, som säger, att ett fordringsförhållande uppkommer genom försträckning, och en annan, som bestämmer, att betalning upphäver ett sådant rättsförhållande, men att däraf ej följer, att det existerar en tredje norm, som innehåller, att ett genom försträckning uppkommet och ännu ej genom betalning upphäfdt fordringsförhållande förpliktar försträckningstagaren till återbetalning. Eller såsom det vidare utfördes (sid. 215): »Det är obestriddigt, att fordringsförhållandet har försträckningen att tacka för sin uppkomst, det är likaledes obestriddigt, att, om betalning skett, fordringsförhållandet upphört, men om man däraf vill sluta, att den, som gör gällande en fordran, påstår tillämpningen af en norm, som har till betingelser dels det positiva faktum, att försträckning egt rum, dels det negativa faktum, att betalning icke egt rum, så tillskrifver man honom, hvad angår den negativa sidan, någonting annat, än hvartill den objektiva rätten berättigar; medan denna handlar om verkan af, att ett faktum (betalning) inträffat, är det nu fråga om frånvaron af verkan på den grund, att samma faktum icke inträffat.»

Syftet med det förda resonemanget skulle, såsom antydts, vara att ådagalägga, att antagandet af ett på privaträtten grundadt kraf på att käranden skall bevisa allt, som för afgörandet kan vara af betydelse, icke håller stånd för ett närmare öfvervägande. »Det är enligt privaträtten ej fråga om att bevisa faktiska betingelser för några af enklare normer sammanfogade kombinationsnormer, utan det gäller endast att ådagalägga betingelserna för de enklare normerna» (sid. 215 f.). Resultatet skulle sålunda blifva att privaträttens kraf³⁷ på bevisskyldighet både kunna och böra

³⁷ Uttrycket »privaträttens kraf» är såtillvida ogentligt, som meningen icke är att påstå privaträtten innehålla en reglering af bevisskyldigheten. Det är i verkligheten fråga om kraf, som härledts af privaträtten; se nedan.

i allo fasthållas i processen, och bevisbördeproblemet skulle finna sin lösning i följande princip: hvardera parten är bevisskyldig för de fakta, som förutsättas för tillämpning af den rättssats, hvarpå hans yrkande stöder sig. Tillämpad på bevisbördefördelningen i krafsmål innebär principen, att skälet till kärandens frihet från att bevisa, att fordringsförhållandet icke blifvit genom betalning upphäfdt, ligger däri, att den rättssats, hvarpå hans talan är stödd, icke för sin användning uppställer någon dylik betingelse, medan däremot betalning utgör förutsättning för tillämpning af en rättssats, som måste komma till användning, därest svarandens yrkande om underkännande af fordringsanspråket såsom ej längre existerande skall vinna bifall.

Den teori, som ofvan i anseende till hufvuddragen återgifvits, har i en del afseenden missförståtts. Sålunda har man däri velat inlägga det påståendet, att part, som t. ex. gör gällande en fordran, »i och med detta kräfver att få en bestämd rättsregel bragt till användning»³⁸. Något sådant har jag för min del hvarken sagt eller menat, och någon grundad anledning till missuppfattning på denna punkt föreligger icke³⁹.

³⁸ Se sålunda *Augdahl*, sid. 50 ff. Författaren utlägger, hurusom parterna, då de utveckla sin talan, icke behöfva peka på några bestämda rättssatser och begära att få dem tillämpade. De behöfva icke ens bilda sig någon föreställning om, hvilken rättssats det kommer an på, ty domaren använder ex officio de rättsregler, som befinnas användbara på det faktiska saksammanhanget. Hvad författaren här yttrar är alldeles riktigt. Det hör till de processuella sanningar, hvilka veterligen icke af någon processualist bestridas. Vidkommande svensk rätt har jag så tydligt som möjligt deklarerat min ståndpunkt i *Svensk Civilprocessrätt* Bd II § 78.

³⁹ Det bör ju nämligen utan vidare utläggning vara tydligt, att, då jag förklarar part bevisskyldig för de fakta, »som förutsättas för tillämpning af den rättssats, hvarpå hans yrkande stöder sig», den grundsats, som därmed skolat häfdas, står alldeles främmande för tanken, att det skulle vara nödvändigt för part att nämna någon viss rättssats. *Augdahl* synes ock ha i viss mån insett, att min framställning icke bör tilläggas den innebörd, mot hvilken hans kritik vänder

Enligt den ifrågavarande teorien bygges bevisskyldigheten på privaträtten, och någon därifrån afvikande fördelning af bevisbördan anses icke förekomma i processen. Detta är emellertid icke nödvändigtvis detsamma som, att privaträtsreglerna jämväl uppfattas såsom bevisbörde-regler. Förefintligheten af särskilda bevisbörderegler har icke förnekats, utan meningen är den, att parallellt med en privaträttssats löper en bevisbörderegler, som innehåller, att den förra ej kan läggas till grund för ett domslut, med mindre de däri angifna faktiska betingelserna för rättsverknigen stå fast. Att bevisbördereglerna tillerkänts egenskapen af processrättsliga regler, framgår till fullo där-af, att den förutnämnda allmänna formel, hvori dessa regler sammanfattas, uttryckligen tillagts hemortsrätt inom processrätten⁴⁰. Frågan må kunna anses sakna praktisk vikt men har dock det teoretiska intresse, att den må beaktas vid bedömandet af förevarande teori.

Vidare förtjenar nämnas, att denna teori icke framträdtt med anspråk på att gifva en slutlig lösning af bevisbördeproblemet i hela dess omfattning, eller att omedelbart lämna någon ledning vid afgörandet af bevisbördefördelningen i olika fall. Jag har för min del uttryckligen framhållit, att den uppställda allmänna satsen endast är »af formell natur och i saknad af reellt innehåll» (sid. 217). Den hänvisar till privaträtsreglerna och lägger sålunda tyngdpunkten på en analys af dem och deras förhållande till hvarandra, men den underskattar förvisso icke de svårigheter, som härvid möta, och den ringa vinning, som är att förvänta, då man söker att bland betingelser, som ha afseende å rättigheters

sig. Författaren yttrar nämligen sid. 52, att det visserligen låter säga sig, att, när en fordran göres processuellt gällande, däri nödvändigtvis implicite ligger en begäran, att en eller annan rättssats må blifva använd, hvilken i det föreliggande fallet leder till ett för parten gynnsamt resultat.

⁴⁰ Se *min* skrift *Beviskyldighet och presumtioner* sid. 216.

uppkomst, skilja mellan sådana, som det tillhör käranden, och sådana, som det ankommer på svaranden att bevisa⁴¹. Förbises må ej heller, att i hänvisningen till privaträtten icke ligger ett förnekande af, att till läran om bevisbördan jämväl hör efterforskandet och utläggningen af de särskilda lagstadgade eller sedvanerättsliga bevisbörderegler, som positiv rätt inrymmer. Att sådana särskilda regler kunna finnas och jämväl förekomma i hvarje positivt rättssystem, är något, som man ej rimligtvis kan underlåta att räkna med⁴².

Man har invändt, att den till grund för ifrågavarande teori liggande distinktionen emellan s. k. kombinationsnormer och enkla normer icke är hållbar. Dess berättigande tror jag dock allt fortfarande icke kunna jäfvas, förutsatt, att man ej däri inlägger annan mening än den jag förknippat därmed, nämligen den, att de af lagstiftaren gifna och i yttre måtto framträdande rättssatserna icke uppställa betingelser för rättigheters bestånd utan för inträdandet af rättsliga verkningar. För visso äro dessa s. k. enkla normer icke någon löslig konstruktion. Förefintligheten af regler, hvilka till vissa fakta knyta rättigheters upphörande (rättsupphäfvande fakta), torde nog ej många vilja förneka, och att det gifves regler, som handla om rättigheters uppkomst och betingelserna därför, behöfver knappast ens nämnas. Likaledes bör väl ej meningsskiljaktighet kunna råda om, att beträffande fakta, som angå rättigheters uppkomst, en fördelning kan vara gjord genom regler, som stå

⁴¹ Jag har för min del härvid byggt på den ofvan sid. 712 f. utvecklade skillnad emellan regel- och undantagsföreskrifter, enligt hvilken de senare ha en större betingelsekomplex än de förra.

⁴² Huru förhålla sig på grundvalen av ifrågavarande teori de särskilda bevisbörderegler till den allmänna bevisskyldighetsformeln? Enligt min mening måste man från bevisbörderegeln sluta till existensen af en materiell rättsregel, hvilken uppställer såsom betingelse för rättsverkan samma faktum, hvarför den förra regeln gör parten beviskyldig.

i ett tydligt utmärkt förhållande till hvarandra af regel och undantag, eller därigenom att vid sidan af en materiell regel står en bevisbördereg⁴³. Öfver hufvud kan ej med fog anmärkas mot förevarande teori, att den lämnar mindre ledning än någon annan, som söker åvägbringa en principiell lösning af bevisbördeproblemet genom uppställandet af en eller flera allmänna sats^{er}.

Emellertid vill jag nu ej längre för min del häfda, att den teori, om hvilken fråga är, hvilat på ett tillräckligt bärkraftigt teoretiskt fundament. Motsättningen emellan kombinationsnormer och enkla normer innebär icke ett underkännande af tillåtligheten, ja nödvändigheten af att sammanställa de enkla normerna; först därigenom erhåller man

⁴³ *Augdahl* behandlar frågan om berättigandet af distinktionen emellan kombinationsnormer och enkla normer alltför lättvindigt, då han sid. 53 utan någon inskränkning kategoriskt förklarar, att »bortsett fra den yttre formulering er 'enkle normer' icke annet enn juridiske tankeabstraksjoner, som ikke finnes i det virkelige rettsliv». *Heimer*, sid. 30 f., förkastar icke distinktionen emellan kombinationsnormer och enkla normer samt medger, att det icke finnes några kombinationsnormer. »Men att därifrån», fortsätter författaren, »draga den slutsatsen, att det vid domen endast gäller att konstatera de fakta, som äro nödvändiga för de respektiva enkla normernas tillämpning, är en omöjlighet. Ty den omständigheten, att det icke finnes någon kombinationsnorm, det är ju just ett uttryck för att normerna till sitt väsen endast utgöra abstraherade sidor ur ett gifvet rättsinstitut. Normerna äro abstraktioner, som användas såsom *verktyg* vid handhafvandet af rättsvärlden. Men den materia, som vid dömandet bearbetas med dessa verktyg, är något annat och mera omfattande än normerna.» Denna motivering synes mig vara för dunkel för att kunna bidraga till klargörande af ämnet. Hänvisningen till v. Savigny, som klargjort sin af författaren åberopade tankegång genom ett sid. 32 not 2 återgifvet exempel, torde, såvidt nu är i fråga, icke ådagalägga något annat, än att det för bedömandet af en viss rättstvist ej alltid är tillräckligt att tillämpa en enda rättsregel utan att flere, hänförande sig till ett visst rättsinstitut, kunna behöfva användas. Detta förhållande, hvarom svårligen kan råda någon meningsskiljaktighet, har ej något verkligt samband med den af mig antydda distinktionen emellan kombinationsnormer och enkla normer, utan beror därpå, att domaren ej alltid kommer fram till den slutliga konklusionen, domsfastställelsen, genom en enda slutledning utan först genom en serie af slutledningar.

den fulla öfversikten öfver de olika rättsinstituten och kunskap om betingelserna för rättigheternas bestånd. Uppenbart är, att, då en dylik sammanställning icke blott får utan till vinnande af en djupare insikt i den objektiva rätten måste företagas, denna jämväl måste anses innehålla de på detta sätt bildade kombinationsnormerna. Ställer man detta förhållande i relation till frågan om bevisbördans fördelning, så kan det ej med fog påstås, att man har mindre skäl till att med anknytning till kombinationsnormer fordra för domsfastställelse af en rättighet bevis för att samtliga betingelser för dess bestånd föreligga än till att med anknytning till de enkla normerna anse käranden bevisskyldig endast för en del af dessa betingelser. Den teoretiskt riktiga ståndpunkten är tvifvelsutän att icke lägga vare sig den ena eller andra åsikten till grund för bevisbördefördelningen. Privaträtten lämnar, vidkommande t. ex. processer om fordringar, den upplysningen, att frågan, om betalning skett eller ej, är relevant, men den gifver icke någon ledning vid afgörandet, huruvida käranden skall bevisa icke-betalning eller svaranden betalning. Den omständigheten, att man kan peka på en viss gifven norm, som bestämmer verkan af betalning, men icke i samma mening på en norm, som bestämmer verkan af icke-betalning, medger icke rätteligen den slutsatsen, att endast betalning men ej dess motsats icke-betalning är ett faktum, som kan vara föremål för bevisskyldighet. Jag intager följaktligen, såsom det anförda gifver vid handen, numera den ståndpunkten, att bevisbördeproblemet lösning är h. o. h. af processrättslig natur.

V. Processinstitutionen är ett af de medel, af hvilka staten betjenar sig för privaträttsordningens upprätthållande. Denna rättsordning utgöres af samhällsmedlemmarnas rättsliga mellanvaranden eller, såsom man också kan uttrycka det, af hela komplexen af de rättsförhållanden, i hvilka de stå till hvarandra, eller, hvilket därmed är liktydigt, af samtliga deras inbördes rättigheter och skyldig-

heter. Då dessa rättsförhållanden ha sin grund i fakta, till hvilka den materiella rätten (privaträtten, så vidt här i fråga) knutit rättsliga verkningar, kan man säga, att processinstitutionens ändamål är den materiella rättens förverkligande. Denna formulering torde i allmänhet användas, när man vill angifva processens ändamål. Den kräver emellertid närmare bestämning. Med materiell rätt kan man förstå antingen subjektiv rätt, rättighet, eller objektiv rätt, lag och sedvanerätt. Betänker man nu, att processinstitutionens uppgift väsentligen löses genom den verksamhet, som staten genom sina organ, domstolarna, utvecklar i de särskilda processerna (rättegångsmålen)⁴⁴, så har man att sätta det allmänna processändamålet i relation till de särskilda processerna, d. v. s. till det processuella förfarandet in concreto⁴⁵. Då man så gör, kan det förefalla besynnerligt och ej försvarligt att framhålla såsom processens ändamål förverkligandet af den materiella rätten, väl att märka, om man därmed afser lagen (resp. sedvanerätten). Man synes icke kunna i egentlig mening säga, att lagens bestånd eller förverkligande är beroende af de resultat, som ernås i de särskilda rättegångsmålen. Den tanke, som man i allmänhet vill uttrycka, då man begagnar sig af ifrågavarande formulering, träffas väl ej af en dylik invändning, men det må medgifvas, att formuleringen ej är lycklig och sålunda kan gifva anledning till kritik⁴⁶. För min del har jag vid min utläggning af begreppet civilprocess häfdat den

⁴⁴ Jag tänker härvid särskildt på process i trängre mening i motsats till exekution; jfr § 1 i detta arbete.

⁴⁵ Jfr detta arbete Bd I sid. 7 f. särsk. not 9 (not 10 i 2dra uppl. af del 1).

⁴⁶ Här är det af intresse att uppmärksamma den polemiska framställningen af *Olivecrona*, *Bevisskyldigheten* sid. 133 ff. Det är där fråga om, huruvida man kan tala om, att processens och särskildt bevisbördereglernas ändamål är den materiella rättens förverkligande. Författaren häfdar, att en viss lags ändamål icke kan vara, att det dömes på visst sätt i särskilda fall, som äro att bedöma enligt samma lag, och författaren tager till exempel växellagen. Dess ändamål säges vara att ställa till affärlifvets förfogande ett skuldebref, som ger möj-

åsikten, att processinstitutionens uppgift löses därigenom, att i hvarje särskildt fall, i hvarje särskild process, med hänsyn till det konkreta mellanvarande, hvarom där är fråga, domstolen sätter som sitt mål att meddela skydd för det rättsliga intresse, som därtill anknyter sig. Åt denna uppfattning har jag velat gifva uttryck i den lämnade bestämningen af begreppet civilprocess (i betydelsen af det processuella förfarandet *in concreto*), i hvilken bestämning domstolen säges ha att i ett gifvet fall af privaträttslig natur fastställa hvad som öfverensstämmer med den objektiva rätten och sålunda meddela rättsskydd⁴⁷. Här hänvisas till både objektiv och subjektiv rätt på sådant sätt, att förhållandet dem emellan i processuellt hänseende torde blifva tydligt, och rum för den ofvan antydda invändningen icke finnes.

lighet till särskildt effektiva påtryckningsmedel, och som äfven är för- enadt med vissa andra fördelar. Detta ändamål uppnås, om växeln blir ett användbart medel i omsättningens tjänst, men att A dömes att betala en växelskuld till B eller X till Y, betyder ingalunda, att växel- lagens ändamål uppnås; lagens ändamål är, såsom ofvan nämndes, öfver hufvud icke, att det dömes på visst sätt i särskilda fall. Det ofvan angifna ändamålet med lagen förutsätter, att de antydda på- tryckningsmedlen bli effektiva, och därtill kräfves, att det regelbundet meddelas domar enligt lagens bestämmelser i de fall, som dragas inför domstol. »Ändamålet med växellagen är icke, att dessa domar skola meddelas. De äro blott medel för realiserandet af lagens ändamål.» Näppeligen torde någon vilja påstå, att ändamålet med växellagen (eller med någon annan lag) är, att domar i vissa särskilda fall (i mål emellan A och B o. s. v.) skola meddelas. Det torde vidare vara tyd- ligt, att lagen har betydelse i och för sig, d. v. s. att den genom sin blotta existens är samhällsnyttig. Det torde slutligen vara tydligt, att lagen skulle förfela sitt syfte, om det icke i uppkomna processer med- delades domar enligt lagens bestämmelser. Men af allt detta följer icke, att domarna i de särskilda målen blott äro medel för realiserandet af lagens ändamål. Dömandet i växel mål — och motsvarande gäller om dömande i andra mål — har enligt min uppfattning omedelbart och väsentligen till ändamål att meddela en riktig fastställelse beträffande parternas växelrättsliga mellanvarande och sålunda förlåna det sär- skilda rättsskydd, som växellagen ställer till buds. Se vidare fram- ställningen nedan i not 48.

⁴⁷ Se det i not 45 citerade stället.

Såsom hufvudkraf på rättskipningen plägar man framhålla (såsom jag gjort i § 65 af detta arbete), att den bör vara säker, snabb och billig. Därmed vill man ha sagt, att rättegångsväsendet bör för att på bästa möjliga sätt tillgodose sitt ändamål ordnas efter grunder, som innefatta de största möjliga garantier för, att rättegångarna, så snabbt och så billigt som öfver hufvud sig göra låter, lämna ett materiellt riktigt resultat. Af dessa kraf står det, som rör rättskipningens säkerhet (krafvet på att rättskipningen lämnar ett materiellt riktigt resultat) i spetsen, och det är af de tre det enda, vid hvilket vi i detta sammanhang behöfva dröja.

Det torde af det föregående vara tydligt, att, såframt reglerna angående bevisbördans fördelning ha processrättslig karaktär, de i likhet med alla öfriga processuella regler böra vara sådana, att de i möjligaste mån uppfylla krafvet på rättskipningens säkerhet, d. ä. främja uppnåendet af processens ändamål, en materiellt riktig domsfastställelse. Närmare utfördt kan detta ej betyda något annat, än att den ledande tanken vid bevisbördans fördelning bör vara den, att, så vidt domsfastställelsernas riktighet är beroende på huru bevisbördan är fördelad, de i största möjliga antal fall träffa det materiellt rätta⁴⁸.

⁴⁸ *Olivecrona* har på åtskilliga ställen i sina här citerade två skrifter, särsk. i den under titeln *Bevisskyldigheten* citerade, uttalat och med utförlig argumentering sökt uppvisa, att grundfelet i läran om bevisbördan, sådan den allmänt förkunnas, ligger i förutsättningen, att processens ändamål är den materiella rättens förverkligande. Han finner roten till alla de teoretiska svårigheter, som mött vid behandlingen af ämnet, och till de ohållbara förklaringsförsöken ligga däri, att man utgår från principen, att processen (följaktligen samtliga processuella regler, bevisbördereglerna däri inbegripna) har sagda ändamål. Den ståndpunkt, författaren sålunda intager, synes utmärka, att det består en synnerligen djupgående divergens emellan densamma och den uppfattning, jag i anslutning till den härskande processteorien företräder. Denna divergens inbegriper eller berör en så omfattande komplex af svårlösta och subtila spörsmål, hufvudsakligen af rättsfilosofisk natur, att det är fullständigt uteslutet, att jag skulle kunna

I anslutning till det sagda må anmärkas, att, då i det följande bevisbördefördelningen bestämmes af hänsyn till hvad krafvet på rättssäkerhet påkallar, detta ej innebär, att en

här inlåta mig på något försök till utredning af ämnet i hela dess vidd. Blott några få och jämförelsevis korta anmärkningar må i det följande finna plats.

Då processens ändamål förklaras vara den materiella rättens förverkligande, förstås med den materiella rätten inbegreppet af de rättigheter och skyldigheter, som tillsammans bilda hvad man kallar rättsordningen. Olivecronas kritik af denna uppfattning är således riktad mot den läran, att processändamålet skulle vara att meddela skydd för bestående rättigheter eller, närmare utfördt, att genom domsfastställelse och vid behof exekution åstadkomma öfverensstämmelse mellan den faktiska ordningen och den rättsliga.

Hufvudargumentet — och ett, om det är i allo riktigt, fullständigt förintande argument — går ut därpå, att det icke finnes något sådant som rättigheter och skyldigheter. Allt tal därom beror enligt författaren på vidskepliga föreställningar, alster af en föråldrad dogmatik. Uttrycket, att en rättighet uppkommer genom ett aftal kan enligt författarens förmenande, *Bevisskyldigheten* sid. 81, omöjligens tagas efter orden. »Ingenting alls 'uppkommer' genom att två personer sluta ett aftal. Men aftalet har vissa konsekvenser med afseende å parternas framtida relationer.» Endast dessa konsekvenser kan nämnda uttryck åsyfta, om det öfver hufvud skall syfta på »någonting verkligt». »Det reala förloppet», då försträckning egt rum och man därvid talar om uppkomsten af en fordringsrättighet, är enligt författarens beskrifning (sid. 81 f.), »att det försiggår en transaktion, som enligt de regler, hvilka faktiskt genomföras vid domstolarna i landet, bildar förutsättningen för användande af exekutivt tvång gentemot en person till förmån för en annan». Att Olivecrona i sina rättighetspekulationer fullständigt ansluter sig till *Lundstedt* — se, framför allt, dennes hufvudarbeten *Obligationsbegreppet*, förra delen och senare delen första häftet, 1929 och 1930 — är af hans yttranden, sedda i deras hela sammanhang, alldeles otvifvelaktigt. *Lundstedt* har i dessa arbeten underkastat *Windscheid's* och *Ihering's* m. fl. författares rättighetsbegrepp en utförlig samt, efter mitt omdöme, i viktiga delar skarpsinnig och träffande kritik. Men, så vidt jag kunnat finna, har *Lundstedt* icke kommit till det resultatet, att det är ett nonsens att tala om rättigheter och skyldigheter. Han underkänner visserligen värdet af de föreställningar, som man i allmänhet anknyter till dessa termer, men han kommer ej förden skull till ett rent negativt resultat. (Jag förbiser ej, att *Lundstedt*, *Obligationsbegreppet* I sid. 124, avslutar de i denna skrift gjorda undersökningarna af rättighetsföreställningarna med förklaringen, att »hvad 'rättighet' är låter sig öfver hufvud icke bestämmas», och att »i verk-

ny synpunkt tages till hjälp. Förlänandet af materiellt rättsskydd är oskiljaktigt förbundet med värnandet af rätts-säkerheten, ja det ena är strängt taget detsamma som det andra.

ligheten finnes det inga rättigheter». Men dessa allmänna, rent negativa, uttalanden synas mig icke förenliga med författarens egna utförliga utredningar om de realiteter, som dölja sig bakom rättighetsbegreppet.) För min del vill jag knappast ens nämna, att jag icke har någon tanke på att åt själfva rättighetsbegreppet vindicera en af tingen oberoende verklighet, men jag vill å andra sidan häfda, att orden rättighet och skyldighet icke äro meningslösa ord utan samband med fakta. Jänvål Lundstedt och i anslutning till honom Olivecrona (se Bevisskyldigheten sid. 153 f.) äro på det klara med, att bakom rättighetsbegreppet ligga realiteter. Det reella, som härvid är till finnandes, angifver Lundstedt, Obligationsbegreppet II sid. 116, genom att hänvisa till »vissa trygga situationer, hvilka uppkomma genom att rättsmaskineriet hålles i gång, d. v. s. uppkomma såsom konsekvenser af 'rättsreglernas' faktiska genomförande». Det är för författaren en angelägenhet af utomordentlig vikt, till hvilken han gång på gång återkommer, att på det skarpaste framhålla, att man icke kan tala om rättigheter, oberoende af en uppehållen rättsordning, eller, såsom författaren, Obligationsbegreppet I sid. 98, utför det: det är »det *regelmässiga uppehållet* af en ordning till prevenerande mot vissa handlingssätt och till reparande i görligaste mån af situationen, när trots preventionen dylika handlingssätt skett — det är uppehållet af dylika regler, som åstadkommer dessa tryggade positioner för människor, hvilka positioner pläga betecknas såsom eganderätt, annan sakrätt och fordringsrätt». Det förhåller sig m. a. o. så, att en rättighet icke är något i och för sig, något som finnes oafsedt rättsordningens upprätthållande. Häri innefattas ett häfande af den väl för de flesta numera såsom själfklart sann fattade tanken, att rättigheter icke kunna tänkas utan en samhällsorganisation och tillämpade rättsregler, eller, såsom man ju också kan uttrycka det, utan ett i gång varande »rättsmaskineri». (Jag må tillstå, att jag är föga tilltalad af det sista citerade ordet. Det verkar på mig stötande att anlägga maskinsynpunkten på rättslifvet.) Det är ju dock nu en gång så, att alla civiliserade länder äro i åtnjutande af en samhällsorganisation och rättsregler, som uppehållas, ja varit detta så långt historien går tillbaka. Man kan därför ej undgå att räkna med förenämnda under vissa betingelser uppkommande situationer såsom en gifven sak. Någon tillfällig eller underordnad karaktär ha de för visso icke. Detta inses ju och betonas af Lundstedt själf. Han framhåller nämligen, Obligationsbegreppet I sid. 108 f., att påståendet, att realiteterna bakom »eganderätten» (och detsamma gäller naturligtvis om

Till besvarande af frågan, hvilka bevisbörderegler böra anses gälla enligt positiv svensk rätt, öfvergår jag härefter. Dess omfattning tarfvar emellertid begränsning. Uppenbar-

andra rättigheter) blott äro en konsekvens af uppehållandet af vissa rättsregler, icke betyder, att »dessa realiteter i förhållande till rättsreglerna i fråga vore på något sätt af underordnad betydelse. Snarare tvärtom. D. v. s. berörda rättsregler ha sin sociala funktion just i att åstadkomma sådana tryggade positioner, som — — — — — utgöra den realitet, som jämte vissa metafysiska föreställningar gifvit upphof åt idéen om en eganderätt.» Hvad beträffar Olivecrona, torde kunna hänvisas till yttrandet i Beviskyldigheten sid. 198: »Syftet med ett aftal är att grundlägga en viss bundenhet för ena parten eller för båda». Då författaren påtagligen icke menar något annat, än att detta syfte också under vederbörliga betingelser uppnås, framgår af det citerade yttrandet, att också enligt hans åsikt dessa trygga situationer, som utgöra rättighetsföreställningens realitet, intaga en central ställning inom rättslifvet, ja utgöra dess väsentliga innehåll, och därför också måste framstå såsom ett hufvudföremål för rättsvetenskapens uppmärksamhet. Granska vi närmare ifrågavarande situationer, hvilka man, om man bedömer dem från synpunkten af gällande rätt (de faktiskt tillämpade rättsreglerna) ej kan annat än tillerkänna en rättslig karaktär, så finner man, att de, t. ex. vid försträckningaftal, inrymma dels en position, som betecknar en förmån, en maktställning för den person, som befinner sig däri, dels en position, den där innebär en bundenhet för den, som intager detta rättsläge. (Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet I sid. 79, där förf:n kännetecknar ett reellt moment i rättighets-situationen såsom »den position af trygghet och rörelsefrihet, som uppkommer för en person genom uppehållandet af allehanda regler om för andra personer menliga påföljder af vissa deras handlingssätt». Denna rörelsefrihet låter sig väl karakteriseras såsom en maktställning.) Den förra positionen benämna vi en rättighets-, den senare en skyldighetsposition eller helt enkelt resp. en rättighet och en skyldighet. På orden kommer det ju ej an, men de sistnämnda termerna måste dock rättsvetenskapen — hvars hufvuduppgift dock är att syssla med positiv rätts systematisering och utläggning samt endast till någon del kan befatta sig med rättsfilosofiska spörsmål, öfverlåtande denna senare uppgift åt filosofien — betjena sig af. Det är, så vidt jag förstår, praktiskt taget omöjligt att uppgifva dessa termer och, om de bibehållas, måste till dem anknytas vissa föreställningar. Att andra sådana än de, som ha till innehåll realiteterna bakom rättighetsbegreppet, ej kunna ifrågakomma, torde vara uppenbart. Jag vill till belysning af det sagda blott erinra om, att — för att citera Olivecrona, Beviskyldigheten sid. 150 — »de civilrättsliga lagarna äro tänkta och formulerade såsom regler om rättigheter och skyldigheter. Rättsmedvetandets

ligen kan mitt syfte ej vara att förteckna och utlägga samtliga de regler af detta slag, hvilka vår rätt innehåller. Att påtaga sig en dylik uppgift vore hardt när orimligt, och den

grundbegrepp äro begreppen rättighet och skyldighet. Rättsordningen tänkes i det allmänna medvetandet såsom en ordning för rättigheter och skyldigheter.» »Historiska förhållanden», heter det vidare i det sistnämnda arbetet sid. 151, ha — — — gjort, att begreppen rättighet och skyldighet ha kommit att spela en eminent roll i vårt rättslif och vårt juridiska tänkande. Vi ha blifvit beroende af dessa begrepp, emedan vår rättsordning från början utbildats i form af en ordning för rättigheter och skyldigheter.» (Jag tillåter mig att från gällande svensk rätt hänvisa exempelvis till 1 § i lagen ²⁰% 1905 om köp m. m.: De i denna lag gifna stadganden om säljares och köpares rättigheter och skyldigheter etc.) I betraktande af allt det sagda synes det mig, och säkerligen det stora flertalet jurister, icke vara försvarligt att eliminera bort de ifrågavarande begreppen och vilja göra gällande, att det är i grund och botten meningslöst att tala om rättigheter och skyldigheter. Meningslöst kan det ju icke vara, om det finns realiteter bakom begreppen.

För att återkomma till de situationer med däri innefattade positioner, hvilka utgöra rättighets- resp. skyldighetsföreställningarnas reella underlag, så kan man gifvetvis — allt förutsatt, att man fasthåller vid att situationen är något verkligt — säga, att en dylik situation uppkommer och att den består, och det är jämväl fullt befogadt att orda om och lägga vikt på betingelserna för dess uppkomst och bestånd. Det är ock, så vidt jag kan finna, ej något att anmärka mot den uppfattningen, att processen har till uppgift att göra dessa situationer till föremål för utredning och domsfastställelse. Någon som helst vidskepelse eller oriktighet behöfver ingalunda dölja sig bakom talet om, att det i processen gäller att utrona, hur det i rättsligt afseende förhåller sig emellan parterna; därmed åsyftas ej annat än den på grund af något inträffadt s. k. rättsfaktum uppkomna situationen eller, såsom man oftare säger, mellanvarandet mellan parterna samt dess rättsliga bedömande. Men man kan, utan att lämna verklighetens mark, gå ett steg längre och framhålla meddelandet af rättskydd såsom processens syfte. Det torde nämligen vara tydligt, att domen, allt efter som den utfaller till förmån för ena eller andra parten, har en skyddsverkan för den position, som parten intager i den föreliggande situationen, och denna effekt är ej något tillfälligt utan framstår såsom processens ändamål.

I sammanhang med de förestående reflexionerna har jag fäst mig vid och vill med några ord fästa uppmärksamheten på en omständighet beträffande Olivecronas behandling af ämnet. Författaren karakteriserar öfver hufvud rättsordningen allenast såsom en exekutionsord-

ligger i hvarje fall utom ramen för denna framställning, som ju, enligt hvad redan påpekats, sysslar med bevisskyldighetens allmänna teori. Denna teori kan, om man så vill, sägas

ning. På åtskilliga ställen (i sitt arbete *Beviskyldigheten*) ordar författaren visserligen om det statsliga rättsmaskineriet eller processmaskineriet, men då han vill närmare utveckla sin mening om hvad som eger rum i processen, hänvisar han till exekutionsmaskineriet; se sid. 81 f., 149 ff. Sålunda säger författaren, sid. 151, att domarens »uppgift är så att säga att styra det statliga exekutionsmaskineriet enligt bestämda regler. Han skall afgöra, huruvida exekutivt tvång skall komma till användning på begäran af en person mot en annan». Uppenbarligen ligger det bäst till för författarens totaluppfattning af materiell rätt och processrätt samt af deras förhållande till hvarandra att peka på sådana fall, i hvilka käranden har något att fordra af svaranden (eller, för att använda häfdvunnen terminologi, gör gällande en rättighet till prestation) och begär en dom, på grundvalen af hvilken han kan erhålla exekution. Men kärandens talan har ej alltid denna innebörd. Det gifves tillika, jämte talan om vinnande af en konstitutiv dom, ren fastställsetalan, d. v. s. en talan, som blott går ut på att erhålla en förklaring om, hur det i rättsligt afseende förhåller sig emellan parterna, hvilken förklaring ej kan gifva upphof åt exekution. Så vidt ej något undgått mig, berör författaren endast å sid. 147 dylika domar, och hvad han därom yttrar angår hufvudsakligen blott konstitutiva domar (exempel: äktenskapsskillnadsdomen). Författaren talar om, att särskildt i fall, då möjligheten till exekution saknas, domen har en idcell betydelse, hvilken säges bero »bland annat på den vanliga föreställningen om, att domen är en auktoritativ utsaga om rättigheter och skyldigheter.» Författaren synes hålla före, att de icke-kondemnatoriska domarnas betydelse beror på den vikt, som parterna och andra tillägga domstolens förklaring. Men om domen öfver hufvud skall ha någon betydelse, måste, såvidt jag kan finna, denna ytterst bero på hvad domen i och för sig är och icke på parternas och andras mening om domen. Hvad de rena fastställsedomarna angår, t. ex. en dom, som fastställer, att käranden är egare af en sak, så är en sådan dom i anseende till sitt innehåll ett uttalande, en fastställelse, beträffande den omstämda rättsliga situationen. Uttalandet har till föremål frågan om en viss situations gestaltning, eller, såsom man inom juridiken i allmänhet uttrycker det, frågan om en rättighets bestånd. Det torde näppe- ligen vara möjligt att, med utmönstrande af hvarje rättighetsbegrepp (jämväl det, som tager fasta på realiteten bakom rättighetsföreställningen), på ett sätt, som ej rättvisligen drabbas af klander för förkonstling och dunkelhet, förklara de processuella företeelser, som man benämmer fastställsetalan och fastställsedom.

Olivcrona har, *Beviskyldigheten* sid. 77 ff., närmare ingått på

vara antydd i de uttalanden, som upptagits i 17: 33 RB, och det gäller följaktligen att gifva verkligt innehåll åt denna §:s regler, som i och för sig icke lämna något annat besked,

frågan om sammanhanget emellan antagandet, att det gifves rättigheter, och bevisbördans fördelning. Om man, säger författaren, utgår från detta antagande och föreställer sig, att rättigheterna uppkomma genom inträffandet af vissa fakta, hvilka lagen tillägger en dylik rättskapande effekt, har man ledning af principen om kärandens bevisskyldighet för rättighetens uppkomst; man kommer omedelbart till det resultatet, att hvad, som enligt de civilrättsliga reglerna behöfs för att en rättighet skall komma till stånd, skall bevisas af käranden. Men om man tager satsen, att käranden skall styrka rättighetens uppkomst i »fullt realistisk mening», gifver den ingen verklig ledning angående omfattningen af hans bevisbörd. Betydelsen af uttrycket, att en rättighet uppkommer genom ett aftal, kan enligt författarens förmenande (se ofvan i denna not), om det skall syfta på något verkligt, endast afse de konsekvenser, som aftalet har med afseende på parternas framtida relationer. Dessa konsekvenser innebära, att till följd af de vid domstolarna tillämpade reglerna t. ex. en försträckningsgifvare kan få exekutivt tvång användt gentemot försäkringstagaren, om denne icke betalar tillbaka summan på utsatt tid. Satsen om kärandens beviskyldighet i dess realistiska mening betyder alltså, att »käranden måste styrka förhandenvaron af de förutsättningar, som måste vara fastställda för att en viss regel om exekutivt tvång mot svaranden skall blifva tillämplig», eller m. a. o. satsen »säger ingenting annat, än att käranden skall styrka tillräckligt för att han skall vinna» (sid. 82). — Mot detta resonemang skulle jag först vilja anmärka, att principen om kärandens beviskyldighet för rättighetens uppkomst synes vara fullt användbar, om man håller sig till, att rättighetsföreställningen har ett reellt underlag i de ofvan omnämnda, af rättsfaktas inträffande framkallade, situationerna, i hvilka de däri försatta personerna intaga resp. en rättighets- och en skyldighetsposition. Men äfven om man bortser härifrån, förefaller mig resonemanget mycket tvifvelaktigt. Det synes mig ingalunda gifvet, att man kommer till olika resultat beträffande bevisskyldigheten, allteftersom man anser käranden skyldig att styrka uppkomsten af en s. k. rättighet eller man anser honom beviskyldig för förhandenvaron af förutsättningarna för användande af exekutivt tvång mot svaranden. Eller, för att uttrycka det riktigare, jag tviflar på, att det består den skillnad emellan de båda alternativen, att man med antagande af det förra finner en princip, som lämnar ledning beträffande kärandens beviskyldighet, medan man enligt det senare står utan hvarje ledning. Den skillnad, som enligt författarens åsikt föreligger, torde bero därpå, att författaren vid det förra alternativet hänvisar till de civilrättsliga reglerna om hvad som kräfvcs för att en rättighet

än att bevisbördan är delad emellan parterna; jfr ofvan sid. 677 f.

Till en början må framhållas (se därom redan förut sid.

skall uppkomma men ej förfar på motsvarande sätt vid det senare utan där helt enkelt påstår, att kändan skall styrka tillräckligt för att vinna. Man kan svårligen underlåta att fråga sig, om det icke möjligen förhåller sig så, att styrkandet af förutsättningarna för användandet af exekutivt tvång hänför sig till alldeles samma af civilrätten uppställda förutsättningar som beviset för rättighetens uppkomst. Lagens innehåll är ju ett och detsamma, och det kan därför synas egendomligt att tillmäta spekulationer, som h. o. h. röra sig på det teoretiska planet, eller olika teoretiska formuleringar afgörande vikt. Ifrågavarande skillnad förefaller så mycket mindre befogad, som, enligt hvad författaren själf medgifvit, »lagen i det stora hela är tänkt och utformad såsom en ordning för rättigheter och skyldigheter» (sid. 152). För mig ter det sig alltså närmast så, som om distinktionen emellan de båda principerna — å ena sidan, kändan skall styrka rättighetens uppkomst, å andra sidan, kändan skall styrka förutsättningarna för användande af exekutivt tvång — vore, från synpunkten af bevisbördans fördelning samt den ena och andra principens förmåga att gifva ledning därutinnan, alldeles betydelslös.

Hvad ofvan anförts om olika slag af talan och däremot svarande olika slag af domar gör det nödvändigt att yttra några ord med anledning af Olivecronas framställning angående domens innebörd, Bevis-skyldigheten sid. 140 ff. Domen är enligt författarens formulering (se särsk. sid. 147 och 158) en förklaring, som på grund af reglerna om rättskraften och exekutionen har en viss faktisk betydelse i olika riktningar. Om denna i och för sig sväfvande och innehållsfattiga — bestämning kunna säkerligen alla enas. Hvad det kommer an på är dock, hvilket innehåll och hvilken struktur man tillerkänner förklaringen. Någon utförligare utveckling af detta ämne bör naturligtvis ej här af mig förväntas. Läran om domen hör till de partier af civilprocessrättens system, som det ännu återstår för mig att behandla. Blott några anmärkningar i anledning af den nu uppmärksammade skriften skola här inflyta, och därvid stöder jag mig väsentligen på hvad jag redan i Bd I § 1 af detta arbete uttalat. Olivecrona förnekar, att domen är en syllogism, som mynnar ut i ett omdöme om parternas rättsförhållande. Härmed förhåller sig efter min mening på följande sätt. Slutet i domen, klämman, är ej till sin innebörd ett teoretiskt omdöme om hvad som är rätt emellan parterna eller, hvilket är därmed liktydigt, ett afgörande af en ren kunskapsfråga i detta afseende. I denna sin åsikt förtjenar författaren för visso medhåll, utan att jag fördenskull kan i väsentliga delar biträda hans motivering. Om saksammanhanget, närmare bestämdt grunden för kändans yrkande, ej blifvit styrkt och

684), att det består ett nödvändigt samband emellan å ena sidan privaträtten med de af densamma uppställda betingelserna för existensen af rättigheter samt å andra sidan bevis-

käromålet fördenskuil ogillas, kan man gifvetvis icke med fog påstå, att domaren gifvit uttryck åt ett teoretiskt omdöme om, att den af käranden påstådda rättigheten icke existerar. Men författaren går för långt, då han vill göra gällande, att domen icke under några omständigheter, således ej heller i sådana fall, då samliga relevanta fakta blifvit klargjorda, skulle kunna innefatta ett omdöme om den omprocessade rätten. Detta påstående beror hufvudsakligen på författarens (oaktadt erkännandet af rättighetsföreställningens reella bas) spekulativa häfdande, att hvad man kallar rättigheter och skyldigheter icke har någon verklighet. Enligt hvad författaren vidare utför (sid. 146), är domen ej heller en viljeförklaring. I den bemärkelse, som kommer till synes, då författaren afvisar tanken på, att domaren, när han ålägger svaranden att betala, uttryckt sin vilja, att betalning skall ega rum, är det ock riktigt att fränkänna domen egenskapen af en viljeförklaring. »Hvad domaren vill», säger författaren, »är väl regelmässigt endast att afge en riktig dom.» Domens innebörd har emellertid hittills ej angifvits i vidare mån, än att den sagts vara en förklaring; tillägget att den har vissa faktiska verkningar, säger ej hvad domen i och för sig är. (Se en med den ofvannämnda enahanda bestämning, något annorlunda utförd, å sid. 148.) Det resultat, till hvilket författaren kommit, är väsentligen negativt. För min del finner jag mig ej föranledd att karakterisera domen annorlunda, än jag alltid förut under min verksamhet såsom processteoretiker gjort, eller så, att domen är en auktoritativ förklaring angående parternas omprocessade rättsliga mellanvarande, eller, såsom man också kan säga, en fastställelse beträffande den omprocessade rätten. Alla domar, som äro afgöranden i sak, innehålla en dylik fastställelse, oafsedt om detta språkligt framträder eller ej; jfr detta arbete Bd I § 49. En rättsfastställelse kräfvcs af parterna, och en sådan bör ock lämnas, om rättskipningen skall fylla sin uppgift. (Domaren får ej avsluta processen med ett *non-liquet*-uttalande; så Bd I sid. 17 f.) Författaren fäller t. o. m. själf följande yttrande (sid. 144): »Rättsmedvetandet kräfvcr, att domen skall vara en utsaga om *rättsförhållandet*». Att författaren dock ej kan godtaga uppfattningen, att domen är en rättsfastställelse, behöfvcr efter det föregående ej närmare utvecklas. Förbises må ej, att en rättsfastställelse ej är detsamma som ett afgörande af en kunskapsfråga; att jag ej vill påstå, att domen innehåller ett sådant afgörande, framgår af det redan sagda. Processens ändamål är, såsom jag tidigare kraftigt betonat, rent och omedelbart praktiskt (Bd I sid. 12 f.), och detta ändamål betingar ej, att processen utmynnar i ett teoretiskt omdöme, men väl att den avslutas med en rättsfastställelse. — Ett ytterligare spörs-

bördereglerna, nämligen det sambandet, att bevisskyldigheten icke kan angå andra faktiska punkter än sådana, som ha afseende å berörda betingelser. Hvarje utförligare ut-

håll är, huru domaren kommer till den i domslutet innefattade rättsfastställelsen. Då förklaringens innehåll ju icke kan vara ett uttryck för rent godtycke från domarens sida, måste den vara grundad på vissa premisser, eller m. a. o. domen är en syllogism. Jag har icke fattat Olivecronas framställning så, som om denna, efter min åsikt obestriddliga, sats förnekades. Hvad författaren förnekar synes blott vara, att domen är en syllogism, hvars slutsats utgöres af en kunskapsutsaga om parternas rättsförhållande, och detta är, såsom förut påpekats, riktigt. I alla sådana fall, i hvilka ej full klarhet om samtliga relevanta fakta vunnits, är det ju ej möjligt för domaren att afgöra en kunskapsfråga. Men äfven i dessa fall kan domaren komma till en rättsfastställelse, nämligen med tillhjälp af en bevisbörderegul. I domssyllogismens öfversats ingå följaktligen jämte materiella rättsregler tillika bevisbörderegler. (I viss mening måste man säga, att i alla domar, jämväl i dem, som grundas på ett i alla delar klarlagt saksammanhang, bevisbörderegler ingå i domssyllogismen; se ofvan sid. 684.) Olivecronas anmärkning, att man vanligen, då man kännetecknar domen såsom en syllogism, icke räknar med några bevisbörderegler, är säkerligen i det hela riktig. För egen del har jag ej heller i de yttranden om domen och dess innehåll, med hvilka jag hittills i detta arbete framkommit, pekat på, att bevisbörderegler ingå i syllogismen. Men jag har ej haft någon afsevärd anledning att göra detta, eftersom jag, utan att närmare gå in på ämnet, blott hållit mig till den allmänna princip för bevisskyldigheten, som framlagts i min skrift *Bevisskyldighet och presumtioner*. Enligt denna princip — som gör part beviskyldig för de fakta, som utgöra betingelser för tillämpning af den rättssats, hvarpå ett afgörande till hans förmån måste grundas — äro ju de materiella rättsreglerna visserligen icke själfva bevisbörderegler, men man har att af dem omedelbart härleda sådana regler, de där låta beviskyldigheten afse den materiella regelns betingelser för däri stadgad rättsverkan. Annorlunda ställer det sig, om man lösgör bevisbördereglerna från den materiella rätten. På grundvalen af denna uppfattning framstår med vida större styrka nödvändigheten af att vid analysen af hvad domen är framhålla det däri ingående element, som består af nämnda regler.

För sin åsikt om omöjligheten att sätta den materiella rättens förverkligande såsom processens och de processuella reglernas, inklusive bevisbördereglernas, ändamål anför Olivecrona, förutom det skäl, som ligger i förnekandet, att rättigheter och skyldigheter ha med verkligheten att skaffa, ett annat; sid. 141 f., jfrdt med sid. 91 f. Fullföljandet af ett sådant ändamål finner författaren oförenligt med antagandet af bevisbörderegler. »Reglerna om bevisbördan äro regler angående

läggning häraf torde vara öfverflödig. Vid domstolens afgörande af, huruvida käranden är berättigad, kan enligt sakens natur ej tagas hänsyn till andra fakta än de, som i

domens innehåll. Om fakta a, b och c blifvit fastställda, anses man med ledning af de materiella rättsreglerna kunna afgöra, att en viss rättighet består. När blott fakta a och b blifvit fastställda, medan c är tvivelaktigt, anses det materiella rättsläget icke kunna bestämmas. Man måste alltså räkna med, att såväl den ena som den andra parten kan ha rätten på sin sida. Det är orimligt att betrakta regeln om sättet för afgörandet i ett sådant fall såsom en regel om sättet för den materiella rättens förverkligande. Saken är ju den, att det behöfs en regel för afgörandet, när domaren är ur stånd att grunda domen på den materiella rätten.» Detta resonemang synes mig vara genom sin ensidigt teoretiska inriktning verklighetsfrämmande. Den omständigheten, att de medel, människor använda och måste använda för fullföljandet av sina syften och uppnåendet af sina mål, äro ofullkomliga och sålunda ingalunda alltid medföra det eftersträfvade resultatet, bör icke föranleda oss att förneka ändamålen eller att formulera dem på annat sätt. Processen är visserligen, i likhet med allt annat människoverk, en ofullkomlig inrättning, och det lyckas ofta icke (ja strängt taget måhända aldrig) att i de särskilda rättegångarna ernå den fullständiga kunskap om de resp. saksammanhangen, utan hvilken full säkerhet för, att domen riktigt fastställer parternas materiellrättsliga mellanvarande, ej kan finnas; men att fördenskull förneka, att processinstitutionen, med allt hvad den inbegriper af anstalter och regler, skulle ha till ändamål att i de särskilda rättstvisterna afgöra tvistefrågorna på sätt, som öfverensstämmer med de mellan parterna faktiskt uppkomna relationerna, d. v. s. har till ändamål den materiella rättens förverkligande, kan näppeligen anses rimligt. Riktigheten häraf rubbas icke däraf, att bland de processuella reglerna ingå och måste ingå bevisbörderegler. Deras upptagande i processystemet utgör, då ju de faktiska sammanhangen icke alltid kunna styrkas, den enda framkomliga vägen till åstadkommandet af definitiva sakliga afgöranden, hvilka från rätts-säkerhetens och den allmänna rättsfridens synpunkt äro oeftergifliga. Och principen för bildandet af dessa regler är densamma som den, hvilken eljest följes vid processreglernas utformande: de böra i möjligaste mån befrämja ändamålets vinnande, den materiella rättens förverkligande.

En annan sida af Olivecronas uppfattning om bevisbördereglernas ändamål kommer till synes, då författaren uppkastar frågan, om det finnes skäl för att sätta den materiella rättens förverkligande såsom deras ändamål; se sid. 129 ff. Författaren skärskådalar frågan både från lagstiftarens och domarens synpunkt. Han finner, att det för lagstiftaren vore alldeles meningslöst att tillägga bevisbördereglerna nämnda

detta hänseeende ega någon betydelse, d. v. s. till nämnda betingelser.

Hvad beträffar bevisbördans fördelning emellan parterna, så gifves det ett par regler, hvilka synas så väl grun-

ändamål. Då lagstiftaren kan fritt bestämma lagstiftningens innehåll efter sociala nyttighetsynpunkter, kan man efter författarens förmenande ej anse annat, än att han skall låta bevisbördereglerna tjena alldeles samma sociala syften som de materiella reglerna. Samhällsnyttan är hvad lagstiftaren har att tillgodose, och bevisbördereglerna äro jämte de materiella reglerna en nödvändig beståndsdel i hela det system af regler, som uppställas för dess främjande. Att anse det ena ledet vara till för det andras skull säger författaren vara orimligt. För lagstiftaren måste frågan gälla, huru han genom en lämplig samverkan emellan bevisbörderegler och materiella regler skall kunna nå ett visst resultat. Jfr härmed författarens utläggning, sid. 157 ff., om att de materiella reglerna lika väl som bevisbörderegler och andra processuella regler äro regler för domarens och de exekutiva myndigheternas handlande. Åsikten, att bevisbördereglerna äro till för de materiella reglernas skull, eller m. a. o. att den materiella rättens förverkligande är de förras ändamål, finner författaren (sid. 129 f.) icke ega någon mening under annan förutsättning, än att man utgår från, att lagstiftningens uppgift är realiserandet af en i och för sig bestående högre rätt (en naturrätt), och identifierar den materiella rätten med denna högre rätt. -- Jag har för min del icke något att invända mot att framhålla befordrandet af samhällsnyttan såsom lagstiftningens i dess helhet, alltså samtliga ej blott de materiella utan äfven de processuella rättsreglernas ändamål. Huru samhällsnyttan skall bestämmas och hvad man därvid har att taga hänsyn till, är en särskild fråga, som ej här kan upptagas till undersökning. Med någon naturrätt i betydelsen af en i och för sig riktig och a priori gifven rätt ha vi således ej att räkna. Men häraf följer icke, att åsikten om den materiella rättens förverkligande såsom processens och därmed ock bevisbördereglernas ändamål måste förkastas. Processen tjänar samhällsnyttan därigenom, att domstolarna meddela riktiga domar, d. ä. domar, som innehålla rättsfastställelser, de där stå i öfverensstämmelse med de emellan parterna uppkomna relationerna. På processlagstiftningens område är alltså lagstiftarens uppgift att gifva regler, som på bästa möjliga sätt främja detta syfte. Det är ej, såsom Olivecrona synes förmena, enligt den af honom bekämpade åskådningen fråga om ett motsatsförhållande mellan materiell rätt och processrätt och ej heller om den senares underordnande under den förra utan om en rationell arbetsfördelning dem emellan. Den materiella rätten reglerar samhällsmedlemmarnas relationer i enlighet med samhällsnyttans kraf, medan processrätten

dade, att det i stor utsträckning råder enighet om deras giltighet. Detta är i all synnerhet fallet med den af dessa regler, till hvilken jag närmast öfvergår.

såvidt sig göra låter, tjänar samhällsnyttan genom att sörja för att i fall af konflikter eller ovisshet dessa relationer blifva riktigt fastställda. Så torde man gemenligen i våra dagar uppfatta förhållandet, och efter mitt omdöme är det ej någon vinning, att ändring häri sker. I grunden torde det för öfrigt i denna del ej vara fråga om en verklig praktisk divergens utan endast om olika formuleringar. Hvad nu yttrats innefattar ej ett misskännande af, att lagstiftaren stundom kan fördela bevisbördan på sätt och i syfte, att en materiell regel må vidkännas en viss modifikation, i synnerhet erhålla större effektivitet, och det synes vara särskildt m. h. t. sådana fall, som Olivecrona gör gällande, att lagstiftarens uppgift är att genom materiella regler och bevisbörderegler i förening vinna ett visst ändamål. Såsom exempel anför författaren bevisbörderegeln i 23 § af lagen om köp och byte. Föga rimligt är emellertid att af det påpekade förhållandet vilja draga den slutsatsen, att processen har att själfständigt vid sidan af den materiella rätten befördra samhällsnyttan och icke fasthellre har till uppgift att göra detta sålunda, att den söker åstadkomma, att de relationer, som uppstått emellan samhällsmedlemmarna, blifva riktigt bedömda enligt de materiella rättsreglerna och sålunda vederbörligen kunna göra sig gällande. De fall, i hvilka lagstiftaren låter en bevisbörderegels innehåll bestämmas af syftet, att den skall modifiera en materiell regel, torde för öfrigt vara jämförelsevis sällsynta; jfr därom några anmärkningar af *Nial*, i Sv. Juristtidn. 1930 sid. 355 f.

Såsom ofvan antydts, undersöker Olivecrona jämväl från domarens synpunkt frågan, huruvida ändamålet med utformandet af bevisbörderegler bör vara den materiella rättens förverkligande, sid. 131 ff. Svaret blir jämväl här nekande; problemet ligger enligt författarens mening lika till för domaren som för lagstiftaren. Undersökningen angår, närmare bestämdt, riktlinjerna för det själfständiga utformande af bevisbörderegler, som ankommer på domaren. Enligt min mening tillkommer väl ej domaren någon dylik rättsskapande verksamhet i egentlig mening, men därifrån vill jag nu bortse och granska spörsmålet från författarens utgångspunkt. Författaren finner, att domaren lika litet som lagstiftaren bör bilda bevisbörderegler med tanke på att vinna den största möjliga sannolikhet för, att den verkliga rätten segnar i processen. I stället bör han handla på grundvalen af den insikten, att bevisbördereglerna liksom de materiella reglerna ha till ändamål att realisera vissa sociala syften (= att befördra samhällsnyttan). Efter hvad ofvan anförts, har jag ej anledning att särskildt yttra mig härom. Blott det skulle jag vilja framhålla, att författarens framställning i förrevarande del möjligen skulle kunna fattas så, som om domaren borde

Käranden är i första hand bevisskyldig. Om det icke föreligger bevis för någon del af den betingelsekomplex, hvarpå rättmätigheten af hans rättspåstående är beroende, så ogillas hans talan (*actore non probante reus absolvitur*). Härmed har ännu ej sagts något om, huru mycket käranden skall bevisa; det göres blott gällande, att för bifall till hans talan kräfves, att han bevisar åtminstone något. För svensk rätts del är denna grundsats uttryckligen uttalad i 17:33 p. 1 RB. Ifrågavarande grundsats har sitt enda men fullt säkra och tillräckliga stöd däri, att den kräfves af hänsyn till rättssäkerheten. Föreställningen om säkerhet och trygghet är, såvidt jag ej tager fel, oskiljaktigt förbunden med begreppet rättsordning, och det torde vara uppenbart, att ingen säkerhet i samhällsmedlemmarnas rättsliga relationer, d. ä. i rättsordningen, skulle vara för handen, om det vore möjligt att genom anhängiggörande af rättegång vinna fastställelse af en påstådd rättighet, utan att förefintligheten af någon betingelse för rättighetens bestånd påvisades⁴⁹.

främja samhällsnyttan t. o. m., om detta betingade ett frångående af de materiella rättsregler, hvilka äro på det ifrågavarande fallet tillämpliga. Men detta vore helt säkert att missförstå författaren. Jag vågar för min del vara fullt öfvertygad om, att författaren såsom domare skulle handla på aldeles samma sätt som svenska domare i gemen samt således vid handläggningen och afgörandet af målet icke ha något annat syfte för ögonen, än att domen må innehålla en förklaring, som öfverensstämmer med det verkliga rättsläget.

⁴⁹ I denna anda gå ock uttalandena af *Afzelius*, Parts ed sid. 99, och *Trygger*, Bevisskyldigheten sid. 330 f. Tryggers framställning afser dock närmast den käranden i första hand åliggande argumentationsplikten.

Att käranden är bevisskyldig i första hand, och att denna grundsats måste tagas till utgångspunkt för bevisbördefördelningen, motiveras ofta otillfredsställande. Sålunda måste t. ex. den motivering, som *Tybjerg*, sid. 58, lämnat, betecknas såsom ganska ytlig. Han åberopar såsom skäl blott, att man utan ifrågavarande hufvudregel skulle »giva urimelige Krav let Spil og derigennem skabe en nærliggende Fare for, at Samfundet opløses i en Syndflod af Processer med mere eller mindre uretfærdigt Udfæld».

Full enighet om, att principen *actori incumbit probatio* bör sättas i

Den andra bevisbörderegeln, som har sin grund i rättsordningens eget väsen, är den, att kändan ej behöfver styrka, att en tidigare uppkommen rättighet ej gått under, eller, hvilket är detsamma, att kändan ej är beviskyldig för frånvaron af rättsupphäfvande fakta. Denna princip för bevisbördans fördelning har förut byggts därpå, att en sådan beviskyldighet vore i anseende till de svårigheter eller ej sällan den omöjlighet, hvarmed dess fullgörande vore förbunden, praktiskt sedt orimlig. Nu ledes samma bevisbörderegeln tillbaka till och baseras på hänsyn till rättssäkerheten. Med samma berättigande, som denna synpunkt åberopas till stöd för regeln *actori* etc., kan den begagnas såsom motivering för den princip, hvarom nu är fråga. Den tankegång, som här är bestämmande, har förträffligt uttryckts med följande ord, som göra gällande, att en uppkommen rättighet måste anses utgöra ett moment i den konkreta rättsordningen, till dess den ådagalagts ha upphört att vara det: »Vill man ej gå in på det berättigade häri, så har man enligt vår mening beröfvat rättsordningen dess väsentliga betydelse af norm för framtiden samt rättigheten dess karaktär af helgd för det faktiska åtnjutandet af det goda, den medför, ty långt ifrån att skänka trygghet för framtiden,

spetsen, råder ej inom processteorien. Inom den nordiska litteraturen kan hänvisas till *Augdahl*, sid. 60 ff. (särsk. sid. 70 f.), som låter principen gälla först då andra af honom på grundvalen af en sannolikhetsberäkning uppställda regler neka att göra tjänst. Denna ståndpunkt är enligt min mening svag och icke hållbar. Hvad innebär den nämligen? Jo, otvifvelaktigt följande. En bevisbörderegeln kommer till användning beträffande ett faktum endast då juridisk visshet därom ej vunnits. Om man tilldelar regeln *actori* etc. allenast en subsidiär roll (för det fall, att ingen af de på sannolikhetsberäkning byggda reglerna är användbar), kan följaktligen kändan på grund af en af de sistnämnda reglerna få sin talan bifallen, ehuru tillräckligt bevis för det faktum eller något af de fakta, som utgöra betingelser för existensen af hans påstådda rättighet, ej föreligger. Kändan kan m. a. o. få fastställt, att han är berättigad, fastän han ej bevisat någonting. Detta resultat finner jag vara stridande mot den i texten omhandlade bevisbörderegeln, som låter sig härledas af rättsordningens eget väsen. Jfr vidare nedan s. 758 ff. noten.

blir den vunna rättigheten en eröfring, som hvarje ögonblick, så att säga, måste göras på nytt, och rättslagen har knäppt hunnit skapa ett förhållande personer emellan, förr än den faktiska grupperingen af deras inbördes ställning hotar den vunna ordningen. Med en sådan uppfattning, kommer själfva ordet *rättsordning* att innebära en tvetydighet och begreppet *rättstillstånd* att beteckna en momentan händelse.»⁵⁰

Vid sidan af de nu angifna bevisbördeprinciperna kan man icke ställa någon ytterligare regel, som det är möjligt att härleda från samma säkra grund, rättsordningens eget väsen. Emellertid är ämnet uppenbarligen icke med dem uttömdt. Man finner snart detta, om man närmare öfverväger hvad den första principen innebär. Den inskränker sig till att af kâranden kräfva såsom förutsättning för bifall till hans talan, att han skall bevisa åtminstone något, och lämnar alldeles obestämdt hvad och huru mycket han skall bevisa. En regel så tom på innehåll är efter mitt omdöme utan något egentligt praktiskt värde, och — hvad i detta sammanhang väger mera — den tillgodoser ej det kraf, som föranledt dess uppställande, nämligen krafvet på rättssäkerhet. Från rättssäkerhetens synpunkt kan det nämligen icke vara tillräckligt, att kâranden bevisar hvilket minimum som helst af det relevanta saksammanhanget. Man drifves med nödvändighet både af teoretiska och praktiska skäl öfver till att söka närmare fixera omfattningen af kârandens bevisskyldighet.

Då kâranden, efter hvad ofvan utlagts, icke är bevisskyldig för frånvaron af rättsupphäfvande fakta, går den nu föreliggande uppgiften ut på att bestämma hans bevisskyldighet beträffande fakta, som ha afseende å rättighetens uppkomst. Den fråga, som här möter, är tydligtvis den, huruvida bland

⁵⁰ Så *Trygger*, Skriftliga bevis sid. 33 f.; och samme författare, Bevisskyldigheten sid. 333. Se ock sammaledes *min* bok *Qualificeradt erkännande* sid. 18 ff.

betingelserna därför någon viss grupp principiellt låter sig afskilja och bevisbördan i afseende å densamma påläggas svaranden, eller om, därest sådant ej skulle vara möjligt, någon allmän synpunkt är för handen, med ledning af hvilken man kan i de särskilda fallen begränsa karendens bevisbörda till en del af ifrågavarande betingelser och låta den återstående delen utgöra svarandens bevisbörda.

Det förra alternativet — uppdelningen af betingelserna för rättigheters uppkomst i två fasta grupper — har man, efter hvad jag ofvan (sid. 710—713) utförligt utvecklat, sökt delvis lösa genom att skilja mellan rättsgrundande och rätts-hindrande fakta. Denna distinktion är, såsom tidigare påvisats, ur stånd till att bilda en princip för bevisbördans fördelning, detta därför att den själf förutsätter en bevisbördefördelning. Endast på positiv rätt — hvilket för svensk rätts del, som ju icke upptager något lagstadgande i ämnet, ej kan betyda annat än sedvanerätt, hvars källa är domstolspraxis — kan man grunda åsikten, att svaranden är bevis-skyldig för de s. k. rättshindrande fakta (de allmänna grunderna för rättshandlingars ogiltighet). Godkänner man ej detta stöd, så återstår, från den ifrågavarande utgångspunkten, ej annat än att anse karenden bevisskyldig för frånvaron af rättshindrande fakta, en ståndpunkt, som enligt mitt förmenande ej behöfver framkalla några praktiska betänkligheter⁵¹.

⁵¹ Jfr ofvan sid. 713 f. och *min* skrift *Bevisskyldighet och presumptioner* sid. 221 f. Jag gör i nämnda skrift, på grundvalen af den där utvecklade bevisbördeteorien, gällande, att tillräknelighet m. fl. allmänna förutsättningar för aftals giltighet ingå bland betingelserna för tillämpning af rättssatserna ang. rättshandlingar, och att det därför åligger karenden att bevisa, att nämnda förutsättningar förelegat. (*Wrede*, *Civilprocessrätt* II sid. 104 f. not 10, anmärker, att denna åsikt näppeligen är förenlig med 17:33 RB, men jag kan ej finna denna anmärkning befogad, eftersom lagrummet icke innehåller någonting om hvad som är att räkna till resp. käromålets grund och invändningsfakta.) Enligt hvad jag vidare utvecklat, blir karenden dock ej härigenom belastad med en så tung bevisbörda, att den materiella rätten

Om man uppgifver försöket att nå fram till en principiell bevisbördefördelning genom en gruppindelning af fakta, har man blott att tillgå den förut antydda utvägen att i de sär-

äfventyras. Hans bevisskyldighet nödgår honom nämligen i allmänhet icke till någon bevisföring. Har han styrkt, att i yttre måtto ett aftal träffats, så har ock domstolen tillräcklig anledning att, såframt det ej föreligger något särskildt skäl till antagande af motsatsen, utgå från, att ifrågavarande allmänna förutsättningar varit tillstädes. Detta sitt antagande bygger domstolen på premisser, af hvilka den ena, öfversatsen, utgör ett uttalande af hvad erfarenheten gifver vid handen, och den andra, undersatsen, innefattar ett konstaterande af vissa konkreta fakta. Slutledningen är egendomlig sätillvida, som man sluter till vissa fakta, för hvilka käranden är beviskyldig, från andra fakta, för hvilka han jämväl är beviskyldig, m. a. o. käranden fullgör sin bevisskyldighet m. h. t. vissa moment genom att styrka andra, för hvilka äfvenledes en beviskyldighet åligger honom. Men då i det vida öfvervägande antalet fall personer, som företaga handlingar, de där ega de yttre kännetecknen på aftal, besitta kvalifikationer för aftals ingående m. m., kan man i ett konkret fall, i hvilket det styrkts, att den yttre sidan af ett aftal förelegat, ej komma till annat slut, än att jämväl den inre sidan förevarit. Det påpekas till sist uttryckligen i den refererade framställningen, att det ej är fråga om någon grund för bevisbördans fördelning utan om ett bedömande, att bevisskyldigheten fullgjorts, och nödvändigheten att strängt skilja mellan beviskyldighet och bevisuppskattning inskärpes.

Mot denna framställning har *Heimer*, sid. 45 ff.: opponerat sig, och på grund af ämnets stora intresse och betydelse inom bevisläran vill jag här granska författarens åsikter. Han säger, att, då det gäller frågan om ett aftal ingåtts af tillräknelig person, det icke är möjligt att draga den slutsatsen, att, eftersom aftal här i landet i det oändligt öfvervägande antalet fall avslutas af tillräkneliga personer, tillräkneligheten kan anses bevisad, tills annat ådagalägges. Att man kunnat förbise omöjligheten af att antaga bevis i detta fall, förmenar författaren bero på en oriktig föreställning om sannolikhetskalkyl. Sin åsikt här om utlägger författaren på följande sätt: »Om det t. ex. tänkes fastslaget, att aftal i 99 fall på 100 ingås af tillräknelig person, kan man möjligen förledas tro, att sannolikheten för att aftalet i nu ifrågavarande fall ingåtts af tillräknelig person är $\frac{99}{100}$, och då förmena, att sannolikheten är så stor, att den kan gälla för visshet, tills annat ådagalägges. Men i verkligheten är detta en felsyn. Om vi antaga, att sannolikheten för att X inträffar är $\frac{1}{1000}$, och det sedan visar sig, att X ej inträffat, ehuru 100,000 fall förekommit, så ändras ej därför sannolikheten utan förblir fortfarande $\frac{1}{1000}$. Om vid ett tärningskast sannolikheten för att ettan skall komma upp är $\frac{1}{6}$, så förändras ej denna

skilda fallen efter någon viss allmän synpunkt fördela bevisbördan. Inga andra synpunkter torde härvid vara tänkbara än sådana, som anknytas till presumtioner, sannolikhets-

sannolikhet, äfven om man kastat tärningen 1,000 gånger, utan att ettan kommit upp; sannolikheten är fortfarande $\frac{1}{6}$. Lika litet som man från den omständigheten, att sannolikheten för att ettan skall komma upp är $\frac{1}{6}$, kan sluta sig till att ettan kommer upp hvar sjätte gång, lika litet kan man omvänt från den omständigheten, att ettan ej kommit upp, förrän man kastat tärningen 1,000 gånger, sluta sig till, att sannolikheten för att ettan kommer upp är $\frac{1}{1000}$. Sannolikheten bestämmas ej af antalet i verkligheten under tidernas lopp inträffade fall, utan sannolikheten bestämmas af omständigheterna i det särskilda fallet.» — Såvidt jag kan döma, äro här olika frågor åtskillnadslöst sammanställda. 1) Vid bedömandet af frågan, om ett visst konkret aftal ingåtts af tillräknelig eller otillräknelig person, begagnar man sig af en erfarenhetssats. Den sannolikhet i en viss riktning, som denna erfarenhetssats ger vid handen, är en sannolikhet *a posteriori*. Förutsatt, att grundad anledning till tvifvel om erfarenhetssatsens riktighet ej finnes, och att satsen går ut på, såsom Heimer exempelvis antagit, att aftal i 99 fall på 100 ingås af tillräknelig person, är det säkerligen så, och synes rimligtvis icke kunna vara annat än så, att den förståndige och erfarne mannen (bonus pater familias) inrättar sitt handlande efter erfarenhetssatsen och utgår från, att i ett gifvet konkret fall, *om hvilket han icke vet något särskildt, som ger anledning till att antaga annat*, den aftalsslutande personen varit tillräknelig. Så handlar för visso en bonus pater familias i sin dagliga gärning, och det vore onaturligt och föga rimligt, om domaren vid sin processuella pröfning handlade på annat sätt. Att en bonus pater familias och domaren måste beakta omständigheterna i det individuella fallet och, om något däri ingående moment pekar i annan riktning, icke låta sig bestämmas af det i erfarenhetssatsen innefattade sannolikhetsantagandet, är själfklart. Något annat har jag för min del aldrig påstått. Erfarenhetssatsen säger ju ej, att *alla* aftal slutas af tillräknelig person, utan endast, att detta är förhållandet i ett visst procenttal fall, och ingen förständig person lär därför förbise, att de med hvarje konkret fall förbundna särskilda omständigheterna noga måste beaktas. 2) Satsen, att vid kast med en tärning, som har sex sidor, sannolikheten för att ettan skall komma upp förhåller sig som 1 till 6, är icke en erfarenhetssats. Det är här fråga om en sannolikhet *a priori*, om en sats af matematisk natur. Att denna sannolikhet icke berättigar till antagandet, att ettan kommer upp hvar sjätte gång, är så själfklart, att endast en synnerligen enfaldig och tanklös person skulle kunna tro motsatsen. En bonus pater familias liksom ock domaren torde icke komma i frestelse att inrätta sitt handlande efter ett dylikt antagande. 3) Yttrandet, att sannolikheten ej be-

antaganden. Hvad därom är att säga sparas till nästa underafdelning, i hvilken förhållandet emellan bevisskyldighet och bevisuppskattning skall behandlas. Redan här vill jag dock nämna, att jag för min del icke *de lege lata* hyllar den uppfattningen, att presumtioner (frånsedt naturligtvis de fall, i hvilka de ligga till grund för positiva bevisbördefördelningsregler) äro bestämmande för bevisbördans fördelning emellan parterna.

Förestående öfverväganden ha, som man finner, ledt till det resultatet, att den käranden i första hand åliggande bevisskyldigheten icke efter någon viss princip låter sig begränsas till att omfatta endast en del af betingelserna för rättighetens uppkomst. Detta är såtillvida otillfredsställande, som man icke af hänsyn till rättssäkerheten kan fordra, att käranden städse skall hafva bevisbördan för hela den privaträttsliga komplexen af betingelser för rättighetens uppkomst. Men då ingen viss fördelningsprincip står att finna, kan den allmänna regeln, efter mitt omdöme, ej vara annan än den, att käranden skall styrka sin påstådda rättighets uppkomst. Denna regel har ock endast subsidiär giltighet, ty såframt och i den mån positiv rätt, lag och sedvanerätt, inne-

stämnes af antalet i verkligheten under tidernas lopp inträffade fall utan af omständigheterna i det särskilda fallet, är delvis oriktigt, delvis riktigt, men emellan det ena och andra elementet har ej vederbörligen blifvit skildt. Iakttagandet af ett stort antal inträffade fall kan leda till uppställandet af en erfarenhetssats, efter hvilken man visserligen förståndigtvis kan bestämma sitt handlande, men lika säkert och ej mot det nyss sagda stridande är, att i hvarje särskildt fall dess individualitet bör noga granskas för utrönande af, huruvida fallet går in under erfarenhetssatsen; jfr ofvan under 1). Oriktigt eller åtminstone dunkelt och vilseledande är därför Heimers yttrande (sid. 46), att »sannolikheten för, att ett gifvet aftal ingåtts af tillräknelig person, endast kan bestämmas efter omständigheterna i det särskilda fallet, men icke efter huru ofta aftal äro ingångna af tillräkneliga personer». (Den sista delen af det citerade har erhållit en otillfredsställande affattning. Det är ingalunda fråga blott om, huru ofta aftal ingåtts af tillräkneliga personer, utan tillika om proportionen emellan aftal af tillräkneliga och af otillräkneliga personer.)

håller bevisbörderegler, som lägga bevisbördan beträffande någon del af nämnda betingelsekomplex på svaranden, lända de till efterrättelse. Det är tydligtvis en viktig, knappast i tillräcklig omfattning tillgodosedd, uppgift för lagstiftningen att sörja för sådana regler och gifva dem ett innehåll, som motsvarar den rättsliga samfärdselns kraf. För öfrigt torde det icke med fog kunna påstås, att rättssäkerheten sättes i fara genom uppställandet af nämnda allmänna regel. Med hänsyn till de fördelningsspörsmål, som nu afses, förhåller det sig öfver hufvud genomgående så, att processmaterialet inrymmer presumtioner af den art och styrka att beviskyldighetens fullgörande icke gör det nödvändigt för kâranden att föra någon betungande bevisning. Detta belyses närmare i nästa underafdelning.

Principen, att kâranden skall styrka uppkomsten af sin rättighet, framstår i all synnerhet såsom betydelsefull, då man sätter den i relation till frågan om beviskyldigheten för innehållet i aftal, hvarpå han stöder sin påstådda rättighet. Man kan icke rimligtvis inskränka hans beviskyldighet till styrkandet, att ett aftal, hvilket som helst, kommit till stånd emellan de uppgifna personerna vid det åsyftade tillfället, och det är föga mera rimligt att begränsa skyldigheten till åvägabringandet af bevis för, att ett aftal af det angifna slaget ingåtts. Enligt den här framhållna principen skall kâranden visa, att aftalet gifvit upphof till den rättighet, som han gör gällande. Åtskilliga spørsmål möta emellertid härvid, jämväl sådana af mera allmän och principiell natur⁵². Bland mera speciella spørsmål må erinras om de från alla specialarbeten välkända angående beviskyldigheten, då svaranden påstår, att aftalet är förbundet med ett villkor, eller att någondera af kontrahenterna handlat såsom representant för annan, eller att visst pris, lägre än det af

⁵² En utredning af grunderna för bevisbördans fördelning, då framställt anspråk grundas på en rättshandling (aftal), är gjord i *min* bok *Qualificerad erkännande* sid. 62—94.

käranden fordrade, stipulerats, medan den senare påstår, att sådan stipulation ej träffats och han därför är berättigad till det omstämda skäligena priset, eller att käranden (vid ett ömsesidigt förpliktande aftal) ännu ej presterat eller ej behörigen presterat, m. m., m. m.⁵³. Att här ingå i någon undersökning af dessa spörsmål, om hvilka alltjämt på åtskilliga punkter råder meningsskiljaktighet, är ej min afsikt.

Ofvan har hänvisats till den bevisbördefördelning, som är reglerad genom rättssatser, tillhörande lag eller sedvanerätt. Huruvida en viss vanligen iakttagen ordning beträffande denna fördelning beror på en regel, som har sedvanerättslig karaktär, pröfvas efter samma grunder som eljest, då det gäller att utröna, om sedvanerätt föreligger. Särskild uppmärksamhet påkallar förekomsten af legala regler. Ofta är det svårt att afgöra, om en sådan regel är för handen. Många regler äro affattade såsom bevisbörderegler, och beträffande dem kan ej tvifvel råda, såframt ej något alldeles särskildt skäl därtill skulle finnas⁵⁴. Däremot gifva åtskilliga regler, hvilka äro och framträda såsom materiellträttsliga, anledning till tvekan om, huruvida de icke tillika gifva anvisning om bevisbördans fördelning⁵⁵. Hvad nu åsyftas.

⁵³ Dessa och andra spörsmål ha behandlats i *min* bok *Qualificeradt erkännande å de i nästföreg. not citerade sidorna*. Inom svensk litteratur har senast *Olivecrona*, *Bevisskyldigheten*, uttalat sig rörande några af dessa spörsmål.

⁵⁴ Sådana bestämmelser finner man spridda öfver privaträttens hela område. Bevisbörderegeln kommer till uttryck i satser, som äro formulerade: där det ej visas, eller såframt det ej visas, eller med mindre det visas, el. dyl.; stundom heter det: såframt ej annat visas. Ej sällan är bevisskyldigheten ännu tydligare utmärkt, i det att det tillika säges, hvilkendera parten har att bevisa. Jag hänvisar exempelvis till följande lagrum 18:3 HB; 6:9, 8:5 och 7, 13:14 Nya GB; 6 och 23 §§ i lagen ²⁰/₆ 1905 om köp och byte af lösegendom; 3:11 i lagen ¹⁴/₆ 1907 om nyttjanderätt till fast egendom; 63 § i lagen ¹⁸/₄ 1914 om kommission m. m.; 30 § st. 2 i lagen ¹¹/₆ 1915 om aftal m. m.; 20 § i lagen ¹⁴/₆ 1917 om barn utom äktenskap; 4 och 32 §§ konkurslagen; 39 § st. 2 i lagen ⁸/₄ 1927 om försäkringsaftal.

⁵⁵ Exempel på många sådana fall finner man i lagen om köp och

blir tydligt, om man tänker på, att, då lagstiftaren vill göra uppkomsten af en rättighet, t. ex. en fordringsrättighet, beroende af betingelsekomplexet x, y och z, han antingen kan formulera sitt stadgande så, att fordringens uppkomst framstår såsom betingad af inträffandet af samtliga dessa fakta, eller ock affatta stadgandet på det sätt, att x och y sägas gifva upphof till fordringen, såframt ej z skulle brista. Man bör ingalunda utan vidare af den olika formuleringen draga den slutsatsen, att enligt den förra käranden är bevisskyldig för x, y och z, medan enligt den senare hans bevisskyldighet omfattar allenast x och y samt svaranden är bevisskyldig för att z saknas. Lagstiftaren har måhända ej alls velat lämna någon föreskrift om bevisbördans fördelning, och huru härmed förhåller sig, kräfvär städse särskild undersökning⁵⁶.

Af synnerligen stor praktisk betydelse är frågan om bevisskyldigheten med hänsyn till dispositiva rättsregler, särskildt dispositiva aftalsregler⁵⁷. Med dispositiva regler afses här sådana, som knyta en rättsverkan till vissa fakta under förutsättning, att ej annat blifvit af vederbörande bestämdt⁵⁸.

byte af lös egendom: se §§ 5, 18 st. 2, 20, 21 st. 2, 24, 42 st. 1, 43 st. 1, 47 och 48 m.fl. I en del af dessa fall torde näppeligen tvifvel kunna råda om, huru det ställer sig med bevisskyldigheten; i andra finnes visserligen rum för delade meningar.

⁵⁶ Att formuleringen ej bör tillmätas en afgörande betydelse, har ofta inom litteraturen framhållits.

⁵⁷ Se *min* bok *Ovalificerad erkännande* sid. 62—94 ang. bevisbördans fördelning vid tvist om aftals innehåll samt af senare nordisk litteratur *Tybjerg*, sid. 12 18; *Almén*, Kommentar till lagen om köp etc. sid. 34—42 och *Olivecrona*, *Bevisskyldigheten* sid. 186 ff.

⁵⁸ Ang. skillnaden emellan absoluta och dispositiva rättssatser samt de senares innebörd, se detta arbete Bd I § 5. Af den där lämnade framställningen framgår, att beteckningen dispositiv egentligen tillkommer en rättssats, som öfverlåter regleringen af ett förhållande åt vederbörande intressenter. Rättssatser af denna innebörd äro synnerligen talrika, men endast delvis uttryckligen uttalade i lag. Ofta har en dispositiv rättssats, vare sig den är uttryckligen uttalad eller ej, vid sin sida en regel, som bestämmer hvad som skall gälla för den

Den fråga, som möter, är — om vi nu hålla oss allenast till dispositiva aftalsregler — denna: Är, då tvist om ett rättsligt mellanvarande på grund af aftal parterna äro oense om en viss punkt, hvarom en dispositiv regel finnes, den part, som åberopar den dispositiva regeln, bevisskyldig för att icke någon öfverenskommelse om afvikelse från denna regel träffats, eller är omvändt motparten, som påstår, att en dylik öfverenskommelse ingåtts, bevisskyldig härför? Hvilken partsställning, käre- eller svarandeställning, parterna härvid intaga, kan ej spela någon roll. Det ifrågasvarande spörsmålet åsyftar, såsom formuleringen angifver, de fall, i hvilka parterna äro oeniga om, huruvida öfver hufvud någon öfverenskommelse om afvikelse från hvad den dispositiva regeln stadgar kommit till stånd, och icke sådana fall, i hvilka enighet råder om förhandenvaron af en afvikande öfverenskommelse, medan parterna divergera beträffande denna öfverenskommelses innehåll. I senare fallet bör det, såsom vanligt, åligga käranden att bevisa den af honom åberopade öfverenskommelsens innehåll⁵⁹.

Till belysande af den nu föreliggande frågans utomordentliga vikt är det tillräckligt att erinra om, att enligt uttrycklig bestämmelse i 1 § af lagen om köp och byte af lös egendom samtliga stadganden i lagen, utan undantag, äro af dispositiv natur och således skola komma till användning endast såframt kontrahenterna ej bestämt annorlunda⁶⁰.

Meningarna om det förhandenvarande bevisbördeproblemet äro delade. En mening, stödd på principen, att den, som gör gällande en rättighet, skall styrka förutsättningarna

händelse vederbörande icke begagnar sig af sin bestämmanderätt, en regel, som alltså har en subsidiär karaktär. Det är dessa subsidiära regler, man gemenligen åsyftar, då man talar om dispositiva rättsregler, och om dem är nu fråga. I utländsk, t. ex. dansk teori, tillägger man dem attributet deklaratoriska, hvilken benämning synes vara att föredraga.

⁵⁹ Se härom *Tybjerg*, sid. 14 f., där spörsmålet närmare undersökes.

⁶⁰ Se härom *Almén*, Kommentar vid 1 §.

för dess uppkomst, anser käranden, som stöder sitt anspråk på ett emellan parterna ingånget aftal, bevisskyldig för aftalets hela innehåll, följaktligen jämväl därför, att en från den dispositiva regeln afvikande öfverenskommelse icke träffats⁶¹. En annan mening lägger bevisbördan på den part, som påstår en sådan öfverenskommelse ha kommit till stånd⁶². Och slutligen har en förmedlande åsikt framställt, hvilken går ut därpå, att det åligger i vissa fall käranden att styrka, att aftalet icke innehållit någon bestämmelse i det ifrågakomma hänseendet, i andra fall svaranden att visa, att sådan bestämmelse träffats⁶³. För min del har jag redan för länge sedan⁶⁴ uttalat den åsikten, att part, som stöder sig på en dispositiv rättsregel, icke är bevisskyldig, utan att det är motpartens sak att styrka sitt påstående, att regelns tillämpning är utesluten genom en därpå riktad öfverenskommelse. Motiveringen var denna. De rättsliga verkningar, om hvilka dispositiva rättsregler handla, utgöra hvad man benämner *naturalia contractus*, och dessa naturalia bilda icke en beståndsdel af ett aftals innehåll i den mening, att kontrahenterna behöfva gifva uttryck åt någon vilja angående dem; äro kontrahenterna ense om aftalets *essentialia*, d. v. s. om sådana (väsentliga) punkter, af hvilka dess identitet är beroende, så inträda utan vidare på grund af de dispositiva reglerna jämväl de rättsföljder, som betecknas såsom naturliga (naturalia). Den part, som stöder sitt anspråk på ett aftal, har, i enlighet med denna tankegång, genom att fullgöra sin bevisskyldighet beträffande aftalets essentialia tillika styrkt dess s. k. naturliga rättsföljder; han har m. a. o. gjort allt hvad på honom ankommer. Om

⁶¹ Anhängare af denna mening är inom svensk litteratur *Bergelmer*, i Tidsskr. f. Retsv. 1909 sid. 16 ff.

⁶² Så *Tybjerg* och *Olivecrona*, hvilken sistnämnde författare dock ej gillar Tybjergs motivering.

⁶³ Så *Almén*, hvars utläggning härom gjorts till föremål för kritik af *Olivecrona*.

⁶⁴ I *min* bok *Qualificerad erkännande* sid. 87 f.

vederparten påstår, att parterna enats om att till aftalet knyta en rättsföljd, afvikande från den genom den dispositiva rättsregeln föreskrifna, åberopar han därmed en särskild, vid sidan af aftalet stående, öfverenskommelse, för hvilken han är bevisskyldig. Jag vill ingalunda häfda, att denna argumentering är bindande. Man finner i själfva verket ganska lätt, att ett annat teoretiskt resonemang, som leder till antagande af bevisskyldighet för den part, som påstår en afvikande öfverenskommelse icke ha träffats, låter sig föras. Men den tankegång, som jag tidigare fäst mig vid, finner jag allt fortfarande ligga nära till hands och te sig naturlig. Störst, ja afgörande betydelse ha dock tydligtvis de praktiska synpunkterna. De skäl, som föranledt bildandet af den dispositiva regeln, skulle väsentligen förlora sitt värde, om ej bevisskyldigheten vore så ordnad som nu förordats. Det torde därför vara fullt befogadt att med hänsyn till de dispositiva rättsreglerna antaga förefintligheten af en allmän bevisbörderegul af det innehåll, som nu är i fråga⁶⁵.

VI. Inom läran om bevisskyldigheten ligger det, såsom förut betonats (ofvan sid. 684), den största vikt uppå att skarpt skilja mellan bevisbördans fördelning och bevisuppskattning⁶⁶. Denna sida af ämnet skall jag nu söka att närmare belysa. Det är därvid ej nödvändigt att dröja vid den uppskattning af hvad som är att hålla för sant, hvilken är grundad på upplysningar, som härröra från en genom de s. k. bevismedlen förd och på klargörandet af omedelbart relevanta fakta (facta probanda) direkt riktad bevisning. En

⁶⁵ Jag vill här erinra om den af mig gjorda skillnaden emellan bevisskyldighet och bevisningskyldighet samt om innebörden af denna skillnad. Det ställer sig ingalunda alltid så, att den bevisskyldighet, som åligger part, hvilken påstår, att öfverenskommelse om afvikelse från den dispositiva regeln ingåtts, gör det för honom nödvändigt att föra bevisning.

⁶⁶ En hufvuddel af *min* skrift *Bevisskyldighet och presumtioner* är enad ått framhålla och genomföra denna skillnad.

förväxling af sådan bevisuppskattning med bevisbördefördelningsproblemet torde ej vara att befara. Hvad det här gäller att fästa uppmärksamheten på är de sannolikhetsantaganden, som framgå af indicier. Dessa antaganden, som uppträda under benämningen presumptioner, spela en mycket framträdande och betydelsefull roll inom teorien såväl som inom rättskipningen. Beträffande dem har man att afgöra, huruvida deras betydelse ligger däri, att de komma i betraktande vid bevisuppskattningen, eller däri, att de ligga till grund för bevisbördans fördelning.

Innebörden af begreppen indicium och presumption har förut utredts, och det är här hufvudsakligen tillräckligt att hänvisa till denna utredning (se ofvan sid. 541 ff., 566 ff.). Blott några erinringar torde lämpligen böra här inflyta. Man kallar den bevisning indirekt, som är riktad på styrkandet af indicier. Men den visshet om indicier, som kräves för att domstolen skall kunna taga hänsyn till dem, behöfver icke vara åstadkommen genom en för ändamålet förd bevisning; själfva partsförhandlingen kan innehålla moment af beskaffenhet att utgöra indicier (se ofvan sid. 528, 579 och 681 f.). Från indicier sluter man till *facta probanda* genom de förras subsumerande under erfarenhetssatser (se därom ofvan sid. 555 ff.). Den slutsats, till hvilken man sålunda kommer, innefattar ett antagande, att *factum probandum* är sannolikt. Detta antagande är hvad man kallar en presumption (se särsk. sid. 569 f.). Sannolikheten kan vara större eller mindre; afgörande härför är naturligtvis premissernas, indiciernas och de såsom öfversatser fungerande erfarenhetssatsernas beskaffenhet. I det vanliga presumtionsbegreppet ingår såsom ett moment bevisvärdets begränsning till mindre än fullt bevis. I praxis har det dock sedan gammalt varit vanligt att äfven tala om presumptioner, då man på den grund, att den ena partens påstående har tillräcklig sannolikhet för sig, förklarar andra parten bevisskyldig för motsatsen till det faktum, som är sannolikt (se sid. 572 f.).

Man har sålunda ansett presumtionen öfverflytta bevis-skyldigheten från ena parten till hans motpart. I realiteten är det emellertid icke härvid fråga om bevisskyldighet i den mening, som i denna framställning omfattas. Det nämnda förhållandet (att ett sannolikhetsantagande i stället för att sättas i relation till bevisuppskattningen uppfattas såsom bestämmande för bevisbördefördelningen) sammanhänger därmed, att man på grundvalen af en förutsatt olikhet emellan indicier, som införts i rättegången genom bevisning, och indicier, som innefattas i partsförhandlingen, gör skillnad emellan presumtioner, som genom bevisning åvägabragts, och presumtioner, som i sig själfva, förrän något är upplyst för eller emot, peka på ett visst faktum framför ett annat⁶⁷. Med denna sistnämnda distinktion har man råkat in på en vilseledande väg. Det ena är ej till väsendet skildt från det andra, ty i båda fallen är det fråga om sannolikhetsantaganden, grundade på indicier. Då man talar om presumtioner, som bestå förrän något är upplyst angående ett visst sakförhållande, begår man det felet, att man uppfattar de omständigheter, som ligga till grund för presumtionen, icke såsom skilda från och indicerande de omedelbart relevanta fakta utan såsom dessa senare i den gestalt de in casu hafva. Misstaget leder därtill, att man i stället för att i det presumerade faktum se ett bevisadt faktum bedömer presumtionen såsom afgörande för bevisskyldigheten.

Det är uppenbart och erfordrar ej någon vidare motive-ring, att presumtioner måste vinna beaktande vid bevisuppskattningen. Med stöd af dem antager domaren ofta en så stor sannolikhet för ett relevant faktum vara för handen, att han enbart på grund däraf finner sig böra lägga det såsom juridiskt visst till grund för domen. Frågan om bevisbördans fördelning blir i sådana fall ej akut. Domaren grundar

⁶⁷ Jfr *min* skrift *Bevisskyldighet och presumtioner* sid. 192 ff.

sin dom helt enkelt på sin öfvertygelse om ett visst sakläges förhandenvaro.

Huru det ställer sig vid förefintligheten af presumtioner, som ha styrkan af juridisk visshet, behöfva vi, såsom det ofvan sagda ger vid handen, ej vidare tänka på. Den följande undersökningen angår således endast presumtioner af svagare styrkegrad. Beträffande dem kan enligt sakens natur ej någon annan fråga uppställas än den, om det finnes fog för att låta den sannolikhet, som presumptionen innebär, vara bestämmande för bevisbördans fördelning, något som uppenbarligen kan ske blott på det sätt, att bevisskyldigheten ålägges den, som har sannolikheten emot sig. Undersökningen tager till en början endast hänsyn till positiv rätt. Lagstadgade eller sedvanerättsliga bevisbörderegler, hvilka bygga på sannolikhetsantaganden, är det ej min mening att efterforska och utlägga, utan syftet är att söka komma till ett resultat i fråga därom, huruvida öfver hufvud i den positiva rättens s. k. medelbara innehåll⁶⁸ ingå såsom en beståndsdel bevisbörderegler af ifrågavarande art, hvilka det således tillkommer domaren att i utöfningen af sin rättsskipande verksamhet bilda och tillämpa.

Skillnad torde härvid böra göras emellan å ena sidan sådana fall, i hvilka de förhandenvarande omständigheterna peka i en viss riktning utan att detta beror blott på hvad man kan kalla en genomsnittssannolikhet, d. v. s. därpå, att det konkreta fallet tillhör en viss grupp, i hvilken det vanligen förhåller sig på ett visst sätt, samt å andra sidan de fall, i hvilka allenast nämnda genomsnittssannolikhet är tillstädes. Hvad de förra angår, synes det mig ligga i öppen dag, att domaren icke eger med frångående af de på hänsyn till rättssäkerheten grundade hufvudprinciperna för bevisbördans fördelning (eller af särskilda lagstadgade eller sedvanerättsliga bevisbörderegler) låta en sannolikhet, som

⁶⁸ Jfr detta arbete Bd I § 1 not 23 (not 24 i 2:dra uppl. af del I).

har den förutsatta styrkegraden, bestämma bevisskyldigheten⁶⁹. Att anse annat vore praktiskt taget detsamma som att göra domaren till herre öfver bevisbördefördelningen. Vidkommande den senare kategorien af fall, i hvilka domaren har att räkna med en genomsnittssannolikhet⁷⁰, torde det först förtjena anmärkas, att domaren icke kan få antaga en mera omfattande genomsnittssannolikhet såsom bevisbördefördelningsgrund, om den står i strid med en mindre omfattande och parternas omprocessade mellanvarande närmare stående sannolikhet. Om t. ex. kontantköp är sed och bruk i en viss affärsbransch men parterna, som tidigare haft affärsförbindelser med hvarandra, därvid afslutat kreditköp, bör domaren tydligtvis låta den sannolikhet, som beror på det emellan parterna iakttagna bruket, gälla för mer än den sannolikhet, som är att härleda från bruket i affärsbranschen. Resultatet blir, såsom lätt inses, olika, allteftersom bevisbördefördelningen sker efter den ena eller andra synpunkten. En abstrakt sannolikhetsberäkning saknar värde, om den strider mot den sannolikhet, som framgår af de särskilda omständigheterna i det konkreta fallet, ty till dess

⁶⁹ Domaren får alltså icke med stöd af ett sannolikhetsantagande, som ej ger juridisk visshet (ett bevis, som icke är tillräckligt) vare sig fritaga en svarande, som påstår sig ha betalt, från att styrka detta och lägga skyldigheten att bevisa motsatsen på kändanden, eller befria kändanden från bevisskyldigheten för en betingelse för rättighetens uppkomst. Det senare må kunna synas mera tvifvelaktigt, om man erinrar sig hvad förut yttrats, sid. 743, eller att rättssäkerheten ej alltid kan anses kräfvä, att kändanden styrker samtliga betingelser för rättighetens uppkomst. Äfven med allt beaktande häraf kan man dock ej rimligtvis lätta kändandens bevisbörda på den grund, att det föreligger någon sannolikhet för att en betingelse för rättighetens uppkomst är för handen.

⁷⁰ Det är af sammanhanget tydligt, att jag här bortser från en sådan genomsnittssannolikhet, som på grund af beskaffenheten hos den erfarenhetssats, i hvilken sannolikheten kommer till uttryck, medför, att domaren håller faktum för juridiskt visst; jfr hvad som yttrats om den erfarenhetssats, som rör aftalsslutande personers tillräknelighet, ofvan not 51.

individualitet måste in i det allra minsta tagas hänsyn, och detta kan endast ske vid bevisuppskattningen. För öfrigt torde det vara uppenbart, att en blott genomsnittssannolikhet (af den art, hvarom nu är fråga; se not 70) icke rimligtvis kan berättiga domaren till att bilda en bevisbörderegulering, som ger saken en annan utgång än den skulle fått, om han afgjort den på basis af vederbörlig bevisuppskattning samt förutnämnda bevisbördeprinciper och regler.

Min ståndpunkt är alltså, såsom i det föregående upprepede gånger utvecklats, den, att bevisbördan icke till följd af en presumtion kan öfverflyttas, utan att det i stället förhåller sig så, att den part, som enligt allmänna (eller särskilda genom lag eller sedvanerätt fastslagna) regler har bevisbördan, af presumtionen, om den är tillräckligt stark, har det gagnet, att hans bevisskyldighet anses fullgjord. Man har sagt, att denna uppfattning mera i terminologiskt än i praktiskt afseende skiljer sig från den motsatta uppfattningen⁷¹. Detta kan emellertid icke erkännas vara riktigt eller kräver åtminstone för att icke vara oriktigt närmare bestämning. Tydligt är, att, om sannolikhetsantagandet är så starkt, att det presumerade faktum hålles för juridiskt visst, det icke spelar någon roll, om bevisskyldigheten tillskrifves den ena eller andra parten, ty vid dömandet kommer ej någon bevisbördefördelningsprincip till användning. Men det gestaltar sig uppenbarligen annorlunda, om presumtionen är mindre stark. Om man anser, att den öfverflyttar bevisbördan, förlorar den part, som sålunda fått bördan på sin lott, såframt han ej förebringar fullt (= tillräckligt) bevis för sitt faktiska påstående, medan åter, om ej någon öfverflyttning sker, motparten, hos hvilken bevisbördan sålunda stannar, blir tappande part, med mindre han

⁷¹ Så *Almén* i sin Kommentar till lagen om köp m. m. sid. 38 not 40. Författaren förklarar därjämte, att hans ifrågavarande uttalande icke innebär någon opposition mot denna min redan i skriften *Bevisskyldighet och presumtioner* framlagda uppfattning.

stärker den sannolikhet, som talar för hans position, med ytterligare bevis.

I viss mån kunna alla de bevisbördeteorier, som utgå därifrån, att processens — alltså jämväl bevisbörderegler-
nas — ändamål är den materiella rättens förverkligande, be-
tecknas såsom sannolikhetsteorier. Deras syfte måste näm-
ligen nödvändigtvis vara att finna regler, som bereda garanti
för eller, hvilket är detsamma, den största möjliga sanno-
likhet för, att det materiellt rätta i det största möjliga antalet
fall vinner fastställelse. Emellertid har inom läran om bevis-
bördans fördelning den karakteristik, som ligger i ordet
sannolikhetsteori, erhållit en trängre betydelse. Man afser
därmed en teori, hvars fördelningsprincip hvilar på tanken,
att part, hvars faktiska påstående har sannolikheten emot
sig, skall vara bevisskyldig. Min ställning till alla sannolik-
hetsteorier i trängre mening är gifven i och med hvad ofvan
utvecklats. Såvidt positiva regler ej föreskrifva annat, kan
domaren ej taga hänsyn till någon annan sannolikhet än den,
som framgår af omständigheterna i det konkreta fallet ⁷², och
detta allenast vid bevisuppskattningen men ej så, att han
därefter fördelar bevisbördan ⁷³.

⁷² Det torde efter allt hvad tidigare utvecklats knappast behöfva påpekas, att häri ej ligger ett förnekande af, att domaren vid bedöman-
det af omständigheterna har att taga hänsyn till erfarenhetssatser.

⁷³ Bland sannolikhetsteorier i trängre mening förtjenar den af
Tybjerg i hans här citerade arbete framställda särskild uppmärksamhet
på grund af dess säregna utformning. Någon utförligare redogörelse
för denna teori skall ej lämnas, men vissa hufvuddrag däraf böra an-
tydas på grund af dess samband med en del ofvan gjorda uttalanden.

Tybjergs utgångspunkt och grundläggande princip är regeln *actori
incumbit probatio*: käranden är bevisskyldig för den af honom på-
stadda rättighetens bestånd. Då det nu ej är möjligt att blifva stå-
ende vid denna regel, gestaltar sig för författaren bevisbördeproblemet
såsom ett problem om kärandens befriande från bevisbördan i viss om-
fattning. Samtliga regler om bevisbördans fördelning framstå således
i förhållande till grundregeln såsom regler, hvilka äro anlagda på att
bereda käranden lättnad i bevisbördan. Af hvad författaren härom
utvecklat ligger hufvudvikten på följande. Man har att vid bevis-

Det ofvan anförda har åsyftat att utreda, hvilken betydelse enligt positiv rätt tillkommer presumptioner, och huru domaren har att till dem taga hänsyn. Därmed har jag icke

bördefördelningen väsentligen taga hänsyn till två olika synpunkter: dels lätnaden att föra bevis i de föreliggande förhållandena, dels den fara för missbruk, som medgifvandet af lätnad i bevisbördan kan medföra. Företrädesvis den förra synpunkten eger i detta sammanhang intresse. Är det lika lätt för båda parterna att föra bevis — hvarvid ej må förbises, att det ej gäller parternas faktiska möjligheter i de konkreta fallen, utan huru det normalt ställer sig med bevismöjligheterna — skall med vidhållande af regeln *actori* etc. bevisskyldigheten åligga kåranden; föreligger däremot en olikhet i nämnda hänseende, skall den part, som har lättast att bevisa, bära bevisbördan, d. v. s. svarenden blir bevisskyldig, om det ställer sig lättast för honom. Vid bedömandet af lättheten att föra bevis kommer det, enligt författaren, företrädesvis an på lättheten att på förhand förse sig med bevis och, då denna omständighet, såsom genast inses, omöjlig i och för sig kan vara afgörande, i sista hand på den större eller mindre anledningen att göra detta eller, såsom författaren uttrycker det, på en föreliggande större eller mindre *Opfordring til Bevissikring*. På denna Opfordring kommer således slutligen den egentliga vikten att ligga. Om den part, som haft särskild Opfordring til Bevissikring, icke beaktat maningen och till följd däraf icke kan styrka sitt påstående, talar enligt den tanke, som är bärande för Tybjergs teori, sannolikheten för, att partens påstående är oriktigt, och att följaktligen det materiellt rätta kommer till heders, då domen går honom emot.

Innan jag yttrar mig vidare om denna teori, bör framhållas, att Tybjerg i sin framställning af hufvudsynpunkterna för bevisbördans fördelning (sid. 58-86) opererar med, förutom den ofvan refererade tankegången, ännu en annan. Ändamålet att i största möjliga utsträckning betrygga den materiella rättens seger anser författaren, att man bör på två olika vägar söka uppnå (sid. 2). Vid utformandet af bevisbördereglerna bör man taga sikte på, att dessa icke blott i största omfattning tjena »den virkelige Retfærdighed» i uppkomna processer utan »tillige i videst mulige Omfang indeholde en Opmuntring til Proces for de Retfærdige og en Skræmme fra Proces for de Uretfærdige». Det är i det förra afseendet fråga om bevisbördereglernas direkta användande och om det resultat, som därvid vinnes, samt i det senare om deras indirekta verkningar. Deras hufvudbetydelse består i de indirekta verkningarna, i hvilket hänseende i synnerhet betonas det tvång till ordning och försiktighet, som de kunna utöfva särskildt vid företagandet af rättshandlingar. Reglerna böra för befrämjande af detta syfte lägga an på att »tvinge Folk til den Bevis-Sikring, som

velat uttala något omdöme om, huruvida ifrågavarande spörsmål måste te sig för lagstiftaren på samma sätt och bör af honom genomgående lösas efter samma synpunkter. Detta

ordentlige og omhyggelige Folk af sig selv ville sørge for, eller som i alt Fald anbefaler sig ved, at den dermed forbundne Uejlighed er ringe i Sammenligning med det Retstrætte-Besvær, den afværger» (sid. 3).

Af mina allmänna uttalanden ofvan i texten framgår, hurusom de regler för bevisbördans fördelning, som af domaren måste iakttagas, icke sammanfalla med och alltså ej heller alltid föra till samma resultat, som vissa beaktansvärda de-lege-ferenda-synpunkter. Detta har tillämpning på de af Tybjerg uppdragna grundlinjerna för bevisbördans fördelning och ger anledning till kritik mot författarens allmänna framställning härom, i hvilken ej vederbörligen skilts emellan det ena och andra. Grunden till, att jag för min del icke kan gilla nämnda principiella utredning (hvilket ej hindrar mig från att tillfullo erkänna såsom förträffliga många speciella om skarpsinne och praktiskt omdöme vittnande undersökningar), ligger emellertid ej uteslutande i det sagda. Även om man bortser därifrån och uteslutande fäster sig vid, huru bevisbördeproblemet ter sig för domaren, så kvarstår den invändning, som jag lagt stark tonvikt på ofvan i texten, nämligen att en bevisbördefördelning, som grundas på beräkning af det genomsnittligt sannolika, kan leda till resultat, som avvika från hvad som skulle blifvit resultatet af ett uttömmande hänsyntagande till omständigheterna i de konkreta fallen och de på dem beroende sannolikhetsantagandena. Tybjerg söker visserligen genomföra sin sannolikhetsteori så, att bevisbördereglerne i möjligaste mån taga hänsyn till omständigheterna in casu (se sålunda sid. 69 och 76 f.), men då författaren ju måste hålla fast vid, att reglerna skola ha en allmän karkitär — hvilket innebär, att de till en viss grad måste lämna de konkreta fallens särskilda omständigheter obeaktade — kan det ej undgås, att reglerna ofta bygga på förutsättningar, som icke öfverensstämna med hvad de konkreta fallens individualitet kräver.

Af de senaste svenska författarna på bevisbördeteoriens område, Heimer och Olivecrona, har det förhållandet uppmärksamrats och föranledt kritik, att i Tybjergs utveckling af hufvudsynpunkterna för bevisbördans fördelning olika tankegångar sammanflätats till förfång ej minst för framställningens logiska klarhet och stringens. På någon granskning af denna kritik har jag ej anledning att ingå. Blott vid en hufvudpunkt i Tybjergs lära, nämligen den, som angår förutnämnda Opfordring til Bevissikring, vill jag ett ögonblick dröja. Olivecrona har i sina båda skrifter påstått, att man rör sig i en cirkel, då man grundar bevisbördan på denna Opfordring. Detta utvecklas på följande sätt. Man skaffar sig bevis om ett faktum för att vara tryggad i händelse af

anser jag icke vara förhållandet. Medan domaren är bunden af positiv rätt och därför ej eger tillämpa andra bevisbörderegler än denna inrymmer, har lagstiftaren fria hän-

process. Men orsaken till att man i processen behöfver bevisa faktum, kan ej vara annan än den, att man har eller åtminstone under vissa omständigheter kan få bevisbördan beträffande samma faktum. Såsom grund för bevisbördan kan man alltså icke åberopa, att en part haft särskild anledning att skaffa sig bevis; den särskilda anledningen förutsätter ju nämligen bevisbörderegeln, icke tvärtom. Se En teori sid. 10 ff. och Bevisskyldigheten sid. 122 ff. Efter min mening har Olivecrona väsentligen rätt i denna sin argumentering. Dock vill jag ej härmed ha sagt, att det icke under några omständigheter skulle kunna finnas en särskild, af en redan existerande bevisbörderegel oberoende, anledning för part att på förhand förse sig med bevis. Att ingående utreda detta spörsmål, skulle taga i anspråk en tid och ett utrymme, som jag ej vill anslå däråt, eftersom spörsmålet i dess helhet för mig är utan allt intresse. Af mina i texten uttalade åskter framgår, att jag icke lägger vikt på eller i någon mån opererar med någon Opfordring til Bevissikring såsom bevisbördefördelningsgrund. Då lagstiftaren bildar bevisbörderegler, måste uppenbarligen för honom vara omedelbart och enbart bestämmande, att reglerna skola tillgodose den rättsliga samfärdselsens kraf, och därvid har han att taga i betraktande de af Tybjerg med allt fog betonade synpunkterna, dels att bevisskyldigheten bör läggas så att och ej vara till sin innebörd mera tyngande än att den kan förväntas blifva af parten fullgjord, dels att reglerna böra vara anlagda på att tvinga människor till den Bevissikring, som stämmer med hvad ärlighet, ordentlighet och försiktighet i omsättningslivet påkalla. Legislativt sedt finnes alltså ej rum för ifrågavarande Opfordring i bevisbördefördelningshänseende; den, som enligt en gifven regel är bevisskyldig, har visserligen en Opfordring att skaffa sig bevis, men bevisskyldighetens grund är ej en sådan Opfordring. Ej heller med utgångspunkt från, hur det ställer sig för domaren, kan enligt min uppfattning en Opfordring til Bevissikring spela rollen af fördelningsgrund. Äfven med antagade, att en icke på en förefintlig bevisbörderegel grundad Opfordring varit för handen, bör den omständigheten, att parten, som ej följt Opfordringen och därför ej kan bevisa, har sannolikheten emot sig, icke vinna beaktande såsom uttryck för, att en parten åliggande bevisskyldighet ej blifvit fullgjord, utan i bevisuppskattningsafseende.

Af nordiska författare har senast *Augdahl* i sitt här citerade arbete proklamerat en sannolikhetsberäkning såsom bevisbördereglernas härande princip. För Augdahl är det lika litet som för Tybjerg fråga om den konkreta sannolikheten utan om fasta, på moment, som berättiga till sannolikhetsantaganden, grundade, regler. Sannolikhetsprincipen

der. En gifven följd af, att han icke lagstiftar för vissa konkreta fall utan för alla möjliga fall eller åtminstone för alla fall af en viss typ, är, att han måste anlägga vidare syn-

har i viss mån klarare och mera direkt genomförts af Augdahl än af Tybjerg, och principen tillägges en större roll. Augdahls hufvudsynpunkter, i största korthet antydda, äro dessa. Sannolikhetsberäkningen bygges på två moment: dels på erfarenheten om hvad som är det vanliga i situationer, sådana som den föreliggande, dels på erfarenheten om att det icke är lika lätt för båda parterna att prestera bevis angående den ifrågavarande faktiska punkten. I vissa fall kan man emellertid icke på nämnda moment grunda något tillräckligt vägledande sannolikhetsantagande, och i afseende å dem tillägger författaren lättheten och anledningen att på förhand anskaffa bevis själfständig betydelse; här kommer i betraktande, att parten, som icke begagnat sig af sin större möjlighet och den särskilda anledningen för honom att förse sig med bevis, bör drabbas af olägenheten af att till följd af hans försumlighet sakförhållandet icke blir klargjort. Till sist, för den händelse de nu nämnda reglerna icke äro användbara, skall grundsatsen *actori* etc, ega giltighet. — Utan att inlåta mig på någon närmare undersökning af dessa olika synpunkter hvar för sig och i förhållande till hvarandra vill jag blott framhålla, att teorien för mig är oantaglig främst af det skälet, att de på hänsyn till rättssäkerhetens kraf stödda hufvudprinciperna för bevisbördans fördelning (principen om kärandens bevisskyldighet i första hand och om svarandens skyldighet att styrka rättsupphäfvande fakta) icke kommit till sin rätt. Principen *actori* etc., som af Tybjerg göres till grund- och utgångsregel, har af Augdahl ställts i sista rummet såsom en blott subsidiär regel, och principen om svarandens skyldighet att styrka rättighetens upphörande har icke alls upptagits på författarens program. Det hela saknar nödig stadga och lägger, vid bristen på positiva bevisbörderegler, i domarens hand en makt beträffande bevisbördans fördelning, som lämnar vidsträckt spelrum för tvekan, misstag, brist på konsekvens och godtycke. Ej heller såsom riktlinjer för en lagstiftning på förevarande område synas mig författarens synpunkter förtjena godkännande.

Af Augdahls uppfattning, att de af honom åberopade grunderna för sannolikhetsantaganden skola vara bestämmande för bevisbördans fördelning, följer, att författaren måste ställa sig strängt kritisk mot den af mig intagna ståndpunkten, att presumptioner skola komma i betraktande vid bevisuppskattningen och icke vid fördelningen af bevisbördan. Författaren karakteriserar t. o. m. denna ståndpunkt såsom för bevisbyrdelärens sunde utveckling skjebnesvanger (sid. 78 f.). Författarens ängslan är dock säkerligen alldeles opåkallad. Det är icke fråga om, att icke sed och bruk, det vanliga på ett visst lifsområde eller, hvad man ofta kallar, lifvets regler skulle kunna bilda en grundval vid fast-

punkter. Hans sträfvande måste gå ut på att gifva regler, som för största möjliga antal fall leda till ett materiellt riktigt resultat. Tillämpad på bevisbördefördelningsproblemet kan denna tanke motivera bildandet af regler på grundvalen af en sannolikhetsberäkning i ofvannämnda trängre mening, oafsedt att afgörandet i enskilda fall kan komma att utfalla annorlunda, än om blott samtliga däri åvägabragta bevismoment (jämte, naturligtvis, själfva grundprinciperna för bevisbördans fördelning) fått bestämma utgången. Lagstiftaren kan ock därvid räkna med, att en dylik divergens bör blifva sällsynt. Upptagandet i lag och tillämpningen vid domstolarna af en viss bevisbörderegler har nämligen naturligen till effekt, att man i den rättsliga samfärdseln inrättar sig efter regeln, hvilket sker därigenom, att den med beviskyldighet belastade på förhand förser sig med bevis. Och där han i ett särskildt fall icke är i stånd till att styrka hvad honom åligger, måste detta i allmänhet få betydelsen af ett moment, som åstadkommer en hög grad af sannolikhet för att hans påstående är oriktigt. Lagstiftaren har sålunda i sin makt att genom bildandet af bevisbörderegler pressa fram ett handlingssätt, som han finner vara med god ordning öfverensstämmande och för omsättningslifvet gagneligt. Ett mycket viktigt motiv för bevisbördefördelningsordnande är härmed angifvet. Härtill kan läggas ännu en legislativ synpunkt. En viss bevisbördefördelning kan vara ett lämpligt sätt att mildra en materiell rättsregel eller att öka dess effektivitet, och grunden till fördelningen kan just vara sträfvandet att tillgodose detta syfte (jfr ofvan sid. 736 noten).

ställandet i lag af bevisbörderegler. Huruvida så bör ske, bedömer lagstiftaren efter hvad han anser motsvara den rättsliga samfärdselns behof. Men där sådana regler ej bildats, där har presumptionen sin betydelse vid bevisuppskattningen och icke vid bevisbördefördelningen. Till fromma för rättskipningen är det enligt min bestämda mening icke, om domaren handlar efter annan måttstock. En ytterligare utveckling af detta tema är, efter hvad förut anförts, alldeles öfverflödig.

VII. Den ursprungliga orsaken till, att man inom processteorien bildade begreppet *kvalificeradt erkännande*⁷⁴, låg däri, att man skilde mellan två arter af parts erkännande: rent och kvalificeradt erkännande. Rent sades erkännandet vara, om partens uttalande icke innefattade något annat än ett vidgående af, att ett af motparten gjordt faktiskt påstående var riktigt; kvalificeradt, om till ett dylikt vidgående knöts ett tillägg af fördelaktig natur för parten, en s. k. kvalifikation, hvarigenom han värjde sig. Att denna tankegång, som ledde därtill, att det s. k. kvalificerade erkännandet behandlades inom läran om bevismedlen såsom en underart af erkännandet, är till själfva sitt väsen ohållbar, inses utan svårighet. Ett erkännande är enligt själfva begreppet ett vidgående; om därmed förenas ett yttrande, som icke innebär ett vidgående, är detta tillägg något annat än ett erkännande, och kombinationen kan icke med anspråk på logisk reda i sin helhet infogas inom erkännandets ram. Till denna insikt har man för längesedan kommit inom processteorien. Ett kvalificeradt erkännande är ingenting annat än en formell förening af olika element. Då, såsom ofvan nämndes, det kvalificerade erkännandet måste till den del, det icke är ett erkännande, innehålla ett för parten fördelaktigt påstående, d. v. s. gå ut på försvar, och då allt försvar har egenskapen af antingen ett bestridande eller en invändning (se närmare detta band sid. 372—375 samt 675 ff), utgöras de olika element, af hvilka det kvalificerade erkännandet kan bestå, af dels ett erkännande, dels antingen ett bestridande eller en invändning. Med insikten härom kom det processvetenskapliga intresset för ifrågavarande begrepp att röra sig om kriterierna för afgörandet af, huruvida det kvalificerade erkännandet utgöres af kombinationen erkännande och bestridande eller erkännande och invändning.

⁷⁴ Den här lämnade framställningen om kvalificeradt erkännande är väsentligen grundad på *min* bok Om kvalificeradt erkännande i civilprocessen.

I förra fallet kan kâranden begagna sig af svarandens uttalande till den del, det innehåller ett erkännande, men är bevisskyldig för det till grunden för hans påstådda rättighet hörande bestridda faktum; i senare fallet går kâranden fri från att bevisa det erkända, och det tillkommer svaranden att styrka det af honom åberopade invändningsfaktum. Man finner sålunda, att de spörsmål, till hvilka begreppet gifver upphof, rör bevisbördans fördelning emellan parterna. I begreppets natur ligger emellertid ej något, som ger anledning till undantag från de allmänna grundsatserna om denna fördelning. Och konsekvensen häraf är den, att begreppet icke, såsom man förmenat, hänsyftar på en »särskild processform». Slutsatsen blir i stället den, att det, frånsedt hvad positiv rätt kan stadga, h. o. h. saknar existensberättigande. På grund af den stora roll, det spelat inom process-teorien, och m. h. t. vissa lagstiftningars bestämmelser där-om, hvilka hvila på öfverväganden, de där påkalla beaktande, låter det sig dock ej lämpligen göra att i en framställning om bevisskyldigheten förbigå detta ämne.

De många invecklade och vilseledande spekulationer, till hvilka begreppet kvalificerad erkännande under den processteoretiska utvecklingens gång gifvit upphof, äro hufvudsakligen att söka däri, att man i stället för att omedelbart ställa det i samband med grundsatserna om bevisbördans fördelning begagnat sig af en besynnerlig frågeställning, som ej kunnat undgå att skymma blicken för de verkliga sammanhangen. Man har sökt finna svaren på hithörande spörsmål genom att anlägga odelbarhetssynpunkten. Då det kvalificerade erkännandets element utgöras af hvad man kallat *capita connexa* (= erkännande + bestridande), har den bevisskyldighet för erkännandets tillägg, som åligger den erkännandes motpart, förklarats på det sätt, att det kvalificerade erkännandet ansetts vara odelbart; då åter elementen ha egenskapen af *capita separata* (= erkännande + invändning), har delbarhet ansetts vara för handen, och

detta har tillagts betydelsen, att tillägget bör styrkas af den erkännande.

Till nyssnämnda konstlade betraktelsesätt har fransk rätt anslutit sig i formuleringen af det bekanta, i art. 1356 af code civil förekommande, stadgandet: *L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui, qui l'a fait*; och denna anknytning torde väsentligen vara skuld till, att de riktiga synpunkter, som man velat genom stadgandet tillgodose, fått uttryck i den generella och stela regeln, som icke tager tillräcklig hänsyn till omständigheterna i de särskilda fallen. Den franska regeln, som i anseende till sina grunder uteslutande afser kombinationen erkännande och invändning, har till skillnad från den äldre läran ej något att göra med bevisbördans fördelning. Den tager hänsyn därtill, att förhållanden kunna gifvas, under hvilka det vore obilligt att tillägga ett erkännande samma verkan som i allmänhet och samtidigt låta den erkännande bevisa sin invändning. Med hänsyn till sådana förhållanden förbjuder den att till skada för den erkännande dela på de båda i hans uttalande innefattade elementen; den föreskrifver, tydligare uttryckt, att, om käranden vill från erkännandet hämta bevis för anspråkets grund, han måste låta den till erkännandet fogade invändningen gälla mot sig såsom styrkt. Meningen är alltså icke, att en svarande skulle kunna genom att med en invändning förena ett erkännande göra det för käranden ovillkorligen nödvändigt att styrka invändningens oriktighet; detta vore alldeles orimligt och innebure detsamma som att låta svarandens ärlighet vara fullständigt afgörande för kärandens möjlighet att vinna bifall till sin talan. Det är alltså käranden obetaget att oberoende af erkännandet styrka sitt anspråk; om så sker, har svaranden, såsom vanligt, att bevisa hvad han invändt. De olika i det kvalificerade erkännandet ingående elementen anses således icke hvar för sig vara bevisade, utan endast om det rena erkännandet toges i anspråk såsom bevismedel, tillägges äfven tillsatsen bevisvärde och

samma bevisvärde som erkännandet. De skäl, som motiverat den nu utvecklade odelbarhetsgrundsatsen, bestå dels däri, att part, som utan nödtvång (d. v. s. i fall, då kåranden ej är i stånd att styrka sitt anspråk) tillstår fakta, hvilka äro för honom ofördelaktiga, därmed lagt i dagen en sanningskärlek, som gör, att man bör skänka tilltro äfven till hvad han i öfrigt anfört, dels ock däri, att motparten genom att underlåta att förse sig med bevis för sin rätt själf visat sig hysa förtroende för den förpliktade⁷⁵. Till stöd för denna behandling af ifrågavarande processuella företeelse plägar ock åberopas dess inverkan på processens gestaltning i dess helhet. Man framhåller i sådant avseende, att odelbarhetsregeln förhindrar, att sanningspliktens fullgörande blir för parten så tungt, att han kommer i frestelse att undandraga sig densamma. Vet parten, att ett naket bestridande är för honom förmånligare än en med sanningen öfverensstämmande oförbehållsam och fullständig framställning af sakförhållandet, i hvilken han upptager jämte ett erkännande af anspråkets grund tillika uppgift om fakta, som låta anspråket framstå såsom obefogadt, så är fara för, att han inskränker sig till att bestrida. Men gäller däremot odelbarhetsgrundsatsen, kan parten utan skada för sig själf yppa allt hvad han har sig bekant.

Det torde ligga i öppen dag, att de tankar, som uppbära den franska regeln, innehålla mycket, som är riktigt och beaktansvärdt. Och dock förtjenar den tvifvelsutän icke gillande. Dess generella och stela affattning medger, såsom ofvan antyddes, icke att taga hänsyn till omständigheterna i olika fall. Det oriktiga i densamma ligger däri, att den å

⁷⁵ Här bör erinras om ifrågavarande stadgandes nära sammanhang med det franska bevissystemet öfver hufvud. Utmärkande för detta är inskränknigen i användandet af vittnesbeviset till förmån för urkundsbeviset, hvaraf följer, att, då urkund ej upprättats, motpartens erkännande blir nästan det enda sätt, hvarpå uppkomsten af en rättighet kan styrkas.

ena sidan alltid kräver, att kändanden, som ej vill godtaga det kvalificerade erkännandet i dess helhet, själf skall bevisa sitt anspråks grund, å andra sidan alltid låter det gentemot svaranden vara tillräckligt, att kändanden presterar sådant bevis. Det förra är orättvist mot kändanden, för den händelse han från början med svarandens vetskap varit försedd med bevis, som sedan gått förloradt, och svaranden utan kännedom om den sistnämnda omständigheten afgifver ett kvalificeradt erkännande. Det senare kan innebära en orättvisa mot svaranden, därest kändanden förmår oberoende af erkännandet styrka uppkomsten af sin påstådda rättighet samt svaranden, som har anledning att antaga motsatsen, erkänner och därtill knyter en invändning. Med hänsyn till det nu sagda måste man anse den franska regeln icke vara i sakens natur grundad och icke gälla, med mindre den upptagits i positiv rätt. Däraf följer dock ingalunda, att man ej bör tillgodogöra sig dess tankeinhåll i den mån det är riktigt. I korthet uttryckt kan detta riktiga tankeinhåll sägas bestå däri, att part, som erkänner, då han haft fördel af att neka, kan förtjena att blifva trodd jämväl beträffande sådana uppgifter, som han förebringar till sitt försvar. Denna sanning är det för svensk domstol möjligt att låta komma till heders, såframt vår rätt antages medgifva domstolarna att uppskatta indicier till fullt, d. v. s. tillräckligt bevis (jfr ofvan sid. 579 f.). Den omständigheten, att svaranden under den nämnda förutsättningen erkänner grunden för kändandens anspråk, utgör ett indicium för sanningsenligheten af hans samtidigt gjorda invändning. Hur stor betydelse, domstolen bör tillmäta detta indicium, kan ej med någon allmän formel angifvas. Domstolen eger, om den finner fog därtill, på grund af detsamma döma kändanden till att edligen förneka riktigheten af det invändningsvis åberopade faktum eller utan vidare fria svaranden ⁷⁶.

⁷⁶ Att i processlagen upptaga någon bestämmelse om kvalificeradt erkännande, torde, där ej historiska skäl komma i betraktande, vara

Till sist skall jag blott yttra några ord angående frågan om det kvalificerade erkännandets (= erkännande + invändning) villkorlighet. Det är, enligt min mening, alldeles godtyckligt och tillika onaturligt att anse ett sådant uttalande vara till sin natur villkorligt, d. v. s. att antaga, att erkännandet gjorts under det villkor, att invändningen godtages. Onaturlig är denna åsikt därför, att ett med ett dylikt villkor förbundet erkännande i regeln är praktiskt taget betydelselöst, och man kan ej gärna hålla före, att parten velat göra ett betydelselöst uttalande. En annan fråga är, huruvida icke omständigheterna kunna vara sådana, att ett kvalificerad erkännande bör uppfattas såsom ett villkorligt erkännande. Detta spörsmål besvaras lämpligen vid behandlingen af institutet parts erkännande.

öfverflödigt och lätteligen kunna snarare förvilla än klargöra. Se sådana bestämmelser i T.C.P.O. § 289, Ö.C.P.O. § 266 samt norska civilprocesslagen § 185. Hurusom sistnämnda bestämmelse givit upphof till tolkningssvårigheter och tvifvelsmål, framgår af *Skeie's* framställning anf. arb. sid. 354 ff.

INNEHÅLLSÖFVERSIKT.

NIONDE AFDELNINGEN.

Bevisrätten.

KAPITEL I.

Allmän del.

§ 85. *Inledande framställning* s. 525—553.

I. Anmärkningar om domens struktur. För att kunna bilda premisserna för domsfastställelsen måste domaren känna de element, som skola ingå däri; dessa element utgöras af rättssatser, erfarenhetssatser och fakta samt äro de enda möjliga föremålen för bevis. I trängre mening afses endast fakta, då man talar om att bevisa s. 525—528. II. Hvad förstås med att bevisa? Innebörden af satsen: *judici fit probatio*. Beskaffenheten af den processuella verksamhet, som karakteriseras såsom bevisande. Den juridiska visshetens natur, särsk. utredning af innebörden af begreppen historisk visshet och historiskt bevis s. 528—532. III. Till all processuell bevisföring hör sinnlig iakttagelse från domarens sida. Är domstolssyn att hänföra till sätten att bevisa? Samma spørsmål ang. bevisning genom sakkunnige. Uppräkning af de olika sätten att bevisa enl. svensk rätt s. 532—535. IV. Analys och jämförelse sinsemellan af de olika bevisätten s. 535—541. V. Distinktionerna mellan omedelbart och medelbart relevanta fakta (de senare benämnda indicier) samt mellan direkt

och indirekt bevisning s. 541—543. VI. Terminologien inom bevisrätten s. 543 f. VII. Skillnaden emellan formellt och materiellt bevissystem s. 545—547. VIII. Indelningar af bevis (särsk. begreppen hufvud- och motbevis) s. 547—551. IX. Indelningen i formell och materiell bevisrätt. Om bevisförfarandet s. 551—553.

§ 86. *Föremål för bevis* s. 553—619

A. *Rättssatser* s. 554 f.

B. *Erfarenhetssatser*.

1) Dessa satsers natur s. 555—557. 2) Om domarens befogenhet att tillgodogöra sig sin privata kännedom om erfarenhetssatser s. 557—561. 3) Erfarenhetssatser bevisas genom sakkunnige. Fråga om jäf mot domare, som förut varit sakkunnig s. 561 f.

C. *Fakta*.

I. Lagens terminologi s. 563. Om skillnaden emellan fakta och omdömen s. 563—565. Ett rättsförhållande kan ej direkt bevisas s. 565. Skillnaden emellan erfarenhetssatser och faktiska påståenden s. 565 f. II. Endast relevanta fakta äro föremål för bevis; särsk. om indicier och om lagens uppfattning af dem såsom medel att bevisa omedelbart relevanta fakta s. 566—567. Om hjälpfakta s. 568. III. Sammanfattande anmärkningar om begreppet indicium s. 568 f. Om förhållandet emellan begreppen indicium och presumption s. 569 f. Indelning af presumptioner och indicier s. 571 f. Särsk. om indicia necessaria s. 572 f. Om sammanhanget emellan indicium och faktum probandum samt om grunden till den bevisande kraft, som man tillmäter slutledningen s. 573 f. Ang. stadgandet om indicier i 17:30 RB s. 574 f. Om 17:26 och om 17:24 RB s. 575—577. Om parts utom rätten afgifna muntliga erkännande s. 577 f. Indicier omnämnas ej i nyare lagstiftning s. 578. Om indiciers införande i processen och återopande från parts sida s. 579 f. IV. Fakta, som ej behöfva bevisas. a) Ostridiga fakta. När föreligger ostridighet s. 580 f. Grunden till ostridighetens verkan s

581. Särsk. om parts förklaring att icke bestrida s. 581—583. Om betydelsen af parts underlåtenhet att yttra sig om ett af andra parten påstådt faktum; principiell utredning därom s. 583—587. Svensk rätts ståndpunkt betr. verkan af ostridighet och frågan, när denna skall anses föreligga s. 588—596. b) Notoriska fakta. 1) Det skiljes emellan två grupper notoriska fakta: allmänt bekanta fakta och fakta, om hvilka domaren under utöfning af sin ämbetsverksamhet erhållit kännedom. Om allmänt bekanta fakta s. 597—606. 2) Om domstolsnotorietet s. 607—611. 3) Det, som under handläggningen af ett mål tilldrager sig inför domstolen och af domaren iakttages, är ej i behof af bevis s. 611—613. 4) Domaren får icke utan vidare bevis bygga på fakta, som han enskildt iakttagit s. 613—615. 5) Notorietet i högre instans s. 615. c) Presumerade fakta s. 615—617. d) Fråga om dom i mål ang. ansvar har bindande verkan i annat mål s. 618. e) Spörsmål om dömande på grundvalen af fakta, som icke bevisats och ej heller enligt förut gifna regler skola anses stå fast s. 618 f.

§ 87. *Legal bevisteori och fri bevispröfning* . . s. 620—674.

A. Allmänna anmärkningar angående bevisteorierna och deras innebörd.

Motsatsen emellan de båda bevisteorierna hänför sig blott till styrkandet af fakta s. 620. Den rör domarens ställning betr. fastställandet af hvad som är att hålla för sant; domarens bundenhet eller frihet härutinnan kan röra dels frågan, hvilka bevismedel han får begagna sig af, dels värderingen af bevisgrunderna s. 620 f. Motsatsen berör icke sådana bevisregler, som angå det yttre förloppet vid bevisföring s. 621. Enligt principen om fri bevispröfning skall domarens öfvertygelse vara objektivt grundad s. 622—625. Eftersträfvat processen materiell sanning eller nöjer den sig med formell? s. 625. Jämförelse mellan de båda bevisteorierna m. h. t. den enas eller andras företräde s. 626—628. Frågan om sambandet emellan bevisteorien och rättegångssättet (dess muntlighet eller skriftlighet) s. 628—

631. Om förhållandet emellan parts bevissskyldighet och bevisteorien s. 631.

B. *Svensk rätt enligt 17 kap. RB.*

I. Behärskas 17 kap. RB af legal bevisteori eller ej? Lagens system är en kombination af legal teori och fri bevispröfning, och, äfven om man vill anse den förra förhärskande, måste betonas, att den endast med betydande modifikationer genomförts s. 632—634. II. Äro domstolarna bundna eller fria betr. valet af medel för vinnande af visshet om fakta? s. 634—636. III. Motsatsen emellan bevisteorierna har sin huvudsakliga betydelse betr. frågan om domarens bundenhet eller frihet vid uppskattningen af de olika bevisgrunderna. a) Några anmärkningar om syn, sakkunnige, parts erkännande, parts ed och skriftliga bevis s. 636 f. b) Vittnesbeviset. Den legala teorien framträder i: 1) Bestämmelserna om vittnesjäf s. 637 f. 2) Stadgandet i 17:29 om två vittnen såsom fullt bevis s. 638—642. 3) Stadgandet i 17:29 p. 1 angår närmast vittnesmål ang. omedelbart relevanta fakta s. 642. 4) Ett omvittnadt faktum kan endast vara ett af vittnet själf iakttaget faktum s. 642 f. 5) Två vittnen äro fullt bevis, där de sammanstämma; hvad därmed förstås s. 643—646. 6) Om inre betingelser för en vittnesutsagas giltighet s. 646—649. 7) Regeln, att ett vittne ej gäller för mer än halft bevis s. 649—651. c) Om indicierna och deras bevisvärde s. 651—658. d) Om bevismedlens fungibilitet och likvärdighet samt om kumulation af olika slags bevis s. 658—660. e) Om reglerna för bedömande af de fall, då bevis står emot bevis. 1) Om innebörden af beviskollision s. 661 f. 2) Om kollision emellan bevis af samma slag: indicier mot indicier och skriftliga bevis mot skriftliga bevis s. 662. Om kollision emellan vittnen; 17:20 RB s. 662—671. 3) Om kollision emellan bevis af olika slag s. 671 f. f) Reglerna ang. domarens bundenhet eller frihet vid fastställandet af hvad som är att hålla för sant ega tillämpning jämväl betr. styrkandet af indicier och hjälpfakta s. 672 f.

C. Om förhållandet emellan legal bevis teori och tri bevispröfning enligt domstolspraxis s. 673 f.

§ 88. *Beviskyldigheten* s. 675—766.

I. Inledande anmärkningar; särsk. om 17:33 RB och om olika former af bestridande s. 675—680. II. a) Begreppet beviskyldighet s. 680—684. b) Skillnaden emellan beviskyldighet och bevisuppskattning s. 684 f. c) Fråga om bevisbördeproblemets hänförande till viss tidpunkt s. 685 f. d) Om nödvändigheten af bevisbörde regler s. 687—695. e) Orsaken till, att afgörandet går den part emot, som icke fullgör sin beviskyldighet; olika möjligheter s. 695—700. f) Bevisbördeproblemets sammankoppling med parts s. k. skyldighet att påstå fakta (hans argumentationskyldighet) s. 700—703. III. Beviskyldighetens grundande på principen, att kâranden skall styrka rättighetens existens. Försök att med denna utgångspunkt förklara bevisbördans fördelning; särskildt om indelningen af fakta i rättsgrundande, rättshindrande och rättsupphäfvande s. 703—714. Alla de försök till förklaring af bevisbördans fördelning, som utgå från, att kâranden privaträttsligt sedt har hela bevisbördan, lida af en ohjälplig motsägelse s. 714 f. IV. Om den beviskyldighetsteori, som utgår från privaträtts-satserna och anser part beviskyldig för de fakta, som förutsättas för tillämpning af den rätts-sats, som leder till bifall af hans talan s. 715—721. V. Om processens ändamål att meddela rätts-skydd och om hufvudprinciperna för bevisbördans fördelning s. 721—744. Några anmärkningar om beviskyldigheten för innehållet i aftal, om legala bevisbörderegler och om beviskyldigheten m. h. t. dispositiva rättsregler s. 744—749. VI. Närmare undersökning af skillnaden emellan bevisbörde-fördelning och bevisuppskattning; särsk. om betydelsen af presumtioner s. 749—760. VII. Om kvalificerad erkännande s. 761—766.

